

BeveSana AG
Berner Strasse 5
8953 Dietikon
Schweiz

Vertreten durch das Moot Court Team 1
Andrea Döbeli
Daniela Samantha Schuler
Dario Marzorati
Stefano Cester

EINSCHREIBEN
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

20. April 2009

KLAGEANTWORT

Schiedsfall Nr. 600132 - 2008

In Sachen

Distribujet GmbH

Klägerin

Vertreten durch das Moot Court Team 2

gegen

BeveSana AG

Beklagte

Vertreten durch das Moot Court Team 1

betreffend

Vertragsauflösung

I. RECHTSBEGEHREN

1. *„Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten sei gutzuheissen.*
2. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte nicht passivlegitimiert ist.*
3. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin nicht verletzt hat.*
4. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte ihre Lieferpflichten gegenüber der Klägerin nicht verletzt hat.*
5. *Es sei festzustellen, dass die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 ungerechtfertigt war.*
6. *Die Forderung der Klägerin auf Bezahlung der Kosten für Radiowerbung von Mai bis Dezember 2008 sei abzulehnen. Eventualiter sei die Beklagte lediglich zur Bezahlung der Radiokosten während der Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist in folgender Höhe zu verpflichten:*

<i>Mai-Juni 08</i>	<i>EUR 40'000 .-</i>
<i>Juli-September 08</i>	<i>EUR 60'000 .-</i>
<i>Oktober 08</i>	<i><u>EUR 20'000 .-</u></i>
<i>Total</i>	<i><u>EUR 120'000.-</u></i>

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“

Gemäss Punkt 2.8 des Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 vom 19. September 2008 wird die Klägerin in dieser ersten Phase nachfolgend nur auf die Rechtsbegehren 1-6 eingehen. Die Fragen 1 und 3 werden dabei ohne konkrete Schadenshöhe erörtert.

II. INHALTSVERZEICHNIS

I. RECHTSBEGEHREN	I
II. INHALTSVERZEICHNIS	II
III. LITERATURVERZEICHNIS	IV
IV. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS	VII
V. ENTSCHEIDVERZEICHNIS	VII
VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IX
1. EINLEITUNG	1
<hr/>	
2. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS UND ÜBERGANG DER SCHIEDSKLAUSEL	1
<hr/>	
2.1. Ausgangslage	1
2.2. Vermögensübergang nach Art. 181 Abs. 1 OR	1
2.3. Gültigkeit des Übernahmevertrages	2
2.4. Die korrekten Übergangsbestimmungen	2
2.5. Übertragung von Vertragsverhältnissen	3
2.6. Stillschweigende Annahme des Vertragsübergangs	3
2.7. Zustimmung durch konkludentes Verhalten	4
2.7.1. Korrespondenz	4
2.7.2. Zusatzvertrag betreffend Sharp Requiem Sugarfree ®	4
2.7.3. Marketingsitzung vom Oktober 2005	6
2.7.4. Kontaktadressen	6
2.7.5. Formerfordernisse	7
2.8. Fazit.....	7
3. PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN	7
<hr/>	
3.1. Ausgangslage	7
4. VERLETZUNG DES AUSSCHLIESSLICHEN VERTRIEBSRECHTS	8
<hr/>	
4.1. Ausgangslage	8
4.2. Kein Eingeständnis der Vertragsverletzung.....	8
4.3. Absoluter Gebietsschutz.....	9

4.4.	Analoge Anwendung des Agenturrechts zur Auslegung des Gebietsschutzes.....	9
4.5.	Erhöhte Schutzpflicht wegen Abhängigkeit	10
4.6.	Verletzung des Vertriebsrechts wegen Verletzung einer Nebenpflicht.....	10
4.7.	Unklarheitenregel	11
4.8.	Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen	11
4.8.1.	Meistbegünstigungsklausel	11
4.8.2.	Widersprüchliches Verhalten der Beklagten.....	12
4.9.	Fazit.....	13
5.	VERLETZUNG DER LIEFERPFLICHT	13
5.1.	Ausgangslage.....	13
5.2.	Eintritt des Verzugs.....	13
5.2.1.	Ablauf der Zahlungsfrist	13
5.2.2.	Verrechnung mit der Schadensersatzforderung	13
5.2.3.	Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR	14
5.3.	Entstehung des Rechts auf Vorauszahlung	14
5.4.	Fortbestand des Rechts auf Vorauszahlung	15
5.4.1.	Ausgangslage	15
5.4.2.	Kein Wegfall des Rechts bei Erfüllung der Forderung	15
5.4.3.	Nichteinhalten der Neuregelung durch die Klägerin.....	15
6.	KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND	16
6.1.	Ausgangslage.....	16
6.2.	Wichtige Gründe i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV.....	16
6.3.	Kündigungsgrund aus Agenturrecht	17
6.4.	Verwirkung des Rechts auf Kündigung.....	17
6.5.	Kündigungsgrund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. d DV.....	17
7.	ERSATZ DER RADIOWERBUNGSKOSTEN FÜR DIE MONATE MAI BIS DEZEMBER 2008	18
7.1.	Ausgangslage.....	18
7.2.	Übergang des Distributionsvertrages.....	18
7.3.	Kündigung des Distributionsvertrages aus wichtigem Grund.....	19
7.3.1.	Ungerechtfertigte fristlose Auflösung des Distributionsvertrages	19
7.3.2.	Entschädigung während der ordentlichen Kündigungsfrist	20
7.4.	Fazit.....	21

III. LITERATURVERZEICHNIS

**AMSTUTZ, Marc/ BREITSCHMID, Peter/
FURRER, Andreas/ GIRSBERGER, Daniel/
HUGUENIN, Claire/ MÜLLER- CHEN,
MARKUS/ ROBERTO, Vito/ RUMO- JUNGO
Alexandra/ SCHNYDER, Anton**

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,
Zürich Basel Genf 2007.

Zitiert: CHK-BEARBEITER, Art, Rz.

Zitiert in Rz. 7.

BERGER, Bernhard/ KELLERHALS, Franz

Internationale und interne Schiedsgerichts-
barkeit in der Schweiz, Bern 2006.

Zitiert: BERGER/KELLERHALS, Rz.

Zitiert in Rz. 24.

**GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./
SCHMID, Jörg/ REY, Heinz/ EMMENEGGER,
Susan**

Schweizerisches Obligationenrecht Allge-
meiner Teil ohne ausservertragliches Haft-
pflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008.

Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I,
Rz.

Zitiert in Rz 37, 38.

**GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./
SCHMID, Jörg/ REY, Heinz/ EMMENEGGER,
Susan**

Schweizerisches Obligationenrecht Allge-
meiner Teil ohne ausservertragliches Haft-
pflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich
2008.

Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR
AT II, Rz.

Zitiert in Rz. 8.

GAUTSCHI, Georg

Berner Kommentar, Das Obligationenrecht,
Band VI, 2. Abteilung, Allgemeine Bestim-
mungen, 5. Teilband, Art. 407-424 OR, 2.
Auflage, Bern 1964.

Zitiert: BK-GAUTSCHI, S., Rz.

Zitiert in Rz.33.

HARTMANN, Jürg E./ EGLI, Felix W./ MEYER-HAUSER Bernhard F.	Der Alleinvertriebsvertrag: Ein Praktiker leitfaden mit Checklisten für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2. Auflage, St. Gallen 1995. Zitiert: HARTMANN, S. Zitiert in Rz. 60.
HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang	Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007. Zitiert: BSK OR I-BEARBEITER, Art., N. Zitiert in Rz. 7, 8, 9, 32, 33, 49, 68.
HUGUENIN, Claire	Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006. Zitiert: HUGUENIN, OR AT, Rz. Zitiert in Rz. 4, 5, 14, 36, 38.
HUGUENIN, Claire	Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2008. Zitiert: HUGUENIN, OR BT, Rz. Zitiert in Rz. 35, 49, 67, 68, 69, 72.
KOLLER, Alfred	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht Band I, Bern 2006. Zitiert: KOLLER, OR AT I, S. oder Rz. Zitiert in Rz 9, 68.
PAETZOLD, Veronika	Alleinvertriebsvertrag Deutschland – Schweiz, 2. Auflage, Zürich 2006. Zitiert: PAETZOLD, S. Zitiert in Rz. 60.

SCHWENZER, Ingeborg

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.

Zitiert: SCHWENZER, S., Rz.

Zitiert in Rz. 61.

VISCHER, Frank (Hrsg.)

Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII, zweiter Halbband, Basel 1979.

Zitiert: SPR VII/2 – BEARBEITER, S.

Zitiert in Rz. 33.

**VON DER CRONE, Hans Caspar/
GERSBACH, Andreas/ KESSLER, Franz J./
DIETRICH, Martin/ BERLINGER, Katja**

Das Fusionsgesetz, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2004.

Zitiert: VON DER CRONE ET AL., Rz.

Zitiert in Rz. 7.

IV. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

1. Schweizerische Juristen-Zeitung, 80. Jahrgang 1984.
Zitiert: SJZ 1984.

2. Blätter für Zürcherische Rechtssprechung, 95. Band, Jahrgang 1996.
Zitiert: ZR 1996.

V. ENTSCHEIDVERZEICHNIS

1. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Dezember 1973,
BGE 99 II 290.
Zitiert: BGE 99 II 290.

2. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Juni 1981, BGE
107 II 222.
Zitiert: BGE 107 II 222.

3. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Januar 1952, BGE
78 II 32.
Zitiert: BGE 78 II 32.

4. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14 März 1967, BGE 93
II 18.
Zitiert: BGE 93 II 18.

5. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 2002,
BGE 129 III 118.
Zitiert: BGE 129 III 118.

6. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. März 2007, BGE
133 III 360.
Zitiert: BGE 133 III 360.

-
7. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Oktober 2001,
BGE 128 III 50.
Zitiert: BGE 128 III 50.
-
8. Obergericht des Kantons Thurgau, Urteil vom 4. November 1982, RB 1983 Nr. 13.
-

VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

<i>A</i>	Abs.	Absatz
	AG	Aktiengesellschaft
	a.M.	anderer Meinung
	Art.	Artikel
	AT	Allgemeiner Teil
<i>B</i>	B#	Beilage der Einleitungsantwort
	Beschluss Nr. 2	Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichtes vom 31. Oktober 2008
	BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
	BGer	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (unveröffentlicht)
	BRD	Bundesrepublik Deutschland
	BSK	Basler Kommentar
	Bsp.	Beispiel
	bzw.	beziehungsweise
<i>C</i>	CHF	Schweizer Franken
<i>D</i>	DV	Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 zwischen Distribujet GmbH und BeveSana AG bzw. ab 2005 Bibite AG
<i>E</i>	EUR	Euro
<i>F</i>	f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
	FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung SR 221.301
<i>G</i>	gem.	gemäss
	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>H</i>	h.L.	herrschende Lehre
	HR	Schweizerisches Handelsregister
<i>I</i>	i.c.	in casu
	IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht SR 291
	i.S.v.	im Sinne von
	i.V.m.	in Verbindung mit
<i>K</i>	K#	Beilage der Einleitungsanzeige

	KS #	Klageschrift
L	lat.	lateinisch
	LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
N	Nr.	Nummer
O	OGer TG	Obergericht des Kantons Thurgau
	OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) SR 220
P	Pra	Die Praxis, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
S	sog.	sogenannt
	SPR	Schweizerisches Privatrecht
U	Übernahmevertrag	Vertrag vom 25. Mai 2005 über die Übernahme der Vertriebsabteilung der BeveSana AG durch die Bibite AG
V	vgl.	vergleiche
Z	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 SR 210
	Ziff.	Ziffer

1. Einleitung

- ¹ In einem ersten Schritt wird die Beklagte darlegen, dass die Schiedsklausel durch den Übernahmevertrag zwischen ihr und der Bibite AG übergegangen und das Schiedsgericht damit für die Beurteilung nicht zuständig ist (Punkt 2). Weiter wird dargelegt, dass die Beklagte nicht passivlegitimiert ist (Punkt 3). Danach wird aufgezeigt, dass weder das ausschliessliche Vertriebsrecht (4) noch die Lieferpflicht (Punkt 5) durch die Beklagte verletzt worden sind. Schliesslich wird nachgewiesen, dass die Klägerin unrechtmässig fristlos gekündigt hat (Punkt 6) und dass sie keinen Anspruch auf Rückerstattung der Kosten für Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 hat (Punkt 7).

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und Übergang der Schiedsklausel

2.1. Ausgangslage

- ² Wie die Klägerin vertritt auch die Beklagte hier den Standpunkt, dass die Schiedsvereinbarung als untrennbarer Bestandteil des Distributionsvertrages dessen Schicksal teilt (BGE 128 III 50, 56; GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3599). Jedoch wird bestritten, dass die Übernahme der Vertriebsabteilung durch Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 (B-1) gescheiter sei.

2.2. Vermögensübergang nach Art. 181 Abs. 1 OR

- ³ Die Beklagte macht in Art. 2.1.1 des Übernahmevertrages geltend, eine Übertragung der Vertriebsabteilung gem. Art. 181 Abs. 1 OR auf die Bibite AG vorzunehmen. Gemäss den alten Vorschriften nach diesem Artikel war dies problemlos möglich. Nach geltendem Recht hingegen ist dies nicht mehr möglich, da bei im Handelsregister eingetragenen Unternehmen die Bestimmungen des FusG zur Anwendung kommen. Allerdings besteht weiterhin die Möglichkeit, eine Übertragung mittels Singularsukzession i.S.v. Art. 175 ff. OR vorzunehmen.
- ⁴ Die Einführung des FusG und die Änderung von Art. 181 OR waren zum Zeitpunkt der Vermögensübernahme erst seit kurzer Zeit in Kraft. Die Bibite AG und die Beklagte waren sich dieser Neuerung nicht bewusst und haben folglich beim Abschluss des Übernahmevertrages falsche gesetzliche Bestimmungen als Grundlage gebraucht. Sie sind damit einem sog. Motivirrtum unterlegen. Motivirrtümer sind jedoch im Allgemeinen unwesentlich, wenn sie nicht unter die Qualifikation in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR fallen und die Nichtigkeit bewirken (HUGUENIN, OR AT Rz 472 ff.). Die Unverbindlichkeit eines Vertrages ist nach Art. 23 OR nur in Fällen gegeben, in denen der Irrtum wesentlich ist. Vorliegend wurden aber lediglich unrichtige gesetzliche Bestimmungen als Grund für das abzuwickelnde Rechtsgeschäft angegeben.

Davon sind aber weder der übrige Inhalt noch der Zweck des Vertrages betroffen, womit der vorliegende Irrtum als unwesentlich einzustufen ist.

2.3. Gültigkeit des Übernahmevertrages

- 5 Da die betreffende Bestimmung des Übernahmevertrages zugegebenermassen nicht anwendbar und folglich ungültig ist, stellt sich die Frage, inwieweit dies die Gültigkeit des Übernahmevertrages tangiert. Grundsätzlich kämen hier die Bestimmungen über die Teilnichtigkeit nach Massgabe von Art. 20 Abs. 2 OR zur Anwendung. In Art. 7.1.1 des Übernahmevertrages haben die Parteien allerdings eine sog. salvatorische Klausel vereinbart, die das Fortbestehen des Vertrages zulässt, auch wenn eine Klausel davon ungültig oder nicht vollstreckbar sein sollte (vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz. 405). Dies jedoch unter der Bedingung, dass dem ursprünglichen Willen der Parteien sowie der ursprünglichen ökonomischen Bedeutung der Bestimmung Rechnung getragen wird. Somit entspricht der Zweck dieser Klausel der grundsätzlichen Regelung von Art. 20 Abs. 2 OR, da auch dort die vertragliche Bindung aufrecht erhalten wird, wenn die restlichen Bestimmungen des Vertrages auf den hypothetischen Parteiwillen gestützt werden können (HUGUENIN, OR AT, Rz. 401). Es ist hier festzuhalten, dass der Wille der Parteien dahin geht, die Vertriebsabteilung mit sämtlichen Aktiven, Passiven und Verträgen mit Dritten zu übertragen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass dieser Entschluss nicht davon abhängt, nach welchen Bestimmungen dieses Rechtsgeschäft zu vollziehen ist, solange sie zum gleichen Ergebnis führen. Der Zweck liegt also darin, dass die Bibite AG in die rechtliche Stellung der Beklagten eintritt und deren Rechte und Verpflichtungen sowie ihre Geschäftsbeziehungen zu Dritten übernimmt. Ob dies nun via Universalsukzession oder auf andere Weise geschieht sollte hierbei keine Rolle spielen.
- 6 Es ist davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag auch geschlossen hätten, wenn ihnen der vorliegende Mangel beim Vertragsschluss bewusst gewesen wäre.

2.4. Die korrekten Übergangsbestimmungen

- 7 Da Art. 181 Abs. 1 OR gemäss den obigen Ausführungen nicht anwendbar ist, muss ermittelt werden, welche Bestimmungen herbeigezogen werden müssten und inwiefern sich diese von der Vorgehensweise sowie den Voraussetzungen gemäss Art. 181 Abs. 1 OR unterscheiden. Nach neuer Regelung besteht für Unternehmungen, welche im Handelsregister eingetragen sind, die zwingende Vorschrift des Art. 181 Abs. 4 OR, wonach gem. den Art. 69 ff. FusG vorzugehen ist. Gemäss der h.L. ist es jedoch weiterhin zulässig, „eine Vielzahl von Vermögenswerten und Verpflichtungen auf dem Wege der Singularsukzession zu übertragen“ (VON DER CRONE ET AL, Rz. 812, vgl. auch BSK OR-TSCHÄNI, OR I Art. 181 N 6, CHK-

REETZ/GRABER OR 181 N2) Diese sog. interne Schuldübernahme richtet sich nach den Art. 175 ff. OR. Davon ausgenommen ist jedoch die Übertragung von ganzen Vertragsverhältnissen (BSK OR-TSCHÄNI, OR I, Art. 175 OR Rz. 2).

