

per E-Mail an

Distribujet GmbH

Nikolaigraben 15
02826 Görlitz
Deutschland

Vertreten durch

Moot Court Team 3

Letizia Angstmann
Sybille Hochstrasser
Andreas Hodel
Roger Jud

LSI

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich
Schweiz

BeveSana AG

Berner Strasse 5
8953 Dietikon
Schweiz

Zürich, den 15.12.2008

LSI Fall Nr. 600132-2008

Klageschrift in Sachen

Distribujet GmbH

Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

gegen

BeveSana AG

Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

Klägerin

Beklagte

Sehr geehrte Frau Prof. Dr. X.

Sehr geehrte Frau Dr. Y.

Sehr geehrter Herr Dr. A.

Als bevollmächtigte Parteivertretung der Klägerin Distribujet GmbH stellen wir in
Stellungnahme zum Konstituierungsbeschluss und des Beschlusses Nr. 1 des Schiedsgerichts
vom 19. September 2008 sowie des Beschlusses Nr. 2 vom 31. Oktober 2008
in Form einer

ergänzenden Klageschrift

folgende

Rechtsbegehren:

Es sei festzustellen, dass das Schiedsgericht für die klägerischen Ansprüche zuständig sei.

Es sei festzustellen, dass die Beklagte für die klägerischen Ansprüche passivlegitimiert sei.

Es sei festzustellen, dass die Beklagte durch ihr Verhalten das vertraglich vereinbarte
Vertriebsrecht der Klägerin verletzt habe.

Die Beklagte sei zu verpflichten, den aus der Vertragsverletzung entstandenen Schaden in
durch das Schiedsgericht noch festzustellender Höhe auszugleichen.

Es sei festzustellen, dass die Forderung der Beklagten nach Vorauszahlung vertragswidrig
war und dadurch die Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin verletzt wurden. Weiter
sei festzustellen, dass die Klägerin kein Kreditrisiko für die Beklagte dargestellt habe.

Die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 sei als korrekt
anzuerkennen.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die nach der Kündigung entstandenen
Marketingkosten zuzüglich 5% Verzugszinsen zu ersetzen.

Inhaltsübersicht

INHALTSÜBERSICHT	III
INHALTSVERZEICHNIS	IV
LITERATURVERZEICHNIS	VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XII
1 ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTES.....	1
2 PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN.....	3
3 VERLETZUNG DES EXKLUSIVITÄTSRECHTS DER KLÄGERIN.....	6
4 SCHADEN DER KLÄGERIN	9
5 VERTRAGSVERLETZUNG DURCH BESTEHEN AUF VORAUSKASSE	11
6 KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND.....	14
7 KOSTENÜBERNAHME FÜR RADIOWERBUNG	17

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT	III
INHALTSVERZEICHNIS	IV
LITERATURVERZEICHNIS	VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XII
1 ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTES.....	1
1.1 AUSGANGSLAGE.....	1
1.2 AUFHEBUNG DER ZUSTÄNDIGKEIT DURCH EINEN ÜBERNAHMEVERTRAG	1
1.2.1 Übernahmevertrag gemäss Art. 181 Abs. 1 OR.....	1
1.2.2 Übernahmevertrag gemäss Art. 181 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 69 ff. FusG.....	2
1.2.2.1 Gültigkeit des Übernahmevertrages	2
1.2.2.2 Informationspflicht bei einer Vermögensübernahme.....	2
1.3 FAZIT	3
2 PASSIVLEGITIMATION DER BEKLAGTEN.....	3
2.1 AUSGANGSLAGE.....	3
2.2 FEHLERHAFT E ÜBERNAHME.....	3
2.3 ANERKENNUNG DER ÜBERNAHME DURCH VERTRAGSERWEITERUNG.....	4
2.4 PASSIVLEGITIMATION DURCH SOLIDARHAFTUNG.....	4
2.4.1 Solidarhaftung aus Art. 75 FusG.....	4
2.4.2 Frist der solidarischen Haftung	5
2.5 FAZIT	5
3 VERLETZUNG DES EXKLUSIVITÄTSRECHTS DER KLÄGERIN.....	6
3.1 AUSGANGSLAGE.....	6
3.2 VERTRAGLICHE VERPFLICHTUNGEN DER BEKLAGTEN	6
3.2.1 Verpflichtung aus Distributionsvertrag	6
3.2.2 Verpflichtung aus Garantievertrag	6
3.3 VORAUSSEHBARKEIT DER PROBLEMATIK VON PARALLELIMPORTEN	7
3.4 MASSNAHMEN ZUM SCHUTZE DES ALLEINVERTRIEBSPARTNERS	7
3.4.1 Preisangleichung	7
3.4.2 Nachforschungen zum Absatzkanal	8

3.4.3	Kontingentierung.....	8
3.5	FAZIT	8
4	SCHADEN DER KLÄGERIN	9
4.1	AUSGANGSLAGE.....	9
4.2	ENTGANGENER GEWINN.....	9
4.3	KAUSALZUSAMMENHANG	10
4.3.1	Unterlassen der Preisangleichung	10
4.3.2	Unterlassen von Nachforschungen.....	10
4.3.3	Unterlassen der Kontingentierung.....	10
4.3.4	Verschulden.....	11
4.4	FAZIT	11
5	VERTRAGSVERLETZUNG DURCH BESTEHEN AUF VORAUSKASSE	11
5.1	AUSGANGSLAGE.....	11
5.2	AUSLEGUNG DER VERTRAGSKLAUSEL	11
5.2.1	Einleitung	11
5.2.2	Usanz im Geschäftsverkehr.....	12
5.2.3	Parteiwille.....	12
5.2.4	Umkehrschluss	12
5.3	ZULÄSSIGKEIT DER VERRECHNUNG	13
5.3.1	Einleitung	13
5.3.2	Voraussetzungen	13
5.3.3	Fälligkeit der Marketingrechnung der Klägerin.....	13
5.4	FAZIT	13
6	KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND.....	14
6.1	AUSGANGSLAGE.....	14
6.2	RECHTSLAGE.....	14
6.2.1	Kündigungsgrund der Exklusivitätsverletzung	14
6.2.2	Kündigungsgrund der Lieferpflichtverletzung.....	15
6.2.3	Abmahnung der Vertragsverletzung	15
6.2.4	Kündigung innert angemessener Frist.....	16
6.3	FAZIT	16

7	KOSTENÜBERNAHME FÜR RADIOWERBUNG	17
7.1	AUSGANGSLAGE.....	17
7.2	ANSPRUCH AUF ÜBERNAHME DER KOSTEN FÜR RADIOWERBUNG	17
7.2.1	Interne Schuldübernahme.....	17
7.2.1.1	Budgetierung	17
7.2.1.2	Fälligkeit der Marketingkosten	18
7.3	RADIOWERBUNG WIRKT ZUGUNSTEN DER BEKLAGTEN.....	18
7.4	UNEIGENNÜTZIGES HANDELN DER KLÄGERIN	19
7.5	FAZIT	19

Literaturverzeichnis

Bücher

- Aepli Aepli Viktor, Das Erlöschen der Obligationen Art. 114-126 OR, in: Gauch Peter / Aepli Viktor (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Fünfter Band – Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, 1991.
Zitiert unter: N 68.
- Baudenbacher Baudenbacher Carl / Rommé Olivier, Ausgewählte Rechtsprobleme des Franchising, in: Dessemontet François/Piotet Paul (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989.
Zitiert unter: N 34.
- Becker Becker H, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Art. 1-183, 2. Auflage, Bern, 1974.
Zitiert unter: N 7.
- Bühler Bühler Theodor, Der Agenturvertrag Art. 418a-418v OR, in: Schöneberger Wilhelm / Gauch Peter / Schmid Jörg, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Fünfter Band – Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, 2000.
Zitiert unter: N 81.
- Gauch Gauch Peter / Schluop Walter, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich, 2008.
Zitiert unter: N 19, N 22, N 58, N 87, N 88.
- Hartmann Hartmann Jürg, Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Zürich, 2007.
Zitiert unter: N 40.
- Honsell Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern, 2006.
Zitiert unter: N 29, N 74.

