

Moot Court Team 7

Anibal Varela López

David Lehner

Miro-Ivan Arapovic

Simon Roth

LSI

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

15. Dezember 2008

KLAGESCHRIFT

Distribujet GmbH

Nikolaigraben 15

02826 Görlitz

Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 7

Klägerin

gegen

BeveSana AG

Berner Strasse 5

8953 Dietikon

Schweiz

Beklagte

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	I
LITERATURVERZEICHNIS	III
RECHTSBEGEHREN	1
1. DIE ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS IST GEGEBEN	2
1.1. DIE SCHIEDSVEREINBARUNG IST NICHT AUF BIBITE AG ÜBERGEGANGEN	2
1.1.1. Nicht nach Art. 181 Abs. 1 OR.....	2
1.1.2. Nicht nach Art. 69 ff. FusG.....	2
1.1.3. Nicht durch Vertragsübernahme.....	3
1.1.3.1. Die Vertragsübernahme leidet an formellen Mängeln	3
1.1.3.1.1. Die vertragliche Form wurde nicht eingehalten.....	3
1.1.3.1.2. Die gesetzliche Form wurde nicht eingehalten.....	4
1.1.3.2. Die Klägerin hat der Vertragsübernahme nie zugestimmt.....	4
1.1.3.2.1. Nicht durch Konsens.....	4
1.1.3.2.2. Nicht durch Schweigen.....	5
1.2. DIE SCHIEDSVEREINBARUNG TRIFFT DIE BEKLAGTE OHNEHIN.....	6
2. DIE PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN IST GEGEBEN.....	8
3. DIE BEKLAGTE HAT VERTRAGSWIDRIG VORAUSZAHLUNG VERLANGT.....	9
3.1. DER ALLFÄLLIGE VERZUG DER KLÄGERIN WURDE DURCH ERFÜLLUNG BESEITIGT	9
3.1.1. Die Verrechnung der Klägerin war zulässig	9
3.1.1.1. Die Verrechnungsforderung war zum Verrechnungszeitpunkt fällig	9
3.1.1.2. Die Beklagte schuldete auch die Kosten der Weihnachtskarten.....	10
3.1.1.3. Für die Beklagte bestand kein Kreditrisiko mehr.....	10
3.1.1.4. Die Verrechnung war weder durch Gesetz noch durch Vertrag ausgeschlossen	11
3.2. DIE BEKLAGTE DURFTE NICHT AUF VORAUSZAHLUNG BEHARREN	11
4. DAS EXKLUSIVITÄTSRECHT DER KLÄGERIN WURDE VERLETZT	13
4.1. DIE KLÄGERIN WAR VON DER BEKLAGTEN ÄUSSERST ABHÄNGIG	13
4.1.1. Das Vertragsgebiet der Klägerin war beschränkt	13
4.1.2. Die Klägerin durfte keine anderen Getränke vertreiben.....	14
4.1.3. Die Klägerin war zu einem ausschliesslichen Bezug verpflichtet.....	14
4.1.4. Die Klägerin musste eine grosse Menge einkaufen.....	14
4.2. DIE BEKLAGTE HAT MIT IHRER PREISGESTALTUNGSPOLITIK DAS EXKLUSIVITÄTSRECHT VERLETZT	15
5. DIE KÜNDIGUNG DER KLÄGERIN WAR RECHTMÄSSIG	16
5.1. VERTRAGLICH VORGESEHENE KÜNDIGUNGSGRÜNDE SIND ERFÜLLT	16
5.1.1. Die Beklagte verweigerte mehrfach die vertragsgemässe Lieferung	16

5.1.2.	Die Beklagte hat wesentliche Vertragsbestimmungen verletzt.....	16
5.1.2.1.	Die Beklagte verletzte die Liefervereinbarung.....	16
5.1.2.2.	Die Beklagte verletzte das Exklusivitätsrecht.....	17
5.2.	DER KLÄGERIN WAR ES WIRTSCHAFTLICH UNZUMUTBAR, DEN VERTRAG WEITERZUFÜHREN	18
5.2.1.	Die Klägerin hat über 50% des Marktes verloren.....	18
5.2.2.	Die Vertrauensbasis zwischen Klägerin und Beklagten war zerstört.....	18
5.3.	DIE KLÄGERIN BEFAND SICH IN EINEM GRUNDLAGENIRRTUM ÜBER DIE MARKTENTWICKLUNG	19
6.	DIE BEKLAGTE SCHULDET DIE KOSTEN DER RADIOWERBUNG.....	21

LITERATURVERZEICHNIS

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2008 (zit. in N 10 und 16)

BERGER BERNHARD / KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern, 2006 (zit. in N 9, 26, 31)

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich / Basel / Genf, 2008 (zit. in N 35, 39, 69)

GIRSBERGER DANIEL / HEINI ANTON / KELLER MAX ET AL. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf, 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER/IN zit. in N 16)

GUHL THEO / KOLLER ALFRED / SCHNYDER ANTON K. / DRUEY JEAN NICOLAS, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000 (zit. in N 62)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel, 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN in N 29)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN in N 6, 23, 33, 47, 65, 72)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich / Basel / Genf, 2008 (zit. in N 43)

PORTMANN WOLFGANG / STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen, 2007 (zit. in N 62)

VISCHER FRANK, SPR VII/2 – Obligationenrecht Besondere Verhältnisse, Basel, 1979 (zit. in N 46)

VISCHER FRANK / BERETTA PIERA / MÜLLER ROLAND M., Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich / Basel / Genf, 2004 (zit. ZK FusG-BEARBEITER/IN in N 23)

VON DER CRONE HANS CASPAR / GERSBACH ANDREAS / KESSLER FRANZ J. ET AL., Das Fusionsgesetz, Zürich / Basel / Genf, 2004 (zit. in N 3)

WEIL BRUNO M., Die vorzeitige Aufhebung des Alleinvertretungsvertrages, in: SJZ 1935 / 1936, S. 293 ff. (zit. in N 65)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
Bull. ASA	ASA Bulletin
d.h.	dass heisst
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), SR 221.301
HGer	Handelsgericht
i.c.	in casu
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291
i.V.m.	in Verbindung mit
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

RECHTSBEGEHREN

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende Rechtsbegehren:

Es sei **festzustellen**,

1. dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben sei,
2. dass die Beklagte passivlegitimiert sei,
3. dass die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt hat und deshalb zu verpflichten ist, der Klägerin den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen,
4. dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin verletzt habe, indem sie vertragswidrig Vorauszahlung verlangt habe,
5. dass die Kündigung der Klägerin rechtmässig gewesen sei,
6. dass die Beklagte der Klägerin die Kosten für die Radiowerbung der drei letzten Quartale 2008 zu erstatten habe.

1. DIE ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS IST GEGEBEN

1 Zunächst wird die Klägerin zeigen, dass die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten unbegründet und daher auf die Schiedsklage einzutreten ist. Die Parteien haben in Art. 19 Abs. 2 des Distributionsvertrages eine sowohl materiell wie auch formell gültige Schiedsvereinbarung getroffen.

