

Distribujet GmbH
Nikolaigraben 15
02826 Görlitz
Deutschland

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

KLAGESCHRIFT

in Sachen

DISTRIBUJET GmbH
Klägerin
Vertreten durch Moot Court Gruppe 10

gegen

BEVESANA AG
Beklagte

betreffend
Kündigung

Rechtsbegehren

1. Es sei festzustellen, dass die Schiedsklausel im Distributionsvertrag nicht rechtsgültig aufgehoben bzw. auf die Bibite AG übertragen wurde. Die Beklagte ist also passivlegitimiert und das Schiedsgericht für die Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte zuständig.
Eventualiter sei die Beklagte mittels Durchgriff passivlegitimiert.
2. Des Weiteren sei festzustellen, die Beklagte habe das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt.
3. Zudem sei festzustellen, das erneute Bestehen auf Vorauszahlung vertragswidrig waren, da der Anspruch auf Vorauszahlung durch einen Aufhebungsvertrag gemäss Art. 115 OR aufgehoben wurde.
4. Auch sei festzustellen, dass die Kündigung der Klägerin aus wichtigen Grund vom 30. April 2008 gerechtfertigt war.
5. Folglich sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in einem vom Schiedsgericht festzusetzenden Betrag Schadensersatz, mindestens aber EUR 10'000'000.- zu bezahlen.
6. Die Beklagte sei zu verurteilen, die Kosten für die Radiowerbung im Jahre 2008 für die Monate Mai bis Dezember zu ersetzen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

RECHTSBEGEHREN	II
QUELLENVERZEICHNIS	V
Literaturverzeichnis.....	V
Zeitschriften.....	VII
Entscheide.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
1 EINLEITUNG	1
2 DIE PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN UND DIE ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS	1
2.1 Allgemeines.....	1
2.2 Vertragsübernahme.....	1
2.2.1 Übergang der Schiedsvereinbarung im Distributionsvertrag durch Art. 181 Abs. 1 OR.....	1
2.2.2 Anderweitige Aufhebung der Schiedsvereinbarung.....	3
2.3 Eventuell: Ausdehnung des subjektiven Wirkungsbereichs der Schiedsklausel auf Dritte im Falle eines Durchgriffs	6
3 ANSPRUCH AUF SCHADENERSATZ WEGEN VERTRAGSVERLETZUNG ...	7
3.1 Rechtliche Qualifikation des Vertrages	7
3.2 Vertragsverletzung als rechtliche Grundlage für den Schadenersatzanspruch.....	7
3.3 Der Begriff des Alleinvertriebsrechts bzw. Exklusivitätsrechts	8
3.4 Ermittlung von Bestand und Tragweite des Alleinvertriebsrechts durch Vertragsauslegung	8
3.4.1 Subjektive Auslegung	8
3.4.2 Objektive Auslegung.....	9
3.5 Eventuell: Das Alleinvertriebsrecht als Nebenpflicht.....	12
4 VERTRAGSWIDRIGES VERLANGEN VON VORAUSZAHLUNGEN	13
4.1 Grundsätzliches Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen	13
4.2 Aufhebung des Rechts auf Vorauszahlungen.....	13
5 DIE GERECHTFERTIGTE KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND	14
5.1 Die fristlose Kündigung aus vertraglich vorgesehenem wichtigen Grund.....	14
5.2 Eventuell: Der wichtige Grund der fristlosen Kündigung durch Verwarnung.....	16
5.3 Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung.....	16

6	ANSPRUCH AUF ERSTATTUNG DER KOSTEN FÜR DIE RADIOWERBUNG IM JAHRE 2008 FÜR DIE MONATE MAI BIS DEZEMBER AUS VERTRAG UND AUS GUTEN TREUEN.....	17
6.1	Ausganglage.....	17
6.2	Objektive Vertragsauslegung	18

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.) Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz,
Bern 2003.
Zitiert: FusG-Handkomm-BEARBEITER
- BERGER, Bernhard/KELLERHALS,
Franz Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit
in der Schweiz, Bern 2006.
Zitiert: BERGER/KELLERHALS
- BUCHER, Eugen Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner
Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte 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. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner
Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht,
Band I und II, 9. Aufl., Zürich 2008.
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP, OR AT
- HARTMANN, Jürg E./EGLI, Felix W./
MEYER-HAUSER, Bernhard F. Der Alleinvertriebsvertrag, ein Praktikerleitfaden
mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und
im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis,
2. Aufl., St. Gallen 1995.
Zitiert: HARTMANN ET AL.

- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim
Peter/SCHNYDER, Anton K./BERTI,
Stephen V. Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht,
2., vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl.,
Basel 2007.
Zitiert: BSK IPRG-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
- HUGUENIN, Claire Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3.,
überarbeitete Aufl., Zürich 2008.
Zitiert: HUGUENIN, OR AT
- DIESELBE Obligationenrecht Besonderer Teil, 3., überarbeitete
Aufl., Zürich 2008.
Zitiert: HUGUENIN, OR BT
- MEYER, Christian Alexander Der Alleinvertrieb: ein Handbuch für Praktiker,
2. Aufl., St. Gallen 1992.
Zitiert: MEYER
- PAETZOLD, Veronika Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2.,
völlig überarbeitete Auflage, Zürich 2006.
Zitiert: PAETZOLD
- RIEMER, Hans Michael Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen über
juristische Personen, Systematischer Teil und
Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993.
Zitiert: BK ZGB-RIEMER
- 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., überarbeitete Aufl., Bern 2006.
Zitiert: SCHWENZER
- SPRING, Eugen Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR, Bd. V/1k, Zürich 1994.
Zitiert als: ZK-SPRING
- VISCHER, Frank B. und VISCHER Rechtsanwälte und Notare Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004.
Zitiert: ZK FusG- BEARBEITER
- WYNIGER, Charles Vom Alleinverkaufsvertrag, insb. im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss., Winterthur 1963.
Zitiert: WYNIGER

Zeitschriften

SJZ 1922/23, Heft 23, S 363, Nr. 317

SWZ 2004, Heft 3, Von der Crone, S. 297ff.

Entscheide

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. März 1967,
BGE 93 II 18

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. September 1975,
BGE 99 II 310

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Dezember 1989,
BGE 115 II 415

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. November 1994,
BGE 120 II 331

Urteil der Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom, 16. Oktober 2001,
BGE 128 III 50

Urteil der Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom, 14. Oktober 2002,
BGE 129 III 118

Urteil der Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003,
BGE 4C.40/2003

Urteil der Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom, 16. Oktober 2003,
BGE 129 III 727

Urteil der Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom, 10. Januar 2005,
BGE 4P.235/2004

BGer JAR 1997, 209 zitiert im BSK OR I – PORTMANN, Art. 337 Abs.2 N 13
Urteil vom 31. August 1926
ZR 26 (1927), Nr. 149, S. 294

Urteil vom 7. November 1975,
ZR 76 (1977), Nr. 53, S. 127

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B-1, B-2, etc.	von der Beklagten eingereichten Beweisdokumente
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
Einl.	Einleitung
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera = usw.
EUR	Euro
f./ff.	und folgende (Seiten, Note usw.)
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Fusionsgesetz (SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Handkomm	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
HReg	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insb.

