
BeveSana AG

Berner Strasse 5

8953 Dietikon

Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 5

Blumer David

Camelin Mario

Diriwächter Andreas

Zeller Evelyne

KLAGEANTWORT

vom 20. April 2009

In Sachen

Distribujet GmbH,

Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 6

Klägerin

gegen

BeveSana AG,

Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 5

Beklagte

Sehr geehrter Herr Präsident,
Sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission

Namens und im Auftrag der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.“*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	II
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VII

1. Einleitung	1
2. Zur Zuständigkeit	1
3. Zur Passivlegitimation	3
3.1. Vermögensübernahme nicht zwingend nach FusG	3
3.2. Belanglose Ausführungen der Klägerin betreffend FusG	4
3.3. Zustimmung der Klägerin zum Übernahmevertrag.....	5
3.4. Fazit Passivlegitimation	7
4. Zur Exklusivitätsverletzung	7
4.1. Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte	7
4.2. Gemeinhin gebräuchlicher Distributionsvertrag	7
4.3. Vertragliches Konkurrenzverbot	8
4.4. Keine Garantie gegen Einwirkungen durch Dritte.....	8
4.5. Einsatz und Unterstützung durch die Beklagte.....	8
4.6. Lehre und Rechtsprechung	9
4.7. Fazit Exklusivitätsverletzung	10
5. Angebliche Verletzung der Lieferverpflichtungen	11
5.1. Lieferbestellungen vom 13. + 20. April 2009	11
5.2. Die Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR.....	12
5.3. Vorauszahlungen für weitere Bestellungen/Lieferungen	13
5.4. Fazit Verletzung der Lieferverpflichtungen	14
6. Kündigung aus wichtigem Grund	14
6.1. Verletzung der Exklusivität durch die Beklagte	14
6.2. Verletzung der Lieferungspflicht.....	15

6.2.1. Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung gemäss Punkt 13 (2a) und 13 (2d) DV.....	15
6.2.2. Pendente Lieferungen.....	15
6.3. Allfällige weitere Gründe für eine ausserordentliche Kündigung.....	16
6.4. Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung	16
6.5. Fazit Kündigung aus wichtigem Grund	17
7. Ersatz der Marketingkosten	17
7.1. Marketingkosten 1. Quartal.....	17
7.2. Restliche Marketingkosten	18
7.2.1. Ersatzpflicht gestützt auf DV	18
7.2.2. Ersatzpflicht aus Auftrag i.S.v. Art. 402 ff. OR.....	19
7.2.3. Ersatzpflicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 422 OR	19
7.2.4. Ersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR.....	20
7.3. Fazit Ersatz der Marketingkosten	20

Literaturverzeichnis

- BUCHER
BUCHER EUGEN
Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil
2. Auflage
Zürich 1988
[Verzeichnis: Rz. 37]
- HONSELL/VOGT/WIEGAND
HONSELL HEINRICH / VOGT PETER NEDIM / WIEGAND WOLFGANG
Basler Kommentar
Obligationenrecht I Art. 1-529 OR
4. Auflage
Basel 2007
(Zitiert mit BSK und dem jeweiligen Autor)
[Verzeichnis: Rz. 76, 93, 100, 145, 147, 152, 153, 157]
- HUGUENIN
HUGUENIN CLAIRE
Obligationenrecht Allgemeiner Teil
2. Auflage
Zürich/Basel/Genf 2006
[Verzeichnis: Rz. 19, 27]
- HUGUENIN
HUGUENIN CLAIRE
Obligationenrecht Besonderer Teil
2. Auflage
Zürich/Basel/Genf 2004
[Verzeichnis: Rz. 59, 149]
- MATHYS
MATHYS ROLAND
IT Outsourcing- Was ändert sich mit dem FusG?
Jusletter 7. Juni 2004, N 13
[Verzeichnis: Rz. 25]
- MEIER
MEIER CHRISTIAN J.
Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht (Erster Band)
Diss. Universität Bern
Diessenhofen 1979
[Verzeichnis: Rz. 75]

- LOSER-KROGH LOSER-KROGH PETER
Die Vermögensübertragung – Kompromiss zwischen Struktur-
anpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes
AJP 2000, S. 1095 ff.
[Verzeichnis: Rz. 23]
- SCHLUEP SCHLUEP WALTER R.
Der Alleinvertriebsvertrag
Markstein der EWG Kartellpolitik
1966
[Verzeichnis: Rz. 79]
- TSCHÄNI TSCHÄNI RUDOLF
Vermögensübertragung
ZSR 123 (2004) I, S. 83 ff.
[Verzeichnis: Rz. 23, 26]
- ULMER ULMER PETER
Der Vertragshändler, Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer
Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren
München 1969
[Verzeichnis: Rz. 73]
- WATTER / KÄGI WATTER ROLF / KÄGI URS
Der Übergang von Vermögen bei Fusionen, Spaltungen und
Vermögensübertragungen
SZW 2004, S. 232 ff.
[Verzeichnis: Rz. 37]

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BO	Beweisofferte
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DV	Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 (Beilage K-1)
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EUR	Euro (Europäische Währung)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
HR	Schweizerisches Handelsregister
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KA	Klageantwort der Beklagten vom 20. April 2009
KS	Klageschrift der Klägerin vom 15. Dezember 2008
Mio.	Million

N	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, (SR 220)
resp.	respektive
RZ.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzrecht
vgl.	vergleiche
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. Einleitung

- 1 Die Beklagte bestreitet die Forderungen der Klägerin insgesamt und je einzeln und hält ausserdem an ihren Rechtsbegehren aus der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2008 fest.
- 2 Erneut stellt sie als Beklagte fest, dass durch die Übernahme der Vertriebsabteilung der BeveSana AG durch die Bibite AG alle Verträge, insbesondere auch der DV mit der Klägerin, inklusive der darin enthaltenen Schiedsklausel, auf die Bibite AG übergegangen sind.
- 3 Daraus ergibt sich einerseits, dass keine Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichtes vorliegt und andererseits, dass es der Beklagten im vorliegendem Fall an der notwendigen Passivlegitimation fehlt.
- 4 Die Klägerin versucht, dieser Tatsache entgegenzuwirken, indem sie mit einer negativen Feststellungsklage die Vermögensübertragung torpediert, wonach diese nicht rechtsgültig zustande gekommen sei.
- 5 Die Beklagte aber wird zeigen, dass diese Vermögensübernahme rechtsgültig zustande kam und somit die negative Feststellungsklage abzuweisen ist.
- 6 Eventualiter wird die Beklagte dem Schiedsgericht glaubhaft darlegen und zu beweisen wissen, dass sie zu keinem Zeitpunkt ihre Pflichten aus dem Distributionsvertrag verletzt hat.
- 7 Somit wird sich einerseits die Forderung nach der Feststellung einer angeblichen Vertragsverletzung sowie der Feststellung, der Vertrag sei von der Klägerin rechtmässig gekündigt worden, als haltlos erweisen.
- 8 Daraus wiederum ergibt sich, dass jegliche von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzforderungen völlig unbegründet und somit abzuweisen sind.

