

Moot Court Team 1
Daniela Lötscher
Cyrill Meier
Tobias Thaler

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
Selnastrasse 32
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

19. April 2013

Klageantwort
Swiss Rules Fall Nr. 654321-2012

In Sachen

Industrial Clean OOO
Neglinnaya Street 42
109012 Moscow
Russia

vertreten durch Moot Court Team 6

Klägerin/Widerbeklagte

gegen

Chemiewerke AG
Sibylla-Merian-Strasse 1
45665 Recklinghausen
Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 1

Beklagte/Widerklägerin

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagten unterbreiten wir dem Schiedsgericht fristgerecht die Klageantwort mit den folgenden

Rechtsbegehren:

1. Die Klage sei abzuweisen.

2. Die Klägerin sei zu verpflichten der Beklagten einen noch zu bestimmenden Betrag zu zahlen, aber nicht weniger als USD 7'870'000.-- zuzüglich Zins zu 5%.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten der Klägerin.

und mit folgendem

Prozessualen Antrag:

1. Der prozessuale Antrag der Klägerin gemäss Klageschrift vom 12. Dezember 2012 sei abzuweisen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Zeitschriftenverzeichnis	VII
Entscheidungsverzeichnis	VIII
Begründung	1
A. Formelles	1
B. Materielles	1
I. Einsichtsrecht auch für Personen aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb der Beklagten in die vorzulegenden Dokumente	1
1. Anwendbares Recht im Beweisverfahren	1
2. Antrag auf Ausschluss der Personen aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb als Einsichtsberechtigte ist abzulehnen	1
a) Kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse nach Art. 9.2 (e) IBA Rules gegeben.....	1
b) Vorgeschlagene notwendige Massnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit nach Art. 9.4 IBA Rules verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör.....	3
II. Keine Verpflichtung der Beklagten zur Vorlegung der Verträge mit ihren Lieferanten	5
1. Kein Anspruch auf Vorlegung der Dokumente aufgrund der IBA Rules	5
a) Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules ist gegeben	5
b) Geltendmachung der Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules verstösst nicht gegen Treu und Glauben.....	6
2. Kein Anspruch auf Vorlegung der Dokumente aus Vertrag	7
III. Die Klägerin hat <i>keinen</i> Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Aufschläge	8
1. Anwendbares Recht.....	8
2. Kein Anspruch auf Rückzahlung der Aufschläge, da diese vertraglich geschuldet sind	8

a) Zustandekommen einer Vertragsanpassung bzgl. der Aufschläge als Teil des Kaufpreises	8
b) Eventualiter: Vorbehalt wird zur leeren Floskel	9
3. Keine positive Vertragsverletzung und damit keine Anwendbarkeit von Art. 97 OR	10
a) Keine Verletzung der Neuverhandlungspflicht und der Auskunftspflicht.....	10
b) Kein Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von Art. 97 OR	11
4. Keine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.v. 62 OR, da die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR greift	12
5. Vertragliche Haftungsbeschränkung auf USD 1'500'000.--	13
6. Zulässige Haftungsbeschränkung i.S.v. Art. 100 OR.....	14
IV. Einrede der Verjährung der Ansprüche der Klägerin	15
1. Ansprüche nach Art. 97 OR sind verjährt gemäss Art. 127 OR	15
a) Beginn des Fristenlaufs und Dauer der Verjährungsfrist	15
b) Keine Unterbrechung der Verjährungsfrist durch das Münchner Übereinkommen	16
2. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist verjährt.....	17
3. Kein Ausschluss der Verjährung durch den Distributionsvertrag.....	17
V. Widerklage i.S.v. Art. 19.3 Swiss Rules: Die Beklagte hat einen Anspruch auf <i>hälftige</i> Teilung des aus dem Vertrag erzielten Nettogewinns	18
1. Relevanter Sachverhalt für die Widerklage.....	18
2. Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund subjektiver Vertragsauslegung ..	18
3. Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aus objektivierter Vertragsauslegung	19
4. Eventualiter: Verrechnungseinrede	20

Literaturverzeichnis

- BERGER / KELLERHALS BERGER BERNHARD/ KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd ed., Bern 2010
[Rz. 3]
- BK OR- WEBER HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI, Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000
[Rz. 53]
- BSK IPRG- BEARBEITER/IN HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ SCHNYDER ANTON K./ BERTI STEPHEN V (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007
[Rz. 12, 13]
- BSK OR I- BEARBEITER/IN HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR) mit PrHG und PauRG, 5.Aufl., Basel 2012
[Rz. 34, 44, 45, 46, 56]
- BSK ZGB I- BEARBEITER/IN HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM P./ GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1 - 456 ZGB), 4. Auflage, Basel 2010
[Rz. 49]

- BV Kommentar-BEARBEITER/IN EHRENZELLER BERNHARD/ MASTRONARDI PHILIPPE/
SCHWEIZER RAINER J./ VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die
schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl.,
Zürich 2008
[Rz. 12]
- GAUCH/SCHLUEP I GAUCH PETER/ SCHLUEP WALTER R./ SCHMID JÖRG,
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne
ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zü-
rich 2008
[Rz. 32, 35, 39, 48, 60, 61]
- GAUCH/SCHLUEP II GAUCH PETER/ SCHLUEP WALTER R./ EMMENEGGER SU-
SAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil
ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9.
Aufl., Zürich 2008
[Rz. 53, 56, 58, 62, 72]
- GUHL/BEARBEITER GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit
Einschluss des Handels und Wertpapierrechts, bearbeitet
von Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas
Druey, 9. Aufl., Zürich 2000
[Rz. 33]
- HUGUENIN HUGUENIN CLAIRE, Allgemeiner und Besonderer Teil,
Zürich 2012
[Rz. 26, 32, 44, 45, 46, 48, 51, 69]
- IBA Rules Commentary ZUBERBÜHLER TOBIAS / HOFMANN DIETER / OETIKER
CHRISTIAN / ROHNER THOMAS (Hrsg.), IBA Rules of Evi-
dence, Commentary on the IBA Rules on the Taking of
Evidence in International Arbitration, Zürich 2012
[Rz. 5, 18, 19]

- KNOBLACH
KNOBLACH STEFFEN, Sachverhaltsermittlung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Schiedsrechts und der IBA-Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration Diss., Berlin 2003
[Rz. 5]
- KOLLER
KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009
[Rz. 35, 49]
- MEYER
MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Alleinvertrieb, 2. Aufl., St.Gallen 1992
[Rz. 26, 38, 41]
- Swiss Rules Commentary-
BEARBEITER/IN
ZUBERBÜHLER TOBIAS/ MÜLLER CHRISTOPH/ HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005
[Rz. 7]
- VON TUHR/PETER
VON TUHR ANDREAS/ PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Auflage, Zürich 1979
[Rz. 44]
- ZK OR- STAHELIN
GAUCH PETER/ SCHMIED JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 1. und 2. Abteilung, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006
[Rz. 36]

Zeitschriftenverzeichnis

WEBER, ZSR 1987

WEBER ROLF H., Rahmenverträge als Mittel zur Rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, ZSR 1987, Bd. 106, S. 403-434
[Rz. 38]

Entscheidungsverzeichnis

BGE 102 II 256	[Rz. 53]
BGE 113 II 421	[Rz. 46]
BGE 115 II 474	[Rz. 53]
BGE 123 III 110	[Rz. 45]
BGE 126 I 7	[Rz. 12]
BGE 129 III 503	[Rz. 60, 61]
BGE 130 III 35	[Rz. 12]
BGE 137 III 16	[Rz. 56]
BGer 4A_267/2011 v. 29.06.2011	[Rz. 61]
BGer 5A_634/2011 v. 16.01.2012	[Rz. 12]
BGer 4A_522/2012 v. 21.03.2013	[Rz. 12]
HGer ZH Urteil vom 3. Juli 1969, ZR 1970, Nr. 97	[Rz. 48]

Begründung

A. Formelles

- 1 Es liegt in Art. 6.3 des Distributionsvertrages (nachfolgend „DV“) eine Schiedsvereinbarung vor, wonach alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus dem Vertrag gemäss der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (nachfolgend „Swiss Rules“) zu entscheiden sind. Das angerufene Gericht ist sachlich und örtlich zuständig, was vorliegend unbestritten ist.
- 2 Die Beklagte hat die Einschreibgebühr über CHF 6'000 für die Widerklage gemäss Appendix B der Swiss Rules bezahlt.

B. Materielles

I. Einsichtsrecht auch für Personen aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb der Beklagten in die vorzulegenden Dokumente

1. Anwendbares Recht im Beweisverfahren

- 3 Gemäss Ziff. 6 des Konstituierungsbeschluss richtet sich das Verfahren nach Kapitel 12 des IPRG und der Swiss Rules. Da beide Regelwerke das Beweisverfahren nicht im Detail regeln, wird das Schiedsgericht die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend „IBA Rules“) berücksichtigen, ohne an diese gebunden zu sein. Sie gelten jedoch unabhängig davon als anerkannte Grundlage im Beweiserhebungsrecht (BERGER/KELLERHALS, N 1200).

