

BeveSana AG
Berner Strasse 5
8953 Dietikon
Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 4
Christine Nutt
Corina Stump
Nicolas Durand
Jonas Walker

Klageantwort

In Sachen

DISTRIBUJET GMBH
Klägerin
Vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

BEVESANA AG
Beklagte
Vertreten durch Moot Court Team 4

betreffend
Vertragsverletzung und Kündigung

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission
Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

RECHTSBEGEHREN

1. *Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten sei gutzuheissen.*
2. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte nicht passivlegitimiert ist.*
3. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte das Exklusivitätsrecht der Klägerin nicht verletzt hat.*
4. *Die Schadenersatzforderung der Klägerin sei abzuweisen.*
5. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte ihre Lieferpflichten nicht verletzt hat.*
6. *Es sei festzustellen, dass die Kündigung aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 ungerechtfertigt war. Die Klägerin ist daher zur Leistung von Schadenersatz zu verpflichten.*
7. *Die Forderung nach Rückerstattung der Kosten der Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 sei abzuweisen.*
8. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IV
LITERATURVERZEICHNIS	VI
MATERIALIEN UND ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS	VIII
1. Einleitung	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
3. Passivlegitimation	1
3.1 Rechtsgrundlage FusG	1
3.2 Rechtsgrundlage Art. 181 Abs. 1 OR	2
3.3 Konversion	3
3.3.1 Negierung einer Gesetzesumgehung	3
3.3.2 Kongruenz der Rechtsgeschäfte	3
3.3.3 Parteiwille	4
3.3.4 Fazit Konversion	4
3.4 Genehmigung der Vertragsübernahme	4
3.4.1 Schriftliche Mitteilung	5
3.4.2 Bestätigung an der Marketingplansitzung	5
3.4.3 Vertragserweiterung	6
3.4.4 Fazit Vertragsübernahme	6
4. Verletzung des Exklusivitätsrechts	7
4.1 Umfang des Exklusivitätsrechts	7
4.1.1 Gesetzliche Schranken	7
4.1.2 Art. 2 und Art. 3 Distributionsvertrag	8
4.1.3 Art. 8 (3) Distributionsvertrag	9
4.1.4 Art. 8 Distributionsvertrag	9
4.1.5 Verhalten nach Vertragsschluss	9
4.1.6 Art. 111 OR	10
4.1.7 Fazit Umfang des Exklusivitätsrechts	10
4.2 Eventualiter: Erfüllung der Exklusivitätspflichten	10
4.2.1 Abklärungen	10
4.2.2 Preisreduktion	10
4.2.3 Produktdesign	11
4.2.4 Selektive Vertriebssysteme	11
4.3 Schadenersatz aus Art. 97 OR	12
5. Verletzung der Lieferverpflichtung	13
5.1 Zahlungsverzug ab 6. April 2008	13
5.2 Vorauszahlung für die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008	14
5.3 Vorauszahlung für Bestellungen ab 21. April 2008	14
6. Ausserordentliche Kündigung der Klägerin	15
6.1 Kündigung nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag	15
6.1.1 Verletzung der Exklusivität	15
6.1.2 Verletzung der Lieferverpflichtung	16
6.1.3 Zehntägige Frist	16
6.2 Kündigung nach Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag	17
6.3 Weitere ausserordentliche Kündigungsgründe	17
6.4 Fazit Kündigung	17

7.	Rückerstattung der Kosten der Radiowerbung	17
7.1	Vertragliche Ansprüche	18
7.1.1	Art. 418n OR	18
7.1.2	Art. 402 Abs. 1 OR	18
7.1.3	Art. 6 (2) Distributionsvertrag	19
7.1.4	Art. 97 OR	19
7.2	Quasivertragliche und ausservertragliche Ansprüche	19
7.2.1	Echte berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag	19
7.2.2	Echte unberechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag	20
7.3	Fazit Kosten der Radiowerbung	20

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
CEO	Chief Executive Officer
Diss.	Dissertation
EUR	Euro
f./ff.	und folgende Seite(n)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 211.411)
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Kap.	Kapitel
Mio.	Million(en)
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)

S.A.	société anonyme
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer

LITERATURVERZEICHNIS

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (Rz. 5)

BÜCHI RAFFAEL: Spin-off, Diss., Bern 2001 (Rz. 7)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (Rz. 11, 66)

GWELESSIANI MICHAEL: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich/Basel/Genf 2008 (Rz. 7)

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert: HUGUENIN, OR AT) (Rz. 40, 107)

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert: HUGUENIN, OR BT) (Rz. 37, 38, 39, 106)

KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (Rz. 20)

KUT AHMET/SCHNYDER ANTON K., in: AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (Rz. 12, 16)

LEU URS, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 66, 74)

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER: Der Alleinvertrieb, 2. Auflage, St. Gallen 1992 (Rz. 38)

PAETZOLD VERONIKA: Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2. Auflage, Zürich 2006 (Rz. 38)

POLIFKA KARIN MARIA: Der Schutz selektiver Vertriebssysteme, Diss., Erlangen-Nürnberg 2000 (Rz. 56)

SCHLUEP WALTER R./AMSTUTZ MARC, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 38)

SCHÖLL MICHAEL: Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Diss., Basel 2004 (Rz. 11, 13)

STRAUB RALF MICHAEL: Vertrieb und Werbung, in: MÜNCH PETER/BÖHRINGER PETER/KASPER SABINA/PROBST FRANZ (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Basel 2007 (Rz. 38)

TERCIER PIERRE: Les contrats spéciaux, 3. Auflage, Zürich 2003 (Rz. 105)

TSCHÄNI RUDOLF, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 8, 10, 23)

VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/BEHNISCH URS: FusG, Zürich 2005 (Rz. 7)

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974 (Rz. 66)

WEBER ROLF, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 105)

WENGER WERNER/MÜLLER CHRISTOPH, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI V. STEPHEN (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (Rz. 5)

WYNIGER CHARLES: Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss., Bern/Winterthur 1963 (Rz. 38)

MATERIALIEN UND ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl. 2000, S. 4337 – 4578 (zitiert: Botschaft) (Rz. 7, 8)

BINDER ANDREAS/ROBERTO VITO/SCHENKER URS/TSCHÄNI RUDOLF/WATTER ROLF: Projekt Minirevision Fusionsgesetz, Stand 18.02.2006,
<http://www.binderlegal.ch/publikationen/Projekt_Minirevision_FusG_Stand180206.pdf>
(besucht am 12. März 2009) (Rz. 9)

BINDER ANDREAS, in: Der Schweizer Treuhänder, Vor einer zweiten, verbesserten Auflage des Fusionsgesetzes?, 2007/12, S. 978 ff. (Rz. 7)

1. Einleitung

- 1 Zunächst wird die Beklagte zeigen, dass das Schiedsgericht unzuständig ist. Insbesondere ist die Beklagte nicht passivlegitimiert.
- 2 Sie wird darlegen, dass die Beklagte weder das Exklusivitätsrecht noch ihre Lieferverpflichtungen verletzt hat. Die Kündigung aus wichtigem Grund war daher nicht gerechtfertigt. Der Klägerin steht kein Schadenersatz zu.
- 3 Schliesslich wird sie nachweisen, dass die Kosten der Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 nicht zu ersetzen sind.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 4 Es gilt zu klären, ob die Schiedsklausel zwischen BeveSana AG („Beklagte“) und Distribujet GmbH („Klägerin“) rechtsgültig auf Bibite AG („Bibite“) übergegangen ist.
- 5 Bei einer Vertragsübernahme geht die mit dem Vertrag verbundene Schiedsvereinbarung auf die übernehmende Partei über (BERGER/KELLERHALS, Rz. 510; WENGER/MÜLLER, BSK IPRG, N 77 zu Art. 178 IPRG). Wie in Rz. 19 ff. dargelegt wird, hat eine gültige Vertragsübernahme zwischen der Beklagten und Bibite stattgefunden. Die Schiedsklausel besteht neu zwischen Bibite und der Klägerin, welche die Vertragsübernahme genehmigte. Da zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Schiedsvereinbarung mehr vorhanden ist, ist das Schiedsgericht unzuständig und auf die Klage ist nicht einzutreten.

3. Passivlegitimation

- 6 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten aufgrund des nicht gültigen Zustandekommens des Übernahmevertrags zwischen der Beklagten und Bibite abzuweisen sei (gegnerische Klageschrift, Rz. 6). Die Beklagte wird darlegen, dass durch Konversion des Rechtsgeschäfts in eine Schuldübernahme i.S.v. Art. 175 ff. OR die Betriebsabteilung sowie durch Vertragsübernahme der Distributionsvertrag von der Beklagten auf Bibite übergegangen sind. Deshalb ist die Passivlegitimation nicht gegeben.

