



Geschäfts-Nr.: HG210054-O

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Handelsrichter Dr. Andreas Muheim, Marius Hagger und Bruno Rüegg sowie Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Urteil vom 22. März 2023

in Sachen

A1._____ LLC,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 986'070.05 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. März 2021 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 33 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 986'070.05 zuzüglich Zins zu 5% auf EUR 906'966.64 seit dem 1. März 2021 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

I. Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit Sitz in C._____ (VAE). Sie gehört zum weltweit tätigen A._____ Konzern, der Produkte insbesondere in den Bereichen Medizin und Medizinaltechnik sowie im Spital- und Pflegebedarf erforscht, entwickelt, herstellt, verteilt und verkauft. Sie ist u.a. für die Vermarktung von A._____ Produkten im Nahen Osten und in Afrika (kontinental) zuständig (act. 1 Rz. 3; act. 3/2; act. 10; act. 18 Rz. 3).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____ (BL) und dem wesentlichen Zweck des Handels mit Gütern aller Art, insbesondere mit pharmazeutischen Produkten sowie der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Marketing- und Distributionsberatung (act. 1 Rz. 4; act. 18 Rz. 3; act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Zwischen den Parteien bzw. der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten wurde der folgende Vertriebsvertrag geschlossen betreffend den Vertrieb von Medikamenten für die Gebiete Demokratische Republik Kongo (ehemals Zaire [nachfolgend: DRC]), Ruanda und Burundi: WHOLESALER SALES AGREEMENT FOR PHARMACEUTICALS FOR HUMAN USE vom 25. Dezember 2011 (nachfolgend: "Wholesaler Sales Agreement" [act. 3/4]). Nachdem es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten kam, wurde der Vertrag seitens der Klägerin im Juni 2020 per 31. Juli 2020 gekündigt. Die Klägerin macht ausstehende Kaufpreisforderungen für Medikamente in Höhe von gesamthaft EUR 986'070.05 geltend. Die Beklagte anerkennt die Forderung weitgehend, macht jedoch ihrerseits *verrechnungsweise* diverse Gegenforderungen geltend und schliesst auf Klageabweisung: (i) Schaden in Form entgangenen Gewinns in Höhe von EUR 219'712.– (Q4/2017; Q1/2018) sowie (ii) EUR 900'562.49 (Juli 2019 bis Juli 2021) und schliesslich (iii) ein entgangener Gewinn in Höhe von EUR 95'170.– (2016 bis 30. Juni 2019). Die Klägerin wiederum bestreitet den Bestand der Verrechnungsforderung.

B. Prozessverlauf

Am 11. März 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 15. März 2021 wurde ihr u.a. Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses sowie zur Nachreichung diverser Dokumente betreffend Handels-, Firmenregister bzw. Vollmacht angesetzt (act. 4). Nachdem die Klägerin der Aufforderung zur Nachreichung der entsprechenden Dokumente rechtzeitig nachkam sowie den Gerichtskostenvorschuss geleistet hat (act. 6-11), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. April 2021 Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 12). Die Beklagte erstattete die Klageantwort innert Nachfrist per 20. August 2021 (act. 14; act. 16; act. 18). Nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung am 2. Februar 2022, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 9 f.), wurde der Klägerin mit Verfügung vom 3. Februar 2022 eine Frist zur Leistung eines zusätzlichen Gerichtskostenvorschusses sowie zur Einreichung einer zweiten Rechtsschrift (Replik) angesetzt

(act. 28). Die Klägerin reichte die Replik innert erstreckter Frist am 3. Mai 2022 ein (act. 33); der zusätzliche Gerichtskostenvorschuss ging ebenfalls rechtzeitig ein (act. 30). Mit Verfügung vom 5. Mai 2022 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer zweiten Rechtsschrift (Duplik) angesetzt, welche diese innert (erstreckter) Frist einreichte (act. 34; act. 36; act. 38). Mit Verfügung vom 2. September 2022 wurde Aktenschluss festgestellt (act. 40). Am 4. November 2022 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 44).

Mit Verfügung vom 14. Februar 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 46). Die Parteien verzichteten mit Eingaben vom 17. bzw. 27. Februar 2023 (Datum Poststempel) auf eine Hauptverhandlung (act. 48; act. 49). Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Beweisvorbringen

Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen diverse Urkunden (act. 1 S. 28 ff.; act. 9: act. 3/2-53; act. 10-11).

Die Beklagte offeriert zum Beweis ihrer Darstellungen diverse Urkunden (act. 18 Anhang S. 1 ff.; act. 38 Anhang S. 1 ff.: act. 19/1-47; act. 39/48-59) sowie die Zeugeneinvernahme von folgenden Personen (act. 18 Anhang S. 3; act. 22-23; act. 38 Anhang S. 4): E._____ und F._____.

Erwägungen

II. Formelles

1. Internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit

Mit Blick auf ihren Sitz in C._____ (VAE) bringt die Klägerin vor, der Sachverhalt weise einen internationalen Bezug auf, weshalb das LugÜ Anwendung finde. Laut Art. 2 Ziff. 1 LugÜ seien schweizerische Gerichte international zuständig. Weiter weist die Klägerin für die örtliche Zuständigkeit auf Ziff. 10.7 des Wholesaler Sales Agreement hin, womit im Falle einer Streitigkeit aus Vertrag die Gerichte des Kantons Zürich örtlich zuständig seien; es handle sich deshalb um eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 23 LugÜ (act. 1 Rz. 7; act. 3/4). Zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit verweist die Klägerin auf die Geschäftstätigkeit der Parteien, den Streitwert von mindestens EUR 906'966.64 und den Umstand der Eintragung der Parteien im schweizerischen Handelsregister respektive in einem vergleichbaren ausländischen Register (act. 1 Rz. 8 ff.).

Nach den unbestrittenen (vgl. act. 18 Rz. 3) und zutreffenden Ausführungen der Klägerin liegt aufgrund ihres Sitzes in C._____ (VAE) und dem Sitz der Beklagten in der Schweiz ein internationaler Sachverhalt vor, wobei sich die *internationale* Zuständigkeit der Schweiz ohne Weiteres nach Art. 2 Ziff. 1 LugÜ (vgl. ferner Art. 5 bzw. Art. 112 IPRG) ergibt. Weiter zutreffend und von der Beklagten nicht bestritten wird der Hinweis auf die Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Ziff. 10.7 Wholesaler Sales Agreement (act. 3/4), womit sich die *örtliche* Zuständigkeit hierorts ergibt. Da vorliegend die geschäftliche Tätigkeit der Parteien (Vertrieb medizinischer/pharmazeutischer Produkte) betroffen ist, der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, womit die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht, und die Parteien im schweizerischen Handelsregister respektive in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, ist die *sachliche* Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes nach Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

Zusammengefasst ist sowohl die internationale/örtliche als auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich gegeben.

2. Weitere Prozessvoraussetzungen / Anwendbares Recht

Die geforderten Gerichtskostenvorschüsse wurden von der Klägerin geleistet (act. 6 und 30). Die übrigen Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 ZPO) geben zu keinen Bemerkungen Anlass; auf die Klage ist dementsprechend einzutreten.

Gestützt auf die Vereinbarung nach Ziff. 10.7 des Wholesaler Sales Agreement (act. 3/4) gehen beide Parteien übereinstimmend und zutreffend von einer Rechtswahl im Sinne von Art. 116 IPRG aus, sodass vorliegend schweizerisches Recht zur Anwendung kommt.

3. Eingaben nach Aktenschluss (Replik-, Novenrecht)

Mit Eingabe vom 4. November 2022 reichte die Klägerin – nach Feststellung des Aktenschlusses gemäss Verfügung vom 2. September 2022 – eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 40; act. 44). Die erwähnte Stellungnahme erfolgte innert der vom Gericht als angemessen in Aussicht gestellten Zeitspanne für die Wahrnehmung des Replikrechts bzw. das Einbringen von Noven als Reaktion auf die Duplik (act. 40 und 42). Punktuell werden im Folgenden Vorbringen dieser Stellungnahme erwähnt. Soweit solche Parteivorbringen erwähnt werden, so handelt es sich entweder um zulässige durch die Duplik veranlasste Ausführungen (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2; zum Ganzen VETTER/SPRENGER, Bestreitungen von «Dupliknoven», in: SJZ 118/2022, S. 1110 ff.) oder um (wiederholte) rechtliche Ausführungen bzw. Präzisierungen. Ohnehin liegen *keine* selbständig entscheidungsrelevanten Behauptungen oder Bestreitungen vor, deren prozessuale Zulässigkeit eigens geprüft werden müsste, womit sich Weiterungen erübrigen.

III. Materielles

1. Vergütungsforderung der Klägerin

1.1. Unbestrittener Sachverhalt / Vorgeschichte

Unbestrittenermassen schloss die Beklagte am 25. Dezember 2011 mit G. _____ N.V. (Vertragsvorgängerin der Klägerin) das *Wholesaler Sales Agreement* über den wiederkehrenden Verkauf von Medikamenten (act. 1 Rz. 12; act. 18 Rz. 4;

act. 3/4). Sodann nicht bestritten ist der Abschluss der Änderungsvereinbarung vom 1. Juni 2014 sowie der Umstand, dass G. _____ N.V. per 4. Januar 2016 alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf die Klägerin übertragen hat (act. 1 Rz. 14 f.; act. 18 Rz. 4; act. 3/5-7). In der Klagebegründung führt die Klägerin unwidersprochen aus, es seien die Regelungen des Kaufvertrages anwendbar, da es sich vorliegend um einen Sukzessivlieferungsvertrag handle (act. 1 Rz. 68; act. 18 Rz. 13; act. 38 Rz. 12 [S. 8]). Weiter wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt, dass ab Januar 2019 fällige Rechnungen der Klägerin nicht mehr beglichen wurden (act. 1 Rz. 17; act. 18 Rz. 6). Schliesslich bestreitet sie nicht, dass die Klägerin mit Schreiben vom 24. Juni 2020 das Wholesaler Sales Agreement per 31. Juli 2020 kündigte, wenngleich sie die Kündigung als unrechtmässig/nichtig erachtet (act. 1 Rz. 18; act. 18 Rz. 7; act. 3/8-10).

