

Moot Court Team 1
Daniela Lötscher
Neil Meerwein
Cyrill Meier
Tobias Thaler

EINSCHREIBEN
Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 32
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

14. Dezember 2012

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 654321-2012

In Sachen

Industrial Clean OOO

Neglinnaya Street 42
109012 Moscow
Russia

vertreten durch Moot Court Team 1

Klägerin

gegen

Chemiewerke AG

Sibylla-Merian-Strasse 1
45665 Recklinghausen
Deutschland

vertreten durch Moot Court Team [...]

Beklagte

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Klägerin unterbreiten wir dem Schiedsgericht fristgerecht die Klageschrift mit den folgenden

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von USD 15'056'920.-- nebst Zins zu 5% seit 1. August 2006 zu bezahlen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten inkl. MwSt.

und mit folgendem

Prozessualen Antrag:

1. Die bei der Beweisaufnahme vorgelegten und von den Parteien als vertraulich bezeichneten Dokumente dürfen sowohl auf Seiten der Klägerin als auch auf Seiten der Beklagten ausschliesslich von einer vom Schiedsgericht genehmigten Gruppe von Personen eingesehen werden, die vorgängig eine vom Schiedsgericht genehmigte Verschwiegenheitsvereinbarung unterzeichnet haben. Dieser Gruppe darf kein Mitglied der Geschäftsleitung oder des Vertriebs der Beklagten angehören.

2. Eventualiter: Die kommerziell sensitiven Passagen in den von der Klägerin vorzulegenden Dokumenten seien zu schwärzen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidverzeichnis.....	VIII
Begründung.....	1
A. Formelles.....	1
I. Prozessvoraussetzungen.....	1
II. Anwendbares Recht.....	1
B. Materielles.....	1
I. Beantwortung der Frage 1.....	1
1. Nichtbestehen eines vertraglich vereinbarten materiellrechtlichen Verwertungsverbot aber Bestehen eines impliziten Editionsverweigerungsrechtes ..	1
2. Nichtbestehen eines gesetzlichen materiellrechtlichen Verwertungsverbot.....	2
3. Massnahmen nach Swiss Rules, die dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse im Verfahren dienen.....	2
4. Massnahmen nach IBA Rules, die dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Verfahren dienen.....	3
5. Verletzung vom Grundsatz von Treu und Glauben.....	5
6. Eventualiter: Antrag auf Schwärzung der Dokumente i.S.v. Art. 9 Abs. 4 IBA Rules of Taking Evidence.....	5
II. Beantwortung der Frage 2.....	5
1. Pflicht zur Offenlegung.....	5
a) Antrag zur Offenlegung der Verträge mit ihren Drittlieferanten gemäss IBA Rules.....	5
b) Einwendungen der Beklagten, Art. 9 Abs. 2 IBA Rules.....	7
c) Mitwirkungspflicht nach Treu und Glauben.....	8
2. Beweislastverteilung und Folgen einer Verweigerung der Offenlegung.....	8
3. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.....	9
III. Beantwortung der Frage 3.....	9

1. Qualifikation des Distributionsvertrags vom 27. Februar 2002.....	9
2. Anspruch aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 OR.....	10
3. Anspruch auf Rückerstattung der Akontozahlungen	10
a) Zahlungen unter Vorbehalt	11
b) Akontozahlungen und implizierte Abrechnungspflicht.....	12
c) Vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung der Aufschläge aus der Abrechnung .	12
4. Anspruch aus Kondiktion.....	13
a) Leistung ohne gültigen Grund gemäss Art. 62 Abs. 2 OR.....	13
b) Voraussetzungen gemäss Art. 63 Abs. 1 OR.....	13
5. Keine summenmässige Beschränkung der Rückforderung auf USD 1‘500‘000.....	14
IV. Beantwortung der Frage 4.....	15
1. Keine Verjährung des Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung.....	15
a) Frist und Beginn der Verjährung.....	15
b) Unterbrechung durch das Münchner Übereinkommen.....	15
2. Keine Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung der Akontozahlungen.....	16
a) Frist der Verjährung	16
b) Beginn der Verjährung.....	16
3. Keine Verjährung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung	17
a) Frist der Verjährung	17
b) Beginn der Verjährung.....	17
V. Beantwortung der Frage 5	18
1. Kein Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund subjektiver Auslegung.....	18
2. Kein Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund objektivierter Auslegung	18
a) Auslegung nach Wortlaut.....	18
b) Interessenlage der Parteien	19
c) Verhalten nach Vertragsabschluss	20
d) Eventualiter: Einwendung der Verrechnung.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD /
KELLERHALS FRANZ International and Domestic Arbitration in Switzerland,
2nd ed., Bern 2010
[Rz. 13, 35]
- BK OR- BECKER Berner Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1-183 OR),
hrsg. von BECKER HERMANN, Bern 1941
[Rz. 65]
- BSK IPRG- BEARBEITERIN Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, hrsg. von
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER AN-
TON K./BERTI STEPHEN V., 2. Aufl., Basel 2007
[Rz. 12, 15, 24, 32, 33, 34]
- BSK OR-BEARBEITERIN Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)
mit PrHG und PauRG, hrsg. von HONSELL HEIN-
RICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, 5.Aufl.,
Basel 2012
[Rz. 7, 43, 74, 83]
- BSK ZGB-BEARBEITER/IN Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1 - 456 ZGB),
hrsg. von HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./GEISER
THOMAS, 4. Auflage, Basel 2010
[Rz. 19, 36, 37, 38, 39]
- BV Kommentar-BEARBEITER/IN Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, hrsg.
von EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIP-
PE/SCHWEIZER RAINER J./ VALLENDER KLAUS A., 2. Aufl.,
Zürich 2008
[Rz. 16]

CHK OR-BEARBEITERIN	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, hrsg. von FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K., 2. Aufl., Zürich 2012 [Rz. 50]
GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008 [Rz. 66]
GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R./ EMMENEGGER SUSAN	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008 [Rz. 69, 74, 92]
HUGUENIN CLAIRE	Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012 [Rz. 11, 46, 61, 68]
IBA Commentary	IBA Rules of Evidence, Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, hrsg. von ZUBERBÜHLER TOBIAS / HOFMANN DIETER / OETIKER CHRISTIAN / ROHNER THOMAS, Zürich 2012 [Rz. 14, 18, 26, 27, 30, 31, 34]
KNOBLACH STEFFEN	Sachverhaltsermittlung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Diss., Berlin 2003 [Rz. 34]
KOLLER ALFRED	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009 [Rz. 66]

- KUHN MORITZ
Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: FORSTMOSER PETER/GIGER HANS/HEINI ANTON/SCHLUEP WALTER (Hrsg.), FS Keller, Zürich 1989, 187-204
[Rz. 11, 41]
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER
Alleinvertrieb, 2. Aufl., St.Gallen 1992
[Rz. 50]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR /
FORSTMOSER PETER
Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012
[Rz. 16]
- RAESCHKE-KESSLER HILMAR
Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung im internationalen Schiedsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 2001
[Rz. 24, 25, 30, 32]
- RITZ PHILIPP
Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Diss., Tübingen 2007
[Rz. 6, 7, 9, 15, 16, 19]
- SCHNEIDER MARTIN
Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung, Eine rechtsystematische Untersuchung, Diss. St. Gallen/Bamberg 1989
[Rz. 7, 9]
- SCHNYDER ANTON K./
LIATOWITSCH MANUEL
Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011
[Rz. 13]

SCHWENZER INGEBORG

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6.
Aufl., Basel 2012
[Rz. 60]

Swiss Rules Commentary-
BEARBEITER/IN

Swiss Rules of International Arbitration, Commentary,
hrsg. von ZUBERBÜHLER TOBIAS / MÜLLER CHRISTOPH /
HABEGGER PHILIPP, Zürich 2005
[Rz. 12, 13, 19, 35]

Entscheidungsverzeichnis

BGE 79 I 84

BGE 107 II 222

BGE 111 II 170

BGE 113 II 49

BGE 116 II 639

BGE 118 Ia 17

BGE 119 II 368

BGE 119 II 386

BGE 122 III 10

BGE 123 III 101

BGE 126 I 7

BGE 126 III 119

BGE 127 III 421

BGE 129 II 56

BGE 129 III 503

BGE 129 V 177

BGE 133 III 356

BGE 134 III 591

BGer 4C.89/2004 v. 09.03.2005

BGer 4C.397/2005 v. 01.03.2006

BGer 1P.26/2007 v. 4.7.2007

Urteil des EGMR Jasper vs. The United Kingdom v. 16.2.2000

Begründung

A. Formelles

I. Prozessvoraussetzungen

- 1 Da keine der Parteien Sitz in der Schweiz i.S.v. Art. 21 i.V.m. Art. 20 IPRG hat und das Schiedsgericht gemäss Schiedsvereinbarung (**KB-1, Art. 6.3**) in der Schweiz bestellt ist, besteht ein internationaler Bezug und es findet gemäss Art. 176 IPRG das 12. Kapitel des IPRG Anwendung. Es liegt eine Schiedsvereinbarung über eine schiedsfähige Sache i.S.v. Art. 177 IPRG vor, wonach alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus dem Vertrag gemäss der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer zu entscheiden sind. Das angerufene Gericht ist sachlich und örtlich zuständig, was vorliegend unbestritten ist.
- 2 Beide Parteien sind Gesellschaften und als solche partei- und prozessfähig.
- 3 Die Klägerin hat gemäss Appendix B Ziff. 1.1 der Swiss Rules die bei Einreichung einer Einleitungsanzeige erforderliche Einschreibgebühr bezahlt (Einleitungsanzeige, II. 28.). Diese beläuft sich bei einem Streitwert von über CHF 10'000'000 auf CHF 8'000.

