

BeveSana AG  
Berner Strasse 5  
8953 Dietikon  
Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 10  
Christoph Leutenegger  
Daniela Chierzi  
Matthias Rüegg  
Melanie Mathys

**KLAGEANTWORT**  
in Sachen

BEVESANA AG  
Beklagte  
Vertreten durch Moot Court Team 10

gegen

DISTRIBUJET GMBH  
Klägerin  
Vertreten durch Moot Court Team 1

Betreffend  
Vertragsverletzung und Kündigung

## **Rechtsbegehren**

1. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und die Passivlegitimation der Beklagten seien zu verneinen. Eventualiter sei die Klage aus folgenden Gründen abzuweisen.
2. Es sei festzustellen, die Beklagte habe das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin nicht verletzt.
3. Des Weiteren sei festzustellen, dass die Beklagte nicht zu Unrecht Vorauszahlung verlangt hat und daher die vertragliche Lieferpflicht nicht verletzt hat.
4. Auch sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund nicht gerechtfertigt war.
5. Ausserdem sei festzustellen, dass die Klägerin die Kosten für die Radiowerbung von Mai bis Dezember 2008 zu tragen hat.
6. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin aus Verletzung des Distributionsvertrags keinerlei Schadenersatz schuldet.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Rechtsbegehren</b>	<b>II</b>
<b>Quellenverzeichnis</b>	<b>V</b>
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	<i>V</i>
<i>Dissertationen und Habilitationen</i> .....	<i>VIII</i>
<i>Zeitschriften</i> .....	<i>VIII</i>
<i>Materialienverzeichnis</i> .....	<i>IX</i>
<i>Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts</i> .....	<i>IX</i>
<i>Entscheide kantonaler Gerichte</i> .....	<i>X</i>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XI</b>
<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Die Passivlegitimation der Beklagten und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts</b>	<b>1</b>
2.1 <i>Allgemeines</i> .....	<i>1</i>
2.2 <i>Der Übergang des Distributionsvertrags</i> .....	<i>1</i>
2.2.1 <i>Vermögensübernahme durch Art. 181 Abs. 1 OR</i> .....	<i>1</i>
2.2.1.1 <i>Die nicht zwingende Anwendung des Fusionsgesetzes</i> .....	<i>1</i>
2.2.1.2 <i>Die zwingende Anwendung des Fusionsgesetzes</i> .....	<i>2</i>
2.2.2. <i>Die Vertragsübernahme durch den Distributionsvertrag</i> .....	<i>3</i>
2.2.3 <i>Dreiseitiger Vertrag sui generis</i> .....	<i>3</i>
2.2.3.1 <i>Die Schriftlichkeit in DV 20 (1)</i> .....	<i>3</i>
2.2.3.2 <i>Zustimmung zum Übernahmevertrag durch konkludentes Verhalten</i> .....	<i>4</i>
2.3 <i>Fazit</i> .....	<i>5</i>
<b>3 Keine Verletzung des Alleinvertriebsrechts</b>	<b>6</b>
3.1 <i>Das Alleinvertriebsrecht nach dem Wortlaut des Distributionsvertrags</i> .....	<i>6</i>
3.2 <i>Das Verbot des indirekten Vertriebs im Vertragsgebiet</i> .....	<i>6</i>
3.3.1 <i>Subjektive Auslegung</i> .....	<i>7</i>
3.3.2 <i>Objektive Auslegung</i> .....	<i>7</i>
3.3.2.1 <i>Kein Vorliegen von aktiven Verkäufen von Polen her</i> .....	<i>8</i>
3.3.2.2 <i>Zu DV 8 (3) im Besonderen</i> .....	<i>9</i>
3.3.3 <i>Schutz vor Parallelimporten als Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR</i> .....	<i>9</i>
3.3.4 <i>Keine Anwendung von Art. 418f OR</i> .....	<i>10</i>

3.4	<i>Keine Verletzung der Loyalitätspflicht.....</i>	10
3.5	<i>Die Beklagte war nicht zum Ergreifen von unzumutbaren Massnahmen verpflichtet... </i>	11
3.6	<i>Die Gewinneinbusse ist nicht so erheblich wie die Klägerin behauptet.....</i>	11
3.7	<i>Exkulpation der Beklagten.....</i>	11
<b>4</b>	<b>Keine Verletzung der Lieferpflicht</b>	<b>12</b>
4.1	<i>Leistungsverzug ist gegeben.....</i>	12
4.2	<i>Keine Beendigung des Verzugs zum Zeitpunkt der Bestellungen.....</i>	13
4.3	<i>Vertragsänderung.....</i>	14
4.4	<i>Keine Annahme der Offerte durch die Klägerin.....</i>	14
4.5	<i>Die Nichterfüllung des Vertrages.....</i>	15
<b>5</b>	<b>Die nicht gerechtfertigte Kündigung aus wichtigem Grund</b>	<b>16</b>
5.1	<i>Die fristlose Kündigung ohne vertraglich vorgesehenem wichtigen Grund.....</i>	16
5.2	<i>Kein wichtiger Grund bzw. Zumutbarkeit für die Klägerin den ordentlichen Kündigungstermin abzuwarten.....</i>	17
5.3	<i>Eventuell: Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.....</i>	18
<b>6</b>	<b>Ersatz der Kosten der Radiowerbung</b>	<b>18</b>
6.1	<i>Allgemeines.....</i>	18
6.2	<i>Kein Ersatz der Radiowerbung wegen Verletzung des Distributionsvertrags.....</i>	18
6.3	<i>Vertrauensschaden.....</i>	19
6.4	<i>Der Marketingvertrag als eigenständiger Vertrag.....</i>	19
6.5	<i>Eventualiter: Keine Anwendung von Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR.....</i>	20
6.6	<i>Verzug.....</i>	20
6.7	<i>Fazit.....</i>	20

## Quellenverzeichnis

### Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ, Marc/BREITSCHMID, Peter/  
FURRER, Andreas/GIRSBERGER,  
Daniel/HUGUENIN, Claire/et al. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,  
Zürich 2007  
Zitiert: CHK-BEARBEITER
- BORER, Jürg (Hrsg.) Kartellgesetz: Herausgegeben und kommentiert  
von Jürg Borer, Neuauflage Ausgabe 2005,  
Zürich 2005  
Zitiert: BORER
- BUCHER, Eugen Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner  
Teil, 2., Neubearb. und erw. Aufl., Zürich 1988  
Zitiert: BUCHER, OR AT
- Furrer, Andreas/Müller-Chen,  
Markus Obligationenrecht Allgemeiner Teil,  
Zürich 2008  
Zitiert: Furrer/Müller-Chen
- GAUCH, Peter/SCHLUEP Walter R.  
(Hrsg.) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner  
Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht,  
Band I und II, 9. Aufl., Zürich 2008  
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP
- GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teil-  
band V 2C, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR,  
3. (völlig neu bearb.) Aufl., Zürich 1996  
Zitiert: ZK OR- STAEHELIN
- GERNHUBER, Joachim Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Ver-  
bund: Zur Lehre von den Vertragsverbindungen, in:  
FS GOTTHARD PAULUS et al. (Hrsg.), Festschrift für  
Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973,

	Zitiert: GERNHUBER
GUHL, Theo	Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Ein- schluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. bearb. Aufl., Zürich 2000 Zitiert: GUHL
HARTMANN, Jürg E.	Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Zürich 2007 Zitiert: HARTMANN
HAUSHERR, Heinz (Hrsg.)	Berner Kommentar Band: VI/2, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, 2. Abschnitt, Art. 331-355 OR, Bern 1992 Zitiert: BK OR-REHBINDER
HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (Hrsg.)	Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006 Zitiert: BSK ZGB I-BEARBEITER
HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.)	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 Zitiert: BSK OR I- BEARBEITER
HONSELL, Heinrich (Hrsg.)	Kurzkommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 2008 Zitiert: KK OR I- BEARBEITER
HUGUENIN, Claire	Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3., überarb. Aufl., Zürich 2008 Zitiert: HUGUENIN, OR AT
DIESELBE	Obligationenrecht Besonderer Teil, 3., überarb. Aufl., Zürich 2008 Zitiert: HUGUENIN, OR BT

- KULL, Michael/WILDHABER, Christoph Schweizer Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, unter besonderer Berücksichtigung des Agentur-, Alleinvertriebs- und Franchisevertrag, Zürich/St. Gallen 2008  
Zitiert: KULL/WILDHABER
- PAETZOLD, Veronika Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2. völlig überarb. Aufl., Zürich 2006  
Zitiert: PAETZOLD
- RODONDI, Oliver Le contrat de concession de vente, in: CHERPILLOD, Ivan et al. (Hrsg.): Les contrats de distribution, quelques aspects juridiques, Lausanne 1998  
Zitiert: RODONDI
- SCHUMACHER, Reto T. Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005  
Zitiert: SCHUMACHER
- SCHWENZER, Ingeborg Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4., überarb. Aufl., Bern 2006  
Zitiert: SCHWENZER, OR AT
- SPIRIG, Eugen Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR, Bd. V/1k, Zürich 1994  
Zitiert als: ZK OR-SPIRIG
- VISCHER, Frank B. und VISCHER Rechtsanwälte und Notare Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004  
Zitiert: ZK FusG- BEARBEITER

- VOGEL, Alexander/HEIZ, Christoph/  
BEHNISCH, Urs  
Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung,  
Umwandlung und Vermögensübertragung:  
Fusionsgesetz artikelweise kommentiert, Änderun-  
gen bisherigen Rechts, Kreisschreiben der Eidgenöss-  
ischen Steuerverwaltung, Zürich 2005  
Zitiert: VOGEL/HEIZ/BEHNISCH
- Weber, Rolf H.  
Berner Kommentar, Band 6, Das Obligationenrecht,  
Abt. 1, Allgemeine Bestimmungen, Teilband 4, Die  
Erfüllung der Obligation  
Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern 2005  
Zitiert: BK-WEBER
- WATTER, Rolf/VOGT, Nedim Peter/  
TSCHÄNI, Rudolf/DAENIKER, Daniel  
(Hrsg.)  
Basler Kommentar zum Fusionsgesetz,  
Basel 2005  
Zitiert: BSK FusG- BEARBEITER

### **Dissertationen und Habilitationen**

- MEYER, Christian Alexander  
Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Diss.  
Universität Bern, Band I, Bern 1979  
Zitiert: MEYER, Diss.
- WYNIGER, Charles  
Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im  
internationalen Privatrecht der Schweiz,  
Winterthur 1963  
Zitiert: WYNIGER

### **Zeitschriften**

- BERETTA, Piera  
Vertragsübertragung im Anwendungsbereich des ge-  
planten Fusionsgesetzes, SJZ 2002, 249-256  
Zitiert: BERETTA, SJZ 2002



REHBINDER, Manfred (Hrsg.)

