
Distribujet GmbH

Nikolaigraben 15

02826 Görlitz

Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team 5

Blumer David

Camelin Mario

Diriwächter Andreas

Zeller Evelyne

KLAGESCHRIFT

In Sachen

Distribujet GmbH,

Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 5

Klägerin

gegen

BeveSana AG,

Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team [...]

Beklagte

Sehr geehrter Herr Präsident,
Sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

RECHTSBEGEHREN

- „1. Es sei die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes Zürich festzustellen.*
- 2. Es sei die Passivlegitimation der Beklagten festzustellen.*
- 3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen vom Schiedsgericht festzusetzenden Betrag auf Schadenersatz, mindestens aber EUR 10'000'000.-, zu bezahlen.*
- 4. Es sei festzustellen, dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin verletzt hat.*
- 5. Es sei festzustellen, dass die Kündigung aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 rechtens war.*
- 6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz nebst Zins zu 5 % für die Marketingkosten des Jahres 2008 zu bezahlen.*
- 7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	II
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VIII

1. Einleitung	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.1 Fusionsgesetz als Rechtsgrundlage für Vermögensübertragungen	1
2.2 Nichtigkeit der Vermögensübertragung gemäss Art. 73 FusG	2
2.3 Keine Vermögensübernahme gemäss Art. 181 OR.....	2
2.4 Salvatorische Klausel im Übernahmevertrag	3
2.5 Rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme.....	3
2.6 Negierung jeglicher Einwilligung in die Vertragsübernahme	4
2.6.1 Keine schriftliche Mitteilung	4
2.6.2 Keine mündliche Einwilligung.....	4
2.6.3 Keine konkludente Einwilligung.....	5
2.7 Fazit	5
3. Passivlegitimation der Beklagten	6
4. Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte	6
4.1 Kein absoluter Gebietsschutz	6
4.2 Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität auch bei relativem Gebietsschutz.....	7
4.3 Minimalverkaufszahlen implizieren vertragliche Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität.....	8
4.4 Ausdrückliches schriftliches Eingeständnis der Beklagten.....	8
4.5 Unterlassung der Gewährleistung des Exklusivitätsrechts.....	9
4.6 Schadenersatz gemäss Art. 97 OR.....	10
4.6.1 Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht.....	10
4.6.2 Ein finanziell bezifferbarer Schaden	11
4.6.3 Der Kausalzusammenhang	11
4.6.4 Das Verschulden der Beklagten	12
4.7 Fazit.....	12

5. Verletzung der Lieferverpflichtung durch die Beklagte	13
5.1 Lieferbestellungen vom 13. und 20. April 2008	13
5.2 Die Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR.....	14
5.3 Die Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR	15
5.4 Fazit.....	16
6. Kündigung aus wichtigen Gründen.....	16
6.1 Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des Distributionsvertrages.....	16
6.2. Die Verletzung von Punkt 13 (2) lit. d des Distributionsvertrages	17
6.3. Weitere Gründe für eine Kündigung aus wichtigem Grund	18
6.4. Fazit.....	18
7. Vergütung Marketingkosten für die Monate Mai bis Dezember 2008	18
7.1. Die Verkaufsförderungspflicht i.S.v. Punkt 6 Distributionsvertrag.....	19
7.2. Kosten- und Auslagenersatz gemäss Art. 418n OR analog	19
7.3. Fazit.....	20

Literaturverzeichnis

- BUCHER
BUCHER EUGEN
Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil
2. Auflage
Zürich 1988
- BÜHLER
BÜHLER THEODOR
Obligationenrecht, Teilband V
Der Agenturvertrag Art. 418a-418v OR
Zürich 2000
- FORSTMOSER/HEINI/
GIGER/SCHLUEP
FORSTMOSER PETER / HEINI ANTON / GIGER HANS / SCHLUEP WALTER
Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag
Zürich 1989
- GERSBACH
GERSBACH ANDREAS
Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und
Vermögensübertragung , ZBGR 2004 197 ff.
- HONSELL/VOGT/WIEGAND
HONSELL HEINRICH / VOGT PETER NEDIM / WIEGAND WOLFGANG
Basler Kommentar
Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR
4. Auflage
Basel 2007
(Zitiert mit BSK und dem jeweiligen Autor)
- HUGUENIN
HUGUENIN CLAIRE
Obligationenrecht Allgemeiner Teil
2. Auflage
Zürich/Basel/Genf 2006

HUGUENIN	HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht Besonderer Teil 2. Auflage Zürich/Basel/Genf 2004
MEYER	MEYER CHRISTIAN ALEXANDER Der Alleinvertrieb 2. Auflage St Gallen 1990
MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER	MEYER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER Schweizerisches Gesellschaftsrecht 10. Auflage Bern 2007
PAETZOLD	PAETZOLD VERONIKA Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz 2. Auflage Zürich 2006
REY	REY HEINZ Ausservertragliches Haftpflichtrecht 3. Auflage Zürich 2003
SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS	SCHÄFER ERIK / VERBIST HERMAN / IMHOOS CHRISTOPHE Die ICC Schiedsgerichtsordnung in der Praxis Bonn 2000
VOGEL/SPÜHLER	Vogel Oskar / Spühler Karl Grundriss des Zivilprozessrechts 8. Auflage Bern 2006

- VON DER CRONE/MARTINEZ VON DER CRONE CASPAR / MARTINEZ LARISSA
Vermögensübertragung, Bemerkungen zu BGE 129 III 167
SWZ 2004, S. 397 ff.
- WATTER / KÄGI WATTER ROLF / KÄGI URS
Der Übergang von Vermögen bei Fusionen, Spaltungen und
Vermögensübertragungen
SZW 2004, S. 231 ff.
- WYNIGER WYNIGER CHARLES
Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen
Privatrecht der Schweiz
Diss. Winterthur 1963

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
bzw.	Beziehungsweise
d.h.	das heisst
ders.	Derselbe
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EUR	Euro (Europäische Währung)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
HR	Schweizerisches Handelsregister
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce
Mio.	Million
N	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, (SR 220)

resp.	respektive
RZ.	Randziffer
S.	Seite
SchO	Schiedsgerichtsordnung der ICC
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
vgl.	vergleiche
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

1. Einleitung

- 1 Zunächst wird die Klägerin darlegen, dass das Schiedsgericht aufgrund einer gültigen Schiedsvereinbarung für die streitigen Ansprüche zuständig ist [2].
- 2 Daraus leitet sie die Passivlegitimation der Beklagten ab [3].
- 3 Sie wird zeigen, dass die BeveSana AG das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt hat, und ihr daraus ein Schaden von mindestens EUR 10`000`000.- entstanden ist [4].
- 4 Zudem wird die Klägerin beweisen, dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen verletzt hat [5] und die Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt war [6].
- 5 Schliesslich wird sie nachweisen, dass die Beklagte die Kosten für Radiowerbung im Jahre 2008 für die Monate Mai bis Dezember zu ersetzen hat [7].

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 6 Entgegen der Behauptung der Beklagten, liegt weder eine Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes, noch eine fehlende Passivlegitimation der Beklagten vor.
- 7 Diese Behauptung versucht die Beklagte mit einer vorgeblichen Vermögensübertragung i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR der BeveSana AG auf die Bibite AG zu begründen.
- 8 Die Klägerin wird jedoch zeigen, dass nie eine rechtgültige Vermögensübernahme stattgefunden hat, eventualiter die Vertragsübernahme mangels Zustimmung der Klägerin nichtig sei.

