

Moot Court Team 6

Cynthia Franel

Josefina Halbeisen

Sarah Schulthess

Seraina Steinhauer

Klageschrift

in Sachen

Distribujet GmbH, Nikolaigraben 15, 02826 Görlitz, Deutschland

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

BeveSana AG, Berner Strasse 5, 8953 Dietikon, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

Forderung

stellen wir namens und im Auftrag unserer Mandantin folgende

RECHTSBEGEHREN

1. *Es sei das Fehlen einer rechtsgültigen Vermögensübernahme durch die Bibite AG festzustellen.*
2. *Es sei die Verletzung des ausschliesslichen Alleinvertriebsrechts durch die Beklagte festzustellen.*
3. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in einem vom Schiedsgericht festzusetzenden Betrag Schadenersatz für entgangenen Gewinn wegen Parallelimporten bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unter dem DV (30. November 2008), mindestens aber € 10'000'000.- zu bezahlen.*
4. *Es sei die Verletzung der Lieferverpflichtung durch die Beklagte festzustellen.*
5. *Es sei die Rechtmässigkeit der Kündigung aus wichtigem Grund festzustellen.*
6. *Es sei die Beklagte zum Ersatz für entstandene Marketingkosten im Jahre 2008 im Gesamtbetrag von € 260'900.- zzgl. Zins zu 5% auf*
 - *€ 80'900.- seit 14. April 2008 (Quartalrechnung 1 [Jan.-März]);*
 - *€ 60'000.- seit 6. Juni 2008 (Quartalrechnung 2 [April-Juni]);*
 - *€ 60'000.- seit 5. August 2008 (Quartalrechnung 3 [Juli-September]);*
 - *€ 60'000.- seit 23. Oktober 2008 (Quartalrechnung 4 [Oktober-Dezember]);*
*[davon € 180'000 (April-Dez) für Ersatz der nach Kündigung entstandenen Marketingkosten; und € 80'900 für Quartalrechnung 1]**zu verpflichten.*
7. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis.....	III
Entscheidverzeichnis.....	III
<i>Bundesgerichtsentscheide</i>	<i>III</i>
<i>Entscheide des Bundesgerichtshofes.....</i>	<i>III</i>
Abkürzungsverzeichnis	III
A. Zuständigkeit	3
I. <i>Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der klägerischen Ansprüche</i>	<i>3</i>
II. <i>Verfahrensrecht</i>	<i>3</i>
III. <i>Auf die Sache anwendbares Recht.....</i>	<i>3</i>
IV. <i>Zustandekommen und Gültigkeit der Schiedsklausel.....</i>	<i>3</i>
V. <i>Übergang der Schiedsklausel durch Übernahmevertrag?</i>	<i>3</i>
B. Passivlegitimation	3
I. <i>Vertragsübernahme nach Art. 181 OR?.....</i>	<i>3</i>
1. <i>Sachliche Erwägungen.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Materielle Erwägungen.....</i>	<i>3</i>
II. <i>Alternative Argumentation bei Annahme eines Vermögensübergangs durch das Gericht</i>	<i>3</i>
1. <i>Sachliche Erwägungen.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Materielle Erwägungen.....</i>	<i>3</i>
C. Verletzung der Exklusivität.....	3
D. Verletzung der Lieferpflichten/ vertragswidriges Verlangen von Vorauszahlungen.....	3
I. <i>Vorauszahlungen für die Bestellungen vom 13. u. 20. April 2008</i>	<i>3</i>
II. <i>Vorauszahlungen für weitere Bestellungen/ Lieferungen</i>	<i>3</i>
E. Kündigung aus wichtigem Grund	3
I. <i>Recht auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grund analog zum Agenturvertrag.....</i>	<i>3</i>
II. <i>„Wichtiger Grund“.....</i>	<i>3</i>
III. <i>Vertraglich geregelte „wichtige Gründe“</i>	<i>3</i>
1. <i>Verletzung der Lieferungspflicht.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Pendente Lieferungen</i>	<i>3</i>
3. <i>Verletzung der Exklusivität</i>	<i>3</i>
IV. <i>Form der Kündigung</i>	<i>3</i>
V. <i>Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung</i>	<i>3</i>
VI. <i>Fazit.....</i>	<i>3</i>
F. Ersatz der Marketingkosten	3
I. <i>Sachverhalt und Problemkreise</i>	<i>3</i>
II. <i>Materielles</i>	<i>3</i>
G. Schlussfazit	3
Nachwort.....	3

LITERATURVERZEICHNIS

- BEER, BRUNO/* Schweizer Vertriebsrecht- Ein Handbuch für Praktiker,
BURKHART FABIAN/ Zürich, 2008
DUCREY PATRIK/ (zit. VERTRIEBSRECHT)
KRAMER ERNST/ KULL MICHAEL [Verweis: N 45, 48, 49, 54, 57, 58]
(HRSG)/ WILDHABER CHRIS-
TOPH(HRSG)/
WILLI CHRISTOPH
- BERETTA PIERA* Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 98. Jahrgang 2002, Zürich
(zit. BERETTA)
[Verweis: N 29]
- Kommentar zu Art. 69-77 FusG
In: VISCHER FRANK UND VISCHER ANWÄLTE UND NOTAR,
Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004
(zit. ZK FUSG, BERETTA)
[Verweis: N 25]
- BOTSCHAFT ZUM BUNDESGESETZ* (zit. BOTSCHAFT FUSG)
ÜBER FUSION, SPALTUNG, UM- [Verweis: N 14, 15, 25, 29]
WANDLUNG UND VERMÖGENSÜBER-
TRAGUNG, JUNI 2000
- CREUTZIG SUSANNE* Investitionsersatzanspruch des Vertragshändlers: Vergessen, obwohl existenznotwendig?“, NJW 2002, S. 3430 ff.
(zit. CREUTZIG)
[Verweis: N 102]
- EHRAT FELIX R./ PFIFFNER DANIEL* Kommentar zu Art. 176 IPRG
C. In: *HONSELL Heinrich/ VOGT Peter Nedim/ SCHNYDER Anton K./ BERTY Stephen V. (Hrsg.)*, Internationales Privatrecht (Basler Kommentar), 2. Auflage Basel 2007
(zit. BSK IPRG, EHRAT/PFIFFNER)
[Verweis: N 3]

- EHRAT FELIX R./WIDMER MARKUS* Kommentar zu Art. 75 FusG
In: *HONSELL Heinrich/ VOGT Nedim Peter/ WIEGAND Wolfgang*, Obligationenrecht Art. 1-529 OR (Basler Kommentar), 4. Auflage Basel 2007
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage Zürich 2008
(zit. GAUCH)
[Verweis: N 31, 33, 39, 40]
- HARTMANN JÜRGE.* Vertriebsverträge im internationalen Kontext: Alleinvertriebsvertrag und verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts, Zürich 2007
- HARTMANN JÜRGE./ EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNAHRD F.* Der Alleinvertriebsvertrag: Ein Praktikerleitfaden mit Checklisten für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2. Auflage St. Gallen 1995
(zit. EGLI)
[Verweis: N 76]
- HERZOG NICOLAS* Kommentar zu Art.20 OR
In: *HONSELL HEINRICH* Obligationenrecht Art. 1-529 OR: Kurzkomentar, Basel 2008
(zit. KURZKOMMENTAR-HERZOG)
[Verweis: N 18, 19]
- HONSELL HEINRICH* Kommentar zu Art. 2 und 14 ZGB
In: *HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ GEISER THOMAS (Hrsg.)*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2002

(zit: BSK ZGB I, HONSELL)

[Verweis: N 67]

HUBER MARKUS

Der Alleinvertrags Händler, Dissertation, Basel, 1979

HUGUENIN CLAIRE

Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete

Auflage, Zürich, 2008

(zit. HUGUENIN)

[Verweis: N 80]

LARDI DANIELE/VANOTTI MASSIMO

Kommentar zu Art. 111 OR

In: *HONSELL HEINRICH* Obligationenrecht Art. 1-529 OR:
Kurzkomentar, Basel 2008

(zit. KURZKOMMENTAR-LARDI/VANOTTI)

[Verweis: N 55]

*MAIER HANS JAKOB/MEYER-
MARSILIUS HANS JOACHIM*

Alleinvertriebs-Vertrag zwischen Lieferanten in der
Schweiz und Abnehmer in Deutschland, 3. vollst. über-
arb. Auflage, 1985

MALACRIDA RALPH

Kommentar zu Art 69 bis 74 FusG

In: *HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND
WOLFGANG*, Obligationenrecht Art. 1-529 OR (Basler
Kommentar), 4. Auflage Basel 2007

MEYER ALEXANDER CHRISTIAN

Der Alleinvertrieb, St.Gallen 1990

(zit. ALLEINVERTRIEB)

[Verweis: N 54]

MORSCHER LUKAS

Gegenstand und Begriffe, Art. 1 FusG

In: *HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND
WOLFGANG*, Obligationenrecht Art. 1-529 OR (Basler
Kommentar), 4. Auflage Basel 2007

PAETZOLD VERONIKA

Alleinvertriebsvertrag Deutschland-Schweiz, 2. Auflage
Zürich 2006

(zit. PAETZOLD)

[Verweis: N 75, 76, 81, 85, 89, 91, 92]

- RIEDWEG PETER/GRÜNBLATT DIETER* Kommentar zu Teil 1 vor Art. 69 FusG
In: *HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG*, Obligationenrecht Art. 1-529 OR (Basler Kommentar), 4. Auflage Basel 2007
- SCHNYDER/GROLIMUND* Kommentar zu Art. 1 IPRG
In: *HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/SCHNYDER ANTON K./BERTY STEPHEN V.* (Hrsg.) Internationales Privatrecht (Basler Kommentar), 2. Auflage Basel 2007
(zit. BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND)
[VERWEIS: N 2]
- SCHULTZE JÖRG-MARTIN/WAUSCHKUH N ULF/SPENNER KATHARINA/DAU CARSTEN* Der Vertragshändlervertrag, 4. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main
(zit. SCHULTZE)
[Verweis: N 64, 96, 101]
- SCHUMACHER RETO T.* Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005
(zit. SCHUMACHER)
[Verweis: N 21, 25]
- TSCHÄNI RUDOLF* Kommentar zu Art. 181 OR
In: *HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG*, Obligationenrecht Art. 1-529 OR (Basler Kommentar), 4. Auflage Basel 2007
(zit. BSK OR, TSCHÄNI)
[Verweis: N 14, 15, 17]
- ULMER PETER* Der Vertragshändler, München, 1969
(zit. ULMER)
[Verweis: N 50]
- VISCHER FRANK* Einleitung in: *VISCHER FRANK UND VISCHER ANWÄLTE UND NOTAR*, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz,