1.2. Anerkennung der klägerischen Vergütungsforderung nebst Verzugszins

Abgesehen von einer Forderung im Betrag von EUR 1'002.42 respektive den zugehörigen Verzugszinsen anerkennt die Beklagte die übrigen Rechnungen und Forderungen in Gesamthöhe von EUR 984'881.02 (= EUR 905'964.22 [Grundforderung] + EUR 78'916.80 [aufgelaufener Verzugszins bis 28. Februar 2021]) (act. 18 Rz. 8, Rz. 9 und 14; act. 38 Rz. 4 und 6 ff.). Gleichzeitig anerkennt die Beklagte den geforderten Verzugszins gemäss dem anlässlich der Replik geänderten Rechtsbegehren ab 1. März 2021 (act. 33 S. 2; act. 38 Rz. 7).

1.3. Wesentliche Parteistandpunkte

In Bezug auf die bestrittene klägerische Forderung in Höhe von EUR 1'002.42 führt die Beklagte aus, sie vermöge weder die erwähnte Rechnung von Februar 2017 noch einen entsprechenden Lieferschein zu finden (act. 18 Rz. 9 u. 14). In ihrer Duplik bringt die Beklagte vor, es falle auf, dass in der klägerischen Zusammenstellung (act. 3/12 Ziff. 1) die Rechnung mit keinem konkreten Datum versehen sei und die Lieferungsnummer fehle; naheliegend sei, dass es die behauptete Lieferung gar nie gegeben habe (act. 38 Rz. 4 u. 5). Zu der Verzugszinsforderung bringt die Beklagte vor, dass diesbezüglich ebenfalls ein Abzug zu berücksichtigen sei: Für den Verzugszins bis 28. Februar 2021 führe ein Abzug von

EUR 186.61 zu einem verbleibenden Betrag von EUR 78'916.80. Für die Berechnung des weiteren Verzugszins sei von einem massgebenden Betrag von EUR 905'964.22 auszugehen (act. 38 Rz. 7 f.).

Die Klägerin führt aus, nach ihrer Dokumentation sei bereits eine Medikamentenlieferung aus dem Jahr 2017 in Höhe von insgesamt EUR 1'002.42 (Rechnung Nr. 21000014160022017) unbezahlt geblieben. Diese Rechnung sei anfangs Februar 2017 ausgestellt worden, denn spätestens per 10. Juni 2017 sei die Zahlungsfrist gemäss Abrechnungssystem abgelaufen und die Beklagte in Verzug gefallen. Trotz intensiver Suche könnten ihrerseits dazugehörige Belege nicht vorgelegt werden (act. 1 Rz. 23). In der Replik bringt die Klägerin hinsichtlich der strittigen Rechnung vor, die entsprechenden Produkte seien geliefert worden und die Forderung fällig. Dies werde auch von der Beklagten nicht substantiiert bestritten (act. 33 Rz. 8). Abgesehen davon stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass mit den (bestrittenen) vorbehaltlosen Verrechnungserklärungen der Beklagten anlässlich der Klageantwort ohnehin eine Schuldanerkennung betreffend den geforderten Gesamtbetrag von EUR 986'070.05 vorliege (act. 33 Rz. 9 ff.).

1.4. Rechtliches

Beim Alleinvertriebsvertrag räumt ein Lieferant seinem Abnehmer ein örtlich, sachlich und/oder zeitlich begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht ein (AMSTUTZ/MORIN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 112 Einl. vor Art. 184 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, 3. Aufl. 2021, N. 2590 ff.). Beim Alleinvertriebsvertrag liegt ein Dauerschuldverhältnis vor. Die Grundprinzipien des Sukzessivlieferungsvertrages kommen zum Tragen. Ausserdem handelt es sich um einen Rahmenvertrag (AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., N. 115 Einl. vor Art. 184 ff.; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 18 58 vom 2. September 2019 E. 11.8).

Es bestehen zwei Austauschverhältnisse im Sinne eines *Doppelsynallagmas*: einerseits die Lieferpflicht gegen die Abnahme- und Zahlungspflicht (Kaufvertragsverhältnis), andererseits die Pflicht zum exklusiven Bezug (Alleinverkaufsrecht) gegen die Verkaufsförderungspflicht (Alleinvertriebsverhältnis) (SCHMID/STÖCKLI/

KRAUSKOPF, OR BT, 3. Aufl. 2021, N. 2594 m.w.H.; AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., N. 118 f. Einl. vor Art. 184 ff.; BGE 107 II 222 E. I.2.). Die bundesrechtliche Praxis lässt das Leistungsverweigerungsrecht "über das Kreuz" (d.h. zwischen Kaufvertrags- und Alleinvertriebsverhältnis) nicht zu. Je nach vertretener Meinung führt dies zu verschiedenen Fragen bezüglich Anwendbarkeit von Art. 82 OR (AMSTUTZ/MORIN, a.a.O., N. 122 Einl. vor Art. 184 ff.; WILDHABER, in: Kull/Wildhaber [Hrsg.], Schweizer Vertriebsrecht, 2008, N. 375 ff.; vgl. unten E. 2.5.3.).

1.5. Würdigung

Vorliegend handelt es sich um einen (Allein-)Vertriebs- bzw. Distributionsvertrag, was auch die Klägerin nicht in Abrede stellt (vgl. act. 38 Rz. 26; act. 44 Rz. 53). Sie bestreitet lediglich die (analoge) Anwendbarkeit des Agenturrechts nach Art. 418a ff. OR (vgl. act. 44 Rz. 32). Beide Parteien gehen davon aus, dass die Regeln des Sukzessivlieferungsvertrages anwendbar sind. Vertraglich vorgesehen ist nach Ziff. 3.0 ausschliesslich eine Regelung für die *örtlich* umschriebenen Vertriebsgebiete (DRC, Ruanda, Burundi). Im Übrigen wird ein Exklusivrecht ausgeschlossen:

3.0 Sole Right

The Wholesaler hereby acknowledges and agrees with G.____ that this Agreement does not create any general exclusive supply in favor of the Wholesaler (including any minimum level of supply's commitment for G.____), saved for the sole supply's right as below described. Wholesaler shall neither sell any Products outside the Territory nor shall it sell to any third party with the knowledge that the Products sold will or might be shipped outside the Territory. Wholesaler shall transmit to SUPPLIER all enquiries from customers established outside of the Territory. G.____ hereby undertakes to supply the Products to be resold in the Territory to the WHOLESALER solely.

Die Klägerin stützt die strittige Forderung von EUR 1'002.42 auf eine Rechnung Nr. 21000014160022017 "vom Februar 2017". Weder vermag sie Näheres zu dieser Rechnung auszuführen noch irgendwelche Dokumente (Rechnung, Lieferschein) vorzuweisen. Abgesehen von der Edition von Dokumenten durch die Beklagte bietet sie – trotz der ihr obliegenden Beweislast gemäss Art. 8 ZGB – keine weiteren Beweismittel an. Diese bestreitet indes die Existenz der entsprechenden Dokumente. Angesichts der vagen Behauptungen der Klägerin genügt die vorlie-

gende Bestreitung der Beklagten ohne Weiteres (vgl. zu den Voraussetzungen BGE 141 III 433 E. 2.6; Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2018 vom 8. Oktober 2018 E. 5.2.2 = PRA 108 [2019] Nr. 87). Soweit nicht von einer Anerkennung infolge *vorbehaltloser* Verrechnungserklärung (vgl. zu den rechtlichen Grundlagen unten E. 2.2.) ausgegangen werden kann, ist die Klage hinsichtlich dieser Vergütungsforderung in Höhe von EUR 1'002.42 mangels substantiierter Behauptungen respektive wegen Beweislosigkeit abzuweisen. Angesichts der expliziten Bestreitungen der Beklagten in der Klageantwort (act. 18 Rz. 9 u. 14) kann keine Rede von einer Anerkennung zufolge *vorbehaltloser* Verrechnungserklärung sein. Legt man die Ausführungen nach Treu und Glauben aus, ist zumindest in Bezug auf diesen Teilbetrag auf eine Eventualverrechnung zu schliessen. Die klägerische Forderung ist im Umfang von EUR 1'002.42 abzuweisen. Ebenso entfällt damit der gleichzeitig geltend gemachte Verzugszins von EUR 186.61 bis 28. Februar 2021 (act. 3/12).

1.6. Fazit

Ausgehend von der geltend gemachten Vergütungsforderung von EUR 986'070.05 sind insgesamt EUR 984'881.02 (EUR 986'070.05 ./ EUR 1'002.42 ./ EUR 186.61 [aufgelaufener Verzugszins]) nebst Zins zu 5 % auf EUR 905'964.22 ab 1. März 2021 anerkannt. Im darüber hinaus gehenden Umfang (EUR 1'189.03) ist die Klage abzuweisen.

2. Verrechnungsforderung Beklagte

2.1. Übersicht über die gesamte Verrechnungsforderung

Die Beklagte macht verrechnungsweise Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung/Verspätung/entgangenem Gewinn im Sinne von Art. 97/103 OR bzw. subsidiär aus Art. 422 Abs. 1 OR geltend (act. 18 Rz. 14; act. 38 Rz. 12 [S. 8]). Ihre Gegenforderungen begründet sie mit sog. "Margenverlusten", d.h. entgangenem Gewinn, welcher bei rechtzeitiger Lieferung der Medikamente aus dem Wiederverkauf hätte erzielt werden können (act. 18 Rz. 5b, 6c und 10; act. 38 Rz. 9 ff.):

- EUR 219'712.– (Q4 2017 und Q1 2018)

- EUR 900'562.49 (Juli 2019 bis Juli 2021)
- EUR 95'170.– "Debit Notes" (2016 bis 30. Juni 2019)

2.2. Rechtliche Grundlagen der Verrechnung

Soweit die Voraussetzungen gegeben sind, kann eine Schuld nach Art. 120 OR mit der eigenen Forderung verrechnet werden. Die internationale/örtliche und sachliche Zuständigkeit wird bei der Verrechnungsforderung regelmässig nicht als Problem erachtet respektive wird von einer Kompetenzattraktion zugunsten des mit der Hauptforderung befassten Gerichts ausgegangen (BGE 63 II 133; ANDREAS MÜLLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 2 Vor Art. 120-126 OR; vgl. zum Ganzen FLORA STANISCHEWSKI, Die Verrechnung im Zivilprozess unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2020, § 7 S. 72 ff., insbesondere bzgl. internationalem Kontext Rz. 161 ff.).