2.5. Übertragung von Vertragsverhältnissen

- ⁸ Erforderlich ist hierzu, wie auch von der Klägerin festgehalten, ein dreiseitiger Vertrag sui generis (BSK OR-TSCHÄNI, Art. 175 OR Rz. 2), wobei es auch zulässig ist, einen Vertrag zwischen dem Schuldner und der eintretenden Partei zu schliessen und die Zustimmung des Gläubigers nachträglich einzuholen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER OR AT II N 3548). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass dies durch Versenden einer brieflichen Notifikation des Übernahmevertrages geschehen ist. Dies belegt auch Art. 5.2.1 des Übernahmevertrages, worin die Parteien vereinbaren, dass sie gemeinsam über die Übernahme verständigen und um Zustimmung der Vertragspartner ersuchen wollen. Die Beklagte hat zu diesem Zweck Schreiben an alle Vertragspartner versandt, worin sie die Betriebsübernahme bekannt gegeben hat. Dieser Brief enthält eine Bestimmung, worin von einer stillschweigenden Annahme des Vertragsübergangs ausgegangen wird, wenn der Adressat nicht innert Frist ablehnt.

2.6. Stillschweigende Annahme des Vertragsübergangs

- ⁹ Wie von der Klägerin behauptet, darf grundsätzlich das Schweigen auf einen Antrag nicht als Annahme gedeutet werden (KOLLER, OR AT Rz. 99). Zu beachten ist jedoch, dass zu dieser Regel die Ausnahme des Art. 6 OR besteht. Diese Bestimmung legt fest, dass von einer stillschweigenden Annahme ausgegangen werden kann, wenn aufgrund der gegebenen Umstände anzunehmen ist, dass der Antragsteller nicht mit einer Ablehnung rechnen muss (KOLLER, OR AT Rz. 103). I.c. wurde im Schreiben festgehalten, dass allein deshalb von einer stillschweigenden Annahme ausgegangen werde, da sich aus der Betriebsübernahme „grundsätzlich keine Änderung ergibt, da die Vertragsverhältnisse von der Bibite AG unverändert und zu den gleichen Bedingungen übernommen und weitergeführt werden“. Ausserdem bekräftigt die Beklagte, dass die Ansprechpartner der BeveSana AG ebenfalls zur Bibite AG wechseln und sich deshalb auch diesbezüglich nichts ändert (vgl. Anhang zu B-2). Dies entspricht der Regelung von Art. 6 OR, da nicht einzusehen ist, warum ein Vertragspartner einem Rechtsgeschäft, das nur äusserst geringfügige Änderungen des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zur Folge hat, nicht zustimmen sollte. Nach Treu und Glauben durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin die Vertragsübernahme durch die Bibite AG nicht ablehnen würde, da sich für sie grundsätzlich nichts ändern würde und alles beim Alten bleibt. (BSK OR-BUCHER, Art. 6 N 10 ff.)

- ¹⁰ Es ist somit zwischen der Beklagten und der Bibite AG sowie der Klägerin zu einer stillschweigenden Annahme gem. Art. 6 OR gekommen.

2.7. Zustimmung durch konkludentes Verhalten

- ¹¹ Im Sinne einer Eventualargumentation wird darauf eingegangen, dass die Klägerin auch durch konkludentes Verhalten der Vertragsübernahme durch die Bibite AG zugestimmt hat.
- ¹² Die Klägerin macht geltend, dass sie das oben genannte Schreiben (Anhang zu B-2) nie erhalten habe (K-13, Ziff. 3). Für dessen Versendung war Frau Karin Strasser, persönliche Assistentin von Herrn Felix Meier, verantwortlich. Laut eigener Aussage hat Frau Strasser einen Serienbrief erstellt, in welchen die Adresse der Klägerin, welche im Computer gespeichert war, übertragen wurde (vgl. B-2). Frau Strasser kann sich nicht vorstellen, dass die Klägerin trotz des oben genannten Vorgehens nicht angeschrieben wurde. Selbst wenn dies der Fall wäre, hat die Klägerin der Beklagten nie Anlass zur Annahme gegeben, dass ihr die Notifikation der Betriebsübernahme nicht bekannt gewesen sei.

2.7.1. Korrespondenz

- ¹³ Bereits im Schreiben vom 7. Mai 2006 (B-3) wurde der Briefkopf der Bibite AG verwendet, worauf die Klägerin Gelegenheit hatte, sich bei der Beklagten über diese Begebenheit zu informieren. Auch die Tatsache, dass daraufhin von der Klägerin die Adresse der Bibite AG im c/o aufgeführt wurde, deutet darauf hin, dass der Klägerin zumindest aufgefallen sein muss, dass sich bezüglich ihres Vertragspartners etwas geändert hat. Warum sich die Klägerin nicht dazu veranlasst sah, genauere Nachforschungen anzustrengen, scheint unverständlich. Die Aussage von Herrn Kölle, er habe nicht realisiert, dass das betreffende Schreiben von der Bibite AG gesendet wurde, lässt höchstens auf Nachlässigkeit seitens des Geschäftsführers schliessen.

2.7.2. Zusatzvertrag betreffend Sharp Requiem Sugarfree ®

- ¹⁴ Mit Schreiben vom 7. Mai 2006 (B-3) offerierte die Bibite AG der Klägerin die Möglichkeit, fortan auch den neu lancierten Drink *Sharp Requiem Sugarfree* ® exklusiv in Deutschland zu vertreten. Dieses Schreiben ist konform zu Art. 20 Abs. 1 DV als Vertragsänderung des bestehenden Alleinvertriebsvertrages zwischen der Beklagten und Bibite AG zu sehen. Es stellt ausserdem auch einen Antrag dar. Ein Antrag ist eine Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages, dessen Zustandekommen nur noch von der Zustimmung des Antragsempfängers abhängt. Der Akzept folgt zeitlich auf den Antrag und zeigt dem Antragsteller an, dass der Antragsempfänger den Antrag annimmt (HUGUENIN OR AT, Rz. 225 ff.). Es entsteht folglich ein Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR.

- 15 I.c. hat die Bibite AG der Klägerin den Antrag gestellt, auch das Produkt *Sharp Requiem Sugarfree* ® exklusiv in Deutschland zu vertreiben und den zwischen diesen Parteien bestehenden Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 entsprechend zu ergänzen. Als Zeichen der Annahme des Antrages sollte die Klägerin gemäss Inhalt des Schreibens dieses unterzeichnet an die Bibite AG retournieren. Am 10. Mai 2006 wurde dieses Schreiben von Herrn Kölle – laut seinen eigenen Aussagen einzelzeichnungsberechtigt für die Klägerin (K-13) – mit seiner Visa versehen und anschliessend an die Bibite AG zurückgesendet. Somit hat die Klägerin mit der Unterschrift von Herrn Kölle den Antrag der Bibite AG angenommen.
- 16 Dieses Schreiben, welches aus vorhergehenden Erläuterungen durch die Annahme der Klägerin auch als Vertrag i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR zu qualifizieren ist, erwähnt den Namen der Beklagten mit keinem Wort. Als Vertragsparteien sowohl des Distributionsvertrages wie auch des Antrages und der damit verbundenen Vertragsänderung werden nur die Bibite AG und die Klägerin aufgeführt. Die Bibite AG wird dabei namentlich im Text genannt und nicht nur im Briefkopf. Mit der Bezeichnung „...unser Distributionsvertrag...“ wird mehrmals deutlich darauf hingewiesen, dass sich die Bibite AG als Gegenpartei des Distributionsvertrages sieht. Das Schreiben lässt mühelos erkennen, wer dieses Schreiben verfasst und als Antragssteller gewaltet hat und ebenfalls, wer sich als Vertragspartei des Distributionsvertrages gesehen hat. Wäre sich die Klägerin tatsächlich, wie sie behauptet, bis zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass ein Übergang des Distributionsvertrages auf die Bibite AG stattgefunden hat, so hätte sie bei Anwendung der für Vertragsabschlüsse gebührenden Aufmerksamkeit aus den unmissverständlichen Formulierungen erkennen müssen, dass die Beklagte nicht länger als Vertragspartei involviert war. Folglich hätte sie die Unterzeichnung der Vertragsänderung zu Gunsten der Bibite AG verweigern können. Sie hat den Antrag jedoch am 10. Mai 2006 mit Unterzeichnung durch ihren Geschäftsführer angenommen. Sie hat also – sofern sie es vorher nicht bereits stillschweigend getan hat – konkludent auch die Übernahme des Distributionsvertrages, mithin der ganzen Vertriebsabteilung durch die Bibite AG, akzeptiert.
- 17 Falls die Klägerin, wie von ihr behauptet, tatsächlich nicht um die Übernahme der Vertriebsabteilung durch die Bibite AG gewusst hat, so hätte sie es aus dem Schreiben vom 7. Mai 2006 (B-3) erkennen müssen. Durch die vorbehaltlose Unterzeichnung hat die Klägerin aber zum Ausdruck gebracht, dass sie um die Übernahme wusste und hat dieser durch Unterzeichnung des Antrages konkludent zugestimmt.