- Huguenin Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, 2006.
Zitiert unter: N 31, N 58.
- Klausberger Klausberger Kurt, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht: Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen, Zürich, 1989.
Zitiert unter: N 19.
- Kull Kull Michael / Wildhaber Christoph, Schweizer Vertriebsrecht – Ein Handbuch für Praktiker, St. Gallen, 2008.
- Küng Küng Manfred, Das Handelsregister Art. 927-943 OR, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band 8, Das Obligationenrecht, Bern, 2001.
Zitiert unter: N 14.
- Meyer Meyer Christian Alexander, Der Alleinvertrieb, 2. Auflage, St. Gallen, 1992.
Zitiert unter: N 22.
- Rey Rey Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich, 2003.
Zitiert unter: N 47.
- Schluep Schluep Walter René, Innominatverträge, Basel, 1979.
Zitiert unter: N 31, N 72, N 80.
- Schluep II Schluep Walter René, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007.
Zitiert unter: N 31.

- Schumacher Schumacher Reto T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich, 2005.
Zitiert unter: N 8.
- Schwenzer Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern, 2006.
Zitiert unter: N 72, N 82.
- Stark Stark Emil W., Das Handelsregister, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR, 4. Auflage, Basel, 2008.
Zitiert unter: N 14.
- Stumpf Stumpf Herbert / Zimmermann Rudolf, Der Vertragshändlervertrag mit Einschluss des EG-Kartellrechts, Heidelberg, 1979.
Zitiert unter: N 31.
- Von der Crone Von der Crone Hans Caspar et al., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- Wettenschwiler Wettenschwiler Suzanne, Der Agenturvertrag, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007.
Zitiert unter: N 81.
- Wiegand Wiegand Wolfgang, Die Entstehung der Obligationen, Die Entstehung durch Vertrag Art. 18 OR, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007.
Zitiert unter: N 58.

Zeitschriften

- Böckli Böckli Peter, Harte Kartelle und Marktübermacht – Herausforderung für das neue Kartellrecht, Wirtschaft und Recht 39, 1987.
Zitiert unter: N 34.

Hebeis Hebeis Norbert, Die Verwendung des Warenzeichens auf der Gebrauchsinformation von Fertigarzneimitteln durch den Parallel- bzw. Reimporteur – eine Möglichkeit der Einfuhrkontrolle durch den Marktinhaber, GRUR e.V., 1992.

Zitiert unter: N 34.

SZW/RSDA Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Ausgabe 3/2004.

Zitiert unter: N 9.

Weil Weil Bruno M., Die vorzeitige Aufhebung des
Alleinvertretungsvertrages, SJZ 1935/36, S. 293 ff.

Zitiert unter: N 72, N 74, N 75, N 78, N 80.

Dissertationen

Bieri Bieri-Gut Marianne, Rechtsprobleme beim Absatz auf grauen Märkten,
Die Durchsetzbarkeit von Selektivvertriebsverträgen gegenüber
Dritten, Zürich, 1994.

Zitiert unter: N 51.

Publikationen der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Amtl. Bull. Amtl. Bull., Wortprotokoll der Beratungen des Nationalrats zum
Fusionsgesetz, Frühjahrssession 2003, 8. Sitzung vom 12. März 2003.

Zitiert unter: N 9.

Botschaft FusG Botschaft zum Fusionsgesetz, Bundesblatt Nr. 33 vom 22. August
2000.

Zitiert unter: N 5, N 8, N 9.

Internet

Fusg.ch Informationsseite zum Fusionsgesetz, Von der Crone Rechtsanwälte,
www.fusg.ch

BLL Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V., www.bll.de
Zitiert unter: N 38.

Nationale Gerichtsentscheide

BGE 82 II 401 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. Mai 1956
Zitiert unter: N 47.

BGE 89 II 36 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Januar 1963
Zitiert unter: N 81.

BGE 122 III 66 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Dezember 1995
Zitiert unter: N 29.

BGE 4C.284/2006 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. November 2006
Zitiert unter: N 50.

Internationales Recht

Urteil C-2/01 P Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 6. Januar 2004 in Sachen Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften
Zitiert unter: N 40.

EG-LMV Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 in Sachen Lebensmittelrecht und Lebensmittelsicherheit, publiziert im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 01.02.2002, L 31/1 ff.
Zitiert unter: N 38.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BLL	Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V.
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka / in etwa
d.h.	das heisst
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäischen Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Rom, den 25.03.1957
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EUR	Euro
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (SR 221.301)

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
LugÜ	Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11)
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung

z.B. zum Beispiel

Ziff. Ziffer(n)

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

1 Zuständigkeit des Schiedsgerichtes

1.1 Ausgangslage

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes im Verfahren zwischen der Klägerin mit Sitz in Deutschland und der Beklagten mit Sitz in der Schweiz wird als internationaler Sachverhalt nach dem 12. Kapitel des IPRG beurteilt. Das LugÜ ist gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 auf Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar. 1

Die Voraussetzungen an eine Schiedsklausel nach Kapitel 12 des IPRG werden nicht näher geprüft, da sich das Schiedsgericht in seinem Konstituierungsbeschluss für zuständig erklärt hat. 2

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wurde in der Einleitungsantwort von der Beklagten aufgrund des Übernahmevertrages zwischen der Beklagten und deren vertraglichem Rechtsnachfolger abgelehnt. 3

1.2 Aufhebung der Zuständigkeit durch einen Übernahmevertrag

1.2.1 Übernahmevertrag gemäss Art. 181 Abs. 1 OR

Für eine Aufhebung der Zuständigkeit bedürfte es einer rechtswirksamen Vermögensübernahme mit Wirkung gegenüber Dritten. Da beide beteiligten Parteien im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften sind, richtet sich die Vermögensübernahme nicht, wie von den Parteien fälschlicherweise im Übernahmevertrag vereinbart, nach Art. 181 Abs. 1 OR, sondern nach Art. 181 Abs. 4 OR, welcher auf das FusG verweist. 4

Vor der Einführung des FusG gingen bei einer Vermögensübertragung nach Massgabe von Art. 181 OR nur die Passiven von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Die Aktiven mussten jedoch für verschiedene Vermögenswerte nach ihren jeweilig verschiedenen Formvorschriften übertragen werden. Neben der Vereinfachung dieses für die heutige Wirtschaft überkomplexen Verfahrens, sollte auch der Schutz der Gesellschafter und der Gläubiger verbessert werden (Botschaft FusG, S. 4361). 5

Ein Rückgriff auf die komplexere Vermögensübertragung nach Art. 181 Abs. 1 OR kann daher aus Sicht der Klägerin nur dazu dienen, weitergehende Formerfordernisse nach dem FusG zu umgehen. 6

Zusätzlich ist anzumerken, dass eine Vermögensübernahme gemäss Art. 181 Abs. 1 OR einer empfangsbedürftigen Mitteilung an die Gläubiger oder einer öffentlichen Publikation bedarf, um die Rechte der Gläubiger vom Verkäufer auf den Käufer übergehen zu lassen (Becker, S. 837). 7

1.2.2 Übernahmevertrag gemäss Art. 181 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 69 ff. FusG