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.w.S.	im weiteren Sinne
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
K-1, K-2, etc.	von der Klägerin eingereichte Beweisdokumente
Kap.	Kapitel
lit.	litera(e) = Buchstabe(n)
Mio.	Million(en)
N	Note, Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e/r)
SZW	Schweizerische Zeitung für Wirtschaftsrecht (Zürich, bis 1989: SAG)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Züricherische Rechtssprechung (Zürich)

1 Einleitung

Zunächst wird die Klägerin zeigen, dass die Beklagte passivlegitimiert ist und die und dass das Schiedsgericht für die vorliegende Streitsache zuständig ist [2]. 1

Anschliessend wird gezeigt, dass die Beklagte den Distributionsvertrag verletzt hat [3], die Vorauszahlungen vertragswidrig waren [4] und folglich die Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt war [5].

Schliesslich wird sie nachweisen, dass die Kosten für die Radiowerbung im Jahre 2008 für die Monate Mai bis Dezember durch die Beklagte zu ersetzen sind [6].

2 Die Passivlegitimation der Beklagten und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts

2.1 Allgemeines

Die Beklagte bestreitet sowohl ihre Passivlegitimation bezüglich der vorliegenden Streitsache wie auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Einleitungsantwort Punkt 6). Dass die Schiedsabrede im Distributionsvertrag gültig zustande gekommen ist, bleibt zwar unbestritten, die Beklagte behauptet jedoch, nicht mehr vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsabrede erfasst zu sein, was aber für ihre Passivlegitimation und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gleichermaßen eine Voraussetzung darstellt (128 III 50 E 2.b.bb). 2

Grundsätzlich beschränkt sich der subjektive Geltungsbereich einer Schiedsabrede auf deren Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 492). Die Beklagte behauptet, nicht mehr Partei der Schiedsabrede zu sein, da diese durch den Übernahmevertrag vom 25.Mai 2005 (B-1), zusammen mit dem restlichen Distributionsvertrag (K-1), auf die Bibite AG übergegangen sei. Es hat jedoch trotz Übernahmevertrag keine wirksame Vertragsübernahme stattgefunden, was sich wie folgt begründen lässt: 3

2.2 Vertragsübernahme

2.2.1 Übergang der Schiedsvereinbarung im Distributionsvertrag durch Art. 181 Abs. 1 OR

Die Schiedsvereinbarung im Distributionsvertrag gegenüber der Beklagten ist durch eine Vermögensübernahme gemäss Art. 181 Abs. 1 OR durch die Bibite AG nicht rechtsgültig aufgehoben worden. Dafür gibt es zwei Gründe. 4

Erstens können nach h.L ganze Vertragsverhältnisse nicht gestützt auf Art. 181 OR übertragen werden (ZK-SPRING Vorb. Art. 181 N 41; SCHUMACHER, § 11 Übertragungshindernisse, S. 149). 5

Nach Art. 181 OR wird nur die Übertragung der Passiven, die das Vermögen oder Geschäft bilden, geregelt. Die Aktiven müssen einzeln nach den für sie geltenden Vorschriften übertragen werden. Es gilt also das Prinzip der Singularsukzession (BSK OR I- TSCHÄNI, Art. 181 N 1; BGE 115 II 415 E. 2.b).

Zweitens ist Art. 181 Abs. 4 OR zu beachten, gemäss dessen sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von im HReg eingetragenen Handelsgesellschaften nach den Vorschriften des FusG richtet. 6

Was für eine Gesellschaftsform die übernehmende Gesellschaft hat (i.c. also die Bibite AG), ist irrelevant, da einzig auf die übertragende Gesellschaft abgestellt wird. Da die Beklagte im HReg eingetragen ist, hat sie bei einer Vermögensübernahme durch die Bibite AG die Vorschriften des Fusionsgesetz (Art. 69ff. FusG) zu beachten. Die Vermögensübernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR ist also nicht rechtsgültig zustande gekommen, da für im HReg eingetragene Gesellschaften ein solches Vorgehen nicht als Möglichkeit zur Verfügung steht (ZK FusG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 34).

Das Vorgehen der Beklagten nach Art. 181 Abs. 1 OR ist i.S.v. Art. 19 Abs. 1 OR rechtswidrig, da nach Art. 181 Abs. 4 OR eine Handelsgesellschaft, die wie die Beklagte im HReg eingetragen ist, die Vorschriften des FusG zwingend (BOTSCHAFT FusG, S. 4492) zu beachten hat. Der Vertrag ist nach Art. 20 Abs. 2 OR teilnichtig. 7

Die dadurch entstandene Lücke im Übernahmevertrag (B-1, 2.1.1) kann dahingehend geschlossen werden, dass der Vertrag unter Beizug des mutmasslichen Parteiwillens ergänzt wird (sog. modifizierte Teilnichtigkeit). Es ist jene gesetzliche (oder auch richterliche) Ersatzregel anzuwenden, die dem nichtigen Vertragsteil am nächsten kommt (HUGUENIN, OR AT, N 403).

2.2.2 Anderweitige Aufhebung der Schiedsvereinbarung

Die Anwendung des FusG ist nicht die einzige Möglichkeit, die im vorliegenden Fall in Frage kommt. Nach h.L. soll es nämlich sämtlichen Rechtsträgern immer noch offen stehen, Vermögensteile auch auf dem Wege der Singularsukzession auf neu gegründete oder bestehende Rechtsträger zu übertragen. Es sind aber die entsprechenden Übertragungserfordernisse zu beachten (BSK OR-TSCHÄNI, Art. 181 N 6). 8

Die Beklagte wollte mit dem Übernahmevertrag (B-1) bezwecken, dass der ganze Distributionsvertrag in einem Schritt bzw. uno actu auf die Bibite AG übergeht. Die Lücke des Übernahmevertrags ist dahingehen zu schliessen, dass eine Ersatzregel gefunden wird, die diesen Anforderungen entspricht. Im Folgenden wird ein Vorgehen nach Art. 175ff. OR und Übergang des Vertrags nach Art. 69ff. FusG geprüft. 9

2.2.2.1 Übergang der Schiedsklausel im Distributionsvertrag durch Art. 175ff. OR

Ein Vorgehen nach Art. 175ff. OR kann ausgeschlossen werden, da durch diese Vorgehensweise nur eine Schuld (Schuldverhältnis i.e.S.) übernommen, bzw. übertragen wird (HUGUENIN, OR AT, N 1367). I.c. soll jedoch ein ganzes Vertragsverhältnis, nämlich der Alleinvertriebsvertrag (Schuldverhältnis i.w.S.) übertragen werden. 10