2. Zur Zuständigkeit

- 9 Die Ausführungen der Klägerin bezüglich des IPRG und der Anwendbarkeit der Swiss Rules of International Arbitration des Swiss Chambers of Commerce sind insofern belanglos, als diese allesamt auf die fälschliche Annahme des Vorhandenseins einer vertraglichen Bindung zwischen der Klägerin und der Beklagten abzielen.
- 10 Eine solche liegt aber gerade nicht vor, wie nachfolgend noch eingehend auszuführen sein wird.

- 11 So legen denn auch die Swiss Rules of International Arbitration ihre Anwendbarkeit in Art. 1 selbst wie folgt fest: diese sind anwendbar, wo eine Schiedsvereinbarung auf sie verweist.
- 12 Die Beklagte anerkennt die Swiss Rules insoweit und insofern, als dass das Schiedsgericht gemäss Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 derselben, seine eigene Zuständigkeit aufgrund des Nichtbestehens einer Schiedsklausel negiert.
- 13 Die Klägerin erkennt in der Klageschrift sogar selber, dass die Anwendbarkeit der Schiedsklausel fraglich sei (vgl. KS, S. 2, Rz. 8). Richtigerweise ist diese nicht nur fraglich, sondern unzweifelhaft auszuschliessen.
- 14 Es ist nämlich unzutreffend, dass die Beklagte die Gültigkeit des DV und oder der Schiedsklausel bestreitet, sondern sie bestreitet lediglich ihre Eigenschaft als Vertragspartner dieses Vertrages.
- 15 Die Ausführungen der Klägerin, wonach gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG sowie Art. 21 Abs. 2 Swiss Rules, die Schiedsklausel eine autonome Klausel des Vertrages darstelle, welche auch bei einer etwaigen Nichtigkeit des Hauptvertrages weiterhin Geltung behält, werden von der Beklagten nicht grundsätzlich bestritten. Macht es doch Sinn und entspricht es dem potentiellen Parteiwillen, dass auch eine Streitigkeit über den Bestand eines Vertrages bzw. über dessen Beendigung nach der darin enthaltenen Schiedsklausel behandelt werden soll.
- 16 Jedoch läuft diese Argumentation in vorliegendem Fall ins Leere, weil die Beklagte weder die Beendigung des Hauptvertrages, noch dessen Gültigkeit geltend macht.
- 17 Es wurde zwar am 3. Juli 2004 ein formgültiger DV inklusive der entsprechenden Schiedsklausel geschlossen, jedoch ist dieser durch den formgültigen Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005, mithin durch die Mitteilung desselben an die Klägerin im Juni 2006, von der BeveSana AG auf die Bibite AG übergegangen.
- 18 **BO:** Zeugenaussage und Schreiben vom Juni 2005 von Frau Strasser (**Beilage B-2**)
- 19 Durch die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme von einem Vertragspartner auf einen Dritten, wird ersterer von allen Rechten und Pflichten aus dem Vertrag befreit, dafür der Dritte darauf verpflichtet (vgl. Huguenin, OR AT N 1423 ff.).
- 20 Dies bedeutet, dass der selbige Vertrag, unter Auswechslung einer Vertragspartei, zwischen den verbleibenden Parteien weiterbesteht. Der Vertrag wird durch das Ausscheiden der einen Partei also nicht beendet, sondern er lebt als abstraktes Gebilde, während einer sog. juristischen Sekunde, bis zum Eintritt der neuen Vertragspartei weiter.

- 21 Die diesbezüglichen Verweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der KS, S. 2, Rz. 11, sind also insofern irrelevant, als deren Fragestellungen nämlich genau auf die Beendigung des Hauptvertrages, bzw. dessen Nichtigkeit, abzielen.

3. Zur Passivlegitimation

- 22 Wie die Beklagte bereits in der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2008 festhielt, veräusserte sie aus Gründen der Restrukturierung ihre Vertriebsabteilung nach Massgabe von Art. 181 OR an die Bibite AG.

3.1. Vermögensübernahme nicht zwingend nach FusG

- 23 Die Ausführungen der Klägerin in KS, S. 3, Rz. 14, wonach eine Vermögensübertragung für im HR eingetragene Unternehmen neuerdings zwingend nach dem FusG zu erfolgen habe, sind unzutreffend und abzulehnen.

Dies mag gegebenenfalls die ursprüngliche, wenn auch nicht substantiierte Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, aber in der Lehre herrscht keineswegs Einigkeit darüber. Insbesondere LOSER-KROGH (vgl. AJP 2000, S. 1095 ff.) wie auch TSCHÄNI (vgl. TSCHÄNI, S. 104), vertreten die Ansicht, dass für Unternehmen, welche im HR eingetragen sind, eine Wahlmöglichkeit besteht, ob sie die betreffende Vermögensübertragung nach FusG oder nach Art. 181 OR vollziehen wollen.

- 24 Dabei stützten sie sich vor allem auf den Wortlaut von Art. 69 FusG, welcher lautet, dass betreffende Unternehmen ihr Vermögen gemäss FusG übertragen „können“. Angesichts der erhöhten formellen und materiellen Formvorschriften einer Vermögensübertragung gemäss FusG, könnte dies bei kleineren Outsourcing-Projekten eher zu Erschwerungen als zu Erleichterungen führen, was nicht der ratio legis entspricht und daher auch kaum zu rechtfertigen ist.
- 25 Insbesondere, wenn die erhöhten Vorschriften des FusG nicht eingehalten werden, sollte im Sinne einer Vertragsrettung (*favor negotii*) die Vermögensübertragung gemäss bisherigen Rechts, also gemäss Art. 181 OR, zu vollziehen sein.
- 26 Die Klägerin befindet sich hierüber scheinbar in einem Irrtum, wenn sie von einer zwingenden Vorschrift spricht, insbesondere, wenn sie als Untermauerung ihrer Meinung TSCHÄNI zitiert, wo doch dieser gerade der gegenteiligen Meinung ist (vgl. MATHYS, S. 232).

- 27 Dieser Vermögensübertragung die rechtliche Gültigkeit abzusprechen, erheischt unter den vorliegenden Umständen den Eindruck des Rechtsmissbrauchs, im Sinne eines „venire contra factum proprium“ (vgl. Huguenin, OR AT N 314).
- 28 Die Klägerin macht aus rein prozesstaktischen Gründen einen Umstand geltend, welchen sie zuvor über mehrere Jahre hinweg nicht nur toleriert, sondern durch eine konkludente Einwilligung sogar gutgeheissen hat.

