

KREMER ° KUZMIC ° MEIER ° SCHOPPIG

MOOT COURT TEAM 8

cand. iur. MICHAEL A. KREMER
cand. iur. IVICA M. KUZMIC
cand. iur. PASCAL F. MEIER
cand. iur. JONATHAN E. SCHOPPIG

LSI

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH – 8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2008

Klage

der **Distribujet GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Jürgen Kölle, Nikolaigraben 15,
02826 Görlitz, Deutschland

-Klägerin-

Prozessbevollmächtigte: Moot Court Team 8

gegen

BeveSana AG, vertreten durch den Verwaltungsratspräsidenten Daniel Meister, den Leiter
der Distribution Felix Meier und den Rechtsanwalt Max Raggenbass, Berner Strasse 5, 8953
Dietikon, Schweiz

-Beklagte-

Unter Wahrung der von der Kammer angesetzten Frist stellen wir namens und im Auftrag der Klägerin folgende

Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die Schiedsklausel gültig zustande gekommen sei, kein Vertragsübergang stattgefunden habe und das Schiedsgericht somit zuständig und die Beklagte passivlegitimiert sei.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin in einem vom Schiedsgericht festzusetzenden Betrag Schadenersatz, mindestens aber EUR 10'000'000.— zu bezahlen.
3. Es sei festzustellen, dass die Verrechnung einer Forderung der Klägerin von EUR 80'900 aus Marketingaufwendungen für das erste Quartal 2008 mit einer Gegenforderung der Beklagten rechtens und wirksam gewesen sei und eine entsprechende Forderung seitens der Beklagten ausgeschlossen sei.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 180'000.— nebst Zins zu 6,2% auf
 - EUR 60'000.— seit 6. Juni 2008 (weiterverrechnet am 15. Mai 2008 und abgemahnt am 6.Juni 2008)
 - EUR 60'000.— seit 5. August 2008 (weiterverrechnet am 15. Juli 2008 und abgemahnt am 5.August 2008), und auf
 - EUR 60'000.— seit 23. Oktober 2008 (weiterverrechnet am 8. Oktober und abgemahnt am 23.Oktober 2008), zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Literaturverzeichnis.....	VI
Entscheid- und Materialienverzeichnis.....	VIII
I. Einleitung	1
II. Formelles	1
A. Zuständigkeit Schiedsgericht.....	1
1. Allgemeine Voraussetzungen nach IPRG	1
2. Parteifähigkeit und Passivlegitimation der Beklagten	2
B. Kein Vertragsübergang	3
1. Keine Geschäftsübernahme nach OR 181	3
2. Keine Vermögensübertragung nach FusG 69 ff	3
3. Kein Vertragsübergang mangels Zustimmung der Klägerin.....	4
4. Scheitern der Vertragsübernahme als Ergebnis richtiger Auslegung des Übernahmevertrags.....	5
C. Anwendbares Recht	5
D. Fazit.....	6
III. Materielles	6
A. Der Distributionsvertrag.....	6
B. Verletzung des Exklusivitätsrechts.....	7
1. Garantievertrag gemäss OR 111	8
a) Allgemeine Voraussetzungen von OR 111	8
b) Entstehung des Garantievertrages gemäss OR 111.....	8
c) Abgrenzung des Garantievertrages zur bürgschaftsähnlichen Garantie und zur Bürgschaft	10
d) Rechtsfolge	10
2. Vertragsverletzung gemäss OR 97.....	11
a) Allgemeine Voraussetzungen und nichtgehörige Erfüllung.....	11
b) Schaden und Rechtsfolge.....	12
3. Handeln nach Treu und Glauben	12
C. Kündigung des Distributionsvertrages.....	13
1. Verlangen von Vorauszahlung als Lieferpflichtverletzung.....	13
2. Kündigung wegen Verletzung des Exklusivitätsrechts.....	14
3. Kündigung gemäss OR 418r und OR 337.....	14
a) Allgemeine Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund gemäss OR 418r und OR 337	14
b) Gravierende Vertragsverletzung und Rechtsfolge	15
D. Marketing-Kosten	16
1. Ausgangslage.....	16
2. Die Entstehung des Auftragsverhältnisses	16
3. Geschäftsbesorgung durch die Klägerin	17
a) Weisungen	17
b) Treuepflichten	18
c) Sorgfältiges Verhalten.....	18
4. Verpflichtungen der Auftraggeberin.....	18
a) Ersatz für Marketingkosten aus Radiowerbung für die Quartale 2–4.....	18
b) Ersatz der Kosten für Weihnachtskarten	19
c) Ersatz für Marketingkosten aus Rechnung für das erste Quartal 2008.....	20
IV. Ergebnis, Kosten und Entschädigung	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c/o	care of, zu Händen von
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf („Wiener Kaufrecht“; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), SR 0.221.211.1
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Entscheidung; Entwurf; in BGE auch Erwägung
EUR	Euro (Währung der Europäischen Währungsunion (EWWU))
evt.	eventuell
et al.	et alii, und weitere
f/ff	folgende Seite/n
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301
Hg.	Herausgeber
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
i.c.	in casu
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
lit.	litera
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 220
p.a.	per annum
S.	Seite
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ, MARC et al. (Hg), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007. Zitiert: AUTOR, CHK OR XX N YY.

BERGER, BERNHARD/KELLERHALS, FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.

FRÜH, PETER, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1945.

GAUCH, PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2003. Zitiert: GAUCH et al. 2003.

GAUCH, PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008. Zitiert: GAUCH et al.

HARTMANN, JÜRGE./EGLI, FELIX W./MEYER-HAUSER, BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag: ein Praktikerleitfaden mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, St. Gallen 1995.

HAUSHEER, HEINZ/JAUN, MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003.

HONSELL, HEINRICH (Hg.), Kurzkomentar OR Art. 1-529, Zürich 2008. Zitiert: AUTOR, KurzKomm OR XX N YY.

HONSELL, HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2005.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Basel 2006. Zitiert: AUTOR, BSK ZGB XX N YY.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 2007. Zitiert: AUTOR, BSK OR XX N YY.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, SPEPHEN V., Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel 2007. Zitiert: AUTOR, BSK IPRG XX N YY.

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2008. Zitiert: HUGUENIN, OR BT, N XX.

MERGNER-DAL VESCO, ERICA, Die Übertragung des Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Sozialschutzes im Arbeits- und Mietvertragsrecht, Diss. Basel 1989.

MEYER, CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, Zürich 1992.

OTT, WALTER, Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht als Vertragsübernahme, in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Jg. 59 (1978), Heft 5.

PAETZOLD, VERONIKA, Alleinvertriebsvertrag Deutschland–Schweiz, Zürich 2006.

SCHLUEP, WALTER, in GUTZWILLER, MAX et al., Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel 1979.

SCHULTZE, JÖRG-MARTIN/WAUSCHKUHN, ULF/SPENNER, KATHARINA/DAU, CARSTEN, Der Vertragshändlervertrag, Frankfurt am Main 2008.

SPIRIG, EUGEN, Obligationenrecht, Teilband V 1k, Art. 175 – 183 OR, zweite Lieferung, in: GAUCH, PETER (Hg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1994.

STREIFF, ULLIN/PELLEGRINI, BRUNO/KAENEL ADRIAN, Vertragsvorlagen, Eine Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, Zürich 2008.

VISCHER, FRANK (Hg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004. Zitiert: AUTOR, ZHK FusG XX N YY.

VOGEL, ALEXANDER/HEIZ, CHRISTOPH/BEHINSCH, URS, Fusionsgesetz, Zürich 2005.

VON DER CRONE, HANS CASPAR et al. (Hg.), Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (Hg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005. Zitiert: AUTOR, BSK FusG XX N YY.

WYNIGER, CHARLES, Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Bern, Winterthur 1963.

Entscheidungsverzeichnis

BGE 47 II 416

BGE 48 II 490

BGE 61 II 98

BGE 78 II 32

BGE 82 II 238

BGE 89 II 30

BGE 96 II 18

BGE 99 II 308

BGE 110 II 283

BGE 111 Ib 73

BGE 122 III 53

BGE 125 III 14

BGE 127 III 543

BGE 128 III 50

BGE 129 III 118

BGE 131 III 606

BGE 132 III 140

BGE 132 III 321

BGer 4P.137/2002

Handelsgericht St. Gallen, SJZ 1922/23 363

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff. Zitiert: Botschaft FusG.

I. Einleitung

¹ Die Klägerin stützt ihr Begehren um Behandlung der Streitsache vor Schiedsgericht und Zusprechung von Schadenersatz auf den zwischen ihr und der Beklagten am 3. Juli 2004 unterzeichneten Distributionsvertrag (K-1), welcher in Art. 19 (2) eine Schiedsklausel enthält.

