

Distribujet GmbH
Nikolaigraben 15
02826 Görlitz
Deutschland

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 9

Barbara Schütz

Bettina Angst

Heinrich Krauer

Tanja Laïbi

Klageschrift

Fall Nr. 600132-2008

Distribujet GmbH

Klägerin

vertreten durch die Moot Court Gruppe 9

gegen

BeveSana AG

Beklagte

Vertreten durch die Moot Court Gruppe XX

betreffend

Forderung

Rechtsbegehren

1. Es sei festzustellen, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig ist. Ebenso sei festzustellen, dass die im Distributionsvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung unverändert gültig ist, insbesondere weil die angestrebte Vermögensübernahme im Sinne von Art. 181 Abs. 1 OR durch Bibite AG nicht stattgefunden hat und daneben auch keine weiteren Gründe vorliegen, welche eine Aufhebung der Schiedsvereinbarung rechtfertigen würden.
2. Weiter sei festzustellen, dass die Beklagte passiv legitimiert ist.
3. Aufgrund der festgestellten Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts der Klägerin sei festzustellen, dass die Beklagte dafür die alleinige Verantwortung trägt und entsprechend haftbar ist. Sie sei deshalb zur Zahlung von Schadenersatz in noch festzulegender Höhe zu verpflichten. Anlässlich der Telefonkonferenz vom 17. September 2008 einigten sich die Parteien darauf, die Schadenssumme zu einem späteren Zeitpunkt zu definieren.
4. Sodann sei durch das Schiedsgericht festzustellen, dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin verletzt und ausserdem für Warenlieferungen vertragswidrig Vorauszahlung verlangt hat.
5. Ferner sei festzustellen, dass die am 30. April 2008 durch die Klägerin ausgesprochene Kündigung des Distributionsvertrags aus wichtigem Grund rechtmässig erfolgt ist bzw. gerechtfertigt war.
6. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die in den Monaten Mai bis Dezember 2008 angefallenen bzw. noch anfallenden Kosten für Radiowerbung zu ersetzen. Auch hier sind die Parteien und das Schiedsgericht übereingekommen, den durch die Beklagte zu entrichtenden Betrag zu einem späteren Zeitpunkt; d.h. in einer späteren Phase des Verfahrens zu bestimmen (Telefonkonferenz vom 17. September 2008).
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

INHALTSSVERZEICHNIS

Rechtsbegehren.....	I
Quellenverzeichnis	IV
Entscheidungsverzeichnis	VII
Belegverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
1 Einleitung	1
2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.1 Allgemeines zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
2.2 Aufhebung der Schiedsvereinbarung durch eine rechtsgültige Vermögensübernahme	2
2.2.1 Keine Vermögensübernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR.....	2
2.2.2 Keine Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 Abs. 1 FusG.....	3
2.3 Fazit	4
3 Passivlegitimation der Beklagten.....	4
4 Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts	5
4.1 Begriffserläuterung	5
4.2 Der Vertrag	5
4.3 Rechtsnatur des Vertrags	6
4.4 Exklusivitätsabrede	7
4.5 Vertragsverletzung.....	8
4.6 Das Garantieverprechen in der Exklusivitätsabrede	10
4.7 Fazit	10
5 Kündigung aus wichtigem Grund	11
5.1 Ausgangslage.....	11
5.2 Kündigung wegen Verletzung der vertraglichen Exklusivität.....	12
5.3 Kündigung wegen Verletzung der Lieferverpflichtung.....	13
5.4 Kündigung wegen Störung des Vertrauensverhältnisses	13
5.5 Kündigung aus wichtigem Grund bzw. Änderung der Verhältnisse	14
5.6 Fazit	15
6 Verletzung der Lieferverpflichtung	15
6.1 Anspruch	15
6.2 Wirtschaftlicher Vorgang.....	15
6.3 Rechtliche Begründung.....	16

6.3.1 Vorauszahlung	16
6.3.2 Verrechnung	17
6.3.3 Formulierung von Verträgen	17
6.4 Fazit	18
7 Ersatz der Kosten für Radiowerbung im 2008	18
7.1 Entstehung der Kosten	18
7.2 Folgen der Vertragskündigung	19
7.3 Fazit	20

Quellenverzeichnis

Literatur

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

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

GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Dissertation Fribourg/Schweiz, 1968

Zitiert: GAUCH

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

Zitiert: HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER

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

Zitiert: HARTMANN JÜRGE

HADŽIMANOVIĆ NATAŠA, Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Zürich 2006

Zitiert: HADŽIMANOVIĆ

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

Zitiert: HUGUENIN

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

Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY

KOLLER ALFRED, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung. In: Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von Koller A./Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, 9. Auflage, Zürich 2000

Zitiert: KOLLER UNMÖGLICHKEIT

KOLLER ALFRED, Untergang der Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers. In: Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von Koller A./Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, 9. Auflage, Zürich 2000

Zitiert: KOLLER UNTERGANG

KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schlupe R. Walter (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Zürich, 1989

Zitiert: KUHN

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

Zitiert: KULL

MAIER H. J./MEYER-MARSILIUS H. J., Alleinvertriebs-Vertrag (Vertragshändler-Vertrag) zwischen schweizerischen Lieferfirmen und ihren Abnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Frankfurt/Schöneck/Zürich 1978

Zitiert: MAIER/MEYER-MARSILIUS

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

Zitiert: PAETZOLD

SCHUMACHER RETO T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Dissertation, Zürich/Basel/Genf 2005

Zitiert: SCHUMACHER

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

Zitiert: VOGEL/SPÜHLER

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

Zitiert: WILDHABER

Andere Quellen

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

Zitiert: BOTSCHAFT ZUM FUSG

BUCHER EUGEN, OR Allgemeiner Teil, Beendigung der Schuldverhältnisse, abrufbar unter: <http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_21.pdf> (b.a.: 28.11.2008)

Zitiert: BUCHER

VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER, www.fusg.ch - die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <<http://www.fusg.ch/site/vmuebr/rechtliches/abgrenz/index.php?datum=2008-10-01>>, Stand: 01.10.2008, (b.a.: 28.11.2008)

Zitiert: VON DER CRONE

Entscheidverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. April 1991, BGE 117 II 94 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 22. Januar 2008, 4A_244/2007

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Januar 2005, 4P_235/2004

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. November 2002, BGE 129 III 167 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. April 2002, BGE 128 III 428 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juni 1996, BGE 122 III 262 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Januar 1963, BGE 89 II 30 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Mai 1963, BGE 89 II 126 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1997, BGE 124 III 155 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Februar 2003, BGE 129 III 320 ff.

Belegverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
b.a.	besucht am
BGE	Bundesgerichtsentscheid
EUR	Euro
E.	Erwägung
f	folgende
ff.	fortfolgende
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, SR 221.301
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HregV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. August 2008), SR 220
Nr.	Nummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
u.a.	unter anderem
VR	Verwaltungsrat
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

1 Einleitung

- 1 Zuerst wird die Klägerin darlegen, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung ihrer Ansprüche zuständig ist und insbesondere aufzeigen, dass die vertragliche Schiedsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten durch den Übernahmevertrag nicht aufgehoben wurde [13-22]. Im Folgenden beziehen sich die Nummern in den eckigen Klammern jeweils auf die entsprechenden Randziffern dieses Dokuments].
- 2 Aufgrund der Zuständigkeit des Schiedsgerichts und der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ergibt sich, dass die Beklagte passiv legitimiert ist [23-24].
- 3 Im Weiteren wird die Rechtsnatur des Vertrags dargelegt und aufgezeigt, dass die Beklagte das ausschliessliche Vertriebsrecht der Klägerin verletzt hat [25-54].
- 4 Die Kündigung der Klägerin aus wichtigem Grund war gerechtfertigt [55-69].
- 5 In der Folge wird die Klägerin darlegen, dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin verletzt hat, indem sie vertragswidrig Vorauszahlung verlangte [70-86].
- 6 Schliesslich ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin die Kosten für die Radiowerbung im Jahr 2008 für die Monate Mai bis Dezember zu ersetzen hat [87-95].