3.2. Belanglose Ausführungen der Klägerin betreffend FusG

- 29 Die Ausführungen der Klägerin unter KS, S. 3, Rz. 14 ff., sind auf den vorliegenden SV bezogen nicht von rechtlicher Relevanz.
- 30 Zuerst behauptet sie unrichtigerweise, eine Vermögensübertragung im Zusammenhang mit im HR eingetragenen Gesellschaften habe zwingend gemäss FusG zu erfolgen, (vgl. KS, S. 3, Rz.14 ff.), worauf sie den Übertragungsvertrag als teilnichtig gemäss Art. 20 OR erachtet. Darauf behauptet sie, dass die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsgrundlage des FusG in Ausübung richterlicher Vertragsergänzung anzuwenden sei.
- 31 In der Folge prüft sie - völlig irrelevanterweise - die Voraussetzungen für eine Vermögensübertragung gemäss FusG, um schlussendlich zur Erkenntnis zu gelangen, dass die Vermögensübertragung am Fehlen eines HR-Eintrag scheitere.
- 32 Danach fährt sie unter KS, S. 5, Rz. 29 fort, ihre eigene, soeben gewonnene Erkenntnis untergrabend, für den Fall, dass das Gericht die Vermögensübertragung gemäss FusG doch als gültig erachten würde, einen aktuellen Lehrstreit zu erörtern, ob bei einer Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG die Vertragsverhältnisse automatisch übergangen oder nicht.
- 33 Diese gesamten soeben dargelegten Ausführungen der Klägerin sind ohne rechtliche Relevanz für den vorliegenden Sachverhalt, denn die Beklagte hat die Vermögensübertragung ausdrücklich, und daran hält sie auch weiterhin fest, rechtsgültig gemäss Art. 181 OR durchgeführt. Sie ist dabei ausdrücklich von der Einwilligung der verbleibenden Vertragspartei als Voraussetzung für die Gültigkeit der Übertragung der Vertragsverhältnisse ausgegangen.
- 34 **BO:** Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 (**Beilage B-1**)
- 35 Die fehlerhafte Aussage der Klägerin, die Anwendung von Art. 181 OR sei unzulässig, erweitert sie mit einer noch tollkühneren aber nicht minder irrigen Auffassung, wonach

auf den gemäss ihrer Auffassung teilnichtigen Vertrag mittels richterlicher Vertragsergänzung die ihrer Meinung nach korrekte Rechtsgrundlage angewendet werden soll. Eine solche Vorgehensweise wäre geradezu absurd, weil gerade dadurch der Vertrag aufgrund des fehlenden HR-Eintrag der Nichtigkeit anheim gebracht würde. Dies entspricht mit Sicherheit nicht dem mutmasslichen Parteiwillen.

- 36 Falls das Schiedsgericht tatsächlich an der Rechtsgültigkeit der *Vermögensübertragung* aufgrund des Übernahmevertrages gemäss Art. 181 OR zweifeln und eine Teilnichtigkeit des Vertrages feststellen sollte, so müsste es zumindest bezüglich des Vertragsteils 5.1 ff. über die *Vertragsübertragung*, im Sinne der salvatorischen Klausel unter Punkt 7.1.1 als mängelfreien Restvertrag, die Gültigkeit anerkennen.
- 37 Eine solche rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme ist ein sog. dreiseitiger Vertrag, welcher die Zustimmung aller Vertragsparteien voraussetzt oder aber ein zweiseitiger Vertrag zwischen der übertragenden und der übernehmenden Partei, jedoch unter der Voraussetzung der Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei (vgl. BUCHER, S. 87 ff.; WATTER / KÄGI, S. 232)

3.3. Zustimmung der Klägerin zum Übernahmevertrag

- 38 Die Auswechslung eines Vertragspartners stellt eine Modifikation des DV dar, welche einerseits der Zustimmung des Vertragspartners und andererseits gemäss Ziff. 20 Abs. 1 des Vertrages der Schriftform bedarf.
- 39 Diese beiden Erfordernisse hat die Beklagte zweifelsohne eingehalten, indem sie der Klägerin mittels Schreiben von Anfang Juni 2005 diese Betriebsübernahme angezeigt und gleichzeitig unter Ansetzung einer angemessenen Frist die Möglichkeit eingeräumt hat, dieser Vertragsübertragung ihre Einwilligung zu verweigern.
- 40 Dabei hielt die Beklagte ausdrücklich fest, dass sie ein Stillschweigen seitens der Beklagten als konkludente Einwilligung in die Vertragsübertragung auffassen werde.
- 41 **BO:** Schreiben von Anfang Juni 2005 (**Beilage B-2**)
- 42 Der Einwand der Klägerin, sie habe das besagte Schreiben nicht erhalten, kann nicht der Wahrheit entsprechen, denn sie hatte von den darin enthaltenen Tatsachen nachweislich Kenntnis, wenn sie in ihren Briefen den Adressaten Herr Felix Meier stets mit *c/o. Bibite AG* ergänzte.

- 43 Des Weiteren hat Herr Felix Meier diese Tatsache Herrn Jürgen Kölle anlässlich des Besuches vom Oktober 2005 nochmals persönlich von Mann zu Mann mitgeteilt und ihm eine entsprechende Visitenkarte überreicht.
- 44 **BO:** Zeugenaussage Herr Kölle (**Beilage K-13**)
- 45 Als weiteres wichtiges Indiz für die konkludente Einwilligung in die Weiterführung der Geschäftsbeziehungen mit der Bibite AG, stellt die Annahme des Antrages der Bibite AG vom 7. Mai 2006, den DV um das Getränk SHARP REQUIEM SUGARFREE zu erweitern.
- 46 **BO:** Schreiben vom 7. Mai 2006 (**Beilage B-3**)
- 47 Als Absender dieses schriftlichen Antrages war ebenfalls deutlich die Bibite AG zu erkennen.
- 48 Ein Einwand der Klägerin, sie habe keine Kenntnis von der Betriebsübernahme durch die Bibite AG gehabt und sie habe daher auch keine stillschweigende Einwilligung erteilt, ist nach den obenstehenden Ausführungen unhaltbar und abzuweisen.
- 49 In Anbetracht der Tatsache, dass sich für die Klägerin keine Änderungen in Bezug auf die Geschäftsbeziehungen mit der neuen Vertragspartnerin ergaben, weil einerseits alle Geschäftskonditionen sowie auch die Ansprechpersonen die Gleichen blieben, konnte die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin ausreichend ist, da sich für diese ja wie schon gesagt, keine frappanten Änderungen ergaben.
- 50 Der Einwand der Klägerin, der DV sein ein sog. *pactum ad personam* und es liege deshalb eine wesentliche Änderung vor, ist insofern zu relativieren, weil noch immer dieselben natürlichen Personen an dem Vertrag beteiligt waren, lediglich eingehüllt im Mantel einer neuen juristischen Person.
- 51 Das vorauszusetzende Vertrauen in den Geschäftspartner wird normalerweise aber erzeugt durch die natürliche Person des Geschäftspartners und nicht durch die juristische Person, in welche dieser eingebettet ist, es sein denn, Letztere hätte einen wirklich schlechten Ruf, was i.c. nicht der Fall war.

