

Moot Court Team 2

Davide Colacino
Fabienne Fischer
Navideh Hunziker
Alwin Keller

Einschreiben

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

20. April 2009

K L A G E A N T W O R T

Fall Nr. 600132-2008

in Sachen

Distribujet GmbH

Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 3

Klägerin

gegen

BeveSana AG

Berner Strasse 5, 8953 Dietikon

vertreten durch Moot Court Team 2

Beklagte

betreffend

F O R D E R U N G

stellen wir namens und im Auftrag der Beklagten, innert Frist, die Klageantwort mit folgenden

RECHTSBEGEHREN:

- 1. Auf die Schiedsklage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.*
- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	II
Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
Literaturverzeichnis.....	IX
Materialverzeichnis.....	XII
Formelles.....	1
I. Vertretung.....	1
II. Anwendbares Recht.....	1
III. Frist.....	1
Materielles.....	1
I. Einrede der Unzuständigkeit nach Art. 21 Abs. 1 SchO.....	1
A. Allgemeines.....	1
B. Vorfrage.....	1
II. Passivlegitimation.....	2
A. Übernahmevertrag.....	2
1. Anwendbarkeit von Art. 181 Abs. 1 OR.....	2
B. Vertragsübertragung im Rahmen des FusG.....	3
C. Vertragsübertragung durch tripartiten Vertrag sui generis.....	3
1. Allgemeines.....	3
2. Zustimmung.....	3
a) Handlungen.....	4
b) Verneinung des qualifizierten Motivirrtums.....	4
aa) Tatsächliche Verhältnisse.....	4
bb) Verletzung der Sorgfaltspflicht nach Art. 812 Abs. 1 OR.....	4
cc) Rechtsfolge der Sorgfaltspflichtverletzung.....	5
dd) Zwischenfazit.....	5
c) Antrag.....	5
d) Wahrung der Formerfordernisse.....	5
D. Fazit.....	6
E. Eventualiter.....	6
III. Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte.....	6
A. Vertragliche Verpflichtungen der Beklagten.....	6
1. Verpflichtungen aus Distributionsvertrag.....	6

2. Nichtanwendung von Art. 418f OR.....	6
3. Subjektive Auslegung nach Art. 18 Abs. 1 OR.....	7
B. Keine positive Vertragsverletzung aus Art. 97 Abs. 1 OR.....	7
1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht.....	7
a) Schlechterfüllung.....	7
b) Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht.....	7
2. Schaden.....	7
3. Hypothetische Kausalität.....	7
4. Verschulden.....	8
5. Exkulpation der Beklagten.....	8
a) Nichtanwendung von Art. 111 OR.....	8
b) Zweck von Ziff. 8.3 des Distributionsvertrages (K-1).....	8
aa) Subjektive Auslegung.....	8
bb) Objektivierter Auslegung gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB.....	8
cc) Fazit.....	8
c) Preismissbrauch gem. Art. 12 PüG.....	9
d) Kaufkraft.....	9
e) Zulässige Preisdifferenzierung.....	9
aa) Einzelne Marktmacht.....	9
bb) Unterschiedliche Nachfrageelastizität.....	10
cc) Fazit.....	10
f) Kontingentierung.....	10
g) Nachforschungspflicht.....	10
h) Trockenlegung der Graumärkte als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG.....	10
i) Lösungsbereitschaft.....	10
j) Fazit.....	11
C. Fazit.....	11
IV. Keine Lieferpflichtverletzung durch die Beklagte.....	11
A. Vertragliche Regelung.....	11
B. Zahlungsverzug der Klägerin.....	11
1. Zahlungsfrist.....	11
2. Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 OR.....	11
a) Fälligkeit und Leistungsmöglichkeit.....	11
b) Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.v. Art. 82 OR.....	12
c) Mahnung.....	12
d) Fazit.....	12
3. Verrechnung mit der ungerechtfertigten Schadenersatzforderung von 10 Mio. EUR.....	13
C. Auslegung der Vertragsklausel.....	13
1. Parteiwille.....	13
2. Kreditrisiko.....	13
3. Usanz im Geschäftsverkehr.....	14

4. Umkehrschluss.....	14
D. Kompromissvorschlag der Beklagten (K-9).....	15
E. Fazit.....	15
V. Ungerechtfertigte Kündigung aus wichtigem Grund.....	15
A. Ziff. 13 des Distributionsvertrages (K-1).....	15
B. Wichtiger Grund.....	16
1. Exklusivitätsverletzung.....	16
2. Lieferpflichtverletzung.....	16
3. Eventualiter: Kündigungsfristen.....	16
a) Kündigung innert angemessener Überlegungsfrist.....	17
aa) Exklusivität.....	17
bb) Lieferpflichtverletzung.....	17
b) Frist nach Abmahnung (Ziff. 13.2 lit. a DV).....	17
C. Kündigungsfolgen.....	18
D. Fazit.....	18
VI. Marketingkosten 2008.....	18
A. Ausgangslage.....	18
B. Indirekte Stellvertretung.....	18
C. Interne Schuldübernahme.....	18
D. Gerichtliche Vertragsergänzung.....	19
E. Wirkung der Radiowerbung.....	20
F. Weihnachtskarten.....	20
G. Höhe bzw. Fälligkeit der Kosten.....	20
F. Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
B-1 - B-4	von der Beklagten eingereichte Beweisdokumente
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne ab 1875
BGer	Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Köln)
BK	Berner Kommentar
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf («Wiener Kaufrecht»; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1)
c/o	care of
Diss.	Dissertation
DV	Distributionsvertrag
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
et al	und andere (et alii)
EUR	Euro, Währung der Europäischen Währungsunion

f./ff.	folgende Seite(n)
Fn	Fussnote
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) (SR 221.301)
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K-1 - K-13	von der Klägerin eingereichte Beweisdokumente
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)
KS	Klageschrift
lit.	Litera = Buchstabe
Mio.	Millionen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
M&A	Mergers & Acquisitions
N	Note
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RB	Rechenschaftsbericht
S.	Seite(n)

SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TG	Thurgau
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Literaturverzeichnis

Nachstehende Werke werden mit dem Namen des Autors / der Autoren und mit der Seitenzahl zitiert, wo benötigt erfolgt eine Präzisierung.

- BARANDUN NICOLÀ, Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven, Diss. Bern, Bern 1993 [N 22]
- BERETTA PIERA, Strukturanpassungen: Fusion, Spaltung, Umwandlung, Vermögensübertragung, Basel 2006 (Schweizerisches Privatrecht, Band 8, Handelsrecht; Teilband 8) [N 18]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 [N 4; N 6]
- BINDER ANDREAS, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung: Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes, Zürich 2005 [N 13; N 14]
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 [N 21; N 36]
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008 [N 87; N 88]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 9. Auflage, Zürich 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID für Band I und GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER für Band II) [Band I: N 26; N 43] [Band II: N 81]
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 [N 42]
- HARTMANN JÜRGEN, Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Zürich 2007 [N 43]
- HARTMANN JÜRGEN/EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag, 2. Auflage, St. Gallen 1995 [N 80]
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001 [N 42; N 105]

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER(IN)) [N 5; N 7; N 9; N 38]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER(IN)) [N 17; N 52; N 54; N 83; N 104; N 118; N 122; N 124]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 3. Auflage, Basel 2008 (zit. BSK OR II-BEARBEITER(IN)) [N 29]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (zit. HUGUENIN OR-AT) [N 20; N 35; N 51; N 56; N 57; N 78; N 89]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (zit. HUGUENIN OR-BT) [N 80]
- KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 187 ff. [N 42]
- KULL MICHAEL/WILDHABER CHRISTOPH, Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008 [N 41; N 71]
- MAIER HANS JAKOB, Alleinvertriebs-Vertrag zwischen schweizerischen Lieferfirmen und ihren Abnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Zürich 1978 [N 106]
- PAETZOLD VERONIKA, Alleinvertriebsvertrag Deutschland – Schweiz, 2. Auflage, Zürich 2006 [N 106]
- REINERT MANI, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Hrsg.: Zäch Roger, Weber Rolf H., Thürer Daniel, Zürich 2004 [N 62]
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2003 [N 50]

SCHLUEP WALTER RENÉ, Innominatverträge, Separatdruck aus: Vischer Frank (Hrsg.), Obligationenrecht - besondere Vertragsverhältnisse, Schweizerisches Privatrecht, Band 7, Halbband 2, Basel 1979 [N 47; N 68; N 107]

TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003
[N 14]

VISCHER FRANK (Hrsg.), Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Halbband, Basel 1979 [N 46]

VISCHER FRANK/VISCHER ANWÄLTE UND NOTARE (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit. ZK-BEARBEITER(IN)) [N 15]

VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit. VON DER CRONE ET AL.) [N 15]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Kommentar zu Art. 68 – 96 OR, 2. Auflage, Bern 2005 [N 76]