2.1 Fusionsgesetz als Rechtsgrundlage für Vermögensübertragungen

- 9 Die Beklagte scheint zu übersehen, dass sich eine Vermögensübernahme für Gesellschaften, welche im Handelsregister eingetragen sind, gemäss Art. 181 Abs. 4 OR nach dem Fusionsgesetz richtet. Für die Beklagte als Aktiengesellschaft ist daher im Falle einer beabsichtigten Vermögensübertragung Art. 69 ff. FusG anwendbar. Dies ergibt sich aus der Botschaft des Bundesrates zum Fusionsgesetz in aller Deutlichkeit: „Der neue Absatz 4 von Artikel 181 OR grenzt die Vermögensübertragung von Artikel 181 OR ab: Dieser Bestimmung zufolge richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern des Privatrechts zwingend nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes, ...“¹

¹ Botschaft FusG S. 4492; VON DER CRONE/MARTINEZ, SWZ 2004, S. 301.

- 10 Eine gegenteilige Meinung, wonach der Wortlaut des Art. 69 Abs. 1 FusG, „Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften [...] können ihr Vermögen [...] übertragen.“, eine Wahlmöglichkeit solcher Gesellschaften zwischen einer Übertragung gemäss Art. 181 Abs. 1 OR und der Übertragung gemäss FusG ermöglichen soll, ist abzulehnen. Eine solche, ausschliesslich grammatikalische Auslegung dieser Norm, widerspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, sowie dem Grundsatz *lex specialis derogat lex generalis*.

2.2 Nichtigkeit der Vermögensübertragung gemäss Art. 73 FusG

- 11 Die Beklagte hätte zwar, mit dem Übernahmevertrag vom 25. Juni 2005, die Bestimmungen von Art. 70 f. FusG eingehalten (minimale formelle und inhaltliche Anforderungen). Jedoch bildet dieser als solches lediglich das Verpflichtungsgeschäft der Übertragung, erst mit der Eintragung ins Handelsregister gemäss Art. 73 FusG entfaltet diese Rechtswirksamkeit.²
- 12 Die Beklagte hat es unterlassen, die beabsichtigte Vermögensübernahme ins Handelsregister einzutragen, insofern hat eine solche gegebenenfalls praktisch stattgefunden, kann jedoch rechtlich im Verhältnis zu Dritten keine Wirkung entfalten, weil der Handelsregistereintrag eine konstitutive Voraussetzung für die Gültigkeit einer solchen Übertragung darstellt.³

2.3 Keine Vermögensübernahme gemäss Art. 181 OR

- 13 Dass auch Rechtsträger, welche im HR eingetragen sind, trotz der Einführung des FusG stets noch einzelne Passiven gemäss Art. 175 ff. OR, sowie Aktiven mittels Singularsukzession übertragen können,⁴ ist unbestritten, steht aber im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion, weil die Beklagte und die Bibite AG im Übernahmevertrag mittels einem einzigen Rechtsakt alle Aktiven und Passiven übertragen wollten (vgl. Beilage B-1, Punkt 2.2.1). Die Rechtsnorm, welche sie dafür als Grundlage zu verwenden erachteten, Art. 181 Abs. 1 OR, vereinfacht insbesondere die Übertragung der Schulden, weil sie sämtliche mit dem übernommenen Geschäft verknüpften Schulden erfasst,⁵ und ausserdem im Gegensatz zur externen Schuldübernahme gemäss Art. 176 OR keine Einwilligung des Gläubigers voraussetzt. Die Mitteilung der Vermögens- bzw. der Geschäftsübernahme an die Gläubiger genügt.⁶

² GERSBACH, S. 219; HUGUENIN, OR AT N 1427.

³ GERSBACH, S. 223.

⁴ BSK TSCHÄNI, Art. 181 N 6.

⁵ BSK TSCHÄNI, Art. 181 N 8.

⁶ VON DER CRONE/MARTINEZ, SWZ 2004, S. 299.

- 14 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten, der laut Klägerin abzulehnenden Meinung folgen, dass Rechtsträger, welche im HR eingetragen sind, alternativ zwischen einer Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG oder gemäss Art. 181 Abs. 1 OR wählen können, so müsste es dann konsequenterweise auch die Auffassung dieser Lehrmeinung teilen, welche besagt, dass aber Schulden aus Dauerschuldverhältnissen gerade nicht gemäss Art. 181 OR übertragen werden können.⁷
- 15 Weil aber dem Alleinvertriebsverhältnis zweifellos der Charakter eines Dauerschuldverhältnisses zukommt,⁸ kann dieses ohnehin nicht gemäss Art. 181 Abs. 1 OR übertragen werden.

2.4 Salvatorische Klausel im Übernahmevertrag

- 16 Da die Beklagte aber in den Übernahmevertrag unter Punkt 7.1.1 eine salvatorische Klausel aufgenommen hat, soll der Vertrag gemäss ihrem Willen trotz der Nichtigkeit einiger Klauseln, bezüglich des mängelfreien Restvertrags, weiterbestehen.⁹
- 17 Somit könnte die Beklagte allenfalls mittels des Übernahmevertrags ihre sämtlichen Vertragsverhältnisse auf die Bibite AG übertragen haben.

2.5 Rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme

- 18 Eine solche rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme ist gemäss der sog. Einheitstheorie möglich, es handelt sich dabei um einen dreiseitigen Vertrag, welcher die Zustimmung aller Vertragsparteien bedingt oder aber um einen zweiseitigen Vertrag zwischen der übertragenden und der übernehmenden Partei, jedoch unter der Voraussetzung der Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei.¹⁰
- 19 Die Gegenseite ist ebenfalls der Auffassung, dass für eine gültige Vertragsübertragung die Zustimmung der verbleibenden Partei notwendig ist, wenn sie in ihrem Übernahmevertrag unter Punkt 5 ff. die Vermögensübertragung ganz deutlich von der Vertragsübertragung abgrenzt und insbesondere in Punkt 5.2 das Ersuchen um Zustimmung der verbleibenden Drittpartei für eine gültige Übertragung voraussetzt, sowie in Punkt 5.3 die Folgen der Verweigerung der Zustimmung regelt.
- 20 Wie die Klägerin zeigen wird, ist zu keinem Zeitpunkt weder eine ausdrückliche, noch eine konkludente Zustimmung zu dieser Vertragsübertragung erteilt worden.

⁷ BSK TSCHÄNI, Art. 181 OR N 9; BUCHER, OR AT S. 592; VON DER CRONE/MARTINEZ, SWZ 2004, S. 301.

⁸ BSK SCHLUEP/AMSTUTZ, vor Art. 184 OR N 139; HUGUENIN, OR BT N 1491.

⁹ HUGUENIN, OR AT N 405.

¹⁰ HUGUENIN, OR AT N 1427; WATTER/KÄGI, S. 232; BUCHER, OR AT S. 592.

2.6 Negierung jeglicher Einwilligung in die Vertragsübernahme

21 Die Klägerin wurde weder von der BeveSana AG, noch von der Bibite AG, jemals um ihre Zustimmung zur Vertragsübertragung von Ersterer auf die Zweitere ersucht.¹¹

2.6.1 Keine schriftliche Mitteilung

22 Es wurde der Klägerin nie eine schriftliche Mitteilung zugestellt, dass eine Vermögensübertragung von der BeveSana AG auf die Bibite AG stattgefunden haben soll. Eine gegenteilige Aussage von Frau Karin Strasser ist anzuzweifeln, zumal sie diese weder belegen, noch mit sicherem Wissen aus eigener Erinnerung bestätigen kann. Die Vermutung liegt nahe, dass sich Frau Strasser der Wichtigkeit jener Mitteilung an die Vertragspartner nicht bewusst war. Als Voraussetzung, für eine allfällige Zustimmung der Vertragspartner zum Übertragungsvertrag, stellt die Mitteilung schliesslich eine Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der beabsichtigten Übertragung dar.

23 Einer solch enormen Tragweite dieser Mitteilung müsste im Mindesten damit Rechnung getragen werden, dass die entsprechenden Briefe und/oder eine Versandbestätigung zwecks Dokumentation und als allfälliges Beweismittel aufbewahrt werden.

