

Distribujet GmbH
Nikolaigraben 15
02826 Görlitz
Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team 4
Christine Nutt
Corina Stump
Nicolas Durand
Jonas Walker

Klageschrift

In Sachen

DISTRIBUJET GMBH
Klägerin
Vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

BEVESANA AG
Beklagte

betreffend
Vertragsverletzung und Kündigung

I. RECHTSBEGEHREN

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in einem vom Schiedsgericht festzusetzenden Betrag Schadenersatz, mindestens aber EUR 10'000'000.- zu bezahlen.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 260'900.- nebst Zins zu 5% auf
 - EUR 80'900.- seit 14. April 2008;
 - EUR 60'000.- seit 6. Juni 2008;
 - EUR 60'000.- seit 5. August 2008;
 - EUR 60'000.- seit 23. Oktober 2008zu bezahlen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

II. INHALTSVERZEICHNIS

I.	RECHTSBEGEHREN	I
II.	INHALTSVERZEICHNIS	II
III.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
IV.	LITERATURVERZEICHNIS	V
V.	MATERIALIENVERZEICHNIS	VII
1.	Einleitung	1
2.	Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.1	Objektive Schiedsfähigkeit	1
2.2	Formelle und materielle Gültigkeit	1
2.3	Subjektive Schiedsfähigkeit	2
2.4	Geltungsbereich	2
3.	Schadenersatz aus Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts	6
3.1	Vertragsverletzung durch BeveSana	6
3.2	Verschulden	8
3.3	Schaden	8
3.4	Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang	9
3.5	Folgen der Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts	9
4.	Verletzung der Lieferbedingungen durch BeveSana	10
4.1	Zahlung der offenen Rechnung	10
4.2	Zulässigkeit der Verrechnung	10
4.3	Eventualiter rechtsmissbräuchliches Handeln durch BeveSana	12
4.4	Folgen der Verletzung der Lieferpflicht	12
5.	Ausserordentliche Kündigung durch Distribujet	12
5.1	Verletzung der Exklusivitätsvereinbarung	13
5.1.1	Abmahnung wegen unterlassener Unterstützungspflicht	13
5.1.2	Eventualiter rechtsmissbräuchliches Handeln durch BeveSana	13
5.2	Ungerechtfertigtes Beharren auf Vorauszahlung	14
5.2.1	Abmahnung i.S.v. Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag	14
5.2.2	Einhaltung der Frist nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag	14
5.3	Mehrfache Nichtlieferung der Ware	14
5.4	Ausservertragliche wichtige Gründe	15
5.5	Kündigungsfolgen	16
5.6	Eventualiter einseitige Vertragsauflösung wegen Grundlagenirrtums	16
5.6.1	Subjektive und objektive Voraussetzungen sowie Erkennbarkeit	17
5.6.2	Folgen des Grundlagenirrtums	17
6.	Rückerstattung der Kosten für die Radiowerbung 2008	18
6.1	Rückerstattung der Kosten vom 1.1.08 bis 30.4.08	18
6.2	Rückerstattung der Kosten vom 1.5.08 bis 31.12.08	18

III. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BT	Besonderer Teil
E.	Erwägung
et al.	et alii
EUR	Euro
f./ff.	folgende Seite(n)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Kap.	Kapitel
N	Note

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per annum
Rz.	Randziffer
S.	Seite
S.A.	société anonyme
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

IV. LITERATURVERZEICHNIS

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (Rz. 9, 10)

BUCHER EUGEN, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert: BUCHER, Basler Kommentar OR I, N ... zu Art. ... OR) (Rz. 61)

BUCHER EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, OR AT) (Rz. 15)

EGLI FELIX W.: Risikoausgleich durch Distributionsverträge, in: ARTER OLIVER (Hrsg.), Vertriebsverträge, Bern 2007 (Rz. 54)

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS: Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2008 (Rz. 15, 20)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (Rz. 19, 34, 45, 68, 70)

HUGUENIN CLAIRE, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert: HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N ... zu Art. ... OR) (Rz. 15)

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert: HUGUENIN, OR AT) (Rz. 19, 30, 34, 35, 61)

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert: HUGUENIN, OR BT) (Rz. 26, 27, 76, 81)

KOLLER ALFRED: Der Irrtum, in: GUHL THEO (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zitiert: KOLLER, Der Irrtum) (Rz. 69)

KOLLER ALFRED: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006 (zitiert: KOLLER, OR AT) (Rz. 33)

LEU URS, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 43)

MALACRIDA RALPH, in: WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005 (Rz. 20)

PAETZOLD VERONIKA: Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2. Auflage, Zürich 2006 (Rz. 30)

PETER WOLFGANG, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 42)

REY HEINZ: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008 (Rz. 34)

SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006 (Rz. 15)

STRAUB RALF MICHAEL: Vertrieb und Werbung, in: MÜNCH PETER/BÖHRINGER PETER/KASPER SABINA/PROBST FRANZ (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Basel 2007 (Rz. 28, 47, 50)

TSCHÄNI RUDOLF, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 20)

VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004 (Rz. 22)

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979 (Rz. 18)

WEIDT HEINZ: Antizipierter Vertragsbruch, Tübingen 2008 (Rz. 59)

WIEGAND WOLFGANG, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 27)

WILDHABER CHRISTOPH: Inkrafttreten, Dauer und Beendigung, in: KULL MICHAEL/WILDHABER CHRISTOPH (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008 (Rz. 54, 61)

ZIMMERLI CHRISTOPH: Die Verrechnung im Zivilprozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Basel/Genf/München 2003 (Rz. 42)

V. MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl. 2000, S. 4337 – 4578 (zitiert: Botschaft) (Rz. 22)

1. Einleitung

- 1 Im Folgenden legt die Klägerin zunächst dar, dass das Schiedsgericht für die vorliegende Streitigkeit zwischen der Distribujet GmbH („Distribujet“) und der BeveSana AG („BeveSana“) zuständig ist. Insbesondere wird dargelegt, wieso die Beklagte passivlegitimiert ist.
- 2 Weiter wird gezeigt, inwiefern BeveSana das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt hat und dass sie ihr deshalb schadenersatzpflichtig geworden ist.
- 3 Darüber hinaus weist die Klägerin nach, dass die Beklagte unberechtigterweise auf Vorauszahlung beharrt hat und folglich ihren Lieferverpflichtungen nicht nachgekommen ist.
- 4 Im Übrigen wird dargelegt, dass die ausserordentliche Kündigung durch die Klägerin gerechtfertigt war und die Beklagte die finanziellen Folgen zu tragen hat.
- 5 Schliesslich sind die Marketingkosten zuzüglich Verzugszinsen vollumfänglich zurückzuerstatten.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 6 Das Schiedsgericht ist zuständig, die Streitsache zwischen den Parteien zu beurteilen, sofern die Voraussetzungen der objektiven und subjektiven Schiedsfähigkeit, der formellen und materiellen Gültigkeit sowie des Geltungsbereichs in objektiver und subjektiver Hinsicht kumulativ erfüllt sind (Urteil des BGer vom 6. September 1996, 4P.320/1994 sowie vom 16. Mai 1995, 4P.251/1994).

2.1 Objektive Schiedsfähigkeit

- 7 Die vorliegenden Streitgegenstände sind schiedsfähig, da es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG handelt. Aufgrund der Parteivereinbarung ist schweizerisches Recht anwendbar (Art. 19 (1) Distributionsvertrag i.V.m. Art. 187 Abs. 1 IPRG).