II. Anwendbares Recht

- 4 Gemäss Art. 187 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Im vorliegenden Fall haben die Parteien in Art. 6.3 des Distributionsvertrags (**KB-1**) Schweizer Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts für anwendbar erklärt.
- 5 Neben dem 12. Kapitel des IPRG das im vorliegenden Fall Anwendung findet (vorne Rz. 1), haben sich die Parteien gemäss Art. 6.3 des Distributionsvertrages (**KB-1**) auf die Anwendbarkeit der Regeln der Internationalen Schiedsordnung der Swiss Chamber's Arbitration Institution (nachfolgend Swiss Rules) geeinigt. Daneben werden für die Beweisaufnahme die IBA Rules on the Taking of Evidence (nachfolgend IBA Rules) berücksichtigt, wobei sich aber das Gericht nicht für gebunden hält.

B. Materielles

I. Beantwortung der Frage 1

1. Nichtbestehen eines vertraglich vereinbarten materiellrechtlichen Verwertungsverbotes aber Bestehen eines impliziten Editionsverweigerungsrechtes

- 6 Auch ein materielles Verwertungsverbot muss im Prozess berücksichtigt werden. Wäre dem nicht so, könnten die Parteien mit Hilfe eines Rechtsstreites an Informationen gelangen, die materiellrechtlichen Schutz geniessen (RITZ, S.41).

- 7 Art. 6.7 des Distributionsvertrages (**KB-1**) sieht vor, dass beide Parteien das Recht haben, einen externen, unabhängigen Wirtschaftsprüfer einzusetzen, der die i.S.v. Art. 3 relevanten Dokumente der Gegenseite überprüft. Unter diese preisrelevanten Daten fällt auch der Unternehmensgewinn der Klägerin, ein Geschäftsgeheimnis in Form einer Angabe aus dem wirtschaftlichen Privatbereich der Klägerin, an der ein erkennbares Geheimhaltungsinteresse und ein erkennbarer Geheimhaltungswille besteht (BSK OR I-WETTENSCHWILER, Art. 418d N1; RITZ, S. 40 f; SCHNEIDER, S. 31 und 33 f.).
- 8 Aus Art. 6.7 ergibt sich, dass die Gegenpartei keine Einsicht in die eigenen sensitiven Informationen erhalten sollte, deren Offenlegung nun von der Beklagten begehrt werden (prozessualer Antrag in der Einleitungsantwort). Die Vertragsparteien wollten einer Schädigung durch Nichtoffenlegung der Geschäftsgeheimnisse entgegen wirken. Es ergibt sich daher bereits implizit aus dem Distributionsvertrag (**KB-1**), dass eine uneingeschränkte Edition sowohl i.S. der Klägerin als auch der Beklagten zum Schutze der Geschäftsgeheimnisse verhindert werden sollte. Ein vertragliches Verwertungsverbot wurde allerdings nicht vereinbart.
- 9 Ein solches könnte vorliegend aber keinen ausreichenden Schutz gewähren, da die blosser Kenntnisnahme bereits einer Verwertung gleichkäme. Das Wissen um die Geschäftsgeheimnisse kann schon die Entscheidungsfindung der Beklagten beeinflussen und damit der Klägerin einen Schaden verursachen (SCHNEIDER, S. 123). Des Weiteren wird es unmöglich sein, eine Vertragsverletzung zu beweisen und den entstandenen Schaden zu berechnen (RITZ, S. 214).
- 10 Aus Art. 5 iii des Vertrages (**KB-1**) lässt sich denn auch keine umfassende materiellrechtliche Editionsspflicht herleiten. Die Auskunft beschränkt sich auf Daten, die keine Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Ein umfassendes Prüfungs- und Kontrollrecht soll nur einem externen Wirtschaftsprüfer zustehen.

2. Nichtbestehen eines gesetzlichen materiellrechtlichen Verwertungsverbotes

- 11 Da, wie in Rz. 9 dargelegt, bereits die Kenntnisnahme der Geschäftsgeheimnisse einer Verwertung gleich kommt, vermag Art. 418d OR in analoger Anwendung keinen Schutz zu gewähren. Des Weiteren ist bloss der Händler, nicht aber die Lieferantin durch Art. 418d OR gebunden (HUGUENIN, S. 941 N 3402; KUHN, S. 202).

3. Massnahmen nach Swiss Rules, die dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse im Verfahren dienen

- 12 Die Parteien haben gemäss Art. 182 Abs. 1 IPRG die Swiss Rules für anwendbar erklärt (**KB-1**). Dem IPRG können aber weiter gewisse verfahrensrechtliche Mindeststandards entnommen werden (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art 182 N 1-3; hinten Rz. 15 ff. und 34 ff.). Gemäss Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules kann das Schiedsgericht die Parteien auffordern, die Beweismittel

zu bezeichnen und ihm und der Gegenpartei vorzulegen (Swiss Rules Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 11-16). Die Swiss Rules sehen aber neben Art. 44, der den Grundsatz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens explizit festhält und vor einer Preisgabe der Informationen nach aussen schützt, keinen weiteren Geheimnisschutz für die im Rahmen eines Beweisverfahrens offengelegten Dokumente vor.

4. Massnahmen nach IBA Rules, die dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Verfahren dienen

- 13 Da weder die Swiss Rules noch das IPRG eine detaillierte Regelung darüber enthalten, wie und ob das Offenlegen von Dokumenten verweigert werden kann, sind die IBA Rules vom Schiedsgericht zu berücksichtigen, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie als weithin anerkannte Grundlage im Beweiserhebungsrecht gelten (BERGER/KELLERHALS, N 1200; Swiss Rules Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 16 ff.; SCHNYDER/ LIATOWITSCH, N 513).
- 14 Aus der Einleitungsanzeige geht hervor, dass die Beklagte Antrag i.S.v. Art. 3 Abs. 2 der IBA Rules stellen wird, wonach die Klägerin grundsätzlich dazu verpflichtet werden kann, alle im Antrag genannten Dokumente, einerseits an die Beklagte und andererseits dem Schiedsgerichts vorzulegen. Die Klägerin verweigert hiermit gestützt auf Art. 3 Abs. 5 IBA Rules i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. e IBA Rules eine Offenlegung an die Geschäftsleitung und den Vertrieb der Beklagten. Das Begehren der Beklagten richtet sich auf die Edition von Dokumenten, für die sich die Klägerin auf Geschäftsgeheimnisse wirtschaftlicher oder technischer Art, insbesondere Angaben über die Preiskalkulation, berufen kann (IBA Commentary, Art. 9 N 43). Das Editionsbegehren der Beklagten würde sich auf Dokumente richten, die den Nettogewinn der Klägerin ausweisen könnten und damit in jedem Fall auf Dokumente, die durch Art. 9 Abs. 2 (e) IBA Rules geschützt sind.
- 15 Das Schiedsgericht wird deshalb gebeten, die nötigen Massnahmen i.S.v. Art. 9 Abs. 4 IBA zu treffen. Die Klägerin bittet um Ausschluss der Personen der Geschäftsleitung und des Vertriebs der Beklagten aus dem Kreis derjenigen, die Einsicht in die Akten erhalten sollen und am Beweisverfahren teilnehmen dürfen. Durch einen Ausschluss der Geschäftsleitung und des Vertriebs der Beklagten liegt zwar ein Eingriff in den verfahrensmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör im kontradiktorischen Verfahren vor. Dieser gilt i.S.v. Art. 15 Ziff. 1 Swiss Rules und Art. 182 Abs. 3 IPRG auch im Schiedsverfahren und entspricht im wesentlichen dem Gehalt von 29 Abs. 2 BV, weshalb auch auf die Rechtsprechung verwiesen werden kann (BGE 119 II 386 E. 1b; BGE 116 II 639 E. 4c; BGE 129 II 56 E. 6.2; BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 N 52 ff; RITZ, S. 218). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst demnach die Möglichkeit der Parteien am Beweisverfahren teilzunehmen, die Akten einzusehen und damit

von den Beweisen Kenntnis zu nehmen und sich zu allen für den Entscheid wesentlichen Tatsachen äussern zu können (BGE 118 Ia 17 E. 1c; BGE 116 II 639 E. 4c).

