

BeveSana AG
Berner Strasse 5
8953 Dietikon
Schweiz

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 9
Barbara Schütz
Bettina Angst
Heinrich Krauer
Tanja Laïbi

Klageantwort

Fall Nr. 600132-2008

**BeveSana AG
Beklagte
vertreten durch die Moot Court Gruppe 9**

gegen

**Distribujet GmbH
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 10**

**betreffend
Forderung**

Rechtsbegehren

Die beim Schiedsgericht eingereichte Klage sei abzuweisen und insbesondere sei festzustellen:

1. Dass das Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche infolge Übergang der Schiedsklausel auf die Bibite AG nicht zuständig sei.
2. Ferner sei festzustellen, dass die Beklagte nicht passiv legitimiert sei.
3. Zudem sei festzustellen, dass das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin nicht verletzt worden sei, weshalb die Beklagte auch nicht zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet ist. Allenfalls sei die Schadenersatzforderung auf die Höhe eines nachweislich entstandenen Schadens zu beschränken.
4. Sodann sei festzustellen, dass die Lieferantin berechtigt war, Vorauszahlungen zu verlangen, die Klägerin hingegen zu Unrecht Forderungen verrechnet hat.
5. Ausserdem sei festzustellen, dass die Kündigung des Vertrages aus wichtigen Gründen nicht gerechtfertigt war.
6. Der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der Radiokosten für die Monate Mai bis Dezember 2008 sei abzuweisen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Rechtsbegehren.....	I
Quellenverzeichnis	IV
Entscheidverzeichnis	VI
Belegverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
1 Einleitung	1
2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
2.1 Allgemeines zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.2 Übernahme der Vertriebsabteilung durch die Bibite AG	2
2.2.1 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 181 Abs. 1 OR	2
2.2.2 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 69 Abs. 1 FusG	4
2.2.3 Übernahme des Distributionsvertrags	4
2.2.4 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 175 ff. OR	5
2.3 Fazit.....	5
3 Passivlegitimation	5
3.1 Allgemeines zur Passivlegitimation	5
3.2 Ausdehnung des Wirkungsbereichs der Schiedsklausel auf Dritte	5
3.3 Fazit.....	6
4 Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts.....	6
4.1 Begriffserklärung	6
4.2 Vertragsinhalt	7
4.3 Rechtsnatur des Vertrags.....	8
4.4 Exklusivitätsabrede	8
4.5 Schaden durch Parallelimporte.....	9
4.6 Vertragsverletzung als Grundlage für Schadenersatz	10
4.7 Verletzung von vertraglichen Pflichten.....	11
4.8 Fazit.....	12

5 Lieferverpflichtungen und Vorauszahlung	12
5.1 Aufhebungsvertrag.....	12
5.2 Keine vertragswidrige Vorauszahlung.....	14
5.3 Kreditrisiko.....	15
5.4 Fazit.....	15
6 Kündigung aus wichtigem Grund	16
6.1 Kündigung wegen Verletzung des Alleinvertriebsrechts.....	16
6.2 Kündigung aufgrund vertragswidriger Vorauszahlung.....	17
6.3 Fristlose Kündigung mit Verwarnung.....	18
6.3.1 Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung.....	18
6.4 Fazit.....	19
7 Ersatz für Werbekosten	19
7.1 Werbe- und Verkaufsmassnahmen im Distributionsvertrag.....	19
7.2 Fazit.....	20

Quellenverzeichnis

Literatur

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 8. Auflage, Zürich 2003

Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY

HARTMANN JÜRGE./EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag, 2. Auflage, St. Gallen 1995

Zitiert: HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER

HARTMANN JÜRGE., Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Alleinvertriebsvertrag und verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts, Zürich 2007

Zitiert: HARTMANN JÜRGE

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2007

Zitiert: BEARBEITER; Basler Kommentar, Rz. ... zu Art. ... OR

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006

Zitiert: HUGUENIN AT

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008

Zitiert: HUGUENIN BT

HURNI CHRISTOPH, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008

Zitiert: HURNI

KOLLER ALFRED, Die Bedingungen. In: Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von Koller A./Schnyder Anton K./Druey J.N., 9. Auflage, Zürich 2000

Zitiert: KOLLER/GUHL

KULL MICHAEL, in: Kull Michael/Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, Basel/Zürich 2008

Zitiert: KULL

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. vollständig überarbeitete Auflage, Bern 2007

Zitiert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER

PAETZOLD VERONIKA, Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2. völlig überarbeitete Auflage, Zürich 2006

Zitiert: PAETZOLD

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006

Zitiert: VOGEL/SPÜHLER

WILDHABER MICHAEL, in: Kull Michael/Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, Basel/Zürich 2008

Zitiert: WILDHABER

Andere Quellen

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, 00.052

Zitiert: BOTSCHAFT ZUM FUSG

VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, www.fusg.ch - die Internetplattform zum Transaktionsrecht, < <http://www.fusg.ch/site/vmuebr/rechtliches/ablauf/index.php?datum=2008-09-30/>>, Stand: 30.09.2008, (b.a.: 08.04.2009)?

Zitiert: VON DER CRONE

Entscheidverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. Januar 2006,
4C.385/2005

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Oktober 2008,
4A_256/2008

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juni 1982,
BGE 108 II 213

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtliche Abteilung vom 28. Februar 2008,
5A_498/2007

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juni 2004,
4C.130/2004

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1995,
BGE 121 III 118

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. März 1967,
BGE 93 II 18

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 2004,
4C.370/2004

Tribunal fédéral suisse, arrêt de la Ie Cour civile du 10 décembre 1996,
BGE 123 III 86

Belegverzeichnis

- B-1 Übernahmevertrag zwischen Beklagter und Bibite AG vom 25. Mai 2005
- B-2 Schriftliche Zeugenaussage von Frau Karin Strasser vom 10. Juli 2008
- B-3 Brief der Beklagten vom 7. Mai 2006
- B-4 Auszug aus dem Distributionsvertrag Bibite AG/PPL Beer SA vom 8. Juni 2006
- K-1 Distributionsvertrag zwischen Beklagter und Klägerin vom 3. Juli 2004
- K-2 Brief der Klägerin vom 12. August 2006
- K-3 Brief der Beklagten vom 10. September 2006
- K-4 Brief der Klägerin vom 12. November 2007
- K-5 Brief der Beklagten vom 5. Dezember 2007
- K-6 Brief der Klägerin vom 3. April 2008
- K-7 Brief der Beklagten vom 10. April 2008
- K-8 Brief der Klägerin vom 14. April 2008
- K-9 Brief der Beklagten vom 16. April 2008
- K-10 Brief der Klägerin vom 21. April 2008
- K-11 Brief der Beklagten vom 25. April 2008
- K-12 Briefliche Kündigung der Klägerin vom 30. April 2008
- K-13 Schriftliche Zeugenaussage von Herrn Jürgen Kölle vom 7. August 2008

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
b.a.	besucht am
bzw.	beziehungsweise
BGE	Bundesgerichtsentscheid
EUR	Euro
E.	Erwägung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, SR 221.301
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
d.h.	das heisst
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Nr.	Nummer
Mio.	Million
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. August 2008), SR 220
p.a.	per annum
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer vom Januar 2006
u.a.	unter anderem
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

1 Einleitung

- 1 Da die Streitfragen 3 – 6 nur für den Fall der Bejahung von Zuständigkeit und Passivlegitimation zu entscheiden sind, und in diesem Fall keine Unterscheidung zwischen der Bibite AG und der Bevesana AG gemacht wird, umfasst der Begriff der ‚Beklagten‘ in diesem Dokument beide Unternehmungen. Desweiteren wurden zur guten Lesbarkeit des Dokuments folgende Darstellungsformen gewählt:
- Nummern in eckigen Klammern [] beziehen sich auf die entsprechenden Randziffern in der Klageschrift des Teams 10.
 - Nummern in eckigen Klammern [] mit dem Vermerk ‚KS‘ beziehen sich auf die entsprechenden Randziffern in Klageschriften anderer Teams, die Ziffer nach dem Vermerk ‚KS‘ weist auf das jeweilige Team hin.
 - Nummern in runden Klammern () beziehen sich auf die entsprechenden Randziffern in diesem Dokument.
- 2 Zuerst wird die Beklagte darlegen, dass sie durch die Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden ist (3-19), ebenso wenig ist sie passiv legitimiert (20-27). Eine Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts durch die Beklagte ist zu verneinen (28-50). Die von der Beklagten verlangten Vorauszahlungen sind nicht vertragswidrig (51-69) und die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund ist nicht gerechtfertigt (70-83). Schliesslich hat die Beklagte die Kosten für die Radiowerbung Mai bis Dezember 2008 nicht zu ersetzen (84-91).