ArbR, Zürich 1990,

Zitiert: REHBINDER, ArbR 1990

WALTER, Hans Peter

Auf dem Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter?

Recht 2005, 71-75

Zitiert: WALTER, Recht 2005

### **Materialienverzeichnis**

BOTSCHAFT zum Fusionsgesetz

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung,  
Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusions-  
gesetz; FusG) vom 13. Juni 2000

Zitiert: BOTSCHAFT FusG

### **Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts**

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. November 1912,  
BGE 38 II 459

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Januar 1952  
BGE 78 II 32

Urteil der (I.) Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Mai 1962,  
BGE 88 II 169

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Juni 1963,  
BGE 89 II 30

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Februar 1979,  
BGE 105 II 75

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Juni 1981,  
BGE 107 II 222

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. April 1988,  
BGE 114 II 57

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. April 1990,  
BGE 116 II 145

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Mai 1990,  
BGE 116 II 140

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Januar 1992,  
BGE 118 II 42

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. September 1996,  
BGE 122 III 361

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. April 1999,  
BGE 125 III 263

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Juni 2007,  
BGE 133 III 449 (4C.28/2007)

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2008  
BGE 134 III 497 (4A\_61/2008)

### **Entscheide kantonaler Gerichte**

HGer St. Gallen in SJZ 1922/23, S. 363

OGer ZH in ZR 1977, S. 127

Urteil des Zürcher Obergerichts vom 21. September 1989 in ZH JAR 1990 273

## Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B- 2,3,4	von der Beklagten eingereichten Beweisdokumente
Bd.	Band
bearb.	bearbeitete
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CHK	Kommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
DV	Distributionsvertrag (K-1)
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
erw.	erweiterte
EU	Europäische Union
EUR	Euro
et al.	et alii (und andere)
f./ff.	und folgende(r)
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Fusionsgesetz (SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGer	Handelsgericht
HReg	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber

h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht (Bern)
K- 1-13	von der Klägerin eingereichte Beweisdokumente
Kap.	Kapitel
KK	Kurzkommentar
KS	Klageschrift
Mio.	Millionen
N	Randnote(n), Randziffer
neubearb.	neubearbeitete(r/s)
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rz.	Randziffer(n)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
S.	Seite(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	so genannt(e/r)
überarb.	überarbeitet(e)
z.B.	zum Beispiel
ZH	Kanton Zürich
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Züricherische Rechtssprechung (Zürich)

## **1 Einleitung**

- 1 Zunächst wird die Beklagte aufgezeigt, dass das Schiedsgericht nicht zuständig ist und die Beklagte nicht passivlegitimiert ist [2]. Sollte das Gericht die Zuständigkeit und die Passivlegitimation bejahen, so sei die Klage aus den folgenden Gründen in allen weiteren Punkten abzuweisen. Zuerst wird dargelegt, dass die Beklagte weder das Exklusivitätsrecht [3] noch die vertragliche Lieferpflicht [4] verletzt hat. Danach wird gezeigt, dass eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nicht gerechtfertigt war [5]. Abschliessend wird nachgewiesen, dass die Kosten für die Radiowerbung im Jahre 2008 (Mai-Dezember) durch die Klägerin zu tragen sind [6].

## **2 Die Passivlegitimation der Beklagten und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

### **2.1 Allgemeines**

- 2 Die Klägerin behauptet in ihrer KS (Rz. 17 ff.), dass kein gültiger Vermögensübergang und dadurch auch keine rechtsgültige Vertragsübernahme von der Beklagten auf die Bibite AG stattgefunden habe. Dadurch soll die Schiedsklausel zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehen geblieben sein und die Beklagte somit passivlegitimiert sein. Die Beklagte wird hingegen zeigen, dass eine gültige Vertragsübernahme zu Stande kam und sie deshalb nicht mehr passivlegitimiert ist.

### **2.2 Der Übergang des Distributionsvertrags**

#### **2.2.1 Vermögensübernahme durch Art. 181 Abs. 1 OR**

- 3 Wie die Klägerin richtig festgestellt hat (KS Rz. 3 ff.), kommt eine Vermögensübernahme nach Art. 181 Abs. 1 OR nicht in Betracht, da nach Art. 181 Abs. 4 OR für im HReg eingetragene Handelsgesellschaften die Vorschriften des Fusionsgesetzes zur Anwendung gelangen. Gemäss Botschaft soll es sich dabei um eine zwingende Vorschrift handeln (BOTSCHAFT FusG, S. 4492). Nach der wohl h.L. soll es jedoch sämtlichen Rechtsträgern immer noch offen stehen, Vermögensteile auch auf dem Wege der Singularsukzession übertragen zu können. Dabei gilt es aber die entsprechenden Übertragungserfordernisse zu beachten (BSK OR-TSCHÄNI, Art. 181 N 6; BSK FUSG-MALACRIDA, Art. 69 N 13). Es sollen nun die Konsequenzen erläutert werden, welche eine zwingende oder nicht zwingende Anwendung des Fusionsgesetzes zur Folge haben.

#### **2.2.1.1 Die nicht zwingende Anwendung des Fusionsgesetzes**

- 4 Falls man der Auffassung der h.L. folgt und das Fusionsgesetz nicht als zwingend beachtet, kann die Beklagte trotzdem nicht nach Art. 181 Abs. 1 OR vorgehen (was die Klägerin in ihrer KS Rz. 5 ff. fälschlicherweise annimmt). Dies aus den folgenden Gründen: Art. 181

Abs. 1 OR steht für im HReg eingetragene Handelsgesellschaften, wie i.c. die Beklagte, nicht mehr zur Verfügung (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, Art. 69 N 19). Die Beklagte möchte durch den Übernahmevertrag ein ganzes Vertragsverhältnis, nämlich den Distributionsvertrag zwischen ihr und der Klägerin, auf die Bibite AG übertragen. Nach h.L. können aber ganze Vertragsverhältnisse nicht gestützt auf Art. 181 Abs. 1 OR übertragen werden (ZK OR-SPIRIG, Vorb. Art. 181 N 41; SCHUMACHER, § 11, S. 149; BERETTA, SJZ 2002, S. 250).

- 5 Sollen Vermögensteile auf dem Wege der Singularsukzession übertragen werden, muss (jedes Aktivum einzeln nach den dafür geltenden Übertragungsmethoden) jedes Passivum auf dem Weg der Schuldübernahme (Art. 175 ff. OR) übertragen werden (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, N 19). Auch ein solches Vorgehen muss ausgeschlossen werden, da i.c. ein ganzes Vertragsverhältnis, nämlich der Distributionsvertrag (Schuldverhältnis i.w.S.) in einem Akt übertragen werden soll. Nach Art. 175 ff. OR, wird jedoch nur eine Schuld (Schuldverhältnis i.e.S.) übertragen (HUGUENIN, OR AT, N 1367).
- 6 Da der Distributionsvertrag weder nach Art. 181 Abs. 1 OR noch nach Art. 175 ff. OR übertragen werden kann, muss abgeklärt werden, ob dieser allenfalls per Vertragsübernahme übertragen wurde. Durch die Vertragsübernahme, welche nicht explizit im OR geregelt ist, können gemäss h.L. und Praxis auch ganze Vertragsverhältnisse auf eine neue Vertragspartei übertragen werden (SCHWENZER, OR AT, N 92.04; BUCHER, OR AT, S. 592/593). Die Vertragsübernahme kann auch auf einem Rechtsgeschäft beruhen, das gemäss der Einheitstheorie auf einem dreiseitigen Vertrag sui generis zu erfolgen hat (HUGUENIN, OR AT, N 1427). Auf den dreiseitigen Vertrag sui generis und die Zustimmung der Klägerin zu diesem wird in Rz. 10/12 näher eingegangen.