2.3. Würdigung zu den Grundlagen der Verrechnung

Die Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR (Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit der Klage- und Verrechnungsforderung) sind gegeben. Angesichts der wohl herrschenden Meinung bezüglich Kompetenzattraktion der Verrechnung sowie insbesondere gestützt auf die vorliegende Gerichtsstandvereinbarung und den Umstand, dass die Klägerin sich dazu nicht äussert, ist die Zuständigkeit für die Verrechnungsforderungen hier gegeben. Die Verrechnungserklärung wurde anlässlich der Klageantwort vorgenommen, sodass zusammengefasst die prozessrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind und über die Verrechnungsforderungen im vorliegenden Prozess entschieden werden kann, worauf nachfolgend im Einzelnen einzugehen ist.

2.4. "Margenverlust" EUR 219'712.– (Q4/2017; Q1/2018)

2.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Von der Klägerin wird nicht ausdrücklich bestritten, dass von Beginn des vierten Quartals 2017 bis Mitte April 2018 – trotz vorliegender Bestellungen – keine Medikamente geliefert wurden (act. 18 Rz. 5a; act. 33 Rz. 16, Rz. 75; act. 19/3-6).

Ebenfalls wird nicht (substantiiert) bestritten, dass der Grund dafür bei "internen Auditproblemen" ihrerseits lag. Nach sechsmonatigem Lieferunterbruch nahm die Klägerin ab 9. April 2018 die Lieferungen allerdings wieder auf (act. 18 Rz. 5a; act. 33 Rz. 16, Rz. 75).

2.4.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte führt aus, dass die Klägerin von Beginn des vierten Quartals 2017 bis Mitte April 2018, trotz ihrer Bestellungen, keine Medikamente ausgeliefert habe, wodurch sie ihrerseits keine Medikamente in den entsprechenden Ländern vertreiben hätte können und während sechs Monaten einen totalen Umsatzverlust erlitten habe (act. 18 Rz. 5). Grund für die ausbleibenden Lieferungen seien interne Auditprobleme der Klägerin gewesen, wobei sie auf eine E-Mail Korrespondenz zwischen 18. Dezember 2017 bis 29. März 2018 hinweist (act. 18 Rz. 5; act. 19/3-6). Der verursachte Schaden ("Margenverlust") betrage, so die Beklagte, insgesamt EUR 219'712.–. Hierzu zieht die Beklagte einen Vergleich zum Durchschnitt der Vergleichswerte vom 4. Quartal 2014-2016 bzw. 1. Quartal 2014-2017 (act. 18 Rz. 5b; act. 19/11-15).

In ihrer Duplik führt die Beklagte aus, die Klägerin bestreite die Nichtlieferung in besagtem Zeitraum zufolge interner Auditprobleme nicht (act. 38 Rz. 10). Als Entgegnung zum Hinweis auf Ziff. 5.1 des Wholesaler Sales Agreement führt die Beklagte Art. 100 Abs. 1 OR ins Feld (act. 38 Rz. 11). Bei dem von ihr geltend gemachten Anspruch handle es sich um einen Verspätungsschaden (act. 38 Rz. 12). Wenn die Klägerin bestreite, dass sie sich in Verzug befunden habe, so lasse sie ausser Acht, dass es beim vorliegenden Alleinvertriebsvertrag hinsichtlich der Warenlieferung um einen Sukzessivlieferungsvertrag gehe, bei welchem der Abruf bereits die Mahnung enthalte. Vorliegend habe sie am 25. Oktober 2017 sowie am 15. Dezember 2017 einen Abruf für eine bestimmte Anzahl Medikamente getätigt, sodass sich die Klägerin in Verzug befunden habe (act. 38 Rz. 12 [S. 9]). Ausserdem seien beide vorgenannten Abrufe noch durch zusätzliche Mahnungen per E-Mail verstärkt worden (act. 38 Rz. 12; act. 19/3-4).

Weiter weist die Beklagte darauf hin, dass die Klägerin aufgrund interner Auditprobleme seit Oktober 2017 ohnehin nicht in der Lage gewesen sei, die bestellten Medikamente zu liefern. Die unzweideutige Erklärung des Schuldners, dass er weder willens noch in der Lage gewesen sei, den Vertrag zu erfüllen, führe zu einer vorgezogenen Anwendung von Verzugsregeln. Die Gläubigerin sei davon befreit, den Schuldner besonders in Verzug setzen zu müssen (act. 38 Rz. 12b). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, wenn der Schuldner in Verzug sei, könne die Gläubigerin kumulativ Erfüllung der Leistung und Ersatz des ihr wegen des Verzugs erwachsenen Verspätungsschadens verlangen. Für die Geltendmachung des Verspätungsschadens sei kein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 bzw. Art. 190 OR nötig (act. 38 Rz. 12c). Die Klägerin hafte für den Verspätungsschaden, wenn sie nicht beweise, dass sie an den internen Auditproblemen kein Verschulden treffe oder sie sich diese nur leichtfahrlässig eingehandelt habe (act. 38 Rz. 12d).

Der "Margenverlust" sei der entgangene Gewinn, welchen sie bei rechtzeitiger Lieferung der Medikamente aus deren Wiederverkauf im vierten Quartal 2017 und dem ersten Quartal 2018 hätte erzielen können, wobei die Einsparungen marginal gewesen seien (act. 38 Rz. 17). So hätten zunächst keine Personalkosten eingespart werden können, da der Lieferstopp überraschend gekommen sei und die mit diesem Geschäftssegment betrauten Mitarbeiter der Beklagten nicht untätig gewesen seien, sondern vielmehr in hohem Masse mit Anfragen zur Registrierung im Zusammenhang mit den Schreiben an die Gesundheitsbehörden beansprucht worden seien (act. 38 Rz. 17a). Zusammengefasst belaufe sich die Einsparung in Bezug auf den geltend gemachten entgangenen Gewinn von EUR 219'712.– auf EUR 1'977.40 (act. 38 Rz. 17b). Das Einsparungspotential hinsichtlich Transportversicherungskosten beziffert die Beklagte auf EUR 153.80 (act. 38 Rz. 17c). Weiter ergänzt sie zur Berechnung des Margenverlusts, dieser sei auf der Grundlage der Umsatzstatistiken für die Quartale 1 und 4 der Jahre 2014 bis 2016 und des ersten Quartals 2017 erfolgt (act. 38 Rz. 18 und Rz. 20 f.). Die Multiplikation mit der Marge von 62 % ergebe EUR 105'809.– entgangener Gewinn für das 4. Quartal 2017 und die EUR 113'903.– für das 1. Quartal 2018. Die Marge von 62 % ergebe sich aus der Gegenüberstellung der Einkäufe der Beklagten bei der Klägerin 2017-2019, bei welchen die Rechnungen entweder von der Klägerin oder

Beklagten eingereicht worden seien, und den Verkäufen der Beklagten an die Abnehmer (act. 38 Rz. 18b). Die von der Klägerin vorgebrachten Argumente gegen das Vorliegen des totalen Umsatzverlustes seien nicht stichhaltig, so sei die Lagerhaltung der Beklagten eine "Just in time"-Lagerhaltung, wie sie in den Jahren 2017/2018 üblich gewesen sei. Da der Lieferstopp wegen der internen Audit-Probleme überraschend erfolgt sei und die Beklagte unvorbereitet getroffen habe, habe sie sich nicht auf den Lieferstopp durch eine erhöhte Lagerhaltung vorbereiten können (act. 38 Rz. 19bi). Parallelimporte hätten allenfalls Dritte vorgenommen; ein Bezug zwecks Import in die drei Länder hätte gegen Ziff. 3 am Ende der Vereinbarung verstossen (act. 38 Rz. 19bii). Da der Patient ein Medikament unverzüglich benötige, sei ein Aufholen vergangener Bedürfnisse illusorisch. Lieferunterbrüche seien nicht aufzufangen und führten zu einem totalen Umsatz- und Gewinnmargenverlust (act. 38 Rz. 19biii). Der von der Klägerin verursachte und nicht bestrittene Lieferstopp wegen interner Auditprobleme sei sicherlich kausal für den Verspätungsschaden in Form des entgangenen Gewinns. Die Klägerin stelle die adäquate Kausalität in Frage, aber lege, trotz des ihr obliegenden Entlastungsbeweises, nicht dar, inwiefern alternative Bezugsquellen oder eine andere Lagerplanung den Schaden hätten vermindern können (act. 38 Rz. 22).

