

KREMER ° KUZMIC ° MEIER ° SCHOPPIG

MOOT COURT TEAM 8

cand. iur. MICHAEL A. KREMER
cand. iur. IVICA M. KUZMIC
cand. iur. PASCAL F. MEIER
cand. iur. JONATHAN E. SCHOPPIG

LSI

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH – 8022 Zürich

Zürich, 20. April 2009

Klageantwort

der **BeveSana AG**, vertreten durch den Verwaltungsratspräsidenten Daniel Meister, den Leiter der Distribution Felix Meier und den Rechtsanwalt Max Raggenbass, Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

-Beklagte-

Prozessbevollmächtigte: Moot Court Team 8

gegen

Distribujet GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Jürgen Kölle, Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

-Klägerin-

Prozessbevollmächtigte: Moot Court Team 9

Unter Wahrung der von der Kammer angesetzten Frist stellen wir namens und im Auftrag der Beklagten folgende

Rechtsbegehren:

1. *Es sei auf die Klage mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht einzutreten, da der Übernahmevertrag (B-1) hinsichtlich des Distributionsvertrags (K-1) den Übergang der Parteistellung von der Beklagten auf die Bibite AG und damit den Verlust der Parteistellung der Beklagten auch hinsichtlich der Schiedsabrede (Art. 19 (2) Distributionsvertrag) bewirkte.*
2. *Eventualiter (für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit) sei festzustellen, dass die Beklagte das in Art. 3 (2) Distributionsvertrag (K-1) vereinbarte Exklusivitätsrecht nicht verletzt hat und somit nicht zu Schadenersatzzahlungen verpflichtet werden kann, womit das klägerische Rechtsbegehren Nr. 3 abzuweisen sei.*
3. *Eventualiter (für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit) sei festzustellen, dass die Beklagte keine Lieferverpflichtungen verletzt hat und gemäss Art. 5 (5) Distributionsvertrag (K-1) berechtigt war, für Lieferungen nach dem 21. April 2008, Vorauszahlung zu verlangen.*
4. *Eventualiter (für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit) sei festzustellen, dass die Vertragsauflösung der Klägerin aus wichtigem Grund nicht rechtens war und die Klägerin zu verpflichten sei, für den aus vertragswidriger Kündigung entstandenen Schaden Ersatz zu leisten.*
5. *Eventualiter (für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit) sei festzustellen, dass die Beklagte für die Kosten der Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 nicht aufzukommen hat.*
6. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.*

Inhaltverzeichnis

I.	Formelles	1
A.	Fehlende Parteifähigkeit mangels Passivlegitimation.....	1
B.	Die Klägerin stimmte dem Vertragsübergang konkludent zu	1
C.	Gleichgültigkeit hinsichtlich der Identität des Vertragsgegners.....	2
D.	Eventualiter: Faktisches Vertragsverhältnis	4
E.	Den Übernahmevertrag Betreffendes.....	4
1.	Der Vertragsübergang als abstraktes Verfügungsgeschäft	4
2.	Der Klägerin steht die Einwendung des mangelhaften Übernahmevertrags nicht zu.....	5
3.	Mängel des Übernahmevertrages beeinträchtigen den Vertragsübergang nicht	5
F.	Kein Hindernis des Schriftlichkeitserfordernisses	6
1.	Vertraglicher Schriftlichkeitsvorbehalt	6
2.	Gesetzlicher Schriftlichkeitsvorbehalt	6
G.	Keine Rechtsscheinshaftung	7
H.	Kein Durchgriff mangels Rechtsmissbräuchlichkeit	7
I.	Fazit.....	8
II.	Materielles.....	8
A.	Keine Verletzung des Exklusivschutzes.....	8
1.	Beklagte trifft keine Pflicht zu weitergehender Absatzwegsicherung	8
2.	Beklagte hatte keine Möglichkeit zu weitergehender Absatzwegsicherung	10
3.	Beklagte garantierte kein Exklusivschutz i.S.v. OR 111	10
B.	Keine analoge Anwendung des Agenturrechts.....	11
C.	Keine Verletzung der Lieferverpflichtung	12
1.	Beharren der Beklagten auf Vorauszahlung war rechters.....	12
2.	Keine Begründung eines neuen Rechtsgeschäftes	13
3.	Fazit.....	15
D.	Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund war nicht gerechtfertigt.....	15
E.	Marketingkosten.....	15
1.	Stellungnahme zum Gutgläubigkeitsvorwurf	15
2.	Ersatz der Kosten für Radiowerbung	16
a)	Gegenstand der Vereinbarung	16
b)	Die Kosten der Radiowerbung.....	17
(1)	Der Umfang des Auftrages	17
(2)	Verletzung einer Auftragspflicht	17
3.	Schadensersatzforderung	19
4.	Fazit.....	20
III.	Schlussvermerk	20

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
bzw.	Beziehungsweise
d.h.	das heisst
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EUR	Euro (Währung der Europäischen Währungsunion (EWWU))
EU	Europäische Union
et al.	Et alii, und weitere
evt.	eventuell
f/ff	folgende Seiten
FusG	FusG Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) SR-Nummer 221.301
Hg.	Herausgeber
i.c.	In casu
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht SR-Nummer 291

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251
KS	Klageschrift
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR-Nummer 220
OR AT	Obligationenrecht: Allgemeiner Teil
OR BT	Obligationenrecht: Besonderer Teil
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	Sogenannt
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ, MARC et al. (Hg), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007. Zitiert:
AUTOR, CHK OR XX N YY.

BECHTHOLD, RAINER/BOSCH, WOLFGANG/BRINKER, INGO/HIRBRUNNER, SIMON, EG-Kartellrecht,
Kommentar, München 2005.

BECKER, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Band VI Art. 1-
183, St. Gallen 1941.

BERGER, BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

DUCREY, PATRIK, Kartellrecht, in: KULL, MICHAEL/WILDHABER, CHRISTOPH (Hg.), Schweizer
Vertriebsrecht, Zürich/St.Gallen, 2008.

EGGER, AUGUST, Rechtsnatur und Auslegung eines Lieferungsvertrages mit Alleinvertriebsrecht des
Abnehmers, in: Egger, August/Hug, Walter (Hg.), Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. 2,
Zürich, 1957.

FORSTMOSE, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern
1996.

GAUCH, PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008. Zitiert:
GAUCH et al.

GIRSBERGER, DANIEL et al. (Hg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 2004. Zitiert: Autor ZK
IPRG XX N YY.

HARTMANN, JÜRIG, Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Alleinvertriebesvertrag und
verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des
schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts, Zürich Basel Genf, 2007.

HARTMANN, JÜRIG/EGLI, FELIX/MEYER-HAUSER, BERNHARD, Der Alleinvertriebesvertrag, St. Gallen,
1995.

HONSELL, HEINRICH et al. (Hg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, Basel 2007. Zitiert: Autor BSK OR XX N YY.

HONSELL, HEINRICH et al. (Hg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 4. Auflage, Basel 2007. Zitiert: Autor BSK OR XX N YY.

HONSELL, HEINRICH et al. (Hg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Basel 2006. Zitiert: Autor BSK ZGB XX N YY.

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008. Zitiert: HUGUENIN, OR AT N XX.

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2008. Zitiert: HUGUENIN, OR BT N XX.

KELLER, MAX/SCHÖBI, CHRISTIAN, Das Schweizerische Schuldrecht Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel/Frankfurt a.M. 1984.

KUHN, MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Forstmoser, Peter/Giger, Hans/Heini, Anton/Schluep, Walter R. (Hg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989.

OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM, Das Obligationenrecht, Art. 1- 183, in: EGGER, A. et al. (Hg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1929.

ROBERTSON VIKTORIA, Competition Law, Distribution Agreements under EC Competition Law; An Analytic Review; München 2008.

SCHLUEP, WALTER R., Der Alleinvertriebsvertrag, Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1926.

SPIRIG, EUGEN, Obligationenrecht, Teilband V 1k, Art. 164 - 174 OR, erste Lieferung, in: GAUCH, PETER (Hg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1993.

SPIRIG, EUGEN, Obligationenrecht, Teilband V 1k, Art. 175 - 183 OR, zweite Lieferung, in: GAUCH, PETER (Hg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1994.

STOCKENHUBER, PETER, Europäisches Kartellrecht, Wien 1999.

THEVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Basel 2003.
Zitiert: Autor CommRom OR XX N YY.

ZÄCH, ROGER, Das Obligationenrecht Band VI, 1.2.2., Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1990.

ZÄCH, ROGER/KÜNZLE, HANS R./BECKER, HERMANN, Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / Obligationenrecht: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht, Art. 363-1186 / Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Art. 1-183 / Stellvertretung, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990. Zitiert: Autor BEK OR XX N YY.

