

**DISTRIBUJET GmbH**

Nikolaigraben 15  
02826 Görlitz  
Deutschland

Vertreten durch das Moot Court Team 1

Andrea Döbeli  
Daniela Samantha Schuler  
Dario Marzorati  
Stefano Cester

**EINSCHREIBEN**

Zürcher Handelskammer  
Bleicherweg 5  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

15. Dezember 2008

**KLAGESCHRIFT**

**Schiedsfall Nr. 600132 - 2008**

In Sachen

**Distribujet GmbH**

Klägerin

Vertreten durch das Moot Court Team 1

gegen

**BeveSana AG**

Beklagte

Vertreten durch das Moot Court Team [...]

betreffend

Vertragsauflösung

## I. RECHTSBEGEHREN

---

1. *„Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten sei abzuweisen.*
2. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte passivlegitimiert ist.*
3. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt hat.*
4. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in einem durch das Schiedsgericht festzusetzenden Betrag, mindestens aber EUR 10'000'000.-, Schadenersatz zu bezahlen.*
5. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte ihre Lieferpflichten gegenüber der Beklagten verletzt hat.*
6. *Es sei festzuhalten, dass die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund vom 30.April 2008 gerechtfertigt war.*
7. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten für Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 in folgender Höhe zu bezahlen:*

<i>Mai-Juni 08</i>	<i>EUR 40'000 .-</i>
<i>Juli-September 08</i>	<i>EUR 60'000 .-</i>
<i>Oktober-Dezember 08</i>	<i><u>EUR 60'000 .-</u></i>
<i>Total</i>	<i><u>EUR 160'000.-</u></i>

*zuzüglich Zinsen zu 5% seit 6. Juni, 5. August bzw. 23. Oktober.*
8. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“*

Gemäss Punkt 2.8 des Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr.1 vom 19. September 2008 wird die Klägerin in dieser ersten Phase nachfolgend nur auf die Rechtsbegehren 1-6 eingehen. Frage 1 sowie 3 werden dabei ohne konkrete Schadenshöhe erörtert.

## II. INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>I. RECHTSBEGEHREN</b>	<b>I</b>
<b>II. INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>II</b>
<b>III. LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>IV</b>
<b>IV. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS</b>	<b>VI</b>
<b>V. ENTSCHEIDVERZEICHNIS</b>	<b>VII</b>
<b>VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>X</b>
<b>1. EINLEITUNG</b>	<b>1</b>
<b>2. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTES UND ÜBERGANG DER SCHIEDSKLAUSEL</b>	<b>1</b>
2.1. Ausgangslage.....	1
2.2. Vermögensübergang nach Fusionsgesetz.....	1
2.3. Vermögensübergang nach Art. 181 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 175 ff. OR.....	2
2.3.1. Übertragung der Passiven nach Art. 175 ff. OR.....	2
2.3.2. Eventualiter: Übernahme von vertraglichen Dauerschuldverhältnissen .....	3
2.4. Fazit.....	5
<b>3. PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN</b>	<b>5</b>
3.1. Ausgangslage.....	5
3.2. Schiedsfähigkeit .....	5
3.2.1. Sachlegitimation .....	5
<b>4. VERLETZUNG DES AUSSCHLIESSLICHEN VERTRIEBSRECHTS</b>	<b>6</b>
4.1. Ausgangslage.....	6
4.2. Auslegung des Exklusivrechts.....	6
4.2.1. Auslegung nach tatsächlichem Parteiwillen.....	7
4.2.2. Eventualiter: Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen .....	7
4.2.3. Verschulden der Beklagten – Scheitern der Exkulpation.....	8
4.2.4. Zwischenfazit.....	8
4.3. Nichtanwendbarkeit von Art. 8 Abs. 3 DV .....	8
4.3.1. Auslegung von Art. 8 Abs. 3 DV nach tatsächlichem Parteiwillen .....	9
4.3.2. Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen.....	9
4.4. Fazit.....	9

<b>5. VERLETZUNG DER LIEFERPFLICHT</b>	<b>10</b>
<b>5.1. Ausgangslage</b>	<b>10</b>
<b>5.2. Nichteintreten des Verzugs gestützt auf Art. 82 OR</b>	<b>10</b>
5.2.1. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR	10
5.2.2. Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts	12
<b>5.3. Neuregelung der Vorauszahlung</b>	<b>12</b>
5.3.1. Voraussetzungen der Vertragsanpassung	12
5.3.2. Erfüllung der Kompromissvereinbarung durch die Klägerin	13
5.3.3. Nichterfüllung der Vereinbarung durch die Beklagte	13
<b>5.4. Fazit</b>	<b>14</b>
<b>6. KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND</b>	<b>14</b>
<b>6.1. Ausgangslage</b>	<b>14</b>
<b>6.2. Verletzung der vertraglichen Lieferpflicht</b>	<b>14</b>
6.2.1. Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung	14
6.2.2. Abmahnung	14
6.2.3. Zwischenergebnis	15
<b>6.3. Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrecht</b>	<b>15</b>
6.3.1. Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung	15
6.3.2. Abmahnung	15
6.3.3. Zwischenergebnis	15
<b>6.4. Fazit</b>	<b>15</b>
<b>7. ERSATZ DER RADIOWERBUNGSKOSTEN FÜR DIE MONATE MAI BIS DEZEMBER 2008</b>	<b>16</b>
<b>7.1. Ersatz für Radiowerbung wegen Verletzung des Distributionsvertrages</b>	<b>16</b>
7.1.1. Vertrauensschaden	17
<b>7.2. Schadenersatz aus Dahinfallen eines Marketingvertrages</b>	<b>18</b>
7.2.1. Der Marketingvertrag als Vertrag	18
7.2.2. Verzug	19
<b>7.3. Fazit</b>	<b>20</b>

### III. LITERATURVERZEICHNIS

---

<b>AMSTUTZ, Marc/ BREITSCHMID, Peter/ FURRER, Andreas/ GIRSBERGER, Daniel/ HUGUENIN, Claire/ MÜLLER- CHEN, Markus/ ROBERTO, Vito/ RUMO- JUNGO, Alexandra/ SCHNYDER, Anton.</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich Basel Genf 2007. Zitiert: CHK.
<b>BERGER, Bernhard/KELLERHALS, Franz</b>	Internationale und interne Schiedsgerichts- barkeit in der Schweiz, Bern 2006. Zitiert: BERGER/KELLERHALS.
<b>BUCHER, Eugen</b>	Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubear- beitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988. Zitiert: BUCHER OR AT.
<b>GAUCH, Peter/ AEPLI, Viktor/ STÖCKLI, Hubert/REY</b>	Präjudizienbuch zum OR, Rechtssprechung Rechtssprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006 Zitiert: GAUCH/AEPLI/STÖCKLI.
<b>GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/REY, Heinz/EMMENEGGER, Susan</b>	Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil ohne ausservertragliches Haft pflichtrecht Band I, 9. Auflage, Zürich 2008. Zitiert: GAUCH/SCHLUEP OR AT I.
<b>GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/REY, Heinz/EMMENEGGER, Susan</b>	Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil ohne ausservertragliches Haft pflichtrecht Band II, 9. Auflage, Zürich 2008. Zitiert: GAUCH/SCHLUEP OR AT II.
<b>GAUTSCHI, Georg</b>	Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Allgemeine Be- stimmungen, 5. Teilband, Art. 407-424 OR, 2. Auflage, Bern 1964. Zitiert: BERNER KOMMENTAR - GAUTSCHI
<b>HAUSHEER, Heinz/ JAUN, Manuel/</b>	Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpflis Handkom- mentar, Bern 2003. Zitiert: HAUSHEER/JAUN

---

<b>HONSELL, Heinrich</b>	Kurzkommentar OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008. Zitiert: KUKO OR-BEARBEITER/in Art. N.
<b>HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas</b>	Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006. Zitiert: BSK-ZGB I-BEARBEITER Art. N.
<b>HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang</b>	Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1- 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007. Zitiert: BSK OR I-BEARBEITER Art. N.
<b>HUGUENIN, Claire</b>	Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006. Zitiert: HUGUENIN OR AT.
<b>KELLER, Max/SCHÖBI, Christian</b>	Das Schweizerische Schuldrecht mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der ausservertraglichen Haftungen gemäss Spezialgesetzen, eine systematische Darstellung, Band IV Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, zweite, unveränderte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1985. Zitiert: KELLER/SCHÖBI OR AT IV.
<b>KOLLER, Alfred</b>	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht Band I, Bern 2006. Zitiert: KOLLER OR AT I.
<b>VISCHER, Frank (Hrsg.)</b>	Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII, zweiter Halbband, Basel 1979. Zitiert: SPR - BEARBEITER
<b>VON BÜREN, Bruno</b>	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964. Zitiert: VON BÜHREN.
<b>VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold</b>	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974. Zitiert: VON TUHR/ESCHER.

---

---

**WATTER, Rolf/VOGT, Nedim Peter/  
TSCHÄNI, Rudolf/DAENIKER, Daniel**

Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel  
Genf München, 2005.  
Zitiert. BSK FusG-BEARBEITER Art. N.

---

**WEBER, Rolf**

Berner Kommentar, Das Obligationenrecht,  
Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Be-  
stimmungen, 4. Teilband, Kommentar zu  
Art. 86-96 OR, Bern 1983.  
Zitiert: BERNER KOMMENTAR – WEBER.