2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts

2.1 Allgemeines zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 7 Bei der Prüfung der Zuständigkeit hat das Schiedsgericht seine Unabhängigkeit und Parität sowie die Gültigkeit der Schiedsabrede und die Parteifähigkeit von Kläger und Beklagtem (BGE 117 II 94, S. 98; BGE vom 22.01.2008, 4A_244/2007, E. 5.1) zu prüfen (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 14 Rz. 53 ff.).
- 8 Die Klägerin geht davon aus, dass das ordnungsgemäss bestellte Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für die Beurteilung des vorliegenden Streites auf der Grundlage des 12. Kapitels des IPRG unter Anwendung von schweizerischem Recht nach dem von den Parteien gewählten Verfahren gemäss der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern zuständig ist.
- 9 Gemäss Art. 177 IPRG kann der Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. Die Schiedsvereinbarung hat gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG schriftlich zu

erfolgen und ist gemäss Art. 177 Abs. 2 IPRG gültig, wenn sie dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.

- 10 In casu wurde die Schiedsvereinbarung schriftlich verfasst und sie entspricht dem schweizerischen Recht. Folglich ist die Schiedsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten gültig zustande gekommen und die Schiedsfähigkeit der Sache ist gegeben.
- 11 Die Beklagte bestreitet in ihrer Einleitungsantwort die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der gegenüber ihr geltend gemachten Ansprüche. Sie führt aus, dass mit dem Übernahmevertrag vom 25. Juni 2005 die Schiedsklausel auf die Bibite AG übergegangen sei und sie keine rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin mehr habe.
- 12 Nachfolgend wird die Klägerin mehrere Gründe darlegen, weshalb die Beklagte nach wie vor an die Schiedsabrede gebunden ist. Zum einen hat keine Vermögensübernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR stattgefunden, zum anderen ist die Vermögensübernahme nicht rechtsgültig erfolgt.

2.2 Aufhebung der Schiedsvereinbarung durch eine rechtsgültige Vermögensübernahme

2.2.1 Keine Vermögensübernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR

- 13 Die Beklagte führt aus, dass mit dem Übernahmevertrag vom 25. Juni 2005 ihre Vertriebsabteilung mit allen Aktiven und Passiven i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR an die neugegründete Bibite AG übergang. Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR und wie weiter unten ausgeführt, wird eine derartige Vermögensübernahme vom Fusionsgesetz erfasst. Die Beklagte und ihre Vertragspartnerin, die Bibite AG, sind demgemäss von falschen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen. Ob der Übernahmevertrag bereits durch diese Tatsache nichtig ist, hat das Gericht zu entscheiden, denn siehe Art. 18 Abs. 1 OR sowie „...dass die rechtliche Qualifikation eines Vertrages unabhängig von der Bezeichnung durch die verfassende Partei von seinem Inhalt abhängt und dem Parteiwillen entzogen ist ...“ (BGE vom 10.01.2005, 4P_235/2004, E. 3.4).
- 14 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, dass die Vermögensübernahme gemäss Art. 181 Abs. 1 OR erfolgte, muss es auch feststellen, dass die Klägerin von dieser Übernahme zu keinem Zeitpunkt betroffen war und ist und diese Übernahme rechtsgültig keine Wirkung entfaltete, da die Klägerin darüber nicht informiert war (s. Zeugenaussage K-13, Punkt 3). Die Beklagte hat gemäss eigenen Aussagen auch keine Auskündigung in einem öffentlichen Blatt wie z.B. dem Schweizerischen Handelsamtsblatt vorgenommen (s. Einleitungsantwort Punkt I 2). Die Mitarbeiterin der Beklagten kann sich nicht vorstellen, dass die

Klägerin den elektronisch unterschriebenen Serienbrief nicht auch erhalten habe, muss aber zugeben, dass keinerlei Beweise dafür existieren (Zeugenaussage B-2, Punkt 4). Dies zeigt, dass die Beklagte die Information an ihre Vertragspartner nicht für wichtig hielt oder vergessen hat. Werden aber die Gläubiger nicht korrekt informiert, so hat keine rechtsgültige Übernahme i.S.v. Art. 181 Abs. 1 OR stattgefunden, denn die Anwendbarkeit von Art. 181 OR setzt sowohl die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts, als auch die Mitteilung oder Auskündigung in öffentliche Blättern voraus. (BGE 129 III 167, S. 168).

2.2.2 Keine Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 Abs. 1 FusG

- 15 Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR ist die Übernahme eines Geschäfts einer Handelsgesellschaft (also u.a. auch einer AG) nach dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes vom 1. Juli 2004 ausschliesslich nach den Vorschriften desselben zu regeln. Eine Vermögens- oder Geschäftsübertragung nach Art. 181 Abs. 4 OR steht nicht mehr zur Verfügung, wenn ein Rechtsträger, welcher im Handelsregister eingetragen ist, einem anderen Rechtsträger Vermögen oder ein Geschäft überträgt (SCHUMACHER, S. 20).
- 16 In casu wollte eine Handelsgesellschaft (die Beklagte) einer anderen Handelsgesellschaft (der Bibite AG) ein Geschäft (die Vertriebsabteilung) veräussern. Diese Vermögensübertragung ist in Art. 69 FusG und nicht in Art. 181 OR geregelt, „ansonsten die zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger eingeführten, strengeren Vorschriften des Fusionsgesetzes leicht umgangen werden können.“(VON DER CRONE, [Http://www.fusg.ch/site/vmuebr/rechtliches/abgrenz/](http://www.fusg.ch/site/vmuebr/rechtliches/abgrenz/)).
- 17 Es wird in casu von einer Vermögensübertragung und nicht von einer Spaltung ausgegangen, da die Beklagte gemäss Übernahmevertrag (B-1) der Bibite AG nur die Vertriebsabteilung mit sämtlichen dazugehörenden Aktiven und Passiven und die damit zusammenhängenden Verträge mit Dritten übertrug. Bei einer Spaltung müssen neben den Vermögenswerten auch Anteils- und Mitgliedschaftsrechte auf die neue Gesellschaft übergehen. Die Beklagte hat gemäss Übernahmevertrag (B-1) keine Anteils- und Mitgliedschaftsrechte auf die Bibite AG übertragen.
- 18 Gemäss Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG muss der Übernahmevertrag (B-1) den Wert aller übertragenen Aktiven und Passiven angeben und dieser Saldo muss positiv sein (Art. 71 Abs. 2 FusG). Gemäss Corrigenda Stand 25. November 2008 Ziff. 4 weist der Übernahmevertrag (B-1) diesen aktiven Überschuss aus.
- 19 Des Weiteren muss die Vermögensübertragung aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit im Handelsregister eingetragen werden (Art. 73 Abs. 1 FusG), dieser Eintrag erst

bewirkt die eigentliche Vermögensübertragung und bedarf der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB): „Wenn die Eintragung erfolgt ist, wird sie gemäss Artikel 931 Absatz 1 OR im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) bekannt gemacht.“ (siehe BOTSCHAFT ZUM FUSG, Rz. 4464). Da die Beklagte auf eine Eintragung in das Handelsregister verzichtete, ist keine Vermögensübertragung gemäss Art. 73 Abs. 1 FusG zustande gekommen.

20 Gemäss Art. 70 Abs. 1 FusG muss die Unterzeichnung des Übertragungsvertrags von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger erfolgen. Bei Aktiengesellschaften sind dies die Mitglieder des Verwaltungsrates. An dessen Stelle kann die Unterzeichnung des Vertrags auch durch andere Personen erfolgen, die gesellschaftsrechtlich oder aufgrund besonderer Vollmacht den betreffenden Rechtsträger verpflichten können (SCHUMACHER, S. 62). Wird der Übertragungsvertrag nicht von allen Mitgliedern der obersten Leistungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsorgane unterzeichnet, muss deren Zustimmung mittels Auszügen aus den Protokollen dieser Organe zusätzlich dokumentiert werden (Art. 138 lit. b HregV).

