

Moot Court Team 6

Cynthia Franel
Josefina Halbeisen
Sarah Schulthess
Seraina Steinhauer

LSI

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Swiss Rules Fall Nr. 600132-2008: Klageantwort

in Sachen

Distribujet GmbH, Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 7

Klägerin

gegen

BeveSana AG, Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 6

Beklagte

betreffend

Forderung

Rechtsbegehren

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende Rechtsbegehren:

Es sei festzustellen,

1. dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht gegeben sei,
2. dass die Beklagte nicht passivlegitimiert sei,
3. dass die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin nicht verletzt hat, und daher nicht zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden kann,
4. dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin nicht verletzt hat,
5. dass die Kündigung der Klägerin nicht rechtmässig war,
6. dass die Beklagte der Klägerin die Kosten für die Radiowerbung der letzten drei Quartale 2008, sowie die Kosten für die Weihnachtskarten nicht zu erstatten hat.
7. dass die Klägerin gemäss 5 [5] DV EURO-LIBOR +2% p.a. auf den am 1.02.2008 in Rechnung gestellten Betrag von EUR 2'900'000 (unter der Berücksichtigung der 60-tägigen Frist) seit dem 4. April 2008 zu bezahlen hat.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Die Vorbringen der Klägerin werden von der Beklagten generell bestritten, soweit sie im Einzelnen nicht ausdrücklich anerkannt werden.

Die Beklagte hält sich im Folgenden an die Systematik der Klägerin. Zu den einzelnen Punkten nimmt sie wie folgt Stellung:

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	II
Entscheidungsverzeichnis	IV
<i>Bundesgerichtsentscheide</i>	<i>IV</i>
Abkürzungsverzeichnis	V
A Übergang der Schiedsklausel	1
B Passivlegitimation	4
C Das Verlangen von Vorauszahlungen war zulässig	4
I <i>Schuldnerverzug der Klägerin</i>	4
II <i>Keine Verzugsbeseitigung durch Erfüllung (zu Ziff. 33f. Klageschrift)</i>	5
1 <i>Unzulässige Verrechnung</i>	6
2 <i>Schuldnerverzug bezüglich Verzugszinsen</i>	7
3 <i>Zulässiges Beharren auf Vorauszahlung selbst ohne Schuldnerverzug</i>	7
D Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts der Klägerin	9
I <i>Keine aussergewöhnliche Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten</i>	9
II <i>Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch Preisgestaltungspolitik</i>	11
III <i>Erfahrungheit der Klägerin</i>	13
IV <i>Zurückweisung des Vorwurfs mangelnden Engagements</i>	13
E Die Kündigung der Klägerin war unzulässig	14
I <i>Vertragliche Kündigungsgründe</i>	14
1 <i>Vertragsgemässe Lieferung (Zu Ziff. 58f. Klageschrift)</i>	14
2 <i>Keine Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen</i>	15
II <i>Wirtschaftliche Zumutbarkeit (Zu Ziff. 65ff. Klageschrift)</i>	15
III <i>Grundlagenirrtum (zu Ziff. 69ff.)</i>	16
IV <i>Keine Haftung nach 14 [3] DV</i>	17
V <i>Verwirkung</i>	18
F Keine Verpflichtung zur Übernahme der Marketingkosten	18
I <i>Kein Ersatz bei unrechtmässiger Kündigung</i>	18
II <i>Kein Ersatz bei rechtmässiger Kündigung</i>	20
G Schlussfazit	20

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ, MARC / SCHLUEP, WALTER* *Einleitung vor Art. 184 ff. OR*
(Innominatverträge: Allgemeine Lehren und Besonderer Teil), in: Heinrich Honsell [et al.] (Hrsg.): *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 4. Auflage, Basler Kommentar, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007
(zit. BSK-OR I-Bearbeiter)
[Verweis: N38]
- BEER, BRUNO / BURKHART, FABIAN / DUCREY, PATRIK / KRAMER, ERNST / KULL, MICHAEL (HRSG) / WILDHABER, CHRISTOPH (HRSG) / WILLI, CHRISTOPH* *Schweizer Vertriebsrecht- Ein Handbuch für Praktiker*, Zürich, 2008
(zit. VERTRIEBSRECHT)
[Verweis: N7, 38, 41]
- BERETTA, PIERA* *Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes*, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 98. Jahrgang 2002, Zürich
(zit. BERETTA)
[Verweis: N6, 7]
- HUGUENIN, CLAIRE* *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2008
(zit. HUGUENIN)
[Verweis: N18, 19, 23, 67]

ULMER PETER

Der Vertragshändler, München, 1969

(zit. ULMER)

[Verweis: N55]

MEYER, ALEXANDER CHRISTIAN

Der Alleinvertriebsvertrag, St. Gallen 1990

(zit. MEYER)

[Verweis: N54, 71, 72]

VISCHER FRANK

Einleitung in: *VISCHER FRANK UND VISCHER ANWÄLTE UND NOTAR*, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004

(zit. ZK FUSG, VISCHER)

[Verweis: N9]

WEBER, ROLF H.

Kommentar zu Art. 82 OR, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, 1. Aufl. Bern 1983

(zit. BK-WEBER)

[Verweis: N35]

WEBER, ROLF H.

Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, in: ZSR 1987 I 403–434

(zit. WEBER)

[Verweis: N35]

WEIL, BRUNO M.

Die vorzeitige Aufhebung des Alleinvertriebsvertrages, in: SJZ 32 (1935/36)

(zit. WEIL)

[Verweis: N71]

Entscheidungsverzeichnis

Bundesgerichtsentscheide

BGE 83 II 26

BGE 83 II 395

BGE 87 II 24

BGE 113 II 27

BGE 117 II 30

BGE 117 II 224

BGE 118 II 297

BGE 126 III 119

BGE 4C.385/2005

ZR 28 (1929), Nr. 155

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bibite	Bibite AG
Bsp.	Beispiel
bspw.	Beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
Dez.	Dezember
d.h.	das heisst
DV	Distributionsvertrag zwischen BeveSana AG und Distribujet GmbH vom 3.Juli 2004 (K-1)
€	Euro
EA	Einleitungsanzeige vom 9. Juni 2008
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
ggü.	gegenüber
i.c.	in casu
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift
lit.	litera
Mio.	Million
N	Randnummer

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per anno
PLL	PLL Beer S.A.
S.	Seite
SEF	Sachverhaltsergänzungsfrage
u.	und
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zzgl.	zuzüglich