- 16 Der Eingriff ist aber trotzdem rechtmässig. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht absolut zu gewähren (BGE 126 I 7 E. 2b; RITZ, S. 213). Eine Einschränkung dieser Garantie ist zulässig, soweit sie verhältnismässig und damit durch ein überwiegendes, schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt werden kann (BGE 126 I 7 E. 2b; RITZ, S. 218; BV Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 6). Das Handeln von Personen aus dem Vertrieb und der Geschäftsleitung ist direkt darauf gerichtet, den Gesellschaftszweck des Unternehmens zu fördern und zu verwirklichen. Insbesondere obliegt ihnen die Organisation des Produkteverkaufs und die Absatzförderung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §2 N 112). Durch eine Verwertung der offenbaren Informationen über den russischen Markt würden diese direkt für die Gesellschaft nutzbar gemacht (Wie vorne in Rz. 9 dargelegt, liegt eine Verwertung bereits durch Kenntnisnahme vor). Die Beklagte hätte dadurch gegenüber der Klägerin einen zeitlichen und finanziellen Vorsprung, da sie erhebliche Entwicklungskosten für die Erschliessung des Marktes einsparen könnte, zumal der Marktanteil der Klägerin in Russland mit 35% nicht unbedeutend und daher ihre Strategien Erfolg versprechend sind.
- 17 Das Interesse der Beklagten beschränkt sich dem gegenüber auf eine korrekte Beurteilung der dargebotenen Unterlagen. Da sie sich selbst aber im Distributionsvertrag dazu bereit erklärt hat die Buchprüfung einem Wirtschaftsprüfer zu überlassen (vorne Rz. 7), hat sie diesem ausreichendes Fachwissen attestiert. Wäre er nicht fähig, die Buchprüfung vorzunehmen, würde eine solche Vereinbarung ins Leere laufen. Ihr Einwand erscheint daher untergeordneter Art. Das Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse überwiegt i.c. deutlich.
- 18 Ein Ausschluss der Geschäftsleitung und des Vertriebs ist daher eine geeignete Massnahme. Des Weiteren ist sie erforderlich. Die Möglichkeit ein Verwertungsverbot zu vereinbaren, erscheint vorliegend nicht als geeignet, den nötigen Schutz zu bieten (vorne Rz. 9). Die Klägerin beantragt deshalb, dass alle Beweise nur einer gewissen Gruppe von Personen, unter welchen auch die Anwälte der Beklagten vertreten sein können, und dem Schiedsgericht vorgelegt werden, was unter Art. 9 Abs. 4 IBA Rules als mögliche Massnahme zum Geheimnisschutz angesehen wird (IBA Commentary, Art. 9 N 53: „for attorneys’ eyes only“; vgl. auch BGE 79 I 84 E.2). Im übrigen hat auch der EGMR entschieden, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei nicht einmal im Strafprozess verletzt, solange der Verteidiger über das geheime Material informiert wird und am Verfahren teilnehmen kann (Urteil des EGMR Jasper vs. The United Kingdom, v. 16.2.2000, §55). Soweit es der Beklagten möglich ist, ihre Standpunkte

im Verfahren durch ihren Vertreter wirksam geltend zu machen, ist der Gehörsanspruch nicht verletzt (BGer 1P.26/2007 v. 4.7.2007, E. 3.1). Davon kann vorliegend ausgegangen werden.

5. Verletzung vom Grundsatz von Treu und Glauben

- 19 Mit dem Antrag und der Begründung der Beklagten, nur die Geschäftsleitung und der Vertrieb der Beklagten könnten die Unterlagen richtig würdigen und den Nettogewinn korrekt bestimmen, verstösst sie zusätzlich gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 15 Ziff. 6 Swiss Rules und verhält sich treuwidrig (RITZ, S. 42; Swiss Rules Commentary-WÜSTEMANN/JERMINI, Art. 15 N 24 und 25; BSK ZBG-HONSELL, Art. 2 N 4).
- 20 In der Einleitungsantwort erklärt die Beklagte bereits, dass der externe Wirtschaftsprüfer einen höheren Nettogewinn berechnet hat. Sie stützt sich bei der Bezifferung ihres Rechtsbehrens auf seine Berechnungen. Das Argument der Beklagten, es mangle an Fachkenntnissen die Beweise zu würdigen, lässt kein schutzwürdiges Interesse erkennen, da sie bereits in Art. 6.7 des Distributionsvertrages dem Wirtschaftsprüfer genügendes Fachwissen attestiert hat (vorne Rz. 7, 8 und 17). Es scheint eher so, als ob die Beklagte mit ihrem Antrag, die Dokumente allgemein offenzulegen, an Informationen gelangen wollte, um ihre Situation als Neueinsteiger im russischen Markt zu verbessern. Diesem rechtsmissbräuchlichen Antrag, der nur darauf abzielt, die Geheimnisse der Klägerin auszukundschaften, ist nicht stattzugeben.

6. Eventualiter: Antrag auf Schwärzung der Dokumente i.S.v. Art. 9 Abs. 4 IBA Rules of Taking Evidence

- 21 Ist das Schiedsgericht entgegen den Erwartungen der Klägerin der Ansicht, dass die Geschäftsleitung und der Vertrieb doch Einsicht in die Dokumente erhalten sollten, so stellt die Klägerin einen Eventualantrag. Die kommerziell sensiblen Passagen in den Dokumenten müssen geschwärzt werden, damit diese von der Beklagten eingesehen werden dürfen.

II. Beantwortung der Frage 2

1. Pflicht zur Offenlegung

a) Antrag zur Offenlegung der Verträge mit ihren Drittlieferanten gemäss IBA Rules

- 22 Der Antrag zur Dokumenten Vorlage erfolgt gemäss Art. 3 Abs. 3 IBA Rules.
- 23 Da das Schiedsgericht i.S.v. Art. 3 Abs. 2 IBA Rules keine Frist für die Einreichung eines Editionsantrages gesetzt hat, wird er zeitgleich mit der Klageschrift gestellt.
- 24 Die Beklagte behauptet, die von ihr verlangten Aufschläge seien durch eine Steigerung der Herstellungskosten von Isopropyl Alkohol (nachfolgend IPA), insb. die Verteuerung der Chemikalien neben Propen, begründet (**KB-3**). Allerdings ergeben sich aus den Geschäftsbüchern der Beklagten keine Informationen bzgl. einer allfälligen Steigerung der Herstellungs-

kosten (Einleitungsanzeige, I. C. 12.). Weitere bis anhin vorgelegte Dokumente waren nicht aussagekräftig (**KB-5**). Ein Beweis dieser gestiegenen Preise gemäss **KB-3** kann sich somit nur aus den Verträgen der Beklagten mit ihren Drittlieferanten ergeben. Daraus ist zu folgern, dass die von der Klägerin zur Vorlage verlangten Dokumente sich geradezu als essentiell für den Ausgang des Verfahrens darstellen (RAESCHKE-KESSLER, S. 52). Denn falls sich ergeben sollte, dass diese Aufschläge unbegründet sind, ist die Beklagte verpflichtet, für den bei der Klägerin entstandenen Schaden einzustehen. Die Tragweite dieser Dokumente für die Entscheidung dieses Falles ist immens, da es anhand der bereits vorhanden Informationen nicht möglich ist, sich ein genaues Bild des Sachverhaltes zu bilden. Somit würde ein Entscheid, der lediglich auf der Grundlage des bisher angezeigten Sachverhaltes beruhen würde, eventuell einem falschem Sachverhalt Rechnung tragen. Die Relevanz der Dokumente besteht auch darin, dass sie im internationalen Schiedsverfahren die wichtigsten Beweismittel darstellen (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 15).