2.7.3. Marketingsitzung vom Oktober 2005

- 18 Wie bereits festgestellt, behauptet die Klägerin keine Notifikation der Übertragung des Vertriebsgeschäfts erhalten zu haben. Dieser Behauptung widerspricht jedoch die Aussage von Herrn Jürgen Kölle. Herr Kölle gibt zu, dass Herr Felix Meier ihm während der Besprechung des Marketingplans und -budgets im Oktober 2005 eine Visitenkarte der Bibite AG ausgehändigt und erklärt hat, dass er „...nun für diese Gesellschaft arbeite“ (K-13). Diese Formulierung lässt keinen anderen Schluss zu, als dass Herr Meier vorher für eine andere Gesellschaft tätig gewesen ist und also seit dem letzten Zusammentreffen seine berufliche Tätigkeit zu einer neuen Gesellschaft verlegt hat. Da Herr Kölle aber noch immer mit Herrn Meier die Verhandlungen über das Marketingbudget geführt hat, hätte er hier die logische Schlussfolgerung ziehen müssen, dass sich eine Änderung ergeben hat. Es ist davon auszugehen, dass eine Vertragspartei in einer solchen Situation zumindest Erkundigungen einholen würde um sich einen genauen Überblick über die Geschäftssituation zu verschaffen. Dass Herr Kölle dies nicht für angebracht hielt, lässt keinen anderen Schluss zu, dass er, entgegen seiner Zeugenaussage (K-13), doch von der Übernahme wusste und auch die Übernahmenotifikation korrekt erhalten hat. Die Zeugenaussage von Herrn Kölle bezüglich dem Schreiben zur Übernahme, welches von der Bibite AG und der Beklagten versendet wurde, erscheint in diesem Zusammenhang sehr fragwürdig. „Ich mag mich nicht erinnern...“ erscheint als Aussage wenig glaubwürdig und deutet allenfalls auf eine Amnesie hin, nicht aber auf eine handfeste oder sogar beweisbare Behauptung. Es lässt die Beklagte vermuten, dass Herr Kölle seine Aufgabe als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer nicht mit der dafür gebotenen Vorsicht wahrnimmt, da er sich an ein so wichtiges Schreiben wie eine Übernahmenotifikation nicht mehr erinnern kann. Er war sich, wie es ebenfalls seiner Zeugenaussage zu entnehmen ist, ausserdem nicht bewusst, dass die Finanzabteilung der Distribujet GmbH - welcher er ebenfalls als Geschäftsführer vorsteht - die Rechnung sowohl vor wie auch nach der Übernahme zu Gunsten des korrekten Kontoinhabers beglichen hat.

2.7.4. Kontaktadressen

- 19 Die Klägerin hat richtig festgestellt, dass sich sowohl Telefonnummern, E-Mailadressen und Postadresse von Juli 2004 bis zum Abbruch der Geschäftsbeziehung nicht geändert haben. Es ist jedoch am Briefkopf aus praktisch sämtlichen Dokumenten seit Abschluss des Übernahmevertrages zu ersehen, dass sich der Name der Vertragspartei geändert hat. Dies hätte der Klägerin auffallen und sie dazu veranlassen müssen, bei der Beklagten nachzuhaken, warum dies der Fall ist.

- ²⁰ Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es die Klägerin mehrere Male versäumt hat, offensichtlichen Änderungen auf den Grund zu gehen, sich zu informieren und die Beklagte zu kontaktieren. Aufgrund dieses Verhaltens durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin die Notifikation der Betriebsübernahme erhalten hat und damit einverstanden war. Dass die Klägerin das Schreiben nie erhalten habe, ist eine bloße Behauptung und kann nicht einmal durch die Zeugenaussage des Geschäftsführers der Klägerin glaubwürdig erklärt werden. Aus diesem Grund kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass sie nicht um die Genehmigungsbedürftigkeit der Vertragsübertragung durch konkludentes Handeln wusste.
- ²¹ Die Klägerin hat der Vertragsübernahme durch die Bibite AG somit durch konkludentes Verhalten zugestimmt.

2.7.5. Formerfordernisse

- ²² Die von der Klägerin angeführte Klausel i.S.v. Art. 20 Abs. 1 DV, welche besagt, dass alle Änderungen des Vertrages in schriftlicher Form zu erfolgen haben, ist i.c. nicht anwendbar. Wie dem Gemeinschaftsschreiben der Bibite AG und der Beklagten vom Juni 2005 (Anhang zu B-2) zu entnehmen ist, werden die bestehenden Verträge von der Bibite AG „...unverändert und zu den gleichen Bedingungen übernommen und weitergeführt werden“. Die Klausel in Art. 20 Abs. 1 DV bezieht sich allerdings klar auf inhaltliche Änderungen des Vertrages. Somit handelt es sich nicht um ein Formerfordernis für einen Vertrag sui generis.

2.8. Fazit

- ²³ Der Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 (B-1) ist rechtsgültig. Somit ist die Vertriebsabteilung von der Beklagten auf die Bibite AG übergegangen. Der Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 wurde ebenfalls rechtsgültig auf die Bibite AG übertragen, da die Klägerin durch stillschweigende Annahme, eventualiter durch konkludentes Verhalten, zugestimmt hat. Da die Beklagte somit nicht mehr Partei des Distributionsvertrages ist, ist das Schiedsgericht nicht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig.

3. Passivlegitimation der Beklagten

3.1. Ausgangslage

- ²⁴ Wie aus den Argumentationen zu Punkt 1 zu entnehmen ist, vertritt die Beklagte den Standpunkt, dass der Distributionsvertrag gültig auf die Bibite AG übergegangen ist. Ab diesem Zeitpunkt ist die Beklagte als Vertragspartei des Distributionsvertrages vom 3. Juli 2004 ausgeschieden. Da sie folglich nicht länger an den Hauptvertrag gebunden ist, mangelt es ihr an der Sachlegitimation und damit an der Passivlegitimation (BERGER/KELLERHALS, Rz. 330 ff.).

4. Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

4.1. Ausgangslage

²⁵ Der Distributionsvertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin räumt der Klägerin das ausschliessliche Vertriebsrecht für die BRD ein. Seit Sommer 2006 sind Parallelimporte aus Polen in das Vertragsgebiet gelangt. Die Klägerin macht geltend, dass diese Parallelimporte ihr Alleinvertriebsrecht verletzt haben. Dies wird von der Beklagten bestritten.

4.2. Kein Eingeständnis der Vertragsverletzung

²⁶ Die Klägerin schliesst aus dem von der Beklagten am 10. September 2006 gewährten Preisnachlass, dass auch nach dem subjektiven Willen der Beklagten das Exklusivrecht verletzt sei (vgl. Klageschrift 2, Rz. 68). Sie interpretiert damit den Preisnachlass als Eingeständnis einer Vertragsverletzung seitens der Beklagten. Weiter schrieb die Beklagte in ihrem Brief vom 10. September 2006 (K-3): „Selbstverständlich kommen wir unseren vertraglichen Verpflichtungen nach und stellen sicher, dass ihre vertragliche Exklusivität nicht verletzt wird.“ Dies könnte von der Klägerin als ausdrückliche Anerkennung der Verletzung missdeutet werden.

²⁷ Aus der zitierten Stelle geht jedoch lediglich hervor, dass die Beklagte Massnahmen zur Abklärung der Ursache der Parallelimporte ergreifen will. Berücksichtigt man die damalige Situation, macht dies auch Sinn, da sich die Beklagte nur schon aufgrund der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht nicht blindlings auf die Zusicherung des polnischen Alleinvertreters verlassen wollte, wonach er nicht nach Deutschland liefere. Diese Aussage hatte die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt nämlich noch nicht definitiv auf ihren Wahrheitsgehalt hin abgeklärt (vgl. Beschluss Nr. 2), was aus dem restlichen Text des zitierten Briefes hervorgeht: „Wir werden einerseits aufgrund der uns übermittelten Produktionscodes festzustellen versuchen, aus welcher Quelle die Parallelimporte aus Polen stammen. Unser Alleinvertreter dort hat uns allerdings bereits versichert, dass er nicht nach Deutschland liefert. Andererseits gewährt Ihnen Bibe per sofort einen Preisnachlass [...]“.

²⁸ Ebenso stellt auch der Preisnachlass kein Eingeständnis einer Vertragsverletzung dar; die Beklagte hat mit der Gewährung des Preisnachlasses lediglich in ihrem eigenen Interesse gehandelt. Denn ungeachtet des Ursprungs der Parallelimporte bleiben diese eine Gegebenheit, welcher sich die Klägerin mit dem Preisnachlass anpasste: Weil sie sah, dass der Umsatz aus Verkäufen über die Klägerin einbrach, passte sie den Flaschenpreis an, da sie trotz des damit geringeren Preises beim Absatz über die Klägerin immer noch einen höheren Gewinn erzielen konnte, als wenn sie die Produkte über den polnischen Abnehmer verkauft hätte. Der Preisnachlass hatte somit lediglich pragmatisches Handeln seitens der Beklagten dargestellt.

4.3. Absoluter Gebietsschutz

- ²⁹ Gemäss den Ausführungen der Klägerin trifft die Beklagte die Pflicht, den polnischen Alleinvertreter dazu anzuhalten, alles zu unternehmen, damit das Alleinvertriebsrecht nicht unterlaufen wird. Weiter fordert die Klägerin, dass der polnische Alleinvertreter seine Lieferungen an diejenigen Abnehmer einstellt, welche das Vertragsprodukt nachweislich nach Deutschland exportieren. Die Klägerin verlangt von der Beklagten damit einen Schutz, welcher auch das Verhindern von Passivverkäufen umfasst, was einem kartellrechtswidrigen absoluten Gebietsschutz entspricht.
- ³⁰ Dem ist einerseits entgegenzuhalten, dass die Klägerin gemäss Einleitungsanzeige (S.3, Anm. 1) selbst vor einer Geltendmachung eines absoluten Gebietsschutzes ausdrücklich absieht. Andererseits kann ein absoluter Gebietsschutz – da kartellrechtswidrig - gar nicht im gemäss Sachverhalt (vgl. weitere Corrigenda und Antworten, Punkt 2) kartellrechtskonformen Vertrag enthalten sein.
- ³¹ Weiter kann der Gebietsschutz nicht als Garantie i.S.v. Art. 111 OR qualifiziert werden, wonach die Beklagte für das Unterlassen jeglicher Tätigkeit von Dritten im Vertragsgebiet der Klägerin einstehen und deshalb jegliche Parallelimporte verhindern müsste. Dies entspräche nämlich im Ergebnis einem absoluten Gebietsschutz, zu dessen Kartellrechtswidrigkeit es nicht auf die rechtliche Qualifikation des Vertrages ankommt.