2.2 Formelle und materielle Gültigkeit

- 8 Da die Schiedsvereinbarung das Erfordernis der Schriftlichkeit i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG erfüllt, ist sie formell gültig zustande gekommen.
- 9 Auch die materiellen Voraussetzungen sind erfüllt (Voraussetzungen aus BERGER/KELLERHALS, Rz. 366 ff.): Der Distributionsvertrag entspricht dem von den Parteien ge-

wählten schweizerischen Recht (Art. 178 Abs. 2 IPRG). Das Rechtsverhältnis, auf welches die Schiedsklausel Anwendung finden soll, wurde bestimmt. Gemäss Art. 19 (2) Distributionsvertrag sind Streitigkeiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Distributionsvertrag durch ein Schiedsverfahren zu entscheiden. Weiter besteht Konsens darüber, dass aus diesem Alleinvertriebsverhältnis entstehende Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen. Schliesslich sind die Schiedsvereinbarung, das Schiedsgericht und dessen Sitz klar bestimmt.

2.3 Subjektive Schiedsfähigkeit

- 10 Die Parteien müssen befähigt sein, die Vereinbarung mit für sie verbindlicher Wirkung abzuschliessen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 624). Auch diese Voraussetzung ist erfüllt.
- 11 Die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagte zu den bis anhin besprochenen Punkten keine Einwände erheben wird. Andernfalls wird die Klägerin gerne im Rahmen der Plädoyers dazu Stellung nehmen.

2.4 Geltungsbereich

- 12 Der Distributionsvertrag sieht aufgrund der Formulierung von Art. 19 (2) („Streitigkeiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag...“) eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts vor. Alle Streitgegenstände fallen demzufolge in objektiver Hinsicht unter vorliegende Schiedsvereinbarung.
- 13 Auch in subjektiver Hinsicht fallen die Streitgegenstände unter die Schiedsvereinbarung. Gemäss Distributionsvertrag vom 3. Juli 2004 sind die Parteien des Alleinvertriebsverhältnisses und der Schiedsvereinbarung BeveSana und Distribujet.
- 14 Die Beklagte macht geltend, sie hätte ihre Stellung als Partei der Schiedsklausel durch den Vertrag über die Übernahme der Vertriebsabteilung der BeveSana durch die Bibite AG („Bibite“) vom 25. Mai 2005 („Übernahmevertrag“) verloren. Dass dies nicht zutrifft, wird im Folgenden erläutert.
- 15 In Art. 20 (1) Distributionsvertrag wurde vereinbart, dass „alle Ergänzungen oder Änderungen dieses Vertrags“ der Schriftform bedürfen und von beiden Parteien zu unterzeichnen sind. BeveSana kann sich an dieser Stelle nicht darauf berufen, dass Änderungen der Vertragspar-

teien nicht unter diese Klausel fielen. Es wurden ausdrücklich *alle* Ergänzungen und Änderungen dieser Vorschrift unterstellt. Dies muss auch für die Änderung der Vertragsparteien gelten. Selbst wenn die Auslegung dieser Klausel auch dazu führen könnte, Änderungen der Vertragsparteien nicht unter eine solche Vereinbarung zu subsumieren, wäre gemäss Unklarheitenregel der Ansicht der Klägerin zu folgen. Die Unklarheitenregel besagt, dass sich der Verfasser einer unklaren Vertragsbestimmung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zweifelsfall die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen muss (Urteil des BGer vom 12. Juli 2005, 5C.271/2004, E. 2; BGE 126 III 388, 391; 124 III 155, 158 f.; BUCHER, OR AT, S. 156; HUGUENIN, Basler Kommentar OR I, N 27 zu Art. 19/20 OR). Der Begriff allgemeine Geschäftsbedingungen erfasst Vertragsbestimmungen, welche für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen wurden. Zudem müssen sie von einer Partei vorformuliert und der anderen Partei einseitig gestellt worden sein (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 59; SCHWENZER, § 44 RZ. 44.01). Der Vertrag zwischen BeveSana und Distribujet beruht auf dem Standardvertriebsvertrag der Multidrink Gruppe, welcher die BeveSana angehört. Ein Standardvertriebsvertrag wird für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen. Er wurde von Seiten BeveSanas vorformuliert und der Klägerin einseitig gestellt. Aus diesen Gründen muss sich BeveSana als Verfasserin der unklaren Vertragsbestimmung die für die Klägerin günstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen. Änderungen der Vertragsparteien fallen deshalb unter Art. 20 (1) des Distributionsvertrags. Sie bedürfen der Schriftform und sind von beiden Parteien zu unterzeichnen. Mangels einer schriftlichen Abrede hat kein Parteiwechsel stattgefunden.

- 16 Die Gegenpartei könnte nun vorbringen, die Vertragsänderung sei trotz vereinbarter Schriftform mündlich gültig vorgenommen worden. Dass die vereinbarte Schriftform mündlich umgangen werden kann, wird von Seiten der Klägerin ausdrücklich abgelehnt. Zudem war von einem Parteiwechsel in den Gesprächen zwischen Distribujet und BeveSana nie die Rede, insbesondere nicht im Juni 2005, dem Zeitraum der angeblichen Vertragsübernahme.
- 17 BeveSana kann sich insbesondere nicht darauf berufen, im Gespräch mit Herrn Meier vom Oktober 2005 sei eine mündliche Einigung über den Parteiwechsel zustande gekommen. Zwar erwähnte Herr Meier in diesem Gespräch die Bibite, dass diese allerdings neue Vertragspartnerin sein oder werden sollte, wurde in keiner Weise angesprochen. Im Gegenteil, Herr Meier betonte explizit, dass sich für Distribujet nichts ändern werde. Ein Wechsel der Vertragspartei von BeveSana auf Bibite hat deshalb nicht stattgefunden.
- 18 Des Weiteren macht BeveSana geltend, die Klägerin hätte durch Unterlassen eines Gegenberichts der Änderung zugestimmt. Im nicht eingeschriebenen Schreiben von anfangs Juni 2005

(Anhang zu B-2) wurde die Klägerin aufgefordert, Einwände bis spätestens 28. Juni 2005 zu erheben, ansonsten Zustimmung angenommen werde. Dieses Schreiben hat Distribujet nie erhalten. Zudem sind solche einseitigen Bestimmungen rechtlich irrelevant (BGE 123 III 53, 59; VON TUHR/PETER, S. 164).

- 19 BeveSana könnte gestützt auf ihr Rundschreiben jedoch unabhängig von dieser „Aufforderung zur Einsprache“ geltend machen, die Vertragsänderung sei konkludent gültig zustande gekommen. Voraussetzung dafür wäre, dass im passiven Verhalten der Klägerin eindeutig eine Zustimmung gesehen werden konnte (Urteil des BGer vom 10. Dezember 2002, 4C.282/2002, E. 2.3; BGE 123 III 53, 59; GAUCH/SCHLUEP, N 190a). Ob dies der Fall gewesen ist, bestimmt sich nach Treu und Glauben (HUGUENIN, OR AT, N 229). Da Schriftform vereinbart worden ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Klägerin daran hält, zumal diese der Transparenz und Klarheit dient. BeveSana konnte deshalb nicht in gutem Glauben davon ausgehen, ein Schweigen von Distribujet müsse eindeutig als Zustimmung interpretiert werden. Aus demselben Grund fällt auch eine stillschweigende Annahme nach Art. 6 OR ausser Betracht. Es trifft nicht zu, dass eine ausdrückliche Annahme der Klägerin nicht zu erwarten war.
- 20 Eventualiter wurde die Übernahme der Vertriebsabteilung von BeveSana auf Bibite nicht rechtswirksam. Auch aus diesem Grund ist BeveSana weiterhin passivlegitimiert. Gemäss Bestimmung 2.2.1. des Übernahmevertrags übertrug BeveSana ihre Vertriebsabteilung mit sämtlich dazugehörenden Aktiven und Passiven sowie den damit zusammenhängenden Verträgen mit Dritten nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR an Bibite. Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind, jedoch nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003. Auf Aktiengesellschaften, welche im Handelsregister eingetragen sind, finden Art. 181 Abs. 1-3 OR keine Anwendung (TSCHÄNI, Basler Kommentar OR I, N 5 zu Art. 181 OR; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22 Rz. 84). Sowohl Bibite als auch BeveSana sind Aktiengesellschaften, die im Handelsregister eingetragen sind. Die Übertragung der Vertriebsabteilung mit sämtlichen dazugehörenden Aktiven und Passiven von BeveSana auf Bibite, konnte sich deshalb nicht nach Art. 181 Abs. 1 OR richten. Stattdessen wären die Vorschriften der Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG zur Anwendung gekommen. Gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG wird die Vermögensübertragung erst mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. Im Handelsregister ist die Vermögensübertragung nicht vermerkt. Da dem Handelsregistereintrag