3.4. Fazit Passivlegitimation

- 52 Zusammenfassend hält die Beklagte nochmals fest, dass es ihr an der notwendigen Passivlegitimation fehlt, weil ihre Vertriebsabteilung mitsamt allen Vertragsverhältnissen durch den Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 auf die Bibite AG übergegangen ist.
- 53 Diese Vermögensübertragung, oder aber zumindest die Vertragsübertragung, wurde rechtsgültig gemäss Art. 181 OR vollzogen.
- 54 Die Übernahme wurde den Vertragspartnern mit Schreiben vom Juni 2005 mitgeteilt und deren Einwilligung erfolgte konkludent. Die Klägerin hatte nachweislich Kenntnis von der Übernahme und brachte zu keinem Zeitpunkt Einwände dagegen zur Sprache.
- 55 Die Klage ist demnach mangels Passivlegitimation der Beklagten abzuweisen.

4. Zur Exklusivitätsverletzung

4.1. Keine Verletzung des Exklusivitätsrechts durch die Beklagte

- 56 Wie eingangs bereits erwähnt, weist die Beklagte jegliche Vorwürfe, sie habe ihre vertraglichen Pflichten verletzt, entschieden zurück. Insbesondere hat sich die Beklagte keine Verletzung der Exklusivität der Klägerin in ihrem Vertragsgebiet zu Schulden kommen lassen. Diesbezügliche Schadenersatzansprüche sind daher nicht gerechtfertigt und vom Gericht abzuweisen.
- 57 Die Beklagte hält folgende Punkte unmissverständlich fest:

4.2. Gemeinhin gebräuchlicher Distributionsvertrag

- 58 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossene DV ist eine gängige Vertriebsform, welcher die gegenseitigen Pflichten in ein ausgewogenes, dem üblichen Geschäftsgebaren entsprechendes Verhältnis setzt.
- 59 Es sind darin keine aussergewöhnlichen oder übervorteilenden Klauseln enthalten. Die unternehmerische Freiheit der Klägerin wurde durch den Vertrag nicht tangiert. Es bestand insbesondere kein Subordinationsverhältnis zwischen den Vertragsparteien. (vgl. HUGUENIN, OR BT N 1507).

4.3. Vertragliches Konkurrenzverbot

60 Die Beklagte hat sich im DV vom 3. Juli 2004 unter Punkt 3.2 verpflichtet, selber, oder über Dritte, im Vertragsgebiet Deutschland das Produkt zu vertreiben.

4.4. Keine Garantie gegen Einwirkungen durch Dritte

61 Der DV enthält jedoch keine Gebietsschutzklausel, welche der Beklagten die Pflicht auferlegen würde, ihre Vertragspartnerin gegen jegliche Einwirkung, wie z.B. gegen Weiterverkäufe bzw. Parallelimporte ins Vertragsgebiet durch Dritte, zu schützen.

4.5. Einsatz und Unterstützung durch die Beklagte

62 Die Beklagte wahrte ihre vertragliche Treuepflicht, indem sie geeignete Massnahmen ergriff, um dem Problem entgegenzuwirken und die Klägerin im Vertrieb des Produktes zu unterstützen.

63 So hat sie umgehend Nachforschungen eingeleitet, welche ergaben, dass der polnische Vertriebspartner selber keine Warenverkäufe in das Vertragsgebiet der Klägerin tätigte. Die Beklagte hatte auch mit der PLL eine Vertragsklausel aufgenommen, die es der PLL verbot, ausserhalb des Vertragsgebiets die Produkte zu lancieren. Sie untersteht somit bezüglich der Exklusivität denselben Bedingungen wie die Klägerin (vgl. Beilage B-4, Ziff. 3.3).

64 Die Parallelimporte kamen vielmehr von Zwischenhändlern der unteren Vertriebsstufe.

65 Auf solche Graumarkthändler in einem Land wie Polen aufgrund vertraglicher Vereinbarungen Druck ausüben zu wollen, erscheint ziemlich weltfremd.

66 Als Beispiel dazu kann auf den florierenden Zigarettenschmuggel in die EU, sowie auch innerhalb der EU verwiesen werden. Selbst ein mächtiger Verwaltungsapparat wie die EU kann dem Problem nicht Herr werden, solange auch nur kleine Preisunterschiede bei Tabakwaren in den einzelnen EU Staaten bestehen.

(vgl. <http://www.admin.ch/cp/d/39A65334.B663B9D@gs-efd.admin.ch.html>)

67 Wie soll es dann für eine mittlere Schweizer Getränkeproduzentin möglich sein, diesen Graumarkt in einem fremden Land vollständig auszutrocknen.

68 Deswegen hat die Beklagte, in Anbetracht der Umstände, durchaus verhältnismässige Massnahmen ergriffen und der Klägerin ohne Zögern eine nicht unbedeutende Preisreduktion auf EUR 0.67 pro Flasche gewährt, obwohl sie dazu gar nicht verpflichtet

- war. Ausserdem hat sie die polnische Alleinvertreterin, die PLL, angewiesen, das Ihrige dazu beizutragen, solche Parallelimporte zu unterbinden.
- 69 Zudem wurden für das Jahr 2008 keine Minimalverkaufszahlen vereinbart (vgl. Beilage K-1, Punkt 3.8.), so dass die Klägerin von dieser vertraglichen Pflicht entbunden wurde.
- 70 Als die eingeleiteten Massnahmen nicht fruchteten, erklärte sich die Beklagte sogar bereit, durch eigene Spezialisten den Markt in Deutschland zu untersuchen und das Problem zu lösen.
- 71 Die Klägerin jedoch ist eine erfahrene Vertriebshändlerin, die im Getränke- und Lebensmittelproduktvertrieb tätig ist. Sie kannte das Problem von Parallelimporten und es oblag gemäss dem Vertrag nicht einseitig dem Lieferanten, dem Phänomen der Parallelimporte Rechnung zu tragen, sondern beiden Parteien. Die Klägerin ihrerseits hat aber nicht viel mehr gemacht, als die Parallelimporte zu dokumentieren, anstatt diese durch geeignete Massnahmen ihrerseits einzudämmen.
- 72 Allenfalls auch durch eine minimalen Herabsetzung der Gewinnmarge.
- 73 Die Beklagte hatte somit alles mögliche und zumutbare getan, um die Klägerin in ihrem Kampf gegen die Parallelimporte tatkräftig zu unterstützen, so dass ihr keine Verletzung ihrer Treue-, Interventions- und Fürsorgepflicht vorgeworfen werden kann (vgl. ULMER, S. 430).