21 Im vorliegenden Fall wurde der Übernahmevertrag (B-1) seitens der Bibite AG durch Daniel Meister, VR-Präsident, und Felix Meier, Leiter Distribution, unterzeichnet. Nach den uns zur Verfügung stehenden Informationen ist Felix Meier nicht Mitglied des Verwaltungsrates. Es ist uns des Weiteren nicht bekannt, ob Felix Meier aufgrund einer Vollmacht ermächtigt wurde, die Bibite AG rechtmässig zu vertreten. Zudem ist uns auch nicht bekannt, ob ein Zustimmungsbeschluss aller Mitglieder des Verwaltungsrates vorliegt. Da die Beklagte beim Übernahmevertrag (B-1) von einer Vermögensübernahme gemäss Art. 181 Abs. 1 OR ausging, kann unseres Erachtens davon ausgegangen werden, dass der Übertragungsvertrag auch aufgrund von Fehlern bei der Unterzeichnung (fehlende Vollmacht, fehlender Zustimmungsbeschluss aller Mitglieder des Verwaltungsrates) mangelhaft ist.

2.3 Fazit

22 Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es aufgrund der aufgeführten Mängel weder nach Art. 181 Abs. 1 OR noch nach Art. 69 Abs. 1 FusG zu einer Übernahme der Vertriebsabteilung der Beklagten durch die Bibite AG gekommen ist.

3 Passivlegitimation der Beklagten

23 Die Sachlegitimation ist die Berechtigung der Klägerin, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation), und zwar gegen die ins Recht gefasste Be-

klage, welche bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht und damit passivlegitimiert ist. Die Prüfung der Legitimation erfolgt frei und von Amtes wegen (VOGEL/SPÜHLER, 7. Kapitel, Rz. 89).

- 24 Die Beklagte fordert aber in ihrer Einleitungsantwort, dass sie bezüglich der geltend gemachten Ansprüchen nicht zuständig sei und es ihr an der Passivlegitimation fehle. Da, wie unter [13–22] ausgeführt, keine Vertragsübernahme stattgefunden hat, ist die Beklagte nach wie vor in der Pflichtstellung; gegen sie richtet sich das Recht, somit ist sie passivlegitimiert (VOGEL/SPÜHLER, 7. Kapitel, Rz. 89 ff.).

4 Verletzung des ausschliesslichen Vertriebsrechts

4.1 Begriffserläuterung

- 25 Der Begriff „Vertriebsrecht“ stammt aus der Praxis; es findet sich daher keine Normierung in den gesetzlichen Grundlagen. Er dient als Sammelbezeichnung für diejenigen Rechtsbereiche, die im Zusammenhang mit der rechtlichen Bewältigung aller Themen, welche mit dem Absatz von Waren und Dienstleistungen zu tun haben, stehen. Der Fokus liegt aber vielfach auf den vertragsrechtlichen Aspekten. Ein typischer Vertrag des Vertriebsrechts ist namentlich der Alleinvertriebsvertrag (WILDHABER, Rz. 68 ff.).

4.2 Der Vertrag

- 26 Die Klägerin und die Beklagte haben am 3. Juli 2004 einen Vertrag im Sinne von Art. 1 OR ff. (im Folgenden „Vertrag“) abgeschlossen (K-1). Dieser Vertrag wurde am 7. Mai 2006 ergänzt.
- 27 Die Klägerin erhält im Vertrag das ausschliessliche Recht, den Gesundheitsdrink SHARP REQUIEM® (im Folgenden das „Produkt“) nach Massgabe des Vertrags im Vertragsgebiet Deutschland zu vertreiben. Sie erwirbt und vertreibt das Produkt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung als unabhängige Vertriebspartnerin für unbestimmte Zeit. (K-1, Ziffer 2 sowie Ziffer 7.(1)). Mit der Ergänzung vom 7. Mai 2006 erlangt die Klägerin zusätzlich das Exklusivvertriebsrecht für die zuckerfreie Version von SHARP REQUIEM®; dem Getränk SHARP REQUIEM SUGARFREE® (im Folgenden ebenfalls als „Produkt“ bezeichnet).
- 28 Konkret verpflichtet sich die Klägerin, alles in ihrer Kraft Stehende zu unternehmen, um das Produkt zu vermarkten (K-1, Ziffer 4.(2)). Darunter fallen namentlich Schulung des Personals nach Richtlinien der Beklagten, Befriedigung der Marktbedürfnisse sowie die Aufrechterhaltung einer angemessenen Vertriebsorganisation (K-1, Ziffern 4.(2) - 4.(3)).

- 29 Aus diesen Verpflichtungen sollten die im Vertrag (K-1, Ziffer 8.(1)) aufgeführten Minimalverkaufszahlen für die Jahre 2005 bis 2007 resultieren.
- 30 Als Gegenleistung verpflichtet sich die Beklagte, das im Marketingplan vorgesehene Promotionsmaterial kostenlos zur Verfügung zu stellen und die budgetierten Marketingkosten zu übernehmen (K-1, Ziffer 6.(2)). Der Ankaufspreis pro Flasche à 500 ml beträgt EUR 0.72 (K-1, Ziffer 5.(3)).

4.3 Rechtsnatur des Vertrags

- 31 Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Rahmenvertrag und als Vertrag eigener Art zu qualifizieren (MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 9 f.). Er weist Elemente des Kaufs gemäss Art. 184 ff. OR auf und kann solche der Garantie i.S.v. Art. 111 OR (Abrede des Gebietsschutzes zu Lasten Dritter) enthalten (HUGUENIN; Rz. 1500 ff). Beim Alleinvertriebsvertrag gehen die Parteien ein Dauerschuldverhältnis ein. Typische Elemente eines Alleinvertriebsvertrags sind folgende: Der Händler (auch Distributor genannt) ist Eigenhändler, d.h. er handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Einerseits verpflichtet sich der Lieferant, die vereinbarte Vertragsware innerhalb eines Vertragsgebiets nur an diesen Händler zu liefern. Andererseits verpflichtet sich der Händler, die Vertragsware (oder einen Mindestbezug) für das Vertragsgebiet ausschliesslich bei seinem Lieferanten zu beziehen (WILDHABER, Rz. 200 f.).
- 32 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossene Vertrag (K-1) erfüllt die Kriterien des Alleinvertriebsvertrags: Die Beklagte hat sich verpflichtet, der Klägerin ein sachlich und örtlich begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht für ihr Produkt einzuräumen. Die Klägerin hat sich im Gegenzug verpflichtet, das Produkt gegen Entgelt nur bei der Beklagten zu beziehen und übernimmt die Verkaufsförderungspflichten (HARTMANN JÜRIG, S. 14; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 14 f.). Sie geht ein Dauerschuldverhältnis ein und beliefert ein ausschliessliches Vertragsgebiet (WILDHABER, Rz. 200). Somit haben die Parteien die aus einem Alleinvertriebsvertrag entstehenden Hauptleistungspflichten vereinbart.
- 33 Der Alleinvertriebsvertrag dient den gleichen wirtschaftlichen Bedürfnissen wie der Agenturvertrag, denn es sind beides Instrumente, welche es beispielsweise Grosshändlern und Exporteuren erlauben, gestaffelt oder unmittelbar in Märkte anderer Länder einzusteigen, um dort Stützpunkte zu gründen (KUHN, S. 187 ff.). Die teilweise Anwendung der speziellen Elemente des Agenturrechts auf den Alleinvertriebsvertrag sind insbesondere in folgenden Fällen hervorzuheben: Die Verpflichtung zu Umsatz fördernden Massnahmen gemäss Art. 418c Abs. 1 OR (K-1, Ziffer 4.(2)-(3)) und die Zusicherung eines exklusiven Vertragsgebiets nach Art.