konstitutive Wirkung zukommt (MALACRIDA, Basler Kommentar FusG, N 7 zu Art. 73 FusG), ist die Vermögensübertragung nicht zustande gekommen und BeveSana noch immer passivlegitimiert.

- 21 Eine Vertragsübernahme benötigt im Gegensatz zur Übernahme einer ganzen Betriebsabteilung keinen Handelsregistereintrag. BeveSana könnte geltend machen, die Bestimmung 2.3. (Übernahme von Verträgen) sei unabhängig von der Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Übernahmevertrags (Übergang der Aktiven und Passiven) gültig.
- 22 Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Vertragsinhalt einer zwingenden objektiven, privat- oder öffentlich-rechtlichen Norm des geschriebenen oder ungeschriebenen schweizerischen Rechts widerspricht (BGE 117 II 286, 287; 114 II 26, 28; 88 II 276, 280 f.; 80 II 327, 329). Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes von Handelsgesellschaften, die im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich *ausschliesslich* nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes (VON DER CRONE et al., § 5 Rz. 813; vgl. auch die Ausführungen in der Botschaft, S. 4492 f.). Der Übernahmevertrag nach Massgabe von Art. 181 Abs. 1 OR widerspricht einer zwingenden objektiven Norm des Privatrechts (Art. 181 Abs. 4 OR) und ist deshalb widerrechtlich.
- 23 Teilnichtigkeit liegt vor, wenn der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft und nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Nichtig sind dann nur die vom Mangel betroffenen Teile des Vertrags (Art. 20 Abs. 2 OR).
- 24 Es konnte weder der Wille von BeveSana noch der von Bibite sein, dass Bibite Distribujets neuer Lieferant wird, gleichzeitig aber sämtliche Aktiven und Passiven (insbesondere Mobilien und Immobilien, die zur Produktion benötigt werden), im Eigentum der BeveSana verbleiben. Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR ist deshalb ausgeschlossen. BeveSana bleibt Vertragspartnerin.
- 25 Aus all diesen Ausführungen folgt, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung des Falles zuständig und BeveSana passivlegitimiert ist.

3. Schadenersatz aus Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

26 Der vorliegende Vertrag zwischen den Vertragsparteien Distribujet und BeveSana ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren, da sich die klassischen Merkmale der Absatzförderungspflicht und des ausschliesslichen Bezugsrechts sowie Zahlungs- und Lieferpflicht gegenüberstehen (HUGUENIN, OR BT, N 1490). Laut Art. 2 (1) i.V.m. Art. 3 Distributionsvertrag sicherte die Beklagte der Klägerin zu, innerhalb der Bundesrepublik Deutschland die Vertragsware ausschliesslich vertreiben zu dürfen. BeveSana verzichtete damit, einem Dritten Bezugsrechte einzuräumen und selbst direkt oder indirekt auf deutschem Boden tätig zu werden. Zudem traf sie die Pflicht, die Vertragspartnerin in ihrer Tätigkeit zu unterstützen. Da BeveSana dieser nicht nachgekommen war, verletzte sie den Vertrag und ist nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig.

3.1 Vertragsverletzung durch BeveSana

27 Sinn und Zweck des Alleinvertriebsvertrags ist es, ein effizientes Vertriebsnetzwerk aufzubauen. Dies setzt ein hohes Mass an Kooperation zwischen den Vertragspartnern voraus. Die Lieferung von Informationen betreffend Absatzförderung ist von essentieller Bedeutung und liegt in beidseitigem Interesse. Die Informationspflicht lässt sich direkt aus dem Alleinvertriebsvertrag ableiten (HUGUENIN, OR BT, N 1513). Da es sich bei der Aufklärungs- und Unterstützungspflicht um nicht selbstständig einklagbare Nebenpflichten handelt (WIEGAND, Basler Kommentar OR I, N 32 ff. zu Art. 97 OR), rügt die Klägerin unmittelbar die Verletzung des Exklusivitätsrechts. Mit der betriebenen Preispolitik stiftete BeveSana polnische Abnehmer zu Parallelimporten nach Deutschland an. Durch den Vertragsschluss mit der polnischen PLL Beer S.A. („PLL Beer“) wurde das deutsche Marktgeschehen mit Blick auf Gesundheitsdrinks verändert, da aufgrund unterschiedlicher Verkaufspreise Parallelimporte in diesem Ausmass erst möglich wurden. BeveSana hätte Distribujet zumindest auf die veränderte Marktsituation aufmerksam machen müssen.

28 Diese Informations- und Unterstützungspflichten ergeben sich zusätzlich aus analoger Anwendung des Agenturrechts (BGE 134 III 497, 505 f.; STRAUB, Kap. 60 Rz. 0.12). Die Funktion des Alleinvertriebsvertreters kann mit derjenigen des Agenten verglichen werden, wenn beide von der wirtschaftlichen Geschäftstätigkeit ihres jeweiligen Vertragspartners abhängig sind. In diesem Fall trifft den Lieferanten im Alleinvertriebsverhältnis die gleiche Unterstützungspflicht wie den Auftraggeber im Agenturverhältnis (STRAUB, Kap. 60 Rz. 23.1). Da der mögliche Absatz, welcher Distribujet hätte erzielen können, wesentlich von der zugesi-

cherten Exklusivität und Lieferqualität abhing, war die Klägerin in erhöhtem Mass von der Beklagten abhängig. Somit müssen die Schutzbestimmungen aus Art. 418f Abs. 1 und 2 OR auf das vorliegende Rechtsverhältnis Anwendung finden. BeveSana war demnach aus Art. 418f Abs. 1 OR verpflichtet, Distribujet in angebrachter Weise zu unterstützen. Obwohl im Distributionsvertrag Parallelimporte namhaft erwähnt wurden und aufgrund des unterschiedlichen Kaufkraftgefälles eine natürliche Erscheinung darstellen, hat sich BeveSana vertragsbrüchig verhalten. Indem sie PLL Beer zu weitaus günstigeren Preiskonditionen (EUR 0.60 pro Flasche) belieferte, schmälerte sie die Konkurrenzfähigkeit von Distribujet auf dem deutschen Markt. Erst dieses grobe Missverhältnis bezüglich der Preisgestaltung ermöglichte Parallelimporte in solch einem Ausmass; Distribujet verlor 50% Marktanteil. Die anschliessende Preissenkung von EUR 0.72 auf EUR 0.67 stellte ein Schuldeingeständnis dar, wobei die bescheidene Reduktion keinen dauerhaften Erfolg zu erzielen vermochte. Da sich das Problem nicht wie erwartet von alleine löste, hätte die Klägerin spätestens in diesem Zeitpunkt eine Expertenkommission nach Deutschland entsenden müssen. Wie aus dem Schreiben vom 10. April 2008 (K-9) hervorgeht, hat die Beklagte diese Massnahme in Erwägung gezogen, jedoch viel zu spät. Ausserdem erscheint es fraglich, weshalb BeveSana keine Preiserhöhung auf polnischer Seite in Betracht gezogen hat, zumal es auch in ihrem Interesse gelegen hätte. Durch eine Preiserhöhung gegenüber PLL Beer hätte BeveSana einerseits ihren Umsatzverlust in Deutschland wettmachen können. Andererseits wären Parallelimporte so weniger lukrativ geworden. Dies deutet weiter darauf hin, dass sich BeveSana nicht gehörig mit der Situation auseinandergesetzt hat und zu lange passiv geblieben ist.