### **2.2.1.2 Die zwingende Anwendung des Fusionsgesetzes**

- 7 Nach Art. 73 Abs. 2 FusG wird die Vermögensübertragung erst mit Eintrag ins HReg rechts-wirksam, dem HReg-Eintrag kommt somit konstitutive Wirkung zu (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, Art. 73 N 15). Ein Vorgehen nach Art. 69ff. FusG muss somit i.c. ausgeschlossen werden, da die Vermögensübernahme seitens der Beklagten nicht in das HReg eingetragen wurde.
- 8 Abgesehen vom fehlenden HReg-Eintrag ist zudem fraglich, ob eine Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG auch ganze Vertragsverhältnisse miterfasst. Mehrheitlich wird die Ansicht bejaht, dass auch ganze Vertragsverhältnisse durch eine Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG übergehen können (BERETTA, SJZ 2002, S. 252). Da dies jedoch noch nicht eindeutig geklärt ist, empfiehlt es sich für besonders wichtige Verträge die Zustimmung der Drittpartei einzuholen (ZK FUSG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 38). Insbesondere für „ad personam“ geschlossene Verträge, die auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruhen, darf ein Wechsel des Betriebspartners nicht aufgezwungen werden, weshalb die Zustimmung

einzuholen ist (ZK FUSG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 57). Beim Distributionsvertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin handelt es sich eben um einen solchen auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruhenden Vertrag. Da in einem solchen Falle die Zustimmung der Drittpartei – i.c. der Klägerin – einzuholen ist, kommt auch hier wieder der dreiseitige Vertrag sui generis zur Anwendung, (wobei wie oben erwähnt (Rz. 6) noch abzuklären ist, ob die Klägerin einer Vertragsübernahme (nachträglich) zugestimmt hat).

### **2.2.2. Die Vertragsübernahme durch den Distributionsvertrag**

- 9 Wie die Klägerin in ihrer KS (Rz. 10a) richtig angemerkt hat, wäre es auch zulässig, eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, die den Parteien das Recht einräumt, das Vertragsverhältnis auf eine neue Vertragspartei zu übertragen (SCHUMACHER, § 11, S. 148). Eine solche Klausel ist im DV nicht enthalten, wodurch diese Variante im Folgenden auch nicht zu prüfen ist.

### **2.2.3 Dreiseitiger Vertrag sui generis**

- 10 Die Vertragsübernahme kann – wie bereits oben erwähnt (Rz. 6) - durch einen dreiseitigen Vertrag sui generis erfolgen, welcher zwischen der neu eintretenden, der verbleibenden und der ausscheidenden Vertragspartei geschlossen wird, oder der Vertrag wird zwischen zwei der genannten Parteien unter nachträglicher Zustimmung der dritten Partei geschlossen (BUCHER, OR AT, S. 592/593; HUGUENIN, OR AT, N 1427). I.c. käme die zweite Möglichkeit in Frage, da der Übernahmevertrag zwischen der Beklagten als ausscheidende und der Bibite AG als neu eintretenden Vertragspartei geschlossen wird. Es gilt nun abzuklären, ob die Klägerin einer solchen Vertragsübernahme nachträglich zugestimmt hat. Besonders muss darauf eingegangen werden, ob die Übertragungserfordernisse – gemäss DV 20 (1) die Formvorschrift und Zustimmung der Klägerin – erfüllt worden sind.

#### **2.2.3.1 Die Schriftlichkeit in DV 20 (1)**

- 11 Nach DV 20 (1) bedürfen Ergänzungen oder Änderungen des Distributionsvertrages der Schriftform und sind von beiden Parteien zu unterzeichnen. Die Beklagte streitet nicht ab, dass eine Änderung des Vertrages – i.c. Wechsel einer Vertragspartei – nicht schriftlich erfolgt ist. Es gilt jedoch abzuklären, ob dieser Formvorbehalt der Schriftlichkeit konstitutive oder deklaratorische Wirkung (sog. Gültigkeits- oder Beweisform) hat. Das Gesetz stellt nach Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung auf, „dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet werden wollen“, sprich die Vertragsgültigkeit hängt von der Wahrung der gewillkürten Form ab (HUGUENIN, OR AT, N 357). Der Schriftlichkeit käme in einem solchen Falle konstitutive Wirkung zu. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Parteien lediglich die Beweisform verabredet haben oder sich durch Be-

kunden des definitiven Abschlusswillens über den Formvorbehalt hinweggesetzt haben (HUGUENIN, OR AT, N 357; GAUCH/SCHLUEP, N 587 f). Die Schriftlichkeit hätte dann deklaratorische Wirkung. Wenn trotz Nichteinhalten der Form die vertraglichen Leistungen erbracht werden – was i.c. der Fall ist, da die Klägerin bei der Beklagten Ware bestellt und diese auch erhalten hat – kann ein Verzicht auf die vorbehaltenene Schriftform angenommen werden (BGE 105 II 78). Durch ein solch konkludentes Verhalten (auf welches sogleich eingegangen wird) kann die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR entkräftet werden (BGE 105 II 78; BGE 125 III 268).

### **2.2.3.2 Zustimmung zum Übernahmevertrag durch konkludentes Verhalten**

- 12 Ein dreiseitiger Vertrag sui generis, durch welchen i.c. der Distributionsvertrag auf die Bibite AG übergegangen ist, braucht die Zustimmung der Klägerin. Gemäss Art.1 Abs. 2 OR kann eine Willensäusserung ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Eine konkludente Willenserklärung liegt vor, wenn sich der Wille in einem schlüssigen Verhalten äussert. Es müssen dabei genügend sichere Anhaltspunkte gegeben sein, welche jeglichen vernünftigen Grund auszuschliessen vermögen, am Rechtsbindungswillen des Vertragspartners zu zweifeln (KK OR I-WIEGAND, Art. 1 N 5). Der Rechtsfolgewille und damit den Vollzug des Vertrags wird konkludent bekundet, wenn eine Leistungserbringung erbracht oder die Gegenleistung in Anspruch genommen wird (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 18).
- 13 Die Klägerin behauptet in ihrer KS (Rz. 12 f.) den Serienbrief anfangs Juni 2005 nicht erhalten zu haben. Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung muss der Kundgebende alles unternehmen, damit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Empfängerin Kenntnis von der Erklärung nehmen kann (HUGUENIN, OR AT, N 171B). Gemäss BGer geht die schriftliche Willenserklärung in Briefform, i.c. also der Serienbrief, der Empfängerin sogleich zu, wenn sich das Schreiben in ihrem Machtbereich befindet. Im Machtbereich der Empfängerin ist der zugestellte Brief mit Einwurf in den Briefkasten oder Postfach, sofern mit dessen Leerung gerechnet werden kann. Ob die Empfängerin auch tatsächlich Kenntnis vom Schreiben hat, ist unerheblich (BGE 118 II 44). Die Beklagte hat einen Serienbrief verfasst, in welchen die im Computer gespeicherten Adressen ihrer Vertriebspartner übertragen wurden (B-2). Die Klägerin behauptet als Einzige der Adressaten, den Brief nicht erhalten zu haben (Beschluss Nr. 2, Punkt 2). Es spricht also alles dafür, dass die Beklagte den Brief auch an die Klägerin (per Post) verschickt hat, und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge davon ausgehen konnte, dass dieser bei der Klägerin ankommen wird. Anzumerken sei noch, dass das Transport- und Übermittlungsrisiko der Erklärende trägt, das Empfangsrisiko der Adressat. Aus dem SV kann diesbezüglich nicht entnommen werden, was mit dem Serienbrief geschah. Es scheint jedoch – in Anbetracht dessen, dass es mit keinem anderen Vertriebspartner (Be-



schluss Nr. 2, Punkt 2) Probleme gab - wahrscheinlicher, dass der Serienbrief ankam und somit als zugestellt zu betrachten ist.

- 14 Weiter macht die Klägerin geltend (KS Rz. 13, K-13), dass sie nichts von einer Vertragsübernahme wusste, da die Kontaktpersonen und -adressen unverändert blieben und Herr Meier im Oktober 2005 anlässlich der Marketingbesprechung sagte, dass er nun für die Bibite AG tätig sei, sich aber für die Klägerin nichts ändern werde. Herr Kölle als Geschäftsführer der Klägerin wäre aber verpflichtet gewesen, genauer nachzufragen und abzuklären, inwiefern Herr Meier als CEO der Bibite AG noch etwas mit der Beklagten zu tun hat und inwiefern sich etwas für die Klägerin ändern wird oder gleich bleibt.
- 15 Die Beklagte streitet nicht ab, dass eine Vertragsübernahme nach Art. 6 OR nicht zustande kam. Wie schon erwähnt (Rz. 12) kann ein konkludentes Verhalten angenommen werden, wenn Leistungen oder Gegenleistungen erbracht werden. Seit dem 25. Mai 2005 (B-1) bezog die Klägerin ihre Leistungen, nämlich das Produkt, von der Bibite AG und hat ihre Gegenleistungen, Zahlung der Rechnungen, auch stets an diese verrichtet. Anhand dieses (konkludenten) Verhaltens konnten und durften die Bibite AG und auch die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin die Vertragsübernahme gutgeheissen hat. Ein konkludentes Verhalten kann die Klägerin allerspätestens seit dem 7. Mai 2006 (B-3) nicht mehr bestreiten. Denn in diesem Schreiben schlug Herr Meier vor, dass die Klägerin nun auch das Produkt SHARP REQUIEM SUGARFREE vertreiben soll/darf. In diesem Schreiben wurde explizit genannt, dass die Klägerin und die Bibite AG übereingekommen sind den Distributionsvertrag dahingehend zu ändern ist, dass unter dem Produkt neu SHARP REQUIEM und SHARP REQUIEM SUGARFREE definiert wird. Als Zeichen des Einverständnisses wurde von Herr Meier das Schreiben gegengezeichnet und an die Bibite AG retourniert (B-3 und K-13). Herr Meier gibt sogar zu (K-13, Punkt 7), nicht beachtet zu haben, dass das Schreiben von der Bibite AG gesandt und von ihm auch an diese zurückgesandt wurde. Diese Unachtsamkeit wurde von der Klägerin alleine verschuldet und die Beklagte durfte spätestens ab diesem Zeitpunkt davon ausgehen, dass die Klägerin mit der Vertragsübernahme einverstanden ist, da die Parteien einen Vertrag schlossen, der auch den Anforderungen von DV 20 (1) entsprach.