418f Abs. 3 OR rücken den Alleinvertriebsvertrag in die Nähe des Agenturvertrags. Deshalb sind diese Normen analog für den Alleinvertriebsvertrag anzuwenden, womit dem gesetzgeberischen Gedanken des Schutzes der schwächeren Partei Rechnung getragen wird (KULL, Rz. 231 ff.). Macht der verletzte Vertragspartner eines Alleinvertriebsvertrags Schadenersatz gemäss Art. 97 OR geltend, tritt hier – da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt – an die Stelle des Rücktrittsrechts die agenturrechtliche Kündigung aus wichtigen Gründen ex nunc gemäss Art. 418r Abs. 1 OR (KUHN, S. 194 ff.; PAETZOLD, S. 45).

34 Die Abgrenzung zum Franchisevertrag ergibt sich namentlich aus dem Umstand, dass der Franchisenehmer eine Eintrittsgebühr sowie eine laufende, umsatzabhängige Gebühr zahlen muss (HUGUENIN, Rz. 1550). Ebenso muss das erfolgsgeprüfte Betriebs- und Marketingkonzept des Franchisegebers übernommen werden (WILDHABER, Rz. 213).

35 Aus dem Vertrag ist weder ersichtlich, dass eine Eintrittsgebühr noch eine laufende umsatzabhängige Gebühr entrichtet werden muss. Die Klägerin hat auch kein Betriebs- und oder Marketingkonzept der Beklagten übernommen; im Gegenteil, das Marketingkonzept wurde jährlich gemeinsam erarbeitet (K-1; 6.(1)).

36 Somit handelt es sich beim Distributionsvertrag eindeutig um einen Alleinvertriebsvertrag.

4.4 Exklusivitätsabrede

37 In Vertriebsverträgen kann der Lieferant dem Alleinvertreter ein Gebiet zusichern, dies entspricht einem ausschliesslichen Vertriebsrecht in geografischer Hinsicht. Die ausschliessliche Zusicherung eines Vertragsgebiets hat für den Alleinvertreter die Konsequenz, dass er sich nicht gegen systeminterne Konkurrenz zu behaupten braucht. Im Gegenzug steht er als Partner zur Verfügung, welcher sich auf einen räumlich beschränkten Markt fokussiert und diesen intensiv bearbeitet (KULL, 224 ff.). Die Zusicherung eines Gebiets geschieht im Rahmen einer Exklusivitätsabrede der Parteien.

38 Art. 418f Abs. 3 OR enthält als dispositive Regelung die gesetzliche Vermutung, dass bei der Zuweisung eines bestimmten Vertragsgebiets ein Exklusivitätsanspruch des Agenten besteht. Wie aufgeführt [33], ist diese Bestimmung analog auf den Alleinvertriebsvertrag anzuwenden. Die Zusicherung einer solchen Gebietsexklusivität wird in der Lehre als eine mit dem Garantieverprechen gemäss Art. 111 OR verwandte Zusicherung qualifiziert. (HUGUENIN, Rz. 1503).

- 39 Der Vertrag (K-1) enthält eine solche Exklusivitätsabrede: Der Klägerin wird im Vertrag unter den Ziffern 2.(1) i.V.m. 3.(1) und 3.(2) Deutschland als exklusives und alleiniges Vertragsgebiet zugesichert.
- 40 Im Gegenzug ist die Klägerin dazu verpflichtet, in dem ihr zugesicherten Gebiet, den Absatz bestmöglich zu fördern (PAETZOLD, S. 3; K-1, 4.(2)). Diese Absatzförderungspflicht wird seitens der Klägerin erfüllt. Dies ergibt sich aus dem Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts (Punkt 12).
- 41 Dadurch, dass die Beklagte der Klägerin anbietet, den neu lancierten Drink SHAB REQUIEM SUGARFREE® ebenfalls exklusiv im Vertragsgebiet zu vertreiben (B-3), bringt sie zum Ausdruck, dass sie mit den bisher erreichten Verkaufserfolgen mehr als zufrieden ist. Andernfalls wäre dieses Angebot wohl kaum gemacht worden.

4.5 Vertragsverletzung

- 42 Ein Verstoss gegen die Exklusivitätsabrede, einer vertraglichen Hauptleistungspflicht [39], entspricht einer Vertragsverletzung.
- 43 Den Verstoss gegen die Exklusivitätsabrede seitens der Beklagten macht die Klägerin mehrmals mündlich, und erstmals schriftlich mit Brief vom 12. August 2006 (K-2) geltend, indem sie auf die Parallelimporte aus Polen aufmerksam macht: Durch diese Parallelimporte wird ihre vertraglich zugesicherte Exklusivität verletzt und sie kann den ihr zugesprochenen Markt im Vertragsgebiet nicht mit der gewünschten Intensität bearbeiten [37].
- 44 Mit Brief vom 10. September 2006 (K-3) verspricht die Beklagte, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und damit sicherzustellen, dass die Exklusivität der Klägerin nicht verletzt wird. Als Massnahme, welche gleichzeitig als Eingeständnis angesehen werden kann, dass sie ihren vertraglichen Verpflichtungen bis dato nicht genügend nachgekommen ist, gewährt sie der Klägerin eine Preisreduktion auf EUR 0.67 pro Flasche.
- 45 Wie sich in der Folge zeigte, hat diese Preisreduktion nicht das erhoffte Ergebnis gebracht, die Parallelimporte hielten an (K-4). Die Argumentation der Beklagten (K-5), sie träge keine vertragliche Verpflichtung, der Klägerin ähnliche oder gleiche Einkaufskonditionen wie dem polnischen Alleinvertreter zu gewähren, um Parallelimporte zu verhindern, läuft ins Leere. Einerseits erfolgte diese Preisanpassung auf Anregung der Klägerin (K-4), weil die Beklagte offensichtlich nicht in der Lage war, das Problem in den Griff zu bekommen, andererseits besteht die vertragliche Pflicht der Beklagten nicht in der Preisreduktion, sondern im Umstand der Gewährung der Exklusivität der Klägerin.

- 46 Der Exklusivitätsanspruch der Klägerin konnte ab Vertragsschluss im Juli 2004 bis circa Juli 2006 gewährleistet werden. Ebenso gelang dies wieder nach der Preisreduktion in der Zeit von September 2006 bis Spätsommer 2007. Wieso es der Beklagten danach nicht mehr gelang, diesen Exklusivitätsanspruch zu gewährleisten, kann nur am Umstand liegen, dass sie offensichtlich nicht genug unternommen hat, um dem Phänomen der Parallelimporte aus Polen entgegenzuwirken. Ihre ungenügenden Bemühungen (Preisreduktion, Nachfragen beim Alleinvertreter in Polen, siehe K-3) haben nicht den gewünschten Erfolg gebracht. Dadurch verletzt sie ihre Leistungspflicht aus dem Vertrag [39], was nach Art. 97 Abs. 1 OR zur Schadenersatzpflicht führt, sofern der Schuldner nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Wie oben dargestellt, ist dies der Beklagten nicht gelungen, womit der Schadenersatzanspruch der Klägerin im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR durchaus gerechtfertigt ist.
- 47 Wird die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich subjektiv unmöglich, führt das nach der herrschenden Meinung zur Schadenersatzpflicht des Schuldners gemäss Art. 97 Abs. 1 OR. Allerdings nur, wenn der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die zur nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit geführt haben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2607). Eine solche liegt vor, wenn der konkret leistungspflichtige Schuldner nach Vertragsschluss unmöglich leisten kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2592). Die Beklagte kann ihre Pflicht, die der Klägerin zugesicherte Exklusivität, nicht leisten. Durch ihre Preispolitik und ihr zögerliches Verhalten hat die Beklagte die Parallelimporte zumindest mitverschuldet.
- 48 Die Parteien waren sich der Tatsache der Parallelimporte bewusst (siehe K-1 8.(3)). Als die Beklagte einen gleich lautenden Distributionsvertrag mit der PLL Beer S.A., einem Unternehmen in einem Nachbarland der Klägerin abschloss und diesem dasselbe Produkt zu besseren Bedingungen anbot, musste sie sich bewusst gewesen sein, dass Parallelimporte in Kürze Deutschland überschwemmen würden. Um ihren vertraglichen Pflichten nachkommen zu können, hätte die Beklagte bereits im Vorfeld Lösungen für diese Problematik zur Hand haben sollen, nichts anderes wird von einem Geschäftspartner in gutem Treu und Glauben erwartet. Dem war aber nicht so, bereits ein paar Wochen nach Vertragsabschluss musste die Klägerin massive Umsatzeinbussen aufgrund Parallelimporten aus Polen erleiden.
- 49 Die Abgrenzung zur Schlechterfüllung zeichnet sich dadurch aus, dass der Schuldner zwar seine Leistung erbringt, jedoch mangelhaft. Derartige Fälle sind nach herrschender Lehre ebenfalls unter Art. 97 Abs. 1 OR zu subsumieren (KOLLER UNMÖGLICHKEIT, § 31, Rz. 13 ff.). Selbst wenn das Gericht der Auffassung wäre, dass die Beklagte eine Leistung erbracht hat, lässt sich wohl kaum abstreiten, dass diese mangelhaft war.