4.6. Lehre und Rechtsprechung

- 74 Eine von der Beklagten geltend gemachte Gebietsexklusivität im Sinne eines Garantieversprechens gemäss Art. 111 OR wurde in diesem Ausmass niemals vereinbart. Die Klägerin führt zwar richtig aus, dass das Versprechen gemäss Art. 111 OR auch ein Verhalten negativer Natur darstellen kann.
- 75 Die Beklagte aber sicherte der Klägerin lediglich ein Verhalten, bzw. ein Unterlassen durch ihre eigene Person und durch ihren direkten Vertriebspartner zu. Eine Ausweitung der Garantieverpflichtung auf beliebige weitere Dritte lässt sich aus dem Wortlaut von Punkt 3.2. DV keinesfalls ableiten (vgl. MEIER, S. 176). Auch aus der angeblich schwächeren Parteistellung des Alleinvertreters kann keine solch weitgreifende Garantienstellung des Lieferanten abgeleitet werden. Dies wäre eine unzumutbare Interessenverteilung zu Ungunsten des Lieferanten und bedeutete eine enorme Rechtsunsicherheit.
- 76 Die Klägerin bemerkte selber, dass eine direkte Einflussnahme auf die (sekundären) Vertreiber in Polen schwierig ist, forderte dies aber eindringlich von der Beklagten. Dabei ist doch gerade der Alleinvertriebsvertrag ein geeignetes Mittel dazu, ein Produkt

auf einem neuen Markt durch einen ansässigen Unternehmer distribuieren zu lassen, welcher die lokalen Bräuche und Gegebenheiten kennt (vgl. BSK, AMSTUTZ/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 ff., S 964, Rz.132).

Das bedeutet in concreto, dass die Klägerin als deutsche Unternehmerin selber viel besser in der Lage gewesen wäre, vor Ort die notwendigen Schritte zu unternehmen.

77 Ebenso wenig wie Art. 111 OR i.c. zur Anwendung gebracht werden kann, kann auch Art. 418f OR aus dem Auftragsrecht nicht analog angewendet werden, denn der Alleinvertriebshändler handelt im Gegensatz zum Agenten auf eigene Rechnung und in eigenem Namen. Er ist selbständig und ist kein Vertreter des Auftraggebers (OR 418a).

78 Das Zürcher Obergericht hat in einem wegweisenden Urteil entschieden, dass für den Lieferanten keine dem Alleinverkaufsvertrag inhärente Pflicht bestehe, jegliche Konkurrenzierung durch Dritte auszuschliessen (vgl. ZR 76 Nr. 53). Eine solche Garantie, für jegliches Verhalten von Dritten einzustehen, könnte zwar vertraglich vereinbart werden, eine solche aber ohne weiteres anzunehmen gehe zu weit.

79 Wohl müsse der Lieferant alle Mühen aufwenden, um den fehlbaren Dritten zur Unterlassung zu bewegen, insbesondere wenn es sich dabei um seinen Vertragspartner handelt. Er müsse aber nicht für das Verhalten beliebiger Dritter gerade stehen, falls er nicht ein entsprechendes Garantieverprechen abgegeben hat. Ein solches positives Handeln liesse sich gemäss SCHLUEP nur aufgrund expliziter Gebietsschutzklauseln rechtfertigen (vgl. SCHLUEP, S.22).

80 **BO:** Urteil des Zürcher Obergerichtes (**Beilage ZR 76 Nr. 53**)

4.7. Fazit Exklusivitätsverletzung

81 In concreto ist der Schaden erstens durch das Verhalten eines Unbekannten entstanden, welcher in keiner vertraglichen Beziehung zur Beklagten stand und zweitens hat Letztere kein entsprechendes Garantieverprechen abgegeben.

Aus diesen Gründen ist eine Schadenersatzpflicht der Beklagten nicht gerechtfertigt und daher abzuweisen.

5. Angebliche Verletzung der Lieferverpflichtungen

- 82 Die Klägerin wirft der Beklagten weiter vor, sie hätte ihre Lieferverpflichtungen gemäss DV verletzt, indem sie vertragswidrig Vorauszahlungen für die Lieferbestellungen vom 13. und 20. April verlangte (vgl. KS, S. 12, Rz. 64 ff.).
- 83 Diese klägerische Behauptung entbehrt jedoch jeglicher Grundlage, wie die Beklagte im Folgenden darlegen wird.

5.1. Lieferbestellungen vom 13. + 20. April 2009

- 84 Die Klägerin bestreitet nicht, dass sie sich mit der Bezahlung der Rechnungen vom Februar 2008 in Verzug befand. Sie anerkennt des Weiteren, dass die Beklagte gemäss Punkt 5 (5) DV aufgrund des Zahlungsverzuges berechtigt war, Vorauszahlungen für die Lieferbestellungen zu verlangen (vgl. KS, S. 12, Rz. 64 + 65).
- 85 Weshalb aus Sicht der Klägerin die Beklagte bei der Lieferbestellung vom 13. April 2008 berechtigt war, Vorauszahlung zu verlangen, bei der Lieferbestellung vom 20. April 2008 jedoch nicht mehr, lässt die Klägerin offen.
- 86 Die Klägerin beruft sich bei ihrer Begründung auf das Schreiben der Beklagten vom 16. April 2008, worin sie der Klägerin unter anderem anbietet, Vorauszahlung für Lieferung zu verlangen, aufzuheben. Dabei übersieht die Klägerin, dass dieses Angebot jedoch an gewisse Bedingungen geknüpft ist.
- 87 So geht aus dem Wortlaut des Schreibens vom 16. April 2008 der Beklagten klar hervor, dass die Vorauszahlung „*sobald alle offen Rechnungen bezahlt worden sind...*“ aufgehoben werden.
- 88 **BO:** Schreiben vom 16. April 2008 (**Beilage K-9**)
- 89 Da die Klägerin zwischen den Bestellungen vom 13. und 20. April 2008 weder die Zahlung effektiv getätigt hat noch Anzeichen auf eine baldige Erfüllung der ausstehenden Forderungen zeigte, ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin die Vorauszahlung für die Lieferbestellung vom 13. April 2008 für vertragskonform, jene vom 20. April 2008 jedoch für nicht-vertragskonform erachtet. Die Bezahlung der offenen Rechnungen erfolgte erst am 21. April 2008 (vgl. Beilage K-10). Somit hat die Klägerin bis zum 20.

April 2008 nichts unternommen, um den Bedingungen der Beklagten zu entsprechen und kann sich daher auch nicht auf das Angebot der Beklagten berufen. Aus diesem Grund war die Beklagte nicht verpflichtet, für die Lieferbestellung vom 13. und 20. April 2008 von einer Vorauszahlung abzusehen.

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

90 Mit dem Schreiben vom 10. April 2008 setzte die Beklagte der Klägerin eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR, welche die Klägerin in ihrer KS vom 15. Dezember 2008 als „äusserst“ knapp erachtet. Die Klägerin verweist dabei auf die bei Kaufverträgen generell gewährte Frist von 10 Tagen (vgl. KS, S. 12, Rz. 66).

91 **BO:** Schreiben vom 10. April 2008 (**Beilage K-7**)

92 Die Klägerin bestreitet indessen nicht, dass sie sich am 10. April 2008 in Verzug befand und die Beklagte somit berechtigt war, ihr eine Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR zu setzen.

