



---

Geschäfts-Nr. HG110023-O/U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Dr. George Daetwyler, die Handelsrichter Dr. Michael Ritscher, Dr. Jacques Troesch und Dr. Kurt Sutter sowie die Gerichtsschreiberin Helene Lampel

## Urteil und Beschluss vom 26. November 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. KG,**  
Klägerin

vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ ... Europe AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Verbot**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verbieten, bis zum 31.12.2019, eventualiter bis zu einem früheren vom Gericht zu bestimmenden Datum, gekühlte Backwaren mit Butter- und Würzzubereitung, namentlich gefüllte Baguettes (Standardbrot) und gefüllte Baguettes (Spezialteige) in Deutschland selbst, durch C.\_\_\_\_\_ GmbH oder durch einen anderen der Beklagten nahestehenden Dritten, für den die Beklagte konzerninterne Beratungs- und Servicedienstleistungen erbringt, herzustellen bzw. herstellen zu lassen, anzupreisen bzw. anpreisen zu lassen, feilzuhalten und zu verkaufen bzw. feilhalten und anpreisen zu lassen, in Verkehr zu bringen, nach Deutschland ein- oder von Deutschland auszuführen oder sonst wie gewerblich zu verwenden. Eine Nachklage bleibt ausdrücklich vorbehalten.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, für sich selbst, für die C.\_\_\_\_\_ GmbH und für alle anderen der Beklagten nahestehenden Dritten, welche die Verbotsgegenstände gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 herstellen und anbieten, über den im Zusammenhang mit den Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 erzielten Umsatz und Gewinn umfassend Rechnung zu legen, insbesondere durch Herausgabe der Buchhaltung und aller Belege betreffend die Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, nach Wahl der Klägerin, die aufgrund des Ergebnisses der Auskunft gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2. zu treffen ist,
  - a) der Klägerin den Schaden zu ersetzen, welcher ihr aus den Handlungen der Beklagten gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 entstanden ist,

und / oder

  - b) der Klägerin den Gewinn herauszugeben, den die Beklagte aus ihren Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 erzielt hat,

je nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2010, mindestens jedoch CHF 1 Mio.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessuales**

#### **1. Prozessverlauf**

Am 11. Februar 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift ein (act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2011 wurde ihr Frist angesetzt, um einen Gerichtskostenvorschuss von CHF 182'000.00 zu leisten sowie um einen Teil der Beilagen und ein vollständiges Verzeichnis der Beweismittel nachzureichen (Prot. S. 2 f.). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet und die verlangten Unterlagen nachgereicht hatte (act. 7-10), wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwortschrift angesetzt (Prot. S. 4), welche am 14. Juni 2011 erstattet wurde (act. 12). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 20. Juni 2011 wurde ein zweiter Schriftwechsel angeordnet (Prot. S. 6). Die "Replik" datiert vom 26. September 2011 und die "Duplik" vom 14. November 2011 (act. 16 und act. 19). Ein Doppel der Duplik wurde der Klägerin zugestellt (Prot. S. 8). Gemäss Handelsregisterauszug wurde die Firma der Beklagten mit Statutenänderung vom 12. Dezember 2011 in B.\_\_\_\_\_ ... Europe AG geändert (act. 22). Am 18. Juli 2012 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 23), welche der Beklagten am 20. Juli 2012 zugestellt wurde (Prot. S. 9). Im Beschluss vom 4. September 2012 wurde festgehalten, dass gestützt auf den abgeschlossenen Schriftenwechsel und die abgeschlossene Vorbereitung des Hauptverfahrens keine Beweisverfügung erlassen werde. Den Parteien wurde Frist zur Erklärung angesetzt, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 25). Im Gegensatz zur Beklagten gab die Klägerin keinen entsprechenden Verzicht ab (act. 27 f.), weshalb die Parteien unter Hinweis auf deren Rahmenbedingungen zur mündlichen Hauptverhandlung vorgeladen wurden (act. 29 und act. 31A). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 reichte die Klägerin eine weitere Noveneingabe ein (act. 30), welche der Beklagten am 31. Oktober 2012 zugestellt wurde (Prot. S. 12). Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 7. November 2012 (act. 32) zu den beiden No-

veneingaben der Klägerin Stellung (act. 32). Diese wurde der Klägerin am 9. November 2012 zugestellt (Prot. S. 12). Am 26. November 2012 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher beide Parteien ihre Anträge bestätigten (Prot. S. 14).

Der Prozess erweist sich nun als spruchreif.

## **2. Zuständigkeit**

2.1. Die Klägerin ist eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in D. \_\_\_\_\_ in Deutschland, während es sich bei der Beklagten um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E. \_\_\_\_\_ im Kanton Zürich handelt (act. 3/2-3 und act. 22). Damit liegt der Streitsache ein internationales Verhältnis zugrunde. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte wird daher grundsätzlich durch das IPRG geregelt, wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG). Gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 des revidierten Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 (revLugÜ) ist dieses anwendbar auf Klagen in Zivil- und Handelssachen, die erhoben worden sind, nachdem dieses Übereinkommen im Ursprungsstaat in Kraft getreten ist. Dies bedeutet, dass das revLugÜ anwendbar ist, wenn die Klage nach dessen Inkrafttreten im Verfahrensstaat erhoben wurde. Da das revLugÜ am 1. Januar 2011 für die Schweiz in Kraft getreten ist, kommt dieses auf die am 11. Februar 2011 eingeleitete Klage zur Anwendung.

2.2. Juristische Personen, die ihren Sitz in einem Signatarstaat des revLugÜ haben, können vor den Gerichten dieses Staates verklagt werden (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 revLugÜ). Die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz, die wie Deutschland Vertragsstaat des revLugÜ ist. Für Klagen aus Vertrag sind die schweizerischen Gerichte am Sitz der beklagten Partei zuständig (Art. 112 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 und 2 IPRG), vorliegend somit in E. \_\_\_\_\_. Das Handelsgericht ist für handelsrechtliche Streitigkeiten für den ganzen Kanton Zürich örtlich zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

2.3. Da sich der Streit auf die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien bezieht, der vorgeschriebene Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 erreicht ist, die Klägerin in einem mit dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren Register in Deutschland und die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG), ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu bejahen.

2.4. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist somit gegeben und blieb auch unbestritten (Klägerin: act. 1 Rz. 2-7; Beklagte: act. 12 Rz. 3).

### **3. Prozessvoraussetzungen**

Vorliegend ist auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO) lediglich bezüglich Rechtsbegehren Ziff. 1. näher einzugehen, weshalb die Ausführungen dazu in jenem Zusammenhang erfolgen (vgl. III.B.2.).

### **4. Noven**

4.1. Mit Eingabe vom 18. Juli 2012 reicht die Klägerin die ersten beiden Seiten eines Endurteils des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 ein (act. 23 und act. 24/1). Sie führt dazu aus, das mit vorliegender Noveneingabe eingereichte Entscheiddispositiv sei erst nach Abschluss des Schriftenwechsels verkündet worden, so dass es als echtes Novum zu qualifizieren sei. Die Eingabe erfolge rechtzeitig. Die Klägerin behalte sich ausdrücklich das Recht vor, auch die noch ausstehende Urteilsbegründung des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ einzureichen, sofern sie Ausführungen enthalte, welche für das vorliegende Verfahren von Bedeutung seien (act. 23 Rz. 1-3).

Des Weiteren reicht die Klägerin mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 (act. 30) ein begründetes Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 ein (act. 31). Sie hält dazu fest, dieses sei der Klägerin erst am 11. Oktober 2012 per Fax und damit nach Abschluss des Schriftenwechsels zugestellt worden. Es handle sich

um ein echtes Novum, welches mit der heutigen Eingabe rechtzeitig vorgebracht werde (act. 30 Rz. 1 f.).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass es sich bei den eingereichten Urteilen um echte und unverzüglich vorgebrachte Noven handelt. Sie nimmt dazu und zu den klägerischen Vorbringen mit Eingabe vom 7. November 2012 Stellung (act. 32) und reicht ihrerseits drei Beilagen bezüglich des Berufungsverfahrens gegen das Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 ein (act. 33/1-3).

4.2. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels und der letzten Instrukti-  
onsverhandlung besteht grundsätzlich Aktenschluss (LEUENBERGER, in: SUTTER-  
SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilpro-  
zessordnung, 2010, N 4 zu Art. 229 ZPO). Gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO  
werden neue Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung nur noch be-  
rücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und entweder erst nach  
Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instrukti-  
onsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven). Als ohne Verzug vorge-  
bracht gilt eine Eingabe innert zehn Tagen (ZR 110 [2011] Nr. 20 S. 51). Findet  
die Hauptverhandlung zu einem späteren Zeitpunkt statt, sind die Vorbringen zu  
diesem Novum verspätet, wenn diese erst anlässlich der Hauptverhandlung vor-  
getragen werden (LEUENBERGER, a.a.O., N 9 zu Art. 229 ZPO).

4.3. Das Endurteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ erging am 12. Juli 2012.  
Die ersten beiden Seiten des Urteils wurden von der Klägerin bereits am 18. Juli  
2012 eingereicht (act. 23 f.). Wie aus der Zeile oberhalb der Seiten des Urteils  
des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 ersichtlich ist, wurde dieses -  
wie von der Klägerin vorgebracht - am Donnerstag, 11. Oktober 2012, per Fax  
zugestellt und von der Klägerin mit Eingabe von Montag, 22. Oktober 2012, ein-  
gereicht (act. 30 f.). Es handelt sich bei beiden Urteilen um erst nach Abschluss  
des Schriftenwechsels entstandene echte Noven, welche im Sinne von Art. 229  
ZPO dem Gericht ohne Verzug eingereicht wurden. Die von der Klägerin vorge-  
brachten Noven sind daher zuzulassen.

4.4. Die Beklagte nimmt in ihrer Stellungnahme vom 7. November 2012 einerseits zur klägerischen Eingabe vom 18. Juli 2012 und andererseits zu jener vom 22. Oktober 2012 Stellung (act. 32). Will sich eine Partei zu einem ihr zur Kenntnisnahme zugestellten Aktenstück von sich aus äussern, hat sie dies unverzüglich, d.h. innert zehn Tagen, zu tun (ZR 110 [2011] Nr. 20 S. 50 f.). Die Eingabe vom 18. Juli 2012 wurde der Beklagten bereits am 20. Juli 2012 zugestellt (Prot. S. 9), weshalb sich ihre Stellungnahme zum Urteilsdispositiv des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 als verspätet erweist und daher unbeachtlich ist. Demgegenüber erfolgte die Stellungnahme zur klägerischen Eingabe vom 22. Oktober 2012 unverzüglich, wurde diese der Beklagten doch erst am 31. Oktober 2012 zugestellt (Prot. S. 12). Sowohl die Stellungnahme als auch die von der Beklagten eingereichten Beilagen in Bezug auf das Berufungsverfahren hinsichtlich des Urteils des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 sind daher zu berücksichtigen.

4.5. Im Hinblick auf die durchzuführende Hauptverhandlung erging an die Parteien mit Schreiben des Vorsitzenden vom 27. September 2012 u.a. folgender Hinweis (act. 29 S. 2):

" Ausführungen tatsächlicher Art der Parteien, die keine Wiederholungen sind, werden anlässlich der Hauptverhandlung nur dem wesentlichen Inhalt nach protokolliert (Art. 235 Abs. 2 ZPO). Macht eine Partei von ihrem Novenrecht Gebrauch, hat sie das ausdrücklich zu deklarieren und gleichzeitig auch die Voraussetzungen dafür in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht (vgl. dazu Art. 229 Abs. 1 Ingress und Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO) darzutun."

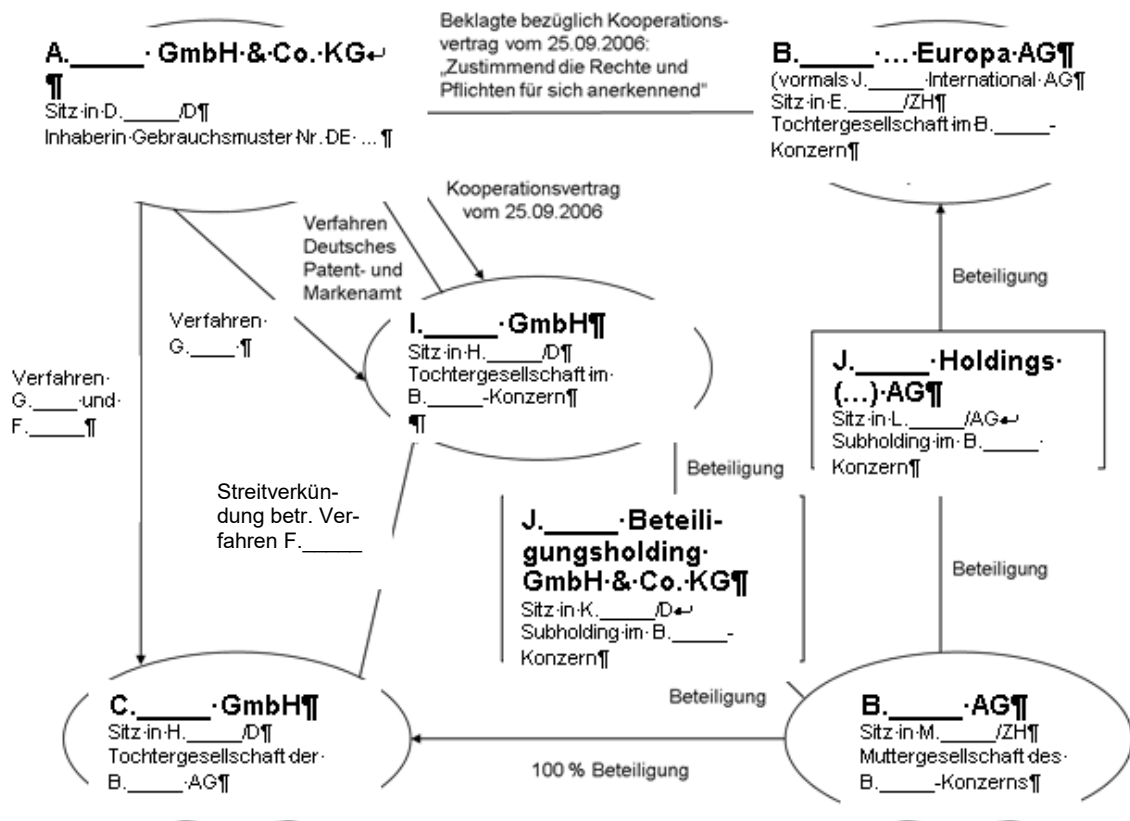
Zu Beginn der Hauptverhandlung vom 26. November 2012 wies der Vorsitzende die Parteien nochmals auf den Inhalt jenes Schreibens hin, wobei er u.a. in Erinnerung rief, wie die Parteien vorzugehen hätten, falls sie von ihrem Novenrecht Gebrauch machen wollten (Prot. S. 13).

Während der nachfolgenden beiden Plädoyers wies weder der klägerische noch der beklagte Vertreter je darauf hin, dass er nun von seinem Novenrecht Gebrauch mache unter gleichzeitiger Darlegung, dass die Voraussetzungen dafür in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht gegeben seien (Prot. S. 14).

Nachdem somit von keiner der Parteien Noven gehörig angeboten worden sind, waren die Ausführungen der Parteien nicht zu protokollieren.

## II. Sachverhalt

### 1. Übersicht über die involvierten Gesellschaften



#### Erläuterung zur Übersicht:

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Beklagte und die I. \_\_\_\_\_ GmbH seien Tochtergesellschaften der B. \_\_\_\_\_ AG. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, bei der Beklagten und I. \_\_\_\_\_ handle es sich um Tochtergesellschaften von zwei verschiedenen Subholdinggesellschaften des B. \_\_\_\_\_ Konzerns. Im Übrigen entspricht die Übersicht der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien.

## 2. Involvierte Gesellschaften und ihre Rollen

### 2.1. A. \_\_\_\_\_ GmbH & Co. KG (Klägerin)

2.1.1. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin wurde sie im Jahre 1887 in D. \_\_\_\_\_ bei F. \_\_\_\_\_ gegründet. Sie agiert heute international und zählt zu den grossen und renommierten Herstellern von ...-Erzeugnissen in Europa. Weltweit beschäftigt die Firmengruppe rund 2'000 Mitarbeiter. Sie vertreibt unter anderem auch gekühlte Baguettes, die mit verschiedenen Butter- und Würz Zubereitungen gefüllt sind und vor dem Verzehr im Backofen aufgebacken werden müssen (Klägerin: act. 1 Rz. 9 f. und act. 16 Rz. 6; Beklagte: act. 12 Rz. 145).

2.1.2. Die Klägerin legt dar, das gekühlte, gefüllte Kräuter- und Knoblauchbutterbaguette gelte als ihre Erfindung. Sie sei auch Inhaberin des Gebrauchsmusters Nr. DE ... "gekühlte Backwaren mit bemehltem Aussehen". Der Vorteil von mit Griess (anstatt Mehl) behandelten Baguettes liege darin, dass sie auch bei Kühlung und Lagerung unter Feuchtigkeitseinfluss an der Oberfläche nicht schmierig und beim Aufbacken knusprig würden. Damit diese Effekte erreicht werden könnten, werde ergänzendes Know-how eingesetzt, welches von der Klägerin stamme (act. 1 Rz. 11; Urkunde über die Eintragung des Gebrauchsmusters am 27. März 2008: act. 3/5). Die Beklagte wendet ein, die Klägerin könne nicht für sich in Anspruch nehmen, Erfinderin des gekühlten, gefüllten Kräuterbutter- bzw. Knoblauchbutterbagues zu sein. Das (ohne Prüfung eingetragene) Gebrauchsmuster sei offensichtlich nicht rechtsbeständig und werde im aktuell anhängigen Lösungsverfahren voraussichtlich in Kürze gelöscht werden. Zudem betreffe dieses Gebrauchsmuster nur sehr spezielle, mit Griess bestäubte und unter Schutzgasatmosphäre verpackte Baguettes, und nicht - wie vorliegend von der Klägerin beantragt - ganz allgemein alle "gekühlten Backwaren mit Butter- und Würzmischung" (act. 12 Rz. 92). Dazu macht die Klägerin geltend, in seinem Urteil vom 19. Mai 2011 habe das Landgericht F. \_\_\_\_\_ I festgehalten, dass das genannte Gebrauchsmuster rechtsbeständig sei und die Klägerin somit als Erfinderin des gekühlten, gefüllten Kräuter- bzw. Knoblauchbutterbagues gelte (act. 16

Rz. 62). Dieser Entscheid sei mit Urteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 bestätigt worden (act. 23 Rz. 4).

2.2. B.\_\_\_\_\_ ... Europe AG, vormals J.\_\_\_\_\_ International AG (Beklagte)

2.2.1. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die zum B.\_\_\_\_\_ -Konzern gehört. An der Konzernspitze steht die 2008 gegründete B.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in M.\_\_\_\_\_, die aus einer Fusion der Obergesellschaften der Schweizer J.\_\_\_\_\_ -Gruppe und der irischen N.\_\_\_\_\_ -Gruppe hervorging. Die ehemalige Muttergesellschaft der Beklagten, die J.\_\_\_\_\_ Holding AG, wurde infolge Fusion und Übertragung aller Aktiven und Passiven auf die B.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister gelöscht (Klägerin: act. 1 Rz. 20 und act. 16 Rz. 10; Beklagte: act. 12 Rz. 46, Rz. 59 vgl. auch Rz. 50, Rz. 70). Gemäss Darstellung der Klägerin sei die Beklagte eine 100%-ige Tochtergesellschaft der B.\_\_\_\_\_ AG (act. 16 Rz. 52). Die Beklagte wendet ein, innerhalb des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns bestünden verschiedene Subholdings. Eine solche Subholding sei die neugegründete J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG, welche mehrfach umstrukturiert worden sei. Die Beklagte gehöre nun zur Subholding-Gruppe der J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG (act. 12 Rz. 47 f. und act. 19 Rz. 17). Die Klägerin bezeichnet die J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gruppe als einen der grössten Schweizer Anbieter von Tiefkühlbackwaren (act. 1 Rz. 18 und act. 16 Rz. 7).

2.2.2. Wie bereits erwähnt, wurde die Firma der Beklagten mit Statutenänderung vom 12. Dezember 2011 von J.\_\_\_\_\_ International AG in B.\_\_\_\_\_ ... Europe AG geändert. Ihr statutarischer Zweck lautet wie folgt: "Die Gesellschaft bezweckt als Dienstleistungsgesellschaft die technische und wirtschaftliche Überwachung von ihr nahestehenden Unternehmungen. Die Gesellschaft ist ausschliesslich aktiv im Bereich konzerninterner Dienstleistung und Beratung für die strategische und operative Führung der gesamten J.\_\_\_\_\_ Gruppe. Die Beratungsdienstleistungen umfassen insbesondere die Bereiche Marketing, Verkauf, Kommunikation, Finanzen und Personal. Nebst dieser konzerninternen Dienstleistung kann die Gesellschaft keine anderen kommerziellen Geschäfte tätigen." (act. 3/3 und act. 22). Es ist unbestritten, dass die Beklagte selber keine Backwaren produziert

(Klägerin: act. 16 Rz. 7 und Rz. 22 f.; Beklagte: act. 12 Rz. 41, Rz. 47-49, Rz. 75, Rz. 205).