---

#### **IV. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS**

---

1. Die Praxis, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 92. Jahrgang 2003.  
Zitiert: Pra 2003 – BEARBEITER.

---

2. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 142. Jahrgang 2006.  
Zitiert: ZBJV 2006 – BEARBEITER.

---

3. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 127. Jahrgang 1991.  
Zitiert: ZBJV 1991 – BEARBEITER.

---

## V. ENTSCHEIDVERZEICHNIS

---

1. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. November 1973, BGE 99 II 282.  
Zitiert: BGE 99 II 282.

---

2. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 2002, BGE 129 III 118.  
Zitiert: BGE 129 III 118.

---

3. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1988, BGE 114 II 57.  
Zitiert: BGE 114 II 57.

---

4. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. April 1987, BGE 113 II 246.  
Zitiert: BGE 113 II 246.

---

5. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juli 1996, BGE 122 III 420.  
Zitiert: BGE 122 III 420.

---

6. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1995, BGE 121 III 118.  
Zitiert: BGE 121 III 118.

---

7. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. März 2000, BGE 126 III 119.  
Zitiert: BGE 126 III 119.

---

8. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. November 1991, BGE 117 II 609.  
Zitiert: BGE 117 II 609.

---

9. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Oktober 1942, BGE 68 II 220.  
Zitiert: BGE 68 II 220.

- 
10. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1958, BGE 84 II 149.  
Zitiert: BGE 84 II 149.
- 
11. Obergericht des Kantons Luzern, Urteil der I. Kammer vom 11. Januar 1982, LGVE 1982 I Nr. 9.  
Zitiert: LGVE 1982 I Nr. 9.
- 
12. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Juni 1981, BGE 107 II 222.  
Zitiert: BGE 107 II 222.
- 
13. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Januar 1952, BGE 78 II 32.  
Zitiert: BGE 78 II 32.
- 
14. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. April 2001, BGE 127 III 199.  
Zitiert: BGE 127 III 199.
- 
15. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Januar 1997, BGE 123 III 16.  
Zitiert: BGE 123 III 16.
- 
16. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Juni 1994, BGE 120 II 197.  
Zitiert: BGE 120 II 197.
- 
17. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil II. Zivilabteilung vom 20. Januar 2003, BGer 5C.244/2002.  
Zitiert: BGer 5C.244/2002.
- 
18. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 2002, BGer 4C.96/2002.  
Zitiert: BGer 4C.96/2002.
-

---

19. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. November 1912,  
BGE 38 II 459.

Zitiert: BGE 38 II 459.

---

20. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 2003, BGE  
129 III 535.

Zitiert: BGE 129 III 535.

---

## VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

---

<i>A</i>	Abs.	Absatz
	AG	Aktiengesellschaft
	a.M.	anderer Meinung
	Art.	Artikel
	AT	Allgemeiner Teil
<i>B</i>	B#	Beilage der Einleitungsantwort
	Beschluss Nr. 2	Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichtes vom 31. Oktober 2008
	BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
	BGer	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (unveröffentlicht)
	BRD	Bundesrepublik Deutschland
	BSK	Basler Kommentar
	Bsp.	Beispiel
	bzw.	beziehungsweise
<i>C</i>	CHF	Schweizer Franken
<i>D</i>	DV	Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 zwischen Distribujet GmbH und BeveSana AG
<i>E</i>	EUR	Euro
<i>F</i>	f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
	FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung SR 221.301
<i>G</i>	gem.	gemäss
	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>H</i>	h.L.	herrschende Lehre
	HR	Schweizerisches Handelsregister
<i>I</i>	i.c.	in casu
	IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht SR 291
	i.S.v.	im Sinne von
	i.V.m.	in Verbindung mit
<i>K</i>	K#	Beilage der Einleitungsanzeige

	Klageschrift	Klageschrift
	KUKO	Kurzkommentar
<i>L</i>	lat.	lateinisch
	LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
<i>N</i>	Nr.	Nummer
<i>O</i>	OGer LU	Obergericht des Kantons Luzern
	OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfer Teil: Obligationenrecht) SR 220
<i>P</i>	Pra	Die Praxis, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
<i>S</i>	sog.	Sogenannt
	SPR	Schweizerisches Privatrecht
<i>U</i>	Übernahmevertrag	Vertrag vom 25. Mai 2005 über die Übernahme der Vertriebsabteilung der BeveSana AG durch die Bibite AG
<i>V</i>	vgl.	vergleiche
<i>Z</i>	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 SR 210
	Ziff.	Ziffer

## 1. Einleitung

---

<sup>1</sup> In einem ersten Schritt wird die Klägerin darlegen, dass die Schiedsklausel durch den Übernahmevertrag zwischen der Beklagten und der Bibite AG nicht übergegangen und das Schiedsgericht damit für die Beurteilung der Ansprüche zuständig ist (2). Sodann wird aufgezeigt, dass die Beklagte passivlegitimiert ist (3).

Weiter wird die Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts (4) und der Lieferpflicht (5) durch die Beklagte dargelegt. Schliesslich wird nachgewiesen, dass die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt war (6) und dass sie einen Anspruch auf Rückerstattung der Kosten für Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 hat (7).

## 2. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes und Übergang der Schiedsklausel

---

### 2.1. Ausgangslage

<sup>2</sup> Nach dem Standpunkt der Beklagten ist sie nicht mehr Partei des Distributionsvertrages und kann nicht von der Klägerin belangt werden, da die Schiedsklausel infolge eines Vermögensübergangs i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR auf die Bibite AG übergegangen sei.

### 2.2. Vermögensübergang nach Fusionsgesetz

<sup>3</sup> Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR erfolgt die Vermögensübertragung einer im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaft nach den Vorschriften der Art. 69 ff. FusG, welche nach der vom Bundesrat in der Botschaft zum Fusionsgesetz vertretenen Auffassung zwingender Natur sind<sup>1</sup>. Eine alternative Anwendbarkeit von Art. 181 Abs. 1 OR und Art. 69 ff. FusG wird jedoch heute von der h.L. anerkannt und nur von wenigen Autoren abgelehnt<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> Die Beklagte wie auch die Bibite AG sind im Handelsregister eingetragen<sup>3</sup>. Somit käme eine Vermögensübernahme sowohl nach den Vorschriften der Art. 69 ff. FusG als auch nach Massgabe von Art. 181 Abs.1 OR in Frage. Die Übernahme wurde von der Beklagten nicht, wie dies in Art. 73 FusG vorgeschrieben, im Handelsregister eingetragen<sup>4</sup>. Ein Vermögensübergang nach Fusionsgesetz ist folglich daran gescheitert, dass die Voraussetzungen des Fusionsgesetzes nicht erfüllt sind. Laut Punkt 2.2.1 des Übernahmevertrags wollten die Beklagte und die Bibite AG die Vermögensübertragung ohnehin nach Art. 181 Abs. 1 OR vollziehen.

---

<sup>1</sup> BSK-FusG, TSCHÄNI/PAPA, Art. 181 Abs. 1 OR N 7.

<sup>2</sup> BSK OR I-TSCHÄNI Art. 181 N 6, ebenso GAUCH/SCHLUEP OR AT II N 3636 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Beschluss Nr. 2, Punkt 4.

<sup>4</sup> Vgl. Beschluss Nr. 2.

## 2.3. Vermögensübergang nach Art. 181 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 175 ff. OR

### 2.3.1. Übertragung der Passiven nach Art. 175 ff. OR

- <sup>5</sup> Auch wenn die Anwendbarkeit von Art. 181 Abs. 1 OR für im Handelsregister eingetragene Handelsgesellschaften möglich ist, können dadurch nur Aktiven von einem Unternehmen auf ein anderes übertragen werden. Hingegen müssen die Passiven getrennt nach Massgabe von Art. 175 ff. OR übertragen werden<sup>5</sup>.
- <sup>6</sup> Eine interne Schuldübernahme nach Art. 175 OR kann ausgeschlossen werden, da „bei der internen Schuldübernahme der Gläubiger anders als bei externen Schuldübernahme kein Forderungsrecht gegen den Übernehmer erwirbt“<sup>6</sup>. Aufgrund des hier vorliegenden Alleinvertriebsverhältnisses muss aber ein solches Forderungsrecht gegen die Bibite AG bestehen, da das Vertragsverhältnis sonst seinen Sinn verlieren würde.
- <sup>7</sup> Die externe, privative Schuldübernahme nach Massgabe von Art. 176 OR wiederum setzt einen Vertrag des Übernehmers, vorliegend der Bibite AG, und dem Gläubiger, hier der Klägerin, voraus<sup>7</sup>. Antrag und Annahme begründen einen solchen Vertrag, der aber zwischen der Klägerin und der Bibite AG nicht zustande gekommen ist, da kein Antrag erfolgte. Der von der Beklagten in diesem Zusammenhang behauptete Serienbrief vom Juni 2005, welcher zur Information der Vertragspartner gedacht war, ist unklar formuliert. Ausdrücke wie „Die Parteien *beabsichtigen*<sup>8</sup> ...“ oder „In diesem Zusammenhang *soll*<sup>9</sup> die Bibite AG [...] Vertragsverhältnisse zwischen der BeveSana AG und (Firma) übernehmen...“ lassen den Leser zwar erkennen, welches die Absicht der im Brief erwähnten Parteien ist. Damit ist jedoch nicht unumstösslich geregelt, dass die geplanten Vorhaben je in die Tat umgesetzt werden. Der Brief ist vielmehr eine Vorinformation zu möglichen Verkaufsplänen, als eine definitive Übernahmenotifikation. Ausserdem bestreitet die Beklagte, dass dieser Brief jemals versendet wurde, bzw. angekommen ist<sup>10</sup>.
- <sup>8</sup> Aus dem Übernahmevertrag zwischen der Beklagten und der Bibite AG geht zudem klar hervor, dass sie die Aktiven sowie die Passiven nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR übertragen wollten. Die Klägerin bestreitet deshalb, dass eine rechtsgültige Vermögensübernahme zwischen der Beklagten und der Bibite AG zustande gekommen ist.

