

*Moot Court Team 7*

Anibal Varela López

David Lehner

Miro-Ivan Arapovic

Simon Roth

**LSI**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

20. April 2009

**KLAGEANTWORT**

**Distribujet GmbH**

Nikolaigraben 15

02826 Görlitz

Deutschland

**Klägerin**

*gegen*

**BeveSana AG**

Berner Strasse 5

8953 Dietikon

Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 7

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>I</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>II</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>III</b>
<b>RECHTSBEGEHREN .....</b>	<b>1</b>
<b>1. DAS SCHIEDSGERICHT IST NICHT ZUSTÄNDIG .....</b>	<b>2</b>
1.1. DIE SCHIEDSVEREINBARUNG IST NACH ART. 181 ABS. 1 OR AUF BIBITE AG ÜBERGEGANGEN .....	2
1.1.1. Art. 181 Abs. 1 OR ist anwendbar .....	2
1.1.2. Die Voraussetzungen einer Vermögensübertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR sind erfüllt. ....	3
1.2. DIE SCHIEDSKLAUSEL IST DURCH VERTRAGSÜBERNAHME AUF BIBITE AG ÜBERGEGANGEN .....	5
1.2.1. Die Klägerin hat der Vertragsübernahme zugestimmt. ....	5
1.2.2. Formelle Mängel sind nicht gegeben .....	6
<b>2. DIE PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN IST NICHT GEGEBEN .....</b>	<b>8</b>
<b>3. BIBITE AG DURFTE VORAUSZAHLUNG VERLANGEN .....</b>	<b>9</b>
3.1. DIE KLÄGERIN BEFAND SICH IM ZAHLUNGSVERZUG .....	9
3.2. BIBITE AG DURFTE VORAUSZAHLUNG VERLANGEN .....	10
3.3. DIE VORAUSZAHLUNGSPFLICHT WURDE NICHT ERLASSEN .....	11
<b>4. BIBITE AG HAT DAS EXKLUSIVITÄTSRECHT NICHT VERLETZT .....</b>	<b>13</b>
4.1. KEINE EINRÄUMUNG EINES VERTRIEBSRECHTS AN DRITTE .....	13
4.2. KEIN DIREKTER VERTRIEB DURCH BIBITE AG .....	13
4.3. KEIN INDIREKTER VERTRIEB DURCH BIBITE AG .....	13
4.4. KEINE VERPFLICHTUNG ZU WEITERGEHENDEN MASSNAHMEN SEITENS DER BEKLAGTEN .....	15
<b>5. DIE KÜNDIGUNG DER KLÄGERIN WAR UNRECHTMÄSSIG .....</b>	<b>17</b>
5.1. VERTRAGLICH VORGESEHENE KÜNDIGUNGSGRÜNDE SIND NICHT ERFÜLLT .....	17
5.1.1. Bibite AG hat keine wesentlichen Vertragsbestimmungen verletzt .....	17
5.1.2. Bibite AG hat die Liefervereinbarung nicht verletzt .....	17
5.2. DIE FORTSETZUNG DES VERTRAGSVERHÄLTNISSSES WAR DER KLÄGERIN ZUZUMUTEN .....	18
5.2.1. Eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit war für die Klägerin möglich .....	18
5.2.2. Das gestörte Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien rechtfertigt keine Kündigung .....	19
<b>6. DIE KLÄGERIN TRÄGT DIE KOSTEN DER RADIOWERBUNG .....</b>	<b>21</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2008 (zit. in N 16, 17)

BERGER BERNHARD / KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern, 2006 (zit. in N 14, 15)

BAKER & MCKENZIE, Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Bern, 2007 (zit. Komm KG-BEARBEITER/IN in N 51)

CARONI PIO, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel, 1996 (zit. in N 27)

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich / Basel / Genf, 2008 (zit. in N 35)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN in N 9, 11, 25, 30, 49, 73, 78)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel, 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN in N 29)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich / Basel / Genf, 2008 (zit. in N 36, 79)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern, 2009 (zit. in N 25)

LOSER-KROGH in: AJP 2000, S. 1095 ff. (zit. in N 4, 6, 7)

MEYER CHRISTIAN A. , Der Alleinvertrieb, 2. Auflage, St. Gallen, 1992 (zit. in N 52)

SCHLUEP WALTER R. in: VISCHER FRANK, SPR VII/2 – Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, Basel, 1979, S. 839 ff. (zit. in N 59)

SCHUMACHER RETO T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Diss, Zürich, 2005 (zit. in N 7)

WATTER ROLF / VOGT NEDIM PETER / TSCHÄNI RUDOLF / DAENIKER DANIEL, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel, 2005 (zit. BSK FusG-BEARBEITER/IN in N 6, 16 )

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern, 2005 (zit. in N 51, 55)

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), SR 221.301
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), SR 221.441
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251

Komm	Kommentar
lit.	litera
Mio.	Millionen
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer

## **RECHTSBEGEHREN**

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende Rechtsbegehren:

Es sei **festzustellen**,

1. dass das Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche nicht zuständig sei,
2. dass die Beklagte nicht passivlegitimiert sei,
3. dass das zugesicherte Exklusivitätsrecht der Klägerin (Ziff. 2 Abs. 1 des Distributionsvertrages) nicht verletzt worden sei,
4. dass Bibite AG gemäss Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages befugt gewesen sei, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen, und daher die Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin erfüllt habe,
5. dass die Kündigung der Klägerin unrechtmässig erfolgt sei,
6. dass die Beklagte die Kosten für die Radiowerbung für die Monate Mai – Dezember 2008 nicht zu ersetzen habe.

## 1. DAS SCHIEDSGERICHT IST NICHT ZUSTÄNDIG

- 1 Die Beklagte wird nun zeigen, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht zuständig ist.
- 2 Die Beklagte bestreitet nicht, mit der Klägerin in Art. 19 Ziff. 2 des Distributionsvertrages eine gültige Schiedsklausel vereinbart zu haben. Sie macht hingegen geltend, dass diese durch Übernahme des Distributionsvertrages auf Bibite AG übergegangen ist.

### 1.1. Die Schiedsvereinbarung ist nach Art. 181 Abs. 1 OR auf Bibite AG übergegangen

#### 1.1.1. Art. 181 Abs. 1 OR ist anwendbar

- 3 Die Klägerin macht geltend, eine Vermögensübertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR sei nicht möglich gewesen, weil gemäss Art. 181 Abs. 4 OR das Fusionsgesetz hätte zur Anwendung gebracht werden müssen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Vielmehr ist von einer alternativen Anwendbarkeit der Vorschriften des Fusionsgesetzes und Art. 181 Abs. 1 OR auszugehen. Das folgt aus mehreren Überlegungen.
- 4 Denn erstens spricht Art. 181 Abs. 4 OR von der Übernahme «des» Vermögens bzw. «des» Geschäftes, worunter bloss die Übernahme des gesamten Vermögens einer Gesellschaft zu verstehen ist. Nicht unter Art. 181 Abs. 4 OR fallen Transaktionen, bei denen nur ein Teil des Vermögens übertragen wird (LOSER-KROGH, S. 1110). Diese Auslegung ist auch mit Art. 69 Abs. 1 FusG vereinbar, wonach Gesellschaften ihr Vermögen nach Art. 69 ff. FusG übertragen «können». Im vorliegenden Fall übertrug die Beklagte der Bibite AG nur die Vertriebsabteilung und nicht das gesamte Vermögen.
- 5 Zweitens sprechen auch Zwecküberlegungen für eine alternative Anwendbarkeit. Denn vergleicht man die Schutzvorschriften von Art. 69 ff. FusG mit denjenigen von Art. 181 OR, so sind keine bedeutenden Unterschiede zwischen den beiden Regelungen festzustellen. Der Gläubigerschutz von Art. 75 FusG geht kaum weiter als derjenige von Art. 181 OR. In beiden Fällen trifft die übertragende Gesellschaft nämlich eine solidarische Haftung von drei Jahren (Art. 75 Abs. 1 FusG und Art. 181 Abs. 2 OR). Zwar geht das FusG in Art. 75 Abs. 3 weiter als Art. 181 OR, indem es unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Sicherstellung der übertragenen Forderungen vorsieht, doch wären diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall ohnehin nicht gegeben gewesen.