24 Gemäss Aussage 4 hat sie weder das Eine noch das Andere archiviert, noch wurde sie von Herrn Felix Meier dazu angehalten.¹²

25 Sie kann nicht einmal selber mit Sicherheit sagen, dass ein entsprechendes Schreiben versendet worden ist, sondern sie kann sich lediglich „nicht vorstellen“, dass dies nicht geschehen ist. Dieses Verhalten widerspiegelt die unsorgfältige Verhaltensweise der verantwortlichen Akteure der Beklagten in ihrer Geschäftstätigkeit und wird ebenso verdeutlicht durch die Tatsache, dass die Betreffenden es versäumt haben, die beabsichtigte Vermögensübertragung rechtsgültig zu vollziehen.

2.6.2 Keine mündliche Einwilligung

26 Herr Meier, der Leiter der Distributionsabteilung der Beklagten, hat Herrn Kölle im Oktober 2005 zwecks Besprechung des Marketingplanes und des diesbezüglichen Budgets besucht, und ihm fast beiläufig eine Visitenkarte ausgehändigt, mit der Bemerkung, dass er jetzt als CEO der Bibite AG walte.

27 Herr Kölle registrierte dies zwar, kümmerte sich aber nicht weiter darum, insbesondere aufgrund der darauffolgenden Bemerkung von Herrn Meier, dass sich dadurch in ihren

¹¹ Vgl. Zeugenaussage Herr Kölle, Frage 3, Beilage K-12.

¹² Vgl. Zeugenaussage Frau Karin Strasser, Frage 4, Beilage B-2.

Geschäftsbeziehungen nichts ändere. Aufgrund dieser Bemerkung musste und durfte Herr davon ausgehen, dass sich in Bezug auf die Gesellschaft, welche seine Geschäftspartnerin darstellte, nichts verändert hat, sondern dass Herr Meier gegebenenfalls nebenbei für die erwähnte Bibite AG arbeiten würde.

28 Da sich während der gesamten Vertragslaufzeit weder die Telefonnummern, noch die Post- bzw. E-Mailadressen geändert hatten, bestand für Herrn Kölle zu keiner Zeit ein Grund zur Annahme, sein Vertragsverhältnis sei auf einen anderen Vertragspartner übergegangen.

29 Vielmehr kann festgestellt werden, dass Herr Meier durch sein Verhalten bei jenem Treffen im Oktober 2005 die Vermutung bestätigt, dass nie eine schriftliche Mitteilung bezüglich des Übernahmevertrages erfolgt ist. Es ist nicht nachvollziehbar, warum er eine neue Visitenkarte und eine entsprechende Erklärung für notwendig erachten sollte, falls eine entsprechende Mitteilung davor tatsächlich bereits schriftlich erfolgt wäre. Zumindest hätte er in diesem Falle anhand der ahnungslosen Reaktion von Herrn Kölle erkennen müssen, dass dieser davon bis anhin nichts wusste und ihn dementsprechend genauer darüber aufklären. Dadurch hätte er ihm die Möglichkeit eröffnen können, der Vertragsübertragung wenigstens nachträglich zuzustimmen.

2.6.3 Keine konkludente Einwilligung

30 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft mit derart weitreichenden Konsequenzen wie der Wechsel des Vertragspartners, nur ausdrücklich, keinesfalls aber konkludent erfolgen kann.

31 Herr Kölle hat zwar am 7. Mai 2006 zwecks Einwilligung zur Vertriebsübernahme von SHARP REQUIEM SUGARFREE einen Brief unterschrieben, welcher ihm von der Bibite AG zugestellt worden war, aber er äusserte mit seiner Unterschrift lediglich den Willen zur Annahme eines Angebotes, nicht aber eine konkludente Zustimmung zur Vertragsübertragung.

2.7 Fazit

32 Wie oben dargelegt, ist also zu keinem Zeitpunkt eine relevante Mitteilung der Beklagten an die Klägerin erfolgt und dadurch auch keine Zustimmung, weder ausdrücklich, noch konkludent.

33 Daraus folgt, dass:

34 - das Vertragsverhältnis nicht von der Beklagten auf die Bibite AG übergegangen ist, somit

35 - die Schiedsklausel unter Punkt 19 (2) selbigen Vertrages volle Gültigkeit behält und zur Anwendung gelangt.

- 36 Gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG untersteht die internationale Schiedsgerichtsbarkeit dem schweizerischen Recht, wenn mindestens eine Partei bei Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz in der Schweiz hat, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht schriftlich ausgeschlossen wurde, ein Schiedsvertrag besteht und die Schiedsabrede, d.h. der Gegenstand, schiedsfähig ist.¹³
- 37 Der Distributionsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten enthält eine Schiedsklausel (Punkt 19), die Streitigkeiten zwischen den Parteien dem Schiedsgericht unterstellt.
- 38 Daraus folgt, dass die Zuständigkeit des schweizerischen Schiedsgerichts gegeben ist.

3. Passivlegitimation der Beklagten

- 39 Die Beklagte ist passivlegitimiert, weil sie bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht, das eingeklagte Recht ihr gegenüber geltend zu machen ist.¹⁴
- 40 Da weder eine Vermögensübertragung noch eine Vertragsübertragung zwischen der BeveSana AG an die Bibite AG stattgefunden hat, bleibt die Beklagte aufgrund des Distributionsvertrages zwischen ihr und der Klägerin passivlegitimiert.

4. Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte

- 41 Die Klägerin wird zeigen, dass die Beklagte mit ihrem Verhalten das vertraglich vereinbarte ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt hat und somit schadenersatzpflichtig geworden ist. Sie hat dem polnischen Alleinvertreter dasselbe Produkt zu massiv günstigeren Preisen verkauft und zugleich durch ihr sonstiges Verhalten Parallelimporte aus Polen geradezu provoziert.

4.1 Kein absoluter Gebietsschutz

- 42 Die Klägerin macht nicht geltend, es sei ein, kartellrechtlich unstatthafter, absoluter Gebietsschutz vereinbart worden, jedoch deuten die Vereinbarungen, wie sie unter Punkt 3 des Vertrages getroffen wurden, typischerweise auf einen relativen Gebietsschutz hin.¹⁵
- 43 Dies bedeutet, dass es einem Vertriebshändler, welchem ein Gebiet zum Alleinvertrieb zugewiesen worden ist, nicht erlaubt ist, Aktivverkäufe zu tätigen, d.h. aktiv in fremdem Vertriebsgebiet Kunden anzuwerben und Verkäufe zu tätigen. Er darf wohl aber sog.

¹³ VOGEL/SPÜHLER, § 66 N 18.

¹⁴ VOGEL/SPÜHLER, § 36 N 89.

¹⁵ Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen N 136, gefunden auf http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_de.pdf besucht am 2.12.08.

Passivverkäufe tätigen, sprich mit einem Kunden, welcher von Ausserhalb in seinem Vertriebsgebiet Ware nachsucht, Geschäfte abschliessen.