1.2.2.1 Gültigkeit des Übernahmevertrages

Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG gehen Aktiven und Passiven sowie die übertragbaren Verträge auf den neuen Rechtsträger im Moment der Handelsregistereintragung über. Die Handelsregistereintragung besitzt daher konstitutionellen Charakter (Schumacher, S. 102 ff.). Da die Vermögensübertragung nicht im Handelsregister eingetragen wurde, können keine formellen Rechtswirkungen aus ihr entstanden sein (Botschaft FusG, S. 4362). 8

1.2.2.2 Informationspflicht bei einer Vermögensübernahme

In der Botschaft zum FusG wird offengelassen, ob das Einverständnis von Dritten bei Vermögensübertragungen eingeholt werden muss. Die Beantwortung der Frage wurde der Praxis überlassen (SZW/RSDA). Die Botschaft zum FusG betont jedoch speziell auch die Unzulänglichkeit der bisherigen Regelung, da eine Informationspflicht der Beteiligten fehle (Botschaft FusG S.4360). Als Umkehrschluss lässt sich daraus herleiten, dass eine Information der Beteiligten wünschenswert sei. Ergänzend ist zu beachten, dass während der Beratung des Entwurfes zum FusG im Nationalrat darüber debattiert wurde, ob neben den Arbeitsverhältnissen auch weitere Verträge in Art. 71 FusG aufzunehmen seien. Dies wurde abgelehnt, da „Vertragsverhältnisse grundsätzlich ohne Zustimmung aller beteiligten Vertragsparteien nicht übertragen werden könnten“ (Amtl. Bull., 26 ff.). Im Sinne dieses historischen Willens des Gesetzgebers ist eine Informationspflicht der Vertragspartner anzunehmen. 9

Zusätzlich wurde im Übernahmevertrag (B-1) unter Art. 5 Abs. 2 Ziff. 1 von den Parteien konkret vereinbart, dass eine Verständigung und Zustimmung zu erfolgen habe. Die von der Botschaft nicht konkret bestimmte Informationspflicht wurde folglich durch den Parteiwillen beantwortet. Eine Zustimmung hat daher auch im Rahmen des FusG zu erfolgen. 10

Vorliegend hat aber weder eine ausreichende Verständigung der Beklagten stattgefunden, noch hat die Klägerin eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung erteilt. Die 11

angebliche Verständigung mittels Brief (B-2) kann nicht belegt werden und es stellt sich auch die Frage, wieso bei einer solch relevanten Mitteilung nicht sichergestellt wurde, dass sie die Einflussosphäre des Empfängers nachweislich erreicht.

Die Veränderung des Briefkopfes, z.B. auf Lieferscheinen, ist ebenfalls als nicht ausreichend zu betrachten, da es sich dabei um eine reine Namensänderung handeln könnte und nicht konkret auf eine Vermögensübertragung hinweist. Eine Mitteilung auf diesem Weg muss auch nicht zwingend in die Sphäre der Personen geraten, die über die vertragsrelevanten Einzelheiten informiert sind. 12

Auch die Übergabe der Visitenkarten von Herrn Meier an Herrn Kölle reicht nicht aus, da die damit verbundene Information zu wenig Inhalt besass und auch deren Kenntnisnahme nicht vorausgesetzt werden kann. Ebenso blieben die restlichen Kontaktdaten auf der Visitenkarte gleich. 13

Ein reines „kennen müssen“ dieser Vermögensübernahme, z.B. aufgrund des geänderten Firmennamens, ist nicht ausreichend (Stark, Art. 933 ZGB, N 8; Verweis auf BGE 65 II 87) und vermag keine Rechtswirkung herbeizuführen (Küng, S. 309). 14

1.3 Fazit

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Schiedsklage sei anzuerkennen, da aus dem Übernahmevertrag zwischen der Beklagten und der Bibite AG (B-1) mangels Eintragung in das Handelsregister formell keine Rechte von der Beklagten an die Bibite AG übergegangen sind. Auch besass die Klägerin, wie im Übernahmevertrag (B-1) oder durch den historischen Willen des Gesetzgebers verlangt, keine sichere Kenntnis der Vermögensübernahme. 15

2 Passivlegitimation der Beklagten

2.1 Ausgangslage

Die Passivlegitimation der Beklagten wurde von dieser in der Einleitungsantwort aufgrund des Übernahmevertrages zwischen der Beklagten und deren vertraglichem Rechtsnachfolger bestritten. 16

2.2 Fehlerhafte Übernahme

Wie bereits unter der Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes erläutert (N 1 ff.), ergab sich aus dem Übernahmevertrag keine formelle Rechtswirkung, da die 17

Vermögensübertragung nicht im Handelsregister eingetragen wurde. Somit sei anzuerkennen, dass die Pflichten der Beklagten gegenüber der Klägerin nicht auf die Bibite AG übergegangen sein können.

2.3 Anerkennung der Übernahme durch Vertragserweiterung

Die Beklagte ist der Auffassung, dass durch die Erweiterung des Distributionsvertrages (K-1) auf das Produkt „Sharp Requiem Sugarfree®“ durch unterzeichnete Rückantwort (B-3) die Bibite AG von der Klägerin als neuen Geschäftspartner anerkannt wurde, da sowohl der Briefkopf als auch der Briefftext den Namen der Bibite AG enthalten hat. Jedoch wird im Briefftext von „unseren Distributionsvertrag“ gesprochen und der Unterzeichner ist derselbe wie unter dem Distributionsvertrag (K-1). Aus der Unterzeichnung dieser Vertragserweiterung gleichzeitig auch einer Anerkennung des neuen Vertriebspartners herleiten zu wollen, würde zu weit führen, da seitens der Klägerin ein Irrtum in der Bildung des Geschäftswillens vorlag. Dies zeigt sich auch aus der Adressierung der folgenden Briefe (K-2, K-4), welche weiterhin an die Beklagte gesendet wurden.

18

Die Anerkennung eines neuen Vertragspartners und die Erweiterung der Produktpalette sind handlungsmässig so weit voneinander entfernt, dass eine Verknüpfung, ohne diese im Text klar darzustellen, zu einem qualifizierten Motivirrtum seitens des Unterzeichners führen muss (Klausberger, S. 21 ff.). Analog zu einem Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, welcher in Verbindung mit Art. 23 OR bei Vertragsschluss zu einer einseitigen Unverbindlichkeit führt (Gauch, N 761 ff.), ist auch eine wesentliche Vertragsänderung zu behandeln. Der Ungültigkeitstheorie folgend ist eine solche Änderung ex tunc unverbindlich (Gauch, N 890). Zu beachten ist jedoch, dass eine „Aufhebung des Mangels“ gemäss Art. 31 OR möglich ist, wenn nicht ab Datum der Irrtumserkenntnis innert eines Jahres eine Reaktion des Irrenden erfolgt.

19

Da eine korrekte Information der Klägerin über die Vermögensübertragung zwischen der Beklagten und der Bibite AG erst durch den Brief von Herrn Raggenbass vom 10. April 2008 erfolgte (K-7), ist diese Frist zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht verwirkt.

20

2.4 Passivlegitimation durch Solidarhaftung

2.4.1 Solidarhaftung aus Art. 75 FusG

Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Vermögensübernahme gemäss Art. 69 ff. FusG trotz fehlendem Handelsregistereintrag anerkennen, so ergibt sich dennoch eine Passivlegitimation der Beklagten nach Art. 75 FusG.

21

Die Klägerin ist als Gläubigerin der Beklagten zu betrachten, da der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Alleinvertriebsvertrag die Grundlage für ein Dauerschuldverhältnis ist (Meyer, S. 108). Im Rahmen des Gläubigerschutzes gemäss Art. 75 FusG beruft sich die Klägerin auf eine solidarische Haftung für den entstandenen Schaden. Da es sich bei der solidarischen Haftung gemäss Art. 75 Abs. 1 FusG um echte Solidarität gemäss Art. 143 OR handelt, steht es der Klägerin nach Massgabe von Art. 144 OR frei, an welchen Schuldner sie die Ersatzforderungen stellen möchte (Gauch, N 3707 ff.).