Die Klägerin bestreitet einen Anspruch der Beklagten, da diese über keine rechtliche Grundlage verfüge (act. 33 Rz. 18 ff.). Zunächst schliesse Ziff. 5.1 des Vertrages ausdrücklich Ansprüche gestützt auf ausbleibende oder verspätete Lieferungen aus (act. 33 Rz. 19). Selbst ohne ausdrücklichen vertraglichen Ausschluss fehle eine rechtliche Grundlage. Sie hätte in Bezug auf nicht erfolgte Lieferungen nach den Regeln des Verkäuferverszugs und nicht nach Art. 97 OR vorgehen müssen (act. 33 Rz. 21). Die Inverzugsetzung sei von der Beklagten nicht behauptet, wobei sie erneut auf die Regelung gemäss Ziff. 5.1 und den Umstand hinweist, dass die Beklagte selber keine Abweichung von den vertraglichen Regelungen Ziff. 5.1 und 10.1 behauptete (act. 33 Rz. 21). Sodann substantiiere diese weder den Schaden noch die Kausalität. Sie nenne lediglich pauschale Beträge ihrer angeblichen Margenverluste. Dazu offeriere sie kommentarlos fünf umfangreiche und selbst erstellte Übersichtslisten bzw. "Umsatzstatistiken" (act. 33 Rz. 26). Unklar sei, was genau die Beklagte mit "Margenverlust" meine. Aus den

Beilagen gehe hervor, dass auf die (angebliche) Differenz zwischen Einkaufskosten und Verkaufserlös (Bruttogewinn) abgestellt werde. Soweit die Beklagte entgangenen Gewinn geltend mache, sei jedoch auf den Nettogewinn abzustellen: Die Beklagte habe die für ihre Leistungen normalerweise anfallenden, aber mangels Lieferungen nicht getätigten Aufwendungen in Abzug zu bringen. Die Beklagte hätte im Detail auszuführen, was sie unterlasse, welche anderweitigen Kosten (z.B. Transport- oder Personalkosten, Versicherungen, sonstige Unkosten etc.) sie durch die gestoppten bzw. reduzierten Lieferungen eingespart habe (act. 33 Rz. 27). Sie substantiiere weder den angeblichen Bruttogewinn noch Umsatzverlust ausreichend (act. 33 Rz. 28 f.). Ein temporärer Lieferunterbruch führe nicht zum "totalen Umsatzverlust" angesichts von Lagerbeständen, der Existenz von Parallelimporten und dem Umstand, dass ab 9. April 2020 wieder Produkte geliefert worden seien (act. 33 Rz. 29). Auch die behauptete Marge von 62 % und die Zahlenwerte würden nicht substantiiert (act. 33 Rz. 30 f.). Abgesehen vom Schaden scheitere der Anspruch an der nicht erstellten Kausalität, zumal es alternative Bezugsquellen für die klägerischen Produkte gegeben habe sowie angesichts der Möglichkeit der Lagerplanung (act. 33 Rz. 32).

2.4.3. Würdigung

Wie bereits gesehen, ist als unbestritten zugrunde zu legen, dass für die zur Diskussion stehende Phase (Q4 2017 bis Mitte April 2018) von der Klägerin *keine* Medikamente geliefert wurden. Ebenfalls wurde nicht bestritten, dass entsprechende Medikamentenbestellungen vorlagen, was sich u.a. den E-Mails der Beklagten vom 25. Oktober 2017 sowie vom 1. November 2017 entnehmen lässt (act. 19/3). Die Klägerin geht nicht näher auf die Darstellung ein, dass Grund der ausbleibenden Lieferungen letztlich von ihr zu verantwortende (interne) "Auditprobleme" waren. Die Darstellungen sind damit als unbestritten zu erachten. Auch die von der Beklagten ins Recht gereichte E-Mail Korrespondenz deutet auf diesen Umstand hin (act. 19/4-6). So schreibt die Klägerin u.a. "*I have just been informed that the regulatory matters have not been solved yet*" (act. 19/4) oder "*As you might know, the reason of the decision is the outcome of the audit that took*

place in October last year. We need to find a suitable solution for this challenge that will be acceptable from the auditors as well" (act. 19/5).

Im Rahmen ihrer Argumentation bringt die Klägerin vor, die angeführte Rechtsgrundlage nach Art. 97 Abs. 1 OR sei ohnehin unzutreffend, es hätte nach den Regeln des Verkäuferverszugs vorgegangen werden müssen. In diesem Zusammenhang stützt sie sich sodann massgeblich auf die Regelung gemäss Ziffer 5.1 Wholesaler Sales Agreement und bestreitet, dass ein Anspruch vorliegt.

Ziffer 5.1 Wholesaler Sales Agreement lautet wie folgt (act. 3/4):

5.1 Delivery by G._____ of shipments of Products to WHOLESALER, pursuant to this Agreement, will be done within a reasonable period of time and be dependent on availability of the Products. WHOLESALER will not be entitled to make any claim against G._____ for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement; however, the WHOLESALER will be entitled to cancel the order if the Products are not delivered within four (4) months after the date of placing the order.

Die Beklagte wendet gegen diese Vertragsbestimmung Art. 100 Abs. 1 OR ein, wonach eine zum Voraus getroffene Vereinbarung, die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst, nichtig ist. Obschon der Grund für die Nichtlieferung von Medikamenten offenbar auf Seiten der Klägerin lag, wird von der Beklagten nicht behauptet und dargetan, inwiefern dieser Umstand vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet worden sein soll. Art. 100 Abs. 1 OR kommt deshalb nicht zum Tragen. Andere Gründe, welche gegen die Gültigkeit der Regelung gemäss Ziffer 5.1 sprechen würden, wurden nicht geltend gemacht. Konkret geht es hier lediglich um ein vorübergehendes Ausbleiben von Lieferungen, später wurden denn auch unbestrittenermassen wieder Medikamente für den Vertrieb geliefert; eine *dauerhafte* Unmöglichkeit liegt jedenfalls nicht vor (vgl. im Gegensatz dazu unten E. 2.5.4. [S. 29]).

Der folgende Teil der Regelung von Ziffer 5.1 ist entscheidend: "**WHOLESALER will not be entitled to make any claim against G._____ for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement [...]** [Hervorhebungen beigefügt]". Nach dem klaren Wortlaut dieser Regelung kann die Beklagte

aufgrund der Nichtlieferung bzw. verspäteten Lieferung von Produkten ("non-delivery or delay in delivery") *keine* Ansprüche gegen die Klägerin geltend machen. Eine Einschränkung nach den Gründen der Leistungsstörung oder der Verantwortung hierfür, wurde nicht statuiert. D.h. selbst wenn vorliegend prinzipiell die Verantwortung für die zeitweise Nichtlieferung bei der Klägerin lag, so kann sie sich auf Ziffer 5.1 stützen, womit ein Anspruch der Beklagten entfällt. Inwiefern sich die Beklagte hinsichtlich der Leistungsstörung auf Art. 97 Abs. 1 OR oder auf die Verzugsregeln hätte stützen sollen, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben.

2.4.4. Fazit

Zusammengefasst kann sich die Klägerin auf die Bestimmung Ziffer 5.1 Wholesaler Sales Agreement stützen, welche eine Haftung für die Nichtlieferung respektive verspätete Lieferung ausschliesst. Der von der Beklagten zur Verrechnung gebrachte "Margenverlust" in Höhe von EUR 219'712.– scheidet am Einwand dieser vereinbarten Klausel.

2.5. "Strategiewechsel" / "Registrierungspflicht" Schadenersatz EUR 900'562.49

2.5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Als unbestrittener Sachverhalt ist zugrunde zu legen, dass Anfang Juli 2019 letzte Lieferungen/Rechnungen erfolgten und danach keine vertragsgegenständlichen Produkte mehr von der Klägerin der Beklagten geliefert wurden (act. 18 Rz. 6b; act. 33 Rz. 77; act. 3/48-49). Die Beklagte stellt grundsätzlich nicht in Abrede, dass sie ab Januar 2019 fällige Rechnungen nicht mehr bezahlte und sich in einem Zahlungsrückstand befand (act. 18 Rz. 6a; act. 38 Rz. 31; act. 3/12).

Von der Beklagten wird weiter nicht bestritten, dass die Pflicht der Klägerin zur Registrierung der vertragsgegenständlichen Medikamente [im Vertragsgebiet] – im Gegensatz zu den "Vorgängerverträgen" – nicht mehr ausdrücklich im Wholesaler Sales Agreement (act. 3/4) erwähnt wird (act. 18 Rz. 8). In den älteren Vereinbarungen war jeweils in Article 8 "Health Registration" Folgendes geregelt: "**B._____ shall undertake the registration of Products with the health author-**

ities in Territory in the name of G._____. For this purpose B._____ shall as promptly as at all possible advise G._____ what information and documentation is necessary and what information and documentation would be helpful and G._____ shall supply B._____ with the available documentation necessary for the compliance of these formalities. B._____ shall report to G._____ upon G._____ 's request on the progress of all applications for such registration, furnishing at the same time copies of all papers including those filed with and received from such authorities." [Hervorhebungen beigefügt] (act. 18 Rz. 4; act. 3/1-2).

2.5.2. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptet zwar nicht, dass im zuletzt aktuellen Wholesaler Sales Agreement (act. 3/4) eine explizite Registrierungspflicht der Klägerin erwähnt ist, allerdings stellt sie sich auf den Standpunkt, dies entspreche der gelebten Vertragspraxis zwischen den Parteien. Hierzu verweist sie darauf, dass diese Pflicht nie bestritten wurde und F._____ dies namens der Klägerin in einem E-Mail vom 25. März 2019 bestätigt habe (act. 18 Rz. 8; act. 19/16). In ihrer Duplik führt die Beklagte weiter aus, bei Frau F._____ handle es sich um die zuständige Projektmanagerin für die drei betreffenden Länder ("Project Manager L._____"). Zumindest nach schweizerischer Rechtsauffassung sei F._____ als Organ anzusehen, welche befugt sei, verbindliche Erklärungen zugunsten der Klägerin vorzunehmen (act. 38 Rz. 25). Die Aussage von F._____ in besagtem E-Mail falle in ihren Zuständigkeitsbereich, da sie die verantwortliche Projektmanagerin für diese drei Länder sei. Weiter verweist die Beklagte auf die Regelung von Art. 158 IPRG und führt aus, die Klägerin erbringe weder den Beweis, dass das Gesellschaftsrecht C._____s eine Einschränkung der Vertretungsmacht von Organen und – wenn ja – in welchem Umfang zulasse, noch den Beweis, dass sie eine derartige Einschränkung der Vertretungsbefugnis von Frau F._____ kannte oder hätte kennen müssen (act. 38 Rz. 25).