Materialverzeichnis

Urteilsverzeichnis

Deutschland

Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs Deutschlands vom 27. November 1985,
BGHZ 96, 302 [N 21]

Schweiz

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 14. Februar 1956,
BGE 82 II 238 [N 52]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 29. April 1958,
BGE 84 II 149 [N 81]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 14. März 1961,
BGE 87 II 137 [N 26]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 22. Januar 1963,
BGE 89 II 30 [N 116]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 14. März 1967,
BGE 93 II 18 [N 111]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 18. September 1973,
BGE 99 II 176 [N 29]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 26. März 1976,
BGE 102 Ib 224 [N 19]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 25. Januar 1977,
BGE 103 II 75 [N 7]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 25. Juni 1981,
BGE 107 II 222 [N 81]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 14. Juli 1981,
BGE 107 II 216 [N 127]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 21. November 1989,
BGE 115 II 484 [N 126]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 11. Juli 1991,
BGE 117 II 218 [N 32]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 26. April 1995,
BGE 121 III 118 [N 89]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 21. November 1996,
BGE 123 III 165 [N 99]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 16. Oktober 2001,
BGE 128 III 50 [N 6; N 8]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 21. November 2001,
BGer 4C.226/2001 [N 27]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 17. Mai 2002,
BGE 128 III 265 [N 89]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 16. Mai 2003,
BGE 129 III 535 [N 77]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 4. Juli 2003,
BGer 4P.137/2002 [N 10]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 30. Mai 2005,
BGE 131 III 528 [N 125]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 28. August 2006,
BGE 132 III 715 [N 50]

Materialien

Botschaft des Bundesrats vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung,
Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), BBl 2000, S. 4337
ff. (zit. BOTSCHAFT ZUM FUSG) [N 13; N 18]

Zeitschriftenverzeichnis

Urteil des Obergerichts Thurgau vom 4. November 1982 (RB 1983 Nr. 13 (TG)) aus: SJZ 80
(1984) S. 322 ff. [N 113]

MALACRIDA RALPH, Spaltungen von Gesellschaften, ZSR 2004 I, 39 ff. [N 13]

PFEIFER MICHAEL/MEIER ANDREAS L., Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Struktur-
anpassungen, insbesondere für Spaltungen?, AJP 2004, S. 833-838 [N 18]

Internetquellen

Michael Bauer Research GmbH: <http://www.mb-research.de/_mbr/presse/MBR-Presse-2006-Aug-30.pdf>, besucht am 05.04.2009 [N 60]

Berechnung der Kaufkraft: Die durchschnittliche Kaufkraft beträgt in der BRD 15`000 Euro/ Einwohner (im Jahr), in Polen 4`000 Euro/Einwohner. Bei der prozentualen Berechnung ergibt sich (Annahme des BRD-Wertes 15`000 als 100%), dass die polnische Kaufkraft im Schnitt rund 73% niedriger liegt, als die Kaufkraft in der BRD.

Formelles

I. Vertretung

- 1 Das Moot Court Team 2 ist gehörig bevollmächtigt.

II. Anwendbares Recht

- 2 Der Bestand des Distributionsvertrages, sowie der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung, muss nach schweizerischem Recht unter Ausschluss des CISG beurteilt werden (K-1, Ziff. 19.1). Die Streitigkeit ist insbesondere unter Berücksichtigung der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern zu entscheiden (Art. 176 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 SchO; vgl. K-1, Ziff. 19.2).

III. Frist

- 3 Die vorliegende Klageantwort erfolgt innert Frist des Konstituierungsbeschlusses Nr. 1 (Ziff. 2.8).

Materielles

I. Einrede der Unzuständigkeit nach Art. 21 Abs. 1 SchO

A. Allgemeines

- 4 Die Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit rechtzeitig in der Einleitungsantwort erhoben (Art. 21 Abs. 3 SchO). Aufgrund der Kompetenz-Kompetenz ist das Schiedsgericht befugt, über Einreden, die das Bestehen der Schiedsvereinbarung betreffen, zu entscheiden (Art. 21 Abs. 1 SchO). Ebenso kann und muss das Schiedsgericht primär das Bestehen des Distributionsvertrages beurteilen (Art. 21 Abs. 2 SchO), denn es lässt sich in casu die Frage der Gebundenheit an den Distributionsvertrag (Passivlegitimation) von derjenigen der Gebundenheit an die Schiedsvereinbarung (Parteifähigkeit) nicht trennen (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 333).
- 5 Die *Beklagte* trägt hierbei die *Behauptungslast*, wobei die Klägerin die Beweislast für den Fortbestand der Schiedsvereinbarung (und des Distributionsvertrages) trägt (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 50).

B. Vorfrage

- 6 Die Beurteilung der Parteifähigkeit, als Bestandteil der subjektiven Schiedsfähigkeit, und die der Passivlegitimation bilden somit *doppelrelevante Tatsachen*, welche vorfrageweise durch das Schiedsgericht zu prüfen sind (BGE 128 III 50, 55 f.; BERGER/KELLERHALS, N 335 ff.).
- 7 Die Schiedsvereinbarung wird, entgegen dem Prinzip der Autonomie, als Bestandteil des Distributionsvertrages betrachtet. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es dem ursprünglichen Willen der Beklagten und der Bibite AG entspricht, dass die Rechte aus dem mit der Schieds-

vereinbarung verbundenen Distributionsvertrag untrennbar mit dieser verknüpft sind (vgl. BGE 103 II 75, 79 f.; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 75).

- 8 Die Beklagte wird deshalb in den folgenden Ausführungen (N 11 ff.) kundtun, dass die Schiedsvereinbarung als Bestandteil des Distributionsvertrages (vgl. BGE 128 III 50, 56) durch den Übernahmevertrag zwischen der Beklagten und der Bibite AG auf dieselbe rechtsgültig übertragen worden ist.
- 9 Diese Vertragsübernahme bewirkte, dass die Beklagte aus dem Schuldverhältnis ausgeschieden ist und in ihrer gesamten Rechtsstellung, d.h. in Bezug auf alle Rechte und Pflichten, durch die Bibite AG abgelöst wurde (vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 77).
- 10 Als Folge dieser Übernahme ist die Beklagte nicht mehr Partei des Distributionsvertrages, respektive der damit verbundenen Schiedsvereinbarung, was die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes begründet (vgl. BGer 4P.137/2002 vom 4. Juli 2003, E. 3.2).

II. Passivlegitimation

- 11 Zur Beurteilung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird an dieser Stelle das Nichtbestehen des Distributionsvertrages dargelegt und aufgezeigt, dass die Beklagte nicht mehr Trägerin von Pflichten desselben ist.

A. Übernahmevertrag

1. Anwendbarkeit von Art. 181 Abs. 1 OR

- 12 Am 25. Mai 2005 vereinbarte die Beklagte rechtsgültig die Übernahme ihrer Vertriebsabteilung mit der Bibite AG nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR (B-1, Ziff. 2.1.1). Die Klägerin hat zu Recht erkannt, dass sich eine Vertragsübernahme einer im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaft nach den Vorschriften von Art. 181 Abs. 4 OR richtet (KS, N 4).
- 13 Betrachtet man den Wortlaut von Art. 181 Abs. 4 OR, so ergibt sich jedoch kein Hinweis, dass sich die Übernahme zwingend und ausschliesslich nach den Vorschriften des FusG zu richten hat. Zum gleichen Schluss kommt man beim korrespondierenden Art. 69 FusG (vgl. MALACRIDA, Fn 23). Die Botschaft zum FusG schliesst ebenso die Zulässigkeit von Vermögensübertragungen durch Singularsukzession auf der Aktiv- und auf der Passivseite nicht explizit aus (BOTSCHAFT ZUM FUSG, S. 4492; BINDER, S. 27).
- 14 Die Behauptung, die Beklagte beabsichtigte die Formerfordernisse zu umgehen, ist nicht zutreffend (KS, N 6). Denn die Vermögensübertragung durch Singularsukzession auf der Aktiv- und auf der Passivseite hat sich in der Praxis etabliert, bei M&A-Transaktionen zeigt sich sogar ein enormes Bedürfnis nach dieser Übertragungsart (BINDER, S. 27; TSCHÄNI, S. 91).
- 15 Eine Übertragung des Geschäfts ist demnach durch Singularsukzession (ZK-BERETTA, Vor Art. 69-77 N 35) sowie durch die Anwendung des FusG (VON DER CRONE ET AL., N 813) möglich.

16 Es wird deshalb in Kapitel B (N 17 f.) die Vertragsübertragung im Rahmen des FusG analysiert und in Kapitel C (N 20 ff.) die Vertragsübertragung als eigenes Rechtsinstitut thematisiert.

B. Vertragsübertragung im Rahmen des FusG

17 Die im Übernahmevertrag enthaltene Vertragsanpassungsklausel (B-1, Ziff. 7.1.1) erlaubt es dem Schiedsgericht zur Lückenfüllung, für den widerrechtlichen Teil (B-1, Ziff. 2.1.1), auf dispositives Gesetzesrecht zurückzugreifen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 81).