2.3. I.\_\_\_\_\_ GmbH, H.\_\_\_\_\_

2.3.1. Die Klägerin führt aus, die ursprünglich kleine, auf die Produktion von tiefgekühlten Backwaren spezialisierte Bäckerei I.\_\_\_\_\_ GmbH sei 1992 in der Nähe von F.\_\_\_\_\_ gegründet worden. Um die neue Form von Brot auf den Markt bringen zu können, habe die Klägerin 1994 einen Partner gesucht, der die von ihr erfundenen gekühlten, gefüllten Baguettes produziere. Im Frühjahr 1995 sei mit I.\_\_\_\_\_ ein Produktionspartner gefunden, worauf im Herbst desselben Jahres die ersten gekühlten, gefüllten Kräuterbutter-Baguettes auf den Markt gebracht worden seien (act. 1 Rz. 13).

2.3.2. Es ist unbestritten, dass die Klägerin und die I.\_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in H.\_\_\_\_\_ (nachfolgend I.\_\_\_\_\_ ) bereits am 25. Februar 1998 einen ersten Kooperationsvertrag (act. 3/8) abschlossen, durch welchen sich I.\_\_\_\_\_ verpflichtete, bestimmte gekühlte, gefüllte Baguettes zum Aufbacken im Backofen exklusiv für die Klägerin zu produzieren. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin mit 24.9 % an I.\_\_\_\_\_ beteiligt, während sich die übrigen Anteile an I.\_\_\_\_\_ im Besitz einer Familie befanden (Klägerin: act. 1 Rz. 13 und act. 16 Rz. 8, Rz. 12; Beklagte: act. 12 Rz. 28, Rz. 52, Rz. 135 und act. 19 Rz. 24). Die Beklagte hält präzisierend fest, einer der weiteren Gesellschafter von I.\_\_\_\_\_ sei O.\_\_\_\_\_ gewesen (act. 12 Rz. 28). Die Klägerin legt dar, sie habe in den folgenden Jahren I.\_\_\_\_\_ beim Aufbau eines modernen Qualitätsmanagements geholfen, um die anspruchsvolle Herstellung der genannten Baguettes bewerkstelligen zu können. Des Weiteren habe die Klägerin das Know-how zum hygienisch sicheren Herstellen von Butterzubereitungen und das Know-how bezüglich der Bestäubung der Baguettes mit Hartweizengriess in die Kooperation eingebracht. Darüber hinaus habe I.\_\_\_\_\_ von der Klägerin auch sonstige für den Vertrieb der gekühlten, gefüllten Baguettes wichtige Unternehmensdaten, wie Preiskalkulation und Vertriebspartner, erlangt (act. 1 Rz. 14, vgl. auch Rz. 16, Rz. 49). Die Beklagte bezeichnet die Ausführungen be-

züglich der Weitergabe von Know-how von der Klägerin an I.\_\_\_\_\_ als unsubstantiiert (act. 12 Rz. 93 und Rz. 132).

2.3.3. Gemäss den übereinstimmenden Ausführungen beider Parteien gehört I.\_\_\_\_\_ seit November 2006 zu 100 % zur J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gruppe (Klägerin: act. 1 Rz. 15, Rz. 19; Beklagte: 12 Rz. 27). Während die Klägerin ausführt, I.\_\_\_\_\_ sei von der J.\_\_\_\_\_ Holding AG, der ehemaligen Muttergesellschaft der Beklagten, übernommen worden und dadurch zur Schwestergesellschaft der Beklagten geworden (act. 1 Rz. 19; act. 16 Rz. 9, Rz. 41, Rz. 50), macht die Beklagte geltend, die Übernahme sei durch die J.\_\_\_\_\_ Beteiligungsholding GmbH & Co. KG mit Sitz in K.\_\_\_\_\_ (Deutschland) erfolgt, welche zur J.\_\_\_\_\_ -Gruppe gehöre, so dass die Beklagte nun eine Nichte von I.\_\_\_\_\_ sei (act. 12 Rz. 27, Rz. 52-55 und act. 19 Rz. 25-28). Die Beklagte legt dar, für die Übernahme der Anteile an I.\_\_\_\_\_ habe die Erwerberin einen Kaufpreis bezahlt, der rund dem Umsatz des Geschäftsjahres 2006 entsprochen habe und gemäss einem Bericht in "... " mit annähernd EUR 100 Mio. angegeben worden sei. Beim Abschluss des Kaufvertrages und insbesondere bei der Bemessung des Kaufpreises seien beide Vertragsparteien davon ausgegangen, dass die J.\_\_\_\_\_ -Gruppe künftig über I.\_\_\_\_\_ auf dem Markt für die Herstellung von gekühlten Baguettes mit Kräuter- und Knoblauchbutterfüllung tätig sein würde, sich neue Kundengruppen und Absatzalternativen insbesondere in Deutschland erschliessen und ihre Produkte an den Detailhandel absetzen werde (act. 12 Rz. 30-32).

2.3.4. Einig sind sich die Parteien, dass die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ im Zuge der Übernahme mit dem Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 (act. 3/9) neu geregelt wurde. Gemäss Ziff. 7. Abs. 6 dieses Vertrages darf I.\_\_\_\_\_ während zehn Jahren nach Ablauf des Vertrages bestimmte gekühlte Backwaren mit Butter- und Würzzubereitung nicht herstellen. Unterhalb der Unterschriften der Klägerin und von I.\_\_\_\_\_ steht folgender, von Vertretern der J.\_\_\_\_\_ International AG unterzeichneter Satz: "Zustimmend die Rechte und Pflichten für sich anerkennend". Der Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 wurde von der Klägerin nach Ablauf der festen Erstlaufzeit per 31. Dezember 2009 gekündigt. Die Klägerin lässt die gekühlten, gefüllten Baguettes seither

über die P.\_\_\_\_\_ GmbH produzieren (Klägerin: act. 1 Rz. 15, Rz. 19, Rz. 30; act. 16 Rz. 13, Rz. 16; Beklagte: act. 12 Rz. 34 und act. 19 Rz. 32). Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang aus, dass die P.\_\_\_\_\_ GmbH vom ehemaligen Mehrheitsgesellschafter der I.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_, nach dessen Ausscheiden aus I.\_\_\_\_\_ aufgebaut worden sei, und dass die Klägerin zu 67 % an der P.\_\_\_\_\_ GmbH beteiligt sei. Sie erblickt in der Vorgehensweise der Klägerin eine gemeinsam mit O.\_\_\_\_\_ bewusst verfolgte Strategie, um gleich mehrfach profitieren zu können (act. 12 Rz. 34-36 und act. 19 Rz. 31-33). Die Klägerin bestreitet die Verfolgung einer Strategie und führt aus, sie habe sich im Verlauf ihrer Vertragsbeziehung mit I.\_\_\_\_\_ nicht auf neue Produktionsbedingungen einigen können, weshalb sie einen neuen Kooperationspartner gesucht und mit P.\_\_\_\_\_ GmbH gefunden habe. Sie habe lediglich von ihrem ordentlichen Kündigungsrecht des Kooperationsvertrages Gebrauch gemacht (act. 16 Rz. 16, Rz. 45).

#### 2.4. C.\_\_\_\_\_ GmbH

2.4.1. Gemäss der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien wurde die C.\_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in H.\_\_\_\_\_ (nachfolgend C.\_\_\_\_\_) im Mai 2009 gegründet. C.\_\_\_\_\_ ist eine Tochtergesellschaft der Konzernmuttergesellschaft B.\_\_\_\_\_ AG, welche zu 100 % an ihr beteiligt ist (Klägerin: act. 1 Rz. 21 und act. 16 Rz. 11, Rz. 52; Beklagte: act. 12 Rz. 57; act. 19 Rz. 13 und Rz. 17). Die Klägerin macht geltend, C.\_\_\_\_\_ sei ein Konzernunternehmen der B.\_\_\_\_\_ - bzw. der J.\_\_\_\_\_ -Gruppe und dementsprechend eine Schwestergesellschaft der Beklagten geworden (act. 16 Rz. 11). Die Beklagte betont, dass die C.\_\_\_\_\_ keinerlei Verbindung zur J.\_\_\_\_\_ -Gruppe habe. Sie sei allein von der B.\_\_\_\_\_ AG gegründet worden. Unter der B.\_\_\_\_\_ AG würden als selbständige und nebeneinander agierende Gruppen die ehemalige J.\_\_\_\_\_ -Gruppe, die ehemalige N.\_\_\_\_\_ -Gruppe und als weitere kleine Gruppe die C.\_\_\_\_\_ mit ihren Tochtergesellschaften hängen. Die seinerzeitige Entscheidung zur Gründung der C.\_\_\_\_\_ gehe auf eine Entscheidung der B.\_\_\_\_\_ -Konzernspitze zurück und stelle sich als strategische Massnahme zur Eröffnung neuer Geschäftsfelder dar (act. 12 Rz. 58-60; act. 19 Rz. 29).

2.4.2. Die Klägerin führt aus, das Fabrikationsgebäude von C.\_\_\_\_\_ befinde sich an derselben Adresse wie das von I.\_\_\_\_\_. Es bestünden drei Werke auf einem eingezäunten Gelände, welche nur durch einen gemeinsamen Zugang erreichbar und an der gleichen Energieversorgung angeschlossen seien. C.\_\_\_\_\_ habe im Laufe des Jahres 2009 im Wege des Asset Deals von I.\_\_\_\_\_ das Werk 1 sowie die für die Herstellung der gekühlten, gefüllten Baguettes benötigten Wirtschaftsgüter wie Maschinen erworben und auch einige Mitarbeiter von I.\_\_\_\_\_ übernommen, die bereits mit der Herstellung der genannten Baguettes vertraut gewesen seien (act. 1 Rz. 21-22; act. 16 Rz. 11, Rz. 54, Rz. 63). Die Beklagte hält dafür, die J.\_\_\_\_\_-Gruppe sei nach der Kündigung des Produktionsvertrages gezwungen gewesen, neue Aufträge zu akquirieren, um eine Betriebsstillegung mit Massenentlassungen oder einen Werksverkauf zu verhindern (act. 12 Rz. 126). Sie betont, dass C.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ ihren Sitz nicht an derselben Adresse hätten, sondern am Q.\_\_\_\_\_ Weg 1 bzw. 2 in H.\_\_\_\_\_. Das Betriebsgelände nebst daraufstehenden Produktionsstätten befinde sich im Eigentum von C.\_\_\_\_\_ und sei seinerzeit von I.\_\_\_\_\_ an C.\_\_\_\_\_ verkauft worden. Es sei nicht ein Werk, sondern bestimmte Produktionsanlagen veräußert worden. Die Grundstücke der beiden Gesellschaften seien getrennt und als eigenständige Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Auch die Energieversorgung beider Unternehmen sei völlig unabhängig voneinander. Beide Unternehmen hätten eigene Verträge mit Energielieferanten für Strom und Wasser (act. 12 Rz. 63-64, vgl. auch Rz. 97).

2.4.3. Die Klägerin macht geltend, C.\_\_\_\_\_ habe im Oktober 2009 begonnen, unter der Marke "R.\_\_\_\_\_" identische gekühlte, gefüllte Kräuterbutter- und Knoblauchbutter-Baguettes wie diejenigen, die von der Klägerin erfunden und entwickelt worden seien und im Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 bzw. in dessen Anlage 1 spezifiziert seien, zu produzieren und auf den Markt zu bringen. Ein Vergleich der A1.\_\_\_\_\_-Baguettes mit den R.\_\_\_\_\_-Baguettes zeige, dass zwischen den von der Klägerin und C.\_\_\_\_\_ hergestellten Baguettes keine signifikanten Unterschiede bestünden, sowohl hinsichtlich deren Aussehen, Masse, Geruch, Geschmack, Textur/Konsistenz, Zutaten als auch bezüglich deren Verpackung. Bei den R.\_\_\_\_\_-Baguettes und deren Aufmachung handle es sich um eine sklavische Übernahme der Ausstattungselemente der A1.\_\_\_\_\_-Baguettes.

C.\_\_\_\_\_ verwende für die Herstellung der R.\_\_\_\_\_ -Baguettes die Rezepturen und das Know-how, welches I.\_\_\_\_\_ von der Klägerin erlangt habe. Indem C.\_\_\_\_\_ einige ehemalige I.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter beschäftige, würden die R.\_\_\_\_\_ - Baguettes von Bäckern produziert, die jahrelang von der Klägerin für die anspruchsvolle Herstellung von gekühlten, gefüllten Baguettes geschult worden seien. Es werde exakt das Wissen eingesetzt, das die Klägerin gebrauchsmusterrechtlich geschützt habe. Zudem verstosse I.\_\_\_\_\_ bzw. die Beklagte gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Nicht die Klägerin, sondern die J.\_\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_\_ Gruppe sei einem Strategiemuster gefolgt, indem sie 100 % der Anteile an I.\_\_\_\_\_ erworben, daraufhin das Werk 1 von I.\_\_\_\_\_ an C.\_\_\_\_\_ übertragen und die vom Wettbewerbsverbot erfassten Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ - eine Konzerngesellschaft, die nicht unmittelbar selber an das Wettbewerbsverbot gebunden sei - herstellen lasse. Das Vorgehen entspreche einem bekannten Verhaltensmuster, nach dem versucht werde, vertragliche Verpflichtungen (hier aus dem Kooperationsvertrag) durch "Umschichtung" auf andere Konzerngesellschaften "abzuschütteln" (act. 1 Rz. 23-25; act. 16 Rz. 11, Rz. 28, Rz. 46, Rz. 61-63). Die Beklagte bezeichnet die klägerischen Ausführungen als unsubstantiiert und falsch. Richtig sei, dass C.\_\_\_\_\_ unter der Marke R.\_\_\_\_\_ selbst entwickelte Kräuterbutter- und Knoblauchbutter-Baguettes herstelle. Für die Herstellung dieser Produkte würden keine Rezepturen oder sonstiges Know-how der Klägerin verwendet, weder von C.\_\_\_\_\_ noch von der Beklagten oder einem anderen Unternehmen der J.\_\_\_\_\_ -Gruppe oder des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns. Ganz im Gegenteil sei es ausgesprochen wichtig, dass sich die Produkte von denen der Wettbewerber von C.\_\_\_\_\_ in Aussehen, Geruch und Geschmack unterscheiden würden. Eine so berühmte Marke wie "R.\_\_\_\_\_ " lege auf Unterscheidbarkeit und Einzigartigkeit besonderen Wert. Sowohl I.\_\_\_\_\_ als auch alle anderen Unternehmen des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns hätten sich an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gemäss Ziff. 7. des Kooperationsvertrages gehalten (act. 12 Rz. 89-100; act. 19 Rz. 8, Rz. 39). Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten unter Hinweis auf das Urteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 (act. 23 Rz. 8 f.).

### 3. In Deutschland geführte Verfahren

#### 3.1. Erstes Verfahren Landgericht G.\_\_\_\_\_ (Aktenzeichen ...)

3.1.1. Die Beklagte macht geltend, das vorliegende Verfahren sei das zweite Gerichtsverfahren, das im Zusammenhang mit dem Verbot der Herstellung von gekühlten, gefüllten Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ stehe. Die Klägerin habe bereits im Jahre 2009 in Deutschland gegen C.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ geklagt. Diese Klage sei jedoch rechtskräftig abgewiesen worden. Die Klägerin habe I.\_\_\_\_\_ bzw. C.\_\_\_\_\_ gerichtlich verbieten lassen wollen, gekühlte gefüllte Baguettes in Deutschland herzustellen und anzubieten. Über den klägerischen Antrag eines einstweiligen Verbotes sei unter dem Aktenzeichen ... vor der Kartellkammer des Landgerichtes G.\_\_\_\_\_ verhandelt worden. Der Antrag habe sich auf den gleichen Kooperationsvertrag wie vorliegend gestützt und es sei ebenfalls das Gebrauchsmuster DE ... zur Begründung herangezogen worden. Mit Urteil vom 11. Dezember 2009 sei der Antrag der Klägerin abgewiesen worden. Darin werde zum Vorwurf der Verwendung von Know-how der Klägerin festgehalten, dass nicht zu erkennen sei, worin genau ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis liegen solle, das verletzt worden sei. Weiter werde ausgeführt, dass I.\_\_\_\_\_ nicht für Handlungen von C.\_\_\_\_\_ verantwortlich gemacht werden könne. Auch sei festgestellt worden, dass aus Sicht des Gerichts mit Molkereiprodukten gefüllte Baguettes austauschbar und nicht als Produkt mit einer bildlichen Wiedergabe sofort der Klägerin zuzuordnen seien, womit eine Nachahmung in wettbewerbswidriger Weise ausscheide. Da die unterlegene Klägerin keine Berufung eingelegt habe, sei das Urteil rechtskräftig. Mit der vorliegenden Klage verfolge die Klägerin den gleichen Zweck wie mit ihrer Klage vor dem Landgericht G.\_\_\_\_\_, solle doch in beiden Fällen C.\_\_\_\_\_ untersagt werden, gekühlte Baguettes herzustellen. Das vorliegende Verfahren unterscheide sich nur darin, dass sich die Klage gegen die Beklagte richte, währenddem die Klägerin vor dem Landgericht G.\_\_\_\_\_ gegen I.\_\_\_\_\_ und gegen C.\_\_\_\_\_ geklagte habe. Es erscheine beinahe so, als wolle die Klägerin mit Hilfe des nunmehr in der Schweiz anhängigen Verfahrens gewissermassen eine Revision des rechtskräftigen deutschen Verfahrens erreichen (act. 12 Rz. 13-23, Rz. 98, Rz. 205).

3.1.2. Die Klägerin führt dazu aus, das Gesuch der Klägerin um Erlass einer einstweiligen Verfügung (kein Klageverfahren, wie von der Beklagten irreführend behauptet) gegen C.\_\_\_\_\_ vor dem Landgericht G.\_\_\_\_\_ sei aus prozessualen Gründen, namentlich infolge fehlender Dringlichkeit, abgewiesen worden. Solche Entscheide würden entgegen der Darlegungen der Beklagten nicht in Rechtskraft erwachsen (act. 16 Rz. 37).

3.1.3. Das von der Beklagten genannte Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 11. Dezember 2009 wird von keiner Partei als Beweismittel bezeichnet. Dem Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I in Sachen A1.\_\_\_\_\_ AG gegen C.\_\_\_\_\_ GmbH und der Streithelferin I.\_\_\_\_\_ GmbH H.\_\_\_\_\_ vom 19. Mai 2011, auf welches beide Parteien Bezug nehmen, ist zum Verfahren vor dem Landgericht G.\_\_\_\_\_ Folgendes zu entnehmen: "Ein Antrag der Klägerin gegen die Beklagte auf einstweilige Verfügung vor dem LG G.\_\_\_\_\_ scheiterte mangels Vorliegens eines Verfügungsgrundes." (act. 17/52 S. 4). Es fällt aber auf, dass in jenem Verfahren offenbar die A1.\_\_\_\_\_ AG und nicht die Klägerin des vorliegenden Verfahrens als klagende Partei auftrat. Daher sind die entsprechenden Erwägungen ohnehin mit Vorbehalt zu lesen. Wesentlich und auch unbestritten ist, dass es in jenem Verfahren vor dem Landgericht G.\_\_\_\_\_ lediglich um den Erlass einer einstweiligen Verfügung und nicht um einen Entscheid in der Hauptsache ging.

3.2. Zweites Verfahren Landgericht G.\_\_\_\_\_ (Aktenzeichen ...) /  
Oberlandesgericht S.\_\_\_\_\_

3.2.1. In ihrer Eingabe vom 22. Oktober 2012 führt die Klägerin aus, am 10. Oktober 2012 habe das Landgericht G.\_\_\_\_\_ die Durchsetzbarkeit der Kooperationsvereinbarung zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ beurteilt und halte darin ausdrücklich fest, dass dieses nachvertragliche Wettbewerbsverbot weder gegen deutsches noch gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstosse und auf dem Wege einer geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls für drei Jahre durchgesetzt werden könne (act. 30 Rz. 4 und Rz. 6). Die Beklagte betont in ihrer Stellungnahme vom 7. November 2012, das beschränkte Verbot richte sich gegen I.\_\_\_\_\_ und nicht gegen die Beklagte. Das Landgericht G.\_\_\_\_\_ habe zudem eine Unterlassung für die Zeit nach dem 31. Dezember 2012 ausdrücklich abgelehnt.

I.\_\_\_\_\_ habe gegen dieses eingeschränkte Unterlassungsurteil umgehend Berufung eingelegt und wegen der offensichtlichen Kartellrechtswidrigkeit die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt. Das Oberlandesgericht S.\_\_\_\_\_ habe daraufhin bereits am 19. Oktober 2012 die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil verfügt. Am 5. Dezember 2012 werde das Oberlandesgericht über die Berufung der I.\_\_\_\_\_ verhandeln. Es sei zu erwarten, dass daraufhin das Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ aufgehoben und die Klage abgewiesen werde (act. 32 Rz. 9-13).

