

**Moot Court Team 7**

Katarina Barnjak

Jasmin Emmenegger

Silvan Mötteli

Anna Schweizer

**EINSCHREIBEN**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution

c/o Zürcher Handelskammer

Selnaustrasse 32

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

**24. März 2017**

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

**Prof. Dr. Eliana Überhöher**

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

**Conquest Distribution Ltd.**

125 Wild Cherry Lane, Toronto M4B 1B7, Ontario, Kanada

**Beklagte 1**

**Corpsanis Holding AG**

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

**Beklagte 2**

vertreten durch Moot Court Team 7

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Prof. Dr. Regula Vollenweider

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Paul Richterich

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Walter Bosch

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>V</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>XI</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XIV</b>
<b>A. PROZESSUALES .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Fehlende Parteistellung der Beklagten 2 im Schiedsverfahren.....</b>	<b>1</b>
1. Fehlende Parteistellung bei richtiger Vertragsauslegung.....	1
2. Kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten 2.....	2
3. Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung .....	3
<b>II. Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber der Beklagten 2.....</b>	<b>4</b>
<b>III. Die Beklagten bilden keine notwendige Streitgenossenschaft .....</b>	<b>6</b>
<b>IV. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen.....</b>	<b>6</b>
<b>V. Ausschliessliche Anwendung von Schweizer Recht .....</b>	<b>9</b>
<b>B. MATERIELLES.....</b>	<b>9</b>
<b>I. Fehlende Aktivlegitimation der Klägerin.....</b>	<b>9</b>
1. Kein Übergang der Ansprüche qua Forderungsverpfändung.....	9
1.1 Qualifizierung der Darlehenssicherung als Forderungsverpfändung.....	9
1.2 Unerfüllte rechtliche Voraussetzungen für eine gültige Forderungsverpfändung .....	10
1.3 Entgegenstehendes Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1).....	10
1.4 Zwischenfazit .....	10
2. Eventualiter: Kein Übergang der Forderungen qua Sicherungszession.....	10
2.1 Entgegenstehendes Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1).....	11
2.1.1 Sinn und Zweck der Abtretung erfasst die vorliegende Sicherungszession.....	11
2.1.2 Unzulässige restriktive Auslegung des Abtretungsverbotes .....	12
2.2 Unzulässige nachträgliche Fingierung der Zustimmung.....	13
2.3 Eventualiter: Ein wichtiger Grund ist gegeben .....	14
3. Fazit.....	14
<b>II. Fehlende Auskunftspflicht der Beklagten 1.....</b>	<b>14</b>
1. Fehlen einer vertraglichen Auskunftspflicht .....	14
1.1 Die verlangten Auskünfte werden nicht von Art. 5.2 K-1 erfasst.....	14
1.2 Art. 5.2 K-1 ist keine direkt einklagbare Nebenpflicht .....	15
1.2.1 Qualifikation des K-1 als Alleinvertriebsvertrag .....	15
1.2.2 Art. 5.2 K-1 ist eine Obliegenheit und keine primäre Nebenpflicht .....	15
1.2.3 Eventualiter: Schuldnerverzug ist nicht eingetreten.....	17

1.3 Verzicht auf die Auskunftspflicht .....	17
1.4 Fazit.....	18
2. Fehlende gesetzliche Auskunftspflicht.....	18
2.1 Qualifikation des K-1 als Alleinvertriebsvertrag sui generis .....	18
2.2 Eventualiter: Auftragselemente fehlen.....	18
2.2.1 Voraussetzungen des Auftrags .....	18
2.2.2 Ablehnung der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen.....	19
2.3 Fazit.....	19
3. Kein Verstoss gegen Treu und Glauben.....	19
3.1 Fehlende Voraussetzungen zur Erhebung einer Stufenklage durch die Klägerin.....	19
3.2 Eventualiter: Fehlender privatrechtlicher Informationsanspruch.....	20
3.3 Fazit.....	20
<b>C. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN .....</b>	<b>20</b>

## Literaturverzeichnis

### Kommentare:

BREITSCHMIED PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 51]

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER, Berner Kommentar, ZPO, Band III: Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2014 (zit. BK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 22, 27]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 547-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 49, 51]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N...)  
[Rz. 21, 33, 36]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR/Art. 1-6 SchlT AG/Art. 1-11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-BEARBEITER/IN, Art. ... N...)  
[Rz. 81]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N...)  
[Rz. 64, 80, 82]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, 1. und 2. Abteilung, Art. 1-529 OR, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (zit.: ZK OR-BEARBEITER/IN, N ... Art. ... N ...)

[Rz. 48]

MEYER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Teilband 1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit.: BK OR- BEARBEITER/IN., Art. ... N ...)

[Rz. 3, 74, 77]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N...)

[Rz. 90]

ZOBL DIETER, Berner Kommentar, die beschränkten dinglichen Rechte, das Fahrnispfand (Fortsetzung), mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 888-915 ZGB, 2. Aufl., Bern 1996 (zit.: BK ZGB II-BEARBETER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 49, 55]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd Ed., Zürich 2013 (zit.: SRIA Commentary-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 27]

## **Literatur:**

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012 (zit.: BERGER, N ...)

[Rz. 6, 53]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3rd Ed., Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS, N ...)

[Rz. 1, 21, 36]

BERGMAIER HANS, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Diss. Universität Zürich, Aarau 1945 (zit.: BERGMAIER, S. ...)

[Rz. 47, 56]

CREIFELDS CARL/WEBER KLAUS (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 21. Aufl., München 2014 (zit.: CREIFELDS/WEBER, S. ...)

[Rz. 4]

DUDENREDAKTION (Hrsg.), Duden - das Synonymwörterbuch: ein Wörterbuch sinnverwandter Wörter, 6. Aufl., Berlin 2014 (zit.: Duden, S. ...)

[Rz. 7]

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012 (zit.: FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. ... N ...)

[Rz. 74, 77]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N ...)