A ÜBERGANG DER SCHIEDSKLAUSEL

- 1 Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Schiedsklausel gültig zustande gekommen ist.
- 2 Die Beklagte anerkennt, dass die Schiedsklausel nicht aufgrund von OR 181 übergegangen ist.
- 3 Eine Vermögensübertragung ist aber dennoch gültig zustande gekommen. Zwar hat der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung. Derjenige, der sichere Kenntnis von einer Handlung hat, kann sich aber aufgrund von Art. 933 Abs. 2 OR nicht mehr auf das negative Publizitätsprinzip berufen. U.E. kann sich auch jener nicht mehr auf das negative Publizitätsprinzip berufen, der grob fahrlässig gehandelt hat. Die Klägerin wurde von den Mitarbeitern der Beklagten mittels Serienbrief schriftlich sowie mündlich durch Herrn Meier informiert. Spätestens nach der Äusserung von Herrn Meier im Oktober 2005 (K-13) wäre die Klägerin nach Treu und Glauben dazu angehalten gewesen, sich über den aktuellen Vertragspartner zu erkundigen. Sie konnte nicht einfach annehmen, dass es keine Änderungen gegeben habe. Dass nun die zuständigen Personen bei einer anderen Gesellschaft als bei der Vertragspartnerin arbeiteten und trotzdem noch zuständig waren, hätte in der Klägerin Zweifel wecken und sie zur Nachfrage bewegen müssen. Doch sie fragte nicht nach, warum ihre Ansprechpartner bei einer anderen Firma arbeiten. Dieses Verhalten widerspricht von in grundsätzlicher Weise der Sorgfaltspflicht, die einen Vertragspartner trifft.
- 4 Die Klägerin bezahlte im Übrigen bereits ab September 2005 Rechnungen, die auf Bibite ausgestellt waren (Einleitungsantwort, I. 3.). Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass die Rechnungen, bevor sie bezahlt werden, überprüft und nicht blindlings seit drei Jahren Forderungen eines fremden Rechnungsstellers bezahlt wurden. Der Fehler liegt hier eindeutig nicht bei der Beklagten, sondern in der Organisation der Klägerin. Auch hier ist der die Klägerin demnach ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen.
- 5 Fazit dieser Ausführungen ist, dass sich die Klägerin durch ihre Sorgfaltspflichtverletzungen und ihrer groben Fahrlässigkeit nicht mehr auf das negative Publizitätsprinzip stützen kann. Demnach ist das Argument, dass die Vermögensübertragung ihr gegenüber nicht rechtsgültig zustande gekommen sei, sogar rechtsmissbräuchlich, da sie sich trotz ihrer Fehler und die durch ihr Fehlverhalten ausgelösten Probleme auf diese Argumente stützen will.
- 6 Die Vertragsübernahme, d.h. der Übergang des Distributionsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten auf Bibite, ist ebenfalls rechtens: die partielle Universalsukzession, wie sie

mit der Vermögensübertragung stattgefunden hat, hat die gleichen Wirkungen wie eine Universalsukzession (BERETTA, S. 249). Das bedeutet, dass zwar nur ein Teil des Vermögens, das klar bestimmt im Inventar aufgelistet werden muss, übergeht; gleichzeitig gehen aber Verträge ohne die Zustimmung von Dritten auf den neuen Vermögensinhaber über. BGE 4C.385/2005 bestätigt, dass die partielle Universalsukzession auch Verträge automatisch übergehen lässt, falls diese im Inventar aufgelistet sind.

- 7 Die Vertragsübernahme ist nun, nicht wie bei der Klägerin in der Klageschrift beschrieben (KS, N 10), kein Vertrag sui generis mehr. Diese Ansicht ist veraltet und mit dem FusG hinfällig geworden (BERETTA, S. 250). Nur wenn der Distributionsvertrag ein bestimmtes Schutzbedürfnis für die Drittpartei begründen würde oder wenn aufgrund der Wettbewerbsstellung der übertragenden Partei den Dritten ein nicht wiedergutzumachender Nachteil zukommen würde, könnte einen Vertragsübergang verhindern (BERETTA, S. 253f.). Der Distributionsvertrag ist jedoch kein Vertrag ad personam, da er aufgrund der fehlenden Subordination nicht als Arbeitsverhältnis gilt (VERTRIEBSRECHT, S. 46). Und da die Beklagte bzw. durch die Vermögensübertragung Bibite, alleinige Produzenten des Getränkes SHARP REQUIEM ist, erleidet die Klägerin keinerlei Verluste in der Marktstellung.
- 8 Ausserdem würde es für die Klägerin wenig Sinn machen, wenn die weitere Vertragspartnerin nicht mehr Inhaberin der nötigen Infrastruktur wäre. Demnach kann der automatische Vertragsübergang hier auch als Schutz des Dritten vor einer Vertragsverletzung der ursprünglichen Vertragspartnerin durch Unmöglichkeit der Vertragsleistung gesehen werden. Anzufügen sei, dass der Schutz der Drittpartei durch die Solidarhaftung nach Art. 75 FusG genügt.
- 9 Bezüglich der vereinbarten Schriftform in 20 [1] DV ist festzuhalten, dass eine partielle Universalsukzession nicht unter diese Art der Vertragsänderung fällt. Die vereinbarte Schriftlichkeit bei Vertragsänderungen (20 DV) ändert am Übergang des Vertrages nichts. Es entspricht nämlich dem Prinzip der Universalsukzession, dass die Rechte ex lege übergehen, auch ohne Zustimmung der Drittpartei (ZK-FUSG, EINLEITUNG-VISCHER, N 40). Nicht einmal eine Übertragungsausschlussklausel würde an der Übertragung etwas ändern. Würde ein Vertrag ad personam vorliegen, so müsste man der Drittpartei wenigstens ein Rücktrittsrecht einräumen (ZK-FUSG, EINLEITUNG-VISCHER, N 41). Hier handelt es sich jedoch erstens nicht um einen Vertrag ad personam und zweitens wurde allen ein Rücktrittsrecht im Rundschreiben der Beve Sana eingeräumt, welches von der Klägerin nicht genutzt wurde. Somit steht dem Vertragsübergang nichts im Wege.

- 10 Auch der Vertrag ist somit übergegangen. Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte, da kein Vertrag mehr zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht, nicht mehr an die Schiedsklausel gebunden ist. Somit wäre ein Gericht am ordentlichen Gerichtsstand zuständig.
- 11 Falls das Gericht wider Erwarten davon ausgehen sollte, dass der Vertrag nicht durch partielle Universalsukzession übergegangen sein sollte, sei anzufügen, dass das Verhalten der Klägerin nur als eine Zustimmung zum Vertragspartnerwechsel verstanden werden durfte. Sie hat die Rechnungen der Bibite ohne Nachfragen beglichen, obwohl es nach der nötigen Sorgfalt geboten gewesen wäre, dass die Klägerin die Rechnungen überprüft. Ausserdem hat sich die Klägerin niemals über den neuen Briefkopf geäußert, obwohl im Geschäftsverkehr wohl erwartet werden dürfte, dass man überprüft, von wem der Brief stammt. Zusätzlich wurde die Klägerin schriftlich und mündlich über den Vertragspartnerwechsel informiert. Da die Adresse der Klägerin in den Computern der Beklagten gespeichert ist, ist es unmöglich, dass die Klägerin den Brief nicht erhalten hat. Somit hat die Klägerin dem Vertragsübergang zumindest durch Schweigen zugestimmt.
- 12 Die Ausführungen der Klägerin, die Beklagte habe den Rechtsschein aufrecht erhalten, an den Vertrag gebunden sein zu wollen, sind haltlos (KS, N 26). Die Briefe der Klägerin wurden immer durch Bibite beantwortet, und auch die Rechnungen lauteten seit September 2005 stets auf Bibite. Seit der Vermögensübertragung hatte die Beklagte keinerlei Kontakt mehr zur Klägerin. Somit ist eine Rechtsscheinhaftung ausgeschlossen.
- 13 Somit ist festzuhalten, dass der Vertrag mit allen Rechten und Pflichten auf Bibite übergegangen ist. Daraus folgt, dass auch die Schiedsvereinbarung nicht mehr zwischen den beiden Parteien gelten sollte. Das Schiedsgericht ist damit für die vorliegende Streitigkeit nicht zuständig.

B PASSIVLEGITIMATION

- 14 Zu den Ausführungen des Übergangs der Schiedsvereinbarung sei anzufügen, dass wie schon oben erwähnt (RZ einfügen), kein Rechtsschein besteht.
- 15 Auch auf die Solidarhaftung der Beklagten nach Art. 75 FusG kann sich die Klägerin nicht berufen, da die Information der Klägerin anfangs Juni stattgefunden hat. Da nicht genau nachvollzogen werden kann, wann der Brief gesendet wurde, wird hier als Richtdatum der 1.6.05 genommen. Die Einleitungsanzeige der Klägerin wurde jedoch erst am 9.6.08 eingereicht. Somit sind die drei Jahre der Solidarhaftung abgelaufen.
- 16 Die Klägerin hat folglich keinerlei Möglichkeit, eine Haftung der Beklagten zu begründen. Die Passivlegitimation muss daher verneint werden.