Zürich 2004
(zit. ZK FUSG, VISCHER)
[Verweis: N 34]

*VOGEL ALEXANDER/ HEIZ CHRIS-
TOPH/ BEHNISCH URS R.*

Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung,
Umwandlung und Vermögensübertragung: Fusionsgesetz
artikelweise kommentiert, Änderungen bisherigen
Rechts, Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerver-
waltung, Zürich 2005

*VON DER CRONE HANS CASPAR [ET
AL.]*

Das Fusionsgesetz, 1. Auflage Zürich 2004

WALTER GERHARD

Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Auflage
Bern 2007
(zit. WALTER)
[Verweis: N 5]

*WEBER ROLF/
VLCEK MICHAEL*

Kommentar zu Art.418ff. OR
In: *HONSELL HEINRICH* Obligationenrecht Art. 1-529 OR:
Kurzkomentar, Basel 2008
(zit. KURZKOMMENTAR-WEBER/VLCEK)
[Verweis: N 61]

ENTSCHEIDVERZEICHNIS

BUNDESGERICHTSENTSCHEIDE

BGE 72 II 19

BGE 78 II 33

BGE 82 II 238

BGE 89 II 30

BGE 93 II 18

BGE 108 Ib 440

BGE 109 II 99

BGE 110 II 141

BGE 113 II 49

BGE 115 II 415

BGE 116 Ia 56

BGE 119 II 380

BGE 122 III 66

BGE 129 III 675

ENTSCHEIDE DES BUNDESGERICHTSHOFES

BGH BB 1959

BGH BB 1978, 982

BGH DB 1972, 1822

BGH NJW 1994, 1062

BGH WM 1972, 464

BGH WM 1982, 429

BGH VIII ZR 251/06

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGH	Bundesgerichtshof
Bibite	Bibite AG
Bsp.	Beispiel
bspw.	Beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
CISG	United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.221.1)
Dez.	Dezember
d.h.	das heisst
DV	Distributionsvertrag zwischen BeveSana AG und Distribujet GmbH vom 3. Juli 2004 (K-1)
€	Euro
EA	Einleitungsanzeige vom 9. Juni 2008
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
ggü.	gegenüber
HaagerÜ	Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4)
i.c.	in casu
Jan.	Januar
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera

LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
Mio.	Million
N	Randnummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per anno
PLL	PLL Beer S.A.
S.	Seite
SchO	Schiedsgerichtsordnung des internationalen Schiedsgerichtshofes gültig seit dem 1. Januar 1998
SEF	Sachverhaltsergänzungsfrage
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der schweizerischen Handelskammern
u.	und
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zzgl.	zuzüglich

A. ZUSTÄNDIGKEIT

I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der klägerischen Ansprüche

- 1 Die Zuständigkeit der Zürcher Handelskammer als Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
- 2 Aufgrund der Internationalität des Sachverhalts (Deutschland-Schweiz) gelangt das IPRG zur Anwendung (BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND, Art. 1 N 2). Wegen des in Art. 1 Abs. 2 IPRG statuierten Vorbehalts zugunsten von Staatsverträgen ist zunächst zu prüfen, ob i.c. ein auf den Sachverhalt anwendbarer Staatsvertrag vorliegt. In Frage kommt namentlich das LugÜ; dessen Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 schliesst die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit jedoch aus. Auch das CISG ist vorliegend nicht anwendbar, da es durch die Parteien vertraglich ausgeschlossen wurde (vgl. K-1, 19[1]). Das HaagerÜ ist nicht anwendbar, da Deutschland nicht Vertragspartei ist. Weitere Staatsverträge sind nicht ersichtlich.
- 3 Folglich ist auf das IPRG selbst abzustellen. Dessen Kapitel 12 (Art. 176-194 IPRG), welches die internationale Schiedsgerichtsbarkeit regelt, ist anwendbar, da alle in Art. 176 IPRG statuierten Voraussetzungen in *funktionaler* (Vereinbarung eines *Schiedsgerichts*), *räumlicher* (Sitz des Schiedsgerichts in ZH und somit in der *Schweiz*; Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt wenigstens einer Partei, i.c. der Klägerin, bei Abschluss der Schiedsvereinbarung wie erforderlich *nicht in der Schweiz* (sondern in Deutschland)) und *sachlicher* (keine formelgültige *Ausschlussvereinbarung* i.S.v. Art. 176 Abs. 2) Hinsicht erfüllt sind (BSK IPRG-EHRAT/PFIFFNER, Art. 176 N 2 i.V.m. N 8).
- 4 Auch die objektive und die subjektive Schiedsfähigkeit gemäss Art. 177 IPRG sind i.c. gegeben, da mit der Geltendmachung von Schadenersatz aus entgangenem Gewinn und Ersatz für Marketingkosten ein vermögensrechtlicher Anspruch i.S.v. Abs. 1 vorliegt und auch die Parteifähigkeit auf beiden Seiten gegeben ist.

II. Verfahrensrecht

- 5 Die Parteien haben von der Möglichkeit gemäss Art. 182 IPRG, das Verfahren durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Ordnung zu regeln, Gebrauch gemacht, indem sie im DV die Swiss Rules (K-1, 19 [2]) für anwendbar erklärten (WALTER, § 13 II N4). Bezüglich der Swiss Rules ist festzuhalten, dass deren Anwendungsbereich gemäss Art. 1 eröffnet ist und alle Voraussetzungen bzgl. Art. 3 Swiss Rules von der Klägerin erfüllt wurden (vgl. 8-10 EA)

III. Auf die Sache anwendbares Recht

- 6 Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. Vorliegend haben die Parteien schweizeri-

sches Recht für anwendbar erklärt (19 [1] DV). Folglich hat das Schiedsgericht die Streit-sache nach schweizerischem Recht zu entscheiden.

IV. Zustandekommen und Gültigkeit der Schiedsklausel

- 7 Die Gültigkeit der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Schiedsklausel beurteilt sich gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG nach der *lex causae*, i.c. also nach dem durch die Parteien vereinbarten schweizerischen Recht. Sowohl die Gültigkeit des Hauptvertrags, in welchem die Schiedsklausel enthalten ist, als auch jene der Schiedsklausel beurteilt sich daher nach schweizerischem Obligationenrecht (BGE 129 III 675, E 2.3). Da aus dem SV weder Mängel bzgl. des Vertragsschlusses noch bzgl. der Schiedsvereinbarung ersichtlich sind, ist von der Gültigkeit sowohl des Vertrages selbst als auch der Schiedsklausel auszu-gehen.

V. Übergang der Schiedsklausel durch Übernahmevertrag?

- 8 Fraglich ist, ob die Schiedsklausel – wie von der Beklagten behauptet - durch Vermögens-übernahme oder aber aufgrund anderer Einflüsse aufgehoben wurde. Die vorherrschende Problematik ergibt sich aus der fraglichen Passivlegitimation der jeweiligen Parteien.
- 9 Da eine Vertragsübernahme durch Bibite auf Klägersseite bestritten wird, erübrigt sich die Frage des Übergangs der Schiedsklausel: Ist der Vertrag nicht übergegangen, dann genau-so wenig die darin enthaltene Schiedsklausel. Die Schiedsklausel zwischen der Beklagten und der Klägerin ist folglich nach wie vor gültig.
- 10 Sollte das Gericht wider Erwartung jedoch von einer gültigen Vertragsübernahme ausgehen, ist zugunsten der Gültigkeit der Schiedsklausel zwischen der Beklagten und der Klä-gerin folgende Argumentation zu beachten:
- 11 Gemäss Parteivereinbarung sind Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem DV durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schiedsordnung der Schweizer-ischen Handelskammer zu entscheiden (K-1, 19 [2]). Bei der vorliegenden Streitigkeit han-delt es sich zweifelsfrei um Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem DV, da na-mentlich auch die Frage, ob eine gültige Übernahme stattgefunden hat und das Vertrags-verhältnis auf die Bibite übergegangen ist, gerade diese Erfordernisse erfüllt. Gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG stellt die Schiedsvereinbarung eine autonome Klausel dar. Dies bedeutet, dass sie auf alle Streitigkeiten aus dem AV anzuwenden ist. Die Schiedsvereinbarung ist auch nicht dadurch ausser Kraft zu setzen, dass der Bestand des Hauptvertrages bestritten wird (BGE 119 II 380 E.4). Diese Regelung erlangt auch insbesondere in jenem Fall Gel-tung, wo sie auf Streitigkeiten aus einer Vertragsauflösung anzuwenden ist (BGE 116 Ia 59). I.c. ist genau dies der Fall. Der Vertragsübergang würde quasi eine Vertragsauflösung zwischen der Beklagten und der Klägerin bewirken.
- 12 Ob ein Vertragsübergang stattgefunden hat, ist - wie bereits erwähnt - fraglich (und aus Sicht der Klägerin zu verneinen).

- 13 Es ist somit festzuhalten, dass die Schiedsklausel - auch abgesehen von der Argumentation, eine gültige Vertragsübernahme habe nicht stattgefunden - nicht aufgehoben wurde, da sich im Zusammenhang mit der Vertragsübernahme ein Streitpunkt aus Vertrag ergibt und die Schiedsklausel auf diesen Vertrag anwendbar ist.