93 Gemäss Art. 107 Abs. 1 OR muss diese Nachfrist angemessen sein, entspricht es doch dem Sinn und Zweck dieser Norm, dem Schuldner die Gelegenheit einzuräumen, innert einer realisierbaren Frist zu erfüllen. Dennoch darf diese Frist auf ein vertretbares Minimum reduziert werden. Ob eine Frist angemessen ist, bemisst sich an den konkreten Umständen. So darf die Frist umso kürzer bemessen sein, je grösser das Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung und je leichter die Leistung für den Schuldner zu erbringen ist (BSK WIEGAND, Art. 107 OR N 9; BGE 103 II 102).

94 Die Beklagte anerkennt, dass es sich bei der Forderung über EUR 2,9 Mio. um eine beträchtliche Summe handelt. Berücksichtigt man jedoch, dass die Rechnungen anfangs Februar der Klägerin zugestellt wurden, hatte die Klägerin ausreichend Zeit, die nötigen Mittel bereitzustellen.

95 Der Klägerin wäre es somit ein Leichtes gewesen, innerhalb der gesetzten Nachfrist zu erfüllen.

96 Das Schreiben der Klägerin vom 14. April 2008 erweckt vielmehr den Anschein, dass die Klägerin die Forderung bewusst und aus einer Trotzhaltung verstreichen liess.

97 **BO:** Schreiben vom 14. April 2008 (**Beilage K-8**)

- 98 Im Gegenzug dazu hat die Beklagte ein grosses Interesse an der Erfüllung dieser Schuld, bedeutet diese Zahlung doch liquide Mittel für das Unternehmen, um beispielsweise weitere Investitionen zu tätigen.
- 99 Unter Berücksichtigung dieser Umstände war die mit Schreiben vom 10. April 2008 (vgl. Beilage K-7) gesetzte Frist angemessen.
- 100 Würde das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, die angesetzte Frist sei zu knapp bemessen, so bleibt diese jedoch nicht einfach wirkungslos, sondern ist auf eine angemessene Frist zu verlängern. Über die diesbezügliche Vorgehensweise herrscht jedoch keine Einigkeit. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h. L. bedarf es einer ausdrücklichen Verwahrung des Schuldners, um noch innerhalb der angemessenen Frist zu bezahlen (BSK WIEGAND, Art. 107 OR N 10).
- 101 Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin also eine Verlängerung der Nachfrist beantragen müssen. Die Klägerin hat dies unterlassen und leistete so, wie auch die Klägerin unter KS, S. 13, Rz. 69 vom 15. Dezember 2008 eingesteht, nicht innerhalb der angesetzten Frist. Die Beklagte durfte deshalb auch bei der Lieferbestellung vom 20. April 2008 Vorauszahlung verlangen und verletzte demnach ihrer Lieferverpflichtungen nicht.

5.3. Vorauszahlungen für weitere Bestellungen/Lieferungen

- 102 Wie bereits unter KA, S. 11, Rz. 84 ff. ausgeführt, war die Beklagte gemäss Punkt 5 (5) DV dazu berechtigt, Vorauszahlungen für ihre Lieferungen zu verlangen. Der dabei ausschlaggebende Punkt war die nicht fristgerechte Bezahlung der Lieferung seitens der Klägerin, und nicht wie von klägerischer Seite behauptet die Aussage, die Klägerin sei ein Kreditrisiko.
- 103 Die Klägerin behauptet weiter, der DV sei unpräzise formuliert und die Beklagte verlange jetzt Vorauszahlungen für eine beliebig lange, nicht festgelegte Zeitspanne.
- 104 Die Klägerin verkennt dabei, dass die Beklagte keines Wegs Vorauszahlungen auf unbestimmte Zeit verlangt. Im Brief an die Klägerin eröffnet die Beklagte ihr das Angebot, dass nach Bezahlung der ausstehenden Forderung die Vorauszahlungen eingestellt werden (vgl. Beilage K-9). Entgegen der Behauptung der Klägerin (vgl. KS, S. 12, Rz. 67) hatte die Beklagte also zu keiner Zeit die Intension, auf unbestimmte Zeit Vorauszahlungen zu verlangen.
- 105 Die Klägerin gesteht der Beklagten auch zu, dass diese solange Vorauszahlungen dürfe, bis ihr die Sicherheit gegeben werden kann, dass wieder pünktlich gezahlt wird (vgl. KS, S. 12, Rz. 67).

106 Berücksichtigt man die Umstände zur besagten Zeit, so musste die Beklagte weiterhin davon ausgehen, dass die Klägerin nicht bestrebt ist, ihre Verpflichtungen fristgerecht einzuhalten. Aus diesen Gründen erscheint es als selbstverständlich, dass die Beklagte auch weiterhin auf den Vorauszahlungen besteht.

5.4. Fazit Verletzung der Lieferverpflichtungen

107 Die Beklagte war sowohl für die Bestellungen vom 13. + 20. April 2008 als auch für künftige Lieferbestellungen berechtigt, Vorauszahlungen zu verlangen.

108 Erstere aufgrund der nicht fristgerechten Bezahlung der ausstehenden Rechnungen vom 1. Februar 2008, Letztere aufgrund der versäumten Bezahlung innerhalb der gesetzten Nachfrist.

109 Somit hat die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen zu keinem Zeitpunkt verletzt.

6. Kündigung aus wichtigem Grund

110 Die Klägerin kündigte mit Schreiben vom 30. April 2008 den DV mit der Beklagten aus wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung. Die Beklagte wird nun chronologisch die Anträge der Klägerin widerlegen und aufzeigen, dass die Voraussetzungen zur Kündigung aus wichtigen Gründen zu keinem Zeitpunkt gegeben waren.

6.1. Verletzung der Exklusivität durch die Beklagte

111 Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte durch vertragswidriges Verhalten das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt und sieht darin einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung.

112 Die Beklagte hat bereits unter KA, S. 7, Rz. 56 ff. eine Verletzung des Exklusivitätsrechts widerlegt. Sie wird jedoch nochmals kurz aufzeigen, weshalb sie das Exklusivitätsrecht der Klägerin nicht verletzt hat und somit auch kein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung bestand.

113 Der Schaden ist erstens durch das Verhalten eines Unbekannten entstanden, welcher in keiner vertraglichen Beziehung zur Beklagten stand und zweitens hat die Beklagte kein entsprechendes Garantieverprechen abgegeben.

114 Somit hat die Beklagte das Exklusivitätsrecht der Klägerin nicht verletzt und es bestand kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung seitens der Klägerin.

6.2. Verletzung der Lieferungsspflicht

115 Die Klägerin wirft der Beklagten vertragswidriges Verhalten vor, weil diese für die Lieferungen ab 13. April 2008 Vorauszahlungen verlangte. Die Klägerin stützt ihre Argumentation auf die Punkte 13 (2a) und 13 (2d) DV.