---

<sup>5</sup> BSK FusG- TSCHÄNI/PAPA Art. 181 OR N 6.

<sup>6</sup> KUKO OR-TSCHÄNI, Art. 175 N 1.

<sup>7</sup> KUKO OR-TSCHÄNI, Art. 176 N 4.

<sup>8</sup> Kursive Hervorhebung wurde hier vom Verfasser zur Verdeutlichung eingefügt.

<sup>9</sup> Kursive Hervorhebung wurde hier vom Verfasser zur Verdeutlichung eingefügt.

<sup>10</sup> Vergleiche ausführliche Argumentation Punkt XXX.

### 2.3.2. Eventualiter: Übernahme von vertraglichen Dauerschuldverhältnissen

- <sup>9</sup> Die Schuldübernahme bei Dauerschuldverhältnissen kann weder gestützt auf Art. 181 Abs. 1 OR noch auf Art. 175 ff. OR vorgenommen werden, da dafür gem. h.L. eine Vertragsübernahme erforderlich ist<sup>11</sup>. Sie folgt somit den allgemeinen Grundsätzen der externen Schuldübernahme<sup>12</sup>.
- <sup>10</sup> Um Dauerschuldverhältnisse rechtsgeschäftlich zu übertragen und somit eine Vertragspartei auszuwechseln, bedarf es der Erfüllung einer der drei nachfolgenden Tatbestände:
- a.) Die Übertragung erfolgt problemlos, wenn im Vertrag eine entsprechende Befugnis vorbehalten ist.<sup>13</sup> Der DV zwischen der Beklagten und der Klägerin enthält keine solche Befugnis. Vielmehr müssen Vertragsänderungen gemäss Art. 20 Abs. 2 DV in Schriftform vorgenommen und von beiden Parteien unterzeichnet werden.
  - b.) Es besteht die Möglichkeit, einen Vertrag sui generis zwischen allen drei, d.h. der verbleibenden, der neu eintretenden und der ausscheidenden Partei, abzuschliessen<sup>14</sup>. Es handelt sich dabei um einen sog. tripartiten Vertrag.<sup>15</sup> Da aber nur ein Vertrag zwischen der Beklagten und der Bibite AG vorliegt, von dem die Klägerin ausgeschlossen ist, kann das Vorliegen eines tripartiten Vertrages verneint werden.
  - c.) Es wird ausserdem als rechtsgültig anerkannt, wenn die verbleibende Vertragspartei nachträglich einen von der ausscheidenden und der neu eintretenden Partei geschlossenen Vertrag genehmigt.<sup>16</sup>
- <sup>11</sup> I.c. haben die Beklagte und die Bibite AG in Punkt 5.2.1. des Übernahmevertrags vereinbart, dass sie die bisherigen Vertragspartner gemeinsam über die Übernahme der Vertriebsabteilung informieren und „um ihre Zustimmung zur Vertragsübertragung an die Bibite AG ersuchen.“
- <sup>12</sup> Ein solches Ersuchen hat gemäss der Beklagten durch einen Serienbrief anfangs Juni 2005 stattgefunden. Wie aus der schriftlichen Zeugenaussage von Herrn Jürgen Kölle zu entnehmen ist, bestreitet er, jemals diesen Brief erhalten zu haben<sup>17</sup>. Zwar behauptet die Beklagte mittels schriftlicher Zeugenaussage von Frau Karin Strasser, dass die Adresse der Klägerin in der mit dem Verteiler verbundenen Datenbank gespeichert sei, wodurch der Serienbrief an-

---

<sup>11</sup> KELLER/SCHÖBI IV S. 92; ZK-SPIRIG Art. 181 N 41; a. M. BSK OR I-TSCHÄNI Art. 181 N 9.

<sup>12</sup> KELLER/SCHÖBI OR AT IV S.92.

<sup>13</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT II N 3548.

<sup>14</sup> BUCHER OR AT §32/VI S.592 ff.

<sup>15</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT II N 3547.

<sup>16</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT II N 3548.

<sup>17</sup> K13, Punkt 3.

fangs Juni 2005 automatisch an die Klägerin hätte verschickt werden sollen<sup>18</sup>. Es liegen jedoch keinerlei konkrete Beweise dafür vor, dass der Brief tatsächlich versendet wurde oder bei der Klägerin eingegangen ist. Auch die Aussage von Frau Strasser, sie „könne sich nicht vorstellen, dass die Klägerin nicht angeschrieben wurde“, ist nicht beweiskräftig.

- <sup>13</sup> Herr Meier, CEO der Bibite AG, erklärte gegenüber Herrn Kölle im Oktober 2005 anlässlich der Marketingbudget-Besprechung, dass er nun zwar für die Bibite AG tätig sei, dass sich für die Klägerin aber nichts ändern werde (K13). Dadurch durfte die Klägerin nach wie vor der Auffassung sein, dass ihre Vertragspartnerin die Beklagte sei. Des Weiteren blieben die Kontaktadressen und -personen unverändert. Im Schreiben vom 7. Mai 2006 (B3) bezieht sich Herr Meier auf „unseren Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004“, weshalb die Klägerin davon ausging, dass es sich um dieselbe Vertragspartei, also die Beklagte, handelte. Der geänderte Briefkopf liess die uninformierte Klägerin allenfalls auf konzerninterne Änderungen schliessen. Dass die Klägerin nicht um die Vertragsübernahme wusste, wird zusätzlich dadurch bestätigen, dass sie im Briefverkehr nach wie vor die Beklagte als Empfängerin und die Bibite AG unter „care of“ anfügte. Diese Vorgehensweise wurde aber von der Beklagten erst im April 2008 gerügt, fast drei Jahre nach Übernahme der Vertriebsabteilung.

Somit zeigte sich, dass die Klägerin in keiner Weise von der Vertragsübernahme durch die Bibite AG Kenntnis genommen.

- <sup>14</sup> Selbst wenn das Schreiben bei der Klägerin eingetroffen wäre, so ist der im Serienbrief enthaltene Zusatz, dass die Beklagte ohne Gegenbericht des Adressierten von einer stillschweigenden Annahme ausgeht, unwirksam<sup>19</sup>. Die Beklagte unterstellt der Klägerin eine Genehmigung der Vertriebsabteilungsübernahme, indem sie ihr Schweigen als Annahme deutet. Möglich ist dies gemäss Art. 6 OR aber nur, „wenn für den Empfänger des Antrages, nach vorheriger Verabredung oder nach Treu und Glauben eine Antwortpflicht besteht“<sup>20</sup>.
- <sup>15</sup> Zwischen der Beklagten und der Klägerin liegt aber weder eine derartige schriftliche Abmachung vor, noch muss sich die Klägerin eine stillschweigende Annahme aufgrund von Treu und Glauben entgegen halten lassen. Auch wenn die Beklagte ankündigt, dass sie ein allfälliges Schweigen als Annahme werten werde, ist dieses dennoch nicht automatisch als Annahmeerklärung zu qualifizieren<sup>21</sup>. Nach Art. 6 OR gilt schweigen auf einen Antrag nur dann als Annahme, wenn es in der besonderen Natur des Geschäftes liegt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Geschäft dem Empfänger nur Vorteile beschert<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> B2, Punkt 3 und 4.

<sup>19</sup> KOLLER OR AT I N 99.

<sup>20</sup> VON TUHR/PETER, S. 188 f.

<sup>21</sup> VON TUHR/PETER, S. 189.

<sup>22</sup> KUKO OR – WIEGAND, Art. 6 N 5.

- <sup>16</sup> I. c. bringt das vorliegende Geschäft der Klägerin auch Verpflichtungen. Somit sind die Vorschriften des Art. 6 OR nicht erfüllt.

## **2.4. Fazit**

- <sup>17</sup> Zusammenfassend steht somit fest, dass weder der Vermögensübergang von der Beklagten auf die Bibite AG noch die damit verbundene Vertragsübernahme rechtsgültig vollzogen wurden.
- <sup>18</sup> Folglich ist die Bibite AG nicht Vertragspartei geworden und die Pflichten aus dem Distributionsvertrag gegenüber der Klägerin verblieben bei der Beklagten. Bezüglich der Schiedsklausel Art. 19 Abs. 2 DV gilt, dass solche sog. Nebenrechte nur gegenüber dem neuen Gläubiger geltend gemacht werden können<sup>23</sup>. Da i.c. jedoch, wie aus obigen Ausführungen hervorgeht, keine solche Schuldübernahme stattgefunden hat, verbleibt die Schiedsklausel zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien, also der Beklagten und der Klägerin. Daraus ergibt sich, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig ist.