² Die Klägerin wird im folgenden vorab darlegen, dass der Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 zwischen der Beklagten und der Bibite AG (B-1) nicht rechtsgültig zustande gekommen und die Schiedsklausel unter dem Distributionsvertrag auch mangels Zustimmung der Klägerin nicht von der Beklagten auf die Bibite AG übergegangen ist, mithin dass die Beklagte Partei der Schiedsvereinbarung geblieben ist und sie als passivlegitimiert und das Schiedsgericht als zuständig zu erklären sind. Danach wird sie zeigen, dass sie aufgrund der Verletzung ihres Exklusivrechts sowie ihres Anspruches auf Honorierung ihrer Bestellungen Anspruch auf Schadenersatz und Kündigung des Distributionsvertrages hat. Ferner sind ihr die vereinbarten Auslagen für zu Gunsten der Beklagten eingeleitete Marketingtätigkeiten vollumfänglich und mit Verzugszins zu ersetzen.

II. Formelles

A. *Zuständigkeit Schiedsgericht*

1. **Allgemeine Voraussetzungen nach IPRG**

³ Gemäss IPRG 176 I gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels dieses Gesetzes für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort nicht in der Schweiz hatte und das 12. Kapitel nicht durch eine formgültige Ausschlussvereinbarung i.S.v. IPRG 176 II ausgeschlossen wurde (IPRG 176 I und II; EHRAT/PFIFFNER, BSK IPRG 176 N 8).

⁴ I.c. ist der Sitz des Schiedsgerichtes Zürich. Beim Abschluss der Schiedsvereinbarung war der Sitz der Klägerin Görlitz, Deutschland. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Anwendbarkeit des IPRG ausgeschlossen wurde, weshalb es zur Anwendung gelangt und die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes und die Gültigkeit der Schiedsklausel nach IPRG bestimmt werden.

⁵ Gemäss dem Wortlaut von IPRG 186 I entscheidet das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit (sog. Kompetenz-Kompetenz) (ebenso SchO 21 I). Zuständigkeitsvoraussetzung ist in erster Linie Bestand und Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS, N 323).

⁶ Nebst der Schiedsfähigkeit der Streitsache (IPRG 177) und den formellen Voraussetzungen in IPRG 178 I, muss die Schiedsvereinbarung auch materiell gemäss IPRG 178 II gültig zustande gekommen sein. Doch auch die im Gesetz nicht erwähnte Notwendigkeit der übereinstimmenden gegenseitige Willensäusserung über die essentialia negotii, muss die Schiedsverein-

barung erfüllen (WENGER/MÜLLER, BSK IPRG 178 N 30). Zu diesen gehört die Willenseinigung der Parteien, ihre Rechtsstreitigkeit schiedsgerichtlich beurteilen zu lassen und die Bestimmung der der schiedsgerichtlichen Beurteilung zu unterwerfenden Rechtsstreitigkeit (objektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung) (WENGER/MÜLLER, BSK IPRG 178 N 30). Zudem sollte der Sitz des Schiedsgerichtes von den Parteien bestimmt worden sein. Des Weiteren müssen die Parteien befähigt gewesen sein, die Schiedsvereinbarung mit für sie verbindlicher Wirkung abzuschliessen zu können, d.h. sie müssen rechts-, handlungs- und geschäftsfähig bzw. partei- und prozessfähig sein (subjektive Schiedsfähigkeit) (BERGER/KELLERHALS, N 323, N 624).

⁷ I.c. dürften die meisten dieser Voraussetzungen wie z.B. die Schiedsfähigkeit der Streitsache (IPRG 177) oder formelle Erfordernisse (IPRG 178 I) erfüllt und unstrittig sein, weshalb wir diese Punkte nachfolgend nicht genauer behandeln werden. Sollte die Beklagte wider Erwarten Einwände betreffend diese Punkte erheben, werden wir im Rahmen der Plädoyers dazu Stellung nehmen. Nachfolgend werden wir jedoch die strittige Frage der Parteifähigkeit der Klägerin genauer betrachten.

2. Parteifähigkeit und Passivlegitimation der Beklagten

⁸ Schiedsvereinbarungen wirken, wie alle Verträge, grundsätzlich nur zwischen den an ihrem Abschluss beteiligten Parteien, i.c. also zwischen der Klägerin und der Beklagten (BERGER/KELLERHALS, N 492).

⁹ „Die Fähigkeit, als Partei vor einem vertraglich vereinbarten Schiedsgericht aufzutreten (Parteifähigkeit), gebührt nur derjenigen (rechtsfähigen) Person, die rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung geworden ist. Von der Gebundenheit der Streitparteien an die Schiedsvereinbarung wiederum hängt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ab“ (BERGER/KELLERHALS, N 331; BGer 4P.137/2002 vom 4. Juli 2003 E. 3.2).

¹⁰ I.c. muss jedoch noch ein weiteres Element berücksichtigt werden, um die Parteifähigkeit der Beklagten beurteilen zu können. Denn trotz des Grundsatzes der Autonomie der Schiedsklausel gemäss IPRG 178 III gibt es Situationen, in denen sich die Frage der Gebundenheit an den Hauptvertrag (Distributionsvertrag (K-1)) von derjenigen der Gebundenheit an die Schiedsvereinbarung (Art. 19 (2) Distributionsvertrag) nicht trennen lässt, was i.c. der Fall ist (BERGER/KELLERHALS, N 333; BGE 128 III 50 E. 2b bb.). „Die Abtretung einer Vertragsbeziehung mit einer Schiedsvereinbarung hat sozusagen eine Doppelnatur, denn sie führt nicht nur zum materiellen Übergang des abgetretenen Anspruchs, sondern auch zur Übertragung der Schiedsvereinbarung“ (WENGER/MÜLLER, BSK IPRG 178 N 77; BGE 128 III 50, 55 ff).

¹¹ I.c. hängt von der Beurteilung der Sachlegitimation, also der Frage, ob die Beklagte durch einen rechtsgültigen Übernahmevertrag (B-1) ihre Passivlegitimation verloren hat, die Beur-

teilung ihrer Parteifähigkeit und somit auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ab. Um die Parteifähigkeit der Beklagten daher ermitteln zu können, muss vorfrageweise geprüft werden, ob der Übernahmevertrag vom 25. Mai 2005 zwischen der Beklagten und Bibite AG den Übergang des Distributionsvertrages bewirkte und die Schiedsklausel dadurch auf die Bibite AG übergegangen ist.

¹² Die Klägerin wird nun nachfolgend darstellen, weshalb dieser Übernahmevertrag nicht den Übergang des Distributionsvertrages bewirkte und die Beklagte daher als parteifähig und als passivlegitimiert zu betrachten ist.

B. Kein Vertragsübergang

¹³ Es ist nicht einzusehen, aufgrund welcher Vorgänge ein Parteiwechsel hinsichtlich des Distributionsvertrages hätte stattfinden sollen.

1. Keine Geschäftsübernahme nach OR 181

¹⁴ Gemäss klarem Wortlaut von OR 181 IV hat die „Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von Handelsgesellschaften“ seit 1. Juli 2004 nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes zu erfolgen. Die Beklagte fällt als AG unter den Begriff der Handelsgesellschaften (statt vieler: VON DER CRONE, N 809). Die Übertragung von Aktiven wie auch von Passiven nach OR 181 war der Beklagten somit verwehrt (VOGEL/HEIZ/BEHINSCH FusG 69 N 19; MALACRIDA, BSK FusG 69 N 13, REETZ/BUSSI, CHK OR 181 N 19). Wenngleich Singularsukzession einzelner Vermögensteile nach h.L. rechtlich zulässig gewesen wäre (TSCHÄNI, Kurz Komm OR 181 N 4; anders: Botschaft FusG 4492), ergibt sich aus richtiger Auslegung des Übernahmevertrages zwischen der Beklagten und Bibite AG doch, dass auch keine einzelnen Aktiven übergegangen sind. Sinn des Vertrages, seine „ökonomische Bedeutung“ i.S.v. 7.1.1. Übernahmevertrag (B-1), ist nämlich Übergang der Vertriebsabteilung als funktionsfähiges Ganzes und jedenfalls nicht die Zerstückelung der wirtschaftlichen Einheit in nicht produktiv einsetzbare Einzelteile. Der Übernahmevertrag ist deshalb i.S.v. OR 20 I vollständig formnichtig (und nicht nur teilnichtig), weshalb sämtliche Übertragungshandlungen mangels causa scheiterten [vgl. auch N 20].

2. Keine Vermögensübertragung nach FusG 69 ff

¹⁵ Die fusionsrechtliche Vermögensübertragung erlangt mit der Eintragung ins Handelsregister Wirksamkeit (FusG 73 II; Ebenso die Spaltung: FusG 52). Es ist keine Eintragung erfolgt, weshalb der Übernahmevertrag (B-1) nie Wirkung entfalten konnte. Ohnehin genügte der vorliegende Übernahmevertrag der Formvorschrift von FusG 71 I c nicht und zum Übergang des Vertrags wäre zusätzlich die Zustimmung der Klägerin nötig (MALACRIDA, BSK FusG 73 N 16).