B. PASSIVLEGITIMATION

I. Vertragsübernahme nach Art. 181 OR?

1. Sachliche Erwägungen

- 14 Fraglich ist, ob die Beklagte aufgrund der Vermögensübertragung durch die Beklagte auf Bibite passivlegitimiert ist. I.c. wurde der ÜV auf Art. 181 OR abgestellt (B-1). Zu prüfen ist, ob die Vermögensübertragung aufgrund von Art. 181 OR rechtmässig erfolgt ist. Nach Art. 181 Abs. 4 OR hat eine Vermögensübertragung einer AG auf eine andere AG seit dem 1. Juli 2004 nach dem neuen FusG zu erfolgen. Demnach verweist das OR auf das neue Fusionsgesetz. Art. 181 OR findet auf AGs keine Anwendung mehr (BSK OR, TSCHÄNI, Art. 181 N 5). Vielmehr ist laut Botschaft die Verweisung und somit auch die Anwendung des FusG auf ins HR eingetragene Rechtsträger zwingend (BOTSCHAFT FusG, S. 4492).
- 15 Das Abstellen auf Art. 181 OR ist heute nur noch bei Singularsukzession zulässig, da diese im FusG nicht geregelt ist, und daher weiterhin die OR-Bestimmungen Anwendung finden (BSK OR, TSCHÄNI, Art. 181 N 6). Hingegen soll die Vermögensübertragung die Veräusserung eines ganzen Unternehmensteils oder einer grosser Anzahl von Vermögenswerten erleichtern, da diese nicht mehr einzeln übertragen werden müssen (Art. 69 FusG, BOTSCHAFT FUSG, S. 4362). Als Voraussetzungen für eine gültige Vermögensübertragung sieht das Gesetz einen ÜV nach Art. 71 FusG und die Eintragung im HR (Art. 73 FusG) vor.

2. Materielle Erwägungen

- 16 Bei der Beklagten handelt es sich um eine im HR eingetragene AG (SEF 4). Folglich ist auf sie das neue FusG anwendbar. Der vorliegende ÜV sollte die Übernahme mehrerer Aktiven, Passiven sowie diverser Vertragsverhältnisse bewirken (B-1). Dabei sollten die Regelungen von Art. 181 OR zum Zuge kommen. Dessen Abs. 4 verweist aber auf das am 1.7.04 in Kraft getretene FusG. Da der ÜV auf den 25.5.05 datiert ist, fällt er offensichtlich in den Anwendungszeitraum des neuen FusG.
- 17 Ein Vorgehen nach Art. 181 OR wäre auch trotz allfälliger Bejahung der Anwendbarkeit nicht zulässig gewesen, da diese Bestimmung lediglich die Universalsukzession der Passiven ermöglicht (BSK OR, TSCHÄNI, Art. 181 N 1; BGE 115 II 418), während die Übertragung der Aktiven nach den hierfür geltenden Regeln erfolgen müsste. Aus 2.2.1. ÜV (B-1) ist jedoch ersichtlich, dass die Aktiven und Passiven in einem und demselben Schritt übertragen wurden, was nach der Rechtssprechung des BGers nicht zulässig ist (BGE 108 Ib 447 sowie BGE 109 II 101).

- 18 Fraglich ist, welche Konsequenzen das unzulässige Vorgehen nach Art. 181 OR hat. Der Vertrag ist nach Art. 20 OR dahingehend zu überprüfen, ob ein so wesentlicher Mangel vorliegt, dass von der Nichtigkeit des Vertrages ausgegangen werden muss. Ein Vertrag ist erst dann in Gänze nichtig, wenn er eine qualifizierte Unmöglichkeit aufweist (KURZKOMMENTAR-HERZOG Art. 20 OR N1). Beim fraglichen ÜV wäre es unnötig hart, wenn gänzliche Nichtigkeit bejaht würde. Einerseits betrifft die Unmöglichkeit lediglich einen Teil des Vertrages, andererseits haben die Parteien sogar eine Anpassungsklausel in den Vertrag aufgenommen (7.1.1 von B-1). Es erscheint daher dem Parteiwillen zuträglicher, lediglich eine Teilnichtigkeit anzunehmen, da davon ausgegangen werden darf, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (KURZKOMMENTAR-HERZOG Art. 20 OR N14).
- 19 In Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip darf darauf abgestellt werden, dass die Parteien durch die Anpassungsklausel eine Nichtigkeit des Vertrages unter allen Umständen vermeiden wollten. Unter diesen Voraussetzungen ist von einer modifizierten Teilnichtigkeit auszugehen, welche darin gründet, dass der fragliche Vertragsteil ab Vertragsschluss durch die korrekte Norm zu ersetzen ist (KURZKOMMENTAR-HERZOG Art. 20 OR N17).
- 20 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Übernahme aufgrund des Vertrages (B-1) nicht nach Art. 181 OR, sondern nach FusG stattgefunden hat.
- 21 Weiterhin ist zu untersuchen, welche Form der Übertragung vorliegt. Die Vermögensübertragung charakterisiert sich durch folgende fünf Punkte: Vorliegen eines ÜVs, Übertragung eines Vermögensteiles oder Vermögens, Vollzug der Übertragung mittels partieller Universalsukzession, Vorliegen einer Gegenleistung und Weiterbestand des übertragenden Rechtsträgers (SCHUMACHER, S.5 f.) Die aufgezählten Merkmale sind i.c. eindeutig erfüllt, weshalb sich eine nähere Erörterung erübrigt.
- 22 Wie dargelegt, ist die Gültigkeit des Vermögensüberganges zwischen der Beklagten und Bibite im Lichte des FusG zu prüfen. Die Gültigkeit der Vermögensübertragung hängt von zwei Voraussetzungen ab: einerseits einem gültigen ÜV und andererseits der Eintragung ins HR (Art. 71 FusG).
- 23 Der ÜV der Parteien erfüllt alle im Gesetz vorgeschriebenen Gültigkeitsvoraussetzungen. So enthält er die Auflistung der Vertragsparteien, die Gegenleistung für die Übernahme sowie die Aktiven und Passiven. Diese sind aufgrund fehlender Übernahmebilanz i.c. nicht ersichtlich, jedoch kann davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Aktiven bzw. Passiven klar daraus hervorgehen. Die Voraussetzung des Aktivenüberschusses bei der übertragenden Partei wird aufgrund fehlender Angaben als erfüllt betrachtet.
- 24 Festzuhalten ist somit, dass der ÜV allen gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. Auch wurde der Vertrag von den dazu berechtigten Personen unterzeichnet, weshalb auch dieser Aspekt der Prüfung standhält (SEF 5).

- 25 Die in Art. 73 FusG vorgeschriebene Eintragung ins Handelsregister als zweite Voraussetzung für die Gültigkeit der Vermögensübertragung hat konstitutive Wirkung und ist unumgänglich für die Gültigkeit der Vermögensübertragung (ZK FUSG, BERETTA, Art. 73 FusG, N7). Erst mit Eintragung werden die betroffenen Aktiven und Passiven übertragen (Schumacher, S.114). Laut Botschaft ist der Eintrag im HR gar unabdingbar (BOTSCHAFT FusG, S. 4464).
- 26 Eine solche Eintragung hat vorliegend aber *nie* stattgefunden (SEF 4). Ergo ist der ÜV nie in Rechtswirksamkeit erwachsen, der AV wurde nicht auf Bibite übertragen und die Beklagte ist weiterhin passivlegitimiert.
- 27 Ein Nachholen des Eintrags im HR durch die Übertragungspartei wäre denkbar, ändert aber nichts an der Passivlegitimation der Beklagten. Da die Rechtswirksamkeit erst ab Eintragungszeitpunkt besteht, sind alle streitigen Forderungen zeitlich vor der rechtskräftigen Übertragung zu platzieren, weshalb Art. 75 FusG zum Zuge kommt. Dieser statuiert eine Solidarhaftung des Übertragenden für drei Jahre ab Publikation im HR. Es ist klar ersichtlich, dass diese dreijährige Frist bei einer jetzt nachgeholt Eintragung ins HR noch gewahrt ist und die Beklagte somit auch in diesem Fall passivlegitimiert ist.
- 28 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte aufgrund fehlender Rechtswirksamkeit des ÜVs passivlegitimiert ist.

II. Alternative Argumentation bei Annahme eines Vermögensübergangs durch das Gericht

1. Sachliche Erwägungen

- 29 Mit dem FusG wurden neue Institute, die Spaltung und Vermögensübertragung eingeführt (BERETTA S. 249). Gleichzeitig ermöglichte diese Neugründung auch die partielle Universalsukzession, bei der nur ein Teil des Vermögens übertragen wird. Es können dabei willkürlich Vermögenswerte übertragen werden, d.h. eine Einheit ist nicht erforderlich. Ansonsten hat die partielle Universalsukzession die gleichen Wirkungen wie eine herkömmliche (BERETTA S. 251). Ob bei diesem neuen Institut Vertragsverhältnisse automatisch übergehen, ist in der Lehre umstritten (bejahend BERETTA S. 252; verneinend BOTSCHAFT FusG, S. 4445). U.E. muss bei der Spaltung ein automatischer Vertragsübergang aufgrund des Gläubigerschutzes bejaht werden, da der übertragende Rechtsträger nach Übertragung der Vermögensteile untergeht.
- 30 Beim Institut der Vermögensübertragung jedoch bleibt der bisherige Vertragspartner weiter bestehen. Das bedeutet, dass mit den im FusG vorgesehenen Normen (Art. 69 ff.) genügend Schutz für den Gläubiger geboten wird.
- 31 Eine Annahme eines Antrags kann schriftlich, mündlich aber auch stillschweigend erfolgen. Jedoch ist festzuhalten, dass ein Schweigen auf einen Antrag i.d.R. nicht als Annahme gilt, auch wenn vereinbart wurde, dass eine nicht innert Frist erfolgte Ablehnung als Annahme des Antrags gilt (GAUCH, RN 451).

32 Ansonsten muss bei der Auslegung, ob eine stillschweigende Annahme stattgefunden hat, auf das Verhalten der Antragsempfängerin abgestellt und ausgelegt werden, ob der Antragsteller nach dem Vertrauensprinzip die Verhaltensweise als Annahme verstehen durfte.