3.2.2. Dem Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ im Rechtsstreit der Klägerin gegen I.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass I.\_\_\_\_\_ aufgrund des Kooperationsvertrages vom 25. September 2006 verurteilt wurde, bis zum 31. Dezember 2012 die Produktion von gekühlten Baguettes mit Butter- und Würzzubereitung für sich selbst oder verwandte Unternehmen und andere Hersteller und Vertreter oder Lizenznehmer für den deutschen Markt zu unterlassen. Des Weiteren wurde I.\_\_\_\_\_ in bestimmtem Umfang zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung sowie zur Vernichtung bestimmter Erzeugnisse und zur Leistung von Schadenersatz an die Klägerin verpflichtet, während die Klage im Übrigen abgewiesen wurde. Gegen eine Sicherheitsleistung wurde das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt (act. 31). Gegen dieses Urteil erhob I.\_\_\_\_\_ am 12. Oktober 2012 Berufung (act. 33/1). Mit Beschluss des Oberlandesgerichts S.\_\_\_\_\_ vom 19. Oktober 2012 wurde die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 10. Oktober 2012 gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt (act. 33/2). Gemäss Vorladung vom 18. Oktober 2012 wurden die Parteien jenes Verfahrens vom Oberlandesgericht S.\_\_\_\_\_ zur mündlichen Verhandlung auf den 5. Dezember 2012 vorgeladen (act. 33/3).

3.2.3. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. III.B.2.3.2.), hat der Ausgang jenes noch hängigen Verfahrens keinen Einfluss auf den vorliegenden Prozess, weshalb es sich erübrigt, darauf näher einzugehen.

3.3. Verfahren Landgericht F.\_\_\_\_\_ I / Oberlandesgericht F.\_\_\_\_\_

3.3.1. Die Klägerin legt dar, sie habe beim Landgericht F.\_\_\_\_\_ I Klage wegen Verletzung ihres Gebrauchsmusters erhoben mit dem Antrag, C.\_\_\_\_\_ sei die Herstellung und der Vertrieb von R.\_\_\_\_\_ -Baguettes zu verbieten. I.\_\_\_\_\_ sei dem Verfahren als Streithelferin beigetreten. Im Urteil vom 19. Mai 2011 (act. 17/52) habe das Landgericht F.\_\_\_\_\_ I u.a. festgehalten, dass das Gebrauchsmuster Nr. DE ... "gekühlte Backwaren mit bemehltem Aussehen" der Klägerin bestandeskräftig sei. Das Gericht habe die Produktion und den Vertrieb von R.\_\_\_\_\_ -Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ als Verletzung des Gebrauchsmusters der Klägerin erkannt und C.\_\_\_\_\_ verboten, derartige Baguettes in Deutschland herzustellen, anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Zudem sei dem Urteil zu entnehmen, dass die Streitverkündung von C.\_\_\_\_\_ gegenüber I.\_\_\_\_\_ zulässig sei, da C.\_\_\_\_\_ dargetan habe, sie könne I.\_\_\_\_\_, deren Geschäftsbetrieb sie erworben habe, möglicherweise wegen Gewährleistungs- und Regressansprüchen in Anspruch nehmen. Gegen das Urteil hätten C.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ Berufung eingelegt, weshalb es noch nicht rechtskräftig sei (act. 1 Rz. 12; act. 16 Rz. 17-19, Rz 35-38, Rz. 62). Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, dessen Verletzung mit der vorliegenden Klage gegenüber der J.\_\_\_\_\_ International AG geltend gemacht werde, umfasse indessen nicht nur das gebrauchsmusterrechtlich geschützte Baguette, sondern auch weitere Backwaren, die von der Beklagten bzw. ihr nahestehenden Unternehmen nicht produziert werden dürften (act. 1 Rz. 12; act. 16 Rz. 20). Dem Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011 ist zu entnehmen, dass in jenem Verfahren nicht die Klägerin des vorliegenden Verfahrens, sondern die A1.\_\_\_\_\_ AG als klagende Partei auftrat (act. 17/52).

3.3.2. Die Beklagte führt unter Bezugnahme auf einen Beschluss des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 24. (recte: 25.) August 2011 (act. 20/4) aus, dass dieses mittlerweile die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I - in dem es um sehr spezielle mit Griess bestäubte Baguettes gegangen sei - verfügt habe mit der Begründung, dass die geltend gemachte Anspruchsfassung einem Gebrauchsmusterschutz nicht zugänglich sei (act. 19 Rz. 46).

3.3.3. Mit Noveneingabe vom 18. Juli 2012 reicht die Klägerin die ersten beiden Seiten des Dispositivs des Endurteils des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 ein und bezeichnet diese im Beilagenverzeichnis als "Urteilsdispositiv OLG F.\_\_\_\_\_ vom 12.07.2012". Sie führt dazu aus, das Oberlandesgericht habe die Berufungen von C.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ gegen den Entscheid des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011 zurückgewiesen. Damit werde der Entscheid des Landgerichts bestätigt (act. 23 Rz. 4).

3.3.4. Den von der Klägerin eingereichten ersten beiden Seiten des Dispositivs des Endurteils des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 ist zu entnehmen, dass die Berufungen von C.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ gegen das Endurteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011 zurückgewiesen wurden mit der Massgabe, dass unter I.3c die Formulierung "es sei denn, ... unmittelbar zugeordnet werden" entfällt (Dispositiv Ziff. I.). Diese Einschränkung betrifft einzig die Rechnungslegung über die Gestehungskosten der betreffenden Baguettes. Gemäss Dispositiv Ziff. III. ist das Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011 vorläufig vollstreckbar. Auch das Urteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ ist gemäss Dispositiv Ziff. IV. vorläufig vollstreckbar. Aus Dispositiv Ziff. III. und IV. geht somit hervor, dass das Urteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ - jedenfalls im Zeitpunkt der Urteilsfällung am 12. Juli 2012 - noch nicht in Rechtskraft erwachsen und das Verfahren noch nicht abgeschlossen war. Dass die Klägerin nicht das ganze Entscheiddispositiv eingereicht hat, ist schon daran zu erkennen, dass auf den beiden Seiten die Unterschriften der Richter fehlen, während vor dem Dispositiv steht: "[...] erlässt der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ durch die unterzeichnenden Richter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 02.02.2012 [...]". Abgesehen davon fehlt die Rechtsmittelbelehrung. Ob die Klägerin mit der auf die ersten beiden Seiten des Entscheids beschränkten Eingabe dem Gericht weitere inhaltliche Informationen vorenthält, ist nicht ersichtlich, kann aber offen bleiben. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat der Ausgang jenes Verfahrens keinen Einfluss auf den vorliegenden Prozess, weshalb es sich erübrigt, der Klägerin Frist zur Edition der fehlenden Seiten anzusetzen.

### 3.4. Verfahren Deutsches Patent- und Markenamt

3.4.1. Aus dem Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011, auf welches beide Parteien Bezug nehmen, geht hervor, dass I.\_\_\_\_\_ am 23. Dezember 2009 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) Antrag auf Löschung des Gebrauchsmusters Nr. DE ... gestellt habe (act. 17/52 S. 4). Die Beklagte macht in der Klageantwort geltend, das (ohne Prüfung eingetragene) Gebrauchsmuster sei offensichtlich nicht rechtsbeständig und werde im aktuell anhängigen Lösungsverfahren voraussichtlich in Kürze gelöscht werden (act. 12 Rz. 92). Die Klägerin zitiert dazu (act. 16 Rz. 18) aus dem Urteil des Landgerichts F.\_\_\_\_\_ I vom 19. Mai 2011: "Eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Löschung des Klagegebrauchsmusters im Lösungsverfahren vor dem DPMA ist aus Sicht der ererkennenden Kammer nicht gegeben. Das Klagegebrauchsmuster ist nach Auffassung der Kammer nicht lösungsreif." (act. 17/52 S. 16). Die Beklagte hält es in der Duplik unter Hinweis auf den Beschluss des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 25. August 2011 für in hohem Mass zweifelhaft, ob die spezielle Ausgestaltung von mit Griess bestäubten Baguettes eine schutzfähige Erfindung sein könne (act. 19 Rz. 46), welche Ansicht die Klägerin aufgrund des Urteils des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 für unberechtigt hält (act. 23 Rz. 7). Aus dem Beschluss des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_\_ vom 25. August 2011 geht hervor, dass das Lösungsverfahren in jenem Zeitpunkt nach wie vor rechtshängig war (act. 20/4 S. 2).

3.4.2. Nachdem die Klägerin ihre Ansprüche nicht auf das genannten Gebrauchsmuster stützt, sondern aus dem Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 ableitet, hat der Ausgang des Lösungsverfahrens keinen Einfluss auf den vorliegenden Prozess.

#### **4. Kooperationsvertrag vom 25. September 2006**

##### 4.1. Vereinbarung zwischen der Klägerin und I. \_\_\_\_\_

4.1.1. Wie bereits ausgeführt, wurde die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und I. \_\_\_\_\_ im Zuge der Übernahme von I. \_\_\_\_\_ durch die J. \_\_\_\_\_-Gruppe mit dem Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 neu geregelt (Klägerin: act. 1 Rz. 15 und act. 16 Rz. 13, Rz. 15; Beklagte: act. 12 Rz. 27 f., Rz. 67, Rz. 205; Kooperationsvertrag vom 25.09.2006: act. 3/9; Anlagen zum Vertrag: act. 3/10 und act. 3/22). Der Zusammenhang mit der Übernahme durch die J. \_\_\_\_\_-Gruppe geht auch aus Ziff. B. der Vorbemerkungen des Kooperationsvertrages hervor (act. 3/9 S. 1). Im Kooperationsvertrag verpflichtete sich I. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen, für die Klägerin exklusiv die in Anlage 1 aufgelisteten Backwaren herzustellen, während sich die Klägerin ihrerseits verpflichtete, für die Vertragsdauer diese Backwaren abzunehmen (vgl. Ziff. 1 und Ziff. 7 des Kooperationsvertrages [act. 3/9] sowie Anlage 1 [act. 3/22]; Klägerin: act. 1 Rz. 27; Beklagte: act. 12 Rz. 81).

Der Vertrag wurde von der Klägerin auf das Ende der Erstlaufzeit gemäss Ziff. 2. des Kooperationsvertrages, d.h. per 31. Dezember 2009, gekündigt (Klägerin: act. 1 Rz. 15, Rz. 28 und act. 16 Rz. 16; Beklagte: act. 12 Rz. 34).

4.1.2. Für die Zeit nach der Vertragsauflösung relevant sind die Absätze 4-7 von Ziff. 7. unter dem Titel "Exklusivität", welche folgende Regelung enthalten (act. 3/9 S. 3):

"Wird der Vertrag aufgelöst, so gelten die folgenden Bestimmungen:

Das Know-how zur Herstellung der Produkte gemäss Anhang 1 gehört A1. \_\_\_\_\_ und steht ohne zeitliche und geographische Einschränkung A1. \_\_\_\_\_ zu.

I. \_\_\_\_\_ darf während 10 Jahren nach Ablauf des Vertrages keine gekühlten Backwaren mit Butter- und Würzzubereitung wie sie in Anlage 1 mit Ausnah-

me von Croissants/Gipfel aufgelistet sind, für sich selbst oder verwandte Unternehmen, andere Hersteller und Vertreiber oder Lizenznehmer produzieren, es sei denn diese Waren sind für das nicht geschützte Vertragsgebiet bestimmt. Das geschützte Vertragsgebiet wird verstanden als die Gebiete, in denen die A1.\_\_\_\_-Gruppe direkt oder indirekt zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung tätig ist. Diese Ein- bzw. Beschränkungen sind in den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und im Kaufpreis (siehe Vorb. B) berücksichtigt.

Im Gegenzug verpflichtet sich A1.\_\_\_\_ für die Dauer der Kooperationsvereinbarung, für die Herstellung von Backwaren mit Butter- und Würzzubereitungen ausschliesslich Backwaren von I.\_\_\_\_ einzusetzen sowie auch keine eigenen Backwaren zu produzieren. Ausnahmen sind möglich bei fehlender Lieferfähigkeit und/oder Qualität von I.\_\_\_\_ oder bei Sonder-Produkten ("Exoten")."

4.1.3. Abgesehen davon, dass die Beklagte dessen Wirksamkeit bestreitet, gehen die Parteien darin einig, dass I.\_\_\_\_ mit Abs. 6 von Ziff. 7 bezüglich der in Anlage 1 des Kooperationsvertrages aufgeführten Backwaren ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot auferlegt wurde (Klägerin: act. 1 Rz. 29-31; Beklagte: act. 12 Rz. 71, Rz. 82).

4.2. Zustimmungserklärung der J.\_\_\_\_ International AG

4.2.1. Unterhalb des von I.\_\_\_\_ und der Klägerin unterzeichneten Kooperationsvertrages steht folgender, von Vertretern der J.\_\_\_\_ International AG unterzeichneter Satz (act. 3/9 S. 6):

"Zustimmend die Rechte und Pflichten für sich anerkennend"

4.2.2. Die **Klägerin** führt aus, vor Abschluss des Kooperationsvertrages seien die neu zu regelnden Punkte im Eckpunktepapier vom 31. Mai 2006 zusammengefasst worden. Mit Schreiben vom 14. Juni 2006 habe sich die Beklagte mit dem Eckpunktepapier und insbesondere auch mit der Vertriebsexklusivität in zeitlicher Hinsicht auseinandergesetzt. Das jetzt von ihr angegriffene nachvertragliche

Wettbewerbsverbot sei von ihr "en connaissance de cause" zur Kenntnis genommen und akzeptiert worden (act. 16 Rz. 13 f. und Rz. 26). Die Stellungnahme der Beklagten vom 14. Juni 2006 beweise, dass sie selbst an der Begrenzung der Erstlaufzeit der Vereinbarung auf drei Jahre interessiert gewesen sei (act. 16 Rz. 45).

Die **Beklagte** wendet ein, die Korrespondenz belege, dass sie - als Beratungsunternehmen innerhalb der J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG mit der Vertragsverhandlung beauftragt - eine "Vertriebsexklusivität ohne zeitliche Begrenzung", wie sie die Klägerin für sich beanspruche, stets abgelehnt habe. Angesichts der starken Marktstellung der Klägerin habe die Beklagte nicht über die Verhandlungsmacht verfügt, einen völligen Verzicht auf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot durchzusetzen, weshalb sie der in Ziff. 7 des Kooperationsvertrages enthaltene Formulierung zugestimmt habe. Entgegen der klägerischen Behauptung sei es I.\_\_\_\_\_ gewesen, welcher in Verbindung mit der vereinbarten Vertriebsexklusivität an einer festen Mindestlaufzeit gelegen gewesen sei (act. 19 Rz. 40 f., vgl. auch act. 12 Rz. 190).

4.2.3. Wesentlich ist, dass die Beklagte anerkennt, die Zustimmungserklärung abgegeben zu haben (act. 12 Rz. 73).

#### 4.3. Tragweite der Zustimmungserklärung

4.3.1.a) Die **Klägerin** macht geltend, die Beklagte sei zwar nicht Vertragspartnerin des Kooperationsvertrags vom 25. September 2006, habe aber ausdrücklich die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zustimmend für sich anerkannt (act. 1 Rz. 31, vgl. auch Rz. 19 sowie act. 16 Rz. 15, Rz. 21, Rz. 36, Rz. 55). Dieses Anerkennen sei als Vertragsbeitritt zu qualifizieren, mit der Folge, dass die sich aus dem Vertrag für I.\_\_\_\_\_ ergebenden Pflichten auch von der Beklagten zu erfüllen seien. Folglich sei die Beklagte insbesondere auch an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in Ziffer 7 des Vertrages gebunden (act. 16 Rz. 21, vgl. auch Rz. 55 ff.).

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verbiete es zum einen der Beklagten bis am 31. Dezember 2019, die im Anhang 1 zum Kooperationsvertrag bezeichneten Backwaren für sich selber oder verwandte Unternehmen, andere Hersteller und Vertreiber oder Lizenznehmer zu produzieren (act. 1 Rz. 31, Rz. 38). Darüber hinaus sei es der Beklagten aber auch untersagt, die operative Tätigkeit der J.\_\_\_\_- bzw. B.\_\_\_\_-Gruppe so auszurichten, dass derartige Backwaren von einem nicht unmittelbar an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebundenen Konzernunternehmen produziert werden (act. 1 Rz. 39, Rz. 42; act. 16 Rz. 22 f. und Rz. 56). Die Beklagte habe eine zivilrechtliche Garantienstellung für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots übernommen, die sie nun verletze. Aufgrund der Auslegung des Vertrages und des Willens der Parteien sei sie die Pflicht eingegangen, dafür zu sorgen, dass die vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren von sämtlichen J.\_\_\_\_- bzw. B.\_\_\_\_-Gesellschaften während zehn Jahren nach Beendigung des Vertrages nicht produziert werden (act. 1 Rz. 66; act. 16 Rz. 9). In Bezug auf das Endurteil des Oberlandesgerichts F.\_\_\_\_ vom 12. Juli 2012 führt die Klägerin aus, wenn feststehe, dass die R.\_\_\_\_-Baguettes von C.\_\_\_\_ GmbH in Verletzung eines gültigen Schutzrechtes der Klägerin hergestellt und vertrieben würden, stehe auch fest, dass die die C.\_\_\_\_ GmbH operativ und strategisch führende Beklagte gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des Kooperationsvertrages verstosse, zu deren Einhaltung sie sich mit ihrer Zustimmungserklärung verpflichtet habe (act. 23 Rz. 6, vgl. auch Rz. 9).

b) Die **Beklagte** betont, sie sei nicht Vertragspartei des Kooperationsvertrages (act. 12 Rz. 14 f., Rz. 24 f., Rz. 37; act. 19 Rz. 6, Rz. 12, Rz. 20). Aus der von ihr abgegebenen Erklärung sei mit Bezug auf das Wettbewerbsverbot keine vertragliche Bindung entstanden (act. 12 Rz. 37). Als Muttergesellschaft obliege es ausschliesslich der deutschen J.\_\_\_\_ Beteiligungsholding GmbH & Co. KG, I.\_\_\_\_ zu kontrollieren. Die Beklagte als "Nichte" von I.\_\_\_\_ sei von ihrer Stellung im Konzern nicht berechtigt, Einfluss auf I.\_\_\_\_ auszuüben (act. 12 Rz. 54 f.). Sie macht geltend, die Zustimmungserklärung der Beklagten stelle ausschliesslich eine Beistandsverpflichtung für I.\_\_\_\_ dar (act. 12 Rz. 75). Daraus könnte die Klägerin, die Wirksamkeit des nachvertraglichen Verbots einmal unterstellt, allenfalls die Verpflichtung der Beklagten herleiten, für einen Verstoß ge-

gen das nachvertragliche Verbot durch I.\_\_\_\_\_ einzustehen. Die von der Klägerin beantragte Rechtsfolge lasse sich aus der Zustimmungserklärung der Beklagten jedoch nicht herleiten (act. 12 Rz. 77). Der Kooperationsvertrag enthalte keine sogenannte Konzernklausel, nach der etwa auch andere Konzerngesellschaften der damaligen J.\_\_\_\_\_ -Gruppe verpflichtet werden sollten, sich dem zehnjährigen nachvertraglichen Verbot zu unterwerfen. Schon gar nicht enthalte der Kooperationsvertrag eine Klausel, wonach I.\_\_\_\_\_ verpflichtet wäre, dafür einzustehen, dass auch künftige Konzerngesellschaften, die bei Vertragsabschluss noch nicht existiert hätten, sich an das Verbot halten. Derartige Konzernklauseln seien durchaus üblich. Die Parteien des Kooperationsvertrages hätten sich jedoch bewusst entschlossen, das nachvertragliche Verbot ausschliesslich I.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen. Somit träfe das nachvertragliche Verbot - falls es denn wirksam wäre, auch nur I.\_\_\_\_\_ und keinesfalls C.\_\_\_\_\_ (act. 12 Rz. 71, vgl. auch Rz. 73 f. und act. 19 Rz. 13). Insbesondere habe sich die Beklagte gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ zu untersagen, gekühlte Backwaren herzustellen oder zu vertreiben (act. 12 Rz. 25, Rz. 69).