4.4. Analoge Anwendung des Agenturrechts zur Auslegung des Gebietsschutzes

- ³² Von der Klägerseite könnte weiter der Einwand vorgebracht werden, dass der Gebietsschutz kein Innominatelement, sondern Teil des Agenturrechts sei, weshalb zu dessen Auslegung die analoge Anwendung von Art. 418f OR geboten sei. Danach hätte die Beklagte alles zu tun, um der Klägerin die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen.
- Dem ist entgegenzuhalten, dass die von der Klägerin zitierte Quelle die analoge Anwendung des Agenturrechts gar nicht postuliert, sondern bloss erwähnt, dass das Element des Gebietsschutzes sowohl beim Alleinvertriebsvertrag, als auch beim Agenturrecht vorhanden ist. Ohnehin ist nach herrschender Lehre das Alleinvertriebsrecht ein Innominatelement, was gegen die analoge Anwendung von Agenturrecht spricht (BSK OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. zu Art. 184, N 134; SPR VII/2-SCHLUEP, S. 844).
- ³³ Selbst bei analoger Anwendung von Art. 418f OR ist die Beklagte nicht verpflichtet, alles zu unternehmen, um den wirtschaftlichen Erfolg der Klägerin zu fördern. Art. 418f OR ist nämlich insofern zu weit formuliert, als dass die Beklagte als Auftraggeberin ihre Interessen nicht denjenigen der Klägerin als Beauftragter unterordnen muss (BSK OR-KOLLER Art. 418f, N 1;

SPR-HOFSTETTER, S. 142 ; BK-GAUTSCHI, S. 260, Rz.1b). Daraus lässt sich für den konkreten Fall ableiten, dass die Beklagte aus Art. 418f OR nicht zur Preisangleichung an das polnische Niveau verpflichtet war, da dies eine Unterordnung ihrer Interessen bedeutet hätte –zwar lag die erste Preisanpassung wie bereits ausgeführt (siehe Punkt 4.2) im Interesse der Beklagten, eine Absenkung des Preises auf das polnische Niveau hätte jedoch zur Folge gehabt, dass die Beklagte sämtliche Produkte nur noch zum niedrigeren polnischen Preis hätte absetzen können, was für sie auf jeden Fall eine Gewinneinbusse bedeutet hätte.

4.5. Erhöhte Schutzpflicht wegen Abhängigkeit

³⁴ Weiter könnte die Klägerin anführen, dass sie von der Beklagten äusserst abhängig gewesen sei und die Beklagte deshalb verpflichtet gewesen sei, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine Beeinträchtigung des Exklusivitätsrechts durch Dritte zu verhindern. Dies mit der Begründung, dass eine im Vergleich zu einem normalen Alleinvertriebsvertrag erhöhte Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten den Distributionsvertrag in die Nähe des Agenturrechts rücke, in welchem gemäss Art. 418f Abs. 1 OR eine allgemeine Interessenwahrungspflicht des Auftraggebers bestehe.

³⁵ Dagegen ist einzuwenden, dass der zwischen den Parteien geschlossene Distributionsvertrag in keiner Weise eine stärkere Abhängigkeit der Klägerin begründet, als dies bei normalen Alleinvertriebsverträgen üblich ist. So gehört ein beschränktes Vertragsgebiet, ein Konkurrenzverbot und die Pflicht zum ausschliesslichen Bezug zum gängigen Inhalt eines Alleinvertriebsvertrages (HUGUENIN, OR BT, Rz. 1490ff.). Auch die Pflicht zu einer Mindestbezugsmenge begründet keine besondere Abhängigkeit der Klägerin, da sie nicht die Bindung der Klägerin, sondern den Schutz der Beklagten bezweckt: Sie soll der Beklagten die Möglichkeit eröffnen, aus dem Vertrag auszusteigen, falls sich die Klägerin als ungeeignete Vertriebspartnerin entpuppen sollte. Ohnehin hat die Klägerin die Mindestverkaufszahlen bis anhin ohne Probleme erreicht. Sollte das Gericht trotzdem eine erhöhte Abhängigkeit der Klägerin annehmen, ist zur Anwendung bzw. zur Auslegung des Agenturrechts auf (siehe Punkt 3.4) zu verweisen.

4.6. Verletzung des Vertriebsrechts wegen Verletzung einer Nebenpflicht

³⁶ Die Beklagte kann das ausschliessliche Vertriebsrecht auch nicht durch Nichterfüllen einer Nebenpflicht verletzt haben, da die Verletzung einer Nebenpflicht nicht die Verletzung der Hauptpflicht nach sich zieht, sondern lediglich zur Klage nach Art. 97 OR berechtigt (HUGUENIN, OR AT, Rz. 592ff.). I.c. wäre insbesondere die Argumentation abzulehnen, wonach die Beklagte das Exklusivrecht verletzt habe, weil sie ihrer Informationspflicht nicht nachge-

kommen sei, da die Informationspflicht eine selbstständige Pflicht darstellt und insbesondere nicht der Konkretisierung des Exklusivrechts dient.

4.7. Unklarheitenregel

³⁷ Sodann bringt die Klägerin vor, dass der Vertragsinhalt aufgrund der Unklarheitenregel gegen die Beklagte auszulegen sei. Daraus könnte geschlossen werden, dass das Exklusivrecht streng interpretiert werden soll und es deshalb durch die Parallelimporte verletzt worden sei. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, ob das Exklusivrecht eine individuell ausgehandelte Bestimmung ist oder zum allgemeinen Standardvertrag der Beklagten gehört (vgl. die nicht abschliessende Aufzählung der individuell ausgehandelten Bestimmungen in Beschluss Nr. 2). Sodann kommt die Unklarheitenregel nur zur Anwendung, wenn ein Vertragspartner den Vertragstext global übernimmt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, S. 279 Rz. 1232 ; BGE 99 II 290, S.293 ; HaGer ZH in ZR 1996, S. 153), d.h. nicht liest oder nicht versteht. I.c. wurden jedoch einzelne Bestimmungen individuell ausgehandelt, womit eine Globalübernahme ausgeschlossen ist.

4.8. Auslegung nach mutmasslichem Parteiwillen

³⁸ Der subjektive Wille der Parteien, welcher als primäres Instrument zur Auslegung des Vertrages dient (HUGUENIN, OR AT, Rz. 262), ist kaum mehr zu ermitteln. Deshalb ist der Inhalt des Exklusivrechts auch nach Auffassung der Beklagten in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz. 264) nach dem mutmasslichen Parteiwillen zu eruieren. Dabei müssen die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden - es ist also davon auszugehen, wie eine Erklärung nach gutem Glauben und der Gesamtheit der Umstände hat verstanden werden dürfen (BGE 129 III 118, S. 122). Entscheidend ist weiter, was vernünftig und redlich handelnde Parteien i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, S. 273 Rz. 1201).

4.8.1. Meistbegünstigungsklausel

³⁹ Die Klägerin könnte vorbringen, dass nach dem mutmasslichen Willen der Parteien im Exklusivrecht i.S.v. Art. 2 und 3 DV eine Meistbegünstigungsklausel enthalten sei, wonach die Beklagte der Klägerin eine führende Marktposition im Vertragsgebiet zu garantieren habe. Nach Auffassung der Beklagten ist es jedoch nicht Sinn und Zweck des Exklusivrechts, der Klägerin eine marktbeherrschende Stellung zu verschaffen, sondern ihr lediglich die Chance dazu einzuräumen. Die Klägerin darf sich damit auch darauf verlassen, dass die Beklagte selbst weder direkt noch indirekt in das Vertragsgebiet liefert und dass sie das Verbot von

Aktivverkäufen auch gegenüber ihren ausländischen Abnehmern durchsetzt. Nicht aber darf die Klägerin erwarten, dass die Beklagte ihr eine marktbeherrschende Stellung garantiert. Denn keine objektive vernünftige Partei in der Lage der Beklagten würde der Klägerin eine marktbeherrschende Stellung garantieren, da dies ein enormes, von der Beklagten bloss mittelbar beeinflussbares Geschäftsrisiko darstellen würde. Die Beklagte schuldet lediglich ein Tätigwerden, nicht einen Erfolg.