18 Die Klägerin tut dies durch die analoge Anwendung des FusG (KS, N 8 ff.). Insbesondere greift sie auf das neue Rechtsinstitut der partiellen Universalsukzession (Art. 73 Abs. 2 FusG) zurück, durch welches der Distributionsvertrag als ganzes Vertragsverhältnis hätte übertragen werden können (KS, N 8). Eine solche Lückenfüllung mittels Anwendung von Teilen des FusG auf einen Sachverhalt ausserhalb des FusG widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck der Regelung des FusG (PFEIFER/MEIER., S. 835; BOTSCHAFT ZUM FUSG, S. 4362 (Vermögensübertragung als Ergänzung bzw. Spezialgesetz zu Art. 181 OR)). Mit dem neuen Rechtsinstitut weicht das FusG bewusst vom allgemeinen Grundsatz der Universalsukzession ab und stellt diesem Sonderfall eine Vielzahl von Regelungen zur Seite. Es ist deshalb nicht möglich, unter Berufung auf das FusG, das Prinzip der partiellen Universalsukzession im Rahmen eines anderen Vorgangs anzuwenden, welcher nicht im FusG geregelt ist (BERETTA, S. 48).

19 In casu besteht also keine Gesetzeslücke, weshalb sich eine analoge Anwendung des FusG nicht rechtfertigt. Denn gemäss neuerer Auffassung ist eine Lückenfüllung nur möglich, wenn die gesetzliche Regelung "nach den dem Gesetze zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet" werden muss (BGE 102 Ib 224, 225 f.).

C. Vertragsübertragung durch tripartiten Vertrag sui generis

20 Da eine analoge Anwendung von Art. 175 ff. OR für die Übertragung von ganzen Vertragsverhältnissen nicht geeignet ist, muss auf die Vertragsübernahme als eigenes Rechtsinstitut zurückgegriffen werden (HUGUENIN OR-AT, N 1423 ff.).

1. Allgemeines

21 Die Vertragsübernahme kann durch einen dreiseitigen Vertrag sui generis zwischen den Parteien und der nachträglichen Zustimmung der Dritten erfolgen (BGHZ 96, 302, 308; BUCHER, S. 592 f.). In casu schloss die Beklagte mit der Bibite AG einen solchen Vertrag, die Klägerin hat diesem nachträglich zugestimmt. In den folgenden Ausführungen wird die nachträgliche Zustimmung der Klägerin dargelegt.

2. Zustimmung

22 Die Zustimmung im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages sui generis kann durch konkludentes Handeln erfolgen (BARANDUN, S. 74). Entgegen der Ansicht der Klägerin wird aufgezeigt,

dass es zu einer konkludenten Zustimmung, unter Wahrung der Formerfordernisse, gekommen ist.

a) Handlungen

- 23 Seit der Übernahme der Vertriebsabteilung vom 25. Mai 2005 gab es mehrere Indizien, welche die Klägerin, bezüglich der Vertriebsübernahme, hätten hellhörig machen sollen. Ein erstes Indiz stellt die Bezahlung von Rechnungen dar, welche durch die Bibite AG ausgestellt wurden (K-13, Ziff. 4). Dabei ist auf dem Briefkopf ausdrücklich, zentriert und in fetten Lettern die Adresse der Bibite AG ersichtlich. Im Oktober 2005 informierte die Beklagte die Klägerin mündlich über den Wechsel und händigt eine Visitenkarte aus (K-13, Ziff. 4).
- 24 Die entscheidende Handlung besteht jedoch in der Zustimmung zur Ausweitung des Distributionsvertrages zwischen der Klägerin und der Bibite AG (B-3). Das Schreiben wird von Herrn Kölle, dem Geschäftsführer der Distribujet GmbH, unterzeichnet und an die Bibite AG retourniert.
- 25 Die Klägerin betrachtet die Anerkennung eines neuen Vertragspartners und die Erweiterung der Produktpalette als sachfremd und macht einen qualifizierten Motivirrtum geltend, welcher unseres Erachtens nicht gerechtfertigt ist (KS, N 19).

b) Verneinung des qualifizierten Motivirrtums

- 26 Eine Voraussetzung des Grundlagenirrtums nach Art. 21 Abs. 1 Ziff. 4 OR besteht in der *subjektiven Wesentlichkeit*. Darunter versteht man, dass die irrende Partei einen Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie den fraglichen Sachverhalt richtig eingeschätzt hätte (BGE 87 II 137, 138; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 779 f.). Folgende Punkte gilt es in casu besonders zu beachten:

aa) Tatsächliche Verhältnisse

- 27 Um die subjektive Wesentlichkeit zu beurteilen, gilt es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Zustimmung abzustellen (BGer 4C.226/2001 vom 21. November 2001, E. 5), also auf die Verhältnisse bis und mit 10. Mai 2006.
- 28 Die Klägerin hatte zu diesem Zeitpunkt nichts gegen den Wechsel des Vertragspartners einzuwenden, zumal die Problematik des Parallelimportes erst am 12. August 2006, also gute drei Monate später, bemängelt wird (K-2).

bb) Verletzung der Sorgfaltspflicht nach Art. 812 Abs. 1 OR

- 29 In dem fahrlässigen Vorgehen der Klägerin sieht die Beklagte eine Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 812 Abs. 1 OR. Bei einer solchen Sorgfaltspflichtverletzung gilt es den Sorgfaltsmassstab zu objektivieren (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 812 N 5; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3 ff.). Man stellt auf das Verhalten ab, welches billigerweise von einem abstrakt vorgestellten und ordnungsgemäss handelnden Geschäftsführer in einer vergleichbaren Situation zu erwarten wäre (vgl. BGE 99 II 176, 179).

- 30 Aufgrund der bereits aufgezeigten Indizien unter N 23 f., hätte der Geschäftsführer aufmerksam werden und in Kontakt mit der Beklagten treten müssen. Als Geschäftsführer sollte man einen Vertrag nicht unterzeichnen, bevor man ihn genau gelesen hat (K-13, Ziff. 6). Hätte er den Vertrag gelesen, dann wäre ihm der Briefkopf der Bibite AG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aufgefallen. Durch das Unterlassen dieser Handlung begann Herr Kölle, als Geschäftsführer, eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 812 Abs. 1 OR.
- 31 Der Einwand der Klägerin, dass die Briefe (K-2 und K-4) an die Beklagte mit dem Vermerk c/o adressiert waren, zeigt sogar, dass die Klägerin sich einer Unsicherheit bewusst war, jedoch keine Schritte einleitete, um diese zu klären.

cc) Rechtsfolge der Sorgfaltspflichtverletzung

- 32 „Kümmert sich jemand bei Vertragsabschluss nicht um die Klärung einer bestimmten Frage, obwohl es auf der Hand liegt, dass diese sich stellt, so darf die Gegenpartei daraus grundsätzlich den Schluss ziehen, dieser Punkt sei für den Partner im Hinblick auf den Vertragsabschluss nicht von Bedeutung“ (BGE 117 II 218, 223 f.).
- 33 Bei der Klärung dieser bestimmten Frage handelt es sich um das Auftreten der Bibite AG als neuer Vertragspartner. Das sorgfaltswidrige Unterlassen der Klärung bezüglich der Frage, ob die Bibite AG neuer Vertragspartner ist, kann nicht zulasten der Beklagten ausgelegt werden. Folglich durfte die Beklagte spätestens in diesem Zeitpunkt von einer Zustimmung zum Distributionsvertrag ausgehen, zumal die Beklagte davon ausging, dass die Klägerin den Serienbrief zur Betriebsübernahme (Anhang zu B-2) erhalten hat.

dd) Zwischenfazit

- 34 Durch das sorgfaltswidrige Unterlassen einer Fragepflicht und durch die Unterzeichnung der Vertragserweiterung mit der Bibite AG ist eine konkludente Zustimmung gegeben.

c) Antrag

- 35 Die Vertragserweiterung (B-3) kann auch als Antrag auf vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der Bibite AG qualifiziert werden. Die Voraussetzungen des Antrags (HUGUENIN OR-AT, N 211) sind durchwegs erfüllt: Die Vertragsparteien sind bestimmt (Klägerin und Bibite AG), die wesentlichen Vertragspunkte sind durch den Verweis auf den Distributionsvertrag festgelegt und der Antrag konnte mit einem schlichten «Ja», in Form der Unterschrift, angenommen werden. Die Annahme der Vertragserweiterung ist auch der späteste Zeitpunkt, in dem der Klägerin hätte klar sein müssen, dass sie mit der Bibite AG ein tatsächliches Vertragsverhältnis unterhält, dem sie nun auch *schriftlich zugestimmt* hat.

d) Wahrung der Formerfordernisse

- 36 Beim dreiseitigen Vertrag sui generis sind die Formerfordernisse der zu übertragenden Vertragsbeziehung einzuhalten (BUCHER, S. 593). Gemäss Ziff. 20 des Distributionsvertrages (K-1) bedürfen alle Ergänzungen und Änderungen (dieses Vertrages) der Schriftform und der

Unterschrift beider Parteien. Die Beklagte hat die Vertragserweiterung (B-3) unterzeichnet. Dadurch gibt sie nicht nur ihre konkludente Zustimmung zum Vertragsübergang sowie ihre explizite Zustimmung zur Vertragserweiterung, sie stimmt auch schriftlich einem Vertragsverhältnis mit der Bibite AG zu. Durch die Unterschrift der Klägerin wurde den Formerfordernissen des tripartiten Vertrages genüge getan.