C DAS VERLANGEN VON VORAUSZAHLUNGEN WAR ZULÄSSIG

- 17 Die Beklagte wird zeigen, dass sie berechtigt war, auf Lieferung gegen Vorauszahlung zu bestehen.

I Schuldnerverzug der Klägerin

- 18 Schuldnerverzug liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (a) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit, (b) Fälligkeit der Forderung, (c) kein Leistungsverweigerungsrecht (keine Einreden) der Schuldnerin und (d) Verzug der Schuldnerin (HUGUENIN, N647).
- 19 Da „man Geld haben muss“ (HUGUENIN , N 650), und somit bei Geldleistungen nie ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, ist Voraussetzung (a) erfüllt. Mangels anderweitiger Regelung im DV gilt die in Art. 75 OR aufgestellte Vermutung der sofortigen Fälligkeit der auf den 1.2.08 datierten Rechnungen, womit auch Voraussetzung (b) gegeben ist. Weil die Schuldnerin kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann, ist auch Voraussetzung (c) erfüllt. Gemäss 5 [5] DV sind Lieferungen innert 60 Tagen nach Erhalt der Rechnung zu bezahlen. Damit besteht (bei mutmasslichem Erhalt der Rechnung am 4.2.08.) ein vertraglich fixierter Verfallstag am 4.4.08, so dass sich eine Mahnung erübrigt und der Schuldnerzug automatisch eintritt. Es ist Ausdruck des guten Willens der Beklagten, dass sie erst mit Schreiben vom 10.4.08 auf Vorauszahlung bestand, obwohl sie dazu rechtlich gesehen bereits ab dem 4.4.08 berechtigt war.

- 20 Nicht abzustreiten ist damit, dass das Verlangen von Vorauszahlungen bis zum 21.4.08 (bzw. nach Eingang der Zahlung auf das Konto der Beklagten) rechtmässig war, da sich die Klägerin bis zu besagtem Datum unbestritten im Verzug befand. Das Verlangen von Vorauszahlungen für die beiden letzten Bestellungen der Klägerin vom 13.4.08 und 20.4.08, die am 14.4.08 respektive am 21.4.08 (damit immer noch während des Schuldnerverzugs der Klägerin) bei der Beklagten eingetroffen sind, war somit vertragskonform (Beschluss Nr. 2, Ziff. 17). Zudem ist zu beachten, dass die Beklagte der Klägerin den vereinbarten Rabatt von 1% auf den Verkaufspreis gewährte.
- 21 Sollte das Gericht mit Verweis auf 5 [1] DV argumentieren, die Beklagte hätte die Rechnung erst jeweils einen Monat nach Eingang der Bestellungen ausgestellt, also zu einem Zeitpunkt nach dem 21.4.08 und damit nach der mutmasslicher Beseitigung des Schuldnerverzugs, ist zunächst zu entgegnen: Zunächst spricht sich der DV nicht aus, wie lange die Beklagte berechtigt ist, Vorauszahlungen zu verlangen. Nach Treu und Glauben aber wohl solange als dass ein Kreditrisiko für die Beklagte besteht, was i.c. auch einen Monat nach Eingang der Bestellungen noch der Fall war (dazu unten, N23ff.). Im Übrigen führt die Beklagte folgende Argumentation: Die von der Klägerin geltend gemachte Beseitigung des Schuldnerverzugs war nicht zulässig, so dass der Schuldnerverzug der Klägerin nicht beseitigt wurde. Dies wird im Folgenden dargelegt werden.

II Keine Verzugsbeseitigung durch Erfüllung (zu Ziff. 33f. Klageschrift)

- 22 Die Klägerin macht geltend, am 21.4.08 die offenen Rechnungen im Gesamtbetrag von € 2'900'000 beglichen zu haben. Zutreffend ist, dass die Klägerin am 21.4.08 den Betrag von € 2'819'100 überwies – und damit einen Teil der ausstehenden Forderung in der Höhe von insgesamt € 2'900'000 bezahlte. Den Betrag von € 80'900 will die Klägerin im Zuge der Überweisung durch Verrechnung getilgt haben. Dies wird bestritten, da die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung nicht zulässig und folglich nicht wirksam war.

1 Unzulässige Verrechnung

a) Fehlende Voraussetzungen (Zu Ziff. 35 Klageschrift)

23 Um Forderungen gültig miteinander verrechnen zu können, müssen kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sein: Bestand der Forderungen, Fälligkeit der Verrechnungsforderung, Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen, kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag oder Gesetz und schliesslich eine ausdrückliche oder stillschweigende Verrechnungserklärung (HUGUENIN, N 852 ff).

b) Ausschluss der Verrechnung (Zu Ziff. 40f. Klageschrift)

24 Die Wirksamkeit der Verrechnung durch die Klägerin scheitert, da zwischen den Parteien ein konkludentes Verrechnungsverbot bestand (vgl. Art. 126 OR i.V.m. Art. 1 Abs. 2 OR).

25 Unbestritten sind auch von beklagter Seite die Erfordernisse der Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit. Auch die Fälligkeit wird im Übrigen nicht bestritten. Hingegen macht die Beklagte geltend, dass zwischen den Parteien ein Verrechnungsausschluss bestand und die vorgenommene Verrechnung daher nicht zulässig war.

26 Gemäss Art. 126 OR kann der Schuldner auf die Verrechnung zum Voraus Verzicht leisten. Nach bewährter Rechtsprechung kommt der Verzicht durch zwei übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen zustande, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen können (Art. 1 OR; BGE 117 II 30 E. 2b; 87 II 24 E. 2; 83 II 395 E. 1; 83 II 26). Die Erklärungen sind im Streitfall aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (Art. 2 ZGB, BGE 126 III 119 E. 2a, BGE 83 II 26 f.). Seit Vertragsschluss am 3.7.04 hat die Klägerin bis zum 10.4.08 nie, selbst dann nicht als die Möglichkeit dazu bestand, eigene Forderungen mit Forderungen der Beklagten verrechnet. Aufgrund der fast vierjährigen verrechnungsfreien Vertragszeit kann daher von einer Art Gewohnheitsrecht oder Usanz ausgegangen werden, wonach zwischen den Parteien ein stillschweigendes Verrechnungsverbot bestand. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, durften und mussten die Parteien dieses Verhalten nach Vertrauensprinzip so verstehen, dass die Gegenpartei sich zu einem generellen Verrechnungsverbot bekannte (BGE 126 III 119 E. 2a, BGE 83 II 26 f.).

27 Eine solche stillschweigende, durch faktisches Verhalten getroffene Vereinbarung kann nicht, bloss weil es für die Klägerin gerade günstig gewesen wäre, eine Verrechnung geltend zu machen, einfach umgestossen werden. Vielmehr ist aufgrund der steten Bezahlung ohne Verrechnung auf einen hypothetischen Parteiwillen und die daraus folgende konkludente Übereinstimmung zu schliessen, wonach Verrechnungen auf beiden Seiten unerwünscht waren. Aus dem Gesagten folgt, dass die Verrechnung wegen stillschweigendem Verrechnungsausschluss nicht wirksam war und die Klägerin ihren Schuldnerverzug folglich nicht beseitigen konnte.

2 Schuldnerverzug bezüglich Verzugszinsen

28 Im Übrigen hat die Klägerin die seit dem 4.4.08 geschuldeten Verzugszinsen von EURO-LIBOR +2% p.a. auf die am 1.2.08. in Rechnung gestellten EUR 2'900'000 (5 [5] DV) noch nicht beglichen. Sie ist damit am 21.4.08 zumindest bzgl. der Verzugszinsen im Verzug, so dass die Beklagte berechtigt war, Vorauszahlungen zu verlangen.