2. Antrag auf Ausschluss der Personen aus der Geschäftsleitung und dem Vertrieb als Einsichtsberechtigte ist abzulehnen

- 4 Um ihren Widerklageanspruch weiter stützen zu können, verlangt die Beklagte im Rahmen der Beweisaufnahme Dokumente der Klägerin (vgl. Art. 3.2 IBA Rules), anhand derer sie den klägerischen Nettogewinn genauer berechnen kann. Die Klägerin kann die Vorlage der Dokumente nur verweigern, wenn eine Einwendung nach Art. 3.5 i.V.m. 9.2 IBA Rules vorliegt.

a) Kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse nach Art. 9.2 (e) IBA Rules gegeben

Zu Rz. 5-6 der Klageschrift (nachfolgend „Zu Rz. ...“)

- 5 Der Klägerin wird Recht gegeben, dass aufgrund der Konkurrenzsituation grundsätzlich ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung kommerziell sensibler Informationen besteht (Rz. 5). Sie darf die Herausgabe der Dokumente jedoch nur nach Art. 9.2 (e) IBA Rules verweigern und somit Mitgliedern der Geschäftsleitung und des Vertriebs der Beklagten vor-enthalten, wenn wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten vorlie-

gen, die das Schiedsgericht für zwingend erachtet. Dabei ist eine Abwägung zwischen der Bedeutung der Dokumente für die Aufklärung des Sachverhalts und dem Grad der Vertraulichkeit derjenigen vorzunehmen (IBA Rules Commentary, Art. 9 N 43; KNOBLACH, S. 303). Mit anderen Worten ist im vorliegenden Fall eine Interessenabwägung zwischen dem Beweisinteressen der Beklagten und dem Geheimhaltungsinteressen der Klägerin durchzuführen.

- 6 Gemäss der Klägerin sei der Nettogewinn durch den eingesetzten unabhängigen Wirtschaftsprüfer schon genügend genau berechnet worden, weshalb das Geheimhaltungsinteresse in casu überwiege (Rz. 6). Diesem Einwand ist nicht statt zu geben. Um ihren Widerklageanspruch stützen zu können, benötigt die Beklagte die klägerischen Dokumente dringend, weshalb das Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts überwiegt. Der Wirtschaftsprüfer konnte zwar die Geschäftsbücher der Klägerin mit Blick auf Daten prüfen lassen, die für die Bestimmung des Kaufpreises von IPA relevant sind. Doch *fehlt* ihm das *nötige Fachwissen*, um die gewonnen Informationen sachgerecht würdigen zu können. Über solches verfügen lediglich Mitarbeiter der Geschäftsleitung und des Vertriebs, denn nur sie haben genauere Kenntnis von der Branche insbesondere vom IPA-Markt. Ohne diese sachgerechte Würdigung ist es nicht möglich, den Nettogewinn und somit den Widerklageanspruch genau zu beziffern. Dies ist jedoch essentiell, da die Beklagte die Beweislast für den erwähnten Anspruch trägt (Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules). Ausserdem ist die Klägerin aufgrund von Art. 5 iii) DV (**KB-1**) dazu *verpflichtet* schriftliche Auskunft über ihre Verkaufszahlen zu erteilen.
- 7 Des Weiteren behauptet die Klägerin, dass die Beklagte sich durch die Einsicht in die Dokumente „marktstrategisches und vermarktungstechnisches Wissen“ aneignen könne und so zu einer ernst zu nehmenden Konkurrentin werde (Rz. 6). Dabei bemerkt sie zu Recht, dass die Beklagte mit Kündigung des DV nun selbst oder mit Hilfe eines anderen Händlers in Russland liefern darf; einen solch wichtigen Markt wird die Beklagte sicherlich nicht kampflos der Konkurrenz überlassen. Dass die Beklagte nun aber in völlig legitimer Weise in den Wettbewerb in Russland tritt, darf ihr im vorliegenden Verfahren sicherlich nicht zum Nachteil gereichen. Das Wissen, welches Mitarbeiter der Geschäftsleitung und des Vertriebs aus den vorgelegten Dokumenten gewinnen, wird *ausschliesslich* für die genaue Bezifferung des Widerklageanspruchs verwendet. So legen Art. 44. 1 Swiss Rules und Art. 3.13 IBA Rules fest, dass vorgelegte Dokumente, die nicht allgemein zugänglich sind, von der anderen Partei vertraulich behandelt werden müssen. D.h. sie dürfen nur in Verbindung mit dem Schiedsverfahren verwendet werden. Da die Parteien in Art. 6.3 DV die Swiss Rules für anwendbar erklärt haben, sind sie vertraglich an diese Vertraulichkeitsbestimmung gebunden (Swiss Rules Commentary-FABRIZIO LA SPADA, Art. 43 N 3). So können die Mitarbeiter der Geschäftslei-

tung und des Vertriebs die gewonnenen Kenntnisse nur für die Berechnung des Nettogewinnes benutzen und nicht anderweitig verwerten. Somit ist auch an dieser Stelle nicht ersichtlich, wieso das Geheimhaltungsinteresse der Klägerin überwiegen soll.

8 Hätte die Klägerin argumentiert, die blosser Kenntnisnahme käme bereits einer impliziten Verwertung gleich, würde die Beklagte Folgendes geltend machen. Es kann nicht dementiert werden, dass das Wissen um die Geschäftsgeheimnisse die Entscheidungsfindung der Beklagten beeinflussen kann. Allerdings ist an dieser Stelle zu beachten, *in welchem Umfang* die Beeinflussung stattfindet. Solange der Klägerin keinen ersichtlichen Schaden dadurch erwächst, dass Mitglieder der Geschäftsleitung das gewonnene Wissen implizit verwerten, überwiegt das Interesse der Beklagten an der Aufklärung des Sachverhalts. Würde die Klägerin hingegen durch die rechtswidrige Verwertung der in den Schriftstücken enthaltenen Informationen geschädigt, könnte sie den Schaden auf vertraglicher Basis geltend machen, da sie an die Vertraulichkeitsbestimmung in Art. 44 Swiss Rules gebunden ist (vgl. vorne Rz. 7). Somit überwiegt auch in Hinblick auf diese Situation das Interesse der Beklagten an der Aufklärung des Sachverhalts.

9 Aufgrund dieser Erwägungen kommt die Beklagte zum Schluss, dass die Bedeutung der Dokumente für die Aufklärung des Sachverhalts enorm gross ist und so die oben beschriebene Interessenabwägung (vorne Rz. 5) zugunsten des Interesses der Beklagten an der Aufklärung des Sachverhalts vorgenommen werden muss. Somit kann die Klägerin die Edition nicht wegen einer Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules verweigern und hat die Dokumente *auch* den Mitarbeitern der Geschäftsleitung und des Vertriebs vorzulegen.

b) Vorgeschlagene notwendige Massnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit nach Art. 9.4 IBA Rules verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör

10 Falls das Gericht dennoch zum Schluss kommen sollte, dass keine Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules erhoben werden kann, macht die Klägerin Massnahmen nach Art. 9.4 IBA Rules geltend. Diese verletzen jedoch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör.

Zu Rz. 7-10

11 Die Klägerin möchte die Massnahme nach Art. 9.4 IBA Rules folgendermassen ausgestalten. Die Einsichtnahme der Dokumente soll einer bestimmten Gruppe von Personen vorbehalten sein, wobei Mitglieder der Geschäftsleitung und des Vertriebs der Beklagten davon ausgeschlossen werden sollen (Rz. 8). Sie begründet die Notwendigkeit einer solchen Massnahme damit, dass die erwähnten Mitglieder ansonsten die Vertriebsstrategien der Klägerin studieren könnten, wodurch das Geheimhaltungsinteresse verletzt würde (Rz. 8). Zudem sei das vorgeschlagene Verfahren der internationalen Schiedspraxis „bestens bekannt“ (Rz. 10).