## **3. Passivlegitimation der Beklagten**

---

### **3.1. Ausgangslage**

- <sup>19</sup> Die Beklagte bestreitet in ihrer Einleitungsantwort ihre Passivlegitimation und die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes auf Grund des Übernahmevertrages, bei welchem nach der Ansicht der Beklagten die Schiedsklausel auf die Bibite AG gültig übergegangen sei.

### **3.2. Schiedsfähigkeit**

- <sup>20</sup> Die Passivlegitimation ist eine von zwei Komponenten der Schiedsfähigkeit. Um zu beurteilen, ob eine Partei schiedsfähig i.S.v. Kapitel 12 IPRG ist, ist grundsätzlich getrennt zu prüfen, ob sie passivlegitimiert und parteifähig ist.

#### **3.2.1. Sachlegitimation**

- <sup>21</sup> Sachlegitimiert ist, wer gültig an den Hauptvertrag gebunden ist. In KS 1 wurde abschliessend beschrieben, dass nach wie vor die Beklagte und nicht, wie von der Beklagten behauptet, die Bibite AG Vertragspartner der Klägerin ist<sup>24</sup>. Somit ist die Beklagte auch sachlegitimiert. Da die Sachlegitimation der Beklagten bejaht werden kann, ist ihre Schiedsfähigkeit gegeben. Die Beklagte ist folglich passivlegitimiert.

---

<sup>23</sup> BSK OR I-TSCHÄNI Art. 178 N1.

<sup>24</sup> Vgl. oben Punkt 2.4, Rz. 18.

## 4. Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

---

### 4.1. Ausgangslage

- <sup>22</sup> Art. 2 Abs. 1 DV räumt der Klägerin das ausschliessliche Recht ein, das Produkt nach Massgabe des Vertrages zu vertreiben. Gemäss Art. 3 Abs. 1 DV erhält die Klägerin damit das ausschliessliche Vertriebsrecht für das Gebiet der BRD. Nach Art. 3 Abs. 2 DV bedeutet dies, dass die Beklagte weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einräumen noch selbst direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt eingehen darf.
- <sup>23</sup> Am 8. Juni 2006 schloss die Beklagte jedoch mit der PLL Beer SA einen Distributionsvertrag über das Gebiet Polen. In diesem vereinbarte sie mit der PLL Beer SA einen Einkaufspreis von 0.62 EUR pro Flasche. Dieser lag damit um 0.10 EUR bzw. um 14% unter dem Preis, welchen die Klägerin für die Produkte bezahlen musste<sup>25</sup>. Nach dem Preisnachlass betrug der Unterschied immer noch 0.05 EUR bzw. 7.5%.
- <sup>24</sup> Diese Preisdifferenz führte zu einer Überschwemmung des Vertragsgebiets mit Parallelimporten aus Polen. Nachdem die Beklagte der Klägerin nach der ersten Rüge noch einen Nachlass auf den Einkaufspreis gewährt hatte (K3), stellte sie sich nach der zweiten Rüge auf den Standpunkt, dass sie keine vertragliche Pflicht trafe, der Klägerin ähnliche oder gar gleiche Einkaufskonditionen wie dem polnischen Abnehmer zu bieten (K5). Der Klägerin erwuchs in der Folge als Resultat des Verhaltens der Beklagten ein Schaden in Millionenhöhe.
- <sup>25</sup> Die Beklagte ist zwar grundsätzlich frei zu entscheiden, mit wem sie Verträge eingehen und welche Konditionen sie ihren Vertragspartnern bieten will. Durch die Preisdifferenz, welche sie der PLL Beer SA gewährt hat, hat sie jedoch den schon zuvor bestehenden Distributionsvertrag mit der Klägerin verletzt. Der von der Beklagten als Rechtfertigung für ihre Preisgestaltung angeführte Kaufkraftunterschied vermag die Preisdifferenz nicht zu rechtfertigen, da die Beklagte durch den bereits bestehenden Distributionsvertrag verpflichtet ist, das Exklusivrecht<sup>26</sup> der Klägerin zu wahren. Ob die Beklagte deshalb anderweitig eingegangene vertragliche Verpflichtungen nicht einhalten kann, ist nach dem Grundsatz ‚pacta sunt servanda‘ nicht relevant.

### 4.2. Auslegung des Exklusivrechts

- <sup>26</sup> Im vorliegenden Fall ist der Inhalt des ausschliesslichen Vertriebsrechts umstritten. Er ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln. Zunächst ist gemäss Art. 18 OR der tatsächliche über-

---

<sup>25</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 DV.

<sup>26</sup> Synonym für „ausschliessliches Vertriebsrecht“.

einstimmende Wille der Parteien massgebend. Ist dieser nicht mehr zu rekonstruieren, wird der Inhalt nach dem mutmasslichen Parteiwillen ausgelegt<sup>27</sup>.

#### **4.2.1. Auslegung nach tatsächlichem Parteiwillen**

<sup>27</sup> Beim wirklichen Willen handelt es sich um eine innere Tatsache, welche nicht direkt bewiesen werden kann. Er ist deshalb mittels Indizien zu ergründen<sup>28</sup>.

Die Klägerin beanstandete die Parallelimporte zum ersten Mal in ihrem Brief vom 12. August 2006 (K2). Sie stellte in diesem Schreiben fest, dass die massiv günstigeren Bedingungen, welche dem polnischen Abnehmer gewährt worden waren, zu einer Verletzung des der Klägerin zugesicherten ausschliesslichen Vertriebsrechts geführt hatten. Dies anerkannte die Beklagte in der Antwort vom 10. September 2006 ausdrücklich und versicherte, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu wollen und die Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts zu unterbinden.

<sup>28</sup> Dies zeigt, dass auch die Beklagte der Auffassung war, dass es sich bei den von ihr durch die Gewährung des Preisnachlasses verursachten Parallelimporten um eine Verletzung des Exklusivrechts handelte.

#### **4.2.2. Eventualiter: Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen**

<sup>29</sup> Bei der Auslegung nach dem mutmasslichen Parteiwillen müssen die Erklärungen und das Verhalten der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden; es ist also davon auszugehen, wie eine Erklärung nach gutem Glauben und der Gesamtheit der Umstände hat verstanden werden dürfen<sup>29</sup>. Entscheidend ist weiter, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten<sup>30</sup>. Das Gebot von Treu und Glauben wird somit zum Massstab der objektivierten Vertragsauslegung und konkretisiert damit die einzelnen Vertragspflichten<sup>31</sup> - so auch die Pflicht zur Gewährleistung des ausschliesslichen Vertriebsrechts.

Aus Art. 2 Abs. 1 ZGB leitet sich die Loyalitätspflicht der Parteien ab, welche diese dazu anhält, jegliches Verhalten zu unterlassen, welches den Vertragszweck oder die Leistungserbringung beeinträchtigen könnte<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> I.c. besteht der Vertragszweck darin, einen möglichst hohen Absatz der Vertragsprodukte im Vertriebsgebiet zu erreichen. Die Parallelimporte haben zu einem Absatzeinbruch bei den von

---

<sup>27</sup> HUGUENIN OR AT, Seite 41 N262, Seite 42 N264.

<sup>28</sup> HUGUENIN OR AT, Seite 42 N263 ; BUCHER OR AT, Seite 181 ; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 12.

<sup>29</sup> BGE 129 III 118, Seite 122.

<sup>30</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT I, Seite 273 N 1201.

<sup>31</sup> BGE 114 II 57, Seite 65 ; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 1 und N 11.

<sup>32</sup> BGE 114 II 57, Seite 66, wonach auch Unterlassungspflichten als vertragliche Nebenpflichten aus Art. 2 ZGB fliessen können ; HAUSHEER/JAUN, Seite 123 N 61 ; BGE 113 II 246, Seite 247.

der Klägerin vertriebenen Produkten geführt, welcher durch den Vertragschluss der Beklagten mit der PLL Beer SA verursacht wurde, weil die Beklagte der letzteren massiv günstigere Einkaufskonditionen als der Klägerin gewährt hatte. Die dem polnischen Abnehmer gewährten Einkaufspreise laufen damit dem Zweck des Vertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten entgegen und verstossen damit gegen die Loyalitätspflicht, welche nach der objektivierte Auslegung im Exklusivrecht enthalten ist.

- <sup>31</sup> Die Beklagte behauptet zwar sinngemäss, dass die unterschiedlichen Einkaufspreise nicht dem Vertragszweck zuwiderlaufen, da die Klägerin nach der gewährten Preisreduktion selbst in der Lage gewesen sei, Parallelimporte unattraktiv zu machen (K5). Die Klägerin hatte jedoch keine Chance, ihre Produkte kostendeckend zu verkaufen, wenn sie die Parallelimporte aus Polen konkurrieren wollte. So bezahlt die Klägerin nicht nur einen höheren Preis pro Flasche, auch trifft sie aus Art. 4 Abs. 3 und 4 DV die vertragliche Pflicht, eine aufwendige Vertriebsinfrastruktur beziehungsweise einen grossen Lagerbestand zu unterhalten. Die Behauptung der Beklagten trifft damit nicht zu.

#### **4.2.3. Verschulden der Beklagten – Scheitern der Exkulpation**

- <sup>32</sup> Gemäss der Präambel des Distributionsvertrags ist die Beklagte eine international tätige Gruppengesellschaft, welche die Drinks produziert und weltweit vertreibt. Damit brachte die Beklagte genug Erfahrung im internationalen Handel mit, um im Zeitpunkt des Vertragschlusses mit der PLL Beer SA Parallelimporte in diesem Ausmass voraussehen zu können.

