

HOR.2016.19 / ts

Art. 159

Urteil vom 5. November 2018

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
Ersatzrichterin Fischer
Handelsrichter Amacher
Handelsrichter Meyer
Handelsrichter Laube
Gerichtsschreiberin Schmutz

Klägerin **A. _____ d.d.,**
vertreten durch Dr. iur. Valerie Meyer Bahar und MLaw Livia Keller,
Rechtsanwältinnen, Bahnhofstrasse 53, 8001 Zürich

Beklagte **B. _____ Suisse S.A.,**
vertreten durch Dr. iur. Kilian Wunder, Rechtsanwalt, Steinenschanze 6,
4051 Basel

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach slowenischem Recht mit Sitz in Ljubljana (vgl. Klagebeilage [KB] 1).

2.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Rothrist (Kanton Aargau). Sie bezweckt den Import, Export und Vertrieb von Waren aller Art (KB 2).

Die Beklagte ist eine Gesellschaft der "B.____-Gruppe". Letztere setzt sich aus der schweizerischen Beklagten sowie der schweizerischen B.____-X/Y AG mit Sitz in Basel und aus der österreichischen B.____-X GmbH mit Sitz in Innsbruck zusammen.

3.

3.1.

Mit Datum vom 9. Oktober 2009 wurde ein "Distribution Agreement" (KB 3; im Folgenden nur noch "Distribution Agreement") abgeschlossen. Unbestritten ist, dass die Klägerin (im Agreement als "Company" bezeichnet [KB 3, S. 2]) Partei dieses Agreements war.

Ziff. 13.6 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 12) enthält eine Schiedsklausel mit folgendem Wortlaut:

" Arbitration and Jurisdiction thereof;

Any controversy or claim arising out of or relating to this 'Agreement' or the breach thereof shall be settled by arbitration. The number of arbitrators shall be 3 (three), One appointed by the 'Distributor', One appointed by the 'Company' and the Third being an independent body. The jurisdiction for arbitration shall be Ljubljana, the permanent arbitration of the Slovenian Chamber of Commerce, and Slovenian laws shall be used with regard to the resolution of the dispute. The language to be used in the arbitration proceeding shall be English. In the event that the 'Parties' are unable to agree on the acceptability of the Third arbitrator or in case agreed arbitration at relevant point of time shall not exist or be in function, the dispute shall be settled by the Competent Court in Ljubljana, Republic of Slovenia."

3.2.

Zwischen den Parteien ist streitig, wer gemäss dem "Distribution Agreement" (alles) Vertragspartner (im Agreement als "Distributor" bezeichnet [KB 3, S. 2]) der Klägerin war. Unterzeichnet ist das Agreement "for and behalf of the 'Distributor' B.____ X AG" von einem "C.____" (KB 3, S. 13).

C.____ war damals und ist heute einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats sowohl der B.____-X/Y AG als auch der Beklagten

(vgl. Antwortbeilage [AB] 4 sowie KB 2 u. offenkundiger Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Stadt betreffend die Beklagte vor deren Sitzverlegung in den Kanton Aargau per 2. März 2012).

3.3.

Unbestritten ist, dass die Klägerin und die Beklagte jedenfalls seit dem Jahr 2006 in einer "geschäftlichen Beziehung" standen, wobei die Klägerin der Beklagten Lebensmittelprodukte (im Folgenden: "Vertragsprodukte") lieferte, die diese auf dem Schweizer Markt verkaufte. Streitig ist der Inhalt dieser Geschäftsbeziehung.

3.4.

Gemäss Ziff. 13.4 des "Distribution Agreement" war dessen Laufzeit befristet bis 31. Dezember 2014 (KB 3, S. 11). In der zweiten Hälfte des Jahres 2014 wurden deshalb Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Distribution Agreement aufgenommen. Eine Einigung konnte jedoch nicht erzielt werden.

3.5.

Die Parteien setzten ihre geschäftliche Beziehung im Jahr 2015 gleichwohl fort; streitig ist wiederum, was der Inhalt dieser Geschäftsbeziehung war. Die Geschäftsbeziehung endete Ende 2015.

4.

Mit Klage vom 6. Mai 2016 beantragte die Klägerin:

"1.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beträge zu bezahlen:

EUR 13'401.63 nebst Zins zu 8.05 % seit 14. Januar 2016
EUR 121'478.00 nebst Zins zu 8.05 % seit 21. Januar 2016
EUR 106'277.60 nebst Zins zu 8.05 % seit 24. Januar 2016
EUR 5'700.12 nebst Zins zu 8.05 % seit 27. Januar 2016
EUR 101'361.80 nebst Zins zu 8.05 % seit 1. Februar 2016
EUR 105'189.00 nebst Zins zu 8.05 % seit 11. Februar 2016
EUR 7'770.08 nebst Zins zu 8.05 % seit 14. Februar 2016
EUR 36'224.72 nebst Zins zu 8.05 % seit 15. Februar 2016
EUR 109'037.36 nebst Zins zu 8.05 % seit 23. Februar 2016
EUR 7'600.16 nebst Zins zu 8.05 % seit 1. März 2016

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“

Zur Begründung führte sie aus, die Klagesumme setze sich aus Kaufpreisausständen bezüglich Lebensmittelprodukten zusammen, welche die Beklagte zwischen Oktober und Dezember 2015 bestellt und die Klägerin geliefert habe.

5.

Mit Klageantwort vom 2. September 2016 beantragte die Beklagte:

- " 1.
Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2.
Eventualiter sei die Klage abzuweisen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin."

Zur Begründung ihres Hauptantrags brachte die Beklagte im Wesentlichen vor, die Parteien hätten eine Schiedsabrede getroffen, wonach für Streitigkeiten ein Schiedsgericht in Slowenien (Ljubljana) zuständig sei.

6.

Mit Verfügung vom 16. September 2016 beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

7.

Mit Replik im beschränkten Verfahren vom 17. November 2016 (im Folgenden nur noch "Replik") beantragte die Klägerin, auf die Klage sei einzutreten.

8.

Mit Duplik im beschränkten Verfahren vom 6. Februar 2017 (im Folgenden nur noch "Duplik") hielt die Beklagte an ihrem Nichteintretensantrag fest.

9.

Mit Eingabe vom 17. Februar 2017 erstattete die Klägerin eine Stellungnahme.

10.

Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 erstattete die Beklagte eine Stellungnahme.

11.

Mit Verfügung vom 15. März 2017 stellte der Instruktionsrichter die Einholung eines Rechtsgutachtens zum slowenischen Recht in Aussicht.

12.

Mit Eingaben je vom 30. März 2017 erstatteten beide Parteien je eine Stellungnahme.

13.

Mit Eingabe vom 28. April 2017 erstattete die Klägerin eine weitere Stellungnahme. Mit Eingabe vom 1. Mai 2017 erstattete auch die Beklagte eine weitere Stellungnahme.

14.

Mit Verfügung vom 3. Mai 2017 verfügte der Instruktionsrichter die Einholung eines Rechtsgutachtens zum slowenischen Recht beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne. Nach Eingang der Kostenvorschüsse beider Parteien wurde der Gutachtenauftrag mit Schreiben vom 18. Mai 2017 erteilt.

15.

Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung erstattete das Gutachten am 19. Oktober 2017 (im Folgenden nur noch "Rechtsgutachten").

16.

Innert erstreckter Frist erstatteten die Parteien mit Eingaben je vom 20. November 2017 je eine Stellungnahme zum Rechtsgutachten.

17.

Mit Verfügung vom 6. Dezember 2017 wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Einholung eines Ergänzungsrechtsgutachtens beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne als notwendig erachtet werde.

18.

Mit Eingaben je vom 15. Dezember 2017 erstatteten die Parteien je eine Stellungnahme und beantragten teilweise Abänderungen des vorgeschlagenen Ergänzungsfragenkatalogs.

19.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2018 verfügte der Instruktionsrichter die Einholung eines Ergänzungsrechtsgutachtens zum slowenischen Recht beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne. Nach Eingang der Kostenvorschüsse der Parteien wurde der Ergänzungsrechtsgutachtenauftrag mit Schreiben vom 16. Februar 2018 erteilt.

20.

Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung erstattete das Ergänzungsgutachten am 4. Mai 2018 (im Folgenden nur noch "Ergänzungsgutachten").

21.

Mit Verfügung vom 7. Mai 2018 wurde den Parteien das Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 4. Mai 2018 zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme bis zum 22. Mai 2018 zugestellt.

22.

Die Parteien nahmen jeweils mit Eingaben vom 1. Juni 2018 innert erstreckter Frist zum Gutachten vom 4. Mai 2018 Stellung. Die Beklagte beantragte, dem Gutachter eine Ergänzungsfrage zu stellen.

Die Beklagte reichte am 6. Juni 2018 eine weitere Stellungnahme ein, die Klägerin eine solche am 12. Juni 2018.

23.

Mit Verfügung vom 26. Juni 2018 wurde der Antrag der Beklagten auf Stellung einer Ergänzungsfrage abgewiesen und den Parteien Frist bis zum 9. Juli 2018 angesetzt, um mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung verzichten bzw. beantragen, schriftliche Parteivorträge einzureichen.

24.

Mit Eingaben vom 6. bzw. 9. Juli 2018 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung.

25.

Mit Verfügung vom 21. September 2018 wurde das Handelsgericht bestellt und die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Verfahrensgegenstand

Gegenstand des vorliegenden beschränkten Verfahrens ist lediglich die Frage, ob das angerufene Handelsgericht zur Beurteilung der Klage vom 6. Mai 2016 zuständig ist.

2. Ausgangslage

2.1. Grundlage der Unzuständigkeitseinrede

Die Beklagte beruft sich für ihre Schiedseinrede auf Ziff. 13.6 des "Distribution Agreement" (KB 3; zum Wortlaut siehe Ziff. 3.1 des Aktenzusammenzugs).

2.2. Anwendbarkeit von Art. II NYÜ

Hat das angeblich vereinbarte Schiedsgericht seinen Sitz im Ausland, wird die Frage, ob ein staatliches Gericht aufgrund der Schiedsvereinbarung nicht zuständig ist, durch Art. II des *New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche* (SR 0.277.12; NYÜ) geregelt.¹ Diese Bestimmung lautet in der deutschen Übersetzung:

¹ BGer 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2; BGE 121 III 38 E. 2b.

" 1.

Jeder Vertragsstaat erkennt eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann.

2.

Unter einer 'schriftlichen Vereinbarung' ist eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.

3.

Wird das Gericht eines Vertragsstaats wegen eines Streitgegenstands angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Vereinbarung im Sinne dieses Artikels getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist."

2.3. Kognition des Gerichts

Ob eine Schiedsklausel nach dieser Bestimmung gültig ist, hat das Gericht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit voller Kognition zu prüfen.² Soweit die Beklagte geltend macht, auf die Frage der Beendigung des "Distribution Agreement" sei die von ihr angerufene Schiedsklausel anwendbar, weshalb diese nur vom vereinbarten Schiedsgericht und nicht vom Handelsgericht beurteilt werden dürfe (so wohl act. 206, Duplik N. 117 ff.), kann ihr daher nicht gefolgt werden. Das Fehlen einer gültigen Schiedsvereinbarung stellt eine negative Voraussetzung der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts dar, die dieses im Sinne einer Vorfrage prüfen muss, damit es über seine eigene Zuständigkeit entscheiden kann.

2.4. Bindung an die schiedsgerichtliche Beurteilung der Zuständigkeit?

2.4.1. Standpunkt der Parteien

Die Klägerin machte in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2018 geltend, die Beklagte habe bereits versucht, die Klägerin basierend auf dem "Distribution Agreement" und der darin enthaltenen Schiedsklausel vor einem slowenischen Schiedsgericht ins Recht zu fassen; dieses habe aber seine Zuständigkeit bezüglich der Klägerin verneint (act. 378, Stellungnahme der Klägerin vom 1. Juni 2018 N. 7). Es bestehe daher das Risiko eines negativen Kompetenzkonflikts.

Die Beklagte beantragte, die entsprechende Behauptung der Klägerin, das Schiedsgericht in Slowenien habe seine Zuständigkeit in Bezug auf die Beklagte verneint, sei aus dem Recht zu weisen, da das Urteil des

² BGer 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2; BGE 121 III 38 E. 2b.

Schiedsgerichts vom 20. November 2017 datiere und die Klägerin dies nach Aktenschluss und mehr als ein halbes Jahr nach Erlass des Urteils vorgebracht habe (act. 384 f., Stellungnahme der Beklagten vom 6. Juni 2018 N. 1, 8). Eventualiter wies die Beklagte darauf hin, dass die Klägerin keinen Beweis für ihre Behauptung offeriert habe (act. 385, Stellungnahme der Beklagten vom 6. Juni 2018 N. 12). Das Schiedsgericht habe die Beklagte nicht als eigenständige Partei des "Distribution Agreement", sondern als Hilfsperson der B.____-X/Y AG betrachtet, weshalb kein negativer Kompetenzkonflikt entstehen könne, wenn die richtigen Parteien eingeklagt würden (act. 386, Stellungnahme der Beklagten vom 6. Juni 2018 N. 13 f.). Im Schiedsgerichtsurteil sei aber festgehalten worden, dass sich das "Distribution Agreement" infolge Fortsetzung desselben in einen unbefristeten Vertriebsvertrag gewandelt habe und dass auch die Schiedsklausel weitergegolten habe (act. 394 f., Stellungnahme der Beklagten vom 6. Juni 2018 N. 17 f.).

2.4.2. Rechtliches

2.4.2.1. Replik- und Novenrecht

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien grundsätzlich Gelegenheit, sich zwei Mal uneingeschränkt zu äussern.³ Danach tritt der Aktenschluss ein.⁴ Den Parteien steht gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV allerdings das Recht zu, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält.⁵

Davon zu unterscheiden ist die Regelung des Novenrechts. Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden.⁶ Eine Tatsache ist neu, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu.⁷ Jedoch sind Vorbringen neu, die dem Nachsubstantiieren dienen, wenn die Partei ein substantiiertes Behaupten oder Bestreiten zuvor unterlassen hat. Echte Noven sind neue Tatsachen oder Beweismittel, die erst nach Aktenschluss entstanden sind, unechte sind solche, die bereits vor Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Ohne Verzug sind Noven vorgebracht, wenn sie unverzüglich nach der Entdeckung (unechte Noven) bzw. Entstehung (echte Noven) in den Prozess eingebracht werden.⁸ Gemäss der handelsgerichtlichen Praxis sind Noven im

³ LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N. 4.

⁴ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N. 4a.

⁵ BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.

⁶ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N. 4a.

⁷ BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 16.