4.8.2. Widersprüchliches Verhalten der Beklagten

⁴⁰ Ein Verstoss gegen das nach Vertrauensprinzip ausgelegte Exklusivrecht wäre es, wenn die Beklagte ein widersprüchliches Verhalten an den Tag gelegt hätte, wie es die Klägerin behauptet (Klageschrift 2, Rz. 72). Dies, indem sie der Klägerin einerseits ein Alleinvertriebsrecht zugesichert, andererseits die Parallelimporte provoziert und damit das Alleinvertriebsrecht ausgehöhlt hätte. Eine solche Verletzung des Exklusivrechts durch widersprüchliches Verhalten liesse sich durch die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB fliessende Loyalitätspflicht der Parteien begründen. Die Loyalitätspflicht hält die Parteien dazu an, jegliches Verhalten zu unterlassen, welches den Vertragszweck oder die Leistungserbringung beeinträchtigt. Die Klägerin könnte nun vorbringen, dass der Vertragsschluss mit der PLL Beer SA dem Zweck des bestehenden Vertrages mit der Klägerin zuwiderläuft. Nach dieser Auffassung wäre es der Beklagten jedoch nicht mehr möglich, mit Abnehmern in anderen europäischen Ländern Alleinvertriebsverträge zu schliessen, da immer die Gefahr von Parallelimporten bestünde. Dem steht die Tatsache entgegen, dass der Alleinvertriebsvertrag ein im internationalen Handel übliches und anerkanntes Vertriebswerkzeug ist, dessen Sinn u.a. gerade darin besteht, in jedem Vertriebsgebiet den jeweils optimalen Preis zu erzielen.

⁴¹ Nach Auffassung der Beklagten ist der Inhalt des Alleinvertriebsrechts nach Treu und Glauben wesentlich enger zu verstehen. Er wird in Art. 3 Abs. 2 DV dahingehend konkretisiert, dass es die Beklagte unterlässt, im Vertragsgebiet einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, sowie selber direkt oder indirekt Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Dies bedeutet, dass die Beklagte weder selbst nach Deutschland liefern, noch andere Händler mit der Absicht beliefern darf, dass diese in das Vertragsgebiet der Klägerin exportieren. Es steht ausser Zweifel, dass sich die Beklagte an diese Vereinbarung gehalten hat, da die Parallelimporte auch für sie selbst finanzielle Einbussen bedeuten, weil sie die Produkte über den polnischen Abnehmer zu einem geringeren Preis absetzt. Diese Pflicht der Beklagten, sich loyal zum Vertragszweck zu verhalten, erschöpft sich darin, Art. 3 Abs. 2 DV einzuhalten und weiter das Verbot der Aktivverkäufe auch gegenüber dem polnischen Alleinvertreter durchzusetzen. Dem ist die

Beklagte nachgekommen (Einleitungsantwort, Punkt I Ziff. 5), was von der Klägerin auch nicht bestritten wird.

4.9. Fazit

- ⁴² Die Beklagte ist sämtlichen Pflichten nachgekommen, welche sich aus dem Alleinvertriebsrecht i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 DV ableiten lassen. Sie hat damit das Exklusivrecht der Klägerin nicht verletzt.

5. Verletzung der Lieferpflicht

5.1. Ausgangslage

- ⁴³ Gemäss Art. 5 Abs. 5 DV ist die Beklagte befugt, Vorauszahlungen für ihre Lieferungen zu verlangen, sobald die Klägerin in Zahlungsverzug gerät. Der Lauf der Zahlungsfrist von 60 Tagen beginnt nach Erhalt der Rechnung. Ob die Beklagte vertragswidrig Vorauszahlung verlangt hat, hängt einerseits davon ab, ob die Klägerin sich im Zahlungsverzug befunden hat, andererseits davon, ob das Recht auf Vorauszahlung aus einem anderen Grund wieder weggefallen sein könnte.

5.2. Eintritt des Verzugs

5.2.1. Ablauf der Zahlungsfrist

- ⁴⁴ Die Klägerin hat die fragliche Rechnung am 5. Februar 2008 erhalten (Beschluss Nr. 2, Ziff. 19). Das bedeutet, dass die Zahlungsfrist am folgenden Tag zu laufen beginnt und ihr Ende auf den 5. April 2008 fällt. Bis zu diesem Tag wurden die offenen Rechnungen für die Lieferungen im Gesamtwert von EUR 2'900'000 nicht beglichen; die Forderungen wurden erst am 21. April 2008 erfüllt. Die Klägerin hat folglich die Zahlungsfrist nicht eingehalten und befand sich deshalb im Zahlungsverzug. Die Klägerin bestreitet jedoch den Eintritt des Verzugs.

5.2.2. Verrechnung mit der Schadensersatzforderung

- ⁴⁵ Die Klägerin bestreitet den Eintritt des Zahlungsverzugs, indem sie behauptet, dass sie im Brief K-6 vom 3. April 2008 ihre Schadensersatzforderung über EUR 10'000'000 aus Parallelimporten konkludent mit den Lieferforderungen der Beklagten verrechnet habe. Damit habe sie die Zahlungsfrist gewahrt. Gemäss Art. 124 Abs. 1 OR bedarf eine wirksame Verrechnung einer Verrechnungserklärung. Die Klägerin behauptet, dass eine solche konkludent im Brief K-6 enthalten sei.

- ⁴⁶ Im Brief K-6 verlangt die Klägerin jedoch „die prompte Überweisung der Entschädigungssumme“ und fordert sogar eine Bestätigung der Überweisung. Sie verlangt damit ausdrücklich die Bezahlung des vollen Betrages, ohne Abzug der offenen Beträge für die Lieferungen. Der

Brief nimmt in keiner Weise Bezug auf die offenen Lieferforderungen der Beklagten. Falls die Klägerin wirklich hätte verrechnen wollen, hätte sie das Vorliegen des Zahlungsverzugs sofort bestreiten müssen, als er von der Beklagten im Brief vom 10. April 2008 festgestellt wurde. Das Verhalten der Klägerin zeigt, dass der Brief K-6 keine Verrechnungserklärung enthalten haben kann.

- 47 Weiter spricht gegen eine Verrechnung, dass die Klägerin nicht einmal nach dem Brief K-9 vom 16. April den Verzug bestreitet, sondern vielmehr auf den Kompromissvorschlag der Beklagten einging und dort die Lieferforderungen der Beklagten ausdrücklich mit ihrer Marketingforderung verrechnete. Wenn man der Auffassung der Klägerin folgt, wäre dies jedoch unmöglich, da die Lieferforderungen zu diesem Zeitpunkt bereits durch die Verrechnung mit der Schadenersatzforderung getilgt gewesen wären.
- 48 Da es an einer Verrechnungserklärung fehlt, wurden die offenen Lieferforderungen der Beklagten nicht durch Verrechnung getilgt, womit die Klägerin die Zahlungsfrist nicht eingehalten hat und deshalb in Verzug geraten ist.

5.2.3. Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR

- 49 Weiter könnte die Klägerin vorbringen, dass sie die Bezahlung der Lieferung auf Grund von Art. 82 OR habe verweigern dürfen, da - nach ihrer Auffassung - die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht nicht gewährleistet hat. Sie macht damit ein Leistungsverweigerungsrecht übers Kreuz geltend. Sowohl die herrschende Lehre als auch das Bundesgericht lehnen die Anwendung von Art. 82 OR übers Kreuz jedoch ab. (BSK OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. zu Art. 184, N 141 ; HUGUENIN, OR BT, Rz. 1524 ; BGE 107 II 222, S. 223 ; BGE 78 II 32, S. 34). Eine Verschmelzung des Doppelsynallagmas zu einem einzigen ist i.c. abzulehnen, da es wie bereits dargelegt, an der dafür erforderlichen stärkeren Abhängigkeit der Klägerin fehlt (BSK OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. zu Art. 184, N 141).

5.3. Entstehung des Rechts auf Vorauszahlung

- 50 Zudem könnte die Klägerin vorbringen, dass, obwohl der Verzug eingetreten ist, Vorauszahlungen ungerechtfertigt verlangt wurden, da die Beklagte gemäss Art. 107 Abs. 1 OR zunächst eine angemessene Nachfrist hätte ansetzen sollen.
- 51 Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR nur für die in Art. 107 OR erwähnten Sanktionen erforderlich ist. Der Vertrag hält in Art. 5 Abs. 5 DV jedoch ausdrücklich fest, dass bereits der Eintritt des Zahlungsverzugs die Beklagte zum Verlangen

von Vorauszahlungen berechtigt. Die Klägerin hat folglich am 10. April 2008 (K-7) gerechtfertigterweise Vorauszahlung verlangt.

5.4. Fortbestand des Rechts auf Vorauszahlung

5.4.1. Ausgangslage

⁵² Weiter bringt die Klägerin vor, dass, auch wenn das Recht auf Vorauszahlung entstanden sein sollte, dieses später wieder weggefallen sei. Dass die Beklagte dennoch weiterhin auf Vorauszahlung beharrt hat, stellt nach Auffassung der Klägerin eine Verletzung der Lieferpflicht dar.

5.4.2. Kein Wegfall des Rechts bei Erfüllung der Forderung

⁵³ Die Klägerin könnte sich auf eine Treu und Glauben oder auf Branchenusanz berufen, wonach die Pflicht zur Vorauszahlung wegfalle, sobald allfällige offene Forderungen beglichen und die Liquidität der Schuldnerin nicht mehr gefährdet ist.