#### **4.2.4. Zwischenfazit**

- <sup>33</sup> Die Preisgestaltung der Beklagten verletzt das in Art. 2 Abs. 1 DV vereinbarte Exklusivrecht, weil die Preisgestaltung der Beklagten weder nach tatsächlichem noch nach mutmasslichem Parteiwillen mit dem Inhalt des Exklusivrechts vereinbart werden kann.

### **4.3. Nichtanwendbarkeit von Art. 8 Abs. 3 DV**

- <sup>34</sup> Es stellt sich die Frage, ob die beanstandeten Parallelimporte bereits durch Art. 8 Abs. 3 DV geregelt sind und damit eben gerade keine Vertragsverletzung vorliegt. In Art. 8 Abs. 3 DV haben die Parteien vereinbart, dass sie bei der jährlichen Festsetzung der minimalen Verkaufszahlen dem Phänomen von Parallelimporten Rechnung tragen würden. Daraus ergibt sich, dass beide Parteien mit einer gewissen Anzahl von Parallelimporten gerechnet haben und sich einig waren, dass man diesen nicht durch einen Preisnachlass, sondern durch Reduktion der Minimalverkaufszahlen begegnen werde. Ob Art. 8 Abs. 3 DV auch die durch die Klägerin beanstandeten Parallelimporte regelt, muss durch Auslegung der Bestimmung nach tatsächlichem und mutmasslichem Parteiwillen ermittelt werden.

### **4.3.1. Auslegung von Art. 8 Abs. 3 DV nach tatsächlichem Parteiwillen**

<sup>35</sup> Der tatsächliche Parteiwillen wird mittels Indizien wie dem Partieverhalten, der den Parteien zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bekannten Umständen und der Systematik des Gesamtvertrages eruiert<sup>33</sup>. Die Beklagte hat nach der ersten Beanstandung der Parallelimporte (K2) die Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts eingestanden (K3), was zeigt, dass auch ihrer Auffassung nach die von der Klägerin gerügten Parallelimporte nicht unter Art. 8 Abs. 3 DV fallen.

### **4.3.2. Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen**

<sup>36</sup> Eventualiter lässt sich der Schluss, dass sich die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Parallelimporte nicht unter Art. 8 Abs. 3 DV subsumieren lassen, auch auf die Auslegung nach dem mutmasslichem Parteiwillen stützen. Gemäss Vertrauensprinzip werden dabei die Willenserklärungen der Parteien so ausgelegt, wie sie von einem vernünftig und redlich handelnden Dritten nach Wortlaut, Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden dürfen und müssen<sup>34</sup>. Weiter muss der mutmassliche Parteiwille auf ein sachgerechtes, angemessenes Ergebnis gerichtet sein, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben<sup>35</sup>.

<sup>37</sup> Keine vernünftig und redlich handelnde Partei mit wirtschaftlicher Ausrichtung hätte sich auf einen Vertragsinhalt eingelassen, wonach sie von der Vertragspartnerin verursachte Parallelimporte zu dulden hätte, würde so doch das Exklusivrecht als ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages untergraben. Ebenso unsachgerecht wäre es, auf Parallelimporte in diesem Ausmass mit einer Anpassung der Minimalverkaufszahlen zu reagieren. Dies wäre nicht im Sinne der Parteien, da der Profit der Beklagten direkt vom Umsatz der Klägerin abhängt. Art. 8 Abs. 3 DV ist somit weder nach tatsächlichem noch nach mutmasslichem Parteiwillen auf die gerügten Parallelimporte anwendbar.

## **4.4. Fazit**

<sup>38</sup> Wie bereits in KS 3.2.4 festgestellt, hat die Beklagte durch den Vertragsschluss mit der PLL Beer SA ihre Pflicht zur Gewährleistung des ausschliesslichen Vertriebsrechts verletzt. Die Beklagte hat diese Verletzung ausdrücklich eingestanden. Weiter ist Art. 8 Abs. 3 DV nicht anwendbar.

---

<sup>33</sup> HUGUENIN OR AT, Seite 44, vgl. KS 4.2.1.

<sup>34</sup> BGE 122 III 420, Seite 424 ; BGE 121 III 118, Seite 123.

<sup>35</sup> BGE 126 III 119, Seite 121 ; BGE 122 III 420, Seite 424 ; BGE 117 II 609, Seite 621 ; HUGUENIN OR AT, Seite 42 N 265.

## 5. Verletzung der Lieferpflicht

---

### 5.1. Ausgangslage

<sup>39</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 5 DV ist die Beklagte nur im Falle eines Zahlungsverzugs der Klägerin befugt, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Tatsache ist, dass die Rechnungen vom 1. Februar 2008 grundsätzlich bis spätestens am 1. April 2008 hätten bezahlt werden müssen<sup>36</sup>. Die daraus abzuleitenden Folgen sind jedoch strittig.

### 5.2. Nichteintreten des Verzugs gestützt auf Art. 82 OR

<sup>40</sup> Es ist trotz der versäumten Zahlungsfrist fraglich, ob die Beklagte berechtigt war, am 10. April von der Klägerin die Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Nach Art. 82 OR ist eine Partei berechtigt, eine an sich fällige Forderung nicht zu begleichen, bis die Gegenpartei ihrer Leistungspflicht nachgekommen ist bzw. ihre Leistung gehörig angeboten hat. Eine auf Art. 82 OR gestützte Leistungsverweigerung hindert den Eintritt des Verzuges bzw. hebt ihn auf<sup>37</sup>. Damit hätte die Beklagte kein Recht gehabt, für Lieferungen Vorauszahlung zu verlangen. Es ist deshalb zu klären, ob sich die Klägerin auf Art. 82 OR berufen konnte.

#### 5.2.1. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR

<sup>41</sup> Wie in KS 4 dargelegt wurde, ist die Beklagte seit geraumer Zeit ihrer Pflicht nicht nachgekommen, das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin zu gewährleisten. Sie hat damit ihre Hauptleistungspflicht des Leistungspaares ausschliessliches Vertriebsrecht / Verkaufsförderungspflicht<sup>38</sup> nicht erbracht.

<sup>42</sup> Damit der Klägerin ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen würde, muss nach herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich ein synallagmatischer Vertrag vorliegen. Ausserdem müssen die betroffenen Leistungen zueinander in einem Austauschverhältnis stehen<sup>39</sup>. Dies ist i.c. nicht der Fall: Die betroffenen Leistungen – Exklusivrecht und Zahlungspflicht für die Lieferungen – gehören zwei verschiedenen Leistungspaaren an. Das Bundesgericht lehnt grundsätzlich eine solche Leistungsverweigerung „übers Kreuz“ ab. Dennoch gibt es viele Argumente, die eine derartige Anwendung von Art. 82 OR stützen würden.

---

<sup>36</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 5 DV.

<sup>37</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT II, Seite 108 N 2665; BGE 68 II 220, Seite 227.

<sup>38</sup> Im Folgenden „Exklusivität / Verkaufsförderung“.

<sup>39</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT II, Seite 27 N 2214; VON TUHR/ESCHER, Seite 63; BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Art. 82 N 5; ZBJV 2006, Seite 338; BGE 84 II 149, Seite 150; LGVE 1982 I Nr. 9, Seite 21.

<sup>43</sup> Die strikte Befolgung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung würde im konkreten Fall bedeuten, dass bei Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts die einzig mögliche Gegenmassnahme in der Unterlassung der Verkaufsförderungspflicht bestünde<sup>40</sup>.

Diese restriktive Anwendung von Art. 82 OR wäre i.c. nicht zweckmässig: Die beiden Leistungspaare können nicht voneinander getrennt betrachtet werden, da das Leistungspaar Exklusivrecht / Verkaufsförderung einerseits und das Leistungspaar Lieferung der Ware / Bezahlung und Abnahme<sup>41</sup> andererseits beide auf denselben Zweck – möglichst hoher Absatz der Produkte im Vertriebsgebiet - gerichtet sind. Mehr noch, das Leistungspaar Exklusivität / Verkaufsförderung würde ohne das Leistungspaar Lieferung / Bezahlung jeglichem Sinn und Zweck entbehren. Auch würde eine Leistungsverweigerung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Interessen beider Parteien zuwiderlaufen:

<sup>44</sup> Der Klägerin stünde als Reaktion auf das Verhalten der Beklagten als einzige Option offen, ihre Verkaufsförderungspflicht zu vernachlässigen. Die unvermeidbare Folge daraus wäre ein sinkender Umsatz, womit keiner der Parteien gedient wäre. I.c. ist deshalb die Zulassung der Leistungsverweigerung übers Kreuz angemessener.<sup>42</sup>

<sup>45</sup> So wird das Leistungsverweigerungsrecht des Art. 82 OR allgemein gerade „durch die Abhängigkeit (zumindest zweier) aufeinander bezogener Leistungspflichten, die der ‚Korrespondenz der Bedürfnislagen‘ erwachsen sind“<sup>43</sup>, also durch die Zweckverknüpfung zweier Leistungspflichten, begründet.