3.1 Rechtsgrundlage FusG

- 7 Laut gegnerischer Klageschrift (Rz. 9 ff.) begründet die Klägerin die Ungültigkeit des Übernahmevertrags mit der Missachtung gesetzlicher Formvorschriften. Seit dem 1. Juli 2004 gelten für Übertragungen von Betriebsabteilungen einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 181 Abs. 4 OR die Bestimmungen des FusG. Insbesondere das neue Rechtsinstitut der Vermögensübertragung lässt in Praxis und Lehre viel Raum zur Kontroverse, sodass eine Revision des FusG gefordert wird (BINDER, S. 978 ff.). Die herrschende Lehre wie auch das Eidgenös-

sische Handelsregisteramt sprechen sich gegen eine ausschliessliche Vorgehensweise nach FusG aus und bejahen für sämtliche Rechtsträger weiterhin die Möglichkeit der Übertragung mittels Singularsukzession beziehungsweise Schuldübernahme i.S.v. Art. 175 ff. OR (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, N 19 zu Art. 69 FusG; GWELESSIANI, N 498 zu Art. 137 HRegV). In der Praxis werden Vermögensübertragungen nur selten nach FusG vorgenommen (BINDER, S. 978), obwohl damit ein vereinfachtes Verfahren zur Verfügung gestellt wurde (Botschaft, S. 4362). Eine Minderheit vertritt sogar die Auffassung, dass die Geschäftsübernahme für Handelsgesellschaften nach Art. 181 Abs. 1 OR weiterhin zulässig sein soll (vgl. BÜCHI, S. 118 ff.). In Anbetracht dieser Umstände kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, dass kein Vorgehen nach FusG stattgefunden habe.

- 8 Gemäss Sachverhaltsergänzung hat keine Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister stattgefunden. Aus Art. 73 Abs. 2 FusG geht aber hervor, dass einem solchen zwingender Charakter zukommt (Botschaft, S. 4464 f.). Daraus folgt, dass sich die Beklagte und Bibite gegen eine Übertragung nach FusG entschieden haben. Wie oben dargelegt, steht es den Parteien alternativ frei, die Aktiven auf dem Weg der Singularsukzession und die Passiven gemäss Art. 175 ff. OR (TSCHÄNI, BSK OR I, N 6 zu Art. 181 OR) oder gar nach Art. 181 Abs. 1 OR zu übertragen.

3.2 Rechtsgrundlage Art. 181 Abs. 1 OR

- 9 Da grosse Rechtsunsicherheit bezüglich der Auslegung von Art. 181 Abs. 4 OR herrscht, wird im Geschäftsleben oftmals auf die Vermögensübertragung nach FusG verzichtet (BINDER/ROBERTO/SCHENKER/TSCHÄNI/WATTER, Kap. V.3/ S. 2). Wohl daher beruft sich die Klägerin in ihrer Stellungnahme zur Unzuständigkeitseinrede vom 11. August 2008 lediglich darauf, dass keine Mitteilung der Übernahme erfolgt sei und rügt nicht das gewählte Vorgehen. Vielmehr erwähnt sie selbst in ihrer Klageschrift (Rz. 14), dass ein Verfahren nach Art. 181 Abs. 1 OR für im Handelsregister eingetragene Rechtsträger nicht ausgeschlossen sei. Der Übernahmevertrag entspricht den Vorschriften von Art. 181 Abs. 1 OR (bezüglich der Mitteilung siehe Rz. 19 ff.).
- 10 Das Argument, Dauerschuldverhältnisse könnten nicht gestützt auf Art. 181 OR übertragen werden (gegnerische Klageschrift, Rz. 14 f.), greift hier nicht. Sowohl die Beklagte als auch Bibite gehören zur MultiDrink Gruppengesellschaft, womit lediglich eine konzerninterne Umstrukturierung vorliegt. Die Ansprechpartner, der Verwaltungsratspräsident wie auch Vertragsinhalt und -konditionen blieben identisch. Aufgrund dessen konnte der Alleinvertriebsvertrag, selbst bei einer Qualifikation als Schuld ad personam, von der Beklagten auf Bibite übergehen (für Übertragung von Schulden aus Dauerschuldverhältnissen vgl. TSCHÄNI, BSK

OR I, N 9 zu Art. 181 OR). Der Distributionsvertrag ist zudem unabhängig dieser Ausführungen übergegangen, da die Klägerin die Vertragsübernahme genehmigte (Rz. 19 ff.).

3.3 Konversion

- 11 Sollte das Schiedsgericht die Anwendung von Art. 181 Abs. 1 OR für Handelsgesellschaften ausschliessen, verstösst die Wahl der Rechtsgrundlage gegen objektiv zwingendes Recht i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR. Da die Formungültigkeit des Übernahmevertrags den Bestand als Ganzes beschlägt, liegt keine Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR vor. Deshalb beruft sich die Beklagte eventualiter auf die von Rechtsprechung (BGE 65 II 66, 79) und Lehre (KUT/SCHNYDER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 22 zu Art. 11 OR) allgemein anerkannte Möglichkeit einer Konversion, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (SCHÖLL, Rz. 517). Die Konversion findet bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts Anwendung, sofern eine Gesetzesumgehung ausgeschlossen werden kann und die Voraussetzungen für eine Umdeutung in ein Ersatzgeschäft erfüllt sind (GAUCH/SCHLUEP, N 584b). Die Voraussetzungen des Ersatzgeschäfts, welche über diejenigen des nichtigen Geschäfts hinausreichen, werden fingiert (SCHÖLL, Rz. 486). Die Übernahme der Betriebsabteilung würde somit mittels Singularsukzession sowie Schuldübernahme i.S.v. Art. 175 ff. OR erfolgen. Die Vertragsverhältnisse selbst blieben von diesem Vorgang unberührt und müssten durch eine Vertragsübernahme übertragen werden.

3.3.1 Negierung einer Gesetzesumgehung

- 12 Klar ist, dass die Beklagte mit der Anwendung von Art. 181 Abs. 1 OR keine Gesetzesumgehung bezweckte. Wie in Rz. 7 erläutert, ist eine Singularsukzession weiterhin möglich. Die Beklagte hatte somit eine zulässige Alternative zum FusG. Da eine Wahlmöglichkeit bestand, wurde der Schutzbereich des FusG nicht ausgehöhlt.

3.3.2 Kongruenz der Rechtsgeschäfte

- 13 Die Konversion ist möglich, wenn die Parteien ein unzulässiges rechtliches Mittel gewählt haben, obwohl ein Institut zur Verfügung stand, welches in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht zu einem ähnlichen Ergebnis geführt hätte (SCHÖLL, Rz. 451).
- 14 Im Übernahmevertrag haben die Parteien in Bestimmung 2.2. die Übertragung der Aktiven und Passiven geregelt. Die Übertragung der Aktiven muss nicht konvertiert werden, da diese auch bei Anwendung von Art. 181 Abs. 1 OR mittels Singularsukzession übergehen. Die Beklagte hat entgegen der Aussage der Klägerin (gegnerische Klageschrift, Rz. 13) alle Rechtshandlungen vorgenommen, um eine Eigentumsübertragung der Aktiven zu vollziehen (Bestimmung 5.1.1. Übernahmevertrag).

- 15 Fraglich ist nur, ob die Voraussetzungen einer Übernahme der Passiven nach Art. 175 ff. OR gegeben sind. Dem Übernahmevertrag ist in Bestimmung 2.2.1. zu entnehmen, dass die Passiven gemäss Übernahmebilanz übertragen und in Anhang 2 aufgeführt werden. Es handelte sich um eine konzerninterne Umstrukturierung ohne personelle Änderungen. Bibite hatte deshalb genaue Kenntnis darüber, welche Passiven übertragen werden sollten. Somit stellt es keinen Hinderungsgrund dar, dass die Passiven nicht genauer umschrieben wurden. Die Handlungen für deren Übertragung werden fingiert.
- 16 Da die Konversion von Amtes wegen zu prüfen ist, überlässt es die Beklagte dem Schiedsgericht, das Rechtsgeschäft in eine interne oder eine externe Schuldübernahme umzuwandeln. Der ursprünglich angestrebte Zweck und Erfolg des Vertrags wird durch eine Umdeutung gewahrt und den Parteien werden keine strengeren Verpflichtungen auferlegt (vgl. KUT/SCHNYDER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 23 zu Art. 11 OR). Für die Passivlegitimation der Beklagten ist es belanglos, ob die Umwandlung in Art. 175 OR oder in Art. 176 OR erfolgt. Von Bedeutung ist lediglich, dass zusätzlich das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin rechtsgültig auf Bibite übertragen wurde.