- 12 Letzteres wird von der Beklagten auch nicht bestritten. Doch ist die erwähnte Massnahme im zu beurteilenden Fall *nicht angemessen* i.S.v. Art. 9.4 IBA Rules, da durch den Ausschluss der erwähnten Mitglieder einen Eingriff in den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör vorliegt. Dieser gilt i.S.v. Art. 15.1 Swiss Rules und Art. 182 Abs. 3 IPRG auch im Schiedsverfahren und entspricht im Wesentlichen dem Gehalt von Art. 29 Abs. 2 BV (BGer 4A_522/2012 E. 3.1; BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 N 52). Er umfasst demnach auch die Möglichkeit der Partei, die Akten einzusehen und ihren tatsächlichen Standpunkt darzulegen (BGE 130 III 35 E. 5 S. 38; BGer 5A_634/2011 E. 2.2.1). Bei einer Gesellschaft nimmt die Geschäftsleitung als Organ dieses Recht wahr. Nur sie und Personen aus dem Vertriebsbereich der Beklagten verfügen im konkreten Fall über das nötige *spezifische Fachwissen* bzgl. des IPA-Marktes in Russland (vgl. vorne Rz. 6). Ausschliesslich sie können deshalb den tatsächlichen Standpunkt der Beklagten darlegen und somit die Verfahrensrechte der Beklagten *umfassend* wahrnehmen, da der Wissensstand anderer Personen nicht ausreicht, um die Beklagte bestmöglich zu verteidigen. Eine Beschränkung des Einsichtsrechts auf Anwälte oder technische Experten der Beklagten würde deshalb eine Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bedeuten. Eine solche ist jedoch nur rechtmässig, soweit sie verhältnismässig ist und damit durch ein überwiegendes, schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt werden kann (BGE 126 I 7 E. 2b S. 10; BV Kommentar-STEINEMANN, Art. 29, N 6).
- 13 Deswegen ist erneut eine Interessenabwägung vorzunehmen. Wie bereits dargelegt, überwiegt das Interesse der Beklagten an der Aufklärung des Sachverhalts das Geheimhaltungsinteresse der Klägerin (vorne Rz. 5-9). Somit stellt letzteres kein hinreichendes Interesse für den Eingriff dar. Des Weiteren würde die vorgeschlagene Massnahme de facto zu einem *Anwaltszwang* führen, da die Mitglieder der Geschäftsleitung die Verfahrensrechte der Gesellschaft nur über Dritte ausüben können. Dies ist im Schiedsverfahren nach IPRG nicht erlaubt (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 N 76). Somit ist kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Einschränkung des beklagtischen Verfahrensrechts gegeben und die geforderte Massnahme *nicht geeignet*. Ausserdem ist die Massnahme *weder notwendig noch erforderlich*, da das Schiedsverfahren vertraulich ist und allfällig erlangtes Wissen so nicht verwertet werden kann (vgl. vorne Rz. 7-8).
- 14 Folglich verletzt die vorgeschlagene Massnahme den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör, da sie unverhältnismässig ist und durch kein überwiegendes Interesse der Klägerin gerechtfertigt werden kann. Sie ist abzulehnen.

II. Keine Verpflichtung der Beklagten zur Vorlegung der Verträge mit ihren Lieferanten

1. Kein Anspruch auf Vorlegung der Dokumente aufgrund der IBA Rules

- 15 Gemäss Art. 3.7 IBA Rules kann eine Partei die Vorlegung von Dokumenten verweigern, wenn einerseits die in Art. 3.3 IBA Rules umschriebenen inhaltlichen Anforderungen nicht gegeben sind oder eine Einwendung nach Art. 9.2 IBA Rules vorliegt.

Zu Rz. 14-17

- 16 Der Klägerin wird Recht gegeben, dass die inhaltlichen Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

a) Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules ist gegeben

Zu Rz. 20-21

- 17 Gemäss Art. 9.2 (e) IBA Rules kann eine Einwendung erhoben werden, wenn einer Vorlegung von Dokumenten eine wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflicht entgegensteht, die das Schiedsgericht für zwingend erachtet. Dabei ist erneut eine Abwägung zwischen dem Grad der Vertraulichkeit der Dokumente und der Bedeutung derjenigen für die Aufklärung des Sachverhalts vorzunehmen (vgl. vorne Rz. 5). D.h. es findet eine Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteressen einerseits und dem Beweisinteressen andererseits statt.
- 18 Die Klägerin macht geltend, dass im vorliegenden Fall ein Geheimhaltungsinteresse gar nicht bestehe, da die vorzulegenden Lieferverträge keine kommerziell sensitiven Informationen enthalten (Rz. 20). Dabei verkennt sie aber, dass der besagte Artikel die Parteien davor schützen sollte, dass sich die jeweilige Gegenpartei unerlaubten Zugang zu Geschäftsgeheimnissen verschaffen kann. Verträge mit Lieferanten begründen deswegen grundsätzlich Verschwiegenheitspflichten nach Art. 9.2 (e) IBA Rules (IBA Rules Commentary, Art. 9 N 43). Im vorliegenden Fall enthalten die Lieferverträge *zusätzlich* branchenübliche Geheimhaltungsvereinbarungen, wonach es der Beklagten untersagt ist, die Verträge an Drittparteien weiterzugeben (**KB-6**). Somit wird der vertrauliche Charakter der Schriftstücke bekräftigt. Der Vertragsinhalt sollte *ausschliesslich* von den *beiden* Vertragsparteien eingesehen werden und es kann ein Recht auf Verschwiegenheit angenommen werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Dokumente, ganz im Gegensatz zu denjenigen der Klägerin (vgl. vorne Rz. 6-9), einen hohen Grad an Vertraulichkeit aufweisen. Das Geheimhaltungsinteresse überwiegt folglich das Beweisinteresse.
- 19 Des Weiteren behauptet die Klägerin, dass sie keine Konkurrentin der Beklagten sei und so ein Geheimhaltungsinteressen an den Geschäftsgeheimnissen verneint werden könne (Rz. 20).

Mit Kündigung des DV (**KB-14**) werden die beiden Parteien jedoch Konkurrentinnen. Dies lässt ein Interesse an der Geheimhaltung der Rohstofflieferanten, was auch ein Anwendungsfall einer Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules ist (IBA Rules Commentary, Art. 9 N 43), entstehen.

- 20 Schliesslich sind die besagten Verträge gemäss Klägerin „absolut zentral“, da ohne sie der angebliche klägerische Anspruch nicht begründet werden könne. Deswegen überwiege das Beweisinteresse der Klägerin das Geheimhaltungsinteresse der Beklagten (Rz. 21). Dem stimmt die Beklagte nicht zu. Es ist unverständlich, weshalb für den Nachweis der Herstellungskosten *sämtliche* Lieferverträge verlangt werden, wo doch nur der Teil über die Herstellungskosten relevant ist. Eine Vorlegung aller Lieferverträge wäre somit unangemessen. Dies wird durch die Tatsache bekräftigt, dass die Verträge zudem einen hohen Grad an Vertraulichkeit aufweisen, da die besagten Geheimhaltungsvereinbarungen mit Dritten das Geheimhaltungsinteresse der Beklagten verstärken (vgl. vorne Rz. 18).
- 21 Aufgrund dieser Erwägungen ist die Interessenabwägung zugunsten des Geheimhaltungsinteresses der Beklagten vorzunehmen. Sie kann eine Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules geltend machen und somit die Vorlage der verlangten Verträge verweigern.

b) Geltendmachung der Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules verstösst nicht gegen Treu und Glauben

Zu Rz. 22-24

- 22 Die Klägerin geht des Weiteren davon aus, dass die Geltendmachung der Einwendung nach Art. 9.2 (e) IBA Rules gegen Treu und Glauben i.S.v. Ziff. 3 Präambel der IBA Rules verstösst (Rz. 22). Sie behauptet, dass die Beklagte die Geheimhaltungsklauseln in den Lieferverträgen bewusst erst nach Abschluss des DV aufgenommen habe, um in einem allfälligen Schiedsverfahren die Vorlegungspflicht zu verhindern bzw. zu „torpedieren“ (Rz. 23-24).
- 23 Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Zu Vertragsbeginn wurde ein fixer Preis pro Tonne IPA vereinbart (Art 3.2 DV). Zur gleichen Zeit wurden Lieferverträge mit Geheimhaltungsvereinbarungen geschlossen, wonach es der Beklagten untersagt ist, den Vertrag einer Drittpartei weiterzugeben (Einleitungsantwort, Ziff. 13). Erst ein Jahr später wurde eine Preisbestimmungsklausel vereinbart, die auf den beiden Variablen EUR/USD-Währungskurs und Propenpreis beruht. So wollte man den Wertschwankungen von IPA Rechnung tragen. Zu dieser Zeit gingen beide Parteien davon aus, dass die Wertschwankung *wesentlich nur* durch die zwei genannten Variablen verursacht werden (Einleitungsanzeige, Ziff. 4). Erst im Jahre 2006 machte die Beklagte eine Preiserhöhung geltend, da die Preise für *weitere* Chemikalien gestiegen sind (**KB-3**). Dies beweist, dass die Beklagte bei Abschluss der Lieferverträge gar

nicht wissen konnte, dass die Schwankungen des IPA-Preis jemals derart stark durch die übrigen Chemikalien beeinflusst würden. Die Geheimhaltungsklauseln konnten deshalb nicht zum Zwecke geschlossen werden, die Vorlegungspflicht in einem allfälligen Schiedsverfahren zu „torpedieren“ (vgl. auch hinten Rz. 53).

- 24 Folglich kann die Einwendung nach Art. 9.2 (e) der IBA Rules geltend gemacht werden, da sie nicht gegen Treu und Glauben verstösst.