- 50 Wie unter [33] erwähnt, rückt der Alleinvertriebsvertrag bei der Zusicherung eines exklusiven Vertragsgebiets vom Konzept her in die Nähe des Agenturvertrags (KULL, Rz. 321). Artikel 418f Abs. 3 OR postuliert, dass wenn dem Agenten ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen wird, er, soweit nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wurde, unter Ausschluss anderer beauftragt ist. Er hat somit einen Exklusivanspruch, in jenem Gebiet für den Auftraggeber tätig zu sein. Die Zuweisung eines solchen Gebiets kann ausdrücklich oder stillschweigend sein (WETTENSCHWILER, Basler Kommentar, Rz. 4 zu Art. 111 OR).
- 51 Die vertragliche Vereinbarung der Exklusivität der Klägerin wurde schon mehrmals erwähnt, im Vertrag unter Ziffer 2.(1) wird diese schriftlich festgehalten. Die Klägerin hat ein Alleinvertriebsrecht in Deutschland, welches ihr aber durch die Parallelimporte nicht gewährt und somit verletzt wird.

4.6 Das Garantieverprechen in der Exklusivitätsabrede

- 52 Artikel 111 OR verwendet im Randtitel den missverständlichen Ausdruck „Vertrag zu Lasten eines Dritten“. Die Bezeichnung „Garantievertrag“ ist aber treffender, denn ein Dritter wird durch den Vertrag weder verpflichtet noch sonst irgendwie rechtlich belastet, er ist gar nicht Vertragspartei. Es liegt das Versprechen der Leistung eines Dritten durch die eine Partei (Promittent) an die andere Partei (Promissar) vor (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 4154 ff.). Für den Abschluss eines Garantievertrags ist weder notwendig, dass der Dritte den Parteien bekannt, noch zum Zeitpunkt der Angabe des Versprechens individualisiert ist. Eine Garantie kann in einem eigenen Vertrag, aber auch als separate Klausel, als Nebenabrede in einem Hauptvertrag mit anderen Verpflichtungen aufgenommen sein (PESTALOZZI, Basler Kommentar, Rz. 9 ff. zu Art. 111 OR). Inhalt der Verpflichtung des Promittenten ist nicht die versprochene Leistung, sondern nur Schadenersatzleistung nach Art. 97 OR für den Fall, dass der Dritte die versprochene Leistung nicht freiwillig erbringt oder der versprochene Erfolg nicht eintritt (KOLLER UNMÖGLICHKEIT, § 22 Rz. 20).
- 53 Die Zusicherung der Gebietsexklusivität wird im Distributionsvertrag explizit festgehalten: Die Beklagte (als Promittent) garantiert der Klägerin (als Promissar), dass weder ein Dritter noch sie selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet Geschäfte mit dem Produkt eingeht (K-1, Ziff. 3.1). Es handelt sich somit um ein Garantieverprechen nach Art. 111 OR [52].

4.7 Fazit

- 54 Die Beklagte verletzt das Garantieverprechen in der Weise, dass sie zwar weder einem Dritten ein Vertriebsrecht im Vertragsgebiet Deutschland verspricht, noch selber direkt in den

Markt eingreift. Sie unterlässt es aber - wie bereits mehrfach ausgeführt - dafür zu sorgen, dass indirekt im Vertragsgebiet Geschäfte mit ihrem Produkt getätigt werden. Der von ihr versprochene Erfolg tritt somit nicht ein, womit sie gegenüber der Klägerin schadenersatzpflichtig im Sinne von Art. 97 OR wird.

5 Kündigung aus wichtigem Grund

5.1 Ausgangslage

- 55 Wie der Kündigung (K-12) zu entnehmen ist, hat die Klägerin mehrere Gründe, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Zum einen hat die Beklagte die vertraglich zugesicherte Exklusivität verletzt, zum anderen weigert sie sich, ohne Vorauszahlung zu liefern. In der Folge ist das Vertrauensverhältnis gestört; eine Weiterführung des Vertragsverhältnisses ist nicht zumutbar. Zusätzlich kann die Klägerin nicht verpflichtet werden, in der durch die Parallelimporte veränderten Marktsituation das Vertragsverhältnis weiterzuführen.
- 56 Wie bereits dargelegt [43], wurde das vertraglich zugesicherte Exklusivrecht durch Parallelimporte aus Polen verletzt. Trotz Zusicherungen der Beklagten musste die Klägerin aber feststellen, dass sich die Situation nur sehr kurzfristig beruhigte. Bereits ab Spätsommer 2007 hatten die Parallelimporte wieder massiv zugenommen. Dies teilte die Klägerin der Beklagten mündlich unverzüglich mit (K-4). Im Brief vom 12. November 2007 (K-4) rief die Klägerin die Beklagte nochmals nachdrücklich dazu auf, diese Verletzung des Exklusivitätsrechts zu unterbinden und machte den Vorschlag, dass die Beklagte ihr rückwirkend für das ganze Jahr denselben Einkaufspreis wie dem polnischen Alleinvertreter gewähre. Durch die vertragswidrigen Parallelimporte erlangte die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt bereits einen Schaden in zweistelliger Millionenhöhe.
- 57 Die Beklagte ging danach weder auf den Vorschlag der Klägerin (gleicher Einkaufspreis wie polnischer Alleinvertreter) ein, noch bemühte sie sich in anderer Weise, die Parallelimporte aus Polen zu unterbinden, weshalb die Klägerin mit Brief vom 3. April 2008 (K-6) den aus den Parallelimporten entstandenen Schaden in der Höhe von EUR 10'000'000.-- in Rechnung stellte. Mit Brief vom 10. April 2008 (K-7) wies die MultiDrink Holding AG im Namen der Beklagten die Forderung der Klägerin zurück und teilte ihr zudem mit, dass sie sich mit der Bezahlung von Forderungen in der Höhe von EUR 2'900'000.-- in Verzug befinde, und dass dieser Betrag von der Klägerin bis spätestens 17. April 2008 zu bezahlen sei. Des Weiteren eröffnete die MultiDrink Holding AG im Namen der Beklagten der Klägerin, dass sie wie vertraglich festgelegt (K-1, 5.(5)) Vorauszahlung für Lieferungen verlange. Im Brief vom 16.