D. Fazit

- 37 Der Distributionsvertrag ist rechtsgültig von der Beklagten auf die Bibite AG übergegangen. Die Vertragsübernahme bewirkt, dass die Beklagte nicht mehr Partei des Distributionsvertrages und der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung ist. Der Beklagten kommt deshalb im vorliegenden Verfahren *keine Passivlegitimation* und *keine Parteifähigkeit* zu.
- 38 Die Schiedsvereinbarung ist somit durch Rechtsnachfolge erloschen (vgl. BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 17; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 73 ff.). Folglich ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu verneinen und auf die Klage sei nicht einzutreten.

E. Eventualiter

- 39 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten Zuständigkeit und Passivlegitimation bejahen, nimmt die Beklagte rein vorsorglich Stellung zu den gegen sie erhobenen Ansprüchen.

III. Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte

A. Vertragliche Verpflichtungen der Beklagten

1. Verpflichtungen aus Distributionsvertrag

- 40 Im Distributionsvertrag (K-1, Ziff. 2.2) wird der Klägerin ein ausschliessliches Recht zum Vertrieb des Vertragsproduktes Sharp Requiem gewährt. Die Klägerin macht nicht geltend, dass ihr im Vertrag ein absoluter Gebietsschutz eingeräumt wurde (Einleitungsanzeige vom 9. Juni 2008). Es ist somit unbestritten, dass sich die Klägerin nur auf die Verletzung des Exklusivitätsrechts beruft.

2. Nichtanwendung von Art. 418f OR

- 41 Die agenturrechtlichen Bestimmungen können auf den Alleinvertriebsvertrag nur sehr beschränkt analog angewendet werden. Ein Grund ist die unterschiedliche Einordnung des Abnehmers bzw. Agenten in das Vertriebssystem (KULL/WILDHABER, N 206).
- 42 Der Abnehmer handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (KUHN, S. 203). Er wird vom Lieferanten weitgehend unabhängig unternehmerisch tätig. Der Agent steht dagegen in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber und ist auf eine starke Unterstützung desselben angewiesen (HONSELL, S. 342). Eine analoge Anwendung des Art. 418f OR auf das Exklusivitätsrecht der Klägerin rechtfertigt sich deshalb nicht (GUHL/KOLLER, § 40 N 6).

3. Subjektive Auslegung nach Art. 18 Abs. 1 OR

- 43 Das Exklusivitätsrecht der Klägerin verbleibt als Element sui iuris (HARTMANN, S. 21). Um die Pflichten der Beklagten zu bestimmen, ist Ziff. 3.2 des Distributionsvertrages (K-1) nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 207 ff.).
- 44 Der Zweck von Ziff. 3.2 (K-1) liegt darin, der Klägerin als einzige Abnehmerin in der BRD ein Vertriebsrecht einzuräumen. Weder die Beklagte noch ihr polnischer Alleinvertreter haben aktiv Werbung oder Verkäufe für die BRD getätigt (K-3). Die Beklagte ist weder verpflichtet jegliche Importe durch Dritte in das Vertragsgebiet der Klägerin zu unterbinden, noch der Klägerin einen Preisnachlass auf die Einkaufspreise zu gewähren.
- 45 Ziff. 8.3 des Distributionsvertrages (K-1) bestätigt, dass die Parteien bei Vertragsschluss mit Parallelimporten rechneten. Die Klägerin kann deshalb aus Art. 18 Abs. 1 OR keine Pflicht der Beklagten zu einem Preisnachlass ableiten.

B. Keine positive Vertragsverletzung aus Art. 97 Abs. 1 OR

1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht

a) Schlechterfüllung

- 46 Der Lieferant trägt die Hauptpflicht, das Exklusivitätsrechts des Abnehmers zu gewährleisten (VISCHER, S. 845). Die Beklagte hat das Vertragsprodukt immer exklusiv an die Klägerin geliefert, und auch keinen Dritten mit dem Import des Produktes in die BRD beauftragt. Die von der Klägerin geltend gemachten Parallelimporte entstehen durch Dritte, die aus Polen in die BRD importieren. Eine Schlechterfüllung liegt folglich nicht vor.

b) Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht

- 47 Den Lieferant trifft die Nebenpflicht, den Abnehmer bei dessen Vertriebsförderung zu unterstützen. Dies geschieht durch Beschaffung der für den Verkauf notwendigen Informationen (SCHLUEP, S. 845).
- 48 Die Klägerin hat von der Beklagten seit dem Beginn der Parallelimporte bis zur Kündigung (10. September 2006 bis 30. April 2008) nie Informationen über die Quellen der Importe verlangt. Die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht der Beklagten ist somit zu verneinen.

2. Schaden

- 49 Die Klägerin behauptet einen Schaden aus entgangenem Gewinn (KS, N 48; KS, N 55).

3. Hypothetische Kausalität

- 50 Ein Unterlassen ist nur auf den natürlichen Kausalzusammenhang zu prüfen (REY, N 591 ff.). Die Beweislast der Kausalität liegt bei der Klägerin (BGE 132 III 715, 718 ff.). Ob die Beklagte eine Pflicht zum Handeln traf, ist mit der Prüfung des Verschuldens abzuklären (REY, N 603).

4. Verschulden

51 Die Schuldnerin kann sich von der Vermutung des Verschuldens befreien, wenn sie einen Exkulpationsbeweis erbringt (HUGUENIN OR-AT, N 631).

5. Exkulpation der Beklagten

a) Nichtanwendung von Art. 111 OR

52 Es liegt kein Garantievertrag vor, wenn der Promittent sich zu bemühen verspricht, Dritte zu einer Leistung oder einem Unterlassen zu bringen. Ebenso handelt es sich nicht um eine Garantie, wenn der Promittent nur eine Auskunft erteilen will, berät oder empfiehlt (BGE 82 II 238, 247; BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 10).

53 Bei den Bemühungen der Beklagten, die Quellen der Parallelimporte aus Polen zu eruieren, handelt es sich um eine reine Hilfeleistung aus Gefälligkeit. Auch der gewährte Preisnachlass auf den Einkaufspreis stellt keine Verpflichtung aus dem Vertrag dar. Die Beklagte wollte die Klägerin damit lediglich unterstützen, in dem sie zu veranlassen versuchte, dass die Klägerin attraktiver gegenüber den Grosshändlern offerieren konnte (K-3). Entgegen der Behauptung der Klägerin, gab die Beklagte jedoch nie ein Garantieverprechen ab (KS, N 31).

54 Nur die Gewährleistung eines absoluten Gebietschutzes gegen Dritte läuft auf ein Garantieverprechen hinaus (BSK OR I- SCHLUEP/AMSTUTZ, Vor Art. 184 N 131; vgl. vorne N 40).

b) Zweck von Ziff. 8.3 des Distributionsvertrages (K-1)

55 Ziff. 8.3 DV (K-1) zeigt, dass die Parteien bei Vertragsschluss Parallelimporte voraussahen und diesem Phänomen mit der jährlichen Anpassung der Minimalverkaufszahlen Rechnung tragen wollten. Der Zweck dieser Bestimmung ist durch die subjektive und die objektivierte Auslegung zu bestimmen.

aa) Subjektive Auslegung

56 Der wirkliche Wille der Vertragsparteien ist anhand von Indizien zu ergründen (HUGUENIN OR-AT, N 263). Aus der Unterzeichnung des Vertrages kann die Kenntnis des Inhalts vorausgesetzt werden. Die Klägerin wusste deshalb bei Vertragsschluss, dass sie in ihrer Tätigkeit als Abnehmerin mit Parallelimporten konfrontiert würde. Sie erklärte sich damit einverstanden, dass die Beklagte die Absatzbeeinträchtigungen mittels jährlicher Anpassungen der Minimalverkaufszahlen berücksichtigen wird.

bb) Objektivierter Auslegung gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB

57 Auch nach der objektivierten Auslegung (Art. 2 Abs. 1 ZGB) hätte die Klägerin als vernünftig und redlich handelnde Partei mit Konkurrenz aus Parallelimporten rechnen müssen (HUGUENIN OR-AT, N 264).