- 29 Art. 418f Abs. 2 OR besagt weiter, dass der Auftraggeber den Agenten unverzüglich zu benachrichtigen hat, falls er vorhersieht, dass Umsatzeinbussen zu erwarten sind. BeveSana unterliess es, Distribujet von einer möglichen Veränderung der Marktlage aufgrund der Exklusivitätsvereinbarung mit Polen zu unterrichten. Distribujet konnte sich deshalb weder auf die sich spürbar verändernde Marktsituation einstellen, noch mögliche Vorbeugungsmassnahmen zur Schadenbegrenzung treffen. Distribujet hätte beispielsweise mit ihren Abnehmern Verträge von längerer Laufzeit abschliessen oder das Vertriebssystem den neuen Gegebenheiten anpassen können. Auch ist dem Briefwechsel (K-3) zu entnehmen, dass BeveSana Abklärungen bezüglich der Parallelimporte zu treffen habe, was nicht geschah. Dieses Untätigbleiben bedeutete für Distribujet einen weiteren Marktanteilverlust.

- 30 Die Aufklärungs- und Unterstützungspflicht kann mit Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB zusätzlich untermauert werden. Demnach besteht bei Dauerschuldverhältnissen eine erhöhte Pflicht zur gegenseitigen Interessenwahrung (HUGUENIN, OR AT, N 495). Bei Alleinvertragsverträgen können daraus Verpflichtungen entstehen, die weder dem Gesetz noch dem Vertrag entnommen werden können: „So haben sich die Vertragspartner beispielsweise von Umständen zu unterrichten, welche die Grundlage der Vertragsbeziehung oder die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners in Frage stellen.“ (PAETZOLD, S. 23).
- 31 Parallelimporte stellen eine wirtschaftliche Begleiterscheinung dar und können kaum vermieden werden. So ist es umso wichtiger, dass sich die Vertragsparteien als Ausfluss von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB und, im Hinblick auf eine erfolgreiche Zusammenarbeit, durch Kommunikation auf veränderte Umstände, welche die Interessen des Gegenübers tangieren können, hinweisen. BeveSana informierte Distribujet nicht über den Vertrag zu günstigeren Preiskonditionen mit PLL Beer. Distribujet fand erst nachträglich selbst heraus, dass ein Akteur im Nachbarland die gleiche Ware zu markant tieferen Preisen vertrieb. Hiermit wurde Distribujet jeder Möglichkeit beraubt, entsprechende Massnahmen zur Milderung der Folgen zu ergreifen.
- 32 Wie diesen Ausführungen zu entnehmen ist, hat die Beklagte das Exklusivitätsrecht in mehrfacher Hinsicht verletzt und somit den Vertrag gebrochen.

3.2 Verschulden

- 33 Das Verschulden stützt sich auf das vertragswidrige Verhalten der Schädigerin (KOLLER, OR AT, Kap. 5 Rz. 19). Den Exkulpationsbeweis trägt nach Art. 97 Abs. 1 OR die Beklagte. Die Verletzung des Exklusivitätsrechts ist BeveSana wegen ihren Handlungen bzw. Unterlassungen subjektiv zurechenbar.

3.3 Schaden

- 34 Ein Schaden i.S. einer unfreiwilligen Vermögensverminderung liegt vor, da sowohl *damnum emergens*, als auch *lucrum cessans* (REY, Rz. 345 ff.) gemäss Differenztheorie (BGE 97 II 169, 176) darunter subsumiert werden können und sich somit der Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR auf das positive Interesse beläuft (HUGUENIN, OR AT, N 612). Distribujet hat aufgrund der Parallelimporte massiv weniger Umsatz erzielt und einen geldwerten Schaden erlitten. Aufgrund der unterlassenen Informations- und Unterstützungspflicht durch Be-

veSana verminderte sich der gegenwärtige Vermögensstand von Distribujet und erreichte nicht den Vermögensstand, welcher hätte erzielt werden können, wenn BeveSana ihren Pflichten getreu nachgekommen wäre (hypothetischer Vermögensstand nach GAUCH/SCHLUEP, N 2620). Da es sich um einen synallagmatischen Vertrag handelt, muss Distribujet laut Art. 82 OR ihrer Absatzförderungspflicht nachkommen, um einen Anspruch auf positives Interesse geltend machen zu können (HUGUENIN, OR AT, N 612). Dies hat sie getan, da sie mehrfach auf die Missstände in Deutschland hingewiesen und die Produkte SHARP REQUIEM® und SHARP REQUIEM SUGARFREE® weiterhin vertragsgemäss vertrieben hat.

3.4 Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

- 35 Ursache für den bei Distribujet entstandenen Schaden stellt das vertragsbrüchige Verhalten BeveSanas dar. Obwohl Parallelimporte wirtschaftliche Realität sind, ist das im vorliegenden Fall erreichte Ausmass auf die fehlende Unterstützung BeveSanas zurückzuführen. Vor allem in einem Dauerschuldverhältnis müssen die gegenseitigen Interessen der Vertragsparteien gewahrt werden (HUGUENIN, OR AT, N 495). Die fehlende Information sowie die unterschiedlich gestalteten Preiskonditionen, welche durch BeveSana festgesetzt wurden, provozierten die Parallelimporte en gros und verursachten somit den entstandenen Schaden. Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen.
- 36 Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung (Voraussetzungen aus BGE 123 V 98, 103 f.) kann Nichthandeln sowie eine unterschiedliche Preisgestaltung in unverhältnismässigen Einbussen resultieren. Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt ebenso vor.

3.5 Folgen der Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

- 37 BeveSana hat sich wie oben dargelegt des Vertragsbruches gegenüber Distribujet schuldig gemacht. Das vertraglich vereinbarte Exklusivitätsrecht beinhaltet Informations- und Unterstützungspflichten. Da diese von der Beklagten kaum wahrgenommen wurden, ist der Klägerin ein Schaden entstanden. Die Beklagte sei somit aus Art. 2 (1) i.V.m. Art. 3 Distributionsvertrag i.V.m. Art. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR sowie aus Art. 418f Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR zu verpflichten, Schadenersatz in der Höhe von mindestens EUR 10'000'000.- zu bezahlen.

4. Verletzung der Lieferbedingungen durch BeveSana

38 Art. 5 (5) Distributionsvertrag besagt, dass BeveSana im Falle eines Zahlungsverzugs durch Distribujet befugt sei, sofort Vorauszahlung zu verlangen. Dieses Recht hat BeveSana am 10. April 2008 in Anspruch genommen. Im Schreiben vom 16. April 2008 (K-9) erklärte BeveSana jedoch, dass sie ihren Entscheid zurücknehme, falls Distribujet die offene Rechnung über EUR 2'900'000.- begleichen würde. Der Distributionsvertrag schweigt sich darüber aus, unter welchen Bedingungen wieder zu den ursprünglichen Konditionen geliefert werden muss. Deshalb kam der schriftlichen Zusage der Beklagten, künftig wieder gegen Rechnung zu liefern, verbindliche Wirkung zu.