Entscheidverzeichnis

BGE 128 III 50

BGE 126 III 119

BGE 125 III 263

BGE 122 III 66

BGE 117 II 387

BGE 115 II 67

BGE 110 II 360

BGE 110 II 181

BGE 108 II 197

BGE 105 II 75

BGE 99 II 290

BGE 67 II 123

BGE 60 II 108

BGE 50 II 389

BGE 47 II 420

I. Formelles

A. Fehlende Parteifähigkeit mangels Passivlegitimation

¹ Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts setzt voraus, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Klageerhebung Partei der Schiedsvereinbarung ist. Passivlegitimation und Parteifähigkeit der Beklagten hängen insofern gleichermassen davon ab, ob die Beklagte im Vertragsverhältnis verblieben oder ein Vertragsübergang geglückt ist (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 330 ff; BGE 128 III 55). Wie im Folgenden dargelegt, bewirkte der Übernahmevertrag (B-1) hinsichtlich des Distributionsvertrags (K-1) den Übergang der Parteistellung von der Beklagten auf die Bibite AG und damit den Verlust der Parteistellung der Beklagten auch hinsichtlich der Schiedsabrede (Art. 19 (2) Distributionsvertrag).

B. Die Klägerin stimmte dem Vertragsübergang konkludent zu

² Die Ausführungen der Klägerin hinsichtlich der obligationenrechtlichen Vermögensübernahme nach OR 181 sowie der fusionsrechtlichen Vermögensübertragung gemäss FusG 69 ff schaden der Argumentation der Beklagten in keiner Weise [vgl. N 10 ff], zumal Verträge gemäss Lehre und Rechtsprechung (auch) anderweitig übergehen können (FRÜH, S. 8 ff; OTT, S. 272 ff; MERGNER-DAL VESCO, S. 7 ff; SPIRIG vor OR 175-183 N 228 ff; BECKER vor OR 164-174 N 5 ff; BGE 47 II 421), nämlich je nach Lehrmeinung durch Innominatkontrakt oder vermittels der Kombination von Zession und Schuldübernahme.

³ Unabhängig davon, ob der Vertragsübernahme Einheits- oder Zerlegungstheorie zugrunde gelegt werden, ist die Zustimmung der im Vertragsverhältnis verbleibenden Partei grundsätzlich als Wirksamkeitsvoraussetzung zu betrachten. Jene kann selbstredend auch stillschweigend respektive konkludent geäussert werden (MERGNER-DAL VESCO, S. 103 f; FRÜH, S. 101; BECKER vor OR 164-175 N 7 ff), insbesondere durch Erfüllen des angebotenen Vertrages (KUT/SCHNYDER CHK OR 1 N 12), durch ausüben von Gestaltungsrechten wie Mahnung und Kündigung (SPIRIG vor OR 175-183 N 237), sowie dadurch, dass die im Vertrag verbleibende Partei „Handlungen gegenüber dem Dritten, nicht mehr ihrer alten Gegenpartei vornimmt, die sie nicht vornähme, wenn sie den Dritten nicht als neue Vertragspartei anstelle ihres alten Vertragsgegners betrachten würde, oder dass sie vertragliche Handlungen des Dritten ihr gegenüber akzeptiert“ (FRÜH, S. 115). Auch sind sinngemäss die Vorschriften über Abtretung und externe Schuldübernahme anzuwenden (SPIRIG vor OR 175-183 N 235; BECKER vor OR 164-174 N 6), mithin OR 176 III, wonach die vorbehaltlose Annahme einer Zahlung oder die Zustimmung zu einer schuldnerischen Handlung als Annahmeerklärung verstanden werden dürfen (vgl. dazu SPIRIG OR 176 N 83 ff). Im Übrigen

ist OR 6 zu beachten, wonach gerade im Rahmen bestehender Vertrauensverhältnisse das In-Vollzug-Setzen eines angebotenen Vertrags, wie insbesondere das Abrufen einer Lieferung, als Akzept zu deuten sei (BUCHER BSK OR 6 N 14).

4 Die Klägerin hat der Vertragsübernehmerin gegenüber vertragliche Handlungen aller Art vorgenommen, namentlich von ihr die Erfüllung des Distributionsvertrags verlangt (z.B. K-3), dessen konkretisierungsbedürftigen Inhalt mit ihr diskutiert (z.B. K-4, K-6), ihn abgeändert (B-3) und den Preis des Produktes verhandelt (K-4). Die Behauptung der Klägerin, ihr sei nicht bewusst gewesen, dass sie in Tat und Wahrheit nicht mehr mit der Beklagten interagiere, erscheint unglaubwürdig, zumal sie letztere in ihrer Korrespondenz namentlich und ausschliesslich anspricht (K-4: „[...] dass Bibite uns [...] denselben Einkaufspreis [...] gewährt.“), einer Vertragsänderung ihr gegenüber unterschriftlich zustimmte (B-3) und ferner zuvor schon wenigstens mündlich darauf hingewiesen wurde, dass Handeln gegenüber F. Meier Handeln gegenüber Bibite bedeute (K-13 5.). Indem sie genanntes vertragsbezogenes Gebaren gegenüber der Vertragsübernehmerin an den Tag legte, verlieh sie ihrer Zustimmung zum Vertragsübergang Ausdruck. Lehnt man tatsächliche Willenserklärung der Klägerin ab, so hat die Klägerin aufgrund des Vertrauensprinzips dennoch die Verantwortung zu tragen für den Anschein, den sie durch ihr pflichtwidrig nachlässiges Verhalten schuf und der die Beklagte wie auch die Übernehmerin berechnete, auf ihr Einverständnis zu vertrauen, was wiederum zur Rechtsfolge hat, dass sie sich – wenn nicht ausschliesslich, dann wenigstens vorab – an die Vertragsübernehmerin und nicht an die Beklagte zu halten hat (vgl. MERGNER-DAL VESCO, S. 106); denn der redliche Geschäftsmann muss und wird nicht damit rechnen, dass all die genannten Hinweise auf den Vertragsübergang keinerlei Erkennen respektive, im Falle von Erkennen aber Ablehnung, keinerlei Handlungsimpuls beim Geschäftspartner auslösen.

5 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, es liege weder ein Akzept der Klägerin, noch ein auf das Vertrauensprinzip zu stützender normativer Konsens vor, so gilt es, das Folgende zu beachten.

C. Gleichgültigkeit hinsichtlich der Identität des Vertragsgegners

6 OR 32 II analog heranzuziehen, drängt sich auf, denn nur tatsächliche Interessen verdienen Rechtsschutz (vgl. z.B. HONSELL BSK ZGB 2 N 38 ff). Wo es am zu schützenden Interesse fehlt, sind Schutzbestimmungen der Rechtsordnung in ihrem Anwendungsbereich teleologisch einzuschränken. Dies gilt auch für das ungeschriebene Zustimmungserfordernis beim Vertragsübergang. Der Anwendung der Bestimmung steht insbesondere nicht entgegen, dass die in Frage stehende Art von Verträgen typischerweise ad personam geschlossen wird (betreffend Auftrag: BGE 117 II 392). OR 32 II löst Vertretungswirkung aus, selbst wenn das

Gegenüber vom Vertretungsverhältnis keine Kenntnis hatte (WATTER BSK OR 32 N 20; BGE 117 II 389), d.h. es entsteht ohne Wissen der einen Partei ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und einer ihr vielleicht unbekanntem, am konstitutiven Kommunikationsakt unbeteiligten, was sich dadurch rechtfertigt, dass ersterer die Identität ihres Vertragspartners gleichgültig ist. Parallel dazu ist im vorliegenden Fall ebenfalls unbedeutend, ob die Klägerin vom Vertragsübergang erfahren hat. Entscheidend ist vielmehr, dass es der Klägerin gleichgültig war, wer ihr im Distributionsvertrag gegenüberstand. So setzte sie die Geschäftsbeziehung von allen Anzeichen einer Änderung des Vertragsgegenübers völlig unbeirrt fort. Die Änderung blieb gemäss J. Kölle, trotz konsequenter Offenbarmachung durch explizite Mitteilung (B-2), in Briefköpfen und mündlichem Hinweis, unbemerkt (K-13), was zu glauben allerdings schwer fällt angesichts der Tatsache, dass sich die Klägerin ihrerseits in ihrem Briefverkehr immer wieder direkt an die Bibite richtete (und zwar in der Anschrift wie auch im Text, vgl. z.B. K-2, K-4, K-6, K-8). Die Klägerin stellte sich die Frage nach der juristischen Daseinsweise ihres Gegenübers augenscheinlich gar nie oder befand sie für keinerlei Nachforschungen wert, was nur als Ausdruck hochgradiger Gleichgültigkeit gedeutet werden kann. Die Klägerin legte, aus unternehmerisch-praktischer Sicht nicht zu Unrecht, einzig Wert auf die Identität der vertrauten Bezugspersonen, sowie das Funktionieren der Vertragsabwicklung im geschäftlichen Alltag und fand sich in dieser Hinsicht sodann auch nie schlechter gestellt, als wenn sie sich gegen einen Vertragsübergang ausgesprochen hätte, da die ursprüngliche Vertragspartnerin und die Vertragsübernehmerin in tatsächlicher personeller und struktureller Hinsicht weitestgehend identisch sind, sich mithin einzig bezüglich juristischem Fundament unterscheiden und ohnehin die Bibite die tatsächliche Abwicklung besorgt hätte (B-1 5.2.2). Indem sich die Klägerin indifferent zeigte verlor das Einholen der Zustimmung zum Übergang seinen Sinn, weshalb die Übergangswirkung (ex tunc) eintrat, spätestens als diese Gleichgültigkeit manifest wurde – und damit im Übrigen auch Grundlage für berechtigtes Vertrauen der Beklagten sowie der Vertragsübernehmerin bildete –, mithin im Zeitpunkt, als F. Meier mündlich auf die Änderung hinwies; denn wer angesichts solcher Hinweise nicht nachfragt, tut seine Gleichgültigkeit kund. Im Interesse von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz muss der Klägerin, wie auch in Anwendung des OR 32 II (vgl. ZÄCH BEK OR 32 N 91 ff), die Möglichkeit, später doch noch auf die Sache zurückzukommen, verwehrt sein. Im Übrigen ist auch zum jetzigen Zeitpunkt schwer einzusehen, warum unbedingt die Beklagte anstelle der Vertragspartnerin ins Recht gefasst werden soll.