cc) Fazit

58 Aus dem Distributionsvertrag ergibt sich, dass die Vertragsparteien anhand der Reduktion der Minimalverkaufszahlen und nicht mit der Gewährung eines Preisnachlasses gegen Parallelim-

porte vorgehen wollten. Eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten zum Preisnachlass war somit nie vorhanden und sei vom Schiedsgericht abzuweisen.

c) Preismissbrauch gem. Art. 12 PüG

- 59 Eine missbräuchliche Beibehaltung eines Preises nach Art. 12 PüG liegt vor, wenn der Preis nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt ist. Die Klägerin hat bis zum Zeitpunkt der Kündigung die Minimalverkaufszahlen immer mühelos erreicht (K-1, Ziff. 8.1). Dies bedeutet, dass sich die Marktverhältnisse nie unerwartet so stark geändert haben, dass die Beklagte zu einem Preisnachlass verpflichtet gewesen wäre. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte darüber, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt. Ein Preismissbrauch der Beklagten ist folglich zu verneinen.

d) Kaufkraft

- 60 Die Kaufkraft in Polen ist beinahe 73% (vgl. Berechnung vorne S. XIV) tiefer als in der BRD (http://www.mb-research.de/_mbr/presse/MBR-Presse-2006-Aug-30.pdf), besucht am 05.04.2009). Die Berücksichtigung des Kaufkraftgefälles der Beklagten ist durchaus legitim. Würde sie den Einkaufspreis in Polen für das Produkt erhöhen, hätte dies eine Abnahme der Rentabilität zur Folge. Die Forderung der Klägerin, die Beklagte habe den Einkaufspreis innerhalb der BRD der jeweiligen Kaufkraft, vor allem mit Berücksichtigung der östlichen Länder, anzupassen, ist ungerechtfertigt (KS, N 35). Der Nationalstaat als Vertragsgebiet ist der Regelfall. Des Weiteren verwendet die Beklagte bei der Berechnung des Einkaufspreises für die BRD bereits einen Mittelwert aus den Kaufkräften der Bundesländer.
- 61 Im Übrigen setzt die Beklagte nur den Einkaufspreis fest. In der Ausgestaltung der Höhe des Verkaufspreises, ist die Klägerin völlig frei. Es läge folglich an ihr, den regionalen Schwankungen Rechnung zu tragen.

e) Zulässige Preisdifferenzierung

- 62 Eine Preisdifferenzierung zwischen dem Einkaufspreis der Klägerin und des polnischen Alleinvertreters ist, entgegen der Behauptung der Klägerin, zulässig (KS, N 34), wenn die Beklagte über Marktmacht in den betreffenden Gebieten verfügt, und in Polen und der BRD eine unterschiedliche Nachfrageelastizität besteht (REINERT, S. 163).

aa) Einzelne Marktmacht

- 63 Gem. Ziff. 1 des Distributionsvertrages (K-1) assoziieren die Konsumenten mit dem Gesundheitsdrink Sharp Requiem ein hochklassiges, weltweit bekanntes Produkt. Bei einer Verkaufspreiserhöhung ist davon auszugehen, dass die Konsumenten nicht auf ein ähnliches Produkt umsteigen würden. Dies, weil erstens auf dem Getränkemarkt die Gesundheitsdrinks noch nicht stark ausgeprägt sind, die Konkurrenz also schwach ist, und die Kunden auch die hochstehende Qualität des Produktes sehr schätzen. Die Substituierbarkeit ist somit zu verneinen.

64 Die Beklagte beherrscht den räumlichen Markt ihres Produktes in Polen und Deutschland, da sie selber die Produzentin desselben ist, und bestimmt, wo und welche Anzahl des Produktes abgesetzt wird. Die Beklagte verfügt somit über Marktmacht.

bb) Unterschiedliche Nachfrageelastizität

65 Das Kaufkraftgefälle zwischen der BRD und Polen ist unbestritten.

cc) Fazit

66 Die Preisdifferenzierung der Beklagten zwischen Polen und der BRD ist rechtmässig.

f) Kontingentierung

67 Die Klägerin schlug eine gezielte Einschränkung der Liefermenge an den polnischen Alleinvertreter vor (KS, N 39). Sie liess jedoch ausser Acht, dass zwischen der Beklagten und dem polnischen Distributor ein Vertrag besteht. Der polnische Alleinvertreter hat sich sogar vertraglich dazu verpflichtet, stets eine genügende Quantität des Produktes an Lager zu halten, welche die Nachfrage der Konsumenten im Vertragsgebiet für die Dauer von mindestens einem Monat deckt (vgl. K-1, Ziff. 4.4 i.V.m. B-4). Die Einhaltung dieser Klausel wäre unter Umständen unmöglich geworden, wenn die Beklagte eine Kontingentierung vorgenommen hätte. Sie hätte sich folglich ihrem polnischen Alleinvertreter gegenüber vertragswidrig verhalten.

g) Nachforschungspflicht

68 Den Lieferanten trifft die Pflicht, den Abnehmer bei dessen Vertriebsförderung zu unterstützen. Er soll alle Informationen für den Verkauf bereitstellen (SCHLUEP, S. 845). Die Beklagte stellt, gleich nach der ersten Mitteilung der Klägerin, sicher, dass ihr polnischer Distributor keine Vertragsverletzung begeht, und gibt diese Information an die Klägerin weiter. Sie ist des Weiteren bemüht, die Quellen der Parallelimporte zu eruieren (K-3). Es sei festzustellen, dass die Beklagte ihrer Nachforschungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist.

h) Trockenlegung der Graumärkte als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG

69 Bestehen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen bezüglich der exklusiven Zuweisung von Gebieten, wird der Verstoss gegen das KG vermutet. Die Klägerin verlangt eine vollständige Trockenlegung der Graumärkte durch die Beklagte (KS, N 37). Dies wäre eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, die gegen das KG verstösst.

i) Lösungsbereitschaft

70 In dem die Beklagte der Klägerin einen Preisnachlass gewährt hat, obwohl sie dazu vertraglich nicht verpflichtet war, zeigte sie ihre Kooperationsbereitschaft. Durch das aggressive Verhalten der Klägerin, bei dem Bestehen auf die nicht gerechtfertigte Schadenersatzforderung, gefährdete sie den Bestand des Vertrages (K-10).

71 Die Klägerin verkennt auch die positiven Auswirkungen der zunehmenden Konkurrenz innerhalb der BRD. Die Bekanntheit des Vertragsproduktes wächst, ohne dass der Abnehmer etwas dazu beitragen müsste (KULL/WILDHABER, N 233).

j) Fazit

72 Die Beklagte hat sich keines pflichtwidrigen Unterlassens schuldig gemacht, da der Distributionsvertrag keine Pflicht zum Preisnachlass statuiert. Die Entschädigungsforderung aus Parallelimporten der Klägerin sei zurückzuweisen.

C. Fazit

73 Da sich die Beklagte keines Unterlassens schuldig gemacht hat, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz. Eine Verletzung des Exklusivitätsrechts der Klägerin sei somit zu verneinen .

IV. Keine Lieferpflichtverletzung durch die Beklagte

A. Vertragliche Regelung

74 Die Parteien haben sich im Distributionsvertrag darüber geeinigt, dass die Beklagte im Falle des Zahlungsverzuges der Klägerin berechtigt ist, Vorauszahlung für Lieferungen des Produktes zu verlangen oder die Lieferung einzustellen (K-1, Ziff. 5.5).

B. Zahlungsverzug der Klägerin

75 Im Folgenden wird dargelegt, dass sich die Klägerin mit der Zahlung von Rechnungen für Lieferungen des Produktes vom 01. Februar 2008 in Verzug befunden hat.

1. Zahlungsfrist

76 Die Rechnungen waren auf den 01. Februar 2008 (K-7) datiert und sind am 05. Februar 2008 bei der Klägerin eingegangen (Beschluss Nr. 2, Ziff. 19). Nach Distributionsvertrag hat die Klägerin *Lieferungen innert 60 Tagen nach Erhalt der Rechnung zu bezahlen* (K-1, Ziff. 5.5). Die Zahlungsfrist beginnt gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 77 Abs. 2 OR am darauffolgenden Tag, also am 06. Februar 2008, zu laufen. Der Tag, auf den das auslösende Ereignis fällt, ist nicht mitzurechnen (BK-WEBER, Art. 77 N 12). Es handelt sich um eine fortlaufende Frist, bei welcher alle Kalendertage, auch Sonn- und Feiertage, mitzuzählen sind (BK-WEBER, Art. 77 N 8). Das Ende der Zahlungsfrist fällt demnach auf den 05. April 2008.

2. Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 OR

a) Fälligkeit und Leistungsmöglichkeit

77 Voraussetzung des Schuldnerverzuges i.S.v. Art. 102 OR ist eine fällige Forderung. Fällig ist eine Forderung, wenn der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss (BGE 129 III 535, 541). Die Leistung ist am 05. April 2008 fällig. Die Klägerin hat die geforderte Zahlung von EUR 2'900'000.- bis zu diesem Zeitpunkt nicht erbracht (K-7).