2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts

2.1 Allgemeines zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 3 Wie in der rechtzeitig erhobenen Ungültigkeitseinrede in der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2008 ausgeführt, verneint die Beklagte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Die Beklagte bestreitet nicht das gültige Zustandekommen der schriftlichen Schiedsvereinbarung als Bestandteil des Distributionsvertrages (K-1), aber sie ist durch diese Schiedsvereinbarung nicht mehr gebunden. Die Vertriebsabteilung der Beklagten wurde von der neu gegründeten Bibite AG übernommen (B-1). Diese Übernahme beinhaltete alle Vertriebsverträge, darunter diejenigen mit der Klägerin (K-1). Dadurch ist die Beklagte von der Schiedsabrede nicht mehr erfasst und die Klägerin ist für ihre Rechtsnachfolgerin, die Bibite AG, tätig.
- 4 Die Klägerin bestreitet, dass die Vermögensübernahme nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR stattgefunden hat [4-7] oder sonstwie gültig zustande gekommen ist [8-24]. Dieser Argumentation ist, wie weiter unten dargelegt wird, nicht zu folgen.

2.2 Übernahme der Vertriebsabteilung durch die Bibite AG

2.2.1 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 181 Abs. 1 OR

- 5 Wie in der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2008 (Punkt 2) ersichtlich, geht die Beklagte von einer Veräusserung ihrer Vertriebsabteilung nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR infolge konzerninterner Restrukturierung aus.
- 6 Die Klägerin argumentiert [6-7], dass, da die Beklagte im Handelsregister eingetragen sei, sie gemäss Art. 181 Abs. 4 OR zwingend die Vorschriften des FusG zu beachten habe - ja, sogar dass das Vorgehen der Beklagten rechtswidrig und die Übernahme nach Art. 181 Abs. 1 OR nicht rechtsgültig sei. Aus diesem Grund erachtet die Klägerin den Übernahmevertrag (B-1) als teilnichtig [7].
- 7 Die Übergangsbestimmung im Fusionsgesetz, Art. 110 FusG, besagt, dass das Gesetz auf Übernahmen bzw. Vermögensübertragung Anwendung findet, welche nach seinem Inkrafttreten beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet wurden; mit der Eintragung ins Handelsregister wird die Vermögensübertragung rechtswirksam (Art. 73 Abs. 2 FusG). Das hat zur Folge, dass Vorhaben, die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes im Handelsregister angemeldet werden, dem neuen Gesetz entsprechen müssen (BOTSCHAFT ZUM FUSG, N 4491).
- 8 Wie die Klägerin korrekt festgestellt hat [17], wurde die Übernahme der Vertriebsabteilung von der Beklagten durch die Bibite AG bis zum heutigen Zeitpunkt nicht im Handelsregister eingetragen (s. Weitere Corrigenda und Antworten, Punkt 4), somit ist das Fusionsgesetz nicht anwendbar (VON DER CRONE, <http://www.fusg.ch/site/vmuebr/rechtliches/ablauf/>). Die Übernahme der Vertriebsabteilung fand dementsprechend nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR und nicht nach Art. 69 FusG statt.
- 9 Eine Vermögensübertragung muss bei den nicht vom FusG erfassten Fällen bzw. Gesellschaften gemäss Art. 181 OR geregelt werden und diese Regelung kann auch weiterhin in Fällen, die vom FusG erfasst sind, Anwendung finden (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §25 Rz. 84). Um es anders auszudrücken: Eine Übertragung von Aktiven und Passiven auf dem Weg der Singularsukzession ist weiterhin möglich (RUDOLF TSCHÄNI; Basler Kommentar, Rz. 6 zu Art. 181 OR). Eine Gegebenheit, welche auch bei der Klägerin Unterstützung findet [8-9]. Zwei Voraussetzungen sind bei der Anwendung von Art. 181 OR zu beachten: Es muss eine Mitteilung an die Gläubiger erfolgen, und die übertragenen Aktiven und Passiven müssen eine in sich geschlossene Einheit sein (RUDOLF TSCHÄNI; Basler Kommentar, Rz. 11 zu Art. 181 OR).
- 10 Die Übertragung einer ganzen Vertriebsabteilung, wie in casu geschehen, ist demzufolge von Art. 181 OR erfasst; handelt es sich doch um eine in sich geschlossene Einheit, um eine ganze Abteilung mit ihren Aktiven, Passiven, Verträgen etc., wie dem Übernahmevertrag (B-1) zu

entnehmen ist. Die Regelung, dass beim Vorgehen nach Art. 181 OR die Aktiven mittels Singularsukzession übertragen werden, die Passiven sodann gemäss Art. 175 OR, hat zur Folge, dass die beteiligten Parteien sich darüber im Klaren sein müssen und die spezifischen Formvorschriften beachten müssen (RUDOLF TSCHÄNI; Basler Kommentar, Rz. 2 zu Art. 181 OR). Dieser Umstand ist aber eine Frage der internen Abmachung und hat die Klägerin nicht zu interessieren, da von ihr nicht erwartet werden kann, dass sie sich über die Übernahme jeder einzelnen Position informiert. Mit Art. 175 OR werden im Zusammenhang mit einer Übertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR die Passiven übertragen. Die Anwendung von Art. 175 OR entwickelt nur interne Wirkung und ist dabei an keine Form gebunden.

- 11 Weiter führt die Klägerin aus, dass die Anwendbarkeit von Art. 181 OR sowohl die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts, als auch die Mitteilung oder Auskündigung in öffentliche Blättern voraussetze und sie von der Beklagten nicht korrekt informiert wurde [16]. Wie oben ausgeführt (9), müssen die Gläubiger über die Vertriebsübernahme benachrichtigt werden.
- 12 Die Beklagte und die Bibite AG haben die Betriebsübernahme allen Vertriebspartnern schriftlich mitgeteilt (B-2, Punkt 3, und Anhang zu B-2). Die Klägerin ihrerseits mag sich nicht erinnern, diese Mitteilung erhalten zu haben. In Anbetracht dessen, dass ihr nicht aufgefallen ist, dass sie die Vertragserweiterung mit der Bibite AG abgeschlossen hat (B-3) und sämtliche Korrespondenz sowie die Rechnungsstellung ab der Betriebsübernahme seitens der Bibite AG erfolgte – sie also von der Betriebsübernahme nichts bemerkt haben will -, mag es erstaunen, dass sie ihre Briefe dennoch an die Bibite AG adressierte (K-2, K-4, K-6). Herr Kölle äussert ja auch, dass er spätestens im Oktober 2005 (also vier Monate nach der Übernahme) durch Herrn Meier persönlich über die Betriebsübernahme informiert wurde (K-13, Punkt 5). Weshalb die Klägerin nach all dem immer noch keine Kenntnisse über die Übertragung haben will, ist der Beklagten ein Rätsel.
- 13 Selbst wenn die Klägerin nicht benachrichtigt worden wäre, wäre diese Tatsache kein Grund, die Übernahme als nicht erfolgt zu betrachten. Die Klägerin nicht die einzige Partnerin mit welcher die Bibite AG seit Juni 2005 Geschäfte unterhält. Es kann den anderen Partnern und Gläubigern nicht zugemutet werden, sich nach Jahren der Zusammenarbeit mit der Bibite AG nun wieder an die Beklagte zu wenden. Wie das Bundesgericht festhält, soll sich der Gläubiger auf Mitteilungen des Unternehmens verlassen dürfen und „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und die Rechtssicherheit bei Handelsgeschäften gebieten, dass der Gläubiger der Mitteilung des Übernehmers den Sinn beimessen darf, den ihr ein gutgläubiger Dritter nach Treu und Glauben beimisst“ (BGE vom 29.10.08, 4A_256/2008, E. 4.2). Zweitens ist die Übernahme nun vor fast 4 Jahren erfolgt (im Juni 2005) und die Bibite AG hat das übernommene Ge-

schäft weitergeführt, dabei die Aktiven und Passiven verändert; die Vertriebsabteilung der Beklagten existiert in der Form vom Juni 2005 nicht mehr.