4.3.2.a) Die **Klägerin** begründet ihren Standpunkt damit, dass die Beklagte dem Vertrag als für die operative und strategische Beratung der gesamten J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gruppe verantwortliche Konzerngesellschaft beigetreten sei (act. 1 Rz. 31; act. 16 Rz. 5, Rz. 47). Aufgrund der teilweise bestehenden Personalidentität zwischen der Beklagten und ihrer Mutter, der J.\_\_\_\_\_ Holding AG bzw. B.\_\_\_\_\_ AG, habe die Beklagte nicht nur hinsichtlich der operativen und strategischen Führung beraten, faktisch seien ihr auch die diesbezüglichen Entscheide zuzurechnen, weswegen sie für die Art der Führung der J.\_\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_\_ Gruppe, namentlich für die Umstrukturierung (Kauf von 24.9 % der Anteile an I.\_\_\_\_\_ von der Klägerin im Oktober 2006, Verkauf des Werks 1 anfangs 2009 von I.\_\_\_\_\_ an C.\_\_\_\_\_ - beides Tochtergesellschaften der B.\_\_\_\_\_ AG - und anschliessender Herstellung der vom Wettbewerbsverbot erfassten Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ ) einzustehen habe. Die Einflussnahme auf die Geschäftspolitik der J.\_\_\_\_\_ Holding AG bzw. der B.\_\_\_\_\_ AG sei insbesondere dadurch geschehen, dass Vertreter der Beklagten, namentlich T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_, auch im Verwaltungsrat der Konzernmuttergesellschaft, seit 2008 der B.\_\_\_\_\_ AG, einsitzen

würden bzw. eingesehen seien. Die massgebliche Einflussnahme der Beklagten auf das strategische und operative Handeln der Mutter sei offensichtlich; die Verantwortung für die operative und strategische Führung sei der Beklagten zuzuschreiben (act. 1 Rz. 31). Sie bestimme die operative und strategische Führung für alle Konzerngesellschaften (act. 1 Rz. 41; act. 16 Rz. 7, Rz. 48, Rz. 50, Rz. 52, Rz. 57). Insbesondere sei sie die C.\_\_\_\_\_ operativ und strategisch führende Gesellschaft (act. 23 Rz. 6). Infolge ihrer Zweckbestimmung und der Organisation im Konzern lasse sie es zu bzw. trage die Verantwortung dafür, dass die streitgegenständlichen Backwaren unter der Marke R.\_\_\_\_\_ durch C.\_\_\_\_\_ produziert würden (act. 1 Rz. 33; act. 16 Rz. 7, Rz. 30; Rz. 36). Ihr sei es daher möglich und sie sei auch verpflichtet, u.a. die Produktion und den Vertrieb der Backwaren innerhalb des Konzerns zu steuern. Daher sei es der Beklagten aufgrund des Wettbewerbsverbots auch untersagt, die operative Tätigkeit der J.\_\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_\_ Gruppe so auszurichten, dass vom Verbot erfasste Backwaren von einem anderen Konzernunternehmen produziert werden (act. 16 Rz. 22, Rz. 56 f.).

Für den Fall, dass die Beklagte fälschlicherweise vorbringe, es sei ihr nicht möglich gewesen, dafür zu sorgen, dass die vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren nach Beendigung des Kooperationsvertrages nicht durch J.\_\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_\_ Gesellschaften produziert werden, liege die Pflichtverletzung darin, dass sie die Pflichten aus diesem Vertrag zustimmend für sich anerkannt habe, diese jedoch nicht (mit der nötigen Sorgfalt) erfüllen könne. In diesem Fall hätte sie den Vertrag mangels Erfüllungsfähigkeit gar nicht eingehen dürfen und es liege ein Übernahmeverschulden bzw. ein Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) vor. Besitze die Beklagte nicht die Möglichkeit, die operative und strategische Führung aller J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften und somit die Produktion der R.\_\_\_\_\_ -Baguettes zu bestimmen, liege im Vertragsbeitritt vom 25. September 2006 ein haftungsbegründendes Verschulden der Beklagten, zumal der Vertragsbeitritt genau aus diesem Grund erfolgt sei bzw. erfolgen sollte (act. 1 Rz. 67; act. 16 Rz. 29 f., Rz. 49, Rz. 51, Rz. 53, Rz. 58).

b) Die **Beklagte** wendet ein, sie sei ein reines Beratungsunternehmen innerhalb der J.\_\_\_\_\_ -Gruppe, das sich auf interne Beratungsdienstleistungen für

die Bereiche Marketing, Kommunikation, Finanzen und Personal konzentriere (act. 12 Rz. 41, Rz. 48 f.; act. 19 Rz. 16, Rz. 22). Ihr statutenmässiger Zweck bestehe ausschliesslich darin, Beratungsdienstleistungen für andere Gesellschaften der J.\_\_\_\_ (Holdings) Switzerland AG zu erbringen (act. 19 Rz. 18). Die Beklagte stehe in keinem Überordnungsverhältnis zu irgend einer anderen J.\_\_\_\_-Gesellschaft. Im J.\_\_\_\_-Konzern sei sie nie die Obergesellschaft gewesen und habe zu keinem Zeitpunkt Führungs- und Weisungsfunktionen gegenüber anderen J.\_\_\_\_-Gesellschaften gehabt. Weder faktisch noch aufgrund ihrer Statuten habe die Beklagte "massgeblichen Einfluss" auf ihre damalige und inzwischen nicht mehr existente Muttergesellschaft, die J.\_\_\_\_ Holding AG, ausüben können. Die Klägerin leite ihre Vermutung aus der teilweisen Identität der für die verschiedenen Gesellschaften der J.\_\_\_\_-Gruppe handelnden Personen her. Sie verkenne, dass in einem Konzern bei den einzelnen Konzerngesellschaften häufig zumindest teilweise Personalidentität bestehe. Diese bedeute jedoch nicht, dass eine Untergesellschaft Einfluss auf die Obergesellschaft ausübe, sondern im Gegenteil bestimme die Muttergesellschaft die Geschicke der Tochtergesellschaft. Die damalige J.\_\_\_\_ Holding AG sei die Muttergesellschaft der Beklagten gewesen und nicht umgekehrt. Die Klägerin habe selber zu Recht behauptet, dass der Zweck der damaligen J.\_\_\_\_ Holding AG u.a. im Halten, Verwalten und der Kontrolle von Beteiligungen bestanden habe (act. 12 Rz. 50, Rz. 56, Rz. 74). Die Beklagte könne weder rechtlich noch faktisch anderen Konzerngesellschaften die Produktion oder den Vertrieb bestimmter Produkte verbieten, habe sie doch keinen Einfluss darauf. Dies gelte erst recht für solche Gesellschaften, die nicht zur J.\_\_\_\_ (Holdings) Switzerland AG gehörten, wie etwa C.\_\_\_\_. Diese gehöre zu einem anderen Zweig des B.\_\_\_\_-Konzerns. Die Beklagte sei für C.\_\_\_\_ schlichtweg nicht zuständig und habe keinen Einfluss auf die Produktion und den Vertrieb von R.\_\_\_\_-Baguettes. Sie übe auch keine Leitungs- oder Direktivfunktionen aus (act. 19 Rz. 19-23, vgl. auch act. 12 Rz. 14, Rz. 25, Rz. 44, Rz. 49, Rz. 205). Abgesehen davon, dass die Beklagte und C.\_\_\_\_ zum B.\_\_\_\_-Konzern gehörten, bestünde keinerlei sonstige "gesellschaftsrechtliche" Verflechtung. Mit C.\_\_\_\_ sei die Beklagte weder durch Unternehmensverträge verbunden noch bestehe eine Personenidentität bei Mitarbeitern der Beklagten und der

J.\_\_\_\_-Gruppe andererseits, auch nicht auf Führungsebene. Die Gesellschaften der J.\_\_\_\_-Gruppe hätten folglich keinen Einfluss auf die Geschicke der C.\_\_\_\_. J.\_\_\_\_-Gesellschaften hätten gegenüber C.\_\_\_\_ weder Support-Funktionen noch sei C.\_\_\_\_ an Weisungen der J.\_\_\_\_-Gruppe gebunden. C.\_\_\_\_ erhalte Weisungen ausschliesslich von der B.\_\_\_\_ AG, deren handelnde Personen überwiegend aus der ehemaligen N.\_\_\_\_-Gruppe stammten, so dass C.\_\_\_\_ auch nicht indirekt von Personen der J.\_\_\_\_-Gruppe bestimmt werde. Die Beklagte erbringe C.\_\_\_\_ gegenüber weder Beratungs- und Serviceleistungen noch sei sie dazu in der Lage, die C.\_\_\_\_ in ihren geschäftlichen Aktivitäten zu beeinflussen oder ihr sogar die Herstellung und den Betrieb bestimmter Produkte zu untersagen (act. 12 Rz. 61 f., Rz. 66).

## 5. Parteistandpunkte im Überblick

5.1. Zu Ziff. 1. der Rechtsbegehren legt die **Klägerin** dar, das Unterlassungsbegehren gründe auf Ziff. 7 Abs. 6 des Kooperationsvertrages vom 25. September 2006 in Verbindung mit § 241 BGB (Art. 97 ff. OR; act. 1 Rz. 92). Sie vertritt den Standpunkt, das vereinbarte Wettbewerbsverbot sei nach deutschem und europäischem Recht rechtswirksam, da es als notwendige und verhältnismässige Nebenabrede zu qualifizieren sei (act. 1 Rz. 37, Rz. 43 ff., Rz. 68 ff., insbesondere Rz. 90; act. 16 Rz. 24 f., Rz. 64 ff.). Die Beklagte verstosse mit der Gründung von C.\_\_\_\_, der Einbringung der produktionsrelevanten Vermögenswerte und der Produktion der durch das Wettbewerbsverbot betroffenen Vertragsprodukte durch C.\_\_\_\_ gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot (act. 1 Rz. 37, Rz. 65, Rz. 91). Sie habe für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots eine zivilrechtliche Garantienstellung übernommen, die sie verletze. Indem die Beklagte die Rechte und Pflichten aus dem Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 zustimmend für sich anerkannt habe, sei sie die Pflicht eingegangen, dafür zu sorgen, dass die vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren weder von ihr noch einem anderen Unternehmen des B.\_\_\_\_-Konzerns während zehn Jahren nach Beendigung des Vertrages produziert würden (act. 1 Rz. 66). Zum Einwand der Beklagten, es sei ihr nicht möglich gewesen, für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots durch andere Konzernunternehmen zu sorgen, führt die Klägerin aus, die

Beklagte hätte in diesem Fall den Vertrag mangels Erfüllungsfähigkeit nicht eingehen dürfen, weshalb ein Übernahmeverschulden vorliege (act. 1 Rz. 67; act. 16 Rz. 29 f., Rz. 49 ff.). Zu den Rechtsbegehren Ziff. 2 (Rechnungslegung) und Ziff. 3 (Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe) führt die Klägerin aus, diese Begehren würden auf § 280 BGB gestützt. Die Kumulation von Schadenersatz- und Gewinnherausgabe sei möglich und Stufenklagen seien bundesrechtlich anerkannt (act. 1 Rz. 95 f.).

5.2. Die **Beklagte** stellt den Antrag auf Klageabweisung (act. 12 S. 2). Sie vertritt den Standpunkt, dass der Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot begründe, erst recht nicht gegen die Beklagte. Die Beklagte habe sich gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ zu untersagen, gekühlte Backwaren herzustellen oder zu vertreiben (act. 12 Rz. 9, Rz. 25, Rz. 69, Rz. 78). Selbst wenn eine Verpflichtung der Beklagten bejaht würde, ginge das klägerische Rechtsbegehren über die vertragliche Vereinbarung hinaus (act. 12 Rz. 25, Rz. 79 ff.). In jedem Fall verstosse das zehnjährige Wettbewerbsverbot gleich aus mehreren Gründen gegen das deutsche (und europäische) Kartellrecht und sei nichtig (act. 12 Rz. 9, Rz. 25, Rz. 102 ff.; act. 19 Rz. 7, Rz. 35 ff.). Schliesslich wäre die Klage auch deshalb abzuweisen, weil die Klägerin nicht substantiiert habe, inwiefern C.\_\_\_\_\_ das angebliche nachvertragliche Wettbewerbsverbot verletze. Für die Herstellung der Baguettes "R.\_\_\_\_\_" werde keine Rezeptur oder sonstiges Know-how der Klägerin verwendet (act. 19 Rz. 8, Rz. 39, vgl. auch act. 12 Rz. 91 ff.).

### **III. Materielles**

#### **A. Vorbemerkungen zur Substantiierung**

Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Namentlich hat die klagende Partei die Tatsachenbehauptungen vorzubringen und die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu nennen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO), während die beklagte Partei ihrerseits darzulegen hat, welche Tatsa-

chenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Die behauptungs- und beweisbelastete Partei hat die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur pauschal oder in ihren Grundzügen, sondern substantiiert zu behaupten. Sie müssen so umfassend, detailliert und klar dargelegt werden, dass die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann. Die betreffende Partei kann sich daher nicht mit allgemeinen, globalen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden Rechtsnorm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem bezüglich unsubstantiiert vorgelegener Sachverhalte kein Anspruch auf Beweisführung besteht und das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellt. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt und führt, wenn Behauptungs- und Beweislast bei der klagenden Partei liegen, zur Abweisung des entsprechenden Anspruches (vgl. BGE 127 III 365 E. 2.b m.w.H.; Urteil [des Bundesgerichts] 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1.; Urteil [des Bundesgerichts] 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1.; ZR 102 [2003] Nr. 15, S. 68; FREI/WILLISEGGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 15 ff. zu Art. 221 ZPO und N 10 zu Art. 222 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 43 f. zu Art. 221 ZPO und N 20 zu Art. 222 ZPO).

## **B. Rechtsbegehren Ziff. 1.**

### **1. Inhalt**

In Rechtsbegehren Ziff. 1. beantragt die Klägerin im Wesentlichen, es sei der Beklagten zu verbieten, bis zum 31. Oktober 2019 bestimmte Backwaren in Deutschland selbst, durch C. \_\_\_\_\_ GmbH oder durch einen anderen der Beklagten nahestehenden Dritten, für den die Beklagte konzerninterne Beratungs- und Servicedienstleistungen erbringt, herzustellen bzw. herstellen zu lassen, anzupreisen bzw. anpreisen zu lassen, feilzuhalten und zu verkaufen bzw. feilhalten und anpreisen (recte: verkaufen) zu lassen, in Verkehr zu bringen, nach Deutschland ein- oder von Deutschland auszuführen oder sonst wie gewerblich zu verwenden (act. 1 S. 2). Dieses Begehren stützt die Klägerin auf Ziff. 7 Abs. 6 des Kooperationsvertrages vom 25. September 2006 (act. 1 Rz. 92).

### **2. Rechtsschutzinteresse / Bestimmtheit des Rechtsbegehrens**

#### **2.1. Rechtliches**

##### **2.1.1. Rechtsschutzinteresse**

Eine der Prozessvoraussetzungen ist das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses bzw. Rechtsschutzinteresses der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dieses ergibt sich bei der positiven Leistungsklage regelmässig schon aus der Behauptung eines fälligen Leistungsanspruchs. Besonders zu prüfen ist das Rechtsschutzinteresse dagegen bei der Duldungs- und der Unterlassungsklage (OBERHAMMER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 6 und N 9 zu Art. 84 ZPO). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt ein Unterlassungsbegehren ein aktuelles Rechtsschutzinteresse voraus, das auch noch zur Zeit der Urteilsfällung bestehen muss und bei einer Klage auf Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen nur anzunehmen ist, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten der beklagten Partei die künftige Rechtsverletzung

ernsthaft befürchten lässt (BGE 109 II 338 E. 3; BGE 116 II 357 E. 2a; BGE 124 III 72 E. 2a).

### 2.1.2. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteils gemacht und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann. Dies gilt auch in Bezug auf Unterlassungsklagen: Gegenstand eines Unterlassungsbegehrens kann nur das Verbot einer genau individualisierten, d.h. genau und bestimmt umschriebenen Handlung sein. Die Vollstreckung des Verbots muss möglich sein, ohne dass der hierfür zuständige Richter nochmals eine materielle Beurteilung des infrage stehenden Verhaltens vorzunehmen hat. Auf ein unbestimmtes und unklares Rechtsbegehren ist nicht einzutreten (LEUENBERGER, a.a.O., N 28, N 30 und N 40 zu Art. 221 ZPO m.w.H.).

## 2.2. Beklagte

2.2.1. Zur Wiederholungsgefahr hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens führt die Klägerin aus, diese stehe ausser Zweifel, nachdem die Beklagte - selbst nach einer Aufforderung zur Einstellung der Herstellung und des Vertriebs der R.\_\_\_\_-Baguettes durch C.\_\_\_\_ - mit ihrem vertragsverletzenden Verhalten unbeirrt weiterfahre (act. 1 Rz. 94).

2.2.2. Es ist unbestritten, dass die Beklagte selber keine Backwaren produziert (Klägerin: act. 16 Rz. 7, Rz. 22 f.; Beklagte: act. 12 Rz. 41, Rz. 47-49, Rz. 75, Rz. 205). Die Klägerin führt dazu u.a. aus, "da die Beklagte gar keine Backwaren herstellt/herstellen kann" (act. 16 Rz. 23). Die Klägerin geht somit selber davon aus, dass die Beklagte weder Backwaren herstellt noch dazu überhaupt in der Lage wäre. Insoweit in Rechtsbegehren Ziff. 1. verlangt wird, der Beklagten selber die Herstellung zu verbieten, fehlt es an einer Behauptung, aus welcher sich ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Klägerin ableiten liesse.

2.2.3. Des Weiteren macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, die Beklagte sei im Bereich der operativen und strategischen Beratung (act. 16 Rz. 5, Rz. 47)

und Führung aller Konzernunternehmen tätig (act. 1 Rz. 41; act. 16 Rz. 7, Rz. 48). Dass die Beklagte selber in den Vertrieb oder weitere im Rechtsbegehren aufgezählte Handlungen der streitgegenständlichen Backwaren involviert wäre, wird von ihr nirgends dargetan, sondern ihren Ausführungen ist zu entnehmen, dass C.\_\_\_\_\_ diese Backwaren auf den Markt bringe (act. 1 Rz. 23; act. 16 Rz. 11). Damit fehlt es auch in Bezug auf das Anpreisen, Feilhalten, Verkaufen, in Verkehr bringen, Ein- oder Ausführen sowie das gewerbliche Verwenden - insoweit dieses der Beklagten selber verboten werden soll - an einer Behauptung, aus welcher das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Klägerin abgeleitet werden könnte.

2.3. I.\_\_\_\_\_

2.3.1. Ob I.\_\_\_\_\_ seit Kündigung des Kooperationsvertrages per 31. Dezember 2009 keine der darin näher spezifizierten gekühlten, gefüllten Baguettes mehr hergestellt habe, hält die Klägerin in der Klageschrift für zweifelhaft. Sie behalte sich das Nachklagerecht explizit vor (act. 1 Rz. 15).

Die gewählte Formulierung zeigt, dass es sich bezüglich der Herstellung der streitgegenständlichen Baguettes durch I.\_\_\_\_\_ um eine vage Vermutung der Klägerin handelt. Auch ihren weiteren Ausführungen ist keine substantiierte Behauptung zu entnehmen, wonach I.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die streitgegenständlichen Baguettes eine der im Rechtsbegehren genannten Handlungen ausführen würde oder im Begriff wäre, dies in naher Zukunft zu tun. Insbesondere macht die Klägerin geltend, C.\_\_\_\_\_ habe im Laufe des Jahres 2009 im Wege des Asset Deals von I.\_\_\_\_\_ das Werk 1 sowie die für die Herstellung der gekühlten, gefüllten Baguettes benötigten Wirtschaftsgüter wie Maschinen erworben und auch einige Mitarbeiter von I.\_\_\_\_\_ übernommen, die bereits mit der Herstellung der genannten Baguettes vertraut gewesen seien (act. 1 Rz. 22; act. 16 Rz. 11, Rz. 63), was von der Beklagten im Ergebnis nicht bestritten wird (act. 12 Rz. 97; act. 19 Rz. 43). Damit fehlt es auch in Bezug auf I.\_\_\_\_\_ an einer klägerischen Behauptung, wonach in Bezug auf das Unterlassungsbegehren ein aktuelles Rechtsschutzinteresse gegeben wäre.

Abgesehen davon legt die Formulierung, wonach sich die Klägerin das Nachklagerecht vorbehalte, den Schluss nahe, dass die Klägerin bezüglich I.\_\_\_\_\_ auf ein Unterlassungsbegehren mit vorliegender Klage verzichtet.

2.3.2. Den Erwägungen im Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 (act. 31 S. 6) sowie denjenigen im Beschluss des Oberlandgerichts S.\_\_\_\_\_ vom 19. Oktober 2012 (act. 33/2 S. 3) ist zu entnehmen, dass gemäss Feststellung der Klägerin jedenfalls seit April 2012 in den Lebensmittelmärkten von I.\_\_\_\_\_ selber hergestellte Baguettes mit der Bezeichnung "R.\_\_\_\_\_ Baguette ..." angeboten würden.

Die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, müssen in der Rechtschrift selbst behauptet werden. Ergeben sich diese Tatsachen lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtschrift, sind sie vom Gericht in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren nicht zu beachten. Ein allgemeiner Hinweis auf eine Beilage in einer Rechtschrift genügt der Behauptungslast nicht (FREI/WILLISEGGER, a.a.O., N 16 zu Art. 221 ZPO; vgl. auch LEUENBERGER, a.a.O., N 46 zu Art. 221 ZPO; ZR 97 [1998] Nr. 87; ZR 102 [2003] Nr. 15). Die Klägerin hat darauf verzichtet, in ihrer Noveneingabe vom 22. Oktober 2012 (act. 30) oder anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. S. 14) - unter gleichzeitigem Hinweis, dass sie von ihrem Novenrecht Gebrauch mache - die Behauptung aufzustellen, dass I.\_\_\_\_\_ die streitgegenständlichen Baguettes nun wieder selber produziere und infolgedessen eine Klageänderung vorzubringen. Stattdessen begnügt sie sich in ihrer Noveneingabe vom 22. Oktober 2012 im Wesentlichen damit, das Dispositiv des Urteils des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 zusammenzufassen.