78 Leistungsmöglichkeit liegt auf jeden Fall vor, da das Aufbringen von Geld rechtlich gesehen nie unmöglich ist (HUGUENIN OR-AT, N 650).

b) Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.v. Art. 82 OR

- 79 Die Klägerin könnte allenfalls davon ausgegangen sein, dass der Verzug nicht eingetreten ist, weil sie vom Leistungsverweigerungsrecht i.S.v. Art. 82 OR Gebrauch machen wollte. Die Klägerin ist zu Unrecht der Auffassung, dass die Beklagte ihr Exklusivitätsrecht im Vertragsgebiet verletzt habe (vgl. vorne N 40 ff.). Es scheint nahe liegend, dass die Klägerin aufgrund dieser Fehlvorstellung mit der Weigerung, die Rechnungen für Lieferungen zu bezahlen, die Beklagte unter Druck setzen wollte.
- 80 Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann aber einerseits nicht erhoben werden, weil die Beklagte das Exklusivitätsrecht der Vertragspartnerin, und damit ihre vertraglichen Pflichten, nie verletzt hat. Andererseits gehören die betroffenen Leistungen zwei verschiedenen Ebenen des doppelsynallagmatischen Alleinvertriebsvertrages an. Eine allfällige Verletzung der Exklusivität des Händlers gehört ins Alleinvertriebsverhältnis und steht dessen Pflicht zur Verkaufsförderung gegenüber. Die Pflicht des Händlers, Lieferungen der vereinbarten Ware zu bezahlen, stellt ein Element des Kaufverhältnisses dar und ist als Gegenstück zur Lieferpflicht des Lieferanten zu qualifizieren (HUGUENIN OR-BT, N 1490 ff.; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 15).
- 81 Eine Zahlungsverweigerung der Klägerin als Reaktion auf die zu Unrecht geltend gemachte Exklusivitätsverletzung tritt als *Leistungsverweigerung „über das Kreuz“* auf. Dies ist gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre unzulässig (BGE 84 II 149, 150; vgl. BGE 107 II 222, 223; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2223).
- 82 Somit kann die Klägerin die Einrede des nicht erfüllten Vertrages der Beklagten nicht wirksam entgegen halten.

c) Mahnung

- 83 Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Das heisst, der Gläubiger muss dem Schuldner erklären, dass er unverzüglich die Erbringung der fälligen Leistung beansprucht (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 5). Der Rechtsdienst der MultiDrink Holding AG informierte die Klägerin am 10. April 2008 darüber, dass sie sich mit der Zahlung von Rechnungen für Lieferungen in der Höhe von EUR 2'900'000.- in Verzug befinde und forderte sie auf, den ausstehenden Betrag bis spätestens am 17. April 2008 zu begleichen (K-7).
- 84 Dem Schreiben der Klägerin vom 14. April 2008 (K-8) zu Folge ist ihr die Mahnung der Beklagten zugegangen. Damit ist sie wirksam in Verzug gesetzt worden.

d) Fazit

- 85 Die Beklagte befindet sich mit Zugang der Mahnung, also spätestens am 14. April 2008 (vgl. K-8), im Schuldnerverzug im Sinne von Art. 102 OR.

3. Verrechnung mit der ungerechtfertigten Schadenersatzforderung von 10 Mio. EUR

- 86 Es ist denkbar, dass die Klägerin im Glauben gehandelt hat, die Forderung der Beklagten aus Lieferungen mit der von ihr geltend gemachten Schadenersatzforderung in der Höhe von 10 Mio. Euro zu verrechnen. Zu dieser Vermutung gibt der eingeschriebene Brief vom 03. April 2008 (K-6) Anlass. Die Klägerin stellt darin der Beklagten den ihr angeblich aus den Parallelimporten erwachsenen Schaden in Rechnung.
- 87 Die Voraussetzungen i.S.v. Art. 120 OR sind aber schon insoweit nicht erfüllt, als keine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte existiert (vgl. vorne N 40 ff.). Die wirksame Verrechnung setzt auf beiden Seiten eine gültige Forderung voraus (FURRER/MÜLLER-CHEN, N 48).
- 88 Zudem würde es ein widersprüchliches Verhalten darstellen, wenn die Klägerin am 21. April 2008 (K-10) die Marketingkosten mit den bis dahin noch ausstehenden Zahlungen für Lieferungen verrechnet, welche sie am 03. April 2008 aber bereits mit ihrer vermeintlichen Schadenersatzforderung verrechnete. Die Wirkung der rechtmässigen Verrechnung tritt sofort mit Verrechnungserklärung ein (FURRER/MÜLLER-CHEN, N 73). Die Klägerin würde also eine aus ihrer Sicht bereits getilgte Forderung doppelt verrechnen und somit zweimal begleichen.

C. Auslegung der Vertragsklausel

1. Parteiwille

- 89 Die Parteien haben sich im Distributionsvertrag nicht darüber geäußert, wann das Recht der Beklagten, von der Klägerin Vorauszahlung zu verlangen, wegfällt. Aufgrund dessen ist an dieser Stelle die vertragliche Abmachung (K-1, Ziff. 5.5) normativ auszulegen und der mutmassliche Parteiwille nach Vertrauensprinzip zu ermitteln (BGE 128 III 265, 267; BGE 121 III 118, 123; HUGUENIN OR-AT, N 264 f.).
- 90 Vor dem Hintergrund von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) kann angesichts der konkreten Umständen davon ausgegangen werden, dass die Parteien die entsprechende Klausel in den Vertrag aufgenommen haben, um das Kreditrisiko der Lieferantin zu verringern und ihr eine Sicherungsmassnahme in die Hand zu geben.

2. Kreditrisiko

- 91 Die Zahlungsmoral der Klägerin war bis zum Februar 2008 einwandfrei. Der Verzug der Klägerin stellt also einen Einzelfall dar. Wären die geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien ungetrübt, würde ein derartiges Versäumnis nicht unbedingt dazu Anlass geben, die Klägerin als Kreditrisiko zu qualifizieren. Unter den aktuellen Begebenheiten, muss diesem Einzelfall aber eine höhere Bedeutung zugemessen werden.
- 92 Die Klägerin hat nach ihren Angaben einen Schaden in Millionenhöhe erlitten (K-4, K-6) und fast 50% des Marktes verloren (Einleitungsanzeige I. (5)). Das heisst u.a., dass sie Umsatzeinbussen in nicht geringer Höhe zu verzeichnen haben dürfte und ihre Einnahmen wohl auch in naher Zukunft noch rückläufig sein werden.

- 93 Als weiteres Indiz für einen Liquiditätsengpass kann der Umstand gewertet werden, dass die Klägerin zum ersten Mal während der gesamten Vertragsdauer von über dreieinhalb Jahren mit der Zahlung von Rechnungen in Verzug geraten ist. Dies lässt vermuten, dass ihr die nötigen liquiden Mittel nicht zur Verfügung gestanden haben, und sie die Rechnungen schlicht nicht begleichen konnte.
- 94 Hinzu kommt die teilweise Verrechnung der ausstehenden EUR 2'900'000.- mit den Marketingkosten durch die Klägerin am 21. April 2008 (K-10). Die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise wird hier nicht bestritten. Allerdings bestärkt es die Beklagte weiter in der Annahme, dass die Klägerin sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet. Niemals zuvor hat die Klägerin Forderungen der Beklagten mittels Verrechnung getilgt (K-11). Es gehörte während der langjährigen geschäftlichen Beziehungen auch nie zur Übung der Parteien gegenseitige Forderungen zu verrechnen. Diese Art der Tilgung deutet unter Berücksichtigung der bereits ausgeführten Anhaltspunkte darauf hin, dass die Klägerin zurzeit mit geringen liquiden Mitteln auskommen muss.
- 95 Entgegen der wiederholten Bekräftigung der Klägerin, dass sie sich nicht in einem Liquiditätsengpass befinde (KS, N 59; KS, N 69 f.), ist es für die Beklagte somit unumgänglich von einem solchen auszugehen. *Der Sinn der Vertragsklausel besteht darin, die Lieferantin vor allfälligen Debitorenverlusten zu schützen.* Das Recht auf Vorkasse zu bestehen, fällt nicht weg mit Bezahlung der Schuld. Denn wenn ein Unternehmen einmal in Zahlungsverzug geraten ist, ist die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Verzuges massiv gesteigert.
- 96 Der Wortlaut der Ziff. 5.5 des Distributionsvertrages (K-1) ist also dahingehend auszulegen, dass die Beklagte im Falle eines Zahlungsverzuges der Klägerin so lange das Recht hat, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen, als die Klägerin für sie ein Kreditrisiko darstellt.