[Rz. 78]

GOODE ROY M., The Legal Aspects of International Factoring, in: HAGENMÜLLER KARL FRIEDRICH/SOMMER HEINRICH JOHANNES (Hrsg.), Factoring-Handbuch national-international, Frankfurt a.M. 1982 (zit.: GOODE, S. ...)

[Rz. 58]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: HUGUENIN, N ...)

[Rz. 56, 73, 78, 86, 88]

KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011 (zit.: KUHN, S. ...)

[Rz. 55, 62]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Lausanne 1989 (zit.: LALIVE/POUDRET/REYMOND, N ...)

[Rz. 21]

MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr in: SCHWENZER INGEBORG/HAGER GÜNTHER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003 (zit.: MÜLLER-CHEN, S. ...)

[Rz. 62]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative law of international arbitration, 2nd Ed., London 2007 (zit. POUDRET/BESSON, N ...)

[Rz.67]

REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit.: REETZ, S. ...)

[Rz. 48]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016 (zit.: SCHWENZER, N. ...)

[Rz. 54, 62]

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETT/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, N ...)

[Rz. 29]



STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 (zit.: STACHER, N ...)

[Rz. 15, 30]

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMNUND PASCAL, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMNUND, § ... N ...)

[Rz. 41]

STAEHELIN DANIEL, Bedingte Verfügungen, in: FORSTMOSER PETER (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 149, Zürich 1993 (zit.: STAEHELIN, S. ...)

[Rz. 56]

VISCHER FRANK (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, Halbband 2, Basel/Stuttgart 1979 (zit.: SPR VII/2 AUTOR/IN, S. ...)

[Rz. 86]

**Zeitschriften:**

PFISTERER STEFANIE, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, in: ZStP Band/Nr. 240, Zürich 2011, S. 221-247 (zit. PFISTERER, N. ...)

[Rz. 22]

RITTER THOMAS, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsklauseln, in: ZStV Band/Nr. 181, Zürich 2015, S. 240-269 (zit. RITTER, N ...)

[Rz. 24]

## Entscheidverzeichnis

### Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 78 II 33 [Rz. 85]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Januar 1952
BGE 95 II 143 [Rz. 82]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Mai 1969
BGE 112 II 241 [Rz. 54]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. April 1986
BGE 117 II 94 [Rz. 65]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. April 1991
BGE 120 III 237 [Rz. 71]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Juli 1994
BGE 123 III 35 [Rz. 39]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996
BGE 123 III 140 [Rz. 90]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Februar 1997
BGE 128 III 50 [Rz. 36]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
BGE 129 III 675 [Rz. 3]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003
BGE 129 III 727 [Rz. 15]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003
BGE 133 III 406 [Rz. 3]	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Juni 2007
BGE 136 III 186 [Rz. 65]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. April 2010
BGE 138 III 29 [Rz. 3]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. November 2011

### **Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

BGer 1703/82 [Rz. 24]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 1983 (in ASA 1984 N 4, S. 203 ff)
BGer 4P.114/1991 [Rz. 41]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Januar 1991
BGer 4A_452/2007 [Rz. 8]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Februar 2008
BGer 4A_61/2008 [Rz. 85]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2008
BGer 4A_128/2008 [Rz. 8]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2008

## **Weitere Entscheide**

Urteil des französischen Cour de cassation

7. Januar 1992

Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco

Veröffentlicht in *Revue de l'arbitrage (Rev.arb.)* 1992, S. 470 ff.

Rz. [22]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVV	Alleinvertriebsvertrag
Bd.	Band
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
Ed.	Edition
etc.	et cetera
f./ff.	und folgend/folgende
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. Januar 2017) (SR 291)
K-1	Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008
K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
K-4	Beendigungsvereinbarung vom 16. September 2015
K-5	Pressmitteilung des US Attorney's Office vom 14. Dezember 2015
Kap.	Kapitel
Rz.	Randziffer
KS	Klageschrift Moot Court Team 8

lit.	litera
Ltd.	Limited
Mio.	Millionen
N	Randnote
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2016) (SR 220)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil
PA	PerAspera Pharma AG
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SchlT	Schlussteil
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration vom 01. Juni 2012
u.a.	unter anderem
ÜBest.	Übergangsbestimmungen
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
USD	US-Dollar
Vfg.	Verfügung
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. April 2016) (SR 210)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2017) (SR 272)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

## **A. PROZESSUALES**

### **I. Fehlende Parteistellung der Beklagten 2 im Schiedsverfahren**

#### **1. Fehlende Parteistellung bei richtiger Vertragsauslegung**

- 1 Entgegen der Annahme der Klägerin (KS, Rz. 1 ff.) ist die Beklagte 2 – wie nachfolgend aufgezeigt wird – bei richtiger Vertragsauslegung nicht Partei der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 K-1 geworden. Eine Schiedsvereinbarung wirkt grds. nur zwischen den Parteien, die an ihrem Abschluss beteiligt waren (BERGER/KELLERHALS, N 538). Folglich muss die Tragweite der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 K-1 losgelöst von den restlichen Bestimmungen des K-1 beurteilt werden.
- 2 Wie die Klägerin richtig erkannt hat, ist die Frage der Parteistellung der Beklagten 2 durch Auslegung des Vertrages und Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach Art. 18 OR zu beurteilen (KS, Rz. 12). Sie führt jedoch nicht weiter aus, inwiefern die Auslegung des Vertrages ihre Behauptung stützt.
- 3 Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung hat im Zweifelsfall *restriktiv* zu erfolgen, da ein Verzicht auf Beurteilung durch ein staatliches Gericht und die damit verbundenen Folgen – wie eine Einschränkung des Rechtsmittelweges und ein meist höherer Kostenaufwand – nicht leichthin angenommen werden können (BGE 138 III 29 E. 2.3.1). Die Klägerin macht geltend, die Auslegung habe nach dem Grundsatz «in favorem validitatis» zu erfolgen (KS, Rz. 12). Dabei lässt sie jedoch dem Grundsatz eine falsche Bedeutung zukommen. Dieser regelt lediglich das Recht, welches auf eine Schiedsklausel anzuwenden ist, doch eine Auslegungsregel kann daraus nicht abgeleitet werden (BGE 129 III 675 E. 2.3). Bei der Auslegung kommt primär dem Wortlaut Bedeutung zu (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 22). Dies gilt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 133 III 406 E 2.2).
- 4 Im K-1 werden als Hauptparteien die PerAspera Pharma AG als Lieferantin und die Conquest Distribution Ltd. (Beklagte 1) als Distributorin genannt. Die PerAspera Holding AG sowie die Corpanis Holding AG (Beklagte 2) werden ausdrücklich als «Garantin der Lieferantin» bzw. «Garantin der Distributorin» aufgeführt. Auch in der Präambel des K-1 – welcher bei einer Vertragsauslegung Bedeutung zukommt (CREIFELDS/WEBER, S. 1026) – werden nur die Distributorin und die Lieferantin genannt, sowie deren Aufgabenbereiche umschrieben. Die Präambel endet mit den Worten: «Entsprechend vereinbaren die Parteien was folgt». Wenn der Beklagten 2 Parteistellung zukommen sollte, hätte sie konsequenterweise auch als Partei in der Präambel aufgeführt werden müssen.