3. Kein Vertragsübergang mangels Zustimmung der Klägerin

16 Die Vertragsübernahme als Innominatkontrakt bedarf zu ihrer Wirksamkeit zwingend der Zustimmung der im Vertragsverhältnis verbleibenden Partei (BGE 47 II 421; BGE 132 III 143; OTT, S. 280; FRÜH, S. 100; MERGNER-DAL VESCO, S. 60, 103 ff). Die diesbezügliche Beweislast obliegt der Beklagten (SchO 24 I; ZGB 8; BGE 47 II 421; ebenso läge im Übrigen angesichts der Empfangsbedürftigkeit der Mitteilung nach OR 181 die Beweislast hinsichtlich des Zugangs selbiger bei der Beklagten: SPIRIG, N 161).

17 Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt ihr Einverständnis zu einer Vertragsübernahme kund getan. Den Handelnden der Klägerin fehlte bereits das Wissen um eine allfällige Betriebsübernahme, da ihr die entsprechende Mitteilung (B-2), d.h. der Antrag zur Vertragsübernahme, nie zugegangen war und auch der Hinweis Felix Meiers, „dass sich [...] nichts ändere“ (K-13, Ziff. 4) verbunden mit dem Umstand, dass die Ansprechpersonen dieselben blieben, keineswegs derartiges erahnen liess. Insofern von der Klägerin überhaupt verlangt werden konnte, dass sie sich über eine solche vage, mündliche Äusserung sowie veränderte Briefköpfe in der Korrespondenz des Geschäftspartners im hektischen Geschäftsalltag ernsthaft Gedanken mache, musste unter diesen Umständen als viel wahrscheinlicher erscheinen, dass sich das Unternehmen schlicht eine neue Firma zugelegt hatte, wie das im Rahmen der in Mode gekommenen periodischen Auffrischungen der Corporate Identity durchaus vorkommen kann. Dieser kognitive Mangel respektive die diesbezügliche Verwirrung bei der Klägerin findet auch darin Ausdruck, dass sie in ihrer Korrespondenz mehr oder minder zufällig hin und wieder den neuen Namen benutzt oder ihn mittels „/“ oder „c/o“ als gleichwertig neben den alten setzt, ohne aber die Firma der Beklagten je ganz wegzulassen. Da rechtsverbindliche Einwilligung genügende Information respektive eine Annahme einen Antrag voraussetzt, kann schon alleine aufgrund dieses Wissensdefizits keine Handlung der Klägerin als Akzept bezüglich Vertragsübergang gedeutet werden. Das blosses Fortsetzen der Geschäftsbeziehung, zumal der Verkehr über die gewohnten Kanäle mit denselben Personen stattfand, kann darüber hinaus von der Beklagten auch mangels Erklärungswillen der Klägerin nicht in guten Treuen als Zustimmung gedeutet werden, insbesondere angesichts dessen, dass die Beklagte bis April 2008 (K-7) damit zuwartete, die dauernde Falschadressierung durch die Klägerin richtigzustellen, während es doch bei einer Vertragsübernahme auf der Hand liegt, dass die Mitteilung des Übergangs beim Vertragspartner nicht registriert wurde, falls dieser danach noch immer die alte Partei anschreibt. Indem die Beklagte diesbezüglich untätig blieb, verletzte sie ihre leistungsbegleitende Mitteilungspflicht schuldhaft (vgl. GAUCH et al. 2003, N 2555). Aus der konfusen Verwendung der beiden Firmen durch die Klägerin kann insbesondere auch nicht geschlossen werden, ihr sei die Person des Gegenübers gleichgültig (Dist-

ributionsverträge sind typischerweise ad personam geschlossen: BERETTA, ZHK FusG 69-77 N 57).

¹⁸ Sollte die Auslegung der Korrespondenz durch das Gericht wider Erwarten ergeben, dass die Klägerin ihre Zustimmung zur Vertragsübernahme kund getan habe, so hätte sie dies erkennbarer Weise nur getan auf Grundlage der Annahme, dass die Betriebsübernahme erfolgreich gewesen sei und somit die institutionellen und personellen Voraussetzungen der Erfüllung des Vertriebsvertrages auch tatsächlich auf die neue Vertragspartnerin übergegangen seien, was i.c. nicht der Fall ist [N 14 f], weshalb Grundlagenirrtum i.S.v. OR 24 I Ziff. 4 vorläge.

¹⁹ Gemäss Art. 20 (1) Distributionsvertrag (K-1) hätte die Zustimmung der Klägerin zudem schriftlich erfolgen müssen. Mangels Zustimmung verbleibt das Vertragsverhältnis auch gemäss 5.2.2. Übernahmevertrag (B-1) bei der Beklagten.

4. Scheitern der Vertragsübernahme als Ergebnis richtiger Auslegung des Übernahmevertrags

²⁰ Wenngleich die Vertragsübernahme als Innominatkontrakt keinen Formvorschriften unterliegt, so muss doch angenommen werden, dass die im Übernahmevertrag (B-1) genannten Vertragsverhältnisse nicht übergehen sollten, wenn die Übertragung des Geschäftsteils misslingt. Aktiven, Passiven und Verträge bilden ein organisches Ganzes, dessen Zerlegung nicht in der Absicht der Parteien liegen konnte. Der Übergang von Verträgen macht wirtschaftlich nur Sinn, sofern der ins Vertragsverhältnis Eintretende auch über diesbezügliche Erfüllungsmöglichkeit verfügt. Die Übertragung des Betriebes scheiterte [vgl. N 14 f], womit im Übrigen auch allfällige Verfügungsgeschäfte hinsichtlich einzelner Vermögensteile mangels causa keine Wirkung zeitigen konnten, zumal sie auf der Grundlage des Übergangs des ganzen Betriebsteiles fussten, d.h. nur in dessen Rahmen von den Parteien gewollt worden waren (vgl. N 14 und 7.1.1. Übernahmevertrag). Somit verblieben die zur Erfüllung der aus dem Distributionsvertrag (K-1) zwischen Klägerin und Beklagter entspringenden Pflichten notwendigen Mittel vollumfänglich bei der Beklagten, weshalb nach wohlverstandenen Willen der Parteien des Übernahmevertrags auch der entsprechende Distributionsvertrag nicht übergegangen sein kann, weil der Vertragsübergang implizit unter der Bedingung des Übergangs der gesamten Vertriebsabteilung stand respektive diese den Grund der Vertragsübernahme darstellte (zum zwingenden Zusammenhang zwischen Erfüllungsmöglichkeit und Vertragsübergang allgemein MERGNER-DAL VESCO, S. 74; beim Mietverhältnis FRÜH, S. 99).

C. Anwendbares Recht

²¹ Nach IPRG 187 I ist i.c. Schweizerisches Recht anwendbar, da die Parteien in Art. 19 (1) des Distributionsvertrages (K-1) vereinbart haben, dass Schweizerisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechtes (CISG) zur Anwendung gelangt.

D. Fazit

22 Die Beklagte ist passivlegitimiert und das Schiedsgericht zuständig; Schweizerisches Recht ist anwendbar.

III. Materielles

A. Der Distributionsvertrag

23 Vorab gilt abzuklären, welcher Vertrag zwischen den Parteien entstanden und welches Recht daher anzuwenden ist. Den Vertrag (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten nennen beide Parteien „Distributionsvertrag“. Der Distributionsvertrag ist in den Bestimmungen des Obligationenrechts nicht geregelt. Lehre und Rechtsprechung haben Grundsätze zum Vertragsverkäufervertrag mit Exklusivitätsklausel, d.h. zum Alleinvertriebsvertrag, entwickelt. Ein solcher wird angenommen, wenn bestimmte, im Folgenden zu behandelnde Voraussetzungen, gegeben sind.

24 Ein Alleinvertriebsvertrag liegt vor, wenn sich der Lieferant verpflichtet, dem Händler ein örtlich, sachlich und evt. zeitlich begrenztes, ausschliessliches Bezugsrecht für bestimmte Waren einzuräumen, die er diesem liefert. Im Gegenzug verpflichtet sich der Händler, die entsprechenden Waren gegen Entgelt zu beziehen und den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern (HUGUENIN, OR BT, N 1490).

25 Weiter zeichnet sich der Alleinvertriebsvertrag durch ein Dauerschuldverhältnis aus. Dieses liegt bei diesem Vertrag (K-1), der auf unbestimmte Zeit und mit gegenseitigem Kündigungsrecht abgeschlossen wird, vor. Durch dieses Merkmal kann der Vertrag von einem Vorvertrag nach OR 22 und dem Kaufvertrag nach den Bestimmungen von OR 184 ff abgegrenzt werden.

26 I.c. handelt es sich ebensowenig um einen Arbeitsvertrag nach den Bestimmungen von OR 319 ff, da keine Weisungsgewalt der Lieferantin vorherrscht.

27 Ein im OR geregelter und dem Alleinvertriebsvertrag nahestehender Vertrag ist der Agenturvertrag. Der Agent handelt im Gegensatz zum Alleinvertreter jedoch nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Der Alleinvertriebshändler wird Eigentümer der Waren und damit trägt er auch das Risiko des Absatzes (HONSELL, N 351).

28 Der Distributionsvertrag weist eine Ähnlichkeit mit dem Franchisevertrag auf, welcher ebenfalls nicht explizit im OR geregelt ist. Vom Franchisevertrag grenzt sich der Alleinvertriebsvertrag i.c. dadurch ab, dass eine unternehmerische Autonomie, im Gegensatz zur Weisungsgebundenheit des Franchisings, herrscht. Im Alleinvertriebsvertrag wird auch keine Gebühr (Franchisegebühr) bezahlt.