4.2 Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität auch bei relativem Gebietsschutz

- 44 Die Pflicht des Lieferanten, ein vertraglich vereinbartes Exklusivitätsrecht zu gewährleisten, wird in der Lehre differenziert betrachtet. Unbestritten ist jedenfalls die Unterlassungspflicht des Produzenten, selbständige Lieferungen in das vertraglich vereinbarte Vertriebsgebiet zu tätigen. Eine weiterreichende Pflicht, die Konkurrenzierung des Alleinvertreters in seinem Vertragsgebiet durch Dritte zu verhindern, ist in der Lehre umstritten.¹⁶
- 45 Ein Teil der Lehre vertritt die zutreffende Meinung, dass neben der Unterlassungspflicht des Lieferanten, selber den Alleinvertreter zu konkurrenzieren, dem Alleinvertriebsvertrag eine Pflicht zu einem positiven Handeln inhärent sei. Da das Exklusivitätsrecht des Alleinvertreters auch durch Dritte beeinträchtigt werden kann, welche vom Lieferanten dieselbe Ware erworben haben, muss dieser alles in seiner Macht stehende unternehmen, um solche Verletzungen zu verhindern.¹⁷
- 46 Andere Lehrmeinungen stützen diese Pflicht auf die Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht des Lieferanten, worunter insbesondere auch dessen Pflicht verstanden wird, das exklusiv vereinbarte Abnehmergebiet zu schützen, soweit es in seiner Macht steht.¹⁸
- 47 Schlussendlich kann der Garantievertrag gemäss Art. 111 OR hinzugezogen werden, weil der Lieferant bei der Gewährleistung des Exklusivitätsrechts für das Verhalten eines Dritten einstehen muss.¹⁹ Art. 111 OR umfasst die Garantie für jegliche Verhaltensweisen, jegliche Leistung oder Unterlassung eines Dritten.²⁰ Als Rechtsfolge, falls sich der Dritte nicht entsprechend verhalten sollte, schuldet der Promittent dem Promissar Ersatz für den erlittenen Schaden. Die Anwendung von Art. 111 OR wird vom Bundesgericht bejaht, wenn der Fabrikant oder einer seiner Vertriebshändler die Exklusivitätsklausel verletzt.²¹
- 48 Die Klägerin bestreitet die Aussage der Beklagten nicht, dass weder die Beklagte selber, noch der polnische Alleinvertreter PLL Beer S.A. Aktivverkäufe ins Vertragsgebiet der Klägerin getätigt hätten. Sie stützt sich daher übereinstimmend mit der Meinung des Bundesgerichtes, nicht auf Art. 111 OR, noch geht sie genauso wenig wie das Zürcher Obergericht²² ohne

¹⁶ Vgl. ZR 1977, S. 127.

¹⁷ WYNIGER, S. 17; ebenso: BSK SCHLUEP/AMSTUTZ, vor Art. 184 OR N 131; PAETZOLD S. 26.

¹⁸ MEYER, S. 44.

¹⁹ Ders. vor Art. 184 OR N 134 und 159, dort jedoch in Bezug auf den Franchisingvertrag.

²⁰ WEBER, ZK Art. 111 OR N 9 + 132.

²¹ BGE 82 II 238 ff. E. 3.1, S. 247.

²² ZR 1977, E. 4, S. 128.

weiteres von einer zeitlich und sachlich unbeschränkten Pflicht zur Verhinderung jeglicher Konkurrenzierung des Alleinvertreters durch den Lieferanten aus.

49 Vielmehr geht die Klägerin im konkreten Falle von einer dem Alleinvertriebsvertrag aufgrund der Interessenwahrungspflicht inhärenten Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität aus.

50 Was die Beklagte der Klägerin im Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 versprochen hat, ist nichts weniger als das ausschliessliche Recht [Punkt 2 (1)] das Produkt im Vertragsgebiet Bundesrepublik Deutschland [Punkt 3 (1)] zu vertreiben. Damit wurde ausdrücklich *eine Ausschliesslichkeit* innerhalb eines bestimmten Gebietes stipuliert.

4.3 Minimalverkaufszahlen implizieren vertragliche Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität

51 Die Klägerin vertritt ausserdem den Standpunkt, dass die Beklagte aus Punkt 8 des Distributionsvertrages über die Minimalverkaufszahlen eine implizite vertragliche Pflicht zur Gewährleistung des Exklusivitätsrechts trifft. Ansonsten hätte es die Beklagte in der Hand, durch passives Verhalten die Vertragspartnerin zu einem Vertragsbruch zu zwingen, weil diese ihre vertraglich vereinbarten Mindestverkaufszahlen nicht einhalten könnten.

52 Seit dem Jahre 2005 wurde die Mindestabsatzmenge von ursprünglich 3 Mio. jährlich um 2 Mio. erhöht. In einer mathematisch logischen Fortführung dieser Reihe, würde dies für das Jahr 2008 eine Mindestabsatzmenge von 9 Mio. ergeben.

53 Bis Ende April 2008 konnten aufgrund der vertragswidrigen Situation auf dem deutschen Markt aber lediglich 1.8 Mio. Einheiten abgesetzt werden. Weil das fragliche Produkt ein Energiedrink und kein Erfrischungsgetränk ist, gibt es keine frappanten saisonalen Nachfrageschwankungen. Aus diesem Grund kann die abgesetzte Menge von 1.8 Mio. Einheiten Ende April problemlos auf das Ganze Jahr hochgerechnet werden, was eine Menge von 5.4 Mio. Einheiten bedeuten würde. Somit hätte die Klägerin unter diesen Umständen nicht einmal die minimalen Verkaufszahlen des Vorjahres (2007: 7 Mio. Einheiten) erreichen können.

4.4 Ausdrückliches schriftliches Eingeständnis der Beklagten

54 Die Beklagte selbst räumt in ihrem Schreiben vom 10. September 2006, im Zusammenhang mit der Ankündigung, den Ursprung der parallel importierten Getränke abzuklären, ausdrücklich eine vertragliche Pflicht ihrerseits ein, die Exklusivität des Vertragsgebietes der Klägerin zu schützen. Wörtlich schreibt sie: „Selbstverständlich kommen wir unseren vertraglichen Verpflichtungen nach und stellen sicher, dass Ihre vertragliche Exklusivität nicht verletzt wird.“

- 55 Ausschlaggebend für die Annahme einer vertraglichen Pflicht zur Gewährleistung der Exklusivität muss ausserdem darin erblickt werden, dass die Vertragsparteien unter Punkt 8 (3) die Festlegung der minimalen Verkaufszahlen ausdrücklich in Abhängigkeit des Problems der Parallelimporte stellten. Dies bedeutet zweierlei: erstens waren sich die Parteien dieses Problems bewusst und zweitens wurde vereinbart, dass sie diesem gemeinsam Rechnung tragen. Die Vereinbarung, besagtes Problem gemeinsam Anhand zu nehmen, kann nicht nur in Bezug auf die Festlegung der minimalen Verkaufszahlen bezogen werden, sondern muss für die gesamte Vertragsbeziehung gelten.
- 56 Die Klägerin wäre aus diesem Grund verpflichtet gewesen, der Klägerin ihren Möglichkeiten entsprechend bei der Lösung dieses Problems beizustehen.

4.5 Unterlassung der Gewährleistung des Exklusivitätsrechts

- 57 Einen Mangel an Kooperationsbereitschaft und damit eine Vertragsverletzung hat die Beklagte insbesondere durch ihre Preisempfehlungs- und Preisgestaltungspolitik an den Tag gelegt. Sie hat es somit unterlassen, ihrer vertraglichen Treuepflicht nachzukommen. Durch die Ausgestaltung der Preisdifferenzierung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Polen, hat sie bewirkt, dass es für Zwischenhändler in den unteren Vertriebsstufen stets interessant blieb, unter logistischem Mehraufwand nach Deutschland zu liefern.
- 58 Die Klägerin hat bereits in ihrem Schreiben vom 12. August 2006 darauf hingewiesen, dass die Lieferungen nach Deutschland gleich Containerweise erfolgten.
- 59 Obwohl die Importe nach Deutschland erst durch Zwischenhändler der unteren Vertriebsstufe erfolgt sind, sollte es für die Beklagte bei solch enormen Quantitäten, welche nach Deutschland geliefert worden sind, durchaus möglich gewesen sein, den Ursprung dieser Lieferungen zu eruieren und durch geeignete Massnahmen zu unterbinden. Ein diesbezügliches Versprechen in ihrem Schreiben vom 10. September 2006 hat sie nicht wahrgenommen, bzw. die in Aussicht gestellten Abklärungen wurden der Klägerin nie zugetragen.
- 60 Wenn die Beklagte eine preisliche Differenzierung für zwei verschiedene Absatzmärkte vornimmt, so hätte sie zumindest auch eine qualitative Differenzierung des Produktes in dem Sinne vornehmen müssen, dass sie die äussere Erscheinung des Produktes für den polnischen Markt in der Gestalt verändert hätte, dass es für den deutschen Konsumenten klar erkenntlich gewesen wäre, dass er ein für den polnischen Markt bestimmtes Produkt erworben hat und ihm dadurch gegebenenfalls eine mindere Qualität desselbigen suggeriert worden wäre.