2.4.2 Frist der solidarischen Haftung

Gemäss FusG verjährt eine solidarische Haftung des übertragenden Rechtsträgers nach drei Jahre ab Veröffentlichung der Vermögensübertragung. Im Normalfall bezieht sich dieses Stichdatum auf die Veröffentlichung der Vermögensübertragung im SHAB. Da eine solche Veröffentlichung nicht stattgefunden hat, muss auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die Klägerin abgestellt werden. Die Tatsache der Vermögensübertragung wurde der Klägerin, wie unter der Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ausgeführt (N 1 ff.), nicht ausreichend mitgeteilt und erst mit dem Brief von Herrn Raggenbass vom 10. April 2008 klargestellt (K-7). Daher ist der Beginn der Verjährungsfrist auf dieses Schreiben abzustellen.

Sollte der Beginn der Verjährungsfrist gemäss der Zeugenaussage von Frau Strasser (B-2) auf das Datum der Übernahme aus dem Übernahmevertrag (B-1) in Verbindung mit der Information der Gläubiger (B-2) abgestellt werden, so würde die Frist am 30. Juni 2005 zu laufen beginnen.

2.5 Fazit

Die Passivlegitimation der Beklagten sei anzuerkennen, da mangels Eintragung der Vermögensübertragung in das Handelsregister formell keine Rechte von der Beklagten an die Bibite AG übergegangen sind und somit alle Rechte und Pflichten gegenüber der Klägerin bei der Beklagten verblieben sind. Eine Anerkennung des Vertragspartnerwechsels durch die Unterschrift der Vertragsweiterung fand nicht statt, da ein Grundlagenirrtum vorlag.

Eventualiter sei die Passivlegitimation der Beklagten zum Zeitpunkt der Klageerhebung vom 09. Juni 2008 basierend auf der Solidarhaftung gemäss Art. 75 Abs. 1 FusG anzuerkennen.

3 Verletzung des Exklusivitätsrechts der Klägerin

3.1 Ausgangslage

Innerhalb der Bundesrepublik Deutschland wuchs während der letzten Jahre der Markt für die Produkte der Beklagten kontinuierlich. Aufgrund der Parallelimporte aus Polen stand dabei die Klägerin als vertraglicher Alleinvertreiber für Deutschland aber aussen vor. Im Jahre 2008 betrug der Anteil parallel importierter Produkte am Markt bereits fast 50%. Trotz mehrfacher Rüge der Klägerin unterliess es die Beklagte geeignete Massnahmen für die Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes zu ergreifen.

27

3.2 Vertragliche Verpflichtungen der Beklagten

3.2.1 Verpflichtung aus Distributionsvertrag

Beim vorliegenden Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten handelt es sich um einen auf Alleinvertrieb ausgerichteten Distributionsvertrag (K-1). Dieser ist als Innominatkontrakt zu klassifizieren, welcher insbesondere Elemente des Kaufvertrages (Art. 184 ff. OR), des Agenturvertrages (Art. 418a ff. OR) und des Auftrages (Art. 394 ff. OR) beinhaltet.

28

Das Recht des Agenturvertrages ist auf den Innominatkontrakt anwendbar, solange keine Innominatelemente des Vertrages betroffen sind. Alleinvertriebsrecht und Gebietsschutz kommen auch beim Agenturvertrag vor und sind somit vorliegend nicht als Innominatelement zu klassifizieren (Honsell, S. 354; BGE 122 III 66).

29

Folglich hat die Beklagte nach Art. 418f OR die Pflicht, alles Notwendige zu tun, um der Klägerin eine erfolgreiche Ausübung ihrer Tätigkeit zu ermöglichen. Die vertragliche Exklusivität auf dem Vertragsgebiet der Klägerin ist daher durch die Beklagte im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu schützen.

30

3.2.2 Verpflichtung aus Garantievertrag

Der Gebietsschutz des Alleinvertriebsvertrages läuft praktisch auf ein Garantieverprechen des Lieferanten gemäss Art. 111 OR heraus, da er für das Unterlassen jeglicher Tätigkeit Dritter im Exklusivbereich einsteht (Schluep II, N 126, N 150). Der Lieferant hat nicht nur den direkten, sondern auch den indirekten Absatz ins Vertragsgebiet zu unterlassen. Er muss verhindern, dass Dritte Vertragswaren im Exklusivgebiet des geschützten Händlers absetzen (Schluep, S. 763 ff., S. 845; Stumpf, S. 175 ff.). Der Garantiefall tritt ein, wenn die Garantin die Leistung, die sie dem Versprechensempfänger schuldet, nicht oder nicht gehörig erbringt.

31

Als Folge davon kann die Garantin auf Schadenersatz verpflichtet werden (Huguenin, N 1195).

3.3 Voraussehbarkeit der Problematik von Parallelimporten

Die Beklagte kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, dass sie vom Phänomen von Parallelimporten überrascht wurde und deshalb das Erstellen von notwendigen Analysen zur Problembekämpfung ein rechtzeitiges Tätigwerden verhindert hätte. Die Problematik von Parallelimporten wurde unter Art. 8 Ziff. 3 Distributionsvertrag (K-1) erwähnt, die daraus resultierenden Verpflichtungen waren der Beklagten daher schon bei Vertragsschluss bekannt und entsprechende Massnahmen hätten rechtzeitig vorbereitet werden können.

32

3.4 Massnahmen zum Schutze des Alleinvertriebspartners

Die Klägerin möchte sich davon distanzieren der Beklagten zu unterstellen, ihren Verpflichtungen überhaupt nicht nachgekommen zu sein. Ebenso ist der Klägerin bewusst, dass Parallelimporte kaum gänzlich unterdrückt werden können. Die Tatsache, dass fast 50% des Marktes bis April 2008 an parallel importierte Produkte aus Polen verloren gegangen ist, darf jedoch als starkes Indiz dafür gewertet werden, dass die Beklagte nicht die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zum Schutze der Klägerin ausgeschöpft hat.

33

3.4.1 Preisangleichung

Typischerweise erfolgen Parallelimporte bei Selektivvertrieb mit internationalem Preisgefälle (Baudenbacher, S. 1 ff., S. 12; Hebeis, S. 15 ff.). Durch das unterschiedliche Preisniveau in den beteiligten Staaten werden Importe geradezu hereingelockt (Böckli, S. 1 ff., S. 6).

34

Die Richtigkeit ihrer Preispolitik und die Preisdifferenz zum polnischen Distributor wurde von der Beklagten mit dem Kaufkraftgefälle zwischen Deutschland und Polen begründet. Sie lässt dabei ausser Acht, dass bei der aufgeführten Tabelle nur die Kaufkraft von Deutschland und Polen insgesamt verglichen wird und regionale Schwankungen unberücksichtigt bleiben. Gemessen an der gesamtdeutschen Kaufkraft hinken die Ost-Städte aber deutlich hinterher. 2004 lag die durchschnittliche Kaufkraft der neuen Bundesländer in der Gegenüberstellung zum Bundesdurchschnitt bei 78.8% (Quelle: Michael Bauer Research GmbH, Nürnberg). Der Kaufkraftvergleich vermag daher aufgrund der zu starken Generalisierung die Preispolitik der Beklagten nicht zu stützen.