April 2008 (K-9) teilte die MultiDrink Holding AG im Namen der Beklagten der Klägerin mit, dass die Vorauszahlung für Lieferungen aufgehoben werde, sobald diese alle offenen Rechnungen bezahlt habe. Am 21. April 2008 (K-10) zahlte die Klägerin der Beklagten alle offenen Forderungen und drohte an, den Vertrag zu kündigen, sollte die Beklagte nicht ohne Vorauszahlung liefern. Gleichwohl beharrte die Beklagte gemäss Brief vom 25. April 2008 (K-11) weiterhin auf Vorauszahlung, worauf die Klägerin am 30. April 2008 (K-12) aus wichtigem Grund den Vertrag mit der Beklagten kündigte.

58 Gemäss Ziffer 13.(1) des Vertrags (K-1) sind beide Parteien berechtigt, diese Vereinbarung mittels eingeschriebenem Brief aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen. Ein wichtiger Grund liegt gemäss Ziffer 13.(2) des Vertrags vor, wenn eine Partei eine wesentliche Vertragsbestimmung des Vertrags verletzt und diese Verletzung auch noch nach 10 Tagen nach Abmahnung durch die Gegenseite fortsetzt.

5.2 Kündigung wegen Verletzung der vertraglichen Exklusivität

59 Gemäss Ziffer 2.(1) des Vertrags (K-1) erhält die Klägerin das ausschliessliche Recht, das Produkt nach Massgabe des Vertrags zu vertreiben. Damit hat die Beklagte der Klägerin ein ausschliessliches Vertriebsrecht eingeräumt und verpflichtet sich gemäss Ziffer 3.(2) bis zum Zeitpunkt der Kündigung oder Aufhebung der Vereinbarung weder einem Dritten ein Vertriebsrecht einzuräumen noch selber direkt oder indirekt auf dem Vertragsgebiet (Bundesrepublik Deutschland) Geschäfte mit dem Produkt einzugehen.

60 Die vertraglich zugesicherte Exklusivität ist eine Hauptleistungspflicht [32], somit eine wesentliche Vertragsbestimmung und gemäss Vertrag (K-1, 13.(2a)) bei Verletzung ein Kündigungsgrund.

61 Obwohl die Klägerin die Beklagte seit Sommer 2006 immer wieder auf die Verletzung ihres Exklusivitätsrechts durch die Parallelimporte aus Polen aufmerksam machte, stellte die Beklagte nicht sicher, dass Dritthändler in dieses Vertragsgebiet keine Vertragswaren verkaufen (HUGUENIN, Rz. 1495). Diese Verletzung wurde auch noch nach 10 Tagen nach der letzten Abmahnung der Klägerin im Brief vom 21. April 2008 (K-10) fortgesetzt. Dadurch wurde das Exklusivitätsrecht der Klägerin verletzt. Durch diese Vertragsverletzung ist der Klägerin ein Schaden in der Höhe von EUR 10'000'000.-- entstanden (K-6). Auch dieser Schaden spricht für die Schwere der Vertragsverletzung und führte letztlich dazu, dass die Fortführung des Vertragsverhältnisses für die Klägerin unzumutbar war und sie sich deshalb am 30. April 2008 gezwungen sah, den Vertrag gemäss Ziffer 13.(2) fristlos zu kündigen. Aufgrund der Verlet-

zung des Exklusivitätsrechts der Klägerin durch die Beklagte war die fristlose Kündigung der Klägerin vom 30. April 2008 im Sinne des Vertrags (K-1, 13.(1) i.V.m. 13.(2a)) gerechtfertigt.

5.3 Kündigung wegen Verletzung der Lieferverpflichtung

62 Wie unter [76-83] noch erläutert wird, werden die Lieferkonditionen durch die Beklagte verletzt. Lieferkonditionen sind essentialia negotii. (HARTMANN JÜRIG, S. 8), deshalb ist durch deren Verletzung die Vertragskündigung aus wichtigem Grund gemäss Vertrag (K-1, 13.(2)) gegeben.

5.4 Kündigung wegen Störung des Vertrauensverhältnisses

63 Distributionsverträge sind Dauerschuldverhältnisse und können als solche gemäss dem allgemeinen Prinzip des Obligationenrechts vorzeitig aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (BGE 128 III 428, S. 429). Auch die Lehre vertritt die Meinung, dass bei Alleinvertriebsverträgen eine ausserordentliche Kündigung möglich sei, sei dies analog Art. 545 Abs. 2 OR (HUGUENIN, Rz. 1526) oder Art. 418r OR (KUHN, S. 194 ff.). Ein Dauerschuldverhältnis setzt ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsparteien voraus, da sich die Ausübung der gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht in einer bestimmten Leistung erschöpft, sondern eine dauerhafte Zusammenarbeit erforderlich ist. Um die vertragliche Beziehung der Parteien stand es bereits im Herbst 2007 nicht zum Besten. Die Klägerin hatte bereits vor der letzten Marketingplansitzung vom 14. Oktober 2007 der Beklagten mehrfach mitgeteilt, dass die Parallelimporte ab Spätsommer 2007 wieder massiv zugenommen hatten. Die Beklagte unternahm, wie bereits festgestellt [43-46], in der Folge aber in keiner Weise Anstrengungen, diese Parallelimporte zu unterbinden, obwohl sie noch im Brief vom 10. September 2007 (K-3) explizit erwähnte, sie wolle sicher stellen, dass die vertragliche Exklusivität nicht verletzt werde.

64 Das Vertrauen der Klägerin in die Beklagte wurde vollends zerstört, als die MultiDrink Holding AG im Namen der Beklagten im Brief vom 25. April 2008 (K-11) von der Klägerin weiterhin Vorauszahlungen verlangte, obwohl die Beklagte sich im Brief vom 16. April 2008 (K-9) verpflichtete, die Vorauszahlung für Lieferungen aufzuheben, sobald die Klägerin die ausstehenden Forderungen bezahlt habe. Somit hat sie das Prinzip des Vertrauensschutzes gemäss Art. 2 ZGB massiv verletzt. Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kann der Klägerin nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, da das Vertrauen der Klägerin durch dieses nicht nachvollziehbare Verhalten der Beklagten zerstört wurde, weshalb eine

Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund seitens der Klägerin auch i.S.v. Ziffer 13.(1) durchaus gerechtfertigt war.

5.5 Kündigung aus wichtigem Grund bzw. Änderung der Verhältnisse

- 65 Grundsätzlich sind Verträge nach der Regel „pacta sunt servanda“ auch dann einzuhalten, wenn sich die Verhältnisse geändert haben. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt. Es ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB, dass auch bei Innominatsverträgen eine ausserordentliche Kündigung möglich sein muss (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1286a). Als Voraussetzungen für diese Vertragsauflösung aufgrund veränderter Verhältnisse ist folgendes zu beachten: Einerseits darf die Verhältnisänderung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehbar gewesen sein und andererseits muss aufgrund der veränderten Verhältnisse ein grobes Missverhältnis zwischen dem objektiven Wert der Austauschleistungen – eine Äquivalenzstörung – vorliegen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1297-1301).
- 66 In casu war für die Klägerin in keiner Weise voraussehbar, dass sie aufgrund von Parallelimporten aus Polen eine massive Umsatzeinbusse in Kauf nehmen musste, Die Beklagte hat ihr gemäss Distributionsvertrag (K-1) ausdrücklich versichert, dafür zu sorgen (K-1, 3.(2)), dass weder durch die Beklagte selber, noch durch Dritte oder indirekt im Vertragsgebiet Deutschland Geschäfte mit dem Produkt eingegangen werden. Zudem hatte die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch keinen Distributionsvertrag zu massiv günstigeren Konditionen mit Polen abgeschlossen. Die Klägerin ist ihren Leistungspflichten aus dem Distributionsvertrag pflichtgemäss nachgekommen. Sie musste aber aufgrund der veränderten Verhältnisse eine Gewinneinbusse von EUR 10'000'000.-- (K-6) in Kauf nehmen. Das Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern (Beklagte, Klägerin) wurde durch die von der Klägerin nicht verschuldeten Parallelimporte aus Polen massiv gestört, weshalb von einer groben Äquivalenzstörung ausgegangen werden kann.
- 67 Auch das Bundesgericht bejaht eine Kündigung aus wichtigem Grund, wenn die veränderten Umstände eine Vertragserfüllung unzumutbar machen. Diese Unzumutbarkeit wird gemäss Bundesgericht bejaht, „wenn die angerufenen Umstände bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind (BGE 122 III 262, S. 266).
- 68 Des Weiteren haben die Klägerin und die Beklagte in ihrem Vertrag die Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen (K-1, 13.(1)). Sie hätten diese Befugnis auch nicht wegbedingen

können, denn sie ist zwingender Natur, da das Bundesgericht entschieden hat, die Kündigung aus wichtigen Gründen des Agenturrechts (Art. 418r OR) sei analog auch bei Alleinvertriebsverträgen anzuwenden (HARTMANN JÜRIG, S. 38; BGE 89 II 30, S. 36). Somit kann eine Partei kündigen, wenn ihr die Fortsetzung des Verhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (HARTMANN JÜRIG, S. 39). Dass das in casu durch die veränderte Situation im Markt der Fall war, wurde bereits oben ausgeführt [67].