2. Materielle Erwägungen

33 Falls das Gericht wider Erwarten eine Vermögensübertragung bejahen sollte, sei anzufügen, dass der Vertrag dennoch nicht automatisch übergegangen ist. Zwar ist in der Lehre umstritten, ob ganze Vertragsverhältnisse aufgrund partieller Universalsukzession von Art. 69 ff. FusG übergehen können, wenn sie im Inventar aufgenommen wurden (GAUCH N 456). Wie aber bereits gezeigt, wird bei der Vermögensübertragung nach FusG kein weiterer Gläubigerschutz benötigt, da der übertragende Rechtsträger nach dem „asset deal“ nicht untergeht.

34 Ausserdem handelt es sich beim AV um einen Vertrag „ad personam“ (ZK FUSG, VISCHER, Vorwort zu Art. 69-77 FusG, N57), d.h. die Person des Vertrages ist für den Abschluss als wesentlich zu qualifizieren. Somit ist der Vertragspartner eine essentialia negotii, die vom Parteiwillen erfasst werden muss und die für den Vertragsabschluss elementar ist. Dies verunmöglicht daher einen automatischen Vertragsübergang bei einer Vermögensübertragung.

35 Weiter ist zu verdeutlichen, dass im ÜV zw. der Beklagten u. der Bibite (B-1) unter 5.2.1 vereinbart wurde, dass „die Parteien [...] gemeinsam die Kunden und übrigen Drittparteien, welche Partei eines oder mehrerer der in den Anhängen 03 bis 06 aufgeführten Verträge sind, [...] um Zustimmung zur Vertragsübertragung durch BIBITE ersuchen“. Laut Vertrag musste um die Zustimmung der Parteien ersucht werden, d.h. eine automatische Vertragsübertragung ist vertraglich nicht vorgesehen: „Ersuchen“ bedeutet, dass gebeten und nicht bloss mitgeteilt werden muss. Darum kann ein automatischer Übergang des Kontraktes der Klägerin mit der Beklagten auf Bibite nicht stattgefunden haben.

36 Für den Vertragsübergang müssen folglich die normalen Voraussetzungen des OR AT angewendet werden, wie z.B. die stillschweigenden Annahme eines Vertrages oder ein schriftlicher Vertrag.

37 Gemäss SV hat kein schriftlicher Vertragsübergang stattgefunden. Die Klägerin hätte demnach dem Vertragsübergang stillschweigend zustimmen müssen, was unseres Erachtens nicht geschehen ist.

38 Gemäss dem Brief an die Vertragspartner der Beklagten (B-2) wird eine ausbleibende Ablehnung als stillschweigende Annahme des Vertragsübergangs gewertet. Dies ist jedoch, wie in den sachlichen Erwägungen gezeigt, unzulässig (N 31). Ausserdem ist nicht bewiesen, dass die Klägerin diesen Brief überhaupt erhalten hat. Die Beklagte hat sorgfaltpflichtwidrig gehandelt, indem sie diesen für beide Parteien wichtigen Brief nicht einge-

schrieben verschickt, und auch keine Kopien zu den Akten gelegt hat (B-2). Sie trägt aufgrund der groben Sorgfaltspflichtverletzung die Beweislast für den Erhalt des Briefes durch die Klägerin, da - wenn der Gegner der beweispflichtigen Partei den Beweis erschwert oder verunmöglicht – eine Beweislastumkehr eintritt (BGH VIII ZR 251/06, N 17). Weil ihr der Beweis nicht gelingt, hat ein Antrag auf Vertragsübergang nicht stattgefunden.

- 39 Die Klägerin bestreitet auch eine allfällige stillschweigende Annahme. Art. 6 OR ermöglicht eine stillschweigende Annahme dann, wenn aufgrund „der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten“ ist. Ein solch besonderes Geschäft wird angenommen, wenn es den Antragsnehmenden in keiner Weise belastet (GAUCH, N 456). Da jedoch der AV ein synallagmatischer Vertrag ist und für die Klägerin Pflichten begründet, liegt hier gerade keine solche Ausnahme vor.
- 40 Weiter darf eine ausdrückliche Annahme durch den Antragssteller nicht erwartet werden, wenn er das Schweigen als Annahme deuten darf (GAUCH, N 455). In diesen Situationen muss das Vertrauensprinzip angewendet werden. Aus dem Verhalten der Klägerin kann aber nicht geschlossen werden, dass sie die Bibite als neuen Vertriebspartner akzeptieren wollte. Denn die Klägerin sendete ihre Briefe weiterhin an die Beklagte und nicht an die Bibite, was erst mit Brief von Herrn Ragenbass vom 10.4.08 (K-7) bemängelt wurde. Aufgrund der Korrespondenz (K-2 bis K-6) wird ersichtlich, dass die Klägerin weiterhin nur mit der Beklagten kommunizierte. Zwar war die Bibite in den Briefen als c/o aufgeführt. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass Herr Kölle durch Herrn Meier im Oktober 2005 informiert wurde, dass er neuer CEO der Bibite ist. Die Aussage von Herrn Meier, wonach sich für die Klägerin damit nichts ändere, hat die Klägerin darin bestärkt, die *Beklagte* weiterhin als ihre Vertragspartnerin anzusehen.
- 41 Sollte die Beklagte dennoch auf einer stillschweigenden Annahme beharren, wäre ihr entgegenzuhalten, dass unter 20 [1] DV *Schriftform* für Änderungen vereinbart wurde. Da der Wechsel einer Vertragspartei selbstverständlich als (sogar wesentliche) Änderung des Vertrages verstanden wird, scheidet eine stillschweigende Annahme schon am Formerfordernis im DV.
- 42 Da der DV nicht über- und auch nicht untergegangen ist, bleibt der Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin bestehen und die Beklagte ist weiterhin passivlegitimiert.
- 43 Dass die Beklagte nunmehr bloss als Treuhänderin auftritt und gemäss ÜV (B-1) auf die Bibite Regress nehmen kann (5.2.2 u. 5.2.3 ÜV), betrifft lediglich das interne Verhältnis zw. der Beklagten und Bibite, lässt aber das Verhältnis zw. der Klägerin und der Beklagten unberührt.
- 44 Als Fazit ist festzuhalten, dass die Passivlegitimation der Beklagten gegeben ist.

C. VERLETZUNG DER EXKLUSIVITÄT

- 45 Ein AV ist ein zweiseitiger Vertrag, der vorsieht, dass der Händler die Ware der Lieferantin (i.c. der Beklagten) in einem bestimmten Gebiet vertreibt, und dafür ein exklusives Bezugsrecht hinsichtlich der Ware und des Vertriebsgebietes erhält (VERTRIEBSRECHT, N 199). In diesem Vertragsverhältnis stehen sich folglich eine Bezugsverpflichtung, oft mit Mindestbezugs- resp. Verkaufszahlen und die Einräumung von Exklusivität gegenüber. Diese Verpflichtungen des Alleinvertreters implizieren aber auch eine Interventionspflicht des Lieferanten, sollten Störungen durch Dritte im zugesicherten Gebiet erfolgen (VERTRIEBSRECHT, N 440).
- 46 Vorliegend steht ein auffallend grosser Pflichtenkatalog für die Klägerin einigen wenigen Pflichten seitens der Beklagten gegenüber (4 [1-5] DV). Zu erwähnen ist zunächst die ausschliessliche Bezugsverpflichtung bei der Beklagten; die Klägerin hätte also den Parallelimporten nicht dadurch Herr werden können, dass sie diese von polnischen Händlern auf- und anschliessend verkauft hätte. Die Klägerin ist weiter verpflichtet, den Absatz des Produktes im Vertragsgebiet zu fördern, auf eigene Kosten eine angemessene Vertriebsorganisation mit qualifiziertem Personal aufrecht zu erhalten und Schulung von Personal nach den Richtlinien der Beklagten durchzuführen. Sie muss ein Lager unterhalten, das eine Nachfragedeckung von min. 1 Monat umfasst; dadurch wird sie zur Abnahme grosser Mengen verpflichtet und trägt ein hohes Absatzrisiko. Sie ist weisungsgebunden, unterliegt einem Konkurrenzverbot und ist zur Sorgfalt eines Kaufmannes verpflichtet. Die Klägerin nimmt folglich viele Einschränkungen auf sich und ist damit sehr stark an die Beklagte gebunden.
- 47 Diese Bindung verlangt daher, dass die Beklagte sich vertrauensgemäss verhält und auf die Interessen der Klägerin als schwächere Vertragspartei Rücksicht nimmt. Doch gerade an diesem Verhalten fehlte es der Beklagten. Sie hat das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört, die Interventions- sowie die Interessenswahrungs- und Treuepflicht ggü. ihrer Vertragspartnerin verletzt.
- 48 Die Fürsorge- und Interventionspflicht des Vertriebsgebers beinhaltet, dem Vertriebsnehmer die Rahmenvoraussetzungen für den Vertrieb zu geben und ihn andererseits beim Vermarkten zu unterstützen (VERTRIEBSRECHT, N 442). Die Interventionspflicht ist v.a. dann angezeigt, wenn ein Dritter das Vertragsverhältnis stört (VERTRIEBSRECHT, N 443). Eine solche Störung liegt i.c. mit den Parallelimporten aus Polen, aufgrund derer die Klägerin erhebliche Umsatzeinbussen erlitt und langjährige Kunden verlor, vor. Der dadurch verursachte Verlust von 50% des Marktes in Deutschland macht deutlich, dass die Rahmenvoraussetzungen von der Beklagten nicht mehr aufrechterhalten wurden.
- 49 Ihrer Interventionspflicht kam die Klägerin durch Meldung der Verschlechterung der Situation bei der Beklagten sofort nach: Sie wies die Beklagte mehrfach auf die Problematik der steigenden Parallelimporte hin, mündlich zuletzt bei der Besprechung der Marketing-

kosten am 14.10.07 (K-4), sowie schriftlich am 12.11.07 (K-4). Die Beklagte erfüllte jedoch das in sie gesetzte Vertrauen nicht und unternahm trotz des Versprechens von Herrn Meier keinerlei Schritte (SEF 10). Auch für die Antwort auf den schriftlichen Hinweis von Herrn Kölle benötigte die Beklagte ganze drei Wochen. Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die aktuelle Situation zu analysieren und dementsprechend das Verhältnis zur Klägerin an die veränderten Verhältnisse anzupassen (VERTRIEBSRECHT, N 442). Die Beklagte hätte ihren Alleinvertreter PLL in Polen dazu anhalten müssen, das Gespräch mit den ihr unterstellten Händlern zu suchen, um die Störungen zu unterbinden.