- 25 Bei den verlangten Dokumenten handelt es sich um sämtliche Beweismittel, die die behauptete Steigerung der Herstellungskosten für das Produkt IPA belegen können (Einleitungsanzeige, I. B. 6.). Insbesondere handelt es sich um die Verträge der Beklagten mit ihren Drittlieferanten ab Q2 2002 bzgl. der Chemikalien die für die Herstellung von IPA benötigt werden. Verlangt wird somit eine Kette gleichartiger Dokumente, die sich inhaltlich auf das gleiche Thema beziehen, was einer genügend genauen Bezeichnung entspricht und den Anforderung von Art. 3 Abs. 3 (a) IBA genügt (RAESCHKE-KESSLER, S. 51). Als Schriftstücke fallen sie unter die Begriffsdefinition des Dokuments gemäss den IBA Rules (IBA-Begriffsbestimmungen: Dokument).
- 26 Die Klägerin hat keine Kontrolle über besagte Dokumente (Einleitungsanzeige, I. C. 12-17.). Auch im Rahmen der Buchprüfung wurde ihr keine Einsicht gewährt (Einleitungsanzeige, I. C. 13.). Somit steht der Klägerin keine Möglichkeit offen, die oben bezeichneten Dokumente vorzulegen und sie hat keine Verfügungsgewalt (IBA Commentary, Art. 3 N 147).
- 27 Die Verträge mit Drittlieferanten befinden sich im Einflussbereich der Beklagten, worauf sich aus dem Mail vom 30. Juli 2006 schliessen lässt, in welchem der Director Sales Dieter Schmid ausdrücklich Bezug auf die Verträge nimmt (**KB-6**). Der Schluss, dass sich die verlangten Dokumente in Besitz, Gewahrsam oder Verfügungsmacht der Beklagten befinden, liegt somit sehr nahe. Den Anforderungen von Art. 3 Abs. 3 (c) (ii) IBA ist somit genüge getan (IBA Commentary, Art. 3 N 148).
- 28 Sofern die Beklagte innerhalb der vom Schiedsgericht noch zu setzenden Frist keine Einwendungen vorbringt, wird sie gemäss Art. 3 Abs. 4 IBA Rules automatisch vorlagepflichtig.

b) Einwendungen der Beklagten, Art. 9 Abs. 2 IBA Rules

- 29 Eine Verweigerung der Vorlage aufgrund einer Einwendung der Beklagte gemäss Art. 9 Abs. 2 IBA Rules kommt nicht in Betracht.
- 30 Der Fall lässt sich ohne Vorlage der Dokumente nicht sachgerecht entscheiden, da ansonsten entscheidungsrelevante Tatsachen im Dunkeln bleiben würden. Die Verträge sind somit essentiell für die Beurteilung des Falles und eine allfällige Einwendung der Unerheblichkeit wäre nicht zu berücksichtigen (IBA Commentary, Art. 9 N 36, RAESCHKE-KESSLER, S. 60).
- 31 Auch eine Einwendung nach Art. 9 Abs. 2 (c) IBA Rules wäre abzuweisen, denn im vorliegenden Fall kann nicht von einem unverhältnismässig grossem Aufwand gesprochen werden die Dokumente vorzubringen. Es handelt sich weder um eine grosse Anzahl von Dokumenten, die vorzulegen sind, noch sind sie für die Beklagte schwierig zu beschaffen (IBA Commentary, Art. 9 N 38). Weiter hat die Beklagte auch nicht genügend Beweismittel erbracht, denn, wie bereits in der Einleitungsanzeige erwähnt, liess die Buchprüfung keine Schlüsse auf die Zusammensetzung oder Preisveränderung der Herstellungskosten zu (vorne Rz. 24; IBA Commentary, Art. 9 N 38).
- 32 Die Einwendung von Art. 9 Abs. 2 (e) IBA Rules schützt vor Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen wirtschaftlicher oder technischer Art (RAESCHKE-KESSLER, S. 62). Ein technisches Geheimnis ist im vorliegenden Fall von vornherein auszuschliessen. Auch ein wirtschaftliches Geheimnis der Beklagten ist i.c. nicht gegeben, da lediglich Informationen bzgl. der Herstellungskosten verlangt werden. Der Preisberechnungsvorgang insgesamt ist von dieser Offenlegung nicht berührt, da eine grosse Zahl anderer Faktoren als die schwankenden Rohstoffpreise (**KB-3**) die firmeninterne Preisberechnung beeinflussen (IBA-Commentary Art. 9 N 43). An dieser Stelle könnte die Beklagte eine Einwendung einer allfälligen Konventionalstrafe erheben. Doch eine solche kann die Beklagte nicht schützen. Denn diese hat eine allfällige Vertragsstrafe auf sich zu nehmen, weil eine Verpflichtung aus einem Drittvertrag nicht davor schützt, die Pflichten im vorliegenden Vertragsverhältnis zu erfüllen. Auch überwiegt das Interesse an der Wahrheitsfindung in diesem Verfahren das Interesse der Beklagten, keine Konventionalstrafe entrichten zu müssen, da sie sich im Bewusstsein der Notwendigkeit einer allfälligen Vorlage dieser Verträge im Streitfall auf diese Geheimhaltungsklauseln eingelassen hat. Falls die vollständige Vorlage für die Beklagte tatsächlich zu einer untragbaren Unangemessenheit führen sollte, so sind die relevanten Passagen dennoch auszugsweise vorzulegen, da dies auch bei geheim zu haltenden Tatsachen zulässig ist (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 16). Sollte das Schiedsgericht dennoch zum Schluss kommen, dass die Gefähr-

derung von Geschäftsgeheimnissen der Beklagten möglich ist, so können für den Fall irrelevante Tatsachen geschwärzt werden.

- 33 Somit ist die Beklagte auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 6 IBA Rules zu verpflichten, die Verträge seit Abschluss des Distributionsvertrages im Q2 2002 offenzulegen. Die Beklagte kann die Vorlage nicht verweigern.

c) Mitwirkungspflicht nach Treu und Glauben

- 34 Auch nach Treu und Glauben trifft die Beklagte eine Mitwirkungspflicht am Verfahren (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 18). Sollte sich die Beklagte weigern, die Verträge offenzulegen, nachdem das Schiedsgericht den Antrag gutgeheissen hat, so gelangt das Prinzip der „adverse inference“ zur Anwendung. Dieses besagt, dass im Falle einer Verweigerung der Vorlage von Dokumente durch eine Partei, das Schiedsgericht die Folgerung zu treffen hat, dass der Inhalt der fraglichen Unterlagen gegen die verweigernde Partei auszulegen sei (IBA Commentary, Art. 9 N 54 ff.; BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 21; KNOBLACH, S. 170) . In Anwendung auf den vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass sich aus den Lieferantenverträgen keine Rechtfertigung für die Steigerung der Herstellungskosten ergeben würde.

2. Beweislastverteilung und Folgen einer Verweigerung der Offenlegung

- 35 Es stellt sich die Frage, nach welchem Recht sich die Verteilung der Beweislast richtet. Es ergibt sich aus einer vertraglichen Übereinkunft der Parteien oder im Falle des Fehlens einer solchen, nach dem auf das Rechtsverhältnis anwendbaren Recht (BERGER/KELLERHALS, N 1203). Das IPRG schweigt bzgl. einer Regelung der Beweislastverteilung, während sich in Art. 24 Ziff. 1 Swiss Rules eine Vorschrift zur Beweislast findet. Bei dieser handelt es sich jedoch nicht um eine autonome Regelung der Beweislast, welche die Regeln, die sich aus dem anwendbaren Recht ergeben ersetzen kann (BERGER/KELLERHALS, N 1204). Vielmehr handelt es sich dabei um eine Bestätigung und Adaption des Grundsatzes, dass derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, der sie behauptet, wie es sich aus ZGB 8 ergibt (Swiss Rules Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 3; BERGER/KELLERHALS, N 1204). Das Vertragsverhältnis unterliegt dem Schweizer Recht, weshalb sich in diesem Fall eine Anwendung von Art. 8 ZGB aufdrängt.
- 36 Die Beklagte leitet aus dem Vorhandensein der Aufschläge die Berechtigung ab, aufgrund des Vertrages eine Preisanpassung vorzunehmen. Nach der allgemeinen Regel der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB trägt somit die Beklagte die Beweislast, denn sie leitet aus dem Vorhandensein einer Tatsache, i.c. die Steigerung der Herstellungskosten, eine Berechtigung auf die erhobenen Aufschläge ab (BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 42). In der Einleitungsantwort lässt sich sodann auch keine Bestreitung zur Frage der Beweislast bzgl. der Steige-

rung der Herstellungskosten finden, was ein Indiz dafür darstellt, dass sich die Beklagte im Klaren darüber ist, dass sie die Beweislast trägt

- 37 Falls das Schiedsgericht zu einer gegenteiligen Auffassung gelangen sollte, so bittet die Klägerin dieses festzustellen, dass die Beklagte nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des Sachverhaltes trifft, indem sie den Gegenbeweis anzutreten hat (BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 71).
- 38 Falls sich die Beklagte gänzlich weigern sollte, bei der Beweiserhebung mitzuwirken, so soll ihre Verweigerungshaltung bei der Beweiswürdigung mitberücksichtigt werden (vorne Rz. 34; BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 71).

3. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

- 39 Im Schiedsverfahren gilt der Anspruch auf rechtliches Gehör, der die Kenntnisnahme von entscheidenderheblichen Beweismitteln umfasst (vorne Rz 15). Eine Einschränkung wäre nur zulässig, wenn das Interesse der Beklagten an einer Geheimhaltung das Interesse an der Wahrheitsfindung im Verfahren überwiegen würde. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall, denn wie bereits vorne in Rz. 24 dargelegt, sind die verlangten Dokumente essentiell für den Verfahrensausgang. Die Beklagte kann sich nicht auf ein überwiegendes Interesse in Form einer Nichtleistung einer allfälligen Konventionalstrafe berufen (vorne Rz. 32). Die Verweigerung der Offenlegung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin kann daher nicht gerechtfertigt werden. Denn die Nichtabnahme einzelner für den Entscheid wesentlichen Beweismittel ist als Gehörsverweigerung und damit als Verletzung von Bundesverfassungsrecht in Form von Art. 29 Abs. 2 BV zu qualifizieren (BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 12).
- 40 Das Schiedsgericht wird also gebeten, die Beklagte zu Offenlegung der Verträge mit ihren Drittlieferanten zu verpflichten. Falls diesem Antrag nicht stattgegeben wird, so bittet die Klägerin die Beweislast der Beklagten festzustellen und aus einer allfälligen Beweislosigkeit die entsprechenden Schlüsse zu ziehen.

III. Beantwortung der Frage 3

1. Qualifikation des Distributionsvertrags vom 27. Februar 2002

- 41 Durch den Distributionsvertrag wurde die Klägerin als Exklusivhändlerin verpflichtet, einen erheblichen Marktanteil für das Produkt der Beklagten auf dem russischen Markt zu gewinnen. Die Beklagte trifft die Pflicht, die Vertragsware zu den vereinbarten Geschäftsbedingungen zu liefern (**KB-1**). Dies entspricht den Qualifikationsmerkmalen des Alleinvertriebsvertrags (KUHNS, S. 191 f.), welcher gleichzeitig aus zwei Austauschverhältnissen besteht.

- 42 Der Distributionsvertrag legt als Rahmenvertrag den Kaufpreis anhand eines durch eine Anpassungsformel variablen Grundpreises fest (**KB-1, Art. 3**). Diese Formel wurde vom 1. April 2003 bis zum 1. August 2006 angewendet.
- 43 Die im Rahmen des Distributionsvertrages in Kraft gesetzten Einzelverträge sind Kaufverträge nach Art. 184 ff. OR (BSK OR-AMSTUZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. Vor Art. 184 ff. N 115). Ab dem 20. Juli 2006 verhandelten die Parteien im Rahmen eines solchen Kaufvertrages über eine Anpassung des im Rahmenvertrags festgelegten Kaufpreises (**KB-3-8**).

2. Anspruch aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 OR

- 44 Vertragsverletzungen des Rahmenvertrags werden gemäss BGer nach Art. 97 OR ff. beurteilt (BGE 107 II 222 E. 1.1b).
- 45 Art. 4 iv des Distributionsvertrags verpflichtet die Beklagte IPA zu einem Preis zu verkaufen, der in Übereinstimmung mit der in Art. 3.1 festgehaltenen Zielsetzung steht. Demnach sollten allfällige Preisanpassungen vom Gedanken einer Gewinnteilung getragen werden. Die Beklagte forderte ab dem 20. Juli 2006 über den festgelegten Formelpreis hinaus Aufschläge (**KB-3-8**, vgl. Rz. 43), welche jedoch nicht auf eine Steigerung der Herstellungskosten zurückzuführen sind (Konstituierungsbeschluss, II. C. 10. III.). Somit veranlasste sie die Klägerin zur Bezahlung eines Betrags, der nicht mehr mit dem in Art. 3.1 erwähnten Gedanken zu vereinbaren ist und versties so gegen die in Art. 4 iv festgehaltene Pflicht.
- 46 Die über den Formelpreis hinausgehenden Aufschläge bezahlte die Klägerin von Q4 2006 bis zu Q2 2012 und erlitt dadurch einen Vermögensschaden. Diese „unfreiwillige Verminderung des Gläubigervermögens, die in einer Abnahme der Aktiven [...] besteht“ (HUGUENIN, N 867), ergibt sich aus der Summe der zum Kaufpreis geleisteten Aufschläge und beläuft sich auf USD 15'056'920.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2006.
- 47 Ohne die Forderung der Aufschläge durch die Beklagte wäre der Schaden nicht entstanden und nach „allgemeiner Lebenserfahrung und dem natürlichen Lauf der Dinge“ (BGE 129 V 177 E. 3.2) führen die verlangten Aufschläge zu einem Schaden im besagten Umfang. Natürliche als auch adäquate Kausalität sind somit gegeben
- 48 Die Beklagte handelte auch klar schuldhaft und somit haftet sie für eine positive Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR.

3. Anspruch auf Rückerstattung der Akontozahlungen

- 49 Sollte das Gericht eine Vertragspflichtverletzung aus Art. 97 OR nicht bejahen, ist die Beklagte zu verpflichten, die als Akontoleistungen erhaltenen Aufschläge aufgrund der vertraglichen Endabrechnung zurückzuzahlen.

50 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können überhöhte Zahlungen oder sonstige Leistungen, die sich nachträglich als unbegründet erweisen, aus vertraglichen Ansprüchen zurückgefordert werden, sofern sie im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses mit implizierter Abrechnungspflicht geleistet worden sind und es noch zu keiner Schlussabrechnung gekommen ist (BGE 126 III 119 E. 3d; BGE 127 III 421 E. 3; CHK OR-HAHN Art. 62 N 38). Dies drängt sich auch für den Alleinvertriebsvertrag auf, da er ein Dauerschuldverhältnis mit gegenseitiger Treuepflicht ist und der Rahmenvertrag die Parteien verpflichtet, bei Leistungsstörungen eine Einigung "auf vertraglicher Basis" zu suchen (MEYER, S. 164). Zudem ist im Alleinvertriebsvertrag stillschweigend mitenthalten, dass bei Beendigung des Rechtsverhältnisses auf vertraglicher Grundlage abgerechnet wird (MEYER, S. 164).

a) Zahlungen unter Vorbehalt

51 Die Beklagte behauptet, dass bezüglich des Aufschlages als Teil des Kaufpreises eine übereinstimmende Willenserklärung gemäss Art. 1 OR zustande gekommen sei (Einleitungantwort, I. 2. und 3.). Doch die Klägerin hat dies nie so verstanden. Sie wies die Forderung der Beklagten auf einen zusätzlichen Aufschlag zum Formelpreis bereits einen Tag später mit dem Mail vom 21. Juli 2006 als völlig inakzeptabel zurück (**KB-4**) und verlangte Einsicht in die Lieferantenverträge, um die Notwendigkeit einer Preiserhöhung zu überprüfen (**KB-5**), worauf die Beklagte jedoch abschlägig antwortete (**KB-6**).

52 Pendente Verbindlichkeiten gegenüber ihren Kunden und die damit verbundene Dringlichkeit der Lieferungen im Q4 zwangen die Klägerin indessen, einen Aufschlag von USD 45 pro Tonne *unter Vorbehalt* zu akzeptieren (**KB-7**). Die Klägerin trennte dementsprechend bereits in ihrer ersten Bestellung vom 1. August 2006 (**KB-9**) den Formelpreis und den nur *unter Vorbehalt* zugesagten Aufschlag. Im Begleitschreiben zu dieser Bestellung (**KB-10**) ersuchte sie die Beklagte, die beiden Teilbeträge in ihrer Rechnung ebenfalls getrennt als Formelpreis und Aufschlag aufzuführen, was die Beklagte widerspruchslos tat (**KB-11**). So bestätigte die Beklagte, dass sie über den seitens der Klägerin gemachten Vorbehalt im Bilde war. Folglich ist nach Treu und Glauben kein Konsens bezüglich des Aufschlages als Teil des Kaufpreises zustande gekommen.

53 Ganz im Gegenteil hat die Klägerin, wie oben dargelegt (vorne Rz. 51 f.), ihren Willen von Anfang an dahingehend geäussert, dass sie eine Preiserhöhung nur akzeptiere, wenn diese „sauber“ dokumentiert würde (**KB-4**), weshalb sie die Aufschläge auch immer nur *unter Vorbehalt* (**KB-7**) bezahlte. Die Beklagte hat auch nie erklärt, mit dem Vorbehalt nicht einverstanden oder über dessen Bedeutung nicht im Klaren zu sein.