Die Beklagte bringt in der Duplik hauptsächlich vor, die Rechtsgrundlage ihres Schadenersatzanspruchs sei Art. 97 OR, nachdem die Klägerin mit den eigenmächtigen Schreiben vom 30. August 2019 (act. 19/17-19) an die drei Gesundheitsministerien [Anm.: DRC; Ruanda; Burundi] unwiderruflich den Rückzug aus

diesen Ländern kundgegeben habe, womit die Erfüllung des Vertrages verunmöglicht worden und ihr guter Ruf der Verlässlichkeit in Mitleidenschaft gezogen worden sei (act. 38 Rz. 24). Ein weiterer Absatz der Produkte und damit die Erreichung des Vertragszwecks sei nach der Aufgabe der Registrierungsverfahren unmöglich geworden (act. 38 Rz. 26). In anderem Zusammenhang spricht die Beklagte davon, dass die Klägerin auf das spezielle Know-How und ihre Hilfe bezüglich Registrierung bei den Gesundheitsbehörden angewiesen gewesen sei (act. 38 Rz. 17). Die Regelung nach Ziff. 5.1 der Vereinbarung sei nicht auf den Fall der generellen Zweckvereitelung zugeschnitten, sondern befasse sich mit ausbleibenden Einzellieferungen. Ohnehin würden mittelbare Haftungsbeschränkungen im Falle absichtlichen oder grobfahrlässigen Handelns angesichts von Art. 100 Abs. 1 OR nicht greifen (act. 38 Rz. 26). Auch der Schriftlichkeitsvorbehalt nach Ziff. 10.1 komme im Übrigen nicht zum Tragen, da einerseits Art. 100 Abs. 1 OR nicht ausgehebelt werden könne und andererseits durch konkludentes Handeln davon abgewichen werden könne (act. 38 Rz. 27).

Den durch den "Strategiewechsel" verursachten Schaden für den Zeitraum Juli 2019 bis Juli 2021 (25 Monate) beziffert die Beklagte auf EUR 900'562.49, ausgehend von den Umsatzzahlen und Margen der Vorjahre 2017 bis 2019. Über die Periode gewichtet betrage die Marge 62 % (act. 18 Rz. 6c). Hierzu offeriert die Beklagte als Beweis diverse Listen betreffend Generalübersicht (act. 19/20), den Einkauf bei der Klägerin (act. 19/21-23), den Verkauf an die Abnehmer (act. 19/24-32), Umsatz- und Gewinnmargenlisten (act. 19/33-41). Bei der Marge handle es sich um eine Bruttomarge, definiert als Differenz zwischen im Detail belegten Einkaufspreisen, die die Klägerin selbst an die Beklagte fakturiert habe sowie den ebenfalls im Detail durch die Rechnungen belegten Verkaufspreise, die die Beklagte an ihre Abnehmer in den drei Ländern fakturiert habe (act. 38 Rz. 20). Die erzielbaren Einsparungen (Transportkosten, Versicherungsprämien) beziffert die Beklagte auf EUR 8'735.45 (act. 38 Rz. 18b und Rz. 34). Auf den klägerischen Einwand, sie hätte Bestellungen vorweisen müssen, entgegnet sie, weitere Bestellungen seien sinnlos gewesen, da ohne pendentes Registrierungsverfahren oder daran anschliessend erfolgte Bewilligung die Medikamente in den drei Ländern nicht mehr absetzbar gewesen wären (act. 38 Rz. 38). Weiter bringt

die Beklagte u.a. vor, das Bevölkerungswachstum der drei Länder im Vertragsgebiet betrage bei stabiler Tendenz ca. 3% pro Jahr, wobei die Vertragsgegenstand bildenden Produkte alle für eine breite und allgemeine Verwendung geeignet seien. Covid-19 habe überdies zu keiner Reduktion der Pharmaumsätze in den Sub-Sahara-Territorien Afrikas geführt (act. 38 Rz. 38b; act. 39/51).

Die Beklagte bringt vor, das Rückbehaltungsrecht im Sinne von Art. 82 OR sei lediglich im Juli 2019 gegeben gewesen, habe jedoch aufgrund des dilatorischen Charakters mit der endgültigen Beendigung des Vertragsverhältnisses infolge Verunmöglichen des Vertragszwecks per 30. August 2019 geendet (act. 38 Rz. 30 ff.).

Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten angeführte "gelebte Vertragspraxis", die ihr (weiterhin) die Pflicht zur Registrierung von Medikamenten auferlegt hätte (act. 33 Rz. 36). Zunächst habe F._____ weder die interne noch externe Vertretungsmacht gehabt, um vertragliche Verpflichtungen einzugehen (act. 33 Rz. 37). Bloss weil sie früher gewisse Produkte im Vertragsgebiet registriert habe, lasse sich für die Zukunft keine Pflicht daraus herleiten, zumal in den Vertrag vom 25. Dezember 2011 gerade *keine* Registrierungspflicht aufgenommen worden sei (act. 33 Rz. 38 ff.). Selbst wenn, was bestritten sei, eine Registrierungspflicht bestanden hätte, hätten die Parteien im Vertrag Ziff. 5.1 ausdrücklich vereinbart, dass Forderungen der Beklagten aufgrund ausbleibender Lieferungen ausgeschlossen seien (act. 33 Rz. 41). Auch eine Abweichung von den vertraglichen Regelungen durch E-Mail oder durch "gelebte Vertragspraxis" wäre ohnehin formungültig angesichts der in Ziff. 10.1 vereinbarten Schriftform (act. 33 Rz. 42). Des Weiteren stellt sich die Klägerin gestützt auf die analoge Anwendung von Art. 82 OR auf den Standpunkt, sie sei berechtigt, Lieferungen zurückzuhalten, wenn sich der Käufer mit Kaufpreiszahlungen für frühere Lieferungen im Zahlungsrückstand befinde (act. 33 Rz. 45). Die Beklagte anerkenne ausdrücklich, dass sie die "*ab Januar 2019 fälligen Rechnungen*" nicht mehr bezahlt habe, womit sie sich unbestritten bereits seit mehreren Monaten im Zahlungsrückstand und im Zahlungsverzug befinde, als sie [die Klägerin] ab Juli 2019 keine Produkte mehr geliefert habe (act. 33 Rz. 46). Somit sei sie schon vor Juli 2019 berechtigt

gewesen, weitere Lieferungen zurückzubehalten. Entsprechend seien Schadenersatzforderungen für die ab Juli 2019 ausbleibenden Lieferungen auch aus diesem Grund unbegründet (act. 33 Rz. 47).

Schliesslich stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Beklagte weder den Schaden noch die Kausalität substantiiert hätte (act. 33 Rz. 48 ff.). Im Einzelnen führt sie aus, die Beklagte erkläre nicht, was sie mit "*Margenverlust*" meine; sie hätte mit den Kostenersparnissen den Nettogewinn nachzuweisen gehabt (act. 33 Rz. 49). Als Belege für die behaupteten Umsätze und Gewinnmargen seien die von der Beklagten als Beilagen eingereichten Dokumente ungenügend (act. 19/20-41) (act. 33 Rz. 51 ff.). In Bezug auf die bestrittene Kausalität führt die Klägerin aus, die Beklagte selber behaupte nicht, dass sie den angeblichen Umsatz nicht aus anderen Quellen (Lagerbestände, Parallelimporte) hätte erzielen können (act. 33 Rz. 54 und 32).

2.5.3. Rechtliches

Verzug und Schadenersatz

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR hat der Schuldner, kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Die positive Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR basiert klassischerweise auf vier Anspruchsvoraussetzungen: (i) Pflichtwidrigkeit/Vertragsverletzung, (ii) Schadenseintritt, (iii) Kausalzusammenhang, (iv) [vermutetes] Verschulden (BGE 146 III 121 E. 5.1 = PRA 110 [2021] Nr. 15); WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR, 2. Aufl. 2020, N. 18 ff. zu Art. 97 OR). Der Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden kann u.a. durch (grobes) Selbstverschulden unterbrochen werden (WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., N. 430 ff. zu Art. 97 OR). Abgesehen vom Exkulpationsbeweis des Schuldners gilt die allgemeine Beweisregel von Art. 8 ZGB, d.h. die Gläubigerin hat die rechtsbegründenden Tatsachen (Vertragsverletzung, Schadenseintritt, Kausalzusammenhang) zu beweisen (BGE 144 III 155 E. 2.3; WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., N. 518 ff. zu Art. 97 OR).

Der für einen Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR vorausgesetzte Schaden kann neben einer Verminderung der Aktiven und einer Vermehrung der Passiven gleichermassen in einem *entgangenen Gewinn* (lucrum cessans) bestehen. Beim entgangenen Gewinn bleibt der tatsächliche Vermögensstand gleich, infolge des Schadensereignisses ist aber eine Vermögensvergrösserung verhindert worden. Die Frage nach dem entgangenen Gewinn beruht auf der Beurteilung eines hypothetischen Geschehensverlaufs. Es bedarf deshalb einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass sich der ausgebliebene Gewinn effektiv verwirklicht hätte; gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, "*soweit es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt*" (WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR, 2. Aufl. 2020, N. 257 ff. zu Art. 97 OR m.w.H.; BGE 132 III 379 E. 3.3.3). Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen. Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Gerichts mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 1 und 2 OR). Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens. Der Geschädigte hat alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A_218/2021 vom 1. September 2022 E. 3.1.1.; NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, 1999, § 2 N. 153 ff.).

Auch nach Art. 97 OR bemisst sich der Schadenersatz bei der *verschuldeten (nachträglichen) Unmöglichkeit* der Leistung/Erfüllung. Die Unmöglichkeit kann auf tatsächlichen Gründen beruhen oder auf rechtlichen Gründen wie z.B. einem Einfuhrverbot oder Beschlagnahme, wobei das Verschulden darin bestehen kann, dass der Schuldner entsprechende Vorkehren unterlassen hat (zum Ganzen VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II 1974, § 68 S. 93 ff.; WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR, 2. Aufl. 2020, N. 45 zu Art. 97 OR). Im Gegensatz zu vorübergehenden Hindernissen der Leistung gelten Hindernisse von unübersehbarer Dauer auch als Unmöglichkeit (VON THUR/ESCHER, a.a.O., § 68 S. 96 f.).