5.6 Fazit

- 69 Wie oben dargelegt ist die Kündigung des Vertrags (K-1) aus wichtigem Grund rechtmässig erfolgt.

6 Verletzung der Lieferverpflichtung

6.1 Anspruch

- 70 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen verletzt hat und die verlangte Vorauszahlung vertragswidrig war.

6.2 Wirtschaftlicher Vorgang

- 71 Der Klägerin lagen drei vom 1. Februar 2008 datierte Rechnungen (K-7) vor, nämlich Nr. 80205411 über EUR 1'050'000.--, Nr. 80205412 über EUR 850'000.-- sowie Nr. 80205413 über EUR 1'000'000.--. Der Gesamtbetrag der Rechnungen belief sich auf EUR 2'900'000.--. Gemäss dem zwischen den Vertragsparteien abgeschlossenen Vertrag, (K-1, 5.(5)), waren die verrechneten Beträge jeweils sechzig Tage nach Erhalt der Fakturen zu bezahlen. Somit war die hier zur Diskussion stehende Summe gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR und Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V. mit Art. 78 Abs. 1 OR am 7. April 2008 fällig.
- 72 Am 10. April 2008 mahnte die MultiDrink Holding AG im Namen von Bibite AG (K-7) und verlangte die Zahlung bis spätestens am 17. April 2008. In der Folge überwies die Klägerin am 21. April 2008 „unter Protest“ EUR 2'819'100.--. Vom bereits erwähnten Gesamtbetrag wurden die Marketingkosten für das 1. Quartal 2008 in Höhe von EUR 80'100.-- abgezogen, wodurch sich der zu überweisende Restbetrag ergab.
- 73 Zwar enthält der Distributionsvertrag (K-1) eine Klausel, wonach im Fall von Zahlungsverzug die Beklagte berechtigt ist, für künftige Lieferungen Vorauszahlung zu verlangen bzw. die Lieferungen einzustellen und Verzugszinsen zu verrechnen. Im bereits zitierten Schreiben vom

10. April 2008 (K-7) machte die Lieferantin denn auch von dieser Möglichkeit Gebrauch und teilte mit, dass ab sofort nur noch gegen Vorauszahlung geliefert werde.

74 Abgesehen davon, dass die durch die Multidrink-Gruppe ergriffene Massnahme in Anbetracht der langjährigen guten Geschäftsbeziehungen als absolut unverständlich zu bezeichnen ist, waren die Voraussetzungen für diese Sanktion keineswegs gegeben. Dieser Standpunkt wird nachstehend unter Punkt [74-77] noch näher zu erläutern sein.

75 An dieser Stelle ist zusätzlich festzuhalten, dass der seinerzeit durch die Beklagte ausgefertigte Vertrag, bei dessen Text es sich um den Standardvertriebsvertrag der Multidrink-Gruppe handelt, teilweise unklar formuliert ist. In diesem Zusammenhang geht aus dem Vertragstext insbesondere nicht hervor, wie lange die Lieferantin gegebenenfalls berechtigt ist, Vorauszahlungen zu verlangen.

6.3 Rechtliche Begründung

6.3.1 Vorauszahlung

76 In ihrem Schreiben vom 16. April 2008 (K-9) stellte die MultiDrink-Holding AG, vertreten durch Rechtsanwalt Max Raggenbass, der Klägerin unter anderem in Aussicht, dass keine Vorauszahlungen mehr gefordert würden, sobald alle damals offen gewesenen Rechnungen bezahlt seien. Mit der Bezahlung von EUR 2'819'100.-- durch die Klägerin am 21. April 2008 wurde diese Bedingung vollumfänglich erfüllt.

77 Auf diesem Hintergrund erstaunt es doch sehr, wenn der Rechtsvertreter von MultiDrink-Holding AG mit Brief vom 25. April 2008 (K-11) erneut und ausserdem mit falscher Begründung, indem behauptet wird, es bestehe ein Kreditrisiko, für weitere Lieferungen Vorauszahlung verlangt. Das Begehren kann nur als unverfroren bezeichnet werden und widerspricht Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Es geht nicht an, dass Versprechungen schriftlich abgegeben und diese dann, nachdem die gestellten Bedingungen erfüllt wurden, wenige Tage später wieder rückgängig gemacht werden.

78 In der Lehre (HADŽIMANOVIĆ, S. 99 f.) wird von Nebenleistungspflichten gesprochen, die zwar im Vergleich zu den vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflichten von geringerer Bedeutung seien, dennoch aber den Inhalt des Schuldverhältnisses mitbestimmen. Eine sekundäre Leistungspflicht sei unter anderem die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme, also ein Verhalten nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist nach dem Grundsatz von Treu

und Glauben verpflichtet, alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptpflicht und die Realisierung des Leistungsziels zu erreichen.

- 79 Die Klägerin kann jederzeit nachweisen, dass sie während der gesamten Dauer der langjährigen Geschäftsbeziehung ihren Zahlungsverpflichtungen stets pünktlich und in absolut korrekter Weise nachgekommen ist. Sie stützt sich bei Ihrer Argumentation auf Art. 2 Abs. 1 ZGB, wonach jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat.

6.3.2 Verrechnung

- 80 In Ihrem Schreiben vom 25. April 2008 (K-11) beanstandet die MultiDrink-Holding AG auch die Verrechnung von der Klägerin aus dem Vertrag zustehender Entschädigung für bereits geleistete Marketingauslagen mit den Forderungen aus Warenlieferungen. Dazu ist zu bemerken, dass der Marketingbericht für das 1.Quartal 2008 am 3. April 2008 an Herrn Felix Meier, c/o BeveSana AG, gesandt wurde. Die im Distributionsvertrag vereinbarte Frist war damit eingehalten. Mangels Vereinbarung einer Zahlungsfrist wurde die Zahlung gemäss Art. 75 OR sofort fällig.

- 81 Die Verrechnung der beiden Forderungen ist aufgrund der in Art. 120 Abs. 1 OR stipulierten Bedingungen auch rechtlich unanfechtbar, da beide als Geldsummen gleichartig und fällig waren. Gemäss Art. 120 Abs. 2 OR besteht das Verrechnungsrecht selbst dann, wenn die Gegenforderung bestritten ist, im vorliegenden Fall die Beklagte also bestreiten würde, der Klägerin die Summe von EUR 80'900.-- geschuldet zu haben. Ebenso wurde der gemäss Art. 124 Abs. 1 OR erforderlichen Mitteilungspflicht Genüge getan, indem die Klägerin in ihrem vom 21. April datierten und an Rechtsanwalt Raggenbass gesandten Brief (K-10) die MultiDrink Holding AG davon in Kenntnis setzte, vom Verrechnungsrecht Gebrauch machen zu wollen.