1.1. Die Schiedsvereinbarung ist nicht auf Bibite AG übergegangen

1.1.1. Nicht nach Art. 181 Abs. 1 OR

2 Die Beklagte gründet ihre Unzuständigkeitseinrede auf eine Geschäftsübernahme durch Bibite AG nach Art. 181 Abs. 1 OR (Einleitungsantwort, Seite 2). Sie macht geltend, dass die Schiedsklausel mit dem Übernahmevertrag auf Bibite AG übergegangen sei (Einleitungsantwort, Seite 3).

3 Die Beklagte verkennt, dass der Anwendungsbereich von Art. 181 Abs. 1 OR nicht eröffnet ist. Denn gemäss Art. 181 Abs. 4 OR sind auf Vermögensübertragungen von Handelsgesellschaften die Vorschriften des Fusionsgesetzes anzuwenden. Eine Geschäftsübernahme nach Art. 181 Abs. 1 OR ist in diesen Fällen ausgeschlossen (VON DER CRONE ET AL, Rz. 809).

4 Im vorliegenden Fall liegt aber eine Geschäftsübernahme zwischen zwei Aktiengesellschaften vor (BeveSana AG und Bibite AG). Diese richtet sich zwingend nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes und nicht nach Art. 181 OR (Botschaft FusG, BBl 2000 4492).

1.1.2. Nicht nach Art. 69 ff. FusG

5 Die Schiedsvereinbarung ist auch nicht nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes auf die Bibite AG übergegangen. Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG wird die Vermögensübertragung mit der Eintragung im Handelsregister wirksam. Diesem Eintrag kommt konstitutive Wirkung zu (Botschaft FusG, BBl 2000 4464). Wie die Beklagte eingesteht, wurde die Vermögensübertragung im SHAB nicht publiziert (Einleitungsantwort, S. 2) und daher auch nicht im Handelsregister eingetragen (vgl. Art. 931 Abs. 1 OR). Aufgrund der negativen Publizitätswirkung des Handelsregisters (Art. 933 Abs. 2 OR) kann der Klägerin die angebliche Vermögensübertragung von der Beklagten auf die Bibite AG nicht entgegengehalten werden.

6 Das negative Publizitätsprinzip hat gemäss Art. 933 Abs. 2 OR ausnahmsweise dann keine Wirkung, wenn bewiesen wird, dass die Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, dem Dritten bekannt war. Hierfür ist sichere Kenntnis des Dritten erforderlich (sog. qualifizierte Bösgläubigkeit), blosses Kennenmüssen genügt nicht (BGE 65 II 87 f.; BSK OR I-ECKERT,

Art. 933 N 8).

- 7 Im vorliegenden Fall war der Klägerin die Geschäftsübernahme nicht bekannt (Zeugenaussage Herr Kölle, K-13). Sie ging noch lange davon aus, dass die Beklagte und nicht Bibite AG Vertragspartnerin sei. Daher war sie bezüglich der Geschäftsübernahme nicht qualifiziert bösgläubig.
- 8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Distributionsvertrag und die Schiedsvereinbarung mangels Handelsregistereintrags und fehlender qualifizierter Bösgläubigkeit nicht nach den Vorschriften von Art. 69 ff. FusG auf die Bibite AG übergegangen sind.

1.1.3. Nicht durch Vertragsübernahme

- 9 Die Übertragung einer Obligation bzw. eines ganzen Vertragsverhältnisses kann – neben den Bestimmungen von Art. 181 OR und Art. 69 ff. FusG – auch auf dem Wege der Singularsukzession mittels Zession, Schuld- und Vertragsübernahme erfolgen. In diesen Fällen geht auch die Schiedsvereinbarung auf die neu eintretende Partei über (BERGER/KELLERHALS, N 494 ff.). Im vorliegenden Fall käme eine Übernahme des Distributionsvertrages durch die Bibite AG in Frage.
- 10 Bei der Vertragsübernahme handelt es sich um einen im Allgemeinen Teil des OR nicht geregelten, dreiseitigen Vertrag *sui generis*. Die eintretende, die ausscheidende und die verbleibende Partei schliessen einen dreiseitigen Vertrag, worin sie die Übernahme vereinbaren, oder die verbleibende Partei stimmt der Vertragsübernahme in Form einer Willenserklärung vorgängig oder nachträglich zu (BERGER, Rz. 2343).
- 11 Unbestritten ist, dass die Klägerin an der Vertragsübernahme nicht mitgewirkt hat. Der Übernahmevertrag wurde also bloss zweiseitig zwischen der Beklagten und Bibite AG geschlossen (Beilage B-1). Aus folgenden Gründen erfolgte aber auch keine Vertragsübernahme durch nachträgliche Zustimmung der Klägerin.

1.1.3.1. Die Vertragsübernahme leidet an formellen Mängeln

- 12 Eine Vertragsübernahme scheitert bereits an formellen Mängeln.

1.1.3.1.1. Die vertragliche Form wurde nicht eingehalten

- 13 Gemäss Art. 20 Abs. 1 des Distributionsvertrages bedarf jede Änderung des Vertrages der Schriftform mit Unterzeichnung beider Parteien. Eine allfällige Auswechslung der Beklagten durch Bibite AG wäre eine Vertragsänderung gewesen, welche die schriftliche Zustimmung der Klägerin vorausgesetzt hätte. Eine solche ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

14 Die Beklagte kann auch nicht geltend machen, die schriftliche Zustimmung zur Erweiterung des Alleinvertriebs auf SHARP REQUIEM SUGARFREE (B-3) stelle zugleich die Annahme eines neuen Vertragspartners dar. Denn diese bezog sich ausdrücklich nur auf die «Übernahme des Alleinvertriebs von SHARP REQUIEM SUGARFREE» und nicht auf die Auswechslung der Beklagten durch Bibite AG.

1.1.3.1.2. Die gesetzliche Form wurde nicht eingehalten

15 Die Vertragsübernahme bedarf einer besonderen Form, wenn zum Schutz der Parteien eine gesetzliche Form für das bestehende Schuldverhältnis vorgeschrieben ist. Beispielsweise verlangt Art. 657 ZGB die öffentliche Beurkundung für Verträge, welche die Übertragung von Eigentum zum Gegenstand haben. Daher muss auch die Übernahme eines solchen Vertrages öffentlich beurkundet werden. Dies folgt aus dem Schutzzweck von Art. 657 ZGB, der die Parteien vor Übereilung schützen sowie Klarheit und Rechtssicherheit schaffen will (BERGER, Rz. 2345).

16 Bezüglich Schiedsklauseln erfüllt Art. 178 Abs. 1 IPRG einen ähnlichen Schutzzweck. Denn durch das Erfordernis des Textnachweises sollen die Parteien davor bewahrt werden, sich unbewusst der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Und auch im Interesse der Rechtssicherheit muss die Übernahme einer Schiedsvereinbarung in einer Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (vgl. ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N 21). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin – wie bereits in N 13 f. dargelegt – allerdings nie in Schriftform einer Übernahme der Schiedsvereinbarung durch Bibite AG zugestimmt.