29 Typisches Tatbestandsmerkmal ist die *ausschliessliche Lieferverpflichtung*, wobei der typische Alleinvertriebsvertrag über Waren abgeschlossen wird. Die Klägerin hat mit der Be-

klagten am 3. Juli 2004 einen Vertrag (K-1) abgeschlossen. Darin verpflichtet sich die Klägerin den Gesundheitsdrink SHARP REQUIEM® im Vertragsgebiet, der Bundesrepublik Deutschland, zu vertreiben. Nach Art. 3 (2) des Vertrages wird die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Kündigung oder Aufhebung der Vereinbarung verpflichtet, weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. In den anschliessenden Schreiben wird stets bestätigt, dass ein *Exklusivitätsrecht* bestehe. Da sich die Klägerin verpflichtet, das Produkt ausschliesslich im Vertragsgebiet zu vertreiben und nur von seinem Lieferanten zu beziehen (SCHLUEP, S. 21), wird weiter auch das Merkmal der „ausschliesslichen Bezugsverpflichtung“ i.c. erfüllt. Somit ist ein Alleinvertriebsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten entstanden.

B. Verletzung des Exklusivitätsrechts

³⁰ Mit ihrer Preisgestaltungspolitik respektive dem Unterlassen geeigneter Massnahmen zur Absatzwegsicherung hat die Beklagte das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt. Denn seit Sommer 2006 wird das Vertragsgebiet in den an Polen angrenzenden Bundesländern mit Parallelimporten überschwemmt. Mit Schreiben vom 12. August 2006 (K-2) hat die Klägerin die Beklagte auf das Problem aufmerksam gemacht und um sofortige Massnahmen zur Unterbindung der Parallelimporte ersucht. Dem Schreiben wurde eine aktualisierte Aufstellung der in Deutschland gefundenen parallelimportierten Produkte beigelegt. Die Klägerin erfüllte dadurch ihre vertragliche Mitteilungspflicht, gemäss der sich die Parteien „von Umständen zu unterrichten haben, welche die Grundlage der Vertragsbeziehung oder die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners in Frage stellen“ (PAETZOLD, S. 23).

³¹ Im Schreiben vom 10. September 2006 (K-3) wurde der Klägerin zugesichert, die Quellen der Parallelimporte ausfindig zu machen, ohne dass konkrete Massnahmen getroffen worden wären. Auf weiters Insistieren hin gewährte die Beklagte zwar einen Preisnachlass auf EUR 0.67 pro Flasche, wodurch aber nicht dauerhaft Abhilfe geschaffen wurde. Die Klägerin machte die Beklagte mündlich an der Marketingplansitzung vom 14. Oktober 2007 sowie schriftlich am 12. November 2007 (K-4) darauf aufmerksam, dass das Problem durch den Preisnachlass nicht gelöst worden war, sondern Parallelimporte die Absatzbemühungen der Klägerin massiv beeinträchtigten und forderte deshalb die Wiederherstellung des vertraglichen Zustandes und Schadenersatz für den entgangenen Gewinn.

³² Das Problem hätte die Klägerin auf zwei Arten elegant lösen können. Hätte sie der Klägerin wie der polnischen Alleinvertrieberin den gleichen Verkaufspreis angeboten, wären Parallelimporte nicht mehr attraktiv gewesen. Wenn aber die Beklagte der polnischen Alleinvertrieberin aufgrund der dort geringeren Kaufkraft billiger liefern möchte, hat sie dafür zu sorgen, dass die jeweiligen Märkte geschützt sind. Gelingt ihr dies nicht, hält sie sich nicht an den

Vertrag. Als Alternativlösung hätte sie den Markt anders abgrenzen und eventuell einen deutsch-polnischen Markt definieren müssen.

³³ Die Beklagte machte während des gesamten Schriftverkehrs keinerlei Anzeichen, sich um das ernsthafte und unternehmensgefährdende Problem kümmern zu wollen, obwohl es offensichtlich war, dass der gewährte Preisnachlass keine genügende Massnahme darstellte. Auch in der langen Reaktionszeit für die Beantwortung der Korrespondenz kann ein Desinteresse der Beklagten für die Lösung der Probleme der Klägerin festgestellt werden.

³⁴ Die Zusicherung von Exklusivität kann als Garantievertrag i.S.v. OR 111 aufgefasst werden (HUGUENIN, OR BT, N 1503; STREIFF/PELLEGRINI/KAENEL, S. 79), was im Folgenden dargelegt wird.

1. Garantievertrag gemäss OR 111

a) Allgemeine Voraussetzungen von OR 111

³⁵ OR 111 bestimmt, dass der Promittent (i.c. die Beklagte), welcher dem Promissar (i.c. der Klägerin) die Leistung eines Dritten verspricht, schadenersatzpflichtig wird, wenn die Leistung nicht oder nicht vertragsgemäss erfolgt (GAUCH et al., N 3920; PESTALOZZI, BSK OR 111 N 1). Beim Garantieverprechen wird der Dritte weder zu einer Leistung verpflichtet, noch zu einer Leistung ermächtigt (Anweisung: OR 466 ff). Der Sinn dieses Garantieverprechens liegt darin, dass sich der Promittent dazu verpflichtet, durch Ersatzleistung dafür einzustehen, dass der Dritte leisten werde (GAUCH et al., N 3921; vgl. BGE 131 III 613). Als *Leistung* kann jedes zukünftige Verhalten eines Dritten, sei es positiver oder negativer, tatsächlicher oder rechtlicher Natur, bezeichnet werden, sofern es nicht vom Willen des Promittenten, aber auch nicht ausschliesslich vom Zufall abhängig ist und für den Promissar ein Vermögensinteresse beinhaltet (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 4; BGE 96 II 22). Der Dritte, dessen Leistung versprochen wird, ist nicht Vertragspartei. Zudem ist der Vertrag formlos gültig und eine Garantie kann auch als separate Klausel, als Nebenabrede in einem Hauptvertrag mit anderen Verpflichtungen, aufgenommen werden und muss nicht zwingend als eigenständiger Vertrag verfasst werden, was i.c der Fall ist (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 7, N 9).

b) Entstehung des Garantievertrages gemäss OR 111

(1) Teleologische Auslegung des Distributionsvertrages (K-1)

³⁶ In Art. 3 (1) Distributionsvertrag (K-1) wird der Klägerin das Vertragsgebiet Deutschland zugesprochen, für welches sie das alleinige Recht besitzt, den Gesundheitsdrink SHARP REQUIEM® (und später auch SHARP RQUIEM SUGARFREE®) zu vertreiben und zu vermarkten. In Art. 3 (2) Distributionsvertrag (K-1) verpflichtet sich die Beklagte weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen noch selber direkt oder *indirekt* auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Im Gegenzug verpflichtet sich die Kläge-

rin in Art. 4 (1) und Art. 4 (2) Distributionsvertrag (K-1) die Produkte nur bei der Beklagten zu beziehen und den Absatz dieser Produkte im Vertragsgebiet so gut als möglich zu fördern.

37 Aus den oben beschriebenen Auszügen des Vertrages kann somit ein Garantieverprechen seitens der Beklagten abgeleitet werden, zumal OR 111 auch extensiv auszulegen ist (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 4). V.a. die Auslegung des Willens der Beklagten, den indirekten Absatz auf dem Vertragsgebiet zu unterlassen und die Tatsache, dass ein Vertragsgebiet bestimmt wurde, führen zur Annahme des Bestehens eines Garantievertrages. Aus Sicht der Beklagten liegt der Sinn des Abschlusses von Alleinvertriebsverträgen mit verschiedenen Vertragshändlern in verschiedenen Ländern nämlich in der Erreichung von Preisdifferenzierung nach Kundengruppen, die sich hinsichtlich ihrer Kaufkraft unterscheiden, wobei die Marktsegmente aus Praktikabilitätsgründen schematisierend räumlich abgegrenzt werden. Der Gewinn soll durch optimale Ausnutzung der unterschiedlichen Zahlungsbereitschaft der Kunden maximiert werden. Erfolgreiche Preisdifferenzierung setzt aber das Verhindern von Arbitrage zwingend voraus, ansonsten der Zweck vereitelt wird, da sich die Gewinne bei Weiterverkäufern tieferer Stufen allozieren. Insofern muss möglichst weitgehende Absatzwegsicherung gerade vom Exklusivitätsrechte vergebenden Lieferanten vernünftigerweise unbedingt gewollt sein. Angesichts dieser ökonomischen Überlegungen durfte die Klägerin Art. 3 (2) Distributionsvertrag im Vertrauen auf die Gewinnorientierung und die Rationalität ihrer Vertragspartnerin gutgläubig im genannten Sinne verstehen.