Im Übrigen bemisst sich genauso der aus Verzug folgende Schadenersatz im Sinne von Art. 103 bzw. 107 OR (Erfüllungsinteresse des Gläubigers) nach den Voraussetzungen von Art. 97 OR (VON THUR/ESCHER, a.a.O., § 73 S. 154; WEBER/EMMENEGGER, a.a.O., N. 201 zu Art. 107 OR).

Vertragsauslegung

Bezüglich der Vertragsauslegung hat das Bundesgericht namentlich im Urteil 4A_502/2016 vom 6. Februar 2017 E. 4.1. zusammengefasst: Der Inhalt eines Vertrags ist durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 137 III 145 E. 3.2.1). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 123 III 165 E. 3a). Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist (BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3).

Einrede des nichterfüllten Vertrages (Art. 82 OR)

Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR setzt im Allgemeinen voraus, dass (i) ein vollkommen zweiseitiger Vertrag vorliegt, (ii) dass die Leistungen der beiden Parteien in einem Austauschverhältnis zueinander stehen und dass (iii) keine der Parteien vorleistungspflichtig ist (ULRICH G. SCHROETER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 9 zu Art. 82 OR; zum Ganzen ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR, 2. Aufl.

2005, N. 30 zu Art. 82 OR ff.). Als einheitliches Rechtsverhältnis erachtet wird auch der *Sukzessivlieferungsvertrag*, wobei die eine Partei weitere Leistungen verweigern kann, wenn die andere Partei eine fällige Teilleistung nicht erbracht hat (BGE 84 II 149 S. 150; Urteil des Bundesgerichts 4A_589/2016 vom 2. März 2017 E. 6.2. m.w.H.; VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil OR, Bd. II, 1974, § 64 S. 62; ULRICH G. SCHROETER, a.a.O., N. 32 zu Art. 82 OR mit Hinweis auf BGE 111 II 468; ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 85 zu Art. 82 OR; MARIUS SCHRANER, in: Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen Art. 68-96 OR, 3. Aufl. 2000, N. 55 zu Art. 82 OR). Das Leistungsverweigerungsrecht besteht auch dann, wenn der Verkäufer vorleistungspflichtig ist, der Käufer sich aber mit alten Zahlungen noch im Rückstand befindet; sobald der Käufer der früheren Leistungspflicht nachkommt, entfällt die Einrede aus Art. 82, und es gilt wieder die vertraglich vorgesehene zeitliche Ordnung der Erfüllung (ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 87 zu Art. 82 OR mit Hinweis auf BGE 52 II 139).

Das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR ist eine Einrede im technischen Sinne. Sie zeitigt nur dann Rechtsfolgen, wenn der Schuldner sie (zumindest konkludent) erhoben, sich also darauf berufen hat (ULRICH G. SCHROETER, a.a.O., N. 51 zu Art. 82 OR). Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR ist nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 6.2. m.w.H.). Erhebt der Schuldner die Einrede, ist es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten hat (Urteile des Bundesgerichts 4A_262/2021 vom 30. September 2021 E. 5.2. und 4A_351/2021 vom 26. April 2022 E. 3.1.1). Bereits erwähnt wurde, dass der Alleinvertriebsvertrag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwei Leistungspaare beinhaltet und ein Leistungsverweigerungsrecht "über das Kreuz" nicht besteht, d.h. der Lieferant darf nicht Warenlieferungen zurückhalten, wenn der Alleinvertreter den Verkauf ungenügend fördert bzw. dieser die Zahlung, wenn jener das Alleinvertriebsrecht verletzt (ROLF H. WEBER, a.a.O., N. 100 zu Art. 82 OR vgl. oben E. 1.4.).

2.5.4. Würdigung

Unbestritten ist, dass ab Anfang Juli 2019 keine Lieferungen mehr von Medikamenten an die Beklagte erfolgten. Ebenso sind die fälligen und ausstehenden Forderungen der Klägerin nicht bestritten. Die Beklagte stützt den geltend gemachten Verrechnungsanspruch auf eine Schadenersatzforderung, wobei vorausgesetzt ist: (i) eine Vertragsverletzung, (ii) Schaden [entgangener Gewinn], (iii) adäquate Kausalität (iv) Verschulden sowie (v) kein Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin. Zunächst ist auf die Voraussetzung der Vertragsverletzung einzugehen:

Vertragsverletzung

Bereits erwähnt wurde, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass zuletzt keine Registrierungspflicht (mehr) im Wholesaler Sales Agreement schriftlich vereinbart wurde. Die "gelebte Vertragspraxis" leitet die Beklagte einzig aus dem folgenden E-Mail von Frau F._____ vom 26. März 2019 (act. 19/16) ab:

... [Bild der Email von F._____ an H._____]

Relevant ist der folgende Teil des E-Mails: "*As discussed, and following a global strategic decision taken by G._____, we will not be able to meet **our previous commitment to register the products** sold in your territory (DRC, Rwanda & Burundi).*" [Hervorhebungen beigefügt]. Ungeachtet der Vertretungsverhältnisse betreffend F._____ liegt ein klares Indiz dafür vor, dass die Klägerin offenbar zuvor die Verpflichtung zur Registrierung oder zumindest die tatsächliche Durchführung der Registrierung übernommen hatte. Allerdings bleiben dabei zwei massgebliche Punkte offen, einerseits bleibt die Art der Verpflichtung offen, d.h. ob es sich überhaupt um eine vertragliche respektive rechtlich verbindliche Verpflichtung handelte, andererseits ist unklar, welcher Zeitpunkt mit "previous commitment" (etwa: frühere/bisherige Verpflichtung) gemeint ist. Soweit der Zeitpunkt vor dem Vertragsschluss vom 25. Dezember 2011 gemeint war, so lag zu dieser Zeit unbestrittenermassen noch eine entsprechende vertragliche Pflicht vor. Zu bedenken ist immerhin, dass der Vertragsschluss im Zeitpunkt des E-Mails bereits über sieben Jahre zurücklag, was eher dafür spricht, dass auch noch die Zeitspanne danach (mit-)gemeint war. Allerdings legt die Beklagte in der Duplik ohnehin den

Fokus ihrer Argumentation nicht mehr allein auf die Registrierungspflicht, sondern darauf, dass die Klägerin mit dem Rückzug der jeweiligen Produktregistrierungen die Erfüllung des Vertrages verunmöglicht habe (dazu sogleich). Die behauptete Registrierungspflicht aufgrund "gelebter Vertragspraxis" wird in der Duplik nicht mehr näher begründet. Zusammengefasst erweisen sich die Behauptungen der Beklagten dazu als zu vage, sodass keine eigens vereinbarte oder gelebte Registrierungspflicht der Klägerin dargetan ist.

Zu fragen ist nun, ob eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR respektive eine zu verantwortende Unmöglichkeit der Vertragserfüllung vorliegt, indem die Klägerin mit den Erklärungen gegenüber den Gesundheitsbehörden von einer Produktregistrierung in den jeweiligen Gebieten abgesehen hat. Darauf ist im Folgenden einzugehen. Hierbei ist die Vertragsverletzung, der Schadenseintritt sowie der Kausalzusammenhang darzutun und zu beweisen. Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Beklagten spätestens mit dem vorerwähnten E-Mail vom 26. März 2019 zur Kenntnis gebracht wurde, dass die Klägerin beabsichtigte, die Produktregistrierung einzustellen, was sie dann rund fünf Monate danach auch mittels den Schreiben an die Gesundheitsministerien umsetzte. Die genauen Umstände und Voraussetzungen der Produktregistrierung bei den Gesundheitsbehörden der drei Länder (DRC, Ruanda, Burundi) werden von beiden Parteien nicht näher ausgeführt. Obschon offensichtlich die Beklagte selbst maßgeblich bei diesen Registrierungen mitwirkte (so die unbestrittenen Ausführungen in der Klageantwort [act. 18 Rz. 4; act. 33 Rz. 74]), ist es ihre Auffassung, dass sie diese Registrierung *nicht* selber vornehmen konnte, argumentiert sie doch mit einer Unmöglichkeit infolge "Rückzug der klägerischen Registrierungs-bemühungen". Die Klägerin bestreitet zwar in allgemeiner Weise das Vorliegen der Unmöglichkeit, bringt indes nicht vor, die Registrierung hätte durch die Beklagte selber oder Dritte vorgenommen werden können. In der Stellungnahme zur Duplik etwa führt die Klägerin wörtlich aus: "*Es lag **zunächst** keine Unmöglichkeit vor, da eine Registrierung und daraufhin künftige Lieferungen weiterhin möglich gewesen wären.*" [Hervorhebung hinzugefügt] Von der Möglichkeit der Registrierung *seitens der Beklagte* ist dabei aber keine Rede. Im Gegenteil führt die Klägerin aus, man habe von der Vereinbarung einer Registrierungspflicht abgesehen,

damit sie [die Klägerin] frei bleibe: "[...] *zu entscheiden, ob sie einen bestimmten Markt weiterhin mit ihren Produkten bedienen möchte*". Unklar bleibt, welchen genauen Zeitraum die Klägerin meint, wenn sie ausführt, *zunächst* sei keine Unmöglichkeit gegeben gewesen, wobei immerhin darauf geschlossen werden kann, dass selbst die Klägerin (mittlerweile) von einer Unmöglichkeit ausgeht.