⁸ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N. 9.

ordentlichen Verfahren innert kurzer Frist (praxisgemäss 10 Tage)⁹ und – falls sie nicht erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung entstehen – noch vor Durchführung der Hauptverhandlung mittels Noveneingabe in das Verfahren einzubringen.¹⁰ Ob das Erfordernis des Vorbringens "ohne Verzug" mit Bezug auf eine bestimmte Eingabe eingehalten ist, ist letztlich jedoch in Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Allgemein ist immerhin festzuhalten, dass nach der Entdeckung von Noven nicht einfach zugewartet werden darf, bis die Gegenpartei eine Eingabe macht, worauf im Rahmen des Replikrechts zu dieser Eingabe Stellung genommen wird.

Im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime sind grundsätzlich jederzeit und unabhängig vom Aktenschluss neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO).¹¹ Da die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 60 ZPO), gilt diesbezüglich keine Novenschranke.

2.4.2.2. Bindungswirkung des Schiedsspruches

Fällt ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland als Erstgericht einen positiven oder negativen Zuständigkeitsentscheid, ist dieser für ein schweizerisches staatliches Gericht bindend, soweit der Schiedsspruch in der Schweiz gemäss Art. 194 IPRG und Art. V NYÜ anerkenn- und vollstreckbar ist.¹² Die Anerkennung kann in einem separaten Verfahren oder implizit als Vorfrage erfolgen.¹³ Gemäss Art. III-V NYÜ kann ein ausländisches Schiedsurteil auf Antrag einer Partei in einem schweizerischen Verfahren anerkannt werden, wobei die antragstellende Partei eine gehörig beglaubigte Urschrift des Schiedsspruches sowie eine Urschrift der Schiedsvereinbarung vorzulegen hat (Art. IV NYÜ). Die antragsgegnerische Partei kann gegen die Anerkennung des Schiedsspruches Einwände gemäss Art. V Ziff. 1 NYÜ erheben.

Eine Bindungswirkung tritt aber nur bei Identität der Parteien und des Streitgegenstandes ein.¹⁴ Wenn nichts Gegenteiliges von einem internationalen Übereinkommen festgelegt wird, bestimmt die lex fori, ob der Anspruch, der vor einem ausländischen Schiedsgericht geltend gemacht wurde, und derjenige, der vor einem schweizerischen Gericht erhoben wird, identisch sind.¹⁵ Bezüglich der Identität der Parteien ist die Rollenverteilung nicht entscheidend.¹⁶ Die Identität des Streitgegenstandes beurteilt sich nach den

⁹ Vgl. Merkblatt des Handelsgerichts, abrufbar unter: <https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf>, zuletzt besucht am 27. Juli 2018.

¹⁰ Vgl. auch LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N. 9 m.w.N.; ZR 2014 Nr. 54, S. 176.

¹¹ LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 229 N. 14a.

¹² BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, 3. Aufl. 2013, Art. 186 N. 47.

¹³ BGE 141 III E. 3.2.2.

¹⁴ BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, N. 727.

¹⁵ BGE 140 III 278 E. 3.2.

¹⁶ BGE 140 III 278 E. 4.2.1.

Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen.¹⁷

2.4.3. Würdigung

2.4.3.1. Replik- und Novenrecht

Das betreffende Urteil des Schiedsgerichts erging am 20. November 2017 (Beilage 1 zur beklagischen Stellungnahme vom 6. Juni 2018), d.h. nach Aktenschluss im vorliegenden Verfahren (beschränkt auf die Frage der Zuständigkeit) am 8. Februar 2017, womit es sich um ein echtes Novum handelt. Die klägerische Behauptung, ein slowenisches Schiedsgericht habe sich bezüglich der Klägerin als unzuständig erklärt, wurde erstmals in der Stellungnahme vom 1. Juni 2018 vorgebracht, mithin über sechs Monate nach dem Urteil des Schiedsgerichts. Allerdings beschlägt die behauptete Tatsache die Frage der Zuständigkeit des hiesigen Gerichts, mithin eine Prozessvoraussetzung, welche von Amtes wegen zu prüfen ist. Trotz verspäteter Eingabe ist die Tatsache, dass sich ein slowenisches Schiedsgericht bezüglich der Klägerin als unzuständig erachtet hat, deshalb zu berücksichtigen. Im Übrigen wären auch die weiteren Feststellungen des Schiedsgerichts zur Zuständigkeit zu beachten, sofern eine Bindungswirkung besteht.

2.4.3.2. Bindungswirkung des Schiedsspruches

Die vom slowenischen Schiedsgericht beurteilte Streitigkeit dreht sich um Ansprüche der Beklagten (sowie der *B.____-X/Y AG* und der *B.____-X GmbH*) gegen die Klägerin im Zusammenhang mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung der Parteien. Es standen sich somit die beiden Parteien des vorliegenden Verfahrens gegenüber, wobei der Umstand, dass die Parteirollen vertauscht waren, keine Rolle spielt. Dass am Verfahren vor dem slowenischen Schiedsgericht noch weitere Gesellschaften beteiligt waren, führt nicht zu einem Ausschluss der Bindungswirkung.

Gegenstand des schiedsgerichtlichen Verfahrens waren Abfindungszahlungen für die Erweiterung des Kundenstamms und die Bekanntmachung der Marke (gestützt auf Art. 833 OZ), Ansprüche aus entgangenem Gewinn (gestützt auf Ziff. 11.4 des "Distribution Agreement" und Art. 830 OZ) und Rückvergütungen für Marketingausgaben (gestützt auf Ziff. 4 von Annex 2 des "Distribution Agreement") sowie zu viel bezahlte Zollkontingente (gestützt auf Art. 131 f. OZ) in der Höhe von total EUR 5'026'270.93 zuzüglich Verzugszinsen (Beilage 1 zur beklagischen Stellungnahme vom 6. Juni 2018). Im vorliegenden Verfahren verlangt die Klägerin die Bezahlung von total EUR 614'040.47 von der Beklagten. Dabei handelt es sich um Forderungen aus Warenbestellungen und -lieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember 2015 im Zusammenhang mit dem "Distribution Agreement." Die von der Klägerin und der Beklagten geltend gemachten

¹⁷ BGE 140 III 278 E. 3.3.

Ansprüche stehen somit im Zusammenhang mit dem "Distribution Agreement" bzw. dessen Beendigung. Allerdings unterscheiden sich die anspruchsbegründenden Lebenssachverhalte von denen des Schiedsverfahrens, weshalb zwischen den beiden Klagen keine Identität des Streitgegenstandes besteht. Entsprechend ist das Handelsgericht nicht an die Zuständigkeitsbeurteilung im Schiedsspruch vom 20. November 2017 gebunden.

Im Übrigen ist anzumerken, dass eine implizite Anerkennung des Schiedsspruches vom 20. November 2017 zwar möglich wäre. Allerdings sind die Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben. Die Klägerin hat weder die gehörig beglaubigte Urschrift des Schiedsspruches oder eine Abschrift, deren Übereinstimmung mit der Urschrift ordnungsgemäss beglaubigt ist, noch die Urschrift der Schiedsvereinbarung oder eine Abschrift, deren Übereinstimmung mit der Urschrift ordnungsgemäss beglaubigt ist, eingereicht (vgl. Art. IV NYÜ). Somit wären die Voraussetzungen für eine Anerkennung des Schiedsspruches vom 20. November 2017 nicht erfüllt.

Zusammenfassend ist das Handelsgericht in der Beurteilung der Zuständigkeit frei und nicht an den Schiedsspruch vom 20. November 2017 gebunden.

3. Geltung der Schiedsklausel im "Distribution Agreement" für die Beklagte?

Zwischen den Parteien ist vorab strittig, ob die Beklagte an die im "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 enthaltene Schiedsklausel überhaupt gebunden ist.

3.1. Übersicht

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, das "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 sei von der Beklagten nicht unterzeichnet. Sie schliesst daraus in doppelter Hinsicht, dass die darin enthaltene Schiedsklausel im Verhältnis zur Beklagten nicht gelte. Erstens sei das Formerfordernis nicht erfüllt, da die Beklagte den Vertrag nicht unterzeichnet habe, und zweitens habe die Beklagte den Vertrag gar nicht abgeschlossen, weshalb er für sie ohnehin nicht gültig sei (fehlender Konsens). Die beiden Fragen sind im Folgenden zu prüfen. Die Klägerin bringt im Übrigen nicht vor, die besagte Schiedsvereinbarung sei ungültig, weil sie die weiteren Gültigkeitsanforderungen gemäss dem einschlägigen Art. 10 Abs. 1 des slowenischen Schiedsgerichtsgesetzes (siehe hierzu hinten E. 3.2.2.2) nicht erfülle. Dass dem so wäre, ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb es damit sein Bewenden hat.

3.2. Ist die Beklagte Partei der Schiedsvereinbarung im "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009?

3.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich (seit der Replik) auf den Standpunkt, die Parteien hätten nie eine Schiedsvereinbarung getroffen. Damit fehle es im Vornherein an einem Willen der Parteien, potentielle Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterbreiten (act. 137 f., Replik N. 77). Zur Begründung verweist sie in diesem Zusammenhang auf den Umstand, seitens der Beklagten sei das "Distribution Agreement" nicht unterzeichnet worden (act. 137 f. u. 132 ff., Replik N. 77 i.V.m. 60 ff.).

Die Beklagte macht geltend, ursprünglich – im Jahr 2001 – sei vorgesehen gewesen, dass die B.____-X/Y AG den Alleinvertrieb der klägerischen Produkte in der Schweiz übernehme (act. 181, Duplik N. 47). Da die B.____-X/Y AG nicht über die notwendigen Bewilligungen verfügt habe, sei man übereingekommen, die Beklagte als Tochtergesellschaft zu gründen, die dann inskünftig den Import und Vertrieb der Vertragsprodukte in der Schweiz habe übernehmen sollen (act. 181, Duplik N. 48). Zunächst habe die Beklagte die klägerischen Produkte über eine Drittgeseellschaft – die D.____ AG – importiert. Nach Erhalt der notwendigen Bewilligungen habe sie die klägerischen Produkte dann selber importiert (act. 182 f., Duplik N. 52). Die Beklagte sei zwar in den "Distribution Agreements" 2006 und 2009 nicht formell als Partei genannt. Es sei jedoch sie gewesen, die die "Distribution Agreements" erfüllt habe (act. 183 f., Duplik N. 53 u. 55). Die Klägerin löse den Widerspruch nicht auf, wie sie einerseits der B.____-X/Y AG ein alleiniges Verkaufs- und Vertriebsrecht eingeräumt und gleichzeitig auf demselben Markt die B.____-X GmbH (Österreich) und die Beklagte exklusiv mit denselben Produkten beliefert haben soll (act. 184 f., Duplik N. 57). Die Klägerin behaupte richtigerweise nicht, die B.____-X/Y AG habe selbst Vertragsprodukte bezogen oder in eigenem Namen vertrieben. Die B.____-X/Y AG habe nicht einmal über die notwendigen Bewilligungen zum Import der Produkte verfügt (act. 185, Duplik N. 58).

3.2.2. Rechtliches

3.2.2.1. Anwendbares Recht

Aspekte der materiellen Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, die von Art. II Ziff. 1 und 2 NYÜ nicht geregelt werden, unterstehen nach Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ dem von den Parteien gewählten Recht. Dabei kann es sich um dasjenige Recht handeln, dem die Parteien die Schiedsvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend unterstellt haben.¹⁸ Auch wenn Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ die *lex causae* nicht als mögliches anwendbares Recht vorsieht,¹⁹ wird in Praxis und Lehre davon ausgegangen, dass – ausdrückliche

¹⁸ BSK IPRG-PATOCCHI/JERMINI (Fn. 12), Art. 194 N. 68

¹⁹ Vgl. hierzu GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 3. Aufl. 2016, N. 365 u. 1751; BERGER/KELLERHALS (Fn. 14), N. 328; WOLFF, in: Wolff, New York Convention, 2012, Art. II N. 42; POU-DRET/BESSON, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl. 2007, N. 299.

abweichende Vereinbarungen vorbehalten – eine Rechtswahl bezüglich des Hauptvertrages auch die darin enthaltene Schiedsvereinbarung erfasst, weil dies nach allgemeinen Erfahrungssätzen dem Parteiwillen entspricht.²⁰ Fehlt eine Rechtswahl, so untersteht die Schiedsvereinbarung dem Recht des Landes am Ort des vereinbarten Schiedsgerichts (Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ *in fine*).

Vorliegend wurde in Ziff. 13.6 des "Distribution Agreement", in welcher auch die Schiedsklausel enthalten ist, die Geltung des slowenischen Rechts vereinbart. Mangels hiervon abweichender Rechtswahl bezüglich der Schiedsvereinbarung ist die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel entsprechend nach slowenischem Recht zu beurteilen. Selbst wenn bezüglich der Schiedsvereinbarung nicht von einer Rechtswahl ausgegangen werden könnte, wäre im Übrigen slowenisches Recht anwendbar, weil als Sitz des Schiedsgerichts Ljubljana vorgesehen ist.

3.2.2.2. Feststellung des anwendbaren ausländischen Rechts

3.2.2.2.1.

Gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen. Die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen wurden von den Parteien teilweise verkündet und sind zudem im Internet in englischen Übersetzungen auffindbar; auch die Parteien haben Auszüge aus diesen englischen Übersetzungen verkündet (AB 89 f., Replikbeilage [RB] 97). Sie lassen sich entsprechend feststellen. Das hiesige Gericht hat darüber hinaus beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne ein Rechts- sowie ein Ergänzungsrechtsgutachten eingeholt, auf welche nachfolgend bei der Feststellung des slowenischen Rechts ebenfalls abgestellt wird.

3.2.2.2.2.

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist im slowenischen Recht im "Zakon o arbitraži" (ZArbit) geregelt (act. 310, Rechtsgutachten S. 6).²¹ Art. 10 Abs. 1 ZArbit lautet in seiner englischer Übersetzung²² wie folgt:

" 'Arbitration agreement' is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined contractual or noncontractual legal relationship. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement."

²⁰ WILSKE/FOX, in: Wolff (Fn. 19), Art. II N. 231 f.

²¹ AB 90, zudem abrufbar unter <<http://www.sloarbitration.eu/Portals/0/Arbitrazno-pravo/Law%20on%20Arbitration%20of%20Slovenia.pdf>>, zuletzt besucht am 6. November 2018.

²² AB 90, zudem abrufbar unter <<http://www.sloarbitration.eu/Portals/0/Arbitrazno-pravo/Law%20on%20Arbitration%20of%20Slovenia.pdf>>, zuletzt besucht am 6. November 2018.