38 Im Sinne eines Synallagmas steht dem Exklusivitätsrecht zudem die i.c. durch Mindestverkaufszahlen (Art. 8 Distributionsvertrag) verschärfte Abnahmepflicht des Vertriebshändlers gegenüber, deren Erfüllbarkeit im gegebenen Marktumfeld absolut bedingt ist durch die vertragsgetreue Einhaltung der Exklusivitätszusicherung durch die Lieferantin. Die Aufweichung der Exklusivität kommt der Sabotage der Absatzbemühungen der Weiterverkäuferin durch das liefernde Unternehmen gleich und stellt daher eine Vertragsverletzung sowie einen Verstoß gegen ZGB 2 I dar (vgl. auch Handelsgericht St. Gallen, SJZ 1922/23 363).

(2) *Leistung i.S.v OR 111*

39 Zusammenfassend kann daher dargelegt werden, dass die Beklagte der Klägerin die Leistung eines Dritten verspricht, nämlich dass Dritte es unterlassen, die bezeichneten Produkte im Vertragsgebiet Deutschland zu verkaufen. Diese versprochene Leistung ist nicht vom Willen der Beklagten aber auch nicht ausschliesslich vom Zufall abhängig. Dies kann anhand der Preisgestaltungspolitik der Beklagten aufgezeigt werden, welche den Hauptgrund für die erfolgten Parallelimporte darstellt. Die Leistung enthält zudem ein Vermögensinteresse der Klägerin. Somit ist eine Leistung i.S.v OR 111 gegeben.

(3) *Literatur und Rechtsprechung zum Exklusivitätsschutz*

40 Auch gemäss MEYER besteht die Pflicht des Lieferanten (i.c. die Beklagte), das exklusiv vereinbarte Abnehmergebiet zu schützen, so weit es in seiner Macht steht (MEYER, S.43 f). WYNIGER vertritt zu Recht die Auffassung, dass der Lieferant zu positivem Handeln verpflichtet sei und daher alles unternehmen muss, um Verletzungen der Exklusivitätsklausel auch durch Dritte, welche vom Geschäftsherren (i.c. die Beklagte) dieselbe Ware erworben haben und nun ihrerseits in das dem Alleinverkäufer vorbehaltene Gebiet liefern, vorzubeugen (WYNIGER, S. 17 f).

41 Auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann nach OR 111 einem anderen die Leistung eines Dritten versprochen werden. Wer dies tut, verpflichtet sich gültig und steht seinem Vertragspartner dafür ein, dass der Dritte die Leistung erbringt. Nach der Rechtsprechung kann sich sogar z.B. eine Person (Promittent), die *selber kein Recht* auf Alleinverkauf hat, einer anderen (Promissar) dieses Recht jedoch zusichert, gültig gemäss OR 111 verpflichten (BGE 82 II 247). Somit kann argumentiert werden, dass die Beklagte, welche das Recht auf Alleinverkauf hat, erst recht dazu in der Lage war, mit der Klägerin einen Garantievertrag i.S.v. OR 111 abzuschliessen.

42 Ein weiteres Indiz für die Annahme eines Garantievertrages und des Verpflichtungswillens des Promittenten liegt vor, wenn der Promittent am Abschluss des Geschäfts oder an der Gegenleistung interessiert ist, da er direkt von der betreffenden Gegenleistung profitiert (GAUCH et al., N 3943; PESTALOZZI, BSK OR 111 N 8). I.c. profitiert die Beklagte vom Abschluss des Distributionsvertrages und auch des Garantievertrages. Denn aufgrund des Versprechens der Beklagten betreffend die Exklusivität des Vertragsgebietes, verpflichtet sich die Klägerin nämlich die Produkte nur bei der Beklagten zu beziehen und den Absatz dieser Produkte im Vertragsgebiet so gut als möglich zu fördern. Beide Parteien gehen daher ein Risiko zwecks Förderung der eigenen Interessen ein. Zwischen der Beklagten und der Klägerin ist somit ein Garantievertrag i.S.v OR 111 gültig zu Stande gekommen.

c) Abgrenzung des Garantievertrages zur bürgschaftsähnlichen Garantie und zur Bürgschaft

43 Bei der vorliegenden Vereinbarung handelt es sich nicht um eine bürgschaftsähnliche Garantie, da kein Grundgeschäft zwischen der Klägerin und Dritten besteht (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 21). Die Bürgschaftsverpflichtung setzt den Bestand einer anderen, sicherzustellenden Verpflichtung voraus (Akzessorietät), was i.c. ebenfalls nicht gegeben ist (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 22).

d) Rechtsfolge

44 Bleibt die garantierte Leistung des Dritten aus, ist der Promittent (i.c. die Beklagte) zum Ersatze des hieraus entstandene Schadens verpflichtet (und zwar unmittelbar und sofort), d.h.

dass die Klägerin Anspruch auf Schadenersatz, nach h.L. das positive Interesse (Erfüllungsinteresse), hat (PESTALOZZI, BSK OR 111 N 14; GAUCH et al., N 3931).

45 I.c. wurde die garantierte Leistung, d.h. dass Dritte den Verkauf der Produkte auf dem Vertragsgebiet unterlassen, aufgrund der erfolgten Parallelimporte verletzt und nicht eingehalten. Der Schaden besteht i.c. also aus dem entgangenen Gewinn.

46 Falls das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss gelangt, dass der Klägerin keine Schadenersatzansprüche aus OR 111 zustehen, kommt eventualiter eine Vertragsverletzung gemäss OR 97 aufgrund nichtgehöriger Erfüllung respektive Nichterfüllung des Distributionsvertrages zur Anwendung.

2. Vertragsverletzung gemäss OR 97

a) Allgemeine Voraussetzungen und nichtgehörige Erfüllung

47 Die Beklagte hat das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt, wodurch bis April 2008 fast 50% des Marktes an aus Polen parallelimportierte Produkte verloren gingen. Die aus einer Vertragsverletzung resultierende Rechtsfolge bestimmt sich nach OR 97. Gemäss OR 97 I hat die Beklagte der Klägerin Schadenersatz zu leisten, sofern sie nicht den Beweis erbringen kann, dass ihr keinerlei Verschulden zur Last falle. Voraussetzungen für eine Haftung sind zum einen, dass die Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden kann und zum anderen, dass der Klägerin ein dadurch verursachter Schaden entstanden ist (WIEGAND, BSK OR 97 N 5).

48 Lässt sich eine Verletzung vertraglicher Verpflichtungen weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen, handelt es sich um eine nichtgehörige Erfüllung, eine *positive Vertragsverletzung* (WIEGAND, BSK OR 97 N 25).

49 I.c. hat die Beklagte mindestens eine Nebenpflicht, eine sogenannte leistungsbegleitende Pflicht, wenn nicht sogar eine Hauptleistungspflicht verletzt und somit den Vertrag nicht gehörig erfüllt. Leistungsbegleitende Pflichten stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung und dienen auch der Sicherung und sachgerechten Verwendung der erbrachten Leistung, d.h. der Erreichung des Vertragszweckes (WIEGAND, BSK OR 97 N 33).

50 Beim Exklusivitätsrecht, welches in Art. 3 (1) Distributionsvertrag (K-1) begründet wurde, handelt es sich mindestens um eine solche leistungsbegleitende Pflicht, wenn nicht sogar um eine Hauptleistungspflicht, da die Vereinbarung über ein bestimmtes Vertragsgebiet ein charakteristisches Merkmal eines Distributionsvertrages darstellt. Die Zuordnung eines Vertragsgebietes für den Alleinvertreter (i.c. die Klägerin) ist von zentraler Bedeutung. Ziel des Distributionsvertrages war es, dass nur die Klägerin Produkte, welche sie bei der Beklagten beziehen muss (Art. 4 (1) Distributionsvertrag), im Vertragsgebiet Deutschland vertreiben darf.

Um den Vertragszweck erreichen zu können, ist es daher wichtig, dass diese Bedingungen – so gut als möglich – eingehalten werden, was i.c. jedoch mit einem Verlust des Marktanteils der Klägerin von 50% aufgrund parallelimportierter Produkte aus Polen bei weitem nicht der Fall war. Die Erreichung des Vertragszwecks ist durch diesen Fakt gestört, weshalb der Vertrag nicht gehörig erfüllt wurde.

b) Schaden und Rechtsfolge

⁵¹ Als *Schaden* gilt gemäss der Differenztheorie jede *unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens*. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (vgl. z.B. BGE 127 III 546; BGE 132 III 324; WIEGAND, BSK OR 97 N 38, N 53). Die Berechnung eines Integritätsschadens bei Annahme einer positiven Vertragsverletzung führt im vorliegenden Fall entgangenen Gewinns zum gleichen Ergebnis.