3 Zulässiges Beharren auf Vorauszahlung selbst ohne Schuldnerverzug

29 Sollte das Gericht wider Erwarten weder die Argumentation bzgl. des stillschweigenden Verrechnungsausschlusses noch jene hinsichtlich des Schuldnerverzugs wegen der Verrechnungsspesen akzeptieren, macht die Beklagte hilfsweise folgendes geltend: Grundlage des im Schreiben vom 16.4.08 gemachten Versprechens, bei Begleichung der Rechnungen durch die Klägerin auf Vorauszahlungen zu verzichten, war das (auf die bisherige Handhabung des Vertragsverhältnisses gestützte) Vertrauen der Beklagten, die Klägerin würde die Rechnungen gegen Zahlung, nicht gegen teilweise Verrechnung, begleichen. Dies geht auch aus dem Wortlaut des Schreibens („Distribujet bezahlt“) klar hervor. Verständlicherweise fühlte sich die Klägerin angesichts ihres Vertrauens auf das stillschweigende Verrechnungsverbot vom völlig unerwarteten Verhalten der Klägerin überrumpelt.

30 Das Vertrauen, welches die Beklagte der Klägerin während der vorangegangenen Vertragsdauer immer entgegengebracht hatte, war erschüttert - hinterliess das Verhalten der Klägerin bei der Beklagten doch den Eindruck, dass die Klägerin aufgrund der Parallelimporte Problematik und ihrer mehrfach schriftlich statuierten Absicht, die Beklagte zum Schuldigen und damit Verantwortlichen ihrer „misslichen Lage“ zu machen, nahezu unberechenbar geworden war. Nach mehr als zwei Wochen Verzug beglich die Klägerin die offene Rechnung nur „*unter Protest*“ (K- 10). Die Zahlungsmoral der Klägerin hatte demnach

- 31 eindeutig nachgelassen. Besonders widersprüchlich war es in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin ihrerseits von der Beklagten erwartete, die Kosten der Radiowerbung möglichst rasch zu begleichen (K-8).
- 32 Um sich gegen weitere Verrechnungen von Forderungen aus Lieferungen mit der von der Klägerin gestellten, grundlagenlosen Schadenersatzforderung für entgangenen Gewinn (Parallelimporte) zu schützen, sah sich die Beklagte daher gezwungen, nunmehr ausschliesslich gegen Vorauszahlung zu liefern.
- 33 Dass die Klägerin für die Beklagte ein Kreditrisiko sei, muss in diesem Kontext verstanden werden. Entgegen der klägerischen Auffassung spielen die strittigen Kosten der Weihnachtskarten (€ 550) für das Kreditrisiko keine Rolle. Bei einer allfälligen Verrechnung mit der grundlagenlosen Schadenersatzforderung, hätte die Beklagte u.U. den zeitlich und emotional sehr fordernden Gerichtsweg gegen die Beklagte einschlagen müssen, um wieder an ihr (mit haltlosen Schadenersatzforderungen unzulässig verrechnetes) Geld aus Lieferungen zu kommen. Dies war ihr bei aller Aussicht auf Erfolg nicht zumutbar. Im sog. „Worst-Case-Szenario“ des Konkurses der Klägerin – was ihr die Beklagte natürlich keineswegs wünscht und hier nur zur Verdeutlichung der Zwangslage der Beklagten angeführt wird – wäre die Beklagte u.U. gar dem Risiko vollständiger Unbefriedigung ausgesetzt gewesen.
- 34 Die Beklagte antwortete damit auf eine Leistungsstörung im Kaufverhältnis (drohende Verrechnung mit einer grundlagenlosen Schadenersatzforderung) mit einer Massnahme im Kaufverhältnis (Verlangen von Vorauszahlungen), also entgegen der klägerischen Auffassung nicht mit einer Leistungsverweigerung übers Kreuz.
- 35 Darüber hinaus will angemerkt sein, dass eine Leistungsverweigerung übers Kreuz in der Lehre als zulässig angesehen wird, wenn eine innere Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses vorliegt (BK-WEBER Art. 82 OR, N 80 ff.). Eine solche liegt vor, wenn beim Abschluss eines Rahmenvertrages nicht jede Teilleistung versprochen wird, um die korrespondierende Gegenleistung zu erhalten, sondern die Gesamtheit der eigenen Summe diejenige der gegnerischen Leistungen herbeiführen soll (WEBER, S.428). Aufgrund der eben geschilderten Verwicklung ist i.c. von einer inneren Einheitlichkeit auszugehen, weshalb - sollte das Gericht von einer Leistungsverweigerung übers Kreuz ausgehen - auch das

- 36 Leistungsverweigerungsrecht im Kaufrechtsverhältnis als Reaktion auf eine Leistungsstörung im Rahmen des Alleinvertriebsverhältnisses im vorliegenden Fall zulässig gewesen wäre.
- 37 Sinn und Zweck der Regelung in 5 [5] DV ist es, die Beklagte gegen ausbleibende Zahlungen für Lieferungen, d.h. gegen das Kreditrisiko, abzusichern. Daher ist die Argumentation der Beklagten mit der teleologischen Auslegung der Vertragsbestimmung vereinbar und das Verlangen von Vorauszahlungen unter Verweis auf das Kreditrisiko vertragskonform.

D KEINE VERLETZUNG DES EXKLUSIVITÄTSRECHTS DER KLÄGERIN

- 38 Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte die Exklusivitätsverpflichtungen verletzt. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass dem nicht so ist, da die Argumente der Beklagten nicht greifen.

I Keine aussergewöhnliche Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten

- 39 Der in 4 DV aufgeführte Pflichtenkatalog ist im Rahmen von Alleinvertriebsverträgen üblich und in diesem Sinne nicht – wie von der Klägerin behauptet - zum besonderen Nachteil der Klägerin ausgestaltet. Dass sich der Abnehmer einer Vertriebsbindung, namentlich Direkt- und Quertieferungsverboten, unterwirft, ist keine Seltenheit und ebenso wie Mindestbezüge oder gar eine ausschliessliche Bezugspflicht als typische Pflicht des Abnehmers anerkannt (BK-OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, N 131 i.V.m. N 138). Die Klägerin macht geltend, sie sei in ihrem wirtschaftlichen Handeln durch den DV stark eingeschränkt worden, da sie vertraglich dazu verpflichtet war, sich bei ihrer Vertriebstätigkeit auf das Vertragsgebiet Deutschland zu beschränken (KS, N 49). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich beim Vertragsgebiet Deutschland um ein äusserst grosses Gebiet handelt, zumal die Klägerin ja die einzige ist, welche das Produkt vertreibt (3 [2] DV). Somit muss die Klägerin keinerlei Intra-brand-Konkurrenz innerhalb ihres Vertragsgebietes fürchten, was ihr eine sehr gute und starke Marktposition verschafft. Ebenfalls bemerkenswert ist die Tatsache, dass sich die Beklagte kein Recht zugesichert hat, selber ebenfalls ihr Produkt zu vertreiben, wäre dies doch durchaus üblich (VERTRIEBSRECHT N233).
- 40 Auch das Konkurrenzverbot in 11 DV stellt als reguläre Standard-Klausel eines Alleinvertriebsvertrages keine Besonderheit, sondern vielmehr den Regelfall dar. Die Argumentation der Klägerin, sie wäre einzig und allein auf den Vertrieb von SHARP REQUIEM® beschränkt gewesen (KS, N50), da der Vertrieb anderer Süssgetränke das Konkurrenzverbot verletzt hätte, überzeugt nicht. Ein so pauschales Konkurrenzverbot

bestand nicht. Die Klägerin durfte zwar keine indirekte und direkte Konkurrenz betreiben, jedoch ist klar, dass ein Gesundheitsdrink nicht in die gleiche Kategorie fällt, wie ein herkömmliches Süssgetränk. Das Produkt befriedigt keinesfalls das gleiche Kundenbedürfnis wie z.B. Coca Cola, Fanta, etc. Daher ist die Argumentation der Klägerin hinfällig; es wäre ihr keineswegs untersagt gewesen, andere Süssgetränke, die nicht in die Kategorie der Gesundheitsdrinks fallen, zu vertreiben.