7 Im Lichte dieser Erwägungen erscheint evident, dass der Klägerin die Berufung auf error in persona i.S.v. OR 24 I Ziff. 2, abgeschnitten ist, zumal die Person des Gegenübers a fortiori nicht wesentlich war.

D. Eventualiter: Faktisches Vertragsverhältnis

8 Beharrt man auf dem Erfordernis einer Zustimmung und verneint ihr Vorliegen, so ist dennoch geboten, der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts die Wirkungen eines Vertragsübergangs zugrunde zu legen, weil die Anwendung der entsprechenden vertraglichen Regeln sich als unumgänglich aufdrängt, ansonsten sämtliche im Rahmen der Vertragsabwicklung seit Mitte 2005 von der Klägerin und Bibite vorgenommenen Handlungen mangels causa bereicherungs- und sachenrechtlich rückgängig zu machen wären, was kaum praktikabel wäre und dem Willen auch der Klägerin widerstreiten dürfte. Da auch die in diesem Verfahren diskutierten Begehren ihre Grundlage im Zeitraum seit der Übernahme und damit in der gelebten Beziehung zwischen der Klägerin und der Übernehmerin finden, ist die Klage vernünftigerweise auch gegenüber letzterer zu erheben. Allfällige Ansprüche, z.B. auf Schadenersatz, gegenüber der Beklagten wären alleine dadurch ja auch noch nicht prinzipiell ausgeschlossen; womit allerdings nicht gesagt sein will, dass solche materiell berechtigt wären.

9 Der Annahme faktischer Vertragsverhältnisse stehen keine prinzipiellen Einwände entgegen, da sie bloss eine Ausprägung des anerkannten Analogieschlusses darstellt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 1194) und der Rechtsgedanke in OR 320 II und III sowie OR 419 ff gesetzlichen Ausdruck findet. Die Anwendung der Rechtsfigur auf unwirksame, jedoch in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse ist geradezu typisch (KUT/SCHNYDER CHK OR 1 N 64, 66).

E. Den Übernahmevertrag Betreffendes

1. Der Vertragsübergang als abstraktes Verfügungsgeschäft

10 Da die Vertragsübernahme unmittelbar den Bestand respektive den Inhalt subjektiver Rechte verändert, ist sie als Verfügungsgeschäft zu qualifizieren (dazu erschöpfend FRÜH, S. 8 ff). Als obligationenrechtliches Verfügungsgeschäft ist die Vertragsübernahme abstraktes Rechtsgeschäft (FRÜH, S. 11 f; BERGER N 272). Weil die Vertragsübernahme also formell selbständig ist, wirkt sie ungeachtet etwaiger Mängel am Übernahmevertrag als Grundgeschäft (FRÜH, S. 118; vgl. zum Entsprechenden bei der Abtretung BGE 67 II 123 ff).

2. Der Klägerin steht die Einwendung des mangelhaften Übernahmevertrags nicht zu

¹¹ Weil sie nicht Partei ist, sind der Klägerin Einreden und Einwendungen betreffend den zwischen Beklagter und Übernehmerin abgeschlossenen Übernahmevertrag (B-1) nicht gestattet. Als Dritte, am vinculum iuris unbeteiligt, kann sie dieses mangels exceptio de iure tertii nicht zu Fall bringen; Ihr zu erlauben, in die Sphäre des Rechtsgrundgeschäfts der Vertragsübernahme vorzudringen, gibt es keinen Grund. Ihre Interessen werden im Rahmen der prima facie von ihrer Zustimmung abhängenden Vertragsübernahme genügend gewahrt. Was sich aus der Konzipierung der Vertragsübernahme als abstraktes Verfügungsgeschäft selbstverständlich ergibt (der allgemeine Rechtsgedanke wird meist im Zusammenhang mit OR 169 diskutiert: PROBST CommRom OR 169 N 13; OSER/SCHÖNENBERGER OR 169 N 9), gilt ebenso bei Zugrundelegung der Kausalitätstheorie (SPIRIG OR 169 N 60; GIRSBERGER BSK OR 169 N 7; BGE 50 II 393; vgl zum Entsprechenden betreffend den Übernehmer: TSCHÄNI OR 179 N 8; SPIRIG OR 181 N 301; KELLER/SCHÖBI, S. 93; BGE 60 II 108).

¹² Sollte das Gericht die Berufung auf den Übernahmevertrag dennoch zulassen, ziehe es Folgendes in Betracht.

3. Mängel des Übernahmevertrages beeinträchtigen den Vertragsübergang nicht

¹³ Die Klägerin stellt zutreffend fest, die rechtliche Qualifizierung eines Vertrages habe mit Blick auf den Inhalt zu erfolgen (KS 9 N 13), oder mit anderen Worten: falsa demonstratio non nocet. Zum diesem Ergebnis führen übereinstimmend sowohl die Anwendung von 7.1.1 Übernahmevertrag (B-1) wie auch jene von OR 18 I. Die salvatorische Klausel schliesst insbesondere die Anwendung der dispositiven Vorschrift von OR 20 II (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 659) aus, weshalb eine allfällige teilweise Unwirksamkeit des Übernahmevertrages, z.B. aufgrund von OR 181 IV oder irgendwelcher Form- und Willensmängel, jedenfalls die Gültigkeit der Vertragsübernahme nicht beeinträchtigt. Allerdings stünde die Vertragsübernahmeklausel (5.7. Übernahmevertrag) als Innominatkontrakt ohnehin selbständig neben der Vermögensübernahme, d.h. ihr Schicksal ist vom Rest des Vertrages getrennt zu beurteilen, woran die Zusammenfassung der beiden Rechtsgeschäfte in einer Urkunde nichts ändert.

F. Kein Hindernis des Schriftlichkeitserfordernisses

1. Vertraglicher Schriftlichkeitsvorbehalt

¹⁴ (Im Folgenden wird auf u.a. in KS 4 N 15 f sowie KS 7 N 13 vorgebrachte Argumente eingegangen.) Vertragliche Formvorbehalte können jederzeit ohne Weiteres formfrei wegbedungen werden (SCHWENZER BSK OR 16 N 10; BGE 125 III 268). „Ein Verzicht auf eine zum vorneherein vorbehaltene Schriftform ist anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden; denn durch ein solches Verhalten wird die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR entkräftet“ (BGE 105 II 78). Indem die Klägerin wie beschrieben [N 4] dem Vertragsübergang zustimmte respektive ihn der Übernehmerin gegenüber vorbehaltlos erfüllte und von dieser ihrerseits Erfüllung verlangte, verlieh sie auch ihrem Willen Ausdruck, auf das Schriftlichkeitserfordernis von 20 (1) Distributionsvertrag zu verzichten. Dasselbe muss auch gelten, wenn Vertragsübergang in analoger Anwendung von OR 32 II angenommen wird [N 6], denn war der Klägerin die Identität ihres Gegenübers gleichgültig, so kann sie auch kein schutzwürdiges Interesse daran haben, selbige in besonderer Form zu verzeichnen. Im Übrigen stünde dem Einwand der Formnichtigkeit jener des Rechtsmissbrauchs entgegen, zumal der Vertrag vorbehaltlos erfüllt wurde (SCHWENZER BSK OR 11 N 18).

