

**Moot Court Team 2**

Nils Haldemann  
Rebecca Maccioni  
Sabrina Stoll

**Einschreiben**

Züricher Handelskammer  
Selnaustrasse 32  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

14. Dezember 2012

**KLAGESCHRIFT**

Fall Nr. 654321-2012

In Sachen

**Industrial Clean OOO**

Neglinnaya Street 42  
109012 Moscow  
Russia

Vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

**Chemiewerk AG**

Sibylla- Merian- Strasse 1  
45665 Recklinghausen  
Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team (...)

**Klägerin**

**Beklagte**

betreffend

Sehr geehrte Frau Prof. Dr. Y, sehr geehrte Mitglieder der Schiedsgerichtskommission.  
Namens und in Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

1. *Das Einsichtsrecht als Ausfluss des rechtlichen Gehörs sei für die Beklagte einzuschränken. Personen aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb der Beklagten seien vom Kreis der zur Einsichtnahme in die vorgelegenen Dokumente berechtigten Personen auszuschliessen.*
2. *Die Beklagte sei zu verpflichten, die Vertragsdokumente mit ihren Lieferanten vorzuweisen. Die Berufung auf die Geheimhaltungsklausel sei abzuweisen.*
3. *Die Beklagte sei dazu zu verurteilen, wegen fehlendem Eintritt der Bedingung, die geleisteten Aufschläge zurückzuerstatten.*
4. *Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, die erbrachten Aufschläge in der Höhe von USD 15'056'920 nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2006 zurückzuerstatten.*
5. *Die Geltendmachung einer Haftungsbeschränkung in der Höhe von USD 1'500'000 sei zu verweigern.*
6. *Die Widerklage der Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen. Der Beklagten stehe kein Anspruch auf einen Gewinnausgleich in der Höhe von USD 7'870'000 zu.*
7. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

## **Vorwort**

*Zunächst wird die Klägerin darlegen, dass Mitglieder aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb der Beklagten vom Kreis der zur Einsichtnahme berechtigten Personen auszuschliessen sind.*

*Anschliessend wird gezeigt, dass die Beklagte zur Vorlage der Vertragsdokumente zwischen Ihr und ihren Lieferanten zu verpflichten ist und diese nicht mit Verweis auf die Geheimhaltungsklausel verweigern kann.*

*Danach wird die Klägerin nachweisen, dass sie einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Aufschläge hat.*

*Sodann zeigt die Klägerin auch, dass die Haftung der Beklagten in ihrer Höhe nicht auf USD 1'500'000 zu beschränken ist.*

*Zuletzt legt die Klägerin dar, dass die Beklagte keinen Anspruch auf einen Gewinnausgleich in der Höhe von USD 7'870'000 hat.*

## Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren .....	II
Vorwort .....	III
Literaturverzeichnis.....	VI
Entscheidverzeichnis .....	IX
Anwendbares Recht.....	1
A. Ausschluss der Personen der Geschäftsleitung und dem Vertrieb aus dem Kreis der zur Einsichtnahme berechtigten Personen.....	1
1. Ausgangslage .....	1
2. Einsichtsrecht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt nicht absolut.....	1
3. Alle Voraussetzungen für die Beschränkung des Einsichtsrechts sind erfüllt.....	2
3.1 Beschränkung des Einsichtsrechts ist geeignet und erforderlich .....	2
3.2 Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse überwiegt.....	2
3.3 Gleichbehandlung der Parteien und ein faires Verfahren sind gewahrt.....	3
3.4 Vorschlag der Klägerin entspricht dem Gebot von Treu und Glauben .....	3
4. Fazit.....	4
B. Anspruch auf Vorlegung der Vertragsdokumente.....	4
1. Ausgangslage .....	4
2. Anspruchsgrundlagen der Klägerin.....	4
2.1 Vorlegung der Vertragsdokumente aufgrund des Distributionsvertrags.....	4
2.2 Vorlegung der Vertragsdokumente aufgrund Gesetz und IBA-Regeln .....	4
2.2.1 Prinzip der Beweislast .....	4
2.2.2 Die Voraussetzungen für ein Vorlageverlangen sind erfüllt .....	5
2.2.3 Beklagte kann keine Einwendungen geltend machen .....	6
3. Fazit.....	7
C. Anspruch auf Rückerstattung der Aufschläge .....	8
I. Anwendbares Recht .....	8
II. Anspruch aufgrund nicht eingetretener Bedingung.....	8
1. Ausgangslage .....	8
2. Fehlendes Zustandekommen einer Vertragsanpassung.....	8
3. Abwicklung der Vertragsanpassung.....	9
3.1 Ein Härtefall liegt nicht vor.....	9
3.2 Einvernehmliche Vertragsanpassung .....	9
3.3 Erbringen einer vertraglichen Leistung unter Vorbehalt.....	10
3.4 Vorliegen einer Bedingung.....	10
3.5 Nicht Eintreten der Bedingung.....	10

4. Anspruch auf Rückerstattung bei Ausfall der Bedingung.....	11
5. Kein Vorliegen einer Verjährung.....	11
6. Zwischenfazit .....	12
III. Eventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	12
1. Vorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung .....	13
1.1 Die Beklagte wurde bereichert .....	13
1.2 Die Bereicherung stammt aus dem Vermögen der Klägerin.....	13
1.3 Keine Rechtfertigungsgründe.....	13
2. Arten der ungerechtfertigten Bereicherung.....	14
2.1 Vorliegen einer Leistungskondiktion .....	14
2.1.1 Leistungskondiktion aus einem nicht verwirklichten Grund.....	14
2.1.2 Subeventualiter: Leistungskondiktion ohne jeden gültigen Grund .....	14
2.2 Zwischenfazit .....	15
3. Verjährung ist nicht eingetreten .....	15
4. Fazit.....	16
D. Abweisung der Haftungsbeschränkung.....	17
1. Ausgangslage .....	17
2. Haftung für grobe Fahrlässigkeit und rechtswidrige Absicht .....	17
3. Unzulässigkeit der Haftungsbeschränkung in Art. 6.4 ii) des Distributionsvertrages .....	17
4. Fazit.....	18
E. Widerklage ist abzuweisen .....	18
1. Ausgangslage .....	18
2. Auslegung des Distributionsvertrages.....	18
2.1 Sprachgebrauch spricht gegen eine Gewinnteilung .....	18
2.2 Sinn und Zweck des Distributionsvertrages sprechen gegen eine Teilung des Gewinns.....	19
2.3 Bisherige Umstände sprechen für eine Gewinnteilung über die Preisformel.....	19
3. Fazit.....	20

## Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC ET AL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. 2. Auflage Zürich/Basel/Genf 2012.

(zit. CHK-VERFASSER, OR y N z)

[zit. in: Rz. 57, 62, 65, 77]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern, 2012.

(zit. BERGER, N z)

[zit. in: Rz. 34, 37, 58]

BURKHARDT MARTIN, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts: Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Bern/Stuttgart/Wien 1997, zugleich, Diss., Universität, St.Gallen 1996.

(zit. BURKHARDT, S. y)

[zit. in: Rz. 36]

DUDENREDAKTION DIE, DUDEN - Das Bedeutungswörterbuch, Band 10, 3. Auflage, Mannheim 2001-2005.

(zit. DUDEN, S. y)

[zit. in: Rz. 7, 38, 79]

EGGER AUGUST/SCHÖNENBERGER WILHELM/GAUCH PETER/JÄGGI PETER , Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. In: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1980.

(zit. JÄGGI/GAUCH N Y)

[zit. in: Rz. 77]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./ SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.

(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N z)

[zit. in: Rz. 26]

GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/PURTSCHERT TINA, Vertragsgestaltung und Vertragsdurchsetzung, Zürich 2012.

(zit. GIRSBERGER/HUGUENIN/MÜLLER-CHEN/PURTSCHERT, S. y)

[zit. in: Rz. 81]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration in Switzerland*, Zürich 2012.

(zit. GIRSBERGER/VOSER, S. y, N z)

[zit. in: Rz. 9, 30]

HABEGGER PHILIPP, *Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice*, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement No. 676, Paris 2006, <<http://www.walderwyss.com/publications/414.pdf>> (besucht am: 16. November 2012).

(zit. ICC – B, HABEGGER, S. Y, N Z)

[zit. in: Rz. 3, 4, 13, 21]

HARTMANN, JÜRGE., *Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Alleinvertriebsvertrag und verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts*, Zürich/Basel/Genf 2007.

(zit. HARTMANN, S. Y)

[zit. in: Rz. 70, 81]

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, Zürich/Basel/Genf 2012.

(zit. HUGUENIN, N x)

[zit. in: Rz. 35, 40, 45, 54, 56, 61, 72, 76, 77, 81, 83]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage*, Zürich 2008.

(zit. OR-VERFASSER, Art. x OR, N y)

[zit. in: Rz. 39]

KNOBLACH STEFFEN, *Sachverhaltsermittlung in der internationalen Wirtschaftsgerichtsbarkeit, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Schiedsrechts und der IB-Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, Berlin 2003.