35

Weiter muss darauf hingewiesen werden, dass die Kosten des Händlernetzes für Personal, Infrastruktur und Logistik in Deutschland erheblich höher sind als in Polen. Selbst bei

36

gleichen Einkaufspreisen würden die tieferen Kosten des polnischen Vertriebskanals der national betrachtet tieferen Kaufkraft des polnischen Endkonsumenten beim Endpreis im Rahmen der Wertschöpfungskette Rechnung tragen.

3.4.2 Nachforschungen zum Absatzkanal

Die Exklusivitätsrechte der Klägerin könnten auch geschützt werden, indem die Graumarktkanäle eruiert und grösstmöglich trocken gelegt werden. 37

Die EU-Verordnung für Lebensmittel (EG-LMV) verlangt in Art. 18 Abs. 1, dass die Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln in allen Vertriebsstufen sichergestellt werden muss. Die Rückverfolgbarkeit erstreckt sich in beide Richtungen der Distributionskette (BLL, Stand 06.12.2008). Der Beklagten wäre es also möglich gewesen, anhand der gefundenen Produktionsbatches den Distributionsweg zurück zu verfolgen. 38

3.4.3 Kontingentierung

Eine weitere Massnahme zur Unterbindung von Parallelimporten wäre die Beschränkung der Liefermenge an den polnischen Distributor. Würde diese ungefähr um die Menge gekürzt, die im Exklusivitätsgebiet der Klägerin als Parallelimporte verkauft wird, so würden die Absatzschwierigkeiten der Klägerin zumindest reduziert. 39

Zur Zulässigkeit einer Kontingentierung kann die Rechtsprechung des EuGH zu Fragen des Wettbewerbsrechts herangezogen werden. Diese Entscheidungen haben auch Wirkung auf Alleinvertriebsverträge, in welchen das schweizerische Recht gewählt wurde (Hartmann, S. 91). Die Verkürzung des Lieferkontingents an ausführende Grosshändler zur Vermeidung von Parallelimporten stellt nach Ansicht des EuGH keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag dar (Urteil C-2/01 P). 40

3.5 Fazit

Die Beklagte unterlies es, die Preise marktgerecht anzupassen. Dies trotz mehrfacher Rüge der Klägerin, die durch die parallel importierten Produkte grösste Schwierigkeiten hatte, überhaupt noch an ihre Kunden liefern zu können. 41

Nachforschungen zum polnischen Vertriebskanal wurden ansatzweise durchgeführt (K-3), jedoch unterblieben weitergehende Nachforschungen, die es aufgrund der von der EG vorgeschriebenen Rückverfolgbarkeit ermöglicht hätten, die unerwünschten Kanäle zu eruiieren und trocken zulegen. 42

Weiter hätte die Beklagte durch eine Kontingentierung der Lieferungen nach Polen sichergestellt, dass der deutsche Markt weitestgehend durch die Klägerin betreut wird. Ebenso hätte der deutsche Markt dadurch zum höheren deutschen Lieferantenpreis und somit auch mit mehr Profit für sie selbst beliefert werden können. Eine solche Massnahme wurde aber gänzlich unterlassen. 43

Abschliessend muss festgehalten werden, dass alle Massnahmen, einzeln oder kombiniert, bei konsequenter Durchführung zum Schutze der Klägerin tauglich gewesen wären. Auch wenn die Beklagte einzelne Massnahmen im Ansatz ergriffen hat, fehlte es ihrem Handeln an der notwendigen Konsequenz. Gesamthaft betrachtet hat die Beklagte zu wenig unternommen, um den vertraglich vereinbarten Zustand wieder herzustellen. 44

Es sei daher durch das Schiedsgericht festzustellen, dass das Verhalten der Beklagten eine positive Vertragsverletzung durch Unterlassen gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 418f OR und Art. 111 OR begründet. 45

4 Schaden der Klägerin

4.1 Ausgangslage

Da es die Beklagte unterliess, konsequent Massnahmen zum Schutze der vertraglich vereinbarten Exklusivität zu ergreifen, erlitt die Klägerin aufgrund des wachsenden Anteils von Parallelimporten und der folgenden Schmälerung ihres Absatzes einen Schaden. 46

4.2 Entgangener Gewinn

Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, die in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht. Der Schaden wird der Beklagten angelastet, falls es sich um einen üblicherweise erzielbaren Gewinn handelt und dieser aufgrund der konkreten Marktsituation in Aussicht gestanden hat (Rey, N 348; BGE 82 II 401). 47

Vorliegend hat in Deutschland in den letzten Jahren für die Produkte der Beklagten ein kontinuierliches Marktwachstum von jährlich ca. 50% stattgefunden. Dies lässt sich mit den in Art. 8 Ziff. 1 Distributionsvertrag (K-1) vereinbarten und auch erreichten Minimalverkaufszahlen belegen. Analog zum Anstieg des Marktanteils nahm aber auch der Graumarkt zu. Im Laufe der Jahre wurde die Nachfrage für die Produkte der Beklagten zunehmend durch Parallelimporte aus Polen gedeckt, im Jahre 2008 betrug der Anteil parallel 48

importierter Produkte schliesslich fast 50%. Eine Hochrechnung der Absatzzahlen der Beklagten anhand der bisherigen Verkäufe im Jahr 2008 zeigt, dass sie trotz wachsender Nachfrage nicht einmal die Zahlen des Vorjahres hätte erreichen können. Ohne Parallelimporte hätte der Absatz der Klägerin aufgrund der konkreten Marktsituation nicht stagniert und es wäre ihr ein höherer Gewinn in Aussicht gestanden.

4.3 Kausalzusammenhang

Eine Schadenersatzpflicht aus Vertrag setzt voraus, dass zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht. Auch das Unterlassen einer vertraglich geschuldeten Handlung kann kausal für den Schaden sein. 49

Bei Unterlassungen ist es in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (BGE 4C.284/2006). 50

4.3.1 Unterlassen der Preisangleichung

Die Angleichung der Preise in den verschiedenen Staaten ist ein taugliches Mittel zur Vermeidung von Querlieferungen aus einem Niedrigpreisland in ein Hochpreisland, d.h. zur Vermeidung von Graumarkt (Bieri-Gut, S. 21). Wären die Preise durch die Beklagte konsequent angeglichen worden, hätte die Nachfrage auf dem Exklusivgebiet der Klägerin somit von ihr selbst gedeckt werden können, sodass ihr auch kein Gewinn entgangen wäre. 51

4.3.2 Unterlassen von Nachforschungen

Die Beklagte unterliess es, ihre Nachforschungen genügend intensiv und ausführlich durchzuführen und dadurch die für den Graumarkt zuständigen Kanäle auszutrocknen. Ohne nach Deutschland exportierende polnische Händler hätte die Klägerin den deutschen Markt vollumfänglich selbst beliefern können und aufgrund dessen einen höheren Gewinn erzielt. 52

4.3.3 Unterlassen der Kontingentierung

Auch ohne Kenntnis der exportierenden polnischen Händler hätte die Menge der parallel importierten Produkte durch eine detaillierte Marktanalyse erfasst werden können. Durch eine gezielte Einschränkung der Liefermenge an den polnischen Distributor hätte sichergestellt werden können, dass diese nur den polnischen Markt zu versorgen vermag. Ohne freie Mengen in Polen wären keine Parallelimporte möglich. Die Klägerin hätte dadurch die Nachfrage des deutschen Marktes vollständig selbst decken und einen höheren Gewinn erzielen können. 53

4.3.4 Verschulden

Der Anspruch auf Schadenersatz setzt ein Verschulden der Beklagten voraus, dieses wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Beklagte wurde vorliegend mehrfach von der Klägerin auf den wachsenden Schaden hingewiesen, trotzdem wurden entsprechende Massnahmen unterlassen. Die Beklagte hat mit ihrem Verhalten billigend in Kauf genommen, dass der Klägerin ein Schaden entsteht. 54