Abgesehen davon hätte sich dieses Vorbringen, verbunden mit einer entsprechenden Klageänderung (Art. 227 Abs. 1 i.V.m. Art. 230 Abs. 1 ZPO), bereits anlässlich der Noveneingabe vom 22. Oktober 2012 als verspätet erwiesen. Wie den Erwägungen des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 zu entnehmen ist, stellte die Klägerin seit April 2012 fest, dass unter der Bezeichnung "R.\_\_\_\_\_ Baguette ..." wieder gekühlte Baguettes in Lebensmittelmärkten angeboten würden, welche von I.\_\_\_\_\_ ohne Produkte der Klägerin hergestellt würden (act. 31 S. 6).

Aus den Erwägungen des Beschlusses des Oberlandesgerichts S.\_\_\_\_\_ vom 19. Oktober 2012 geht weiter hervor, dass die Klägerin I.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 8. Mai 2012 aufgrund dieser Produkte abmahnte (act. 33/2 S. 3). Damit ist davon auszugehen, dass der Klägerin die Produktion der streitgegenständlichen Baguettes durch I.\_\_\_\_\_ spätestens seit dem 8. Mai 2012 bekannt war. Im vorliegenden Verfahren war der zweite Schriftenwechsel in jenem Zeitpunkt bereits abgeschlossen (die Duplik datiert vom 14. November 2011), was mit Beschluss vom 4. September 2012 noch explizit festgehalten wurde (act. 25). Neue Tatsachen und Beweismittel, welche erst nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsel entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO), sind unverzüglich, d.h. innert zehn Tagen, und nicht etwa erst an der Hauptverhandlung vorzutragen (vgl. II.4.2.). Für eine Klageänderung müssen nach Aktenschluss nicht nur die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO gegeben sein, sondern muss die Klageänderung zusätzlich auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen und diese nach den Regeln von Art. 229 ZPO vorgebracht worden sein (LEUENBERGER, a.a.O., N 1 zu Art. 230 ZPO). Die Behauptung, I.\_\_\_\_\_ produziere seit April 2012 wieder die streitgegenständlichen Baguettes, verbunden mit einer entsprechenden Klageänderung, wäre über fünf Monate nach der Entdeckung dieses Novums verspätet gewesen.

Damit erweist sich das nicht rechtskräftige Urteil des Landgerichts G.\_\_\_\_\_ im Rechtsstreit der Klägerin gegen I.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2012 (act. 31) sowie der Ausgang des Berufungsverfahrens am Oberlandesgericht S.\_\_\_\_\_ (act. 33/1-3) vorliegend als irrelevant bzw. unbeachtlich.

#### 2.4. Weitere Konzerngesellschaften

2.4.1. Gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. seien die aufgezählten Handlungen auch zu verbieten, insoweit diese vorgenommen werden "durch einen anderen der Beklagten nahestehenden Dritten, für den die Beklagte konzerninterne Beratungs- und Servicedienstleistungen erbringt" (act. 1 S. 2).

2.4.2. Diese Formulierung genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens nicht, geht daraus doch nicht hervor, wer damit gemeint ist bzw.

sein könnte. Dabei könnte es sich sowohl um eine natürliche Person als auch eine Gesellschaft handeln, wobei diese nur andeutungsweise individualisiert wird.

Selbst wenn man die klägerischen Behauptungen mit einbezieht, bleibt unklar, wem nach Auffassung der Klägerin die im Rechtsbegehren aufgezählten Handlungen zu verbieten seien. Gemäss Statuten erbringt die Beklagte lediglich konzerninterne Dienstleistung und Beratung für die J.\_\_\_\_\_ Gruppe und nicht für den gesamten B.\_\_\_\_\_ -Konzern, was auch der klägerischen Darstellung selbst zu entnehmen ist (act. 1 Rz. 18). Andererseits legen die Ausführungen der Klägerin den Schluss nahe, dass ihrer Auffassung nach sämtliche Gesellschaften des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns in das Verbot einzubeziehen seien. So führt sie in der Klageschrift aus, die Beklagte sei die Pflicht eingegangen, dafür zu sorgen, dass die vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren weder von ihr noch einem anderen mit ihr verwandten Unternehmen während zehn Jahren nach Beendigung des Vertrages produziert würden (act. 1 Rz. 66), um im Wesentlichen dasselbe in der Replik in Bezug auf sämtliche J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften geltend zu machen (act. 16 Rz. 9).

Da das Rechtsbegehren hinsichtlich des "nahestehenden Dritten" nicht zum Dispositiv erhoben werden könnte, ist darauf nicht einzutreten.

2.4.3. Hinzu kommt, dass die Klägerin hinsichtlich "des nahestehenden Dritten" im Ergebnis anbegehrt, diesem präventiv zu verbieten, die genannten Handlungen vorzunehmen. Dass - abgesehen von C.\_\_\_\_\_ - eine andere Person oder Gesellschaft bezüglich der streitgegenständlichen Baguettes eine der im Rechtsbegehren aufgezählten Handlungen vornehmen würde oder auch nur im Begriff wäre, dies in naher Zukunft zu tun, behauptet die Klägerin indessen nicht. Daher kann auf diesen Teil des Rechtsbegehrens auch mangels Behauptung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden.

2.5. C.\_\_\_\_\_

Hingegen erweist sich die klägerische Behauptung, wonach C.\_\_\_\_\_ die streitgegenständlichen Baguettes unter der Bezeichnung "R.\_\_\_\_\_" herstellt und vertreibt, als substantiiert. In Bezug auf C.\_\_\_\_\_ wurde daher ein aktuelles Rechtsschutzinteresse am Verbot der im Rechtsbegehren aufgezählten Handlungen dargetan.

2.6. Fazit

Zusammenfassend ist auf Rechtsbegehren Ziff. 1 mit Ausnahme betreffend C.\_\_\_\_\_ nicht einzutreten.

Es kann daher offen bleiben, wie die Zustimmungserklärung der J.\_\_\_\_\_ International AG in Bezug auf die Beklagte, I.\_\_\_\_\_ und - mit Ausnahme von C.\_\_\_\_\_ - weitere Konzerngesellschaften des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns zu verstehen ist.

### **3. Anwendbares Recht**

3.1. Anwendbarkeit von Art. 117 IPRG

Wie bereits ausgeführt, liegt der Streitsache ein internationales Verhältnis zugrunde, weshalb sich das anwendbare Recht unter Vorbehalt allfälliger völkerrechtlicher Verträge nach dem IPRG bestimmt (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Das nationale, kollisionsrechtlich berufene Recht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Streitparteien bestimmt sich, da vertragliche Ansprüche geltend gemacht werden, nach dem auf Verträge anwendbaren Recht (Art. 116 ff. IPRG). Wurde wie vorliegend keine Rechtswahl im Sinne von Art. 116 IPRG getroffen, untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Es wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihre Niederlassung hat, sofern sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Ist der berufliche oder gewerbliche Bezug des Vertragsschlusses gege-

ben, so ist die Lokalisierung aufgrund der Geschäftsniederlassung jener Partei vorzunehmen, welche die charakteristische Leistung erbringt (AMSTUTZ / VOGT / WANG, in: Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl. 2007, N 22 zu Art. 117 IPRG). Die Geschäftsniederlassung befindet sich bei Gesellschaften in erster Linie im Staat, in dem der Sitz liegt (Art. 21 Abs. 4 IPRG). Das streitige Rechtsverhältnis wird nach der *lex fori*, d.h. nach schweizerischen Recht, qualifiziert (BGE 115 II 67 E. 1; BGE 127 III 123 E. 2c und 553 E. 2c).

### 3.2. Kooperationsvertrag zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_

3.2.1. Bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen gilt die Dienstleistung als charakteristische Leistung (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG).

3.2.2. Die Klägerin führt dazu aus, I.\_\_\_\_\_ habe sich mit dem Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 verpflichtet, genau spezifizierte Backwaren herzustellen, und die Klägerin, diese abzunehmen. Die Beklagte habe alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag für sich anerkannt. Als charakteristische Leistung müsse die Leistung von I.\_\_\_\_\_ angesehen werden, da es sich um einen Dienstleistungsvertrag handle und I.\_\_\_\_\_ die Dienstleistung erbringe bzw. erbracht habe. Da I.\_\_\_\_\_ den Sitz in Deutschland habe, finde folglich deutsches Recht Anwendung (act. 1 Rz. 36). Die Beklagte teilt diese Auffassung (act. 19 Rz. 34).

3.2.3. Insoweit es vorliegend um die Vereinbarung zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin geht, ist den Parteien darin beizupflichten, dass die charakteristische Leistung in der Herstellung bestimmter Backwaren durch I.\_\_\_\_\_ zu erblicken ist, welche Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat. Bezüglich der Vereinbarung zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin kommt daher deutsches Recht zur Anwendung.

### 3.3. Zustimmungserklärung der Beklagten

#### 3.3.1. Rechtsanwendung von Amtes wegen

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beklagte nicht Vertragspartei des Kooperationsvertrages zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ ist

(Klägerin: act. 1 Rz. 31; Beklagte: act. 12 Rz. 14 f., Rz. 24 f., Rz. 37; act. 19 Rz. 6, Rz. 12, Rz. 20). Es wird auch von keiner Partei behauptet, dass die Beklagte mit der Zustimmungserklärung die Verpflichtung übernommen hätte, die als charakteristisch zu bezeichnende Leistung des Kooperationsvertrages - die Herstellung bestimmter Backwaren durch I.\_\_\_\_\_ - selber in natura zu erbringen. Dennoch sind die Parteien der Auffassung, auf die Zustimmungserklärung sei ohne Weiteres das auf die Vereinbarung zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ anwendbare Recht massgebend. Als Teilaspekt der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) obliegt die Ermittlung des anwendbaren Rechts dem Gericht (AMSTUTZ / VOGT / WANG, a.a.O., N 10 zu Art. 117 IPRG). Auf die unbestrittene Auffassung der Parteien kann daher nicht abgestellt werden.

### 3.3.2. Parteibehauptungen

Um das auf die Zustimmungserklärung anwendbare Recht bestimmen zu können, ist auf deren rechtliche Qualifikation näher einzugehen. Da sich der knappe Wortlaut der Zustimmungserklärung als wenig aussagekräftig erweist, ist auf die Parteibehauptungen, welche die Grundlage für die Subsumtion der Zustimmungserklärung liefern, näher einzugehen. Die Klägerin vertritt im Wesentlichen die Auffassung, die Beklagte sei die Pflicht eingegangen, dafür zu sorgen, dass die vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren weder von der Beklagten noch einem anderen Konzernunternehmen während zehn Jahren nach Beendigung des Vertrages produziert werden. Die Beklagte habe eine zivilrechtliche Garantenstellung für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots übernommen (act. 1 Rz. 66; vgl. auch act. 16 Rz. 9). Ihr Anerkenntnis sei als Vertragsbeitritt zu qualifizieren, mit der Folge, dass die sich aus dem Vertrag für I.\_\_\_\_\_ ergebenden Pflichten auch von der Beklagten selbst zu erfüllen seien (act. 16 Rz. 21). Die Beklagte macht geltend, die Zustimmungserklärung der Beklagten stelle ausschliesslich eine Bestandsverpflichtung für I.\_\_\_\_\_ dar (act. 12 Rz. 75).

### 3.3.3. Vorliegen eines Sicherungsvertrages

Unbestritten ist, dass die Beklagte aufgrund der Zustimmungserklärung für die richtige Vertragserfüllung durch I.\_\_\_\_\_, gemäss Auffassung der Klägerin darüber hinaus auch durch weitere Konzerngesellschaften, einzustehen hat. Daraus erhellt, dass es vorliegend um eine Art von "Sicherungsvertrag" geht. Wie bereits ausgeführt, ist das streitige Rechtsverhältnis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach der *lex fori*, d.h. vorliegend nach schweizerischem Recht, zu qualifizieren. Als charakteristische Leistung gilt bei Garantie- oder Bürgschaftsverträgen die Leistung des Garanten oder des Bürgen (Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG). Damit wird klargestellt, dass Sicherungsverträge nicht etwa akzessorisch an die Hauptschuld, sondern selbständig anzuknüpfen sind (AMSTUTZ / VOGT / WANG, a.a.O., N 50 zu Art. 117 IPRG). Auch beim Schuldbeitritt bzw. bei der kumulativen Schuldübernahme findet das Recht des Staates Anwendung, in dem der beigetretene Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Niederlassung hat (AMSTUTZ / VOGT / WANG, a.a.O., N 55 zu Art. 117 IPRG).

### 3.3.4. Aspekt des Konzerns

Das IPRG enthält keine Kollisionsnorm, die spezifisch darauf ausgerichtet wäre, eine Antwort auf die Frage der Anknüpfung konzernrechtlicher Tatbestände zu geben. Als Grundregel gilt, dass für Konzernhaftungstatbestände in erster Linie auf das Recht der beherrschten Untergesellschaft abgestellt wird. Es erscheint indessen als zweckmässig, zwischen den einzelnen Konzernsachverhalten zu unterscheiden und das anwendbare Recht jeweils aufgrund der Interessenlage und der Schutzzwecke der konzernrechtlichen Regelung zu bestimmen. Verpflichtet sich die Konzernobergesellschaft vertraglich gegenüber den Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft, z.B. durch eine Garantie, so ist die vertragliche Haftung der Muttergesellschaft auf das Vertragsstatut abzustellen. Bei Fehlen einer Rechtswahl der Parteien gilt für die vertragliche Haftung das Recht des Sitzlandes der Konzernobergesellschaft, deren Einstehen für die Verbindlichkeiten der beherrschten Gesellschaften als charakteristische Leistung gemäss Art. 117 IPRG

zu bezeichnen ist (NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, 2. Aufl. 2012, Bd. 1, Kap. 1 N 215 f. und N 228; vgl. auch BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 11 N 42c; VON BÜREN, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl. 2005, S. 563).

Vorliegend ist unbestritten, dass bei Vertragsabschluss die J.\_\_\_\_\_ Holding AG die Konzernobergesellschaft bzw. Muttergesellschaft im J.\_\_\_\_\_Konzern war, welche bei der Gründung des B.\_\_\_\_\_Konzerns im Jahre 2008 von der B.\_\_\_\_\_ AG als neue Konzernspitze abgelöst wurde (Klägerin: act. 1 Rz. 19 f., act. 16 Rz. 10; Beklagte: act. 12 Rz. 46, Rz. 50). Die Klägerin behauptet indessen im Wesentlichen, die Beklagte als Tochtergesellschaft im Konzern sei die herrschende Gesellschaft, welche für die Handlungen weiterer Konzerngesellschaften einzustehen habe (act. 1 Rz. 41; act. 16 Rz. 52, Rz. 57). Alle von den Parteien als im Konzern herrschend bezeichneten Gesellschaften haben bzw. hatten ihren Sitz in der Schweiz.

### 3.3.5. Fazit

Bei den in Frage kommenden Sicherungsverträgen gilt als charakteristische Leistung diejenige des Garanten, Bürgen oder Übernehmenden. Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts erweist sich eine genaue Einordnung der Zustimmungserklärung daher als entbehrlich. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit Sitz in der Schweiz die charakteristische Leistung gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG zu erbringen hat. Daraus folgt, dass der engste Zusammenhang der Zustimmungserklärung mit der Schweiz besteht, was zur Anwendbarkeit von schweizerischem Recht führt.

Zum selben Ergebnis führt die Berücksichtigung der Tatsache, dass es vorliegend um einen Sicherungsvertrag einer Konzerngesellschaft gegenüber einer mit ihr verbundenen weiteren Konzerngesellschaft geht. Alle von den Parteien als im Konzern herrschend bezeichneten Gesellschaften haben bzw. hatten ihren Sitz in der Schweiz, wobei unbestritten ist, dass aufgrund der Zustimmungserklärung einzig eine Haftung der Beklagten in Betracht zu ziehen ist.

### 3.4. Rolle der Beklagten im Konzern

3.4.1. Die Frage, welche Rolle der Beklagten im B.\_\_\_\_-Konzern zukommt, ist umstritten. Während die Klägerin geltend macht, die Beklagte sei das herrschende Unternehmen im Konzern, kommt diese Funktion gemäss Ausführungen der Beklagten nicht ihr, sondern der Konzernmuttergesellschaft B.\_\_\_\_ AG zu.

3.4.2. Gemäss Art. 154 Abs. 1 IPRG unterstehen Gesellschaften dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen. Sowohl die Beklagte als auch die B.\_\_\_\_ AG sind im schweizerischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften. Demgemäss ist das Gesellschaftsstatut sowohl der Beklagten als auch der B.\_\_\_\_ AG schweizerisches Recht. Inwieweit das Gesellschaftsstatut massgebend ist, ist bei den sich im Zusammenhang mit der Rolle der Beklagten stellenden Fragen gesondert zu prüfen.

## 4. **Rechtliche Qualifikation und Auslegung der Zustimmungserklärung**

### 4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Die **Klägerin** hält dafür, der Grund, warum gerade die Beklagte, die selber keine Backwaren produziere, die Zustimmungserklärung abgegeben habe, liege am Umstand, dass sie das für die operative Führung zuständige Konzernunternehmen sei, dem es möglich bzw. das verpflichtet sei, u.a. die Produktion und den Vertrieb der Backwaren innerhalb des Konzerns zu steuern. Ein anderer überzeugender Grund für diese Zustimmungserklärung sei nicht ersichtlich und werde von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Daher sei es der Beklagten aufgrund des Wettbewerbsverbots auch untersagt, die operative Tätigkeit der J.\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_ Gruppe so auszurichten, dass vom Verbot erfasste Backwaren von einem anderen Konzernunternehmen produziert werden. Ohne eine derartige Auslegung des Vertragsbeitritts der Beklagten würde das Wettbewerbsverbot ins Leere laufen, könnte doch die Produktion der vom Wettbewerbsverbot erfassten Backwaren einfach an ein anderes bestehendes oder erst zu gründend-

des, nicht unmittelbar an das Wettbewerbsverbot gebundenes Konzernunternehmen ausgelagert werden. Dies könne offensichtlich nicht dem Willen der Parteien entsprochen haben. Das Wettbewerbsverbot sei folglich so auszulegen, dass es der Beklagten primär verboten sei, die betreffenden Backwaren durch ein anderes bestehendes oder zukünftiges Konzernunternehmen, im vorliegenden Fall durch C.\_\_\_\_\_, produzieren zu lassen (act. 16 Rz. 22 f., Rz. 56 f., vgl. auch act. 1 Rz. 41 f.).

4.1.2. Die **Beklagte** wendet ein, die J.\_\_\_\_ International AG habe die Erklärung für sich und nicht zusätzlich für andere, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses existierende J.\_\_\_\_-Gesellschaften, und schon gar nicht für später einmal neu hinzukommende Konzerngesellschaften abgegeben. Aus dem Wortlaut der Erklärung könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Aber auch die Gesamtumstände führten zu keinem anderen Ergebnis. Da die Beklagte zu keinem Zeitpunkt Obergesellschaft im J.\_\_\_\_-Konzern gewesen sei und auch keine Führungs- und Weisungsfunktionen gegenüber anderen J.\_\_\_\_-Gesellschaften gehabt habe, könne sie die zustimmende Erklärung zum Kooperationsvertrag ausschliesslich für sich abgegeben haben. Noch fernliegender sei die Annahme, die zustimmende Erklärung der Beklagten sollte auch bindende Wirkung gegenüber einer in einem künftigen Konzern existierenden und nicht zur J.\_\_\_\_-Gruppe gehörenden Konzerngesellschaft wie C.\_\_\_\_\_ haben. Für eine derart weitreichende Verpflichtung hätte es einer eindeutigen Konzernklausel bedurft, die jedoch bewusst nicht geschlossen worden sei. Die zustimmende Erklärung der Beklagten könne nur bedeuten, dass die Beklagte es im Sinne einer Beistandsverpflichtung übernehme, I.\_\_\_\_\_ in die Lage zu versetzen, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen erfüllen zu können. Da die Beklagte bei Abschluss des Kooperationsvertrages nicht Obergesellschaft im früheren J.\_\_\_\_-Konzern gewesen sei und es auch jetzt in der J.\_\_\_\_-Gruppe nicht sei, und sie somit keinen Dritten zur Einhaltung des Verbots habe anhalten können bzw. anhalten könne, und sie selber weder produziere noch vertreibe, auch nicht in der Vergangenheit, stelle die Zustimmungserklärung der Beklagten ausschliesslich eine Beistandsverpflichtung für I.\_\_\_\_\_ dar. Tatsächlich hätten die Parteien mit der Aufnahme der J.\_\_\_\_ International AG in den Kooperationsver-

trag das Ziel verfolgt, das Vertragsverhältnis auf eine finanziell absolut sichere Grundlage zu stellen. Mit der Beklagten als weiterer Vertragspartei sei dies quasi garantiert gewesen. Das nachvertragliche Verbot habe bei diesen Überlegungen keine Rolle gespielt (act. 12 Rz. 73-76).