- 5 Die Klägerin begründet die Parteistellung der Beklagten 2 lediglich damit, dass diese den K-1 mitunterzeichnet hat (KS, Rz. 4). Diese Tatsache allein indiziert jedoch entgegen den Ansichten der Klägerin nicht direkt die Parteistellung der Beklagten 2.
- 6 Durch ihre Unterschrift hat die Beklagte 2 lediglich einen Garantievertrag nach Art. 111 OR mit der PA abgeschlossen. Diese Garantie ist vom Grundgeschäft zwischen der Beklagten 1 und der PA unabhängig (BERGER, N 2731).
- 7 Die Garantien werden in Art. 12 K-1 als *eigenständig* bezeichnet. Eigenständig bedeutet «autonom» (Duden, S. 292) und bringt explizit zum Ausdruck, dass die Garantieverträge unabhängig vom Rest des Vertrages gelten sollen. Der Garantievertrag wurde nur der Einfachheit halber im gleichen Dokument geregelt. Er ist jedoch nicht als integrierter Bestandteil des K-1 zu betrachten.
- 8 Die Klägerin bezieht sich zudem auf den Wortlaut der Schiedsvereinbarung und behauptet, die Parteistellung der Beklagten 2 sei zu bejahen, weil es sich bei der Garantieklausel (Art. 12 K-1) um einen «Anspruch im Zusammenhang des Hauptvertrages» handelt (KS, Rz. 13). Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Die Formulierung «im Zusammenhang mit» ist so zu verstehen, dass sich die Schiedsklausel auch auf Streitigkeiten über Zustandekommen, Wirksamkeit und Beendigung des vorliegenden Vertrages bezieht (BGer 4A\_452/2007 E. 2.5.2). Das Schiedsgericht kann seine Zuständigkeit, über die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Garanten zu befinden, nicht allein aufgrund der Tatsache anerkennen, dass der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eine Schiedsklausel enthält (BGer 4A\_128/2008 E 3.2). Gegen die Parteistellung spricht des Weiteren der Umstand, dass der K-4 nur zwischen der Lieferantin, PerAspera Pharma AG und der Distributorin, Conquest Distribution Ltd. geschlossen wurde. Wäre die Beklagte 2 Partei des K-1 geworden, hätte sie als logische Konsequenz auch am Abschluss des K-4 beteiligt sein müssen.
- 9 Aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt sich klar, dass die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel ist. Sie ist lediglich Garantin der Beklagten 1.

## **2. Kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten 2**

- 10 Die Klägerin behauptet, die Berufung auf die fehlende Parteistellung durch die Beklagte 2 sei rechtsmissbräuchlich und deshalb nicht gestattet (KS, Rz. 5). Dieser Ansicht kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden.
- 11 Die Beklagte 2 haftet, wie bereits ausgeführt wurde, lediglich als Garantin (Rz. 9). Durch ihre Unterschrift allein hat sie noch kein schutzwürdiges Vertrauen geschaffen. Die Klägerin kann nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsklausel ist.

12 Sollte das Gericht dennoch der Auffassung sein, dass die Beklagte 2 mittels Unterzeichnung ein schutzwürdiges Interesse begründet hat, so vermögen die Ausführungen der Klägerin, sie habe gestützt darauf nachteilige Dispositionen in Form von finanziellen Prozessaufwänden getätigt, nicht zu überzeugen. Die Absichten der Klägerin in diesem Verfahren zielen, wie aus den Rechtsbegehren hervorgeht, primär auf Schadenersatz von der Beklagten 1. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin auf die Einleitung des Schiedsverfahrens verzichtet hätte, wenn sie über die fehlende Parteistellung der Beklagten 2 Kenntnis gehabt hätte. Somit fehlt es auch an der Kausalität.

13 Die Berufung auf Rechtsmissbrauch durch die Klägerin ist damit haltlos.

### **3. Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung**

14 Die Klägerin führt aus, die Beklagte 2 sei mittels Ausdehnung Partei der Schiedsvereinbarung geworden (KS, Rz. 6 f.).

15 Eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf eine Drittpartei kann nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden (STACHER, N 202). Notwendig ist eine ständige und wiederholte Einmischung in die Erfüllung des Hauptvertrages, welche über eine blosser Unterstützung hinausgeht (BGE 129 III 727 E. 5.1.1). Wie von der Klägerin richtig ausgeführt worden ist, hat das Bundesgericht in BGE 129 III 727 eine solche Ausdehnung bestätigt. Der Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrunde liegt, ist allerdings kaum mit der Sachlage, wie sie vorliegend gegeben ist, zu vergleichen. Im genannten Entscheid hat sich eine Drittperson «dauerhaft und intensiv» in die Ausführung des Hauptvertrages eingemischt und deren Geschäfte kontrolliert. In der Folge behauptete diese, nicht an die vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere die Schiedsklausel, gebunden zu sein. Dies wertete das Bundesgericht als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 129 III 727 E. 5.1.1).