3.3.3 Parteiwille

- 17 Mit Bestimmung 7.1.1. des Übernahmevertrags wurde eine salvatorische Klausel in den Vertrag aufgenommen. Die Klausel verdeutlicht den Willen der Parteien, den Vertrag auf jeden Fall aufrechtzuerhalten.

3.3.4 Fazit Konversion

- 18 Da die Voraussetzungen einer Konversion erfüllt sind, muss eine Schuldübernahme nach Art. 175 ff. OR fingiert werden. Es wurden sowohl die Passiven wie auch die Aktiven rechtswirksam von der Beklagten auf Bibite übertragen. Damit die Übertragung der Betriebsabteilung aber auch für die Vertragspartner der Beklagten Wirkung zeigt, muss eine Übernahme der jeweiligen Vertragsverhältnisse stattgefunden haben.

3.4 Genehmigung der Vertragsübernahme

- 19 Eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme ist generell zulässig. Eine solche kann durch einen dreiseitigen Vertrag aller Beteiligten oder durch nachträgliche Genehmigung einer entsprechenden Vereinbarung zwischen einer Vertragspartei und dem Übernehmer durch die nicht wechselnden Partei erfolgen (KOLLER, § 83 Rz. 23).
- 20 Die Klägerin behauptet, einer Vertragsübernahme nie zugestimmt zu haben (gegnerische Klageschrift, Rz. 20). Die Beklagte wird aufzeigen, dass das Verhalten der Klägerin von jedem gutgläubigen Handelspartner als Einwilligung verstanden werden durfte und musste.

3.4.1 Schriftliche Mitteilung

- 21 Im Übernahmevertrag wurde vereinbart, dass die von der Übernahme betroffenen Vertragsparteien um Zustimmung ersucht werden. Hierfür hat die Beklagte einen Serienbrief an alle Distributionspartner versandt. Bis anhin hatte sie nie einen Grund, an der Aufrichtigkeit der Distributionspartner zu zweifeln, weshalb auf ein Einschreiben verzichtet wurde. Es ist sehr fragwürdig, dass alle übrigen Parteien diesen Brief erhalten haben, nur diejenige Partei nicht, welche einen Rechtsstreit initiierte. In besagtem Serienbrief wurde die Klägerin aufgefordert, eine allfällige Ablehnung der Vertragsübernahme innert Frist mitzuteilen. Sie hat zu keiner Zeit von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.
- 22 Sollte die Klägerin in ihrem Plädoyer vorbringen, ein Dauerschuldverhältnis könne nicht mit einer stillschweigenden Annahme i.S.v. Art. 6 OR übergehen, muss beachtet werden, dass es sich um eine betriebsinterne Umstrukturierung handelte. Die Zuständigkeit für SHARP REQUIEM® und SHARP REQUIEM SUGARFREE® („das Produkt“) wechselte lediglich von einem Konzernzweig auf einen anderen. Ebenso gehört die neue Vertragspartnerin zur Multi-Drink Gruppe, welche in der Präambel des Distributionsvertrags Erwähnung findet (K-1). Von einer Änderung mit weitreichenden Konsequenzen (gegnerische Klageschrift, Rz. 30) kann deshalb keinesfalls die Rede sein. Dies insbesondere nicht, da Herr Kölle berichtete, er habe den Vertragswechsel nicht bemerkt.
- 23 Die Klägerin versäumte nicht nur, die Vertragsübernahme abzulehnen, sondern gab Bestellungen auf, nahm Lieferungen entgegen und beglich die auf Bibite lautenden Rechnungen. Die Vornahme schuldrechtlicher Handlungen wird als konkludente Einwilligung angesehen (TSCHÄNI, BSK OR I, N 8 zu Art. 176 OR). Von einem erfahrenen Geschäftsmann kann erwartet werden, dass keine Zahlung ohne vorhergehende Überprüfung des Rechnungsstellers erfolgt. Die Klägerin hat, ohne etwas bemerkt haben zu wollen, über zwei Jahre hinweg Rechnungen in Millionenhöhe an Bibite bezahlt, wirft aber der Beklagten unsorgfältiges Vorgehen vor (gegnerische Klageschrift, Rz. 25).

3.4.2 Bestätigung an der Marketingplansitzung

- 24 Während der Marketingplansitzung übergab Herr Meier Herrn Kölle eine neue Visitenkarte, welche ihn als CEO der Bibite auswies. Herr Kölles Interpretation, Herr Meier arbeite nun nebenbei für Bibite (gegnerische Klageschrift, Rz. 27), ist nicht nachvollziehbar. Nebenamtliche CEOs stellen doch eine Seltenheit dar. Zudem war bis anhin jeder Kontakt geschäftlicher Natur und auf den Distributionsvertrag bezogen. Herr Kölle musste deshalb davon ausgehen, dass auch diese Handlung den Distributionsvertrag betraf. Zumindest hätte er nicht ohne nachzufragen davon ausgehen dürfen, Herr Meiers Tätigkeit bei Bibite sei für ihn irrelevant.

- 25 Herr Meier hat erwähnt, dass sich für die Klägerin nichts ändere (K-13). Er sah sich zu dieser Aussage veranlasst, da, obwohl die Geschäftsbeziehung mit einer anderen Gesellschaft weitergeführt wurde, sich weder Vertragskonditionen noch Ansprechpartner oder Kontaktdaten änderten. Hätte Herr Kölle tatsächlich nichts von der Umstrukturierung gewusst, hätte er spätestens zu diesem Zeitpunkt die Frage stellen müssen, weshalb der Name des Vertragspartners wechselte, die restlichen Angaben aber identisch geblieben sind.
- 26 Herr Kölle brachte in mehrfacher Hinsicht zum Ausdruck, dass er über die Vertragsübernahme Bescheid wusste und dieser nicht ablehnend gegenüberstand.

3.4.3 Vertragserweiterung

- 27 Am 10. Mai 2006 (B-3) unterschrieb Herr Kölle, wie von der Klägerin in ihrer Klageschrift ausgeführt (Rz. 42), einen Vertrag über den Vertrieb von SHARP REQUIEM SUGARFREE®. Der Vertragstext lautet wie folgt: „[d]ass Bibite AG und Distribujet GmbH übereinkommen, [...]neu SHARP REQUIEM® und SHARP REQUIEM SUGARFREE® [...] unter den Distributionsvertrag zwischen unseren beiden Gesellschaften f[allen].“ Diese Formulierung lässt keine Zweifel offen, dass der Vertrag nun nicht mehr zwischen der Beklagten und der Klägerin, sondern zwischen Bibite und der Klägerin besteht. Ein erfahrener Distributionspartner kann nicht behaupten, beim Unterzeichnen dieses Vertrags nicht bemerkt zu haben, dass Bibite als Vertragspartnerin aufgeführt ist. Hätte Herr Kölle über die Vertragsübernahme nicht Bescheid gewusst, so wären entsprechende Abklärungen eingeleitet worden. Die Klägerin hat durch das Retournieren des unterschriebenen Dokuments ihren Willen zur Vertragserweiterung mit *Bibite* bekundet.
- 28 Sollte das Schiedsgericht diese Vertragserweiterung wider Erwarten nicht als klare Zustimmung zur Vertragsübernahme betrachten, müsste sich die Klägerin konsequenterweise des Vertragsbruchs bezichtigen lassen. Art. 11 (1) Distributionsvertrag verbietet der Klägerin ausdrücklich, ein Produkt zu vertreiben, welches mit SHARP REQUIEM® konkurrenziert. SHARP REQUIEM SUGARFREE® würde zweifellos unter die Kategorie konkurrenzieren-der Getränke fallen.

3.4.4 Fazit Vertragsübernahme

- 29 Der Beklagten scheint es unglaublich, dass Herr Kölle besagten Serienbrief nie erhalten hat. Im dreijährigen Zeitraum zwischen Übernahme des Distributionsvertrags durch Bibite und dessen Kündigung brachte er mehrfach deutlich zum Ausdruck, dass er über die Vertragsübernahme Bescheid wusste. Die Klägerin hat der Vertragsübernahme stillschweigend zugestimmt.