Im slowenischen Recht wird der Abschluss vertraglicher Schuldverhältnisse durch das Obligationengesetzbuch (E. _____ [OZ]) geregelt.²³ Nach Art. 15 OZ gilt ein Vertrag als abgeschlossen, wenn die Vertragsparteien sich über die wesentlichen Bestandteile des Vertrages geeinigt haben.²⁴ Der Vertragsschluss bedarf dabei nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 51 Abs. 1 OZ).²⁵ Die Erklärung, einen Vertrag abzuschliessen zu wollen, kann entsprechend durch Worte, handelsübliche Zeichen oder irgendeine Handlung abgegeben werden, gestützt auf die verlässlich geschlossen werden kann, dass ein entsprechender Wille existiert (Art. 18 Abs. 1 OZ).²⁶ Ein konkludenter Vertragsschluss ist somit möglich (act. 307 f., Rechtsgutachten S. 3 f.) und anhand des Einzelfalls zu prüfen (act. 311, Rechtsgutachten S. 7). So hat das Oberste Gericht von Slowenien auch bereits mehrmals betont, dass eine faktische, vertragskonforme Handlung eine nachträgliche Genehmigung des Vertrages sei, besonders wenn dieser ohne Vollmacht geschlossen worden sei (act. 309, Rechtsgutachten S. 5).

Ob eine Schiedsklausel Bestandteil eines konkludent abgeschlossenen Vertrages wurde, muss aufgrund des konkreten Einzelfalls beurteilt werden (act. 311, Rechtsgutachten S. 7).

3.2.3. Würdigung

3.2.3.1.

Das Verhalten der Parteien bei der Formulierung des Vertriebsvertrags einerseits und bei ihrer tatsächlichen Zusammenarbeit andererseits war widersprüchlich: Nach dem schriftlichen Wortlaut des "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 wie auch des vorhergehenden "Distribution Agreement" vom 29. Dezember 2006 (AB 2) räumte die Klägerin der "B. _____-X AG" (gemeint war die B. _____-X/Y AG) und der "B. _____-X GmbH" das alleinige Verkaufs- und Vertriebsrecht für die Vertragsprodukte insbesondere auf dem schweizerischen Markt ein (act. 119 u. 121, Replik N. 18 und 23). Die einschlägige Vertragsklausel Ziff. 2.1 des "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 lautet (KB 3, S. 4): "The 'Company' hereby appoints the 'Distributor' as the 'Company's' exclusive distributor

²³ Abrufbar in englischer Übersetzung unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018.

²⁴ Wortlaut in der englischen Übersetzung: "*A contract shall be deemed concluded when the contracting parties agree upon its essence.*" (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

²⁵ Wortlaut in der englischen Übersetzung: "*No particular form shall be required for the conclusion of a contract, unless stipulated otherwise by law.*" (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

²⁶ Wortlaut in der englischen Übersetzung: "*The intention to conclude a contract may be declared through words, customary signs or any other action from which it can reliably be concluded that the intention exists.*" (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

of the 'Products' within the 'Territory' and the 'Distributor' accepts that position."

Tatsächlich aber betrachtete die Klägerin die Beklagte als ihre alleinige Partnerin mit Bezug auf den Verkauf ihrer Produkte auf dem Schweizer Markt (act. 119 ff., Replik N. 17, 22 und 26) und diese nahm (anstatt der B.____-X/Y AG) faktisch den Alleinvertrieb der Vertragsprodukte in der Schweiz vor. Dass auch die Klägerin die Beklagte als Vertragspartei des "Distribution Agreement" betrachtete, ergibt sich zudem bereits aus der Klage, in welcher noch ohne Einschränkung ausgeführt wurde, die "Parteien" hätten das "Distribution Agreement" abgeschlossen (act. 6, Klage N. 13). Unbestritten blieb ferner die Behauptung der Beklagten, die B.____-X/Y AG habe keine Vertragsprodukte von der Klägerin bezogen oder in eigenem Namen vertrieben (act. 185, Duplik N. 58). Vor diesem Hintergrund erscheint aber der klägerische Standpunkt, bei ihrer Geschäftsbeziehung habe es sich um eine solche nach dem Prinzip "Lieferung gegen Bestellung" gehandelt (so etwa act. 121, Replik N. 26), widersprüchlich. Denn wenn dies zuträfe, hätte es gar keine juristische Person gegeben, die das "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 bzw. dessen zentrales Element – den Vertrieb der klägerischen Produkte auf dem Schweizer Markt – erfüllt hätte. Die Behauptung, die Parteien hätten nie eine Schiedsvereinbarung getroffen, wird von der Klägerin auch nicht weiter begründet, sondern erschöpft sich in einem Verweis auf deren Standpunkt, in formeller Hinsicht liege keine gültige Schiedsvereinbarung vor (act. 132 ff. u. 137, Replik N. 77 i.V.m. N. 60 ff.).

Bereits vor diesem Hintergrund kann darauf geschlossen werden, dass die Klägerin die Beklagte als ihre alleinige Partnerin mit Bezug auf den Verkauf der Vertragsprodukte auf dem Schweizer Markt betrachtete und es die Beklagte war, die im Einverständnis aller Beteiligten das "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 erfüllte, während die B.____-X/Y AG von der Klägerin weder Vertragsprodukte bezog, noch solche in der Schweiz vertrieb.

3.2.3.2.

Auch aus der Korrespondenz vor dem Ende der im "Distribution Agreement" vorgesehenen Laufzeit ergibt sich, dass die Klägerin die Beklagte als Partei des "Distribution Agreement" betrachtete. So richtete die Klägerin E-Mails betreffend den Vertrieb ihrer Produkte an die Beklagte (vgl. z.B. die E-Mails vom 13. August 2009 [KB 11], vom 8. Dezember 2008 [DB 14] und vom 20. Oktober 2014 [DB 16]). Im Weiteren enthält auch das "Distribution Agreement" selbst (KB 3) in seinem Annex eine Preisliste explizit für die Beklagte, hingegen keine für die B.____-X/Y AG. Auch auf den Produkten selbst (Dosen) wurde die Beklagte als Importeurin bezeichnet (vgl. Duplikbeilage [DB] 19).

Dies bestätigt, dass das "Distribution Agreement" jahrelang im Einverständnis der Parteien anstatt von der B.____-X/Y AG von der Beklagten erfüllt wurde. Das "Distribution Agreement" ist im Übrigen von C.____ im Namen der B.____-X/Y AG unterzeichnet. Dieser ist einziger Verwaltungsrat sowohl der B.____-X/Y AG als auch der Beklagten. Somit war der Beklagten auch über ihn der Vertrag vollumfänglich bekannt.

3.2.3.3.

Vor diesem Hintergrund dürften die Parteien und die B.____-X/Y AG bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übereinstimmend davon ausgegangen sein, dass die Beklagte Partei des "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 war, was auch im Kontext der von der Beklagten (act. 181 ff., Duplik N. 47 ff.) umrissenen Entstehungsgeschichte der geschäftlichen Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der B.____-Gruppe Sinn ergeben würde. Die Frage braucht aber nicht abschliessend geklärt zu werden. Denn es muss jedenfalls deshalb auf einen konkludenten Vertragsschluss mit bzw. Vertragsbeitritt der Beklagten geschlossen werden, weil das "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 von Beginn an und über Jahre hinweg im Einverständnis sämtlicher Beteiligten anstatt von der B.____-X/Y AG von der Beklagten erfüllt wurde.

3.2.3.4.

Durch den konkludenten Abschluss bzw. Beitritt zum "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 wurde die Beklagte auch Partei der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung. Es erschiene nicht sachgerecht, vom vorliegenden konkludenten Vertragsschluss bzw. Vertragsbeitritt die Schiedsvereinbarung auszunehmen. Denn indem die Beklagte im Einverständnis der Beteiligten das "Distribution Agreement" anstelle der B.____-X/Y AG erfüllte, gab sie zu erkennen, selber Partei der Schiedsvereinbarung sein zu wollen.²⁷

3.3. Formgültige Vereinbarung der Schiedsklausel?

3.3.1. Art. II Ziff. 2 NYÜ

3.3.1.1. Rechtliches

Die Frage, ob die Schiedsklausel formgültig vereinbart wurde, entscheidet sich direkt nach Art. II Ziff. 2 NYÜ²⁸ mit folgendem Wortlaut:

Art. II Ziff. 2 NYÜ

(deutsche Übersetzung):

²⁷ Dies wäre im Übrigen auch nach dem schweizerischen Recht betreffend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht anders, wo die Rechtsprechung vom Grundsatz ausgeht, dass bei einem Dritten, der sich in den Vollzug eines Vertrags mit einer Schiedsklausel einmischt, angenommen wird, er habe der Schiedsklausel durch konkludentes Handeln zugestimmt (BGE 134 III 565 E. 3.2; 129 III 727 E. 5.3.2).

²⁸ BSK IPRG-PATOCCHI/JERMINI (Fn. 12), Art. 194 N. 67.

Unter einer "schriftlichen Vereinbarung" ist eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.

Das Bundesgericht hat im Leitentscheid BGE 121 III 38 festgehalten, die Bestimmungen in Art. II Ziff. 2 NYÜ und Art. 178 IPRG würden sich "überschneiden".²⁹ Die Lehre steht grösstenteils auf dem hiervon abweichenden Standpunkt, Art. II Ziff. 2 NYÜ verlange im Gegensatz zu Art. 178 Abs. 1 IPRG einen *Austausch* von Dokumenten, in denen die Schiedsabrede enthalten ist.³⁰ Jedenfalls wird mit Bezug auf das NYÜ die beidseitige Formwahrung vorausgesetzt: Sämtliche Parteien der Schiedsvereinbarung müssen ihre Zustimmung zur Schiedsvereinbarung im Rahmen einer textlich nachweisbaren Erklärung äussern.³¹ Damit entspricht weder die schriftliche Bestätigung eines mündlichen Konsenses durch nur eine Partei noch die stillschweigende Annahme einer schriftlich vorgeschlagenen Schiedsabrede den Formerfordernissen gemäss Art. II Ziff. 2 NYÜ.³²

3.3.1.2. Keine Unterzeichnung durch die Beklagte

3.3.1.2.1. Standpunkt der Beklagten

Laut Klägerin findet die Schiedsklausel nur Anwendung, wenn sie zwischen den beiden Parteien schriftlich geschlossen worden ist, weshalb sie für die Beklagte unwirksam sei (act. 136, Replik N. 74). Die Beklagte vertritt die Ansicht, C._____ habe als Organ der B._____ -X/Y AG sowie der Beklagten mit seiner Unterschrift unter das "Distribution Agreement" nicht nur die B._____ -X/Y AG, sondern auch die Beklagte berechtigt und verpflichtet (act. 208 f., Duplik N. 125).

3.3.1.2.2. Würdigung

Das "Distribution Agreement" (KB 3, S. 13) ist seitens des "Distributor" von C._____ wie folgt unterzeichnet:

²⁹ BGE 121 III 38 E. 2c, mit der nicht vollends überzeugenden Begründung, die Formulierung von Art. 178 Abs. 1 IPRG sei von der Formulierung von Art. II Ziff. 2 NYÜ beeinflusst worden, weshalb wiederum erstere im Rahmen der Auslegung letzterer herangezogen werden müsse.

³⁰ POUDRET/BESSON (Fn. 19), N. 193 u. 205; BERGER/KELLERHALS (Fn. 14), N. 430; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, 2015, N. 3.64; PFISTERER, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, 2011, N. 77.

³¹ Vgl. BGE 121 II 38 E. 3 u. hierzu BSK IPRG-GRÄNICHER (Fn. 12), Art. 178 N. 16.

³² POUDRET/BESSON (Fn. 19), N. 189 u. 205; WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 95 u. 98; BGE 111 Ib 253 E. 5; siehe auch BSK IPRG-GRÄNICHER (Fn. 12), Art. 178 N. 16 *in fine* unter Bezugnahme auf BGE 121 III 38 E. 3; vgl. auch BGer 4A_618/2015/4A_634/2015 vom 9. März 2016 E. 4.3.

For and behalf of the "Distributor"

B. _____ X AG
[sig.]
C. _____
Managing Director

Date: 09th of October 2009
Place: Ljubljana

Als "Distributor" wird im "Distribution Agreement" neben der "B. _____ X GmbH" (österreichische Gesellschaft) jeweils ebenfalls die "B. _____ X AG" genannt (KB 3, S. 1 f.). Die Parteien sind sich einig, dass hiermit nicht die Beklagte, sondern die B. _____-X/Y AG (CHE-####.####.####) gemeint ist. Soweit ersichtlich und behauptet hat die Beklagte nie schriftlich ihr Einverständnis zur Geltung der Schiedsklausel erklärt. Die österreichische B. _____-X GmbH wie auch die B. _____-X/Y AG sind zwar mit der Beklagten konzernmässig verbunden (vgl. betr. die Beklagte insb. DB 2 f.), rechtlich aber eigenständige Gesellschaften. Die Textform ist nach dem Gesagten aber von allen Personen zu erfüllen, die durch die Schiedsvereinbarung verpflichtet werden sollen. Für die Beklagte liegt insoweit keine formgültig vereinbarte Schiedsklausel vor. Sie hat die Schiedsvereinbarung im "Distribution Agreement" weder unterzeichnet, noch ist behauptet, sie habe Dokumente gewechselt, in denen die angerufene Schiedsvereinbarung enthalten war.

3.3.2. Formerfordernisse bei der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Dritte

3.3.2.1. Rechtliches

3.3.2.1.1. Beachtung der Formerfordernisse von Art. II Ziff. 2 NYÜ

Das Bundesgericht hat bezüglich des hier nicht anwendbaren Art. 178 IPRG entschieden, die Formvorschrift beim Abschluss der Schiedsklausel beziehe sich nur auf die ursprüngliche Schiedsabrede. Die Frage hingegen, ob eine in der Schiedsabrede nicht genannte Drittperson von ihr erfasst werde, sei eine Frage allein des materiellen Rechts.³³ Ob diese Auffassung allerdings auch für Art. II Ziff. 2 NYÜ zutrifft, ist fraglich. Der Wortlaut der Bestimmung spricht dagegen, indem er verlangt, dass die "Parteien" eine Schiedsvereinbarung unterzeichnen oder Briefe oder Telegramme wechseln, in denen eine Schiedsvereinbarung enthalten ist.

Auch gemäss der einschlägigen Lehre unterliegt der Beitritt einer dritten Partei zu einem Vertrag mit einer Schiedsabrede dem Schriftlichkeitserfordernis von Art. II Ziff. 2 NYÜ, d.h. es reicht regelmässig nicht aus, dass der Vertrag zwischen den ursprünglichen Parteien schriftlich abgeschlossen wurde.³⁴ Dass die konkludente Annahme einer schriftlichen Offerte, die

³³ BGE 129 III 727 E. 5.3.1.