2. Gesetzlicher Schriftlichkeitsvorbehalt

¹⁵ (Im Folgenden wird auf ein in KS 7 N 15 vorgebrachtes Argument eingegangen.) Eine einmal zustande gekommene Schiedsvereinbarung geht durch Rechtsnachfolge formfrei mit über (WENGER/MÜLLER BSK IPRG 178 N 8, 73 ff; BERGER/KELLERHALS N 493). Sowieso beschlägt das Erfordernis der Schriftform einzig die Schiedsklausel; IPRG 178 I unterworfen sind nicht jegliche Vertragsänderungen sondern nur solche bezüglich der essentialia negotii der Schiedsklausel (WENGER/MÜLLER BSK IPRG 178 N 9, 30 ff). Die Schiedsklausel blieb i.c. aber unverändert, es wechselte einzig eine Partei, mithin wenn überhaupt, dann prima facie ein essentialium negotii des Distributionsvertrages, nicht aber der Schiedsklausel. Auch die Auslegung der Schiedsklausel führt zu diesem Ergebnis, sollen doch „Streitigkeiten aus [...] diesem Vertrag“ (Distributionsvertrag K-1 19 (2)) schiedsgerichtliche Schlichtung erfahren, d.h. massgeblich ist die Beziehung zum Vertrag, nicht jene zu einer bestimmten Partei. Die Einhaltung besonderer Formen ist obsolet, zumal dem der Norm Sinn gebenden Klarstellungs- und Schutzgedanken (VOLKEN ZK IPRG 178 N 21 ff) Genüge getan wurde; Denn die Klägerin braucht nicht mehr vor übereilter Unterwerfung unter nichtstaatliche Gerichtsbarkeit bewahrt zu werden und auch ein zum Beweis genügendes Schriftstück existiert bereits. Eine Schiedsklausel in Anbetracht solcher Umstände an IPRG 178 I scheitern

zu lassen, hiesse offene Türen einrennen und widerspräche dem generellen Prinzip der Formfreiheit, das gebietet, Formvorschriften eng auszulegen (SCHWENZER BSK OR 11 N 1).

G. Keine Rechtsscheinshaftung

¹⁶ (Folgende Ausführungen betreffen Argumente aus KS 7 N 23 ff.) Hätte die Beklagte den Rechtsschein, an die Schiedsvereinbarung gebunden zu sein, geschaffen, so könnte selbige evt. auf sie ausgedehnt werden (BERGER/KELLERHALS N 523 ff). Allerdings schuf die Beklagte keinerlei Grund zur Annahme, sie sei Partei der Schiedsklausel unter dem Distributionsvertrag, vielmehr unternahm sie alles Gebotene zur Kommunizierung der Vertragsübernahme (B-2) und brach dann jegliche Korrespondenz ab. Etwaige spätere Missverständnisse, z.B. anlässlich der Marketingplansitzung im Oktober 2005 (K-13), fallen genau betrachtet nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten, denn F. Meier und andere ehemalige Mitarbeiter der Beklagten handelten ausschliesslich namens und im Auftrag der Übernehmerin; zur Beklagten standen sie aber in keiner rechtlichen Beziehung mehr und konnten deshalb auch keinen für Rechtsschein schaffen, für den diese einzustehen hätte. Dass die betreffenden Personen stets in Besitz der falsch adressierten Korrespondenz der Klägerin kamen, ist ebenfalls keinem Versäumnis der Beklagten zuzuschreiben; denn wahrscheinlicher als gedankenlose konzerninterne Weiterleitung auftrags der Beklagten ist, dass die Post schlicht deshalb in die Hände der Betroffenen gelangte, weil die Umschläge deren Namen trugen.

H. Kein Durchgriff mangels Rechtsmissbräuchlichkeit

¹⁷ (Folgende Ausführungen betreffen Argumente aus KS 10 N 20 ff.) Ein Durchgriff setzt offenbaren Rechtsmissbrauch voraus (BERGER/KELLERHALS N 527; HONSELL BSK ZGB 2 N 24 ff). Diese hohe Schwelle bleibt i.c. unerreicht. Es fehlt schon an der allgemeinen Voraussetzung des Abhängigkeitsverhältnisses (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 62 N 54), zumal zwischen Beklagter und Übernehmerin nur eine indirekte Beziehung via die Konzernmuttergesellschaft besteht. Auch der Vorwurf der Unterkapitalisierung wäre gegen die Konzernmutter zu erheben. Es erscheint allerdings ohnehin unbegründet und übereilt, alleine aus dem Auseinanderfallen von Kaufpreis der Vertriebsabteilung und Schadenersatzforderung eine treuwidrige, per Notbehelf von ZGB 2 II zu korrigierende Unterkapitalisierung anzunehmen. Denn zum einen wird ja in diesem Verfahren die Schadenssumme noch nicht verhandelt (Konstituierungsbeschluss 2.8) und zum anderen dürfte eine Schadenersatzforderung aus relativ bescheidenen, zeitlich und örtlich begrenzten Umsatzeinbussen eines einzelnen Vertreibers einer weltweit operierenden Gesellschaft wohl reichlich überzogen sein, wenn letztere diese nicht tragen könnte, mithin den Gewinnanteil,

den sie ihrer Vertreterin bei optimalen Geschäftsgang auch hätte zuteil werden lassen, nicht aufzubringen wüsste.

I. Fazit

¹⁸ Die Beklagte ist nicht mehr Partei der Schiedsabrede. Sie verlor Parteistellung und damit Parteifähigkeit vor Schiedsgericht durch Vertragsübernahme, zu welcher die Klägerin konkludent zustimmte, respektive zu deren Wirksamkeit die Zustimmung der Klägerin entbehrlich war, weil ihr die Identität ihres Partners im Distributionsvertrag (K-1) gleichgültig war. Mängel am Übernahmevertrag (B-1) schaden dem Gelingen der Übernahme nicht und können ohnehin von der Klägerin nicht vorgebracht werden. Vertragliche und gesetzliche Formerfordernisse wurden eingehalten. Weitere Gründe für die Behaftung der Beklagten sind nicht ersichtlich. In Ermangelung von Parteifähigkeit und Passivlegitimation der Beklagten ist auf die Klage nicht einzutreten.

¹⁹ Sollte sich das Gericht wider Erwarten dennoch für zuständig erachten und die Klage gegen die Beklagte zulassen, ziehe es folgende Erwägungen zur Sache in Betracht.

II. Materielles

A. Keine Verletzung des Exklusivschutzes

1. Beklagte trifft keine Pflicht zu weitergehender Absatzwegsicherung

²⁰ In Art. 3 (2) Distributionsvertrag verpflichtet sich die Beklagte, weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Da die Beklagte gemäss Sachverhalt nie einem Dritten ein Vertriebsrecht im Vertragsgebiet (Deutschland) erteilt oder selber auf dem Vertragsgebiet Geschäfte getätigt hat, stellt sich nun die Frage, inwieweit die Beklagte für Parallelimporte Dritter verantwortlich gemacht werden kann und ob seitens der Beklagten eine Pflicht zur Ausschliessung dieser Konkurrenzierung besteht.

²¹ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, welche derjenigen der Beklagten entspricht, nämlich dass eine Pflicht zu positivem Handeln, namentlich die Konkurrenzierung des Alleinverkäufers (i.c. Klägerin) durch Dritte zu verhindern, für den Lieferanten (i.c. Beklagte) nicht besteht. EGGER argumentiert, dass in der Einräumung eines Alleinvertretungsrechts lediglich die Vereinbarung liege, der Lieferant werde während der Vertragsdauer Verkäufe im vereinbarten Gebiet nur durch den Alleinverkäufer, nicht aber selbst oder *durch* einen Dritten verwirklichen oder vermitteln lassen (EGGER, S. 152 f). Auch KUHN vertritt die Meinung, dass den Lieferanten *und von ihm beauftragte* Dritte die (Unterlassungs-)pflicht trifft, im

Vertragsgebiet keine Verkäufe zu tätigen (KUHN, S. 191). SCHLUEP betrachtet zudem eine Verpflichtung, wie z.B. die Gebietsschutzklausel, nicht als wesentliches Merkmal eines Alleinvertriebsvertrages (SCHLUEP, S. 22). Somit kann festgehalten werden, dass sich aus der Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrages keine Rechtspflicht des Geschäftsherren bzw. Lieferanten ableiten lässt, jede Konkurrenzierung des Wiederverkäufers durch Dritte auszuschliessen (ZR 1977, S. 127 f). Die Beklagte war somit nicht verpflichtet gegen Parallelimporte Dritter anzukämpfen.

²² Die Beklagte hat zudem ihre vertraglichen Treuepflichten erfüllt, indem sie Nachforschungen anstellte und u.a. ihren polnischen Vertreter befragte, der jedoch versicherte, nicht nach Deutschland zu liefern. Ferner gewährte ihr die Beklagte einen Preisnachlass auf EUR 0.67 pro Flasche, um der Klägerin noch attraktivere Offerten gegenüber den Grosshändlern zu ermöglichen. Dieses Entgegenkommen der Beklagten ohne rechtliche Verpflichtung ist Ausdruck von Kulanz und nicht Eingeständnis eines Scheiterns.