54 Nach Treu und Glauben, im Lichte des Vertrauensprinzips, haben sich die Parteien somit auf eine Preisanpassung unter Vorbehalt in dem Sinne geeinigt, dass die Aufschläge nicht Teil des Kaufpreises sind und noch nicht als geschuldet anerkannt werden, sondern erst vorläufig im Hinblick auf den noch ausstehenden Nachweis entsprechender Herstellungskosten durch die Beklagte bezahlt werden. Sollte dieser Nachweis nicht gelingen oder sich herausstellen, dass sich die Aufschläge gar nicht begründen lassen, sind diese von der Beklagten zurückzuerstatten.

b) Akontozahlungen und implizierte Abrechnungspflicht

55 Demgemäss lassen sich die erfolgten Zahlungen in zwei Komponenten zerlegen. Einerseits bestehen sie aus dem im Rahmenvertrag geregelten Formelpreis, andererseits aus dem unter Vorbehalt angenommenen Aufschlag.

56 Die Zahlungen dieser Aufschläge sind nach Treu und Glauben als Vorauszahlungen (Akontozahlungen) im Hinblick auf eine noch ausstehende Abrechnung zu verstehen. Die Pflicht zur Abrechnung ergibt sich demnach implizit daraus, dass die Aufschläge nur unter Vorbehalt des Nachweises der gestiegenen Herstellungskosten geleistet wurden. Gemäss BGR wird mit Akontozahlung „gemeinhin eine vorläufige Zahlung bezeichnet, wobei der Umfang der definitiv geschuldeten Leistung noch zu ermitteln ist. Akontozahlungen werden insbesondere vereinbart, wenn Einigkeit über den Grundsatz der Zahlungspflicht und Ungewissheit über die Höhe des tatsächlich geschuldeten Betrags besteht, wobei eine allfällige Differenz nachzuzahlen beziehungsweise zurückzuerstatten ist“ (BGE 134 III 591 E. 5.2.3; vgl. BGE 126 III 119 E. 2b).

57 Die Parteien haben sich in ihrer E-Mail-Kommunikation nie auf eine wirksame Anpassung der Grundvereinbarung über den Preis geeinigt (vorne Rz. 51 ff.), sondern die Abrechnung mit ihren gegenseitigen Behauptungen (Herstellungskosten, Preissteigerungen) und blossen Zahlen *unter Vorbehalt* auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Die Zahlungen der Aufschläge unter Vorbehalt sind folglich nur als vorläufige Akontoleistungen im Rahmen des zugrundeliegenden Distributionsvertrages mit einer entsprechenden Abrechnungspflicht zu verstehen.

c) Vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung der Aufschläge aus der Abrechnung

58 Mit dem Ende des Vertragsverhältnisses Ende Juni 2012 wird endgültig klar, dass der vorbehaltene Nachweis (vorne Rz. 54) durch die Beklagte nicht mehr erbracht werden kann. Somit kommt es automatisch zur Saldoziehung, die bis anhin durch den Vorbehalt aufgeschoben wurde. Da die Aufschläge nicht mit der Steigerung der Herstellungskosten begründet werden können (Konstituierungsbeschluss II. C. 10. III), stellt sich im Rahmen des Abrech-

ungsverfahrens heraus, dass sie zurückerstattet werden müssen. Die Klägerin hat somit einen Anspruch auf Rückerstattung der Aufschläge aus Vertrag.

4. Anspruch aus Kondiktion

59 Eventualiter ist von einem Anspruch aus Kondiktion auszugehen, falls das Gericht zum Schluss kommt, dass kein Konsens über eine Abrechnungspflicht zustande gekommen ist. Fehlt ein solcher, sind irrtümliche Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückzufordern, falls sie im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erfolgt sind, jedoch keine vertragliche Grundlage haben (BGE 133 III 356 E. 3.2.1). Eine solche ist nicht gegeben, wenn eine Leistung ohne jeden gültigen Grund erbracht wurde.

a) Leistung ohne gültigen Grund gemäss Art. 62 Abs. 2 OR

60 Eine Leistung ohne gültigen Grund liegt vor, wenn zwischen dem Bereicherten und dem Entreicherten überhaupt nie oder nie wirksam ein Schuldverhältnis begründet wurde (SCHWENZER, N 56.04). Im vorliegenden Fall wurde entgegen der Behauptung der Beklagten (Einleitungsantwort, I. 2. und 3.) der Formelpreis im Rahmenvertrag nie definitiv durch die einzelnen Kaufverträge abgeändert (vorne Rz. 51 ff.). Somit ist nie ein wirksames Schuldverhältnis zustande gekommen, das die Aufschläge als Teil des Kaufpreises umfasst. Einer etwaigen Bereicherung fehlt es an einer Rechtfertigung.

61 Des Weiteren wurde die Beklagte bereichert, indem sie durch die von der Klägerin geleisteten Aufschläge einen Vermögensvorteil erlangte, der eine Zunahme ihres Aktivvermögens zur Folge hatte. Die Bereicherung stammt aus dem Vermögen der Klägerin, womit auch die Konnexität zwischen Bereicherung und Entreicherung zu bejahen ist (HUGUENIN, N 1776 ff.).

62 Daraus folgt, dass eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten durch Zahlung einer Nichtschuld seitens der Klägerin vorliegt.

b) Voraussetzungen gemäss Art. 63 Abs. 1 OR

63 Eine ungerechtfertigte Bereicherung durch freiwillige Zahlung einer Nichtschuld kann gemäss Art. 63 Abs. 1 OR nur zurückgefordert werden, wenn sie irrtümlich erfolgt ist.

64 An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Klägerin die Nichtschuld nicht freiwillig bezahlt hat. Durch ihre Aussage, dass, falls die Klägerin den verlangten Aufschlag nicht akzeptiere, sie damit rechnen müsse, bei zukünftigen Bestellungen nicht mehr berücksichtigt zu werden (**KB-6**), drängte die Beklagte die Klägerin zur Bezahlung der Aufschläge. Der Klägerin blieb aufgrund der Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden nichts anderes übrig, als die strittigen Aufschläge unter Vorbehalt zu bezahlen, denn sie war „dringend auf [die] Lieferungen im Q4 angewiesen“ (**KB-7,-4**, vgl. Rz. 52). Somit befand sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt in

einer Zwangslage. Die Zahlung erscheint als „einzig möglicher und zumutbarer Ausweg“ (BGE 123 III 101 E. 3b), um einerseits den pendenten Verpflichtungen gegenüber den Kunden nachzukommen und andererseits die vertraglich festgelegte Pflicht der Absatzförderung in Russland (**KB-1, Art. 5 i**) zu erfüllen.

65 Kommt das Gericht zum Entschluss, dass die Nichtschuld dennoch freiwillig geleistet wurde, macht die Klägerin einen Irrtum nach Art. 63 Abs. 1 OR geltend. Die Klägerin hat die Aufschläge nur geleistet, weil sie davon ausgegangen ist, dass die Steigerung der Herstellungskosten Ursache der Zuschläge ist (**KB-3,-4**). Dies ist in Tat und Wahrheit nicht der Fall (Konstituierungsbeschluss II. C. 10. III). Somit ist der erforderliche einfache Motivirrtum (BK OR-BECKER, Art. 63 N 11) gegeben. Aufgrund der konkreten Umstände kann im vorliegenden Fall auch davon ausgegangen werden, dass die Klägerin keine Schenkung machen wollte (**KB-4**), womit das Vorhandensein des Irrtums bejaht werden kann (BGer 4C.89/2004 v. 09.03.2005, E. 5.1).

66 Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin möglicherweise im Zweifel über den Bestand der Forderungen geleistet hat, da sie unter Vorbehalt der Rückforderung bezahlt hat (vorne Rz. 51 ff.). Durch einen solchen Vorbehalt entsteht der Bereicherungsanspruch trotz irrtumsfreier Leistung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1535). Die Klägerin handelt nicht contra factum proprium, indem sie vorbehaltsgemäss die Leistung zurückfordert (vgl. KOLLER, N 36 zu § 31).

67 Da die Beklagte, wie eben dargelegt, unberechtigt bereichert ist, kann die Klägerin die unter Vorbehalt bezahlten Aufschläge aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 63 Abs. 1 OR herausverlangen.