4.1 Zahlung der offenen Rechnung

39 Wie aus dem Briefwechsel (K-10) hervorgeht, hat Distribujet die offene Rechnung beglichen. Ein Grossteil des ausstehenden Betrages wurde überwiesen, während ein verhältnismässig kleiner Restbetrag verrechnet wurde. Die Verrechnung war zulässig, die Rechnung wurde vollständig beglichen. Die Beklagte hätte ihren Zusagen nachkommen müssen.

4.2 Zulässigkeit der Verrechnung

40 Damit eine Verrechnung zulässig ist, müssen folgende positive und negative Voraussetzungen erfüllt sein.

41 Zunächst müssen mindestens zwei gleichartige und gegenseitige Forderungen bestehen (Art. 120 Abs. 1 OR). Distribujet hatte eine offene Rechnung für Lieferungen, BeveSana eine offene Rechnung für Marketingkosten. Beide Parteien mussten somit eine Geldleistung begleichen. Die Forderungen waren daher gleichartig und gegenseitig.

42 Die Forderung gegenüber BeveSana musste zudem durchsetzbar sein. Dies bedeutet, dass sie fällig sein musste und mit keiner Einrede belastet sein durfte (PETER, Basler Kommentar OR I, N 21 zu Art. 120 OR; ZIMMERLI, S. 21).

43 Art. 75 OR unterscheidet drei Arten, wie der Fälligkeitszeitpunkt festgelegt werden kann: Durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung, aus den Umständen des Rechtsverhältnisses oder, falls die ersten beiden Möglichkeiten nicht zu einem Fälligkeitszeitpunkt führen, durch sofortige Fälligkeit. Die Vertragsparteien haben vereinbart, dass Distribujet die Rechnung stellt und BeveSana diese nach Überprüfung der Angaben begleicht. Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist der Erfüllungszeitpunkt aus den Umständen des Ein-

zellfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben festzulegen (BGE 116 II 225, 236; LEU, Basler Kommentar OR I, N 5 zu Art. 75 OR). BeveSana hat an der Ausarbeitung des Marketingplans mitgewirkt und früher für die Überprüfung bloss eine Woche benötigt. Sowohl die konkreten Umstände, als auch die Vertrauensgrundsätze gebieten somit Erledigung innert Wochenfrist. Eine Forderung, welche noch der Genehmigung unterliegt, kann grundsätzlich nicht fällig werden (BGE 126 III 49, 57). Die Budgetkontrolle durch BeveSana stellt keine Genehmigung im soeben genannten Sinne dar. Das Budget wurde bereits Ende 2007 im Marketingplan verbindlich festgelegt. Distribujet wird darin ermächtigt, die finanziellen Mittel wie vereinbart einzusetzen. BeveSana hat sich rechtsverbindlich verpflichtet, die budgetierten Auslagen zu ersetzen. Der von Distribujet zu verfassende Bericht hat einzig den Zweck, die Richtigkeit des Einsatzes der finanziellen Mittel aufzuzeigen. Die Überprüfung durch BeveSana beschränkte sich auf diesen Punkt und beinhaltete kein Genehmigungsrecht für vereinbarte Ausgaben. Die Beklagte kann sich deshalb nicht darauf berufen, die Forderung hätte nicht fällig werden können, weil sie keiner Genehmigung unterlag. Demnach stellte das Zurückbehalten der eigenen Leistung auf unbestimmte Zeit ein vertragswidriges Verhalten dar. BeveSana kann sich weiters nicht auf Art. 82 OR berufen, da die gegenüberstehenden Leistungen, namentlich Zahlungspflicht aus Warenbezug und Rückerstattung der Marketingkosten, nicht in einem Synallagma stehen (LEU, Basler Kommentar OR I, N 2 zu Art. 82 OR). Schliesslich mahnte Distribujet im Schreiben vom 14. April 2008 (K-8) BeveSana ab und verlangte sofortige Bezahlung. Die Forderung ist fällig geworden.

- 44 Auch kann die Beklagte keine gutgläubige Einrede geltend machen. BeveSana hat, wie aus der Zeugenaussage von Frau Strasser (K-13) hervorgeht, in den letzten drei Jahren die Kosten der Weihnachtskarten ohne Beanstandung und vorbehaltlos bezahlt. Der Umstand, dass dieser Auslagenposten stets ohne ausdrückliche Budgetierung vergütet wurde, lässt auf ein konkludentes Einverständnis schliessen. Somit hätte die Beklagte ihre Genehmigung nicht ohne rechtzeitige Mitteilung an die Klägerin zurückziehen dürfen, da dies sowohl gegen den Marketingplan als auch gegen Treu und Glauben verstossen hat. BeveSana kann der Forderung keine Einrede entgegenhalten, da die Ausgaben mit ihrem stillschweigenden Einverständnis stattgefunden haben.
- 45 Schliesslich dürfen weder aus Gesetz noch aus Vertrag Gründe vorliegen, welche eine Verrechnung ausschliessen. Es ist weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Ausschluss ersichtlich. Die Tatsache, dass bis anhin noch nie eine Verrechnung stattgefunden hat, lässt nicht auf einen konkludenten Verzicht schliessen. Zudem würde ein Verzicht der Verrechnung einen Vertrag voraussetzen (GAUCH/SCHLUEP, N 3235).

46 Die von Distribujet ausgeübte Verrechnung war zulässig.

4.3 Eventualiter rechtsmissbräuchliches Handeln durch BeveSana

47 Distribujet hat den grössten Teil der ausstehenden Rechnung mittels Überweisung beglichen. Der kleine Betrag, welcher verrechnet wurde, stellt verglichen mit dem Gesamtbetrag eine Bagatellsumme dar. 97.2% der gestellten Rechnung wurden bezahlt (EUR 80'900.- im Verhältnis zu EUR 2'900'000.-). Ein Zurückbehalten einer eigenen wesentlichen Leistung kann nicht damit begründet werden, dass die Gegenpartei einer unerheblichen Pflicht nicht nachgekommen ist. Somit darf eine vertragsgemässe Belieferung des Vertragspartners nicht verweigert werden, wenn dieser bloss einen geringfügigen Betrag noch nicht bezahlt hat. Ein solches Vorgehen ist aufgrund der Unverhältnismässigkeit rechtsmissbräuchlich (STRAUB, Kap. 60 Rz. 0.27). BeveSanas Weigerung, die Rechnung als getilgt anzuerkennen, da der verrechnete Betrag angeblich noch ausstehend sei, war somit rechtsmissbräuchlich und als Verstoss gegen Treu und Glauben zu qualifizieren.

4.4 Folgen der Verletzung der Lieferpflicht

48 Wie soeben dargelegt, hat Distribujet die Schuld vertragsgemäss beglichen. BeveSana wurde dadurch verpflichtet, ihre Entscheidung Vorauszahlung zu verlangen, wie im Schreiben vom 16. April 2008 (K-9) versprochen, aufzuheben. Sie hatte wieder wie gewohnt auf Rechnung zahlbar innert 60 Tagen zu liefern.