- 6 Um den Tatbestand von Art. 75 Abs. 3 FusG zu erfüllen, hätte entweder die Gefahr eines Konkurses bzw. die Überschuldung der übertragenden oder übernehmenden Gesellschaft drohen müssen (vgl. dazu BSK FusG-EHRAT/WIDMER, Art. 75 N 15; LOSER-KROGH, 1105). Im vorliegenden Fall ging weder die Beklagte noch Bibite AG Konkurs und auch eine Überschuldung der beiden Rechtsträger lag zu keinem Zeitpunkt vor. Die Klägerin hätte somit ohnehin nicht Sicherstellung verlangen können.
- 7 Drittens ist davon auszugehen, dass das Fusionsgesetz Transaktionen mittels einer partiellen Universalsukzession erleichtern und nicht erschweren will (LOSER-KROGH, S. 1109; Botschaft FusG BBl 2000, 4354). Folgt man jedoch der zwingenden Anwendbarkeit von Art. 69 ff. FusG, so werden solche Transaktionen wie im vorliegenden Fall im Vergleich zu einem Vorgehen nach Art. 181 OR teilweise erschwert, weil durch Hinterlegung des Inventars beim Handelsregister der Gesamtwert der zu übertragenden Geschäftsbeziehungen sowie die für die Übertragung erhaltene Gegenleistung offen gelegt werden müssen (Art. 139 HRegV). Gerade bei konzerninternen Vermögensübertragungen – wie diejenige zwischen der Beklagten und Bibite AG – liegt eine solche Kenntnisnahme der Öffentlichkeit nicht im Interesse der beteiligten Rechtsträger (SCHUMACHER, S. 19). Den Parteien sollte es daher in diesen Fällen möglich sein, die Transaktion nach den Regeln von Art. 181 OR abzuwickeln, sofern für dieses Vorgehen ein Bedürfnis besteht (LOSER-KROGH, S. 1110). Für die beteiligten Gläubiger ergibt sich durch den fehlenden Handelsregistereintrag kein Nachteil, weil diese durch die in Art. 181 Abs. 1 OR vorgesehene Mitteilungspflicht trotzdem über die Vermögensübertragung informiert werden.
- 8 Aus dem Gesagten folgt, dass Art. 181 Abs. 1 OR im vorliegenden Fall anwendbar ist.

#### 1.1.2. Die Voraussetzungen einer Vermögensübertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR sind erfüllt

- 9 Eine Vermögensübertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR bedarf zweier Voraussetzungen. Erstens muss der Übernehmer ein Geschäft oder Vermögen mit Aktiven und Passiven erwerben. Zweitens muss die Übernahme entweder den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern angekündigt worden sein (BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 181 N 1 ff.).
- 10 Im vorliegenden Fall übernahm Bibite AG mittels Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 (B-1) die gesamte Vertriebsabteilung mit sämtlichen dazu gehörenden Aktiven und Passiven sowie den damit zusammenhängenden Verträgen (siehe Ziff. 2.1 des Übernahmevertrages). Gemäss Ziff. 5.7 des Übernahmevertrages wurde auch der Vertriebsvertrag mit der Klägerin übernommen.



- 11 Die Klägerin kann in diesem Punkt auch nicht einwenden, die Übertragung des Vertriebsvertrages sei gestützt auf Art. 181 Abs. 1 OR nicht möglich gewesen, da es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Denn gemäss neuerer Lehre können auch Schulden aus Dauerschuldverhältnissen übertragen werden, sofern es sich nicht um eine persönliche Schuld im Sinne von Art. 68 OR handelt (BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 181 N 9). Ob der Vertriebsvertrag persönliche Schulden begründete, kann jedoch im vorliegenden Fall offen bleiben. Denn die Ansprechpartner seitens der Beklagten, Herr Meier und Frau Strasser, arbeiteten nach dem Betriebsübergang für Bibite AG. Ein allfälliges Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, das eine persönliche Schuld nach Art. 68 OR begründet hätte, blieb durch diese Massnahme in jedem Fall gewahrt. Die Klägerin stand somit nach dem Betriebsübergang nicht einem schlechteren Schuldner gegenüber als zuvor.
- 12 Die Mitteilung an die Klägerin erfolgte mit Brief von anfangs Juni 2005 (B-2). In diesem Brief wurde die Betriebsübernahme allen Beteiligten bekannt gegeben. Die Klägerin behauptet zwar, dieses Schreiben nie erhalten zu haben. Doch erscheint dieses Vorbringen als zweifelhaft, zumal alle anderen Vertragspartner vom Schreiben Kenntnis genommen haben. Gemäss Aussage von Frau Karin Strasser war und ist die Adresse der Klägerin im Datenverarbeitungsprogramm der Beklagten gespeichert, sodass die Mitteilung auch die Klägerin erreicht haben muss.
- 13 Im Übrigen traf die Beklagte keine Pflicht, weiter nachzuforschen, ob der Brief bei der Klägerin angekommen war. Denn spätestens ab Oktober 2005, nachdem Herr Meier Herrn Kölle an der Marketingsitzung eine Visitenkarte von Bibite AG ausgehändigt und ihn ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass er nun für Bibite AG arbeite (Zeugenaussage Kölle K-13), konnte die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen, dass die Klägerin vom Betriebswechsel Kenntnis erhalten hatte. Die Beklagte sah sich daher nicht mehr veranlasst, an der Kenntnis der Klägerin zu zweifeln, zumal nach der Betriebsübernahme immer Bibite AG und nicht mehr die Beklagte als Absenderin der Korrespondenz in Erscheinung trat (beispielsweise im Schreiben B-3), ohne dass die Klägerin dagegen Einspruch erhoben hätte.
- 14 Daraus folgt, dass der Distributionsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten nach Art. 181 Abs. 1 OR auf Bibite AG übergegangen ist. Die Wirkungen dieser Schuldübernahme erstrecken sich auf die Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS, Rz. 509), weshalb diese ebenfalls auf Bibite AG übergegangen ist und die Beklagte nicht mehr bindet. Das Schiedsgericht ist daher für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche nicht zuständig.

## 1.2. Die Schiedsklausel ist durch Vertragsübernahme auf Bibite AG übergegangen

15 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zur Einsicht gelangen, dass Art. 181 OR nicht anwendbar ist oder dessen Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, so macht die Beklagte hilfsweise geltend, Rechte und Pflichten aus dem Distributionsvertrag, inkl. Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS, N 494 ff.), seien durch Vertragsübernahme auf Bibite AG übergegangen.