4.4 Fazit

Die Verpflichtung der Beklagten zur Sicherung des vereinbarten Exklusivitätsrechtes der Klägerin lässt sich sowohl mit Art. 418f OR als auch mit Art. 111 OR begründen. Die getätigten Massnahmen der Beklagten zur Abwehr von Parallelimporten erwiesen sich als untauglich. Trotz mehrfacher Rüge der Klägerin unterliess es die Beklagte, taugliche Massnahmen zu ergreifen. Die Klägerin hat folglich Anspruch auf den ihr entstandenen Schaden, welcher sich in Form von entgangenem Gewinn durch einen kontinuierlich zunehmenden Verlust von letztlich fast 50% Marktanteil manifestiert hat. 55

Es sei daher durch das Schiedsgericht festzustellen, dass das Verhalten der Beklagten einen Schaden für die Beklagte verursacht habe und die Beklagte für diesen aufkommen müsse. 56

5 Vertragsverletzung durch Bestehen auf Vorkasse

5.1 Ausgangslage

Die Lieferungen von der Beklagten an die Klägerin erfolgen gemäss Art. 5 Ziff. 5 Distributionsvertrag (K-1) grundsätzlich auf Rechnung. Lediglich im Falle eines Zahlungsverzuges der Klägerin ist die Beklagte berechtigt, dafür Vorauszahlung zu verlangen. Am 25. April 2008 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie ein Kreditrisiko darstelle und deshalb weiterhin Vorauszahlung verlangt werde (K-11). 57

5.2 Auslegung der Vertragsklausel

5.2.1 Einleitung

Die Parteien haben unter Art. 5 Ziff. 5 Distributionsvertrag (K-1) vereinbart, dass die Beklagte berechtigt ist, im Falle eines Zahlungsverzuges der Klägerin per sofort Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen. Ein Wegfallen des Anspruchs der Beklagten auf Vorauszahlung ist nicht klar geregelt. Folglich ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien gemäss Art. 18 Abs. 1 OR zu ermitteln. Dabei ist darauf abzustellen, was vernünftig 58

und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten (Gauch, N 1201; Wiegand, Art. 18, N 13 ff.). Der Parteiwille ist nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu konstruieren (Huguenin, N 264).

5.2.2 Usanz im Geschäftsverkehr

Üblicherweise wird im Geschäftsverkehr mit einer solchen Klausel das Kreditrisiko des Lieferanten minimiert. Im Falle von Zahlungsschwierigkeiten der Belieferten können mittels Vorauszahlungen mögliche Debitorenverluste verhindert werden. Wird die offene Schuld beglichen, so fällt der Grund für Vorauszahlungen weg. Von einem Liquiditätsengpass oder gar Zahlungsausfall der Belieferten kann nicht mehr ausgegangen werden. Dies erst recht nicht, wenn es sich beim Zahlungsverzug um einen Einzelfall handelt, die Zahlungsmoral bisher einwandfrei war und keine Gründe für Zweifel an der Liquidität ersichtlich sind.

59

Wollte die Beklagte beim Vertragsschluss von diesem handelsüblichen Dahinfallen der Berechtigung Vorauszahlung zu verlangen, bei Bezahlung der Schuld abweichen, so hätte sie darauf hinweisen müssen.

60

5.2.3 Parteiwille

Gestützt wird die Annahme, dass der Parteiwille beim Vertragsschluss der üblichen Usanz im Geschäftsverkehr entsprach, durch den Vorschlag der Beklagten im Schreiben vom 16. April 2008 (K-9). Der Klägerin wird darin versprochen, dass der Entscheid für Lieferungen Vorauszahlung zu verlangen nach Ausgleich der ausstehenden Forderungen aufgehoben wird. Die Beklagte sah folglich Art. 5 Ziff. 5 Distributionsvertrag (K-1) auch als Sicherungsmassnahme bei Zahlungsverzug, deren Anwendung bei Bezahlung der Forderungen wegfällt.

61

5.2.4 Umkehrschluss

Die Parteien haben vereinbart, dass im Falle eines Zahlungsverzugs Vorauszahlung gefordert werden darf. Mittels Umkehrschluss lässt sich sagen, dass keine Vorauszahlung gefordert werden darf, wenn sich die Klägerin nicht im Zahlungsverzug befindet.

62

5.3 Zulässigkeit der Verrechnung

5.3.1 Einleitung

Die Beklagte rügte in ihrem Schreiben vom 25. April 2008, dass die Klägerin offene Forderungen mittels Verrechnung beglichen hatte (K-11). Dieses Vorgehen wurde von der Beklagten zwar nicht explizit als rechtswidrig bezeichnet, es stellte für sie aber einen Grund dar, um weiterhin auf Vorauszahlung für Lieferungen zu bestehen. 63

5.3.2 Voraussetzungen

Für eine rechtmässige Verrechnung von Forderungen verlangt Art. 120 Abs. 1 OR zwei Gläubiger, die einander Geldsummen schulden, sowie die Fälligkeit beider Forderungen. Die Beklagte und die Klägerin sind zwei juristische Personen, die einander Geldsummen schulden. 64

Die Fälligkeit der Rechnung für Lieferungen der Beklagten wird nicht bestritten. 65

5.3.3 Fälligkeit der Marketingrechnung der Klägerin

Unter Art. 6 Ziff. 2 Distributionsvertrag (K-1) haben die Parteien vereinbart, dass die Marketingaktivitäten der Klägerin quartalsmässig auf den 10. Tag des Folgemonats der Beklagten in Rechnung gestellt werden. Zahlungsfristen wurden keine vereinbart, weshalb die gesetzliche Regelung von Art. 75 OR zur Anwendung kommt. Diese besagt, dass ohne eine entsprechende Regelung die Erfüllung der Obligation sogleich gefordert werden kann. Die Marketingrechnungen sind folglich jeweils ab dem 10. April, 10. Juli, 10. Oktober und 10. Januar fällig. 66

Zusätzlich spricht auch die Usanz der Parteien für eine sofortige Fälligkeit. Bisher wurden die Marketingrechnungen stets innert Wochenfrist von der Beklagten bezahlt (K-8). Da es sich bei einer quartalsmässigen Rechnungsstellung über vier Jahre seit Vertragsschluss um eine erhebliche Anzahl Fälle handelt, darf die Klägerin somit auch darauf vertrauen, dass die Marketingrechnung vom 03. April 2008 am 10. April 2008 Fälligkeit erlangt. 67

5.4 Fazit

Die Berechtigung der Beklagten, Vorauszahlung zu verlangen ist so auszulegen, dass diese mit dem Ausgleich ihrer Forderungen hinfällig wird. Die offenen Forderungen der Beklagten wurden am 21. April 2008 durch die Klägerin beglichen. Die Verrechnung der Marketingrechnung mit den offenen Forderungen der Beklagten erfolgte dabei rechtmässig, 68

da die Verrechnung eine einseitige private Gestaltungsbefugnis ist (Aepli, N 146) und daher die Zustimmung der Gegenpartei kein Gültigkeitserfordernis ist.