- 61 Dies hätte eine denkbare und durchaus effektive Möglichkeit dargestellt, der Klägerin bei ihren Absatzschwierigkeiten beizustehen und somit die vertraglich vereinbarte Exklusivität zu gewährleisten.
- 62 Der Preisnachlass, welchen die Beklagte am 12. September 2006 gewährt hat, war zwar eine gut gemeinte, aber wirkungslose Massnahme. Kurzfristig kamen die Parallelimporte zugegebenermassen zum Erliegen, schwohlen aber kurze Zeit später wieder an.

4.6 Schadenersatz gemäss Art. 97 OR

- 63 Der Alleinvertriebsvertrag als sog. Doppelsynallagma, enthält zwei verschiedene Leistungspaare, dasjenige des Warenverkaufs und deren Abnahme/Bezahlung einerseits und das Alleinbezugsrecht und die Verkaufsförderungspflicht andererseits. Dieses zweite Austauschverhältnis enthält verschiedene Pflichten beider Vertragsparteien. Auf Seiten des Alleinvertriebers u.a. eine Verkaufsförderungspflicht, ein Konkurrenzverbot, sowie das Recht und die Pflicht die Ware ausschliesslich beim Vertragspartner zu beziehen, die Verkaufsunterstützungspflicht und eine Pflicht zur exklusiven Überlassung des Vertragsgebietes, sowie gegebenenfalls der Schutz desselbigen auf Seiten des Lieferanten.²³
- 64 Die letztgenannte Pflicht der Beklagten, der Klägerin die Exklusivität in ihrem Vertriebsgebiet zu gewährleisten, stellt eine vertragliche Hauptleistungspflicht dar.²⁴ Weil auf den Alleinvertriebsvertrag grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts Anwendung finden,²⁵ stellt eine Verletzung derselbigen im vorliegenden Fall eine positive Vertragsverletzung gemäss Art. 97 OR dar, weil die Erfüllung seitens der Beklagten zwar nicht vollständig ausgeblieben ist, jedoch nicht gehörig erfüllt wurde. Wie unter RZ 57 ff. dargelegt, hat die Beklagte die Leistung zwar nicht gänzlich unterlassen, aber auch nicht in der vereinbarten Qualität erbracht.
- 65 Als Rechtsfolge einer positiven Vertragsverletzung hat der Gläubiger in der Regel Anspruch auf Schadenersatz. Dafür müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein.²⁶

4.6.1 Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht

- 66 Die Beklagte hat ihre vertragliche Pflicht, der Klägerin die Exklusivität in ihrem Vertriebsgebiet zu gewährleisten, welche sich implizit aus den Vertragsklauseln über die

²³ HUGUENIN, OR BT N 1511 ff. sowie N 1515 ff.; BSK SCHLUEP/AMSTUTZ, vor Art. 184 OR N 131.

²⁴ KUHN, in FS KELLER, S. 191.

²⁵ BSK SCHLUEP/AMSTUTZ, vor Art 184 OR N 139.

²⁶ HUGUENIN, OR AT N 598.

minimalen Verkaufszahlen, insbesondere aus Punkt 8 (3) ergibt und den sie im Schreiben vom 10. September 2006 auch selbst ausdrücklich eingeräumt hat, verletzt (vgl. RZ 54 ff.).

4.6.2 Ein finanziell bezifferbarer Schaden

- 67 Ein ersatzfähiger Schaden wird im ausservertraglichen wie auch im vertraglichen Haftpflichtrecht definiert als eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, entweder durch die Abnahme der Aktiven, oder durch die Zunahme der Passiven. Der Schadensbetrag wird durch die sogenannte Differenzmethode ermittelt. Es wird eruiert, wie hoch der Vermögensstand mit resp. ohne das schädigende Ereignis wäre. Der Schadenersatzanspruch aus Art. 97 OR geht auf das positive Interesse, das heisst, es ist nicht nur derjenige Schaden auszugleichen, welcher direkt durch die Vertragsverletzung verursacht worden ist (damnum emergens), sondern auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans), welcher infolge der Vertragsverletzung nicht erzielt werden konnte.²⁷
- 68 Vorliegend sind der Klägerin durch das Verhalten der Beklagten keine direkten Schäden entstanden, wohl aber hat sie entgangene Gewinne in der Höhe von mindestens EUR 10`000`000.- (Zehn Millionen Euro) zu beklagen.

4.6.3 Der Kausalzusammenhang

- 69 Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten, bzw. der geltend gemachte Vertragsbruch tatsächlich als Ursache für den betreffenden Schaden in Betracht zu ziehen ist, wird anhand des Kausalzusammenhangs beantwortet. Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn aufgrund der *conditio sine qua non* festgestellt wird, dass der Schaden ohne den Vertragsbruch nicht eingetreten wäre. Im Falle, dass der Vertragsbruch in einem Unterlassen bestand, wird anhand der *conditio cum qua non* gefragt, ob bei vertragstreuem Handeln der Schaden ausgeblieben wäre. Eine haftungsrelevante Verhaltensweise muss aber zusätzlich in einem adäquaten Kausalzusammenhang zum Schaden stehen. Dieser wiederum ist zu bejahen, wenn die vertragsbrechende Verhaltensweise „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen.“²⁸
- 70 Weiter muss ausgeschlossen werden, dass der Schaden gegebenenfalls durch hypothetische Kausalität ohnehin eingetreten, bzw. trotz sog. rechtmässigem Alternativverhalten, d.h wenn die Beklagte keine Vertragsverletzung begangen hätte, trotzdem eingetreten wäre. Diesfalls

²⁷ HUGUENIN, OR AT N 608 ff., vgl. auch REY N 151 ff.

²⁸ HUGUENIN, OR AT N 262 f.; vgl. auch REY N 525.

wäre gegebenenfalls eine angemessene Reduktion der Schadenersatzpflicht in Betracht zu ziehen.

- 71 Wie die Beklagte bereits, insbesondere in ihren Schreiben vom 12. August 2006 und vom 12. September 2006, (Beilage K-2 und K-4) feststellte und mittels Auflistung der gefundenen parallelimportierten Produkte auch ausführlich belegte, sind ihre Ertragseinbussen zweifellos auf besagte Parallelimporte zurückzuführen. Letztere wurden nicht nur ermöglicht, sondern geradezu provoziert, weil die Beklagte es unterlassen hat, der Klägerin mit geeigneten Massnahmen, insbesondere durch eine situationsangepasste Preisgestaltung, die Exklusivität in ihrem Vertriebsgebiet zu gewährleisten.

4.6.4 Das Verschulden der Beklagten

- 72 Im vertraglichen Haftpflichtrecht wird das Verschulden gemäss Art. 97 OR vermutet. Die Beklagte kann sich allerdings exkulpieren, wenn sie das Gegenteil beweist.
- 73 Als Voraussetzung für ein Verschulden muss die Beklagte urteilsfähig sein und ausserdem vorsätzlich bzw. fahrlässig gehandelt haben.²⁹
- 74 Die Beklagte hat insbesondere im Schreiben vom 5. Dezember 2007 (Beilage K-5) zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht Willens sei, der Klägerin im Kampf gegen die Parallelimporte weiter zu unterstützen. Ausdrücklich erklärt sie, dass die Klägerin es „...selbst in der Hand...“ habe, die Parallelimporte unattraktiv zu machen. Dies lässt den Schluss zu, dass sie den Schaden der Klägerin zumindest eventualvorsätzlich verursacht hat. Sie nahm weitere Ertragseinbussen der Klägerin in Kauf. Über ihre Beweggründe kann nur spekuliert werden, fest steht aber, dass sie aus den Mehrverkäufen des polnischen Alleinvertreters ebenfalls Profit schlug.