2.2.2 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 69 Abs. 1 FusG

- 14 Sollte das Gericht der Argumentation der Klägerin folgen und eine Übernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR verneinen und stattdessen dem Vorschlag der Klägerin zustimmen und ebenfalls von einer Vermögensübernahme nach FusG ausgehen [11-12], hat dies dennoch zur Folge, dass die Schiedsklausel auf die Bibite AG übergegangen ist und die Beklagte keine rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin hat.
- 15 Zur Möglichkeit des Übergangs der Verträge ohne explizite Zustimmung möchte die Beklagte erstens auf die Tatsache hinweisen, dass die Klägerin die Möglichkeit hatte, sich zur Übernahme zu äussern (s. Anhang zu B-2), obwohl Lehre (HURNI, S. 224) und Praxis (BGE vom 31. Januar 2006, in einem Entscheid betreffend Spaltung, 4C.385/2005, E. 1.2.1 f.) die Meinung vertreten, dass gerade beim Übergang eines gesamten Geschäftsbereichs wie es in casu geschehn ist, die Zustimmung des Vertragspartners nicht eingeholt werden muss.
- 16 Eher schwer nachvollziehbar ist die Ausführung der Klägerin, dass der Vertrag eine persönlichkeitsrelevante Komponente habe („ad personam“ geschlossener Vertrag) und sie darum ihre Zustimmung hätte geben müssen [13-14]. Es mag durchaus der Fall sein, dass für die Klägerin besonders wichtig ist, mit welchen Personen sie das Vertragsverhältnis eingegangen ist und dass sie der Beziehung zu unserer Vertriebsabteilung; der Zusammenarbeit mit dieser und das daraus resultierende Vertrauensverhältnis mit den Beschäftigten der Abteilungen als für sie entscheidend betrachtet. Dadurch dass diese Vertriebsabteilung in ihrer Gesamtheit von der Bibite AG übernommen wurde, hat sich für die Klägerin weder an der Beziehung noch an der Zusammenarbeit etwas geändert, ja selbst ihre Ansprechpartner sind, wie sie selber feststellt [15] nach wie vor dieselben. Die persönlichkeitsrelevante Komponente des Vertrages hat sich nicht geändert.

2.2.3 Übernahme des Distributionsvertrags

- 17 Als Alternative diskutiert die Klägerin die Möglichkeit einer Vertragsübernahme [19]. Die Beklagte und die Bibite AG sind zu keiner Zeit von einem Übertrag der Schiedsabrede auf die AG aufgrund eines dreiseitigen Vertrages sui generis mit der Klägerin oder einer reinen Vertragsübernahme durch Dritte (in casu der Bibite AG) ausgegangen (wie beschrieben u.a. in HUGUENIN BT, RZ 1423). Aus diesen Gründen muss auf die Begründung der Klägerin, welche sich in erster Linie auf die fehlende Zustimmung beruft, nicht eingegangen werden.

2.2.4 Übernahme der Vertriebsabteilung nach Art. 175 ff. OR

- 18 Die Erläuterungen der Klägerin zu einem Vorgehen nach Art. 175 ff. OR sind als gegenstandslos zu betrachten [10]. Mit Art. 175 OR werden die Passiven, wie die Klägerin ebenfalls vermerkt, einzeln übertragen. Weder die Beklagte noch die Bibite AG sind im Zusammenhang mit der Übernahme der Vertriebsabteilung nur von einer Übernahme der Passiven gemäss Art. 175 OR ausgegangen; Art. 175 OR kommt i.V.m. Art. 181 OR zur Anwendung (9).

2.3 Fazit

- 19 Die Vertriebsabteilung der Beklagten wurde in ihrer Gesamtheit von der Bibite AG übernommen. Diese Übernahme ist rechtens und hat unter anderem zur Folge, dass der Vertrag mit seiner Schiedsklausel an die Bibite AG überging. Somit ist die Beklagte von der Schiedsabrede nicht mehr erfasst. Sie bestreitet deswegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der gegenüber ihr geltend gemachten Ansprüche.

3 Passivlegitimation

3.1 Allgemeines zur Passivlegitimation

- 20 Die Sachlegitimation ist die Berechtigung der Klägerin, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation), und zwar gegen die ins Recht gefasste Beklagte, welche bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht und damit passivlegitimiert ist. Die Prüfung der Legitimation erfolgt frei und von Amtes wegen (VOGEL/SPÜHLER, § 7 Rz. 89).
- 21 Die Beklagte verneint sowohl die Zuständigkeit des Schiedsgerichts als auch ihre Passivlegitimation. Aufgrund der Übernahme der Vertriebsabteilung durch die Bibite AG ist die Beklagte nicht mehr in dieser Pflichtstellung.

3.2 Ausdehnung des Wirkungsbereichs der Schiedsklausel auf Dritte

- 22 Als letztes Mittel schlägt die Klägerin vor, den Wirkungsbereich der Schiedsklausel auf Dritte zu erstrecken und die Beklagte mittels Durchgriff zu binden [20-24].
- 23 Mit dem Durchgriff wird die Trennung zwischen der juristischen Person und den Dahinterstehenden aufgelöst, es wird die eigene juristische Persönlichkeit der Gesellschaft ausser acht gelassen, und die Gesellschafter können direkt belangt werden. (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §2 Rz. 43 ff.). So kann in bestimmten Fällen der Durchgriff durch die Tochter- auf die Muttergesellschaft erfolgen. Dies betrifft nur Fälle der Unterkapitalisierung (die Tochter ist im Markt nicht lebensfähig), der Steuerung durch die Muttergesellschaft oder wenn die Muttergesellschaft Sonderinteressen verfolgt (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §24 Rz. 6).

- 24 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beachtet die rechtliche Selbstständigkeit einer juristischen Person grundsätzlich, es sei denn, sie werde im Einzelfall rechtsmissbräuchlich, entgegen Treu und Glauben geltend gemacht (BGE 108 II 213 S. 214, BGE vom 28.02.2008, 5A_498/2007, E. 2.2).
- 25 Für die Klägerin besteht der Rechtsmissbrauch in einer Unterkapitalisierung der Bibite AG [24]. Unterkapitalisierung bedeutet, dass die finanziellen Mittel, mit welcher die Mutter- die Tochtergesellschaft ausgestattet hat, so tief sind, dass ihre Lebensfähigkeit gefährdet ist (BGE vom 28.02.2008, 5A_498/2007, E. 2.2). Allein die Tatsache, dass die Bibite AG seit Mai 2005 als selbstständige Unternehmung im Vertriebsgeschäft tätig ist, beweist bereits, dass sie zum Vertragszeitpunkt mit genügend finanziellen Mitteln für ihr künftiges wirtschaftliches Risiko ausgestattet worden war. Dass zum üblichen wirtschaftlichen Risiko einer Unternehmung irgendwelche aus der Luft gegriffenen Schadenersatzforderungen (in casu in der Summe von EUR 10 Mio.) zählen, davon kann und muss nicht ausgegangen werden.
- 26 Des Weiteren ist zu erwähnen, dass die Bibite AG eine Unternehmung der MultiDrink Gruppe und keine Tochter der Beklagten ist (Anhang zu B-2). Deshalb müsste ein Durchgriff nicht auf die Beklagte, sondern auf die MultiDrink Gruppe erfolgen.

3.3 Fazit

- 27 Die Beklagte ist in keiner Weise passivlegitimiert. Für eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf die Beklagte mittels Durchgriff fehlt es am erforderlichen Rechtsmissbrauch durch die Beklagte. Sollte das Gericht dennoch einen Durchgriff als legitim erklären, würde die Multi-Drink Gruppe davon erfasst.

4 Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

4.1 Begriffserklärung

- 28 Zusammen mit der Klägerin teilen wir die Meinung, dass sich für den Begriff Vertriebsrecht keine gesetzliche Definition finden lässt (PAETZOLD, S. 3) [28]. Er stammt aus der Praxis und dient als Sammelbezeichnung für diejenigen Rechtsbereiche, die im Zusammenhang mit der rechtlichen Bewältigung aller Themen, welche mit dem Absatz von Waren und Dienstleistungen zu tun haben, stehen (WILDHABER, Rz. 68 ff.). Ansprüche aus dem Vertriebsrecht können nur insofern geltend gemacht werden, als sie im individuell abgeschlossenen Vertrag vereinbart wurden. Es bleibt daher den Parteien überlassen, bereits bei Vertragsschluss zu bestimmen, ob und wie weit dem Lieferanten entsprechende Pflichten auferlegt werden sollen.