³⁴ WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 154 i.V.m. WILSKE/FOX (Fn. 20), Art. II N. 243; gl. M. für das schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit PFISTERER (Fn. 30), N. 395 ff.

eine Schiedsklausel beinhaltet, die Voraussetzungen von Option I Artikel 7 Abs. 3 des UNCITRAL-Modellgesetzes zur internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit³⁵ erfüllt³⁶ und das NYÜ im Lichte des UNCITRAL-Modellgesetzes auszulegen ist,³⁷ ändert hieran nichts. Denn ein solcher Vorgang lässt sich weder unter den Tatbestand der unterzeichneten Schiedsvereinbarung noch unter jenen des Wechsels von Dokumenten subsumieren (vgl. hierzu bereits vorn E. 3.3.1.1).³⁸

3.3.2.1.2. Präklusion zufolge widersprüchlichen Verhaltens

Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) ist im NYÜ unmittelbar verankert.³⁹ Gestützt hierauf kann es einer Partei verwehrt sein, sich auf einen Formmangel einer Schiedsvereinbarung zu berufen, wenn sie sich dadurch in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzt.⁴⁰ Auch das Bundesgericht hat bereits in einem früheren Entscheid zum NYÜ festgehalten, dass die Berufung auf den Formmangel unter besonderen Umständen rechtsmissbräuchlich sein bzw. nach Treu und Glauben das Verhalten der Parteien die Einhaltung der Formvorschrift ersetzen kann.⁴¹ Der bundesgerichtliche Leitentscheid BGE 121 III 38 betraf einen See-Frachtvertrag, bei welchem sich die Schiedsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite eines Konnossements (Schiffsfrachtbrief) befand, welches vom Verlader ausgefüllt und dem Transporteur übergeben, aber nicht unterzeichnet worden war. Der Transporteur hingegen hatte das Konnossement unterzeichnet. Beim Verlader und dem Transporteur handelte es sich um langjährige Geschäftspartner und der Transporteur durfte nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass der Verlader den allgemeinen Geschäftsbedingungen und der darin enthaltenen Schiedsklausel auf dem von ihm selbst ausgefüllten Konnossement zugestimmt hatte.

3.3.2.2. Würdigung

Die Beklagte hat die Schiedsvereinbarung im "Distribution Agreement" weder unterzeichnet, noch hat sie mit der Klägerin Dokumente gewechselt, in denen die angerufene Schiedsvereinbarung enthalten war (siehe vorn E. 3.3.1.2.2). Nach dem Gesagten sind damit die Formvorschriften von Art. II Ziff. 2 NYÜ nicht erfüllt.

Allerdings widerspricht die Berufung der Klägerin auf den Formmangel ihrem bisherigen Verhalten: Einerseits erfüllte sie jahrelang den Vertrag trotz

³⁵ Modellgesetze der UNCITRAL (**United Nations Commission on International Trade Law**) sind gedacht als Muster für nationale Gesetzesreformen der Mitgliedsländer.

³⁶ WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 124.

³⁷ BGE 121 III 38 E. 2c.

³⁸ Vgl. WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 124 f.

³⁹ WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 53; BORRIS/HENNECKE, in: Wolff (Fn. 19), Art. V N. 48.

⁴⁰ WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 157.

⁴¹ BGE 121 III 38 E. 3; GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N. 561 und 569; BSK IPRG-PATOCCHI/JERMINI (Fn. 12), Art. 194 N. 71; BERGER/KELLERHALS (Fn. 14), N. 440.

fehlender Unterschrift der Beklagten, andererseits duldete sie nicht nur die Vertragserfüllung durch die Beklagte anstelle der B.____-X/Y AG, sondern wirkte aktiv daran mit (siehe vorn E. 3.2.3). Das widersprüchliche Verhalten der Klägerin manifestierte sich überdies auch im vorliegenden Verfahren, indem sie in der Klage noch vorbehaltlos ausführte, "die Parteien" hätten das "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 abgeschlossen (Klage N. 13). Erst nachdem die Beklagte die Schiedseinrede erhoben hatte, wich die Klägerin von ihrem Standpunkt ab und berief sich darauf, in formeller Hinsicht liege keine gültige Schiedsvereinbarung vor. Das Verhalten der Klägerin erscheint somit insgesamt widersprüchlich und damit als Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Berufung der Klägerin auf den Formmangel kann deshalb nicht gehört werden und ist unbeachtlich.

3.4. Zwischenergebnis

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Partei der unter Ziff. 13.6 des "Distribution Agreement" vom 9. Oktober 2009 abgeschlossenen und in materiell-rechtlicher Hinsicht gültigen Schiedsvereinbarung sind. Auf das Fehlen der Schriftform i.S.v. Art. II Ziff. 2 NYÜ kann sich die Klägerin nicht berufen.

4. Fallen die streitigen Ansprüche in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung?

Sodann ist zu prüfen, ob die von der Klägerin eingeklagten Forderungen von der Schiedsvereinbarung erfasst werden.

4.1. Gegenstand der Schiedsvereinbarung

4.1.1. Ausgangslage

Die unter Ziff. 13.6 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 12) vereinbarte Schiedsklausel bezieht sich auf "*[a]ny controversy or claim arising out of or relating to this 'Agreement' or the breach thereof*". Das "Distribution Agreement" enthält eine Befristung. Gemäss Ziff. 13.4 (KB 3, S. 11) endet seine Laufzeit am 31. Dezember 2014. Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren Ansprüche geltend, die Warenbestellungen und –lieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember des Jahres 2015 betreffen. Damit stellt sich die Frage, ob die von der Klägerin eingeklagten Forderungen in den sachlichen Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung fallen, d.h. ob es sich hierbei um eine Streitigkeit handelt, die aus dem "Distribution Agreement" entstand oder mit ihm oder seiner Verletzung im Zusammenhang steht.

4.1.2. Autonomie der Schiedsvereinbarung

Nach dem international gefestigten Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ("separability of the arbitration clause") sind Gültigkeit und Wirksamkeit des Hauptvertrages einerseits und einer Schiedsvereinbarung (selbst wenn sie im Hauptvertrag enthalten ist) andererseits separat zu

beurteilen.⁴² Aus diesem Grundsatz folgt u.a., dass die Beendigung des Hauptvertrages normalerweise keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Schiedsklausel hat.⁴³ Insbesondere berührt das Auslaufen eines befristeten Hauptvertrages die Wirksamkeit der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung grundsätzlich nicht.⁴⁴ Der Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist sowohl im UNCITRAL-Modellgesetz als auch im darauf basierenden slowenischen Schiedsgesetz (ZArbit) verankert.⁴⁵ Nichts anderes ergibt sich aus dem Ergänzungsrechtsgutachten (act. 367 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 10 f.).

Der Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung muss durch Auslegung bestimmt werden (vgl. act. 366 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 9 f.), was einem international anerkannten Grundsatz entspricht.⁴⁶

4.2. Verlängerung des "Distribution Agreement" als unbefristeter Vertrag?

4.2.1. Zeitlicher Geltungsbereich

Fraglich und zu prüfen ist, ob sich der sachliche Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung im "Distribution Agreement" auf die streitgegenständlichen Warenlieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember 2015 erstreckt. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu klären, ob das "Distribution Agreement" mit Ablauf der vereinbarten Laufzeit am 31. Dezember 2014 endete oder ob es nach Massgabe des anwendbaren slowenischen Rechts ab dem 1. Januar 2015 als unbefristeter Vertrag weiterbestand.

4.2.2. Parteistandpunkte (Übersicht)

4.2.2.1. Beklagte

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, die Verfahrensparteien seien auch Parteien des genannten "Distribution Agreement" gewesen. Dessen Laufzeit sei grundsätzlich bis Ende 2014 befristet gewesen. Nach dem anwendbaren slowenischen Recht kämen auf diesen Vertriebsvertrag die gesetzlichen Bestimmungen zum Agenturvertrag zur Anwendung. Gemäss Art. 813 [recte: 831] Abs. 2 OZ gelte ein ursprünglich befristeter Agenturvertrag als unbefristet, wenn die Parteien den Vertrag nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit weiter erfüllen würden. Die Parteien hätten sich nach Ablauf der eigentlichen Vertragslaufzeit nicht auf die simple

⁴² Rechtsvergleichend Poudret/Besson (Fn. 19), N. 162 ff.

⁴³ Poudret/Besson (Fn. 19), N. 377.

⁴⁴ Poudret/Besson (Fn. 19), N. 377 und insb. Fn. 1081. Dies entspricht im Übrigen auch der schweizerischen Rechtsauffassung (vgl. BGE 140 III 134 E. 3.3.3: *"Nach dem erwähnten Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die in einem Vertrag enthaltene Schiedsklausel durch den Ablauf der Vertragsdauer oder die Kündigung des Hauptvertrags nicht berührt wird. Eine gegenteilige Abrede ist nicht leichthin anzunehmen, sondern müsste sich aus der Vereinbarung klar ergeben, wie das Schiedsgericht zutreffend erwogen hat."*).

⁴⁵ Art. 16 Abs. 1 UNCITRAL Modellgesetz u. Art. 19 Abs. 1 ZArbit.

⁴⁶ Siehe etwa Poudret/Besson (Fn. 19), N. 304 ff.; Borris/Hennecke (Fn. 39), Art. V N. 204.

Warenbestellung und -lieferung beschränkt, sondern ihre Kooperation nach den Bestimmungen des bisherigen Vertrags (u.a. mit Rechten und Pflichten betr. Werbung und Marketing für die Vertragsprodukte und regelmässigen Informationspflichten) unverändert fortgesetzt. Daher sei das "Distribution Agreement" samt der darin enthaltenen Schiedsklausel auf unbestimmte Zeit verlängert worden (act. 48 ff. u. 76 ff., Klageantwort N. 24 ff. u. 102 ff.).

4.2.2.2. Klägerin

Die Klägerin steht demgegenüber auf dem Standpunkt, Art. 831 OZ sei als Bestimmung des Agenturvertragsrechts nicht analog auf den vorliegenden Vertriebsvertrag anwendbar (act. 139 ff., Replik N. 82 ff.; act. 379, Stellungnahme der Klägerin vom 1. Juni 2018 N. 10). Selbst wenn die fragliche Bestimmung jedoch analog auf den Vertriebsvertrag anwendbar wäre, wären – so die Klägerin – die Voraussetzungen für eine von Gesetzes wegen erfolgende Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag nicht erfüllt, denn die Parteien hätten das "Distribution Agreement" nicht stillschweigend und unverändert fortgeführt. Die Klägerin habe vor dem Ablauf der Vertragszeit vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass der Vertrag danach nicht mehr gelten werde. Falls der Vertrag von Gesetzes wegen verlängert worden sei, gelte dies nicht für die darin enthaltene Schiedsklausel (act. 141 ff., Replik N. 92 ff.; act. 380, Stellungnahme der Klägerin vom 1. Juni 2018 N. 11).

4.2.3. Feststellung des anwendbaren Rechts

Wiederum ist das einschlägige slowenische Recht festzustellen (Art. 16 Abs. 1 IPRG).

4.2.3.1. Agenturvertrag/Handelsvertretervertrag nach slowenischem Recht

Im Rahmen eines Handelsvertretungsvertrags i.S.v. Art. 807 OZ⁴⁷ verpflichtet sich der Vertreter, sich ständig zu bemühen, dass Dritte jederzeit Verträge mit seinem Auftraggeber schliessen, und in diesem Sinne zwischen diesen und dem Auftraggeber zu vermitteln sowie gemäss der erhaltenen Ermächtigung Verträge mit Dritten im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers zu schliessen. Letzterer verpflichtet sich, für jeden abgeschlossenen Vertrag eine bestimmte Vergütung (Provision) zu bezahlen (act. 310, Rechtsgutachten S. 6).

Im Rahmen eines Alleinvertriebsvertrags (auch Vertragshändlervertrag bzw. Distributionsvertrag) schliesst der Alleinvertreter demgegenüber

⁴⁷ Wortlaut in der englischen Übersetzung: *"Through a commercial agency contract the agent undertakes to attend all the time to ensuring third persons conclude contracts with the agent's mandator and in this sense to mediate between them and the mandator, and also after acquiring authorisation to conclude contracts with third persons in the name of and for the account of the mandator, while the mandator undertakes to provide a specific payment (commission) for each contract."* (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

Verträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Der Alleinvertriebsvertrag ist im OZ nicht explizit geregelt (act. 310, Rechtsgutachten S. 6).

4.2.3.2. Anwendung von Art. 831 Abs. 2 OZ auf Agenturverträge?

Wurde ein Handelsvertretungsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen, so erlischt er mit dem Ablauf der bestimmten Zeit (Art. 831 Abs. 1 OZ).⁴⁸ Wird ein Handelsvertretungsvertrag aber auch nach Ablauf der Frist, für die er abgeschlossen wurde, von beiden Parteien fortgesetzt, so gilt er als ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Vertrag (Art. 831 Abs. 2 OZ).⁴⁹

Ein Alleinvertriebsvertrag ist nach slowenischem Recht nicht mit einem Handelsvertretungsvertrag gleichzusetzen (siehe zur Abgrenzung vorn E. 4.2.3.1). Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Innominatkontrakt; die Parteien können ihre Pflichten und Rechte frei bestimmen (act. 310, Rechtsgutachten S. 6).

Im Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2017 wird festgehalten, es bestehe für den Alleinvertriebsvertrag soweit ersichtlich keine Rechtsprechung über die Anwendbarkeit der Vorschriften zum Handelsvertretungsvertrag (act. 310, Rechtsgutachten S. 6). Auch aus der Lehre ergäben sich soweit ersichtlich kaum Anhaltspunkte; es werde aber eher die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen angedeutet (act. 312, Rechtsgutachten S. 8). Im Ergänzungsrechtsgutachten vom 4. Mai 2018 kam das rechtsvergleichende Institut auf diese Aussage zurück und führte aus, "[a]nders als im Gutachten vom 19. Oktober 2017 angegeben", könne nach einer erneuten vertieften Abklärung festgestellt werden, dass slowenische Gerichte "durchaus" in gewissen Fällen gewisse Bestimmungen des Obligationenrechts auf als mit "Alleinvertriebsverträge" oder "Vertriebsverträge" bezeichnete Verträge anwenden würden (act. 360, Ergänzungsrechtsgutachten S. 3). In der Folge wird im Ergänzungsrechtsgutachten u.a. auf das Urteil III IPS 38/2014 vom 2. September 2014 des Obersten Gerichts der Republik Slowenien⁵⁰ sowie das Urteil I Cpg 973/2015 vom 26. August 2015 des Oberen Gerichts von Ljubljana hingewiesen, wobei in beiden Urteilen Art. 831 OZ auf Vertriebsverträge angewendet wurde (act. 361 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 4 f.). Sodann wird auf das weitere Urteil III Ips 93/2015 vom 18. April 2017 des Obersten Gerichts der Republik Slowenien

⁴⁸ Wortlaut in der englischen Übersetzung: *"If a commercial agency contract was concluded for a definite period it shall terminate when the period ends."* (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

⁴⁹ Wortlaut in der englischen Übersetzung: *"If the two parties continue to perform a contract specified in the first paragraph after the period for which it was concluded ends, it shall be deemed a contract concluded for an indefinite period. In determining the period of notice the time elapsed since the conclusion of the contract shall be taken into consideration, as it applies to the termination of a contract concluded for an indefinite period."* (abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180877>, zuletzt besucht am 6. November 2018).