49 Die Entscheidung, aufgrund des Kreditrisikos weiterhin nur auf Vorauszahlung zu liefern, stellte einen groben Vertragsbruch dar. Der Distributionsvertrag kennt mit Art. 5 (5) einzig den Zahlungsverzug als Grund, Vorauszahlung zu verlangen. Nebenbei sei noch zu erwähnen, dass Distribujet in keiner Weise ein Kreditrisiko darstellt, da sie durch die Bank als durchaus kreditwürdig eingestuft wurde. Die Berufung auf ein erhebliches Kreditrisiko war unbegründet.

5. Ausserordentliche Kündigung durch Distribujet

50 Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts muss beim Alleinvertriebsvertrag aufgrund seiner Qualifikation als Dauerschuldvertrag eine ausserordentliche Beendigung des Vertragsverhältnisses jederzeit möglich sein (BGE 99 II 308, 310). Den Vertragsparteien steht es i.S.d. Grundsatzes der Privatautonomie frei, im Vertrag selbst Bestimmungen vorzusehen, welche eine fristlose Kündigung ermöglichen (STRAUB, Kap. 60 Rz. 29.10). Demzufolge können so-

wohl vertraglich vereinbarte als auch allgemein anerkannte wichtige Kündigungsgründe zur fristlosen Vertragsauflösung führen. Der Distributionsvertrag nennt in Art. 13 (2) explizit Gründe, welche die Parteien zur sofortigen Vertragsauflösung ermächtigen. Die für Distribujet relevanten Klauseln sind in (2) a) und d) zu sehen.

5.1 Verletzung der Exklusivitätsvereinbarung

51 Laut Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag gilt eine Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung, welche nicht innert zehn Tagen nach Abmahnung behoben wurde, als wichtiger Grund für eine fristlose Vertragsauflösung.

5.1.1 Abmahnung wegen unterlassener Unterstützungspflicht

52 Wie dem Schreiben vom 12. November 2007 (K-4) zu entnehmen ist, hat Distribujet BeveSana mehrfach auf die Missstände im deutschen Absatzmarkt hingewiesen. Distribujet forderte BeveSana unmissverständlich auf, den vertragsgemässen Zustand wieder herzustellen. Die Klägerin war stets an einer gütlichen Einigung interessiert. Die Weiterführung des Vertrags war ihr ein wichtiges Anliegen. Deshalb liess sie BeveSana reichlich Zeit, ihren Verpflichtungen nachzukommen.

53 Am 14. April 2008 stellte sie jedoch fest, dass BeveSana nicht bereit war, ihre Exklusivitäts-, genauer gesagt ihre Unterstützungsverpflichtungen, zu erfüllen. Über die Wesentlichkeit dieses Vertragsbruches wird auf Rz. 27 ff. dieser Klageschrift verwiesen. Aus diesem Grund mahnte die Klägerin die Beklagte ab. Damit war spätestens am 14. April 2008 die zehntägige Frist anzusetzen und BeveSana verpflichtet, die Missstände vor dem 25. April 2008 zu beheben.

5.1.2 Eventualiter rechtsmissbräuchliches Handeln durch BeveSana

54 Ginge das Schiedsgericht davon aus, die Frist hätte nicht bereits am 14. April 2008 (K-8) zu laufen begonnen, so wäre die klare Abmahnung vom 21. April 2008 (K-10) massgebend für die Fristberechnung gewesen. Die zehntägige Frist wäre in diesem Fall nicht eingehalten worden. An der Rechtmässigkeit würde dies jedoch nichts ändern. Die ratio legis der zehntägigen Frist ist, dem säumigen Schuldner bei heilbaren Vertragsverletzungen die Möglichkeit einzuräumen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Da BeveSana strikte an ihrem Standpunkt festhielt und klar zu erkennen gab, dass sie ihren Entscheid innerhalb der Frist nicht aufzuheben gedenke, war es für Distribujet nicht zumutbar, den Ablauf der ganzen Frist abzuwarten. Jeder zusätzliche Tag der Unsicherheit brachte ihre wirtschaftliche Existenz zu-

nehmend in Gefahr. Ein Beharren von BeveSana auf die zehntägige Frist wäre als Verstoß gegen Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB und somit als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Zudem sind vertragliche Abmachungen, wie das Gewähren einer „Grace Period“ (EGLI, S. 163), für den Richter nicht zwingend zu beachten (WILDHABER, Rz. 672).

5.2 Ungerechtfertigtes Beharren auf Vorauszahlung

55 Wie in Rz. 38 ff. dargelegt, hat BeveSana ab dem 25. April 2008 (K-11) in vertragswidriger Weise weiterhin auf Vorauszahlung bestanden. Einerseits stellte dies eine wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag dar, andererseits führte dieses Verhalten zu einer nicht gehörigen Erfüllung der Lieferverpflichtung (Rz. 59 f.).

5.2.1 Abmahnung i.S.v. Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag

56 Distribujet hat BeveSana am 21. April 2008 (K-10) aufgefordert, von ihrem Entscheid Vorauszahlung zu verlangen, abzusehen, da sie sonst den Vertrag fristlos kündigen müsse. Diese unmissverständliche Wortwahl stellte eine eindeutige Abmahnung gemäss Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag dar.

5.2.2 Einhaltung der Frist nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag

57 Distribujet sprach am 30. April 2008 die fristlose Kündigung aus. Dabei hielt sie die zehntägige Besinnungsfrist nach Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag nicht ein. Wie in Rz. 54 dargelegt, muss dieser bei gegebenen Verhältnissen keine Beachtung geschenkt werden.

58 Demzufolge war die ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag gerechtfertigt.

5.3 Mehrfache Nichtlieferung der Ware

59 Die Kündigung erfolgte auf die zweifache Nichtlieferung der Ware. Im Schreiben vom 21. April 2008 (K-10) rief Distribujet zur gehörigen Erfüllung der Lieferpflicht auf und setzte BeveSana gemäss Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug. Die Beklagte beharrte jedoch vertragswidrig weiterhin auf ihrem Standpunkt, dass ohne Vorauszahlung keine Lieferung erfolgen würde (K-11). Daraus lässt sich schliessen, dass ohne vorgängige Zahlung durch Distribujet nicht mit Lieferung der zwei geordneten Bestellungen zu rechnen war. Dies traf nicht nur auf die bereits erfolgten, sondern auch auf alle zukünftigen Bestellungen zu und entsprach somit ei-

ner vorzeitigen Leistungsverweigerung i.S. eines antizipierten Vertragsbruchs. Ein solcher liegt vor, wenn die Erfüllungsverweigerung endgültig ist. Dies setzt einerseits die Kundgabe eines Nichterfüllungswillens nach aussen und andererseits die Unumstösslichkeit des geäusserten Entscheids voraus (WEIDT, S. 115). Im Schreiben vom 25. April 2008 (K-11) erklärte BeveSana ausdrücklich, dass ohne Vorauszahlung keine Lieferung mehr erfolge. Die irrelevante und nicht den Tatsachen entsprechende Begründung der mangelnden Bonität untermauert den nichtvorhandenen Leistungswillen der Beklagten. Sie brachte klar zum Ausdruck, dass mit einem Meinungswechsel nicht gerechnet werden könne. Weitere Leistungsaufforderungen durch Distribujet waren somit zwecklos. In Anbetracht der wirtschaftlichen Folgen ausfallender Lieferungen war weiteres Zuwarten unzumutbar.

- 60 Die vorzeitige Leistungsverweigerung ersetzt die Fälligkeit zukünftiger Forderungen, sodass BeveSana in Analogie zu Art. 108 Ziff. 1 OR (BGE 110 II 141, 143) ohne Mahnung in Verzug gesetzt wurde. Demzufolge stellt die mehrfache Nichtlieferung gemäss Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag einen antizipierten Vertragsbruch dar. Dies rechtfertigte eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund.