3. Usanz im Geschäftsverkehr

- 97 Die Klägerin behauptet, es sei handelsüblich, dass das Recht auf Verlangen von Vorauszahlung dahinfalle, sobald der Schuldner die ausstehenden Zahlungen vorgenommen habe (KS, N 59 f.). Dabei übersieht sie, dass damit der Zweck der diskutierten Vertragsklausel völlig unterlaufen würde. Der Lieferant soll eine Möglichkeit erhalten, sich vor allfälligen Debitorenverlusten abzusichern. Der Grund für Vorauszahlung fällt also erst dann weg, wenn das Kreditrisiko nachweislich beseitigt ist und nicht schon mit Begleichen der Schuld.

4. Umkehrschluss

- 98 Des Weiteren bedient sich die Klägerin des Umkehrschlusses, um ihre Argumentation zu untermauern (KS, N 62). Sie führt aus, dass gemäss Vertrag im Falle eines Zahlungsverzuges Vorauszahlung gefordert werden dürfe. Folglich dürfe nicht auf Vorkasse bestanden werden, wenn der Verzug aufgehoben sei.

99 Bei dieser Methode bleiben die konkreten Umstände und der nach Vertrauensprinzip ermittelte Zweck der Klausel vollkommen unberücksichtigt. Vertragliche Regeln müssen im Gesamtzusammenhang betrachtet werden, sie „sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen“ (BGE 123 III 165, 168). Der simple Umkehrschluss ist daher nicht aussagekräftig.

D. Kompromissvorschlag der Beklagten (K-9)

- 100 Die Beklagte unterbreitet der Klägerin am 16. April 2008 einen Kompromissvorschlag (K-9; vgl. KS, N 61). Darin verspricht sie, die Entscheidung, nur noch gegen Vorauszahlung zu liefern, aufzuheben, sobald die Klägerin sämtliche ausstehenden Forderungen für Lieferungen bezahlt hat. In diesem Schreiben erwähnt die Beklagte zum wiederholten Mal, dass sie nicht bereit ist, die Entschädigungsforderung zu erfüllen. Die Klägerin reagiert darauf mit der Zahlung, bzw. Verrechnung, der ausstehenden Forderungen. Diese Handlung erfolgt aber, wie die Klägerin selbst angibt, nur unter Protest (K-10). Zudem beharrt sie weiterhin auf der Schadenersatzforderung von 10 Mio. EUR.
- 101 Der Lösungsvorschlag von der Beklagten war selbstverständlich an die Bedingung geknüpft, dass die Klägerin von ihrer Schadenersatzforderung abweichen würde. Dies ist aus dem Brief von Herrn Raggenbass (K-9) ersichtlich. Es steht darin ausdrücklich, dass die Beklagte nicht bereit sei, die Entschädigungsforderung zu erfüllen und angesichts der Haltung der Klägerin auf Vorauszahlung insistieren müsse.
- 102 Die trotzig Reaktion der Klägerin weist keinerlei Kompromissbereitschaft auf, was dem Sinn und Zweck des Lösungsvorschlages zuwiderläuft. Denn dieser ist darauf gerichtet, eine *Einigung zu erzielen, um die bis anhin erfolgreiche Zusammenarbeit fortsetzen zu können*. Die Klägerin erfüllt die Bedingungen des Kompromissvorschlages somit nicht. Folglich ist auch die Beklagte nicht dazu verpflichtet, sich an den Einigungsvorschlag zu halten und auf Vorauszahlung zu verzichten.

E. Fazit

- 103 Die Beklagte hat nicht vertragswidrig Vorauszahlung für Lieferungen verlangt und somit ihre vertragliche Lieferpflicht nicht verletzt. Sie hat stets vereinbarungsgemäss geliefert.

V. Ungerechtfertigte Kündigung aus wichtigem Grund

A. Ziff. 13 des Distributionsvertrages (K-1)

- 104 Beim Alleinvertriebsvertrag zwischen den Parteien handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist in Ziff. 13 DV geregelt. Auch beim Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Regelung können Dauerschuldverhältnisse jederzeit aus wichtigem Grund ex nunc fristlos gekündigt werden (BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Vor Art. 184 N 143).

105 Da sich ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bereits aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, muss nicht weiter geprüft werden, ob Regelungen ähnlicher Vertragstypen, wie Art. 418r Abs. 2 OR des Agenturvertragsrechts oder Art. 545 Abs. 2 OR der einfachen Gesellschaft, anwendbar sind (HONSELL, S. 425; vgl. N 41 f.).

B. Wichtiger Grund

106 Alle Umstände, die es einer Partei, unabhängig vom Verschulden, unzumutbar machen, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist weiterzuführen, gelten als wichtige Gründe (PAETZOLD, S. 45). Ob ein weiteres Festhalten am Vertrag zugemutet werden kann, bemisst sich an der Abwägung der Interessen beider Parteien. Der Grundsatz der Vertragstreue (Art. 1 ff. OR) muss sachgemäss nach Art. 2 Abs. 1 ZGB ausgelegt werden (MAIER, S. 18).

1. Exklusivitätsverletzung

107 Die Gewährleistung des Exklusivitätsrechts des Abnehmers durch den Lieferanten stellt eine vertragliche Hauptpflicht dar (SCHLUEP, S. 845). Weder die Beklagte, noch ihr polnischer Alleinvertreter haben aktive oder passive Verkäufe in die BRD getätigt. Die Beklagte musste der Klägerin keinen Preisnachlass auf den Einkaufspreis des Vertragsproduktes gewähren (vgl. N 40 ff.). Ein wichtiger Grund im Sinne der Ziff. 13.2 (K-1) ist nicht gegeben, da die Exklusivität nicht verletzt wurde.

108 Somit hat die Klägerin mit der fristlosen Kündigung den Grundsatz der Vertragstreue nach Treu und Glauben verletzt. Ihr aggressives Verhalten gegenüber der Beklagten, und das Bestehen auf dem ungerechtfertigten Standpunkt, die Beklagte sei zu einem Preisnachlass verpflichtet, zeigt, dass sie nicht gewillt war, den Vertrag weiterzuführen.

2. Lieferpflichtverletzung

109 Als weiterer wichtiger Grund macht die Klägerin die angebliche Lieferpflichtverletzung durch die Beklagte geltend. Wie bereits ausgeführt (N 74 ff.), hat die Beklagte vertragsgemäss Vorauszahlung von der Klägerin verlangt. Der Umstand, aufgrund dessen die Beklagte nach Tilgung der bis anhin offenen Forderungen weiterhin auf die vertraglich vereinbarte Vorauszahlung bestand, liegt im Verantwortungsbereich der Klägerin. Es steht demnach ausser Betracht, dass die Klägerin ihre fristlose Kündigung auf eine Lieferpflichtverletzung der Beklagten stützt.

3. Eventualiter: Kündigungsfristen

110 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejahen, wurde die Kündigung nicht innert Frist eingereicht bzw. die Frist nach der Abmahnung nicht eingehalten.

a) Kündigung innert angemessener Überlegungsfrist

111 Die ausserordentliche Kündigung muss innerhalb angemessener Überprüfungs- und Überlegungsfrist nach Kenntnis vom Kündigungsgrund ausgesprochen werden (BGE 93 II 18, 19). Die Verwirkung des Rechts liegt vor, sobald der Vertragspartner nicht mehr mit der Kündigung rechnen muss.

aa) Exklusivität

112 Die Klägerin macht erstmals am 12. August 2006 geltend, dass ihre vertragliche Exklusivität durch die Parallelimporte verletzt werde (K-2). Am 5. Dezember 2007 teilt die Beklagte der Klägerin ausdrücklich mit, dass sie keine Pflicht zum Preisnachlass treffe, und es an der Klägerin läge, Parallelimporte unattraktiv zu machen (K-3). Dadurch erklärt sie, dass sie diesen Zustand nicht ändern wird. Die Klägerin kündigt erst am 30. April 2008.

113 Als angemessene Bedenkfrist für die Kündigung aus wichtigem Grund kommen normalerweise 2 bis 3 Tage in Betracht. Eine Kündigung innert 6 Tagen wird ausnahmsweise noch als rechtzeitig erachtet (OGer TG, SJZ 1984, 322, 323 f.).