(zit. KNOBLACH, S. y)

[zit. in: Rz. 31]

KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S.1484ff.

(zit. KOLLER, S. y)

[zit. in: Rz. 47]

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: Böckstiegel Karl-Heinz (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001.

(zit. RAESCHKE-KESSLER, S. Y)

[zit. in: Rz. 3, 18, 19]

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

(zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. y)

[zit. in: Rz. 1, 3]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, 6. Auflage, Bern 2012.

(zit. SCHWENZER, Nr. x)

[zit. in: Rz. 35, 43, 53, 61]

WEBER ROLF, Berner Kommentar, Band VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000.

(zit. BK-WEBER, Art. x N y)

[zit. in: Rz. 72]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS, IBA Rules of Evidence, Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Zürich/Basel/Genf 2012.

(zit. ZUBERBÜHLER, S. y, N z)

[zit. in: Rz. 3, 18, 19]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER KLAUS/HABEGGER PHILPP, SWISS RULES OF INTERNATIONAL ARBITRATION: COMMENTARY, ZÜRICH/BERN 2005.

(zit. SR – C, BEARBEITER/IN, S. Y, N Z)

[zit. in: Rz. 15, 25]



## Entscheidverzeichnis

- BGE 51 II 385 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. September 1925  
[zit. in: Rz. 47]
- BGE 60 II 172 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 8. März 1934  
[zit. in: Rz. 47]
- BGE 99 II 282 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 1. November 1973  
[zit. in: Rz. 77]
- BGE 102 II 256 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. September 1976  
[zit. in: Rz. 72]
- BGE 117 II 18 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 19. März 1991  
[zit. in: Rz. 83]
- BGE 120 II 58 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Januar 1994  
[zit. in: Rz. 70]
- BGE 123 III 165 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 21. November 1996  
[zit. in: Rz. 77]
- BGE 127 III 421 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. Juni 2001  
[zit. in: Rz. 65]
- BGE 130 III 42 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 3. Dezember 2003  
[zit. in: Rz. 4]
- BGE 130 III 417 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 27. April 2004  
[zit. in: Rz. 77]
- BGE 130 III 504 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11. Mai 2004  
[zit. in: Rz. 50]
- BGE 133 III 356 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. März 2007  
[zit. in: Rz. 50]

Klageschrift - Team 2

- BGE 134 III 591 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung  
vom 1. Oktober 2008  
[zit. in: Rz. 66]
- BGE 137 III 255 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung  
vom 29. März 2011  
[zit. in: Rz. 3]
- .

## **Anwendbares Recht**

- 1 Gemäss Art. 6.3 des Distributionsvertrags (KB-1) und Ziff. 6 des Konstituierungs- und Verfahrensbeschlusses Nr. 1 vom 17. September 2012 richtet sich das vorliegende Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel des IPRG und den Swiss Rules. Das Beweisverfahren des Schiedsgerichts bestimmt sich nach der gemäss Art. 182 IPRG geltenden Verfahrensordnung (RÜEDE/HADENFELDT, S. 261). Ausserdem sind i.c. die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2010), laut Ziff. 6 des Konstituierungs- und Verfahrensbeschlusses Nr. 1 vom 17. September 2012 zu berücksichtigen.

## **A. Ausschluss der Personen der Geschäftsleitung und dem Vertrieb aus dem Kreis der zur Einsichtnahme berechtigten Personen**

### **1. Ausgangslage**

- 2 In Ziff. 12 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vom 2. August 2012 behauptet die Beklagte, sie könne ihre Rechte im Rahmen des vorliegenden Schiedsverfahrens nur dann angemessen wahren, wenn Mitarbeiter aus Geschäftsleitung und/oder Vertrieb der Chemiewerke AG in die von der Klägerin vorzulegenden Dokumente Einsicht nehmen könnten. Nachfolgend wird aufgezeigt, aus welchen Gründen diese Personen vom Kreis der zur Einsichtnahme Berechtigten auszuschliessen sind und dass der Beklagten daraus keinerlei Nachteile erwachsen.

### **2. Einsichtsrecht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt nicht absolut**

- 3 Gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG sowie Art. 15.1 Swiss Rules muss im Schiedsverfahren der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gewahrt werden. Ausfluss davon ist das Recht, die von der Gegenpartei vorgelegten Beweisdokumente einzusehen und dazu Stellung zu nehmen (ICC-B, HABEGGER S. 24 N 13, 28; RÜEDE/HADENFELDT S. 210). Das Einsichtsrecht gilt jedoch nicht absolut (RITZ S. 213). Eine Partei kann gestützt auf Art. 3 Abs. 5 IBA-Regeln Einwendungen gegen die Vorlage eines Dokuments erheben, wenn einer der in Art. 9 Abs. 2 IBA-Regeln genannten Gründe vorliegt. Art. 9 Abs. 2 lit. e IBA-Regeln ist Ausdruck des allgemein anerkannten Grundsatzes, dass ein Vorlageverlangen den Parteien nicht ermöglichen darf, unbefugt Einblick in die Geschäftsgeheimnisse der Gegenpartei zu nehmen (ZUBERBÜHLER, Art. 9 Rn. 43; ICC-B, HABEGGER S. 28 N 33; RAESCHKE-KESSLER S. 57; BGE 137 III 255, E. 4.3.1), um daraus weitere für den Fall irrelevante Informationen zu erhalten. Solche sog. „fishing expeditions“ sind in der Schiedsgerichtsbarkeit verpönt (ICC-B, HABEGGER S. 28 N 34; RAESCHKE-KESSLER S. 48, 57, 62). Die IBA-Regeln sehen in Art. 9 Abs. 4 deshalb ausdrücklich vor, dass das Schiedsgericht „Massnahmen treffen [kann], damit Beweismittel unter geeignetem Vertraulichkeitsschutz angeboten oder ausgewertet werden kön-

nen“. Gestützt auf diese Bestimmung ist das Schiedsgericht befugt anzuordnen, dass gewisse Dokumente nur bestimmten Personen (bspw. Anwälten oder unabhängigen Experten) in einem sog. beschränkten Geheimverfahren zugänglich gemacht werden (ZUBERBÜHLER, Art. 9 Rn. 51 ff.; RITZ S. 213). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der Beklagten keinen zwingenden Anspruch auf persönliche Einsicht in die Beweismittel der Klägerin (ICC – B, HABEGGER S. 28 N 35). Im Gegenteil sehen die anwendbaren Rechtsgrundlagen vor, dass Geschäftsgeheimnisse im Rahmen des Beweisverfahrens vor unbefugter Einsicht durch die Gegenpartei zu schützen sind. Für die Einschränkung des Einsichtsrechts sind bestimmte Voraussetzungen erforderlich (RITZ S. 210).

### **3. Alle Voraussetzungen für die Beschränkung des Einsichtsrechts sind erfüllt**

- 4 Einschränkungen des rechtlichen Gehörs und damit auch des Einsichtsrechts haben den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 5 Abs. 2 BV (RITZ S. 210, 213). Die zum Zweck des Geheimnisschutzes einer Partei angeordneten Massnahmen müssen hierzu geeignet und erforderlich sein, und es ist das Interesse der vorlageverpflichteten Partei, am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse gegen das Interesse der antragstellenden Partei an der Einsichtnahme abzuwägen (ICC – B, HABEGGER, S. 32 N 44; RITZ S. 210 f.; BGE 130 III 42, E. 3.2.1). Bei der Interessenabwägung sind alle relevanten Umstände, sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und das Recht auf ein faires Verfahren zu berücksichtigen (ICC – B, HABEGGER S. 32, N 45).

#### **3.1 Beschränkung des Einsichtsrechts ist geeignet und erforderlich**

- 5 Vorliegend ist der Ausschluss von Mitarbeitern aus Geschäftsleitung und Vertrieb der Beklagten aus dem Kreis der zur Einsicht in die Beweisdokumente der Klägerin Berechtigten nicht nur geeignet und erforderlich, sondern ist eine notwendige Massnahme, um die Geschäftsgeheimnisse der Klägerin wirksam schützen zu können. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich.

#### **3.2 Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse überwiegt**

- 6 Für die Klägerin ist der Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse im Rahmen des Beweisverfahrens von grösster Bedeutung. Könnte die Beklagte Einsicht nehmen in die Dokumente der Klägerin, würden dieser Tür und Tor geöffnet, Informationen über den russischen Markt auszuwickeln und diese für ihre eigene zukünftige Geschäftstätigkeit in Russland zu verwenden. Denn seit der Kündigung vom 22. Dezember 2011 (KB-14) ist die Beklagte eine direkte Konkurrentin der Klägerin. Durch eine solche „fishing expedition“ ihrer Konkurrentin würde der Klägerin ein grosser wirtschaftlicher Schaden entstehen und dies kann sogar ruinös sein (RITZ, S.33).