### 1.2.1. Die Klägerin hat der Vertragsübernahme zugestimmt

16 Bei der Vertragsübernahme, die unabhängig von Art. 181 OR und Art. 69 ff. FusG immer möglich ist (BSK FusG-WATTER, Art. 181 OR N 7), handelt es sich um einen im Allgemeinen Teil des OR nicht geregelten, dreiseitigen Vertrag *sui generis*. Die eintretende, die ausscheidende und die verbleibende Partei schliessen einen dreiseitigen Vertrag, worin sie die Übernahme vereinbaren, oder die verbleibende Partei stimmt der Vertragsübernahme in Form einer Willenserklärung vorgängig oder nachträglich zu (BERGER, Rz. 2343). Im vorliegenden Fall kommt nur eine nachträgliche Zustimmung der Klägerin in Betracht.

17 Zwar mag es stimmen, dass die Klägerin der Vertragsübernahme nie ausdrücklich zugestimmt hatte und daher kein tatsächlicher Konsens vorlag. Doch kann sich eine Zustimmung auch aus einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergeben (rechtlicher Konsens). In diesem Zusammenhang ist zu fragen, ob die Beklagte das Verhalten der Klägerin nach Treu und Glauben als Zustimmung zur Vertragsübernahme verstehen durfte und musste (BERGER, Rz. 710), was aus folgenden Gründen gegeben ist.

18 Zunächst wurde die Klägerin mit Schreiben anfangs Juni 2005 über die konzerninterne Umstrukturierung informiert (vgl. N 12). Der Klägerin muss daher nach Treu und Glauben bewusst gewesen sein, dass der Vertrieb von SHARP REQUIEM fortan von Bibite AG und nicht mehr durch die Beklagte geführt wurde. Die Beklagte macht zwar nicht geltend, dass Schweigen auf dieses Schreiben alleine bereits eine Zustimmung zur Vertragsübernahme bewirkte (Art. 6 OR). Doch muss der Umstand, dass die Beklagte von der Kenntnis der Klägerin ausgehen durfte, bei der Auslegung des anschliessenden Verhaltens der Klägerin in dem Sinne berücksichtigt werden, dass die Beklagte diese nachfolgenden Handlungen der Klägerin nach Treu und Glauben als Zustimmung werten durfte und musste.

19 Im Oktober 2005 händigte Herr Meier von Bibite AG Herrn Kölle eine Visitenkarte der Bibite AG aus, welche ihn als Geschäftsführer derselben auswies (K-13).

- 20 Um völlig sicherzugehen, dass Herr Kölle von der neuen Geschäftsorganisation Kenntnis genommen hatte, wies Herr Meier ihn dabei auch ausdrücklich darauf hin, dass er nun für Bibite AG und nicht mehr für die Beklagte arbeite. Aus dem Verhalten von Herrn Kölle, der die Visitenkarte entgegennahm, ohne nachzufragen oder Widerspruch einzulegen, durfte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben schliessen, dass der Klägerin die Übernahme des Vertriebsgeschäfts durch Bibite AG bereits bekannt war und sie auch nichts gegen diese einzuwenden hatte. Denn ein ordentlicher Geschäftsmann hätte in der Situation der Klägerin genauer bezüglich der Übernahme des Vertriebsgeschäftes nachgefragt, wäre ihm diese nicht bekannt gewesen.
- 21 Im Weiteren wies die Offerte vom 7. Mai 2006, zusätzlich das zuckerfreie Getränk SHARP REQUIEM SUGARFREE in den Alleinvertrieb aufzunehmen (B-3, Seite 1), als Absender sowohl auf Seite eins wie auch auf Seite zwei allein Bibite AG auf und auch das beigefügte Schreiben sprach ausdrücklich von einem Distributionsvertrag zwischen Bibite AG und der Klägerin. Aufgrund der vorbehaltlosen Annahme dieser Offerte durch Unterschrift unmittelbar unter dem Briefkopf von Bibite AG (B-3, Seite 2) durfte und musste die Beklagte bzw. Bibite AG umso mehr von einer Zustimmung seitens der Klägerin ausgehen.
- 22 Schliesslich durfte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben endgültig von einer Zustimmung ausgehen, nachdem die Klägerin sowohl das Schreiben vom 12. August 2006 (K-2) wie auch dasjenige vom 12. November 2007 (K-4) an Bibite AG adressierte. Im Übrigen trug die Korrespondenz der Bibite AG immer ihren Briefkopf, ohne dass die Klägerin dem jemals widersprochen oder darauf aufmerksam gemacht hätte.
- 23 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte nach Treu und Glauben von einer Zustimmung der Klägerin ausgehen durfte und musste. Aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin trotz klarer Anzeichen einer Umstrukturierung nie eine Handlung der Bibite AG beanstandete oder jemals Genaueres wissen wollte, darf und muss ihr Verhalten als Zustimmung ausgelegt werden.

#### 1.2.2. Formelle Mängel sind nicht gegeben

- 24 Die Beklagte kann in diesem Punkt auch nicht geltend machen, ihre Zustimmung sei nicht schriftlich und daher formungültig erfolgt. Zwar haben die Parteien in Ziff. 20 Abs. 1 des Distributionsvertrages eine Formabrede zugunsten der Schriftlichkeit auch bei Ergänzungen und Änderungen des Vertrages geschlossen, die vermutungsweise als Gültigkeitsvorschrift auszulegen wäre (Art. 16 Abs. 1 OR). Doch anerkennen Rechtsprechung und Lehre die Möglichkeit, dass die Parteien den Formvorbehalt nachträglich konkludent und damit formlos auf-

heben können.

- 25 Auf einen solchen Verzicht kann die Gegenpartei schliessen, wenn das Verhalten der anderen Partei nach Treu und Glauben als Verzicht auf die Formabrede verstanden werden durfte und musste (KOLLER, § 12 Rz. 142; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 16 N 10 ff.; BGE 125 II 263 E. 4c).
- 26 Dass die Beklagte im vorliegenden Fall auf eine Zustimmung zur Vertragsübernahme schliessen durfte und musste, hat sie bereits gezeigt (vgl. N 16 ff.). Aus gleichen Überlegungen ist auch ein Verzicht auf die Formabrede seitens der Klägerin anzunehmen. Denn die Klägerin war von der Beklagten mehrmals schriftlich und mündlich auf die konzerninterne Umstrukturierung hingewiesen worden, ohne dass jene jemals nachfragte oder Widerspruch erhob (vgl. N 18 und 19). Im Gegenteil nahm sie eine Offerte bezüglich SHARP REQUIEM SUGARFREE an, die ausdrücklich von *Bibite AG* stammte (vgl. N 21). Die Beklagte konnte daher nach Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass die Klägerin sich formlos mit der Vertragsübernahme einverstanden erklärte und nicht auf Schriftlichkeit beharrte.
- 27 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zur Erkenntnis gelangen, dass die Klägerin nicht auf den Formvorbehalt verzichtet hat, so macht die Beklagte hilfsweise geltend, die Berufung auf den Formmangel sei rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB, weil die Klägerin diesen erst nach langem Zuwarten geltend macht. Die Ausübung nicht befristeter Rechte, wie die Geltendmachung des Formmangels, ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Berechtigte sich dadurch zu seiner bisherigen Untätigkeit, die nach Treu und Glauben als Verzicht aufgefasst werden durfte und musste, widersprüchlich verhält (CARONI, S. 209).
- 28 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin mit der Geltendmachung des Formmangels vier Jahre zugewartet, indem sie mit Schreiben von anfangs Juni 2005 über die konzerninterne Umstrukturierung informiert und im Oktober 2005 (vgl. N 19) nochmals mündlich darauf hingewiesen wurde. Während dieser langen Zeit hat sie nie einen Formmangel geltend gemacht. Die Beklagte konnte daher nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Klägerin im Wissen des Formmangels auf dessen Geltendmachung verzichtete. Die Klägerin verhält sich demnach widersprüchlich, indem sie bezüglich des Formmangels jahrelang untätig blieb, jetzt aber diesen plötzlich geltend machen will. Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und verdient daher keinen Rechtsschutz. Selbst wenn ein Formmangel vom Schiedsgericht angenommen würde, was die Beklagte allerdings ausdrücklich bestreitet, so wäre diese Einrede nicht mehr zu hören. Vielmehr ist das Vertrauen der Beklagten in die jahrelang widerspruchlos gebliebene Vertragsübernahme zu schützen.