16 Aus der Vfg. Nr. 3 Rz. 5 geht hervor, dass es zwar die Beklagte 2 war, welche ursprünglich ihr Interesse am Vertrieb von Dyalgonin® kundtat. Insofern wird auch die Aussage der Klägerin, dass die Beklagte 2 das Zustandekommen des Vertrages arrangierte, nicht bestritten. Jedoch war von Beginn an klar, dass die Vertragsverhandlungen nur von der Beklagten 1 geführt werden (s. Vfg. Nr. 3 Rz. 5). Zudem ergibt sich aus Vfg. Nr. 3 Rz. 15, dass die Beklagte 2 bei der Erfüllung des K-1 nicht mitwirkte und auch keinen Einfluss auf die Beklagte 1 bei der Erfüllung dessen ausübte. Folglich rechtfertigt sich eine Ausdehnung auf die Beklagte 2 unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht. Daran ändert auch – entgegen der Argumentation der Klägerin (KS, Rz. 7) – die Garantenstellung der Beklagten 2 nichts.

- 17 Weiter bezieht sich die Klägerin in KS, Rz. 7 auf die Ausgestaltung der Beklagten 1 als 50/50-Joint Venture sowie auf die personelle Zusammensetzung deren Verwaltungsrates. Darin sieht sie eine indirekte Einflussnahme der Beklagten 2 auf die Vertragsverhandlungen und deren Abschluss, weshalb sie nach Treu und Glauben deren Willen bezüglich der Bindung an die Schiedsvereinbarung verstehen durfte.
- 18 Es ist nicht ersichtlich, dass der Verwaltungsrat der Beklagten 1 seine Handlungen an den Interessen der Beklagten 2 orientierte. Auch begründet die Gesellschaftsform des Gemeinschaftsunternehmens allein noch keine Ausdehnung.

## **II. Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber der Beklagten 2**

- 19 Sollte das Schiedsgericht der Auffassung sein, die Beklagte 2 sei Partei der Schiedsvereinbarung, so ist diese aufgrund einer Verletzung von fundamentalen Grundsätzen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ungültig.
- 20 Basierend auf dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 K-1 steht der Beklagten 2 kein Recht auf Ernennung eines Schiedsrichters zu. Die Beklagte 2 hatte deshalb zu keiner Zeit die Möglichkeit, bei der Schiedsrichterernennung mitzuwirken – diese wurde alleine durch die Beklagte 1 vorgenommen. Sie war auch nicht – wie von der Klägerin behauptet – indirekt daran beteiligt, da es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Verwaltungsrat der Beklagten 1 im Interesse der Beklagten 2 handelte. Durch die fehlende Mitwirkungsmöglichkeit wurde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien, welcher sich aus Art. 182 Abs. 3 IPRG ergibt, offensichtlich verletzt.
- 21 Bekanntlich sollte jede Partei im Schiedsverfahren das Recht haben, an der Konstituierung des Schiedsgerichts in gleichem Masse zu partizipieren und gleichartigen Einfluss auf die Schiedsrichterwahl zu nehmen (LALIVE/POUDRET/REYMOND, N 3; BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 12). Fälle, in denen einer Partei ein überwiegender Einfluss zukommt, gelten als Verletzung des *ordre public* (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 14). Auch in Mehrparteienverfahren muss die einzelne Partei zwingend die Möglichkeit haben, am Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts teilzunehmen (BERGER/KELLERHALS, N 836).
- 22 Dieses Recht wurde insbesondere im berühmten Dutco-Entscheid des französischen Cour de cassation (Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco) bekräftigt. Das Gericht hielt darin fest, dass der Anspruch auf Gleichberechtigung verletzt ist, wenn die klägerische Partei ihren eigenen Schiedsrichter ernennen kann, während eine Mehrheit von beklagten Parteien sich auf einen einzigen Parteischiedsrichter einigen muss (PFISTERER, N 520). In der Schweiz ist die Rechtslage in einem solchen Fall noch nicht abschliessend geklärt

– insbesondere dann nicht, wenn die Parteien unterschiedliche Interessen haben (BK ZPO-BOOG/STARK-TRABER, Art. 362 N 40).

- 23 Die Interessen der beiden Beklagten sind in diesem Prozess nicht zwingend identisch. Die Beklagte 2 hat laut Garantievertrag (Art. 12 K-1) nur für die Verletzung von vertraglichen Pflichten der Beklagten 1 einzustehen. Wie aus den Ausführungen der Klägerin hervorgeht, könnte aber auch ein ungesetzliches Verhalten der Beklagten 1 vorliegen. Ein solches wäre nicht von der Garantie erfasst und die Beklagte 2 könnte somit nicht belangt werden. Auch aus der Begrenzung der Garantiesumme zeigt sich, dass die Beklagte 2 nur in einem beschränkten Umfang dazu bereit war, für ein allfälliges Fehlverhalten der Beklagten 1 einzustehen. Daraus ergibt sich, dass ihre Interessen durchaus von jenen der Beklagten 1 abweichen können.
- 24 Selbst im bekannten «Westland-Urteil» des Bundesgerichts (BGer 1703/82) – welches häufig als Begründung dafür herangezogen wird, dass mehrere Beklagte auch in solchen Fällen einen gemeinsamen Schiedsrichter ernennen sollten – wurden keine klaren Aussagen dazu gemacht, wie ein überwiegender Einfluss einer Streitseite zu werten ist (RITTER, N 494). Zudem kann nicht angenommen werden, dass die Praxis dieses Entscheides heute noch bestätigt würde (RITTER, N 494).
- 25 Die Klägerin verneint eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien mit der Begründung, die Parteien hätten sich in Art. 13.1 K-1 auf den Mechanismus der Schiedsrichterbestellung geeinigt (KS, Rz. 17). Diese Vereinbarung sei aufgrund des hohen Stellenwertes der Parteiautonomie zu respektieren.
- 26 Die Beklagte 2 war als Garantin nie in die Vertragsverhandlungen zwischen der Beklagten 1 und der PA involviert und hat somit auch an der Aushandlung der Schiedsklausel nicht mitgewirkt. Ansonsten hätte sie sich ein Recht auf Mitwirkung bei der Schiedsrichterernennung ausbedungen. Selbst wenn – wie die Klägerin in KS, Rz. 17 schreibt – die Beklagte 2 den Inhalt der Schiedsvereinbarung kannte, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass sie davon ausging, keine Parteistellung zu haben und es deshalb als nicht nötig empfand, bei der Schiedsrichterbestellung mitzuwirken. Der Grundsatz der Parteiautonomie kann deshalb vorliegend nicht zur Anwendung gelangen.
- 27 Die Klägerin führt in KS, Rz. 19 aus, dass, wenn eine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips festgestellt wird, nach Art. 179 Abs. 2 IPRG das Verfahren der Schiedsrichterernennung gemäss Art. 362 Abs. 2 ZPO anstelle der Parteivereinbarung zur Geltung kommt. Zudem deutet sie weiter vorne an, dass Art. 8 SRIA Anwendung findet (KS, Rz. 18). Bei den genannten Regelungen handelt es sich jedoch – wie die Klägerin selber erwähnt – um Kann-Vorschriften, womit es dem ernennenden Gericht ermöglicht wird, eine