²³ Zu Recht führt die Klägerin aus, es treffe die Beklagte keine Pflicht zur Preisreduktion (KS 9 N 45). Insbesondere muss sie der Klägerin nicht gleiche Einkaufskonditionen wie dem polnischen Alleinvertreter bieten. Es gehört zur Verkaufsstrategie der Beklagten, selbst bestimmen zu können, welchem Alleinvertreter sie das Produkt zu welchem Preis anbietet. Fast schon etwas keck schlug die Klägerin der Beklagten mit Brief vom 12. November 2007 (K-4) vor, ab dem Zeitpunkt und rückwirkend für das ganze Jahr denselben Einkaufspreis wie dem polnischen Anbieter zu gewähren. Dieser Vorschlag ist auch naiv. Selbst wenn der Klägerin der gleiche Preis wie dem polnischen Anbieter angeboten wäre, könnte der Parallelimporteur aufgrund der nicht anfallenden Lagerkosten zu einem billigeren Preis als die Klägerin ihre Waren anbieten. Die Vermarktung des Produktes ist Pflicht der Vertriebsagentin (Art. 4. (2) f Distributionsvertrag). Mangelnder Absatzerfolg fällt damit in die Risikosphäre der Alleinvertreiberin. Des Risikos von Absatzschmälerung durch Parallelimporte war man sich bei Abschluss des Vertrages sehr wohl bewusst (Beschluss Nr. 2 1.) und es wurde vereinbart, dass die Beklagte diesem im Rahmen der Festlegung der Minimalverkaufszahlen Rechnung trage (Art. 8 (3) Distributionsvertrag). Diese Risikotragungsregel ist als abschliessend zu betrachten, d.h. für Gewinneinbussen haftet die Beklagte der Klägerin nicht. Der Klägerin gelang es trotz grosszügigem Preisnachlass seitens der Beklagten nicht, Parallelimporte unattraktiv zu machen. Eine schlaue, auf die Bedürfnisse der deutschen Kunden ausgerichtete Vermarktung wäre erfolgsversprechender gewesen, als sich mit Jammerbriefen und Auflistungen der Parallelimporte zu beschäftigen.

24 Die Pflicht der Beklagten erstreckt sich insoweit, als dass sie keinem anderen ein Vertriebsrecht für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einräumen darf. Weder muss, noch kann die Beklagte Parallelimporte, welche nicht von ihren Vertragspartnern getragen werden, unterbinden.

2. Beklagte hatte keine Möglichkeit zu weitergehender Absatzwegsicherung

25 Die Klägerin beanstandet mangelhaften Schutz ihres Exklusivitätsrechts (KS 9 N 44 ff). Während sie zwar keinen Anspruch auf absoluten Gebietsschutz behauptet, lässt sie offen, was die Beklagte denn in concreto hätte tun sollen. Tatsächlich standen ihr keinerlei wettbewerbsrechtlich zulässige und gleichzeitig wirksame Handlungsoptionen offen. Eine Absatzwegsicherung nach der Vorstellung der Klägerin, verstiesse sowohl gegen EG-Vertrag Art. 81 Abs. 1 (ROBERTSON, S. 83), als auch gegen KG 5 I (vgl. HARTMANN, S. 76). Solche Gebietsbeschränkungen (BECHTHOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, S. 399) widersprechen dem Ziel des freien Warenverkehrs, einer der Grundlagen der Europäischen Gemeinschaft (Art. 2 EG-Vertrag). Märkte dürfen voneinander nicht völlig abgeschottet werden. Den durch die Parallelimporte – die in casu nicht einmal auf den polnischen Anbieter, sondern auf einen Dritten zurückzuführen sind – ermöglichten Intra-brand-Wettbewerb gilt es nicht gänzlich auszuschalten (STOCKENHUBER, S. 65).

3. Beklagte garantierte kein Exklusivschutz i.S.v. OR 111

26 Gemäss den Ausführungen der Klägerin handelt es sich bei Art. 3 (2) Distributionsvertrag um ein Garantieverprechen i.S.v. OR 111 (KS 9 N 53). Nachfolgend wird nun aufgezeigt, dass solch ein Garantieverprechen nie vereinbart wurde. Die Beklagte wird zudem Art. 3 (2) Distributionsvertrag nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien gemäss OR 18 auslegen. Falls dieser nicht mehr zu rekonstruieren ist, wird der Inhalt nach dem mutmasslichen Parteiwillen, welcher nach BGer auf ein sachgerechtes, angemessenes Ergebnis gerichtet ist (d.h. Auslegung nach Massgabe des Vertrauensprinzips), ermittelt (AMSTUTZ/SCHLUEP, BSK vor Art. 184 ff N 11; HUGUENIN, OR AT N 181 ff, 264 f; BGE 126 III 119 ff).

27 Nach Auslegung von Art. 3 (2) Distributionsvertrag muss man nach Treu und Glauben annehmen, dass die Beklagte nie die Leistung eines Dritten, wie dies i.S.v. OR 111 der Fall wäre, versprochen hat. Die Beklagte hat lediglich versichert, nicht *selber* direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen, d.h. sie hat nur eine eigene Leistung, ein bestimmtes Verhalten der Beklagten versprochen. Das Wort „indirekt“ ist dahingehend zu verstehen, als dass die Beklagte z.B. nicht Dritte beauftragt, Geschäfte (für

die Beklagte) im Vertragsgebiet vorzunehmen. V.a. dem Wort „selber“ muss Beachtung gezollt werden, da dieses eine Beschränkung auf eigenes Verhalten impliziert.

28 Zudem war beiden Parteien bekannt und bewusst, dass das Phänomen von Parallelimporten und die damit verbundene Absatzschmälerung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auftreten wird, weshalb sich beide Parteien in Art. 8 (3) Distributionsvertrag verpflichtet haben, diesem Umstand Rechnung zu tragen, d.h. die Klausel wurde von den Parteien individuell vereinbart (Beschluss Nr. 2 vom 31. Oktober 2008, 1.). Man einigte sich, dass die Beklagte diesem Risiko im Rahmen der Festlegung der Minimalverkaufszahlen Rechnung trage. Diese Risikotragungsregel ist als abschliessend zu betrachten. Dies ist ein Indiz dafür, dass die Klägerin Art. 3 (2) Distributionsvertrag unmöglich derart verstanden haben kann, dass die Beklagte dazu verpflichtet sei, gegen jede Verletzung Dritter vorgehen zu müssen und dadurch alle Parallelimporte zu unterbinden, was einem absoluten Gebietsschutz entsprechen würde. Solch einen Gebietsschutz zu ermöglichen, wäre ohnehin aus praktischer Sicht kaum durchführbar, was beiden Parteien sicherlich bewusst war. Diese Unmöglichkeit, absoluten Gebietsschutz ermöglichen zu können, ist eine weiteres Indiz dafür, dass sowohl die Klägerin als auch die Beklagte sich einig waren, dass die Beklagte keine Pflicht trifft, Parallelimporte Dritter, wie dies OR 111 verlangen würde, zu verhindern.

29 Die Klägerin hat überdies auch zugegeben, dass sie nicht geltend macht, ihr sei im Distributionsvertrag absoluter Gebietsschutz eingeräumt worden (Einleitungsanzeige vom 9. Juni 2008) Grundsätzlich sind Marktisolierungen durch solche Vertriebsbindungs- und Gebietsschutzklauseln im System eines freien Wettbewerbs nicht erwünscht und daher wettbewerbsrechtlich bedenklich, was vorab für das EU-Recht zutrifft, wonach Gebietsschutzklauseln auch unzulässig sind (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 19; DUCREY, N 973). Es ist davon auszugehen, dass beiden Vertragsparteien dieser Fakt bekannt war, weshalb auch anzunehmen ist, dass diese, im Bemühen geltendes Recht einzuhalten, Art. 3 (2) Distributionsvertrag nicht i.S.e. Garantievertrages gemäss OR 111 verstanden haben.

30 Es ist somit nach Auslegung des Parteiwillens kein Garantievertrag i.S.v. OR 111 entstanden, weshalb sich auch keine Ansprüche aus diesem ableiten lassen.

B. Keine analoge Anwendung des Agenturrechts

31 Gemäss den Ausführungen der Klägerin (KS 9 N 50 f), steht ihr aufgrund von OR 418f III ein Alleinvertriebsrecht im Vertragsgebiet Deutschland zu, welches durch die erfolgten Parallelimporte verletzt wird.

32 Die Normen des Agenturrechts (OR 418a ff) gehen jedoch von einem strukturellen

Ungleichgewicht zwischen Agent und Auftraggeberin aus (und sind daher weitgehend zwingend), weshalb sich diese aber nur sehr beschränkt auf den Alleinvertriebsvertrag analog anwenden lassen (HUGUENIN, OR BT N 1502). AMSTUTZ/SCHLUEP bezeichnen sogar insbesondere OR 418f III für den Alleinvertriebsvertrag als nicht relevant (AMSTUTZ/SCHLUEP, BSK OR vor Art. 184 ff N 134). Überdies könnte auch bei einer analogen Anwendung von OR 418f III keine Pflicht seitens der Beklagten zu positivem Handeln, also zur Beseitigung der Parallelimporte durch Dritte, abgeleitet werden. Denn Sinn und Zweck dieser Norm ist, dass wenn ein Auftraggeber (i.c. wäre dies die Beklagte) einem Agenten (i.c.wäre dies die Klägerin) ein bestimmtes Gebiet zugewiesen hat, der Auftraggeber es zu unterlassen hat, einen weiteren Agenten für dieses Gebiet zu beauftragen (WETTENSCHWILER, BSK OR 418f N 4; BGE 122 III 70). I.c. hat die Beklagte keine weiteren Abnehmer im Vertragsgebiet Deutschland beauftragt, wodurch sie den Bedingungen von OR 418f III gerecht geworden wäre.