4.2 Vertragsinhalt

- 29 Beklagte und Klägerin haben am 3. Juli 2004 im Sinne von Art. 1 ff. OR einen Distributionsvertrag (nachstehend als „Vertrag“ bezeichnet) abgeschlossen (K-1). Dieser wurde am 7. Mai 2006 zwecks Ausdehnung um ein weiteres Produkt erweitert (B-3).
- 30 Aufgrund des Vertrages erteilte die Beklagte der Klägerin das ausschliessliche Recht, den Gesundheitsdrink SHARP REQUIEM (nachstehend als „Produkt“ bezeichnet) im Vertragsgebiet Deutschland zu vertreiben (K-1, Ziffer 2.(1)). Die Klägerin erwirbt und vertreibt das Produkt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung als unabhängige Vertriebspartnerin für unbestimmte Zeit (K-1, Ziffer 2.(2) sowie Ziffer 7.(1)). Mittels der Ergänzung vom 7. Mai 2006 wurde dieses exklusive Vertriebsrecht auf die zuckerfreie Version SHARP REQUIEM SUGARFREE (nachstehend ebenfalls als Produkt bezeichnet) ausgedehnt (B-3).
- 31 Die Klägerin verpflichtete sich explizit dazu, beim Vertrieb des Produkts die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden und alles in ihrer Kraft Stehende zu tun, um das Produkt zu vermarkten (K-1, Ziffer 4.(2)). Darunter fallen namentlich die Aufrechterhaltung einer angemessenen Vertriebsorganisation, die Anstellung von qualifiziertem Personal, welches in der Lage ist, die Bedürfnisse des Markts zu befriedigen sowie die Schulung der Mitarbeiter in Übereinstimmung mit den von der Beklagten erlassenen Richtlinien (K-1, Ziffer 4.(3)). Aus der Erfüllung der auf diese Weise von der Klägerin übernommenen Verpflichtungen sollten die für die Jahre 2005 - 2007 vereinbarten Minimalverkaufszahlen resultieren (K-1, Ziffer 8.(1)).
- 32 Die Beklagte übernahm die Verpflichtung – und hat diese auch stets erfüllt –, während der Laufzeit des Vertrags im Vertragsgebiet weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch selber direkt oder indirekt mit dem Produkt Geschäfte einzugehen (K-1, Ziffer 3.(2)). Zusätzlich verpflichtete sich die Beklagte, das gemäss Marketingplan vorgesehene Promotionsmaterial kostenlos zur Verfügung zu stellen sowie die budgetierten Marketingkosten zu übernehmen (K-1, Ziffer 6.(2)). Anfänglich wurde im Verhältnis zwischen Beklagter und Klägerin ein Verkaufspreis von EUR 0.72 vereinbart (K-1, Ziffer 5.(3)), wobei der Beklagten von Beginn weg das Recht zugestanden wurde, Preisänderungen – unter Anzeige an die Klägerin – vorzunehmen (K-1, Ziffer 5.(4)).
- 33 Dem Problem von Parallelimporten wurde – neben weiteren Aspekten - von Beginn weg Rechnung getragen, indem vereinbart wurde, die minimalen Verkaufszahlen für die Jahre nach 2007, demzufolge erstmals für das Jahr 2008, unter Berücksichtigung der aktuellen Gegebenheiten jeweils neu zu vereinbaren (K-1, Ziffer 8.(3)).

34 Weitere als die erwähnten Verpflichtungen zum Schutz des ausschliesslichen Vertriebsrechts bzw. der Exklusivität der Klägerin ist die Beklagte nicht eingegangen, weshalb auch nur die im Vertrag erwähnten Ansprüche geltend gemacht werden können. Dass in den Jahren 2005 – 2007 die vereinbarten Mindestverkaufszahlen gut zu erreichen waren, spricht für die auf die Erfahrung der Beklagten zurückzuführende Qualität der Planung und Vertragsgestaltung.

4.3 Rechtsnatur des Vertrags

35 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossene Vertrag (K-1) erfüllt die Kriterien des Alleinvertriebsvertrags (WILDHABER, Rz. 199 ff.). Wie die Klägerin qualifizieren wir diesen auch als solchen [25] und sind ebenfalls der Meinung, dass der Inhalt eines derartigen Vertrags vom Parteiwillen abhängt [29].

36 Die Beklagte hat sich verpflichtet, der Klägerin ein sachlich und örtlich begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht für ihr Produkt einzuräumen. Die Klägerin hat sich im Gegenzug verpflichtet, das Produkt gegen Entgelt nur bei der Beklagten zu beziehen und übernimmt die Verkaufsförderungspflichten (HARTMANN JÜRIG, S. 14; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 14 f.). Sie geht ein Dauerschuldverhältnis ein und beliefert ein ausschliessliches Vertragsgebiet (WILDHABER, Rz. 200). Somit haben die Parteien die aus einem Alleinvertriebsvertrag entstehenden Pflichten vereinbart, und es ist weder Raum noch Bedarf für Auslegungen vorhanden.

4.4 Exklusivitätsabrede

37 In Vertriebsverträgen kann der Lieferant dem Alleinvertreter ein Gebiet zusichern, dies entspricht einem ausschliesslichen Vertriebsrecht in geografischer Hinsicht (BGE vom 18.06.2004, 4C.130/2004, E. 2.2). Die Zusicherung eines Gebiets erfolgt im Rahmen einer Exklusivitätsabrede der Parteien.

38 Der Vertrag (K-1) enthält eine solche Exklusivitätsabrede: Der Klägerin wird im Vertrag unter den Ziffern 2.(1) i.V.m. 3.(1) ff. Deutschland als exklusives und alleiniges Vertragsgebiet zugesichert. Im Gegenzug ist die Klägerin dazu verpflichtet, in dem ihr zugesicherten Gebiet den Absatz bestmöglich zu fördern (PAETZOLD, S. 3; K-1, Ziffer 4.(2)). Indem die Beklagte im Mai 2006 das damals neu lancierte SHARP REQUIEM SUGARFREE der Klägerin ebenfalls zum alleinigen Vertrieb in Deutschland anbot, brachte sie zum Ausdruck, dass sie zu jedem Zeitpunkt gewillt war, und es heute noch ist, sich nicht nur an den Buchstaben des Vertrags zu halten, sondern diesen auch seinem Geiste nach zu erfüllen. Die Beklagte hat also nicht – wie ihr unterstellt wurde – ihre Meinung nachträglich geändert [32], auch nicht hinsichtlich der Einhaltung der Exklusivitätsabrede.

39 Nach Auffassung der Beklagten war der im Vertragstext geäußerte Wille der Parteien von Beginn weg klar, und dies ist bis heute unverändert so. Damit erübrigt sich eine Diskussion um die Auslegung des Parteiwillens [34] (BGE 121 III 118, S. 123). Dass die Klägerin innerhalb ihres Marktgebiets von ihrem alleinigen Vertriebsrecht profitierte und auch profitieren sollte [35-38], war das Ziel und steht somit nicht zur Diskussion [32].

4.5 Schaden durch Parallelimporte

40 Wenn die Klägerin – wie sie behauptet – fast die Hälfte ihres Marktes verloren haben sollte [36], würde die Beklagte dies wirklich sehr bedauern. Nachdem die Klägerin in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 30. April 2008 1.8 Mio. Einheiten des Produktes verkaufte (Beschluss Nr.-2, Ziffer 12) und im Laufe des Monats April weitere 3.5 Mio. Flaschen (K-8 = 2.5 Mio. und K-10 = 1 Mio.) bestellt hat, erstaunt diese Aussage allerdings einigermaßen. Die Beklagte ist nach wie vor davon überzeugt, im Rahmen ihrer Möglichkeiten und gemäss ihren Pflichten alles getan zu haben, um Parallelimporte einzuschränken. Es scheint der Klägerin auch bekannt zu sein, dass nach h.L. aufgrund der Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrags keine Pflicht besteht, jegliche Konkurrenz aus dem Vertragsgebiet fernzuhalten und damit auch keine aktive Schutzpflicht vor Parallelimporten existiert [28, 37]. Eine solche Pflicht wäre auch praktisch gar nicht erfüllbar.

41 Den Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe mit ihrer Preispolitik Parallelimporte geradezu provoziert [39], weist diese mit aller Entschiedenheit zurück. Tatsache ist, dass nachdem die Klägerin in ihrem Brief vom 12. August 2006 (K-2) das Auftreten von Parallelimporten erwähnte, ihr die Beklagte mit Schreiben vom 10. September 2006 (K-3) eine Preisreduktion von EUR 0.72 auf EUR 0.67 zugestand, was einer Verbilligung des Einkaufspreises um 7 % entspricht. Dass diese Massnahme allein für die Aufrechterhaltung und Festigung der Marktstellung der Klägerin im Vertragsgebiet auf Dauer nicht genügen konnte, war zu erwarten. Dazu wäre eine qualitative Optimierung des bestehenden Vertriebsnetzes in Deutschland und ausserdem eine quantitative Verstärkung desselben notwendig gewesen. Es versteht sich von selbst, dass für die Erreichung der Ziele auch der Aufbau und die Pflege eines leistungsfähigen Mitarbeiterstabs erforderlich ist (30). Der Klägerin war von Beginn weg bekannt, dass die Beklagte weltweit tätig ist (K-1, 1), und sie hätte demzufolge von Anfang an damit rechnen müssen, dass diese ihre Produkte früher oder später auch nach Polen oder ein anderes Nachbarland exportieren würde. Niemand kann von der Beklagten erwarten, dass diese die an Deutschland angrenzenden Länder nicht beliefert, nur um das Vertragsgebiet der Klägerin zu schützen. Es mutet ausserdem seltsam an, von der Beklagten zu verlangen, ihre Lieferungen in die verschiedenen Länder zu kontingentieren [KS 3, 39-40 f.], denn dadurch wird eine Erhöhung des Marktanteils verunmöglicht. Auch ist es wirtschaftlich unsinnig, für alle Abnehmer

einen einheitlichen Preis anzuwenden. Dies widerspricht dem für das Privatrecht seit jeher geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Auf weitere Aspekte der Preispolitik – auch länderübergreifend – wird im folgenden Kapitel eingegangen.