116 Obwohl die Beklagte bereits unter KA, S. 10, Rz. 84 ff. eine Verletzung der Lieferbestellungen widerlegt hat, wird sie nochmals kurz auf die Argumentation der Klägerin eingehen und dazu Stellung beziehen.

6.2.1. Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung gemäss Punkt 13 (2a) und 13 (2d) DV

117 Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Lieferverpflichtung Teil der essentialia negotii des Alleinvertriebsvertrags ist.

118 Jedoch war die Beklagte aufgrund von Punkt 5 (5) DV im Falle eines Zahlungsverzuges für Lieferungen des Produktes sofort dazu befugt, Vorauszahlungen zu verlangen.

119 I.c. befand sich die Klägerin zum Zeitpunkt des Schreibens der Beklagten vom 10. April 2008 in Zahlungsverzug. Deshalb war die Beklagte auch befugt, Vorauszahlungen für Lieferungen gemäss Punkt 5 (5) DV zu verlangen, und somit waren die verlangten Vorauszahlungen keineswegs vertragswidrig.

120 Da nachgewiesenermassen die Vorauszahlungen vertragskonform waren, kann sich die Klägerin weder auf einen wichtigen Grund i.S.v. Punkt 13 (2a) DV noch auf einen wichtigen Grund i.S.v. Punkt 13 (2d) DV berufen.

Somit kann auch die Frage der Fristwahrung gemäss Punkt 13 (2a) DV offen gelassen werden.

6.2.2. Pendente Lieferungen

121 Entgegen der klägerischen Behauptung hat die Beklagte keine Lieferungen willkürlich oder ohne vertretbare Gründe abgelehnt. Sie verlangte lediglich, wie bereits mehrfach ausgeführt, vertragskonforme Vorauszahlungen für die Lieferungen.

122 Da durch diese Vorauszahlungspflicht die Klägerin verpflichtet ist, ihre Leistung als Erstere zu leisten, kann sich die Beklagte nicht in Lieferungsverzug befinden, solange die Klägerin keine Vorauszahlung tätigt.

123 Aus diesen Gründen ist eine Verletzung der Lieferverpflichtungen abzulehnen und somit auch das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung.

124 Sollte das Gericht wider Erwarten der Argumentation der Beklagten nicht folgen, wäre auch die Geltendmachung von Punkt 13 (2d) DV, wonach die Beklagte „*mehrfach*“ nicht vertragsgemäss geliefert haben muss, zu verneinen, da die Klägerin unter KS, S. 12, Rz. 64 selber eingesteht, dass die Vorauszahlung für die Lieferbestellung vom 13. April 2008 rechtens war. Es würde sich somit um eine „allfällige einfache nicht-vertragsgemässe“ Lieferung handeln, was gemäss Punkt 13 (2d) DV nicht ausreichend wäre.

6.3. Allfällige weitere Gründe für eine ausserordentliche Kündigung

125 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Vorschrift über die fristlose Kündigung des Agenturvertrags, Art. 418r OR, auf den Alleinvertriebsvertrag analog anwendbar. Diese Vorschriften sind zwingender Natur und können nicht von den Parteien wegbedungen werden (BGE 89 II 30, E. 5, S. 35).

126 Jedoch fehlt es, wie bereits unter KA, S. 14, Rz. 110 ff. eingehend dargelegt, an wichtigen Gründen. Somit ist auch eine Kündigung aus wichtigen Gründen i.S.v. Art. 418r abzulehnen.

6.4. Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung

127 Würde das Gericht wider Erwarten den Ausführungen der Beklagten nicht folgen und die Verletzung der Exklusivität als gegeben erachten, dann verweist die Beklagte auf die Verwirkung der Frist zur fristlosen Kündigung.

128 Die Klägerin macht geltend, dass das Vertragsverhältnis unzumutbar sei und somit die fristlose Kündigung die Konsequenz daraus sei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die ausserordentliche Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden. Als angemessene Frist kommen i.d.R. zwei bis drei Arbeitstage, in Ausnahmefällen eine Woche in Betracht (BGE 93 II 19).

129 Es ist fragwürdig, wieso das Vertragsverhältnis für die Klägerin so plötzlich unzumutbar war. Die Problematik mit den Parallelimporten wurde erstmals am 12. August 2006 (vgl. Beilage K-2) schriftlich erwähnt. Ab Spätsommer 2007 haben die Parallelimporte ins Vertragsgebiet der Klägerin wieder „*massiv*“ zugenommen. Deshalb hatte die Klägerin spätestens mit Schreiben vom 12. November 2007 Kenntnis davon, dass dieser

Umstand für sie unzumutbar war und hätte somit auch die fristlose Kündigung aussprechen müssen. Diese Kündigung erfolgte jedoch erst mit Schreiben vom 31. April 2008.

130 **BO:** Schreiben vom 12. November 2007 (**Beilage K-4**)

131 Die Frist zur fristlosen Kündigung wurde somit nicht gewahrt. Daher ist eine Unzumutbarkeit für die Klägerin zu verneinen und die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt.

6.5. Fazit Kündigung aus wichtigem Grund

132 Aus KA, S. 7, Rz. 56 ff. geht hervor, dass die Beklagte weder das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt noch vertragswidrig Vorauszahlungen für ihre Lieferbestellungen verlangte. Es bestand somit kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung und deshalb ist auch eine fristlose Kündigung i.S.v. Art. 418r OR mangels Vorhandensein von wichtigen Gründen abzulehnen.

7. Ersatz der Marketingkosten

133 Die Klägerin fordert mit Klageschrift vom 15. Dezember 2008, die Beklagte sei zu verpflichten, Ersatz für die entstandenen Marketingkosten im Jahre 2008 in Höhe von EUR 260'900.- zzgl. Zins zu 5% zu bezahlen. Die Beklagte wird im Folgenden zeigen, dass sie nicht verpflichtet ist, diese Kosten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zu erstatten.

7.1. Marketingkosten 1. Quartal

134 Die Klägerin fordert insgesamt EUR 80'900.- für die Marketingrechnung des 1. Quartals. Sie verkennt dabei, dass sie diese Forderung mit Schreiben vom 21. April 2008, in Erstattung der Bezahlung der von der Beklagten aus den Lieferbestellungen entstandenen Forderung über EUR 2,9 Mio. bereits verrechnete.

135 Durch die Verrechnung seitens der Klägerin ist diese Forderung erloschen und damit stehen der Klägerin keine weiteren Ansprüche zu.

136 Die Klägerin vertritt weiter auch die Meinung, dass die Beklagte die Bezahlung der Marketingkosten von einer „plötzlichen“ Prüfung der Marketingrechnung abhängig machte (vgl. KS, S. 19, Rz. 100). Weshalb die Beklagte jedoch nicht befugt sein sollte, die von ihr zu bezahlenden Marketingrechnungen zu überprüfen, lässt die Klägerin offen.