Die Zahlungsmoral der Klägerin war bisher einwandfrei, ebenso sind Zweifel an ihrer Liquidität unbegründet. Die Klägerin stellte somit kein Kreditrisiko dar und befand sich auch nicht mehr im Zahlungsverzug. Die kundgegebene Absicht der Beklagten, aufgrund eines erheblichen Kreditrisikos der Klägerin weiterhin auf Vorauszahlung für Lieferungen zu bestehen, ist unbegründet und vertragswidrig. 69

Es sei daher durch das Schiedsgericht festzustellen, dass das Beharren der Klägerin auf Vorauszahlung eine Verletzung der vertraglichen Lieferpflicht darstelle. Weiter sei festzustellen, dass die Klägerin kein Kreditrisiko darstelle. 70

6 Kündigung aus wichtigem Grund

6.1 Ausgangslage

Aufgrund der Vertragsverletzungen seitens der Beklagten sah sich die Klägerin nicht mehr in der Lage dem Distributionsvertrag (K-1) nachzukommen. Daher hat sie am 30. April 2008 aus wichtigem Grund gemäss Art. 13 Ziff. 1 Distributionsvertrag per Einschreiben gekündigt. 71

6.2 Rechtslage

Ein Alleinvertriebsvertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis dar (Schluep, S. 846; Weil, S. 294), welches aus wichtigem Grund gekündigt werden kann (Schwenzer, N 3.11). Dies entspricht gemäss Distributionsvertrag auch dem Parteiwillen. 72

Gemäss Art. 13 Ziff. 2 lit. a Distributionsvertrag (K-1) liegt ein wichtiger Grund vor, wenn eine Partei eine „wesentliche Vertragsbestimmung [...] verletzt und diese Verletzung auch 10 Tagen nach einer Abmahnung durch die Gegenseite fortsetzt.“ 73

6.2.1 Kündigungsgrund der Exklusivitätsverletzung

Bei der Exklusivitätsverletzung handelt es sich nicht nur um eine Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung, sondern um eine Verletzung der Bestimmung, die dem Vertrag den „Stempel aufprägt“ (Weil, S. 293; Honsell, S. 439). Die Verletzung des Alleinvertriebsrechts des Abnehmers stellt denn auch den Hauptanwendungsfall für eine Kündigung aus wichtigem Grund dar (Weil, S. 297). 74

Eine einmalige unverschuldete Verletzung würde keinen wichtigen Grund darstellen jedoch würde auch bei mehrmaliger unverschuldeter Verletzung ein wichtiger Grund vorliegen (Weil, S. 297). Die Exklusivitätsverletzung durch die Beklagte reicht nachweislich bis August 2006 zurück (K-2, K-4, K-6). 75

Da eine Exklusivitätsverletzung seitens der Beklagten vorliegt und diese eine Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung i.S.v. Art. 13 Ziff. 2 lit. a Distributionsvertrag (K-1) darstellt, war die Kündigung vom 30. April 2008 gerechtfertigt. 76

6.2.2 Kündigungsgrund der Lieferpflichtverletzung

Zusätzlich zur Exklusivitätsverletzung lag am 30. April 2008 ein weiterer Grund vor, der zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigte. Dabei handelt es sich um eine Lieferpflichtverletzung durch die Beklagte. 77

Muss der Abnehmer davon ausgehen, dass der Lieferant auch in Zukunft nicht vertragsgemäss liefern wird, ist er berechtigt, den Vertrag gesamthaft aufzuheben (Weil, S. 294). 78

In casu kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte nicht wie nach Distributionsvertrag Art. 13 Ziff. 2 lit. d vereinbart geliefert hat, sondern darauf, dass die Beklagte im Schreiben vom 25. April 2008 (K-11) angekündigt hat, auch weiterhin entgegen der vertraglichen Vereinbarungen auf Vorkasse zu bestehen. 79

6.2.3 Abmahnung der Vertragsverletzung

Im Schreiben vom 14. April 2008 (K-8) weist die Klägerin darauf hin, dass sie sich vorbehaltlich einer gütlichen Einigung gezwungen sieht, rechtliche Schritte einzuleiten. Diese Ausführungen vermittelten der Beklagten, dass die Klägerin eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht zieht, da neben einer Kündigung nur noch eine Klage aus unerfülltem Vertrag gemäss Art. 82 OR verbunden mit einer Schadenersatzforderung gemäss Art. 97 ff. OR möglich wäre (Schluep, S. 847; Weil, S. 295 f.). 80

Sollte das Gericht der Ansicht sein, dass das Schreiben vom 14. April 2008 nicht als Abmahnung i.S.v. von Art. 13 Ziff. 2 lit. a Distributionsvertrag (K-1) ausreicht, sei die Kündigung eventualiter deshalb anzuerkennen, weil die Exklusivitätsverletzung wie bereits beschrieben die Bestimmung ist, die dem Vertrag den „Stempel aufprägt“. Daher ist die Exklusivitätsverletzung derart gravierend, dass sie eine fristlose Kündigung auch ohne Abmahnung rechtfertigt (Bühler, Vorbem. zu Art. 418p-418s OR, N 3 ff. sowie 6). Hinzu kommt, dass Vertragsklauseln, die das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund unstatthaft 81

einschränken könnten, eng auszulegen sind (BGE 89 II 36; Wettenschwiler, Art. 418r OR, N 6). Eine Berufung auf die Nichteinhaltung einer zehntägigen Frist würde in diesem Fall das Kündigungsrecht der Klägerin unstatthaft einschränken.

6.2.4 Kündigung innert angemessener Frist

Die Parteien haben in Art. 13 Ziff. 1 Distributionsvertrag (K-1) keine Frist vorgesehen, die zur Ausübung des Kündigungsrechts eingehalten werden müsste. Beim ausserordentlichen Kündigungsrecht gilt allerdings, dass es innerhalb einer angemessenen Frist ausgeübt werden muss, nachdem die kündigende Partei „zuverlässige“ Kenntnis vom wichtigen Grund erlangt hat (Schwenzer, N 3.11). Diese Anforderung ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB.

82

Dazu ist zu sagen, dass ein wichtiger Grund in diesem Fall nicht in der Exklusivitätsverletzung an sich liegt, sondern im Nichtaufheben derselbigen. Die Klägerin musste also erst kündigen als davon auszugehen war, dass die Beklagte den vertragswidrigen Zustand nicht aufheben würde. Zu dieser Annahme musste die Klägerin erst am 16. April 2008 gelangen sein, als die Beklagte keine Zweifel darüber offen liess, dass sie keinen Grund sehe, weshalb sie die Rechnung über 10 Mio. Euro bezahlen sollte. Zudem hielt die Beklagte in diesem Schreiben erstmals fest, dass sie in Zukunft Vorauszahlungen verlangen würde. Bis zur fristlosen Kündigung dauerte es 20 Tage. Es handelt sich hierbei um eine angemessene Dauer, denn die Klägerin bemühte sich, wie bereits erwähnt, weiterhin um eine einvernehmliche Lösung. Mit dem Schreiben vom 25. April 2008 (K-11) und den darin vorgebrachten Anschuldigungen war die Grenze des Erträglichen erreicht.

83

6.3 Fazit

Die Kündigung aus wichtigem Grund vom 30. April 2008 war durch die Exklusivitätsverletzung und die Weigerung der vertragsgemässen Belieferung durch die Beklagte gerechtfertigt. Trotz Abmahnung der Beklagten wurde der vertraglich vereinbarte Zustand nicht wieder hergestellt, so dass sich die Klägerin zu einer fristlosen Kündigung gezwungen sah.

84

Es sei daher durch das Schiedsgericht festzustellen, dass die Kündigung des Distributionsvertrages (K-1) aus wichtigem Grund rechtens gewesen sei.

85

7 Kostenübernahme für Radiowerbung

7.1 Ausgangslage

Die Radiowerbung für das Jahr 2008 wurde im Marketingplan / Marketingbudget während der Marketingsitzung im Oktober 2007 festgelegt. Die Planung sah vor, dass über das Jahr verteilt Radiowerbung platziert wird. Die Klägerin hat entsprechend Werbezeit bei mehreren Radiostationen en bloc gebucht. Die Pflicht, die Kosten der gebuchten Radiowerbung, welche nach der Vertragsauflösung entstanden sind zu übernehmen, wird von der Beklagten bestritten.