4.7 Fazit

- 75 Nach den obenstehenden Ausführungen steht der Klägerin ein Schadenersatzanspruch gegenüber der Beklagten für den entgangenen Gewinn zu. Die genaue Schadenersatzbemessung soll gemäss Punkt 2.8 des Beschlusses Nr. 1 des Schiedsgerichtes zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

²⁹ HUGUENIN, OR AT N 632.

5. Verletzung der Lieferverpflichtung durch die Beklagte

- 76 Die Klägerin wird im Folgenden zeigen, dass die Beklagte ihre vertraglichen Lieferverpflichtungen verletzt hat, weil sie die vertragskonforme Vorauszahlungen, nach Erfüllung der Voraussetzungen zur Aufhebung derselbigen, entgegen ihren Versprechungen, nicht aufgehoben hat. In der Folge hat sie ungerechtfertigt zwei Lieferungen gänzlich unterlassen, weil die Klägerin berechtigterweise auf eine Lieferung ohne Vorauszahlung beharrte.
- 77 Die Beklagte begründete ihre Vorgehensweise dadurch, dass die Klägerin aufgrund ihrer Vorgehensweise ein erhebliches Kreditrisiko darstelle.
- 78 Jedoch liess weder die Vorgehensweise der Klägerin noch ihre Zahlungsmoral in der Vergangenheit Zweifel über ihre Kreditwürdigkeit aufkommen.

5.1 Lieferbestellungen vom 13. und 20. April 2008

- 79 Mit dem Schreiben vom 10. April 2008 (Beilage K-7) verlangte die Beklagte per sofort Vorauszahlungen für neue Lieferbestellungen. Somit wurde die vom 13. April 2008 datierende Bestellung der Klägerin über 2,5 Mio. Flaschen in Unkenntnis der verlangten Vorauszahlungen getätigt. Dies geht aus dem Brief der Klägerin vom 14. April 2008 (Beilage K-8) deutlich hervor. Darin nimmt Herr Kölle Bezug auf das Schreiben der Beklagten vom 10. April 2008, die Bestellung wurde aber bereits einen Tag vor Eintreffen des besagten Schreibens getätigt.
- 80 Im Schreiben vom 16. April 2008 (Beilage K-9) machte die Beklagte schliesslich folgenden Vorschlag:
- 81 „1. Distribujet bezahlt Bibite unverzüglich sämtliche ausstehenden Forderungen für Lieferungen. Sobald alle offenen Rechnungen bezahlt worden sind, wird Bibite:
- 82 2. ihre Entscheidung, Vorauszahlung für Lieferung zu verlangen, aufheben.“
- 83 Dieses Versprechen ist so zu verstehen, dass sämtliche offenen Bestellungen ohne Vorauszahlung geliefert werden, sobald die Klägerin sämtliche ausstehenden Forderungen bezahlt haben wird.
- 84 Die vom 20. April 2008 datierende Lieferbestellung wurde im Hinblick getätigt, dass durch die Bezahlung der ausstehenden Rechnungen, welche am 21. April 2008 ausgeführt wurde, das Versprechen der Beklagten zum Zuge kommen werde, sie würde ihre Entscheidung, Vorauszahlungen zu verlangen, aufheben. Die Klägerin bestellte also in der Annahme, dass sie keine Vorauszahlung mehr leisten müsse (vgl. Beilage K-10).

- 85 Obwohl die Klägerin am 21. April 2008 die ausstehenden Rechnungen gemäss Vereinbarung bezahlt hat, weigert sich die Beklagte jedoch mit Schreiben vom 25. April 2008 (Beilage K-11) weiterhin, ohne Vorauszahlung zu liefern.
- 86 Da die Klägerin, wie nachfolgend noch eingehend ausgeführt wird, ihrerseits sämtliche Forderungen aus der Vereinbarung vom 16. April 2008 erfüllt hatte, verletzte die Beklagte durch ihr Verhalten ihre Lieferverpflichtung.

5.2 Die Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR

- 87 Mit dem Schreiben vom 10. April 2008 machte die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam, dass sie sich in Bezug auf die Rechnungen vom 1. Februar 2008 in Verzug befinde und setzte der Klägerin eine Nachfrist für die Bezahlung der ausstehenden Rechnungen bis am 17. April 2008.
- 88 Es wird nicht bestritten, dass sich die Klägerin am 10. April 2008 in Verzug befand und somit die Voraussetzungen, ihr eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR zu setzen, erfüllt waren.
- 89 Diese Nachfrist zur Erfüllung muss jedoch gemäss Art. 107 Abs. 1 OR angemessen sein, denn der Schuldner soll die Gelegenheit erhalten, innert einer realisierbaren, wenn auch auf das vertretbare Minimum reduzierten Frist, zu erfüllen.³⁰ Ob eine Frist angemessen ist, hängt von den konkreten Umständen ab, nämlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, umso kürzer darf die Frist bemessen sein.³¹
- 90 Die im Schreiben vom 10. April 2008 gesetzte Nachfrist bis am 17. April 2008 ist jedoch sehr kurz bemessen. Unter der Annahme, dass das auf den 10. April 2008 datierende Schreiben noch am selben Tag bei der Post aufgegeben wurde, wäre es frühestens am 12. April 2008 bei der Klägerin zugestellt worden, da es sich um eine internationale Postsendung handelt. Dies war ein Samstag, daher war der Zugang bei der Klägerin erst am Montag gewährleistet, weil der Samstag nicht als offizielle Bürozeit gilt, und daher nicht mit einer Leerung des Briefkastens gerechnet werden muss.³²
- 91 Dadurch hatte die Klägerin effektiv nur vier Werkzeuge zur Bearbeitung und Bezahlung der ausstehenden Rechnungen zur Verfügung. Diese Zeit ist für die Bezahlung einer Forderung in der Höhe von EUR 2'900'000.- auch für ein liquides Unternehmen viel zu kurz bemessen.
- 92 Eine zu kurze Fristansetzung wie im vorliegenden Fall bleibt jedoch nicht einfach wirkungslos, sondern ist auf eine angemessene Frist zu verlängern. Über die diesbezügliche

³⁰ BSK WIEGAND, Art. 107 OR N 9.

³¹ BGE 103 II 102; BSK WIEGAND, Art. 107 OR N 9.

Vorgehensweise herrscht jedoch keine Einigkeit. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. bedarf es einer ausdrücklichen Verwahrung des Schuldners, um noch innerhalb der angemessenen Frist zu bezahlen.³³

- 93 Die Klägerin hätte vorliegend eine Verlängerung der Nachfrist beantragen sollen.
- 94 Obwohl sie dies unterlassen hatte, hat die Beklagte die am 21. April 2008 datierende Bezahlung angenommen und somit einer Verlängerung der Nachfrist konkludent zugestimmt. Die Klägerin hat deshalb innerhalb der Nachfrist rechtswirksam geleistet.