1.1.3.2. Die Klägerin hat der Vertragsübernahme nie zugestimmt

17 Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgeht, dass die Zustimmung zur Vertragsübernahme formlos möglich sein sollte, so ist festzuhalten, dass die Klägerin sich nie mit der Auswechslung der Vertragspartei einverstanden erklärt hat. Eine solche Zustimmung hätte nämlich eines tatsächlichen oder rechtlichen Konsenses zwischen der Klägerin und der Beklagten bedurft.

1.1.3.2.1. Nicht durch Konsens

18 Der Konsens ist dann tatsächlicher Natur, wenn die Willenserklärungen der beiden Parteien tatsächlich übereinstimmen. Im vorliegenden Fall ist keine Willenserklärung der Klägerin ersichtlich, mit welcher sie der Vertragsübernahme zugestimmt hat. Damit ist kein tatsächlicher Konsens über die Zustimmung zur Vertragsübernahme zustande gekommen.

- 19** Rechtlicher Konsens besteht, wenn die Willenserklärungen zweier Parteien, nach Vertrauensprinzip ausgelegt, übereinstimmen. Hierbei ist zu fragen, wie die Willenserklärung vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (BGE 105 II 16 E. 3a). Im vorliegenden Fall ist zu untersuchen, ob die Beklagte bzw. Bibite AG aus dem Verhalten der Klägerin während den Geschäftsbeziehungen nach Treu und Glauben auf eine Zustimmung zur Vertragsübernahme schliessen durfte und musste. Dies ist zu verneinen. Denn folgende Tatsachen sprechen i.c. gegen einen rechtlichen Konsens:
- 20** Die Ansprechpartner für die Klägerin blieben stets dieselben. Das Personal der Beklagten wechselte nach der angeblichen Geschäftsübernahme zu Bibite AG. Daher blieb die Klägerin bezüglich des Distributionsvertrages immer mit Herrn Meier und mit Frau Strasser in Kontakt, die ihre E-Mail-Adressen nach der angeblichen Geschäftsübernahme nicht änderten. Die Korrespondenz, welche die Klägerin an die Beklagte richtete, wurde intern an Bibite AG weitergeleitet. Für die Klägerin erschien daher die Beklagte bezüglich der Geschäftsbeziehungen stets zuständig. Des Weiteren händigte Herr Meier zwar im Oktober 2005 der Klägerin eine Visitenkarte der Bibite AG aus. Gleichzeitig versicherte er aber, dass sich für die Klägerin bezüglich des Distributionsvertrages nichts ändern werde. Für zusätzliche Verwirrung sorgte zudem der Umstand, dass die Beklagte, Bibite AG und die Multidrink Holding AG dieselbe Briefkopfformatierung verwendeten.
- 21** Die Klägerin versandte ihre Korrespondenz bis und mit 10. April 2008 an die Beklagte und nicht an Bibite AG. Erst dann erfolgte eine Notifikation von Seiten der Beklagten, dass Bibite AG Vertragspartnerin sein soll. Angesichts des regen Kontakts zwischen der Klägerin und der Beklagten wäre eine solche Anzeige jedoch schon früher erforderlich gewesen. Die Beklagte durfte nicht auf eine Zustimmung zur Vertragsübernahme schliessen. Im Gegenteil hätte sie aus all diesen Tatsachen folgern müssen, dass der Klägerin nicht bewusst war, dass anstelle der Beklagten neu Bibite AG treten sollte.

1.1.3.2.2. Nicht durch Schweigen

- 22** Die Beklagte behauptet zwar, sie hätte alle Vertriebspartner per Serienbrief über die Geschäftsübernahme informiert (Zeugenaussage Frau Strasser, B-2). Die Klägerin bestreitet hingegen, den genannten Brief erhalten zu haben (Zeugenaussage Kölle, K-13).
- 23** Falls das Schiedsgericht wider Erwarten zur Erkenntnis gelangen sollte, der Serienbrief hätte die Klägerin erreicht, ist festzuhalten, dass auch ein Schweigen auf dieses Schreiben nicht geeignet war, eine konkludente Annahme zu bewirken. Die Beklagte hielt zwar im Serienbrief fest, dass ohne Gegenbericht der Klägerin eine Zustimmung zur Vertragsübernahme vorliegen

soll. Dies widerspricht aber Art. 6 OR, der bestimmt, dass Schweigen auf einen Antrag nur bei besonderer Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine Annahme bewirkt. Grundsätzlich bedeutet blosses Schweigen auf einen Antrag hingegen keine Annahme (BSK OR I-BUCHER, Art. 6 N 4). Lehre und Rechtsprechung verstehen unter der besonderen Natur des Geschäfts eine besondere Interessenlage im Sinne eines ausschliesslich begünstigenden Vertrages. Ein solcher liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Auch aus den Umständen kann nicht auf eine stillschweigende Zustimmung geschlossen werden. Denn der Alleinvertriebsvertrag wird im Hinblick auf einen bestimmten Vertriebspartner geschlossen. Daher kann der Klägerin als unbeteiligter Dritten ein Parteiwechsel nicht aufgezwungen werden (ZK FusG-BERETTA, Vor Art. 69 – 77 N 57). Die Vertragsübernahme konnte deshalb nicht durch Schweigen erfolgen und hätte einer ausdrücklichen Zustimmung der Klägerin bedurft.

24 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Schiedsklausel nicht durch Vertragsübernahme auf Bibite AG übergegangen und daher die Beklagte weiterhin an die Schiedsvereinbarung gebunden ist.

1.2. Die Schiedsvereinbarung trifft die Beklagte ohnehin

25 Für den Fall, dass das Schiedsgericht wider Erwarten der Auffassung ist, die Schiedsvereinbarung sei wirksam auf Bibite AG übergegangen, hält die Klägerin das Folgende entgegen:

26 Eine Schiedsvereinbarung kann auf einen Dritten ausgedehnt werden, wenn dieser den Rechtsschein erweckt, an den Vertrag einschliesslich dessen Schiedsklausel gebunden sein zu wollen. Dann ist das Vertrauen der Gegenpartei in diesen Rechtsschein zu schützen (Urteil des BGer vom 29.1.1996 E. 7 = Bull ASA 1996 496 ff.; BERGER/KELLERHALS, Rz. 523 ff.).

27 Im vorliegenden Fall stellt sich somit die Frage, ob die Beklagte das berechtigte Vertrauen seitens der Klägerin schuf, den Vertrag neben Bibite AG zu erfüllen und an diesen einschliesslich der Schiedsklausel gebunden sein zu wollen. Dies kann mit denselben Argumenten, die bereits in N 20 ff. angeführt wurden, bejaht werden: Vor allem dadurch, dass die Beklagte der Klägerin versicherte, es würde sich für diese nichts ändern (K-13), erweckte sie den Rechtsschein, neben Bibite AG für die Verbindlichkeiten der Beklagten eintreten zu wollen. Bestärkt wurde dieses Vertrauen durch den Umstand, dass die Korrespondenz, welche die Klägerin stets der Beklagten zusandte, konzernintern weitergeleitet wurde. Die Beklagte hätte die Pflicht getroffen, dieses Vertrauen der Klägerin mittels Notifikation der Vertragsübernahme zu zerstören. Dieser Pflicht kam die Beklagte, wie bereits in N 21 dargelegt, nicht nach.