5. Keine summenmässige Beschränkung der Rückforderung auf USD 1'500'000

68 Da Art. 6.4 des Distributionsvertrags nur die „Gewährleistung und Freizeichnung“ regelt, fällt im vorliegenden Falle eine summenmässige Beschränkung der Rückforderung auf maximal USD 1'500'000 ausser Betracht. Innominatverträge werden gleich ausgelegt wie Nominatverträge (HUGUENIN, N 3693). Zunächst ist nach Art. 18 OR bei der subjektiven Auslegung der wirkliche Wille der Parteien zu beachten, um den Parteiwillen zu rekonstruieren. Dies ist im vorliegenden Fall nicht möglich, da die Beklagte eine Beschränkung behauptet und die Klägerin gegenteiliger Ansicht ist. Somit ist der Parteiwillen mittels objektivierter Auslegung zu konstruieren. Dabei wird der Vertragsinhalt aufgrund des Wortlautes, unter Berücksichtigung aller Begleitumständen und aus Sicht der Parteien bei Vertragsabschluss ausgelegt (HUGUENIN, N 278 ff.). Willenserklärungen müssen nach Treu und Glauben so ausgelegt werden, „wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten“

(BGE 113 II 49 E. 1a). Die Beschränkung der Haftungssumme kann aufgrund des Wortlauts der erwähnten Überschrift von Art. 6.4 nur Schadenersatzansprüchen wegen Produktmängeln entgegengehalten werden, nicht aber Ansprüchen aus anderen vertraglichen Pflichten oder Kondiktion. Es konnte nicht dem Willen der Parteien bei Vertragsabschluss entsprochen haben, dass die vorliegenden Ansprüche auf Rückerstattung der Aufschläge vom erwähnten Wortlaut umfasst werden. Die Beklagte kann sich demzufolge nicht auf eine Freizeichnung in der Höhe von USD 1'500'000 berufen.

IV. Beantwortung der Frage 4

1. Keine Verjährung des Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung

a) Frist und Beginn der Verjährung

69 Bei positiven Vertragsverletzungen kommt die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR zur Anwendung (BGE 111 II 170, E. 2) und die Verjährung beginnt mit Vertragsverletzung (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3322).

b) Unterbrechung durch das Münchner Übereinkommen

70 Gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR wird die Verjährung durch die Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners unterbrochen. Eine solche Anerkennungshandlung setzt keinen die Verjährung unterbrechenden Willen voraus. Es reicht ein Verhalten, bei dem der Gläubiger nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, dass der Schuldner seine rechtliche Verpflichtung bestätigt (BGE 119 II 368 E. 7b).

71 Das Verhalten der Beklagten durfte im vorliegenden Fall als Schuldanerkennung betrachtet werden. Durch Unterzeichnung des Münchner Übereinkommens bringt sie zum Ausdruck, dass die Aufschläge *weiterhin* als bestritten gelten. Aufgrund dieses Wortlauts darf die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Beklagten schon vor dem Übereinkommen bewusst war, dass die Aufschläge bestritten sind und somit nicht als Teil des Kaufpreises betrachtet werden können. Des Weiteren wird damit auch für etwaige zukünftige Aufschläge verbindlich festgehalten, dass sie als bestritten betrachtet werden müssen. Die Beklagte legt somit ein Verhalten an den Tag, das nach Treu und Glauben als eine Bestätigung ihrer rechtlichen Verpflichtungen betrachtet werden kann.

72 Die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Unterbrechung durch das Münchner Übereinkommen erneut zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR). Daraus folgt, dass sie zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist.

2. Keine Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung der Akontozahlungen

a) Frist der Verjährung

- 73 Da wie oben dargelegt der Anspruch auf Rückerstattung zu viel bezahlter Akontozahlungen auf Vertrag beruht (vorne Rz. 50), kommt somit die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR zur Anwendung (BGer 4C.397/2005 v. 1.3.2006, E. 2.2.1).

b) Beginn der Verjährung

- 74 Gemäss Art. 130 Abs. 2 OR verjähren Forderungen, die auf Kündigung gestellt sind, mit dem Tag, auf den die Kündigung zulässig ist. Darunter fallen auch Forderungen, die bereits bestehen und die Fälligkeit somit nur noch von einer einseitigen Erklärung abhängt (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N3311). So beginnen Forderungen, die nach einer im Belieben der Gläubigerin gestellten Aufforderung zu erfüllen sind, mit ihrer Entstehung zu verjähren (BGE 122 III 10 E. 5; BGer 4C.397/2005 v. 1.3.2006, E. 2.2.2). Dies ist bei Akontozahlungen auch dann der Fall, wenn die Vertragsparteien einen bestimmbaren Zeitpunkt für die definitive Abrechnung vereinbarten, denn daraus ergibt sich nach Treu und Glauben kein bestimmter Fälligkeitstermin für die Rückforderung der Akontozahlung. Vielmehr muss nach dem vertraglichen Zweck der Akontozahlungen und der vereinbarten Art der Abrechnung bestimmt werden, ob der vertragliche Abrechnungstermin auch die Fälligkeit der Rückforderungen der Akontoleistungen bestimmen soll (BSK OR-HUWILER, Art. 67 N 9). Sofern aus der vertraglichen Vereinbarung nicht ersichtlich wird, dass die Fälligkeit der Rückforderung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht erfolgen soll, beginnt deshalb die Verjährung mit der Entstehung, d.h. mit der Erbringung der Akontozahlung (BGer 4C.397/2005 v. 1.3.2006, E. 2.2.3).
- 75 Im vorliegenden Fall wurde zwar kein konkreter Abrechnungstermin im eigentlichen Sinne abgemacht, doch haben sich die Klägerin und Beklagte wie oben dargelegt (vorne Rz. 54) mit der Zahlung unter Vorbehalt in der Weise geeinigt, dass die geleisteten Aufschläge erst als geschuldet angesehen werden, wenn die Beklagte den Nachweis erbringen kann, dass die Aufschläge tatsächlich mit den steigenden Herstellungskosten begründet werden können. Eine vorherige Abrechnung würde dem Zweck der vereinbarten Akontozahlung widersprechen, da vor der Erbringung des Nachweises eben nicht bestimmt werden kann, ob die Aufschläge gerechtfertigt sind oder nicht. Folglich beginnt die Verjährungsfrist frühestens mit dem Nachweis der gestiegenen Herstellungskosten und spätestens mit Beendigung des Vertrages zu laufen.
- 76 Mit dem Ende des Vertragsverhältnisses Ende Juni 2012 wird endgültig klar, dass der vorbehaltene Nachweis durch die Beklagte nicht mehr erbracht werden kann. Somit kommt es

automatisch zur Saldoziehung, die bis anhin durch den Vorbehalt aufgeschoben wurde. Die zehnjährige Verjährungsfrist für die Akontozahlungen beginnt folglich ab der Vertragsbeendigung Ende Juni 2012 zu laufen. Somit wird klar, dass zum jetzigen Zeitpunkt der Anspruch auf Rückerstattung der Akontozahlungen nicht verjährt ist.

3. Keine Verjährung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung

a) Frist der Verjährung

- 77 Gemäss Art. 67 OR gilt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Die absolute Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre.

b) Beginn der Verjährung

- 78 Die Frist beginnt wie eben dargelegt im Zeitpunkt, in dem der Verletzte Kenntnis von seinem Anspruch erhalten hat. Dies ist dann der Fall, wenn der Gläubiger einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausreichendem Masse Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden darf (BGE 129 III 503 E. 3.4).
- 79 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin von Anfang an versucht, die notwendigen Unterlagen von der Beklagten zu erhalten, um feststellen zu können, ob die Aufschläge tatsächlich gerechtfertigt waren (**KB-4**). Doch die Beklagte weigerte sich und verwies auf die Geheimhaltungsklausel in den Verträgen mit ihren Lieferanten (**KB-6**). Die Klägerin hatte also keine Gewissheit hinsichtlich ihres Bereicherungsanspruchs und auch keine Dokumente, um ihre Vermutung in einem allfälligen Prozess zu beweisen.
- 80 Zudem bezahlte sie die Aufschläge nur immer unter dem Vorbehalt, dass die Beklagte noch nachweise, dass sie mit den steigenden Herstellungskosten zu begründen seien. Die Beklagte akzeptierte diesen Vorbehalt und liess somit erkennen, dass die Möglichkeit zu weiteren Abklärungen über die Rechtfertigung der Aufschläge weiterhin bestand.
- 81 Das Münchner Übereinkommen vom 4. Juni 2009 (**KB-13**) schiebt den Beginn der Laufzeit der Verjährungsfristen weiter hinaus. Es wurde nochmals explizit in vertraglicher Form festgehalten, dass die Aufschläge weiterhin als bestritten gelten. Dem Wortlaut der Vereinbarung ist des Weiteren mit Betonung auf *weiterhin* zu entnehmen, dass alle bisher geleisteten Aufschläge, als auch etwaige zukünftige als bestritten gelten (vorne Rz. 71). Die Klägerin durfte deswegen nach Treu und Glauben daraus schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit weiterhin bestand, dass sich die Aufschläge mit den gestiegenen Herstellungskosten begründen liessen

und somit doch gerechtfertigt waren. Eine Klageerhebung zu diesem Zeitpunkt, wäre der Klägerin vernünftigerweise nicht zuzutrauen gewesen.