2. Kein Anspruch auf Vorlegung der Dokumente aus Vertrag

Zu Rz. 27-28

- 25 Schliesslich macht die Klägerin einen materiellen Anspruch auf Vorlegung der Lieferverträge geltend. Dieser ergebe sich aufgrund der Auslegung von Art. 4 iii) des DV. Sie legt die Bestimmung teleologisch dahingehend aus, dass die schriftliche Auskunft über die Herstellungskosten „tatsächlich“ nachgeprüft werden können muss (Rz. 27).
- 26 Dabei verkennt die Klägerin jedoch, dass ihr über die Herstellungskosten schriftlich Auskunft erteilt wurde (**KB-5**). Nachdem sie weitere Dokumente forderte, machte ihr die Beklagte klar, dass die Lieferverträge aufgrund von *Geheimhaltungsklauseln* nicht zugestellt werden können (**KB-6**). Letztere brachte im erwähnten Mail auch zum Ausdruck, dass sie nicht gewillt sei, durch die Edition der Dokumente Vertragsbruch zu begehen. Dieses Verhalten der Beklagten ist rechtmässig, da sie auch im Rahmen eines Alleinvertriebsvertrages ihre eigenen Interessen wahren darf (MEYER, S. 330). Dennoch bezog die Klägerin weiterhin IPA. Vor allem bei einem Dauervertrag, wie er in casu vorliegt, ist auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss bei der Auslegung zu berücksichtigen. Insbesondere können bei Erfüllungshandlungen Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss gezogen werden (HUGUENIN, N 293). Deswegen kann sich die Klägerin nun nicht auf den Standpunkt stellen, sie hätte Art. 4 iii) DV so verstanden, dass die Herstellungskosten tatsächlich anhand *sämtlicher* Lieferverträge nachgeprüft werden können muss. Diese Auslegung würde das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verletzen.
- 27 Die Klägerin führt weiter aus, Art. 4 iii) DV bedeute nicht, dass die Beklagte alle Dokumente offenlegen oder herausgeben müsse und schlägt vor, dass nur von der Klägerin bestimmte Personen unter Vereinbarung von Verschwiegenheitspflichten Einblick nehmen dürfen (Rz. 28).
- 28 Die Beklagte stimmt ersterem zu. Da sie bereits schriftlich über die Herstellungskosten Auskunft erteilt hat, ist ihr nicht ersichtlich, wieso sie aufgrund Art. 4 iii) DV die Pflicht treffen sollte, weitergehende Auskunft zu erteilen, geschweige denn ganze Lieferverträge herauszugeben. Die Formulierung „*schriftliche Auskunft*“ über die Herstellungskosten zu geben,

verpflichtet die Beklagte nach Treu und Glauben bloss, die Klägerin zu informieren und nicht sämtliche Verträge offenzulegen (vgl. hinten Rz. 41). Ferner ist auch der Vorschlag der Klägerin nicht gutzuheissen, denn die Geheimhaltungspflichten erlauben es der Beklagten auch nicht, Informationen betreffend den Lieferverträgen an von der Klägerin bestimmte Personen weiterzugeben.

29 Folglich hat die Klägerin auch keinen Anspruch auf Vorlegung der Dokumente aus Vertrag.

III. Die Klägerin hat *keinen* Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Aufschläge

1. Anwendbares Recht

30 Die Parteien haben in Art. 6.3 DV eine Rechtswahl i.S.v. 187 IPRG vereinbart, wonach auf den Vertrag schweizerisches Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts zur Anwendung gelangt. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren. Dieser ist gültig zustande gekommen.

2. Kein Anspruch auf Rückzahlung der Aufschläge, da diese vertraglich geschuldet sind

31 Bevor die Beklagte auf die in der Klageschrift geltend gemachten Ansprüche eingeht, wird sie darlegen, dass die Aufschläge als Teil des Kaufpreises vertraglich geschuldet sind.

a) Zustandekommen einer Vertragsanpassung bzgl. der Aufschläge als Teil des Kaufpreises

32 Eine einvernehmliche Vertragsanpassung bedarf gemäss Art. 1 Abs. 1 OR übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen der Parteien. Mit dem E-Mail vom 20. Juli 2006 (**KB-3**) stellte die Beklagte den Antrag i.S.v. Art. 3 Abs. 1 OR zur Anpassung des Vertrages in Form eines Aufschlages zum Formelpreis von USD 65. Indem die Klägerin den Aufschlag von USD 65 ablehnte, gleichzeitig aber betonte, einen Aufschlag von USD 45 zu akzeptieren (**KB-7**), stellte sie einen Gegenantrag. Sie definierte die wesentlichen Vertragspunkte neu und bekundete ihren Abschlusswillen (vgl. HUGUENIN, N 52, 225; auch: GAUCH/SCHLUEP I, N 363). Mit dem E-Mail vom 1. August 2006 (**KB-8**) akzeptierte die Beklagte die Gegenofferte *fristgerecht* i.S.v. Art. 5 OR (HUGUENIN, N 238).

33 Ein Konsens bezüglich der Höhe der Aufschläge ist unbestritten. Grundsätzlich hat sich die Klägerin in **KB-4** einer Preisanpassung nicht entgegen gestellt und die Verhandlungen erfolgten ebenfalls unter diesem Titel. Die Aufschläge sollten also in für beide Parteien erkennbarer Weise zum neuen Kaufpreis gehören (**KB-4**). Auch wäre eine ex post Überprüfung der gezahlten Aufschläge nicht möglich. Kaufpreise werden i.S. der Vertragsfreiheit von den Parteien im Rahmen des Gesetzes festgelegt. Eine gerichtliche Überprüfung und Anpassung erfolgt

nur soweit die Grenze zur Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR überschritten ist und damit ein offenes Missverhältnis zwischen den Leistungen besteht, was in casu nicht vorliegt (vgl. GUHL/KOLLER, §7 N 50). Bezüglich des Vorbehaltes wurde jedoch nie ein Vertrag geschlossen. Da die Beklagte den tatsächlichen Willen der Klägerin nie richtig erkannt hat, mangelt es an einem tatsächlichen Konsens (Einleitungsantwort, Ziff. 3). Auch fehlt es an einem normativer Konsens. Die Willenserklärung der Beklagten ist nach Vertrauensprinzip dahingehend auszulegen, dass sie sich bereit erklärt, IPA zu einem neuen Preis zusammengesetzt aus Formelpreis zuzüglich eines Aufschlags von USD 45 zu produzieren. Zum Vorbehalt äussert sie sich mit keinem Wort. Eine Annahme des Vorbehalts dürfte auch nicht daraus abgeleitet werden, dass sie den von der Klägerin *vorgeschlagenen Preis* akzeptiert. Vielmehr bezieht sich die Zusage nur auf den Preis i.S. der Höhe des Aufschlages.

34 Legt man die Klausel „*unter Vorbehalt*“ i.S.d. Vertrauensprinzips aus, so zeigt sich, dass die Beklagte unter Würdigung der erkennbaren Umstände im Zeitpunkt der Vertragsanpassung nicht erkennen konnte, was genau unter Vorbehalt verstanden werden sollte (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 6; Einleitungsantwort, Ziff. 3). Ebenso gut könnte vorbehalten worden sein, dass der Marktanteil in Russland nicht gefährdet würde oder dass die Kunden den Aufpreis auf den Kaufpreisen bezahlen würden. Obwohl die Klägerin sich zu Beginn dagegen sträubte, den Aufschlag von USD 65 zu akzeptieren, erklärte sie sich letzten Endes dennoch zu einem Vertragsabschluss über USD 45 bereit (**KB-5, -7**). Nach Vertrauensprinzip durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin sich mit dem neuen Preis (Formelpreis plus Aufschlag) abgefunden hatte. Das Trennen von Kaufpreisen und Aufschlägen kann nicht als konkludenter Akzept des Vorbehalts einer Rückforderung betrachtet werden (Rz. 47). Vielmehr kam die Beklagte einer Bitte der Klägerin nach, welches sie dahingehend verstanden hat, die neue Preiszusammensetzung klar aufzuzeigen.