Insgesamt lassen die Ausführungen der Parteien darauf schliessen, dass erstens keine Produktregistrierungen durch die Beklagte selbst hätten vorgenommen werden können, zweitens scheint die Registrierung zwingende Voraussetzung für den Vertrieb in den fraglichen Märkten zu sein (so die unbestrittenen Ausführungen der Beklagten: act. 38 Rz. 38; act. 44 Rz. 45) und drittens ist davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Registrierung zur Zeit dauerhaft nicht (mehr) möglich ist. Die Klägerin hat sich mit dem Abbruch der Registrierungsverfahren – wie von ihr offenbar beabsichtigt – von den entsprechenden Märkten (DRC, Ruanda, Burundi) zurückgezogen. Aufgrund der fehlenden Registrierungen entfiel die Möglichkeit zur Lieferung der klägerischen Medikamente für die drei Länder. Als Konsequenz wurde der Beklagten, wie diese zu Recht vorbringt, der Vertrieb der Medikamente unter dem Wholesaler Sales Agreement vom 25. Dezember 2011 verunmöglicht. Diese Unmöglichkeit der weiteren Vertragserfüllung für die drei Länder ist auch nicht lediglich vorübergehender Natur, lagen doch zu keiner Zeit Hinweise vor, dass die Registrierungen in absehbarer Zeit vorgenommen würden. Ungeachtet davon, ob eine Registrierungspflicht vertraglich vereinbart war, hat die Klägerin diese Unmöglichkeit der Vertragserfüllung in tatsächlicher Hinsicht veranlasst.

Erneut führt die Klägerin Ziffer 5.1 Wholesaler Sales Agreement ins Feld und argumentiert, damit würde die Verantwortlichkeit für ausbleibende Lieferungen ausgeschlossen. Im Gegensatz zur Situation der ausgebliebenen Lieferungen im Zeitraum Q4/2017, Q1/2018 (vgl. oben E. 2.4.3.) präsentiert sich hier eine veränderte Sachlage, geht es doch nicht um das zeitweise Ausbleiben einzelner Lieferungen, sondern um die dauerhafte (verschuldete) Unmöglichkeit der Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte. Für die Prüfung einer tatsächlichen Willensübereinstimmung fehlen einschlägige Behauptungen der Klägerin; die Klausel

ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Nach Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen ist diese Klausel, wie die Beklagte zu Recht vorbringt, allein zugeschnitten auf eine Regelung betreffend einzelne Produktlieferungen und nicht auf den Vertriebsvertrag (Rahmenvertrag) als solches. Es wäre denn auch widersprüchlich und abwegig anzunehmen, dass in einem Vertriebsvertrag die grundlegende vertragliche Verpflichtung zur Lieferung von Produkten (vgl. Ziffer 1.0 Purpose of Agreement) sogleich bei den Liefermodalitäten (vgl. Ziffer 5.1 Delivery and Shipment of Products) wieder ohne Weiteres vollständig aufgehoben werden könnte. Für die Beendigung des Vertrages haben die Parteien Regelungen in den Vertrag aufgenommen (vgl. Ziffer 9.0 Term and Termination of Agreement). Nebenbei dürfte überdies Art. 100 Abs. 1 OR zum Tragen kommen, nachdem die Klägerin den Lieferstopp unbestrittenermassen mit Wissen und Willen (im Rahmen einer "strategischen Entscheidung") veranlasste.

Damit sich die Beklagte tatsächlich auf eine Vertragsverletzung stützen könnte, darf allerdings kein zureichendes Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin im Sinne von Art. 82 OR gegeben sein, was sogleich zu prüfen ist.

Einrede des nichterfüllten Vertrages (Art. 82 OR)

Erstellt bzw. nicht bestritten ist, dass im Zeitpunkt Juli 2019 aufgrund aufgelaufener und fälliger Rechnungen der Klägerin ein Zahlungsausstand von rund EUR 1 Mio. vorlag. Darüber hinaus ist weder behauptet noch ersichtlich, dass die offenen Rechnungen jemals später beglichen worden wären. Angesichts dieses Zahlungsausstandes war die Klägerin gestützt auf die Bestimmung von Art. 82 OR – und im Einklang mit der erwähnten Rechtsprechung zum Alleinvertriebs- respektive Sukzessivlieferungsvertrag – *nicht* mehr verpflichtet, die Beklagte ab dem Zeitpunkt Juli 2019 weiter zu beliefern. Dass die Beklagte zuvor die Zahlungen zu Recht einstellte, ist nicht erkennbar, insbesondere nicht aufgrund der behaupteten "Margenverluste" von EUR 219'712.– für Q4/2017 und Q1/2018 (vgl. oben E. 2.4.). Festzuhalten ist ausserdem, dass sich erstmals einem Schreiben vom 25. Februar 2020 die verrechnungsweise geltend gemachte Forderung der Beklagten entnehmen lässt (act. 3/51); eine frühere Geltendmachung ist nicht ersichtlich.

Die von der Beklagten gegen die Anwendbarkeit von Art. 82 OR vorgebrachten Gründe überzeugen nicht. So spricht auch die mitunter vertretene Eigenheit des Doppelsynallagmas beim Alleinvertriebsvertrag nicht gegen deren Anwendung im vorliegenden Zusammenhang. Es geht nicht um ein Leistungsverweigerungsrecht "über das Kreuz" (vgl. oben E. 1.4.), sondern lediglich um den Bereich des Kaufvertragsverhältnis (Lieferung gegen Bezahlung), womit ohne Weiteres die Prinzipien des Sukzessivlieferungsvertrages zum Tragen kommen. Nicht zu vergleichen ist der vorliegende Sachverhalt mit den im Urteil des Bundesgerichts 4C.291/2004 vom 1. November 2004 E. 2.4 geschilderten Begebenheiten, wo sich die Mieterin hinsichtlich Bezahlung des Mietzinses nicht auf Art. 82 OR stützen konnte, nachdem sie die Mietsache aufgrund ihres eigenen Verhaltens nicht benützen konnte.

Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten vermag die Beklagte aus dem massgeblich ins Feld geführten BGE 122 III 66 abzuleiten. Abgesehen davon, dass es sich dort um einen Agenturvertrag handelt, wird in E. 3c die folgende Voraussetzung festgehalten: "*Solange die Beklagte* [~hier Klägerin] *über die Erfüllungsbereitschaft der Klägerin* [~hier Beklagte] *nicht im Zweifel sein und aus deren Verhalten keinen Verzicht auf Vertragserfüllung in guten Treuen ableiten konnte, blieb auch die Beklagte zur Erbringung ihrer Vertragsleistung verpflichtet.*" Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Zusammenhang gerade nicht gegeben, nachdem v.a. angesichts des Zahlungsausstands von rund EUR 1 Mio. die Erfüllungsbereitschaft der Beklagten im Juli 2019 evident zweifelhaft erschien.

2.5.5. Fazit

Zusammengefasst beruft sich die Klägerin vorliegend zu Recht auf das Leistungsverweigerungsrecht im Sinne von Art. 82 OR. Ab dem Zeitpunkt Juli 2019 war sie aufgrund der ausstehenden und fälligen Vergütungsforderungen in Höhe von rund EUR 1 Mio. nicht mehr zu weiteren Lieferungen verpflichtet. Die vertraglich geschuldete Lieferpflicht der Klägerin war damit nicht mehr gegeben. Der verrechnungsweise geltend gemachte Anspruch der Beklagten scheitert bereits an der notwendigen Vertragsverletzung. Inwiefern die übrigen Voraussetzungen der Schadenersatzforderung gegeben wären, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben.

2.6. "Preissenkungen / Debit Notes" (2016 bis 30. Juni 2019)

2.6.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Als weitere Verrechnungsforderung verweist die Beklagte auf sog. "Debit Notes" in Gesamthöhe von EUR 95'170.00 für den Zeitraum 2016 bis 30. Juni 2019 (Debit Notes: Nr. 18.002 vom 23. Juni 2018 über EUR 58'030.00, Nr. 18.010 vom 31. Dezember 2018 über EUR 25'240.00, Nr. 19.001 vom 31. März 2019 über EUR 5'800.00, vom 30. Juni 2019 über EUR 6'100.00) (act. 18 Rz. 10). Die Beklagte verweist auf Ziffer 1 der Aktennotiz vom 2. Mai 2014 (act. 19/46) und führt aus, es habe, insbesondere hinsichtlich des Produkts I._____, durch die Unternehmen J._____ und K._____ immer wieder billigere Parallelimporte in die drei Länder gegeben. Sie hätte dann, so die Beklagte, auf Veranlassung der Klägerin seit dem Jahre 2016 den Preis für das Produkt I._____ 200ml von EUR 2.85 auf EUR 1.85 gesenkt, um im Interesse der Klägerin diese Parallelimporte zu unterbinden, welche für diese einen Reputationsschaden zur Folge hätten haben können. Diese Preissenkung habe zur Folge gehabt, dass sie das Produkt zum Einkaufspreis abgegeben habe, weswegen dieses Produkt mit in den vorerwähnten Umsatz- und Gewinnmargenlisten mit einer Null eingestellt sei; sie habe damit also keine Marge erzielt und der Verkauf sei für sie wirtschaftlich sinnlos gewesen. Zusammengefasst sei die Preissenkung bloss im Interesse der Klägerin erfolgt, weswegen es nur schon im Lichte von Art. 422 Abs. 1 OR – wenn es denn an der vertraglichen Grundlage für die Anspruchserhebung fehlen sollte – gerechtfertigt sei, dass die Klägerin diesen Margenverlust vergüte (act. 18 Rz. 10; act. 19/42-45; act. 3/52; act. 19/33-47).

In der Duplik hält die Beklagte daran fest, die Preisreduktion sei ihrerseits unfreiwillig und im Interesse der Klägerin erfolgt, welche nicht gewillt gewesen sei, gegen die Parallelimporte vorzugehen (act. 38 Rz. 49 f.). Ergänzend zu der gesetzlichen Anspruchsgrundlage gemäss Art. 422 Abs. 1 OR führt sie zusätzlich Art. 418n Abs. 1 OR sowie Art. 402 OR ins Feld und spricht von einer auftragsrechtlichen Sonderabrede (act. 38 Rz. 51 ff.; act. 19/46-47).