5.4 Ausserververtragliche wichtige Gründe

- 61 Der Distributionsvertrag zählt in Art. 13 (2) wichtige Gründe auf, welche zu einer ausserordentlichen Vertragsauflösung ermächtigen. Dem Wortlaut nach („insbesondere“) ist diese Aufzählung nicht abschliessend. Ausserdem dürfen solche Klauseln nicht abschliessenden Charakter haben (WILDHABER, Rz. 671; BUCHER, Basler Kommentar OR I, N 30 Vorbemerkung zu Art. 1-40 OR). Somit kann Distribujet die fristlose Kündigung nicht nur auf Art. 13 (2) a) und Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag stützen, sondern auch auf allgemein anerkannte wichtige Gründe zurückgreifen. Solche liegen vor, wenn es der einen Partei nicht mehr zugemutet werden kann, mit dem Vertragspartner den Vertrag weiterzuführen (BGE 128 III 428, 431 f.; HUGUENIN, OR AT, N 885).
- 62 Die Beklagte hat durch diverse Handlungen eine weitere Zusammenarbeit für Distribujet unzumutbar gemacht. Um Distribujet zu einem vertraglich nicht vorgesehenen Handeln zu zwingen, griff sie zu erpresserischen Mitteln. So war BeveSana erst nach Erfüllung der Vorauszahlungsleistung bereit, ihren vertraglichen Unterstützungspflichten nachzukommen und beispielsweise Experten nach Deutschland zu entsenden. Die nicht vertraglich vereinbarten Bedingungen hatten daher unzulässigen Sanktionscharakter.
- 63 Des Weiteren konnte Distribujet nicht zugemutet werden, an einen Vertragspartner gebunden zu bleiben, welcher unzuverlässig ist und sich ihr gegenüber wortbrüchig verhält. BeveSana

hat durch Nichteinhalten der Zusicherung, auf Vorauszahlung zu verzichten, das Vertrauen von Distribujet missbraucht und vollends verloren.

- 64 Wenn eine Partei gegen den Vertragszweck, i.c. einen möglichst hohen Absatz zu erzielen, arbeitet, liegt für die andere zweifelsohne ein wichtiger Grund im dargelegten Sinne vor. Die Weigerung seitens der Beklagten, die Vertragsware nicht wie vereinbart zu liefern und die damit verbundenen Machtspiele, waren für Distribujet existenzbedrohend. Distribujet war der Willkür von BeveSana ausgeliefert. Die Unsicherheit, ob Distribujet noch beliefert werde, konnte für ihre Abnehmer einen weiteren Grund darstellen, die Produkte bei polnischen Parallelimporteuren zu beziehen. Damit hätte Distribujet weitere Marktanteile verloren.
- 65 Der Briefwechsel zeigt, dass das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien massiv belastet und ein reibungsloses Weiterführen dieser Beziehung, entgegen allen Beteuerungen, nicht möglich war.
- 66 Eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist gutzuheissen. BeveSana hat das Vertrauensverhältnis zerstört und eine weitere Zusammenarbeit für Distribujet unzumutbar gemacht. Die Kündigung war demzufolge gerechtfertigt.

5.5 Kündigungsfolgen

- 67 Distribujet hat am 30. April 2008 per eingeschriebenen Brief die ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 13 (1) Distributionsvertrag ausgesprochen. Da die fristlose Kündigung gerechtfertigt und auf das unhaltbare und vertragswidrige Verhalten von BeveSana zurückzuführen war, hat sie Distribujet für den aus der vorzeitigen Vertragsauflösung entstandenen Schaden vollumfänglich zu entschädigen. Zudem ist der entgangene Gewinn gemäss Art. 14 (3) Distributionsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (30. November 2008) zu ersetzen.

5.6 Eventualiter einseitige Vertragsauflösung wegen Grundlagenirrtums

- 68 Sollte das Gericht die ausserordentliche Kündigung nicht gutheissen, beruft sich Distribujet auf den Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, um den Vertrag aufzuheben. Dieser hat die einseitige Unverbindlichkeit zur Folge (GAUCH/SCHLUEP, N 775) und kommt einer ausserordentlichen Kündigung im Ergebnis gleich. Hierfür müssen die Erfordernisse eines qualifizierten Motivirrtums bejaht werden können.

5.6.1 Subjektive und objektive Voraussetzungen sowie Erkennbarkeit

- 69 Das Erfordernis der Subjektivität verlangt, dass der Irrende einen bestimmten Sachverhalt als Vertragsgrundlage ansieht (KOLLER, Der Irrtum, Rz. 10). Für Distribujet war eine *conditio sine qua non* des Vertragsschlusses, dass die Beklagte der Klägerin im Falle von Parallelimporten die nötige Unterstützung zukommen lässt und Distribujet dieses Problem nicht allein bewältigen muss.
- 70 Auch eine objektive Betrachtung führt zu diesem Schluss (zur objektiven Betrachtung siehe GAUCH/SCHLUEP, N 783). Mit dem Alleinvertrieb kann der Lieferant das Absatzrisiko auf den Abnehmer abwälzen. Ein solches Risiko wird nur übernommen, wenn von einer konstruktiven Zusammenarbeit ausgegangen werden kann. Distribujet hielt die Unterstützung von BeveSana im Kampf gegen Parallelimporte für sicher. Auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durfte Distribujet hiervon ausgehen. Mit der Ausgestaltung des Alleinvertriebsvertrags als Dauerschuldverhältnis wurde ein erhöhtes Vertrauen begründet, was gegenseitigen Beistand mit einschliesst.
- 71 Schliesslich muss der Irrtum für die Gegenpartei erkennbar sein (BGE 118 II 297, 300). In Anbetracht der einseitigen Risikoverlagerung des Warenvertriebs hätte BeveSana erkennen müssen, dass Distribujet von solch einer Hilfeleistung ausging.

5.6.2 Folgen des Grundlagenirrtums

- 72 Die Wirkung zeigt sich in der einseitigen Unverbindlichkeit für Distribujet. Voraussetzung ist, dass der Kläger den Grundlagenirrtum innerhalb Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR selbst geltend macht. Da Distribujet bis zum jetzigen Zeitpunkt davon ausgeht, dass die Unterstützungspflicht Vertragsinhalt bildet, tritt der Irrtum erst mit einer gerichtlichen Verneinung der Unterstützungspflicht in Erscheinung, womit die Frist erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Da ein möglicher Irrtum nicht der Fahrlässigkeit von Distribujet nach Art. 26 Abs. 1 OR zuzuschreiben ist, kann die Beklagte keine Schadenersatzansprüche erheben.
- 73 Aus den dargelegten Gründen war die Auflösung des Distributionsvertrags am 30. April 2008 in jedem Fall gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergibt sich entweder aus der Zulässigkeit der fristlosen Kündigung oder aus den Rechtsfolgen eines Grundlagenirrtums.

6. Rückerstattung der Kosten für die Radiowerbung 2008

74 Distribujet hat die Kosten für die Radiowerbung durch Zahlung an die Radiosender vollständig beglichen. Gemäss Distributionsvertrag muss BeveSana diese Kosten übernehmen. Die Klägerin hat deshalb Anspruch auf vollumfängliche Rückerstattung zuzüglich Zins zu 5% p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR).

6.1 Rückerstattung der Kosten vom 1.1.08 bis 30.4.08

75 Wie in Rz. 39 ff. dargelegt, hat Distribujet die Forderung über EUR 80'900.- (Marketingrechnung des 1. Quartals) bereits am 21. April 2008 verrechnet. Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, die Verrechnung sei unzulässig gewesen, besteht diese Forderung nebst Zins seit dem 14. April 2008 zu 5% p.a. selbstverständlich weiterhin.