- 50 Die Beklagte verstösst durch ihr Verhalten auch gegen die Treuepflicht, welche sich aus dem Vertragsverhältnis ergibt. Da der AV ein Dauerschuldverhältnis und die Klägerin gemäss DV stark von der Beklagten abhängig ist, besteht hier sogar ein besonderes Vertrauensverhältnis (ULMER, S. 409). Aufgrund dieses Verhältnisses ist die Beklagte verpflichtet, die Interessen der Klägerin zu wahren und Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht hat die Beklagte nicht wahrgenommen.
- 51 Die Beklagte analysiert weder das Problem, noch diskutiert sie es mit der Klägerin. Sie weist jede Beanstandungen zurück und lässt die Klägerin bei der Bewältigung des Problems unter Verweis auf deren Eigenverantwortung im Stich: „Damit haben Sie es selbst in der Hand, Parallelimporte unattraktiv zu machen“ (K-5).
- 52 Unter 8 [1] DV sind Minimalverkaufszahlen vorgesehen. Diese hat die Beklagte in den Jahren 2005-2007 (3, 5 u. 7 Mio.) problemlos erreicht. Für das Jahr 2008 war keine Minimalverkaufszahl vorgesehen. Die Klägerin konnte bis zur Kündigung am 30.4.08 aber lediglich 1.8 Mio. Flaschen, also angesichts der in der Vergangenheit jährlich steigenden Verkaufszahlen erschreckend wenig, verkaufen. Es hätte der Beklagten daher klar sein müssen, dass hier ein erhebliches Problem besteht. Stattdessen hat sich die Beklagte treuwidrig verhalten und Hilfe verweigert.
- 53 Erst erheblich später, am 16.4.08 (K-9), nachdem die Situation bereits fortgeschritten war, kündigte die Beklagte an, qualifizierte Mitarbeiter nach Deutschland zu entsenden (allerdings nur im Gegenzug zur Bezahlung der fälligen Lieferungen durch die Klägerin). Dies erfolgt jedoch so spät, dass von einer angemessenen Massnahme nicht gesprochen werden kann. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits immensen Schaden erlitten und das Verhältnis zwischen den Parteien hatte sich enorm verschlechtert. Fraglich ist, wieso dieser doch so einfache Schritt nicht schon zu Beginn gemacht wurde.
- 54 Weiter ist auszuführen, dass die Klägerin aufgrund des DVs eine Gebietsexklusivität eingeräumt bekommen hat. Dies äussert sich darin, dass sie als Einzige in Deutschland das Produkt vertreiben darf. Da die Vertreiberin (i.c. die Klägerin) im Vertrag die schwächere Parteistellung hat, ist in der Lehre anerkannt, diese Gebietsexklusivität als Garantieverprechen i.S.v. Art. 111 OR anzusehen (VERTRIEBSRECHT, N 228; ALLEINVERTRIEB, S. 238). So führt das BGer in BGE 82 II 247 aus „la clause d'exclusivité constitue une pro-

messe de porte-fort (Art.111 CO) et oblige le recourant à des dommages-intérêts si elle n'a pas été respectée par son fournisseur ou le fabricant." Als Ergebnis analoger Anwendung ist das Exklusivitätsversprechen als Garantie anzusehen, das zugesicherte Gebiet vor anderen Konkurrenten zu schützen und allfällige Beeinträchtigungen zu beseitigen.

- 55 Als eine Leistung i.S.v. Art. 111 OR kommt auch ein Verhalten negativer Natur in Betracht (BGE 72 II 19, 22 f.; KURZKOMMENTAR-LARDI/VANOTTI, Art. 111 OR N 4). Ein solches Verhalten stellt i.c. die Verhinderung des Exklusivitätsverlustes im Vertragsgebiet Deutschland dar. Es bleibt auch auf Seiten der Klägerin unbestritten, dass ihr von der Beklagten kein absoluter Gebietsschutz eingeräumt wurde. Zutreffend und von der Beklagten nicht bestritten ist allerdings, dass Kunden des polnischen Alleinvertreters das Produkt in sehr grossen Mengen in das Vertragsgebiet der Klägerin exportiert und dort massiv billiger als die Klägerin an Grosshändler verkauft haben. Es scheint daher – auch angesichts des fehlenden Einflusses der Beklagten auf die Vertreiber in Polen - nicht übertrieben, von der Beklagten Schritte zur Unterbindung wenigstens eines Teils dieser Parallelimporte zu erwarten. Nur die Beklagte hätte das Gebiet der Klägerin schützen können. Deren fehlendes Engagement ist angesichts der Tatsache, dass der Schutz der Klägerin vor Konkurrenten auch im Interesse der Beklagten liegt und dementsprechend ernst genommen werden sollte, unverständlich.
- 56 Die Beklagte hat der Klägerin Konditionen geboten, aufgrund welcher diese das Produkt mangels Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu PLL schlicht nicht verkaufen konnte. Mit ihrer Preispolitik förderte die Beklagte die Parallelimporte geradezu. Auch wenn vermutet werden kann, dass die polnischen Parallelimporteure mit geringeren Gewinnmargen als Alleinvertreter arbeiten und/oder geringere Fixkosten haben, so ist doch unbestritten, dass die Differenz zw. dem polnischen und dem deutschen Flaschenpreis die Hauptursache für die Rentabilität der Parallelimporte ist (SEF 7). Eine Preisanpassung hätte sich daher geradezu aufgedrängt. Ein zweiter Preisnachlass i.S. einer rückwirkenden Anpassung an den Einkaufspreis der PLL (K-4) wurde von der Beklagten aber mit der Begründung, sie sei zu einer Preisangleichung ihrer Alleinvertreter nicht verpflichtet, und würde darüber hinaus durch eine Angleichung an die deutschen Konditionen ihren Markt in Polen aufgrund des Kaufkraftgefälles verlieren, verweigert (K-5). Durch diese Verweigerung beschnitt die Beklagte die Konkurrenzfähigkeit der Klägerin. Sie konnte der Klägerin die vertraglich zugesicherte Exklusivität nicht bieten und verletzte folglich die Exklusivität. Diese Verletzung kann nicht mit dem Einwand eines möglichen Verlusts des Marktes in Polen gerechtfertigt werden, da die Vertragsverhältnisse mit anderen Alleinvertretern und deren Preispolitik keine Auswirkungen auf die Klägerin haben darf. Ausserdem wäre die Beklagte durchaus in der Lage gewesen, das Produkt billiger zu liefern, was aus dem um ein Vielfaches tieferen Preis der PLL ersichtlich ist (B-4).

- 57 Der AV ist ein gesetzlich nicht geregelter Vertrag, ein sog. gemischter Vertrag. Er weist jedoch Ähnlichkeiten zu anderen Verträgen auf, weshalb die analoge Anwendung dieses Rechts zulässig erscheint (VERTRIEBSRECHT, N 201). Auch die analoge Anwendung von Art. 418f OR wird bejaht (VERTRIEBSRECHT, N 231).
- 58 Da die Exklusivität beim Agenturvertrag ein zentrales Thema ist und daher gesetzliche Regelung erfahren hat, kann auch für den AV dieses Recht herangezogen werden (VERTRIEBSRECHT, N 227).
- 59 Aus Art. 418f OR geht hervor, dass der Auftraggeber (analog der Vertriebsgeber) dazu verpflichtet ist, alles zu tun, um eine erfolgreiche Tätigkeit seines Vertragspartners zu gewährleisten. Die Beklagte erfüllt diese gesetzliche Mindestpflicht nicht, da sie sich für die Anliegen der Klägerin scheinbar nicht interessiert und erst handelt, als die Klägerin Schadenersatz fordert. Im Normalfall ist es zwischen Vertragsparteien nicht üblich, sich über Monate hinweg beschweren zu müssen, bevor sich die Gegenseite dazu bequemt, sich der Sache anzunehmen und zu handeln.
- 60 Die Formulierung „alles zu tun“ impliziert, dass der Vertriebsgeber dazu angehalten ist, zum Wohle des Vertriebsnehmers effektiv tätig zu werden und dies, bis er wirklich alle Mittel ausgeschöpft hat. Zu denken wäre bspw. an eine frühzeitige Besprechung der Problematik, eine Marktanalyse zwecks schnellstmöglicher Unterbindung der Parallelimporte, eine sofortige Entsendung von Spezialisten, etc. Die Beklagte hat jedoch keinerlei Anstrengungen in diesem Sinne unternommen und jegliches Engagement vermissen lassen. Es ist demnach eindeutig, dass die Beklagte ihre Pflichten aus dem Vertrag verletzt hat.
- 61 Art. 418f OR verweist bei Pflichtverletzung auf die Folgen von Art. 418m OR. Dies bedeutet, dass die Beklagte der Klägerin aufgrund der Verletzung der ihr aus dem Vertrag erwachsenden Pflichten Schadenersatz leisten muss (KURZKOMMENTAR-WEBER/VLCEK, Art. 418m OR N 1; BGE 89 II 36 f.; BGE 122 III 72 f.).
- 62 Im Ganzen ist zu sagen, dass die Beklagte sich weder intensiv mit dem Problem befasst hat, noch aufzeigen konnte, dass sie keine Schuld an der Situation trifft. Da die Beklagte keine Anstrengungen zur Unterbindung der Parallelimporte unternahm, steht eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht ausser Frage; sie ist ggü. der Klägerin für den entstandenen Schaden nach Art. 111 OR vollumfänglich ersatzpflichtig.