4.6 Vertragsverletzung als Grundlage für Schadenersatz

- 42 Eine Vertragsverletzung durch die Beklagte würde einen Verstoss gegen die Exklusivitätsabrede bedingen, den die Beklagte – wie in Abschnitt 4.4. dargelegt – nach wie vor bestreitet.
- 43 Die Klägerin geht in ihrer Klageschrift davon aus, dass der für sie angeblich entstandene Schaden auf die ihrer Ansicht nach verfehlte Preispolitik der Beklagten zurückzuführen sei [27, 41, 43]. Dem ist zu entgegnen, dass diese Preispolitik nicht schon deshalb verfehlt ist, weil sie von der Klägerin nicht verstanden wird. Insgesamt geht es nicht nur darum, auf die Interessen der Klägerin Rücksicht zu nehmen, sondern auch auf diejenigen der Lieferantin selber sowie diejenigen ihrer übrigen Geschäftspartner. Unbestreitbar besteht zwischen Deutschland und Polen ein Kaufkraftgefälle von gegen 20 %, was in der Preisgestaltung berücksichtigt wurde (K-5). Dieser Unterschied wird in der Empfehlung für die Gestaltung der Kaufpreise für eine Verkaufseinheit in Deutschland (EUR 1.40) und Polen (EUR 1.15) (B-4; Ziffer 5.(6)) getreulich abgebildet. Zu erwähnen ist ferner, dass der für das Marktgebiet Polen zuständige Generalimporteur relativ, d.h. auf die Kaufkraft bezogen mit EUR 0.60 pro Einheit einen höheren Einkaufspreis zu entrichten hat, als die Klägerin (B-4; Ziffer 5.(3)). Dies alles hat zur Folge, dass die Klägerin kaufkraftbezogen mit einer Bruttomarge von 209 % kalkulieren kann, währenddem es für PLL BEER S.A. nur 192 % sind. Damit ist bewiesen, dass die Klägerin bezüglich der Preisgestaltung mindestens nicht benachteiligt wird. Die Klägerin war nie verpflichtet, die Preisempfehlung aus dem Vertrag (K-1, Ziffer 5.(6)) zu übernehmen, sondern die Möglichkeit zur freien Gestaltung des Verkaufspreises innerhalb eines beschränkten und sinnvollen Rahmens sollte ihr – zusammen mit der Reduktion des Einkaufspreises – die Möglichkeit geben, ihre eigene Preispolitik optimal zu gestalten.
- 44 Selbst dann, wenn der Klägerin ein Schaden entstanden sein sollte, für den sie auf der Grundlage von Art. 97 OR Ansprüche geltend machen will, müsste erstens zwischen Ursache und Wirkung ein Kausalzusammenhang bestehen und zweitens die Beklagte dafür ein Verschulden treffen. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten gedacht werden kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2751). Dieser natürliche Kausalzusammenhang wird mittels der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs auf die rechtliche Relevanz beschränkt; d.h. die schädigende Handlung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen

(GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2753). Die Beklagte bestreitet nicht, dass zwischen den Parallelimporten und dem Geschäftsgang der Klägerin ein Zusammenhang bestehen kann, nur hat die Beklagte keine Kenntnis vom Geschäftsgang der Klägerin und weiss somit nicht, welche Faktoren zum Verlust von Marktanteilen geführt haben. Nicht auszuschliessen sind Mängel im Vertriebsnetz, Fehler in der Preiskalkulation etc.

- 45 Sollte das Schiedsgericht den Kausalzusammenhang bejahen und wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte ein Verschulden treffe, wäre mindestens die von der Klägerin betragsmässig geltend gemachte Schadenssumme zu relativieren bzw. deutlich nach unten zu korrigieren.
- 46 Es wurde zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht vereinbart, allfällige Ansprüche auf Schadenersatz betragsmässig erst zu einem späteren Zeitpunkt zu beziffern (Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 vom 19. September 2008, Punkt 2.8). Mit Ihrer Forderung auf Schadenersatz in Höhe von EUR 10 Mio. hat die Klägerin erstens gegen diese Vereinbarung verstossen und zweitens einen um ein Mehrfaches zu hohen Schadensbetrag in Umlauf gebracht sowie dafür Ersatz gefordert.

4.7 Verletzung von vertraglichen Pflichten

- 47 Die Klägerin erhebt Anspruch aus Verletzung von vertraglichen Pflichten [45-47]. Dort, wo die Klägerin von der Absatzförderpflicht der Beklagten als typischem Bestandteil des Alleinvertriebsvertrags schreibt [47], spricht sie eine Pflicht an, die sie selber trifft und sie argumentiert, die Beklagte habe ihr die Erfüllung dieser Pflicht durch die Begünstigung von Parallelimporten erschwert und dadurch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Kurz danach redet die Klägerin von der „Unterlassungspflicht der Beklagten, nichts zu unternehmen...“ [47], was keinen Sinn ergibt, indem sie der Beklagten in der gleichen Sache sowohl ein Tun wie auch ein Lassen unterstellt.
- 48 Erstens hat sowohl die Beklagte überhaupt nichts unternommen, was die Marktposition der Klägerin hätte schwächen können und zweitens hat sie – wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde – auch nichts unterlassen, was im Rahmen der vertraglichen Pflichten zu tun gewesen wäre. Nachdem die Klägerin in den zurück liegenden Jahren die vereinbarten Minimalverkaufszahlen jeweils regelmässig erreichte und für das laufende Geschäftsjahr bisher keine Ziele vereinbart wurden, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die von der Klägerin ins Feld geführte eigene Absatzförderpflicht nicht verletzt sein kann. Somit hat auch keine von nach Auffassung der Klägerin durch die Beklagte provozierte und ihr als Vertragsverletzung unterstellte Nebenpflichtverletzung stattgefunden. Dieser Argumentationskette folgend entfällt deshalb auch ein in den Augen der Klägerin vorhandener Schadenersatzanspruch.

49 In Übereinstimmung mit der h.L. geht die Klägerin davon aus, dass sich eine aktive Gebietschutzpflicht des Lieferanten aus der Rechtsnatur des Alleinvertriebsvertrags nicht ergibt, eine solche aber individuell vereinbart werden kann [28]. Eine derartige Zusatzabrede wurde aber im Rahmen des Vertrags gerade nicht getroffen. Nichts desto trotz spricht die Klägerin etwa von „der Pflicht der Beklagten, etwas gegen die Parallelimporte zu unternehmen“ [32], der Verpflichtung „so weit als notwendig gegen die Parallelimporte vorzugehen“ [36], sowie von einer „aktiven Schutzpflicht der Beklagten“ [38]. Ausserdem wird der Beklagten die „bewusste Begünstigung von Parallelimporten“ [39] unterstellt. Diese Auflistung von vermeintlichen Pflichten und Pflichtverletzungen der Beklagten ergibt keine zusätzlichen Aspekte, welche für die Einschätzung der Situation relevant sein könnten. Wenn die Beklagte in ihrem Brief vom 10. September 2006 (K-3) der Klägerin eine Preisreduktion zugesteht, kann zudem daraus nicht – wie in der Klageschrift stipuliert - eine „Pflicht zu aktivem Handeln“ für die Zukunft abgeleitet werden [31].

4.8 Fazit

50 Der Vertrag bzw. die vereinbarte vertragliche Exklusivitätsabrede wurde nicht verletzt, da die Beklagte ihre Pflichten nicht verletzte und sie kein Verschulden für die Zunahme der Parallelimporte trifft. Auch weitere vertragliche Verpflichtungen sind nicht verletzt, weshalb seitens der Klägerin auch keine Ansprüche auf Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR geltend gemacht werden können.

5 Lieferverpflichtungen und Vorauszahlung

51 Wie aus der Klageschrift ersichtlich [49] bestreitet die Klägerin nicht, dass die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen zur Vorauszahlung (K-1 Ziffer 5.(5)) erfüllt waren und die Beklagte somit legitimiert war, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Hingegen bemängelt sie die Durchsetzbarkeit einerseits sowie den Bestand des Anspruchs andererseits mit der Begründung, dass ein Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR vorliege. Dass es sich beim Briefwechsel (K-9 bis K-11) bezüglich Vorauszahlung, gemachter Vorschläge und Bezahlung der Schuld nicht um einen Aufhebungsvertrag handelt [50-55], kann aufgrund nachfolgend aufgeführter Argumente widerlegt werden.