⁵⁰ Von der Beklagten eingereicht als Beilage 2 zur Stellungnahme vom 20. November 2017 (inkl. beglaubigter deutscher Übersetzung).

verwiesen und diesbezüglich festgehalten, das Gericht habe in diesem Fall bezüglich eines Vertriebsvertrages die Auffassung vertreten, dass aufgrund der "Nachhaltigkeit des Vertriebsverhältnisses, die Anwendung der Bestimmungen über die Beendigung des Handelsvertretervertrages und die Konsequenzen dieser Kündigung in der Regel als sinnvoll" zu betrachten seien (act. 361 u. 363 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 4 u. 6 f.). Damit besteht eine hinreichende Grundlage für die Feststellung, dass Art. 831 Abs. 2 OZ auf Alleinvertriebsverträge zur Anwendung kommt.

4.2.3.3. Voraussetzungen einer Vertragsverlängerung

Im Ergänzungsrechtsgutachten (act. 365 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 8 f.) wird unter Verweis auf das Urteil III IPS 38/2014 vom 2. September 2014 des Obersten Gerichts der Republik Slowenien⁵¹ konkretisierend festgehalten, dass aus der Rechtsprechung hervorgehe, dass nach den allgemeinen Bestimmungen des slowenischen Obligationenrechts eine beidseitige Erfüllung des Vertrags nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer durchaus zu einer Umwandlung des Vertrags in einen unbefristeten Vertrag führen kann. Beide Parteien müssen hierfür den Willen zeigen, den Vertrag weiter zu erfüllen (act. 365 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 8 f.). Der Wille muss gemäss Art. 18 OZ durch Worte, übliche Zeichen oder durch ein anderes Verhalten ausgedrückt werden, sodass verlässlich auf das Vorhandensein eines entsprechenden Willens geschlossen werden kann (siehe bereits vorn E. 3.2.2.2.2; act. 366, Ergänzungsrechtsgutachten S. 9). Gemäss erwähntem Urteil stellt die weitere Erfüllung eines beendigten Vertrags mit dem gleichen Inhalt, wie er schriftlich niedergelegt wurde, ein solches konkludentes Verhalten dar. Die Parteien können auf diese Weise ihren Willen äussern, die Gültigkeit des Vertrags zu verlängern (act. 366, Ergänzungsrechtsgutachten S. 9). Gemäss S. 9 des Ergänzungsrechtsgutachtens (act. 366) entsprechen diese im Urteil III IPS 38/2014 gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen des slowenischen Obligationenrechts gemachten Ausführungen zudem auch den Voraussetzungen gemäss Art. 831 Abs. 2 OZ. Denn auch hier werde mindestens eine konkludente Handlung für die Umwandlung des zeitweiligen Vertrags in einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag als rechtsgenügend verlangt (gleich schon das Rechtsgutachten vom 17. Oktober 2017 S. 7 [act. 311]). Die Vertragserfüllung kann somit als konkludentes Verhalten gelten, aus dem auf den Willen zur Fortsetzung des Vertrages geschlossen werden kann (act. 366, Ergänzungsrechtsgutachten S. 9). Aus dem Urteil III IPS 38/2014 vom 2. September 2014 des Obersten Gerichts der Republik Slowenien (E. 7, 9 u. 10)⁵² ergibt sich nichts hiervon Abweichendes.

⁵¹ Von der Beklagten eingereicht als Beilage 2 zur Stellungnahme vom 20. November 2017 (inkl. beglaubigter deutscher Übersetzung).

⁵² Von der Beklagten eingereicht als Beilage 2 zur Stellungnahme vom 20. November 2017 (inkl. beglaubigter deutscher Übersetzung).

Im Ergebnis ist die Verlängerung eines Vertriebsvertrages sowohl gestützt auf Art. 831 Abs. 2 OZ als auch gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen des slowenischen Obligationenrechts, namentlich Art. 18 OZ, auch durch konkludentes Verhalten möglich. Voraussetzung ist ein Verhalten der Parteien, das verlässlich den Schluss auf einen entsprechenden Willen zulässt. Dabei kann die beidseitige Vertragserfüllung ein konkludentes Verhalten in diesem Sinne darstellen.

4.2.4. Qualifikation des "Distribution Agreement"

Art. 831 OZ ist eine Bestimmung des slowenischen Agenturvertragsrechts. Gemäss Art. 807 Abs. 1 OZ vermittelt der Agent Vertragsabschlüsse für den Auftraggeber oder schliesst im Namen und auf Rechnung desselben Verträge ab. Er handelt somit gegenüber dem von ihm geworbenen Drittkunden weder in eigenem Namen noch auf eigene Rechnung (siehe bereits vorn E. 4.2.3.1). Demgegenüber schliesst das vorliegende "Distribution Agreement" ein Handeln des Vertriebsunternehmens im Namen und auf Rechnung der Klägerin gerade aus (vgl. KB 3, S. 5 [Ziff. 4.1] und S. 8 [Ziff. 9.2]). Vielmehr sollten die Vertragspartner der Klägerin die klägerischen Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vertreiben. Beim "Distribution Agreement" handelt es sich somit nicht um einen Agenturvertrag nach slowenischem Recht. Gleichwohl ist Art. 831 Abs. 2 OZ nach dem Gesagten anwendbar und ist die konkludente Vertragsverlängerung ohnehin auch nach Massgabe der allgemeinen Bestimmungen des slowenischen Obligationenrechts denkbar und deshalb zu prüfen.

4.2.5. Konkludente Vertragsverlängerung?

Zu klären ist, ob aufgrund des Verhaltens der Parteien verlässlich auf deren Willen geschlossen werden kann, das "Distribution Agreement" auch im Jahr 2015 fortsetzen zu wollen.

4.2.5.1. Kommunikation der Parteien vor und kurz nach Ende der Laufzeit des "Distribution Agreement"

Vor Ende der im "Distribution Agreement" vorgesehenen Laufzeit hielt die Klägerin mit E-Mail vom 15. Dezember 2014 (RB 88) an die Beklagte fest, dass die Verhandlungen um einen Nachfolgevertrag für das "Distribution Agreement" noch nicht zum Abschluss eines neuen Vertrags geführt hätten. Zur Regelung der Übergangsphase bis zur Einigung über eine neue längerfristige Vereinbarung schlug die Klägerin der Beklagten den Abschluss eines von ihr vorbereiteten "short term agreement" (ebenfalls als Teil von RB 88 verkündet) vor.

Als die Beklagte sodann mit E-Mail vom 29. Dezember 2014 (KB 5) bei der Klägerin nachgefragt hatte, wie es am 5. Januar 2015 weitergehen solle, nachdem sich die Parteien nicht auf eine neue Vereinbarung hätten einigen können, antwortete die Klägerin mit E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6), dass die Nichtunterzeichnung des "short term agreement" bis am 31.

Dezember 2014 zwar akzeptiert werde, dies aber bedeute, dass diesfalls die Kooperation durch keinen Vertrag geregelt sein werde. Mit E-Mail vom 4. Januar 2015 (AB 6) teilte die Klägerin der Beklagten sodann abermals ihre Bereitschaft zur Fortführung der Verhandlungen und der Zusammenarbeit mit, *"even if required temporarily without a formal contract"*. Mit E-Mail vom 8. Januar 2015 (KB 7) schrieb die Klägerin der Beklagten erneut, für die Zeit des weiteren "Dialogs" (d.h. der Vertragsverhandlungen) gebe es zwei Optionen: Entweder man einigte sich auf das der Beklagten bereits vorgeschlagene "short term agreement" oder man könne *"without an agreement"* zusammenarbeiten.

Aufgrund dieser Aussagen im Dezember 2014 und anfangs Januar 2015 musste die Beklagte grundsätzlich klar davon ausgehen, dass die Klägerin eine Verlängerung des "Distribution Agreement" explizit ablehnte. Gleichwohl ist im Folgenden zu untersuchen, wie bzw. auf welcher Grundlage die Parteien hernach im Jahr 2015 tatsächlich zusammenarbeiten. Hierzu sind die einzelnen von der Beklagten behaupteten Aspekte der Zusammenarbeit im Jahr 2015 zu prüfen.

4.2.5.2. Bonus

4.2.5.2.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, die Klägerin habe auch im Jahr 2015 gestützt auf Ziff. 6.5 des "Distribution Agreement" einen Bonus von EUR 0.06 pro K-Einheit an die Beklagte bezahlt. Die Beklagte habe den Bonus jeweils vierteljährlich berechnet und eine Rechnung ("Belastung") erstellt, worauf sie von der Klägerin Gutschriften von insgesamt EUR 288'193.08 erhalten habe (act. 49, Klageantwort N. 28 f.).

Die Klägerin hielt dem in der Replik entgegen, der Bonus in Höhe von EUR 0.06 sei gewährt worden, jedoch nicht gestützt auf das "Distribution Agreement", sondern gestützt auf das "short term agreement". Die Klägerin habe der Beklagten im Dezember 2014 ein "short term agreement" vorgeschlagen. In ihrer E-Mail vom 30. Dezember 2014 habe sie der Beklagten dann mitgeteilt, dass bei Ablehnung dieses "short term agreement" die Klägerin ihre Produkte auf der Basis einer mit dem "short term agreement" zugestellten Preisliste verkaufen werde. Zudem sei sie bereit, die in Annex 2 des vorgeschlagenen "short term agreement" aufgeführten Konditionen betreffend Bonusgewährungen, Listungsgebühren und Sonderaktionen zu gewähren (act. 146, Replik N. 115; act. 126, Replik N. 37; act. 123, Replik N. 32 f.). Im Übrigen sei anzumerken, dass im "Distribution Agreement" nur ein Bonus von EUR 0.04 pro K-Einheit vorgesehen sei (act. 126, Replik N. 37; act. 146 N. 115).

Die Beklagte führte in der Duplik aus, der Bonus in Höhe von EUR 0.06 sei nicht erst im Jahr 2015 gewährt worden. Er sei bereits unter dem "Distribution Agreement" 2006 von EUR 0.04 auf EUR 0.06 erhöht worden; der

letzte Bonus von EUR 0.04 sei im März 2009 bezahlt worden. Unter dem "Distribution Agreement" sei ausnahmslos ein Bonus von EUR 0.06 gewährt worden, auch wenn in seinem Annex nur ein solcher von EUR 0.04 hineingeschrieben worden sei (act. 197 ff., Duplik N. 97 f.).

4.2.5.2.2. Würdigung

Die Klägerin teilte der Beklagten mit E-Mail vom 30. Dezember 2014 mit, dass auch bei Nichtabschluss des "short term agreement" der "support for Modern Trade customers as described in annex 2 of the proposed short term agreement" fortgesetzt würde (KB 6). Der Bonus von EUR 0.06 ist in Annex 2, Ziff. 1 des vorgeschlagenen "short term agreement" enthalten (RB 88). In der Bezahlung der behaupteten Boni kann deshalb keine konkludente Willenserklärung der Klägerin gesehen werden, das "Distribution Agreement" (entgegen ihrer Aussage, die Kooperation werde bei Nichtabschluss des "short term agreement" im Jahr 2015 durch kein Agreement geregelt sein) weiterführen zu wollen.

4.2.5.3. Beteiligung an Sonderaktionen

4.2.5.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete, die Klägerin habe sich auch im Jahr 2015 gestützt auf Annex 2 Ziff. 4 des "Distribution Agreement" an den Kosten für Sonderaktionen beteiligt. Die Preisdifferenz zwischen dem normalen Preis und der Sonderaktion sei gemäss "Distribution Agreement" zu 2/3 von der Klägerin und zu 1/3 von der Beklagten zu tragen gewesen. Im Jahr 2015 habe die Beklagte von der Klägerin Gutschriften in Höhe von EUR 210'861.13 erhalten (act. 51 ff., Klageantwort N. 31 ff.).

Die Klägerin stellte sich in der Replik auf den Standpunkt, sie habe sich an den Kosten der Beklagten für Sonderaktionen beteiligt, jedoch nicht gestützt auf das "Distribution Agreement", sondern wiederum gestützt auf das "short term agreement". Zwar habe auch das "Distribution Agreement" eine entsprechende Bestimmung enthalten. Die Beklagte habe aber in den Jahren 2009 bis 2014 von der Klägerin nur eine Kostenbeteiligung von 1/3 eingefordert (act. 146, Replik N. 116).

Die Beklagte entgegnete hierauf in der Duplik, sie habe unter Weiterführung der gemäss "Distribution Agreement" 2006 geltenden Praxis, wonach nur 1/3 zu Lasten der Klägerin gegangen sei, der Klägerin nur 1/3 belastet. Diesen Irrtum habe sie im Jahr 2014 erkannt und korrigiert. Die beiden Belastungsanzeigen vom 31. Dezember 2014 würden zeigen, dass sie der Klägerin die vertraglich stipulierten 2/3 der Sonderaktionskosten in Rechnung gestellt habe und diese jene gemäss Credit Note vom 31. Dezember 2014 akzeptiert habe (act. 199 f., Duplik N. 99 f.).

4.2.5.3.2. Würdigung

Die Klägerin teilte der Beklagten mit E-Mail vom 30. Dezember 2014 mit, dass auch bei Nichtabschluss des "short term agreement" der "support for Modern Trade customers as described in annex 2 of the proposed short term agreement" fortgesetzt würde (KB 6). Die 2/3-Beteiligung der Klägerin an den Kosten der Beklagten für Sonderaktionen ist in Ziff. 3 des Annex 2 des "short term agreement" enthalten (RB 88). In der Übernahme von 2/3 der Kosten für Sonderaktionen kann deshalb keine konkludente Willenserklärung der Klägerin gesehen werden, das "Distribution Agreement" (entgegen ihrer Aussage, die Kooperation werde bei Nichtabschluss des "short term agreement" im Jahr 2015 durch kein Agreement geregelt sein) weiterführen zu wollen.