137 Bei der besagten Prüfung stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin auch Weihnachtskarten in Rechnung gestellt hatte, welche nicht Teil des Marketingplans waren und somit auch nicht zum genehmigten Budget gehörten.

138 Da die Klägerin diesen Betrag in Höhe von EUR 550.- schon verrechnet hat, fordert die Beklagte diesen gemäss Art. 62 Abs. 1 OR zurück.

7.2. Restliche Marketingkosten

139 Die Klägerin fordert zudem EUR 180'000.- für die entstandenen Marketingausgaben ab dem 14. April 2008 von der Beklagten.

7.2.1. Ersatzpflicht gestützt auf DV

140 Die Klägerin stützt ihre Forderung vor allem auf den Marketingplan von Oktober 2007, welcher auch Radiowerbung für das ganze Jahr vorsah. Jedoch kann im Marketingplan für das Jahr 2008 keine Ermächtigung gesehen werden, die Radiobuchungen en bloc für ein ganzes Jahr zu tätigen.

141 Es ist zwar seitens der Beklagten unbestritten, dass eine Unterschreitung des Marketingbudgets für sie ebenfalls von Nutzen war. Dennoch war eine Buchung en bloc nicht i.S.d. Beklagten gewesen, ansonsten hätte diese, verfügt sie doch über erhebliche Erfahrung in diesen Bereichen, einen solchen Volumenrabatt in ihrem Budget eingerechnet oder zumindest zur Sprache gebracht. Dies geschah aber nicht.

142 **BO:** Zeugenaussage von Herrn Kölle (**Beilage K-13**)

143 Auch die Tatsache, dass die Klägerin gemäss Punkt 6 (2) DV auf quartalsmässiger Basis einen Bericht und Rechnung der Marketingausgaben zu stellen hat, spricht für eine quartalsmässige Buchung derselben, denn dadurch hat die Beklagte die Möglichkeit, nötigenfalls korrigierend einzugreifen. Diese Möglichkeit wird bei einer Buchung en bloc erheblich eingeschränkt.

144 Aufgrund der Vertragsauflösung seitens der Klägerin ist die Beklagte nicht mehr gemäss Punkt 6 (2) DV verpflichtet, die Marketingkosten, welche nach Beendigung des Vertragsverhältnisses entstanden sind, zu ersetzen.

7.2.2. Ersatzpflicht aus Auftrag i.S.v. Art. 402 ff. OR

145 Wesen des Auftrags i.S.v. Art. 394 Abs. 1 OR ist es, als Beauftragter fremde Geschäfte zu führen. Dieser Grundsatz der Zweckgerichtetheit des Auftrags in Wahrung fremder Interessen ist zentral (BSK WEBER, Art. 394 OR N 2).

146 Im vorliegenden Fall kann es sich bei der besagten Buchung der Radiowerbung nicht um eine fremde Angelegenheit handeln. Obwohl die Beklagte aufgrund des DV die Kosten dieser Werbemassnahmen trägt, dienen diese in erster Linie den Interessen der Klägerin. So erkennt auch die Klägerin in ihrer KS richtig, dass sie auf Werbung angewiesen ist, um ihre Produkte an die Abnehmer weiterzuverkaufen und somit ihren Umsatz und Gewinn zu steigern (vgl. KS, S. 19, Rz. 100).

147 Weiter sind dem Beauftragten gemäss Art. 402 Abs. 1 OR die Auslagen und Verwendungen durch den Auftraggeber zu ersetzen und er ist von seinen Verbindlichkeiten zu befreien. Diese Auslagen müssen jedoch im Rahmen eines *konkreten* Auftrages entstehen (BSK WEBER, Art. 402 N. 1 + 5).

148 Ein solcher Auftrag kann jedoch weder im DV noch im Marketingplan gesehen werden.

149 Eine Annahme eines Auftrages oder auftragähnlichen Gebildes i.S.v. Art. 402 OR wäre auch mit Hinblick auf das für den Alleinvertriebsvertrag typische Doppelsyllagma äusserst problematisch. Würde man in der Verkaufsförderungspflicht des Händlers einen Auftrag sehen, so müsste man konsequenterweise auch das gegenüberstehende Exklusivitätsrecht in Frage stellen (vgl. HUGUENIN OR BT N 1493).

150 Aus diesen Gründen ist eine analoge Anwendung des Art. 402 OR abzulehnen, und somit auch die Ersatzpflicht gemäss Art. 402 Abs. 1 OR.

7.2.3. Ersatzpflicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 422 OR

151 Die Klägerin sieht bezüglich der Marketingkosten allenfalls auch einen Anspruch auf Ersatz der Marketingkosten durch analoge Anwendung von Art. 422 OR.

152 Die Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 419 ff. OR setzt voraus, dass es sich um die Besorgung einer fremden Angelegenheit handelt (vgl. BSK WEBER, Art. 419 N 2).

153 Des Weiteren muss der Geschäftsführer ohne eine Handlungspflicht tätig werden, d.h. ohne vorliegen irgendeines Vertrages oder einer Tätigkeitspflicht gestützt auf eine gesetzliche oder behördliche Auflage (vgl. BSK WEBER, Art. 419 N 8).

154 Wie unter KA, S. 18, Rz. 145 ausgeführt, handelt es sich bei der Buchung der Radiowerbung nicht um eine fremde Angelegenheit und die Klägerin ist auch aus dem DV verpflichtet, geeignete Werbemassnahmen zu treffen (vgl. Punkt 4 (2) DV), womit auch eine vertragliche Handlungspflicht vorliegt.

155 Eine GoA i.S.v. Art. 419 ff. OR, und somit auch eine Erstattungspflicht gemäss Art. 422 OR, ist aus den obgenannten Gründen abzulehnen.

7.2.4. Ersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR

156 Die Klägerin könnte auch noch eine Ersatzpflicht der Radiokosten aufgrund Art. 97 Abs. 1 OR sehen.

157 Voraussetzung für eine Ersatzpflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR ist ein Verschulden des Schuldners, welches vermutet wird. Es obliegt also dem Schuldner, nachzuweisen, dass ihn keinerlei Verschulden an der Vertragsverletzung trifft (BSK WIEGAND, Art. 97 N 42).

158 Wie die Beklagte bereits mehrfach dargelegt hat, trifft die sie erwiesenermassen kein Verschulden. Aufgrund der erfolgreichen Exkulpation der Beklagten ist eine Ersatzpflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR abzulehnen.

7.3. Fazit Ersatz der Marketingkosten

159 Die Marketingkosten für das 1. Quartal wurden bereits verrechnet, womit die Klägerin keine Ansprüche mehr geltend machen kann.

160 Für die restlichen Quartalsrechnungen 2008 kann die Beklagte weder obligationenrechtliche noch vertragsrechtliche Ansprüche geltend machen.

161 Die Beklagte hingegen verlangt gemäss OR 62 Abs. 1 OR die bereits unrechtmässig verrechneten EUR 550.- für die Weihnachtskarten zurück.

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 5