7 Im Gegensatz dazu ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Beklagten Nachteile erwachsen sollten, wenn Mitglieder aus deren Geschäftsleitung und/oder Vertrieb in die Beweisdokumente der Klägerin nicht Einsicht nehmen können, womit die Behauptung der Beklagten nicht zu beachten ist. Das Interesse der Beklagten kann sich nur auf ihr in Art. 5 iii) des Distributionsvertrags (KB-1) statuiertes Recht auf Auskunft über die Verkaufszahlen und Preise und damit indirekt über die Gewinne der Klägerin beziehen. Die von der Klägerin vorzulegenden Dokumente können auf die hierfür massgeblichen Informationen von einem Expertenkreis hinreichend kompetent ausgewertet werden. Experten sind externe Fachmänner (DUDEN, S. 347), die ja gerade deshalb als solche bezeichnet werden, weil sie durch überdurchschnittliche Fachkenntnisse auf einem bestimmten Gebiet auszeichnen und fähig sind, Fragestellungen auf ihrem Wissensgebiet qualifiziert zu beurteilen. Darüber hinaus besteht für die Beklagte kein Interesse an Geschäftsgeheimnissen der Klägerin. Damit hat die Beklagte auch kein Recht auf Herausgabe der Information. Insbesondere kann keine Rede davon sein, dass eine geschützte Beweisaufnahme den „legitimen“ Eintritt der Beklagten in den russischen Wettbewerb (Einleitungsantwort S. 4 Ziff. 12) in irgendeiner Weise behindern würde. Entgegen der Ansicht der Beklagten setzt ein fairer Wettbewerb gerade voraus, dass ein Einsichtsrecht nicht dazu ausgenutzt wird, um Geschäftsgeheimnisse einer ehemaligen Geschäftspartnerin und zukünftigen Konkurrentin auszukundschaften.

### **3.3 Gleichbehandlung der Parteien und ein faires Verfahren sind gewahrt**

8 Aus den Bestimmungen der IBA-Regeln geht hervor, dass deren Ziel eine gerechte Durchführung der Beweisaufnahme und die Gleichbehandlung der Parteien ist (vgl. Ziff. 1 Präambel, Art. 2 Ziff. 1, Art. 9 Ziff. 2 lit. g IBA-Regeln).

9 Mit dem prozessualen Antrag der Klägerin auf eine geschützte Beweisaufnahme wird genau dies erreicht. Aus Ziff. 16 i.V.m. 20 der Einleitungsanzeige (S. 6) ergibt sich, dass *sämtliche* Dokumente *beider* Seiten den parteiernannten Experten vorzulegen sind. Die Bezeichnung von Dokument stützt sich auf die Begriffsbestimmung der IBA-Regeln (GIRSBERGER/VOSER, S. 220, N 734).

10 Ergo können beide Parteien die Experten grundsätzlich selber bezeichnen, von deren Fähigkeit, die vorgelegten Dokumente bezüglich der relevanten Fragen auswerten zu können, sie überzeugt sind.

### **3.4 Vorschlag der Klägerin entspricht dem Gebot von Treu und Glauben**

11 Die Klägerin handelt, indem sie die Vorlage ihrer Dokumente nicht verweigert, sondern lediglich Schutz für ihre berechtigten Geheimhaltungsinteressen beantragt, im Sinne von Treu und Glaube gemäss Ziff. 3 der Präambel der IBA-Regeln.

#### **4. Fazit**

- 12 Da das Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse im Vergleich zum Interesse der Beklagten am Einsichtsrecht überwiegt und der prozessuale Antrag der Klägerin weder die Gleichbehandlung noch das Recht der Parteien auf ein faires Verfahren verletzt, sind Mitglieder aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb der Beklagten vom Kreis der zur Einsichtnahme in die vorgelegten Dokumente berechtigten Personen auszuschliessen.

### **B. Anspruch auf Vorlegung der Vertragsdokumente**

#### **1. Ausgangslage**

- 13 In der E-Mail vom 20. Juli 2006 (KB-3) behauptet die Beklagte, dass die Produktion von IPA zunehmend teurer geworden sei. Dies aufgrund weiterer Chemikalien, welche in der Preisformel nicht berücksichtigt werden. Die Beklagte müsse diese Chemikalien jedoch für die Herstellung von IPA einkaufen. Um die von der Beklagten behauptete Steigerung der Herstellungskosten auf Grund teurerer Chemikalien (KB-3) überprüfen zu können, bedarf es der Vertragsdokumente, welche die Beklagte mit ihren Lieferanten abgeschlossen hat. Hierbei stützt sich die Klägerin auf ihr Recht, Beweise nicht bloss hervorbringen zu können, sondern auch Beweise anzufordern (ICC – B, HABEGGER, S. 24, N 13). Das Schiedsgericht nimmt die Beweise, gemäss Art. 184 Abs. 1 IPRG selber ab.

#### **2. Anspruchsgrundlagen der Klägerin**

##### **2.1 Vorlegung der Vertragsdokumente aufgrund des Distributionsvertrags**

- 14 Art. 4 iii) des Distributionsvertrages hält ausdrücklich fest, dass die Beklagte auf Verlangen der Klägerin zur „schriftlichen Auskunft über ihre Herstellungskosten“ verpflichtet ist. Wie die Beklagte in der E-Mail vom 20. Juli 2006 (KB-3) erklärt, ergeben sich die Herstellungskosten auch aus den Preisen für Chemikalien, die sie von Lieferanten einkaufen müssen. Ergo ergibt sich hieraus die Pflicht zur Vorlage der Verträge, welche die Beklagte mit ihren Lieferanten abgeschlossen hat.

##### **2.2 Vorlegung der Vertragsdokumente aufgrund Gesetz und IBA-Regeln**

###### **2.2.1 Prinzip der Beweislast**

- 15 Art. 24.1 Swiss Rules besagt, dass jede Partei die Beweislast für die Tatsachen, auf die sie ihre Behauptungen stützen trägt. Bei dem Prinzip der Beweislast handelt es sich um ein generell akzeptiertes Prinzip für schiedsgerichtliche Verfahren (SR-C, NATER-BASS, S. 209, N 2). Auch den IBA-Regeln ist aus Art. 3 Abs. 1 zu entnehmen, dass eine Partei sämtliche Dokumente einzureichen hat, auf die sie sich stützt und über die sie verfügt.

16 I.c. behauptet die Beklagte nur, dass die Produktion von IPA immer teurer wurde, ohne jedoch jemals Dokumente vorgelegt zu haben, die dies belegen würden. Die Klägerin ist demnach richtigerweise der Auffassung, dass die Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass die Herstellungskosten in dem Masse gestiegen sind, wie von ihr behauptet.

### **2.2.2 Die Voraussetzungen für ein Vorlageverlangen sind erfüllt**

17 Die Klägerin fordert, gestützt auf Art. 3 Abs. 2 IBA-Regeln, dass die Beklagte die Vertragsdokumente vorzulegen hat. Die Voraussetzungen für den Antrag auf Dokumentvorlage ergeben sich aus Art. 3 Abs. 3 IBA-Regeln.

18 Art. 3 Abs. 3 lit. a fordert eine Beschreibung jedes vorzulegenden Dokuments, die dessen Identifizierung ermöglicht. Da die Klägerin eine Kategorie gleicher Dokumente fordert, die sich inhaltlich alle auf das gleiche Thema beziehen, welches die Klägerin ausfindig machen möchte (RAESCHKE-KESSLER, S. 51), ist Art. 3 Abs. 3 lit. a ii) einschlägig. Eine Identifizierung ist sodann möglich, wenn der mutmassliche Urheber der Dokumente, ein mutmasslicher Zeitrahmen, in dem die Dokumente entstanden sein sollten und ein mutmasslicher Inhalt der Dokumente (ZUBERBÜHLER, S. 51, N 110) bezeichnet werden können. Die Klägerin verlangt die Vorlage der Dokumente, aus denen sich die Notwendigkeit einer Preiserhöhung ergibt (Inhalt), wie in der E-Mail vom 21. Juli 2006 (KB-4) erwähnt. Hauptsächlich geht es um die Vertragsdokumente der Beklagten mit ihren Lieferanten (Urheber) ab Q2 2002 (Zeitrahmen), wie in der E-Mail vom 29. Juli 2006 (KB-5) von der Klägerin ausdrücklich bezeichnet. Somit sind die Dokumente ausreichend detailliert beschrieben.

19 Weiter müssen gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. b die Relevanz und Wesentlichkeit der Dokumente für die Entscheidung erklärt werden. Auf die Tatsache, dass diese geforderten Dokumente dazu dienen sollen, die Behauptungen der Beklagten zu widerlegen, wird diese Forderung obsolet (RAESCHKE-KESSLER, S. 52). Es muss hauptsächlich der Zweck für den die Antragstellerin die Dokumente braucht, dargelegt werden (ZUBERBÜHLER, S. 56, N 131).

20 Ohne die Vorlage der bezeichneten Dokumente sind die von der Beklagten behaupteten Steigerungen der Herstellungskosten nicht überprüfbar. Wie von der Klägerin in KB-5 dargelegt, bedarf es der Verträge der Beklagten mit ihren Lieferanten, um die Kosten umfassend nachzuvollziehen. Des Weiteren ergibt sich die Entscheidungserheblichkeit aus dem Umstand (Einleitungsanzeige Ziff. 17, S. 6), dass das Schiedsgericht ohne die Vorlage der genannten Dokumente nicht beurteilen kann, ob die Beklagte tatsächlich einen Anspruch auf die Aufschläge hat oder nicht. Demnach sind die vorzulegenden Vertragsdokumente i.S.v. Art. 3 Abs. 3 lit. b relevant und wesentlich.