- 41 Die Klägerin macht geltend, dass die ausschliessliche Bezugsverpflichtung sie in grosse Abhängigkeit zur Beklagten versetzte (KS, N 51). Diesem Argument ist jedoch entgegenzuhalten, dass doch genau dies Sinn und Zweck eines Alleinvertriebsvertrages ist. Ansonsten hätte die Beklagte ja gleich auf die Klägerin als Vertriebspartnerin verzichten können. Ausserdem ist hinzuzufügen, dass der ausschliesslichen Bezugsverpflichtung der Klägerin im Übrigen eine äquivalente, ausschliessliche Lieferverpflichtung der Beklagten gegenübersteht (2 [2] i.V.m. 3 [2] DV). Der Vertrag ist in dieser Hinsicht also synallagmatisch, die Klägerin ist genauso abhängig von der Beklagten wie die Beklagte von der Klägerin.
- 42 Die Klägerin beanstandet im Übrigen 4 [4] DV. Eine genügende Quantität des Produktes an Lager zu haben war keineswegs als Schikane gegenüber der Klägerin gedacht, und hatte auch keine wirtschaftlichen Nachteile für die Klägerin zur Folge, wie diese sie behauptet (KS, N 52). Die Regelung, wonach die Klägerin eine genügende Menge der Getränke an Lager haben muss, ist keine Verpflichtung ihrerseits, sondern dient einzig und allein ihrem Schutz. Ganz im Gegensatz zur Meinung der Klägerin handelt es sich hierbei um eine Pflicht seitens der Beklagten sicherzustellen, dass die Klägerin auch immer genügend mit SHARP REQUIEM® versorgt ist und allen Kundenanfragen oder eventuellen Lieferengpässen gewachsen ist (VERTRIEBSRECHT N511). Die Klägerin soll ihren eigenen Kundenstamm sowie jenen der Beklagten nicht dadurch gefährden, dass sie keine genügenden Quantitäten des Produktes zur Verfügung hat.
- 43 Auch die ihr auferlegten Mindestverkaufszahlen sieht die Klägerin als abhängigkeitssteigernd. Zunächst ist festzuhalten, dass diese jeweils nach gegenseitiger Absprache und unter Berücksichtigung der Parallelimporte festgelegt (8 [3] DV), also der Klägerin keineswegs diktiert wurden. So waren die Verkaufszahlen der Jahre 2005 bis 2007 jeweils gemeinsam vereinbart worden. Auch für das Jahr 2008 war eine solche Vereinbarung unter Berücksichtigung der Parallelimporte vorgesehen gewesen; die Klägerin nahm bezüglich einer Anpassung aber nie Kontakt mit der Beklagten auf, auch dann nicht, als es für sie

absehbar war, dass sie die Mindestverkaufszahlen womöglich nicht erreichen könnte. Sie hat es also ihrer eigenen Untätigkeit zuzuschreiben, dass die Mindestverkaufszahlen nicht angepasst wurden, zumal die Verkaufszahlen keine Auflage des Vertrages darstellten, sondern abänderbar gewesen wären.

- 44 Die Tatsache, dass der DV auf dem Standardvertriebsvertrag der Multidrink Gruppe beruht (Beschluss Nr. 2, Ziff. 1), damit also gegenüber sämtlichen Vertragspartnern der Beklagten benutzt wird, untermauert dies: Bei einem derartigen Standardwerk, das gegenüber vielen Vertragspartnern Wirkung entfalten soll, kann es sich zwangsläufig nicht um eine hochgradig unfaire Basis handeln; zumal trotz der wegen weltweiter Tätigkeit der Beklagten sowie ausserordentlicher Beliebtheit des Produkts grossen Zahl an Vertragspartnern neben jener der Klägerin keine weiteren Beschwerden vorliegen. Schliesslich steht fest, dass der Alleinvertriebsvertrag freiwillig und im Konsens beider Parteien unterzeichnet wurde.
- 45 Es erscheint im Übrigen nicht vertretbar, die Klägerin als Opfer eines Knebelungsvertrags der Beklagten anzusehen, handelt es sich bei der Klägerin doch um eine erfahrene Vertriebspartnerin, welcher man aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit im relevanten Markt wohl unterstellen darf, dass sie diesen Vertrag, wäre er denn wirklich so einseitig unvorteilhaft gewesen, gar nicht erst unterzeichnet hätte.
- 46 Eine aussergewöhnliche Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten kann durch die klägerische Auflistung der erwähnten üblichen Pflichten folglich nicht überzeugend aufgezeigt werden. Es ist daher von einer gewöhnlichen – und nicht wie von der Klägerin behauptet von einer gesteigerten - Interessenwahrungspflicht der Klägerin auszugehen.

II Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch Preisgestaltungspolitik

- 47 Die Klägerin macht eine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Preisgestaltungs- und Preisempfehlungspolitik der Beklagten geltend. Eine derartige Verletzung wird bestritten. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Polen bzgl. Kaufkraft belegt eindeutig, dass sich die Preispolitik der Beklagten an objektiven Kriterien orientiert und absolut fair war. Unter Berücksichtigung des Kaufkraftgefälles ergäbe sich bei einem fixen Preis von € 0.60 pro Flasche (500 ml) für den polnischen Alleinvertreter eine Äquivalenz von € 0.708 Euro ($€ 0.60 \cdot 1.18$ [vgl. K-5]) pro Flasche (500 ml) für die Klägerin. Der durch die Beklagte verlangte Preis von € 0.72 pro Flasche weicht damit nur unbedeutend, um € 0.012 von dieser Äquivalenz ab und bewegt sich damit im gemäss Kaufkraftgefälle absolut vertretbaren Rahmen. Nichts desto trotz kam die Beklagte der Klägerin mit einem Preisnachlass entgegen,

so dass der Flaschenpreis für sie nunmehr € 0.67 betrug, also € 0.038 *tiefer* als es das Kaufkraftgefälle rechtfertigen würde. Das im Ausgangspreis von € 0.72 berücksichtigte Kaufkraftgefälle spiegelte sich im ermässigten Preis folglich nicht mehr wieder und verschafft der Klägerin insofern eine unverhältnismässig vorteilhafte Marktstellung. Und war nur unwesentlich höher als der polnische Einkaufspreis.