### **2.3 Fazit**

- 16 Die Klägerin hat der Vertragsübernahme nachträglich durch konkludentes Verhalten zugestimmt. Die Form steht dem nicht entgegen, sie ist i.c. rein deklaratorischer Natur.

### **3 Keine Verletzung des Alleinvertriebsrechts**

- 17 Die Klägerin wirft der Beklagten in KS Rz. 22 ff. vor, durch den Abschluss des Distributionsvertrags mit der PLL Beer SA das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt zu haben, insbesondere weil die Beklagte der PLL Beer SA das Produkt zu in den Augen der Klägerin günstigeren Preiskonditionen liefert. Im Folgenden wird die Beklagte belegen, dass weder durch den Vertragsschluss mit der PLL Beer SA noch durch die Preisunterschiede im Besonderen das ausschliessliche Alleinvertriebsrecht der Klägerin verletzt wurde.

#### **3.1 Das Alleinvertriebsrecht nach dem Wortlaut des Distributionsvertrags**

- 18 Gemäss DV 3 (1) und (2) hat sich die Klägerin dazu verpflichtet, für die Bundesrepublik Deutschland während der Dauer des Vertrags weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen.
- 19 Es steht fest und bleibt von der Klägerin auch unbestritten, dass die Beklagte während der Dauer des Vertrages innerhalb des Vertragsgebiets nie einem Dritten ein Vertriebsrecht gewährt oder selbst mit dem Produkt gehandelt hat.

#### **3.2 Das Verbot des indirekten Vertriebs im Vertragsgebiet**

- 20 DV 3 (2) verbietet der Beklagten, auf dem Vertragsgebiet indirekt Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Auch gemäss Amstutz/Schluep ist der Lieferant beim Alleinvertriebsvertrag verpflichtet, den indirekten Absatz der Vertragsware im Ausschliesslichkeitsbereich des Abnehmers zu unterlassen (BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff., N 137).
- 21 Das Verbot kann die Beklagte nicht verletzt haben, da sie die gesamte Produktmenge, die für den deutschen Markt bestimmt war, auch über die Klägerin vertreiben liess. Der Verkauf des Produkts durch polnische Unterhändler nach Deutschland lässt sich auch indirekt nicht als Vertrieb durch die Beklagte qualifizieren. Denn einerseits geschahen die Parallelimporte nicht auf ihre Anweisung und andererseits profitierte sie auch nicht von ihnen. Im Gegenteil: Da die Beklagte von der Klägerin einen höheren Preis für das Produkt verlangen kann als von der PLL Beer SA, hat sie auch selbst ein Interesse daran, dass auf dem deutschen Markt möglichst nur an die Klägerin verkaufte Flaschen abgesetzt werden.

#### **3.3 Die Pflicht zum Schutz vor Parallelimporten**

- 22 Da die Klägerin die Alleinvertriebsklausel offensichtlich über ihren Wortlaut hinaus auslegt – denn schliesslich ist ein Schutz vor Parallelimporten im DV nicht ausdrücklich vorgesehen – sieht sich die Beklagte dazu veranlasst, eine tiefer gehende Auslegung dieser Vertragsnorm vorzunehmen, um das Nichtvorhandensein von deren Verletzung zu begründen.

### **3.3.1 Subjektive Auslegung**

- 23 Zunächst ist im Rahmen der subjektiven Auslegung den wirklichen, übereinstimmenden Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln (SCHWENZER, OR AT, N 33.02).
- 24 Die Klägerin sieht im Schreiben der Beklagten vom 10. September 2006 (K-3) den Nachweis dafür, dass auch die Beklagte im Zulassen der Parallelimporte eine Vertragswidrigkeit gesehen und dies in besagtem Brief auch zugegeben habe.
- 25 Grundsätzlich ist fest zu halten, dass sich die Beklagte im Schreiben nicht darüber äusserte, zu wie viel Sicherstellung der vertraglichen Exklusivität sie sich verpflichtet fühlte, und wie nahe sie sich selbst bei einer Vertragsverletzung geglaubt hätte, falls sie keine Massnahmen ergriffen hätte.
- 26 Die Klägerin kann in dieser Aussage nicht bereits das Zugeständnis einer Vertragsverletzung sehen, denn von einer solchen ist gar nicht die Rede. Vielmehr hat die Beklagte in diesem Brief signalisiert, dass es ihr nicht gleichgültig ist, dass ihr Geschäftspartner wegen solchen Parallelimporten Einbussen erleidet. Den Preisnachlass gewährte sie sodann nicht, weil sie sich vertraglich dazu verpflichtet fühlte, sondern weil sie die Klägerin, welche sie wie schon im Brief erwähnt als Vertriebspartner sehr schätzte, unterstützen wollte.
- 27 Eventualiter sah sie es in ihren vertraglichen Pflichten, insbesondere der Loyalitätspflicht (mehr dazu in Rz. 47 ff.), Massnahmen zu ergreifen, um die Parallelimporte einzudämmen. Das Verhalten der Beklagten stand also – entgegen der Annahme der Klägerin – in keinem Zusammenhang mit dem Alleinvertriebsrecht bzw. ihren sich darauf beziehenden subjektiven Parteiwillen.

### **3.3.2 Objektive Auslegung**

- 28 Da der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien wie gezeigt nicht mehr festgestellt werden kann, ist anhand der objektiven Auslegung der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln (HUGUENIN, OR AT, N 264). Dabei sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie der jeweilige Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP, N 316).
- 29 Beim Alleinvertriebsvertrag handelt es sich um einen Innominatvertrag, weshalb auch das Alleinvertriebsrecht nicht gesetzlich festgelegt ist (PAETZOLD, S. 25; HGer St. Gallen in SJZ 1922/23, S. 363). Zudem variiert dessen Umfang in der Praxis von Vertrag zu Vertrag sehr stark (CHK-JACOBS, Vorb. OR 184 ff./Alleinvertriebsvertrag, N 23).
- 30 Die Mehrheit der Lehre und ein beachtlicher Teil der Rechtsprechung gehen davon aus, dass ein Exklusivitätsrecht, welches auch den Schutz vor Parallelimporten beinhaltet, von den Parteien vereinbart werden muss, um vorhanden zu sein (PAETZOLD, S. 26; C.J. MEIER, Diss., S.

174, Fussnote 67; OGer ZH in ZR 1977, S.127), bzw. im Zweifelsfalle restriktiv ausgelegt werden soll (HGer St. Gallen in SJZ 1922/23, S.363).

- 31 Laut Jacobs ist „der Lieferant verpflichtet, den indirekten Absatz mit angemessenen Massnahmen zu verhindern, etwa indem er den gebietsfremden Abnehmer vertraglich untersagt, andere Gebiete aktiv zu bearbeiten.“ (CHK- JACOBS, Vorb. OR 184 ff./Alleinvertriebsvertrag, N 24). Sollte das Gericht dieser Meinung zustimmen, hätte einerseits die Beklagte durch die Preissenkung vom 10. September 2006 (K-3) und das Verbot im Punkt 3 (3) des Distributionsvertrag mit der PLL Beer SA (B-4) auch getroffen. Andererseits lässt sich auch dieser Lehrmeinung kein über solche Massnahmen hinausgehender Schutz vor Parallelimporten ableiten.
- 32 Es wurde im DV kein Schutz vor Parallelimporten vereinbart, da ein solcher nicht nur nirgends ausdrücklich erwähnt wurde, sondern im Gegenteil DV 8 (3) sogar darauf hinweist (mehr zu diesem Vertragspunkt in Rz. 39 ff.), dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragschlusses damit gerechnet haben, dass mit Parallelimporten zu rechnen sein wird.
- 33 Daraus geht auch hervor, dass der Beklagten nicht vorgeworfen werden kann, sie habe die Parallelimporte vorausgesehen und daher ausreichend Zeit zur Verfügung gehabt, um Gegenmassnahmen vorzubereiten. Denn zu solchen war sie gar nicht erst verpflichtet.
- 34 Wie in der Einleitung zum DV steht, vertreibt die Beklagte das Produkt weltweit. Die Klägerin musste deshalb damit rechnen, dass die Beklagte auch mit Vertriebspartnern ausserhalb von Deutschland Verträge eingeht, und das auch nicht unbedingt zu den selben Vertragsbedingung wie mit der Klägerin, da die Verträge jeweils auf die wirtschaftlichen Bedingungen – wie beispielsweise gerade die Kaufkraft – des entsprechenden Vertragsgebiets angepasst werden müssen.
- 35 Gemäss der Einleitung zum DV ist die Klägerin eine erfahrene Vertriebspartnerin für Getränke und Lebensmittelprodukte in Deutschland. Daher hat die Beklagte nach Treu und Glauben sogar davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin die Eigenheiten des deutschen Getränkemarktes, und damit auch ein allfälliges Risiko von Parallelimporten aus östlich an Deutschland grenzenden Staaten mit geringerer Kaufkraft besser kannte und einschätzen konnte als die Beklagte.