- 30 Eventualiter hat die Klägerin das Dauerschuldverhältnis mit der neuen Partei aufrechterhalten und damit nachträglich ihre Genehmigung erteilt.
- 31 Subeventualiter entstand ein neuer Vertrag zwischen Bibite und der Klägerin mit dem Vertragsschluss über SHARP REQUIEM SUGARFREE®.
- 32 Sollte das Schiedsgericht die Konversion verneinen, so ist an der Gültigkeit der Vertragsübernahme festzuhalten. Mit der salvatorischen Klausel wie auch mit dem treuhänderischen Auftrag im Übernahmevertrag kommt deutlich zum Ausdruck, dass es dem Willen der Parteien entspricht, so viel wie möglich auf Bibite zu übertragen.
- 33 Der Distributionsvertrag ist mit befreiender Wirkung von der Beklagten auf Bibite übergegangen. Der Beklagten fehlt die Passivlegitimation.
- 34 Die weiteren Ausführungen erfolgen unter der Annahme, dass das Schiedsgericht entgegen unseren Ausführungen von seiner Zuständigkeit und der Passivlegitimation der Beklagten ausgeht (Beschluss Nr. 1 Ziff. 2.8). Von einer weiteren Unterscheidung zwischen Bibite und der Beklagten wird abgesehen.

4. Verletzung des Exklusivitätsrechts

- 35 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (gegnerische Klageschrift, Rz. 41) hat die Beklagte das Exklusivitätsrecht nicht verletzt.

4.1 Umfang des Exklusivitätsrechts

- 36 Die Parteien haben vereinbart, dass die Klägerin das Produkt im Vertragsgebiet vertreibt. Sie erhielt das ausschliessliche Vertriebsrecht nach Massgabe des Distributionsvertrags (Art. 2 (1) Distributionsvertrag). Unbestritten ist demzufolge, dass eine vertragliche Exklusivität vereinbart wurde. Die Beklagte bestreitet jedoch, dass die Pflicht zur Wahrung der Exklusivität so weit reichte, wie sich dies die Klägerin vorstellt.

4.1.1 Gesetzliche Schranken

- 37 Die Klägerin qualifiziert den Distributionsvertrag in ihrer Klageschrift (Rz. 45) richtigerweise als Alleinvertriebsvertrag (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 1490 ff.). Da dieser im besonderen Teil des OR nicht geregelt ist, ergeben sich die gesetzlichen Schranken aus Richterrecht. Ausserdem finden die Normen verwandter Verträge, soweit passend, analoge Anwendung (HUGUENIN, OR BT, N 1351 ff.).
- 38 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte hätte allein aus der Qualifikation des Distributionsvertrags als Alleinvertriebsvertrag die Pflicht gehabt, aktiv Parallelimporte zu bekämpfen (gegnerische Klageschrift, Rz. 45). Zweifellos bestehen gewisse Unterstützungs- und Interes-

senwahrungspflichten (BGE 134 III 497, 505 f.; STRAUB, Kap. 60 Rz. 0.12). Der Umfang dieser Pflichten ist jedoch umstritten (WYNIGER, S. 17; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR I, N 131 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; PAETZOLD, S. 26; MEYER, S. 43 f.) Deshalb kann aus dem Exklusivitätsrecht nur die Tatsache gewonnen werden, dass Interessenwahrungspflichten bestehen. *Wie weit* diese gehen, ist vertraglich zu regeln (MEYER, S. 116). Dies ergibt sich auch aus dem Grundsatz der Privatautonomie im Vertragsrecht (HUGUENIN, OR BT, N 1351).

- 39 Die Klägerin könnte sich insbesondere nicht auf eine analoge Anwendung von Art. 418f OR berufen. Die Unterstützungspflichten ergeben sich aus Sinn und Zweck des Alleinvertriebsvertrags. Eine analoge Anwendung erübrigt sich daher (HUGUENIN, OR BT, N 1513). Zudem wäre eine solche nicht sachgerecht. Im Agenturrecht besteht ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen dem Agenten und dem Auftragnehmer. Es bedarf deshalb eines besonderen Schutzes des Auftragnehmers (HUGUENIN, OR BT, N 1502). I.c. bestand kein dermassen grosses Schutzbedürfnis. Die Klägerin stand zwar in einer gewissen Abhängigkeit zur Beklagten. So durfte sie keine anderen Getränke verkaufen und das Produkt nur von der Beklagten beziehen. Auch war sie zu einem Mindestbezug verpflichtet. Diese Bestimmung wurde jedoch dadurch relativiert, dass auf Probleme wie Parallelimporte Rücksicht genommen werden musste. Es bestand also keine grössere Abhängigkeit als bei einem durchschnittlichen Alleinvertriebsvertrag. Eine analoge Anwendung von Art. 418f OR fällt deshalb ausser Betracht.
- 40 Weder der behauptete Umfang des Exklusivitätsanspruchs der Klägerin noch derjenige der Beklagten verstösst gegen zwingendes Recht. Der tatsächliche Umfang des Exklusivitätsrechts ist demzufolge durch Auslegung zu ermitteln. Massgebend dabei ist der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien. Ist dieser nicht rekonstruierbar oder liegt keine Einigkeit vor, muss die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erfolgen (HUGUENIN, OR AT, N 178 ff.).

4.1.2 Art. 2 und Art. 3 Distributionsvertrag

- 41 Gemäss Art. 2 (1) i.V.m. Art. 3 (1) Distributionsvertrag erhält die Klägerin das ausschliessliche Recht, das Produkt in der Bundesrepublik Deutschland zu vertreiben. In Art. 3 (2) Distributionsvertrag verpflichtet sich die Beklagte, weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch das Produkt selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet zu vertreiben. Aus dieser Vereinbarung geht nicht hervor, dass die Klägerin vor Störungen Dritter, welche nicht in vertraglicher Beziehung zur Beklagten standen, zu schützen sei. Zudem zählen diese Bestimmungen die Pflichten der Beklagten auf, ohne darauf hinzuweisen, dass die Liste nicht abschliessend sei. Dies hätte beispielsweise durch „insbesondere“ oder „unter anderem“ festgehalten werden können, so wie dies auch in der Bestimmung zur ausserordentlichen Kündi-

gung, Art. 13 (2) Distributionsvertrag, der Fall war („Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn...“). Nach Treu und Glauben und der Gesamtheit der Umstände (vgl. BGE 129 III 118, 122) muss daher davon ausgegangen werden, dass die Exklusivitätspflichten abschliessend aufgezählt wurden.

4.1.3 Art. 8 (3) Distributionsvertrag

42 Klares Indiz für den tatsächlichen Parteiwillen ist Art. 8 (3) Distributionsvertrag. Dieser besagt, dass die Parteien die minimalen Verkaufszahlen jedes Jahr neu vereinbaren und dabei Parallelimporte berücksichtigen. Genannte Klausel impliziert, dass bei auftretenden Parallelimporten die minimalen Verkaufszahlen reduziert werden. Zumindest bei Vertragsschluss waren sich die Parteien daher einig, dass solche unumgänglich sind. Wären sie willens gewesen, diese mit voller Kraft zu bekämpfen, hätten sie die erwähnte Klausel kaum in den Vertrag aufgenommen oder zumindest explizit ausgeführt, wie Parallelimporte zu bekämpfen sind.

4.1.4 Art. 8 Distributionsvertrag

43 Die Klägerin leitet aus Art. 8 Distributionsvertrag eine implizite Pflicht zur Gewährleistung des Exklusivitätsrechts her. Sie begründet dies damit, dass die Beklagte die Klägerin ansonsten zu einem Vertragsbruch hätte zwingen können (gegnerische Klageschrift, Rz. 51). Aus welchen Gründen die Beklagte dies hätte tun sollen, ist nicht ersichtlich. Beide Parteien waren an möglichst hohen Verkaufszahlen interessiert. Die Beklagte hätte sich nur selbst geschadet.

44 Des Weiteren rechnet die Klägerin vor, die Mindestabsatzmenge für das Jahr 2008 würde 9 Mio. Einheiten betragen (gegnerische Klageschrift, Rz. 52). Dies ist aus zweierlei Gründen falsch. Erstens wurden für das Jahr 2008 keine Minimalverkaufszahlen vereinbart (Beschluss Nr. 2 Ziff. 12). Zweitens bestimmt Art. 8 (3) Distributionsvertrag explizit, dass bei der Vereinbarung der Minimalverkaufszahlen Parallelimporten Rechnung getragen wird.