gerechte Lösung im Einzelfall zu finden, die den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt (BK ZPO-BOOG/STARK-TRABER, Art. 362 N 42; SRIA Commentary-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 25). I.c. sollte das Gericht nicht von dieser Kompetenz Gebrauch machen, da es den beiden Beklagten aufgrund ihrer unterschiedlichen Interessen nicht zugemutet werden kann, im Prozess gemeinsam auf der Beklagtenseite aufzutreten.

### **III. Die Beklagten bilden keine notwendige Streitgenossenschaft**

- 28 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagten 1 und 2 eine notwendige Streitgenossenschaft bilden und deshalb zusammen einen Schiedsrichter stellen müssen, weil die strittigen Ansprüche untrennbar miteinander verbunden seien (KS, Rz. 18).
- 29 Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nach Art. 70 Abs. 1 ZPO vor, wenn mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann. Massgebend dafür ist die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung (SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, N 67).
- 30 Es leuchtet nicht ein, wieso die Klägerin dies unter dem Titel «Gültigkeit» ausführt. Eine allfällige Streitgenossenschaft würde nicht dazu führen, dass eine ungültige Schiedsklausel Gültigkeit erlangt. Sollte eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegen, liesse sich das Schiedsverfahren dennoch nur durchführen, wenn alle Streitgenossen Parteien der Schiedsvereinbarung wären (STACHER, N 213). Die fehlende Parteistellung der Beklagten 2 (Rz. 9) liesse sich also nicht durch die notwendige Streitgenossenschaft heilen, sondern ist Voraussetzung dafür.
- 31 Zudem ist das Rechtsverhältnis im vorliegenden Fall offensichtlich nicht unteilbar. Allfällige Ansprüche gegen die Beklagte 1 ergeben sich aus dem K-1, jene gegen die Beklagte 2 hingegen aus dem Garantievertrag. Für die Feststellung, ob eine Vertragsverletzung der Beklagten 1 vorliegt, ist es nicht notwendig, dass sich beide Beklagten am Prozess beteiligen. Die Frage, ob eine Forderung aus dem Garantievertrag besteht, würde sich erst nach der Feststellung der Schadenersatzpflicht der Beklagten 1 stellen. Somit sind die Ausführungen der Klägerin haltlos. Es liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor.

### **IV. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen**

- 32 Die Klägerin bringt vor, dass sich die Beklagte 2 durch ihre provisorische Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 auf das Schiedsverfahren eingelassen hat (KS, Rz. 22 ff.). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, da es sich dabei nicht um eine vorbehaltlose Einlassung handelt.
- 33 Wie auch die Klägerin erkannt hat (KS, Rz. 24), kann eine vorbehaltlose Einlassung nicht vorliegen, wenn zwar eine Erörterung zur Begründetheit des Sachantrages der Gegenpartei

vorgenommen wird, aber gleichzeitig eine Unzuständigkeitseinrede erhoben wird (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102).

- 34 Die Klageschrift der Klägerin weist dann aber eine gewisse Inkonsistenz auf. Zunächst spricht sie davon, dass eine vorbehaltlose Einlassung dann gegeben sei, wenn die beklagte Partei nicht vorgängig oder gleichzeitig mit der *Klageantwort* Unzuständigkeitseinrede erhebt. Danach begründet sie das Vorliegen einer Einlassung damit, dass die Unzuständigkeitseinrede erst nach der *Einleitungsantwort* erfolgt sei.
- 35 Dass die Unzuständigkeitseinrede vor der vorliegenden Klageantwort erfolgte, ist offensichtlich und wird so von der Klägerin auch nicht bestritten. Entgegen der Auffassung der Klägerin wurde von der Beklagten 2 jedoch nicht erst nach, sondern bereits mit der provisorischen Einleitungsantwort eine solche Einrede erhoben.
- 36 Die Einrede der Unzuständigkeit braucht nicht zwingend explizit als solche bezeichnet zu werden – vielmehr muss der Sinn der gewählten Formulierung unter Beachtung von Art. 18 OR nach Treu und Glauben objektiv ermittelt werden (BGE 128 III 50 E. 2c. aa). Jede Erklärung der beklagten Partei, aus welcher hervorgeht, dass sie die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Entscheidung der zur Diskussion stehenden Streitsachen als nicht gegeben erachtet, gilt als Unzuständigkeitseinrede (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102). Eine Begründung braucht sie dazu nicht vorzulegen (BERGER/KELLERHALS, N 693).
- 37 Die Beklagte 2 rügt bereits in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien und ihres Rechts auf Ernennung eines Schiedsrichters. Durch diese Formulierung macht sie deutlich, dass sie eklatante Mängel im Schiedsverfahren festgestellt hat. Das Schiedsgericht muss davon ausgehen, dass eine Partei unter diesen Umständen nicht bereit ist, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts anzuerkennen. Obwohl sie keine Begründung hätte anbringen müssen, hat sie dies in beschränktem Umfang bereits getan. Eine ausführliche Begründung erfolgt schliesslich mit der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016. Die provisorische Einleitungsantwort muss nach Treu und Glauben bereits als Unzuständigkeitseinrede verstanden werden. Damit ist eine vorbehaltlose Einlassung selbst dann nicht möglich, wenn – wie von der Klägerin in KS, Rz. 24 argumentiert wird – die Tatsache, dass sich die Beklagte 2 gewissen Ausführungen der Beklagten 1 anschliesst, als Einlassungshandlung verstanden würde.
- 38 Erfolgt die Unzuständigkeitseinrede wie vorliegend gleichzeitig mit der Einlassung auf die Hauptsache, so muss die materielle Erörterung in einer Weise erfolgen, die ersichtlich macht, dass sie nur eventualiter – nämlich bei erfolgloser Anfechtung der Unzuständigkeit – Beachtung finden sollte (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102). Die Beklagte 2 schreibt zwar,