86

7.2 Anspruch auf Übernahme der Kosten für Radiowerbung

Gemäss Art. 6 Ziff. 2 Distributionsvertrag (K-1) trägt die Beklagte die Kosten für die budgetierten Marketingaktivitäten. Die Klägerin ist somit als indirekte Stellvertreterin der Beklagten zu betrachten, da sie in eigenen Namen, aber auf Rechnung der Beklagten handelt. Die Wirkung einer Vertreterhandlung tritt nicht bei der Vertretenen ein, sondern bei der Vertreterin selbst (Gauch, S. 314). Die Klägerin wurde in casu durch die abgeschlossenen Werbeverträge mit den Radiostationen selbst zur Schuldnerin. Um die von der Klägerin begründeten Rechte und Pflichten auf die Beklagte zu übertragen, bedarf es gemäss Art. 32 Abs. 3 OR einer Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR.

87

7.2.1 Interne Schuldübernahme

Da kein Schuldnerwechsel stattfindet, handelt es sich um eine interne Schuldübernahme nach Art. 175 OR. Dabei handelt es sich um einen Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten, worin der Dritte verspricht, den Schuldner von seiner Schuld zu befreien. Die Bindungswirkung tritt jedoch nur ein, wenn das Versprechen Bestandteil eines Vertrags ist. Gegenstand der internen Schuldübernahme können selbst bedingte und/oder künftige Schulden sein, sofern sie bestimmt oder bestimmbar sind (Gauch, S. 297).

88

Art. 6 Ziff. 2 Distributionsvertrag (K-1) kann in casu als eine Schuldübernahme mit suspensiver Bedingung betrachtet werden, da die Kosten der Marketingaktivitäten von der Beklagten erst übernommen werden, wenn sie gemeinsam budgetiert wurden.

89

7.2.1.1 Budgetierung

Gemäss Art. 6 Ziff. 1 Distributionsvertrag (K-1) wird von den Parteien jährlich ein Marketingplan für das nächste Jahr erstellt. In der Marketingsitzung vom Oktober 2007 wurde u.a. bestimmt, dass im Jahr 2008 Werbung bei ausgewählten Radiosendern platziert wird.

90

Weitere Voraussetzungen der Budgetierung bezüglich Radiowerbung für das Jahr 2008 wurden nicht vorgegeben.

Die Beklagte kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, dass die Klägerin Verträge mit Dritten quartalsmässig abzuschliessen hat, da Art. 6 Ziff. 2 Distributionsvertrag (K-1) lediglich vorsieht, dass die Klägerin über die Marketingausgaben quartalsmässig Rechenschaft ablegt. Die Beklagte kann sich ebenso nicht auf die Annahme berufen, dass die Radiowerbung quartalsmässig gebucht worden sei, diese Vermutung vermag jedoch keine Rechte und Pflichten der Vertragsparteien zu begründen. Es besteht keine Regelung, wie die Klägerin Verträge mit Dritten abzuschliessen hat oder zu welchen Zeitpunkten das vereinbarte Jahresbudget zu verwenden ist. Die Klägerin war somit berechtigt, die geplante Radiowerbung en bloc für das ganze Jahr zu buchen. Auch die Ausgabe des gesamten Jahresbudgets bereits im ersten Quartal wäre möglich gewesen, solange die festgelegten Marketingaktivitäten bis Ende Dezember 2008 garantiert gewesen wären.

91

7.2.1.2 Fälligkeit der Marketingkosten

Die Klägerin kann die Bezahlung der Radiowerbungen von der Beklagten fordern, wenn die Schuld fällig wurde. Da zwischen den Parteien keine Zahlungsfrist vereinbart wurde, ist die gesetzliche Regelung von Art. 75 OR anwendbar, welche es erlaubt, die Erfüllung einer Obligation sogleich zu fordern. Folglich wurden die quartalsmässigen Rechnungen jeweils am 15. Mai, am 15. Juli und am 08. Oktober 2008 fällig. Durch die Mahnungen vom 06. Juni, 05. August und 23. Oktober gerieten die Rechnungen in Verzug (K-13; Beschluss Nr. 2).

92

Da die Beklagte die Klägerin nicht wie vertraglich vereinbart von den Schulden gegenüber den Radiostationen befreit hat, musste die Klägerin die Verpflichtung gegenüber diesen selbst erfüllen (Beschluss Nr. 2). Die Klägerin kann somit neben der Erfüllung der Forderungen auch Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR von der Beklagten fordern.

93

7.3 Radiowerbung wirkt zugunsten der Beklagten

Wie bereits erwähnt wuchs innerhalb Deutschlands während der letzten Jahre der Markt für die Produkte der Beklagten kontinuierlich. Daher ist anzunehmen, dass der Markt für diese Produkte auch nach der Vertragsauflösung weiterhin besteht und von der Beklagten betreut wird.

94

Durch die Werbeinhalte, die wie bisher auf die Produkte der Linie „Sharp Requiem® und Sharp Requiem Sugarfree®“ beschränkt waren, vermag die Beklagte daher im Gegensatz zur

95

Klägerin auch weiterhin einen Nutzen aus der Radiowerbung zu ziehen. Es ist somit nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin für Werbung aufzukommen hat, von denen ausschliesslich die Beklagte profitiert.

7.4 Uneigennütziges Handeln der Klägerin

Die Klägerin wahrte in den letzten Jahren stets die Interessen der Beklagten. Sie stellte aus diesem Grunde u.a. Kostenüberlegungen an, um das vereinbarte Jahresbudget unterschreiten zu können, obwohl sie dazu nicht verpflichtet gewesen wäre (K-13). Die Klägerin stellte dabei fest, dass der Kauf von Werbezeit bei Radiostationen über ein ganzes Jahr durch Gewährung von Volumenrabatten die Kosten im Vergleich zum quartalsmässigen Kauf zu senken vermag. Dank diesen Volumenrabatten konnten im Jahr 2008, wie auch schon in den Vorjahren, die Kosten der Beklagten reduziert werden (K-13; Beschluss Nr. 2). Die Klägerin hat selbst nicht von den Volumenrabatten profitiert bzw. Kosten eingespart und hat folglich nicht in ihrem Interesse, sondern im Interesse der Beklagten gehandelt. Es wäre somit stossend, der Klägerin aufgrund ihres uneigennützigen Handelns gegenüber der Beklagten die Kosten für die Radiowerbung aufzubürden.

96

7.5 Fazit

Die im Oktober 2007 budgetierte Radiowerbung und die im Jahr 2008 fällig gewordenen Rechnungen für dieselbige erfüllen die suspensive Bedingung der Schuldübernahme gemäss Art. 6 Ziff. 2 Distributionsvertrag (K-1). Somit liegt in casu eine interne Schuldübernahme durch die Beklagten vor.

97

Die Kosten für die Radiowerbung wurden bisher von der Beklagten getragen. Da nach der Beendigung der Vertragsbeziehung alleinig die Beklagte Nutzen aus der Werbung zu ziehen vermag, ist nicht einzusehen, weshalb die Klägerin die Kosten dafür tragen soll

98

Ebenfalls wäre es stossend, der Klägerin aufgrund ihres uneigennützigen Handelns gegenüber der Beklagten die Kosten für die Radiowerbung aufzubürden.

99

Die Beklagte sei daher aufgrund der internen Schuldübernahme durch das Schiedsgericht zu verpflichten, der Klägerin die nach der Kündigung entstandenen Werbekosten inklusive 5% Verzugszinsen ab Datum der Mahnungen zu ersetzen.

100