114 Zwischen dem 5. Dezember und dem 30. April liegen beinahe 5 Monate, während die Klägerin die übrigen Vertragsleistungen in Anspruch nimmt. Sie tätigt auch weiterhin Lieferbestellungen (K-8). Damit hat sich die Klägerin konkludent bereit erklärt, mit der Beklagten weiter zusammenzuarbeiten. Das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund ist somit verwirkt.

bb) Lieferpflichtverletzung

115 Am 14. April 2008 tätigt die Klägerin eine Bestellung des Produktes und verlangt eine Lieferung zu den normalen Bedingungen (Bezahlung der Rechnung innert 60 Tagen (K-1, Ziff. 5.5)). In der Antwort der Beklagten vom 16. April 2008 insistiert diese auf Vorauszahlung. Der Klägerin ist somit bewusst, dass die Beklagte die behauptete Lieferpflichtverletzung nicht beheben wird. Die Kündigung erfolgt am 30. April, also 14 Tage nach dem die Klägerin nicht mehr mit der Aufhebung der angeblichen Vertragsverletzung rechnen kann. Da die Klägerin solange zögerte, musste die Beklagte nicht mehr mit der Kündigung aus wichtigem Grund rechnen.

b) Frist nach Abmahnung (Ziff. 13.2 lit. a DV)

116 Ziff. 13.2 lit. a (K-1) enthält die Bestimmung, dass eine Vertragspartei erst 10 Tage nach Abmahnung kündigen darf, falls die Gegenseite die Verletzung fortsetzt. Die Klägerin ist der Ansicht, dass es sich hierbei um eine unstatthafte Einschränkung des Rechts auf Kündigung aus wichtigem Grund handle (KS, N 81). In diesem Fall müsste es sich um eine Beschränkung der Ausübung des Rechts auf fristlose Kündigung auf ausgewählte Tatbestände handeln (BGE 89 II 30, 36 f.). Gemäss Ziff. 13.2 lit. a (K-1) stellt jedoch jede wesentliche Vertragsverletzung einen wichtigen Grund dar. Es liegt keine Einschränkung des Rechts auf fristlose Vertragsauflösung vor. Erstens verfolgt diese Norm das Ziel, dem Vertragspartner eine Frist zur

Beseitigung des wichtigen Grundes zuzugestehen. Dies liegt im Sinne des Bestandes des Vertrages. Zweitens soll der Partner über eine Kündigung aus wichtigem Grunde vorinformiert werden. Folglich ist Ziff. 13.2 lit. a (K-1) anwendbar.

- 117 Die Klägerin hat am 21. April 2008 abgemahnt (K-10) und am 30. April 2008 (K-12) fristlos gekündigt. Zwischen der Abmahnung und dem Kündigungsdatum liegen somit 9 Tage. Sie hat die Frist von 10 Tagen gem. Ziff. 13.2 lit. a (K-1) nicht eingehalten.

C. Kündigungsfolgen

- 118 Die Kündigung aus wichtigem Grund führt unbeschrieben ihrer Ungerechtfertigkeit zur sofortigen Vertragsauflösung (M.w.H.: BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 143).

D. Fazit

- 119 Es liegt kein wichtiger Grund für eine fristlose Vertragsauflösung vor. Eventualiter wurden die Fristen für eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht eingehalten. Unbeschrieben davon ist das Vertragsverhältnis aufgelöst.

VI. Marketingkosten 2008

A. Ausgangslage

- 120 Die Klägerin hat am 30. April 2008 den Distributionsvertrag (K-1) ohne wichtigen Grund fristlos gekündigt (siehe vorne N 104 ff.). Die ihr aus dieser Kündigung entstandenen Folgekosten im Marketingbereich will die Klägerin nun auf die Beklagte abwälzen.
- 121 Sie behauptet zunächst, es liege eine indirekte Stellvertretung vor (KS, N 87), um dann wiederum auf eine interne Schuldübernahme zu schliessen (KS, N 88 f.). Unabhängig vom Vorliegen derartiger Gebilde, ist jegliche vertragliche Pflicht der Beklagten zur Übernahme von Marketingkosten mit der Kündigung des Distributionsvertrages erloschen.

B. Indirekte Stellvertretung

- 122 Die Klägerin leitet aus dem Distributionsvertrag eine indirekte Stellvertretung der Beklagten ihr gegenüber ab (KS, N 87). Der Distributionsvertrag schliesst jedoch eine Ermächtigung zum Handeln im Namen oder auf Rechnung der Beklagten aus (K-1, Ziff. 2.2). Ausserdem ist das Handeln des Abnehmers auf eigenen Namen *und* eigene Rechnung ein wesentliches Merkmal des Alleinvertriebsvertrages (M.w.H.: BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 135). Es liegt keine indirekte Stellvertretung vor.

C. Interne Schuldübernahme

- 123 Aus der (behaupteten) indirekten Stellvertretung scheint die Klägerin wiederum eine interne Schuldübernahme nach Art. 175 OR abzuleiten (KS, N 87 f.). Jedenfalls verpflichtete sich die

Beklagte im Distributionsvertrag durchaus, budgetierte Marketingkosten zu übernehmen (K-1, Ziff. 6.2).

- 124 Die Marketingausgaben werden jeweils im Voraus in einem Marketingplan für das Folgejahr *budgetiert* und dann *quartalsmässig abgerechnet* (K-1, Ziff. 6.2). Der Marketingplan ist ein Hilfsmittel und eine Präzisierung des Distributionsvertrages, kein eigenständig einklagbarer Vertrag. Die quartalsmässigen Abrechnungen sind resolutiv bedingt, fallen also dahin, sollte der Distributionsvertrag erlöschen. Es dürfte für beide Seiten selbstverständlich sein, dass die Klägerin keine weiteren Marketingausgaben, selbst wenn sie im Marketingplan vorgesehen sind, für das nun vertriebslose Produkt tätigt. Es liegt eine Bedingung nach Art. 151 Abs. 1 OR vor. Die interne Schuldübernahme nach Art. 175 OR stellt dispositives Recht dar (BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 175 N 12), dem sich die Parteien nie vertraglich unterstellten. Massgeblich ist also nach wie vor die Regelung im Distributionsvertrag. Somit fallen mit dem Distributionsvertrag auch die quartalsmässigen Abrechnungen dahin.

D. Gerichtliche Vertragsergänzung

- 125 Sollte das Schiedsgericht nicht zur Ansicht gelangen, dass mit dem Dahinfallen des Distributionsvertrages die Leistungspflicht der Beklagten erlischt, stünde dem Gericht noch das Instrument der Vertragsergänzung zur Verfügung. Die Parteien trafen keine Regelung im Distributionsvertrag, wer nach Vertragsende noch ausstehende Marketingkosten zu tragen hat (*Vertragslücke*). Auch finden sich keine normativen Regelungen zum Problem (wobei dieses nur einem einzigen und desselben Nominatvertrag zu unterstellen wäre: BGE 131 III 528, 531 f. = Pra 2007 Nr. 43).
- 126 Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter - falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen - zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten (BGE 115 II 484, 488).
- 127 Nun hat die Klägerin die budgetierte Radiowerbung *en bloc* für das ganze Jahr im Voraus gebucht. Dass dies in guter Absicht geschah, will die Beklagte gar nicht bestreiten. Nur ist nicht einzusehen, wieso die Beklagte für die Folgekosten der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung aufkommen soll. Bei diesem reziproken Dauerschuldverhältnis mit Ähnlichkeiten zur einfachen Gesellschaft (BGE 107 II 216, 217) und gewachsenen Strukturen ist die sechsmonatige Kündigungsfrist ein Schutz für beide Seite. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, wie sie von der Klägerin eingereicht wurde, steht der Natur des vorliegenden Vertragsverhältnisses derart entgegen, dass solches Handeln nicht auch noch Rechtsschutz zum Nachteil der Gekündigten geniessen kann.

128 Hätten die Parteien diesen Streitpunkt vertraglich geregelt, so hätte diejenige Partei die Folgekosten der Kündigung zu tragen, die den Vertrag ausserordentlich ohne wichtigen Grund kündigt.

E. Wirkung der Radiowerbung

129 Die Argumentation der Klägerin, die Radiowerbung wirke zugunsten der Beklagten, übersieht, dass ein Produkt beworben wird, dass im Sendegebiet überhaupt nicht mehr vertrieben wird. Genau um eine derartige Situation zu verhindern, wurde im Distributionsvertrag eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vereinbart (K-1, Ziff. 7.1). Selbst wenn sich ein neuer Vertriebspartner finden sollte, kann aus der Nutzlosigkeit der Radiowerbung für die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beklagte abgeleitet werden.

F. Weihnachtskarten

130 Da die Klägerin in der Klageschrift auf diesen nicht budgetierten oder sonst wie abgesprochenen Posten nicht mehr eingeht, erachten wir diese Forderung als unbestritten inexistent. Weiter würde der Bestand dieser Forderung jeglicher vertraglichen oder normativen Grundlage entbehren.

G. Höhe bzw. Fälligkeit der Kosten

131 Es bestehen keinerlei Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten. Es sind somit weder Forderungen fällig, noch kann eine Höhe solcher ermittelt werden.

F. Fazit

132 Marketingkosten für die Monate April bis Dezember 2008 sowie die Kosten für die Weihnachtskarten sind von der Klägerin zu tragen.

Abschliessend ersuchen wir Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren stattzugeben.
Mit vorzüglicher Hochachtung

[Ohne Unterschrift]

Davide Colacino

Fabienne Fischer

Navideh Hunziker

Alwin Keller