⁵² Aufgrund der Parallelimporte hat die Beklagte 50% ihres Marktanteils verloren und musste somit einen massiven Umsatzrückgang in Kauf nehmen. Die Differenz zwischen dem polnischen und dem deutschen Preis pro Flasche in Verbindung mit ungenügender Absatzwegsicherung stellt die Hauptursache für die Rentabilität der Parallelimporte dar (Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts vom 31. Oktober 2008, Ziff. 7). Das Handeln der Beklagten war somit *conditio-sine-qua-non* für den Eintritt des entgangenen Gewinns, d.h. für den Rückgang des Marktanteils. Denn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist die Differenz des Preises zwischen zwei gleichwertigen Produkten dazu geeignet, Parallelimporte zu fördern, sofern dem nicht entgegengewirkt wird. I.c. handelt es sich sogar um weltweit bekannte und hochklassige Produkte, weshalb sich ein Preisunterschied noch stärker auswirkt als bei weniger bekannten Waren, da sich Markenprodukte leichter verkaufen lassen. Eine auch nur marginale oberflächliche Produktdifferenzierung wäre i.c. z.B. geeignet gewesen, diesen Effekt zu brechen und die Parallelimporte einzuschränken. Parallelimporte scheinen also durch das Handeln und Unterlassen der Beklagten begünstigt und kausal für den Schaden in Form entgangenen Gewinns. Da nichtgehörige Erfüllung respektive Nichterfüllung und kausal bewirkter Schaden i.S.v. OR 97 I vorliegen hat die Klägerin Anspruch auf Schadenersatz.

3. Handeln nach Treu und Glauben

⁵³ Verhaltenspflichten werden aus ZGB 2 abgeleitet und aufgrund des Vertragschlusses gehören diese automatisch zum Vertragsinhalt, auch ohne konkrete Willensäusserung des Parteien (WIEGAND, BSK OR 97 N 5, N 35; HONSELL, BSK ZGB 2 N 11; HAUSHEER/JAUN, N 61).

Hieraus ergibt sich für die Vertragspartner die Pflicht zu loyalem Verhalten und zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners (nach wohl h.M. in allen Belangen), welche in der sog. Schutz-, Obhuts-, Beratungs-, Unterlassungs-, Informations- und Aufklärungspflicht konkretisiert wird (WIEGAND, BSK OR 97 N 6, N 34; HAUSHEER/JAUN, N 61). Zudem kann aus ZGB 2 I abgeleitet werden, dass bereits der Abschluss eines Schiedsvertrages zum Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (BGE 111 Ib 73 ff).

⁵⁴ Die Beklagte und die Klägerin haben einen Distributionsvertrag mit einer Schiedsklausel abgeschlossen. Aufgrund dieses Dauerschuldverhältnisses kann das Vorliegen eines besonderen Vertragsverhältnisses angenommen werden indem die Pflicht zu loyalem Verhalten und zur Rücksichtnahme besteht. Aufgrund von ZGB 2 kann daher, analog zur deutschen Literatur und Rechtsprechung, eine Gleichbehandlungspflicht des Unternehmers (i.c. Beklagte) abgeleitet werden, wenn der Alleinvertreiber (i.c. Beklagte) mit dem Alleinvertreiber, welcher vom Unternehmer bevorzugt behandelt wird (i.c. PLL Beer S.A.), in Wettbewerb steht (SCHULTZE/WAUSCHKUHN/SPENNER/DAU, N 244).

C. Kündigung des Distributionsvertrages

1. Verlangen von Vorauszahlung als Lieferpflichtverletzung

⁵⁵ Art. 5 (5) Distributionsvertrag (K-1) erlaubt der Beklagten im Falle von Zahlungsverzug seitens der Klägerin Vorauszahlung zu verlangen. Die Klägerin beglich jedoch die fälligen Forderungen am 21. April 2008 (K-10) und war fortan nicht mehr in Verzug, d.h. der Tatbestand des Art. 5 (5) Distributionsvertrag war nicht mehr erfüllt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte somit auch kein Recht mehr, auf Vorauszahlung zu beharren. Art. 5 (5) Distributionsvertrag kann vom redlichen Vertragspartner entsprechend dem Vertrauensprinzip nicht gutgläubig derart verstanden werden, dass einmaliges In-Verzug-Geraten die Beklagte beliebig lange zur Forderung von Vorauszahlung berechtigen würde (Zur Vertragsauslegung: BGE 129 III 122). Es muss angenommen werden, dass die Klausel dazu dient, im Falle von Liquiditätsproblemen des Vertriebsagenten die Erfüllung der berechtigten Forderungen des Lieferanten zu sichern, nicht aber dazu, den Vertragspartner unter Druck zu setzen. Entgegen der Behauptung der Beklagten, bestand für diese nämlich kein „erhebliches Kreditrisiko“ (K-11) im für Art. 5 (5) Distributionsvertrag relevanten Sinne der drohenden Insolvenz seitens der Klägerin, sondern es bestand bloss Uneinigkeit bezüglich der Berechtigung einer Schadenersatzforderung. Auf einen solchen Konflikt ist Art. 5 (5) Distributionsvertrag nun aber gerade nicht zugeschnitten und seine Anwendung daher missbräuchlich, d.h. ZGB 2 I zuwiderlaufend; Streitigkeiten sollen nämlich einvernehmlich oder gerichtlich gelöst werden, nicht über Vorschriften betreffend Zahlungsmodalitäten. Zumal der Vertrag im ent-

sprechenden Punkt von Seiten der Beklagten formuliert wurde (Beschluss Nr. 2 vom 31. Oktober 2008, Ziff. 1), spricht auch die Unklarheitsregel für dieses Ergebnis.

56 Genauso ist es unhaltbar, die von der Klägerin geltend gemachte Verrechnung als Begründung für das Verlangen von Vorauszahlung heranzuziehen, denn zumal die Parteien die Verrechnung nicht vertraglich ausgeschlossen haben, ist es ihr gutes Recht, diese gegebenenfalls auch zur Anwendung zu bringen. Dass die zur Verrechnung gebrachten Forderungen bestritten werden, schadet diesem Recht nicht (GAUCH et al., N. 3221).

57 Indem sie unter dem Vorwand des Anspruchs auf Vorauszahlung die Lieferung von Bestellungen der Klägerin verweigerte, verletzte die Beklagte den Distributionsvertrag und löste damit das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund i.S.v. Art. 13 (2) d) Distributionsvertrag aus, welches die Klägerin auch in Anspruch nahm, als sich zeigte, dass eine Fortführung der Geschäftsbeziehungen unzumutbar sei.

2. Kündigung wegen Verletzung des Exklusivitätsrechts

58 Der Distributionsvertrag zeichnet sich durch ein Doppelsynallagma aus. In einem zweiseitigen Vertrag ergeben sich Rechte und Pflichten für beide Seiten. Zu den Pflichten der Beklagten gehören nebst der Lieferung auch die Pflicht, ein exklusives Bezugsrecht einzuräumen (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 15). Im genannten Vertrag wird das Vertragsgebiet auf die Bundesrepublik Deutschland festgesetzt (Art. 3 (1)). In Art. 3 (2) wird die Beklagte verpflichtet, bis zum Zeitpunkt der Kündigung oder Aufhebung der Vereinbarung weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen, noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt einzugehen. Als charakteristische und vertragsnotwendige Bestimmung ist die Exklusivitätsbestimmung als wesentlich i.S.v. Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag zu verstehen. Ihre Verletzung wurde, wie mehrfach dargelegt, während Monaten immer wieder erfolglos beanstandet. Die Beklagte veranlasste nicht einmal Vorbereitungs-handlungen wie z.B. Marktanalysen oder rechtliche Gutachten zur Abklärung der Handlungsmöglichkeiten. Angesichts dieser Passivität war die Klägerin aus Art. 13 (2) a) Distributionsvertrag, aber abgesehen davon auch aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze betreffend Dauerschuldverhältnisse zur Kündigung wegen Unzumutbarkeit berechtigt (AMSTUTZ/SCHLUEP, BSK vor OR 184 ff N 143; SCHLUEP, S. 846; BGE 78 II 32). Als evident wurde, dass keine Verbesserung der Situation zu erwarten sei, machte die Klägerin von dem Recht Gebrauch.

3. Kündigung gemäss OR 418r und OR 337

a) Allgemeine Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund gemäss OR 418r und OR 337

59 Neben der vertraglich geregelten Kündigung aus wichtigem Grund in Art. 13 Distributionsvertrag (K-1), findet gemäss einer Entscheidung des Bundesgerichtes auch eine analoge An-

wendung von OR 418r – agenturvertragsrechtlich vorgesehene fristlose Kündigung aus wichtigem Grund – auf Alleinvertriebsverträge statt (BGE 89 II 34, 37; HONSELL, KurzKomm OR 418r N 6).

⁶⁰ Gemäss OR 418r können aus wichtigem Grund sowohl befristete wie auch unbefristete Agenturverträge von beiden Parteien jederzeit mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 1; HONSELL, KurzKomm OR 418r N 1). Diese Kündigung wirkt ex-nunc (BGE 89 II 34). OR 418r II sieht zudem eine ausdrückliche Anwendung der entsprechenden Bestimmungen über den Arbeitsvertrag vor, i.c. vor allem OR 337, betreffend fristloser Kündigung des Arbeitsvertrages (BGE 125 III 16, WETTENSCHWILER, OR 418r N 2).