## **2. DIE PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN IST NICHT GEGEBEN**

- 29** Die Passivlegitimation der Beklagten ist von der Zuständigkeit des Schiedsgerichts streng zu unterscheiden. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist eine prozessuale Verfahrensvoraussetzung, die Passivlegitimation betrifft hingegen die materiell-rechtliche Frage, ob sich der eingeklagte Anspruch überhaupt gegen die Beklagte richtet. Jedoch können gewisse Sachverhaltselemente beide Fragen entscheiden (sog. doppelrelevante Tatsachen; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 74).
- 30** Die Beklagte hat bereits ausgeführt, dass die Passiven aus dem Distributionsvertrag gemäss Art. 181 Abs. 1 OR auf Bibite AG übergegangen sind (vgl. N 3 ff.). Damit wurde Bibite AG Trägerin der Pflichten gegenüber der Klägerin, weshalb allfällige Ansprüche aus dem Distributionsvertrag bei dieser einzufordern sind. Daran ändert auch die solidarische Haftung von Art. 181 Abs. 2 OR nichts. Denn diese umfasst nur Schulden, die bis zur Geschäftsübernahme begründet wurden (BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 181 N 17). Im vorliegenden Fall macht die Klägerin jedoch nur Ansprüche geltend, die nach dem 25. Mai 2005 und somit nach der Geschäftsübernahme entstanden sind.
- 31** Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten der Ansicht sein, dass der Distributionsvertrag nicht nach Art. 181 Abs. 1 OR auf Bibite AG übergegangen ist, so hat die Beklagte bereits dargelegt, dass dieser durch Vertragsübernahme übertragen wurde (vgl. N 16 ff.). Durch diese Übernahme wurde Bibite AG Trägerin von Rechten und Pflichten aus dem Distributionsvertrag, weshalb auch in diesem Fall die Ansprüche gegenüber Bibite AG einzuklagen wären.
- 32** Aus dem Gesagten folgt, dass die Passivlegitimation der Beklagten in keinem der beiden Fälle gegeben ist.

### **3. BIBITE AG DURFTE VORAUSZAHLUNG VERLANGEN**

**33** Die Beklagte wird nun zeigen, dass sich die Klägerin in Zahlungsverzug befand und Bibite AG daher befugt war, Vorauszahlung für die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008 zu verlangen.

#### **3.1. Die Klägerin befand sich im Zahlungsverzug**

**34** Die Klägerin erhielt von Bibite AG am 5. Februar 2008 drei Rechnungen (K-7) in der Höhe von total EUR 2'900'000. Gemäss Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages waren diese Rechnungen innerhalb von 60 Tagen nach Erhalt zu begleichen. Die Fälligkeit trat demnach am 7. April 2008 ein. Mit Schreiben vom 10. April 2008 (K-7) mahnte der Rechtsdienst der MultiDrink Holding AG die Klägerin ab und verlangte Zahlung bis zum 17. April 2008. Die Klägerin befand sich somit spätestens ab dem Zugang der Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR am 11. April 2008 in Verzug.

**35** Ob diese Nachfrist von sieben Tagen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR angemessen ist, spielt in zweierlei Hinsicht keine Rolle: Erstens muss der Schuldner, welchem eine unangemessen kurze Nachfrist angesetzt worden ist, unverzüglich gegen diese protestieren, ansonsten seine Zustimmung angenommen wird (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 2736). Im vorliegenden Fall erhob die Klägerin im Schreiben vom 14. April 2008 (K-8) jedoch keinen Widerspruch gegen die siebentägige Frist, weshalb sie diese genehmigte. Zweitens würde auch eine unangemessen kurze Nachfrist nichts bezüglich des Eintritts des Schuldnerverzuges der Klägerin ändern. Denn der Verzug tritt gemäss Art. 102 Abs. 1 OR mit der Mahnung ein, unabhängig davon, ob die Nachfrist angemessen ist oder nicht, weil diese nur im Zusammenhang mit den Wahlrechten von Art. 107 OR eine Rolle spielt.

**36** Die Klägerin kann sich in diesem Punkt auch nicht auf Art. 82 OR stützen, um die Zahlung von EUR 2'900'000 zu verweigern und so einen verzugshindernden Grund geltend zu machen. Denn der Alleinvertriebsvertrag besteht aus zwei sich gegenüber gestellten Leistungspaaren. Die Lieferpflicht des Lieferanten und die Zahlungspflicht des Alleinvertreters stehen sich zum einen gegenüber (sog. Kaufverhältnis); zum anderen herrscht zwischen der Pflicht des Lieferanten, dem Alleinvertreter ein exklusives Bezugsrecht einzuräumen, und der Verkaufsförderungspflicht des Alleinvertreters ein Synallagma (sog. Alleinvertriebsverhältnis; HUGUENIN, OR BT, Rz. 1492 f.). Charakteristisch an diesem sog. Doppelsynallagma ist, dass ein allfälliges Leistungsverweigerungsrecht im Sinne von Art. 82 OR nur im jeweiligen Synallagma ausgeübt werden darf. Hingegen ist es unzulässig, auf Leistungsstörungen im Alleinvertriebs-

verhältnis mit einer Leistungsverweigerung im Kaufverhältnis zu antworten (sog. Leistungsverweigerung «übers Kreuz»; HUGUENIN, OR BT, Rz. 1524).

- 37 Im vorliegenden Fall machte die Klägerin eine Verletzung des Exklusivitätsrechts und damit eine Leistungsstörung im Alleinvertriebsverhältnis geltend. Auf eine solche allfällige Leistungsstörung hätte sie lediglich mit einer Verweigerung der Leistung im Synallagma des Alleinvertriebsverhältnisses reagieren dürfen. Unzulässig war es hingegen, mit einer Leistungsverweigerung im Kaufverhältnis zu antworten, was die Klägerin jedoch tat, indem sie die Zahlung für die getätigten Bestellungen verweigerte. Die Einrede von Art. 82 OR bleibt der Klägerin damit versagt.
- 38 Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Klägerin spätestens ab dem 11. April 2008 in Schuldnerverzug befand.