21 Schliesslich muss die antragstellende Partei, nach Art. 3 Abs. 3 lit. c, erklären, dass sich die vorzulegenden Dokumente nicht in ihrer eigenen Verfügungsgewalt befinden und zusätzlich die Gründe angeben, weshalb sie annimmt, dass sich die Dokumente bei der anderen Partei befinden. Da der Sitz des Schiedsverfahrens Zürich ist, gilt es zu beachten, dass im Kanton Zürich die einfache Behauptung genügt, dass die andere Partei die Kontrolle über die vorzulegenden Dokumente hat (ICC – B, HABEGGER, S. 24, N 17).

22 Die vorzulegenden Vertragsdokumente befinden sich im Besitz der Beklagten und nicht in der Verfügungsgewalt der Klägerin, weshalb diese sie nicht selbst vorlegen kann. Die Klägerin kann davon ausgehen, dass sich entsprechende Dokumente in der Verfügungsgewalt der Beklagten befinden. Der Anspruch auf die Vorlage der Vertragsdokumente sind erfüllt, sofern keine Einwendungen geltend gemacht werden.

### **2.2.3 Beklagte kann keine Einwendungen geltend machen**

23 Die Beklagte wendet ein, dass sie die Verträge mit ihren Lieferanten aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen nicht vorlegen kann. Mögliche Einwendungen werden in Art. 9 Abs. 2 IBA- Regeln festgehalten. Nachfolgend wird dargelegt, warum allfällige Einwendungen der Beklagten abzuweisen sind.

24 Der erste Grund für eine Einwendung ist die Geltendmachung der Unerheblichkeit, welcher in Art. 9 Abs. 2 lit. a festgehalten wird. Dieser spricht jedoch gerade für die Pflicht zur Vorlage der Dokumente, da diese von immenser Relevanz und Wesentlichkeit sind, wie in Rz. 20 aufgezeigt.

25 Ein weiterer Grund warum die Beklagte keine Einwendungen vorbringen kann ergibt sich aus Art. 15.7 Swiss Rules und Ziff. 3 der Präambel der IBA-Regeln, welche beide auf das Gebot von Treu und Glauben verweisen. Die Beklagte kann sich folglich nicht auf einen Verweigerungsgrund berufen, indem sie behauptet, bei Vorlegung der Lieferverträge würde sie einen Vertragsbruch begehen, wo sich doch mit dieser Verweigerung ebenfalls einen Vertragsbruch begeht. Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB ist ein fundamentales Prinzip, welches auch im internationalen Schiedsverfahren gilt (SR–C, WÜSTEMANN/JERMINI, S. 149, N 24). Die Beklagte schliesst am 27. Februar 2002 den Distributionsvertrag mit der Klägerin ab und gemäss Punkt 13 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage handelt es sich bei den Verträgen mit ihren Lieferanten um Verträge ab Q2 2002. Die Beklagte verstösst somit gegen das Prinzip von Treu und Glauben, indem sie zuerst einen Vertrag mit der Klägerin abschliesst, mit welchem sie sich verpflichtet schriftlich Rechenschaft über die Herstellungskosten abzugeben und erst danach Verträge mit ihren Lieferanten eingeht, welche Geheimhaltungsverein-



barungen enthalten, die es der Beklagten wiederum verunmöglichen die Pflicht aus dem Vertrag mit der Klägerin einzuhalten.

26 Mit dem soeben beschriebenen widersprüchlichen Verhalten verstösst die Beklagte auch gegen das Verbot venire contra factum proprium (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1535).

27 So sprechen dann auch die in Art. 9 Abs. 2 lit. g genannte Gründe der Prozessökonomie, der Verhältnismässigkeit, des fairen Verfahrens und der Gleichbehandlung der Parteien für die Vorlagepflicht der Beklagten. Dass das Verfahren gerecht und fair zu sein hat, sagt auch schon Abs. 1 der Präambel der IBA-Regeln. Könnte die Beklagte die Vorlage der Vertragsdokumente mit Verweis auf die Geheimhaltungsvereinbarungen verweigern, wäre dies gegenüber der Klägerin nicht fair und die Parteien würden ungleich behandelt. Dies würde einen Verstoss gegen Art. 15 Abs. 1 bedeuten. Dass die Beklagte die Dokumente vorzulegen hat, ist sodann auch verhältnismässig, da noch hinzuzufügen sei, dass die Geheimhaltungspflicht doch noch gewahrt wird, indem die entsprechenden Dokumente lediglich dem Kreis der zur Einsichtnahme in die vorgelegten Dokumente berechtigten Personen, die eine Verschwiegenheitsvereinbarung unterzeichnen musste, vorgelegt werden.

28 Gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. c IBA-Regeln sind auch die „Vorstellungen der Parteien zum Zeitpunkt, in dem das rechtliche Hindernis oder das Verweigerungsrecht entstanden sein soll“ zu berücksichtigen. I.c. wusste die Beklagte beim Abschluss der Verträge mit ihren Lieferanten, dass sie der Klägerin schriftliche Auskunft zu den Herstellungskosten liefern können muss. Das Handeln der Beklagten ist als ein Verzicht auf ein Verweigerungsrecht i.S.v. Art. 9 Abs. 3 lit. d IBA-Regeln zu interpretieren.

29 Infolgedessen kann die Beklagte keine Einwendungen gemäss Art. 9 Abs. 2 IBA-Regeln geltend machen.

### **3. Fazit**

30 Die Beklagte verstösst mit der Verweigerung, die Dokumente vorzulegen, gegen das Prinzip der Beweislast (GIRSBERGER/VOSER, S. 220, N 731). Gemäss Art. 3 Abs. 5 IBA-Regeln können Einwendungen nur auf die in Art. 9 Abs. 2 genannten Gründe oder auf die Nichterfüllung einer Anforderung gemäss Art. 3 Abs. 3 gestützt werden. Wie dargelegt worden ist, kann die Beklagte sich nicht auf die in Art. 9 Abs. 2 genannten Gründe stützen und die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 liegen alle vor. Demnach ist die Beklagte zur Vorlage der Vertragsdokumente zu verpflichten und kann diese nicht mit Verweis auf die Geheimhaltungsklausel verweigern.

31 Falls die Beklagte die Dokumente nicht vorlegt, sind Art. 28.3 Swiss Rules sowie Art. 9 Abs. 5 IBA-Regeln zu beachten. Wie in Art. 9 Abs. 5 IBA-Regeln ersichtlich, kann das Schiedsgericht im Falle der Nichtvorlegung davon ausgehen, dass der Inhalt der Dokumente den Interessen der Beklagten zuwiderläuft (KNOBLACH, S. 170).

## **C. Anspruch auf Rückerstattung der Aufschläge**

### **I. Anwendbares Recht**

32 Gemäss Distributionsvertrag (KB-1) haben die Parteien den Vertrag Schweizer Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts unterstellt.

### **II. Anspruch aufgrund nicht eingetretener Bedingung**

#### **1. Ausgangslage**

33 Aus der E-Mail vom 1. August 2006 (KB-10) und der erbrachten Rechnung am 3. August 2006 (KB-11), ist ersichtlich, dass die Klägerin die von der Beklagten geforderten Aufschläge erbracht hat. In Ziff. 23 der Einleitungsanzeige (S.7) macht die Klägerin die Rückzahlung der Aufschläge geltend, sollte die Beklagte im Rahmen der Beweisaufnahme keine Unterlagen vorlegen, aus denen sich ergibt, dass die Herstellungskosten tatsächlich in dem Umfang gestiegen sind, in welchem die Beklagte Aufschläge geltend gemacht hat.

#### **2. Fehlendes Zustandekommen einer Vertragsanpassung**

34 Damit die Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung der Aufschläge aufweisen kann, muss sie einen Rückerstattungsanspruch geltend machen. Art. 3.1 und 3.2 des Distributionsvertrages legen den Kaufpreis fest. Darin wird jedoch nicht ein fester Kaufpreis festgehalten, sondern lediglich, dass die Parteien eine Teilung der Gewinne nach Abzug der Kosten und unter Berücksichtigung der Marktveränderungen wünschen. Ebenso vereinbarten die Parteien, dass weitere Preisanpassungen von diesen Gedanken geleitet seien. Zudem legt die Beklagte in der E-Mail vom 12. März 2003 (KB-2) dar, dass sich der Preis wie vereinbart gestützt auf einen Grundpreis von USD 800 pro Tonne und der hälftigen Teilung der Schwankungen im Währungskurs EUR/USD und des Propen-Preises berechnet. Dies hat zur Folge, dass sich der Preis nur aus dem Faktor Währungskurs und dem Faktor des Propen-Preises zusammensetzt, woraus sodann resultiert, dass die Herstellungskosten für weitere Chemikalien, welche die Beklagte im E-Mail vom 20. Juli 2006 (KB-3) geltend macht, nicht im Formelpreis zu berücksichtigen sind. Dies könnte jedoch durch eine Vertragsanpassung geändert werden (BERGER, N 1161).