63 Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beklagte, indem sie gegen die aus dem Vertriebsvertrag erwachsenden Treue-, Interessenwahrungs- und Interventionspflicht, sowie das Vertrauensprinzip versties, das Alleinvertriebsrecht der Klägerin verletzt hat. Das Verhalten der Beklagten verstösst zudem gegen Art. 111 OR, sodass sie schadenersatzpflichtig wird.

D. VERLETZUNG DER LIEFERPFLICHTEN/ VERTRAGSWIDRIGES VERLANGEN VON VORAUSZAHLUNGEN

I. Vorauszahlungen für die Bestellungen vom 13. u. 20. April 2008

64 Die Klägerin befindet sich mit der Zahlung der Rechnungen vom Februar 2008 (K-7) in Verzug, da diese ab 4.4.08 fällig sind. Aus 5 [5] DV ist somit das Verlangen von Vorauszahlungen gerechtfertigt und wird von der Klägerin nicht bestritten (SCHULTZE, N 349).

65 Indes wehrt sich die Klägerin mit Schreiben vom 21.4.08 (K-10) gegen die Vorauszahlungen bzgl. der Bestellungen vom 13. u. 20.4.08. Die Klägerin anerkennt, dass die Beklagte bzgl. der Vorauszahlungen für die Bestellung vom 13.4.08 aus 5 [5] DV berechtigt war, zumal sie auch den Rabatt von 1 % auf den Verkaufspreis gewährte. Ob auch für die Bestellung vom 20.4.08 Vorauszahlungen verlangt werden durfte, erscheint hingegen bereits zweifelhaft. Auch für diese Bestellungen gewährte die Beklagte den vereinbarten Rabatt von 1 % auf den Verkaufspreis. Mit Schreiben der Beklagten vom 16.4.08 (K-9) versprach diese, die Vorauszahlungen einzustellen, sobald alle offenen Rechnungen durch die Klägerin bezahlt seien. Wie aus der Antwort der Klägerin hervorgeht, wurden die offenen Rechnungen „erst“ am 21.4.08 beglichen. Aufgrund der konkreten Umstände war es der Klägerin jedoch gar nicht möglich, fristgerecht zu bezahlen. Dies ist wie folgt zu begründen:

66 Die von der Beklagten angesetzte Frist von 7 Tagen war äusserst knapp berechnet, auch wenn die Rechnung vom 5.2.08 schon am 4.4.08 fällig war. Generell werden bei einer Mahnung zur Zahlung des Kaufpreises im Bereich von Kaufverträgen Nachfristen von 10 Tagen gewährt. Zu beachten ist zudem, dass die Post zugestellt werden muss, die Frist aber schon zu laufen beginnt. Der Klägerin wurde also eine effektiv noch kürzere Frist angesetzt.

67 Zwar spricht der DV davon, dass die Beklagte befugt sei, Vorauszahlung für Lieferungen zu verlangen, doch wird nicht festgelegt, wann diese Vorauszahlungen wieder einzustellen sind resp. *wie lange* Vorauszahlungen verlangt werden dürfen. Nach Auslegung des Vertrages aufgrund des Vertrauensprinzips und der konkreten Umstände scheint es aber ungerchtfertigt, beliebig lange Vorauszahlungen zu verlangen. Auch gemäss BGer ist eine streitige Vertragsklausel im gesamten Zusammenhang zu beurteilen (BGE 113 II 49, E. 1a). Wird besagter Punkt des DVs so ausgelegt, wie ihn der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 13), so kommt man zum Schluss, dass die Beklagte nicht schon aufgrund eines einzelnen Zahlungsverzuges berechtigt ist, auf unbestimmte Zeit Vorauszahlungen zu verlangen. Ansonsten bestünde

ein offensichtliches Missverhältnis der vertraglichen Verpflichtungen. Wäre noch eine andere einsichtige Auslegung möglich, so müsste die Beklagte die für sie nachteiligere Deutungsmöglichkeit gegen sich gelten lassen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 14), was im Resultat auch wieder dazu führt, dass die Beklagte nicht befugt ist, ohne triftige Gründe mehrere Vorauszahlungen zu verlangen. Es sollten höchstens so lange Vorauszahlungen verlangt werden dürfen, bis der Beklagten die Sicherheit gegeben werden kann, dass wieder pünktlich gezahlt wird. Schliesslich sollen alle Rechtssubjekte zu gegenseitiger Rücksichtnahme angehalten sein, sowohl in der Rechtsausübung als auch bei der Pflichterfüllung (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 11).

- 68 Es soll darauf hingewiesen werden, dass eine Vertragsauslegung durch analoge Anwendung der Normen über den Vorauszahlungsvertrag (Art. 227a ff. OR) nicht nötig ist, denn Fragen ähnlicher Art, wie sie der Vorauszahlungsvertrag regelt, sind nicht Gegenstand des Verfahrens.

II. Vorauszahlungen für weitere Bestellungen/ Lieferungen

Mit Schreiben vom 25.4.08 besteht die MultiDrink Holding AG weiterhin auf Vorauszahlung für die Lieferungen mit der Begründung, dass die Klägerin ein erhebliches Kreditrisiko darstelle (K-11).

- 69 In diesem Punkt verletzt die Beklagte eindeutig ihre Lieferverpflichtungen ggü. der Klägerin bzw. verlangt vertragswidrig Vorauszahlungen. Das ist wie folgt zu erläutern: Die MultiDrink Holding AG begründet die Vorauszahlungen mit dem Kreditrisiko, welches die Klägerin darstellen soll. Die Beklagte ist aber gemäss 5 [5] DV lediglich dann berechtigt, Vorauszahlungen zu verlangen, wenn die Klägerin nicht fristgerecht bezahlt. Aufgrund der Vertragsauslegung nach Treu und Glauben lässt sich die Argumentation, die Klägerin stelle ein Kreditrisiko dar, nicht unter diese Bestimmung subsumieren. Zudem scheint es unverhältnismässig, lediglich aufgrund einer verspäteten Zahlung, auch wenn es bzgl. dieser nochmals zu Verspätungen kam, die Klägerin als Kreditrisiko zu bezeichnen. Die Schadenersatzansprüche, welche die Klägerin geltend machen will, stehen nicht im Zusammenhang mit dem Kreditrisiko, sondern in einem ganz andern. Die Parallelimporte haben nicht direkt mit der Zahlungsmoral der Klägerin zu tun.
- 70 Die Zahlungsmoral der Klägerin war bis zum 10.4.08 stets vorbildlich. Die Klägerin hat immer pünktlich bezahlt und nie eigene Forderungen mit Forderungen der Beklagten verrechnet. Ebenfalls zugunsten der Klägerin ist zu werten, dass sie ihre Rechnungen bis zum besagtem Tage trotz Verletzung des Vertriebsrechts durch die Beklagte immer pünktlich bezahlt hat.
- 71 Zudem war es der Klägerin möglich, im Zeitraum vom April 2008 einen laufenden Unternehmenskredit zu 6.2 % p.a. zu besorgen. Aus Sicht einer schweizerischen Bank bedeutet dies, dass das Unternehmen über eine mittlere Bonität im Rahmen eines Blankokredites

- verfügt. In Deutschland würde ein solcher Zins gar für eine noch höhere Bonität sprechen. Aus Sicht der Bank war das Unternehmen zum fraglichen Zeitpunkt folglich kreditwürdig.
- 72 Die Argumentation der Beklagten im Schreiben vom 25.4.08 (K-11), aufgrund des erheblichen Kreditrisikos der Klägerin weiterhin auf Vorauszahlungen zu bestehen, ist deshalb nicht nachvollziehbar, ja gar unbegründet und hinterlässt den Eindruck eines Scheinarguments.
- 73 Als Fazit ist somit festzuhalten, dass die Beklagte ab 20.4.08 vertragswidrig Vorauszahlungen verlangt hat und dadurch ihre Lieferpflicht verletzt hat.

E. KÜNDIGUNG AUS WICHTIGEM GRUND

- 74 Mit Schreiben vom 30.4.08 kündigte die Klägerin den DV mit der Beklagten aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung (K-12). Sie machte geltend, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten sei ihr wegen der Verletzung der Exklusivität, nicht honorierten pendenten Lieferbestellungen und der Weigerung seitens der Beklagten, ohne Vorauszahlung nicht mehr zu liefern, nicht zumutbar.

I. Recht auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grund analog zum Agenturvertrag

- 75 Da es sich beim AV um ein Dauerschuldverhältnis handelt, muss eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund jederzeit geltend gemacht werden können (PAETZOLD, S. 45; BGH BB 1959, 540; BGE 78 II 32). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist die agenturrechtlich vorgesehene fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 418r OR) analog auf den AV anwendbar (BGE 89 II 34, 37; 78 II 33, 39). Unbestritten ist damit, dass der Klägerin das Recht auf fristlose Kündigung aus wichtigem Grund grundsätzlich zusteht. Von der Beklagten wird hingegen das Vorliegen eines wichtigen Grundes und damit einer gerechtfertigten Kündigung abgelehnt. Im Folgenden wird daher gezeigt werden, dass die Pflichtverletzung seitens der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls so erheblich war, dass ein wichtiger Grund i.c. vorlag und eine ausserordentliche Kündigung gerechtfertigt war.

II. „Wichtiger Grund“

- 76 Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Zurücktretenden aus Gründen der Sittlichkeit oder nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer oder der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden darf (EGLI, S. 31; PAETZOLD, S. 45). Die Frage der Zumutbarkeit ist losgelöst vom Verschulden zu beurteilen, so dass ein wichtiger Grund gegeben sein kann, selbst wenn die andere Partei an der Situation kein Verschulden trifft (EGLI, S. 31 f.). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung beiderseitiger Interessen beurteilt werden (PAETZOLD, S. 45).