dass sie sich «einstweilen den Ausführungen der Beklagten 1 anschliesst», rügt im nächsten Abschnitt jedoch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Damit ist offensichtlich, dass sie sich zu keiner Zeit den Ausführungen der Beklagten 1 betreffend Zuständigkeit (Einleitungsantwort der Beklagten 1, Rz. 2) anschliessen wollte. Viel eher wollte sie damit ausdrücken, dass sie sich nur, sollte sie mit ihrer Unzuständigkeitseinrede nicht durchdringen, den materiellen Ausführungen der Beklagten 1 betreffend Aktivlegitimation der Klägerin und Unbegründetheit der Klage anschliessen will.

- 39 Von einer vorbehaltlosen Einlassung kann nur dann gesprochen werden, wenn eine «unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln» vorliegt (BGE 123 III 35 E. 3b).
- 40 Aus den erwähnten Gründen vermag die Beklagte 2 mindestens Zweifel an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu erwecken. Eine unzweideutige Äusserung, vor dem Schiedsgericht verhandeln zu wollen, liegt auf alle Fälle nicht vor. Damit ist sie weit davon entfernt, sich vorbehaltlos auf die Hauptsache einzulassen.
- 41 Die Klägerin führt weiter mit Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts (KS, Rz. 24; BGer 4P.114/1991) an, dass eine vorbehaltlose Einlassung in den Fällen vorliegt, in denen die Beklagte lediglich ihre eigene Passivlegitimation bestreitet. Der Aussage der Klägerin, dass dies von der Beklagten 2 in der provisorischen Einleitungsantwort so gemacht wurde, kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Klägerin begründet denn auch nicht weiter, inwiefern sie dies als gegeben erachtet. Die Passivlegitimation ist eine Frage des materiellen Rechts und liegt vor, wenn der Beklagte Schuldner des Klageanspruchs ist (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMNUND, § 13 N 20). Die Beklagte 2 macht in ihrer provisorischen Einleitungsantwort keinerlei Ausführungen dazu, ob sie für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche einzustehen hat. Zudem werden in dieser ersten Prozessphase noch gar keine Ansprüche ihr gegenüber geltend gemacht. Die Ausführungen der Klägerin in diesem Punkt sind deshalb nicht zu beachten.
- 42 Zuletzt bringt die Klägerin vor, sie habe sich nach Treu und Glauben auf die Einlassung der Beklagten 2 verlassen dürfen. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Auffassung der Klägerin, dass eine Einlassung der Beklagten 2 vorliegt, eine solche begründen sollte. Wie bereits dargelegt wurde, liegt keine vorbehaltlose Einlassung vor. Die Klägerin kann nicht in ihrer falschen Annahme geschützt werden.
- 43 Die Beklagte 2 hat sich nicht vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren eingelassen und damit keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet. Die Wirkungen, welche von der Klägerin

in KS, Rz. 25 beschrieben werden, treten nicht ein. Das Recht der Beklagten 2 auf Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts wurde nicht verwirkt.

## **V. Ausschliessliche Anwendung von Schweizer Recht**

44 Die Ausführungen der Klägerin in KS, Rz. 26 sind für die vorliegende Rechtsstreitigkeit irrelevant, da sich die Parteien explizit auf Schweizer Recht geeinigt haben (Art. 13.1 K-1).

## **B. MATERIELLES**

### **I. Fehlende Aktivlegitimation der Klägerin**

45 Die Ausführungen der Klägerin in KS, Rz. 29 sind unbeachtlich, da die Beklagten «unter Zuständigkeitsaspekten nicht einwenden, dass die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche inklusive der Schiedsvereinbarung gar nie von der PA auf die Klägerin übergegangen seien» (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, Rz. 3).

### **1. Kein Übergang der Ansprüche qua Forderungsverpfändung**

46 Die Klägerin verkennt, dass es sich bei der von der PA eingeräumten Sicherheit in K-2 um eine Forderungsverpfändung nach Art. 899 ff. ZGB handelt. Aufgrund unerfüllter rechtlicher Anforderungen und des vereinbarten Abtretungsverbot in Art. 13.5 K-1 ist die Forderungsverpfändung jedoch ungültig.

#### **1.1 Qualifizierung der Darlehenssicherung als Forderungsverpfändung**

47 In der Sicherungsabrede in K-2 kommt weder der Begriff Forderungsverpfändung noch Sicherungszession vor. Im Vertrag ist lediglich von Einräumung einer «Sicherheit» die Rede. Vorliegend ist aus dem Wortlaut des Vertrages nicht erkennbar, was die Parteien mit der vereinbarten Sicherungsabrede gemeint haben. So verfolgt sowohl die Sicherungszession als auch die Forderungsverpfändung den Zweck der Forderungssicherung. Beruht die Parteiabsicht lediglich auf der Sicherstellung einer Forderung, ist im Zweifelsfalle von einer Forderungsverpfändung auszugehen (BERGMAIER, S. 78).