28 Es ist also festzuhalten, dass die Beklagte an die Schiedsvereinbarung gebunden wäre, selbst wenn eine wirksame Vertragsübernahme seitens von Bibite AG zustande gekommen sein sollte, was die Klägerin allerdings ausdrücklich in N 17ff. bestreitet.

2. DIE PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN IST GEGEBEN

- 29** Die Frage der Passivlegitimation ist von derjenigen der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu trennen. Während erstere die Frage betrifft, ob die eingeklagte Partei Trägerin von Pflichten ist, und damit zur materiellen Begründung der Klage gehört, hat letztere die Parteifähigkeit im weiteren Sinne und damit eine Verfahrensvoraussetzung zum Inhalt. Allerdings können Sachverhaltselemente sowohl für die eine wie auch für die andere Frage rechtserheblich sein (sog. doppelrelevante Tatsachen; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 74).
- 30** Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die doppelrelevanten Tatsachen bereits aufgezeigt. Der Distributionsvertrag wurde mit der Beklagten abgeschlossen. Dieser ging nachfolgend weder aufgrund der Bestimmungen von Art. 181 OR noch derjenigen von Art. 69 ff. FusG noch durch Vertragsübernahme auf Bibite AG über (vgl. N 2 ff.). Trägerin von Pflichten innerhalb des Vertragsverhältnisses blieb daher die Beklagte. Sie ist demnach weiterhin passivlegitimiert.
- 31** Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten seine Zuständigkeit nur aufgrund einer Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Beklagte annehmen (vgl. N 25 ff.), so wäre die Passivlegitimation der Beklagten ebenfalls gegeben. Denn im Sinne einer Rechtsscheinhaftung wäre die Ausdehnung nicht nur bezüglich der Schiedsvereinbarung, sondern bezüglich des gesamten Vertragsverhältnisses erfolgt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 523). Würde nur eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung angenommen, so wären die materiellen Ansprüche stets abzuweisen, womit die Ausdehnung infolge erweckten Rechtsscheins ihren Sinn verlöre.

3. DIE BEKLAGTE HAT VERTRAGSWIDRIG VORAUSZAHLUNG VERLANGT

32 Die Klägerin wird nun zeigen, dass die Beklagte vertragswidrig Vorauszahlung verlangt und damit ihre Lieferverpflichtung verletzt hat.

3.1. Der allfällige Verzug der Klägerin wurde durch Erfüllung beseitigt

33 Gemäss Art. 5 Ziff. 5 des Distributionsvertrages ist die Beklagte berechtigt für zukünftige Lieferungen Vorauszahlung zu verlangen, sofern die Klägerin sich im Zahlungsverzug befindet. Voraussetzungen für einen solchen Schuldnerverzug sind nach Art. 102 OR eine fällige Forderung, eine Mahnung bzw. ein bestimmter Verfalltag sowie das Fehlen von verzugsbeseitigenden Gründen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 3).

34 Im vorliegenden Fall lag jedoch ein verzugsbeseitigender Grund in Form der Erfüllung vor. Denn die Klägerin beglich am 21. April 2008 die Rechnung über € 2'900'000, indem sie € 2'819'100 direkt zahlte und die übrigen € 80'900 durch Verrechnung tilgte. Die Beklagte kann in diesem Punkt nicht geltend machen, die Verrechnung sei nicht zulässig gewesen.

3.1.1. Die Verrechnung der Klägerin war zulässig

35 Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR lassen sich zwei Forderungen miteinander verrechnen, sofern beide gegenseitig und gleichartig sind und die Verrechnungsforderung fällig und klagbar ist. Ausserdem darf die Verrechnung nicht durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen worden sein (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3207 ff.).

3.1.1.1. Die Verrechnungsforderung war zum Verrechnungszeitpunkt fällig

36 Unbestritten dürfte sein, dass die Forderungen gegenseitig, gleichartig sowie klagbar waren. Hingegen bestreitet die Beklagte, dass sie die Forderung über € 80'900 für Marketingkosten unverzüglich zu begleichen hatte (Einleitungsantwort, S. 3). Sie macht damit sinngemäss geltend, dass diese Forderung nicht fällig war und daher nicht zur Verrechnung hätte gebracht werden dürfen. Sie verkennt aber, dass Forderungen gemäss Art. 75 OR grundsätzlich sofort fällig werden, sofern sich nicht ein anderer Fälligkeitstermin aus dem Vertrag oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses, d.h. insbesondere aus dem hypothetischen Parteiwillen, ergibt. Zwar sieht der Distributionsvertrag in Art. 6 Ziff. 2 vor, dass die Klägerin die Marketingrechnung und den Bericht der Beklagten jeweils auf den zehnten Tag des Folgemonats zustellen soll. Das ist aber lediglich als Pflicht der Klägerin zu verstehen, die Rechnung bis spätestens am zehnten Tag des Folgemonats zu erstellen. Über die Fälligkeit der Marketingrechnung sagt Art. 6 Ziff. 2 jedoch nichts aus. Und auch aus dem hypothetischen Parteiwillen lässt sich nicht

ableiten, dass die Fälligkeit nach Ablauf einer gewissen Frist hätte eintreten sollen. Vielmehr ist der Vermutung von Art. 75 OR zu folgen, dass die Forderung bezüglich Marketingkosten sofort, d.h. am 3. April 2008, fällig war.

- 37** Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zur Erkenntnis gelangen, dass die Forderung aufgrund des Vertrages oder der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses nicht sofort fällig wurde, so macht die Klägerin hilfsweise Folgendes geltend: Zwischen der Rechnungsstellung am 3. April 2008 und der Verrechnungserklärung am 21. April 2008 liegen 18 Tage. Eine solche Frist genüge in jedem Fall, um die Fälligkeit eintreten zu lassen. Wie die Beklagte selbst eingesteht, erfolgten die Zahlungen in den vergangenen Perioden stets innert Wochenfrist (Einleitungsantwort, S. 3). Im Übrigen handelte es sich bei den Marketingrechnungen stets um vergleichsweise kleinere Beträge, deren Richtigkeit und Begründetheit in kurzer Zeit anhand des jeweils beiliegenden Marketingberichts überprüft werden konnten. Hinzu kommt, dass der Marketingbericht gemäss Art. 6 Ziff. 1 des Distributionsvertrages einvernehmlich von den Parteien gestaltet wurde. Die Überprüfung der Rechnung kann deshalb kaum mit grossen Problemen einhergegangen sein. Daher kann im Rahmen des hypothetischen Parteiwillens geschlossen werden, dass die Marketingrechnung spätestens am 21. April 2008 fällig war.