4.1.3. Die **Klägerin** hält die Argumentation der Beklagten für widersprüchlich. Ein Vertragsbeitritt der Beklagten, der nur sie allein binden würde, mache überhaupt keinen Sinn. Dass die Parteien mit dem Vertragsbeitritt der Beklagten das Ziel verfolgt hätten, das Vertragsverhältnis auf eine finanziell absolut sichere Grundlage zu stellen, werde ausdrücklich bestritten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Vertrag auf Seiten von I.\_\_\_\_\_ finanziell hätte abgesichert werden sollen, sei es doch I.\_\_\_\_\_ gewesen, welche die Backwaren hergestellt habe und die Klägerin, die sie gegen Entgelt abgenommen habe (act. 16 Rz. 57).

#### 4.2. Auslegungsregeln

Vertragliche Vereinbarungen sind, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden kann (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten. Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4; vgl. auch BGE 131 III 467 E. 1.1; BGE 121 III 118 E. 4b/aa, je m.w.H.).

#### 4.3. Die Sicherungsverträge

4.3.1. Im formlos gültigen Garantievertrag gemäss Art. 111 OR verspricht der Promittent bzw. Garant, dem Promissaren bzw. Begünstigten die Leistung eines Dritten. Der Promittent verpflichtet sich in einer selbständigen Abrede, den Promissar für den Fall zu entschädigen, dass sich der Dritte nicht so verhält, wie dies der Promittent versprochen hat. Der Dritte ist nicht Vertragspartei, sondern der Promittent verspricht eine Leistung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Der Inhalt der Leistung des Promittenten besteht gemäss Art. 111 OR im Ersatz

des Schadens, der aus der Nichtleistung des Dritten entstanden ist. Da Art. 111 OR dispositives Recht ist, können die Parteien u.a. vereinbaren, dass der Promittent die Leistung selbst in natura erbringt (PESTALOZZI, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 1 f., N 7, N 18 zu Art. 111 OR). Die durch einen Garantievertrag versprochene Leistung kann in einem Unterlassen z.B. im Verzicht auf Konkurrenzierung durch eine andere Konzerngesellschaft liegen. Ein Garantievertrag kann etwa im Versprechen liegen, eine andere Konzerngesellschaft werde den Wettbewerb mit dem Dritten nicht aufnehmen. Bei einer Garantie gemäss Art. 111 OR beschränkt sich die eigene Verpflichtung des Promittenten darauf, im Falle des Nichteintretens des versprochenen Erfolges Schadenersatz zu leisten. Stattdessen kann der Vertrag aber - über die auf Leistung von Schadenersatz begrenzte Pflicht hinaus - auch in dem (garantieähnlichen) Sinn gemeint sein, dass die Konzerngesellschaft sich mit all ihren möglichen Mitteln zu bemühen habe, eine andere Konzerngesellschaft zur "Erfüllung" des Vertrages zu veranlassen, wobei je nach Ausgestaltung des Vertrages der Erfolg der Bemühungen geschuldet sein kann (BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. 1984, S. 113 und S. 126).

4.3.2. Mit Abschluss eines Bürgschaftsvertrages übernimmt der Bürge die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst (Art. 493 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung ist akzessorisch zur Hauptschuld, weshalb sie in Bestand und Inhalt notwendigerweise von dieser abhängt (PESTALOZZI, a.a.O., N 22 zu Art. 111 OR und N 13 zu Art. 492 OR).

4.3.3. Bei der im OR nicht geregelten, formlos gültigen kumulativen Schuldübernahme (sog. Schuldbeitritt) erklärt die beitretende Partei, neben dem bereits Verpflichteten für eine Schuld solidarisch haften zu wollen. Die Verpflichtung des Übernehmers tritt als selbständige und eigene Verpflichtung zu jener des ursprünglichen Schuldners hinzu, wobei die Sicherstellung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme darstellt (PESTALOZZI,

a.a.O., N 32 zu Art. 111 OR; BGE 129 III 702 E. 2.1; Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_30/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.3).

#### 4.4. Abgrenzungskriterien und Qualifikation der Zustimmungserklärung

4.4.1. Ob Garantie, Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme vorliegt, kann oft nur durch Auslegung des Sicherungsvertrages nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden. Hierbei ist auf den mit dem Geschäft verfolgten rechtlichen und wirtschaftlichen Zweck abzustellen (PESTALOZZI, a.a.O., N 32 zu Art. 111 OR; vgl. auch BGE 81 II 520 E. 3a). Die Abgrenzung ist wegen des punktuellen Formzwanges für die Bürgschaft (Art. 493 OR) von praktischer Bedeutung. Ist vom Vorliegen einer Bürgschaft auszugehen, so hat die Nichtbeachtung der Formvorschriften gemäss Art. 11 Abs. 2 OR Nichtigkeit des Vertrages zur Folge (GAUCH/SCHLUEP, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, Band II, N 3939; PESTALOZZI, a.a.O., N 3 zu Art. 493 OR).

Abgesehen davon, dass die Klägerin die Zustimmungserklärung in der Replik als "Vertragsbeitritt" bezeichnet (act. 16 Rz. 21, Rz. 29), machen die Parteien keine Ausführungen zur rechtlichen Qualifikation derselben. Deren knapper Wortlaut liefert sodann keine ausreichenden Hinweise zur rechtlichen Einordnung des Sicherungsvertrages. Der Zweck der Zustimmungserklärung ist umstritten. Eine Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages der Haftung im Sinne von Art. 493 Abs. 1 OR fehlt darin, so dass bei einer Qualifikation als Bürgschaft von einem Formmangel auszugehen wäre.

4.4.2. Im Gegensatz zu Garantie und Bürgschaft ist die Schuldübernahme nicht subsidiär, da der Gläubiger bei dieser den unmittelbaren Zugriff auf den solidarisches haftenden Übernehmer erhält (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 3938). Der Rechtsgrund der Verpflichtung bei der Schuldübernahme ist nicht wie bei der Bürgschaft das Entstehen für die Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners, sondern die eigenständige Befriedigung des Gläubigers. Indiz für das Vorliegen einer Schuldübernahme ist in der Regel, dass der Übernehmer ein erkennbar eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde, und nicht bloss ein Sicherheitsinteresse an der Erfüllung

der Urschuld hat (BGE 129 III 702 E. 2.2 und E. 2.6 m.w.H.). Im Konzernverhältnis erweist sich das erkennbar eigene Interesse des Übernehmers indessen häufig als untaugliches Abgrenzungskriterium, weil das herrschende Unternehmen bis zu einem gewissen Grad immer ein eigenständiges Interesse am Vertrag hat. Besser eignet sich das Kriterium der Entgeltlichkeit. Entrichtet der Gläubiger dem Übernehmer ein Entgelt, so liegt in der Regel auch im Konzern eine Schuldübernahme vor. In der Konzernwirklichkeit sind kumulative Schuldübernahmen eher selten anzutreffen (VON BÜREN, a.a.O., S. 444).

Vorliegend ist das eigene Interesse der Beklagten als Unternehmen des damaligen J.\_\_\_\_-Konzerns darin zu erblicken, dass der Kooperationsvertrag im Zuge der Übernahme von I.\_\_\_\_ durch die J.\_\_\_\_-Gruppe geschlossen wurde. Dass die Beklagte für die Zustimmungserklärung kein Entgelt erhielt, hilft insofern nicht weiter, als der Kooperationsvertrag und die Zustimmungserklärung in untrennbarem Zusammenhang mit dem Verkauf von I.\_\_\_\_ an den J.\_\_\_\_-Konzern stehen. Gemäss Ausführungen der Beklagten habe der Verkaufspreis annähernd EUR 100 Mio. betragen (act. 12 Rz. 30). Wesentlich ist aber, dass die Beklagte die von I.\_\_\_\_ zu erbringende Leistung, nämlich die Lieferung der im Kooperationsvertrag umschriebenen Baguettes, unbestrittenermassen nicht neben I.\_\_\_\_ in natura zu erbringen hatte, so dass es insofern nicht um eine selbständige und eigene Vertragserfüllung durch die Beklagte ging. Stattdessen ging es in erster Linie darum, die von I.\_\_\_\_ eingegangenen Verpflichtungen sicherzustellen, gemäss der Klägerin überdies die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durch weitere Konzerngesellschaften. Damit scheidet das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme aus.

4.4.3. Garantieverträge gemäss Art. 111 OR werden in zwei Erscheinungsformen eingeteilt. Bei der reinen Garantie steht der Promittent für einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Die viel häufigere bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich dagegen in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis bzw. Grundgeschäft, das dem Promissar einen vertraglichen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt. Für diese Erscheinungsform des Garantievertrages ist wesentlich, dass die Möglichkeit des Schadenseintritts vom Ver-

halten eines Dritten abhängt, der als Schuldner des Promissars auftritt. Damit nähert sich diese Garantieart der Bürgschaft und führt zu praktisch schwierigen Abgrenzungen (PESTALOZZI, a.a.O., N 6 und N 21 zu Art. 111 OR m.w.H.; BGE 113 II 434 E. 2a; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.1).

Da sich die Zustimmungserklärung auf den Kooperationsvertrag bezieht, kommt vorliegend einzig eine bürgschaftsähnliche Garantie in Frage.

4.4.4. Während mit der Bürgschaft die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages gesichert wird, sichert der Garantievertrag als selbständige Verpflichtung eine Leistung als solche, einen bestimmten Erfolg, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten. Wichtigstes Abgrenzungskriterium zwischen Bürgschaft und Garantie ist die Akzessorietät. Dies bedeutet, dass die Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld teilt, indem die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig ist und dieser als Nebenrecht folgt mit der Wirkung, dass der akzessorisch Verpflichtete dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten darf. Ist Akzessorietät gegeben, liegt eine Bürgschaft vor, fehlt sie, wurde eine Garantie vereinbart (BGE 113 II 434 E. 2b m.w.H.; BGE 125 III 305 = Pra 88 [1999] Nr. 172 E. 2b).

Der Wortlaut "zustimmend die Rechte und Pflichten für sich anerkennend" spricht für die Akzessorietät der Zustimmungserklärung im Verhältnis zum Kooperationsvertrag.

4.4.5. Führt die Auslegung des Sicherungsvertrages nach Wortlaut, Sinn und Zweck des Vertrages, nach dem Sachzusammenhang und der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Erklärungen nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, greifen nach Lehre und Rechtsprechung verschiedene Vermutungen Platz (BGE 113 II 434 E. 2c; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.4 m.w.H.).

4.4.6. Zunächst gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Vermutung, dass zur Verwirklichung des vom Bürgschaftsrecht angestrebten Schutzes

des Verpflichteten im Zweifelsfall eher auf Bürgschaft zu schliessen ist (BGE 113 II 434 E. 2c; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.4, je m.w.H.). BÖCKLI vertritt die Auffassung, dass im Konzernverhältnis im Zweifel nicht auf eine Bürgschaft zu schliessen sei: "Eine Bürgschaft liegt im Konzern nur vor, wenn diese Form gewählt wurde oder wenn die Ausrichtung auf die Schutzbestimmungen des Bürgschaftsrechts sich unzweifelhaft aus dem Vertrag ergibt. Dies trifft besonders im internationalen Verhältnis kaum je zu" (BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 495).

4.4.7. Weiter sollen Garantieerklärungen geschäftsgewandter Banken und Sicherungsverträge über Auslandverträge vermutungsweise als Garantien, solche von Privatpersonen demgegenüber eher als Bürgschaften gewertet werden (BGE 113 II 434 E. 2c). Als geschäftserfahren anzusehen sind auch Gesellschaften, die sich in der Praxis täglich mit Sicherungsgeschäften befassen, wie etwa international tätige Firmengruppen (BGE 129 III 702 E. 2.4.2).

Dass die Parteien als Unternehmen zweier verschiedener, international tätiger Konzerne als geschäftsgewandt einzustufen sind, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

4.4.8. Ein eigenes Interesse des Promittenten am Gesamtgeschäft ist für die Abgrenzung von Bürgschaft und Garantievertrag nicht ausschlaggebend, stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber immerhin ein Indiz für die Annahme eines Garantievertrages dar (Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_279/2009 vom 14. September 2009 E. 4.6; vgl. auch BGE 125 III 305 = Pra 88 [1999] Nr. 172 E. 2b).

Das eigene Interesse der Beklagten als Unternehmen des ehemaligen J.\_\_\_\_-Konzerns am Abschluss des Gesamtgeschäftes, nämlich an der Übernahme von I.\_\_\_\_ durch die J.\_\_\_\_-Gruppe und am Abschluss des Kooperationsvertrages, ist zu bejahen.

4.4.9. In der Regel geht im Bürgschaftsvertrag nur der Bürge Verbindlichkeiten ein, während der Gläubiger im Gegensatz dazu nur Rechte hat. Es gehört aber

nicht zum Wesen des Bürgschaftsvertrages, dass keine Verpflichtungen des Gläubigers vereinbart werden können (PESTALOZZI, a.a.O., N 1 zu Art. 492 OR).

Der Wortlaut der Erklärung "zustimmend die Rechte und Pflichten für sich anerkennend" stellt unter diesem Blickwinkel ein Indiz gegen das Vorliegen einer Bürgschaft dar.

4.4.10. Ist das Leistungsversprechen des Absichernden identisch mit der Leistungspflicht des Hauptschuldners, indem der Absichernde die Leistung des Hauptschuldners nicht in Aussicht, sondern sicherstellt, der Absichernde nicht Schadenersatz für den Ausfall der Hauptleistung, sondern Leistung schlechthin verspricht, sein Erfüllungsversprechen mit jenem des Hauptschuldners deckungsgleich ist, so ist eher auf Bürgschaft zu schliessen. Die Bürgschaft ist schuldnerbezogen, da der Bürge die Erfüllung einer bestimmten Schuldpflicht sicherstellt. Die bürgschaftsähnliche Garantie demgegenüber ist gläubigerbezogen, da der Promittent dafür einsteht, dass der Promissar eine bestimmte Leistung erhält (PESTALOZZI, a.a.O., N 28 f.). Vermutungsweise liegt eine Bürgschaft vor, wenn zur Feststellung der Leistung des Promittenten vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss, während es auf eine Garantie hindeutet, wenn im Sicherungsvertrag selber ein detaillierter, selbständiger Leistungsbeschrieb enthalten ist (Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.3; vgl. auch BGE 125 III 305 = Pra 88 [1999] Nr. 172 E. 2b).

Die Parteien sind sich darin einig, dass das Erfüllungsversprechen der Beklagten insofern von demjenigen von I.\_\_\_\_\_ abweicht, als die Beklagte die Lieferung der im Kooperationsvertrag umschriebenen Backwaren nicht in natura zu erbringen hatte. Bezüglich des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots vertritt die Klägerin im Wesentlichen die Auffassung, die Verpflichtung der Beklagten gehe in Bezug auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot über die Verpflichtung von I.\_\_\_\_\_ hinaus, indem die Beklagte für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots durch sämtliche Konzerngesellschaften zu sorgen und dafür einzustehen habe. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Zustimmungserklärung der Beklagten stelle ausschliesslich eine Beistandsverpflichtung für I.\_\_\_\_\_ dar, was im Ergebnis bedeutet, dass das Erfüllungsversprechen der Beklagten in dieser Hinsicht mit

demjenigen von I. \_\_\_\_\_ deckungsgleich wäre. Für die Auffassung der Beklagten spricht, dass die Zustimmungserklärung keinen selbständigen Leistungsbeschrieb enthält.

4.4.11. Es liegen gewichtige Argumente für das Vorliegen einer Bürgschaft vor, insbesondere, dass die Akzessorietät zwischen Zustimmungserklärung und Kooperationsvertrag bejaht werden könnte. Auch fehlt hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten ein selbständiger Leistungsbeschrieb, so dass zur Feststellung ihrer Verpflichtung vollumfänglich auf den Kooperationsvertrag zwischen der Klägerin und I. \_\_\_\_\_ zurückgegriffen werden muss. Schliesslich ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in einem Zweifelsfall wie vorliegend eher auf eine Bürgschaft als auf eine Garantie zu schliessen. Ginge man vom Vorliegen einer Bürgschaft aus, so wäre Rechtsbegehren Ziff. 1. schon deshalb abzuweisen, weil sich die Zustimmungserklärung der Beklagten wegen Nichteinhalten zwingender Formvorschriften als nichtig erwiese und demzufolge auch keine Verpflichtung der Beklagten bestünde, für die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes durch C. \_\_\_\_\_ einzustehen. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, führt die Qualifikation der Zustimmungserklärung als Garantie oder garantieähnliche Verpflichtung ebenfalls zur Abweisung von Rechtsbegehren Ziff. 1., weshalb die Frage, ob es sich bei der Zustimmungserklärung um eine Garantie oder Bürgschaft handelt, offen bleiben kann.

#### 4.5. Rolle der Beklagten im Konzern

##### 4.5.1. Parteibehauptungen

Die **Klägerin** macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte bestimme die operative und strategische Führung des gesamten J. \_\_\_\_\_ - bzw. B. \_\_\_\_\_ -Konzerns (act. 1 Rz. 31, Rz. 41; act. 16 Rz. 52).

Die **Beklagte** wendet ein, sie sei ein reines Beratungsunternehmen innerhalb der J. \_\_\_\_\_ -Gruppe. Zu keinem Zeitpunkt sei sie die Obergesellschaft im Konzern gewesen und habe nie Führungs- und Weisungsfunktionen gegenüber anderen Konzerngesellschaften inne gehabt, erst recht nicht gegenüber Gesellschaften,

die - wie C.\_\_\_\_\_ - nicht zur J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG, sondern zu einem anderen Zweig des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns gehörten (act. 12 Rz. Rz. 48 ff., Rz. 74; act. 19 Rz. 17 ff.).

#### 4.5.2. Rechtliches

##### a) Konzernierung

Kennzeichen des Konzerns ist die effektiv durchgesetzte Unterordnung von mehreren juristisch selbständigen Kapitalgesellschaften ("Untergesellschaften") unter eine leitende Gesellschaft ("Obergesellschaft") zum Zweck der Bildung einer unternehmerisch tätigen wirtschaftlichen Einheit (vgl. Art. 663e Abs. 1 OR; BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 3). Entscheidend für das Vorliegen eines Konzerns ist, dass das konzernierte Unternehmen seine wirtschaftlichen Grundentscheidungen nicht selbst treffen kann, sondern sich nach den Weisungen der Konzernleitung richten muss. Eine Konzernierung erfolgt in der schweizerischen Praxis meist mittels massgebender Beteiligungen am abhängigen Unternehmen und der damit verbundenen Beherrschungsmöglichkeit der Generalversammlung kraft Stimmenmehrheit (VON BÜREN, a.a.O., S. 79 und S. 82 f.).

Grosse Konzerne sind oft divisional gegliedert, etwa nach Produktbereichen, Regionen oder Kundengruppen. Divisionale Konzerne zeichnen sich dadurch aus, dass sie neben einer zentralen oder mehreren dezentralen Holdinggesellschaften über verschiedene Divisionen verfügen, wobei mit Ausnahme weniger zentral ausgeübter Konzernleitungsfunktionen alle Aufgaben den verschiedenen Divisionen zugeteilt sind, welche im Rahmen der ihnen von der Konzernleitung erteilten Zielvorgaben und zur Verfügung gestellten Mittel in der Organisation ihrer Tätigkeit frei sind. Analog zur Konzernleitung auf der Ebene des Gesamtkonzerns werden diese Divisionen von Divisionsleitungsgesellschaften gesteuert, bei denen es sich um eine Art von "Subkonzernleitungen" handelt (VON BÜREN, a.a.O., S. 51).

b) Doppelorganschaft

Die Haftung aus Doppelorganschaft untersteht dem Gesellschaftsstatut. In die Doppelorganschaft sind vorliegend die Beklagte sowie die B.\_\_\_\_\_ AG involviert, weshalb auf diese Frage schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (vgl. dazu Nobel, a.a.O., Kap. 1 N 225).