### 3.2. Bibite AG durfte Vorauszahlung verlangen

- 39 Der Distributionsvertrag sieht in Ziff. 5 Abs. 5 vor, dass Bibite AG Vorauszahlung verlangen darf, falls sich die Klägerin in Zahlungsverzug befindet. Diese Klausel ist dahingehend auszulegen, dass Bibite AG Vorauszahlung für alle Bestellungen verlangen darf, die während des Verzugs der Klägerin getätigt werden, um das Kreditrisiko der Bibite AG zu minimieren. Zwar schweigt sich die Bestimmung darüber aus, was geschehen soll, wenn der Verzug der Klägerin anschliessend beseitigt wird. Doch lässt sich aus verschiedenen Gründen ableiten, dass durch Beendigung des Verzuges die Vorauszahlungspflicht für die während dem Verzug getätigten Bestellungen nicht rückwirkend aufgehoben werden soll, sondern die Klägerin weiterhin für diese Bestellungen Vorauszahlung zu leisten hat. Denn auch ein einmaliger Zahlungsverzug indiziert schlechte Zahlungsmoral der Klägerin, die dadurch wiederhergestellt wird, indem sie für alle Bestellungen dieses Zeitraumes Vorauszahlung erbringen soll. Würde man anders entscheiden, d.h. der Ansicht sein, dass die Beseitigung des Verzuges die Vorauszahlungspflicht rückwirkend für alle Bestellungen aufheben würde, dann wäre der Sinn von Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages ausgehebelt und die Bestimmung würde den angestrebten Sicherungszweck nicht erreichen: Denn die Klägerin könnte immer in Verzug geraten, diesen dann aber wieder beseitigen, um der Sanktion der Vorauszahlung entgehen zu können. So würde ein erhebliches Kreditrisiko der Bibite AG weiter bestehen, weil die Klägerin jeweils erst dann bezahlen müsste, wenn sie neue Waren beziehen wollte.
- 40 Daraus folgt, dass Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages dahingehend auszulegen ist, dass die während des Verzuges getätigten Bestellungen mittels Vorauszahlung zu bezahlen sind, unabhängig davon, ob der Verzug später beseitigt wird. Dies entspricht auch einer lebensna-

hen Auslegung, denn im Geschäftsverkehr wird eine einmal gewählte Zahlungsart nicht ohne weiteres rückwirkend geändert.

- 41 Ausserdem erbrachte Bibite AG im Gegenzug zur Vorauszahlungspflicht auch eine Gegenleistung, indem sie der Klägerin einen Rabatt von 1% gewährte. Vor diesem Hintergrund kann die Klägerin auch nicht geltend machen, die Klausel sei unklar und müsse daher im Zweifel gegen Bibite AG ausgelegt werden.
- 42 Mit Brief vom 10. April 2008 (K-7) stellte der Rechtsdienst der MultiDrink Holding AG den Verzug fest und teilte der Klägerin mit, nur noch gegen Vorauszahlung zu liefern. Die Klägerin tätigte daraufhin sowohl am 13. April 2008 als auch am 20. April 2008 (K-10) weitere Bestellungen. Den Verzug beseitigte die Klägerin jedoch frühestens am 21. April 2008, indem sie EUR 2'819'100 bezahlte, was die Beklagte aber ohnehin bestreitet (vgl. N 43 ff.). Somit wurden beide Bestellungen im Zeitraum getätigt, als sich die Klägerin noch in Verzug befand. Dies berechnete Bibite AG gemäss Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages Vorauszahlung zu verlangen und an dieser in jedem Fall auch festzuhalten (vgl. N 39 ff.).

### 3.3. Die Vorauszahlungspflicht wurde nicht erlassen

- 43 Die Klägerin kann in diesem Punkt auch nicht geltend machen, dass der Rechtsdienst der MultiDrink Holding AG der Klägerin mit Brief vom 16. April 2008 (K-9) die Pflicht zur Vorauszahlung erlassen hat.
- 44 Der Rechtsdienst machte der Klägerin zwar mit diesem Schreiben einen Kompromissvorschlag, indem er ihr anbot, keine Vorauszahlung mehr zu verlangen und die gerechtfertigten Marketingkosten zu erstatten. Bedingung dieses Vorschlags war aber, dass die Klägerin alle offenen Rechnungen bezahlte. Wie aus dem ersten Absatz des Briefes (K-9) ersichtlich, bezifferte der Rechtsdienst diese offenen Rechnungen mit EUR 2'900'000. Das Angebot war daher für die Klägerin nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass sie EUR 2'900'000 bezahlen musste, um in den Genuss des Vorschlags zu kommen. Ausgeschlossen war hingegen diese Schuld teilweise mit Verrechnung der Marketingkosten zu tilgen. Denn der Lösungsvorschlag sah in Ziff. 3 ausdrücklich vor, dass Bibite AG der Klägerin *nach* Bezahlung aller offenen Rechnungen die gerechtfertigten Marketingkosten erstatten würde. Daraus folgt, dass nach dem Sinn des Vorschlags beide Forderungen jeweils separat getilgt würden und die Verrechnung dieser Forderungen nach Art. 126 OR ausgeschlossen war.
- 45 Die Klägerin versties jedoch gegen dieses Verrechnungsverbot, indem sie nur EUR 2'819'100 bezahlte und EUR 80'900 verrechnete. Damit nahm sie den Vermittlungsvorschlag von Bibite AG nicht vorbehaltlos an, sondern änderte die Konditionen dieses Kompromisses



einseitig. Somit kam kein Konsens über den Vermittlungsvorschlag zustande. Vielmehr war das Schreiben der Klägerin vom 21. April 2008 dahingehend zu verstehen, dass sie auf das Kompromissangebot von Bibite AG nicht eingehen wollte. Mangels Einigung über dieses Angebot blieb die Vorauszahlungspflicht der Klägerin daher bestehen.

#### **4. BIBITE AG HAT DAS EXKLUSIVITÄTSRECHT NICHT VERLETZT**

46 Nach Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages hat sich Bibite AG verpflichtet, während der Vertragsbeziehung in Deutschland weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch direkt oder indirekt Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Die Beklagte wird nun zeigen, dass das Exklusivitätsrecht der Klägerin weder durch Einräumung eines Vertriebsrechts an einen Dritten noch durch direkten oder indirekten Vertrieb verletzt worden ist.

##### **4.1. Keine Einräumung eines Vertriebsrechts an Dritte**

47 Bibite AG hat der Klägerin in Ziff. 3 Abs. 1 des Distributionsvertrages Exklusivität für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugesichert. Der PLL Beer SA wurde hingegen in derselben Bestimmung des entsprechenden Vertrages (B-4) das Vertragsgebiet Polen zugewiesen. Bibite AG hat daher durch den Abschluss des Distributionsvertrages mit PLL Beer SA nicht gegen ihr Exklusivitätsversprechen verstossen, weil sich die beiden Vertragsgebiete geografisch unterscheiden. Im Übrigen schloss Bibite AG bezüglich Deutschland auch keinen anderen Alleinvertriebsvertrag.

##### **4.2. Kein direkter Vertrieb durch Bibite AG**

48 Ein direkter Vertrieb im Sinne von Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages liegt dann vor, wenn Bibite AG selbst das Produkt im Vertragsgebiet aktiv vertreibt. Dass kein solcher direkter Vertrieb vorliegt ist offensichtlich, da die Parallelimporte aus Polen stammen, und wird im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

##### **4.3. Kein indirekter Vertrieb durch Bibite AG**

49 Was unter indirektem Vertrieb zu verstehen ist, muss in Einklang mit dem schweizerischen und europäischen Kartellrecht ermittelt werden, damit Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages nicht widerrechtlich und somit teilnichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR ist (*favor negotii*: BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 40).

50 Das europäische Kartellrecht verbietet Exklusivitätsabreden zwischen Hersteller und Alleinvertriebshändler, die dem Händler passive Verkäufe in ein Drittland untersagen (Art. 4 lit. b VO (EG) Nr. 2790/1999; sog. absoluter Gebietsschutz). Darunter sind Klauseln zu verstehen, die den Absatz in Drittländer auch dann verbieten, wenn Abnehmer aus Drittländer darum ersuchen, mithin keine aktive Handlung des Händlers vorliegt.