2.2.2.2 Übergang der Schiedsklausel im Distributionsvertrag durch Art. 69ff. FusG

Durch die Vermögensübertragung nach Art. 69-77 FusG gehen – im Gegensatz zu Art. 181 OR – sämtliche Passiven sowie auch Aktiven von Gesetzes wegen durch einen schriftlichen Vertrag uno actu auf den übernehmenden Rechtsträger über (ZK FusG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 1). Es erfolgt also eine partielle Universalsukzession, wodurch die im Übernahmeinventar (Art. 71 Abs.1 lit. b und Art. 72 FusG) aufgelisteten Vermögensteile übertragen werden. (ZK FusG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 4). Eine Vermögensübertragung kommt durch einen Übertragungsvertrag (gemäss Art. 70-72 FusG) und Eintragung ins HReg (Art. 73 FusG) gültig zu Stande. Der Übernahmevertrag (B-1) würde den Anforderungen nach Art. 70 und 71 FusG gerecht. 11

Ein Vorgehen nach FusG würde wohl auch dem mutmasslichen Willen der Beklagten am ehesten entsprechen, da sie mit dem Übernahmevertrag den ganzen Distributionsvertrag auf die Bibite AG übertragen will. 12

Eine Vermögensübertragung nach FusG kann wohl auch ganze Vertragsverhältnisse erfassen. Diese Ansicht ist aber umstritten und die Rechtslage noch nicht eindeutig geklärt (SZW 2004, S. 303). Für besonders wichtige Verträge empfiehlt es sich deshalb die Zustimmung der Drittpartei einzuholen (ZK FusG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 37/38). 13

Dies gilt besonders für Verträge, die auf die Person des Vertragspartners ausgerichtet sind, sogenannte „ad personam“ geschlossene Verträge. Diese Verträge gründen auf einem besonderen Vertrauensverhältnis oder haben eine persönlichkeitsrelevante Komponente inne (FusG-Handomm-FRICK, Art. 69 N 23). Alleinvertriebsverträge, i.c. also der Distributionsvertrag (K-1), sind typischerweise solche Verträge. Der Wechsel des Betriebspartners darf der im Vertrag verbleibenden Partei i. d. R nicht aufgezwungen werden (ZK FusG-BERETTA, N 57).

Daher ist der Drittpartei ein Kündigungsrecht ex nunc einzuräumen und bei Dauerschuldverhältnissen kann der Vertragsübergang zudem ein wichtiger Grund für eine Kündigung sein (ZK FusG-BERETTA, Vorb. Art. 69-77 N 42/43).

Der Distributionsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten beruht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis. Die Beklagte wäre sonst wohl kaum mit der Klägerin den Vertrag eingegangen und hätte sie zur alleinigen Abnehmerin des Produkts im Vertragsgebiet Deutschland gemacht (K-1). Es handelt sich demnach i.c. um einen Vertrag der ad personam geschlossen wurde. Die Vermögensübertragung nach Art. 69ff. FusG hätte also der Zustimmung durch die Klägerin bedurft. 14

Die Klägerin hat ihre Zustimmung nicht gegeben. Sie hatte nicht einmal Kenntnis von der Vermögens- bzw. Vertragsübernahme. Die fehlende Kenntnis der Klägerin lässt sich folgendermassen begründen.

Es war für die Klägerin nicht erkennbar, dass ein Wechsel des Vertragspartners stattgefunden hat, da die Bibite AG denselben Standort und auch dasselbe Personal wie die Beklagte hatte (B-2). Aus Sicht der Klägerin erschien die Bibite AG wirtschaftlich identisch mit der Beklagten. 15

Zudem unterliess es die Beklagte, die Vermögensübernahme im Schweizerischen Handelsamtsblatt publik zu machen (Einleitungsantwort, Punkt I. 2.). Dadurch hätte die Klägerin Kenntnis davon nehmen können. Die Beklagte beteuert zwar, gemeinsam mit der Bibite AG durch einen Brief die Vermögensübernahme ihren Vertriebspartner mitgeteilt zu haben (B-2). Aus der schriftlichen Zeugenaussage (K-13) von Herrn Kölle geht aber hervor, dass die Klägerin diesen Brief nicht erhalten hat und somit auch nicht Kenntnis von der vonstatten gegangnen Vermögensübernahme hatte. Ohne Kenntnis kann eine Zustimmung nicht erteilt werden. 16

Weiter ist nach Art. 73 Abs. 2 FusG ein Eintrag im HReg notwendig, damit die Vermögensübertragung rechtswirksam wird. Dem HReg ist jedoch nichts von einer Vermögensübernahme zu entnehmen (weitere Corrigenda, Punkt 4). Da der HReg-Eintrag laut Sachverhaltsergänzungen fehlt, ist die Vermögensübernahme nicht rechtswirksam geworden. 17

Abschliessend kann festgehalten werden, dass sowohl nach Art. 181 Abs.1 OR, Art. 175ff.OR, sowie nach Art. 69ff. FusG ist keine gültige Vermögensübernahme bzw. Vermögensübertragung zu Stande gekommen ist, wodurch auch die Schiedsvereinbarung, als Teil des Distributionsvertrag, nicht aufgehoben wurde. 18

2.2.2.3 Übergang der Schiedsklausel im Distributionsvertrag durch Vertragsübernahme

Eine Alternative zur Anwendung des FusG wäre noch die nicht explizit im OR geregelte Vertragsübernahme, aufgrund dieser gemäss h.L. und Praxis auch ganze Vertragsverhältnisse auf eine neue Vertragspartei übertragen werden können (SCHWENZER, N 92.04). 19

Sollte das Schiedsgericht anstelle des FusG diese Vertragsübernahme für anwendbar erklären, so hat im vorliegenden Fall eine gültige Vertragsübernahme dennoch nicht stattgefunden, da auch diese die Zustimmung der verbleibende Vertragspartei voraussetzt (HUGUENIN OR AT, N 1427). Wie schon oben ausgeführt wurde (Verweis nach oben), liegt eine solche Zustimmung nicht vor.

2.3 Eventuell: Ausdehnung des subjektiven Wirkungsbereichs der Schiedsklausel auf Dritte im Falle eines Durchgriffs

Sollte das Schiedsgericht den Vertragsübergang von der Beklagten auf die Bibite AG wider 20
Erwarten bejahen, so kann die Beklagte aus folgendem Grund dennoch vom subjektiven
Wirkungsbereich der Schiedsklausel erfasst werden:

In bestimmten Fällen erstreckt sich gemäss Bundesrechtsprechung der subjektive 21
Wirkungsbereich einer Schiedsabrede auch auf Personen, die nicht Partei von dieser sind
(BGE 128 III 50 E.b.aa; BGE 129 III 727).