4.2.5.4. Übernahme der Marketingkosten

4.2.5.4.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, die Klägerin habe auch im Jahr 2015 gestützt auf das "Distribution Agreement" insgesamt EUR 243'679.53 an Kosten für Marketingaktionen übernommen. Die Beklagte habe diese Kosten zunächst bezahlt und der Klägerin dann in Rechnung gestellt. Daraufhin habe die Klägerin die entsprechenden Beträge mit Forderungen gegenüber der Beklagten verrechnet und hierfür einen "Proposal for set-off claims" ausgestellt (act. 53 ff., Klageantwort N. 34 f.).

Die Klägerin hielt dem entgegen, die Übernahme von Marketingkosten habe nicht auf dem "Distribution Agreement" basiert. Die Klägerin habe sich mit der Beklagten auf "gewisse Marketing- und Werbeaktionen" geeinigt, da es im Interesse beider Parteien gelegen habe, die Produkte in der Schweiz bekannt zu machen. Die Klägerin habe der Beklagten dabei "entsprechende Werbeaktionen" vorgeschlagen und ihr dafür einen "Werbekostenzuschuss" bezahlt (act. 146 f., Replik N. 117; act. 128, Replik N. 39).

Die Beklagte entgegnete hierauf, es werde bestritten, dass die Zusammenarbeit bei Marketing- und Werbeaktionen auf einer neuen Vereinbarung gründen solle. Die Beklagte habe aufgezeigt und bewiesen, dass die Marketingaktionen im 2015 jeweils von der Beklagten bezahlt und dann der Klägerin in Rechnung gestellt worden seien. Aus Belegen betreffend die Jahre 2009 bis 2014 ergebe sich, dass die Parteien dadurch das "Distribution Agreement" im Jahr 2015 identisch fortgesetzt hätten (act. 200 f., Duplik N. 101).

4.2.5.4.2. Würdigung

In Ziff. 7.4 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 6) vereinbarten die Parteien u.a., die Klägerin "shall prepare, finance and present to the 'Distributor' a suitable 'Marketing Strategy'". Die Klägerin bestreitet nicht, dass diese Vertragsklausel die Pflicht zur Übernahme von Marketingkosten beinhaltet. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, im Jahr 2015 habe die

Übernahme von Marketingkosten nicht auf dieser Vertragsklausel basiert, sondern man habe sich auf "gewisse Marketing- und Werbeaktionen" geeinigt und hierfür einen "Werbekostenzuschuss" entrichtet (act. 128, Replik N. 39).

Die Beklagte verurkundete mit der Klageantwort 10 Rechnungen betreffend das Jahr 2015 über insgesamt EUR 243'679.53 (AB 24-26, 28-30, 33-34 u. 36) samt 4 korrespondierenden "Proposal for set-off of claims" der Klägerin (AB 27, 32, 35 u. 37). Mit der Duplik verurkundete sie sodann Rechnungen betreffend Marketingkosten mit korrespondierenden "Proposal for set-off of claims" (bzw. "Predlog za pobot terjatev") aus den Jahren 2009-2014 (DB 41-49). Es ist nicht erkennbar, dass sich im Jahr 2015 die Zusammenarbeit der Parteien in diesem Punkt irgendwie verändert hätte. Vielmehr wurden auch im Jahr 2015 die Marketingkosten nach demselben Muster in Rechnung gestellt und von der Klägerin akzeptiert.

Die Behauptung der Klägerin, man habe sich auf "gewisse Marketing- und Werbeaktionen" geeinigt und hierfür einen "Werbekostenzuschuss" entrichtet, bleibt demgegenüber bereits äusserst pauschal und damit unsubstantiiert. Sie erscheint aber auch aufgrund der von der Beklagten eingereichten Urkunden als widerlegt. Die Klägerin behauptet auch nicht, sie habe der Beklagten kurz vor Ablauf des "Distribution Agreement" in Aussicht gestellt, sie werde auch Marketingkosten übernehmen. Eine entsprechende Pflicht findet sich auch in dem von ihr vorgeschlagenen "short term agreement" nicht. Trotzdem hat sie im Jahr 2015 widerspruchsfrei Marketingkosten in der Gesamthöhe von EUR 243'679.53 übernommen. Der Abrechnungsmodus war dabei mit demjenigen der Jahre 2009 – 2014 identisch. Eine andere vertragliche Grundlage für die Übernahme dieser Kosten als das "Distribution Agreement" ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat die unter dem "Distribution Agreement" geschuldeten Marketingkosten weiterhin in Rechnung gestellt und das "Distribution Agreement" insoweit auch im Jahr 2015 weiterhin praktiziert. Die Klägerin hat ihrerseits nicht widersprochen und das Verhalten der Beklagten akzeptiert.

4.2.5.5. Umsatzvorgaben

4.2.5.5.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, sie habe auch im Jahr 2015 Abnahmemengenvorgaben zu erfüllen gehabt (act. 55 f., Klageantwort N. 37 ff.). Zum Beweis verweist sie auf zwei E-Mails von F._____ vom 10. September 2015 und 16. Oktober 2015 (AB 38 f.).

Die Klägerin hielt dem in der Replik entgegen, die von der Beklagten verurkundeten E-Mails würden sich an G._____ von der B._____ GmbH (Österreich) richten, weshalb in der zweiten E-Mail vom 16. Oktober 2015 auch der Fehlbetrag für Österreich-Deutschland betont werde (act. 147, Replik N. 118).

Die Beklagte entgegnet, es sei nicht klar, welche Schlussfolgerungen die Klägerin aus ihrer Behauptung ziehe. Die erwähnten E-Mails seien auch an die Beklagte gegangen (act. 233, Duplik N. 221). Die Beklagte habe nicht nur im Jahr 2015, sondern auch in allen Jahren zuvor Umsatzvorgaben erfüllen müssen (act. 201, Duplik N. 102 f.).

4.2.5.5.2. Würdigung

Entgegen den Ausführungen der Klägerin ging jedenfalls die E-Mail vom 16. Oktober 2015 (AB 39) auch an die Beklagte bzw. deren H._____. In dieser E-Mail ist unter anderem die Rede von einem "kumulierten Fehlbetrag" und von "gemäss Budget definierten Abnahmemengen". Es wird von der Klägerin ausgeführt, dass in Österreich "mit Ende September" "471 TEUR" und in Deutschland "518 TEUR" fehlen würden. Sodann wird mitgeteilt, dass es stimme, dass "die Schweiz" "gut 471 TEUR des gesamten Fehlbetrages" wieder wettmache. Man könne aber nicht einfach auf die "gute Performance der Schweiz" hinweisen, denn das werde den "Fehlbetrag" nicht einbringen (AB 39).

Unbestritten und aus Ziff. 6.7 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 6) ersichtlich ist, dass dieses Umsatzvorgaben vorsah, indem festgehalten wurde, dass "[t]he annual sales volumes have been agreed to by the 'Parties' and attached hereto and marked as Annex No. 2. The 'Parties' have agreed that a tolerance level of 10 % shall be allowed against these set annual volumes." Unter Ziff. 1 des Annex 2 findet sich eine Tabelle mit "I._____". Damit ist erwiesen, dass unter dem "Distribution Agreement" Umsatzvorgaben zu erfüllen waren.

Die Klägerin kann nicht aufzeigen, worauf ausser auf das "Distribution Agreement" sich eine Pflicht der Beklagten, auch im Jahr 2015 bestimmte Umsatzvorgaben erfüllen zu müssen, stützen sollte. Zwar wird alleine aufgrund der E-Mail vom 16. Oktober 2015 (AB 39) nicht klar, auf welcher Grundlage der darin erwähnte "Fehlbetrag" berechnet wurde. Auch sind in Ziff. 1 des Annex 2 des "Distribution Agreement" für das Jahr 2015 naturgemäss keine Umsatzvorgaben enthalten. Trotzdem wird aus der E-Mail vom 16. Oktober 2015 (AB 39) ersichtlich, dass die Klägerin eindeutig auf dem Standpunkt stand, dass sowohl die Beklagte als auch die B._____-X GmbH (Österreich) bestimmte Vorgaben zu erreichen hatten (wobei diese von der Beklagten für die Schweiz auch erfüllt worden sein dürften, zumal darauf hingewiesen wird, dass "die Schweiz" einen Teil des Fehlbetrages wieder wettmachen könne).

In diesem Zusammenhang vermag auch die Argumentation der Klägerin nicht zu überzeugen, man habe die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten lediglich "auf dem Prinzip Lieferung gegen Bestellung" fortgesetzt (act. 124, Replik N. 34). Es ist nicht ersichtlich, woraus sich bei einer lediglich

kaufvertraglichen Geschäftsbeziehung eine solche Pflicht ergeben sollte. Auch das – von der Beklagten ohnehin nicht unterzeichnete – "short term agreement" (RB 88) enthält keine solche Pflicht. Der einzige ersichtliche Bezugspunkt ist das "Distribution Agreement", das in Ziff. 6.7 eine solche Pflicht explizit vorsieht.

4.2.5.6. Lieferpflicht/Bezeichnung als Hauptdistributor

4.2.5.6.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, die Klägerin habe in einer E-Mail vom 20. Oktober 2015 (AB 40) die Beklagte als "Hauptdistributor" bezeichnet und ihr die Order gegeben, ihrer Lieferverpflichtung nachzukommen (act. 56 f., Klageantwort N. 41 ff.).

Die Klägerin hielt dem entgegen, die im E-Mail erwähnten Kundenbeschwerden würden nicht den für die Beklagte relevanten Schweizer Markt betreffen. Im Übrigen sei die Klägerin von der Möglichkeit einer Einigung ausgegangen, weshalb man die ausschliessliche Geschäftstätigkeit mit der Beklagten weitergeführt habe (act. 147, Klageantwort N. 119).

Die Beklagte entgegnete in der Duplik, die Ausführungen der Klägerin seien widersprüchlich. Die Klägerin habe in dieser E-Mail an die beiden Geschäftsführer der Beklagten sowie der B.____-X GmbH (Österreich) geschrieben, dass nur "40% des Oktoberumsatzes" erreicht worden seien. Zudem habe sie die Gesellschaften als "Hauptdistributoren" bezeichnet und zur Einhaltung der Lieferverpflichtung ermahnt (act. 233, Duplik N. 222).

4.2.5.6.2. Würdigung

Die E-Mail der Klägerin vom 20. Oktober 2015 (AB 40) ist an J.____ von der B.____-X GmbH (Österreich) und an H.____ von der Beklagten gerichtet. Die Klägerin teilte in dieser E-Mail mit, die "Oktoberzahlen" seien besorgniserregend und dass erst "ca. 40% des geplanten und budgetierten Umsatzes im Oktober" erreicht worden seien. Schliesslich wurde mitgeteilt, dass einzelne Kunden sich beschwerten würden, nicht mit Ware versorgt zu werden. Die Klägerin erwarte von ihrem "Hauptdistributor", dass sämtliche Marktteilnehmer mit ihren Produkten versorgt würden und hier umgehend der "Lieferverpflichtung" nachzukommen sei (AB 40).

Die Beklagte zeigt in diesem Zusammenhang zwar nicht auf, inwiefern sich die von ihr erwähnte "Lieferverpflichtung" aus dem "Distribution Agreement" ergibt. Der sowohl an die B.____-X GmbH (Österreich) als auch an die Beklagte gerichteten E-Mail ist aber eindeutig zu entnehmen, dass die Klägerin beide Gesellschaften als ihre Hauptdistributoren ansah und dass bestimmte Absatzziele zu erreichen waren.

Auch in diesem Zusammenhang vermag die Argumentation der Klägerin, man habe die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten lediglich "auf dem Prinzip Lieferung gegen Bestellung" fortgesetzt (act. 124, Replik N. 34), nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei einer lediglich kaufvertraglichen Geschäftsbeziehung der Verkäufer in seinem Vertragspartner einen Hauptdistributor hätte sehen sollen, der zudem Umsatzvorgaben zu erreichen hatte (zu letzterem bereits vorn E. 4.2.5.5.2).

4.2.5.7. Monatliche Berichterstattung

4.2.5.7.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, sie habe gestützt auf Ziff. 7.9 des "Distribution Agreement" auch im Jahr 2015 jeweils zu Beginn eines Monats über die im Vormonat getätigten Verkäufe rapportieren und die Verkaufszahlen den Verkaufszahlen der entsprechenden Vorjahresperioden gegenüberstellen müssen (act. 59 f., Klageantwort N. 48 f.).

Die Klägerin hielt dem entgegen, die monatlichen Berichterstattungen betreffend die im Vormonat getätigten Verkäufe hätten der Klägerin zur Planung gedient, um den Bestellungen der Beklagten stets vollumfänglich nachkommen zu können. Anzumerken sei zudem, dass die in Ziff. 7.9 des "Distribution Agreement" vorgesehenen "monthly reports" viel weitreichender seien (act. 148, Replik N. 122).

Die Beklagte entgegnete in der Duplik, die erstellten monatlichen Berichterstattungen hätten sich vor und nach dem 31. Dezember 2014 nicht unterschieden. Die Beklagte habe stets die gleiche Vorlage verwendet und lediglich die Zahlen angepasst (act. 202 f., Duplik N. 108).

4.2.5.7.2. Würdigung

Unter Art. 7.9 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 7) wurde vereinbart, dass "the 'Distributor' undertakes to submit to the 'Company' monthly reports on relevant issues within the market [...]." Es wurde somit eine Pflicht der Distributorinnen zur monatlichen Berichterstattung vereinbart.

Nicht bestritten ist weiter, dass die Beklagte auch nach dem 31. Dezember 2014 monatlich rapportieren musste bzw. dass die Klägerin dies verlangte (act. 59, Klageantwort N. 51; act. 203, Duplik N. 109). Ein Vergleich zwischen den von der Beklagten verkündeten "monthly reports" betreffend die Zeitperioden vor (DB 54-65) und nach (AB 45-54) dem 31. Dezember 2014 offenbaren keine Unterschiede. Es wurde jeweils dieselbe Excelvorlage verwendet. Die von der Klägerin aufgestellte Behauptung, die Rapporte vor dem 31. Dezember 2014 hätten eine weitergehende Aufschlüsselung enthalten (act. 148, Replik N. 122), trifft nicht zu. Somit ist erstellt, dass die Klägerin *vor* und *nach* dem 31. Dezember 2014 die Erstellung von "monthly reports" verlangte und dass die Beklagte sowie die B.____-X

GmbH (Österreich) solche Rapporte an die Klägerin schickten, ohne dass sich diese nach dem 31. Dezember 2014 inhaltlich verändert hätten.