### **3.3.2.1 Kein Vorliegen von aktiven Verkäufen von Polen her**

- 36 Im Zusammenhang mit Gebietsschutzklausel ist zwischen aktiven und passiven Verkäufen zu differenzieren.
- 37 Aktive Verkäufe liegen dann vor, wenn in einem fremden Vertragsgebiet für das Produkt Werbung gemacht oder z.B. Verkaufseinrichtungen betrieben werden. (BORER, Art. 5 N 43). Von Werbung kann nur dann gesprochen werden, wenn aktiv Informationen über das Produkt

weiterverbreitet werden. Der Preisunterschied ist lediglich ein Merkmal des Produkts und kann als solches nicht als Werbung gelten. Hiermit liegen i.c. keine Aktivverkäufe vor, die gegen eine Gebietsschutzklausel verstossen könnten.

- 38 Als einziger befürwortet Wyniger, das Verbot von Passivverkäufen (WYNIGER, S. 17 f.). Als Einzelmeinung gegen die h.L. ist diese nicht haltbar und verstösst zudem gegen Kartellrecht (CHK-JACOBS, Vorb. OR 184 ff./Alleinvertriebsvertrag, N 24).

### **3.3.2.2 Zu DV 8 (3) im Besonderen**

- 39 In KS Rz. 34 ff. betrachtet die Klägerin die Bestimmung in DV 8 (3) als ein möglicher vertraglicher Ausschlussgrund einer Vertragsverletzung durch Parallelimporte, verneint dies aber anschliessend.
- 40 Aus der Sicht einer systematischen Auslegung kann sich dieser Punkt nicht unmittelbar auf das Alleinvertriebsrecht oder dessen Verletzung beziehen, da er Teil der Regelung der Minimalverkaufszahlen ist. Dennoch lässt sich daraus entnehmen, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit Parallelimporten gerechnet haben, und diese darum keinen Vertragsverletzung darstellen können.
- 41 Das Gegenargument der Klägerin, dass die Beklagte eine solche Vertragsverletzung am 10. September 2006 eingestanden habe, wurde bereits widerlegt (Rz. 24 ff.). Auch das Argument, das sich die Klägerin nie auf einen Vertragsinhalt eingelassen hätte, der ihr quasi ein in vertragskonformer Weise untergrabbares Exklusivitätsrecht einräumt, überzeugt nicht, da die Beklagte sich ihrerseits auf den Standpunkt stellen darf, dass sie nie einen Vertrag eingehen würde, durch den sie verpflichtet gewesen wäre, ihren Vertragspartner vor so etwas unkontrollierbarem und im vorliegenden Fall auch unvermeidbarem wie Parallelimporte zu schützen. Sie hätte dann keine realistischen Verträge mit Polen abschliessen und diesen Markt brachliegen lassen müssen.
- 42 Gerade weil vertraglich vorgesehen war, dass bei der Festsetzung der Minimalverkaufszahlen auch die Parallelimporte berücksichtigt werden, hätte die Klägerin auch nicht befürchten müssen, allein deswegen die Minimalverkaufszahlen des Jahres 2008 nicht erfüllen zu können, da sie ja gerade vertraglich davor geschützt war, dass ihr die Beklagte Minimalverkaufszahlen auferlegt, die sie wegen Parallelimporten als eindeutige Ursache nicht mehr hätte erfüllen können.

### **3.3.3 Schutz vor Parallelimporten als Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR**

- 43 Die Klägerin könnte den Gebietsschutz auch als ein Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR auffassen. Doch hätte dies keinen Einfluss auf das Ergebnis. Denn auch in diesem Fall würde es sich um einen Vertrag bzw. einen Teil des Distributionsvertrags handeln, bei dem die sel-

ben Auslegungsregeln zur Anwendung kämen, und damit die gleichen rechtlichen Schlüsse gezogen würden, wie wenn man den Gebietsschutz als eine sonstige vertragliche Pflicht und nicht aus der Sicht von Art. 111 OR betrachten würde.

### **3.3.4 Keine Anwendung von Art. 418f OR**

- 44 Das Bundesgericht bejaht nur dann eine sinngemässe Anwendung von Agenturvertragsrecht auf den Alleinvertriebsvertrag, sofern im konkreten Fall die Situation des Vertreibers sich derjenigen des Agenten in ausreichender Weise annähert, etwa wenn er eng im Vertriebsnetz des Lieferanten eingebunden ist, oder seine wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit durch diesen stark beschränkt wird. (BGE 134 III 497; BGE 88 II 169)
- 45 Im vorliegenden Fall ist die Situation der Klägerin aber nicht genügend mit jener eines Agenten vergleichbar, als dass die sinngemässe Anwendung von Agenturvertragsrecht in Frage käme:
- 46 Die Klägerin musste sich hinsichtlich ihrer Vertriebsorganisation nur an sehr allgemein gehaltene Richtlinien halten (DV 4 (3)), welche ihr immer noch eine weitgehende Freiheit und Unabhängigkeit belassen. Der Marketingplan wurde gemeinsam zwischen Beklagter und Klägerin als einander gleichgestellte Geschäftspartner vereinbart (DV 6). Und im Unterschied zum Verteiler in BGE 134 III 497, wo die Anwendung von Agenturvertragsrecht bejaht wurde, musste die Klägerin der Beklagten nicht monatlich Bericht über die Marktsituation erstatten und Einsicht in ihre Unterlagen gewähren, und die Beklagte hatte nicht die Freiheit, die Produktion oder den Verkauf des Produkts nach Belieben einzustellen. Das Festlegen der Minimalverkaufszahlen ist für sich allein noch kein Hinweis auf eine mit jener eines Agenten vergleichbaren Abhängigkeit der Klägerin.

### **3.4 Keine Verletzung der Loyalitätspflicht**

- 47 Die Klägerin rügt eine Verletzung der Loyalitätspflicht, die sich als vertragliche Nebenpflicht aus Art. 2 ZGB ableite. Die Verletzung bestehe im Vertragsschluss mit dem polnischen Verteiler zu den konkreten Bedingungen, insbesondere dem tieferen Einkaufspreis (KS Rz. 29-31).
- 48 Die Loyalitätspflicht ist eine sog. Nebenpflicht (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 34; BKWEBER, Art. 97 N 76), Umstritten ist allerdings Qualifizierung und Begründung dieser Pflichten (BSK OR I-WIEGAND, 97 N 32). Die wohl herrschende Lehre und auch Rechtsprechung leitet die Nebenpflichten aus der Grundlage von Art. 2 ZGB ab (BSK OR I-WIEGAND, 97 N 35; GUHL, § 2 N 25; BGE 114 II 57, S. 66). Dabei entstehen sie, gleichsam von Rechts wegen aus ZGB 2 und dem darin enthaltenen Grundsatz von Treu und Glauben, durch den Vertragsschluss, auch ohne dass es von den Parteien bewusst vorgesehen zu sein braucht (BSK OR I-

97, N 35; WALTER, Recht 2005, 72 f). Somit bestreitet die Beklagte nicht, dass auch im vorliegenden Vertragsverhältnis solche Nebenpflichten und damit auch eine Loyalitätspflicht entstanden sind.

49 Gemäss BGer ist jedoch zu beachten, dass eine Nebenpflicht stets dem Leistungsinhalt des Vertrags zuzurechnen ist und die primäre Leistungspflicht nicht erweitern, sondern konkretisieren soll (BGE 114 II 57, S. 66). Daraus ergibt sich, dass die Primärverpflichtung massgebend ist bei der Auslegung der im konkreten Fall zu beurteilenden Nebenpflicht.

50 Dies spricht dafür, dass der Umfang einer solchen Nebenpflicht nicht über den Umfang der dazugehörigen Hauptpflicht des entsprechenden Vertrags hinausreichen kann, somit in der Regel auch keine Nebenpflichtverletzung vorliegt, soweit die Primärverpflichtung nicht verletzt wurde. Auch die Ansicht der Lehre, dass eine Nebenpflicht bei Vertragsschluss unabhängig vom Parteiwillen entsteht (Rz. 48) spricht für eine eher restriktive Auslegung des Umfangs einer Nebenpflicht.

51 Es ist zwar denkbar, dass sich aus der Loyalitätspflicht ein gewisser Gebietsschutz ableiten lässt, der aber nicht weiter gehen kann als jener des Alleinvertriebsrechts, und daher ebenso wenig wie dieses verletzt worden ist.

### **3.5 Die Beklagte war nicht zum Ergreifen von unzumutbaren Massnahmen verpflichtet**

52 Die Klägerin hätte nicht erwarten können, dass die Beklagte als Massnahme die Liefermenge an den polnischen Abnehmer einschränkt. Denn dies wäre ein Vertragsbruch gegenüber der PLL Beer SA, da diese vertraglich dazu berechtigt ist, eine unbegrenzte Menge des Produkts zu beziehen.

### **3.6 Die Gewinneinbusse ist nicht so erheblich wie die Klägerin behauptet**

53 Ebenfalls hatte die Klägerin immer noch die Mehrheit des deutschen Marktes (Einleitungsanzeige Punkt 5), womit sie nicht behaupten kann, der Vertragszweck sei nicht mehr erfüllt bzw. das Exklusivitätsrecht untergraben worden.