- 48 Bezüglich der Preisempfehlungspolitik ist festzuhalten, dass der Empfehlungspreis von € 1.40 für Deutschland bzw. € 1.15 für Polen durch das Kaufkraftgefälle gerechtfertigt ist: Das Verhältnis des jeweiligen Empfehlungspreises zum jeweiligen Flaschenpreises gerundet auf zwei Kommastellen beträgt für Polen 1.92 (€ 1.15 / € 0.60), dasjenige für Deutschland 1.94 (€ 1.40 / € 0.72), was zeigt, dass sich die Empfehlungspolitik der Beklagten auf sachliche Kriterien stützte und damit objektiv angemessen war. Da es sich bei dem Preis von € 1.40 aber lediglich um eine unverbindliche Empfehlung handelt, ist für die Beklagte nicht ersichtlich, warum sich die Klägerin durch diese benachteiligt fühlt.
- 49 Die Klägerin macht des Weiteren eine Verletzung der Exklusivität wegen Verweigerung eines zweiten Preisnachlasses durch die Beklagte geltend. Dies wird klar bestritten und wie folgt widerlegt:
- 50 Nach dem Preisnachlass vom 10.9.06 kamen die Parallelimporte vorübergehend zum Erliegen. Dies ist klares Zeichen dafür, dass die Parallelimporte für die polnischen Anbieter aufgrund ihrer bisherigen Preispolitik wirtschaftlich nicht mehr interessant waren. Sie sahen sich wohl dazu gezwungen, ihre Preise zu senken und mit kleineren Gewinnmargen zu arbeiten – nur so lässt sich der Anstieg der Parallelimporte ab Sommer / Herbst 2007 erklären. Die Klägerin unterliess anscheinend eine Preisanpassung, obwohl diese sehr wahrscheinlich zu einem erneuten Erliegen der Parallelimporte aus Polen geführt hätte. Den Preisnachlass, den ihr die Beklagte gewährt hatte, gab sie offenbar nicht an ihre Kunden weiter, sondern verkaufte zum gewohnten Preis: statt ihre Gewinnmarge angesichts der drohenden Parallelimporte zu schmälern, vergrösserte sie die Klägerin damit noch. Die Klägerin trug damit der Marktentwicklung in keiner Weise Rechnung. Dass ihr ein kostendeckender Absatz nicht mehr möglich gewesen sein soll, erscheint im Lichte nie nachgewiesener oder überhaupt geltend gemachter Bestrebungen, ihre Kosten überhaupt überprüfen und senken zu wollen, wenig überzeugend. Mit ihrer verfehlten Preispolitik lässt die Klägerin wirtschaftliche Verantwortung vermissen. Ihre Verfehlung nun auf die Beklagte abwälzen zu wollen, erscheint vor diesem Hintergrund geradezu missbräuchlich.

III Erfahrungheit der Klägerin

- 51 Bei der Klägerin handelt es sich gemäss 1 DV um eine "erfahrene Vertriebspartnerin für Getränke (und Lebensmittelprodukte) in Deutschland". Es darf also davon ausgegangen werden, dass die Klägerin über die Jahre ihrer Vertriebstätigkeit mit den Schwierigkeiten des Getränkemarktes in Kontakt getreten ist, und daher mit ihnen vertraut war. Da die Klägerin den Markt und seine Schwierigkeiten somit kannte, hätte sie mit Parallelimporten durchaus rechnen müssen - zumal die Problematik der Parallelimporte auf gemeinsame Initiative auch in den DV aufgenommen wurde (8 [3] DV, Beschluss Nr. 2, Ziff. 1).
- 52 Darüber hinaus handelt es sich beim vertriebenen Produkt um ein weltweit bekanntes (1 DV) und entsprechend beliebtes Getränk, so dass es nicht weiter überraschen sollte, dass viele Anbieter versuchen würden, auf die Erfolgswelle aufzuspringen. Es ist daher nicht in Abrede zu stellen, dass sich die Klägerin bereits bei Vertragsschluss bewusst gewesen sein muss, dass sich in der Zukunft Probleme mit Parallelimporten ergeben könnten und realistischer Weise auch ergeben würden.
- 53 Schliesslich trägt die Klägerin durch ihr Auftreten im Markt als Händlerin ganz klar ein gewisses wirtschaftliches Risiko. Es ist nicht Aufgabe der Beklagten, sprich Lieferantin, dieses Risiko gänzlich zu übernehmen.

IV Zurückweisung des Vorwurfs mangelnden Engagements

- 54 Die Vorwürfe der Klägerin, wonach die Beklagte ihrem Problem nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt habe, werden vehement zurückgewiesen. Davon, dass die Beklagte die Probleme der Klägerin nicht ernst genommen habe, kann keine Rede sein. Die Beklagte hat sich im Gegenteil im ihr faktisch möglichen Umfang gewissenhaft und gründlich um die Problematik der Parallelimporte und die Ergründung des Problems bemüht und sich davon überzeugt, dass PLL 3 [2] PLL-DV einhält. Darüber hinaus ist sie der Klägerin auch mit einem Preisnachlass entgegengekommen, womit die Beklagte auch zu einer deutlichen Entschärfung der Lage beitragen konnte.
- 55 Auch einen zweiten Preisnachlass hätte die Beklagte, die selbstverständlich grosses Interesse an einer effizienten Alleinvertriebsorganisation mit grossmöglichstem Absatz und bestmöglicher Imagepflege hat, gerne gewährt (MEYER, S.9 f.). Ein zweiter Preisnachlass war aber aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten schlicht nicht möglich, was mit Sicht auf das Kaufkraftgefälle zwischen Deutschland und Polen auch sofort einleuchtet.

- 56 Die Klägerin macht im Übrigen geltend, die Beklagte habe ihre Interessenswahrungspflicht verletzt; dies ist jedoch erstens keine zweiseitige Pflicht, sondern nur eine Pflicht der Vertreiberin, somit der Klägerin (ULMER S.410) und zweitens hat die Beklagte wie oben bereits dargestellt die Interessen der Klägerin genügend unterstützt.
- 57 Die Beklagte hielt sich an ihre vertragliche Vereinbarung und belieferte nur Distribujet und PLL Beer mit dem Getränk SHARP REQUIEM®. Wenn die Unterhändler der Vertragspartner diese belieferten, so steht dies ausserhalb der Einflussmacht der Beklagten. Sie hätte unmöglich mit jedem einzelnen Detaillisten oder Zwischenhändler vertraglich das Unterlassen von Parallelimporten erwirken können. Wäre es ihr möglich gewesen Kontakt zu allen Zwischenhändlern zu haben, so hätte sie wohl kaum der Hilfe von Distribujet und PLL Beer zum Vertreib ihres Produktes bedurft. Es wäre ihr unmöglich gewesen allen Handelsstufen die Parallelimporte zu er bieten. Die Beklagte hat sich also vertragskonform verhalten und ihre Pflichten nicht verletzt.
- 58 Die Beklagte stellte vertraglich sicher, dass PLL nicht ins Vertragsgebiet Deutschland liefern durfte. Die Beklagte war vertraglich nicht verpflichtet, darüber hinaus auch noch sicherzustellen, dass die weiteren Abnehmer in der Verkaufskette ebenfalls einem Exportverbot unterstehen. Dies war klare Aufgabe des polnischen Alleinvertreters. Die Beklagte hat sich somit vertragskonform verhalten und insbesondere das Vertrauensverhältnis nicht, wie von der Klägerin in Ziff. 67 geltend gemacht, erschüttert oder gar zerstört.

E DIE KÜNDIGUNG DER KLÄGERIN WAR UNZULÄSSIG

- 59 Im Folgenden wird die Beklagte zeigen, dass die am 30.4.08 von der Klägerin geltend gemachte Kündigung aus wichtigem Grund mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht gerechtfertigt war. Eventualiter macht die Beklagte geltend, bei allfälliger Anerkennung eines wichtigen Grundes mangels Verschulden nicht für die Kündigung zu haften (14 [3] DV).
- 60 I.c. macht die Klägerin als wichtigen Grund die Verletzung von 13 [2 d] i.V.m. 13 [1] DV, sowie eine zweifache Verletzung von 13 [2a] i.V.m. 13 [1] DV geltend.

I Vertragliche Kündigungsgründe

1 Vertragsgemässe Lieferung (Zu Ziff. 58f. Klageschrift)

- 61 Da die Beklagte stets vertragsgemäss geliefert hat (s.o.), ist ein wichtiger Grund nach 13 [2d] DV nicht gegeben.

2 Keine Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen

c) Liefervereinbarung (Zu Zif. 61 Klageschrift)

- 62 Wie bereits gezeigt, hat die Beklagte ihre Lieferpflicht nicht verletzt, so dass ein wichtiger Grund nach 13 [2a] DV mangels Verletzung der Lieferpflicht nicht vorliegt.

d) Exklusivitätsrecht (Zu Ziff. 62ff. Klageschrift)

- 63 Wie den vorangehenden Ausführungen entnommen werden kann, hat die Beklagte das Exklusivitätsrecht der Klägerin in keinsten Weise verletzt, so dass mangels Exklusivitätsrechtsverletzung ein wichtiger Grund nach 13 [2a] DV bzgl. Exklusivität nicht gegeben ist.