Auch in diesem Zusammenhang vermag die Argumentation der Klägerin, man habe die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten lediglich "auf dem Prinzip Lieferung gegen Bestellung" fortgesetzt (act. 124, Replik N. 34), nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, gestützt worauf bei einer lediglich kaufvertraglichen Geschäftsbeziehung der Vertragspartner des Verkäufers diesem monatlich über die Verkaufszahlen unter Gegenüberstellung mit den Verkaufszahlen der entsprechenden Vorjahresperiode zu reportieren hätte. Auch das – von der Beklagten ohnehin nicht unterzeichnete – "short term agreement" (RB 88) enthält keine solche Pflicht. Der einzige ersichtliche Bezugspunkt ist das "Distribution Agreement", das in Ziff. 7.9 eine solche Pflicht explizit vorsieht.

4.2.5.8. Quartalsweiser Drei-Monats-Ausblick

4.2.5.8.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, sie habe gestützt auf Ziff. 9.6 des "Distribution Agreement" einen quartalsweisen Drei-Monats-Ausblick betreffend jedes Produkt machen müssen. Die Klägerin habe diese Pflicht in den Jahren 2014 und 2015 eingefordert und die Beklagte habe sie erfüllt, und dies jeweils genau gleich (act. 60 f., Klageantwort N. 50 f.).

Die Klägerin hielt dem entgegen, diese monatlichen Vorhersagen hätten primär der Beklagten gedient, da diese für die Einfuhr von Fleischerzeugnissen gesetzlich an bestimmte Kontingente, welche sie vorab quartalsweise zu bezahlen gehabt habe, gebunden gewesen sei. Der Klägerin hätten die Vorhersagen eine bessere Planung ermöglicht, sodass beide Parteien davon profitiert hätten. Anzumerken sei, dass die von der Beklagten eingereichten Vorhersagen nicht in einer Weise ausgestaltet seien, wie dies von Ziff. 9.6 des "Distribution Agreement" verlangt werde (act. 148 f., Replik N. 123).

Die Beklagte hielt dem in der Duplik entgegen, die Klägerin mache lediglich geltend, die verurkundeten Berichte würden nicht Ziff. 9.6 des "Distribution Agreement" entsprechen, was bestritten werde. Die Klägerin sage auch nicht, was gefehlt habe (act. 235, Duplik N. 229 f.).

4.2.5.8.2. Würdigung

Unter Ziff. 9.6 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 8) wurde vereinbart, dass "[t]he 'distributor' shall provide the 'Company', in writing, a 3-month rolling forecast of purchases and sales for each of the 'Products' no later than by the 8th working day of the current quarter for the subsequent rolling quarter."

Nicht bestritten ist weiter, dass die Klägerin auch nach dem 31. Dezember 2014 solche 3-monatlichen "Forecasts" eingefordert hat (act. 60, Klageantwort N. 51). Ebenfalls nicht bestritten und belegt (AB 55-63) ist sodann, dass die Beklagte der Klägerin entsprechende "Forecasts" zukommen liess. Inwiefern die gelieferten "Forecasts" sodann nicht den Vorgaben von Ziff. 9.6 des "Distribution Agreement" entsprochen hätten, wird von der Klägerin nicht substantiiert. Nicht bestritten ist schliesslich die Behauptung der Beklagten, sie habe ihre Pflicht "im Jahr 2015 genau gleich wie im Jahr 2014" erfüllt (act. 60, Klageantwort N. 51). Auch wenn die Beklagte keine "Forecasts" aus der Zeitperiode 2009 - 2014 verurkundet hat, steht damit fest, dass die Beklagte vor und nach dem 31. Dezember 2014 keine unterschiedlichen 3-Monats-Ausblicke an die Klägerin schickte, sondern dass auch in diesem Punkt die Zusammenarbeit der Parteien stets gleich blieb.

Auch in diesem Zusammenhang vermag die Argumentation der Klägerin, man habe die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten lediglich "auf dem Prinzip Lieferung gegen Bestellung" fortgesetzt (act. 124, Replik N. 34), nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, gestützt worauf bei einer lediglich kaufvertraglichen Geschäftsbeziehung der Vertragspartner des Verkäufers diesem regelmässig Vorhersagen betreffend die zu erwartenden Bestellungen für die kommenden 3 Monate zu liefern hätte. Auch das – von der Beklagten ohnehin nicht unterzeichnete – "short term agreement" (RB 88) enthält in seinem Article 3 nur eine einmalige Pflicht zur Abgabe eines "Forecast" "for the term of this agreement" und keinen "rolling forecast" wie das "Distribution Agreement". Der einzige ersichtliche Bezugspunkt ist somit wiederum das "Distribution Agreement", das in Ziff. 7.9 eine solche Pflicht explizit vorsieht.

4.2.5.9. Zahlungsfrist und Gefahrenübergang

4.2.5.9.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, die Klägerin habe in ihrer E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6) mitgeteilt, dass sämtliche Warenlieferungen im Voraus bezahlt werden müssten. Gelebt worden sei allerdings etwas anders. Denn bei sämtlichen Warenbezügen ab Februar 2015 habe die Zahlungsfrist 75 Tage betragen, was Ziff. 9.5 des "Distribution Agreement" entspreche (act. 61 f., Klageantwort N. 52).

Die Klägerin bestritt dies und behauptete, die Zahlungskonditionen im Jahr 2015 seien von denjenigen in den Vorjahren abgewichen (act. 149, Replik N. 124). Wie in der E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6) festgehalten, hätten anfangs des Jahres 2015 sämtliche Warenlieferungen im Voraus bezahlt werden müssen. Als Zeichen des guten Willens habe die Klägerin die Zahlungsfrist im Verlauf des Jahres wieder auf 75 Tage festgelegt, wie es der Usanz zwischen den Parteien sowie der Zusage im "short term agreement" entsprochen habe. Betreffend die Lieferbedingungen hätten sich die Parteien im Jahr 2015 zudem neu auf "EXW" geeinigt und seien damit

von den im Jahr 2014 gewährten Konditionen "FCA" abgewichen (act. 125 f., Replik N. 36).

Die Beklagte hielt dem entgegen, es treffe nicht zu, dass sämtliche Warenlieferungen ab dem 1. Dezember 2015 (recte: 1. Januar 2015) im Voraus hätten bezahlt werden müssen. Hierfür gebe es keinen einzigen Beleg (act. 202, Duplik N. 104 ff.). Die Lieferbedingung "EXW" sei sodann bereits im "Distribution Agreement" vereinbart gewesen, wie aus Annex 1 zum selben hervorgehe. Die Verwendung der Incoterm "FCA" begründe zudem keinen nennenswerten Unterschied (act. 221 f., Duplik N. 170).

4.2.5.9.2. Würdigung

Unter Ziff. 9.5 des "Distribution Agreement" (KB 3, S. 8) wurde vereinbart, dass "[t]he 'Distributor' undertakes to pay for all ordered 'Products' no later than 75 days from the date of acceptance."

In ihrem E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6) teilte die Klägerin mit, dass bei Nichtunterzeichnung des "short term agreement" alle Bestellungen "will have to be paid in advance." Tatsächlich enthalten sämtliche sowohl von der Beklagten (DB 53) als auch von der Klägerin selbst verurkundeten Rechnungen (KB 13, 24, 30, 36, 41, 47, 53, 58, 64, 70; RB 84-87 u. 89-91) eine 75-tägige Zahlungsfrist. Es ist keine einzige Warenlieferung substantiiert behauptet oder dokumentiert, die im Voraus hätte bezahlt werden müssen. Auch die weitere Behauptung, man habe "im Verlauf des Jahres" wieder auf die 75-tägige Zahlungsfrist gewechselt, ist unsubstantiiert (act. 125, Replik N. 36). Die Klägerin führt weiter aus, die 75-tägige Frist habe der "Usanz" der Parteien und der "Zusage" im "short term agreement" entsprochen (act. 125, Replik N. 36). Letzteres ergibt bereits deshalb keinen Sinn, weil die Klägerin mit ihrem E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6) mitteilte, dass bei Nichtunterzeichnung des "short term agreement" im Voraus bezahlt werden müsse. Eine "Zusage" ist in diesem Zusammenhang gerade nicht ersichtlich. Auch der Verweis auf eine angebliche "Usanz" erscheint unbehelflich, denn die 75-tägige Zahlungsfrist entspricht gerade der Regelung in Ziff. 9.5 des "Distribution Agreement".

Auch in diesem Punkt wurde somit die Geschäftsbeziehung auch nach dem 31. Dezember 2014 in gleicher Weise fortgesetzt wie zuvor. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin die von ihr in der E-Mail vom 30. Dezember 2014 in Aussicht gestellte Vorauszahlungspflicht je um- bzw. durchgesetzt hätte. Die Klägerin hat jedenfalls keine einzige Warenlieferung dokumentiert, bei der die Beklagte vorleistungspflichtig gewesen wäre. Ihre Behauptung, "anfangs des Jahres 2015" hätten alle Warenlieferungen im Voraus bezahlt werden müssen, bleibt unsubstantiiert und unbewiesen.

4.2.5.10. Gesamtbetrachtung

Im Ergebnis erweist sich die Behauptung der Klägerin, man habe die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten im Jahr 2015 lediglich "auf dem Prinzip Lieferung gegen Bestellung" fortgesetzt (act. 124, Replik N. 34), als unrichtig. Die Klägerin konnte in keinem wesentlichen Punkt belegen, dass sich die Zusammenarbeit zwischen ihr und der Beklagten faktisch anfangs 2015 geändert hätte. Die Parteien führten diese wie zuvor fort.

Die praktizierte Zusammenarbeit ging dabei auch klar über die von der Klägerin in ihrer E-Mail vom 30. Dezember 2014 (KB 6) beschriebene Art der Zusammenarbeit hinaus, die für den Fall der Nichtunterzeichnung des "short term agreement" in Aussicht gestellt worden war. So wurde die mitgeteilte Vorauszahlungspflicht gar nicht erst umgesetzt (vorn E. 4.2.5.9). Weiter übernahm die Klägerin Marketingkosten der Beklagten, wofür abgesehen vom "Distribution Agreement" keine Grundlage ersichtlich ist (vorn E. 4.2.5.4). Auch ist nicht zu sehen, auf welcher anderen Grundlage als dem "Distribution Agreement" die Pflicht, bestimmte Umsatzvorgaben erreichen zu müssen, fussen könnte (vorn E. 4.2.5.5). Und schliesslich ist auch für die Pflicht der Beklagten, monatliche Berichterstattungen sowie quartalsweise Drei-Monats-Ausblicke an die Klägerin zu senden, keine andere Grundlage als das "Distribution Agreement" auszumachen (vorn E. 4.2.5.7 f.).

Insgesamt lässt sich das Verhalten der Klägerin nicht anders interpretieren denn als konkludente Willenserklärung des Inhalts, auch sie habe das "Distribution Agreement" im Jahr 2015 weiterführen wollen.

Zum Verhalten der Parteien steht im Widerspruch, dass die Klägerin der Beklagten vor und kurz nach Ende der Vertragslaufzeit des "Distribution Agreement" mehrmals mitgeteilt hatte, dass die Zusammenarbeit – soweit sich die Parteien nicht vorher auf ein neues "Distribution Agreement" oder mindestens das vorübergehende "short term agreement" würden einigen können – *"temporarily without a formal contract"* bzw. *"without an agreement"* erfolgen werde (vorn E. 4.2.5.1). Im Zeitpunkt der Mitteilung dieser Willensäusserungen musste die Beklagte deshalb davon ausgehen, dass die Klägerin eine Fortsetzung des "Distribution Agreement" explizit ablehnte. Indem die Parteien aber in der Folge ein Verhalten an den Tag legten, das sich insgesamt nicht anders denn als konkludente Verlängerung des "Distribution Agreement" interpretieren lässt, kann sich die Klägerin nicht mehr auf diese Äusserungen berufen. Einerseits ist sie durch ihr späteres Verhalten – das ebenfalls eine Willenserklärung i.S.v. Art. 18 OZ darstellt – auf diese vormaligen Aussagen selbst zurückgekommen. Und andererseits kann sich die Klägerin auch mittels ausdrücklichen Willenserklärungen nicht gegen ihr hiervon abweichendes tatsächliches Verhalten verwahren. Dies wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 OZ; siehe auch Urteil III IPS 38/2014 vom 2. September 2014 des Obersten

Gerichts der Republik Slowenien E. 10⁵³; act. 362, Ergänzungsrechtsgutachten S. 5) nicht vereinbar.

4.2.5.11. Zwischenergebnis

Somit kann festgestellt werden, dass sowohl nach Massgabe des anwendbaren Art. 831 Abs. 2 OZ als auch gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen des slowenischen Obligationenrechts, namentlich Art. 18 OZ, das "Distribution Agreement" aufgrund beidseitiger Vertragserfüllung im Jahr 2015 fortgesetzt und dadurch konkludent verlängert wurde.

4.3. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

4.3.1.

Zu prüfen bleibt, ob die im "Distribution Agreement" enthaltene Schiedsklausel nach Massgabe ihres Geltungsbereichs auch die Verlängerung des "Distribution Agreement" über dessen vormals vereinbarte Laufzeit hinaus erfasst, was durch Auslegung zu klären ist (siehe dazu vorn E. 4.1.2).⁵⁴ Die Schiedsklausel erstreckt sich gemäss ihrem Wortlaut auf "[a]ny controversy or claim arising out of or relating to this 'Agreement' or the breach thereof". Damit ist die schiedsgerichtliche Zuständigkeit weit umschrieben. Eine Fortsetzung des Vertrages führt nicht zu einer inhaltlichen Veränderung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Aus diesem Grund fällt auch die zeitliche Verlängerung des "Distribution Agreement" in den Geltungsbereich der ohnehin weit umschriebenen Schiedsklausel. Aus demselben Grund ist betreffend die zeitliche Verlängerung auch keine eigenständige, die Formvorschriften von Art. II Ziff. 2 NYÜ erfüllende Bestätigung der Schiedsvereinbarung erforderlich.⁵⁵ Dieses Ergebnis – Geltung der Schiedsvereinbarung auch für die zeitliche Verlängerung des "Distribution Agreement" – entspricht im Übrigen auch den zwei im Ergänzungsrechtsgutachten vom 4. Mai 2018 erwähnten slowenischen Gerichtsentscheidungen III IPS 38/2014 vom 2. September 2014 des Obersten Gerichts der Republik Slowenien⁵⁶ sowie I Cpg 973/2015 vom 26. August 2015 des Oberen Gerichts von Ljubljana, wo die Verlängerung des jeweiligen Vertriebsvertrages jeweils dazu führte, dass der Vertriebsvertrag inkl. zeitlicher Verlängerung von der im Vertriebsvertrag enthaltenen Gerichtsstandsklausel erfasst wurde (vgl. act. 361 f., Ergänzungsrechtsgutachten S. 4 f.).