35 Daraus ergibt sich, dass bzgl. der Vorbehaltsklausel kein Vertrag zustande gekommen ist. Namentlich herrscht zwischen den Parteien ein Dissens (GAUCH/SCHLUEP I, N 325). Da es für die Beklagte nicht erkennbar war, dass die Klausel „*unter Vorbehalt*“ für die Klägerin subjektiv wesentlich war, zumal diese die Aufschläge im Anschluss an die Vereinbarung immer bezahlt hat, mangelt es nicht am Konsens über einen wesentlichen Vertragspunkt (vgl. GAUCH/SCHLUEP I, N 330). Der Vertrag ist bezüglich der vereinbarten Aufschläge teiltüchtig zustande gekommen (vgl. KOLLER, §6 N 50).

b) Eventualiter: Vorbehalt wird zur leeren Floskel

36 Sofern das Gericht den Vorbehalt als Vertragsbestandteil erachtet, gibt die Beklagte zu bedenken, dass dieser im Laufe der Zeit zur leeren Floskel wurde. Die Klägerin hat während 6

Jahren unter Vorbehalt bezahlt. Die Beklagte blieb während dieser Zeit im ungewissen darüber, was mit Vorbehalt gemeint war und wann dieser Folgen zeitigen würde. Das Verhalten der Klägerin hat ein schützenswertes Vertrauen darauf begründet, dass die Aufschläge als vertraglich geschuldet betrachtet werden können. Bei jeder weiteren Diskussion über die Höhe der Aufschläge hätte die Klägerin wesentliche Gründe gehabt, die Steigerung der Herstellungskosten endgültig zu überprüfen und nicht erneut einer Erhöhung zuzustimmen (ähnlich: ZK OR- STAEBLIN, Art. 322d N 10; **KB-12, -13**). Indem sie dies unterliess, durfte die Beklagte den Vorbehalt i.S. des Vertrauensprinzips als leere Floskel betrachten (ZK OR-STAEBLIN, Art. 322d N 10). Auch wenn die Klägerin anbringen würde, dass Art. 6.6 DV einen Anspruchsverzicht infolge Zeitablauf ausschliesse, so kann dem entgegen gehalten werden, dass das Zuwarten der Klägerin als Verhalten erblickt wird, das ein schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten begründet und nicht als Verzicht der Geltendmachung.

3. Keine positive Vertragsverletzung und damit keine Anwendbarkeit von Art. 97 OR

a) Keine Verletzung der Neuverhandlungspflicht und der Auskunftspflicht

Zu Rz. 33-35:

- 37 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe sich einer Verletzung der Neuverhandlungspflicht bezüglich Preisanpassungen gemäss Art. 3.4 DV schuldig gemacht. Sie begründet dies damit, dass die Aufschläge von beklagter Seite einseitig diktiert wurden und diese ernstliche Verhandlungen unterlassen hat. Dies, obwohl ein Härtefall gegeben war und damit ein Dialog über die Preisanpassung i.S.v. Art. 3.4 DV hätte geschehen sollen (Rz. 34-35).
- 38 Die Neuverhandlungspflicht als vertragliche Nebenpflicht beinhaltet bloss die Pflicht, eine Willenserklärung abzugeben (MEYER, S. 264; WEBER, ZSR 1987, S. 425 f.). Vorliegend wurden über 10 Tage hinweg ernstliche Verhandlungen geführt (vorne Rz. 32). Indem die Beklagte einem Aufschlag von USD 45 zustimmte und von ihrem ursprünglichen Standpunkt abwich, wird klar, dass eine Verhandlung stattgefunden hat, wobei beiderseitig die Interessen berücksichtigt wurden und somit die Aufschläge nicht einseitig diktiert wurden.
- 39 Indem sich die Beklagte schriftliche auf einen Härtefall berufen und somit eine Diskussion in Gang gesetzt hat, verhielt sie sich vertragskonform. Auch wenn kein Härtefall i.S.v. Art. 3.4 DV vorläge, ist es den Vertragsparteien, gestützt auf die Vertragsfreiheit, jederzeit möglich, einvernehmlich eine Vertragsanpassung vorzunehmen, was vorliegend auch geschah (vgl. GAUCH/SCHLUEP I, N 616; vorne Rz. 32-36).

Zu Rz. 36:

- 40 Die Klägerin behauptet weiter, die Beklagte hätte die Auskunftspflicht in Art. 4 iii) DV verletzt indem sie sich geweigert hat, die Steigerung der Herstellungskosten angemessen zu

dokumentieren, wodurch eine fruchtbare Diskussion verhindert wurde. Weiter gibt sie an, dass es zu den Pflichten im Alleinvertriebsvertrag gehöre, hinsichtlich aller wichtigen Umstände der Vertragsprodukte zu informieren (Rz. 36).

- 41 Die Auskunftspflicht im DV sieht vor, dass über die Herstellungskosten *schriftliche Auskunft* erteilt werden muss. Die Beklagte hat sich verpflichtet, über die Herstellungskosten zu informieren, jedoch schliesst nach Meinung der Beklagten eine solche Verpflichtung die Offenlegung von geheim zuhaltenden Verträgen mit Dritten nicht ein. Denn der offen gehaltene Term „*schriftliche Auskunft*“ verlangt nach Treu und Glauben lediglich eine Information der Gegenpartei und kann keine Grundlage für eine Verpflichtung der Beklagten darstellen, sämtliche Verträge mit Drittlieferanten offenzulegen (vgl. vorne Rz. 25-29). Jedoch fordert die Klägerin dies, indem sie die erteilte Auskunft als nicht ausreichend erachtet. Eine solche Pflicht würde für die Beklagte in einem Vertragsbruch resultieren und damit eine Schadenersatzpflicht der Beklagten nach sich ziehen. Dies liefe den Interessen der Beklagten diametral entgegen, welche sie auch im Rahmen eines Alleinvertriebsvertrages wahren darf (MEYER, S. 330). Die Beklagte hat soweit informiert, wie es ihr möglich war.
- 42 Die Beklagte hat sich weder durch eine Verletzung der Neuverhandlungspflicht noch durch eine Verletzung der Auskunftspflicht einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht.

b) Kein Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von Art. 97 OR

Zu Rz. 38-41:

- 43 Die Klägerin gibt an, durch die ungerechtfertigten Aufschläge sei ein Schaden von USD 15'056'920.-- resultiert (Rz. 39). Sie erachtet sowohl den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang als auch ein Verschulden der Beklagten i.S.v. Art. 97 OR als gegeben (Rz. 40-41). Auch wenn das Schiedsgericht der Meinung ist, die Beklagte hätte sich einer Vertragsverletzung schuldig gemacht, so fehlt es an den weiteren Voraussetzung von Art. 97 OR.
- 44 Die Klägerin hat im Zweifel über das Vorliegen einer Vertragsverletzung durch die Beklagte die Aufschläge geleistet. Vorliegend kann also nicht von einer Unfreiwilligkeit der Zahlung ausgegangen werden (HUGUENIN, N 867; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38; VON THUR/PETER, S. 84).
- 45 Eine allfällige Verletzung einer Neuverhandlungspflicht ist nicht *conditio sine qua non* für das Vorliegen eines Schadens (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41). Auch wenn neu verhandelt worden wäre, hätten die Aufschläge beschlossen und gezahlt werden können. Deshalb fehlt es bereits am natürlichen Kausalzusammenhang. Obwohl bei der Informationspflicht ein natürlicher Kausalzusammenhang angenommen werden könnte, so mangelt es dennoch am erforderlichen adäquaten Kausalzusammenhang. Es entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung

und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass Aufschläge, welche gemäss der Gegenseite nicht ausreichend dokumentiert werden konnten und deshalb ihres Erachtens nicht genügend nachvollziehbar sind, von dieser in ihrem Zweifel trotzdem gezahlt werden (Definition adäquate Kausalität: BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41; Auswirkungen Selbstverschulden: HUGUENIN, N 891). Vielmehr wäre es nötig gewesen, weitere Abklärungen zu treffen und einem Schaden so entgegen zu wirken.

- 46 Da das Verschulden i.S.v. Art. 97 OR vermutet wird, wird die Beklagte nun aufzeigen, dass sie alle erdenkliche Sorgfalt walten liess um den Schaden zu verhindern (vgl. BGE 113 II 421 E. 2a S. 422; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 42). Bezüglich der Auskunftspflicht wurde in einem klägerischen E-Mail vom 21. Juli 2006 (**KB-4**) um Dokumentation der Aufschläge gebeten. Dieser Bitte ist die Beklagte nachgekommen und hat am 24. Juli 2006 der Klägerin alle zugänglichen Unterlagen zukommen lassen (**KB-5, -6**). Ein Verhalten wie dies die Klägerin im E-Mail vom 29. Juli 2006 verlangte (**KB-5**), würde über das Mass der Sorgfalt hinaus gehen, welches von jedem vernünftigen und gewissenhaften Dritten verlangt werden dürfte (vgl. BGE 113 II 421 E. 2 S. 422; HUGUENIN, N 898). Die Neuverhandlung wurde so gewissenhaft wie möglich auf Basis der verfügbaren Informationen geführt und eine fruchtbare Diskussion nicht verhindert (vorne Rz. 32, 37-39).