Ein solcher Fall ist der sog. Durchgriff (4C.40/2003 vom 19. Mai 2003 E 4.1).Schiebt ein 22
Aktionär eine von ihm beherrschte Aktiengesellschaft vor, um auf rechts- und treuwidrige
Weise Pflichten zu umgehen, so ist die rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft
nicht zu beachten und die Ansprüche direkt an den Aktionär zu stellen (vgl. BK ZGB-
RIEMER, Systematischer Teil N 30). In einem solchen Fall soll auch eine Schiedsklausel, bei
der die vorgeschobene Aktiengesellschaft und ein Dritter Partei sind, gleichermassen für den
Aktionär verbindlich sein (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 527f.).

Der Kaufpreis, für den die Beklagte ihre Vertriebsabteilung an die Bibite AG veräussert hat, 23
betrug CHF 4'000'000.- (B-1). Da gemäss Übernahmevertrag alle weiteren
Unternehmensbereiche bei der Beklagten verbleiben (B-1, Punkt 1) und die Bibite AG von
der Beklagten kurz zuvor im Rahmen einer konzerninternen Restrukturierung gegründet
wurde (Einleitungsantwort, Punkt 2), darf angenommen werden, dass die Bibite AG neben
der von der Beklagten übernommenen Vertriebsabteilung keine weiteren Abteilungen mehr
hat.

Daraus lässt sich schliessen, dass das verfügbare Kapital der Bibite AG den Kaufpreis von
CHF 4'000'000.- nicht so sehr übersteigen kann, als dass die Bibite AG für fähig zu halten
wäre, eine Schadenersatzforderung in der Höhe von EUR 10'000'000.-, so wie sie gegen die
Beklagte geltend gemacht wird, zu bezahlen.

Dies lässt bezweifeln, ob die Bibite AG von der Beklagten mit den finanziellen Mitteln
ausgestattet worden ist, welche in Anbetracht der realistischerweise zu erwartenden
Geschäftsrisiken angemessen wäre (BGE 120 II 331 E 5.b), denn immerhin vertreibt sie das
Produkt weltweit in grossen Mengen (K-1).

Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die Bibite AG finanziell genügend abzusichern, indem sie ihr jene Mittel zur Verfügung stellt, die aus dem Blickwinkel redlicher Geschäftsleute erforderlich sind, um die realistischerweise zu erwartenden Risiken abzudecken. Eine Verletzung dieser Pflicht verletzt in unzulässigem Masse die Interessen der von dieser Geschäftsübernahme betroffenen Gläubiger und Vertragspartner der Beklagten, und verstösst auch gegen die sich aus ihren Rechtsverhältnissen zu jenen ergebenden Treuepflichten. In einem solchen Fall wäre ein Durchgriff durch die Bibite AG auf die Beklagte vorzunehmen, womit auch die Schiedsklausel im Vertriebsvertrag für diese verbindlich zu sein hätte. 24

3 Anspruch auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung

3.1 Rechtliche Qualifikation des Vertrages

Der Distributionsvertrag (K-1) stellt einen Alleinvertriebsvertrag dar, da alle in der Lehre als dafür typisch genannten Merkmale vorliegen: Die Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin ein während des Bestehens des Vertrags andauerndes, auf das Vertragsgebiet beschränktes, sachlich ausschliessliches Bezugsrecht für das Produkt einzuräumen. Im Gegenzug verpflichtet sich die Klägerin, das Produkt gegen Entgelt ausschliesslich von der Beklagten zu beziehen und den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern, wobei sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt (HUGUENIN, OR BT, N 1490; MEYER, S.108). 25

3.2 Vertragsverletzung als rechtliche Grundlage für den Schadenersatzanspruch

Bei Leistungsstörungen finden beim Alleinvertriebsvertrag grundsätzlich die allgemeinen Regeln des OR, insb. Art. 97 ff. OR, Anwendung (BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff., N 139). Danach besteht ein Anspruch auf Schadenersatz, wenn ein Schaden, eine für diesen adäquat kausale Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs.1 OR und ein Verschulden vorliegt (HUGUENIN, OR AT, N 598). 26

Die von der Beklagten auf vertragswidrige Weise begünstigten Parallelimporte haben für die Klägerin einen Marktverlust verursacht, wobei ein Schaden von mindestens EUR 10'000'000.- entstanden ist. Das Verschulden wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, wobei gegen eine Exkulpation der Beklagten spricht, dass sie sich bewusst war, dass durch einen Preisunterschied dieser Grössenordnung Parallelimporte gefördert werden. Somit ist die einzige Voraussetzung von Art. 97 Abs.1 OR, auf welche genauer eingegangen werden muss, die Vertragsverletzung. 27

3.3 Der Begriff des Alleinvertriebsrechts bzw. Exklusivitätsrechts

Es existiert keine gesetzliche Definition des Alleinvertriebsrechts und dessen Tragweite (PAETZOLD, S. 3). Auch in Lehre und Rechtsprechung gehen die Meinungen auseinander, wie weit der Verteiler allein aus der Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrages innerhalb des Vertragsgebietes vor Konkurrenz Dritter und damit auch vor Parallelimporten zu schützen ist. 28

Die wohl herrschende Lehre und Praxis geht davon aus, dass sich eine aktive Gebietsschutzpflicht des Lieferanten nicht von selbst aus der Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrages ergibt. Die Parteien können aber eine solche ausdrücklich vereinbaren (vgl. ZR 76 (1977), S. 127 mit weiteren Verweisen; HARTMANN ET AL. S. 28f.), was sich aus der Vertragsautonomie ergibt.

Da also sowohl Bestand als auch Tragweite eines Alleinvertriebsrechts allein vom Parteiwillen abhängen, müssen diese durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Somit ist es auch eine Frage der Auslegung des im Einzelfall konkret vorliegenden Alleinvertriebsvertrages, ob und inwieweit der Lieferant zu einem Schutz vor Parallelimporten verpflichtet ist. 29

3.4 Ermittlung von Bestand und Tragweite des Alleinvertriebsrechts durch Vertragsauslegung

3.4.1 Subjektive Auslegung

Ziel einer Vertragsauslegung ist zunächst die Ermittlung des wirklichen, übereinstimmenden Willens der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (SCHWENZER, N 33.02). Als Ermittlungshilfe ist der Schriftenwechsel zwischen der Klägerin und der Beklagten beizuziehen. 30

In K-3 bejahte die Beklagte eine vertragliche Exklusivität und ihre Pflicht zu einem aktiven Handeln. Die Beklagte scheint also ursprünglich genau so wie die Klägerin der Ansicht gewesen zu sein, dass ein vertragliches Exklusivitätsrecht bestehe, welches auch die Pflicht der Beklagten beinhaltet, gegen übermässige Parallelimporte auf dem Vertragsgebiet der Klägerin vorzugehen, und gewährt gestützt auf diese Pflicht auch einen Preisnachlass. 31

In späteren Briefen hingegen scheint die Beklagte ihre Meinung bezüglich ihrer vertraglichen Pflichten geändert zu haben, insb. bestreitet sie die rechtliche Grundlage der Schadenersatzforderung der Klägerin (K-5, K-7, K-9), jedoch nie ausdrücklich das grundsätzliche Vorhandensein einer Pflicht der Beklagten, etwas gegen die Parallelimporte zu unternehmen, auf welche die Klägerin auch weiterhin besteht (K-4, K-6, K-8, K-10, K-12). 32

Dies weist darauf hin, dass nicht nur die Klägerin, sondern auch die Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausging, dass grundsätzlich ein Exklusivitätsrecht besteht, und das dieses auch einen Gebietsschutz beinhaltet.