3.1.1.2. Die Beklagte schuldete auch die Kosten der Weihnachtskarten

- 38** Die Beklagte bringt vor, die Position «Weihnachtskarten» im Umfang von € 550 sei nicht vom Marketingbericht gedeckt und sie sei deswegen nicht zur Zahlung von diesen verpflichtet gewesen (Einleitungsantwort, S. 3). Die Klägerin gibt zwar zu, diese Ausgaben nicht budgetiert zu haben (Zeugenaussage Kölle K-13). Doch die Beklagte bezahlte in den drei Vorjahren stets auch die Kosten für die Weihnachtskarten. Damit willigte sie stillschweigend ein, dass diese Auslagen jeweils von ihr getragen würden. Ausserdem handelte es sich bei Weihnachtskarten an die grössten Abnehmer von SHARP REQUIEM um zweckmässige Marketingaktivitäten, die geeignet waren, zum Erfolg dieses Produkts beizutragen. Die Ausgaben waren demnach auch im Interesse der Beklagten.

3.1.1.3. Für die Beklagte bestand kein Kreditrisiko mehr

- 39** Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgeht, dass die Beklagte die Kosten der Weihnachtskarten nicht zu tragen habe, so handelt es sich um einen verhältnismässig äusserst kleinen Betrag von € 550, mit welchem sich die Klägerin allenfalls noch im Verzug befunden hätte. Bezogen auf die Gesamtsumme der Rechnung vom 1. Februar über € 2'900'000

machen diese € 550 lediglich 0.018% aus. Dass die Beklagte wegen eines so geringen Betrages Vorauszahlung verlangte, widerspricht dem Schutzgedanken dieses Instituts, welches dazu dient, das Kreditrisiko des Verkäufers bzw. Herstellers zu minimieren. Dem gleichen Gedanken folgt im Übrigen die herrschende Lehre zu Art. 107 OR, die einen Rücktritt des Gläubigers ausschliesst, wenn sich der Schuldner nur noch mit einem verschwindend kleinen Betrag im Verzug befindet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 2813). Die Beklagte durfte also auch unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr Vorauszahlung verlangen. Entgegen der Ausführungen der Beklagten bestand ab dem 21. April 2008 für die Beklagte nämlich kein Kreditrisiko mehr.

3.1.1.4. Die Verrechnung war weder durch Gesetz noch durch Vertrag ausgeschlossen

- 40 Der Einwand der Beklagten, die Klägerin hätte noch nie Forderungen zur Verrechnung gebracht, tut im Übrigen nichts zur Sache. Denn die Verrechnung war weder durch Vertrag noch durch Gesetz ausgeschlossen, weshalb die Klägerin bei Vorliegen einer Verrechnungslage jederzeit verrechnen durfte.
- 41 Schliesslich ist festzuhalten, dass es bezüglich der Zulässigkeit der Verrechnung gemäss Art. 120 Abs. 2 OR irrelevant ist, ob die Verrechnungsforderung bestritten wird oder nicht. Die Klägerin durfte daher ihre Forderung über € 80'900 zur Verrechnung bringen, selbst wenn diese von der Beklagten bestritten wurde.

3.2. Die Beklagte durfte nicht auf Vorauszahlung beharren

- 42 Durch die Bezahlung von € 2'819'100 und der zulässigen Verrechnung über € 80'900 wurde der allfällige Verzug der Klägerin am 21. April 2008 beseitigt. Die Beklagte war daher gemäss Art. 5 Ziff. 5 des Distributionsvertrages nicht mehr befugt, weiterhin Vorauszahlung zu verlangen, wie sie dies mit Schreiben vom 25. April 2008 (K-11) tat. Dieser Meinung war auch die Beklagte, indem sie mit Schreiben vom 16. April 2008 der Klägerin versprach, keine Vorauszahlung mehr zu verlangen, sollte die Klägerin die Rechnung über € 2'900'000 begleichen. Diesem Versprechen kam die Beklagte augenscheinlich nicht nach.
- 43 Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen mit allgemeinen Überlegungen zur Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrages. Dieser besteht aus zwei sich gegenüber gestellten Leistungspaaren. Einerseits stehen sich die Lieferpflicht des Lieferanten und die Zahlungspflicht des Alleinvertreters gegenüber (sog. Kaufverhältnis); andererseits sind das Exklusivitätsrecht des Lieferanten und die Verkaufsförderungspflicht des Alleinvertreters in einer synallagmatischen Beziehung (sog. Alleinvertriebsverhältnis; HUGUENIN, BT, Rz. 1492 f.). Cha-

rakteristisch an diesem sog. Doppelsynallagma ist, dass ein allfälliges Leistungsverweigerungsrecht im Sinne von Art. 82 OR nur im jeweiligen Synallagma ausgeübt werden darf. Das Recht Vorauszahlung zu verlangen, besteht daher nur als Antwort auf einen Zahlungsverzug (im Kaufverhältnis). Unzulässig ist es hingegen auf Leistungsstörungen im Alleinvertriebsverhältnis mit einer Massnahme im Kaufverhältnis zu antworten (sog. Leistungsverweigerung «übers Kreuz»).

- 44** Im vorliegenden Fall befand sich die Klägerin allerdings nicht mehr in einem allfälligen Zahlungsverzug (vgl. N 34 ff.). Sie machte hingegen eine Verletzung ihres Exklusivitätsrechtes und damit eine Leistungsstörung im Rahmen des Alleinvertriebsverhältnisses geltend und verlangte hierfür Schadenersatz. Indem die Beklagte weiterhin auf Vorauszahlung beharrte, antwortete sie auf diese Leistungsstörung im Alleinvertriebsverhältnis mit einer Massnahme im Kaufrechtsverhältnis, was wie gezeigt unzulässig ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt durfte die Beklagte daher ab dem 21. April 2008 keine Vorauszahlung mehr verlangen.

4. DAS EXKLUSIVITÄTSRECHT DER KLÄGERIN WURDE VERLETZT

45 Die Klägerin wird nun darlegen, dass ihr Exklusivitätsrecht durch das Verhalten der Beklagten verletzt worden ist.

46 Gemäss Art. 3 Ziff. 2 des Distributionsvertrages ist die Beklagte verpflichtet, weder direkt noch indirekt Geschäfte mit den Produkten auf dem Vertragsgebiet einzugehen. Diese Verpflichtung des Lieferanten ist ein Wesensmerkmal des Alleinvertriebsvertrages (HUGUENIN, Rz. 1511). Der Lieferant hat es sowohl zu unterlassen, direkt Endkunden im Vertragsgebiet zu beliefern, als auch dafür zu sorgen, dass Dritte das vertraglich zugesicherte Exklusivitätsrecht nicht verletzen, indem sie Waren im Vertragsgebiet absetzen (VISCHER, S. 845 FN 35).