51 Kartellrechtlich zulässig ist es hingegen den Händlern zu untersagen, aktiv in Drittländern Kunden anzuwerben (Art. 4 lit. b 1. Lemma VO (EG) Nr. 2790/1999; ZÄCH, Rz. 666; sog.

relativer Gebietsschutz). Dem schweizerischen Kartellrecht liegt in Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche Regelung zugrunde (Komm KG-REINERT, Art. 5 N 33).

- 52 Im vorliegenden Fall ist der indirekte Vertrieb in Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages daher nicht dahingehend auszulegen, dass der Klägerin absoluter Gebietsschutz in dem Sinne eingeräumt worden wäre, dass blosse Passivverkäufe aus Polen nach Deutschland einen indirekten Vertrieb im Sinne dieser Abrede darstellen und somit die Exklusivität verletzen. Unter indirektem Vertrieb ist hingegen vielmehr der Fall zu verstehen, dass Bibite AG bewusst und treuwidrig das Exklusivitätsversprechen umgeht, beispielsweise indem sie durch ein beherrschtes Tochterunternehmen im Vertragsgebiet Deutschland selber SHARP REQUIEM vertreibt und die Klägerin damit indirekt konkurrenziert (MEYER, S. 333). Diese Konstellation lag im vorliegenden Fall jedoch nicht vor und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht.
- 53 Indem Bibite AG sowohl der Klägerin wie auch dem polnischen Alleinvertreter in Ziff. 3 Abs. 3 der Distributionsverträge ein Verbot aktiver Verkäufe auferlegte, schöpfte sie die kartellrechtlich zulässigen Möglichkeiten aus. Somit wäre ein aktives Werben des polnischen Alleinvertreters verpönt gewesen. Ein solches lag jedoch nicht vor und wird auch nicht behauptet. Vielmehr verkauften untere Glieder der polnischen Vertriebskette, d.h. Kunden von PLL Beer SA oder gar deren Kunden, das Produkt nach Deutschland (Sachverhaltsergänzungen, Ziff. 2). Die Klägerin kann daher auch nicht geltend machen, die zugesicherte Exklusivität sei dadurch verletzt worden, dass PLL Beer SA Aktivverkäufe nach Deutschland tätigte.
- 54 Dass die Europäische Gemeinschaft sich für einen gemeinsamen Binnenmarkt mit freiem Warenverkehr (Art. 28 – 30 EGV) und einen starken wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Marktabschottungen (Art. 81 Abs. 1 lit. c EGV) entschieden hat und damit Parallelimporte in gewissem Masse begünstigt, ist von der Klägerin hinzunehmen und kann der Beklagten nicht zur Last gelegt werden. Von der Klägerin konnte vielmehr erwartet werden, dass ihr die wirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen der Europäischen Gemeinschaft vertraut waren und dass sie das Risiko von Parallelimporten einzukalkulieren wusste.
- 55 An der vorstehenden Auslegung von indirektem Vertrieb im Sinne von Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages ändert auch nichts, wenn die Exklusivitätsabrede als Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR aufgefasst wird. In jedem Fall würde die Garantie, das Vertragsgebiet sowohl vor Aktiv- wie auch vor Passivverkäufen zu schützen, einen kartellrechtswidrigen absoluten Gebietsschutz darstellen. Das rechtliche Gewand der Exklusivitätsabrede hat nämlich keinen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung (vgl. ZÄCH, Rz. 47 ff.).

#### 4.4. Keine Verpflichtung zu weitergehenden Massnahmen seitens der Beklagten

- 56 Die Klägerin kann auch nicht geltend machen, Bibite AG sei aufgrund des Exklusivitätsrechts verpflichtet gewesen, weitergehenden Massnahmen zu treffen, um die Parallelimporte zu unterbinden und der Klägerin damit den deutschen Markt wiederherzustellen.
- 57 Denn erstens ergibt sich aus Ziff. 2 Abs. 1 des Distributionsvertrages, dass das ausschliessliche Vertriebsrecht bloss nach *Massgabe* des Vertrages gewährleistet ist. Dessen Reichweite ist demnach in Ziff. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrages abschliessend geregelt. Der Beklagten war nur verboten, einem Dritten ein Vertriebsrecht in Deutschland einzuräumen oder das Produkt selber direkt oder indirekt zu vertreiben. Wie bereits gezeigt (vgl. N 47 ff.) hat Bibite AG gegen keines dieser Verbote verstossen. Weitergehende Verpflichtungen zu *positivem Handeln* seitens der Beklagten lassen sich aus dem Distributionsvertrag nicht ableiten, zumal das Exklusivitätsrecht in Ziff. 3 Abs. 2 allein in Form von drei *Unterlassungspflichten* formuliert ist.
- 58 Im Weiteren ergeben sich keine solchen aus Ziff. 8 Abs. 3 des Distributionsvertrages. Denn erstens ist diese Klausel sehr unbestimmt formuliert («dem Phänomen von Parallelimporten Rechnung tragen»), und zweitens bezieht sie sich bloss auf die Festlegung der Minimalverkaufszahlen für die Jahre ab 2008, was sich sowohl aus dem Wortlaut von Ziff. 8 Abs. 3 des Distributionsvertrages als auch aus der Überschrift von Ziff. 8 «Minimalverkaufszahlen» ergibt.
- 59 Zweitens bezweckt der Alleinvertriebsvertrag die Verlagerung des Vertriebsrisikos vom Hersteller auf den Alleinvertreter, was sich im Übergang des Eigentums an der Vertragsware manifestiert (SCHLUEP, S. 842). Im Gegenzug verbleibt ein allfälliger Gewinn aus dem Verkauf der Ware dem Alleinvertreter. Vor diesem Hintergrund dürfen daher das Exklusivitätsrecht und allfällige vertragliche «Treuepflichten» nicht dazu missbraucht werden, das wirtschaftliche Risiko wieder auf den Hersteller zurückzuverlagern.
- 60 Ein Auftreten von Parallelimporten gehörte aber gerade zur wirtschaftlichen Risikosphäre der Klägerin. Wäre Bibite AG zu einem Preisnachlass verpflichtet gewesen, so wäre der Verlust bei ihr und nicht bei der Klägerin eingetreten, und Bibite AG hätte im Endeffekt das Vertriebsrisiko wieder übernommen, was jedoch mit der Natur des Alleinvertriebsvertrags nicht vereinbar ist. Die Klägerin durfte deshalb nicht gestützt auf ihr Exklusivitätsrecht verlangen, dass ihr ein Preisnachlass gewährt wird.
- 61 Daran ändert auch nichts, dass Bibite AG der Klägerin mit Schreiben vom 10. September

2006 (K-3) den Preis um EUR 0.05 pro Flasche senkte, um der Klägerin weiterhin ein rentables Geschäft zu ermöglichen. Diese Massnahme erfolgte aus reiner Kulanz. Daher lässt sich daraus nicht ableiten, Bibite AG habe sich damit für die Zukunft verpflichtet, weitere Preisnachlasse zu gewähren, sollten die Parallelimporte nicht zum Erliegen kommen.