45 Schliesslich ist die Klägerin der Meinung, dass es keine frappanten saisonalen Nachfrageschwankungen nach dem Produkt gäbe (gegnerische Klageschrift, Rz. 53). Es ist allgemein bekannt, dass während den wärmeren Jahreszeiten im Durchschnitt mehr getrunken wird. Weshalb dies für einen Gesundheitsdrink nicht gelten sollte, ist nicht einzusehen. Die Verkaufszahlen von Anfang Januar bis Ende April 2008 können daher nicht auf das ganze Jahr hochgerechnet werden.

46 Die von der Klägerin vorgebrachten Argumente, Art. 8 Distributionsvertrag beinhalte eine Pflicht zur Gewährleistung des Exklusivitätsanspruchs, sind daher nicht stichhaltig.

4.1.5 Verhalten nach Vertragsschluss

47 Die Klägerin führt aus, die Beklagte räume im Brief vom 10. September 2006 (K-3) ihre vertragliche Pflicht, die Exklusivität des Vertragsgebiets zu schützen, ein (gegnerische Klage-

schrift, Rz. 54). Umstritten ist nicht der Bestand, sondern der Umfang des Exklusivitätsrechts. Darüber gibt das Schreiben vom 10. September 2006 keinerlei Aufschluss.

48 Zur selben Zeit gewährte die Beklagte der Klägerin einen Preisnachlass. Daraus könnte die Klägerin ein Eingeständnis einer vertraglichen Pflicht ableiten. Die Beklagte lehnt diese Haltung ab. Sie fühlte sich zu diesem Schritt nicht verpflichtet. Vielmehr schätzte sie die Arbeit der Klägerin sehr und wollte ihr deshalb auf freiwilliger Basis entgegenkommen.

4.1.6 Art. 111 OR

49 Die Klägerin stützt sich bezüglich ihrer Forderung zu Recht nicht auf Art. 111 OR (vgl. gegnerische Klageschrift, Rz. 48). Denn dieser besagt, dass wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet wird, wenn diese nicht erfolgt. Die versprochene Leistung war das Exklusivitätsrecht. Art. 111 OR spricht sich wiederum bloss über den Bestand des Exklusivitätsrechts aus. Strittig ist allerdings der Inhalt dieser Vereinbarung.

4.1.7 Fazit Umfang des Exklusivitätsrechts

50 Die Beklagte war nicht verpflichtet, aktiv Parallelimporte zu verhindern. Dies ergibt sich durch Auslegung der Bestimmungen des Distributionsvertrags (insbesondere Art. 2, Art. 3 und Art. 8 Distributionsvertrag).

4.2 Eventualiter: Erfüllung der Exklusivitätspflichten

51 Das Schiedsgericht könnte wider Erwarten zum Schluss kommen, das Exklusivitätsrecht habe in dem von der Klägerin vorgebrachten Umfang bestanden. Daher soll gezeigt werden, dass diese Pflichten seitens der Beklagten erfüllt wurden.

4.2.1 Abklärungen

52 Zunächst könnte das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen, die Beklagte habe eine vertragliche Pflicht getroffen, den Ursprung parallel importierter Lieferungen zu eruieren. Sie hat sich darüber versichert, dass ihr Alleinvertriebsvertreter in Polen nicht nach Deutschland liefert. Dieser konnte dies belegen (Beschluss Nr. 2 Ziff. 9). Die Beklagte gewährte dennoch sofort einen Preisnachlass. Danach hat sie rund ein Jahr nichts mehr von der Klägerin gehört. Die Beklagte durfte davon ausgehen, dass auf weitere Abklärungen, wie von der Klägerin verlangt (gegnerische Klageschrift, Rz. 59), verzichtet werden konnte.

4.2.2 Preisreduktion

53 In Rz. 57 der gegnerischen Klageschrift weist die Klägerin darauf hin, die Beklagte hätte ihre Preispolitik den Umständen anpassen sollen. Hätte diese Pflicht tatsächlich bestanden, kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, diese nicht wahrgenommen zu haben. Sie hat die

Preise für die Klägerin massiv gesenkt (rund 7%). Da die Kaufkraft in Polen erheblich geringer als in Deutschland ist (EUR 1.- in Deutschland = EUR 1.18 in Polen), war es unumgänglich, eine Preisdifferenzierung vorzunehmen. Die Beklagte verkauft ihr Produkt für EUR 0.60 pro Einheit an den polnischen Alleinvertriebsvertreter, der Preis für die Klägerin betrug EUR 0.67 pro Einheit. Gemessen an der Kaufkraft ist EUR 0.60 für einen polnischen Staatsangehörigen gleich viel wie EUR 0.71 (118% von EUR 0.60) für einen deutschen Staatsangehörigen. Dies bedeutet, dass das Produkt für den Deutschen gemessen an seiner Kaufkraft viel günstiger ist als für den Polen. Zudem beliefert die Beklagte u.a. deshalb verschiedene Alleinvertriebsvertreter, *damit* sie ihre Preispolitik unterschiedlich ausgestalten kann.

4.2.3 Produktdesign

- 54 Die Klägerin bringt in Rz. 60 ihrer Klageschrift vor, die äussere Erscheinung des Produkts hätte für den polnischen Markt verändert werden müssen.
- 55 Gemäss Art. 1 Distributionsvertrag sind sich die Parteien bewusst, dass die Marke SHARP REQUIEM® weltweit bekannt ist und mit einem hochklassigen Produkt verbunden wird. Eine Differenzierung der Verpackung von Land zu Land wäre in Anbetracht dieser Tatsache unsinnig und höchst wahrscheinlich umsatzschädigend gewesen. Dies war der Beklagten nicht zumutbar. Zudem ist es sehr fraglich, ob dies dem deutschen Konsumenten tatsächlich eine mindere Qualität suggeriert und er deshalb auf den Kauf des parallelimportierten Produkts verzichtet hätte.

4.2.4 Selektive Vertriebssysteme

- 56 Die Klägerin hätte vorbringen können, die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, in Polen ein selektives Vertriebssystem zu unterhalten. Ein solches liegt vor, wenn ein Hersteller den Kreis der Abnehmer seiner Produkte bis zum Endverbraucher einschränkt. Dieses Ziel verwirklicht er durch die vertragliche Verpflichtung seiner direkten Abnehmer, nicht ausserhalb des definierten Kreises Ware abzusetzen. Des Weiteren werden die Abnehmer verpflichtet sicherzustellen, dass ihre und sämtliche nachfolgenden Abnehmer nur an Händler des definierten Kreises liefern (POLIFKA, S. 2 f.).
- 57 Die Pflicht, ein selektives Vertriebssystem zu unterhalten, findet sich weder im Distributionsvertrag mit dem polnischen Alleinvertriebsvertreter, noch in jenem zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Klägerin könnte höchstens geltend machen, das Errichten selektiver Vertriebssysteme mit Dritten (u.a. mit dem polnischen Alleinvertriebsvertreter) sei eine vertragliche Nebenpflicht des Distributionsvertrags zwischen ihr und der Beklagten gewesen.
- 58 Der Unterhalt eines selektiven Vertriebssystems ist mit erheblichem Aufwand verbunden. Will ein Hersteller eine Vertragspartei verpflichten, nur an bestimmte Kundenkreise zu lie-

fern, erfordert dies ein hohes Mass an Verhandlungsgeschick. Selbstverständlich haben solche Einschränkungen auch Auswirkungen auf den Verkaufspreis des Produkts. Für den Lieferanten ist es meist unumgänglich, die Preise zu reduzieren.

- 59 In Anbetracht des massiven Kosten- und Zeitaufwands eines selektiven Vertriebssystems kann nicht angenommen werden, die Einräumung eines solchen stelle regelmässig eine vertragliche Nebenpflicht eines Alleinvertriebsvertrags dar.