C. Keine Verletzung der Lieferverpflichtung

1. Beharren der Beklagten auf Vorauszahlung war rechtens

³³ Die Klägerin wirft der Beklagten vor, vertragswidrig und gegen Treu und Glauben verstossend nach dem 21. April 2008 weiterhin auf Vorauszahlung beharrt zu haben (KS 9 N 76 ff). Die Beklagte wird nun nachfolgend Art. 5 (5) Distributionsvertrag nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien gemäss OR 18 auslegen. Falls dieser nicht mehr zu rekonstruieren ist, wird der Inhalt nach dem mutmasslichen Parteiwillen, welcher nach BGer auf ein sachgerechtes, angemessenes Ergebnis gerichtet ist (d.h. Auslegung nach Massgabe des Vertrauensprinzips), ermittelt (AMSTUTZ/SCHLUEP, BSK vor Art. 184 ff N 11; HUGUENIN, OR AT N 181 ff, 264 f; BGE 126 III 119 ff).

³⁴ Gemäss Wortlaut von Art. 5 (5) Distributionsvertrag ist die Beklagte im Falle eines Zahlungsverzugs für Lieferungen des Produktes sofort befugt, Vorauszahlungen für die Lieferungen zu verlangen. Solche Vorauszahlungen berechtigen die Klägerin zu einem Rabatt von 1%, welcher zur Entlastung der Klägerin selbst im Schreiben nochmals erwähnt wurde. Die Beklagte ist zudem zu einem üblichen Bankzins und der Einstellung von Lieferungen bei einem Zahlungsverzug der Klägerin berechtigt. Zweck dieser Norm ist demnach der Schutz der Lieferantin, welche die Möglichkeit haben sollte, mittels Vorauszahlungen Debitorenverluste zu mindern und als schärfste Massnahme sogar die Lieferung zu verweigern. Die Klägerin beanstandet, dass aus der Klausel nicht hervorgehe, wie lange die Lieferantin berechtigt ist, Vorauszahlungen zu verlangen (KS 9 N 75). Objektiv betrachtet mussten die Klägerin und die Beklagte jedoch in guten Treuen verstanden haben, dass der

Beklagten das Recht zugestanden wird, für weitere Lieferungen Vorauszahlung zu verlangen, sobald die Klägerin mit der Zahlung der Rechnungen in Verzug geraten ist (d.h. die Rechnung erst später als nach 60 Tagen bezahlt). Ansonsten könnte die „Sanktion“ der Vorauszahlung stets umgangen werden indem die Abnehmerin immer gerade vor ihrer nächsten Bestellung doch noch bezahlt und damit den Verzug aufhebt. Denn wäre die Beklagte, sobald die Klägerin die Rechnung zu einem beliebigen Zeitpunkt nach mehr als 60 Tagen beglichen hat, jedes Mal nicht mehr dazu berechtigt, Vorauszahlung zu verlangen, würde dies einer totalen Bestimmungsfreiheit der Klägerin entsprechen, d.h. sie könnte zu jedem Zeitpunkt zahlen, also auch später als nach 60 Tagen, und Sinn und Zweck der Klausel, Zahlung innert 60 Tagen zu erwirken, würde völlig vereitelt.

³⁵ I.c. war die Beklagte deshalb berechtigt, auch nach dem 21. April 2008, an welchem die Klägerin die offenen Rechnungen beglichen hat, weiterhin auf Vorauszahlung gemäss Art. 5 (5) Distributionsvertrag zu beharren.

2. Keine Begründung eines neuen Rechtsgeschäftes

³⁶ Die Klägerin wirft der Beklagten vor (KS 9 N 77), ein schriftlich abgegebenes Versprechen (K-9), nämlich keine Vorauszahlung für weitere Lieferungen zu verlangen, falls die Klägerin alle offenen Rechnungen begleicht, nicht einzuhalten.

³⁷ Aus diesem Schreiben vom 16. April 2008 (K-9) kann kein neues Rechtsgeschäft, eine Obligation oder dergleichen abgeleitet werden. Die Beklagte antwortet in diesem Brief auf die Forderungen der Klägerin (K-8), welche Lieferungen ohne Vorauszahlung und Entschädigung des entgangenen Gewinns aufgrund von Parallelimporten wünscht. Die Beklagte bringt klar zum Ausdruck (K-9), dass sie diese Entschädigungsforderungen nicht erfüllen und weiterhin, aufgrund der Haltung der Klägerin, auf Vorauszahlung insistieren wird. Sie macht die Klägerin auf ihre bestehenden vertraglichen Verpflichtungen, die Bezahlung der offenen Rechnungen und die Leistung von Vorauszahlungen, aufmerksam.

³⁸ Da die Beklagte jedoch an einer schnellen Begleichung der offenen Rechnungen interessiert ist und sich bemüht, die Vertragsbeziehung zur Klägerin zu pflegen, unterbreitet sie ihr einen Vorschlag, wie man sich ohne Streit einigen könnte (die Klägerin drängt die Beklagte allerdings dazu, einen ausreichenden Vergleichsvorschlag zu präsentieren (K-8)). Dieser Vorschlag (in (K-9) wird wörtlich von einem Vorschlag gesprochen) war jedoch eher als Anregung oder Anstoss gedacht, um das bestehende Problem *im Rahmen der bestehenden Rechtsbeziehung* zu beseitigen, weshalb sich aus diesem auch keine Rechte ableiten lassen.

³⁹ Dieser Vorschlag kann auch nicht als *Antrag*, d.h. als zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrags, bezeichnet werden (GAUCH et al, N 363). Man kann diese Erklärung eher als

Bereitschaft, einen Vertrag abzuschliessen, ohne dass die Beklagte bereits einen (endgültigen) Willen zum Vertragsabschluss kundgibt, betiteln (sog. „*invitatio ad offerendum*“) (GAUCH et al., N 369). Denn der Brief als Ganzes betrachtet, lässt nicht auf einen Rechtsbindungswillen seitens der Beklagten schliessen. Die Beklagte möchte dem Brief keine rechtliche Relevanz zukommen lassen und damit auch keine bestimmten Rechtsfolgen auslösen (HUGUENIN, OR AT N 78).

40 Ein Indiz für den fehlenden Rechtsbindungswillen der Beklagten ist, dass die Klägerin die Beklagte dazu gedrängt hat, einen ausreichenden Vergleichsvorschlag zu formulieren, da ansonsten rechtliche Schritte zur Sicherung ihrer Ansprüche folgen würden (K-8). Die Beklagte bleibt ihrer Grundhaltung jedoch treu und erklärt sich nicht bereit, die Entschädigungsforderungen zu erfüllen und verlangt weiterhin Vorauszahlung für Lieferungen (K-9). Sie unterbreitet der Klägerin jedoch einen sehr allgemein verfassten Vorschlag (K-9). Diese allgemeine Formulierung des Vorschlags ist ein weiteres Indiz für den fehlenden Rechtsbindungswillen der Beklagten. Denn darin werden verschiedene Themengebiete des Vertragsverhältnisses angesprochen. Die Beklagte hat sich mit den Lieferbedingungen, Marketingkosten und auch ganz allgemein mit der Analysierung der Marktsituation und der Erreichung der im Distributionsvertrag vorgesehenen Ziele auseinandergesetzt und Vorschläge und Anregungen zur Lösung der bestehenden Probleme aufgezeigt.

41 Die Klägerin geht jedoch in keinster Weise (K-10) auf den Vorschlag der Beklagten ein. Die Klägerin erwähnt (K-10) nur das Problem der Parallelimporte und fordert die Beklagte auf, ihre Preispolitik anzupassen. Zudem erwähnt sie, unter Protest die offenen Rechnungen beglichen zu haben (die Marketingkosten wurden aber verrechnet) und verlangt, dass die Beklagte ohne Vorauszahlung liefert wobei sie zugleich mit Kündigung, für den Fall der Nichtbefolgung der geforderten Bedingungen, droht. Die Klägerin ist demnach nicht auf den Vorschlag der Beklagten eingegangen, zumal der Vorschlag auch als Ganzes betrachtet werden muss und sich die Klägerin nicht einfach nur auf einzelne Teile dessen berufen kann. Sie hat auch keinen Gegenvorschlag präsentiert, sondern einfach gehandelt, d.h. die offenen Rechnungen beglichen und dabei auch die Marketingkosten verrechnet.