5.1 Aufhebungsvertrag

52 Wie die Klägerin richtig erkennt [51], findet Art. 115 OR nicht nur auf die Aufhebung von Forderungen, sondern auch auf die Aufhebung von Rechtsgeschäften Anwendung. Ein solcher Schuldentlass kann sich auch nur auf einen Einzelanspruch aus einem bestehendem Rechtsgeschäft beziehen (GONZENBACH, Basler Kommentar, Rz. 2 zu Art. 115 OR).

- 53 Das Rechtsgeschäft zwischen der Klägerin und der Beklagten ist der Distributionsvertrag. Ein Einzelanspruch daraus ist die vertragliche Vereinbarung, dass bei Zahlungsverzug seitens der Klägerin die Beklagte sofort befugt ist, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen (K-1, Ziffer 5.(5)).
- 54 Die in Art. 115 OR genannte Übereinkunft bezeichnet man oft auch als Aufhebungs- oder (Schuld-)Erlassvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Vertragsinhalt ist die Verfügung des Gläubigers, mit der er seine Forderung gegenüber dem Schuldner ganz oder teilweise aufgibt, im Sinne einer Zuwendung an den Schuldner (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 3301).
- 55 Wie von der Klägerin richtig erörtert, braucht es für jeden Vertrag einen Konsens im Sinne von Art. 1 ff. OR, welcher durch Antrag und Annahme zustande kommt [52]. Den Brief vom 16. April 2008 (K-9) als Antrag sowie insbesondere denjenigen vom 21. April 2008 (K-10) als Annahme zu qualifizieren, erscheint aufgrund des Verhaltens der Klägerin fragwürdig.
- 56 Mit Brief vom 16. April 2008 (K-9) ersuchte die Beklagte um eine einvernehmliche Lösung, obwohl die Klägerin weiterhin auf ihrer Schadenersatzforderung sowie dem Begehren auf Preisangleichung mit Polen beharrte. Bereits im September 2006 wurde ihr nämlich ein Preisnachlass von EUR 0.05 pro Flasche gewährt (K-3) womit der Preisunterschied zu Polen nur noch rund 10 % betrug, was angesichts des Kaufkraftgefälles, welches gegen 20 % beträgt (K-5), durchaus vertretbar war. Es stellt sich mittlerweile die Frage, was eigentlich die Klägerin ihrerseits unternimmt, um ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag (K-1, Ziffer 8.(1)) nachzukommen. Sollte das Gericht den Lösungsvorschlag als Antrag im Sinne einer Offerte qualifizieren, würde es sich um einen Antrag mit Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR handeln (K-9), womit die Klägerin bei Annahme zur Erfüllung angehalten würde [54].
- 57 Eine Bedingung im Rechtssinn ist eine ungewisse zukünftige Tatsache, von welcher nach dem Willen der Parteien entweder der Eintritt oder der Untergang der Leistungspflicht des Schuldners abhängig gemacht wird. Die Obligation ist in beiden Fällen entstanden. Dies zeigt sich darin, dass gemäss Art. 152 Abs. 1 OR die Parteien gegenseitig zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet sind und nichts unternehmen dürfen, was die spätere gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit hindern könnte (KOLLER/GUHL, § 9 Rz. 2 ff.).
- 58 Der Lösungsvorschlag gemäss Brief (K-9) beinhaltet vier Punkte: Punkt 1 enthält die Zusage, dass nach unverzüglicher Zahlung sämtlicher ausstehender Forderungen für Lieferungen die Punkte 2-4 durch die Beklagte erfüllt werden. Die Klägerin kommt keinem der genannten Punkte so wie vorgeschlagen nach; es scheitert bereits an Punkt 1, indem sie ihre ausstehenden Schulden mit den Marketingkosten verrechnet (K-10), was so aus dem Brief (K-9) nicht her-

vorgeht. Zu Punkt 4 nimmt sie überhaupt keine Stellung und die Zahlung erfolgt - wie im Brief (K-10) erwähnt - unter Protest.

- 59 Die übereinstimmende Willenserklärung im Sinne von Art. 1 ff. OR erfordert, dass diese beim Vertragsabschluss in Bezug auf einen bestimmten Vertragsinhalt vorliegt und dieser Vertrag dann so auch zu einem Abschluss kommt. Es kann somit vorliegend nicht von einer übereinstimmenden Willenserklärung gesprochen werden.
- 60 Die Klägerin durfte durchaus von der Verbindlichkeit des Angebots der Beklagten ausgehen [55]. Sie selbst hat sich wider Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verhalten, indem sie das Angebot ohne vorherige Absprache mit der Beklagten zu ihren Gunsten umgestaltete.
- 61 Entgegen den Erläuterungen der Klägerin [54] hat aber genau ihr Verhalten dazu geführt, dass die von der Beklagten geforderten Bedingungen nicht erfüllt wurden, ihr Brief vom 21. April 2008 daher nicht als Annahme einer Offerte bezeichnet werden kann und es sich somit auch nicht um einen Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR handelt.

5.2 Keine vertragswidrige Vorauszahlung

- 62 Wie bereits erwähnt (51), bestreitet die Klägerin nicht, dass die vertraglichen Voraussetzungen für das Vorauszahlungsrecht erfüllt waren. Hingegen bestreitet sie den Anspruch auf Vorauszahlung [49], was im Folgenden widerlegt werden kann.
- 63 Gemäss vertraglicher Vereinbarung (K-1, Ziffer 5.(5)) ist die Beklagte befugt, im Falle eines Zahlungsverzugs für Lieferungen des Produkts sofort Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Die Klägerin befand sich mit der Zahlung von EUR 2.9 Mio. ab 8. April 2008 in Verzug. Am 10. April 2008 mahnte die Beklagte (K-7) die Klägerin und verlangte die Zahlung bis spätestens am 17. April 2008. Am 21. April 2008 überwies die Klägerin statt des Gesamtbetrags den Betrag von EUR 2.819 Mio. Sie erlaubte sich, die ausstehenden Marketingkosten mit dem Rechnungsbetrag für Lieferungen ohne vorherige Absprache mit der Beklagten zu verrechnen (K-10).
- 64 Mit Brief vom 21. April 2008 drohte die Klägerin mit der Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund, falls die Beklagte weiterhin auf Vorauszahlung für die noch pendenten Lieferungen bestehen würde. Explizit erwähnte die Klägerin die ausstehenden Lieferungen vom 13. sowie 20. April 2008 (K-10). Anscheinend hat die Klägerin bereits wieder vergessen, dass sie die offenen Rechnungen erst am 21. April 2008 beglichen hat und somit die vertraglichen Voraussetzungen für das Verlangen von Vorauszahlung für die Bestellungen vom 13. und 20. April 2008 erfüllt waren. Das Recht, Vorauszahlung zu verlangen, war für die erwähnten Bestellungen somit nicht verwirkt.

65 Die vertragliche Vereinbarung, bei Zahlungsverzug seitens der Klägerin Vorauszahlung zu verlangen, ist als Schutzklausel gedacht. Es scheint nun in Anbetracht der Gesamtsituation und aufgrund der Vorkommnisse mehr als gerechtfertigt zu sein, weiterhin auf Vorauszahlung zu bestehen. Es ist im Übrigen nicht nachzuvollziehen, wieso sich die Klägerin so an der Vorauszahlung stört, berechtigen sie doch solche Vorauszahlungen zu einem Rabatt von 1 % auf dem Verkaufspreis (K-1, Ziffer 5.(5)).

5.3 Kreditrisiko

66 Wie bereits mit Brief vom 25. April 2008 (K-11) erwähnt, bleibt die Klägerin durch ihr Verhalten für die Beklagte ein Kreditrisiko [KS 6, 71] und zwar aus folgendem Grund:

67 Der Zinssatz von 6.20 % p.a. ist nach Auffassung der Beklagten allein noch kein Indiz für die gute Bonität bzw. Schuldnerqualität der Klägerin. Wie dieser Zinssatz einzustufen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab, unter anderem auch von der Währung, in welcher ein Kredit aufgenommen wird. Dann kommt es darauf an, ob es sich um einen gedeckten Kredit oder um eine ungedeckte Blankolimit handelt. Schlussendlich ist auch noch die Kreditform von Bedeutung (Kontokorrentkredit oder Festvorschuss). Qualitativ gute Schuldner mit einem funktionierenden Cash Management nehmen auch kurzfristige Kredite nicht einfach zu Lasten ihres Kontokorrents auf, sondern beanspruchen einen Festkredit auf Liborbasis. Im vorliegenden Fall wäre wohl eine Kredittranche mit einmonatiger Laufzeit ausreichend gewesen und ein solcher Kredit hätte im Frühjahr 2008 in Schweizer Franken für einen erstklassigen Schuldner 1 - 1.5 % gekostet, in Euro vielleicht etwa ein Prozent mehr, also 2 - 2.5%. So gesehen lässt der im Raum stehende Kreditzins von 6.2 % p.a. eher auf eine mittelmässige Schuldnerqualität schliessen. Oder anders ausgedrückt kann der Zuschlag in der Grössenordnung von - je nachdem 4 – 5 % - entweder als Risikoprämie, welche die Klägerin zu bezahlen hatte und oder als Ausdruck eines ungenügenden Cash Management interpretiert werden.