Diese Usanz äussert sich jedoch gar nicht zum vorliegenden Fall, da i.c. nicht die Zahlungsfähigkeit, sondern die Zahlungsbereitschaft der Klägerin in Frage steht. Der Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 5 DV besteht nämlich nicht nur im Schutz der Beklagten vor der Insolvenz der Klägerin, sondern generell vor einem Zahlungsausfall. Ein solches Kreditrisiko besteht für die Beklagte nach wie vor: Zwar war die Zahlungsmoral der Klägerin früher einwandfrei, allerdings herrschte da auch ein sehr positives Geschäftsklima zwischen den beiden Parteien. Kaum verschlechterte sich die Beziehung, liess der Zahlungswille der Klägerin plötzlich nach und sie versuchte den ihr durch die Parallelimporte entgangenen Gewinn eigenmächtig durch „Gratislieferungen“ zu kompensieren, anstatt die von ihr gerügte Verletzung des Vertriebsrechts auf dem ordentlichen gerichtlichen Weg feststellen zu lassen. Die Beklagte hatte zu befürchten, dass sich die Klägerin erneut so verhalten würde, weshalb für sie weiterhin ein Kreditrisiko bestand. Deshalb hat die Beklagte rechtmässig auf Vorauszahlungen beharrt.

5.4.3. Nichteinhalten der Neuregelung durch die Klägerin

⁵⁴ Schliesslich könnte die Klägerin vorbringen, dass die Beklagte versprochen hat, die Klägerin nicht mehr nur gegen Vorauszahlung zu beliefern, falls diese ihre offenen Rechnungen unverzüglich begleichen würde. Sie beruft sich dabei auf den der Klägerin von der Beklagten unterbreiteten Vorschlag vom 16. April 2009 (K-9).

⁵⁵ Allerdings hat sich die Klägerin selbst nicht an den Vorschlag gehalten, indem sie die offenen Beträge mit ihrer Marketingforderung verrechnet hat. Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin ausdrücklich erklärt, dass sie die Marketingforderung erst bezahlen werde, *nachdem* die Klägerin die offenen Lieferforderungen beglichen hat. Es ist irrelevant, ob eine gesetzliche Verrechnungslage bestanden hat, da der Vorschlag eben gerade darauf beruhte, dass die Klä-

gerin ihre Forderung nicht zur Verrechnung bringen würde. Da sich die Klägerin ihrerseits nicht an den Vorschlag gehalten hat, durfte sie im Gegenzug auch nicht von der Beklagten verlangen, nicht mehr auf Vorauszahlung für Lieferungen zu beharren.

6. Kündigung aus wichtigem Grund

6.1. Ausgangslage

⁵⁶ Art. 13 Abs. 1 DV ermächtigt beide Parteien zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Eine nicht abschliessende Aufzählung von wichtigen Gründen ist in Art. 13 Abs. 2 DV aufgelistet. Zusätzlich kann in analoger Anwendung des Agenturrechts der Vertrag ohne Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist aufgelöst werden, wenn einer Vertragspartei die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist (HARTMANN, S. 31; PAETZOLD, S. 45). Im Folgenden wird die Beklagte auf die von der Klägerin angeführten und weitere zu berücksichtigende wichtige Gründe eingehen.

6.2. Wichtige Gründe i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV

⁵⁷ Zunächst führt die Klägerin an, dass die Verletzung des Alleinvertriebsrechts einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV darstelle. Weiter könnte sie vorbringen, dass die Beklagte auch die Lieferpflicht verletzt habe. Wie dargelegt (siehe Punkt 4 bzw. 5) hat die Beklagte jedoch nach ihrer Auffassung weder das Exklusivrecht noch die Lieferpflicht verletzt, weshalb kein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt.

⁵⁸ Sollte das Gericht jedoch trotzdem eine der beiden Pflichten als verletzt betrachten, wäre das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV gleichwohl zu verneinen, da die nach Vertrag erforderliche zehntägige Abmahnungsfrist nicht eingehalten wurde. So mahnte die Klägerin die Vertragsverletzung im Brief K-10 vom 21. April 2008 ab und kündigte den Vertrag am 30. April 2008, also zwei Tage zu früh.

⁵⁹ Der Sinn der erforderlichen Abmahnung besteht darin, dass die Beklagte die Gefahr der Kündigung erkennen kann. Die Klägerin hatte schon lange Kenntnis von den angeblichen Verletzungen, welche sie auch mehrmals rügte. In Anbetracht der bereits so zahlreichen erfolgten Beanstandungen seitens der Klägerin, hätte sie für eine wirksame Abmahnung i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a DV die Möglichkeit einer bevorstehenden Kündigung aufzeigen sollen. Eine solche Manifestation der Kündigungsgefahr ist in keinen der Beanstandungen vor dem 21. April 2009 enthalten, weshalb diese auch nicht als Abmahnungen qualifiziert werden dürfen.

6.3. Kündigungsgrund aus Agenturrecht

⁶⁰ In analoger Anwendung des Agenturrechts liegt ein wichtiger Grund vor, wenn es dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, den Vertrag weiterzuführen (HARTMANN, S. 31 ; PAETZOLD, S. 45). So behauptet die Klägerin, dass es ihr nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten gewesen sei, nach einem Marktanteilsverlust von beinahe 50% die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten. Allerdings räumt sie selbst ein, dass die fristlose Kündigung die „ultima ratio“ darstelle. Die Klägerin hätte gemäss Art. 7 DV den Vertrag auf Ende Oktober 2008 ordentlich kündigen können. Die fristlose Kündigung wegen Unzumutbarkeit ist hier ungerechtfertigt, da die Klägerin gemäss Einleitungsanzeige zumindest kostendeckend vertreibt (Einleitungsanzeige, I. Ziff. 2: argumentum e contrario aus der Aussage, dass die Klägerin den polnischen Alleinvertreter, geschweige denn mit Profit hätte konkurrieren können). Die blossе Tatsache, dass der Vertrag für die Klägerin wirtschaftlich nicht mehr so lukrativ war, wie sie sich das bei Vertragsschluss erhofft hat, begründet noch keine Unzumutbarkeit. Eine ordentliche Kündigung wäre der Klägerin ohne weiteres zumutbar gewesen; die fristlose Kündigung war damit nicht gerechtfertigt.

6.4. Verwirkung des Rechts auf Kündigung

⁶¹ Aus Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB fliesst, dass die Klägerin nach Erkennen des wichtigen Grundes, der zur Vertragsauflösung berechtigt hätte, innert angemessener Frist hätte kündigen müssen (SCHWENZER, S. 9 Rz. 3.11 ; BGE 93 II 18, S. 19), da ansonsten das Kündigungsrecht verwirkt. Die Klägerin wusste schon seit Spätsommer 2007 über die Parallelimporte Bescheid, welche nach ihrer Auffassung das Alleinvertriebsrecht verletzen (Vgl. Brief K4 vom 12. November 2007). Dass sich daran nichts ändern würde, hatte die Beklagte der Klägerin bereits am 5. Dezember 2007 klar gemacht, indem sie verdeutlichte, dass nach ihrer Auffassung das Exklusivrecht der Klägerin nicht verletzt sei.

⁶² Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die fristlose Kündigung nach Kenntnis der Vertragsverletzung innert maximal sechs Tagen erfolgen muss (Vgl. BGE 93 II 18, S. 19 und Oger TG, SJZ 1984, S. 322 f.). I.c. dauerte es bis zur Kündigung am 21. April 2008 mehr als vier Monate, weshalb das Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund verwirkt ist.

6.5. Kündigungsgrund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. d DV

⁶³ Schliesslich könnte die Klägerin vorbringen, dass die Beklagte das Vertragsprodukt mehrfach nicht wie vereinbart geliefert habe, was nach Art. 13 Abs. 2 lit. d DV als wichtiger Grund zur fristlosen Vertragsauflösung berechtigen würde.

Dagegen ist einzuwenden, dass die in Frage stehenden Bestellungen vom 13. bzw. vom 21. April datieren. Gemäss Art. 5 Abs. 1 DV steht der Beklagten eine Lieferfrist von mindestens einem Monat zu. Deshalb hatte die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung noch gar keinen fälligen Anspruch auf die Lieferungen, was einen Kündigungsgrund i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. d DV ausschliesst.

7. Ersatz der Radiowerbungskosten für die Monate Mai bis Dezember 2008

7.1. Ausgangslage

⁶⁴ Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte die ihr entstandenen Radiowerbekosten für das gesamte Jahr 2008, insbesondere von Mai bis Dezember zu ersetzen habe. Sie begründet diese Forderung damit, dass die Buchung der Radiowerbezeit im Sinne einer getreuen Geschäftsführung und um der Erfüllung ihrer vertraglich festgelegten Absatzförderungspflicht nachzukommen vorgenommen wurde. Die Vergütung der Kosten durch die Beklagte sei ebenfalls eine vertragliche Leistungspflicht aus dem Distributionsvertrag, wobei deren Nichterfüllung seitens der Beklagten eine positive Vertragsverletzung darstelle (vgl. Klageschrift 2, Rz. 109 ff.).

7.2. Übergang des Distributionsvertrages

⁶⁵ Wie in den Ausführungen zu Punkt 2 zu ersehen ist, begründet nach Auffassung der Beklagten mit Abschluss des Übernahmevertrages vom 25. Mai 2005 (B-1) der DV ab dem rückwirkenden Übernahmedatum ein Rechtsverhältnis zwischen der Bibite AG und der Klägerin, aber nicht länger zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die von der Klägerin behaupteten Radiokosten wurden gemäss ihrer eigenen Aussage während der jährlich stattfindenden Marketingsitzung im Oktober 2007 beschlossen. Die Marketingsitzung fand also mehr als zwei Jahre nach Übergang der Vertriebsabteilung an Bibite AG statt. Als Vertreter der Parteien fungierten denn auch unter anderem, Herr Kölle für die Klägerin und Herr Meier, der, wie er es Herrn Kölle selbst mitgeteilt hat, seit dem Übernahmevertrag seine Position bei der Bibite AG und nicht länger bei der Beklagten ausübt. Damit war die Beklagte zu keinem Zeitpunkt an den Budgetsitzungen vertreten, an denen die fraglichen Radiowerbekosten beschlossen wurden, und war in derlei Verhandlungen ab Vertragsübergang auch nicht mehr involviert. Auch bestand aus diesem Grund keine vertragliche Leistungspflicht zur Bezahlung der Marketingaufwendungen aus dem Distributionsvertrag für die Beklagte. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum die Beklagte der Klägerin Radiowerbekosten ersetzen sollte, für deren Abschluss sie nie ihr Einverständnis erteilt hat und zu deren Begleichung sie seit Vertragsübergang auch nicht mehr zum Ausgleich verpflichtet ist.