42 Auch wenn man davon ausgeht, dass der Vorschlag der Beklagten einem Antrag entsprechen würde, welcher nur der einfachen Zustimmung des Antragsempfängers bedarf, wäre er von der Beklagten nicht angenommen worden. Denn die Annahme muss mit dem Antrag übereinstimmen, damit die von OR I I verlangte Übereinstimmung der Willenserklärungen besteht. Klägerin und Beklagte gehen jedoch von einem unterschiedlichen Betrag an offenen Rechnungen aus, weshalb kein Konsens besteht, womit auch ein allfälliger Antrag der Beklagten nicht von der Klägerin angenommen wurde.

43 Die Massnahme der Beklagten, auch nach dem 21. April 2008 Vorauszahlung zu verlangen, war daher gerechtfertigt.

3. Fazit

44 Die Beklagte hat demnach ihre Lieferverpflichtung nicht verletzt und war auch dazu berechtigt, Vorauszahlung für die Lieferungen zu verlangen.

D. Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund war nicht gerechtfertigt

45 Die Klägerin legt dar, dass sie den Distributionsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt hat, da die Beklagte die vertraglich versicherte Exklusivität nicht erfüllt, sowie auch nach dem 21. April 2008 weiterhin auf Vorauszahlung beharrt habe und infolgedessen das Vertrauensverhältnis derart gestört worden sei, dass an eine Weiterführung der vertraglichen Beziehung nicht mehr zu denken gewesen sei (KS 9 N 55 ff). Doch wie bereits oben dargelegt, ist die Beklagte stets ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen. Sie hat weder den Exklusivschutz der Klägerin, noch die Lieferbedingungen verletzt, zumal die Beklagten keine Pflicht zu positivem Handeln traf [N 21 und N 24] und Art. 8 (3) Distributionsvertrag individuell vereinbart wurde, wonach nicht die Einrede geltend gemacht werden kann, dass das Phänomen von Parallelimporten nicht schon bei Vertragsschluss voraussehbar gewesen sei [N 23 und N 28]. Folglich war das Vertrauensverhältnis nicht solchermassen gestört, dass eine Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund gerechtfertigt war.

46 Die Beklagte war infolge der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung der Klägerin gezwungen, einen neuen Vertriebspartner für das Vertragsgebiet zu suchen und ihn u.a. mit Know-how auszurüsten; ferner entstanden Gewinnausfälle. Die Klägerin hat gemäss OR 97 für diesen von ihr kausal und unter Vertragsverletzung bewirkten Schaden einzustehen.

E. Marketingkosten

1. Stellungnahme zum Gutgläubigkeitsvorwurf

47 Die Beklagte behält sich das Recht vor (so ausdrücklich in Art. 4 (5) Satz 3, Distributionsvertrag,), die Klägerin von Zeit zu Zeit über die Anforderungen hinsichtlich des Marketings zu informieren. Da lediglich die Beklagte für die Kosten der Marketingaktivitäten aufzukommen hat und angesichts der Flexibilität, die sie ihren Partnern (vgl. auch B-4) bei der Umsetzung überlässt, wird die gelegentliche Überprüfung dieser Aktivitäten durch die Beklagte gerechtfertigt sein. Die Bedeutung dieses Rechts ist umso grösser, wenn sich die Vertragspartner, wie i.c. die Klägerin, nicht an Vertragsabreden halten [vgl. unten N 54 ff].

48 Die Beklagte hat den Marketingplan für das Jahr 2008 an der letzten Marketingplansitzung

genehmigt. Darauf folgte ein heftiger Briefwechsel mit der Klägerin. Ihre grundlosen Schadenersatzforderungen [vgl. unten N 60 ff] signalisierten einen Umbruch in der bis zum damaligen Zeitpunkt sehr guten Zusammenarbeit. Dies veranlasste die Beklagte unter anderem auch die Umsetzung des Marketingplans näher zu prüfen (die Klägerin wurde in einem Brief vom 10. April 2008 informiert, vgl. (K-7)). Im Ergebnis entdeckte die Beklagte die Position „Weihnachtskarten“, die nicht Bestandteil des Marketingplans war, aber dennoch der Beklagten in Rechnung gestellt wurde ((K-6), Marketingbericht und Rechnung für das erste Quartal 2008, S. 4).

⁴⁹ Die Klägerin ist somit jederzeit über das Vorgehen der Beklagten, welches auch begründet wurde, aufgeklärt gewesen. Die vorübergehende Einstellung der Zahlung von Marketingkosten diene lediglich der Überprüfung dieser auf ihre Richtigkeit und Begründetheit. Der Zweifel der Klägerin an der Gutgläubigkeit der Beklagten war daher unbegründet.

2. Ersatz der Kosten für Radiowerbung

a) Gegenstand der Vereinbarung

⁵⁰ Die Parteien einigten sich in Art. 6 (1) Distributionsvertrag einmal jährlich, jeweils am Ende des Jahres (zuletzt am 14. Oktober 2007), die Promotion der Produkte (SHARP REQUIEM[®] und SHARP REQUIEM SHUGARFREE[®]) in einem *separaten* Marketingplan zusammen zu erstellen. Gemäss diesem Plan überlässt die Beklagte der Klägerin die Promotion der Produkte auf ihrem Vertragsgebiet und die Klägerin verpflichtet sich, einen quartalsmässigen Bericht über ihre Aktivitäten zu erstellen (vgl. WEBER, BSK OR 394 N 1 ff; N 10 ff; sowie Ausführungen zum Auftrag als Auffangvertrag N 22 ff). Zudem platziert die Klägerin bei ausgewählten Radiosendern Werbung und verteilt, das ihr durch die Beklagte überreichte Promotionsmaterial. Diese Vereinbarung galt ohne Unterbrechungen bis zur Kündigung, welche von der Klägerin am 30. April 2008 veranlasst wurde (vgl. Zustandekommen des Auftrags, Form, sowie Inhalt des Auftrages, WEBER, BSK OR 395, N 2 ff; N 10 f; N 12 ff). Aus diesem Grund ist die Beklagte überzeugt, dass die im Marketingplan umschriebenen Aufgaben der Form eines eigenständigen Auftrages i.S.v. OR 394 ff entsprechen und somit rechtliche Verbindlichkeit erlangten.

b) Die Kosten der Radiowerbung

(1) Der Umfang des Auftrages

⁵¹ In Absprache mit der Beklagten erwarb die Klägerin *in eigenem Namen* die Werbezeit bei den ausgewählten Radiosendern, die sie grundsätzlich für die Promotion der Produkte SHARP REQUIEM[®] und SHARP REQUIEM SHUGARFREE[®] benutzte. Sie handelte somit als indirekte Stellvertreterin der Beklagten und stellte dieser Rechnung (WEBER, BSK OR 396 N 4 ff; WATER, BSK OR 32 N 29 ff). In dieser Stellung blieb die Klägerin (i) *einzig* Eigentümerin und selbständige Besitzerin der erworbenen Werbezeit, über welche sie (ii) frei verfügen konnte (WEBER, BSK OR 396 N 12).

⁵² Weil die Klägerin *in eigenem Namen* handelt, bedarf es eines Verfügungsgeschäfts zur Rechtsübertragung auf die Beklagte (WEBER, BSK OR 396 N 12). Indem die Beklagte die von der Klägerin in der Rechnung gestellten Marketingkosten (darunter auch die Rechnungen für die Radiowerbung) bezahlte, konnte davon ausgegangen werden, dass es i.c. zu einer Rechtübertragung i.S.v. OR 32 III i.V.m. OR 175 kam. I.c. erfolgte die letzte unbestrittene Rechtsübertragung am 21. April 2008. An diesem Tag verrechnete die Klägerin fällige Marketingausgaben gemäss Marketingbericht für das erste Quartal 2008.

⁵³ Nach dem Erlöschen aller rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien ist der Beklagten nicht einsehbar, weshalb sie die erst nach der Kündigung entstandenen Kosten für Radiowerbung entschädigen sollte.

*(2) Verletzung einer Auftragspflicht**(a) Missachtung von Weisungen*

⁵⁴ Obwohl der Beauftragte fremde Interessen wahrt, bleibt der Auftragsgeber Herr der Geschäftsbesorgung. Aus diesem Grund ist der Auftragsgeber jederzeit berechtigt, Weisungen zu erteilen und Instruktionen zu geben (WEBER, BSK OR 397 N 4). Er kann seine Weisungen jederzeit abändern oder widerrufen. Diese Weisungen bilden eine Inhaltsbestimmung und Begrenzung des Auftragsumfangs. Grundsätzlich gibt es keine *weisungsfreien* Bereiche (WEBER, BSK OR 397 N 5). Dies hat zur Folge, dass alle Weisungen, die ausserhalb des vereinbarten Vertragsgegensandes liegen, zu einer neuen Aushandlung des Vertrags führen, weil der Beauftragte die Chance haben muss, die neuen Bestimmungen anzunehmen oder sie abzulehnen (WEBER, BSK OR 397 N 5). Der Beauftragte muss seinerseits alle Weisungen strikt befolgen (WEBER, BSK OR 397 N 5). Eine Missachtung dieser Weisungen stellt in Tat- sowie Rechtshandlungsaufträgen eine Vertragsverletzung dar.