II Wirtschaftliche Zumutbarkeit (Zu Ziff. 65ff. Klageschrift)

- 64 Die Beklagte bedauert, dass die Klägerin 50% ihres Marktanteils an aus Polen stammenden Parallelimporten verlor. Dass die Klägerin nun die Beklagte für die missliche Lage verantwortlich machen will, kann aber nicht angehen. Die Beklagte unternahm erwiesenermassen alles in ihrer Macht stehende, um der Parallelimporte-Problematik auf den Grund zu gehen und zur Lösung des Problems beizutragen. Sie stellte Nachforschungen bzgl. der Herkunft der Parallelimporte an und konnte nachweisen, dass ihr Alleinvertreter in Polen keine Produkte nach Deutschland importiert und 3 [3] PLL-DV einhält. Da durch die PLL erwiesenermassen weder Aktiv- noch Passivverkäufe erfolgten, stammen die Parallelimporte frühestens von direkten Kunden der PLL oder aber erst von deren Kunden oder gar noch späteren Abnehmern in der Verkaufskette. Die Beklagte hat damit abgeklärt, wozu sie verpflichtet war. Eine weitergehende Abklärung war faktisch nicht möglich und folglich nicht zumutbar. Im Übrigen ist der Marktverlust nicht ausschliesslich auf eine unglückliche Marktentwicklung zurückzuführen, sondern hängt massgeblich auch mit wirtschaftlichen Fehlentscheidungen der Klägerin zusammen (s.u., Grundlagenirrtum).
- 65 Wie bei der Exklusivität bereits gezeigt wurde, hatte die Klägerin aufgrund des DV eine durchaus vorteilhafte Marktposition (insbesondere keine Intra-brandkonkurrenz, keine Konkurrenz durch die Lieferantin, im direkten Vergleich zu Polen unverhältnismässig günstiger Einkaufspreis etc.).
- 66 Die Klägerin war darüber hinaus wirtschaftlich nicht an die Beklagte gebunden. Die Klägerin kann namentlich nicht geltend machen, sie hätte ihren Vertrieb nicht auf andere Getränkeprodukte ausrichten können. Nicht substituierbare Getränke bilden keine

Konkurrenzprodukte und sind vom Konkurrenzverbot folglich nicht erfasst. Beim Produkt handelt es sich um einen Gesundheitsdrink, der begriffsimmanent nicht durch Süssgetränke substituierbar ist. Von einem Ausschluss aus dem ganzen Getränkemarkt kann daher keine Rede sein. Der Klägerin wurde durch das Konkurrenzverbot eine Vertriebstätigkeit auf dem Süssgetränkemarkt in keiner Weise verunmöglicht; vielmehr hätte ihr ein derartiger Vertrieb offen gestanden.

67 Es ist daher – namentlich unter Berücksichtigung ihres Eigenverschuldens (s.u., Grundlagenirrtum) nicht ersichtlich, weshalb es der Klägerin die Fortsetzung des Alleinvertriebsvertrages nicht zumutbar gewesen sein soll.

III Grundlagenirrtum (zu Ziff. 69ff.)

68 Eventualiter macht die Klägerin einen Grundlagenirrtum über die zukünftige Marktentwicklung im Raum Deutschland-Polen geltend. Hierzu ist anzumerken, dass die Konstruktion des Irrtums über zukünftige Tatsachen umstritten ist. Sie wird insbesondere mit dem Argument abgelehnt, dass bewusste Unkenntnis einen Irrtum definitionsgemäss ausschliesse und aufgrund der der Zukunft naturgemäss innewohnenden Ungewissheit über künftige Ereignisse lediglich Mutmassungen angestellt werden könnten; bereits der Eintritt der Änderung belege, dass es sich beim zukünftigen Sachverhalt nicht um ein „unumstösslich feststehendes Ereignis“ handeln könne, wie es vom Bundesgericht aber gerade gefordert wird (HUGUENIN, N 477f.; BGE 118 II 297 ff., 301).

69 Falls das Schiedsgericht den geltend gemachten Grundlagenirrtum über die zukünftige Marktentwicklung nicht bereits deswegen scheitern lässt, gilt es bei der Beurteilung folgendes zu beachten: Gemäss Bundesgericht ist ein Irrtum über einen künftigen Sachverhalt dann nicht ausgeschlossen, wenn beide Vertragsparteien die Verwirklichung als sicher angesehen haben oder aber wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war (BGE 117 II 224). Für eine erfolgreiche Berufung auf einen Grundlagenirrtum erforderlich ist selbstverständlich auch, dass sich der Irrende über einen bestimmten Sachverhalt geirrt haben muss, den er nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte (BGE 118 II 297 i.V.m. BGE 113 II 27).

- 70 Die Klägerin argumentiert, sie hätte den DV nicht abgeschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass sie über 50% des Marktes verlieren würde. Sie habe auf eine günstige Marktsituation vertraut. Von einem konstanten Markt darf aber gerade ein markterfahrener Vertragspartner nicht leichthin ausgehen; der Markt unterliegt immer Schwankungen. Implizit macht die Klägerin aber geltend, dass wohl mit Schwankungen zu rechnen sei, nicht aber mit solchen, die zu einem Marktverlust von über 50% führen. Dieser Prozentsatz lässt in der Tat aufhorchen. Die Klägerin ist sich der Wirkung dieser beeindruckenden Zahl durchaus bewusst. Die Klägerin lässt diese allein im Raum stehen, als ihrem Einfluss entzogenes Resultat der Parallelimporte, obwohl sie ein Selbsterschulden trifft.
- 71 Die Klägerin unterlässt es bei dabei, auf den wirtschaftlich ihr zurechenbaren Fehleranteil hinzuweisen – und zeichnet damit ein sehr einseitiges Bild. Hätte die Klägerin den gewährten Preisnachlass an ihre Kunden (wenigstens an die hauptsächlich Betroffenen in den an Polen grenzende neuen Bundesländern) weitergegeben, statt mit gewohnter, ja gar erhöhter Marge weiterzuarbeiten, hätte ein Marktverlust womöglich ganz, gewiss aber im Umfang von einigen zehn Prozent vermieden werden können, so dass sich nun ein ganz anderes Bild zeichnen würde. Die „unbeeinflussbare Marktentwicklung“ wäre de facto also gar nicht so unbeeinflussbar gewesen. Der Verlust von über 50% des Marktes kann somit nicht als alleinige Folge einer ungünstigen Marktentwicklung gesehen werden, sondern ist massgeblich auch auf das wirtschaftliche Fehlverhalten der Klägerin zurückzuführen. Nach Abzug dieser Fehlerquote bliebe höchstwahrscheinlich ein Prozentsatz übrig, der problemlos im Rahmen der gewöhnlichen Marktschwankung läge. Damit ist auch gesagt, dass ein Irrtum über die Marktentwicklung so gar nicht vorliegt: Mit gewöhnlichen Schwankungen ist zu rechnen und ein aussergewöhnlicher Marktverlust ist i.c. nach Abzug des Anteils, den sich die Klägerin selber zuzuschreiben hat, nicht gegeben.

IV Keine Haftung nach 14 [3] DV

- 72 „Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Zurücktretenden aus Gründen der Sittlichkeit oder nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Verhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf“ (WEIL S.297). Sollte das Schiedsgericht die Fehleinschätzung der Marktabsatzchancen als wichtigen Grund im Sinne der genannten Definition anerkennen, bleibt festzuhalten, dass dieser nicht im vertragswidrigen Verhalten der Beklagten begründet ist (ZR 28 (1929), Nr. 155, 294 f.; MEYER S. 244). Da der Beklagten keine Vertragsverletzung vorzuwerfen ist und sie folglich nicht für die Kündigung aus wichtigem

Grund haftet, steht der Klägerin kein Anspruch auf Entschädigung im Umfang des entgangenen Gewinns über den Zeitraum bis zum Zeitpunkt der nächstmöglichen Kündigung zu (14 [3]).