<sup>46</sup> Diese Zweckverknüpfung ist aber auch bei den beiden vorliegenden Synallagma und damit auch bei ihren einzelnen Hauptleistungspflichten gegeben. I.c. besteht das gemeinsame Ziel in einem möglichst hohen Absatz im Vertragsgebiet. Dieses Ziel kann weder durch das eine noch durch das andere Synallagma allein verwirklicht werden. Es sind deshalb keine Gründe ersichtlich, weshalb das Leistungsverweigerungsrecht von Art. 82 OR beim Vorliegen des vorausgesetzten Finalnexus<sup>44</sup> nicht auch auf ein Doppelsynallagma ausgedehnt werden soll, wo doch die dogmatische Rechtfertigung von Art. 82 OR – der Finalnexus - sowohl bei der herkömmlichen Handhabung von Art. 82 OR als auch bei der Ausdehnung auf ein Doppelsynallagma dieselbe bleibt.

---

<sup>40</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID OR AT II, N 2223; BGE 107 II 222, Seite 223; BGE 78 II 32, Seite 34.

<sup>41</sup> Im Folgenden „Lieferung / Bezahlung“.

<sup>42</sup> Es gibt zahlreiche Lehrmeinungen, die eine solche Leistungsverweigerung übers Kreuz im Endresultat befürworten, dies dogmatisch allerdings unterschiedlich begründen; vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 ff. N 78; ZBJV-BÄR, Seite 264; SPR-SCHLUEP, Seite 847.

<sup>43</sup> Berner Kommentar, OR 82 N 5; VON BÜREN, Seite 177.

<sup>44</sup> Finalnexus: Zweckverknüpfung; lat. finis = Ziel, Zweck; nexus = Verknüpfung.

### **5.2.2. Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts**

<sup>47</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Einrede nach Art. 82 OR zur Verweigerung der Leistung nicht bloss ausdrücklich, sondern auch sinngemäss erhoben werden<sup>45</sup>. Die Beklagte hat nach KS 4 das Exklusivrecht der Klägerin verletzt. Unter der Berücksichtigung der bis anhin einwandfreien Zahlungsmoral der Klägerin war ihr Verhalten, plötzlich die Zahlung zurückzubehalten, somit als sinngemässe Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu werten. Die Klägerin hat damit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.v. Art. 82 OR geltend gemacht, womit der Verzug nicht eingetreten ist. Die Beklagte war folglich nicht nach Art. 5 Abs. 5 DV berechtigt, nur noch gegen Vorauszahlung zu liefern.

### **5.3. Neuregelung der Vorauszahlung**

<sup>48</sup> Im Sinne einer Eventualargumentation stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass der Verzug, auch wenn er eingetreten sein sollte, aufgrund der Annahme des Kompromissvorschlages der Beklagten irrelevant geworden ist.

<sup>49</sup> Im Brief vom 16. April 2008 (K9) hat die Beklagte der Klägerin folgenden Vorschlag unterbreitet: Sollte die Klägerin unverzüglich sämtliche ausstehenden Forderungen für Lieferungen bezahlen, werde die Beklagte ihre Entscheidung, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen, aufheben. In ihrer brieflichen Antwort vom 21. April 2008 (K10) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie auf diesen Vorschlag eintrete und die von der Beklagten geforderte Bezahlung getätigt habe. Die Parteien haben damit eine Vertragsanpassung i.S.v. Art. 20 Abs. 1 DV geschlossen, welche die Liefermodalitäten bezüglich der im vorliegenden Fall in Frage stehenden Lieferungen und deren Bezahlung neu regelt.

#### **5.3.1. Voraussetzungen der Vertragsanpassung**

<sup>50</sup> Gemäss Art. 20 Abs. 1 DV soll der Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 die gesamte Vereinbarung der Parteien in Bezug auf den Gegenstand dieser Vereinbarung darstellen. Daraus geht hervor, dass sämtliche im Vertrag angesprochenen Punkte, worunter auch die Zahlungsbedingungen fallen, einzig durch den Distributionsvertrag geregelt sein sollen. Jede neue Vereinbarung bezüglich eines Vertragspunktes wird damit Bestandteil des ursprünglichen Distributionsvertrages, sofern die formellen Anforderungen nach Art. 20 Abs. 1 DV und die allgemeinen Voraussetzungen des Vertragschlusses erfüllt sind.

<sup>51</sup> Eine Vertragsanpassung setzt also den Austausch von übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR voraus. I.c. stellt der Brief der MultiDrink Holding

---

<sup>45</sup> BGE 127 III 199, Seite 200 ; BGE 123 III 16, Seite 20.

AG vom 16. April 2008 (K9) den Antrag und die Antwort der Klägerin vom 21. April 2008 (K10) die Annahme dar. Art. 20 Abs. 1 DV schreibt vor, dass sämtliche Vertragsmodifikationen schriftlich zu erfolgen haben und von beiden Parteien zu unterzeichnen sind. Gemäss Art. 16 Abs. 2 OR gelten für eine Abrede auf schriftliche Form, welche ohne nähere Bezeichnung erfolgt, die Erfordernisse der gesetzlichen Schriftlichkeit gemäss Art. 13 ff. OR. Zur Erfüllung der Schriftform ist keine Urkundeneinheit erforderlich; es genügt bereits ein Briefwechsel<sup>46</sup>. Da beide Parteien ihre Briefe i.S.v. Art. 14 Abs. 1 OR eigenhändig unterzeichnet haben, ist die Vertragsanpassung formgültig vereinbart worden.

- 52 Die Klägerin durfte davon ausgehen, dass sie die Vertragsanpassung mit einem Berechtigten vereinbart hatte, da der Rechtsdienst der MultiDrink Holding AG als Bevollmächtigter der Beklagten auftrat, diese davon Kenntnis hatte und somit zumindest eine Duldungsvollmacht vorlag<sup>47</sup>.

### **5.3.2. Erfüllung der Kompromissvereinbarung durch die Klägerin**

- 53 Die Klägerin ist, indem sie am 21. April 2008 (K10) ihre ausstehenden Rechnungen beglichen hat, ihrem Teil der Vereinbarung nachgekommen. Daran tut der Umstand keinen Abbruch, dass die Klägerin die Zahlungen mit ihrer Forderung für die Marketingaufwendungen verrechnet hat, da diese Verrechnung gerechtfertigt war<sup>48</sup>. Die Beklagte könnte die Verrechnung als treuwidrig bezeichnen und damit vorbringen, die Vereinbarung sei nicht gehörig erfüllt worden. Das Ausnutzen einer Verrechnungslage ist jedoch nie rechtsmissbräuchlich, sofern der Gläubiger kein besonderes Interesse an der Realleistung hat, was i.c. nicht ersichtlich ist<sup>49</sup>.
- 54 Weiter sind nach dem Standpunkt der Beklagten die CHF 550.- für Weihnachtskarten nicht geschuldet. Deshalb könnte sie anführen, dass die Klägerin einen zu hohen Betrag verrechnet habe und damit ihrem Teil der Vereinbarung nicht nachgekommen sei. Die CHF 550.- stehen jedoch in keinem Verhältnis zu der gesamten Marketingforderung von CHF 80'900.-. Es wäre seitens der Beklagten rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB, wenn sie die Erfüllung der Vereinbarung durch die Klägerin wegen den fehlenden CHF 550.- als gescheitert betrachten würde<sup>50</sup>. Die Beklagte hat damit ihren Teil der Vereinbarung erfüllt.

### **5.3.3. Nichterfüllung der Vereinbarung durch die Beklagte**

- 55 In ihrem Brief vom 25. April 2008 stellt die Beklagte ausdrücklich klar, dass sie der Klägerin weiterhin nur gegen Vorauszahlung liefern und sich damit nicht an die Vereinbarung halten

---

<sup>46</sup> GAUCH/SCHLUEP OR AT I, Seite 93 N 507.

<sup>47</sup> HUGUENIN OR AT, Seite 175 N 1125 ; BGE 120 II 197, Seite 201 ; BGer 5C.244/2002, E.3.2.2.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 120 OR.

<sup>49</sup> GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Seite 353 N 1 ; Pra 2003, Seite 149, BGer 4C.96/2002, E.1.

<sup>50</sup> BSK ZGB I - HONSELL, Art. 2 N 41 ; BGE 38 II 459, Seite 464, wonach ein solches Handeln allerdings als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB gewertet wird.

werde. Die Beklagte hat damit die vertragliche Ergänzung zur Lieferungsabwicklung nicht eingehalten und daher vertragswidrig Vorauszahlung verlangt.

#### **5.4. Fazit**

- <sup>56</sup> Die Klägerin durfte und hat ihre Bezahlung gestützt auf Art. 82 OR zurückbehalten, was den Eintritt des Verzugs verhinderte. Zusätzlich hat die Beklagte die vereinbarte vertragliche Anpassung bezüglich der Lieferungsmodalitäten nicht eingehalten. Die Beklagte hat somit vertragswidrig Vorauszahlung verlangt und damit ihre vertragliche Lieferpflicht verletzt.

## **6. Kündigung aus wichtigem Grund**

---

### **6.1. Ausgangslage**

- <sup>57</sup> Art. 13 Abs. 1 DV berechtigt die Vertragsparteien bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung. Ein solcher besteht gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a DV unter anderem in der Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung, wenn diese innert zehn Tagen nach Abmahnung noch immer fortgesetzt wird.