Auch wenn das Gericht das Bestehen eines Exklusivitätsrechtes verneinen sollte, so darf es der Beklagten dennoch nicht erlaubt sein, Parallelimporte bewusst zu begünstigen. 33

3.4.2 Objektive Auslegung

Kann im Auslegungszeitpunkt der tatsächlich übereinstimmende Wille der Parteien nicht mehr festgestellt werden, so ist durch objektive Auslegung der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln (HUGUENIN, OR AT, N 264). Danach sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie der jeweilige Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP, N 316). 34

Aus dem Wortlaut mag sich zwar nur ein Recht der Klägerin auf alleinige Direktbelieferung und ein Verbot ihrer Vertriebspartner zum aktiven Vertrieb des Produktes ausserhalb des Vertragsgebietes ergeben (K-1, Punkt 13). Der Sinn und Zweck dieser Regelungen ist jedoch, der Klägerin – ähnlich einer sog. Meistbegünstigungsklausel (VON DER CRONE, S.339) – eine führende Marktposition im Vertragsgebiet sicher zu stellen, woraus sich zwar nicht ein absoluter, jedoch ein relativer vertraglicher Schutz vor Parallelimporten ergibt, soweit diese die vertraglich zugesicherte Marktposition gefährdet oder gar zerstören. 35

Die Klägerin hat durch die Parallelimporte fast 50% des Marktes verloren, womit die ihr 36
vertraglich zugesicherte Marktposition zumindest unmittelbar gefährdet ist. Dies verpflichtet
die Beklagte dazu, so weit als notwendig gegen die Parallelimporte vorzugehen, um die
Marktposition der Klägerin wiederherzustellen bzw. ausreichend zu sichern.

Wie schon in Rz. 28 dargelegt wurde, ergibt sich nach der wohl h.L. aus der Rechtsnatur des 37
Alleinvertriebsvertrags allein keine Pflicht, jegliche Konkurrenz aus dem Vertragsgebiet
fernzuhalten, und damit auch keine aktive Schutzpflicht vor Parallelimporten. Damit eine
solche besteht, müsste sie von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden. Im
Distributionsvertrag (K-1) wurde nichts dergleichen vereinbart.

Damit können jedoch nur solche Regelungen gemeint sein, welche jegliches Vorkommen 38
von Parallelimporten, auch von solchen in einem Mass, mit dem man gewöhnlicherweise –
insb. ohne aktive Gegenmassnahmen – rechnen muss und dadurch keine weiteren
vertraglichen Pflichten verletzt werden, allein für sich bereits für vertragswidrig erklären.
Soweit aber Parallelimporte in einem solch hohen Mass auftreten, dass weitere vertragliche
Pflichten als ein allenfalls ausdrücklich erwähnter Gebietsschutz verletzt werden, kann eine
aktive Schutzpflicht der Beklagten bejaht werden, soweit sie notwendig ist, um die
vertraglich gewährleistete führende Marktposition aufrecht zu erhalten.

Ebenfalls kann mit der Voraussetzung eines ausdrücklichen vertraglichen Verbotes von 39
Parallelimporten nicht gemeint sein, dass ein Verbot von bewusster Begünstigung oder gar
Verursachung von Parallelimporten durch eine Vertragspartei ausdrücklich im Vertrag
vorgesehen sein müsste, da sich dies aus den allgemeinen Grundsätzen von Treu und
Glauben zwischen Vertragsparteien ergibt. Eine solche bewusste Begünstigung von
Parallelimporten liegt aber i.c. vor.

Die Klägerin durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass in ihrem Vertragsgebiet 40
kein Konkurrent vorhanden ist, der eine dermassen starke Bedrohung für ihre Marktposition
darstellt (vgl. ZR 26 (1927), S. 294ff.). Der Abschluss des Distributionsvertrages mit der
PLL Beer S.A. und die dadurch verursachten Parallelimporte stellen eine Entwertung des
Distributionsvertrages zwischen Klägerin und Beklagten dar, mit der die Klägerin weder
rechnen konnte noch musste. Somit lag ein vertragswidriger Zustand vor.

Der Bejahung einer Vertragsverletzung kann zudem nicht entgegengehalten werden, dass die 41
Klägerin in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt und daher allfällige
Geschäftsrisiken, zu denen Einbussen durch Parallelimporte üblicherweise zu zählen sind,
selber zu tragen hat. Im vorliegenden Fall handelt es sich nämlich nicht mehr um ein
gewöhnliches Geschäftsrisiko, mit dem die Klägerin zu rechnen gehabt hätte. Dies einerseits,
weil die Beklagte durch ihre Preispolitik die Parallelimporte selber provoziert hat (vgl. Rz.
39) hat, und andererseits, weil die Parallelimporte in einem solchen Masse auftreten, dass es
den Rahmen eines üblichen Geschäftsrisikos, mit welchem die Klägerin rechnen muss,
sprengt.

Es liegt ein widersprüchliches Verhalten Beklagte vor, wenn sie der Klägerin durch den
Alleinvertriebsvertrag eine Marktposition von einer bestimmten Stärke garantieren und ihr
zugleich ein Geschäftsrisiko überträgt, dessen Realisation eben diese garantierte
Marktposition so sehr beeinträchtigt, dass sie nicht mehr vorhanden ist.

Nach der sog. Unklarheitenregel ist eine Vertragsbestimmung im Zweifelsfalle zu Ungunsten 42
des Verfassers der Regel zu deuten (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 40). Der
Distributionsvertrag beruht auf dem Standardvertriebsvertrag der Multidrinkgruppe
(Beschluss 2, Punkt 7). Damit ist die Beklagte als Verfasserin der Bestimmungen anzusehen
und die Bestimmung über den Vertragsgegenstand (2) und über das Vertragsgebiet (3) zu
ungunsten der Beklagten und darum im Zweifelsfalle eher weit auszulegen.