54 Zudem ist anzumerken, dass die Klägerin - kurze Zeit vor ihrer Kündigung am 30. April 2008 (K-12) - am 13. und 20. April 2008 Bestellungen von über 3.5 Mio. Flaschen des Produkts aufgegeben hat (K-8, K-10). Die Klägerin schien also keine Befürchtungen zu haben, nicht mehr ausreichende Mengen des Produkts verkaufen zu können.

### **3.7 Exkulpation der Beklagten**

55 Auch wenn das Gericht eine Verletzung des Distributionsvertrages durch die Beklagte bejahen sollte, so liegt dennoch kein Verschulden ihrerseits vor, da ihr keinerlei unvorsichtiges Verhalten vorgeworfen werden kann (HUGUENIN, OR AT, N 634).

#### **4 Keine Verletzung der Lieferpflicht**

- 56 Es wird gezeigt, dass ein Zahlungsverzug durch die Klägerin vorliegt und dass die Vertragsänderung (Verzicht auf Vorauszahlung) mangels Annahme nicht zustande kam, eventualiter zwar gültig zustande gekommen ist, deren vorleistungspflichtige Erfüllung durch die Klägerin aber ausblieb.
- 57 Wenn nun die Beklagte das Kreditrisiko als Begründung vorbringt (K-11), weiterhin auf Vorauszahlung zu bestehen, so ist dies nicht als Begründung ihres Rechtes misszuverstehen. Dieses Recht ergibt sich alleine aus dem Verzug der Klägerin und der nicht angenommenen Offerte bzw. der nicht erfüllten Vertragsanpassung. Die Begründung durch das Kreditrisiko drückt vielmehr den inneren Beweggrund aus, warum die Beklagte an der Ausübung ihres Rechtes festhalten muss, obschon sie der Klägerin entgegen kommen wollte.

##### **4.1 Leistungsverzug ist gegeben**

- 58 Laut DV 5 (5) ist die Beklagte vorleistungspflichtig bei Lieferung der Produkte, im Falle eines Zahlungsverzuges der Klägerin aber befugt, umgehend Vorauszahlung zu verlangen.
- 59 Es fragt sich, ob ein Zahlungsverzug durch die Klägerin eingetreten ist. Die Zahlungsfrist wurde nicht eingehalten, was die Klägerin auch gar nicht abstreitet (KS Rz. 39). Die Rechnungen vom 1. Februar 2008 (erwähnt in K-7) sind bei der Klägerin am 5. Februar 2008 eingegangen (Beschluss Nr. 2, Punkt 19) und somit liegt seit dem 6. April ein Zahlungsverzug vor.
- 60 Durch die vertragliche Zahlungsfrist von 60 Tagen (DV 5 (5)) ist eine Mahnung für den Eintritt des Verzugs nicht erforderlich (KK-THIER, Art. 102 N 5).
- 61 Die Klägerin beruft sich nun darauf, ein ihr zustehendes Leistungsverweigerungsrecht wahrgenommen zu haben, welches den Verzug verhindern würde. Ihre nicht erbrachte Leistung stellt sie dabei einer angeblichen Verletzung der Exklusivität im Vertragsgebiet durch die Beklagte gegenüber. Wie unter Punkt 3 der vorliegenden Klageantwort dargelegt, liegt eine solche noch zu erbringende Leistung seitens der Beklagten nicht vor.
- 62 Sollte das Gericht aber eine solche ausstehende Leistung ausmachen, kann aus folgendem Grund das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR trotzdem nicht greifen: Der Alleinvertriebsvertrag besteht aus zwei Leistungspaaren (HUGUENIN, OR BT, N 1492). Dabei ist eine Verweigerung einer Leistung aus einem der Leistungspaare bezogen auf eine noch nicht erbrachte Leistung des anderen Leistungspaars, also eine Leistungsverweigerung „übers Kreuz“ nicht zulässig (GAUCH/SCHLUEP, N 2223; BGE 107 II 222 f.; BGE 78 II 34 f.). Dies räumt auch die Klägerin ein (KS Rz. 42), versucht jedoch die Leistungsverweigerung „über das Kreuz“ zu legitimieren.



- 63 Eine solche Leistungsverweigerung wird nur von einem Teil der Lehre und auch nur dann angenommen, wenn das Doppelsynallagma zu einem einzigen verschmilzt durch starke Einbindung des Händlers in das Vertriebsnetz des Lieferanten (BK-WEBER, Art. 82 N 100). Eine solche Eingliederung liegt i.c. nicht vor, da beide Parteien selbständige Unternehmen sind und ihre aufeinander bezogenen Leistungen jeweils gleichberechtigt aushandeln (Marketingplanung DV 6 (1), Vereinbaren der minimalen Verkaufszahlen DV (3)).
- 64 Nach Schluiep/Amstutz muss der Effekt der Verschmelzung nicht nur bei Unterordnungsverhältnissen angenommen werden, sondern auch dann, wenn die Zweckstruktur des Doppelsynallagmas einen gemeinsamen Finalnexus aufweist (BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ vor Art. 184 N 141). Bei dieser Mindermeinung setzt nun die Begründung der Klageschrift an, die den Finalnexus beider Leistungspaare im Zweck ausmacht, möglichst hohen Absatz des Produkts im Vertragsgebiet zu erzielen (KS Rz. 46). Diese Begründung mag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen: einem solch grundlegenden gemeinsamen Ziel (möglichst hohen Absatz) würde praktisch jeder Alleinvertriebsvertrag zugeordnet werden können. Ein allgemein zu bejahendes Merkmal taugt aber nicht zur Ausscheidung einer Gruppe von Alleinvertriebsverträgen mit und einer solchen ohne gemeinsamen Finalnexus. Somit liefert die Klägerin kein Merkmal für ein Leistungsziel der geforderten Art. Für einen gemeinsamen Finalnexus müssen die einzelnen Leistungspaare zudem voneinander abhängen und sich gegenseitig bedingen (GERNHUBER, S. 476). Dass der Rahmenvertrag kaum sinnvoll ist ohne auf seiner Grundlage stattfindende Verkaufsverträge, leuchtet ein. Umgekehrt ist aber nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Fall Warenverkäufe ohne vollständig umgesetzten Rahmenvertrag ihres Sinnes beraubt sein sollten. Kommt dazu, dass die mehrfachen Warenbestellungen gerade nicht in einem Zusammenhang stehen können mit einer allfälligen noch zu erbringenden Schuld aus dem Rahmenvertrag.
- 65 Somit liegt keine Leistungsverweigerung vor und der Verzug ist zu bejahen. Dadurch ist die Beklagte berechtigt, künftig Vorauszahlung zu verlangen (DV 5 (5)).

#### **4.2 Keine Beendigung des Verzugs zum Zeitpunkt der Bestellungen**

- 66 Die Klägerin hätte sich auf den Standpunkt stellen können, dass mit der Bezahlung der ausstehenden Forderungen (K-10) der Verzug beendet wurde. DV 5 (5) nennt keine Frist, während derer Vorauszahlung verlangt werden kann. Im Sinne der Unklarheitsregel ist der Vertragsinhalt im Zweifel zugunsten der Partei auszulegen, die den Vertrag nicht verfasst hat (GAUCH/SCHLUEP, N 1231). Der vorliegende Distributionsvertrag ist ein von der Multidrink Gruppe, zu der die Beklagte gehört, verfasster Standartvertriebsvertrag (Beschluss Nr. 2, Punkt 1). Die unklare Regelung ist damit zu Gunsten der Klägerin auszulegen. Vorliegend ist die Variante, nach der DV 5 (5) nur während Verzug und nicht ab Verzug bis zu einem ver-

traglich nicht festgesetzten Zeitpunkt anwendbar sei, der Klägerin günstiger. Ebenfalls für diese Auslegung spricht, dass die Parteien, hätten sie die andere Variante gemeint, wohl ein Endzeitpunkt für die Anwendbarkeit von DV 5 (5) in die Regelung aufgenommen. Somit wird der Verzug am 21. April 2008 beendet (K-10).

- 67 Sämtliche Bestellungen wurden aber vor Beendigung des Verzugs aufgegeben (13.4. und 20.4. (K-8 und K-10)). Bei der Bestellung war die Klägerin also im Verzug. Somit durfte die Beklagte für diese Bestellungen gemäss DV 5 (5) Vorauszahlung verlangen. Würde diese Regelung dann plötzlich hinfällig auf Grund nachträglicher Bezahlung, würde dies nicht nur die Regelung von DV 5 (5) untergraben, sondern auch Unsicherheit im Verkehr der beiden Parteien verursachen, was nicht in deren Interesse sein kann und somit auch nicht gemeint ist.
- 68 Somit ist auf sämtlichen noch ausstehenden Bestellungen auf Grund des Verzuges gültig Vorauszahlung verlangt worden.

### **4.3 Vertragsänderung**

- 69 Die Beklagte war berechtigt Vorauszahlung zu verlangen, zeigte sich aber unter gewissen Bedingungen bereit, auf dieses Recht zu verzichten. Zu diesem Zweck unterbreitete sie der Klägerin einen Vorschlag (K-9). Dieser Vorschlag ist als Angebot zu bewerten, wenn sein Inhalt so genau ausgestaltet ist, dass er nach Eingang bei der Empfängerin mit schlichter Zustimmung angenommen werden kann (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 3 N 8). Der Zugang der Offerte ergibt sich aus dem Antwortschreiben der Klägerin (K-10). Die Offerte verlangt von der Klägerin umgehende Bezahlung sämtlicher ausstehenden Forderungen für Lieferungen und als Folge wird die Entscheidung aufgehoben, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Zudem werden im Gegenzug die gerechtfertigten Marketingkosten übernommen und konkret bezeichnete Massnahmen unternommen, um die Ziele des DV zu unterstützen. (K-9) Diese sehr klare Offerte kann mit schlichtem „ja“ angenommen werden. Es liegt somit eine gültige Offerte vor.