4. Keine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.v. 62 OR, da die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR greift

Zu Rz. 43-48:

- 47 Die Klägerin beruft sich weiter auf eine ungerechtfertigte Bereicherung. Indem die Beklagte den Nachweis des Anstiegs der Herstellungskosten schuldig geblieben sei, sei die Beklagte ungerechtfertigt zu Lasten der Klägerin bereichert worden (Rz. 43). Des Weiteren sei eine Rückforderung möglich, obwohl eine freiwillige Zahlung vorliege, da die Klägerin einen ausdrücklichen Vorbehalt vorgebracht und die Beklagte diesen akzeptiert hätte.
- 48 Falls das Gericht zur Auffassung gelangt, dass die Aufschläge nicht als Teil des Kaufpreises auf vertraglicher Basis geschuldet sind (vorne Rz. 32-36), so könnte eine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.v. Art. 62 OR gegeben sein, wobei eine Entreicherung und Bereicherung aus dem Vermögen der Klägerin gegeben wäre. Dennoch würde an dieser Stelle die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR greifen. Ein Bereicherungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Schuldner im Zweifel über den Bestand der Forderung dennoch gezahlt hat (HUGUENIN, N 1808; GAUCH/SCHLUEP I, N 1535). Gemäss Rechtsprechung greift die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR jedoch nicht, wenn die Leistung unter einem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung erbracht worden ist (HGer ZH, ZR 1970, Nr. 97, S. 249 f.;

GAUCH/SCHLUEP I, N 1535). Wie bereits vorne dargelegt, durfte und musste die Beklagte nicht wissen, was mit dem Vorbehalt genau gemeint war und hat in daher auch nicht akzeptiert (vorne Rz. 34-36). Dass ausdrücklich ein Rückforderungsrecht statuiert wurde, kann nicht angenommen werden. Auch wenn der Vorbehalt dahingehend interpretiert werden könnte, müsste zusätzlich eine derartige Zwangslage bestanden haben, dass objektiv betrachtet der einzige Ausweg die Leistung der Nichtschuld war. Die Zwangslage muss des Weiteren eine bestimmte Intensität aufweisen (HGer ZH, ZR 1970, Nr. 97, S. 249 f.). Angesichts der 6 monatigen Kündigungsfrist, hätte die Klägerin durchaus Zeit gehabt, bei Kündigung der Beklagten (**KB-6**) einen neuen Lieferanten für IPA zu bestellen. Des Weiteren hätte die Klägerin ihren laufenden Verpflichtungen weiterhin nachkommen können, zumal es auch zu ihren Pflichten im DV gehört ein Warenlager zu unterhalten (Art. 5 ii) DV). Es ist also nicht von einer derart intensiven Zwangslage auszugehen, aus der objektiv betrachtet nur der Ausweg über die Leistung der Nichtschuld bestand.

- 49 Sollte das Gericht zur Meinung gelangen eine Rückforderung sei dennoch möglich, so widerspräche diese dem Verbot des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB (KOLLER, § 31 N 38; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 43). Indem die Klägerin die Aufschläge während 6 Jahren wiederholt bezahlt und deren Notwendigkeit nicht weiter überprüfte, schaffte sie das schützenswerte Vertrauen, die Aufschläge könnten als bedingungslos vertraglich geschuldet betrachtet werden (vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 43). Aufgrund des geschaffenen Vertrauens hat die Beklagte Dispositionen getätigt, namentlich davon abgesehen die Vertragsbeziehung zu beenden. Es erwuchs ihr der Nachteil, dass sie einen Kompromiss eingegangen ist, und damit nicht die volle Gewinnmarge erzielte (**KB-3**; vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 43). Indem die Klägerin nun diese Aufschläge zurückfordert, enttäuscht sie das erweckte Vertrauen und verhält sich rechtsmissbräuchlich.

5. Vertragliche Haftungsbeschränkung auf USD 1'500'000.--

Zu Rz. 51-64:

- 50 Die Klägerin gibt an, dass sich aus Art. 6.4 DV keine Haftungsbeschränkung auf USD 1'500'000.-- ergibt. Freizeichnungsklauseln seien generell restriktiv auszulegen. Der Zweck dieser Klausel bestehe darin, vor der Haftung infolge Mängel zu bewahren. Abs. ii) beziehe sich nach systematischer Auslegung auf Abs. i) und somit sei mit „Vorfälle“ ebenfalls nur „Mängel“ gemeint (Rz. 53-54). Aus der Formulierung „*Vorfälle, die auf gleicher Grundlage beruhen*“ resultiere, dass die Haftungsbeschränkung nur auf Ansprüche anwendbar sei, die aus erkennbaren Mängeln stammen (Rz. 56).

- 51 Die Beklagte stimmt mit der Klägerin überein, dass nach einer objektivierten Vertragsauslegung vorgegangen werden muss (Rz. 51). Systematisch betrachtet hängen Abs. i) und Abs. ii) von Art. 6.4 DV zusammen, das heisst, dass die Mängelhaftung ebenfalls auf USD 1'500'000.-- beschränkt wird. Allerdings geht die Freizeichnung weiter. Neben der Haftung für Mängel sollte diese gerade auch für andere Vorfälle im Zusammenhang mit dem Vertrag beschränkt werden. Mit der Formulierung Vorfall sollte bewusst ein möglichst breites Spektrum an unvorhergesehenen Ereignissen abgedeckt werden. Aus der Differenzierung von „*erkennbare Mängel*“, „*Folgeschäden*“ und „*Vorfall*“ lässt sich schliessen, dass explizit verschiedene Haftungssituationen erfasst werden sollten. Die Freizeichnungsklausel in Art. 6.4 regelt folgende Fälle. Zunächst sollte die Haftung für Folgeschäden in vollem Umfang ausgeschlossen werden. Des Weiteren sollte die Haftung der Lieferantin in den Fällen auf USD 1'500'000.-- beschränkt werden, in denen entweder ein „*Vorfall*“ gegeben ist oder eine „*Reihe von Vorfällen, die auf der gleichen Grundlage beruhen*“. Ziel dieser Klausel ist also die Haftung für Schäden, die aus mehreren Vorfällen resultieren und allesamt auf gleicher Grundlage beruhen, nicht je einzeln, sondern gesamthaft auf USD 1'500'000.-- zu beschränken. Eine restriktive Auslegung von Freizeichnungsklauseln kommt nur bei ungleichen Kräfteverhältnissen oder AGBs zur Anwendung (HUGUENIN, N 1019). In casu ist beides nicht gegeben, da es sich um zwei Parteien handelt, die sich im Geschäftsverkehr auf Augenhöhe begegnen.

6. Zulässige Haftungsbeschränkung i.S.v. Art. 100 OR

Zu Rz. 58-64:

- 52 Laut Klägerin ist die Haftungsbeschränkung in Art. 100 OR wegen Absicht nichtig, weil die Beklagte überhöhte Preise in Rechnung gestellt habe, ohne diese detailliert nachzuweisen. Damit sei der Anschein erweckt worden, nur mit Aufschlägen könne noch kostendeckend produziert werden (Rz. 60, 61). Der Kompromiss der Beklagten auf USD 45 zeige, dass die Aufschläge nicht absolut notwendig waren und lediglich einen rechtswidrigen Erfolg zum Nachteil der Klägerin bewirken sollten. Ein Kompromiss mache für die Beklagte nämlich keinen Sinn (Rz. 62). Die Vereinbarung von Geheimhaltungsklauseln sei ein weiterer Hinweis für die rechtswidrige Absicht der Beklagten (Rz. 63).
- 53 Im Sinne der Privatautonomie steht es den Parteien frei, die Haftung in ihrer Höhe zu beschränken, wobei ein Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit und Absicht nichtig wäre (GAUCH/SCHLUEP II, N 3079, 3083; BGE 102 II 256 E. 4 S. 264; BGE 115 II 474 E. 2d S. 479). Rechtswidrige Absicht würde jedoch bedeuten, dass die Beklagte der Klägerin mit Wissen und Wollen den eingetretenen Schaden zugefügt hat (BK OR-WEBER, Art. 100 N 92). Die Beklagte verfolgte mit den Aufschlägen lediglich das Ziel, gewinnbringend wirtschaften zu

können und wollte sich nicht auf Kosten der Klägerin bereichern. Der eingegangene Kompromiss ist somit nicht Zeichen eines gewollten Schadens bei der Vertragspartnerin, sondern Zeichen des Willens das Vertragsverhältnis aufrecht zu erhalten (**e contrario KB-6**). Obwohl Aufschläge von USD 65 für die Beklagte wünschenswert gewesen wären, um weiterhin mit anständigem Gewinn produzieren zu können, entschied sie sich dennoch dafür, sich mit USD 45 zufrieden zu geben. Das Argument der Klägerin, wonach die Beklagte wegen den Geheimhaltungsklauseln bereits zu Anfang wusste, dass die Herstellungskosten nicht beweisbar sein werden, lässt nicht auf eine absichtliche Verursachung des Schadens schliessen. Für die Beklagte war es nicht ersichtlich, dass 4 Jahre nach Vertragsabschluss ein Streit über eine Preiserhöhung ausbrechen würde, wobei sie die Verträge mit Drittlieferanten offenzulegen hätte (vorne Rz. 23). Ihr eine Schädigungsabsicht zu unterstellen, würde zu weit gehen. Die Beklagte ging davon aus, dass die zur Verfügung stehenden Dokumente für eine Begründung der Aufschläge ausreichend würden (vorne Rz. 23). Auch wenn die Klägerin ein grobfahrlässiges Verhalten geltend machen würde, welches eine Missachtung elementarster Sorgfaltspflichten voraussetzt, könnte man dies vorliegend nicht annehmen (vgl. vorne Rz. 26, 41, 46). Art. 6.4 DV ist also nicht nichtig i.S.v. Art. 100 OR.