V Verwirkung

- 73 Gesetz den Fall, das Gericht gelange zum Schluss, die Beklagte habe für den wichtigen Grund einzustehen, macht die Beklagte zumindest bzgl. der Exklusivität Verwirkung geltend. Mit Schreiben vom 21.4.08 drohte die Klägerin erstmals explizit mit Kündigung. Dem waren aber unzählige Drohschreiben vorausgegangen, so dass von einer viel früheren Kenntnis des wichtigen Grundes auszugehen ist – bezüglich der Exklusivität u.E. vom 5.12.07, wo eine Exklusivitätsverletzung und ein erneuter Preisnachlass von der Beklagten deutlich abgelehnt wurden; Wird das Alleinvertriebsverhältnisses nach Erkennen des wichtigen Grundes dennoch fortgesetzt, kann dies zur Verwirkung des Rechtes zur sofortigen Auflösung führen (MEYER, S. 275). Die Klägerin gab am 13.4.08 und 20.4.08 noch Bestellungen auf und setzte damit den Alleinvertriebsvertrag nach Kenntnis des wichtigen Grundes eindeutig und erwiesenermassen fort – und verwirkte so ihr Kündigungsrecht.

F KEINE VERPFLICHTUNG ZUR ÜBERNAHME DER MARKETINGKOSTEN

- 74 Es sei festzustellen, dass die Beklagte für den Ersatz der Marketingkosten der Quartale zwei bis vier (April - Dezember) nicht aufzukommen habe.

I Kein Ersatz bei unrechtmässiger Kündigung

- 75 Grundsätzlich trifft es zu, dass die Beklagte aufgrund von 6 [2] DV dazu verpflichtet ist, die Marketingkosten zu tragen. Die Klägerin stellt sich aber auf den Standpunkt, dass die Beklagte für das Jahr 2008 sämtliche Kosten für die Werbung zu übernehmen habe, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Aufwendungen quartalsweise abgerechnet wurden (KS N 74). Aus 6 [2] DV geht explizit hervor, dass die Klägerin auf quartalsmässiger Basis einen Bericht und eine Rechnung über die Marketingausgaben zu erstellen hat. Die Klägerin kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 30.4.08. Die Beklagte bestreitet, dass diese Kündigung rechtmässig war, was aber nichts daran ändert, dass die Beklagte nicht für einen Ersatz der Kosten der Radiowerbung aufzukommen hat. Wie sich der Ersatz der Kosten für die Radiowerbung bei Rechtmässigkeit verhält, wird weiter unten behandelt werden.

- 76 Der DV äussert sich nicht darüber, wann die Beklagte diese Rechnungen zu begleichen hat. Nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung würde es aber wenig Sinn machen, wenn die Beklagte im Gegenzug nicht möglichst rasch die Rechnung zu begleichen hätte. Tatsächlich hat die Beklagte diese Rechnungen auch stets innert Wochenfrist beglichen (K-8 und K-13).
- 77 Zu bemerken ist weiter, dass die Initiative, die Radiowerbung en bloc zu kaufen, von der Klägerin ausging. Aus dem DV war sie dazu in keiner Weise verpflichtet. Zwar wurde der Marketingplan für das Jahr 2008 im Oktober 2007 mit der Beklagten besprochen. Ohne Zweifel war es auch im Interesse der Beklagten, die Werbekosten möglichst gering zu halten. Doch ist festzuhalten, dass die Klägerin schon in den Vorjahren die Radiowerbung en bloc kaufte und die Kosten in den Marketingberichten nur einmal im Quartal an die Beklagte weiterverrechnete (Beschluss Nr. 2, Ziff. 13), so dass die Beklagte vom en bloc Kauf über all die Jahre gar keine Kenntnis hatte.
- 78 Der Beklagten kann mangels dieser Kenntnis insbesondere nicht unterstellt werden, sie hätte dem en bloc Kauf zugestimmt, und müsse deshalb die Kosten übernehmen. Das Argument der Klägerin, die Beklagte müsse auch für die nach Kündigung entstandenen Marketingkosten aufkommen, weil sie zu Werbung für das ganze Jahr zugestimmt hat, greift nicht. Wohl hat die Beklagte der Klägerin die Zustimmung zu Radiowerbung über das ganze Jahr erteilt – dies jedoch unter der Prämisse, dass das Vertragsverhältnis bis dahin Bestand hat.
- 79 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte berechtigt war, die Marketingkosten von einer Prüfung abhängig zu machen. Eine solche Prüfung hat zudem ergeben, dass die Position Weihnachtskarten über € 550 nicht Bestandteil des Marketingplans/ -budgets war (Einleitungsantwort). Der Marketingplan sollte für Transparenz sorgen, wovon im vorliegenden Falle aber nicht die Rede sein kann, weil für die Beklagte zu keiner Zeit ersichtlich war, dass die Radiowerbung en bloc für das ganze Jahr 2008 gebucht wurde. Da sie davon nichts wusste, musste sie folglich auch nicht damit rechnen, dass sie von der Klägerin dereinst für Ersatz der Kosten verantwortlich gemacht werden könnte. In Anbetracht dessen erscheint das Verhalten der Klägerin missbräuchlich. Somit kann der Beklagten nicht zugemutet werden, die Kosten der Radiowerbung für die Quartale 2 – 4 zu übernehmen.

II Kein Ersatz bei rechtmässiger Kündigung

- 80 Im Mai und Juli 2008 folgten die Quartalsrechnungen des Radiosenders für die Quartale 2 und 3. Mit Schreiben vom 30. April 2008 (K-12) kündigte die Klägerin den DV jedoch aus wichtigem Grund. Sollte das Schiedsgericht diese Kündigung als rechtmässig betrachten, so hat die Beklagte die Marketingkosten erst recht nicht zurückzuerstatten. Das Verhalten der Klägerin ist insofern als widersprüchlich zu betrachten, als sie den DV kündigte und nun Ersatz für die Marketingkosten, welche nach der Kündigung entstanden sind, verlangt. Wie bereits erwähnt, ist der en bloc Kauf für das ganze Jahr 2008 auf die Initiative der Klägerin, zurückzuführen. Somit hat sie auch die Folgen einer allfälligen Vertragsbeendigung zu tragen. Die Klägerin kann die Erstattung der Marketingkosten auch nicht dadurch begründen, dass der Marketingplan und das Marketingbudget gemeinsam mit der Beklagten besprochen wurden. Dieses Vorgehen entspricht lediglich 6 [1] DV. Diese Bestimmung vermag nämlich noch nicht die Pflicht der Beklagten begründen, dass sie die Marketingkosten auch effektiv zu bezahlen hat. Erst 6 [2] DV begründet die Pflicht der Beklagten, für die Marketingkosten aufzukommen. Dies aber aufgrund der auf quartalsmässiger Basis ausgestellten Rechnung.
- 81 Als Fazit kann festgehalten werden, dass die Beklagte der Klägerin die Marketingkosten für die Quartale 2 – 4 (April – Dezember) nicht zu ersetzen hat.
- 82 Die Kosten für die Weihnachtskarten hat die Beklagte im Übrigen nicht zu übernehmen, da sie der Position im Rahmen des Marketingplanes nicht zugestimmt hat.

G SCHLUSSEFAZIT

- 83 Wir bitten das Gericht höflich, unser Begehren antragsgemäss (siehe Rechtsbegehren) gutzuheissen.