### **3. Abwicklung der Vertragsanpassung**

35 Grundsätzlich gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*, wonach prinzipiell auch Verträge mit nachträglichen, drastischen Veränderungen der faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, unter welchen der Vertrag geschlossen wurde, zu halten sind (SCHWENZER, Nr. 35.02). Dem können jedoch die Parteien bereits bei Vertragsabschluss mit einer Anpassungsregel zuvorkommen (HUGUENIN, N 321). Eine solche Vertragsanpassung ist in 3.4 des Distributionsvertrages enthalten. Diese bestimmt, dass bei einem Härtefall die Parteien eine Preis-anpassung diskutieren können. Würde diese Anpassungsklausel bejaht, käme es zu einer Anpassung des Kaufpreises.

#### **3.1 Ein Härtefall liegt nicht vor**

36 Ein Härtefall ist jedoch i. c. nicht gutzuheissen, denn dafür sind Umstände erforderlich, die ausserhalb der Kontrolle beider Parteien liegen, aber keine *Force Majeur* begründen (BURKHARDT, S. 98). Des Weiteren ist es unerlässlich, dass aufgrund dieser Umstände die Erfüllung des Vertrages wirtschaftlich nicht mehr länger tragbar ist. Die Beklagte behauptet im E-Mail vom 20. Juli 2006 (KB-3), dass ohne die Erhebung von Aufschlägen der weitere Verkauf von IPA wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine vernünftige Durchschnittspartei, welche sich in der gleichen Lage befunden hätte, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Formelvereinbarung hätte erkennen müssen, dass sich die Preise von Chemikalien verändern und dies somit auch in die Preisdiskussion einzubeziehen sei. Dies ist vor allem bei langfristigen Verträgen wie dem Distributionsvertrag erforderlich. Ebenso ist aus der Begründung „nicht sinnvoll“ keine Dringlichkeit zu eruieren. Die Berufung auf einen Härtefall verstösst i. c. gegen den Grundsatz von Treu und Glaube gemäss Art. 2 ZGB. Folglich liegt keine Vertragsanpassung vor.

#### **3.2 Einvernehmliche Vertragsanpassung**

37 Nach Abschluss des Vertrages können die Parteien den Vertragsinhalt jederzeit durch nachträgliche Übereinkunft anpassen. Erforderlich ist somit eine übereinstimmende Willenserklärung der beteiligten Parteien. Zudem muss der Inhalt der Anpassung klar geregelt werden (BERGER, N 1161). Nach diversen Verhandlungen zwischen der Beklagten und der Klägerin hat die Letztgenannte am 1. August 2006 (KB-7) akzeptiert, einen Aufschlag von USD 45 zu leisten. Dies hat die Beklagte noch am selben Tag gutgeheissen (KB-8). Ergo liegt eine übereinstimmende Willenserklärung über die zusätzliche Leistung der Aufschläge vor. Zudem wird die Höhe der zu leistenden Aufschläge vereinbart, wodurch auch der Inhalt genügend bestimmt ist und die vertragliche Preisbestimmung um die Aufschläge angepasst wird.

### **3.3 Erbringen einer vertraglichen Leistung unter Vorbehalt**

38 Entscheidend ist, dass die Klägerin im E-Mail vom 1. August 2006 (KB-7) zwar den Aufschlag akzeptiert, jedoch nur unter Vorbehalt. Unter einem Vorbehalt versteht man ein geltend gemachtes Bedenken gegen eine Sache. Als Synonym kann von einer Bedingung gesprochen werden (DUDEN, S. 1015).

### **3.4 Vorliegen einer Bedingung**

39 Art. 151 Abs. 1 OR besagt, dass eine Bedingung ein ungewisses künftiges Ereignis ist, von dem die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines sonstigen Rechtsgeschäftes abhängt. Eine solche kann sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend erfolgen (OR-KOSTKIEWICZ, NOBEL, SCHWANDER, WOLF, Art. 151 OR, N 1). I.c. wird nie ausdrücklich festgehalten, was genau der Inhalt der Bedingung umfasst, jedoch resultiert dieser aus den Umständen. Die Klägerin hat von Anfang an dargelegt, dass sie sich nicht generell gegen eine Preiserhöhung stemme, jedoch müsse die Beklagte ihr die Herstellungskosten vorlegen. Wiederholt fordert die Klägerin die Beklagte auf, ihr die Beweise für die steigenden Kosten vorzulegen. Gestützt darauf und auf die Tatsache, dass die Parteien in Art. 4 iii des Distributionsvertrages vereinbart haben, dass die Lieferantin auf Verlangen der Distributorin schriftlich Auskunft über ihre Herstellungskosten zu erteilen hat, kann eruiert werden, dass unter dem Vorbehalt das Vorlegen der Dokumente, welche die steigenden Kosten ausweisen, zu verstehen ist.

40 Dies legt nahe, dass eine gültige Vertragsanpassung nur erfolgt, wenn die Beklagte der Klägerin die Lieferverträge mit den Lieferanten vorlegt. Vorliegend handelt es sich zudem um eine Suspensivbedingung, denn eine solche liegt vor, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängt (HUGUENIN, N 1288). Dies bedeutet, dass die Ergänzung des Vertrages und damit die Aufschläge erst Rechtskraft erwirken, wenn die Beklagte der Klägerin die Dokumente vorlegt.

### **3.5 Nicht Eintreten der Bedingung**

41 Die Beklagte schreibt am 30. Juli 2006 (KB-6), dass sie die Verträge mit ihren Lieferanten nicht zustellen könne, weil sie Geheimhaltungsklauseln enthalten. Trotz mehrmaligem Appellieren seitens unserer Mandantin, unterlässt die Beklagte die Darlegung der Herstellungskosten. Ergo ist die Bedingung nicht erfüllt worden, womit das Rechtsgeschäft keine Rechtswirkung entfaltet und keine Anpassung des Vertrages vorliegt.

42 Die Beklagte entgegnet in Ziff. 3 der Einleitungsantwort und Anzeige der Wiederklage darauf, dass die Klägerin die Aufschläge akzeptiert habe. Dies ist zu bejahen, jedoch nur unter Vorbehalt, welchen die Klägerin in den E-Mails vom 1. August 2006 (KB-7) und 5. Dezember 2008 (KB-12), sowie in der Vereinbarung am 4. Juni 2009 (KB-13) vorgebracht hat. Wei-

ter wirft die Beklagte ein, dass die Klägerin nie definiert habe, was unter dem Vorbehalt zu verstehen sei und dass sie sich nie mit dem Vorbehalt einverstanden erklärt habe.

43 Eine Bedingung kann sowohl ausdrücklich, als auch konkludent vereinbart werden (SCHWENZER, Nr.11.04). Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien liegt nicht vor. Jedoch hätte die Beklagte, wie bereits dargelegt, den Inhalt der Bedingung aufgrund der Umstände erkennen müssen und akzeptiert diesen konkludent, indem sie die Zahlung der Klägerin entgegennimmt. Der Einwand der Beklagten, dass sie den Vorbehalt nicht akzeptiert habe, ist nicht zu tolerieren, denn am 1. August 2006 (KB-8) erklärt sie sich bereit zum vorgeschlagenen Preis der Klägerin zu liefern. Der vorgeschlagene Preis der Klägerin von USD 45 umfasst auch den Vorbehalt, womit die Beklagte stillschweigend den Vorbehalt akzeptiert.

#### **4. Anspruch auf Rückerstattung bei Ausfall der Bedingung**

44 Ist die Bedingung nach Abschluss des bedingten Rechtsgeschäfts unmöglich geworden und hat die Rechtsinhaberin die Sache vor Bedingungseintritt der bedingt Berechtigten übergeben, ist die Leistung samt bezogenem Nutzen zurückzuerstatten (Art. 153 Abs. 2 OR). Die Erfüllung der Bedingung ist spätestens mit dem Kündigungsschreiben (KB-14) unmöglich geworden, denn seit diesem Tag ist ersichtlich, dass die Beklagte die Herstellungskosten nicht mehr vorbringen wird. Die Klägerin hat die Aufschläge bereits geleistet. Daraus folgt, dass gemäss Art. 153 Abs. 2 OR die Klägerin einen Anspruch hat, die von ihr getätigten Aufschläge zurückzuerstatten.

45 Die Rückabwicklung erfolgt auch beim suspensiv bedingten Rechtsgeschäft aus Vertrag. Dies hat zur Folge, dass beim Ausfall einer suspensiven Bedingung das Rechtsverhältnis in ein vertragliches Rückabwicklungs- oder Liquidationsverhältnis umgewandelt wird. Dadurch soll die Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen gewährleistet werden (HUGUENIN, N 1317).