76 Da es sich beim Alleinvertriebsvertrag um einen Innominatkontrakt handelt, finden Normen aus dem Besonderen Teil des Obligationenrechts, soweit passend, analoge Anwendung (HUGUENIN, OR BT, N 1330). Beim Auftrag steht die Pflicht des Beauftragten, das ihm übertragene Geschäft vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 OR) der Pflicht des Auftraggebers, die dadurch entstandenen Auflagen zu ersetzen (Art. 402 OR), gegenüber. Gemäss Distributionsvertrag hatte sich Distribujet um die Radiowerbung zu kümmern, die Auslagen wurden jedoch von BeveSana übernommen. Für Probleme, die im Zusammenhang mit dem Auslagenersatz für Radiowerbung entstanden, können somit Art. 394 ff. OR analoge Anwendung finden. Gemäss Art. 402 OR ist der Auftraggeber schuldig, dem Beauftragten die Auslagen, die dieser in richtiger Ausführung seines Auftrages gemacht hat, zu ersetzen.

77 Bis zum 30. April 2008 wurde die gebuchte Radiowerbung, wie durch BeveSana und Distribujet vereinbart, genutzt. Da Distribujet das übertragene Geschäft vertragsgemäss besorgt hat, ist sie für diesen Zeitraum zu Auslagenersatz berechtigt.

6.2 Rückerstattung der Kosten vom 1.5.08 bis 31.12.08

78 Gemäss Art. 6 Distributionsvertrag übernimmt BeveSana die Marketingkosten von Distribujet. Aus diesem Grund wurde jeweils im Vorjahr ein Budget für die gesamten Werbekosten des folgenden Jahres, welche vollumfänglich von BeveSana zu tragen waren, vereinbart. BeveSana wäre durchaus berechtigt gewesen, Bedingungen zu stellen. Sie hätte Distribujet dazu anhalten können, die Werbezeit jeweils nur quartalsweise zu buchen. Weiter wäre es möglich gewesen, die Bewilligung der Kosten vom Fortbestand des Distributionsvertrags abhängig zu machen. Dies hat die Beklagte unterlassen. Die Klägerin verhielt sich daher vertragskonform,

als sie die Radiowerbung für das ganze Jahr gebucht hat. BeveSana erachtete es als vernünftig, Marketingaufwendungen jeweils über den Zeitraum eines ganzen Jahres zu planen. Nach Treu und Glauben war es deshalb genauso vernünftig und ganz im Sinne BeveSanas, dass Distribujet mit dem Radiosender ebenfalls über ein Jahr hinaus plante. Die Beklagte hat die Kosten zuzüglich 5% Zins p.a. trotz Beendigung des Vertragsverhältnisses bis Ende Jahr zurückzuerstatten.

- 79 Ginge das Schiedsgericht davon aus, der Vertrag zwischen der Klägerin und den Radiosendern sei zu Unrecht für das gesamte Jahr 2008 geschlossen worden, ist Folgendes zu berücksichtigen: Art. 7 (1) Distributionsvertrag bestimmt, dass dieser für einen unbestimmten Zeitraum eingegangen wird. Eine ordentliche Kündigung ist unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats möglich. Eine solche wäre ab dem Zeitpunkt der berechtigten ausserordentlichen Kündigung seitens der Klägerin frühestens auf Ende Oktober 2008 möglich gewesen. Die ausserordentliche Kündigung war von Distribujet weder vorgesehen noch gewollt. In Anbetracht des vertragsbrüchigen Verhaltens BeveSanas, welches das Vertrauensverhältnis komplett zerstört und ein Fortführen des Vertrags unzumutbar gemacht hatte, blieb jedoch keine andere Möglichkeit mehr übrig. Dementsprechend durfte die Klägerin vor dem 30. April 2008 davon ausgehen, sie hätte die Radiowerbung zumindest noch ein weiteres halbes Jahr zu buchen. Schliesslich sei anzufügen, dass bei einem Dauerschuldverhältnis die Planung der Werbung mindestens bis zum nächsten zulässigen ordentlichen Kündigungstermin möglich sein muss. Bis zum erstmöglichen Zeitpunkt einer ordentlichen Kündigung sind die Auslagen der Klägerin deshalb aus Art. 402 Abs. 1 OR analog zu ersetzen, da sie diese in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat.
- 80 Die Beklagte könnte nun vorbringen, der Auftrag sei zur Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR gekündigt worden. Distribujet wäre dann zum Ersatze des verursachten Schadens verpflichtet. Unzeit liegt vor, wenn eine Partei ohne sachliche Rechtfertigung und in einem ungünstigen Moment der anderen Partei durch die Auflösung besondere Nachteile zufügt (BGE 110 II 380, 383; 106 II 157, 160). Die ausserordentliche Kündigung des Alleinvertriebsvertrags, welcher auch den Auftrag zur Buchung der Radiowerbung beinhaltet, war gerechtfertigt und erfolgte aufgrund sachlicher Gründe (Rz. 50 ff.). Art. 404 Abs. 2 OR ist deshalb nicht anwendbar.
- 81 Schliesslich sind auch die Kosten für die Monate November und Dezember 2008 zurückzuerstatten. Die Buchung der Radiowerbung en bloc lag im Interesse BeveSanas, da sie die Kosten trug und alleine von den Volumenrabatten profitierte. Hingegen war die Buchung für das ganze Jahr nur nützlich, nicht aber notwendig. Für die Monate November und Dezember 2008

liegt somit eine echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Bei dieser erfolgt die Rückerstattung von im Interesse des Geschäftsherrn getätigten Auslagen nach Art. 62 ff. OR (HUGUENIN, OR BT, N 853 ff.). Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Gemäss Abs. 2 tritt diese Wirkung insbesondere dann ein, wenn jemand aus einem nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat. Die Bereicherung kann auch in einer Nichtverminderung des Vermögens bestehen (BGE 129 III 646, 652, 655). Es ist davon auszugehen, dass BeveSana in Deutschland weiterhin für ihre Produkte werben will. Indem die Werbung für die Monate November und Dezember 2008 bereits gebucht und bezahlt wurde, ist die Beklagte in der Ersparnis von Ausgaben bereichert. Distribujet hatte diese Werbung bereits Ende 2007 gebucht und war deshalb ab diesem Zeitpunkt durch Vermehrung der Passiven entreichert. Eine Vermehrung der Aktiven besteht indessen nicht, da Distribujet keine weitere Verwendung für die gebuchte Werbezeit hat. Im Zeitpunkt der verbindlichen und unwiderruflichen Buchung bestand der Rechtsgrund aus dem Distributionsvertrag. Dieser ist nachträglich weggefallen (Kündigung vom 30. April 2008). Aus diesen Ausführungen folgt, dass BeveSana die Werbekosten auch für die Monate November und Dezember 2008 zurückzuerstatten hat.

82 Sollte das Gericht dieser Ansicht wider Erwarten nicht folgen, müssen zumindest die erhaltenen Volumenrabatte der Klägerin zurückerstattet werden.

83 Aus den dargelegten Gründen sind der Klägerin die Werbekosten für die Monate April bis Dezember 2008 zuzüglich 5% Zins p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR) vollumfänglich zurückzuerstatten. War die Verrechnung unzulässig, gilt dies für die gesamten Werbekosten für das Jahr 2008.

Aus all diesen Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission, um Gutheissung der eingangs erwähnten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 4