⁶¹ Ein wichtiger Grund ist analog zu OR 337 II jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden (nach Treu und Glauben) die Fortsetzung des Agenturvertrags nicht mehr zugemutet werden darf (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 4). D.h., dass das Vertrauensverhältnis der Parteien derart gestört sein muss, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (i.c. Vertragsverhältnis) als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 144). Eine fristlose Vertragsauflösung ohne vorherige Abmahnung lässt sich daher nur durch eine gravierende Vertragsverletzung rechtfertigen (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 5).

b) Gravierende Vertragsverletzung und Rechtsfolge

⁶² Die Pflicht der Klägerin Produkte zu liefern sowie die Exklusivitätsbestimmungen sind als charakteristische und vertragsnotwendige Bestimmungen des Distributionsvertrages (K-1) anzusehen [N 50,55 ff, 58]. Indem sie diese wesentlichen Bestimmungen nicht einhielt, beging die Beklagte schwere, gravierende Vertragsverletzungen. Die Klägerin hat sich über Monate bemüht, diese Probleme zu beheben und versuchte gemeinsam mit der Beklagten Lösungen zu finden und hat alles ihr Zumutbare unternommen, um die Differenzen zwischen den Parteien zu bereinigen.

⁶³ In einem Schreiben vom 21. April 2008 (K-10) hat die Klägerin die Beklagte zudem abgemahnt, indem sie mit Kündigung aus wichtigem Grund drohte, falls die Beklagte weiterhin auf Vorauszahlung beharren würde. Mittels eingeschriebenem Brief vom 30. April 2008 (K-12) hat die Klägerin auch schriftlich begründet, weshalb sie den Vertrag (K-1) aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung kündigt und somit die Begründungspflicht eingehalten (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 2; PORTMANN, BSK OR 337 N 16). Sie hat zudem die Kündigung innerhalb der angemessenen Frist, nämlich unmittelbar nach Kenntnisnahme des Kündigungsgrundes – die Beklagte verlangte weiterhin Vorauszahlungen (K-11) – ausgesprochen, da juristischen Personen eine Frist von etwa einer Woche eingeräumt wird (PORTMANN, BSK OR 337 N 13).

⁶⁴ Da gravierende Vertragsverletzungen seitens der Beklagten begangen wurden und die Fortsetzung des Distributionsvertrages für die Klägerin nach Treu und Glauben als unzumutbar erschien, war die Kündigung aus wichtigem Grund rechtens. Zudem wurde die vertragsverletzende Partei (i.c. Beklagte) schadenersatzpflichtig und hat der Klägerin den entgangenen Gewinn bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin (i.c. 30. November 2008 aufgrund Art. 7 (1) Distributionsvertrag (K-1)) zu ersetzen (BGE 99 II 312; WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 7; HONSELL, KurzKomm OR 418r N 5).

D. Marketing-Kosten

1. Ausgangslage

⁶⁵ In Art. 6 Distributionsvertrag (K-1) regeln die Parteien Werbe- und Verkaufsmassnahmen. In diesem Artikel sind keine ausführlichen Instruktionen über die Promotion von SHARP REQUIEM® und SHARP REQUIEM SHUGARFREE® zu finden. Vielmehr handelt es sich um eine rahmenvertragliche Bestimmung, gemäss der die Parteien jährlich eine *separate detaillierte Abmachung in Form eines Marketingplans* über Werbe- und Verkaufsmassnahmen des kommenden Jahres treffen (Art.6 (1)). Art. 6 (2) skizziert die gegenseitigen Rechte und Pflichten grob.

⁶⁶ Die Umstände, sowie die durch die Klägerin eingereichten Beweise, sprechen dafür, dass die im Marketingplan umschriebenen Aufgaben in Form eines Auftrages i.S.v. OR 394 ff rechtliche Verbindlichkeit erlangten.

2. Die Entstehung des Auftragsverhältnisses

⁶⁷ Der Auftrag ist ein Konsensualvertrag, d.h. er kommt durch übereinstimmende Willenserklärung – durch Antrag und Annahme gemäss OR 3 f – , formfrei – unter Vorbehalt von OR 395 – auch unter juristischen Personen zustande, wenn die Tätigkeit, die er zum Inhalt hat nicht widerrechtlich oder sittenwidrig ist (HUGUENIN, OR BT, N 749; WEBER, BSK OR 395 N 2 ff).

⁶⁸ I.c. ist der Hauptgegenstand der Abmachung zwischen der Klägerin und Beklagten die Produktpromotion, was hinsichtlich Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit unproblematisch ist. Die Promotion schliesst eine Mehrzahl von Tat- und Rechtshandlungen ein, die im Marketingplan umschrieben sind. Ein Tathandlungsauftrag ist gegeben, wenn sich der Beauftragte zu einer Leistung von faktischen Diensten verpflichtet (WEBER, BSK OR 394 N 9). Die Pflicht der Klägerin, einen Quartalsbericht zu erstellen und Promotionsmaterial der Beklagten zu verteilen, lässt sich gut unter den Begriff der Tathandlung subsumieren. Unter „budgetierten Marketingaktivitäten“ (vgl. K-1, Art.6 (2); K-6, S. 4) ist der Einkauf von Werbezeit bei Radio- und Fernsehsendern, sowie die Placierung von Inseraten in ausgewählten Zeitungen zu verstehen. Diese Tätigkeit der Klägerin ist als Vornahme einer Rechtshandlung, d.h. als Er-

werb, Ausübung und Übertragung eines subjektiven Rechts, zu verstehen (WEBER, BSK OR 394 N 10).

⁶⁹ Als erfahrene Vertriebspartnerin für Getränke in Deutschland verfügte die Klägerin über genügende fachliche Fähigkeiten, ein solches Geschäft in bestem Interesse der Beklagten zu führen. Nach Würdigung aller Umstände ist davon auszugehen, dass der Auftrag spätestens in dem Zeitpunkt zu Stande gekommen ist, indem die Parteien den vereinbarten Marketingplan genehmigt haben.

⁷⁰ Selbst wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass übereinstimmende Willenserklärung der Parteien bestehe, liesse sich der Konsens i.c. aus konkludentem Verhalten, nämlich aus der Entgegennahme der Promotion durch die Klägerin oder aus nachträglicher Genehmigung und Bezahlung von Marketingausgaben durch die Beklagte, schliessen (WEBER, BSK OR 395 N 5 ff).

3. Geschäftsbesorgung durch die Klägerin

⁷¹ Die Beauftragte hat den Auftrag richtig auszuführen (OR 402 I). Eine „richtige Ausführung“ liegt vor, wenn die Beauftragte neben der Befolgung von Weisungen auch einen objektiv sinnvollen Aufwand betreibt. Unter „sinnvollem Aufwand“ ist ein zweckmässiges Vorgehen, das Vermeiden von unnötigen Kosten und die Ergreifung geeigneter Massnahmen zu verstehen (WEBER, BSK OR 402 N 5 f; BGE 110 II 285 f).

a) Weisungen

⁷² „Weisungen sind konkrete, bestimmte Direktiven, die an die Stelle der allgemeinen Ausrichtung der Beauftragtentätigkeit auf die Auftraggeberinteressen treten“ (WEBER, BSK OR 397 N 4). Die Klägerin wäre demnach nur insofern von Weisungen der Beauftragten abzuweichen berechtigt, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich wäre und überdies anzunehmen ist, die Auftraggeberin würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben (OR 397 I). Ferner bleibt die Auftraggeberin Herrin der Geschäftsbesorgung, die als solche jederzeit berechtigt ist, zur Konkretisierung eines generellen Auftrags und zur Wahrung aktueller Interessen, neue Weisungen zu erteilen (WEBER, BSK OR 397 N 4). In ihrer Konkretisierung des Auftrags i.S.v. OR 397 I war die Beklagte berechtigt, die Klägerin mittels Weisungen über den Erwerb, die Art des Erwerbs sowie über hinsichtlich der Auswahl bestimmter Radiosender zu instruieren. Sie hat auch einmal jährlich – zuletzt am 14. Oktober 2007 – im Rahmen von Marketingplansitzungen von diesem Recht Gebrauch gemacht. An den Sitzungen wurde gemäss Zeugenaussage (K-13, Ziff. 8) die Radiowerbung für das kommende Jahr (zuletzt für das Jahr 2008) *zusammen* mit der Beklagten in Marketingplan und Marketingbudget festgelegt. Gegenstand dieser Besprechungen war der Umfang der Werbung sowie die Auswahl von Radiosendern (K-13, Ziff. 8). Die *Art* der Beschaffung von Werbe-

zeit-Volumenrabatten – Kauf von Werbezeit bei Radiostationen über ein ganzes Jahr statt quartalsmässigen oder monatlichen Blöcken – wurde während der Dauer des ganzen Auftragsverhältnisses (Jahre 2004 – 2008) nie Gegenstand einer Weisung der Beklagten.