Nach schweizerischem Recht ist die Doppelorganschaft grundsätzlich zulässig, so dass im Konzern eine natürliche Person sowohl Organ der Mutter- wie auch einer Tochtergesellschaft sein kann (GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, in: ZBJV 139/2003 S. 793). BÖCKLI rät von der Einrichtung einer Doppelorganschaft u.a. mit folgender Begründung ab: "Sie stellt durch die Personalunion auf der oberen und unteren Ebene gerade das infrage, was die Leitungsorgane der eingeordneten Untergesellschaft residuell, aber insoweit eigenständig zu leisten haben: die ernsthafte Wahrnehmung der Interessen der Untergesellschaft und die aktiv gestaltende Umsetzung von Konzernzielen in örtliche Massnahmen." Diese Personalunion wird als Merkmal einer besonders weitgehenden Instrumentalisierung der Untergesellschaft bezeichnet (BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 259). Das Entsenden eines Doppelorgans in die Untergesellschaft begründet zwar nicht eo ipso eine Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft, doch steigt ihr Risiko, aus materieller Organschaft verantwortlich gemacht zu werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ nach Art. 754 OR insbesondere im Fall von Doppelorganen eintreten, die sich in der Eigenschaft als Organ der Muttergesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen und dieser dabei einen Schaden verursachen. In diesem Fall haftet die Muttergesellschaft überdies nach Art. 722 OR für das rechtswidrige Handeln ihres Organs. Das Mittragen eines für das Tochterunternehmen nachteiligen Entscheids durch ein Doppelorgan ist für sich alleine noch nicht haftungsbegründend, sondern vorausgesetzt ist eine haftungsbegründende Verletzung von organschaftlichen Pflichten der Obergesellschaft als faktisches Organ der Untergesellschaft (Urteil [des Bundesgerichts]

4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.2 und E. 7.2.2; KUNZ, Klarstellung zur Konzernhaftung, in: recht 2011, S. 45 ff.).

#### 4.5.3. Würdigung

a) Der statutarische Zweck der Beklagten lautet wie folgt: "Die Gesellschaft bezweckt als Dienstleistungsgesellschaft die technische und wirtschaftliche Überwachung von ihr nahestehenden Unternehmungen. Die Gesellschaft ist ausschliesslich aktiv im Bereich konzerninterner Dienstleistung und Beratung für die strategische und operative Führung der gesamten J.\_\_\_\_\_ Gruppe. Die Beratungsdienstleistungen umfassen insbesondere die Bereiche Marketing, Verkauf, Kommunikation, Finanzen und Personal. Nebst dieser konzerninternen Dienstleistung kann die Gesellschaft keine anderen kommerziellen Geschäfte tätigen." (act. 3/3).

b) Die Klägerin gibt den statutarischen Zweck der Beklagten zunächst korrekt wieder (act. 1 Rz. 18) und führt wiederholt aus, die Beklagte sei dem Kooperationsvertrag als die für die operative und strategische Beratung der gesamten J.\_\_\_\_\_ - bzw. B.\_\_\_\_\_ -Gruppe verantwortliche Konzerngesellschaft beigetreten (act. 1 Rz. 31; act. 16 Rz. 5 und Rz. 47). Weiter führt sie aus: " Aufgrund der teilweise bestehenden Personalidentität zwischen der Beklagten und ihrer Mutter, der J.\_\_\_\_\_ Holding AG bzw. B.\_\_\_\_\_ AG, beriet die Beklagte nicht nur hinsichtlich der operativen und strategischen Führung, faktisch sind ihr auch die diesbezüglichen Entscheide zuzurechnen, weswegen sie für die Art der Führung der J.\_\_\_\_\_ bzw. B.\_\_\_\_\_ Gruppe, namentlich für die Umstrukturierung [...], einzustehen hat." Weiter legt die Klägerin dar, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ seien seit der Gründung der B.\_\_\_\_\_ AG im Jahre 2008 bis zum 12. Januar 2009 gleichzeitig Verwaltungsräte bei der B.\_\_\_\_\_ AG und der Beklagten gewesen und hätten den Kaufvertrag vom 9. Oktober 2006 bezüglich der 24.9 % Anteile an I.\_\_\_\_\_ mitunterzeichnet (act. 1 Rz. 31). Zur Begründung, weshalb die Beklagte die Verantwortung für die Produktion von R.\_\_\_\_\_ -Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ trage, beruft sich die Klägerin wiederholt auf die Zweckbestimmung der Beklagten: "Sie [die Beklagte] lässt es zu bzw. trägt infolge ihrer Zweckbestimmung der operativen und stra-

tegischen Führung sämtlicher J.\_\_\_\_\_- bzw. B.\_\_\_\_\_-Konzerngesellschaften die Verantwortung dafür, dass diese Backwaren durch C.\_\_\_\_\_[...] unter der Marke R.\_\_\_\_\_ produziert werden (act. 1 Rz. 33; vgl. auch act. 16 Rz. 30). Daraus erhellt, dass die Klägerin ihre Behauptung, die Beklagte bestimme die operative und strategische Führung aller Konzerngesellschaften, einerseits auf die zeitweise Doppelorganschaft zweier Verwaltungsräte und andererseits auf eine verkürzte Wiedergabe des statutarischen Zweckes der Beklagten stützt. Gemäss ihrer Zweckbestimmung ist die Beklagte aktiv im Bereich konzerninterner Dienstleistung und Beratung *für* die strategische und operative Führung der gesamten J.\_\_\_\_\_ Gruppe. Dass die Klägerin die Verantwortung der Beklagten für die strategische und operative Führung aller Konzerngesellschaften nicht aus der verkürzten Wiedergabe des statutarischen Zweckes ableiten kann, bedarf keiner weiteren Erklärung.

Abgesehen davon geht die Klägerin mit keinem Wort auf die Behauptung der Beklagten ein, wonach innerhalb des B.\_\_\_\_\_-Konzerns verschiedene Subholdings bestünden und dass C.\_\_\_\_\_ im Gegensatz zur Beklagten nicht zur Subholding der J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG gehöre (Beklagte: act. 12 Rz. 47 f., Rz. 58 f.; act. 19 Rz. 17, Rz. 29). Dass die in der Zweckbestimmung der Beklagten erwähnte "J.\_\_\_\_\_ Gruppe" nicht mit sämtlichen Gesellschaften des B.\_\_\_\_\_-Konzerns gleichgesetzt werden kann, ist einleuchtend. Die Existenz der J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG ist aus dem Handelsregister ersichtlich. Die divisionale Struktur des B.\_\_\_\_\_-Konzerns wurde von der Klägerin nicht substantiiert, sondern pauschal bestritten und dazu lediglich in einem Nebensatz ausgeführt, C.\_\_\_\_\_ - wie auch die Beklagte - sei eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der B.\_\_\_\_\_ AG (act. 16 Rz. 48, Rz. 52). Es ist daher gemäss den Ausführungen der Beklagten davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ nicht zur selben Subholding wie die Beklagte gehört.

Im Ergebnis kann die Klägerin aus dem statutarischen Zweck der Beklagten nichts zu ihren Gunsten ableiten.

c) Insoweit die Klägerin ihre Behauptung, die Beklagte bestimme die operative und strategische Führung aller Konzerngesellschaften, aus der zeitweisen

Doppelorganschaft zweier Verwaltungsräte ableitet (act. 1 Rz. 31), ist auf die grundsätzliche Zulässigkeit einer Doppelorganschaft hinzuweisen. Eine Doppelorganschaft kann sich insofern als problematisch erweisen, als die Gefahr der Instrumentalisierung der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft besteht, was eine Haftung der Muttergesellschaft zur Folge haben kann. Vorliegend leitet die Klägerin aus der Doppelorganschaft indessen keine Haftung der B.\_\_\_\_\_ AG ab, sondern sie behauptet, der Beklagten als Tochtergesellschaft seien wegen dieser Doppelorganschaft sämtliche Führungsentscheide wie die Umstrukturierung im Konzern zuzurechnen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin selber ausführt, die beiden Verwaltungsräte seien bereits am 12. Januar 2009 aus dem Verwaltungsrat der Beklagten ausgeschieden, während C.\_\_\_\_\_ erst ca. Mitte Oktober 2009 mit der Produktion von R.\_\_\_\_\_ -Baguettes begann (act. 1 Rz. 23, Rz. 31). Zudem ist dem Handelsregisterauszug der Beklagten zu entnehmen, dass T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ nie die einzigen Verwaltungsräte der Beklagten waren (act. 3/3). Ausser dem Handelsregisterauszug der Beklagten bezeichnet die Klägerin in ihren Rechtschriften keine weiteren Beweismittel zur Untermauerung ihres Standpunktes.

Die klägerische Behauptung, wonach aufgrund der teilweise bestehenden Personalidentität zwischen der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft der Beklagten faktisch die Entscheide bezüglich der operativen und strategischen Führung des gesamten Konzerns zuzurechnen seien, erweist sich als nicht nachvollziehbar und unsubstantiiert. Aus der Tatsache der zeitweisen Doppelorganschaft zweier Verwaltungsräte bei der Beklagten und der B.\_\_\_\_\_ AG kann die Klägerin nichts für ihren Standpunkt ableiten.

d) Dass die Beklagte gegenüber der Klägerin den Eindruck erweckt habe, sie sei das herrschende Konzernunternehmen, wird von der Klägerin nicht geltend gemacht.

Abgesehen davon würde dieser Umstand allein selbst dann keine Haftung der Beklagten begründen, wenn sie das herrschende Unternehmen im Konzern wäre. Kollisionsrechtlich ist bezüglich der Frage der Haftung aus Konzernvertrauen auf das Gesellschaftsstatut der Konzernobergesellschaft abzustellen (NOBEL, a.a.O.,

Kap. 1 N 227). Das Gesellschaftsstatut der B.\_\_\_\_\_ AG sowie dasjenige der - von der Klägerin als herrschendes Unternehmen bezeichneten - Beklagten ist schweizerisches Recht. Der Konzerntatbestand als solcher - als nach aussen kundgegebene Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung - gegenüber den Personen, die mit einer Untergesellschaft in geschäftliche Beziehungen treten, begründet keine implizite Begründung eines Vertrauens in Leistungen der Obergesellschaft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt eine Vertrauenshaftung neben den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung, das Erwecken von berechtigtem Vertrauen und dessen treuwidrige Enttäuschung voraus (BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 476; BURG/VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern, in: SZW 2010, S. 421; BGE 120 II 331 E. 5a; BGE 124 III 297 E. 6a; Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5.1).

e) Der Wortlaut von Art. 663e Abs. 1 OR geht von der Prämisse aus, die Konzernleitung sei identisch mit dem die Beteiligungen haltenden Unternehmen, was aber nicht unbedingt der Fall ist. In der Praxis finden sich Fälle, in denen die einheitliche Leitung nicht von der Holdinggesellschaft wahrgenommen wird, sondern von einem abhängigen Unternehmen, welches von den tatsächlichen Beteiligungsverhältnissen her betrachtet gar nicht imstande wäre, seinen Willen in den anderen abhängigen Unternehmen durchzusetzen (VON BÜREN, a.a.O., S. 78). Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass in einem Konzernverhältnis eine Einflussnahme nicht nur von der Muttergesellschaft in Bezug auf eine Tochtergesellschaft denkbar ist, sondern auch im Verhältnis zwischen Schwesterngesellschaften, wenn die eine für die Regelung eines bestimmten Bereichs aller Konzerngesellschaften zuständig ist (act. 1 Rz. 41; act. 16 Rz. 50). Eine solche Konstellation ist indessen als aussergewöhnlich zu bezeichnen und nicht ohne Weiteres anzunehmen. Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, dass im B.\_\_\_\_\_ -Konzern nicht die B.\_\_\_\_\_ AG als Konzernmuttergesellschaft, sondern die Beklagte als Tochtergesellschaft die Funktion des herrschenden Unternehmens wahrnimmt. Im Gegenteil ist den klägerischen Ausführungen lediglich zu entnehmen, dass der B.\_\_\_\_\_ -Konzern weit verbreitete und zulässige Strukturen aufweist. Daraus kann bezüglich der Konzernleitung nicht auf das Vorliegen aussergewöhnlicher Ver-

hältnisse geschlossen werden. Die der Beklagten zugeschriebene Rolle im Konzern ist umso weniger nachvollziehbar, als davon auszugehen ist, dass die Beklagte Tochtergesellschaft der Subholding J.\_\_\_\_\_ Holdings (Switzerland) AG und nicht der Konzernmuttergesellschaft B.\_\_\_\_\_ AG ist und eine allfällige Einflussnahme auf Konzerngesellschaften ausserhalb der J.\_\_\_\_\_ -Gruppe somit über mehrere Stufen zu erfolgen hätte.

f) Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beklagten im B.\_\_\_\_\_ -Konzern die Rolle einer Untergesellschaft ohne Führungs- und Weisungsbefugnisse gegenüber C.\_\_\_\_\_ zukam bzw. zukommt.

#### 4.6. Inhaltliche Tragweite der Zustimmungserklärung

##### 4.6.1. Konzernklausel

a) Aus der blossen Tatsache, dass Gesellschaften konzernmässig miteinander verbunden sind, lässt sich keine allgemeine Haftung der einzelnen Gesellschaften für das Verhalten anderer Gesellschaften ableiten, auch dann nicht, wenn auf diese Verbundenheit nach aussen hingewiesen wird. Selbst das Faktum, dass ein herrschendes Unternehmen Hauptaktionär eines anderen Unternehmens ist, begründet keine Haftung für dieses Unternehmen. Die vertragschliessende Obergesellschaft macht sich daher nicht ohne Weiteres zur Garantin dafür, dass alle anderen infrage kommenden Konzerngesellschaften sich an die im Vertrag übernommenen Pflichten ebenfalls halten werden (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 795; BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 440).

b) Eine Konzernklausel ist eine Vertragsklausel, welche sich auf die Konzernverbundenheit bezieht mit dem Zweck, die mit dem Vertragspartner verbundenen Konzernunternehmungen in die Vertragswirkungen einzubeziehen. Die mit dem Dritten abschliessende Vertragspartei wird damit ausdrücklich verpflichtet, ein vertragskonformes Verhalten der übrigen Konzernunternehmen zu gewährleisten, ohne dass diese ihrerseits Vertragspartner werden. Ein allfälliges Fehlverhalten der anderen Konzernunternehmen wird der Vertragspartei zur Last ge-

legt und bedeutet einen Vertragsbruch, wie wenn die Vertragspartei selbst gehandelt hätte (VON BÜREN, a.a.O., S. 426, S. 430; GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 796).

c) Konzernklauseln sind vor allem bei Verträgen mit herrschenden Unternehmen anzutreffen (VON BÜREN, a.a.O., S. 430). Eine erweiterte Vertragswirkung in dem Sinne, dass die Konzernobergesellschaft für Handlungen und Unterlassungen der anderen Konzerngesellschaften, die dem Vertrag widersprechen, als Garant einzustehen hat, ist dann zu vermuten, wenn erstens der Vertragswortlaut eine erweiterte Wirkung nicht ausschliesst und zweitens die von der Obergesellschaft auf sich genommene Vertragspflicht sinngemäss den ganzen Konzern oder einen bestimmten Teil davon miteinfassen muss, soll die Regelung überhaupt wirtschaftlich Sinn machen. Dies trifft am ehesten auf Verträge zu, die die vertragsschliessende Konzerngesellschaft zu einer Unterlassung verpflichten, vor allem Konkurrenzverbote und Geheimhaltungsabkommen (BÖCKLI, a.a.O., § 11 N 441).

d) Es ist selten, dass eine Tochtergesellschaft vertraglich ausdrücklich die Verantwortung für neben- oder übergeordnete Konzernglieder übernimmt, da ihr im Gegensatz zur Muttergesellschaft die entsprechenden Einfluss- und Durchsetzungsmittel bei diesen fehlen. Ein bestimmtes Verhalten anderer Konzernunternehmen kann die Tochtergesellschaft als abhängiges Unternehmen mangels Einflussmöglichkeit kaum mit Erfolg garantieren. Für die eigene Pflichtenlage der Tochtergesellschaft im Hinblick auf das Verhalten weiterer Konzerngesellschaften ist unter Berücksichtigung aller Umstände auf Sinn und Zweck von Klausel und Vertrag abzustellen. Zu berücksichtigen ist, dass allgemein ein Abkommen mit einer untergeordneten Gesellschaft auch bei Bezugnahme auf andere Konzernteile beschränktere Wirkungen auslösen muss als analoge Verträge mit der Muttergesellschaft. Einer solchen Konzernklausel kann daher in der Regel höchstens die Bedeutung zukommen, dass es die Vertragspartei unterlassen werde, mit dem herrschenden oder den übrigen Konzernunternehmen aktiv zusammenzuwirken, um damit die eigenen vertraglichen Pflichten zu umgehen. Eine Haftung des abhängigen Unternehmens für das Vorgehen anderer Konzernunternehmen ist trotz Fehlens einer eigentlichen Leitungsmacht dann zu bejahen, wenn das abhängige

Unternehmen mit dem Dritten einen Garantievertrag gemäss Art. 111 OR abgeschlossen hat, in welchem es eine Leistung eines anderen Konzernunternehmens verspricht (BOSMAN, a.a.O., S. 111 f.; VON BÜREN, a.a.O., S. 427, S. 430).

#### 4.6.2. Würdigung

a) Die **Klägerin** bringt im Wesentlichen vor, das Wettbewerbsverbot sei so auszulegen, dass es der Beklagten primär verboten sei, die betreffenden Backwaren durch ein anderes bestehendes oder zukünftiges Konzernunternehmen, im vorliegenden Fall durch C.\_\_\_\_\_, produzieren zu lassen. Ohne eine derartige Auslegung des Vertragsbeitritts der Beklagten würde das Wettbewerbsverbot ins Leere laufen, was offensichtlich nicht dem Willen der Parteien entsprochen haben könne (act. 16 Rz. 22 f., Rz. 56 f., vgl. auch act. 1 Rz. 41 f.).

Nach Auffassung der **Beklagten** könne ihre zustimmende Erklärung nur bedeuten, dass sie es im Sinne einer Beistandsverpflichtung übernehme, I.\_\_\_\_\_ in die Lage zu versetzen, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen erfüllen zu können. Die Parteien hätten mit der Aufnahme der J.\_\_\_\_\_ International AG in den Kooperationsvertrag das Ziel verfolgt, das Vertragsverhältnis auf eine finanziell absolut sichere Grundlage zu stellen, während das nachvertragliche Verbot bei diesen Überlegungen keine Rolle gespielt habe (act. 12 Rz. 75 f.).

b) Über den wirklichen Parteiwillen sind sich die Parteien somit nicht einig. Während die Klägerin diesbezüglich keine Beweismittel benennt, beantragt die Beklagte die Einvernahme von Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ als Zeugen. Selbst wenn aber dieser Zeuge das Ziel, das Vertragsverhältnis auf eine finanziell absolute sichere Grundlage zu stellen, im Sinne der von der Klägerin abweichenden Darstellung der Beklagten bestätigen würde, schliesse dies das Vorliegen einer Konzernklausel nicht aus. Da der wirkliche Parteiwille mangels Beweisofferten der beweisbelasteten Klägerin nicht zu ermittelt werden braucht, ist die Zustimmungserklärung aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen.

c) Dem Wortlaut der Zustimmungserklärung "zustimmend die Rechte und Pflichten für sich anerkennend" (act. 3/9 S. 6) ist keine Konzernklausel in dem

Sinne zu entnehmen, dass die Beklagte sich verpflichtet hätte, für die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gemäss Ziff. 7. des Kooperationsvertrages durch C.\_\_\_\_\_ einzustehen bzw. zu haften. Im Gegenteil spricht die Formulierung "für sich" gegen das Vorliegen einer Konzernklausel. Es ist daher zu prüfen, ob allenfalls eine Berücksichtigung des Zusammenhangs, der gesamten Umstände und des Regelungszwecks des Vertragsabschlusses zu einem anderen Ergebnis führt.

d) Die Argumentation der Klägerin, ein Vertragsbeitritt der Beklagten, der nur sie allein binden würde, mache überhaupt keinen Sinn (act. 16 Rz. 57), vermag nicht zu überzeugen. Zwar trifft es bei Betrachtung der aktuellen Struktur des B.\_\_\_\_\_Konzerns zu, dass nur die klägerische Vertragsauslegung eine Umgehung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zu verhindern vermöchte, doch ist diese Sichtweise nicht massgebend, sondern hat die Auslegung ex tunc zu erfolgen, d.h. es ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 36 zu Art. 18 OR m.w.H.).

e) Es ist unbestritten, dass der Kooperationsvertrag vom 25. September 2006 im Zuge der Übernahme von I.\_\_\_\_\_ durch die J.\_\_\_\_\_ Gruppe geschlossen wurde. Dieser ersetzte den Kooperationsvertrag vom 25. Februar 1998 und war auf eine mehrjährige Zusammenarbeit zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin ausgerichtet, was aus Ziff. 2. der Vereinbarung hervorgeht: "Die Vereinbarung ist für eine feste Dauer bis zum 31.12.09 abgeschlossen. Sie ist erstmals frühestens per 30.06.09 auf den 31.12.09 kündbar, danach mit einer Frist von sechs Monaten jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres. Ohne Kündigung verlängert sich das Vertragsverhältnis um jeweils ein Jahr." (act. 3/9 S. 1 f.). Der Kooperationsvertrag, welcher neben den Vorbemerkungen 16 Ziffern umfasst, hat zum grössten Teil die Regelung der Details dieser Zusammenarbeit zum Inhalt, während in Ziff. 7. unter dem Titel "Exklusivität" unter anderem die Bestimmungen für den Fall der Vertragsauflösung enthalten sind, so auch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Daraus erhellt, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht derart im Zentrum stand, wie die Klägerin dies

darzustellen versucht. Den Vertragszweck alleine aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot herleiten zu wollen, berücksichtigt die Umstände des Vertragsabschlusses nur unvollständig und greift zu kurz.

f) Bei Kenntnis der Konzernverbindungen beim Vertragsabschluss mit einer Tochtergesellschaft muss der Dritte, will er weitergehende Verantwortung als beschränkt auf die vertragsschliessende Tochtergesellschaft, sich diese ausbedingen (BOSMAN, a.a.O., S. 116; vgl. auch Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5.1).