- 62** Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten zur Einsicht gelangen sollte, dass das Exklusivitätsrecht grundsätzlich auch eine Verpflichtung der Beklagten zu Preisnachlassen beinhaltet, so musste es der Beklagten doch zugestanden werden, die Flaschenpreise für die jeweiligen Märkte nach Kaufkraft abzustufen, was einer angemessenen Lösung entspricht. Hätte Bibite AG hingegen allen im europäischen Markt tätigen Händlern den an das kaufkraftärmste Land angepassten Flaschenpreis anbieten müssen, so würden ihr grosse Gewinne entgehen, weil sie die hohe Kaufkraft gewisser Länder nicht ausnützen könnte.
- 63** Der von der Beklagten in Rechnung gestellte Flaschenpreis betrug ab September 2006 EUR 0.67 für den deutschen Markt sowie EUR 0.60 für den polnischen Markt. Dieser Unterschied war durchaus mit der Kaufkraftdifferenz zwischen den beiden Ländern zu rechtfertigen, wie sie sich aus der Tabelle des statistischen Bundesamt Deutschland ergibt (siehe Beilage zu K-5). Der deutsche Preis lag sogar unter dem nach Kaufkraftverhältnis gebotenen Preis, der EUR 0.71 betragen hätte (= EUR 0.60 x EUR 1.18). Daraus ergibt sich, dass Bibite AG überhaupt keine Absicht hatte, sich auf Kosten der Klägerin durch Preisdifferenzierung zu bereichern, sondern im Gegenteil der Klägerin einen sehr guten Preis anzubieten. Dass die Klägerin das Produkt nicht mehr wirtschaftlich vertreiben konnte, ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass sie eine überproportionale Gewinnmarge vereinnahmen wollte. Somit läge selbst dann keine Verletzung des Exklusivitätsrechts vor, wenn eine Verpflichtung zur Preisanpassung dem Exklusivitätsrecht inhärent sein sollte, was Bibite AG jedoch ausdrücklich bestreitet (vgl. N 57).
- 64** Im Weiteren kann die Klägerin auch nicht geltend machen, Bibite AG hätte andere von der Preisanpassung unabhängige Massnahmen, wie Kontingentierung der Liefermenge, Produktdifferenzierung, Senken der Haltbarkeitsdaten, vertiefte Nachforschungen zu den Absatzkanälen und dergleichen ergreifen sollen, um die Parallelimporte zu bekämpfen. Denn erstens ist es fraglich und nicht genügend dargetan, ob solche Massnahmen, Parallelimporte überhaupt unterbunden hätten. Und zweitens ergeben sich aus dem Distributionsvertrag ohnehin keine solchen positiven Handlungspflichten, wie die Beklagte bereits gezeigt hat (vgl. N 57).

## **5. DIE KÜNDIGUNG DER KLÄGERIN WAR UNRECHTMÄSSIG**

**65** Nun wird die Beklagte zeigen, dass die ausserordentliche Kündigung der Klägerin vom 30. April 2008 (K-12) unzulässig war.

### **5.1. Vertraglich vorgesehene Kündigungsgründe sind nicht erfüllt**

#### **5.1.1. Bibite AG hat keine wesentlichen Vertragsbestimmungen verletzt**

**66** Gemäss Ziff. 13 Abs. 2 lit. a kann jede Partei den Vertrag kündigen, wenn die andere Partei wesentliche Vertragsbestimmungen verletzt und diese Verletzung auch zehn Tage nach Abmahnung noch fortbesteht. Im vorliegenden Fall hat Bibite AG jedoch keine wesentlichen Vertragsbestimmungen verletzt.

**67** Die Beklagte hat bereits dargelegt, dass Bibite AG das Exklusivitätsrecht der Klägerin nicht verletzt hat (vgl. N 46 ff.). Somit kann die Klägerin sich nicht darauf berufen, um ihre Kündigung zu rechtfertigen.

**68** Im Weiteren kann die Klägerin auch nicht geltend machen, die Kündigung sei wegen der Verletzung von Lieferverpflichtungen (als wesentliche Vertragsbestimmung) zulässig gewesen. Denn die Beklagte hat bereits gezeigt, dass Bibite AG berechtigt war, wegen Zahlungsverzugs der Klägerin Vorauszahlung zu verlangen (vgl. N 33 ff.). Bibite AG bewegte sich dabei im Rahmen von Ziff. 5 Abs. 5 des Distributionsvertrages und verletzte demnach keine Vertragsbestimmung. Falls das Schiedsgericht wider Erwarten zur Einsicht gelangt, dass die Lieferverpflichtung verletzt worden ist, bleibt zu bemerken, dass die vertraglich vorgesehene Abmahnung am 21. April 2008, die Kündigung hingegen aber schon nach neun Tagen, am 30. April 2008, und damit einen Tag zu früh erfolgte.

#### **5.1.2. Bibite AG hat die Liefervereinbarung nicht verletzt**

**69** Gemäss Ziff. 13 Abs. 2 lit. d des Distributionsvertrages kann die Klägerin aus wichtigem Grund kündigen, wenn Bibite AG das Produkt mehrfach nicht wie vereinbart liefert. Im vorliegenden Fall kann die Klägerin diesen Kündigungsgrund aber aus zwei Gründen nicht anrufen.

**70** Erstens hat die Beklagte bereits gezeigt, dass Bibite AG berechtigt war, für die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008 Vorauszahlung zu verlangen (vgl. N 33 ff.). Daher lag keine Verletzung der Liefervereinbarung im Sinne von Ziff. 13 Abs. 2 lit. d des Distributionsvertrages vor, sondern Bibite AG bewegte sich im Rahmen von Ziff. 5 Abs. 5 des Vertrages.

71 Zweitens wäre der Kündigungsgrund ohnehin nicht erfüllt. Denn Ziff. 13 Abs. 2 lit. d verlangt ausdrücklich, dass das Produkt *mehrfach* nicht wie vereinbart geliefert wird. Dieser Tatbestand ist restriktiv auszulegen, weil sich eine Kündigung aus wichtigem Grund nur rechtfertigt, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die Klägerin unzumutbar geworden ist. Für eine ausserordentliche Kündigung vorauszusetzen ist daher, dass mehrere voneinander zeitlich unabhängige Bestellungen nicht vertragsgemäss ausgeführt werden und dieser Zustand voraussichtlich andauern wird. Im vorliegenden Fall lagen bloss zwei Bestellungen (13. und 20. April 2009) vor, die in einem engen zeitlichen Kontext standen. Vor dem Hintergrund von Ziff. 13 Abs. 2 lit. d waren diese beiden Bestellungen als Einheit zu betrachten. Selbst wenn also Bibite AG mit ihrem Beharren auf Vorauszahlung die Liefervereinbarung verletzt hätte – was die Beklagte allerdings ausdrücklich bestreitet –, so läge trotzdem nur eine *einmalige* und nicht eine *mehrfache* Vertragsverletzung vor, weil dieser Sachverhalt als Einheit zu behandeln wäre.

## 5.2. Die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses war der Klägerin zuzumuten

72 Die Möglichkeit aus wichtigem Grund zu kündigen, ergibt sich bei Dauerschuldverhältnissen auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen bzw. aus einer analogen Anwendung von Art. 418r Abs. 1 OR. Ein wichtiger Grund ist insbesondere dann gemäss Art. 337 Abs. 2 OR gegeben, wenn Umstände vorliegen, bei deren Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. N 143).