46 Die Klägerin hat folglich gestützt auf Art. 153 Abs. 2 OR einen Anspruch auf Rückerstattung der von ihr getätigten Aufschläge, sofern ein solcher nicht verjährt ist.

#### **5. Kein Vorliegen einer Verjährung**

47 Art. 127 OR sieht vor, dass alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes vorsieht, nach zehn Jahren verjähren (BGE 51 II 385, E. 4). „Etwas anderes“ liegt vor, wenn gesetzlich ausdrücklich eine spezielle Verjährungsregelung vorgesehen ist. Zudem liegt eine Abweichung der zehnjährigen Frist auch vor, wenn eine gesetzlich ausdrückliche Erklärung fehlt, jedoch nach dem Sinn und Zweck eine andere Bestimmung heranzuziehen ist (KOLLER, S.1496). Wie bereits dargelegt wurde, hat die Klägerin einen Anspruch auf Rückerstattung. Das Gesetz enthält keine spezielle Verjährungsfrist für die Nichterfüllung der Be-

dingung. Zudem liegt kein Fall von Art. 128 OR vor. Da auch nach Sinn und Zweck keine andere Bestimmung analog heranzuziehen ist, greift i.c. Art. 127 OR und es gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren, da diese nicht nur für vertragliche Erfüllungsansprüche gilt, sondern auch für Ersatzforderungen aus Schlecht- oder Nichterfüllung (BGE 60 II 172, E. 2). Die Verjährung beginnt mit Fälligkeit der Forderung (Art. 130 OR). Fälligkeit meint somit den Zeitpunkt, ab welchem die Gläubigerin die geschuldete Leistung verlangen darf. Wenn weder durch Vertrag noch durch die Natur des Geschäfts etwas anderes geregelt wird, wird die Forderung gemäss Art. 75 OR mit ihrem Entstehen zugleich auch fällig. Im vorliegenden Fall ist der Zeitpunkt, ab dem die Gläubigerin die Erfüllung der Bedingung fordern kann der 5. Dezember 2008 (KB-12). An diesem Tag schreibt die Klägerin, dass sie bis zu jenem Tag keine Unterlagen erhalten habe, die es ihr erlauben würden, die Kosten umfassend nachzuvollziehen. Dies, zwei Jahre nachdem die Klägerin die ersten Aufschläge erbracht hat. Infolgedessen ist ab diesem Zeitpunkt anzunehmen, dass die Beklagte die Aufschläge nicht leisten wird und somit der Klägerin einen Anspruch auf Rückerstattung erwächst. Der Anspruch entsteht erst ab dem Zeitpunkt, ab dem klar ist, dass die Bedingung nicht eintreten wird und dies ist frühestens am 5. Dezember 2008 gutzuheissen. Daraus ergibt sich, dass die Verjährungsfrist am 5. Dezember 2008 beginnt und nach einer zehnjährigen Frist und aufgrund von Art. 132 Abs. 1 OR, der vorsieht, dass bei der Berechnung der Frist der Tag, von dem an die Verjährung läuft, nicht mitzurechnen ist, am 6. Dezember 2018 endet. Demzufolge liegt bei Einreichung der Einleitungsanzeige am 3. Juli 2012 keine Verjährung des Rückerstattungsanspruches vor.

48 Die Vereinbarung in München am 4. Juni 2009 (KB-13) führt zu einer Schuldanererkennung und folglich zu einem Neuanfang der Verjährungsfrist. Dem kommt in den vorliegenden Konstellationen jedoch keine Bedeutung zu, da die Verjährung auch ohne diesen Unterbruch nicht vorläge.

### **6. Zwischenfazit**

49 Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Aufschläge.

### **III. Eventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung**

50 Falls das Schiedsgericht entgegen den obigen Ausführungen zur Ansicht gelangt, dass der Klägerin kein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch zusteht, beantragen wir im Namen unserer Mandantin dennoch eine ausservertragliche Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Ein solcher Bereicherungsanspruch ist im Verhältnis zum vertraglichen Anspruch subsidiär (BGE 133 III 356 E. 3.2.1.; BGE 130 III 504 E. 6.1).

### **1. Vorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung**

51 Eine ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62 OR liegt vor, wenn der Bereicherungsschuldner bereichert ist, die Bereicherung aus dem Vermögen der Bereicherungsgläubigerin stammt und die Bereicherung in ungerechtfertigter Weise erfolgt ist.

#### **1.1 Die Beklagte wurde bereichert**

52 Mit den Aufschlägen, welche die Beklagte bei der Klägerin eingefordert hat, liegt bei der Beklagten eine Zunahme der Aktiven vor. Aufgrund der Tatsache, dass die Aufschläge nicht mit der Erhöhung der Herstellungskosten gerechtfertigt werden können, erfolgt auf Seiten der Beklagten nur eine Erhöhung der Aktiven. Es liegt somit eine Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand vor, welchen die Chemiewerk AG aufgrund der Aufschläge erzielt hat und dem hypothetischen Vermögensstand, welchen sie ohne die Einforderung der Aufschläge gehabt hätte.

#### **1.2 Die Bereicherung stammt aus dem Vermögen der Klägerin**

53 Die Aufschläge, welche der Chemiewerk AG zugekommen sind, stammen aus dem Vermögen der Industrial Clean OOO, welche durch das Bezahlen der Aufschläge eine Verminderung der Aktiven erlitten hat und folglich liegt eine Entreicherung vor. Zudem könnte nach neuer Auffassung auch auf das Erfordernis der Entreicherung verzichtet werden (SCHWENZER, Nr. 55.09).

#### **1.3 Keine Rechtfertigungsgründe**

54 Rechtfertigungsgründe können sich sowohl aus dem Vertrag, als auch aus dem Gesetz ergeben (HUGUENIN, N 1782). Aus dem Gesetz ergeben sich keine Rechtfertigungsgründe, die im vorliegenden Fall eine ungerechtfertigte Bereicherung rechtfertigen würden. Ebenso ist auch aus dem Distributionsvertrag, welchen die Parteien gültig abgeschlossen haben, kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. In Artikel 3.4 des Distributionsvertrages wird festgehalten, dass die Partei, die sich auf einen Härtefall beruft, die andere Partei schriftlich über ihre Position informieren und Änderungsvorschläge unterbreiten wird. Die Beklagte hat zwar die Klägerin informiert, dass sie gezwungen sei, aufgrund der erhöhten Herstellungskosten Aufschläge zu fordern. Jedoch hat sie nie versucht, Änderungsvorschläge mit der Klägerin zu besprechen, sondern hat von Anfang an klar festgelegt, dass sie die Aufschläge zwingenderweise einfordern werde und im E-Mail vom 20. Juli 2006 (KB-3) sogar angedroht, in Zukunft die Bestellung der Klägerin nicht mehr zu berücksichtigen, wenn sie die Aufschläge nicht bezahlt.

55 Zudem wird in Art. 4. iii) des Distributionsvertrages festgehalten, dass die Lieferantin auf Verlangen der Distributorin schriftliche Auskunft über die Herstellungskosten zu erteilen hat. Dem ist die Beklagte trotz mehrmaligem Aufbieten der Klägerin nicht nachgekommen.

## **2. Arten der ungerechtfertigten Bereicherung**

56 Bei der ungerechtfertigten Bereicherung wird zwischen den Leistungs- und den Eingriffskonditionen unterschieden (HUGUENIN, N 1783).

### **2.1 Vorliegen einer Leistungskondition**

57 Leistungskonditionen sind diejenigen Bereicherungsansprüche, mittels denen eine Rückforderung oder Ausgleich zwecks verfehlter Zuwendungen erreicht werden soll (CHK-KUT OR 62 N 4). Das heisst, dass die Bereicherung durch eine ungerechtfertigte Leistung des Entreicherten entsteht. Eine solche Bereicherung liegt vor, denn wie bereits dargelegt wurde, liegt seitens der Beklagten eine Bereicherung vor, welche die Klägerin herbeigeführt hat. Mangels Rechtfertigungsgründen war eine solche Bereicherung unberechtigt und führte folglich zu einer Steigerung der Aktiven bei der Beklagten.

#### **2.1.1 Leistungskondition aus einem nicht verwirklichten Grund (conditio causa data causa non secuta)**

58 I.c. liegt eine Leistungskondition aus einem nicht verwirklichten Grund vor, weil die Klägerin die Aufschläge im Wert von USD 45 pro Tonne unter der Bedingung geleistet hat, dass die Beklagte mittels Beweismittel die Herstellungskosten darlegen wird. Dadurch würde sie beweisen, dass die Aufschläge tatsächlich mit den steigenden Herstellungskosten zu rechtfertigen sind. Dies bedeutet, dass es sich um eine Suspensivbedingung handelt, denn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hängt vom Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses ab (BERGER, N 796).

59 Die Beklagte hat jedoch die Herstellungskosten und v.a. den Zusammenhang zwischen den steigenden Herstellungskosten und den Aufschlägen nicht dargelegt. Infolgedessen ist die Bedingung nicht eingetreten und die Klägerin hat ihre Leistung im Hinblick auf ein erwartetes, schliesslich aber nicht eingetretenes Ereignis erbracht.