48 Mithilfe der gewöhnlichen Auslegungsmittel ist der Parteiwille der Klägerin und der PA nicht zweifellos feststellbar. In solchen Fällen kommt die «Unklarheitsregel» und die «dubio in mitius» – Regel zum Tragen (ZK OR-JÄGGI/GAUCH, N 451 ff.; REETZ, S. 213). Letztere besagt, dass diejenige Deutung zu beachten ist, die für den Schuldner von Vorteil ist. I.c. ist die Forderungsverpfändung für die Beklagte 1 (allfällige Schuldnerin) von Vorteil, weil die Voraussetzungen der Forderungsverpfändung nicht erfüllt sind und die Klägerin damit nicht aktivlegitimiert ist. Die «Unklarheitsregel» bevorzugt diejenige Deutung, «die für den Verfasser der auszulegenden Vertragsurkunde ungünstiger ist» (REETZ, S. 213). Verfasser des K-2 sind die Klägerin und die PA. I.c. wäre die Annahme einer Forderungsverpfändung für die



Klägerin und die PA ungünstiger als die Annahme einer Sicherungszession. Aus den genannten Gründen ist von einer Forderungsverpfändung auszugehen.

### **1.2 Unerfüllte rechtliche Voraussetzungen für eine gültige Forderungsverpfändung**

- 49 Damit ein Pfandrecht gültig errichtet werden kann, muss die Pfandrechtsforderung verwertbar sein. Verwertbar ist ein Pfandrecht, wenn es über einen Vermögenswert verfügt (BK ZGB II – OETTINGER/BÄR, Art. 884 N 20; BSK ZGB II- BAUER, Art. 884 N 45). Fehlt der erforderliche Vermögenswert, kann der Pfandgläubiger aus der Verwertung nicht befriedigt werden und das Pfandobjekt ist demnach untauglich (BK ZGB II-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil N 143). Aus den von der Klägerin vorgebrachten Auskunftsansprüchen liesse sich bei einer allfälligen Verwertung kein geldwerter Ertrag erzielen.
- 50 Die Klägerin könnte sich aus den im Rechtsbegehren vorgebrachten Auskunftsansprüchen bei einer allfälligen Verwertung nicht bezahlt machen. Aufgrund des fehlenden Vermögenswertes des Auskunftsanspruches sind die rechtlichen Voraussetzungen für eine gültige Forderungsverpfändung nicht erfüllt und es sind keine Pfandrechte an den Forderungen begründet worden.

### **1.3 Entgegenstehendes Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1)**

- 51 Eine grundlegende Bedingung für die Errichtung eines Pfandrechtes an Forderungen bildet die Übertragbarkeit der zu verpfändenden Forderung (CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 899 N 8). Sollte die Verpfändung obgleich «fehlender Übertragbarkeit» vorgenommen werden, hat dies die Nichtigkeit des Pfandvertrages zur Folge (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 23). Ein vertragliches Abtretungsverbot schliesst die Übertragbarkeit aus. Da sich die Übertragbarkeit nach den Bestimmungen über die Zession in Art. 164 Abs. 1 OR richtet (CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 899 N 8), wird auf die Ausführungen in Rz. 54 ff. verwiesen, da auch der Sicherungszession das Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1) entgegensteht.

### **1.4 Zwischenfazit**

- 52 Aufgrund der ungültigen Forderungsverpfändung sind die Forderungen nicht qua Forderungsverpfändung auf die Klägerin übergegangen.

## **2. Eventualiter: Kein Übergang der Forderungen qua Sicherungszession**

- 53 Sollte das Gericht dennoch von einer Sicherungszession ausgehen, ist diese aufgrund des vertraglich vereinbarten Abtretungsverbotes ungültig, was nachfolgend begründet wird. Vorweg sei erwähnt, dass nicht weiter auf die Ausführungen der Klägerin zur abstrakten und kausalen Natur der Abtretung in KS, Rz. 37 ff. eingegangen wird, da das Abtretungsverbot ohnehin nicht dem Verpflichtungs-, sondern dem Verfügungsgeschäft entgegensteht (BERGER, N 2107). Zudem wird die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie sich entgegen ihrer

Ausführungen in KS, Rz. 38 ohnehin nicht auf den guten Glauben nach Art. 164 Abs. 2 OR hätte berufen können. Gem. der Vfg. Nr. 3 Rz. 6 hat die Klägerin am 25.02.14 (nach Hingabe des Darlehensbetrages) eine Originalversion des K-1 erhalten, in welchem auch das Abtretungsverbot enthalten ist.

## **2.1 Entgegenstehendes Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1)**

54 Das Abtretungsverbot in Art. 13.5 K-1 steht sowohl der Forderungsverpfändung als auch der Sicherungszession entgegen. Erfolgt trotz des vertraglich vereinbarten Abtretungsverbotes eine Zession, verbleibt die Forderung beim Zedenten und dem Zessionar steht es – aufgrund der fehlenden Aktivlegitimation – nicht zu, die Forderung beim Schuldner einzufordern (BGE 112 II 241, E. 2a; SCHWENZER, N 90.26/34).

55 Nach den Ausführungen der Klägerin in KS, Rz. 38 hat das Verfügungsgeschäft erst am 01.01.16 – als dem Abtretungsverbot keine Wirkung mehr zukam – stattgefunden. Dem ist entgegenzuhalten, dass sowohl bei der Sicherungszession als auch bei der Forderungsverpfändung die schriftliche Abtretungserklärung bzw. die Verpfändungserklärung das Verfügungsgeschäft darstellt (KUHN, S. 403; BK ZGB II-ZOBL, Art. 900 N 35). Folglich fand das Verfügungsgeschäft mit Abschluss des K-2 am 25.02.14 statt.