4.3 Schadenersatz aus Art. 97 OR

- 60 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie habe ihre vertraglichen Pflichten nicht verletzt. Eventualiter könnte der entstandene Schaden seitens der Klägerin nicht beziffert werden. Der Schaden entspricht der „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, der das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“ (BGE 120 II 296, 298; 116 II 441, 444). Es kann nicht festgestellt werden, ob in Deutschland anstelle der Parallelimporte die Produkte der Klägerin nachgefragt worden wären. Genauso denkbar wäre, dass die Abnehmer, welche parallelimportierte Produkte gekauft haben, nicht bereit gewesen wären, den Preis des deutschen Marktes zu bezahlen. Der für die Schadensberechnung unerlässliche hypothetische Vermögensstand kann daher nicht beziffert werden.
- 61 Die Klägerin gibt als Schaden EUR 10 Mio. an. Gemäss Art. 5 (6) Distributionsvertrag beträgt die unverbindliche Preisempfehlung für den Detailhandel in Deutschland EUR 1.40. Die Klägerin erhielt das Produkt für EUR 0.67. Ihre Gewinnmarge konnte daher nicht höher als EUR 0.73 sein. Würde der Schaden EUR 10 Mio. betragen, wäre ihr der Verkauf von knapp 14 Mio. Flaschen entgangen. Im Hinblick auf die Verkaufszahlen des Jahres 2008 erscheint dies der Beklagten kaum realistisch. Die Klägerin, welche aufgrund der Parallelimporte noch 50% des deutschen Markts belieferte, verkaufte in den ersten vier Monaten des Jahres 2008 lediglich 1.8 Mio. Flaschen (Beschluss Nr. 2 Ziff. 12). Zudem musste die Gewinnmarge wesentlich unter EUR 0.73 liegen, weil in obiger Berechnung weder Aufwendungen der Klägerin noch Gewinn und Aufwendungen weiterer Zwischen- und Detailhändler berücksichtigt wurden. Es müsste ihr demzufolge viel mehr als der Verkauf von 14 Mio. Flaschen durch die Parallelimporte entgangen sein. Deshalb ist der von der Klägerin bezifferte Schaden in Höhe von EUR 10 Mio. massiv zu hoch angesetzt.
- 62 Da keine Vertragsverletzung ersichtlich ist, fehlt es auch an einem Kausalzusammenhang. Darüber hinaus ist ungewiss, ob in Deutschland anstelle der Parallelimporte die Produkte der Klägerin gekauft worden wären (Rz. 60).
- 63 Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beklagte der Klägerin eventualvorsätzlich (gegnerische Klageschrift, Rz. 74) einen Schaden zugefügt haben soll. Aufgrund der preisli-

chen Differenzierung zwischen dem deutschen und dem polnischen Alleinvertriebsvertreter, profitierte die Beklagte mehr von Lieferungen an die Klägerin als von solchen nach Polen. Zudem müsste ein erhebliches Mitverschulden der Klägerin berücksichtigt werden. Sie selbst hat zumindest vor der fristlosen Kündigung niemals konkrete Vorschläge gemacht, wie Parallelimporte zu unterbinden gewesen wären. Ihre einzige Forderung nach einer weiteren Preissenkung war aufgrund des Kaufkraftgefälles nicht umsetzbar (Rz. 53).

5. Verletzung der Lieferverpflichtung

64 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ungerechtfertigterweise auf Vorauszahlung beharrt und dadurch ihre Lieferverpflichtungen verletzt. Gemäss Art. 5 (5) Distributionsvertrag ist die Beklagte im Fall eines Zahlungsverzugs sofort befugt, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Unter welchen Bedingungen wieder zu den ursprünglichen Konditionen geliefert werden muss, regelt der Vertrag aber nicht.

5.1 Zahlungsverzug ab 6. April 2008

65 Gemäss Art. 5 (5) Distributionsvertrag sind Lieferungen innert 60 Tagen nach Erhalt der Rechnung zu bezahlen. Die Rechnungen vom 1. Februar 2008, bei der Klägerin eingegangen am 5. Februar 2008 (Beschluss Nr. 2 Ziff. 19), war daher am 5. April 2008 fällig. Da ein Verfalltag verabredet wurde, befand sich die Klägerin mit Ablauf dieses Tages, also ab 6. April 2008, in Verzug (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR).

66 Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss gemäss Art. 82 OR bereits erfüllt oder die Erfüllung gehörig angeboten haben. Die Klägerin könnte vorbringen, die Beklagte habe sie nicht dazu anhalten können, die offenen Rechnungen zu bezahlen, solange sie den vertraglichen Exklusivitätsanspruch nicht gewährleistet habe. Somit habe der Verzug nicht eintreten können. Damit der Klägerin jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden hätte, hätten die betroffenen Leistungen in einem Austauschverhältnis zueinander stehen müssen (vgl. GAUCH/SCHLUEP N 2214; von TUHR/ESCHER, S. 63; LEU, BSK OR I, N 5 zu Art. 82 OR; BGE 84 II 149, 150). Bei den betroffenen Leistungen handelte es sich einerseits um das Exklusivitätsrecht und andererseits um die Zahlungspflicht für die Lieferungen. Diese gehören zwei verschiedenen Leistungspaaren an. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung lehnen eine derartige Leistungsverweigerung „übers Kreuz“ ab (GAUCH/SCHLUEP N 2223; BGE 107 II 222, 223; 78 II 32, 34). Zudem wurde die vereinbarte Exklusivität nicht verletzt (Rz. 35 ff.). Die Klägerin war daher ab dem 6. April 2008 in Verzug.

5.2 Vorauszahlung für die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008

- 67 In ihrem Schreiben vom 10. April 2008 (K-7) teilte die Beklagte der Klägerin mit, das Produkt nur noch gegen Vorauszahlung zu liefern. Am 13. April 2008 tätigte die Klägerin eine Bestellung über 2.5 Mio. Flaschen. Für diese war sie nicht bereit, Vorauszahlung zu leisten. Sie macht geltend, diese Pflicht habe nicht bestanden, da sie noch nicht gewusst habe, dass die Beklagte Vorauszahlung verlangen würde (gegnerische Klageschrift, Rz. 79).
- 68 Die Klägerin hatte sowohl vom Verzug, als auch von Art. 5 (5) Distributionsvertrag Kenntnis. Sie musste davon ausgehen, dass die Beklagte auf Vorauszahlung bestehen werde. Ob die Klägerin zum Zeitpunkt der Bestellung besagtes Schreiben bereits erhalten hat, ist irrelevant.
- 69 Ausserdem macht die Klägerin geltend, sie habe den Brief vom 10. April erst am 14. April 2008 erhalten (K-8). Aus den Beilagen K-8 und K-9 geht hervor, dass Briefe innerhalb von zwei Tagen bei der Gegenpartei eintreffen. Beispielsweise antwortete die Beklagte auf den Brief der Klägerin vom 14. April bereits am 16. April 2008. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass sie bereits am 12. April 2008, spätestens allerdings am 13. April 2008 vom Schreiben der Beklagten Kenntnis genommen hat.
- 70 Die Klägerin tätigte ihre nächste Bestellung über 2.5 Mio. Flaschen, eine Bestellmenge für ein knappes halbes Jahr, an einem Sonntag. Sie kann sich deshalb nicht auf den Standpunkt stellen, sie habe den Briefkasten am 12. April 2008 nicht geleert, da es sich um einen Samstag handelte (gegnerische Klageschrift, Rz. 90). Dieser Standpunkt verstösst gegen Treu und Glauben. Ausserdem deutet das Vorgehen der Klägerin darauf hin, dass sie sich ihrer Vorauszahlungspflicht entziehen wollte.
- 71 Selbstverständlich galt die Vorauszahlungspflicht auch noch für die Bestellung vom 20. April 2008. Im Schreiben vom 16. April 2008 (K-9) stellte die Beklagte in Aussicht, ihre Entscheidung, Vorauszahlung zu verlangen aufzuheben, sobald alle offenen Rechnungen bezahlt worden seien. Von einem rückwirkenden Verzicht auf Vorauszahlung war nie die Rede (so auch die Klägerin in ihrer Klageschrift in Rz. 115 „künftig“).

5.3 Vorauszahlung für Bestellungen ab 21. April 2008

- 72 Auch nach dem 21. April 2008 war die Klägerin befugt, weiterhin auf Vorauszahlung zu beharren. Gemäss Schreiben der Beklagten vom 16. April 2008 entfällt die Vorauszahlungspflicht nur, falls die Klägerin sämtliche ausstehenden Forderungen bezahlt. Die ausstehenden Forderungen betragen EUR 2'900'000.-. Die Klägerin bezahlte jedoch nur EUR 2'819'100.-.
- 73 Die Klägerin macht geltend, sie habe die Marketingkosten mit den ausstehenden Schulden rechtmässig verrechnet. Gemäss Art. 120 OR dürfen die Forderungen nur dann miteinander verrechnet werden, wenn diejenige der Klägerin gegenüber der Beklagten fällig ist. In Rz. 99

der gegnerischen Klageschrift macht die Klägerin geltend, die Forderung sei zum Zeitpunkt der Verrechnung fällig gewesen.