Die Klägerin bestreitet die geltend gemachten Ansprüche. Die Beklagte habe aufgrund der Preissenkungen keinen Margen- bzw. Umsatzverlust erleiden können, da sie die Produkte wegen der angeblichen Parallelimporte zum höheren Preis ohnehin nicht hätte absetzen können. Aus diesem Grund habe sich die Beklagte zu der Preissenkung entschieden (act. 33 Rz. 65; act. 19/47). Weiter sei unklar, auf welche Rechtsgrundlage die Beklagte ihre Forderung stütze, der Vertrag sehe an keiner Stelle eine entsprechende Regelung vor. Es liege allein in ihrer Verantwortung als Wiederverkäuferin, auf Basis der mit ihr vereinbarten Einkaufspreise einen angemessenen Verkaufspreis festzulegen (act. 33 Rz. 66 f.). Die Beklagte könne sich nicht auf Art. 422 Abs. 1 OR berufen, vorliegend habe ein Konsens hinsichtlich des Einkaufspreises bestanden und die Preissenkung habe dem Willen der Beklagten entsprochen; es bleibe kein Raum für angebliche Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (act. 33 Rz. 69). Schliesslich versäume es die Beklagte, ihre (angeblichen) Mindereinnahmen zu substantiieren (act. 33 Rz. 71).

2.6.2. Rechtliches

Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser gemäss Art. 422 Abs. 1 OR ("echte, berechnete GoA") verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien sowie für andern Schaden ihm nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten. Vorausgesetzt ist allgemein (i) auftragslose Fremdgeschäftsführung, (ii) Fremdgeschäftsführungswille und (iii) Gebotenheit (WERDER/RUDOLPH, OFK Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1 zu Art. 422 OR). Gebotenheit bestimmt sich nach objektiven Massstäben, aus Sicht des Geschäftsführers zum Zeitpunkt der Übernahme der Tätigkeit. Qualitativ ist Gebotenheit zwischen Notwendigkeit und Nützlichkeit anzusiedeln, wobei allein Nützlichkeit nicht genügt (WERDER/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 419 OR).

Im Unterschied zur "echten GoA" wird bei Art. 423 OR der auftragslose Geschäftsführer nicht fremdnützig, sondern für seine eigene Rechnung und im eigenen Interesse tätig und nimmt dabei Handlungen vor, die er nicht ausführen kann,

ohne dabei in Rechtspositionen eines anderen einzugreifen (WERDER/RUDOLPH, a.a.O., N. 1 zu Art. 423 OR).

2.6.3. Würdigung

In ihrer Klageantwort argumentierte die Beklagte allein mit der Geschäftsführung *ohne* Auftrag im Sinne von Art. 422 OR, bevor sie sich duplicando zusätzlich auf vertragliche Ansprüche nach Art. 418n Abs. 1 OR analog und Art. 402 OR stützt. Zunächst ist nicht klar, weshalb die Bestimmungen des Auftrags- und Agenturrechts zum Tragen kommen sollen, nachdem es sich beim zugrundeliegenden Vertragsverhältnis der Parteien (Wholesaler Sales Agreement vom 25. Dezember 2011 [act. 3/4]) unbestrittenermassen um einen (Allein-)Vertriebsvertrag handelt. Nicht behauptet wurde im Übrigen, dass sich in diesem Rahmenvertrag Bestimmungen im Zusammenhang mit Entschädigung und Parallelimporten finden würden. Die Beklagte spricht sodann von einer "auftragsrechtlichen Sonderabrede". Allerdings bleibt sie sehr vage hinsichtlich tatsächlicher Parteivereinbarung. So wird nicht klar, worin die Beklagte eine Einigung erblicken will. Konkrete Behauptungen fehlen. Auch den angeführten Aktennotizen (act. 19/46-47) lässt sich höchstens entnehmen, dass das Thema Parallelimporte besprochen wurde. Eine Vereinbarung ist nicht dargetan; darauf ist nicht weiter einzugehen. Ungeachtet davon, ob hier generell eine analoge Anwendung von Art. 418n OR in Betracht kommt – so offenbar die zitierte Meinung aus der Lehre – vermag die Beklagte daraus keine gegenüber der Geschäftsführung ohne Auftrag (dazu sogleich) erweiterte Anspruchsgrundlage herzuleiten, da, wie gesehen, weder eine Einigung noch eine Weisung durch die Klägerin vorliegt.

Als mögliche Anspruchsgrundlage verbleibt somit die Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 422 OR, welche indes aus mehreren Gründen nicht zum Tragen kommt. Im Prinzip ist es durchaus plausibel, dass Parallelimporte (auch) seitens Klägerin unerwünscht sein könnten, allerdings lassen gerade die Darstellungen der Beklagten darauf schliessen, dass die Bekämpfung von Parallelimporten primär in ihrem direkten (finanziellen) Interesse lag. So führt sie aus, dass die Klägerin trotz ihrem [Beklagte] Drängen nur unzureichend gewillt gewesen sei, entsprechende Massnahmen zu treffen. Abgesehen davon, dass fraglich er-

scheint, ob es sich um eine Fremdgeschäftsführung im Sinne von Art. 419 ff. OR handelt, scheidet der Anspruch bereits an der Voraussetzung der Gebotenheit. Weder wurde das überwiegende Interesse der Klägerin noch eine Dringlichkeit dargetan. Die Parteien besprachen das Thema Parallelimporte, wobei sich die Klägerin aber offenbar entschloss, keine Massnahmen zu ergreifen. Es wäre stossend, könnte sich die Beklagte eigenmächtig darüber hinwegsetzen und im Nachhinein allfällige Ansprüche mit der Geschäftsführung ohne Auftrag begründen (vgl. BGE 147 III 553 E. 5.3).

Zusammengefasst sind die unter dem Titel "Preissenkungen / Debit Notes" zur Verrechnung gestellten Forderungen in Höhe von EUR 95'170.– *nicht* gegeben.

2.7. Fazit zur Verrechnungsforderung der Beklagten

Die von der Beklagten verrechnungsweise ins Feld geführten Ansprüche sind gesamthaft *nicht* gegeben und stehen somit einer Gutheissung der Klage nicht entgegen.

3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte die klägerische Vergütungsforderung samt Verzugszins von 5 % ab 1. März 2021 im Grundsatz *anerkennt* (E. 1.2.). Davon ausgenommen ist ein bestrittener Betrag von EUR 1'002.42 samt entsprechendem Verzugszins. Mangels substantiierter Behauptungen respektive Beweislosigkeit ist die Klage für diesen Betrag im Umfang von EUR 1'002.42 sowie Verzugszins in Höhe von EUR 186.61 abzuweisen (E. 1.5.). Beim im Zentrum der Auseinandersetzung stehenden Vertrag Wholesaler Sales Agreement handelt es sich um einen (Allein-)Vertriebsvertrag, auf welchen die Regeln des Sukzessivlieferungsvertrages anwendbar sind (E. 1.5.). Die Beklagte macht verrechnungsweise diverse Ansprüche (EUR 219'712.– sowie EUR 900'562.49 und EUR 95'170.–) geltend und schliesst auf Abweisung der Klage (E. 2.1.). Die formellen Voraussetzungen der Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR liegen vor (E. 2.3.). Der zunächst zur Verrechnung gebrachte "Margenverlust" in Höhe von EUR 219'712.– scheidet bereits an der vertraglichen Bestimmung von Ziffer 5.1 Wholesaler Sales

Agreement, wonach eine Haftung für die Nichtlieferung respektive verspätete Lieferung ausgeschlossen wird (E. 2.4.4.).

Als weiteren Punkt will die Beklagte unter dem Stichwort "Strategiewechsel" und "Registrierungspflicht" einen Schadenersatzanspruch von EUR 900'562.49 verrechnen. Nachdem erstellt ist, dass die Klägerin durch den Abbruch der Registrierungsverfahren für die Medikamente im Vertragsgebiet (DRC, Ruanda, Burundi) die Lieferung und den Vertrieb weiterer Medikamente – und damit die zukünftige Vertragserfüllung – verunmöglichte, liegt prinzipiell eine Vertragsverletzung vor. Zumal diesbezüglich die vertragliche Bestimmung von Ziffer 5.1 Wholesaler Sales Agreement nicht zum Tragen kommt, weil es nicht lediglich um eine einzelne Lieferungen geht. Allerdings stützt sich die Klägerin zu Recht auf das Leistungsverweigerungsrecht im Sinne von Art. 82 OR angesichts der im Zeitpunkt Juli 2019 ausstehenden und fälligen Vergütungsforderungen in Höhe von rund EUR 1 Mio. Der auf der Lieferverpflichtung basierende Schadenersatzanspruch der Beklagten (entgangene Gewinn) ist damit *nicht* gegeben (E. 2.5.4.).

Schliesslich ist die zuletzt zur Verrechnung gestellte Forderung unter dem Titel "Preissenkungen / Debit Notes" in Höhe von EUR 95'170.– *nicht* gegeben: Eine Parteivereinbarung bezüglich Parallelimporten ist nicht dargetan. Überdies kommt ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 422 OR nicht in Betracht, da sowohl das Merkmal der Fremdgeschäftsführung als auch der Gebotenheit nicht dargetan wurde (E. 2.6.3.).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin unterliegt hinsichtlich ihrer Forderung von EUR 986'070.05 marginal im Umfang von EUR 1'189.03. Zusammengefasst ist die Klage im Rahmen von EUR 984'881.02 (EUR 986'070.05 ./ EUR 1'189.03) gutzuheissen. In Anbetracht des abzuweisen-

den Betrags von EUR 1'189.03 und dem zu berücksichtigenden Gesamtstreitwert von EUR 986'070.05 unterliegt die Klägerin nur gerade zu rund 0.12 %, womit von einem quasi vollständigen Obsiegen der Klägerin auszugehen ist.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert umgerechnet CHF 1'095'050.– (Umrechnungskurs vom 15.03.2021). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund CHF 32'000.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken.

1.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Aufgrund des Streitwertes von CHF 1'095'050.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV beträgt die Parteientschädigung rund CHF 45'000.–.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 984'881.02 nebst Zins zu 5 % auf EUR 905'964.22 seit dem 1. März 2021 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag (EUR 1'189.03) wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'000.–.

3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem vom klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 45'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'095'050.–.

Zürich, 22. März 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Andreas Baeckert