### **6.2. Verletzung der vertraglichen Lieferpflicht**

#### **6.2.1. Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung**

- <sup>58</sup> Wie in KS 5 dargelegt, hat die Beklagte ihre vertragliche Lieferpflicht verletzt, indem sie vertragswidrig Vorauszahlung verlangt hat. Die Lieferpflicht stellt die Hauptleistungspflicht der Beklagten im synallagmatischen Vertrag Lieferung / Bezahlung dar<sup>51</sup>. Damit handelt es sich bei der Lieferpflicht um eine objektiv wesentliche Vertragsbestimmung, welche durch die Beklagte verletzt wurde.

#### **6.2.2. Abmahnung**

- <sup>59</sup> Für die Entstehung des Kündigungsrechts ist gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a DV erforderlich, dass die verletzte Partei die Verletzung abmahnt und dass diese weitere zehn Tage nach Abmahnung immer noch durch die Gegenseite fortgesetzt wird. Die Mahnung ist eine „an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt“<sup>52</sup>, setzt jedoch keine Kündigungsandrohung voraus. Die Klägerin hat in ihrem Brief vom 14. April 2008 (K8) die Beklagte ausdrücklich zur vertragsgemässen Lieferung angehalten, womit sie die Beklagte gebührend abgemahnt hat. Zehn Tage später stellte die Beklagte in ihrem Brief vom 25. April 2008 (K11) klar, dass sie weiterhin nur gegen Vor-

---

<sup>51</sup> Bei Innominatkontrakten gehören zumindest die von den Parteien zu erbringenden Leistungen zu den objektiv wesentlichen Punkten. Vgl. BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 23.

<sup>52</sup> BGE 129 III 535, Seite 541.

auszahlung liefern werde, was die Fortsetzung der Vertragsverletzung über die vertragliche Frist hinaus bekundet. Die Klägerin hat damit die Zehntagesfrist eingehalten.

### **6.2.3. Zwischenergebnis**

- 60 Die Beklagte hat eine wesentliche Vertragsbestimmung verletzt. Diese Verletzung wurde gehörig abgemahnt. Nichtsdestotrotz hat die Beklagte die Verletzung auch zehn Tage später noch fortgesetzt, womit ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV vorliegt.

## **6.3. Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrecht**

### **6.3.1. Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung**

- 61 Wie in KS 4 ausgeführt, hat die Beklagte das Exklusivrecht der Klägerin verletzt, welches eine Hauptpflicht des synallagmatischen Vertrages Exklusivität / Verkaufsförderung darstellt. Damit hat die Beklagte einen wesentlichen Vertragspunkt verletzt.

### **6.3.2. Abmahnung**

- 62 Die erste Beanstandung der Verletzung seitens der Klägerin erfolgte im Brief vom 12. November 2007 (K4). Damit besteht das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bereits seit dem 23. November. Daraufhin hat die Klägerin mehrmals erfolglos auf Einhaltung ihres ausschliesslichen Vertriebsrechts insistiert. Dass sie sich seit der ersten Abmahnung um eine Aufrechterhaltung des Vertrages bemüht hat, stellt keinen impliziten Verzicht auf das Kündigungsrecht dar, sondern manifestiert lediglich ihr aufrichtiges Interesse an einer gütlichen Einigung.

Die Klägerin hat somit die Vertragsverletzung ordnungsgemäss abgemahnt und auch die zehntägige Frist nach Art. 13 Abs. 2 lit. a DV eingehalten.

### **6.3.3. Zwischenergebnis**

- 63 Die Beklagte hat einen wesentlichen Vertragspunkt verletzt und ihr vertragswidriges Verhalten auch zehn Tage nach der Abmahnung nicht eingestellt. Damit liegt ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV vor.

## **6.4. Fazit**

- 64 Die vorliegenden wichtigen Gründe - Verletzung des Exklusivrechts sowie der Lieferpflicht - berechtigen die Klägerin zur sofortigen Kündigung, welche sie der Beklagten ordnungsgemäss per eingeschriebenem Brief zugestellt hat. Damit war die Vertragsauflösung rechtmässig.

## **7. Ersatz der Radiowerbungskosten für die Monate Mai bis Dezember 2008**

<sup>65</sup> Wie aus dem Sachverhalt und den obigen Ausführungen zu entnehmen ist<sup>53</sup>, hat die Klägerin den Distributionsvertrag aufgrund der Verletzung der Lieferpflicht sowie der vertraglich zugesicherten Exklusivität seitens der Beklagten aus wichtigem Grund aufgekündigt.

### **7.1. Ersatz für Radiowerbung wegen Verletzung des Distributionsvertrages**

<sup>66</sup> Leistungsstörungen in Dauerschuldverhältnissen werden als positive Vertragsverletzungen bezeichnet und fallen, da „jede Form der Vertragspflichtverletzung zumindest eine nichtgehörige Erfüllung darstellt“, unter den Tatbestand von Art. 97 Abs. 1 OR<sup>54</sup>. Durch diese Bestimmung kann nur das positive Interesse geltend gemacht werden<sup>55</sup>. Damit sie angewendet werden kann, muss ein Schaden vorliegen. Dieser wird als unfreiwillige Vermögensverminderung beschrieben und mittels der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und dem Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis festgestellt<sup>56</sup>.

<sup>67</sup> Im Oktober 2007 hatte sich die Klägerin durch die Erstellung des Marketingplans bereits vertraglich verpflichtet, Radiowerbung für die von ihr vertriebenen SHARP REQUIEM®-Produkte während des gesamten Jahres 2008 zu platzieren. Die Beklagte hatte sich im Gegenzug dazu verpflichtet, der Klägerin die budgetierten Marketingausgaben zu vergüten. Die dafür notwendigen Ausgaben wurden von der Klägerin aus Kostengründen und um die Interessen der Beklagten i.S.v. Art. 4 Abs. 5 DV zu wahren, en bloc, d.h. für ein gesamtes Jahr, getätigt. Durch die Kündigung des Distributionsvertrages wurde der Zweck der Radiowerbung hinfällig, da die Klägerin fortan keine Verwendung mehr für die verbleibende Werbezeit hatte. Nach Distributionsvertrag und auch nach Marketingbudget vom Oktober 2007 ist die Beklagte verpflichtet, die Kosten für Radiowerbung für die Monate Mai bis Dezember 2008 von EUR 160'000.- zu begleichen. Diese Kosten musste die Klägerin in der Folge nun selbst begleichen, woraus ihr ein Schaden in selbiger Höhe entstand.

<sup>68</sup> Zwar besagt Art. 14 Abs. 3 DV, dass die Klägerin Anspruch auf entgangenen Gewinn bis zum Zeitpunkt der nächstmöglichen ordentlichen Kündigung hat, falls die Beklagte für die Kündigung aus wichtigem Grund haftet, in dieser Bestimmung wird der Anspruch der Klägerin auf Ersatz von weiterem Schaden jedoch nicht wegbedungen.

---

<sup>53</sup> KS 5 sowie 6.

<sup>54</sup> KUKO OR-THIER, Art. 97 N 13 ; BSK-OR I WIEGAND Art. 97 OR N 2.

<sup>55</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38.

<sup>56</sup> KUKO OR-THIER, Art. 97 N 18.

Die Rechnung für Radiowerbung erfolgt nicht monatlich sondern quartalsweise, also letztmals am 8. Oktober 2008 und damit noch über einen Monat vor Ablauf der Kündigungsfrist. Die Beklagte kann folglich nicht geltend machen, dass sie im Falle eines Haftungsanspruchs nur den Betrag innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist, i.c. bis Ende November 2008, zu tragen habe.

- 69 Tatbestandsvoraussetzung ist des Weiteren auch ein natürlicher sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der nichtgehörigen Erfüllung und dem Schaden<sup>57</sup>. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die Pflichtwidrigkeit nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfiel<sup>58</sup>.

Wenn die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten wahrgenommen hätte, so hätte die Klägerin den DV nicht aus wichtigem Grund gekündigt oder kündigen können. Somit könnte die Klägerin die gebuchte Werbezeit nutzen und die Kosten dafür müssten von der Beklagten nach Massgabe des DV beglichen werden. Die natürliche Kausalität ist damit zu bejahen.

Ein adäquater Kausalzusammenhang ist dann gegeben, wenn die Pflichtwidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden in der Art des vorliegenden herbeizuführen<sup>59</sup>.

- 70 Wenn ein Vertragspartner gleich zwei Hauptleistungspflichten verletzt, ist es der anderen Partei nicht zumutbar, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Eine Kündigung ihrerseits ist darum lebensnah anzunehmen. Da unbefristete Alleinvertriebsverträge meist für eine längere Dauer konzipiert sind, kann es der Klägerin also nicht zum Nachteil ausgelegt werden, dass sie, im Vertrauen auf das Fortbestehen des Distributionsvertrages, die Radiowerbung für die gesamte Jahresdauer gebucht hat.
- 71 Es wird der Beklagten nicht möglich sein, den Exkulpationsbeweis zu erbringen, da die von ihr begangene positive Vertragsverletzung bereits als durch sie verschuldet deklariert wurde<sup>60</sup>. Die Klägerin ist in ihrem Vermögen so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre<sup>61</sup>. Die Beklagte ist deshalb zu verpflichten, der Klägerin den entstandenen Aufwand von EUR 160'000.- nebst Zinsen zu 5% zu ersetzen.