5.3 Die Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR

- 95 Für eine zulässige Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR bedarf es beidseits einer gleichartigen Forderung, welche ausserdem fällig sein muss. Gleichartigkeit i.S.d. Art. 120 Abs. 1 OR besteht, wenn sich die gegenüberstehenden Leistungen in der Erfüllung vertreten können. Zwischen zwei Forderungen auf Geldleistung in derselben Währung ist dies ohne Weiteres der Fall.³⁴ Die Verrechnung tritt jedoch nur ein, wenn der Verrechnende eine Verrechnungserklärung i.S.v. Art. 124 Abs. 1 OR abgegeben hat. Eine Verrechnungserklärung kann auch konkludent abgegeben werden, denn es genügt aufgrund des Vertrauensprinzips, dass der Schuldner dem Gläubiger durch seine Verhaltensweise zu erkennen gibt, dass er vom Recht der Verrechnung Gebrauch machen will.³⁵
- 96 Übersteigt eine Forderung wertmässig die andere, erlischt die kleinere Forderung ganz, die grössere nur insoweit, als sie sich mit der kleineren deckt (Art. 124 Abs. 2 OR).³⁶
- 97 Die Klägerin hat bei der Bezahlung der Forderung über EUR 2'900'000.- ihre Marketingausgaben in Höhe von EUR 80'900.- verrechnet. Dies stand ihr auch zu, da die Anforderungen i.S.v. Art. 120 ff. OR betreffend der Verrechnung allesamt erfüllt waren.
- 98 Auch die EUR 550.- für Weihnachtskarten, welche von der Beklagten beanstandet werden, sind in den Vorjahren immer vorbehaltlos vergütet worden. Daher durfte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass dieses Vorgehen, welches zweifellos im Interesse der Beklagten lag, weiterhin entsprechend gebilligt werden würde.
- 99 Im vorliegenden Fall lauten beide Forderungen auf EUR. Zudem ist die Forderung der Klägerin fällig, da sie die Forderung der Radiostationen bereits bezahlt hatte. Eine

³² HUGUENIN, OR AT N 175.

³³ BSK WIEGAND, Art. 107 OR N 10.

³⁴ BSK PETER, Art. 120 OR N 10.

³⁵ BSK PETER, Art. 124 OR N 4.

³⁶ BSK PETER, Art. 124 OR N 5.

Verrechnungserklärung wurde ebenfalls abgegeben, indem die Klägerin explizit erwähnte, dass sie die bestehenden Forderungen verrechne (vgl. Beilage K-10).

5.4 Fazit

- 100 Die Klägerin war, wie oben ausgeführt, zu einer Verrechnung berechtigt. Da die Beklagte trotzdem sowohl in Bezug auf die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008 als auch für künftige Bestellungen, entgegen einer anders lautenden Vereinbarung, nicht von Vorauszahlungen abgesehen hat, verletzte sie ihre Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin.
- 101 Die Begründung, die Beklagte stelle aufgrund ihrer Verhaltensweise ein Kreditrisiko dar, (vgl. K-11) entbehrt jeglicher Grundlage, denn die Klägerin hat in der Vergangenheit niemals Anzeichen einer schlechten Zahlungsmoral zu Tage gelegt.

6. Kündigung aus wichtigen Gründen

- 102 Entgegen der Behauptung der Beklagten ist die Kündigung aus wichtigem Grund, erfolgt mittels eingeschriebenen Briefs vom 30. April 2008 (Beilage K-12), sehr wohl gerechtfertigt.
- 103 Die Klägerin wird im Folgenden zeigen, wie die Beklagte die vertraglich zugesicherte Exklusivität verletzte, sowie das Produkt mehrfach nicht wie vereinbart lieferte.
- 104 Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten war unter diesen Umständen für die Klägerin nicht mehr zumutbar.

6.1 Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des Distributionsvertrages

- 105 Obwohl die Klägerin keinen absoluten Gebietsschutz beansprucht, so steht ihr doch auch bei relativem Gebietsschutz eine Gewährleistung der Exklusivität zu. Dies beinhaltet insbesondere die Pflicht des Lieferanten, das exklusiv vereinbarte Abnehmergebiet zu schützen, soweit es in seiner Macht steht. Die Klägerin machte die Beklagte mehrfach darauf aufmerksam, dass durch Parallelimporte aus Polen Produkte in rauen Mengen in ihr Vertragsgebiet eingeführt werden.
- 106 Die Beklagte unternahm trotz gegenseitiger Vereinbarung nichts gegen diese Parallelimporte. So unterliess sie es beispielsweise, der Herkunft dieser Importe nachzugehen.
- 107 Eine mögliche und ohne Weiteres realisierbare Lösung dieses Problems wäre beispielsweise eine Differenzierung der Produkte aus Deutschland und Polen gewesen, unter Anderem durch verschiedene Produktdesigns.

- 108 Die Beklagte stand der Klägerin über einem Zeitraum von mehreren Monaten nicht bei der Bekämpfung ihrer Absatzschwierigkeiten bei und verletzte somit die vertraglich vereinbarte Exklusivität.
- 109 Gemäss Punkt 13 (2) lit. a Distributionsvertrag muss eine Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung auch 10 Tage nach einer schriftlichen Abmahnung durch die Gegenseite fortgesetzt werden, damit ein wichtiger Grund als gegeben zu erachten ist.
- 110 Bereits im Schreiben vom 12. August 2006 (Beilage K-2) machte die Klägerin die Beklagte darauf aufmerksam, dass durch Parallelimporte ihre vertraglich zugesicherte Exklusivität verletzt wird und ersuchte die Beklagte um sofortige Massnahmen, um diese zu unterbinden und somit ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.
- 111 Nach einem Monat entgegnete die Beklagte mit Schreiben vom 10. September 2006, sie komme selbstverständlich ihren vertraglichen Verpflichtungen nach und stelle sicher, dass die vertragliche Exklusivität der Klägerin nicht verletzt werde. Damit gestand sie, wie bereits oben erwähnt, ausdrücklich eine entsprechende vertragliche Pflicht ihrerseits ein.
- 112 Gleichzeitig gewährte sie der Klägerin einen Preisnachlass. Ausser dem Preisnachlass kümmerte sich die Beklagte jedoch nicht weiter um die Absatzprobleme der Klägerin. Dies führte dazu, dass die Parallelimporte innert Jahresfrist wieder enorme Ausmasse annahmen. Die Klägerin machte die Beklagte unverzüglich auf diesen Umstand aufmerksam, diese verweigerte jedoch diesmal jegliche Unterstützung. So blieb diese Vertragsverletzung über mehrere Monate bestehen, welche einen wichtigen Grund gemäss Punkt 13 (2) lit. a, als Voraussetzung für eine ausserordentliche Kündigung, darstellt.

6.2. Die Verletzung von Punkt 13 (2) lit. d des Distributionsvertrages

- 113 Wie bereits weiter oben dargelegt, hat die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen i.S.v. Punkt 13 (2) Distributionsvertrag verletzt.
- 114 Sie versicherte der Klägerin, dass die besagte Vorauszahlungspflicht aufgehoben werde, sobald die Klägerin die ausstehenden Rechnungen bezahlt haben wird.
- 115 Dies tat die Klägerin auch, indem sie innert angemessener Frist EUR 2'819'100.- auf das Konto der Beklagten überwies. Auf die Unangemessenheit der Fristansetzung wurde bereits vorgängig ausführlich eingegangen. Die Klägerin hat somit die ausstehenden Rechnungen rechtzeitig und vollumfänglich bezahlt und hatte deshalb Anspruch darauf, künftige Lieferbestellungen ohne Vorauszahlung zu erhalten.

116 Die Beklagte verlangt jedoch weiterhin Vorauszahlungen und liefert in der Folge das Produkt nicht wie vereinbart. Eine solche Verletzung des Vertrages stellt einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung i.S.v. 13 (2) lit. d des Distributionsvertrages dar.

6.3. Weitere Gründe für eine Kündigung aus wichtigem Grund

117 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Vorschrift über die fristlose Kündigung des Agenturvertrags, Art. 418r OR, auf den Alleinvertriebsvertrag analog anwendbar. Diese Vorschriften sind zwingender Natur und können von den Parteien nicht wegbedungen werden.³⁷

118 Durch einen erheblichen Vertrauensbruch zwischen den beteiligten Parteien, kann die Fortsetzung für eine Partei unzumutbar werden und somit einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 418r Abs. 1 OR darstellen.