IV. Einrede der Verjährung der Ansprüche der Klägerin

54 Sollten die Ansprüche der Klägerin nach Meinung des Schiedsgerichts dennoch gegeben sein, so erhebt die Beklagte die Verjährungseinrede i.S.v. Art. 127 OR allenfalls Art. 67 OR.

1. Ansprüche nach Art. 97 OR sind verjährt gemäss Art. 127 OR

a) Beginn des Fristenlaufs und Dauer der Verjährungsfrist

Zu Rz. 65-70:

55 Die Klägerin statuiert in ihrer Klageschrift in Rz. 68, dass die Aufschläge im Rahmen einer positiven Vertragsverletzung gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR als periodische Leistung verjähren. Dies in Anlehnung an die Verjährung der Raten im Sukzessivlieferungsvertrag (Rz. 68).

56 Aus Sicht der Beklagten kann nicht auf eine Verjährung i.S.v. Art. 128 Ziff. 1 OR abgestellt werden, da die Klägerin einen Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung geltend macht (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 128 OR N 1a; GAUCH/SCHLUEP II, N 3289). Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung verjähren gemäss Art. 127 OR nach 10 Jahren (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 127 OR N 1 ff.; GAUCH/SCHLUEP II, N 3289). Anders als die Klägerin geht die Beklagte davon aus, dass mittels Art. 97 OR nicht einzelne periodische Leistungen zurück gefordert werden, sondern eine einmalige Schadenersatzforderung. Für den Beginn des Fristenlaufs ist auf den Zeitpunkt der Vertragsverletzung, d.h. den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung i.S.v. Art. 127 OR i.V.m Art. 130 Abs. 1 OR, abzustellen (GAUCH/SCHLUEP II, N

2931, 3322; BGE 137 III 16 E. 2.2 S. 19). Nicht massgeblich ist, ob der Gläubiger seine Forderung kennt (BGE 137 III 16 E. 2.2 S. 19). In Art. 4 iii) DV wird die Pflicht der Lieferantin zur Auskunftserteilung statuiert. Falls das Verhalten der Beklagten als positive Vertragsverletzung qualifiziert werden sollte, hat die Beklagte die Verletzung bereits mit dem Abschluss von Geheimhaltungsklauseln begangen, welche die vertragskonforme Information vereitelten. Die Verträge mit den Lieferanten enthielten ab Q2 (April-Juni) 2002 Geheimhaltungsklauseln (Einleitungsantwort, Ziff. 13), womit allfällige Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 127 OR spätestens Ende Q2 (Juni) 2012 und damit im Zeitpunkt der Klageeinleitung bereits verjährt waren.

b) Keine Unterbrechung der Verjährungsfrist durch das Münchner Übereinkommen

Zu Rz. 71-74

- 57 Die Klägerin macht geltend das Münchner Übereinkommen sei nach Treu und Glauben als Schuldanerkennung der Beklagten i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR zu qualifizieren (Rz. 71). Als Anerkennungshandlung des Schuldners komme ihm Unterbrechungswirkung zu, weshalb die Verjährung am 4. Juni 2009 unterbrochen wurde (Rz. 72, 74). Die Vereinbarung von München könne als Bestätigung der Schuld aufgefasst werden, indem sie eine Passage enthalte, wonach die Aufschläge weiterhin als bestritten gelten (Rz. 73).
- 58 Anders als die Klägerin in Rz. 73 bemerkt, durfte und musste das Münchner Übereinkommen nach Treu und Glauben nicht als Bestätigung der Schuld und damit als Forderungsanerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR aufgefasst werden. Es ergeben sich aus dem Übereinkommens-text keinerlei Anhaltspunkte, die darauf schliessen lassen, dass die Beklagte sich für rechtlich gebunden hält, eine allfällige Schadenersatzforderung der Klägerin zu begleichen (vgl. GAUCH/SCHLUEP II, N 3341). Nur weil in diesem Zeitpunkt die Bestreitung der Aufschläge der Beklagten bestätigt wurde, heisst das nicht, dass darin konkludent die Bereitschaft zum Ausdruck gebracht wurde, die Aufschläge zurückzuerstatten. Vielmehr hat die Beklagte anerkannt, dass die Klägerin an der Notwendigkeit der Aufschläge zweifelte. Eine Anerkennung einer Schuld kann darin nach Treu und Glauben nicht gesehen werden. Von Anfang an hat die Klägerin einen Vorbehalt geltend gemacht, den die Beklagte weder verstanden noch angenommen und somit auch einer Rückforderung nie zugestimmt hat (vorne Rz. 32-36). Es mangelt bereits an einer Schuld der Beklagten, die somit weder anerkannt noch bestritten werden kann (Rz. 73).

2. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist verjährt

Zu Rz. 75-79:

- 59 Die Beklagte stimmt mit der Klägerin überein, dass die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren am 3. Juli 2012 noch nicht i.S.v. Art. 67 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR abgelaufen ist (Rz. 75). Die relative Verjährungsfrist sei laut Klägerin noch nicht abgelaufen, da die Höhe der Bereicherung erst mit Kündigung des DV am 22. Dezember 2011 abschätzbar wurde (Rz. 78).
- 60 Die Beklagte wird im Folgenden aufzeigen, dass die relative Verjährungsfrist von 1 Jahr i.S.v. Art. 67 Abs. 1 OR bereits verstrichen ist. Die Klägerin hatte bereits vor dem 22. Dezember 2011 eine derartige Gewissheit über den Bereicherungsanspruch besessen, dass nach Treu und Glauben kein Anlass mehr gegeben war, weitere Abklärungen zu unternehmen (BGE 129 III 503 E. 3.4 S. 505). Die Höhe des Anspruchs war für die Klägerin seit 2006 jederzeit bekannt (vgl. GAUCH/SCHLUEP I, N 1556). Sie hat die Beklagte von Anfang an dahingehend angewiesen, die Aufschläge separat auf den Rechnungen auszuweisen, weshalb die bezahlten Aufschläge einfach summiert werden konnten. Anders als die Klägerin anmerkt (Rz. 78), kommt es gerade darauf an, wann die Klägerin von der Grundlosigkeit Kenntnis erlangt hatte (BGE 129 III 503 E. 3.4 S. 506). Am 30. Juli 2006 (**KB-6**) informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass die Verträge wegen einer Geheimhaltungsklausel nicht an sie zugestellt werden könnten. Der Klägerin hätte bereits zu diesem Zeitpunkt klar sein müssen, dass die Aufschläge nicht mit Hilfe der Verträge und damit aus ihrer Sicht nur ungenügend bewiesen werden können. Eine Klageerhebung war ihr unter Berücksichtigung ihres Kenntnisstandes zumutbar.
- 61 Sollte das Schiedsgericht der Meinung sein, dass in diesem Zeitpunkt der Kenntnisstand noch nicht als ausreichend erachtet werden kann, so möchte die Beklagte daran erinnern, dass im Rahmen der Vereinbarung vom 4. Juni 2009 genau über die Differenzen bzgl. des Preises von IPA diskutiert wurde (**KB-13**). Die Aufschläge wurden in diesem Zeitpunkt explizit bestritten. Die Klägerin hatte also spätestens am 4. Juni 2009 tatsächliche Kenntnis von ihrem Bereicherungsanspruch (BGer 4A_267/2011 E. 2.3.1 f.; BGE 129 III 503 E. 3.4 S. 506; GAUCH/SCHLUEP I, N 1556). Damit hatte die relative Verjährungsfrist von einem Jahr am 5. Juni 2009 zu laufen begonnen, womit sie am 5. Juni 2010 abgelaufen ist und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährt waren.

3. Kein Ausschluss der Verjährung durch den Distributionsvertrag

Zu Rz. 80-81:

- 62 Die Klägerin postuliert, dass aufgrund von Art. 6.6 DV die Entkräftung eines vertraglichen Anspruchs durch Zeitablauf unbeachtlich sei. Ansprüche aus dem DV können ihrer Meinung

nach trotz Verjährung durchgesetzt werden (Rz. 81). Art. 6.6 DV bezieht sich aber nicht auf den Fall, indem die Ansprüche bereits verjährt sind. Vielmehr sagt Art. 6.6 DV, dass das Zuwarten innerhalb einer laufenden Verjährungsfrist nicht als Verzicht auf die Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs schliessen lässt (vgl. GAUCH/SCHLUEP II, N 3389). Nach Auslegung der Klägerin würde Art. 6.6 DV einem unzulässigen Verzicht der Verjährungseinrede im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gleichkommen (vgl. GAUCH/SCHLUEP II, N 3378).