Zu betonen ist in diesem Zusammenhang ohnehin, dass es auch Sache der Klägerin gewesen wäre, sich besser abzusichern. Vor kurzem hat das Bundesgericht im Urteil 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.3 ff., in dieser Hinsicht treffend bemerkt:

5.3 Die Vorinstanz erwog zunächst, die Erwartung der Beschwerdeführerinnen, dass die Beschwerdegegnerin ohne eine vertragliche Verpflichtung Leistungen zu ihren Gunsten erbringen würde, sei nicht schützenswert. So wäre es Ersteren zumutbar und faktisch möglich gewesen, sich durch einen Vertragsschluss mit der Letzteren abzusichern, namentlich verbindliche Zusicherungen oder Garantien über die künftige Vergabe von Arbeiten an die S. \_\_\_\_\_ zu verlangen, wenn sie dies für erforderlich gehalten hätten. ...

5.4 Mit dieser Beurteilung hat die Vorinstanz die vorstehend (Erwägung 5.1) dargestellte Rechtsprechung korrekt angewendet. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen verfährt nicht.

5.4.1 Sie wenden sich zunächst gegen die vorinstanzliche Erwägung wonach ihre Erwartung, dass die Beschwerdegegnerin ohne eine vertragliche Verpflichtung Leistungen zu ihren Gunsten erbringen würde, nicht schützenswert sei, weil es den Beschwerdeführerinnen zumutbar und faktisch möglich gewesen wäre, sich durch einen Vertragsschluss mit der Beschwerdegegnerin abzusichern. Die Rechtsprechung in BGE 133 III 449 E. 4.1 S. 451 f. (vgl. Erwägung 5.1 vorne), auf die sich die Vorinstanz dabei gestützt habe, sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der damals vom Bundesgericht beurteilte Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sei.

....

Die Beschwerdeführerinnen vermögen die vorinstanzliche Feststellung, dass ihnen ein Vertragsschluss mit der Beschwerdegegnerin möglich gewesen wäre, nicht umzustossen, indem sie vorbringen, sie hätten nie behauptet, dass sie von der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres eine Garantie hätten erhalten können.

g) Den B.\_\_\_\_\_-Konzern gab es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht. Dennoch war bereits klar, dass I.\_\_\_\_\_ künftig zu einem Konzern - damals noch zum J.\_\_\_\_\_-Konzern - gehören würde. Es bestand für die geschäftserfahrene Klägerin daher die Möglichkeit, die Konzernzugehörigkeit der Beklagten in die Vereinbarung mit ihr einfließen zu lassen. Eine explizite Regelung hätte sich vor allem auch deshalb aufgedrängt, weil es sich bei der Beklagten bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht um die Konzernmuttergesellschaft, sondern eine untergeordnete Tochtergesellschaft handelte. Dies gilt umso mehr, als einer Konzernklausel bei einem Vertragsabschluss mit einer untergeordneten Tochtergesellschaft in der Regel höchstens die Bedeutung zukommen kann, dass es die Vertragspartei unterlassen werde, mit dem herrschenden oder den übrigen Konzernunternehmen aktiv zusammenzuwirken, um damit die eigenen vertraglichen Pflichten zu umgehen. Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass es für die klägerische Auslegung der Zustimmungserklärung einer eindeutigen Konzernklausel bedurft hätte (act. 12 Rz. 74).

Wenn die Klägerin heute dieser Klausel also eine umfassende Bedeutung im dargetanen Umfang zumessen will, so hätte sie dies damals auch fixieren können und müssen; dies hat sie nicht getan. Dafür, dass auf die entsprechende Regelung bewusst verzichtet wurde, spricht zudem der Umstand, dass - im Gegensatz zum knappen Wortlaut der Zustimmungserklärung - in Ziff. 7. im Einzelnen aufgezählt wird, für wen I.\_\_\_\_\_ die Backwaren während 10 Jahren nicht produzieren darf, nämlich für sich selbst oder verwandte Unternehmen, andere Hersteller und Vertreiber oder Lizenznehmer (act. 3/9 S. 3).

h) Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass sich die Beklagte mit der Zustimmungserklärung zum Kooperationsvertrag nicht verpflichtet hat, für eine Verletzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gemäss Ziff. 7 des Kooperationsvertrages durch C.\_\_\_\_\_ einzustehen bzw. zu haften. Damit fällt auch ein allfälliges Übernahmeverschulden bzw. ein Verschulden aus culpa in contrahendo der Beklagten von vornherein ausser Betracht.

Es besteht kein Anspruch der Klägerin, der Beklagten die in Rechtsbegehren Ziff. 1. aufgezählten Handlungen verbieten zu lassen, weshalb das Begehren abzuweisen ist.

## **5. Keine Zugehörigkeit von C.\_\_\_\_\_ zur J.\_\_\_\_\_ -Gruppe**

In Rechtsbegehren Ziff. 1. beantragt die Klägerin, es sei der Beklagten zu verbieten, die genannten gekühlten Backwaren in Deutschland "selbst, durch C.\_\_\_\_\_ GmbH oder durch einen andern der Beklagten nahestehenden Dritten, für den die Beklagte konzerninterne Beratungs- und Servicedienstleistungen erbringt, herzustellen bzw. herstellen zu lassen" etc. (act. 1 S. 2). Der Zweckbestimmung der Beklagten ist zu entnehmen, dass sie konzerninterne Beratungs- und Servicedienstleistungen für die gesamte J.\_\_\_\_\_ -Gruppe erbringt (act. 3/3). Die Beklagte hat dargelegt, dass C.\_\_\_\_\_ nicht zur J.\_\_\_\_\_ -Gruppe, sondern zu einem anderen Zweig des B.\_\_\_\_\_ -Konzerns gehört. Auf diese Behauptung ging die Klägerin abgesehen von einer unsubstantiierten Bestreitung nicht ein (vgl. vorstehend 4.5.3.b). Rechtsbegehren Ziff. 1. ist daher auch deshalb abzuweisen, weil die Klägerin nicht substantiiert dargetan hat, dass C.\_\_\_\_\_ zur J.\_\_\_\_\_ -Gruppe gehört.

## **6. Fazit**

Rechtsbegehren Ziff. 1. ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Die umstrittene Frage, ob das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1. über eine allfällige vertragliche Verpflichtung der Beklagten hinausgehe, kann daher offen bleiben (Klägerin: act. 16 Rz. 60, vgl. auch Rz. 24, Rz. 44, Rz. 76; Beklagte: act. 12 Rz. 25, Rz. 79 ff.; act. 19 Rz. 39; act. 32 Rz. 14). Ebenfalls offen bleiben kann, ob das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gemäss Kooperationsvertrag nach deutschem und europäischem Recht rechtswirksam sei (Klägerin: act. 1 Rz. 37, Rz. 43 ff., Rz. 68 ff., insbesondere Rz. 90; act. 16 Rz. 24 ff., Rz. 64 ff.; Beklagte: act. 12 Rz. 25, Rz. 103 ff.; act. 19 Rz. 7, Rz. 35 ff.; act. 32 Rz. 13 f.). Es erübrigt sich auch darauf einzugehen, ob es sich beim Kooperationsvertrag gemäss Klägerin um eine vertikale (act. 1 Rz. 81; act. 16 Rz. 15, Rz. 40, Rz. 67) oder gemäss Be-

klagter um eine horizontale Vereinbarung zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ (act. 12 Rz. 27, Rz. 111, Rz. 128, Rz. 167) handelt.

## **C. Rechtsbegehren Ziff. 2.**

### **1. Inhalt und Begründung**

1.1. In Rechtsbegehren Ziff. 2. beantragt die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, für sich selbst, für C.\_\_\_\_\_ und für alle anderen der Beklagten nahestehenden Dritten, welche die Verbotsgegenstände gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 herstellen und anbieten, über den im Zusammenhang mit den Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. erzielten Umsatz und Gewinn umfassend Rechnung zu legen, insbesondere durch Herausgabe der Buchhaltung und aller Belege betreffend die Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. (act. 1 S. 2).

1.2. Zur Begründung führt die Klägerin aus, das Begehren werde auf § 280 BGB gestützt. Stufenklagen seien seit BGE 116 II 215/351 bundesrechtlich anerkannt (neu Art. 85 ZPO; act. 1 Rz. 95 f.).

### **2. Unbezifferte Forderungsklage und Stufenklage**

2.1. Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderungen bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist (Art. 85 ZPO).

2.2. Unmöglich ist die Bezifferung eines Klageanspruchs in all jenen Fällen, in denen dem Kläger die genaue Höhe des Anspruchs nicht bekannt ist und dieses Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen, etwa weil sich die Berechnungsunterlagen bei ihm befinden. Unzumutbar ist die Bezifferung der Klageforderung in Fällen, in denen sich die Höhe des Anspruchs beispielsweise nur mithilfe eines selbständigen Verfahrens auf Rechnungslegung oder Auskunft ermitteln liesse (BOPP/BESSENICH, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER

/ LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 12 f. zu Art. 85 ZPO).

2.3. Die nachträglich zu beziffernden Forderungsklagen lassen sich dahingehend unterscheiden, ob das Beweisverfahren die Bezifferung des Anspruchs ermöglicht oder ob die Bezifferung von einer selbständig eingeklagten Pflicht der beklagten Partei zur Auskunftserteilung oder zur Rechenschaftsablegung abhängt. Letztere werden auch als Stufenklagen bezeichnet (BOPP/BESSENICH, a.a.O., N 3 zu Art. 85 ZPO). Dabei wird ein Begehren um Auskunftserteilung oder Rechnungslegung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden. Hauptanspruch ist die angebehrte Leistung, Hilfsanspruch deren Bezifferung durch Rechnungslegung (BGE 116 II 215 E. 4a und 351 E. 3c; BGE 123 III 140 E. 2b).

2.4. Stufenklage und nachträglich zu beziffernde Forderungsklagen aufgrund des Beweisergebnisses stehen grundsätzlich alternativ zur Verfügung. Weil die Stufenklage eine objektive Klagenhäufung ist, hat sie zusätzliche Anforderungen zu erfüllen. Insbesondere muss grundsätzlich eine materiellrechtliche Auskunfts-, Editions- oder Rechnungslegungspflicht bestehen, die zum Gegenstand eines selbständigen Klagebegehrens gemacht werden kann (BOPP/BESSENICH, a.a.O., N 10 und N 14 zu Art. 85 ZPO).

### **3. Würdigung**

3.1. Rechtsbegehren Ziff. 2. ist vorliegend schon deshalb abzuweisen, weil die Beklagte nicht für eine allfällige Verletzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durch C.\_\_\_\_\_ einzustehen hat bzw. haftet. Daher entfällt auch der Hilfsanspruch auf Rechnungslegung.

3.2. Zudem führt die Klägerin weder aus noch ist ersichtlich, weshalb die Bezifferung des Schadenersatzanspruchs im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO unmöglich bzw. unzumutbar sein sollte. In diesem Zusammenhang ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin ohne die Buchhaltungsunterlagen und Belege der Beklagten nicht in der Lage sein sollte, ihren Schaden zu substantiieren, wäre

doch ein allfällig mit der Produktion von R.\_\_\_\_\_-Baguettes erwirtschafteter Umsatz und Gewinn nicht mit dem Schaden der Klägerin gleichzusetzen, sondern könnte dieser etwa aus einem möglichen Umsatzrückgang der Klägerin seit Beginn der Produktion von R.\_\_\_\_\_-Baguettes durch C.\_\_\_\_\_ abgeleitet werden.

3.3. Abgesehen davon hat die Klägerin nicht behauptet, sie habe einen materiellrechtlichen Rechnungslegungsanspruch (vgl. dazu OBERHAMMER, a.a.O., N 13 zu Art. 85 ZPO), weshalb Rechtsbegehren Ziff. 2. auch mangels Substantiierung abzuweisen wäre.

3.4. Dem Kooperationsvertrag zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_, dessen Rechte und Pflichten die Beklagte zustimmend für sich anerkannt hat, ist sodann kein Rechnungslegungsanspruch der Klägerin zu entnehmen (act. 3/9).

3.5.1. Ein materiellrechtlicher Rechnungslegungsanspruch könnte sich aufgrund der rechtlichen Qualifikation des Kooperationsvertrages aus dem Gesetz ergeben. Auf diesen kommt deutsches Recht zur Anwendung.

3.5.2. Gemäss dem von der Klägerin zitierten § 280 BGB kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Aus dieser Bestimmungen kann kein materiellrechtlicher Rechnungslegungsanspruch abgeleitet werden.

3.5.3. In dem von der Klägerin zitierten BGE 116 II 351 wird der Auskunftsanspruch aus dem Immaterialgüterrecht abgeleitet. Im ebenfalls zitierten BGE 116 II 215 geht es um den Provisionsanspruch eines Mäklers. Da auf den Mäklervertrag gemäss Art. 412 Abs. 2 OR ergänzend Auftragsrecht zur Anwendung kommt, ergibt sich der Rechnungslegungsanspruch in jenem Fall aus Art. 400 OR. Diese Bestimmung entspricht § 666 BGB. Das Vorliegen eines Auftrages fällt vorliegend aber schon deshalb ausser Betracht, weil dieser gemäss § 662 BGB zwingend unentgeltlich zu sein hat (vgl. auch PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012, N 12 zu Einführung vor § 631 BGB und N 8 zu § 662 BGB). Abgesehen davon sind keine auftragsrechtlichen Vertragselemente ersichtlich.

3.5.4. Da I.\_\_\_\_\_ gemäss Kooperationsvertrag bestimmte Backwaren herzustellen und an die Klägerin zu liefern hatte, kommt die Qualifikation als Werkvertrag gemäss § 631 BGB in Frage. Dabei verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung und Verschaffung des versprochenen individuellen Werks, d.h. zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses (Erfolges) für den Besteller im Austausch gegen die Leistung einer Vergütung. Eine Pflicht zur Auskunft- und Rechnungslegung besteht beim Werkvertrag nur, wenn dies vereinbart wurde oder wenn im Rahmen des Werkvertrages eine Geschäftsbesorgung zu erledigen ist (PALANDT, a.a.O., N 1 zu Einführung vor § 631 BGB und N 16 zu § 631 BGB). Beides ist vorliegend nicht der Fall.

§ 651 BGB unterstellt die Verpflichtung zur Herstellung und Lieferung beweglicher Sachen generell dem Kaufrecht, unabhängig davon, ob der Vertrag nach der Art der eingegangenen Verpflichtung vertragstypisch dem Werkvertrag zuzuordnen wäre (PALANDT, a.a.O., N 6 zu Einführung vor § 631 BGB und N 1 zu § 651 BGB). Eine Auskunftspflicht besteht beim Kaufvertrag nur insofern, als diese erforderlich ist, um den Kaufgegenstand zu nutzen und zu schützen (PALANDT, a.a.O., N 24 ff. zu § 433 BGB). Darum geht es beim klägerischen Rechnungslegungsbegehren indessen nicht, sondern um die Geltendmachung von Schadenersatz und Gewinnherausgabe (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3.).

3.5.5. Somit ergibt sich auch aus dem Gesetz kein materiellrechtlicher Rechnungslegungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten.

#### **4. Fazit**

Rechtsbegehren Ziff. 2. ist abzuweisen.

#### **D. Rechtsbegehren Ziff. 3**

##### **1. Inhalt und Begründung**

1.1. In Rechtsbegehren Ziff. 3. beantragt die Klägerin, die Beklagte sei nach Wahl der Klägerin, die aufgrund des Ergebnisses der Auskunft gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 zu treffen sei, zu verpflichten, der Klägerin den Schaden zu er-

setzen, welcher ihr aus den Handlungen der Beklagten gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. entstanden sei und/oder der Klägerin den Gewinn herauszugeben, den die Beklagte aus ihren Handlungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. erzielt habe (act. 1 S. 2).

1.2. Zur Begründung führt die Klägerin aus, das Begehren werde auf § 280 BGB gestützt. Die Kumulation von Schadenersatz und Gewinnherausgabe sei nach der neuesten Schweizer Rechtsprechung möglich (act. 1 Rz. 95 f.).

## **2. Würdigung**

2.1. Rechtsbegehren Ziff. 3. ist vorliegend schon deshalb abzuweisen, weil die Beklagte nicht für eine allfällige Verletzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durch C.\_\_\_\_\_ haftet. Daher entfällt auch der Anspruch auf Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe.

2.2.1. Abgesehen davon wäre Rechtsbegehren Ziff. 3. auch mangels rechtsgenügender Substantiierung abzuweisen.

2.2.2. Die Ansprüche gemäss Ziff. 3. leitet die Klägerin aus der Zustimmungserklärung der Beklagten ab. Auf diese Vereinbarung kommt schweizerisches Recht zur Anwendung.

2.2.3. Die Beweislast für den Schadenersatzanspruch aus Vertrag liegt bei der Klägerin (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR; vgl. SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 16 zu Art. 55 ZPO; BGE 127 III 365 E. 2b m.w.H.). Vorliegend ergeben sich die von ihr zu behauptenden Tatsachen aus den Tatbestandsmerkmalen von Art. 97 OR. Es sind dies im Wesentlichen die nicht gehörige Vertragserfüllung, ein Schaden sowie der adäquate Kausalzusammenhang zwischen nicht gehöriger Vertragserfüllung und Schaden, während das Verschulden vermutet wird (WIEGAND, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 97 OR).

2.2.4. Dass die Klägerin ihren Anspruch auf § 280 BGB stützt, ändert daran nichts. Gemäss dieser Bestimmung trägt der Gläubiger die Beweislast für die

Pflichtverletzung, die Schadensentstehung und den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, während der Schuldner für das Nichtvertretenmüssen der Pflichtverletzung beweispflichtig ist (PALANDT, a.a.O. N 34 zu § 280 BGB).

2.2.5. Die Klägerin behauptet eine nicht gehörige Vertragserfüllung bzw. eine Vertragsverletzung, indem sie u.a. ausführt, die Beklagte habe mit der Gründung von C.\_\_\_\_\_, der Einbringung der produktionsrelevanten Vermögenswerte und der Produktion der durch das Wettbewerbsverbot betroffenen Vertragsprodukte durch C.\_\_\_\_\_ gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verstossen (act. 1 Rz. 65, Rz. 91). Zu den weiteren Elementen des Schadenersatzanspruchs verliert sie hingegen kein Wort. Es wird weder behauptet, dass ihr durch die Vertragsverletzung ein Schaden entstanden sei noch dass ein Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung bestehe. Schliesslich ist den Ausführungen der Klägerin auch nicht zu entnehmen, für welchen Zeitraum sie Schadenersatz fordert.

2.2.6. Auch der Anspruch auf Gewinnherausgabe wird von der Klägerin nicht im Geringsten substantiiert. Sie behauptet nicht einmal, dass die Beklagte oder andere Konzerngesellschaften wegen der Vertragsverletzung einen Gewinn erwirtschaftet hätten, welcher der Klägerin zustehe und legt auch nicht dar, woraus sie den entsprechenden Anspruch ableitet. Weiter führt sie nicht aus, auf welchen Zeitraum sich ihr Begehren auf Gewinnherausgabe bezieht.

### **3. Fazit**

Rechtsbegehren Ziff. 3. ist abzuweisen.

## **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Partei- bzw. Prozessentschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Prozessentschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

3. Gemäss Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO hat die klagende Partei bei Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage einen Mindestwert anzugeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Die Klägerin schätzt den Streitwert auf ca. EUR 10 Mio. (CHF 12'847'200 zum Kurs von 1,28472 per 1. Februar 2011; act. 1 Rz. 8). Nachdem die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage - in casu eine Stufenklage - nicht erfüllt sind, ist von dem von der Klägerin genannten Betrag als Streitwert auszugehen. Dieser richtet sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit, während nachträgliche Wertänderungen des Streitgegenstandes, etwa infolge Kurs- oder Währungsschwankungen, unbeachtlich sind (STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 12 zu Art. 91 ZPO). Die Einreichung einer Klage begründet die Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Bei schriftlichen Eingaben ist in erster Linie das Datum des Poststempels massgebend (vgl. dazu SUTTER-SOMM, a.a.O., N 9 zu Art. 62 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert umgerechnet per 11. Februar 2011 CHF 13'163'000.00 (<http://fxtop.com/de/cnv.php>).

Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr ist gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts um rund einen Drittel zu erhöhen. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

4. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 122'215.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV um rund einen Viertel zu erhöhen. Dementsprechend ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 153'000.00 zu bezahlen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf Rechtsbegehren Ziff. 1 wird mit Ausnahme betreffend C.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 182'000.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 153'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfas-

sungsbeschwerde erhoben werden. Der Streitwert beträgt  
CHF 13'163'000.00.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr.iur. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Helene Lampel