- 74 Sofern nichts anderes vereinbart wurde, bestimmt sich der Fälligkeitszeitpunkt nach den Umständen des Rechtsverhältnisses (Art. 75 OR). Der Erfüllungszeitpunkt ist aus den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben festzulegen (BGE 116 II 225, 236; LEU, BSK OR I, N 5 zu Art. 75 OR). Bloss weil die Beklagte früher Marketingrechnungen meist ohne Überprüfung innert Wochenfrist bezahlt hatte, durfte daraus nicht geschlossen werden, dass dies auch in Zukunft so sein würde. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte nicht hätte berechtigt sein sollen, eine Marketingrechnung auch einmal genauer zu prüfen. Wie sich gezeigt hat, war eine solche Prüfung gerechtfertigt, da Weihnachtskarten über EUR 550.- nicht Bestandteil des Marketingplans waren.
- 75 Die Forderung konnte nicht fällig sein, solange die Höhe der zurückzuerstattenden Marketingkosten nicht definitiv feststand. Die gründliche Prüfung der Marketingausgaben darf innert angemessener Frist, nicht aber innert einer Woche, erwartet werden. Die Verrechnung war deshalb unzulässig.
- 76 Schliesslich sei festzuhalten, dass es sich bei EUR 80'900.- nicht um eine Bagatellsumme handelt. Auch verglichen mit dem Gesamtbetrag liegt dieser Betrag keineswegs im Promille-, sondern im Prozentbereich.

6. Ausserordentliche Kündigung der Klägerin

- 77 Die Beklagte wird im Folgenden zeigen, dass die Kündigung aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 ungerechtfertigt war.

6.1 Kündigung nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag

- 78 Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass keine Verletzung vertraglicher Pflichten oder eventualiter keine Abmahnung unter Einhaltung der zehntägigen Frist stattgefunden habe.

6.1.1 Verletzung der Exklusivität

- 79 Die Klägerin leitet aus Art. 3 (2) Distributionsvertrag eine aktive Pflicht zur Bekämpfung von Parallelimporten ab (gegnerische Klageschrift, Rz. 108). Eine solche Pflicht lässt sich weder aus dem Distributionsvertrag selbst, noch aus Gesetzesvorschriften herleiten (Rz. 36 ff.). Die Beklagte ist den Unterstützungs- und Interessenwahrungspflichten vollumfänglich nachgekommen. Entgegen der Aussage der Klägerin (gegnerische Klageschrift, Rz. 106) ist sie der Herkunft der Parallelimporte nachgegangen. Sie stellte jedoch fest, dass PLL Beer S.A. zu keiner Zeit grenzüberschreitend tätig war (K-3). Die von der Beklagten vertraglich zugesicherte Exklusivität wurde nicht verletzt.

6.1.2 Verletzung der Lieferverpflichtung

80 Die Beklagte hatte die Befugnis, bei Zahlungsverzug sofort Vorauszahlung zu verlangen (Art. 5 (5) Distributionsvertrag). Von dieser vereinbarten Vertragsklausel machte sie berechtigterweise Gebrauch. Eine Verletzung der Liefervereinbarung hat daher nicht stattgefunden.

81 Die Klägerin macht geltend, die Überweisung des Betrags sei am 21. April 2008 getätigt worden, womit die Vorauszahlungspflicht aufzuheben sei. Da die Verrechnung unzulässig war, wurde nicht der gesamte ausstehende Betrag bezahlt (Rz. 72 ff.). Eine allfällige Aufhebung der Vorauszahlungspflicht hat zudem nicht rückwirkenden Charakter (Rz. 71). Zudem muss die Liefervereinbarung gemäss Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag mehrfach verletzt worden sein, damit ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt (Rz. 87).

6.1.3 Zehntägige Frist

82 Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, die Beklagte habe eine wesentliche Vertragsbestimmung verletzt, liegt gemäss Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag ein wichtiger Grund nur dann vor, wenn die Vertragsverletzung zehn Tage nach Abmahnung fortgesetzt wird.

83 Die Klägerin stützt sich in ihrer Klageschrift (Rz. 110) auf das Schreiben vom 12. August 2006, wobei die Kündigung erst am 30. April 2008 erfolgte. Sie rechtfertigt die Kündigung mit einer Abmahnung, welche knapp zwei Jahre zurückliegt. Die Parallelimporte nahmen während dieser Zeit aber dank des freiwilligen Preisnachlasses ab. Die Beklagte ist folglich dem Aufruf zur Unterstützung nachgekommen, womit dieser Abmahnung zur Genüge Folge geleistet wurde. Zudem widerspricht es Treu und Glauben, sich auf eine Abmahnung zu berufen, nachdem ein Vertrag monatelang weitergeführt wurde.

84 Die Beklagte unterbreitete der Klägerin am 16. April 2008 den Vorschlag, den Entscheid, Vorauszahlung zu verlangen, aufzuheben und ein Expertenteam zur Unterstützung nach Deutschland zu entsenden (K-9). Die Klägerin tätigte einen Teil der Zahlung und akzeptierte damit die gestellten Bedingungen und Zusicherungen. Die Abmahnung vom 14. April 2008 verfiel, da eine gemeinsame Lösung angestrebt wurde. Die Frist konnte somit nicht an diesem Datum angesetzt werden. Vielmehr gab die Klägerin am 20. April 2008 nochmals eine Bestellung auf, was ihren Willen zur Aufrechthaltung des Vertrags zum Ausdruck bringt.

85 Die Klägerin kann sich folglich höchstens auf die Abmahnung vom 21. April 2008 berufen. Die Kündigung wurde bereits am 30. April 2008, sprich nur neun Tage später, eingereicht. Die zehntägige Frist wurde nicht eingehalten. Es lag kein wichtiger Grund nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag vor.

6.2 Kündigung nach Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag

- 86 Die Beklagte hat ihre Lieferverpflichtung zu keinem Zeitpunkt verletzt (Rz. 64 ff.).
- 87 Ausserdem verlangt Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag, dass *mehrfach* nicht geliefert wird. Die Bestellung vom 13. April 2008 war nach Ansicht der Beklagten nur gegen Vorauszahlung zu liefern (Rz. 67 ff.). Sollte das Schiedsgericht der Auffassung sein, die Vorauszahlungspflicht habe für die Bestellung vom 13. April 2008 noch nicht bestanden, so handelte es sich bloss um eine *einmalige* Verletzung der Lieferverpflichtung.
- 88 Die Beklagte hat stets zu den vereinbarten Konditionen geliefert, womit kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung i.S.v. Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag gegeben war. Eventualiter lag keine mehrfache Verletzung der Lieferbedingungen vor.

6.3 Weitere ausserordentliche Kündigungsgründe

- 89 Es wird nicht bestritten, dass weitere, vertraglich nicht festgelegte Kündigungsgründe möglich gewesen wären. Doch wendet die Beklagte ein, dass für die Klägerin kein solcher bestanden hat.
- 90 Die Beklagte hatte berechtigten Grund, an der Zahlungsbereitschaft der Klägerin zu zweifeln. Deshalb wurde diese von ihr als persönliches Kreditrisiko eingestuft.
- 91 Wie in Rz. 74 dargelegt, hatte die Beklagte das Recht und allen Grund, die Marketingausgaben zu überprüfen. Die Klägerin hat ihr Vertrauen über Jahre hinweg missbraucht, indem sie nicht budgetierte Ausgaben verbuchte. Dennoch war die Beklagte bis zum Schluss an einer gütlichen Einigung interessiert.

6.4 Fazit Kündigung

- 92 Die fristlose Kündigung der Klägerin war ungerechtfertigt. Der aus der Kündigung resultierende Schaden ist der Beklagten gemäss Art. 97 OR vollumfänglich zu ersetzen.

7. Rückerstattung der Kosten der Radiowerbung

- 93 Gemäss Rz. 122 ff. der gegnerischen Klageschrift sei die Beklagte verpflichtet, die Kosten der Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 zu ersetzen. Dieser Rückerstattungsanspruch ergebe sich aus analoger Anwendung von Art. 418n OR i.V.m. Art. 402 Abs. 1 OR. Zudem könnte die Klägerin ihren Anspruch direkt aus Art. 6 (2) Distributionsvertrag ableiten.
- 94 Weiter wäre es möglich gewesen, die Buchung en bloc als Geschäftsführung ohne Auftrag zu qualifizieren. Der Rückerstattungsanspruch ergäbe sich dann aus Art. 422 Abs. 1 OR für die echte berechnete und aus Art. 62 ff. OR für die echte unberechnete Geschäftsführung ohne Auftrag.