In K-5 erwähnt die Beklagte, vertraglich nicht dazu verpflichtet zu sein, der Klägerin die 43
gleichen Bezugspreise zu gewähren wie dem polnischen Verteiler. So eine Pflicht lässt sich
dem Vertrag auch nicht entnehmen, denn die Beklagte ist grundsätzlich frei in der Wahl der
Mittel, mit denen sie ihrer Pflicht, die Parallelimporte einzudämmen bzw. die vertraglich
garantierte Marktposition der Klägerin zu sichern, nach zu kommen gedenkt. Eine

Preisanpassung ist dazu sehr gut geeignet und stellt mithin nach der Meinung der Klägerin das beste verfügbare Mittel dar. Es stünde der Beklagten jedoch frei, im Rahmen des gesetzlich Erlaubten ein anderes Mittel mit gleich hohen Erfolgchancen zu finden und einzusetzen. Wobei anzumerken ist, dass die Klägerin, seit die Parallelimporte nach der anfänglichen Preisreduktion (K-3) wieder zugenommen hatten (K-4), nichts mehr unternommen hat, um die Parallelimporte einzudämmen, also auch keine mildereren Mittel als eine Preisangleichung versucht hat anzuwenden.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die Begünstigung der Parallelimporte durch die Beklagte eine Verletzung des Distributionsvertrages darstellt und daher – entgegen ihrer Behauptungen (K-7) – eine rechtliche Grundlage für die Schadenersatzforderung von EUR 10'000'000.- vorhanden ist. 44

3.5 Eventuell: Das Alleinvertriebsrecht als Nebenpflicht

Für den Fall, dass das Schiedsgericht die Verletzung des Alleinvertriebsrechts verneinen sollte, ergibt sich auch ein Schadenersatzanspruch aus einer Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. 45

Die Lehre unterscheidet zwischen selbständig und nicht selbständig einklagbaren Nebenpflichten, wobei eine Verletzung aber bei beiden Arten zu einem Schadenersatzanspruch führt. Es muss somit nicht näher geklärt werden, welche Art von Nebenpflicht i.c. vorliegt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N 32ff.). 46

Die Absatzförderungspflicht des Verteilers ist ein typischer Bestandteil des Alleinvertriebsvertrages (PAETZOLD, S. 3). Durch die Begünstigung der Parallelimporte erschwert die Beklagte der Klägerin die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten jener gegenüber, was gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Es besteht somit eine Unterlassungspflicht der Beklagten, nichts zu unternehmen, was die Marktposition der Klägerin im Vertragsgebiet gefährdet oder was ihr geschäftlich schaden könnte. Somit stellt das Verhalten der Beklagten eine vertragliche Pflichtverletzung dar. 47

Der Alleinvertriebsvertrag als Dauerschuldverhältnis verpflichtet die Vertragsparteien zur wechselseitigen Interessenwahrung. Dies ergibt, dass die Ansprüche an Treu und Glauben bei Dauerschuldverhältnissen wegen dem Vertrauensverhältnis höher zu setzen sind als der Durchschnitt (PAETZOLD, S. 23). 48

4 Vertragswidriges Verlangen von Vorauszahlungen

4.1 Grundsätzliches Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen

Die Klägerin bestreitet nicht, dass grundsätzlich die vertragsmässigen Voraussetzungen (K-1, Punkt 5 (5)) für das Vorauszahlungsrecht erfüllt war, hat aber bezüglich der Durchsetzbarkeit wie auch des Bestandes des Anspruchs folgendes entgegen zu halten: 49

4.2 Aufhebung des Rechts auf Vorauszahlungen

Die Beklagte berief sich seit dem 25. April 2008 (K-11) zu Unrecht auf ihren Anspruch auf Vorauszahlungen, da dieser Anspruch am 16. April 2008 durch ein Aufhebungsvertrag gemäss Art. 115 OR aufgehoben wurde. 50

Sowohl der Charakter wie auch der Rechtsgrund und der Leistungsgegenstand der aufzuhebenden Forderung sind bei der Anwendung von Art. 115 OR unerheblich (Vgl. BSK OR I -GONZENBACH, Art. 115 N 2). Somit kann es sich bei der Forderung auch um ein Recht auf Vorauszahlung handeln. 51

Als Vertrag setzt der Schulderlass einen Konsens nach Art. 1 ff. OR voraus, der durch den Antrag der einen Partei und die Annahme der anderen Partei zustande gekommen ist (BGE 69 II 377). Beim Angebot der Beklagten handelt es sich um einen Antrag, da es so beschaffen war, dass es für die Übereinstimmung der Willenserklärungen nur noch der Zustimmung oder der Ablehnung der Klägerin bedurfte (SCHWENZER, N 28.03). Durch ihre Bezahlung (K-10) gab darauf die Klägerin zu verstehen, dass sie das Angebot annimmt, womit eine Annahme vorlag und daher auch ein Konsens nach Art. 1 ff. OR zustande gekommen ist. 52

Auch ist die angemessene Annahmefrist (Art. 5 OR) eingehalten worden. Sowohl die Wichtigkeit und die Tragweite der Entscheidung, das Angebot anzunehmen, wie auch die Tatsache, dass in einem grösseren Unternehmen wie der Klägerin der Entscheidungsprozess eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, rechtfertigen die bis zur Antwort vergangene Zeit. 53

Dass die Klägerin die Marketingkosten vom bezahlten Betrag abgezogen hat und auch weiter auf die Schadenersatzforderung bestand, hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Aufhebungsvertrages, da die Beklagte ausdrücklich nur sämtliche ausstehende Forderungen für Lieferungen als Gegenleistung für den Schulderlass verlangte (K-9, Punkt 1). 54

Ebenfalls könnte die Beklagte der Klägerin nicht entgegenhalten, es hätte von ihrer Seite her keinen Rechtsbindungswillen bestanden. Denn sie hätte vernünftigerweise nicht davon ausgehen können, dass sich die Klägerin durch die Bezahlung einer so hohen Geldsumme auf das Angebot einlassen würde, wenn die Zusicherung der Beklagten, als Gegenleistung auf Vorauszahlungsrecht zu verzichten, unverbindlich gewesen wäre, womit die Klägerin nach Treu und Glauben von einer Verbindlichkeit des Angebots ausgehen durfte. 55

Es liegt auch kein sog. pactum de non petendo vor, bei dem eine Forderung nicht aufgehoben wird, sondern nur ein Versprechen vorliegt die Forderung nicht geltend zu machen (HUGUENIN, OR AT, N 821). 56

Denn die Klägerin durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sie eine ihrer Bezahlung angemessene Gegenleistung angeboten bekommt. Ebenfalls wäre der pactum de non petendo nicht das geeignete Mittel gewesen, die Strittigkeit über das Bestehen des Rechts auf Vorauszahlung zu bereinigen, was eines der Ziele dieser Vereinbarung war.