82 Erst mit der Vertragsbeendigung im Juni 2012 wird klar, dass die Beklagte nicht gewillt oder fähig ist, die nötigen Nachweise zu erbringen. Folglich beginnt die einjährige relative Verjährungsfrist ab Juni 2012 zu laufen, weshalb die bereicherungsrechtlichen Ansprüche der Klägerin zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht verjährt sind.

83 Die absolute zehnjährige Verjährungsfrist beginnt gemäss Art. 130 OR mit der Entstehung des Anspruchs, also mit Fälligkeit der bereicherungsrechtlichen Forderung. Im Falle der *condictio sine causa*, fällt der Beginn der Laufzeit mit dem Vollzug der Leistung zusammen, da nie ein Rechtsgrund bestanden hat, der eine Forderung hätte begründen können (BSK OR-HUWILER, Art. 67 N 3). Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Alleinvertriebsvertrag, der zum einen aus dem Rahmenvertrag und zum anderen aus den einzelnen Lieferbeziehungen besteht (vorne Rz. 41 ff.). Die geltend gemachten Bereicherungsansprüche beziehen sich auf die einzelnen Kaufverträge, weshalb die absolute Verjährungsfrist für jeden Kaufvertrag separat zu laufen beginnt. Der erste Aufschlag wird im Juli 2006 verlangt und der entsprechende Einzelvertrag im August 2006 abgeschlossen (**KB-9**). Somit wird klar, dass auch die zehnjährige absolute Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung von der Klägerin geltend gemacht werden können.

V. Beantwortung der Frage 5

1. Kein Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund subjektiver Auslegung

84 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist ein Vertrag zunächst nach dem tatsächlichen Willen der Parteien auszulegen (vorne Rz. 68). Die Parteien haben durch die Zusammenarbeit das Ziel, einen erheblichen Marktanteil am Verkauf von IPA in Russland zu gewinnen (**KB-1, Art. 3.1**). Eine hälftige Teilung des Nettogewinns lässt sich aus dem erklärten subjektiven Willen jedoch nicht ableiten, weshalb im Folgenden auf eine objektivierte Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip zurückgegriffen werden muss.

2. Kein Anspruch auf hälftige Gewinnteilung aufgrund objektivierter Auslegung

a) Auslegung nach Wortlaut

85 Gemäss Art. 3.1 des Distributionsvertrages haben die Parteien den Gewinn nach Abzug der Kosten zu teilen. Eine hälftige Teilung wird jedoch nicht explizit verlangt. Vielmehr bringt das Verb „wünschen“ zum Ausdruck, dass die Parteien sich vom Gedanken der Gewinnteilung in ihren Handlungen nur leiten lassen wollen. Dies ist als blosser Grundsatz der Fairness zu verstehen.

86 Dafür spricht auch der darauffolgende Nebensatz „wobei Marktveränderungen berücksichtigt werden sollen“. Die Beklagte will die Gewinne von der Klägerin herausverlangen, da sie „Gewinne“ im Sinne von Nettogewinne versteht. Solche berücksichtigen aber per se schon alle Marktveränderungen und allfällige andere Variablen, so dass dieser Nebensatz in diesem Fall völlig unnötig erscheint. Nach Vertrauensprinzip ausgelegt bedeutet dies nicht, dass eine Partizipation am Nettogewinn geschuldet ist. Eine strikt hälftige Gewinnteilung, wie sie die Beklagte fordert, müsste daher im Vertrag ausdrücklich angeordnet werden. Dieses Argument wird im vorliegenden Fall durch die Tatsache bekräftigt, dass es sich bei den Vertragsparteien um Gesellschaften handelt, die branchenkundig sind und somit nicht zum ersten Mal einen solchen Vertrag abgeschlossen haben. Falls sie wirklich die Absicht gehabt hätten, den Gewinn hälftig zu teilen, hätten sie dies ausdrücklich in den Vertrag schreiben müssen.

b) Interessenlage der Parteien

87 Die Parteien haben für ihr Vertragsverhältnis die Form des Alleinvertriebsvertrages gewählt. Aus der Natur dieser Vertragsform wird klar, dass die Parteien gegenläufige Interessen verfolgen. Zwar kommt der auf längere Dauer angelegte Rahmenvertrag einem Gesellschaftsverhältnis nahe, da beide Parteien an einer Umsatzsteigerung interessiert sind. Dennoch verfolgen die Parteien primär ihre eigenen Interessen, sonst hätten sie sich zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen. Während die Beklagte verpflichtet ist, IPA zu liefern und der Klägerin ein exklusives Bezugsrecht im besagten Absatzmarkt einzuräumen, trifft die Klägerin die Pflicht, den Kaufpreis zu bezahlen und Mindestmenge an IPA zu beziehen (vgl. dazu vorne Rz. 41 ff.). Diese Pflichten verdeutlichen die gegenläufigen Interessen der Parteien. Somit kann die hälftige Gewinnteilung nach Treu und Glauben nicht Sinn und Zweck des abgeschlossenen Alleinvertriebsvertrags gewesen sein. Es wird klar, dass kein weiterer Anspruch auf Beteiligung am Geschäftsergebnis der Gegenpartei besteht.

88 Dafür spricht weiter, dass die Klägerin das IPA auf eigene Rechnung, in eigenem Namen und auf eigenes Risiko vertreibt. Laufen die Geschäfte schlecht, trägt sie das wirtschaftliche Risiko, da sie durch den Vertrag an eine Mindestbezugsmenge (**KB-1, Art. 1.3**) gebunden bleibt und etwaige Gewinneinbussen selbst tragen muss. Es ist ihr nicht möglich allfällige Verluste auf die Beklagte abzuwälzen. Die Beklagte erhält hingegen einen gesicherten Absatz ihres Produktes und den Kaufpreis in jedem Fall. Auch aus dieser Risikoverteilung ergibt sich, dass eine hälftige Teilung des Nettogewinns nicht adäquat erscheint. Wäre eine weitergehende Partizipation am Gewinnergebnis der Klägerin durch die Beklagte angestrebt worden, so hätte dies z.B. in der Formel zur Kaufpreisberechnung berücksichtigt werden müssen.

89 Des Weiteren haben die Parteien bei Vertragsschluss einen Grundbetrag von USD 800 pro Tonne IPA vereinbart (**KB- 1, Art. 3.2**), der durch einen Preisanpassungsmechanismus abgeändert werden kann. Dieser soll mit seinen Variablen (Wechselkurs, Teilpreis) eine konstante Gewinnhöhe auf Seiten der Beklagten garantieren. Dieser Gewinnanspruch in einer fixen Höhe besteht unabhängig von möglichen Schwankungen im Absatzmarkt und anderen nicht kontrollierbaren Variablen. Somit trug die Beklagte im Gegensatz zur Klägerin kein Risiko für ein Schwindendes des Absatzmarkt für IPA. Dieses Risiko wurde durch die Klägerin alleine getragen. Die Beklagte erscheint bereits durch den fixen Gewinnanspruch als genügend am Gewinn beteiligt, weshalb sich eine hälftige Teilung des Nettogewinns nicht rechtfertigt.

c) Verhalten nach Vertragsabschluss

90 Während der ganzen Laufzeit des Alleinvertriebsvertrags hat die Beklagte nie eine weitergehende Gewinnbeteiligung gefordert, als diese bereits über den Kaufpreis abgegolten wurde (vorne Rz. 89). Die Klägerin hat während der Vertragsdauer einen stetigen Zuwachs am Marktanteil bis zum heutigen Stand von 35 % verzeichnen können. Dennoch machte die Beklagte bis zu Vertragsende nie eine Anpassung des Grundpreises von USD 800 geltend. Zwar forderte sie Aufschläge (**KB-7**), diese sollten jedoch lediglich zur Beibehaltung des Gewinnergebnisses und nicht zu einer weitergehenden Gewinnbeteiligung führen. Somit ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Beklagte den Gewinn auch als im Kaufpreis immanent angesehen hat. So kann sie nun keine hälftige Gewinnteilung geltend machen.

91 Aufgrund dieser Erwägungen ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien mit Art. 3.1 des Distributionsvertrages eine hälftige Teilung des Gewinns festhalten wollten. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf hälftige Gewinnteilung.

d) Eventualiter: Einwendung der Verrechnung

92 Ist das Schiedsgericht der Meinung ein Anspruch der Beklagten über mind. USD 7'870'000.00 zzgl. 5% Zins bestehe, so macht die Klägerin eine Verrechnung i.S.v. Art. 120 OR mit ihrer Forderung in der Höhe von USD 15'056'920.00 zzgl. 5% Zins geltend (vorne Rz. 41 ff.). Die Forderungen sind sowohl gleichartig als auch gegenseitig, und einklagbar (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3208). Die Verrechnung ist nicht durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen und die Verrechnungsforderung über USD 15'056'920.00 ist fällig.

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1