4.1. Die Klägerin war von der Beklagten äusserst abhängig

47 Wie weit das Exklusivitätsrecht im Einzelfall geht, hängt von der Ausgestaltung im konkreten Vertrag ab. Je stärker die Abhängigkeit des Alleinvertreters gegenüber dem Hersteller ist, desto strenger ist die Pflicht des Herstellers zu beurteilen, eine indirekte Konkurrenzierung des Produktes im Vertragsgebiet zu verhindern. Eine besondere Abhängigkeit besteht dann, wenn der Alleinvertreter sich verpflichtet hat, eine grössere Menge der Vertragswaren zu kaufen und wenn er Waren dieser Art nur vom Vertragspartner erwerben darf (HGer St. Gallen, SJZ 1922/1923, S. 363). Dann ist der Hersteller dazu verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine Beeinträchtigung des Exklusivitätsrechts durch Dritte zu verhindern. Eine stärkere Abhängigkeit rückt den Alleinvertriebsvertrag nämlich in die Nähe des Agenturrechts, in welchem gemäss Art. 418f Abs. 1 OR eine allgemeine Interessenwahrungspflicht des Auftraggebers gegeben ist (BSK OR I-WETTENSCHWILER, Art. 418f N 1 ff).

48 Im vorliegenden Fall ist also die Abhängigkeit der Klägerin zu untersuchen und die Exklusivitätsklausel dementsprechend auszulegen. Folgende Argumente sprechen für eine starke Abhängigkeit der Klägerin gegenüber der Beklagten:

4.1.1. Das Vertragsgebiet der Klägerin war beschränkt

49 Die Klägerin war an das Vertragsgebiet Deutschland gebunden (Art. 3 Ziff. 1). Gemäss Art. 3 Ziff. 3 des Distributionsvertrages durfte sie ausserhalb Deutschlands keine Aktivverkäufe vornehmen. Dadurch wurde sie in ihrem wirtschaftlichen Handlungsspielraum beschränkt und hatte keine Expansionsmöglichkeiten. Es war ihr beispielsweise verwehrt, das Produkt, welches in Deutschland aufgrund der Parallelimporte nicht genügend abgesetzt werden konnte, in kaufkräftigere Drittmärkte zu exportieren.

4.1.2. Die Klägerin durfte keine anderen Getränke vertreiben

50 Die Klägerin war durch das Konkurrenzverbot in Art. 11 des Distributionsvertrages verpflichtet, sich jeglicher Tätigkeit zu enthalten, die mit SHARP REQUIEM direkt oder indirekt in Konkurrenz steht. Damit wurde sie faktisch vom gesamten restlichen Getränkemarkt in Deutschland ausgeschlossen. Denn Süssgetränke verschiedener Marken werden dem Konsumenten für gewöhnlich in einem Regal angeboten. Der Konsument entscheidet sich in der Regel spontan für das eine oder das andere. Es ist also davon auszugehen, dass sehr viele Getränkeprodukte zumindest in indirekter Konkurrenz zu SHARP REQUIEM stehen. Es war der Klägerin daher nicht möglich, ihr Geschäft auf andere Süssgetränke auszuweiten. Hätte sie dies getan, so wäre sie Gefahr gelaufen, das Konkurrenzverbot zu verletzen, was eine Kündigung seitens der Beklagten sowie Schadenersatzansprüche zur Folge hätte haben können. Das Abhängigkeitsverhältnis wurde dadurch verschärft.

4.1.3. Die Klägerin war zu einem ausschliesslichen Bezug verpflichtet

51 Die Klägerin war verpflichtet, SHARP REQUIEM von der Beklagten zu erwerben. Denn einerseits sieht Art. 4 Ziff. 1 des Distributionsvertrages vor, dass die Klägerin eine ausschliessliche Bezugspflicht trifft. Andererseits war es der Klägerin auch faktisch gar nicht möglich, das Produkt von einer anderen Quelle zu beziehen, weil nur die Beklagte SHARP REQUIEM herstellt. Die Beklagte besass daher eine Monopolstellung, wodurch sich die Abhängigkeit der Klägerin vergrösserte.

4.1.4. Die Klägerin musste eine grosse Menge einkaufen

52 Der Distributionsvertrag sieht in Art. 8 vor, dass die Klägerin verpflichtet ist, jährlich eine bestimmte Menge von SHARP REQUIEM im Vertragsgebiet zu verkaufen. In Verbindung mit der ausschliesslichen Bezugspflicht ergibt sich, dass die Klägerin auch verpflichtet war, diese jährliche Menge von der Beklagten zu erwerben. Ausserdem musste sie gemäss Art. 4 Ziff. 4 auch eine genügende Quantität des Produktes an Lager halten. Hätte die Klägerin ihre Mindestverkaufsziele verfehlt, so hätte ihr eine Kündigung durch die Beklagte gedroht (Art. 8 Ziff. 2). Sie sah sich also genötigt, trotz sinkender Verkaufszahlen weiterhin eine grosse Menge von SHARP REQUIEM zu erwerben, die sich in dieser Quantität im deutschen Markt überhaupt nicht mehr absetzen liess. Dieser faktische Bezugszwang schränkte die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit der Klägerin ungebührlich ein und steigerte die Abhängigkeit von der Beklagten.

4.2. Die Beklagte hat mit ihrer Preisgestaltungspolitik das Exklusivitätsrecht verletzt

- 53 Die vorstehenden Aspekte erhellen, dass die Klägerin wirtschaftlich von der Beklagten äusserst abhängig und ihr wirtschaftlicher Spielraum daher auf Null reduziert war. Daraus folgt, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin erhöhte Schutzpflichten trafen und von ihr grössere Anstrengungen erforderlich waren, indirekte Geschäfte bzw. Parallelimporte nach Deutschland zu verhindern, um der Klägerin eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit zu erlauben.
- 54 Um Parallelimporte aus Polen effektiv zu verhindern, hätte der Preis pro Flasche in Deutschland reduziert werden müssen. Mit Schreiben vom 10. September 2006 (K-3) hatte die Beklagte bereits einmal den Preis pro Flasche gesenkt und diese Massnahme erwies sich zumindest zeitweise als wirkungsvoll. Um die danach aufgetretenen Parallelimporte wirksam zu unterbinden, wäre ein weiterer Preisnachlass notwendig gewesen. Eine zehnpromzentige Reduktion von € 0.67 auf € 0.60 pro Flasche hätte die Parallelimporte unattraktiv gemacht und der Klägerin 50% des deutschen Marktes wiederhergestellt. Sogar ein geringerer Preisnachlass hätte vermutlich zu einer deutlichen Entschärfung der Problematik geführt.
- 55 Die Beklagte weigerte sich jedoch, die Preisgestaltung im Verhältnis Deutschland – Polen in solch einer Weise anzupassen, dass Parallelimporte für alle polnischen Marktteilnehmer wirtschaftlich unattraktiv wurden. Damit wurde das Exklusivitätsrecht der Klägerin faktisch ausgehöhlt (so auch OGer Zürich, ZR 1932 Nr. 192 S. 368). Denn sie war nicht mehr in der Lage, in ihrem Vertragsgebiet SHARP REQUIEM abzusetzen und damit etwas gegen die Parallelimporte zu unternehmen. Sie musste daher zusehen, wie sie immer mehr Marktanteile in ihrem angeblich exklusiven Vertragsgebiet verlor. An diesem Marktverlust traf die Klägerin keinerlei Mitverschulden, sondern es war einzig die Beklagte, die es wirtschaftlich in der Hand hatte, Parallelimporte zu unterbinden. Denn es war der Klägerin nicht möglich, bei einer weiteren Senkung des Flaschenpreises kostendeckend zu produzieren (Einleitungsanzeige, S. 3).
- 56 Durch die beharrliche Weigerung der Beklagten, den Flaschenpreis anzupassen, nahm sie in Kauf, dass der deutsche Markt weiterhin mit Parallelimporten überschwemmt und der Klägerin daher keine sinnvolle wirtschaftliche Tätigkeit mehr ermöglicht wurde. Damit verletzte sie das Exklusivitätsrecht der Klägerin gemäss Art. 3 Ziff. 2 des Distributionsvertrages.