b) Treuepflichten

73 Der Einkauf von Werbezeit en bloc über das ganze Jahr, lag, nach Meinung der Klägerin, im Interesse der Beklagten und absolut im Bereich „getreuer Ausführung“ von Pflichten. Die Pflicht zu getreuer Ausführung i.S.v. OR 398 II ist nicht als auf die Ausführungsobligation beschränkt zu verstehen, sondern als eine auch die Auftragsbeendigung überdauernde Pflicht. Folglich muss die Beauftragte hinsichtlich der Fremdnützigkeit des Auftrages ihr Verhalten dem Interesse der Auftraggeberin unterordnen (WEBER, BSK OR 398 N 8). Der Beweis erfolgreicher und getreuer Ausführung des Auftrages durch die Klägerin erschliesst sich aus dem Vorteil, den sie für die Beklagte geschaffen hat. Indem die Klägerin die Werbezeit im berechtigten Vertrauen auf die Fortführung der Geschäftsbeziehungen en bloc für das ganze Jahr einkaufte, schlug sie im Interesse der Auftraggeberin einen Preisvorteil heraus.

c) Sorgfältiges Verhalten

74 Zur Pflicht sorgfältiger Ausführung der Beauftragten i.S.v. OR 398 II gehört, sicherzustellen, dass der angestrebte Erfolg durch ihre Tätigkeiten eintritt respektive alles zu unternehmen, was erfahrungsgemäss zum Erfolg führt. Das Tätigwerden der Beauftragten muss zweckgerecht, zweckmässig und erfolgsbezogen die Vertragsziele verfolgen (WEBER, BSK OR 398 N 24). An das Wirken der Klägerin ist also ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen, es ist objektiviert betrachtet am berufsspezifischen Durchschnittsverhalten zu messen (WEBER, BSK OR 398 N 27). Es stellt sich somit die Frage, ob ein Beauftragter mit gleichen fachlichen Kenntnissen wie die Klägerin in der gleichen Situation auch Werbezeit en bloc für das ganze Jahr eingekauft hätte. Die Frage ist zu bejahen. Jeder sorgfältig handelnde Beauftragte würde die Möglichkeit nutzen, unnötige Kosten zu sparen. Die Klägerin hat als Beauftragte die ihr übertragenen Aufgaben pflichtgemäss erfüllt, indem sie diese, berechtigterweise auf das Andauern der Vertragsbeziehung vertrauend, möglichst ressourcenschonend zu erfüllen trachtete.

4. Verpflichtungen der Auftraggeberin

a) Ersatz für Marketingkosten aus Radiowerbung für die Quartale 2–4

75 OR 402 I iV.m. II verpflichtet die Auftraggeberin, der Beauftragten ihre Auslagen zu ersetzen respektive sie für den Schaden, der dieser in richtiger Ausführung des Auftrags erwächst, schadlos zu halten. Ebenfalls zu vergüten sind Verzugszinse in Höhe des üblichen Bankdiskonts, d.h. i.c. in Höhe von 6.2% p.a. (Beschluss Nr. 2, Ziff. 18), denn vorliegend geht es um Handelsgesellschaften und deren „in unmittelbarem Zusammenhang mit der um-

satzbezogenen Tätigkeit beider Parteien“ stehende Forderungen (BGE 122 III 56), weshalb OR 104 III anzuwenden ist.

⁷⁶ In richtiger Ausführung des Auftrages [vgl. N 72 ff], ging die Klägerin eine Verpflichtung gegenüber Radiosendern ein und hat für die Beklagte Radiowerbung en bloc für das ganze Jahr bestellt. Daraus ist ihr die Pflicht entstanden, diese Marketingkosten quartalsweise über das Jahr zu bezahlen. Die Auftraggeberin hat die Beauftragte in Analogie zum Auslagen- und Verwendungsersatz und unter den gleichen Voraussetzungen von dieser Verbindlichkeit zu befreien (OR 402 I; WEBER, BSK OR 402 N 8 f). Folglich ist der Befreiungsanspruch in dem Zeitpunkt entstanden, in dem die Klägerin oben genannte Verbindlichkeit tatsächlich eingegangen ist – als spätester Zeitpunkt ist der 3. April 2008 anzunehmen, denn damals hat die Beklagte Kenntnis von den Marketingausgaben für das erste Quartal genommen (K-6) .

⁷⁷ Nach der Kündigung weigerte sich die Beklagte Marketingausgaben für die Radiowerbung (Quartale 2 – 4) zu übernehmen, was eine Verletzung ihrer Treuepflicht, nämlich alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren, gegenüber der Klägerin darstellt (WEBER, BSK OR 402 N 11 f). Zudem wusste sie – spätestens im Zeitpunkt der Kündigung –, dass bei der Klägerin aufgrund der Nichtbezahlung dieser Radiowerbungsausgaben ein Schaden eintritt und dass die Ausgaben im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags stehen. Die Radiowerbungszeit hat die Klägerin *ausschliesslich* für die Bedürfnisse der Beklagten erworben. Für andere von ihr vertriebene Produkte hatte sie keine Verwendung (Beschluss Nr. 2, Ziff. 14).

⁷⁸ Aus diesem Grund ist der Klägerin Schadenersatz samt Zinsen zuzusprechen. Selbst ohne Verschulden der Beklagten ist das Bundesgericht der Meinung, die Beauftragte sollte nicht schlechter gestellt werden als eine Geschäftsführerin ohne Auftrag und bejahte stets (BGE 48 II 490 f und 61 II 98) Schadenersatzansprüche gegen schuldlose Auftragsgeberinnen (WEBER, BSK OR 402 N 14).

b) Ersatz der Kosten für Weihnachtskarten

⁷⁹ Die Weihnachtskarten sind *anfänglich* mit der Beklagten nicht budgetiert worden. Die Klägerin ist erst im Laufe des Vertrages auf diese Idee gekommen, weil dies gemäss der Einschätzung der Klägerin und im Hinblick auf die Zweckerreichung, eine sinnvolle symbolische Geste gegenüber Kunden darstellt. Weil der Umfang des Auftrages oft nicht stark konkretisiert sein kann, räumt das Gesetz gemäss Rechtsprechung der Beauftragten die Möglichkeit ein, den Umfang im hypothetischen Interesse der Auftragsgeberin mitzubestimmen (OR 396; WEBER, BSK OR 396 N 1 ff).

⁸⁰ Die Weihnachtskarten wurden gemäss Zeugenaussage (K-13, Ziff. 7) ab 2005 jedes Jahr bestellt und in den Folgejahren jeweils in den Bericht des ersten Quartals über die Marketing-

ausgaben aufgenommen und der Beklagten samt Rechnungen bis spätestens zum zehnten Tag des Folgemonats zugestellt. Die Beklagte hat die Weihnachtskarten jedes Jahr (ausser 2007) anstandslos und innert vorgesehener Frist bezahlt. Gemäss den Vorschriften über das Entstehen eines Auftrages gilt die Tätigkeit der Beauftragten als genehmigt, wenn die Auftraggeberin dieser nachträglich, etwa durch Bezahlen der Rechnung, zustimmt (OR 395; WEBER, BSK OR 395 N 8). Für das Folgende gelten die Ausführungen über die Radiowerbungsauslagen sinngemäss [N 75 ff].

c) Ersatz für Marketingkosten aus Rechnung für das erste Quartal 2008

⁸¹ In ordentlicher Erfüllung der ihr aus Marketingplan entstandenen Pflichten, fasste die Klägerin einen regulären Quartalsbericht über Marketingausgaben zusammen und stellte diesen samt Rechnungen der Radiosender am 3. April 2008 der Beklagten zu (K-6). Wie sich die Beklagte weigerte die Rechnung zu bezahlen und gleichzeitig eine Gegenforderung stellte (K-7, am 17 April 2008 fällig geworden), ermahnte sie die Klägerin mittels Schreiben vom 14. April 2008 (K-8). Weil sich die Beklagte erneut weigerte, die Rechnung zu bezahlen, verrechnete sie diese der Klägerin am 21. April 2008 (OR 402 I i.V.m. OR 120).

⁸² Der Klägerin ist mit der Kostentragung der Marketingausgaben des ersten Quartals eine Vermögenseinbusse entstanden. Nach Rechtsprechung und entgegen der Meinung der Beklagten, sind diese Kosten im Zeitpunkt der Entstehung fällig und ersatzpflichtig geworden (WEBER, BSK OR 402 N 6 f). Des Weiteren lässt das Gesetz für Forderungen, die in ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, die Verrechnung zu, sobald sie fällig geworden sind (OR 120 I; im Bezug auf Fälligkeit: vgl. N 71, K-6 – K-10).

⁸³ Aus diesem Grund ist die Rechnung für Lieferungen des Produktes der Beklagten als eine Gegenforderung i.S.v. OR 120 I zu verstehen. Die Klägerin hat schliesslich ihren einseitigen Willen zur Verrechnung in dem Schreiben vom 21. April 2008 geäussert. Die Verrechnungserklärung ist eine formlose Willenserklärung. Daher reicht es gemäss Rechtsprechung aus, dass die Klägerin durch die Zusendung von Abrechnungen und Forderungsbezeichnungen ihren Willen zur Verrechnung der Beklagten konkludent kund tut (PETER, BSK OR 124 N 4).

IV. Ergebnis, Kosten und Entschädigung

⁸⁴ Aus den vorstehend genannten Gründen ersuchen wir Sie höflich, sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. X., Frau Schiedsrichterin Dr. Y., und Herrn Schiedsrichter Dr. A., unserer Klage voll zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8