60 Das Interesse der Klägerin, Einblick in die Herstellungskosten zu erhalten, ist insofern von Bedeutung und dadurch schützenswert, da die beiden Parteien sogar vertraglich in Art. 4.iii des Distributionsvertrages vereinbart hatten, dass die Lieferantin auf Verlangen der Distributorin schriftlich Auskunft über ihre Herstellungskosten zu erteilen hat. Wie in mehreren E-Mails ersichtlich, hat die Distributorin die Lieferantin mehrmals aufgefordert, ihr die Herstellungskosten darzulegen. Dies jedoch erfolglos.

#### **2.1.2 Subeventualiter: Leistungskondition ohne jeden gültigen Grund (conditio indebiti)**

61 Entscheidet das Schiedsgericht hingegen, dass gar nie ein Grund für die Erbringung der Aufschläge bestanden hat, besteht dennoch ein Anspruch auf Leistungskondition ohne jeden gültigen Grund (SCHWENZER, Nr. 56.03). Ein solcher Anspruch wird in Art. 63 Abs. 1 OR für



die Erbringung einer Nichtschuld geregelt. Die Erfüllung einer Nichtschuld liegt dann vor, wenn zwischen der Bereicherten und der Entreicherten, im vorliegenden Fall zwischen der Beklagten und der Klägerin, überhaupt kein bzw. kein gültiger Vertrag vereinbart wurde oder ein vertraglicher Anspruch zum Zeitpunkt nicht mehr besteht (HUGUENIN, N 1789).

62 Da die Aufschläge nicht mit steigenden Herstellungskosten zu rechtfertigen sind, die Klägerin die Aufschläge der Beklagten erbracht hat und die Voraussetzungen von Art. 62 OR vorliegen, wurde eine Nichtschuld erbracht. Für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bei einer freiwillig erbrachten Nichtschuld nach Art. 63 Abs. 1 OR ist grundsätzlich noch erforderlich, dass ein Irrtum vorliegt. Diese Frage ist i. c. jedoch unbeachtlich, da die Rückforderung grundsätzlich auszuschliessen wäre, wenn die Klägerin Zweifel an der von ihr erbrachten Schuld hat, ausser sie erbringt einen entsprechenden Vorbehalt (CHK-KUT OR 63 N 5). Einen Vorbehalt hat die Klägerin bei der Erfüllung der Nichtschuld ausgesprochen, indem sie geltend machte, dass die Aufschläge nur Rechtskraft entfalten, wenn die Beklagte die Herstellungskosten darlegt.

### **2.2 Zwischenfazit**

63 Ergo ist eine Leistungskondiktion aus einem nicht verwirklichtem bzw. ohne jeden gültigen Grund gegeben und die Beklagte hat die Aufschläge im Wert von USD 45 pro Tonne gestützt auf Art. 62 Abs. 2 OR bzw. Art. 63 Abs. 1 OR zurück zu erstatten, sofern der Anspruch nicht verjährt ist.

### **3. Verjährung ist nicht eingetreten**

64 Für die Geltendmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung gilt die Verjährungsfrist gemäss Art. 67 OR. Diese enthält sowohl eine relative Frist von einem Jahr, als auch eine absolute Frist von zehn Jahren.

65 Die relative Frist von einem Jahr ist i. c. nicht verstrichen, da diese erst zu laufen beginnt, wenn der Gläubiger Kenntnis von seinem Anspruch hat. Damit der Klägerin Kenntnis über ihren Anspruch zugemutet werden kann, ist erforderlich, dass sie „genügende Unterlagen und genügenden Anlass zur gerichtlichen Geltendmachung“ (BGE 127 III 421, E. 4) ihrer Forderung hat (CHK-KUT, OR 67 N 2). Der Zeitpunkt, in dem der Klägerin frühestens die Kenntnis über den Anspruch auf Rückerstattung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zugemutet werden kann, ist der 5. Dezember 2008. An diesem Tag schreibt die Klägerin der Beklagten eine E-Mail (KB-12), in der sie festhält, dass sie bis zu diesem Tag noch keine Unterlagen erhalten habe, die es ihr erlauben würde, die Kosten umfassend nachzuvollziehen. Da die Klägerin die Zahlung nur unter Vorbehalt der Vorweisung der Dokumente beglichen hat und die Beklagte zwei Jahre nach der ersten Zahlung die Dokumente immer noch nicht vor-

gewiesen hat, könnte der Klägerin frühestens am 5. Dezember 2008 angelastet werden, dass sie damit zu rechnen habe, dass die Beklagte die Dokumente nicht darlegen wird. Dadurch würde ihr ein Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung zustehen. Infolgedessen beginnt die relative Verjährungsfrist von einem Jahr am 5. Dezember 2008 und die Forderung wäre somit am 3. Juli 2012 verjährt.

66 Jedoch ist die Vereinbarung zwischen den Parteien am 4. Juni 2009 in München (KB- 13) zu beachten. Mit der Erklärung „Die Aufschläge gelten weiterhin als bestritten.“ wird nahegelegt, dass sich die Beklagte bewusst ist, dass die Aufschläge von der Klägerin nur unter dem Vorbehalt, dass die Beklagte die Lieferverträge mit den Lieferanten vorweist, geleistet wurden. Somit ist sie sich ihrer Pflicht bewusst und indem sie neue Aufschläge in der Höhe von USD 110 pro Tonne für Q3 und Q4 akzeptiert, anerkennt sie konkludent ihre Schuld. Als Anerkennung gilt jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Bestätigung seiner rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden darf (BGE 134 III 591 E. 5). Die Klägerin durfte nach Treu und Glauben und aufgrund der Umstände davon ausgehen, dass die Beklagte kraft dieses Satzes mit der Tatsache, dass sie die Dokumente noch vorzuweisen hat, einverstanden ist. Gemäss Art. 135 Abs. 1 OR wird die Verjährung durch Anerkennung der Forderung seitens der Schuldnerin, i.c. der Beklagten, unterbrochen. Art. 137 Abs. 1 OR hält fest, dass mit der Unterbrechung die Verjährung von neuem beginnt. Art. 137 Abs. 2 OR regelt, dass die Verjährungsfrist lediglich die zehnjährige ist, wenn die Schuld durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt wird. Die Vereinbarung am 4. Juni 2009 ist als Urkunde anzusehen, dadurch gilt nur die zehnjährige Verjährungsfrist.

67 Die absolute Frist von zehn Jahren beginnt gemäss Art. 67 OR mit der Entstehung des Anspruchs. Wie bereits dargelegt wurde, erwächst der Klägerin ein Anspruch auf Rückerstattung wegen ungerechtfertigter Bereicherung am 5. Dezember 2008. Die Frist endet unter Beachtung von Art. 132 Abs. 1 OR am 6. Dezember 2018. Folglich liegt keine Verjährung vor und somit machen wir im Namen der Klägerin den Anspruch auf Rückerstattung geltend.

#### **4. Fazit**

68 Die Klägerin hat einen Anspruch auf Rückerstattung der Aufschläge in der Höhe von USD 15'056'920 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2006. Der Anspruch ergibt sich aus ungerechtfertigter Bereicherung gestützt auf Art. 62 OR. Würde das Schiedsgericht das Bestehen eines Grundes für die Erbringung der Leistung nicht gutheissen, bestände der Anspruch gestützt auf Art. 63 OR.

## **D. Abweisung der Haftungsbeschränkung**

### **1. Ausgangslage**

69 In Ziff. 6 der Einleitungsanzeige und Anzeige der Widerklage (S. 3) macht die Beklagte geltend, dass die Haftung für irgendwelche Ansprüche der Klägerin auf USD 1'500'000 zu beschränken ist.

### **2. Haftung für grobe Fahrlässigkeit und rechtswidrige Absicht**

70 Die Freizeichnung der Beklagten durch den Art. 6.4 des Distributionsvertrages ist im Verhältnis zu Art. 100 OR zu betrachten. Da im vorliegenden Fall ein Alleinvertriebsvertrag vorliegt, sind (siehe Rz. 81) die allgemeinen Normen des Obligationenrechts mit zwingendem Charakter zu wahren (HARTMANN, S. 21). Art. 100 OR ist zwingend anzuwenden und gilt sowohl für vertragliche und als auch für die ausservertragliche Haftungsbeschränkungen (BGE 120 II 58, E. 3).

71 Der Distributionsvertrag (KB-1) beinhaltet in Art. 6.4 ii) eine Haftungsbeschränkung der Lieferantin gegenüber der Distributorin in Höhe von USD 1'500'000 für einen Vorfall oder einer Reihe von Vorfällen. Die Parteien haben die Haftung für alle Handlungen beschränkt.

### **3. Unzulässigkeit der Haftungsbeschränkung in Art. 6.4 ii) des Distributionsvertrages**

72 Die Haftungsbeschränkung eines Vertrages ist auf Grund der Theorie der modifizierten Teilnichtigkeit (BK- WEBER, Art. 100 N 160) so anzuwenden, sodass die Haftung nicht für die rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird. Die Auslegung hat eng zu erfolgen (BGE 102 II 256, E. 4). Die grobe Fahrlässigkeit bedarf eines pflichtwidrigen, unsorgfältigen Vertrauens auf das Ausbleiben des Schadens und dabei die elementarsten Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen werden (HUGUENIN, N 896).