5. DIE KÜNDIGUNG DER KLÄGERIN WAR RECHTMÄSSIG

57 Im Folgenden wird die Klägerin zeigen, dass ihre ausserordentliche Kündigung vom 30. April 2008 rechtmässig war. Eine Kündigung aus wichtigem Grund lässt sich sowohl aus den vertraglichen Vereinbarungen wie auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten.

5.1. Vertraglich vorgesehene Kündigungsgründe sind erfüllt

5.1.1. Die Beklagte verweigerte mehrfach die vertragsgemässe Lieferung

58 Gemäss Art. 13 Ziff. 2 lit. d i.V.m. Art. 13 Ziff. 1 des Distributionsvertrages war die Klägerin befugt, den Vertrag aus wichtigem Grund mittels eingeschriebenen Briefs fristlos zu kündigen, wenn die Beklagte das Produkt mehrfach nicht wie vereinbart liefert.

59 Mit Schreiben vom 25. April 2008 beharrte die Beklagte auf Vorauszahlung, obwohl die Klägerin ihrer Zahlungsverpflichtung nachgekommen war und sich damit nicht mehr in einem allfälligen Verzug befand (vgl. N 33 ff.). Mit der Weigerung der Beklagten sowohl die Bestellung vom 13. April 2008 wie auch diejenige vom 20. April 2008 nicht wie vereinbart gegen Rechnung zu liefern, versties sie mehrfach gegen die Liefervereinbarung von Art. 5 Ziff. 5 des Distributionsvertrages, die eine Vorauszahlungsverpflichtung nur für den Fall des Zahlungsverzugs vorsieht. Sie hielt sich damit auch nicht an ihr Versprechen vom 16. April 2008, gegen Rechnung zu liefern, sobald die Klägerin ihrer Zahlungsverpflichtung nachgekommen sei. Die Klägerin durfte daher aus wichtigem Grund kündigen.

5.1.2. Die Beklagte hat wesentliche Vertragsbestimmungen verletzt

60 Der Distributionsvertrag sieht in Art. 13 Ziff. 2 lit. a i.V.m. Art. 13 Ziff. 1 vor, dass jede Partei den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen darf, wenn der anderen Partei die Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung vorgeworfen werden kann, die nicht innert zehn Tagen nach Abmahnung beseitigt wird. Im vorliegenden Fall verletzte die Beklagte sowohl die Liefervereinbarung als auch das Exklusivitätsrecht.

5.1.2.1. Die Beklagte verletzte die Liefervereinbarung

61 Das Festhalten an Vorauszahlung bezüglich der Bestellungen vom 13. April 2008 und 20. April 2008 berechtigte die Klägerin nicht nur zur Kündigung aus Art. 13 Ziff. 2 lit. d, sondern auch wegen Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung gemäss Art. 13 Ziff. 2 lit. a i.V.m. Art. 13 Ziff. 1 des Distributionsvertrages. Denn die Lieferpflicht des Herstellers ist die Hauptpflicht im Kaufrechtsverhältnis und daher eine wesentliche Vertragsbestimmung des

Alleinvertriebsvertrages. Weil sich die Beklagte über einen längeren Zeitraum unrechtmässig weigerte, gegen Rechnung zu liefern (vgl. N 42 ff.), verletzte sie diese Liefervereinbarung und damit eine wesentliche Vertragsbestimmung.

- 62** Der Vertrag sieht in Art. 13 Ziff. 2 lit. a vor, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, wenn die Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung auch 10 Tage nach Abmahnung anhält. Im vorliegenden Fall mahnte die Klägerin mit Schreiben vom 21. April 2008 die Beklagte ab und drohte ihr eine Kündigung aus wichtigem Grund an, sollte diese weiterhin auf Vorauszahlung beharren. Die Kündigung der Klägerin erfolgte mit eingeschriebenem Brief am 30. April 2008, d.h. 2 Tage zu früh. Diese zu früh erfolgte Kündigung wurde aber auf den nächstmöglichen Termin rechtswirksam. Das ergibt sich aus Art. 416r Abs. 2 OR, der bezüglich den Kündigungsmodalitäten auf das Arbeitsrecht verweist, dessen herrschende Lehre Art. 266a Abs. 2 OR analog anwendet (PORTMANN, Rz. 676; GUHL/KOLLER, § 46 N 138). Da die Beklagte den rechtswidrigen Zustand anschliessend nicht beseitigte, war die Kündigung spätestens Anfangs Mai rechtswirksam.

5.1.2.2. Die Beklagte verletzte das Exklusivitätsrecht

- 63** Die Klägerin hat bereits gezeigt, dass ihr vertraglich zugesichertes Exklusivitätsrecht im Sinne von Art. 3 Ziff. 2 Distributionsvertrag durch die Beklagte verletzt worden ist (vgl. N 45 ff.). Dadurch hat die Beklagte gleichzeitig eine wesentliche Vertragsbestimmung verletzt. Denn das Exklusivitätsrecht als Wesensmerkmal des Alleinvertriebsvertrages hat als wesentlich zu gelten. Ein Vertrag ohne eine vertragliche Zusicherung der Exklusivität stellt nämlich keinen Alleinvertriebsvertrag dar.
- 64** Die Klägerin mahnte die Beklagte mit verschiedenen Schreiben, erstmals am 12. November 2007 (K-4), dann am 3. April 2008 (K-6) sowie am 14. April 2008 (K-8) ab. Die Beklagte kam der Aufforderung, den Flaschenpreis zu reduzieren und so die vertraglich zugesicherte Exklusivität wiederherzustellen, jedoch nicht nach. Zwischen der letzten Abmahnung am 14. April 2008 und der Kündigung am 30. April 2008 lagen mehr als 10 Tage, weshalb die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist gewahrt blieb. Die Kündigung war auch unter diesem Gesichtspunkt rechtmässig.