III. Vertraglich geregelte „wichtige Gründe“

77 Unter 13 DV haben die Parteien die Kündigung aus wichtigem Grund vertraglich geregelt, in 13 [2] DV durch die Parteien anerkannte wichtige Gründe umschrieben und so ihr Verständnis der Unzumutbarkeit zum Ausdruck gebracht (vgl. BGE 89 II 36).

1. Verletzung der Lieferungsspflicht

78 Das vertragswidrige Verhalten seitens der Beklagten bzgl. der Lieferung nur gegen Vorauszahlung kann sowohl unter 13 [2a] DV als auch unter [2d] subsumiert werden.

a) *Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung und Aufrechterhaltung des vertragswidrigen Zustandes auch nach 10 Tagen nach Abmahnung (13 [2a] DV)*

79 Die Lieferverpflichtung ist Teil der essentialia negotii des AVs und somit selbstredend eine wesentliche Vertragsbestimmung i.S.v. Art. 13 [2a] DV; ihre Verletzung wurde unter D.) ausführlich behandelt.

80 Eine Abmahnung kann im Schreiben vom 14.4.08 gesehen werden, wo die Klägerin auf Zahlungs- und Lieferbedingungen gemäss Vertrag besteht (K-8). Da die Kündigung erst am 30.4. erfolgte, ist die 10-tägige Frist problemlos gewahrt. Sollte die Gegenpartei geltend machen, die Abmahnung sei erst mit Schreiben vom 21.4.08 (K-10), wo eine Kündigung durch die Klägerin explizit angedroht wird, erfolgt und die 10-tägige Frist daher nicht eingehalten worden, ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Einwand im Lichte der konkreten Umstände nahezu rechtsmissbräuchlich erscheint: Im Schreiben vom 25.4. brachte die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie nicht gewillt sei, auf vertragswidrige Vorauszahlung zu verzichten (K-11) – eine Haltung, die sie in allen vergangenen Schreiben gleich vehement vertreten hatte, und von der unter Berücksichtigung eben dieses Verhaltens nach Treu und Glauben auszugehen ist, dass sie sich auch bei hypothetischer Einhaltung der 10-tägigen Frist nicht verändert hätte. Das Abwarten der 10-tägigen Frist ist daher entbehrlich (vgl. analog ratio legis hinter Art. 108 Ziff. 1 OR; BGE 110 II 141 ff., 143 f.; HUGUENIN, N 669).

81 Erfolgt die fristlose Kündigung aufgrund eines im Vertrag konkretisierten Falles, erübrigt sich nach deutscher Rechtsprechung eine Prüfung, ob es für den Kündigenden im konkreten Fall unzumutbar war, das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten (PAETZOLD, S. 46; BGH BB 1959, 540). Dasselbe gilt grundsätzlich auch nach schweizerischer Rechtsprechung, solange keine Umgehung der Mindestkündigungsfristen oder ein eigentlicher Ausschluss des Rechts auf fristlose Kündigung resultieren (PAETZOLD, S. 46). Damit liegt ein wichtiger Grund vor.

b) *Mehrfache nicht vertragskonforme Lieferung (13 [2d] DV)*

82 Da nachgewiesenermassen mehrfach nicht wie vertraglich vereinbart geliefert wurde und aus dem in 13 [2d] DV vereinbarten Kündigungsgrund klar hervorgeht, dass die Fortset-

zung des Vertragsverhältnisses unter solchen Umständen als unzumutbar erachtet wird, ist ein wichtiger Grund gegeben.

c) *Vorliegen eines wichtigen Grundes unabhängig von 13 [2] DV*

- 83 Unabhängig von der vertraglichen Regelung stellt die Verletzung der Lieferverpflichtung ganz allgemein eine selbständige Grundlage für einen wichtigen Grund dar. Wie bereits unter D.) gezeigt, kann die Argumentation der Beklagten, aufgrund des erheblichen Kreditrisikos der Klägerin nicht mehr ohne Vorauszahlung an die Klägerin zu liefern, nicht auf sachliche Gründe gestützt werden, ja hinterlässt vielmehr den Eindruck eines Scheinarguments; insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beklagte – nachdem die Klägerin deren Wunsch nachgekommen war, und am 21.4.08 die ausstehende Forderung von € 2‘819‘100.- bezahlt hatte - ihr Versprechen, wonach Vorauszahlungen mit Bezahlung der ausstehenden Forderung aus Lieferung durch die Klägerin sofort hinfällig würden (K-9), brach und weiterhin (diesmal unter dem Vorwand des Kreditrisikos) auf Vorauszahlung bestand.
- 84 Eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten sowie ein Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben liegen in diesem Punkt eindeutig vor und erschütterten – auch im Hinblick auf die darauf folgende uneinsichtige Korrespondenz seitens der Beklagten - die Vertrauensgrundlage dermassen, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die Klägerin unzumutbar war.

2. *Pendente Lieferungen*

- 85 Die Bestellungen vom 13.4.08 und 20.4.08 sind bis heute nicht geliefert worden. Zwar muss der Lieferant nicht jede Bestellung des Vertragshändlers annehmen, doch darf er sie nicht willkürlich und ohne vertretbare Gründe ablehnen (vgl. BGH WM 1972, 464). Erfolgt keine Lieferung, so wird der Vertragshändler um seine Verdienstmöglichkeit gebracht; auch wird ihm dadurch die Kostendeckung für Aufwendungen zwecks Absatzförderung und die Gewinnerzielung erschwert. Dass der Lieferant nicht liefert, muss lediglich dann vorbehaltlos hingenommen werden, wenn der Lieferant ohne eigenes Verschulden nicht liefern kann (vgl. BGH NJW 1994, 1062; PAETZOLD, S. 24).
- 86 I.c. kann sich die Beklagte weder auf einen sachlichen Grund für das Ausbleiben der Lieferung, noch auf unverschuldete faktische Unmöglichkeit berufen. Folglich liegt auch bzgl. der pendente Lieferungen eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten vor. Lieferungsverzug des Lieferanten wurde vom Bundesgerichts bereits mehrfach als wichtiger Grund angesehen (statt vieler BGE 89 II 36). Allerdings ist sich die Klägerin – gerade auch bzgl. der Subsumtion unter 13 [2c] DV, wo „mehrfache“ vertragswidrige Lieferung erforderlich sind - durchaus bewusst, dass mit nur zwei ausstehenden Lieferungen die erforderliche Schwere grundsätzlich noch nicht erreicht ist. Allerdings ist i.c. nicht auf die Zahl, sondern vielmehr auf die Motivation hinter der Nichtlieferung abzustellen. U.E. ist die Pendenz

klar auf eine grundsätzliche Verweigerungshaltung der Beklagten ggü. der Klägerin, ja gar sachfremd auf eine Art Revanche für die geltend gemachten Forderungen, zurückzuführen. Die Pendeuz verkörpert daher geradezu die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses.

3. Verletzung der Exklusivität

a) *Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung und Aufrechterhaltung des vertragswidrigen Zustandes auch nach 10 Tagen nach Abmahnung (13 [2a] DV)*

- 87 Auch die Verletzung der Exklusivität kann unter 13 [2a], Verletzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung und Aufrechterhaltung des vertragswidrigen Zustandes auch nach 10 Tagen nach Abmahnung, subsumiert werden.
- 88 Zwar stammen die Parallelimporte aus Deutschland weder direkt von der Beklagten, noch direkt von PLL, sondern frühestens von deren direkten Kunden. Die Klägerin macht aber gar nicht geltend, ihr sei im DV absoluter Gebietsschutz eingeräumt worden, sondern dass die Beklagte mit ihrer Preisgestaltungs- und Preisempfehlungspolitik das Exklusivitätsrecht verletzt.
- 89 Angelastet wird der Beklagten, dass sie sich trotz Herrn Meiers Versprechen, mit Herrn Kölle nach Abklärung des Parallelimport-Problems in Kontakt zu treten, bis zum 12.11.07 nicht mehr bei der Klägerin gemeldet hat. Festzuhalten ist, dass der dann aufgenommene Kontakt auf Initiative der Klägerin erfolgte. Es sei dahingestellt, wie lange sich die Klägerin ohne Eigeninitiative bzgl. einer Stellungnahme seitens der Beklagten hätte gedulden müssen bzw. ob eine solche überhaupt erfolgt wäre. Aus dem Verhalten der Beklagten wird jedenfalls deutlich, dass sie den Anliegen ihrer Vertragspartnerin offenbar keine allzu hohe Bedeutung zumass. Gerade dies ist jedoch mit dem Grundsatz der Interessenwahrung unvereinbar. Zur Interessenwahrung sind die Vertragsparteien aufgrund des Dauerschuldverhältnis-Charakters des AVs aber gerade verpflichtet (vgl. BGH DB 1972, 1822). Sie begründet zwischen Lieferant und Vertragshändler unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Pflichten, die weder im Gesetz noch im Vertrag festgehalten sind: Sie müssen sich insbesondere gegenseitig über Umstände informieren, welche die Grundlage der Vertragsbeziehung oder gar die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners in Frage stellen (PAETZOLD, S. 23). Daraus leitet sich auch die Pflicht der Beklagten ab, der Klägerin bzgl. der Parallelimporte zur Seite zu stehen und einen gemeinsamen Weg aus der prekären Situation aufzuzeigen und zu begehen. Dass die Beklagte tatenlos und mit Verweis auf die Eigenverantwortung der Klägerin scheinbar gleichgültig zusieht, wie die Klägerin immer näher dem wirtschaftlichen Abgrund entgegen geht (Verlust von fast 50% des Marktes), ist mit dem Grundsatz der Interessenwahrung nicht zu vereinen. Sie entsandte weder Experten zur Marktanalyse, noch unternahm sie sonstige Anstrengungen zur Besserung der Situation. Sie verweigerte eine zweite Preisanpassung, obwohl nur dadurch das Problem

der Parallelimporte in den Griff zu bekommen gewesen wäre. Sie liess die Klägerin ohne jedes Verantwortungsgefühl schlicht im Stich und verletzte damit sowohl das Alleinvertriebsrecht der Klägerin, als auch die aus dem Vertrag erwachsende Treue-, Interessenwahrungs- und Interventionspflicht. Aufgrund des dadurch zutiefst gestörten Vertrauensverhältnisses war es der Klägerin nach Treu und Glauben nicht zumutbar, das Vertragsverhältnis fortzusetzen.