119 Wie bereits vorgängig aufgezeigt, hat die Beklagte nicht nur ihre Lieferverpflichtungen verletzt, sondern die Klägerin auch als erhebliches Kreditrisiko bezeichnet, obwohl dies nachweislich falsch ist. Dieses Verhalten seitens der Beklagten führte bei der Klägerin zu einem erheblichen Misstrauen. Das Zurückbehalten der Marketingkosten verstärkte dieses Misstrauen noch und verdeutlichte den Vertrauensbruch zwischen den Parteien noch mehr. Aufgrund der Verhaltensweise der Beklagten kann sich die Klägerin nicht mehr sicher sein, ob sich die Beklagte an ihre Pflichten resp. Versprechen hält. Unter derartigen Umständen war für die Klägerin eine Weiterführung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar, wenn nicht sogar unmöglich.

120 Somit lag für die Klägerin ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 418r Abs. 1 OR vor.

6.4. Fazit

121 Eine Kündigung aus wichtigem Grund i.S.v. Punkt 13 Distributionsvertrag ist gegeben, weil die Beklagte sowohl das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt, wie auch das Produkt mehrfach nicht wie vereinbart geliefert und durch ihr Verhalten einen nicht unerheblichen Vertrauensbruch zwischen den Parteien bewirkt hat, welcher eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen gemäss Art. 418r Abs. 1 OR ermöglicht.

7. Vergütung Marketingkosten für die Monate Mai bis Dezember 2008

122 Entgegen der Behauptung der Beklagten ist diese verpflichtet, die Kosten für die Radiowerbung für die Monate Mai bis Dezember 2008 zu ersetzen.

³⁷ BGE 89 II 30, E. 5, S. 35.

7.1. Die Verkaufsförderungspflicht i.S.v. Punkt 6 Distributionsvertrag

- 123 Typisch für ein Alleinvertriebsverhältnis ist eine Verkaufsförderungspflicht durch den Händler, wie dies im vorliegenden Fall im Distributionsvertrag unter Punkt 4 (2) statuiert ist. Punkt 6 des Distributionsvertrages führt weiter aus, dass die beiden Parteien jährlich gemeinsam einen Marketingplan vereinbaren und die Beklagte die Kosten für die budgetierten Marketingaktivitäten trägt.
- 124 Im Rahmen der Marketingplansitzung vom 14. Oktober 2007 (siehe Beilage K-4) wurde der Marketingplan für das Jahr 2008 festgelegt. Dieser sah vor, über das gesamte Jahr Werbung in der örtlich ansässigen Radiostation zu platzieren. Aufgrund von Kostenüberlegungen hat die Klägerin, wie auch schon in den Vorjahren, die Radiowerbung für das Jahr 2008 en bloc für das ganze Jahr gebucht. Somit kam die Klägerin auch ihrer Verpflichtung nach, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um das Produkt zu vermarkten. Betrachtet man diese Verpflichtung i.V.m. Punkt 4 (5) des Distributionsvertrags, welcher besagt, dass sich die Klägerin verpflichtet, die Interessen der Beklagten zu wahren, muss daraus geschlossen werden, dass die Marketingkosten möglichst tief zu halten sind. Das Interesse der Beklagten wurde somit unbestrittenerweise von der Klägerin gewahrt, konnten doch durch die Buchungen en bloc für das ganze Jahr erhebliche Kosten gespart werden. Die Klägerin kam somit ihren Verpflichtungen gemäss Distributionsvertrag vollumfänglich nach.

7.2. Kosten- und Auslagenersatz gemäss Art. 418n OR analog

- 125 Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Innominatkontrakt und als solcher im Gesetz nicht geregelt. Das Bundesgericht anerkennt jedoch, dass der Alleinvertriebsvertrag wirtschaftlich gesehen zu den Vermittlungsverträgen gehört und daher dem Agenturvertrag verwandt ist.³⁸
- 126 Für den Agenturvertrag regelt Art. 418n OR die Kosten und Auslagen des Agenten und besagt in Abs. 1, dass der Agent soweit nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist, keinen Anspruch auf Ersatz für die im regelmässigen Betrieb seines Geschäftes entstandenen Kosten und Auslagen, wohl aber für solche, die er auf besondere Weisung des Auftraggebers auf sich genommen hat. Darunter wird auch explizit die Werbung erwähnt.³⁹
- 127 Entgegen dem Wortlaut von Art. 418n Abs. 2 OR ist die Ersatzpflicht nicht nur vom „Zustandekommen des Rechtsgeschäftes“ unabhängig, sondern vielmehr gemäss Art. 402 Abs. 1 OR für den Auftrag unabhängig vom Erfolg der Auftragsführung geschuldet.⁴⁰

³⁸ BGE 88 II 471.

³⁹ BSK WETTENSCHWILER, Art. 418n OR N 2; BÜHLER, Art. 418n OR N 2; HUGUENIN, OR BT N 1012.

⁴⁰ BSK WETTENSCHWILER, Art. 418n OR N 3.

- 128 Als die Klägerin die Radiowerbung en bloc für das ganze Jahr 2008 buchte, handelte sie vertragsgemäss. Sie befolgte in diesem Sinne nur die implizite Weisung aus dem Distributionsvertrag.
- 129 Obwohl sich die Beklagte in Bezug auf die Handlungsweise der Klägerin ahnungslos gibt und sich infolge der ausserordentlichen Kündigung und der damit zusammenhängenden Vertragsauflösung für die Radiokosten der Monate Mai bis Dezember nicht mehr verpflichtet sieht, kann eine implizite Weisung im Distributionsvertrag nicht bestritten werden.
- 130 Auch wenn die gebuchte Radiowerbung nach der Vertragsauflösung ihren Zweck nicht mehr erfüllt, hat die Klägerin gemäss Art. 418n Abs. 1 i.V.m. Art. 418n Abs. 2 OR analog Anrecht auf Ersatz der ihr entstandenen Auslagen, denn wie bereits ausgeführt, ist dieser Auslagenersatz unabhängig vom Erfolg der Auftragsführung.

7.3. Fazit

- 131 Die Beklagte ist demnach verpflichtet, der Klägerin die aus der Radiowerbung entstandenen Kosten vollumfänglich zu erstatten. Die Marketingkosten für das erste Quartal 2008 in Höhe von EUR 80'900.- wurden am 21. April 2008 bereits rechtsgültig verrechnet.
- 132 Gemäss Art. 19 SchO⁴¹ kann eine Partei neue Ansprüche nur geltend machen, soweit diese sich im Rahmen des Schiedsauftrages halten, oder das Schiedsgericht diese zugelassen hat. Davon zu unterscheiden ist eine schlichte Erhöhung der von den Parteien geltend gemachten Forderungen aufgrund rechtzeitig vorgetragener Tatsachen. Eine solche Erhöhung oder Reduktion der Ansprüche ist bis zur Schliessung des Verfahrens jederzeit möglich.⁴² Aus diesem Grund erhöht die Klägerin hiermit ihre Ansprüche um EUR 60'000.- für die Kosten der Radiowerbung für das 4. Quartal seit dem 8. Oktober 2008. Andererseits reduziert sie ihre Ansprüche um EUR 80'900.-, weil sie die Auffassung vertritt, dieser Betrag für Marketingkosten sei von ihr bereits rechtsgültig verrechnet worden.
- 133 Somit hat die Beklagte der Klägerin folgende Kosten nebst Zins zu 5% zu bezahlen:
- EUR 60'000.- seit 6. Juni 2008 (Radiokosten 2. Quartal);
 - EUR 60'000.- seit 5. August 2008 (Radiokosten 3. Quartal);
 - EUR 60'000.- seit 8. Oktober 2008 (Radiokosten 4. Quartal).

⁴¹ Schiedsgerichtsordnung der International Chamber of Commerce.

⁴² SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, Die ICC Schiedsgerichtsordnung in der Praxis, S. 130.

Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 5