5.2. Der Klägerin war es wirtschaftlich unzumutbar, den Vertrag weiterzuführen

65 Eine Kündigung aus wichtigem Grund lässt sich auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen bzw. Art. 418r Abs. 1 OR ableiten. Welche Gründe als wichtig zu erachten sind, bestimmt sich hauptsächlich nach der arbeitsrechtlichen Vorschrift von Art. 337 Abs. 2 OR, wonach als wichtiger Grund jeder Umstand gilt, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. N 143). Bezüglich des Alleinvertriebsvertrages liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn das zu vertreibende Produkt so beschaffen ist, dass dem Alleinvertreter der Vertrieb nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist (WEIL, S. 297). Im vorliegenden Fall ist also zu prüfen, ob der Klägerin die Fortsetzung des Alleinvertriebsvertrages zumutbar gewesen wäre. Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

5.2.1. Die Klägerin hat über 50% des Marktes verloren

66 Durch die Parallelimporte aus Polen verlor die Klägerin sehr viele ihrer langjährigen Grossabnehmer. Sie hatte grosse Mühe, überhaupt noch irgendwelche Kunden zu beliefern, was in einen drastischen und abrupten Marktverlust von 50% mündete, der innerhalb von weniger als sechs Monaten stattfand. Gleichzeitig war der wirtschaftliche Handlungsspielraum der Klägerin sehr klein. Sie konnte weder ihren Vertrieb auf andere Getränkeprodukte ausrichten noch das Getränk in andere Länder exportieren (vgl. N 47 ff.). SHARP REQUIEM war für die Klägerin in Deutschland ein beinahe unverkäufliches und daher nahezu wertloses Produkt. Der Klägerin war es nicht mehr zuzumuten, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 7 Ziff. 1 des Distributionsvertrages) an den Vertrag gebunden zu bleiben und damit weitere Bestellungen tätigen zu müssen und trotzdem weitere Marktverluste und damit Schäden in Millionenhöhe zu riskieren. Sie musste vielmehr mit sofortiger Wirkung aus dem Vertragsverhältnis entlassen werden.

5.2.2. Die Vertrauensbasis zwischen Klägerin und Beklagten war zerstört

67 Ein wichtiger Grund liegt ausserdem vor, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die fristlose Auflösung des Vertrages als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 144).

68 Im vorliegenden Fall war das Vertrauen zwischen der Klägerin und der Beklagten zerstört. Der Beklagten muss allgemein ein Verhalten vorgeworfen werden, dass sich schädlich auf das Verhältnis zwischen den Parteien auswirkte. Insbesondere weigerte sich die Beklagte, vertragsgemäss zu liefern. Sie verhielt sich auch bezüglich der Marketingrechnung kleinlich, indem sie diese plötzlich genau prüfen wollte, obwohl sie sich im Rahmen des Üblichen bewegte. Ein Willen zur Kooperation und zur Lösung des anstehenden Problems seitens der Beklagten war für die Klägerin nicht ersichtlich, weshalb ihr nicht zuzumuten war, die ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten abzuwarten. Als einziger Ausweg aus dieser misslichen Lage erschien deshalb eine ausserordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung.

5.3. Die Klägerin befand sich in einem Grundlagenirrtum über die Marktentwicklung

69 Eventualiter macht die Klägerin geltend, sie hätte sich in einem subjektiv und objektiv wesentlichen Grundlagenirrtum über die zukünftige Marktentwicklung im Raum Deutschland – Polen befunden. Ein Irrtum über zukünftige Tatsachen ist geeignet einen Grundlagenirrtum auszulösen, wenn die Verwirklichung des vorgestellten künftigen Sachverhaltes von beiden Parteien als sicher angesehen wurde oder wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise davon ausging, das künftige Ereignis werde sicher eintreten, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte einsehen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war (BGE 109 II 110 f.; BGE 118 II 300; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 797).

70 Im vorliegenden Fall ging die Klägerin mit Sicherheit davon aus, dass sich die Marktsituation im Raum Deutschland – Polen nicht in einer Weise entwickeln würde, die einen wirtschaftlich sinnvollen Vertrieb völlig verunmöglichen würde. Diese Sicherheit war für die Klägerin also subjektiv wesentlich und ist auch bei objektiver Betrachtung nach Treu und Glauben eine wesentliche Vertragsvoraussetzung. Denn der Alleinvertreter schliesst den Vertriebsvertrag, um in seinem Vertragsgebiet exklusiv die Waren absetzen zu können. Die Beklagte musste im Übrigen nach Treu und Glauben erkennen, dass die Klägerin nicht gewillt war, ein durch Parallelimporte wirtschaftlich unrentables Geschäft zu führen, obwohl ihr vertragliche Exklusivität zugesichert wurde, und sie mit Sicherheit davon ausging, der deutsche Markt würde nicht von polnischen Parallelimporten überschwemmt. Hätte die Klägerin diese Marktentwicklung vorausgesehen, so wäre der Vertrag nicht zustande gekommen. Sie befand sich demnach in einem wesentlichen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

71 Nach Art. 31 Abs. 1 OR muss der Irrende den Irrtum innert Jahresfrist geltend machen. Die Frist beginnt gemäss Art. 31 Abs. 2 OR mit Entdeckung des Irrtums. Im vorliegenden Fall

bemerkte die Klägerin die veränderte Marktsituation frühestens im Frühsommer 2007 (K-4). Die Kündigung erfolgte am 30. April 2008, d.h. innert Jahresfrist.

- 72 Rechtsfolge eines wesentlichen Irrtums ist gemäss Art. 23 OR die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages. Bei Dauerschuldverhältnissen ist dabei von einer Unverbindlichkeit ex nunc auszugehen, da es unmöglich ist, jahrelang erfüllte Verträge komplett rückabzuwickeln (BSK OR I-SCHWENZER, Vor Art. 23 – 31 N 7; BGE 129 III 328 f.). Im vorliegenden Fall bewirkte die Kündigung am 30. April 2008 die Unverbindlichkeit des Distributionsvertrages, und zwar mit Wirkung ex nunc.

6. DIE BEKLAGTE SCHULDET DIE KOSTEN DER RADIOWERBUNG

- 73** Nun wird die Klägerin zeigen, dass ihr die Beklagte die Kosten für Radiowerbung für das zweite, dritte und vierte Quartal 2008 zu ersetzen hat.
- 74** Gemäss Art. 6 Ziff. 2 des Distributionsvertrages war die Beklagte verpflichtet, die Kosten aller Marketingaktivitäten des Marketingplans, der jährlich in Zusammenarbeit mit der Beklagten erstellt wurde, zu tragen. Bezüglich der Radiowerbung sah der letzte Plan vor, dass über das gesamte Jahr 2008 Radiowerbung gebucht wird (Beschluss Nr. 2, S. 4). Die Beklagte schuldete die Kosten für diese Werbung somit für das gesamte Jahr 2008. Daran änderte nichts, dass die Klägerin die Aufwendungen jeweils quartalsweise abrechnete. Damit wurde bloss die Fälligkeit der einzelnen Ansprüche auf vier Quartale verteilt.
- 75** Die Beklagte hat daher die Kosten für die Radiowerbung des ganzen Jahres 2008 zu tragen und der Klägerin die entsprechenden Beträge zu erstatten.