68 Gemäss Vorschlag der Beklagten (K-9) hätte sie die gerechtfertigten Marketingkosten der Klägerin nach Eingang ihrer offen stehenden Forderung beglichen. Die Klägerin hätte ihr Geld erhalten und die Beklagte auf ihre Forderung nach Vorauszahlung verzichtet.

5.4 Fazit

69 Wie dargelegt hat die Beklagte niemals vertragswidrig Vorauszahlung verlangt. Es liegt kein Aufhebungsvertrag vor. Wegen der willkürlichen Verhaltensweise der Klägerin bezüglich des von der Beklagten unterbreiteten Lösungsvorschlages, überrascht es nicht, dass diese weiterhin auf Vorauszahlung besteht (K-11). Aufgrund der mit der Klägerin gemachten Erfahrungen würde es nicht erstaunen, wenn diese ihre nächste offenstehende Lieferrechnung mit ihrer Schadenersatzforderung verrechnen würde.

6 Kündigung aus wichtigem Grund

70 Wie die Klägerin richtig darlegt [57], ist eine fristlose Auflösung des Distributionsvertrags unter zwei Voraussetzungen möglich. Erstens muss ein wichtiger Grund gemäss Ziffer 13.(2) des Vertrags (K-1) vorliegen, und zweitens hat die Kündigung mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen. Die Klägerin nannte in ihrem Kündigungsschreiben (K-12) zwei Gründe für die fristlose Kündigung, nämlich die Verletzung des Alleinvertriebsrechts und das weitere Bestehen auf Vorauszahlung für Lieferungen. Die Beklagte wird nachfolgend darlegen, dass weder das Alleinvertriebsrecht der Klägerin verletzt noch ungerechtfertigterweise Vorauszahlungen verlangt wurde. Überdies wird sie sich zur Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung sowie zur Verwarnung äussern. Die Beklagte geht des Weiteren auch auf einen anderen wichtigen Grund ein, der zu einer Kündigung aus wichtigem Grund führen kann [KS 10, 65-68].

6.1 Kündigung wegen Verletzung des Alleinvertriebsrechts

- 71 Die Klägerin macht in ihrer Klageschrift geltend, dass die Beklagte das Alleinvertriebsrecht der Klägerin verletzt habe und dies auch noch 10 Tage nach Abmahnung fortsetzte [58]. Die Beklagte hat sich gemäss Ziffer 3.(2) des Vertrags (K-1) verpflichtet, bis zum Zeitpunkt der Kündigung oder Aufhebung der Vereinbarung weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Die Beklagte hat bereits ausführlich dargelegt (28-50), weshalb sie das Alleinvertriebsrecht (Exklusivitätsrecht) der Klägerin in keiner Weise verletzt hat.
- 72 Die Klägerin argumentierte zudem widersprüchlich [61], indem sie zuerst darauf hinwies, dass das Alleinvertriebsrecht als Kernstück eines Alleinvertriebsvertrags ein sehr wichtiger Vertragsbestandteil sei, um sich danach die Frage zu stellen, ob das Alleinvertriebsrecht überhaupt als wesentliche Vertragsbestimmung im Sinne von Ziffer 13. (2) des Vertrags (K-1) zu qualifizieren sei.
- 73 Objektiv wesentliche Vertragsbestimmungen sind die objektiv begriffsnotwendigen und -wesentlichen Punkte, welche einen Vertragstypus bestimmen und ihm sein Wesen und seinen Charakter verleihen (HUGUENIN AT, Rz. 205). Die Verpflichtung der Lieferantin gegenüber dem Händler/Distributor, die vereinbarten Produkte innerhalb eines bestimmten Vertragsgebiets ausschliesslich an ihn zu liefern (ausschliessliche Lieferverpflichtung) und die Verpflichtung des Händlers/Distributors, die Produkte für sein Vertragsgebiet nur von seiner Lieferantin zu beziehen (ausschliessliche Bezugsverpflichtung), prägen den Typus des Alleinvertriebsvertrags und sind deshalb wesentliche Vertragsbestimmungen (HUGUENIN BT, Rz. 1491). Es darf folglich davon ausgegangen werden, dass das Alleinvertriebsrecht in der Tat eine objektiv wesentliche Vertragsbestimmung eines Alleinvertriebsvertrags ist und diese nicht verletzt wurde.

6.2 Kündigung aufgrund vertragswidriger Vorauszahlung

- 74 Im Brief vom 10. April 2008 (K-7) forderte die Beklagte die Klägerin auf, die drei fälligen offenen Rechnungen (Rechnungsdatum 10.2.2008) in der Höhe von EUR 2.9 Mio. bis spätestens 17. April 2008 zu bezahlen und teilte der Klägerin ausserdem mit, dass sie nur noch gegen Vorauszahlung liefern werde. Zudem wies sie die Forderung der Klägerin auf Schadenersatz aufgrund der Parallelimporte in der Höhe von EUR 10 Mio. ausdrücklich zurück. In ihrem Antwortschreiben vom 14. April 2008 (K-8) ist die Klägerin in keiner Weise auf die offenen Rechnungen eingegangen, sondern beharrte auf ihrer Entschädigungsforderung von EUR 10 Mio.
- 75 Als Vorschlag zur Güte hat die Beklagte mit Brief vom 16. April 2008 (K-9) der Klägerin ein Angebot gemacht, welches neben der Aufhebung der Vorauszahlung für Lieferungen das Entsenden von qualifizierten Mitarbeitern der Beklagten nach Deutschland beinhaltete. Diese sollten die Marktsituation analysieren und die Klägerin bei der Erreichung der im Distributionsvertrag vorgesehenen Ziele zu unterstützen. Zudem wollte die Beklagte der Klägerin auch die gerechtfertigten Marketingkosten erstatten. Voraussetzung für diese Leistungen war aber selbstverständlich, dass die Klägerin die offenen Rechnungen in der Höhe von EUR 2.9 Mio. unverzüglich bezahlen würde.
- 76 Die Klägerin ist in ihrem Antwortschreiben vom 21. April 2008 (K-10) nicht auf den Vorschlag der Beklagten eingegangen. Sie bestand weiterhin auf ihrer Schadenersatzforderung von EUR 10 Mio. und drohte mit der Kündigung aus wichtigem Grund, falls die Beklagte weiterhin Vorauszahlung verlangen würde. Zudem hat sie ohne erkennbaren Grund die Marketingkosten mit ihrer Schuld verrechnet, obwohl die Beklagte im Brief vom 16. April 2008 (K-9) explizit erklärte, dass sie die Marketingkosten (Rechnung erhalten am 5. April 2008, K-6) überweisen werde, sobald die Klägerin ihre Schulden vom Februar 2008 beglichen habe. Diese Verrechnung durch die Klägerin war einerseits unnötig, da die Beklagte ja willens war, die Rechnung zu bezahlen und sie widerspricht andererseits auch dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB, da die Klägerin aufgrund der Erklärung der Beklagten damit rechnen durfte, dass diese die Rechnung bezahlen würde.
- 77 Wie bereits erwähnt (66-68), hatte die Beklagte das Recht, für die ausstehenden Lieferungen Vorauszahlungen zu verlangen. Des Weiteren beruft sich die Klägerin auf eine Abmachung zwischen den Parteien [62], welche aber, wie ausführlich dargelegt (55-65), so nicht besteht.
- 78 Ausserdem kann gemäss Vertrag (K-1, Ziffer 13.(2)a)) eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nur ausgesprochen werden, wenn nach der Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung durch eine Partei die Gegenpartei diese abmahnt und die Verletzung auch

noch 10 Tage nach Abmahnung durch die Gegenpartei weitergeführt wird. Die Klägerin hat in ihrem Schreiben vom 21. April 2008 (K-10) die Beklagte aufgefordert, in Zukunft ohne Vorauszahlung zu liefern. In ihrem Antwortschreiben vom 25. April 2008 (K-11) hat die Beklagte aus den bereits bekannten Gründen weiterhin Vorauszahlung für Lieferungen verlangt, worauf die Klägerin am 30. April 2008 (K-12) fristlos kündigte. Selbst wenn der Brief vom 21. April (K-10) als Abmahnung verstanden wurde, wurde die Frist von 10 Tagen durch die Klägerin nicht eingehalten.