V. Widerklage i.S.v. Art. 19.3 Swiss Rules: Die Beklagte hat einen Anspruch auf hälftige Teilung des aus dem Vertrag erzielten Nettogewinns

1. Relevanter Sachverhalt für die Widerklage

63 In Art. 3.1 DV wurde eine vertragliche Nebenpflicht vereinbart, wahrheitsgemäss über Gewinne zu informieren. Diese verletzte die Klägerin, indem sie sich in Q3 2006 beschwerte, die Aufschläge seien zu hoch und ihr Gewinn würde dahinschmelzen (**KB-7**; Einleitungsantwort, Ziff. 10). Nur deswegen hat die Beklagte nicht auf eine hälftige Gewinnteilung bestanden. Im Rahmen der Prüfung der Geschäftsbücher der Klägerin durch einen externen Wirtschaftsprüfer ergab sich nun, dass diese einen bedeutend grösseren Gewinn als die Beklagte erwirtschaftete und der Beklagten gestützt auf Art. 97 OR mindestens einen Betrag von USD 7'870'000.-- zzgl. Zins von 5% schuldet (Einleitungsantwort, Ziff. 8, 9). Sobald der Beklagten Einsicht in die relevanten Unterlagen der Klägerin gewährt wird (vorne Rz. 3-14), wird die Beklagte den genauen Anspruch beziffern.

2. Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund subjektiver Vertragsauslegung

Zu Rz. 83-88:

64 Gemäss Klägerin lasse die Tatsache, dass die Beklagte den erwirtschafteten Gewinn jeweils für sich behielt, darauf schliessen, dass nicht eine hälftige Gewinnteilung angestrebt wurde (Rz. 85). Des Weiteren sei keine periodische Gegenüberstellung der Gewinne erfolgt, was ebenfalls gegen die Absicht einer hälftigen Gewinnteilung spreche und auch bei einer Buchprüfung im Jahre 2010 habe die Beklagte keine Ansprüche geltend gemacht, obwohl ihr in diesem Zeitpunkt die grösseren Gewinne der Klägerin bekannt wurden (Rz. 86). Dem stimmt die Beklagte nicht zu. Erst mit der Buchprüfung im Jahre 2010 wurde bekannt, dass die Gewinne seit Q4 2006 nicht hälftig geteilt wurden, wie dies die Beklagte anfänglich angenommen hatte. Vor der Buchprüfung hatte die Beklagte keinen Anlass zur Geltendmachung der hälftigen Teilung der Gewinne. Bis 2006 war das Geschäft für beide Parteien gewinnbringend, was eine periodische Abrechnung obsolet machte. Dass die Parteien die erwirtschafteten Gewinne für sich behielten, ändert nichts daran, dass bis Q4 2006 eine hälftige Teilung

stattgefunden hat. Erst mit der Diskussion über die Aufschläge wurde von der Klägerin geltend gemacht, durch die geforderten Aufschläge würden ihre Gewinne dahinschmelzen. Zu diesem Zeitpunkt wurde auch erst das Interesse der Beklagten begründet, sich mit der Gewinnhöhe der Klägerin auseinanderzusetzen. Jedoch ging sie von einer korrekten Berichterstattung der Klägerin aus, weshalb sie in diesem Zeitpunkt noch darauf verzichtete ihren Anspruch geltend zu machen. Erst mit der Buchprüfung im Jahre 2010 erfuhr die Beklagte von den überhöhten Gewinnen der Klägerin. Auch wenn die Beklagte die hälftige Gewinnteilung nach der Buchprüfung noch nicht geltend gemacht hat, kann dies nicht als Verzicht auf den Anspruch auf hälftige Gewinnteilung gewertet werden. Denn gemäss Art. 6.6 DV stellt das Zuwarten der Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs keinen Verzicht dar.

65 Des Weiteren sei der Terminus in Art. 3.1 DV als zusätzliche Motivation für die Erfüllung des Geschäfts anzusehen (Rz. 85). Dem pflichtet die Beklagte nicht bei. Anders als die Klägerin anmerkt, sollte mit Art. 3.1 DV nicht bloss Motivation geschaffen werden. Vielmehr entsprach es dem Willen der Parteien, „*Diskussionen über allfällige Preisanpassungen*“ vom Gedanken der Gewinnteilung leiten zu lassen. Die Motivation für die erfolgreiche Erfüllung eines Vertrages kann nicht in einer Vertragsklausel alleine liegen. Vielmehr sollten durch bestmögliches Verhalten Gewinne erwirtschaftet werden.

66 Die Klägerin sieht ferner keinen Zusammenhang zwischen der Steigerung der Herstellungskosten und der Gewinnteilung (Rz. 87). Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Es gibt sehr wohl einen Zusammenhang, denn mit einem erhöhten wirtschaftlichen Aufwand der Beklagten zu Produktion von IPA schwindet ihr Anteil am Nettogewinn. Es sind deshalb Ausgleichszahlungen nötig, um wieder eine hälftige Gewinnteilung herzustellen.

67 Folglich kann die Beklagte aufgrund der subjektiven Vertragsauslegung ihren Widerklageanspruch geltend machen.

3. Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aus objektivierter Vertragsauslegung

68 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, die Beklagte könne ihren Anspruch nicht aufgrund einer subjektiven Vertragsauslegung geltend machen, stützt sie ihn auf eine objektivierte Auslegung.

Zu Rz. 89-93:

69 Die Klägerin stellt in ihrer objektivierten Auslegung auf den Wortlaut als primäres Willensindiz des Art. 3.1 DV ab, wonach keine hälftige Teilung vereinbart wurde (Rz. 91; vgl. HUGUENIN, N 287). Ferner führt sie erneut aus, dass Art. 3.1 DV lediglich als Motivationsartikel zu verstehen sei (Rz. 92; vgl. für Gegenargumentation vorne Rz. 65). Die Beklagte stimmt damit überein dass im Vertrag keine hälftige Teilung oder ein Prozentsatz vorgesehen ist. Dennoch

lässt der Wortlaut ebendiesen Schluss zu. Im allgemeinen Sprachgebrauch geht man bei Teilung von einem *Splitting zu gleichen Teilen* aus. Eine explizit vereinbarte, hälftige Teilung wäre zwar verständlicher gewesen, aber ein vernünftig und redlich denkender Geschäftspartner hätte die Klausel auch im Sinne einer hälftigen Teilung verstanden.

- 70 Es sind auch noch weitere Argumente dem DV zu entnehmen, die für eine hälftige Gewinnteilung sprechen. So ergibt sich z.B. aus den Pflichten in Art. 4 iii) und Art. 5 iii) die Möglichkeit, Informationen zu erlangen, um die erzielten Gewinne der Gegenpartei abschätzen zu können und einen allfälligen Gewinnleistungsanspruch zu belegen. Eine derartige Pflicht wird gerade dazu vereinbart, um eine faire Gewinnteilung nachzuvollziehen. Auch eine Pflicht wie sie in Art 3.1 DV statuiert wurde, macht bloss Sinn, wenn die Nettogewinne aus dem Vertrag *hälftig* geteilt werden sollten. Diskussionen über Preisanpassungen sollten gerade vom Gedanken der *gleichmässigen* Teilung des Nettogewinns geleitet werden. Ziel der Parteien war es also von Anfang an die Gewinne hälftig zu teilen. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Recht einen externen Buchprüfer einzusetzen, der die Geschäftsbücher im Hinblick auf die Gewinne und deren gerechten Teilung überprüfen sollte (Art. 6.7 DV).
- 71 Würde die Klägerin das Argument vorbringen, Art. 3.1 DV sei zu wenig genau bestimmt um eine Grundlage für einen vertraglichen Anspruch zu bilden, so widerspricht dem die Beklagte. Mit der Formulierung „nach Abzug der Kosten“ und „wobei Marktveränderungen berücksichtigt werden sollen“ wird klar, dass nicht bloss eine Absicht oder Motivation gewollt war. Art. 3.1 DV definiert vielmehr eine klare Teilungsmasse, weshalb ersichtlich wird, dass eine explizite Teilung das Ziel des Vertragsverhältnisses war. Eine derart genaue Umschreibung wäre nicht nötig gewesen, wenn bloss ein programmatischer Charakter beabsichtigt gewesen wäre.

4. Eventualiter: Verrechnungseinrede

- 72 Sollte das Gericht der Meinung sein, ein Anspruch der Klägerin über USD 15'056'920.-- zzgl. 5% Zins bestehe und sei noch nicht verjährt, so macht die Beklagte eine Verrechnung i.S.v. Art. 120 OR mit ihrer Forderung in der Höhe von mind. USD 7'870'000.-- zzgl. 5% Zins geltend (vorne Rz. 63 ff.). Als Geldforderungen sind die beiden Forderungen gleichartig. Des Weiteren sind die Forderungen fällig und einklagbar (GAUCH/SCHLUEP II, N 3208). Die Verrechnung ist nicht durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen.

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1