7.3. Kündigung des Distributionsvertrages aus wichtigem Grund

66 Sollte das Schiedsgericht wider erwarten zum Schluss gelangen, dass der Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 nach wie vor zwischen den Streitparteien ein Rechtsverhältnis begründet, so weigert sich die Beklagte dennoch, die Radiowerbekosten für die Zeit nach der fristlosen Kündigung zu begleichen.

7.3.1. Ungerechtfertigte fristlose Auflösung des Distributionsvertrages

67 Wie es den in Punkt 6 vertretenen Auffassungen zu entnehmen ist, empfindet die Beklagte die fristlose Kündigung nach Art. 13 Abs. 1 DV auf den 30. April 2008 als ungerechtfertigt.

68 Wird ein Alleinvertriebsvertrag aus wichtigem Grund aufgelöst, so ist die Erforderlichkeit der parallelen Anwendung von Agenturrecht, namentlich Art. 418r Abs. 1 OR zwar in Frage gestellt, jedoch wird diese auch nicht abgelehnt (HUGUENIN, OR BT, Rz. 1502; a. A BSK OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff., Rz. 143). Gemäss Art. 418r Abs. 1 OR kann ein Vertrag aus wichtigem Grund zu jeder Zeit aufgelöst werden. Wird jedoch eine Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen, ohne das ein solcher vorliegt, so wird, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausnahmen, die Kündigung als nichtig betrachtet (KOLLER, OR AT, S. 439, Anm. 1; vgl auch BGE 133 III 360 E. 8.1.2 f. S. 364 f.). Art. 418r Abs. 2 OR verweist diesbezüglich auf die Vorschrift zum Arbeitsvertrag in Art. 337c OR. Obwohl SCHLUEP/AMSTUTZ im Zusammenhang mit Alleinvertriebsverträgen Art. 418r Abs. 2 OR die Anwendung versagen will, wenn nicht der Abnehmer die gleiche Schutzbedürftigkeit wie ein Arbeitnehmer aufweist (BSK OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl vor Art. 184 ff. Rz. 143), so verweist HUGUENIN bei Schadenersatzforderungen ausdrücklich auf Art. 404 Abs. 2 OR aber auch auf Art. 337c OR (HUGUENIN, OR BT, Rz. 1525 ff.). Art. 404 OR gibt jedem Vertragsteilnehmer das Recht zur jederzeitigen Kündigung unter dem Vorbehalt von Schadenersatz bei Kündigung zur Unzeit. Art. 337c Abs. 1 OR attestiert indessen dem Arbeitnehmer eine Schadenersatzforderung, wenn die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt ist. Die Kündigung ist demzufolge nicht nichtig, wird aber bei fehlendem wichtigem Grund mit Schadenersatz abgegolten.

69 I.c. hat die Klägerin den Distributionsvertrag selbst unter Berufung auf wichtige Gründe fristlos zum 30. April gekündigt. Schadenersatz wird zuerkannt, damit bei fristloser Kündigung der Händler des Alleinvertriebsvertrages allfällig getätigte Investitionen nicht abschreiben muss (HUGUENIN, OR BT, Rz. 1527) oder aber gemäss Art. 404 OR wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt. Auch Art. 337c Abs. 1 OR gibt nur dem Arbeitnehmer einen Schadenersatzanspruch, wenn die Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt ist. I.S. eines argumentum e

contrario muss daraus geschlossen werden, dass das Gesetz den Händler vor einer ungerechtfertigten Kündigung seitens des Lieferanten schützen und nicht dem Händler einen Schadensersatzanspruch zusprechen wollte, wenn dieser selber die Kündigung ausspricht. Hat also der Händler die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund selber zu vertreten, so besitzt er folglich keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens. So kann beispielsweise auch nicht geltend gemacht werden, die Kündigung erfolge zur Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR, da der Händler den Zeitpunkt der Kündigung selber bestimmt hat und deshalb für sich bestimmen muss, was für ihn als Unzeit gilt. Die Klägerin kann nicht die Radiowerbung en bloc für ein ganzes Jahr buchen und dann behaupten, es handle sich dabei um die Erfüllung ihrer vertraglichen Absatzförderungspflicht, obwohl dies nie so vereinbart wurde. Besonders unter Berücksichtigung der bereits angezeigten Probleme mit dem bestehenden Distributionsvertrag scheint dies unvorsichtig und nicht den Verhältnissen angepasst. Sodann ist die Auflösung des Vertrags aus wichtigem Grund, ohne dass ein solcher vorliegt, nicht rechtmässig und es erscheint stossend und nicht zumutbar unter solchen Umständen von der Beklagten zu verlangen, ihre vertragliche Leistungspflicht zu erfüllen, um dann die Entschädigung der Radiowerbekosten nach Kündigung des Vertrages zu verlangen.

- 70 Dadurch, dass die Klägerin den Vertrag selber und noch dazu ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt hat, besitzt sie kein Anspruch auf Entschädigung der Radiowerbekosten nach dem 30. April 2008.

7.3.2. Entschädigung während der ordentlichen Kündigungsfrist

- 71 I.S. einer Eventualargumentation stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass sie bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund lediglich diejenigen Kosten für die Radiowerbung zu begleichen hat, die sie auch bei einer ordentlichen Kündigung hätte übernehmen müssen.
- 72 Gemäss dem Budgetplan der Marketingsitzung vom Oktober 2007 (B-1) haben die Bibite AG sowie die Klägerin zwar beschlossen, Radiowerbung für das Jahr 2008 zu schalten. Diese Werbung aber en bloc für das ganze Jahr zu buchen, hat die Klägerin in Eigenregie und ohne vorherige Abrede entschieden. Der Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 sieht in Art. 7 DV eine ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten auf jeweils das Ende eines Monats vor. Eine solche Kündigung kann von beiden Vertragsparteien in den Vorgaben von Art. 7 DV jederzeit ausgesprochen werden. Es können die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft, namentlich Art. 546 Abs. 2 hinzugezogen werden, welche besagt, dass nur eine Kündigung

zur Unzeit, z. Bsp bei bevorstehenden Rechnungsabschlüssen, unerlaubt ist (Anwendung von Art. 546 Abs. 1 OR bei HUGUENIN, OR BT, Rz. 1525).

- 73 Vorliegend hätte jede Partei innerhalb des Jahres 2008 und damit beispielsweise auch nach Rechnungsabschluss die ordentliche Kündigung aussprechen können. Die Klägerin hat also auf eigenes Risiko entschieden, die Werbung für das ganze Jahr zu buchen. Ausserdem kann sie nicht geltend machen, dass sie mit einer Kündigung nicht rechnen musste, da Probleme zwischen den Vertragsparteien bereits seit geraumer Zeit bestanden. So hätte die Beklagte den Vertrag ordentlich auch bereits im Januar auflösen können und die Klägerin hätte die Radiowerbekosten für die 2. Jahreshälfte vergebens gebucht. Die Beklagte ist deshalb nur willens, die Kosten der Radiowerbung innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist zu übernehmen. Da der Vertrag per 30. April, also auf das Ende des Monats April, gekündigt wurde, würde eine ordentliche Kündigungsfrist von diesem Zeitpunkt an auf sechs Monate weiterlaufen bis zum Ende des Monats Oktober. Bei Kosten von EUR 20'000.- pro Monat für die Radiowerbekosten, ist die Beklagte also bereit, i.S. dieser Eventualargumentation den Gesamtbetrag von EUR 120'000.- für den Verlauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu begleichen. Dies ist dahingehend vertretbar, dass unter den Umständen einer ordentlichen Kündigung per Ende April 2008 die vertraglichen Pflichten der Klägerin sowie der Beklagten nur noch bis Ende Oktober 2008 zu erfüllen gewesen wären.

7.4. Fazit

- 74 Die Beklagte sieht sich auf Grund der in Punkt 2 vertretenen Auffassung nicht länger als Partei des Distributionsvertrages und lehnt es deshalb ab, jegliche Kosten für Radiowerbung zu begleichen. Sollte die Beklagte wider Erwarten nach wie vor als Partei des DV erklärt werden, so lehnt sie dennoch die Entschädigung der Radiokosten ab, weil die Klägerin die Kündigung selber und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgelöst hat. I.S. einer Eventualargumentation ist die Beklagte bereit, EUR 120'000.- für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zu begleichen.
-



Sehr geehrte Frau Präsidentin

Aus all den genannten Gründen ersuchen wir Sie höflichst, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Samantha Schuler Andrea Döbeli Dario Marzorati Stefano Cester
(Moot Court Team 1)