- 90 Die Klägerin hat eine gütliche Einigung bis zuletzt, als klar wurde, dass die Beklagte nicht einsichtig werden würde, angestrebt und das Problem immer wieder - bis zum 14.4. noch auf der Basis, die Beklagte könnte die Vertragsverletzung durch Leistung von Schadenersatz ausgleichen - angesprochen. Als klar wurde, dass die Beklagte nicht gedenkt, Schadenersatz zu leisten, wurde sie schliesslich mit Schreiben vom 14.4. (K-8), in welchem der Beklagten besagte Vertragsverletzung explizit vorgeworfen wurde, abgemahnt. Die 10-tägige Frist ist damit problemlos gewahrt.

IV. Form der Kündigung

- 91 Die Kündigung erfolgte wie vertraglich vereinbart (13 [1] DV) per Einschreiben, so dass die Klägerin die Form gewahrt hat. Es kann daher offen gelassen werden, ob die Vertragsbestimmung als Wirksamkeitserfordernis oder blosser Beweiserleichterung gedacht ist (PAETZOLD, S. 47).

V. Verwirkung des Rechts auf fristlose Kündigung

- 92 Es ist festzuhalten, dass die Klägerin ihr Recht auf fristlose Kündigung nicht verwirkt hat. Die Kündigung aus wichtigem Grund wurde seitens der Klägerin mit Schreiben vom 21.4.08 erstmals angedroht (K-10). Als mit dem Antwortschreiben der Beklagten vom 25.4. (K-11) klar wurde, dass diese den vertragswidrigen Zustand weiterhin aufrechtzuerhalten beabsichtigte, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 30.4 (K-12). Der Klägerin kann somit nicht vorgeworfen werden, sie hätte so lange gezögert, bis die Beklagte nicht mehr mit der Kündigung zu rechnen brauchte, zumal sie die Tätigkeit der Beklagten seither auch nicht mehr in Anspruch nahm; sie hat die Kündigung vielmehr nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist (vgl. BGH WM 1982, 429; BGE 93 II 18) geltend gemacht (PAETZOLD, S. 47).

VI. Fazit

- 93 Die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund vom 30.4.08 war gerechtfertigt, da der Klägerin aufgrund des durch mehrfaches, vertragswidriges Verhalten der Beklagten stark geschädigten Vertrauensverhältnisses nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer bzw. Kündigungsfrist nicht zumutbar war. Da die Beklagte folglich für die Kündigung aus wichtigem Grund haftet, hat die Klägerin Anspruch auf Entschädigung im Umfang des entgangenen Gewinns

(vom Gericht in der Höhe noch festzusetzen, mindestens aber €10Mio.) über den Zeitraum bis zum Zeitpunkt der nächstmöglichen ordentlichen Kündigung. (14 [3] DV).

F. ERSATZ DER MARKETINGKOSTEN

I. Sachverhalt und Problemkreise

- 94 Die Klägerin argumentiert, sie habe die Kosten für Radiowerbung (April-Dez.) nicht zu ersetzen, da diese nach Kündigung entstanden seien. Die Kosten von €80900.- (Jan.-März) sind vertraglich und, da vor Kündigung entstanden, auch nach Argumentation der Beklagten e contrario (*kein Ersatz da nach Kündigung entstanden*) geschuldet. Im Folgenden wird daher nur Stellung zu den nach Kündigung entstandenen Kosten genommen.
- 95 Gemäss 6 [2] DV ist die Beklagte verpflichtet, die Kosten für die budgetierten Marketingaktivitäten zu übernehmen. Die Rechnungen wurden quartalweise an die Beklagte weiterverrechnet. Die Beklagte kam ihrer Zahlungspflicht aber nicht nach und musste gemahnt werden. Aufgrund der ausserordentlichen Kündigung ist die Klägerin vom 30.4.08 (K-12), stellt sich die Frage nach den Folgen bezüglich der nach der Kündigung entstandenen Marketingkosten.
- 96 U.E. ist die Regelung bzgl. der Werbe- und Verkaufsmassnahmen u.a. als Nebenpflicht der Klägerin anzusehen, da die Charakteristik des AVs nicht in der Bezahlung von Werbekosten liegt. Die Werbung soll dem Absatz der Vertragsware dienen.
- 97 Im DV selbst sind keine Ausführungen darüber enthalten, was mit den Nebenpflichten bei Vertragsauflösung geschehen soll. Durch Auslegung von 6 DV ist der Klägerin ein Anspruch auf die Marketingkosten entstanden. Die Beendigung des Vertrages hat prinzipiell keinen Einfluss auf diesen Anspruch (WAUSCHKUH in SCHULTZE, N 745).

II. Materielles

- 98 Aus folgenden Gründen hat die Klägerin die Beklagte die Marketingkosten für die Monate Mai bis Dezember 2008 zu ersetzen:
- 99 Gemäss Zeugenaussage von Herr Jürgen Kölle (K-13) wurde der Marketingplan und das Marketingbudget für das Jahr 2008 im Oktober 2007 festgelegt. Die Beklagte konnte somit ausrechnen, in welcher Höhe die Kosten für das Marketing im Jahre 2008 anfallen werden. Zudem waren Radiowerbungen für das ganze Jahr im Marketingplan vorgesehen (SEF 13).
- 100 Damit die Klägerin die Produkte an ihre Abnehmer weiter verkaufen kann, ist sie auf Werbung angewiesen. Dieser kommt dabei die Funktion der Umsatzsteigerung und der Erzielung von Gewinnen zu. Das Ausmass dieser Funktion ist dabei nicht zu unterschätzen. Somit wäre es ungerechtfertigt, wenn die Klägerin für die Marketingkosten selbst aufkommen müsste. Des Weiteren ist es auch unbegründet, die Zahlung der Marketingkosten von einer plötzlichen Prüfung des Marketingplanes abhängig zu machen, da die Beklagte seit 2005 die Zahlung der Marketingkosten nicht vom Marketingplan abhängig machte.

- 101 I.c. stellen die Marketingkosten nicht amortisierte Investitionen der Klägerin dar. Hierzu kennt v.a. die deutsche Lehre verschiedene Lösungsansätze (WAUSCHKUHN in SCHULTZE, N 751).
- 102 Ein Teil der deutschen Lehre begründet den Investitionersatzanspruch durch die analoge Anwendung der Vorschriften über die Kündigung zur Unzeit (CREUTZIG, NJW 2002, S. 3430, 3433 f.). Obwohl es die Klägerin war, welche die Kündigung aussprach, blieb ihr aufgrund der Umstände, welche durch die Beklagte hervorgerufen wurden, nichts anderes übrig. Zur Unzeit war die Kündigung insofern, als die Klägerin kurz vor der Kündigung nochmals Bestellungen in einer nicht ganz unbedeutenden Höhe aufgab.
- 103 Die Klägerin war stets bemüht, die Marketingkosten möglichst gering zu halten, indem sie die Radiowerbung en bloc für das ganze Jahr einkaufte (und den Budgetbetrag dadurch sogar unterschreiten konnte). Dies stand klar auch im Interesse der Beklagten. Die Klägerin durfte davon ausgehen, dass ihr Marketingplan genehmigt ist, da die Beklagte in den vergangenen Jahren, wo gleich verfahren wurde, keine Kritik angebracht hatte. Dass die Beklagte die Marketingpläne nie geprüft hatte und somit über die Einkaufsweise der Klägerin in Unkenntnis war, ist ganz allein auf ihre eigene Untätigkeit zurückzuführen und ihr damit als Sorgfaltspflichtverletzung anzulasten (Einleitungsantwort II. Rechtliches, 8.). Da seitens der Beklagten nie Nachfragen erfolgten, kann der Klägerin auch keine Verletzung ihrer Auskunftspflicht vorgeworfen werden.
- 104 Zwar er Klägerin im Vertrag keine allgm. Vertretungsmacht eingeräumt worden (2 [2] DV). Da die Beklagte aber den Marketingplan bewilligt hat war die Klägerin zum Abschluss des en bloc Kaufs berechtigt. Obwohl sich der Auftrag im Unterschied zum AV dadurch unterscheidet, dass der Händler in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt, scheint es vorliegend sinnvoll, Art. 402 OR analog anzuwenden. Aus dessen Abs. 1 hat der Auftraggeber (i.c. die Beklagte) dem Beauftragten (i.c. der Klägerin) die Auslagen und Verwendungen (hier die Marketingkosten), die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, zu ersetzen.
- 105 Ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Marketingkosten lässt sich allenfalls auch durch analoge Anwendung von Art. 422 OR begründen, da der Kauf von Radiowerbung en bloc aufgrund geringerer Kosten v.a. im Interesse des Geschäftsherrn (i.c. die Beklagte) steht.
- 106 Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beklagte vertraglich dazu verpflichtet ist, der Klägerin die Marketingkosten zu ersetzen.

G. SCHLUSSFAZIT

- 107 Wir bitten das Gericht höflich, unser Begehren antragsgemäss (siehe Rechtsbegehren) gutzuheissen.

NACHWORT

WEIHNACHTSKARTEN

Die Beklagte macht geltend, die Weihnachtskarten (€550.-) seien nicht Bestandteil des Marketingplanes und daher nicht zu ersetzen. Obwohl die Beklagte diese Position in der gesamten vergangenen Geschäftsbeziehung nie als vom Budget nicht erfasst bezeichnete und die Klägerin durch den Kauf der Radiowerbung en bloc den Budgetbetrag sogar unterschreiten konnte (K-13), und das Budget somit auch mit Weihnachtskarten noch nicht erschöpft ist, verzichtet die Klägerin in Anbetracht der vorweihnachtlichen Stimmung auf Ersatz der dadurch entstandenen Kosten.