### **4.4 Keine Annahme der Offerte durch die Klägerin**

- 70 Auf die gültige Offerte der Beklagten folgt ein Antwortschreiben der Klägerin (K-10). Es ist zu prüfen, ob damit eine Annahme des Angebots vorliegt.
- 71 Die Annahmeerklärung folgt auf das Angebot und beinhaltet dessen Annahme (HUGUENIN, OR AT, N 225). Die Annahme darf dabei nur aus reiner Zustimmung bestehen, eine Abweichung des Willensinhaltes bedeutet Ablehnung des Angebots (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 3 N 20).
- 72 Das Antwortschreiben der Klägerin enthält keine wörtliche Zustimmung auf das Angebot. Es enthält aber die Bestätigung der Bezahlung der ausstehenden Kosten und die Aufforderung,

ohne Vorauszahlung zu liefern. Die Klägerin verlangt aber bereits vor dem Eingang des Angebots Lieferung ohne Vorauszahlung (K-8) und die Bezahlung der Kosten war auch ohne Annahme des Angebots fällig. Sollte demnach keine Annahme vorliegen, da die Klägerin gar keinen entsprechenden Willen kundgetan hat, so ist auch kein Vertrag entstanden. Es kann aber durch Auslegung davon ausgegangen werden, dass die Klägerin das Angebot annehmen wollte. Unter dieser Annahme entsteht ein Vertrag, wenn das Akzept alle wesentlichen Punkte des angebotenen Vertrages umfasst (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 3 N 18).

- 73 Nach Art. 120 Abs. 3 OR ist die Verrechnung auch strittiger Forderungen grundsätzlich möglich (GAUCH/SCHLUEP, N 3221). I. c. muss die Verrechnungshandlung aber im Lichte des Antragswillens betrachtet werden. Den Anstoss zum vorgeschlagenen Angebot gab die Frage nach Regelung der zeitlichen Abfolge von Leistungserbringung. Der Vorschlag verlangt Bezahlung der ausstehenden Schulden als Voraussetzung, um dann als Folge davon die gerechtfertigten Marketingkosten zu begleichen (K-9). Diese Folge nimmt die Klägerin aber vorweg durch ihre Verrechnung. Der Vorschlag aber schloss eine Verrechnung der Schulden aus Lieferungen mit Forderungen aus Marketingkosten klar aus. Damit fehlt es an einem übereinstimmenden Willen der Parteien. Dass die Abweichung der beiden Willenserklärungen einen wichtigen Punkt betrifft, zeigt sich darin, dass sie den Kern der Regelung betrifft. Die Reihenfolge der Leistungen ist eine der Hauptpunkte des Vorschlages. Bei abweichendem Wille ergibt sich keine Annahme, sondern eine Ablehnung des Angebotes, allenfalls ein neues Angebot (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 3 N 20). Ohne Annahme der Offerte konnte kein Vertrag entstehen und somit auch keine Folgen aus einem solchen. Zudem ist das Angebot mit der Ablehnung erloschen (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 3 N 16).
- 74 Somit war es der Beklagten unbenommen, auch weiterhin Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen.

#### **4.5 Die Nichterfüllung des Vertrages**

- 75 Sollte aber entgegen der obigen Ausführungen von einem Konsens ausgegangen werden und damit von der Entstehung eines Vertrages, so muss dessen Inhalt hier untersucht werden.
- 76 Ob die Briefe selbst einen Bestandteil des DV oder einen zusätzlichen Vertrag darstellen, ist hier nicht von Belang, da daraus keine unterschiedlichen Folgen resultieren würden, weil in jedem Fall auf den Willen der Parteien abzustellen ist, und damit das Resultat identisch ausfällt.
- 77 Nach dem Inhalt des Vertrages hat die Klägerin sämtliche ausstehenden Forderungen zu bezahlen, bevor die Beklagte auf Vorauszahlung verzichtet, die Marketingkosten begleicht und eine Marktanalyse vor Ort in der Bundesrepublik Deutschland vornimmt.

- 78 Die Klägerin hätte zwar vorbringen können, die Weihnachtskarten seien von der Beklagten geschuldet, da sie zwar in der Marketingsitzung nicht budgetiert wurden (K-13), jedoch schon die letzten drei Jahre anstandslos beglichen worden seien, was eine stillschweigende Einwilligung darstelle. Dem ist zu entgegnen, dass DV 6 (2) klar formuliert, dass nur Kosten für Marketingaktivitäten durch die Beklagte übernommen werden müssen, die auch budgetiert waren. Von stillschweigender Einwilligung kann wohl höchstens für das jeweils betreffende Jahr gesprochen werden. Zutreffender dürfte wohl Unachtsamkeit als Folge des Vertrauens gegenüber der Klägerin sein. Die jährlich abgehaltene Marketingsitzung, die immer wieder aufs Neue die zu budgetierenden Massnahmen festsetzte, schliesst eine in die Zukunft gerichtete stillschweigende Zustimmung jedenfalls aus. Ansonsten würde die Sitzung ihren Sinn verlieren oder allenfalls als Ritual fortbestehen. Es kann keine stillschweigende Zustimmung in eine Zukunft geben, die gerade ausdrücklich gestaltet wird. Die Kosten für die Weihnachtskarten sind folglich nicht durch die Beklagte zu tragen. Dass noch nicht alle Forderungen bezahlt und die Kosten für die Weihnachtskarten geschuldet sind, sagt die Klägerin gleich selbst (KS Rz. 54).
- 79 Die Klägerin hält es für rechtsmissbräuchlich, dass sich die Beklagte wegen einem im Verhältnis zum Gesamten so kleinen Betrag auf die Nichterfüllung des Vertrags beruft (KS Rz. 54).
- 80 Damit es sich aber um Rechtsmissbrauch handeln kann, bedarf es eines krassen Missverhältnisses der Interessen (BSK OR I-HONSELL, Art. 2 N 41). Das Hauptinteresse der Vertragsänderung liegt in der zeitlichen Reihenfolge der vollständigen Leistungen. Immerhin nimmt er seinen Ursprung in Unstimmigkeiten einer solchen Abfolge. Der Vertrag entsprang überhaupt nur den Bedürfnissen danach, dass die Leistungen vollständig und in festgesetzter Reihenfolge erbracht würden, um so die Vertragsbeziehungen auf eine saubere Grundlage zu stellen.
- 81 Selbst wenn die Interessen der Klägerin höher gewichtet werden sollten, so ist der Betrag von EUR 550.- trotzdem nicht unwesentlich im Verhältnis zum ganzen geschuldeten Betrag (BGE 38 II 459). Somit kann es nicht rechtsmissbräuchlich sein, sich darauf zu berufen.
- 82 Es war der Beklagten unbenommen, auch weiterhin Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen.

## **5 Die nicht gerechtfertigte Kündigung aus wichtigem Grund**

### **5.1 Die fristlose Kündigung ohne vertraglich vorgesehenem wichtigen Grund**

- 83 Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt kein wichtiger Kündigungsgrund i.S.v. DV 13 (2) vor. Da weder das Exklusivitätsrecht (Rz. 17-55), noch die Lieferpflicht (Rz. 56-82) verletzt sind.

## **5.2 Kein wichtiger Grund bzw. Zumutbarkeit für die Klägerin den ordentlichen Kündigungstermin abzuwarten**

- 84 Nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtssprechung wird bei der ausserordentlichen Kündigung des Alleinvertriebsvertrags auf Art. 418r OR verwiesen, welcher wiederum in Art. 418r Abs. 2 auf die analoge Anwendung von Art. 337 OR verweist (BGE 89 II 34, 37; CHK-MATHYS, OR 418r N 8; HARTMANN, S. 38f.; KULL/WILDHABER, N 659).
- 85 Aus wichtigem Grund kann der Alleinvertriebsvertrag auch ohne vertragliche Regelung jederzeit gekündigt werden (BGE 78 II 32). Dabei ist als wichtigen Grund zu qualifizieren, was dem Kündigenden unzumutbar macht, den Ablauf des Vertrages oder die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten (PAETZOLD, S. 39). Unzumutbarkeit liegt jedoch nur vor, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerstört ist und zwar nach objektiven wie nach subjektiven Gesichtspunkten (BGE 116 II 141 ff.). Somit müsste der angeführte Grund der Klägerin erstens objektiv geeignet sein, das Vertrauensverhältnis endgültig zu zerstören und zweitens tatsächlich diese Wirkung haben, was aber vom subjektiven Empfinden des Kündigenden wiederum abhängt (BGE 116 II 145 ff. E. 6a).
- 86 Nach Staehelin reichen nur objektive oder nur subjektive Schwere des Falles für sich allein nicht aus. Somit berechtigen objektiv zu wenig gewichtige Vorfälle, die vom Betroffenen subjektiv zwar als gravierend empfunden werden, nicht zur fristlosen Kündigung. Für den Prozess steht die objektive Betrachtungsweise im Vordergrund, da sich das subjektive Empfinden nur schwer beweisen lässt. Aus dem Umstand, dass die Klägerin nach Kenntnisnahme des wichtigen Grundes nicht sofort die fristlose Kündigung erklärt, wird auf subjektive Zumutbarkeit der Weiterführung des Vertragsverhältnisses geschlossen und die Rechtfertigung zur fristlosen Kündigung verneint (ZK OR-STAEHELIN, Art. 337 N 3). Vorliegend sind keine objektiven Gründe ersichtlich, die für eine Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses sprechen. Zudem handelt es sich vorwiegend um ein „Belieferungsverhältnis“, weshalb persönliche Differenzen oder Verstimmungen der Geschäftsbeziehungen nicht als so wesentlich anzusehen sind, dass die ordentliche Kündigungsfrist nicht eingehalten werden kann.
- 87 Wäre es der Klägerin nicht mehr zumutbar gewesen, das Vertragsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu beenden, hätte sie auch nicht noch über 3.5 Mio. Flaschen bestellt (K-8, K-10).
- 88 Dass die Beklagte trotz Schuldbegleichung durch die Klägerin weiterhin von ihrem Recht Gebrauch machte und weiterhin Vorauszahlung verlangt hat, mag aus subjektiver Sicht der Klägerin eine nicht zu unterschätzende Belastung darstellen, begründet aber noch keine objektive Unzumutbarkeit. Somit wäre es der Klägerin zumutbar gewesen, den Alleinvertriebs-