5 Die gerechtfertigte Kündigung aus wichtigem Grund

5.1 Die fristlose Kündigung aus vertraglich vorgesehenem wichtigen Grund

Gemäss Distributionsvertrag kann jede Partei unter folgenden zwei Voraussetzungen fristlos kündigen: Einerseits muss die Kündigung mittels eingeschriebenem Brief erfolgen (K-1, Punkt 13 (1)), was i.c. erfüllt wurde (K-12), und andererseits muss ein wichtiger Grund vorliegen. 57

Gemäss Punkt 13 (2) lit. a) liegt insb. ein solcher wichtiger Grund vor, wenn eine Partei eine wesentliche Vertragsbestimmung dieser Vereinbarung verletzt, und diese auch noch nach 10 Tagen nach Abmahnung durch die Gegenseite fortsetzt (K-1 Punkt 13, (2) a)). Das Alleinvertriebsrecht, welches i.c. verletzt wurde (Rz. 28) gehört zu den wesentlichen Bestimmungen eines Alleinvertriebsvertrages (Rz. 70). Die Frist von 10 Tagen ist i.c. erfüllt, da die Parallelimporte seit Spätsommer 2007 wieder massiv zugenommen hatten (K-4) und die Beklagte trotz wiederholten Aufforderungen der Klägerin seitdem nichts unternahm, um diesen vertragswidrigen Zustand aufzuheben. Dieser Kündigungsgrund war somit gegeben und die fristlose Kündigung gemäss Distributionsvertrag rechtmässig. 58

Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten das Vorliegen des in K-1 Punkt 13 (2) lit. a) genannten Grundes verneinen, so kann trotzdem ein wichtiger Grund gemäss Distributionsvertrag Punkt 13 (2) vorliegen. Die Auslegung der in Frage kommenden Vertragsstelle zeigt durch das Wort „insbesondere“, dass es sich nicht um eine abschliessende Nennung von wichtigen Gründen handelt, sondern um verdeutlichende Regelbeispiele. Somit müssen auch andere wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung Geltung erlangen können. In diesem Zusammenhang muss ausgelegt werden, ob die allgemeinen Regelungen auf den vorliegenden Vertrag Anwendung finden. 59

Damit ein vertraglich vorgesehener Kündigungsgrund angenommen werden kann, obwohl er nicht in der beispielhaften Aufzählung aufgeführt ist, so muss er doch in seiner Art und Schwere mit den beispielhaft aufgezählten Kündigungsgründen vergleichbar sein. Die Kündigung von Seiten der Klägerin erfolgte aus folgenden zwei Gründen: 60

Erstens hat die Beklagte im vorliegenden Fall das sich aus dem Distributionsvertrag (K-1) ergebende Alleinvertriebsrecht verletzt (Rz. 28ff.). Das Alleinvertriebsrecht ist ein sehr wichtiger Bestandteil, quasi das Kernstück eines Alleinvertriebsvertrages. Auch ist es für die Erreichung von Ziel und Zweck des Alleinvertriebsvertrages wichtig, dass das Alleinvertriebsrecht des Verteilers gewahrt bleibt. Eine Verletzung des Alleinvertriebsrechts, vor allem wenn sie so massiv ist wie im vorliegenden Fall, ist auch dann als schwer einzustufen, wenn das Alleinvertriebsrecht keine wesentliche Vertragsbestimmung i.S.v. Punkt 13 (2) lit. a) darstellen sollte. 61

Zweitens hat zudem die Beklagte in einer rechtswidrigen, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossender Weise Vorauszahlungen verlangt (Rz. 28ff.). 62

Die Klägerin bestreitet nicht, dass der Vorauszahlungstatbestand infolge Zahlungsverzug ihrerseits bestand. Die Klägerin durfte jedoch seit Eingang der Zahlungen bei der Beklagten und deren Eingangsbestätigung (K-11) seit dem 25. April 2008 darauf vertrauen, dass die Abmachungen gemäss Briefwechsel (K-9) für die Zukunft gelten, und ihre Vorauszahlungen ab diesem Zeitpunkt erlassen worden sind.

Diese Gründe sind zusammengenommen hinsichtlich ihrer Schwere mit den beispielhaft aufgezählten Kündigungsgründen vergleichbar, ebenso bezüglich ihrer Art, da es sich um schwere Vertragsverletzungen handelt. 63

5.2 Eventuell: Der wichtige Grund der fristlosen Kündigung durch Verwarnung

Sollte die Verfehlung bzw. die Vertragsverletzung der Beklagten wider Erwarten als weniger schwer eingestuft werden, so kann nach bundesgerichtlicher Praxis eine fristlose Auflösung aus wichtigem Grund nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Verfehlung trotz Verwarnung wiederholt erfolgte (BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 Abs. 2 N 3). Die Klägerin hat der Beklagten mehrmals – teilweise auch schriftlich – angezeigt, dass diese ihre Vertragspflichten verletzte und ihnen im Rahmen der Interessenwahrung beim Dauerschuldverhältnis nachkommen solle (K-4, K-6, K-8, insb. K-10). 64

5.3 Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung

Das schweizerische Bundesgericht verlangt, dass die Kündigung ohne Verzug nach Kenntnisnahme vom wichtigen Grund zu erfolgen hat. Somit ist die Kündigung nach Ablauf einer angemessenen Überprüfungs- und Überlegungsfrist auszusprechen (BGE 93 II 18). Das Kündigungsrecht kann verwirkt werden, indem der zur Kündigung berechtigte bis zum Gebrauch seines Rechts so lange zögert, bis der Vertragspartner nicht mehr mit der Kündigung zu rechnen braucht. Dies ist oftmals der Fall, wenn der Vertragshändler nach Ablauf der angemessenen Überlegungsfrist die Tätigkeit des Lieferanten weiterhin in Anspruch nimmt. Denn wer sich bereit erklärt, mit dem Vertragspartner nach Kenntnis des Kündigungsgrundes weiter zusammenzuarbeiten, kann sich auf den wichtigen Grund der Kündigung nicht mehr berufen (BGE 99 II 310). 65

Die Bestellungen der Klägerin vom 13. April 2008 (K-8) sowie eine weitere Bestellung vom 20. April 2008 (K-10) von insgesamt 3.5 Mio. Flaschen kann nicht zur Begründung des Verwirkungsgrundes herangezogen werden, da die Klägerin gemäss Distributionsvertrag 5 (1) ihre Bestellungen für Lieferungen mindestens einen Monat im Voraus zu unterbreiten hat (K-1). Ebenfalls ermahnte die Klägerin am 21. April 2008 ein weiteres Mal die Beklagte, ihren Vertragspflichten nachzukommen und ohne Vorauszahlung zu liefern, ansonsten sie aus wichtigem Grund kündigen müsse (K-10). 66

Selbst eine angemessene Fristerstreckung rechtfertigt sich zusätzlich, falls wie i.c. der fehlbaren Partei die Gelegenheit gegeben wird, begangenes Unrecht wieder auszugleichen oder das zerstörte Vertrauensverhältnis wiederherzustellen (BGer JAR 1997, 209; BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 Abs. 2 N 13). 67

Somit musste bzw. durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin den Alleinvertriebsvertrag aus wichtigem Grund kündigt, was sie denn am 30. April 2008 als ultima ratio auch machte. Infolgedessen kann i.c. nicht auf eine Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung geschlossen werden.

Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich, dass die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund erfolgte und somit rechtmässig ist. 68

6 Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Radiowerbung im Jahre 2008 für die Monate Mai bis Dezember aus Vertrag und aus guten Treuen

6.1 Ausganglage

Die Beklagte bestreitet die ihr von der Klägerin in Rechnung gestellten Kosten für die Radiowerbung vom Zeitpunkt der Kündigung aus wichtigem Grund an bis zum Auslaufen des aktuellen Marketingplans Ende Jahr. 69

Es fragt sich, ob ein Konsensstreit vorliegt. Dazu müsste von einer Partei ein Dissens behauptet werden, der eine essentialia negotii betrifft (FURRER/MÜLLER-CHEN Kap. 4 N 12). Die Pflicht zur Absatzförderung ist eine essentialia negotii und Werbemassnahmen fallen durchaus unter diese Pflicht (RODONDI, S. 103), nicht aber die Regelung der Kostenteilung solcher Massnahmen. Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie die Kosten für Radiowerbung des ersten Quartals zu übernehmen hat (Einleitungsantwort, II. 8) und zudem betrifft die 70

strittige Frage keine essentialia negotii des Vertrages. Somit steht die Gültigkeit des Vertrags ausser Zweifel und ein Konsensstreit ist nicht angezeigt. Bestritten wird lediglich die Übernahme der Kosten, soweit sie nach Vertragsauflösung in Rechnung gestellt wurden.

Es gilt somit, den tatsächlichen Willen, und falls dies nicht möglich ist, den mutmasslichen Willen der Parteien zu ermitteln (BGE 129 III 118 E 2.5). Primäres Auslegungsmittel dabei ist der Wortlaut des Vertrages, dies jedoch nicht ausschliesslich grammatikalisch oder bloss formalistisch (BGE 4P.235/2004 vom 10.1.2005, E. 3.4). 71

Neben dem Vertrag kann unter anderem auch das Verhalten noch als ergänzende Erkenntnisquelle dienen (FURRER/MÜLLER-CHEN, 4. Kapitel N 29). Das Verhalten der Parteien, soweit es sich in der Korrespondenz niederschlägt, belegt, dass der Marketingplan für das Jahr 2008 an der Sitzung 14. 10. 2007 festgelegt wurde (K-1, Punkt 6(1) i.V.m. K-4) und dass die dort beschlossene Radiowerbung gemäss dem vereinbarten Budget (Einleitungsantwort, Sachverhalt Punkt 8) veranlasst und verrechnet wurde. Zudem wurde an dieser Sitzung die missliche und sich zusehends verschlechternde Situation durch die Parallelimporte von der Klägerin zum wiederholten Male angesprochen (K-4). Dies hatte jedoch offensichtlich keinerlei Auswirkungen auf die Planung der Marketingaktivitäten. Auch aus dem Verhalten der Parteien lässt sich somit keinen Hinweis finden, der die Kostenregelung erkennen lässt oder gar die Forderung der Angeklagten zu stützen vermöchte. 72

6.2 Objektive Vertragsauslegung

Da der tatsächliche Parteiwille zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr eruiert werden kann, ist der mutmassliche Parteiwille mit der objektiven Auslegung zu ermitteln (Rz. 33). Die Vertragsauslegung hat nach dem Prinzip von Treu und Glauben zu erfolgen (HUGUENIN, OR AT, N 274) und die Interesslage der Parteien ist zu berücksichtigen (HUGUENIN, OR AT, N 271). 73

Der Vertrag verpflichtet die Parteien, einen Marketingplan zu erstellen, dessen Kosten die Beklagte zu übernehmen hat (K-1, Punkt 6). Durch diese klare Regelung darf die Klägerin nach Treu und Glauben annehmen, dass die Beklagte das an der jährlichen Marketingsitzung gutgeheissene Budget übernimmt. Der Betrag der Forderung stand gegen Ende Jahr für das 74

ganze Jahr 2008 fest, auch wenn eine Kostenverrechnung auf quartalsmässiger Basis vereinbart war. Die Beklagte hat sich also zur Übernahme sämtlicher vier Teilzahlungen verpflichtet. Die Klägerin hat ihren Teil der Vereinbarung vollumfänglich erfüllt (K-13 Punkt 8 f., Beschluss Nr. 2 Punkt 14 f.), und dies noch vor der Kündigung (K-13). Somit hat auch die Beklagte ihrerseits zu erfüllen und die ausstehenden Kosten zu bezahlen (pacta sunt servanda).

Die Klägerin hat in guten Treuen auf den Marketingplan die Radiowerbung für das ganze Jahr auf einmal gebucht und damit zu Gunsten der Beklagten Volumenrabatte erzielt. Es wäre unbillig, wenn der Klägerin dieses Verhalten zum Nachteil gereichen würde. 75

Der Vertrag erlaubt es der Beklagten, den Vertrieb der Produkte bei Vertragsauflösung mit der Klägerin in deren Tätigkeitsgebiet nahtlos sicherzustellen (K-1, Punkt 14 (1)). Der Vertrag belegt somit, dass es nicht die Absicht der Beklagten ist, sich nach einer allfälligen Beendigung der Vertragsbeziehung mit der Klägerin aus deren Tätigkeitsgebiet zurückzuziehen. Die Marketingmassnahmen sind damit von vornherein über eine allfällige Kündigung hinaus geplant. Genau das findet i. c. denn auch statt: die Werbung wird aufrechterhalten (Beschluss Nr. 2, Punkt 14) und das Produkt bleibt im Bewusstsein der Konsumenten. Die Klägerin durfte also damit rechnen, dass es der Beklagten nicht daran gelegen sein konnte, bei Vertragsauflösung umgehend ihre Werbepresenz im Vertragsgebiet einzustellen. 76

Die Klägerin hat nach Treu und Glauben darauf vertrauen dürfen, dass ihr die Marketingkosten von der Beklagten erstattet werden. Dies aus dem Vertrag heraus sowie aufgrund der Interessenlage und dem Nutzen, den die Radiowerbung für die Beklagte ungeachtet der Vertragsbeendigung mit der Klägerin darstellt. Die noch ausstehenden Kosten für Radiowerbung wurden der Beklagten in Rechnung gestellt und abgemahnt (K-13 und Beschluss Nr. 2, Punkt 15). Die Beklagte hat diese Kosten voll zu übernehmen. 77