6.3.3 Formulierung von Verträgen

- 82 Nach Gauch/Schmid/Schluep/Rey (Rz. 1222) gibt es allgemeine Regeln der Vertragsauslegung, die zwar nicht direkt dem Gesetz entnommen werden können, sich jedoch in Rechtsprechung und Lehre herausgebildet haben (BGE 89 II 126, S. 130). Auf diesem Hintergrund ist auf die von den gleichen Autoren erwähnte Unklarheitsregel „in dubio contra stipulatorem“ zu verweisen, welche besagt, dass bei Vorliegen unklarer Vertragsinhalte diejenige Bedeutung vorzuziehen sei, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Die Regel ist in Rechtsprechung und herrschender Lehre anerkannt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1231 f.; BGE 124 III 155, S. 158).

- 83 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte anlässlich der Ausfertigung des Vertrags unklare Bestimmungen in diesen aufgenommen, welche nun unter Berücksichtigung der dargelegten Gründe keinesfalls zulasten der Klägerin ausgelegt werden dürfen. In der Argumentation wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Unklarheitsregel nicht schon deswegen angewandt werden darf, weil eine Auslegung streitig ist, sondern erst dann, wenn die bestehenden Zweifel nicht anders behoben werden können (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1232).
- 84 Ohnehin ist davon auszugehen, dass die zuletzt gemachten Ausführungen für die Beurteilung der Anliegen der Klägerin nicht absolut vorrangig sein werden, da einerseits weitere, wirklich schlagende Argumente vorhanden sind und andererseits der Distributionsvertrag seitens der Klägerin am 30. April 2008 aus wichtigen Gründen per sofort gekündigt wurde (K-12).

6.4 Fazit

- 85 Mit dem einzigen Zugeständnis, dass die Klägerin die Zahlung von brutto EUR 2'900'000.-- statt am 7. April 2008 erst am 21. April und damit zwei Wochen verspätet leistete, wofür Verzugszinsen bezahlt werden, hat sich die Klägerin absolut korrekt verhalten. Wie bereits erwähnt wurde, war dies das erste und einzige Mal, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen – aus in Anbetracht der Situation begreiflichen Gründen – nicht peinlichst genau erfüllte.
- 86 Dagegen hat die Beklagte ihre Lieferverpflichtungen verletzt und missbräuchlich auch noch zu einem Zeitpunkt Vorauszahlungen verlangt, in welchem die Voraussetzungen dafür nachweislich nicht mehr gegeben waren. Diese wären höchstens im Zeitraum zwischen dem 7. und dem 21. April 2008 gegeben gewesen, nachher war der Rechtsgrund dafür wieder dahin gefallen.

7 Ersatz der Kosten für Radiowerbung im 2008

7.1 Entstehung der Kosten

- 87 Die im Vertrag festgehaltene Absprache (K-1, 6) besteht darin, dass die Klägerin zusammen mit der Beklagten jährlich einen Marketingplan erstellt, welcher als Basis für die geplanten Marketingaktivitäten des jeweils folgenden Jahres verbindlich ist. Die Kosten für diese geplanten Aktivitäten trägt zunächst die Klägerin, da sie direkt mit den diversen Radiostationen Verträge abschloss, verrechnet diese aber - wie abgemacht - quartalsweise weiter an die Beklagte.
- 88 Wie aus K-13 ersichtlich, wurden anlässlich der Marketingplansitzung vom 14. Oktober 2007 (K-4) die budgetierten Aktivitäten für 2008 von der Beklagten gutgeheissen, womit sie sich verpflichtet, alle anstehenden Kosten zu übernehmen (K-1, 6.(2)). Dass der Marketingbericht für das erste Quartal 2008 einer nochmaligen Überprüfung unterzogen wird (K-7), löst bei der

Klägerin berechnete Zweifel am guten Willen der Beklagten aus. Unbegründet wird der genehmigte Bericht im Nachhinein nochmals verifiziert.

- 89 Indem die Klägerin aufgrund des bewilligten Marketingplanes Verträge mit den betroffenen Radiostationen eingegangen ist, hat sie ihren Teil der Abmachung erfüllt und darf im guten Vertrauen darauf hoffen, dass die spätere quartalsweise Verrechnung wie bis anhin auf keine Probleme stösst.

7.2 Folgen der Vertragskündigung

- 90 Der Einleitungsantwort der Beklagten (Ziffer 9) ist zu entnehmen, dass sie die Kosten für die Radiowerbung nicht übernimmt. Sie argumentiert, dass wenn der Vertrag (K-1) rechtsgültig von der Klägerin gekündigt wird, sie die Kosten nicht mehr betreffen.
- 91 Die Ausführungen [57-67] haben gezeigt, dass die Kündigung aus wichtigem Grund vom 30.4.2008 gerechtfertigt ist. Die Kündigung ist Mittel zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses und beruht entweder auf Vertragsabrede oder auf Gesetzesvorschrift und wirkt nur für die Zukunft (KOLLER UNTERGANG, § 38 Rz. 23). Das heisst, der abgewickelte Teil des Vertrags ist als voll gültig zu erachten, was für die abgelaufene Vertragsdauer im Synallagma die parteiautonom begründeten Ansprüche unberührt lässt (BGE 129 III 320, S. 329). Die bis anhin aus dem Schuldverhältnis erwachsenen Forderungen bleiben bestehen (BUCHER, http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_21.pdf S. 392).
- 92 Vertragspflichten, die sich direkt oder indirekt aus Vertragsschluss herleiten, sind namentlich Abwicklungspflichten. Sie bezwecken die Herstellung der Lage, die zwischen den Parteien wegen des Erlöschens der typischen Hauptleistungspflicht eintreten soll. Dies ist unter anderem Ersatz von Aufwand, den eine Vertragspartei gemacht hat (GAUCH, S. 202 ff.). Unter Aufwand werden in diesem Zusammenhang Anstrengungen verstanden, die eine Vertragspartei für einen Vertragspartner unternimmt (GAUCH, S. 218).
- 93 Die Kündigung der Klägerin beruht auf Vertragsabrede, siehe Ziffer 13 des Vertrags (K-1). Wie oben ausgeführt wirkt diese Kündigung für die Zukunft, das heisst die Forderungen, welche aus dem Schuldverhältnis erwachsen sind, bleiben bestehen. Dem von der Beklagten monierten Einwand unter Ziffer 9 in der Einleitungsantwort, die Kündigung sei erstens ungerechtfertigt und zweitens sei sie nicht für die nach der Kündigung entstandenen Kosten zuständig, kann somit wie folgt entgegen gehalten werden: Dass die Kündigung rechtens ist, wurde bereits an anderer Stelle [57-67] dargelegt und braucht hier nicht nochmals erläutert zu werden. Dadurch, dass es sich um eine Kündigung und eben nicht um Rücktritt vom Vertrag han-

delt, tritt diese ex nunc ein, die davor entstandenen Vereinbarungen behalten ihre Gültigkeit. Die im Voraus bezahlten Marketingkosten sind Aufwände, welche die Klägerin für die Beklagte getätigt hat, womit diese klar zur Bezahlung der noch ausstehenden Marketingkosten für die Monate Mai bis Dezember 2008 aufzukommen hat.

- 94 Der Kaufvertrag für Werbezeit wurde im 2007 abgeschlossen, zu einem Zeitpunkt also, wo die Klägerin bereits eine enorme Umsatzeinbusse aufgrund der Parallelimporte zu verzeichnen hatte. Die Verweigerung der Zahlung durch die Beklagte wirkt sehr befremdend, hat sich doch die Klägerin bemüht, möglichst kostengünstig den Kauf von Werbezeit bei Radiostationen zu tätigen, indem sie bewusst einen einjährigen Kaufvertrag einging, um so zur Gewährung von Volumenrabatten zu kommen (K-13), was nur im Sinne der Beklagten sein konnte.

7.3 Fazit

- 95 Die Kosten für die Radiowerbung für die Monate Mai bis Dezember 2008 sind von der Beklagten zu übernehmen.