### 5.2.1. Eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit war für die Klägerin möglich

73 Im vorliegenden Fall war der Klägerin die Fortführung des Distributionsvertrages jedoch zuzumuten. Sie hatte zwar 50% des Marktes in Deutschland verloren. Es wäre jedoch möglich gewesen, diese Einbusse mittels Senkung der Mindestverkaufszahlen nach Ziff. 8 Abs. 3 des Distributionsvertrages zu korrigieren. Denn diese Bestimmung sieht explizit vor, dass bei der Festlegung der Mindestverkaufszahlen dem Phänomen von Parallelimporten Rechnung getragen wird. Konkret hätte dies eine Halbierung der Verkaufszahlen von 2007 (7 Mio. Flaschen) und damit eine Rückkehr zu den Verhältnissen von 2005 mit jährlich mindestens 3 – 3.5 Mio. verkauften Flaschen bedeutet. Geht man davon aus, dass sich der Markt stabilisiert und die Klägerin 2008 weiterhin 450'000 Flaschen pro Monat verkauft hätte (vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 12), so wären sogar 5.4 Mio. verkaufte Flaschen möglich gewesen. Mittels Senkung der Mindestverkaufszahlen hätte die Klägerin – zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kün-

digungsfrist von sechs Monaten – das Produkt weiterhin wirtschaftlich sinnvoll vertreiben können. Die ausserordentliche Kündigung war demnach unverhältnismässig, weil die Klägerin vorgängig nicht das vertraglich vorgesehene mildere Mittel, eine Anpassung der Mindestverkaufszahlen vorzuschlagen, ausgeschöpft hatte.

- 74 Ausserdem kann die Klägerin auch nicht geltend machen, von den Parallelimporten völlig überrascht worden zu sein. Vielmehr waren diese für die Klägerin voraussehbar. Denn erstens waren sich die Parteien dieses Phänomens durchaus bewusst, indem sie es – wie bereits erwähnt – bei der Festlegung der Mindestverkaufszahlen zu berücksichtigen gedachten. Zweitens ist die Übernahme des Vertriebsrisikos genau Sinn und Zweck des Alleinvertriebsvertrages (vgl. N 59). Somit durfte von der Klägerin, die sich in der Präambel des Distributionsvertrages als erfahrene Vertriebspartnerin für Getränke und Lebensmittel in Deutschland ausgibt, erwartet werden, dass sie das Risiko von Parallelimporten einzukalkulieren wusste. Aus der blossen Tatsache, dass sich dieses Risiko im Nachhinein verwirklichte, darf nicht auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Ziff. 12 Abs. 1 des Distributionsvertrages geschlossen werden.

#### 5.2.2. Das gestörte Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien rechtfertigt keine Kündigung

- 75 Schliesslich kann die Klägerin ihre Kündigung auch nicht mit einer schweren Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien begründen. Dies wäre nur dann zulässig, wenn die fristlose Auflösung des Vertrages als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 144). Umgekehrt ist die ausserordentliche Kündigung nicht möglich, wenn das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist nach Treu und Glauben als zumutbar erscheint. Beim Alleinvertriebsvertrag muss jedoch beachtet werden, dass der Verlust des Vertrauens zwischen den Parteien nicht leichthin als ausserordentlicher Kündigungsgrund angenommen werden darf, denn im Gegensatz zum arbeitsrechtlichen Verhältnis bedarf es beim Alleinvertriebsvertrag keines solch intensiven Vertrauens zwischen dem Hersteller und dem Alleinvertreter. Schliesslich charakterisiert sich das Alleinvertriebsverhältnis lediglich durch ein dem Sukzessivlieferungsvertrag ähnliches Synallagma, ergänzt durch spezifische alleinvertriebsrechtliche Rechte und Pflichten. Somit besteht im Vergleich mit dem Arbeitsvertrag und dem Agenturvertrag eine wesentlich grössere wirtschaftliche und auch geografische Unabhängigkeit zwischen den Parteien. Und auch bei der Auswahl des geeigneten Vertriebspartners bzw. Herstellers lassen sich die Parteien in erster Linie von rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten und nicht von persönlichkeitsbezogenen Merkmalen leiten.



76 Im vorliegenden Fall beschränkte sich die Zusammenarbeit der Parteien im Wesentlichen auf die gemeinschaftliche Ausarbeitung eines jährlichen Marketingplanes und auf das Abwickeln der Flaschenbestellungen. Daraus erhellt, dass das gegenseitige Vertrauen zwischen den Parteien nicht einen so hohen Stellenwert einnahm und aufgrund der weitgehenden Unabhängigkeit der Parteien auch nicht einnehmen musste. Der Vertrauensverlust war daher nicht von solch fundamentaler Bedeutung, dass sich eine ausserordentliche Kündigung analog der arbeitsrechtlich geprägten Bestimmung von Art. 337 Abs. 2 OR rechtfertigen liesse. Vielmehr konnte der Klägerin noch zugemutet werden, die sechsmonatige Kündigungsfrist abzuwarten.

## 6. DIE KLÄGERIN TRÄGT DIE KOSTEN DER RADIOWERBUNG

- 77 Die Beklagte wird nun zeigen, dass sie die Kosten der Radiowerbung für die Monate Mai bis Dezember 2008 der Klägerin nicht zu erstatten hat.
- 78 Gemäss Ziff. 6 Abs. 2 des Distributionsvertrages hat sich Bibite AG verpflichtet, die Kosten für budgetierte Marketingaktivitäten zu tragen, wobei die Klägerin auf quartalsmässiger Basis einen Bericht und eine Rechnung über die Marketingausgaben erstellte. Aus dem Vertrag ergibt sich jedoch nicht direkt, was zu geschehen hat, wenn der Vertrag ausserordentlich aufgelöst wird. Daher besteht insofern eine Vertragslücke, die in erster Linie mit dispositivem Gesetzesrecht zu füllen ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 81). Im vorliegenden Fall kommt die analoge Anwendung von Art. 418n Abs. 1 OR in Betracht, wonach der Auftraggeber die Kosten zu ersetzen hat, die auf besondere Weisung oder Geschäftsführung ohne Auftrag zurückzuführen sind.
- 79 Im vorliegenden Fall lag keine besondere Weisung von Bibite AG vor, die Radiowerbung en-bloc für das ganze Jahr 2008 zu buchen, weil dies weder vertraglich in Ziff. 6 Abs. 2 des Distributionsvertrages so vorgesehen noch Bibite AG bekannt war (Beschluss Nr. 2 Ziff. 13). Somit käme ein Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Radiowerbung der Monate Mai – Dezember 2008 nur aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 422 Abs. 1 OR in Frage. Diese setzt jedoch die Gebotenheit der Geschäftsbesorgung voraus. Diese ist dann gegeben, wenn der Geschäftsherr nicht selber in der Lage ist, das dringliche Geschäft zu führen. Daraus folgt, dass die Gebotenheit stets zu verneinen ist, wenn eine Rücksprache mit dem Geschäftsherr möglich und zumutbar ist (HUGUENIN, OR BT, N 860 f.).
- 80 Im vorliegenden Fall wäre es der Klägerin jedoch möglich und zuzumuten gewesen, Bibite AG zu fragen, ob diese mit der Buchung der Radiowerbung en-bloc einverstanden ist. Denn der Distributionsvertrag sah in Ziff. 6 Abs. 1 explizit vor, dass die Parteien jährlich den Marketingplan gemeinsam für das nächste Jahr erstellen. Für das Jahr 2008 geschah dies mündlich an der Marketingsitzung vom 14. Oktober 2007 (K-4). Diese Gelegenheit hätte der Klägerin die Möglichkeit eröffnet, Bibite AG über die geplante Buchung en-bloc in Kenntnis zu setzen und sie im Rahmen der Budgetierung der Marketingkosten um ihr Einverständnis zu bitten. Aus diesem Grund entfällt die Gebotenheit der Buchung en-bloc und damit ein Anspruch aus Art. 422 Abs. 1 OR.
- 81 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte der Klägerin die Kosten für die Radiowerbung der Monate Mai – Dezember 2008 nicht zu erstatten hat.