### **7.1.1. Vertrauensschaden**

- 72 Bisher verfahren beide Parteien bei Abwicklung der Marketingaktivitäten nach Massgabe von Art. 6 Abs. 2 DV, welcher besagt, dass die im Marketingplan budgetierten Kosten vorbehaltlos von der Beklagten übernommen werden. Die Klägerin hat auch in den Vorjahren die Ra-

---

<sup>57</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41.

<sup>58</sup> KUKO OR-THIER, Art. 97 N 19.

<sup>59</sup> KUKO OR-THIER, Art. 97 N 19.

<sup>60</sup> KS 4.4 sowie KS 5.4.

<sup>61</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 18.

diowerbung für das ganze Jahr en bloc gebucht, ohne dass die Beklagte Einwände erhoben hatte<sup>62</sup>. Der Marketingbericht wurde nie beanstandet und die Vergütung der Kosten erfolgte innert Wochenfrist. Die Klägerin buchte die Radiowerbung für das Jahr 2008 aufgrund dieser bisherigen Praxis wie gehabt en bloc. Sie durfte berechtigt darauf vertrauen, dass auch die Beklagte weiterhin nach bisherigem Vorgehen die Kosten vorbehaltlos vergüten würde, zumal der in Zusammenarbeit beider Parteien entstandene Marketingplan für das Jahr 2008 am 14. Oktober 2007 bereits genehmigt wurde. Die Beklagte hat dieses Vertrauen seitens der Klägerin durch ihre Weigerung, die Kosten zu vergüten, verletzt. Die Beklagte hat für den Vertrauensschaden der Klägerin aufzukommen. Diese sog. Vertrauenshaftung richtet sich ebenfalls nach dem Tatbestand von Art. 97 Abs. 1 OR<sup>63</sup>.

<sup>73</sup> Subsidiär würde die Beklagte also auch aus quasivertraglicher Vertrauenshaftung für die Kosten der Radiowerbung aufkommen müssen. In jedem Fall ist deshalb die Beklagte auf Grund von Art. 97 Abs. 1 OR verpflichtet, der Klägerin den Betrag von EUR 160'000.- inklusiv Zinsen zu ersetzen.

## **7.2. Schadenersatz aus Dahinfallen eines Marketingvertrages**

<sup>74</sup> Im Sinne einer Eventualargumentation stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Beklagte aufgrund des jährlich vereinbarten Marketingplans an die Kostenübernahme gebunden ist.

<sup>75</sup> Auf Basis von Art. 6 Abs. 1 DV erstellen und vereinbaren die Parteien jedes Jahr gemeinsam einen Marketingplan, letztmals am 14. Oktober 2007. Da dieser Marketingplan immer am Ende des einen Jahres für das kommende in Zusammenarbeit erstellt wird, und sich die Beklagte verpflichtet, diese im Plan festgelegten Kosten zu übernehmen, könnte dieser Marketingplan als eigenständiger Vertrag basierend auf dem DV qualifiziert werden.

### **7.2.1. Der Marketingvertrag als Vertrag**

<sup>76</sup> Das Zustandekommen eines Vertrages richtet sich nach den Bestimmungen in Art. 1 ff. OR. Da sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte bereits den Distributionsvertrag gültig abgeschlossen haben, kann hier angenommen werden, dass die Vertragsparteien über alle Parteivoraussetzungen verfügen, welche für einen Vertragsabschluss notwendig sind. Die Parteien müssen darüber hinaus einen Rechtsbindungswillen haben, welchen sie kundtun wollen<sup>64</sup>. Grundsätzlich gilt jeder Vertrag als zustande gekommen, bei welchem die Parteien in den wesentlichen Vertragspunkten zu einem Konsens gefunden haben.

---

<sup>62</sup> Beschluss Nr. 2, Punkt 13.

<sup>63</sup> KUKO OR-THIER, Art. 97 N 6.

<sup>64</sup> HUGUENIN, OR AT, S. 19 Rz. 132.

- 77 I. c. treffen sich Vertreter der Klägerin und der Beklagten alljährlich, um für das folgende Jahr einen Marketingplan auszuarbeiten. Da die Parteien diesen Plan gemeinsam erstellen und die Beklagte hernach aufgrund von Art. 6 Abs. 2 DV verpflichtet ist, die Kosten des festgelegten Budgets zu tragen, kann behauptet werden, dass die Parteien den Plan erst dann als fertig gestellt erachten, wenn sie bezüglich ihrer Vorstellungen einen Konsens erzielt haben. Nach Art. 11 OR müssen Verträge nur dann eine besondere Form aufweisen, wenn dies vom Gesetz vorgeschrieben wird, was i.c. nicht der Fall ist. Der Marketingvertrag kann im Gegensatz zum Distributionsvertrag auch nicht als Dauerschuldverhältnis betrachtet werden, da der Vertrag jedes Jahr neu erstellt und abgeschlossen wird.
- 78 Da die Voraussetzungen von Art. 1 ff. OR erfüllt sind, kann der Marketingplan als selbständiger Vertrag, basierend auf Vorschriften aus dem DV, qualifiziert werden.

### 7.2.2. Verzug

- 79 Im Vertrag über die budgetierten Ausgaben der Marketingaktivitäten der Klägerin sind auch die Radiowerbekosten in Höhe von insgesamt EUR 180'000.-, einschliesslich des Monats April, enthalten. Anlässlich der Marketingsitzung wurde die Platzierung der Werbung während des ganzen Jahres ausdrücklich vereinbart<sup>65</sup>. In welcher Form die Radiowerbung gebucht werden sollte, wurde darin nicht festgelegt. Es oblag der Klägerin, die budgetkonforme Lösung zu finden. Die Rechnungsstellung erfolgte nach Massgabe von Art. 6 DV immer auf den zehnten Tag eines Folgemonats. Da sich die Beklagte weigert, die vereinbarten Kosten für Werbeaktivitäten zu begleichen, befindet sie sich mit ihrer vertraglichen Verpflichtung in Verzug. In Art. 102 Abs. 1 OR wird bestimmt, dass bei einer fälligen Verbindlichkeit der Gläubiger den Schuldner durch Mahnung in Verzug setzt<sup>66</sup>. Ausserdem muss ihm eine angemessene Nachfrist i.S.v. Art. 107 OR angesetzt werden, sofern diese nicht bereits von Beginn weg als unnütz erscheint<sup>67</sup>. Damit ein Verzug des Schuldners eintritt, muss dieser die Erfüllung der fälligen Forderung trotz Leistungsmöglichkeit verweigern. Weiter dürfen keine Einreden vorliegen<sup>68</sup>.
- 80 I.c. weigert sich die Beklagte die Marketingkosten zu begleichen, obwohl ihr diese möglich wäre. Die Fälligkeit der Forderung tritt, wenn nichts anderes festgelegt wurde, nach Massgabe von Art. 75 OR sofort ein. Die Klägerin stellte der Beklagten nach Aussage von Herrn Kölle (K13) für das 2. Quartal am 15. Mai bzw. für das dritte Quartal am 15. Juli 2008 eine Rech-

---

<sup>65</sup> Laut Beschluss Nr. 2, Punkt 13.

<sup>66</sup> CHK, FURRER/REY, S. 1462, Art. 102 OR, Nr. 31.

<sup>67</sup> HONSELL, S. 276, §22.

<sup>68</sup> HUGUENIN, OR AT, S. 104 Rz. 646 ff.

nung. Die Mahnung erfolgte am 6. Juni bzw. am 5. August 2008. Für das vierte Quartal wurde die Rechnung am 8. Oktober 2008 gestellt. Am 23. Oktober 2008 erfolgte sodann die dazugehörige Mahnung<sup>69</sup>. Die Beklagte befindet sich also mit der Zahlung im Verzug, da sie von Klägerin für jede nicht bezahlte Quartalsrechnung abgemahnt wurde. Da sich die Beklagte explizit weigert, die Kosten für die Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 zu vergüten<sup>70</sup>, kann geschlossen werden, dass eine allfällige Nachfristansetzung zwecklos wäre. Gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR ist somit die Ansetzung einer Nachfrist nicht erforderlich.

- 81 Da sich die Beklagte also nach vorangehender Erläuterung im Verzug befindet, ist es der Klägerin offen, nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR entweder auf der Erfüllung zu beharren und den ihr entstandenen Schaden zu fordern, auf die Leistung zu verzichten und den aus Nichterfüllung entstandenen Schaden zu fordern oder gänzlich vom Vertrag zurücktreten. Vorliegend möchte die Klägerin den ihr entstandenen Schaden einfordern. Ob sie aber auf der Leistung beharrt und Schadenersatz verlangt oder Schadenersatz aus Nichterfüllung beansprucht spielt i. c. keine Rolle, da in beiden Fällen die Zinsen - welche nach Art. 104 OR mit 5% zu Buche schlagen - den entstandenen Schaden darstellen. Weitere Schäden, welche z.B. durch Kontokorrent-Zinse entstanden sind, würden ebenfalls in jedem Fall nach Massgabe von Art. 106 OR berechnet.

### **7.3. Fazit**

- 82 Die Beklagte ist folglich zu verpflichten, der Klägerin den Aufwand für die Radiowerbekosten der Monate Mai bis Dezember 2008 in der Höhe von EUR 160'000.- nebst 5% Zinsen zu ersetzen.

---

*Mit vorzüglicher Hochachtung*

*Moot Court Team 1*

---

<sup>69</sup> Beschluss Nr. 2, Punkt 15.

<sup>70</sup> Einleitungsantwort, Punkt 9.