6.3 Fristlose Kündigung mit Verwarnung

79 Die Klägerin bezieht sich in ihrer Argumentation auch auf das Arbeitsrecht, nämlich auf Art. 337 Abs. 2 OR [64]. Auch wenn mit dem Arbeitsvertrag ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis eingegangen wird, scheint es fraglich, ob diese Gesetzesbestimmung einfach analog auf den Alleinvertriebsvertrag übertragen werden kann. Gerade die Verwarnung nach Art. 337 Abs. 2 OR ist eine Pflicht des Arbeitgebers seinem Arbeitnehmer gegenüber. Gemäss Bundesgericht (BGE vom 23.12.2004, 4C.370/2004, E. 2.2.3) muss der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ausreichend gewarnt sein, bevor eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden kann. Dies dient dem Schutz des Arbeitnehmers, welcher dem Arbeitgeber unterstellt ist. Diese Subordination fehlt beim Alleinvertriebsvertrag, da der Händler (Distributor) ein selbstständiger Unternehmer ist und im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt (KULL, Rz. 205). Es sind gleichberechtigte Parteien.

6.3.1 Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung

80 Die Klägerin verweist in ihren Ausführungen auf das Schweizerische Bundesgericht [65]. Dieses verlangt nämlich, dass die fristlose Kündigung ohne Verzug nach Kenntnisnahme des wichtigen Grundes zu erfolgen hat (BGE 93 II 18, S. 18 f.). Im Kündigungsschreiben vom 30. April 2008 (K-12) verweist die Klägerin einerseits auf die Verletzung der vertraglich zugesicherten Exklusivität und andererseits auf die Forderung von weiterer Vorauszahlung für Lieferungen durch die Beklagte. Auch wenn die Beklagte wie ausgeführt (28-50) in keiner Weise der Meinung ist, dass das Alleinvertriebsrecht der Klägerin verletzt wurde, so ist doch gleichwohl in diesem Zusammenhang auf die Verwirkung des Rechts zur fristlosen Kündigung einzugehen.

81 Die Klägerin behauptete seit Sommer 2006 immer wieder, dass die Beklagte ihr Exklusivitätsrecht verletze. Die fristlose Kündigung der Klägerin u.a. aufgrund der Verletzung des Exklusivitätsrechts wurde aber erst 1 $\frac{3}{4}$ Jahre nach der Feststellung dieser vermeintlichen Verletzung durch die Beklagte ausgesprochen. Auch wenn bei einem komplexen Sachverhalt durchaus eine längere Bedenkzeit zugestanden werden kann (BGE 93 II 18, S. 18 f.), so scheint eine Zeitspanne von 1 $\frac{3}{4}$ Jahren trotz allem unverhältnismässig lange zu sein. Dies gerade auch in

Bezug darauf, dass die Klägerin der Auffassung war, dass sich während dieser Zeit trotz den Bemühungen der Beklagten nichts an der Situation der Parallelimporte verändert habe. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine ordentliche Kündigung für die Klägerin durchaus subjektiv zumutbar war, und somit ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt (BGE 123 III 86. S. 87).

- 82 Die Klägerin sieht in ihren Bestellungen vom 13. April 2008 (K-8) und vom 20. April 2008 (K-10) von insgesamt 3.5 Millionen Flaschen keinen Verwirkungsgrund für eine fristlose Kündigung [66]. Dies erstaunt doch sehr, da aufgrund dieser Bestellung gerade davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt trotz der von ihr geltend gemachten Verletzung des Exklusivitätsrechts weiterhin mit der Beklagten zusammenarbeiten wollte und nicht ein paar Tage später fristlos kündigen würde.

6.4 Fazit

- 83 Die Beklagte war gemäss Vertrag (K-1, Ziffer 5.(5)) legitimiert, Vorauszahlungen für die Bestellungen der Klägerin zu verlangen, da sich die Klägerin zum Zeitpunkt der Bestellung in Zahlungsverzug befand. Zudem hat die Klägerin die gemäss Vertrag (K-1, Ziffer 13.(2)a)) nötige Wartefrist bei einer Kündigung nicht berücksichtigt. Des Weiteren ist Art. 337 Abs. 2 OR nicht von Belang. Die Klägerin hat zudem ihr Recht auf eine fristlose Kündigung verwirkt.

7 Ersatz für Werbekosten

7.1 Werbe- und Verkaufsmassnahmen im Distributionsvertrag

- 84 Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte die Kosten der Radiowerbung für die Monate Mai bis Dezember 2008 zu übernehmen und dies, obwohl mittlerweile gar kein Vertragsverhältnis mehr besteht [72].
- 85 Dass die Beklagte die Kosten für die budgetierten Marketingaktivitäten übernimmt, ist im Vertrag (K-1, Ziffer 6.(2)) klar und deutlich geregelt. Diese vertragliche Regelung widerspiegelt den tatsächlichen Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und bedarf keiner Auslegung [73]. Die Argumentation der Klägerin betreffend Auslegung des Parteiwillens [71] läuft genauso ins Leere und bietet keine stichhaltigen Argumente wie die Frage, ob der Distributionsvertrag überhaupt gültig sei [70].
- 86 Richtig ist, dass an der gemeinsamen Sitzung vom 14. Oktober 2007 (K-4) der Marketingplan inklusive Übernahme der Kosten für Radiowerbung für das kommende Jahr festgelegt wurde. Dies allerdings unter der Annahme, das Vertragsverhältnis bleibe weiterhin bestehen. Auch wenn die Klägerin anlässlich dieser Sitzung die Parallelimporte einmal mehr thematisierte und der Beklagten vorwarf, nichts dagegen zu unternehmen, war zu diesem Zeitpunkt von Kündigung nie die Rede und hatte somit - wie von der Klägerin richtig festgestellt - auch keinerlei

Auswirkung auf die Planung der Marketingaktivitäten (K-4 sowie [72]). Wäre man von einer bevorstehenden Kündigung ausgegangen, hätte man den Marketingplan wohl kaum für das ganze Jahr erstellt.

- 87 Wie die Klägerin richtig feststellt, sind Verträge einzuhalten (pacta sunt servanda [74]). Nur vergisst sie, dass im vorliegenden Fall seit 1. Mai 2008 nach Meinung der Klägerin gar kein Vertrag mehr besteht und dieser Grundsatz somit obsolet ist.
- 88 Die Klägerin beruft sich „auf gute Treue“ in Bezug auf den Marketingplan und hat daher die Radiowerbung für das ganze Jahr gebucht, womit sie einen Volumenrabatt erzielen konnte [75]. Diesen Entscheid fällt die Klägerin basierend auf Kostenüberlegungen (Beschluss Nr. 2, Punkt 13) und ohne Rücksprache mit der Beklagten. Die Klägerin kann darauf vertrauen, dass die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten erfüllt, so die quartalsweise Bezahlung der Kosten (K-1, Ziffer 6.(2)). Alles darüber hinaus Gehende muss von der Beklagten nicht übernommen werden. Mit weiteren Ansprüchen der Klägerin wird der Begriff „nach Treu und Glauben“ [77] überstrapaziert.
- 89 Wie die Klägerin richtig bemerkt [76], erlaubt die vertragliche Vereinbarung (K-1, Ziffer 14.(1)), dass der Vertrieb des Produkts im Tätigkeitsgebiet auch nach erfolgter Kündigung für die Beklagte sichergestellt ist. Dieser Vertragspunkt betrifft aber den Fall der ordentlichen Kündigung, was die Klägerin offensichtlich nicht bemerkt hat. Hingegen entbehrt es jeglicher Grundlage, dass die Aufrechterhaltung der Werbung mit der Klägerin im Sinne der Beklagten sein sollte. Sie würde sich und jedem künftigen Vertriebspartner nur schaden.
- 90 Die Klägerin hat von Januar 2008 bis im April 2008 Bestellungen für rund 7 Mio. Flaschen des Produktes getätigt (K-7 und K-10). Obwohl ihrer Meinung nach seit 30. April 2008 kein Vertrag mehr besteht, wird sie dennoch versuchen, die restlichen Flaschen zu verkaufen. Ein Weiterführen der Werbung mit einem anderen Vertriebspartner ist somit für die Beklagte völlig nutzlos. Der neue Vertriebspartner müsste bereits zu Beginn des Vertragsverhältnisses Konzessionen eingehen und Umsatzeinbussen erleiden, weil direkte Konkurrenz seitens der Klägerin bestünde.

7.2 Fazit

- 91 Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Kosten für die Radiowerbung der Monate Mai bis Dezember 2008 zu übernehmen, weil dafür keinerlei vertragliche Verpflichtungen mehr bestehen. Die Kündigung eines jeden Vertrags hat zur Konsequenz, dass die darin enthaltenen Punkte allesamt ihre rechtliche Gültigkeit verlieren, ansonsten auch jegliche Kündigung ihre Wirkung verlieren würde.