Das "Distribution Agreement" stellt einen Rahmenvertrag dar, weshalb auch Einzellieferungen, die in den Regelungsbereich des "Distribution Agreement" fallen, vom Geltungsbereich der im "Distribution Agreement" enthaltenen Schiedsvereinbarung erfasst werden. Die Zusammenarbeit

⁵³ Von der Beklagten eingereicht als Beilage 2 zur Stellungnahme vom 20. November 2017 (inkl. beglaubigter deutscher Übersetzung).

⁵⁴ So allgemein auch BORRIS/HENNECKE (Fn. 39), Art. V N. 231.

⁵⁵ WOLFF (Fn. 19), Art. II N. 88 f.

⁵⁶ Von der Beklagten eingereicht als Beilage 2 zur Stellungnahme vom 20. November 2017 (inkl. beglaubigter deutscher Übersetzung).

zwischen den Parteien endete unbestritten Ende 2015 (act. 63, Klageantwort N. 57; act. 124, Replik N. 34). Die von der Klägerin eingeklagten Forderungen betreffen Warenbestellungen und -lieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember des Jahres 2015, sodass die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche in die schiedsgerichtliche Zuständigkeit fallen.

4.3.2.

Selbst wenn nicht von einer konkludenten Fortführung des "Distribution Agreement" im Jahr 2015 ausgegangen werden könnte, würde sich der sachliche Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung dennoch auf die Geschäftsbeziehung der Parteien im Jahr 2015 und damit auch auf die streitgegenständlichen Warenlieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember des Jahres 2015 erstrecken.

Diesfalls wäre die geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien im Jahr 2015 zwar nicht mehr durch einen Rahmenvertrag geregelt gewesen. Die Parteien setzten ihre Geschäftsbeziehung aber gleichwohl fort und führten gleichzeitig und parallel auch ihre Vertragsverhandlungen über einen neuen Distributionsvertrag weiter. Das zeigt, dass die Zusammenarbeit ohne Rahmenvertrag lediglich eine temporäre Übergangsphase darstellte, bis entweder ein neuer Vertriebsvertrag abgeschlossen worden wäre oder aber die Vertragsverhandlungen – wie vorliegend geschehen – definitiv scheiterten (vgl. E-Mail v. 4. Januar 2015 [AB 6], E-Mail vom 8. Januar 2015 [KB 7]). Es war gerade der Ablauf der im "Distribution Agreement" vorgesehenen Laufzeit desselben, der diesen temporären Schwebezustand einleitete. Gleichwohl wurde die geschäftliche Zusammenarbeit an sich faktisch genau gleich wie bisher fortgeführt (siehe vorn E. 4.2.5.10). Zwischen dem "Distribution Agreement" und der geschäftlichen Zusammenarbeit im Jahr 2015 besteht somit sowohl ein Verursachungszusammenhang als auch – mit Bezug auf die gleiche Art und Weise der geschäftlichen Zusammenarbeit vor und nach Ende der vorgesehenen Laufzeit des "Distribution Agreement" – eine inhaltliche Übereinstimmung. Damit stehen auch die streitgegenständlichen Warenbestellungen und -lieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember 2015 in einem engen Zusammenhang mit dem "Distribution Agreement". Die vorliegende, weit formulierte Schiedsvereinbarung erfasst aber alle Streitigkeiten, die aus dem "Distribution Agreement" resultieren oder mit ihm in einem Zusammenhang stehen. Zudem ist mit Bezug auf verständige Vertragsparteien davon auszugehen, dass sie mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung im Regelfall nicht beabsichtigen, hierdurch eng miteinander verbundene Streitigkeiten unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten unterstellen zu wollen.⁵⁷ Aus diesen Gründen würden die streitgegenständlichen Warenbestellungen und -lieferungen selbst dann vom Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung im

⁵⁷ So allgemein BORN, International Commercial Arbitration, 2. Aufl. 2014, S. 1375 ff.

"Distribution Agreement" erfasst, wenn dieses nach dem 31. Dezember 2014 nicht als unbefristeter Vertrag konkludent fortgesetzt worden wäre.

4.4. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Klägerin eingeklagten Forderungen betreffend Warenbestellungen und -lieferungen in den Monaten Oktober, November und Dezember 2015 der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit unterliegen und deshalb grundsätzlich nicht auf die Klage eingetreten werden kann. Es ist allerdings noch zu prüfen, ob eine weitere Rechtsnorm besteht, welche einen Nichteintretensentscheid verbieten würde, insbesondere aufgrund eines negativen Kompetenzkonflikts.

4.5. Negativer Kompetenzkonflikt?

4.5.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin machte in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2018 geltend, ein slowenisches Schiedsgericht habe seine Zuständigkeit bezüglich der Klägerin verneint und es bestehe daher das Risiko eines negativen Kompetenzkonflikts (act. 378, Stellungnahme der Klägerin vom 1. Juni 2018 N. 7).

Die Beklagte führte aus, dass das Schiedsgericht die Beklagte nicht als eigenständige Partei des "Distribution Agreement", sondern als Hilfsperson der B.____-X/Y AG betrachtet habe, weshalb kein negativer Kompetenzkonflikt entstehen könne, wenn die richtigen Parteien eingeklagt würden (act. 386, Stellungnahme der Beklagten vom 6. Juni 2018 N. 13 f.).

4.5.2. Rechtslage

Wird ein Gericht eines Vertragsstaates wegen eines Streitgegenstandes angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Vereinbarung im Sinne von Art. II NYÜ getroffen haben, hat sie das Gericht auf Antrag einer der Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (Art. II Ziff. 3 NYÜ, vgl. auch vorne Erwägungs-Ziff. 2.2).

Sieht das IPRG keine Zuständigkeit in der Schweiz vor und ist ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort zuständig, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist (Art. 3 IPRG). Die Begründung einer Notzuständigkeit setzt ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 IPRG sowie einen genügenden Zusammenhang zur angerufenen schweizerischen Instanz voraus.⁵⁸ Eine Klage im Ausland ist unmöglich, wenn entweder eine entsprechende Klage im an sich zuständigen ausländischen Forum nicht möglich ist oder wenn der vom Kläger beantragte Rechtsschutz im bestehenden ausländischen Forum nicht erhältlich wäre und die Erhältlichkeit des in Frage stehenden Rechtsschutzes Ausfluss

⁵⁸ BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 4.

zwingender schweizerischer Rechtsvorstellungen ist.⁵⁹ Unzumutbarkeit liegt vor, wenn das Gerichtssystem in dem aus schweizerischer Sicht international zuständigen Staat nicht funktioniert.⁶⁰ Wer eine Notzuständigkeit behauptet, trägt die Darlegungs- und Beweislast für deren materielle Voraussetzungen.⁶¹ Zweck der Notzuständigkeit ist die Vermeidung einer Rechtsverweigerung.⁶² Art. 3 IPRG ist im Anwendungsbereich des LugÜ nicht anwendbar.⁶³ Das LugÜ selber sieht keine Notzuständigkeit vor.⁶⁴ Auch im NYÜ ist keine Notzuständigkeit vorgesehen.

4.5.3. Würdigung

Was die Klägerin mit ihrem Hinweis auf das schiedsgerichtliche Urteil vom 20. November 2017 bezwecken will, wird nicht ohne weiteres klar. Sie weist einzig auf einen möglichen negativen Kompetenzkonflikt hin, zeigt aber nicht auf, wie dieser aufzulösen wäre. Im Rahmen des Grundsatzes iura novit curia ist zu prüfen, ob sich daraus irgendeine Pflicht des Handelsgerichts ergibt, trotz Anwendbarkeit der Schiedsklausel im vorliegenden Fall auf die Klage einzutreten.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Schiedsklausel hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar sein sollte. Die Klägerin macht solches denn auch nicht geltend. Das Handelsgericht ist deshalb gemäss Art. II Ziff. 3 NYÜ verpflichtet, die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen.

Das LugÜ und das NYÜ sehen keine Notzuständigkeiten vor. In Art. 3 IPRG ist eine solche vorgesehen. Diese kommt aber nur zur Anwendung, wenn die klagende Partei die Gründe für deren Anwendbarkeit darlegt und die zugrundeliegenden Tatsachen beweist, was die Klägerin vorliegend versäumt hat. So hat sie weder das schiedsgerichtliche Urteil vom 20. November 2017 eingereicht noch hat sie bewiesen, dass eine Klage im Ausland unmöglich oder unzumutbar wäre.

Auch die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts bezüglich der geltend gemachten Ansprüche ist nicht erkennbar. Das Schiedsgericht hat im Urteil vom 20. November 2017 zwar seine Zuständigkeit *ratione personae* für die Beklagte verneint. Dies allerdings nur deshalb, weil es davon ausging, die Beklagte sei nicht Vertragspartei, sondern vielmehr Hilfsperson der B.____-X/Y AG gewesen (Beilage 1 zur beklagten Stellungnahme vom 6. Juni 2018 N. 435). Allfällige Ansprüche gegen die B.____-Gruppe bezüglich des schweizerischen Territoriums wären somit gegen die

⁵⁹ VOLKEN, in: Girsberger et al., Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 3 N. 16, 19.

⁶⁰ BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 9 mit Beispielen.

⁶¹ BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 13.

⁶² BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 7.

⁶³ BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 5.

⁶⁴ BSK IPRG-BERTI/DROESE (Fn. 12), Art. 3 N. 4.

B._____ -X/Y AG geltend zu machen. Die Rechtsdurchsetzung der geltend gemachten Ansprüche ist mithin nicht definitiv vereitelt.

5. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Klägerin eingeklagten Forderungen betreffend Warenbestellungen und -lieferungen der Monate Oktober, November und Dezember 2015 der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit unterliegen. Folglich ist auf die Klage vom 6. Mai 2016 nicht einzutreten.

6. Prozesskosten

6.1. Verteilung

Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO im Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt. Dementsprechend sind die Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

6.2. Streitwert

Die Klägerin hat einen Betrag von insgesamt EUR 614'040.47 eingeklagt. Fremdwährungsforderungen sind auf das Datum der Begründung der Rechtshängigkeit, vorliegend also auf den Tag der Klageeinreichung, den 6. Mai 2016, in Schweizer Franken umzurechnen. Unter Anwendung des per 6. Mai 2016 massgebenden Wechselkurses (1 EUR=1.107 CHF⁶⁵) resultiert ein Streitwert von Fr. 679'742.80.

6.3. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend zunächst aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Sodann hat das Gericht Rechtsgutachten eingeholt. Es hat sich entsprechend der Mittel des Beweisverfahrens bedient und vorgängig Kostenvorschüsse erhoben, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig ist.⁶⁶ Die Kosten für die Erstellung der Rechtsgutachten bilden ebenfalls Teil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO analog).

6.3.1. Entscheidgebühr

Bei einem Streitwert von Fr. 679'742.80 beträgt der Grundansatz für die Gerichtsgebühr Fr. 19'866.14 (§ 7 Abs. 1 VDK). Weil das Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde (§ 13 Abs. 1 VKD), aber doch erheblichen Aufwand verursachte, rechtfertigt sich vorliegend eine Reduktion der Gerichtskosten um rund 50 % auf gerundet Fr. 9'500.00 (§ 13 Abs. 1 VDK).

⁶⁵ Siehe <<http://fxtop.com/de/vergangene-rechner.php?A=614040.47&C1=EUR&C2=CHF&DD=06&MM=05&YYYY=2016&B=1&P=&I=1&btnOK=Gehen>>, zuletzt besucht am 6. November 2018.

⁶⁶ BGer 4A_65/2017 vom 19. September 2017 E. 2.2.1.

6.3.2. Kosten für Rechtsgutachten

Die Kosten für die Erstellung der Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2017 und 4. Mai 2018 belaufen sich auf Fr. 14'774.40 (Rechnung des Instituts für Rechtsvergleich vom 14. Dezember 2017; für das Ergänzungsgutachten vom 4. Mai 2018 wurden vom Institut für Rechtsvergleichung keine Kosten in Rechnung gestellt).

6.3.3. Liquidation

Die von der Klägerin zu tragenden Gerichtskosten in Höhe von total Fr. 24'274.40 werden mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von Fr. 28'250.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss von Fr. 3'975.60 wird der Klägerin nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

Die von der Beklagten geleisteten Beweiskostenvorschüsse in Höhe von Fr. 8'250.00 werden ihr nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

6.4. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung bemisst sich ebenfalls nach dem Streitwert (§ 3 AnwT). Die Grundentschädigung beträgt vorliegend Fr. 36'731.51 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 8 AnwT), womit eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten sind (§ 6 Abs. 1 AnwT). Die gemäss § 6 Abs. 3 AnwT vorgesehene Erhöhung der Grundentschädigung für die Duplik im beschränkten Verfahren entfällt vorliegend, weil keine Hauptverhandlung durchgeführt wurde. Für die zusätzlichen Eingaben vom 30. März, 20. November, 15. Dezember 2017, 1. Juni und 6. Juni 2018 erscheint eine Erhöhung des Grundansatzes um jeweils 5 %, d.h. insgesamt 25 % angemessen (§ 6 Abs. 3 AnwT). Für die übrigen ausserhalb des Schriftenwechsels erfolgten Eingaben der Beklagten ist hingegen keine weitere Erhöhung der Grundentschädigung angezeigt, weil die Eingaben freiwillig erfolgten und als nicht notwendig erscheinen. Damit resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 45'914.40. Dieser ist wiederum um 40 % zu reduzieren, weil im vorliegend beschränkten Verfahren einzig die Frage der Zuständigkeit zu prüfen war (§ 7 Abs. 2 AnwT). Zuzüglich einer Auslagenpau schale von praxisgemäss 3 % (§ 13 Abs. 1 AnwT) resultiert eine Entschädigung in Höhe von gerundet Fr. 28'375.00, welche die Klägerin der Beklagten als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Auf die Klage vom 6. Mai 2016 wird **nicht eingetreten** und die Klägerin wird i.S.v. Art. II Ziff. 3 des *New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche* auf das schiedsrichterliche Verfahren verwiesen.

2.

Die Gerichtskosten von 24'274.40, bestehend aus der Entscheidgebühr in Höhe von Fr. 9'500.00 und den Kosten für die Einholung von Rechtsgutachten in Höhe von Fr. 14'774.40, werden der Klägerin auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.

3.

Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteientschädigung in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 28'375.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Zustellung an:

– [...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 5. November 2018

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin

Dubs

Schmutz