95 Die Beklagte weist den Rückerstattungsanspruch in Bezug auf sämtliche genannten Rechtsgrundlagen ab. Durch den Distributionsvertrag hatte sie sich zwar verpflichtet, die Werbekosten zu übernehmen, da die Absatzförderung auch in ihrem Interesse lag. Sie ist aber nicht bereit, nutzlos gewordene Aufwendungen zu tragen. Vor allem nicht in Anbetracht der Tatsache, dass vorliegende Kosten alleine der Nachlässigkeit der Klägerin zuzuschreiben sind. Diese hat sich gegenüber den Radiosendern bedeutend stärker verpflichtet, als es die Umstände erforderten. Die finanziellen Konsequenzen dieses Risikos hat sie daher selbst zu tragen.

7.1 Vertragliche Ansprüche

96 Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen der Normen des Agentur- und Auftragsrechts, welche zum Ersatz berechtigen, nicht.

97 Zudem könnte sie geltend machen, in Art. 6 (2) Distributionsvertrag sei kein Vorbehalt angebracht worden, dass die Rückerstattung an den Fortbestand des Vertrags geknüpft sei.

7.1.1 Art. 418n OR

98 Gemäss Art. 418n OR ist Auslagenersatz geschuldet, wenn dies vereinbart wurde oder wenn der Agent auf besondere Weisung des Auftraggebers ein Geschäft besorgt hat. Die Klägerin macht geltend, der Distributionsvertrag impliziere in Art. 4 (5) eine solche Weisung (gegnerische Klageschrift, Rz. 124, 128 f.). Dieser besagt, die Klägerin verpflichte sich, die Interessen der Beklagten zu wahren. Daraus schliesst die Klägerin, die Marketingkosten seien möglichst tief zu halten (gegnerische Klageschrift, Rz. 124).

99 Durch den Kauf von Werbezeit über ein ganzes Jahr hat die Klägerin das Budget unterschritten (Ziff. 8 von K-13). Selbstverständlich war der Beklagten bewusst, dass ein Kauf über ein ganzes Jahr zu Volumenrabatten führt. Hätte dies tatsächlich in ihrem Interesse gelegen, hätte sie betreffenden Posten entsprechend tiefer budgetiert. Das Budget erlaubte, ja propagierte gar, die Buchung von Werbezeit in monatlichen Blöcken. Das Interesse der Beklagten zielte darauf ab, gerade was die Werbung anbelangt, flexibel und anpassungsfähig zu bleiben. So kann insbesondere eine ausserordentliche Kündigung nie ausgeschlossen werden. Deshalb budgetierte sie die Kosten der Werbung ganz bewusst so hoch, dass eine Buchung in monatlichen Blöcken möglich gewesen wäre. Die Buchung en bloc diente nicht der in Art. 4 (5) Distributionsvertrag statuierten Interessenwahrung der Beklagten. Eine implizite Pflicht zu einer derartigen Buchung ist daher ausgeschlossen. Die Beklagte schuldet keinen Auslagenersatz aus analoger Anwendung von Art. 418n OR.

7.1.2 Art. 402 Abs. 1 OR

100 Weiter stützt sich die Klägerin auf Art. 402 Abs. 1 OR (gegnerische Klageschrift, Rz. 127). Dieser besagt, dass der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen zu ersetzen hat, die die-

ser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat. Die Klägerin hat ihre Pflichten nicht richtig erfüllt, als sie en bloc buchte. Die Beklagte über ein Jahr zu binden, obwohl dies keine nennenswerten Vorteile brachte, widersprach deren Interessen (Rz. 99). Was den Interessen widerspricht und zugleich vermeidbar wäre, kann keine richtige Ausführung darstellen. Eine Rückerstattung nach Art. 402 Abs. 1 OR fällt daher ausser Betracht.

7.1.3 Art. 6 (2) Distributionsvertrag

101 Die Klägerin hätte ausserdem vorbringen können, die Beklagte habe bezüglich Buchungsperioden keine Vorgaben gemacht. Daher habe sie selbst entscheiden können, über welchen Zeitraum sie sich gegenüber dem Sender verpflichten wollte, ohne dass dies Auswirkungen auf den Rückerstattungsanspruch habe.

102 Die Budgetierung propagierte eine Buchung in monatlichen Blöcken (Rz. 99). Obwohl nicht ausdrücklich vereinbart wurde, wie zu buchen sei, hatte die Klägerin keine freie Wahl. Missachtet sie dies, hat sie das finanzielle Risiko, welches sie freiwillig eingegangen ist, selbst zu tragen.

7.1.4 Art. 97 OR

103 Die Klägerin könnte die Rückerstattung der Kosten der Radiowerbung auch nicht gestützt auf Art. 97 OR verlangen. Zum einen fehlt es an einer Vertragsverletzung, da keine vertragliche Pflicht besteht, die Radiowerbung für das ganze Jahr 2008 zu ersetzen (Rz. 98 ff.). Zum anderen trifft die Beklagte kein Verschulden, da die ausserordentliche Kündigung von Seiten der Klägerin nicht gerechtfertigt war (Rz. 77 ff.).

7.2 Quasivertragliche und ausservertragliche Ansprüche

104 Da auf vertraglicher Basis keine Ansprüche auf Auslagenersatz bestehen, könnte die Klägerin die Rückerstattung der Marketingkosten aus Art. 422 OR oder Art. 62 ff. OR fordern.

7.2.1 Echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

105 Gemäss Art. 422 Abs. 1 OR muss die Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten sein, damit sie berechtigt ist und Anspruch auf Auslagenersatz besteht. Geboten ist eine Geschäftsführung, wenn Dringlichkeit die Besorgung erfordert (WEBER, BSK OR I, N 13 zu Art. 419 OR). Obwohl die Geschäftsführung nicht unerlässlich sein muss, stellt bloss Nützlichkeit keine Gebotenheit i.S.v. Art. 422 Abs. 1 OR dar (TERCIER, N 5323). Grundsätzlich sind Kostenersparnisse durch Volumenrabatte durchaus von Vorteil. Solche Vorteile sind aber bloss nützlich. Die Beklagte hätte durch den Verzicht auf Volumenrabatte, abgesehen von der entgangenen Ersparnis, keinerlei Nachteile erlitten. Von Dringlichkeit konnte nicht ausgegangen werden, da die Klägerin jederzeit mit der Beklagten Rücksprache hätte

nehmen können. An der auf die erste Buchung en bloc folgenden Marketingplansitzung hätte sie erwähnen müssen, dass die Radiowerbung für ein ganzes Jahr gebucht worden sei. Bei dieser Gelegenheit hätte sie die Einwilligung für die folgenden Jahre einholen müssen. Da die Klägerin dies versäumt hat, liegt keine berechtigte Geschäftsführung vor und Auslagenersatz gemäss Art. 422 Abs. 1 OR fällt ausser Betracht.

7.2.2 Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

106 Wird die Pflicht, die Radiowerbung zu buchen, als echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert, richtet sich die Rückerstattung nach Art. 62 ff. OR (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 888). Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Die Beklagte ist aber nicht bereichert. Der Vertrag über die Werbung schloss die Radiostation mit der Klägerin. Ihr stand die darin vereinbarte Werbezeit zu. Die Leistung zugunsten der Beklagten i.S. eines Vertrags zugunsten Dritter wurde nicht vereinbart.

107 Die Beklagte als Begünstigte der Werbezeit zu sehen, würde eine Stellvertretung durch die Klägerin voraussetzen. Gemäss Art. 2 (2) Distributionsvertrag ist diese nicht berechtigt, im Namen oder auf Rechnung der Beklagten zu handeln. Genau diese Elemente machen aber eine Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR aus (HUGUENIN, OR AT, N 1078 f.). Die Beklagte ist daher nicht bereichert und hat die Kosten der Radiowerbung nicht zurückzuerstatten.

7.3 Fazit Kosten der Radiowerbung

108 Die Klägerin hat die Kosten der Radiowerbung von Mai bis Dezember 2008 selbst zu tragen. Es bestand keine Pflicht i.S.v. Art. 418n OR, insbesondere nicht aufgrund Art. 4 (5) Distributionsvertrag, zur Buchung en bloc. Auch die Voraussetzungen für Auslagenersatz i.S.v. Art. 402 OR, Art. 422 OR oder Art. 62 OR erfüllt die Klägerin nicht.

Aus all diesen Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission, um Gutheissung der eingangs aufgeführten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 4