73 Der Vertragsschluss mit den Lieferanten hat in Kenntnis des Distributionsvertrages (KB-1) stattgefunden und die Beachtung des vorher geschlossen Vertrages muss als äusserst elementar eingeschätzt werden. Insbesondere da die Parteien im Distributionsvertrag unter Art. 4 iii) und Art. 5 iii) übereingekommen sind, dass sie die Herstellungskosten, resp. Verkaufszahlen und Preise bekanntgeben wollen. Dadurch muss sich die Beklagte zumindest grobe Fahrlässigkeit anrechnen lassen, wenn die Vertragsverletzung nicht sogar als absichtlich zu qualifizieren ist. Die Beklagte hat mit Wissen und Wollen Verträge mit Lieferanten geschlossen und dabei wissentlich die Geheimhaltungsklauseln vereinbart, ergo hat sie mindestens grobfahrlässig gehandelt, womit eine Haftungsbeschränkung unzulässig ist und keine Wirkung entfaltet.

#### **4. Fazit**

- 74 Die Haftung der Beklagten ist in ihrer Höhe nicht auf USD 1'500'000 beschränkt, wodurch die Klägerin einen berechtigten Anspruch auf USD 15'056'920 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2006 hat.

### **E. Widerklage ist abzuweisen**

#### **1. Ausgangslage**

- 75 In Ziff.8, 9 und 10 der Einleitungsanzeige und Anzeige der Widerklage (S. 3/4) macht die Beklagte geltend, dass sie Anspruch auf die hälftige Teilung der Unternehmensgewinne der Klägerin seit Q4 2006 habe, da gemäss Art. 3.1 des Alleinvertriebsvertrages die Gewinne hälftig zu teilen seien.

#### **2. Auslegung des Distributionsvertrages**

- 76 Der Vertrag ist nach dem subjektiven und objektiven Parteiwillen der beiden Parteien auszulegen (HUGUENIN, N 278 ff.) und hat den Auslegungsregeln der Lehre und Rechtsprechung zu folgen (Art. 18 Abs. 1 OR). Die subjektivierte Auslegung versucht, den tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien zu eruieren, die objektivierte Auslegung legt den mutmasslichen Parteiwillen nach dem Vertrauensprinzip aus (HUGUENIN, N 282).
- 77 Die auszulegende Vertragsklausel muss in einem systematischen Kontext des gesamten Vertrages betrachtet werden und darf nicht isoliert ausgelegt werden (BGE 123 III 165 E 3a). Die Auslegung des Wortlautes ist, insbesondere wenn dieser unklar ist, durch die sekundären Auslegungsmittel zu ergänzen und zu vervollständigen (HUGUENIN, N. 288 f., BGE 99 II 285 E.1, BGE 130 III 417, E. 2.2). Unter diese Auslegungsmittel fallen das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, die Interessenlage der Parteien, Vertragszweck, Verkehrssitte und Usancen (CHK-A. KUT OR 18, N 13). Ausgehend vom Wortlaut sollen die weiteren Auslegungsmittel bei unklarem oder widersprüchlichem Ergebnis zum be- oder entkräften des Auslegungsergebnisses verwendet werden (JÄGGI/GAUCH, N 368).
- 78 Die Parteien haben einen Distributionsvertrag (KB-1) geschlossen und streitig ist, ob gemäss Art. 3.1 eine Gewinnteilung vereinbart wurde.

#### **2.1 Sprachgebrauch spricht gegen eine Gewinnteilung**

- 79 Der Wortlaut des Distributionsvertrages besagt, dass sich die Parteien eine Gewinnteilung „wünschen“ und sich durch diesen „Gedanken“ auch bei der Preisanpassung „leiten“ lassen wollen. Der Duden gibt als Synonyme für „wünschen“ „begehren“ und „erträumen“ an (Duden, Bedeutungswörterbuch S. 1061). „Wünschen“ drückt somit eher eine Zielvorgabe aus, welche die Parteien durch die Preisanpassungen erfüllen wollten. Bei der Betrachtung des gesamten Vertrages wird insbesondere in Art. 3.2 zweiter Abschnitt des Distributions-

vertrages (KB-1) statuiert, dass der Gedanke von Art. 3.1 (die Teilung des Gewinnes) bei einer Preisanpassung mitberücksichtigt werden soll und somit der Ausgleich des Gewinnes durch die Preisanpassung zu erfolgen hat.

80 Der Wortlaut lässt somit keinen eindeutigen Schluss zu, wodurch auf die weiteren Auslegungsmittel abzustellen ist.

### **2.2 Sinn und Zweck des Distributionsvertrages sprechen gegen eine Teilung des Gewinns**

81 Der Distributionsvertrag ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren, dieser besteht sowohl aus dem Kaufverhältnis und dem Alleinvertriebsverhältnis (HUGUENIN, N 3835 ff.). Die wirtschaftliche Funktion des Alleinvertriebsvertrages zielt darauf ab, dass das Vertriebsrisiko auf den Händler übertragen wird und der Händler dabei seine Eigenständigkeit bewahrt (HUGUENIN, N 3840). Gemäss Hartmann zeichnet sich der Alleinvertriebsvertrag durch einen eigenverantwortlichen, auf eigene Rechnung agierenden Händler unter Abwälzung des Betriebsrisikos aus (HARTMANN, S.1). Die Parteien des Alleinvertriebsvertrages regeln das Dauerschuldverhältnis meist mit sog. „Hardship-Klauseln“, die die Risikoverteilung im Falle übermässiger Leistungsschwernisse korrigieren (GIRSBERGER/HUGUENIN/MÜLLER-CHEN/PUTSCHART, S. 64). Eine Gewinnteilung wird von der Lehre und Rechtsprechung weder als Haupt- noch als Nebenleistungspflicht des Alleinvertriebsvertrages betrachtet (HUGUENIN N 3843ff., HARTMANN, S. 8ff.).

82 Vorliegend schlossen die Parteien einen Alleinvertriebsvertrag, wodurch anzunehmen ist, dass sie die Risiken durch den Vertrag geteilt sehen wollten, nicht den Sinn und Zweck des Alleinvertriebsvertrages ausschlossen und somit den Gewinn nicht nach Vertragsschluss teilen wollten. Die Parteien haben insbesondere für unvorhergesehene Ereignisse in Art. 3.4 des Distributionsvertrages eine Hardship-Klausel vereinbart, wodurch das Risiko der Parteien für Erfolge und Verluste eingedämmt wurde. Ausserdem sollten die Preisanpassungen die Funktion der Gewinnteilung der nachfolgenden Jahre übernehmen, was als Ziel bei einer Preisanpassung sinnvoll erscheint.

### **2.3 Bisherige Umstände sprechen für eine Gewinnteilung über die Preisformel**

83 Bei der Vertragsauslegung ist auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss zu berücksichtigen, insbesondere eine Erfüllung von Vertragspflichten (BGE 117 II 18 E. 2), dies obwohl eine Auslegung ex tunc zu erfolgen hat. Insbesondere bei Dauerverträgen sind Vertragsanpassungen über die Dauer des Vertrages sinnvoll (HUGUENIN, N 293).

84 Das Verhalten der Beklagten verdeutlicht, dass sie während der Vertragsdauer eine Gewinnteilung konkludent durch die Anpassung des Preises vornehmen will. Die Parteien beziehen

sich im E-Mail-Verkehr nicht auf den ausgehandelten Preis, welcher den Wechselkurs und den Preis für Propen beinhaltet, doch wird die Vertragsanpassung im Kontext einer „wirtschaftlich sinnvollen“ Vertragsausübung diskutiert, wodurch die Parteien die Preisformel anpassten um auch einem wirtschaftlichen Bedürfnis nachzukommen (siehe E-Mail vom 20. Juli 2006, KB-3).

85 Zudem macht die Beklagte den Anspruch erst bei Einreichung der Einleitungsanzeige und Anzeige der Widerklage geltend. Aus den durch die Parteien vorgelegten Unterlagen ist eine bisherige Praxis einer tatsächlichen Gewinnteilung nicht ersichtlich.

### **3. Fazit**

86 Im vorliegenden Fall muss insbesondere ein der Sachlage gerecht werdendes, dienliches Resultat erzielt werden. Keine der Auslegungsmittel zeigt eine mögliche Auslegung auf, die der Beklagten eine Auslegung im Sinne der Widerklage gestatten würde. Deshalb ist die Widerklage abzulehnen und somit hat die Beklagte keinen Anspruch auf einen Gewinnausgleich in Höhe von USD 7'870'000.

*Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Prof. Dr. Y, sehr geehrte Mitglieder der Schiedsgerichtskommission, antragsgemäss zu entscheiden.*

*Mit vorzüglicher Hochachtung*

[Ohne Unterschrift]

Moot Court Team 2