vertrag unter der ordentlichen Kündigungsfrist zu beenden. Deshalb war die fristlose Kündigung auch aus der Betrachtung der Zumutbarkeit nicht gerechtfertigt.

### **5.3 Eventuell: Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grund**

- 89 Sollte das Schiedsgericht wider erwarten ein wichtiger Grund bejahen, ist die fristlose Kündigung der Klägerin trotzdem nicht gerechtfertigt, weil das Recht der Klägerin darauf verwirkt ist.
- 90 Nach Lehre und Rechtsprechung ist die fristlose Kündigung unverzüglich oder zumindest innert weniger Tage nach Kenntnis des wichtigen Grundes auszusprechen (ZH JAR 1990 273).
- 91 Somit darf die Klägerin mit dem Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht eine ungebührlich lange Zeit verstreichen lassen. Ansonsten wird der Anschein beim Vertragspartner erweckt, dass eine Fortsetzung zumindest innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist nicht unzumutbar wäre (BK OR-REHBINDER, Art. 337 N 16). Die Verletzung des Exklusivitätsrechts als wichtiger Grund besteht bereits seit Herbst 2007. Eine allfällige Verwirkungsfrist für eine ausserordentliche Kündigung wäre längst verwirkt. Will die Klägerin aber ihr Recht nicht verlieren, muss sie klar zum Ausdruck bringen, dass sie beim Scheitern des Beseitigungsversuchs das Vertragsverhältnis fristlos aufheben will.

## **6 Ersatz der Kosten der Radiowerbung**

### **6.1 Allgemeines**

- 92 Die Klägerin vertritt in ihrer KS (Rz. 66 ff.) den Standpunkt, die Radiowerbung sei von der Beklagten zu begleichen, da sie den Distributionsvertrag verletzt habe und die Klägerin deshalb den Vertrag fristlos kündigte, wodurch sie keine Verwendung mehr für die verbleibende Werbezeit gehabt habe (KS Rz. 67). Der Distributionsvertrag räumt in DV 7 eine sechsmonatige Kündigungsfrist ein. Eine Kündigung aus wichtigem Grund kann stets ohne Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgen (DV 13).

### **6.2 Kein Ersatz der Radiowerbung wegen Verletzung des Distributionsvertrags**

- 93 Wie bereits erwähnt (Rz. 83 ff.) war die ausserordentliche Kündigung durch die Klägerin nicht gerechtfertigt, weshalb die Klägerin die ihr aus dem Vertrag entstandenen Kosten – zumindest bis zum Zeitpunkt des ordentlichen Kündigungstermin (Ende Oktober 2008) - für die verbleibende Werbezeit selbst zu tragen hat. Die Klägerin hat auch die Kosten für die Monate November und Dezember 2008 selbst zu tragen, da sie auf eigenes Risiko Werbung buchte, die über den – immer möglichen – ordentlichen Kündigungstermin hinausgeht.

### **6.3 Vertrauensschaden**

- 94 Die Klägerin beruft sich darauf, dass ihr infolge eines Vertrauensschadens die Radiokosten für die Monate Mai bis Dezember durch die Klägerin zu ersetzen seien (KS Rz. 72).
- 95 Die Vertrauenshaftung – als Haftung für erwecktes und enttäushtes Verhalten – ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: Zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten besteht eine „rechtliche Sonderverbindung“, in welcher die Schädigerin durch ihr Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen beim Geschädigten erweckt, dass später in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise enttäuscht wird (HUGUENIN, OR AT, N 986/992 f.; GAUCH/SCHLUEP, N 982e ff.).
- 96 Eine rechtliche Sonderverbindung kann i.c. zwischen der Klägerin und der Beklagten auf Grund des grossen Spielraums in der Umsetzung von Marketingaktivitäten bejaht werden. Fraglich ist, ob die Beklagte durch ihr Verhalten, die Marketingkosten bis dato immer ohne Überprüfung zu bezahlen (KS Rz. 72), bereits ein berechtigtes (schutzwürdiges) Vertrauen bei der Klägerin erweckt hat. Gemäss des BGer liegt kein schutzwürdiges Vertrauen vor, wenn der Geschädigte Opfer der eigenen Vertrauensseligkeit und Unvorsichtigkeit wird oder durch Verwirklichung der allgemeinen Geschäftsrisiken (GAUCH/SCHLUEP, N 982g; BGE 133 III 451). Aus dem Distributionsvertrag kann bezüglich der Radiowerbung aus DV 6 (2) lediglich entnommen werden, dass die budgetierten Kosten quartalsmässig abgerechnet werden. Aufgrund dessen und gestützt darauf, dass der Marketingbericht nie beanstandet wurden und die Vergütung der Kosten stets erfolgte (KS Rz. 72), vertraute die Klägerin darauf, dass die Kosten auch weiterhin ersetzt werden. Da die Beklagte (Beschluss Nr. 2, Punkt 13) nichts davon wusste, dass die Radiowerbung jeweils für das ganze Jahr en bloc gebucht wurde und davon auch keine Kenntnis haben konnte, da die Klägerin die Radiokosten stets quartalsmässig verrechnete. Die Klägerin stützt sich somit nicht auf ein berechtigtes Vertrauen. Zudem ist anzumerken, dass die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung zu den allgemeinen Geschäftsrisiken zählt. Es wäre der Klägerin zudem zumutbar gewesen, mit der Beklagten bei den jährlichen Abmachungen über den Marketingplan die Radiowerbung genauer abzuklären und zu regeln.
- 97 Da das Vertrauen der Klägerin nicht berechtigt war, erübrigt sich eine weitere Prüfung des Vertrauensschadens.

### **6.4 Der Marketingvertrag als eigenständiger Vertrag**

- 98 Die Klägerin setzt sich auf den Standpunkt, der Marketingvertrag könnte allenfalls auf Basis von DV 6 als eigenständiger Vertrag qualifiziert werden (KS Rz. 75). Eine solche Annahme ist jedoch zu verneinen, da die Absatzförderungspflicht ein charakteristisches Merkmal des Alleinvertriebsvertrags ist und sich aus seiner Natur ergibt (HUGUENIN, OR BT, N 1515; Ro-

DONDI, S. 103). Werbemassnahmen sind typische Bestandteile dieser Pflicht. Ein allfälliger Marketingvertrag ohne Distributionsvertrag entbehrt seines Sinnes. Durch die Kündigung des Distributionsvertrages wird der „Marketingvertrag“ - als Teil des Distributionsvertrags – daher ebenfalls miterfasst und er folgt demselben Schicksal wie der Distributionsvertrag, wodurch die Klägerin die Kosten der Radiowerbung selber zu tragen hat.

#### **6.5 Eventualiter: Keine Anwendung von Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR**

- 99 Weil die Klägerin auf eigene Rechnung und nicht auf Rechnung der Beklagten gehandelt hat (BGE 122 III 361), kommt eine Anwendung von Auftragsrecht im vorliegenden Fall nicht in Frage. Da der Marketingplan von den Parteien gemeinsam ausgearbeitet wurde, kann die Klägerin auch nicht behaupten, wie eine Beauftragte auf Weisung der Beklagten gehandelt zu haben (vgl. Art. 397 OR). Das vorliegende Rechtsverhältnis ist so weit von einem Auftragsverhältnis entfernt, dass auch eine sinngemässe Anwendung von Auftragsrecht unangemessen wäre.

#### **6.6 Verzug**

- 100 Die Problematik des Verzugs (verursacht durch die Beklagte) welches die Klägerin geltend macht (KS Rz. 78 ff.), ist nicht erfüllt. Da die Beklagte – wie gemäss den vorherigen Erläuterungen – die Kosten nicht übernehmen muss, kann sie folglich auch nicht in Verzug geraten.

#### **6.7 Fazit**

- 101 Die Kosten für die verbleibende Werbezeit hat die Klägerin zu tragen, da die Kündigung aus wichtigem Grund nicht gerechtfertigt war. Aus Mangel an schutzwürdigem Vertrauen steht der Klägerin kein Schadenersatz zu. Zu erwähnen bleibt, dass die Werbung für die Beklagte nutzlos ist, da ihr der Vertriebspartner für das Gebiet fehlt (vgl. CHK-JACOBS, Vorb. OR 184 ff. N 11).

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 10