⁵⁵ Indem die Klägerin Radiowerbung bei den Radiosendern für das ganze Jahr gebucht hatte, ohne zuvor eine Bewilligung der Beklagten einzuholen, ist die Klägerin weit über die ihr

erteilten Weisungen hinaus gegangen [vgl. vorne N 50, die Klägerin verletzt den Grundsatz der Begrenzung des Auftragsumfangs]. Sie hatte mehrmals die Möglichkeit gehabt (z.B. jeweils an Marketingplansitzungen am Ende des Jahres), diese Bewilligung von der Beklagten einzuholen oder sie jederzeit schriftlich anzufragen.

(b) *Fehlende Rechenschaftsablegung*

⁵⁶ Zu den wichtigsten Pflichten des Beauftragten gehört neben der Abrechnungspflicht, die Rechenschaftsablegung, als Konsequenz der Wahrung fremder Interessen. Er ist darum verpflichtet, dem Auftraggeber alle für die Geschäftsführung wichtigen Tatsachen *aktiv* offen zu legen und ihm auch *passiv* Auskunft zu erteilen (WEBER, BSK OR 400 N 2). In einem seiner Entscheide stellt das Bundesgericht fest, dass der Beauftragte die aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht fließende Informationspflicht *unaufgefordert* zu erfüllen hat (BGE 110 II 372; WEBER, BSK OR 400 N 2). Die Klägerin wäre somit verpflichtet, jederzeit in der Lage zu sein ihrer Informationspflicht nachzukommen und die wichtigen Tatsachen, auch *ohne Nachfragen* seitens der Beklagten, mitzuteilen.

⁵⁷ Die anfängliche Vereinbarung zwischen den Parteien beinhaltet die Höhe des Marketingbudgets, die Massnahmen einer Promotion der Produkte sowie die Auswahl der Sender, bei welchen die Werbung platziert werden sollte. Diesen Pflichten ist die Klägerin nachgekommen, was auch die Beklagte nicht bestreitet. Die Klägerin ist aber über diese Pflichten hinausgegangen, indem sie Radiowerbung für das ganze Jahr en Block gebucht hat. Zudem hat sie es während der ganzen Dauer der Vertragsbeziehung unterlassen, dies der Beklagten mitzuteilen. Das Verhalten stellt eine klare Verletzung einer Informationspflicht i.S.v. OR 398 I und II dar. Die Klägerin wäre demnach verpflichtet gewesen, diese Information der Beklagte entweder persönlich (z.B. telefonisch) oder schriftlich (spätestens aber im ersten Quartalsbericht des Jahres 2008) mitzuteilen.

(c) *Fehlerhafte Berichterstattung*

⁵⁸ Das Bundesgericht sowie die Lehre stellen fest, dass Informationen, und zwar alles was für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann, rechtzeitig sowie wahrheitsgetreu und vollständig mitgeteilt werden müssen (mehrmals bestätigt in BGE 108 II 197 f; BGE 110 II 182 f; BGE 115 II 67; WEBER, BSK OR 400 N 4). Der Bericht muss hinreichend ausführlich und verständlich sein, er muss alle wesentlichen Vorgänge umfassen sowie über eventuelle Fehler des Beauftragten aufklären können (WEBER, BSK OR 400 N 4). Dieser Bericht sollte zudem auch Informationen über die Zweckmässigkeit der weiteren Verfolgung des Auftrags und Ratschläge hinsichtlich möglicher Vorgehensweisen und Schutzvorkehrungen enthalten (WEBER, BSK OR 400 N 5).

59 Die schriftlichen Berichte der Klägerin (wie in (K-6)) sind demnach ungenügend gewesen, weil sie keine hinreichende Einsicht in ihre Tätigkeit als Beauftragte gewährt haben. Den Berichten waren, ausser einer Liste der engagierten Radiosendern und der fälligen Beträge für die geleistete Radiowerbung, keine weiteren Informationen zu entnehmen. Die Klägerin hat ferner im Bezug auf die Werbepaxis in Deutschland über viel bessere Kenntnisse verfügt als die Beklagte (die Klägerin ist eine erfahrene Vertreterin). Somit wäre ihre Pflicht als sorgfältige Beauftragte erst dann erfüllt, wenn sie die Tatsache, dass die Radiosender in Deutschland eine Vergünstigung für en Block gekaufte Werbezeit gewähren, mindestens einmal in einem ihrer Berichte in *erkennbarer Weise* erwähnt hätte. Folglich hätte auch die Beklagte Kenntnis von dieser Praxis nehmen können.

3. Schadensersatzforderung

60 Schliesslich macht die Klägerin ihr Recht nach OR 402 II geltend. Sie ist Verpflichtungen gegenüber Dritten im Interesse der Beklagten eingegangen, was eine Erhöhung ihrer Passiven zur Folge hatte. Da das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien gekündigt worden ist, will die Klägerin, dass der Schaden, der ihr bei der gehörigen Ausführung des Auftrages entstanden ist – die Kosten der Radiowerbung von Mai bis Dezember 2008 – von der Beklagten ersetzt wird. Begründet wurde dies durch die Ausführung der Klägerin, wonach die Kündigung ex nunc wirken solle, was zur Folge hätte, dass die bis anhin aus dem Schuldverhältnis erwachsenen Forderungen bestehen bleiben würden (KS 9 N 91).

61 Entgegen der Meinung der Klägerin ist die Beklagte überzeugt, dass sie all ihren Verpflichtungen ordnungsgemäss nachgekommen ist. Sie hat die Klägerin bis zur Vertragskündigung von allen Verbindlichkeiten (die aus dem Auftrag erwachsen sind) befreit. Dagegen sieht sich die Beklagte für Forderungen Dritter gegenüber der Klägerin, die *erst nach der Beendigung* aller vertraglichen Verhältnisse zwischen der Klägerin und der Beklagten entstanden sind, als nicht zuständig. Ein Schaden wäre erst beim Vorliegen eines Verschuldens der Beklagten zu ersetzen (OR 402 II).

62 Wie oben dargelegt [vgl. N 60 ff.], kann die Beklagte nicht für auftragsrelevante Tatsachen, die ihr *erst nach der Vertragskündigung* bekannt geworden sind, verantwortlich gemacht werden. Die Klägerin hat nicht einmal während des fünfjährigen Vertragsverhältnisses die Tatsache erwähnt, dass die Radiowerbung en Block für das ganze Jahr gebucht wurde, obwohl sie mehrmals Gelegenheit dazu hatte. In Anbetracht der Flexibilität, die der Klägerin bei der Auftragsführung überlassen wurde und in Anbetracht ihrer besseren Kenntnis über den deutschen Markt sowie aufgrund des Gebots einer getreuen und sorgfältigen Auftragsführung, wäre sie verpflichtet gewesen, diese wichtige Information unverzüglich der Beklagten

mitzuteilen. Ihre Verantwortung, diese Berichterstattung vorzunehmen, war umso grösser, als sich die vertragliche Beziehung mit der Beklagte nicht mehr nach ihren Vorstellungen entwickelte. Aus diesem Grund musste die Klägerin das Risiko mindestens in Kauf genommen haben und damit einverstanden gewesen sein, dass nur sie, im Falle einer Vertragskündigung, allen Schaden zu übernehmen hat.

⁶³ Letztendlich sei zu erwähnen, dass die Beklagte *keinen Nutzen* aus der gebuchten Werbezeit für die Monate Mai bis Dezember gezogen hatte. Als einzige Eigentümerin, konnte die Klägerin in diesem Zeitraum frei über diese gebuchte Werbezeit verfügen. Ihr stünde zudem die Möglichkeit zur Verfügung, diese Werbezeit eventuell weiter zu verkaufen, einen neuen Deal mit den Radiosendern auszuhandeln oder auch hier aufgrund des Vorliegens eines wichtigen Grundes (nämlich die Beendigung des Vertrags mit der Beklagten) gleich zu kündigen. Demzufolge liegt die Verantwortlichkeit für den entstandenen Schaden ausschliesslich beim Management der Klägerin.

4. Fazit

⁶⁴ Es sei die Beklagte von der Zahlung der Kosten für die Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 wegen groben Selbstverschuldens der Klägerin (i.S.v. OR 402 II) zu befreien.

III. Schlussvermerk

⁶⁵ Gemäss den beigelegten Unterlagen ist erwiesen, dass die Beklagte der Klägerin den in den Rechtsbegehren erwähnten Betrag nicht schuldet. Aus den vorstehend ernannten Gründen ersuchen wir Sie höflich, sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. X., Frau Schiedsrichterin Dr. Y., und Herrn Schiedsrichter Dr. A., die Klage vollständig abzuweisen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8