56 Die Klägerin qualifiziert die Abtretung in KS, Rz. 34 als bedingtes Verfügungsgeschäft. Dabei geht ihr jedoch fehl, dass bei einem suspensiv bedingten Rechtsgeschäft alle Tatbestandsmerkmale bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfüllt sein müssen und lediglich die Wirkung des Verfügungsgeschäftes zu dem später vereinbarten Zeitpunkt eintritt (STAEHELIN, S. 23). Die PA und die Klägerin haben den K-2 am 25.02.14 geschlossen. Wie die Klägerin in KS, Rz. 38 erwähnt, war zu diesem Zeitpunkt das Abtretungsverbot immer noch in Kraft. Das Abtretungsverbot steht folglich dem Tatbestandserfordernis der Abtretbarkeit der Forderung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verfügungsgeschäftes entgegen (HUGUENIN, N 1340, 1351). Zudem muss aus dem Sicherungsvertrag die Bedingung ohne weiteres als solche erkennbar sein (BERGMAIER, S. 43). I.c. ist die Bedingung nicht eindeutig als solche zu erkennen, da die Klägerin die Forderungen «im Verzugsfalle [...] ohne Weiteres selber geltend machen» kann. Der Zusatz von «ohne Weiteres» lässt erkennen, dass die Geltendmachung auch sonst erfolgen kann, jedoch zusätzliche Voraussetzungen erfordert. Der Verzugsfall ist demnach nicht als Bedingung für die Geltendmachung zu betrachten.

### **2.1.1 Sinn und Zweck der Abtretung erfasst die vorliegende Sicherungszession**

57 Die Klägerin begründet die Unwirksamkeit des Abtretungsverbotes mit dem fehlenden Sinn und Zweck in Bezug auf die eingeräumte Sicherheit (KS, Rz. 39). Die von der PA eingeräumte Sicherheit ist sehr wohl vom Sinn und Zweck des Abtretungsverbotes erfasst.

58 Dem Argument der Klägerin, dass aufgrund der Notifikationspflicht in Art. 167 OR die einfache und rationelle Ausgestaltung gewährleistet sei, ist entgegenzuhalten, dass aus Art. 167 OR keine solche Pflicht abgeleitet werden kann. Zudem hat weder die PA noch die Klägerin die Abtretung angezeigt und die Bankdaten für die Übermittlung des Geldbetrages weitergeleitet. Vorliegend handelt es sich um die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches aus einer allfälligen Vertragsverletzung. Sollte das Gericht entgegen unserer Erwartung feststellen, dass tatsächlich ein solcher Anspruch besteht, ist die klare und übersichtliche Vertragsabwicklung (Vfg. Nr. 3 Rz. 7) gefährdet. Zudem verursacht dies die Gefahr einer Doppelzahlung, was durch eine elektronisch geführte Buchhaltung noch verstärkt wird (GOODE, S. 163, 172).

59 Die Klägerin behauptet in KS, Rz. 39, dass sich die Beklagte 1 widersprüchlich verhält, weil sie den Vertrieb faktisch selbst einstellte und aus diesem Grund kein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung des Zulieferbetriebes mehr habe. Die Reduktion der Marketingkosten seitens der Beklagten 1 lässt darauf schliessen, dass zu diesem Zeitpunkt immer noch ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Produktion des Zulieferbetriebes bestand, da sie ansonsten das Marketing vollständig eingestellt hätte.

60 Zudem muss auf den Sinn und Zweck des Abtretungsverbotes zur Zeit des Vertragsabschlusses (K-2) abgestellt werden. Als die Klägerin und die PA den Sicherungsvertrag abgeschlossen haben (25.02.14), wusste keine von beiden, dass die Beklagte 1 den K-1 kündigen wird. Aus diesem Grund mussten sie ohnehin davon ausgehen, dass auch diese Sicherheit vom Sinn und Zweck des Abtretungsverbotes erfasst ist. Aus den genannten Gründen ist die vorliegend eingeräumte Sicherheit vom Abtretungsverbot erfasst.

### **2.1.2 Unzulässige restriktive Auslegung des Abtretungsverbotes**

61 Die restriktive Auslegung des vereinbarten Abtretungsverbotes seitens der Klägerin (KS, Rz. 41) ist unzulässig, wie nachfolgend begründet wird.

62 Den Ausführungen der Klägerin zu OR 2020 in KS, Rz. 41 muss entgegengehalten werden, dass es sich bei OR 2020 lediglich um einen Entwurf handelt und nicht um geltendes schweizerisches Recht. Die Parteien haben sich auf geltendes schweizerisches Recht geeinigt (Art. 13.1 K-1). Der K-1 wurde am 27.02.2008 abgeschlossen. Der Entwurf zum OR 2020 wurde im Jahr 2013 publiziert. Die Parteien ahnten bei Vertragsschluss nicht, dass ein solcher Entwurf ausgefertigt wird und haben demnach auch nicht mit einer entsprechenden restriktiven Auslegung rechnen können und wollen. Es gibt etliche Rechtsordnungen, die das Abtretungsverbot äusserst restriktiv anwenden und in denen die Abtretung trotz Verstoss gegen das vereinbarte Verbot Wirkung zeigt. Im Vergleich zum internationalen Recht ist die Wirkung

des Abtretungsverbotes im schweizerischen Recht sehr ausgeprägt (KUHN, S. 397). Im geltenden Schweizer Recht hat eine Zession, die das vereinbarte Abtretungsverbot missachtet, «die absolute Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge» (SCHWENZER, N 90.26; MÜLLER-CHEN, S. 8). Die Parteien hätten demnach auch ein anderes Recht wählen können, wenn sie dem Abtretungsverbot lediglich restriktive Wirkung zukommen lassen wollten. Auch aufgrund der Rechtssicherheit ist die restriktive Auslegung des Abtretungsverbotes nach OR 2020 im vorliegenden Fall unangebracht.

## **2.2 Unzulässige nachträgliche Fingierung der Zustimmung**

- 63 Weder PA noch die Klägerin haben die Beklagte 1 bis heute je um Zustimmung zur Abtretung ersucht. Eine nachträglich fingierte Zustimmung ist unzulässig.
- 64 Die Auslegung des Art. 13.5 K-1 entgegen dem klaren Wortlaut, wie es die Klägerin in KS, Rz. 42 fordert, ist lediglich angebracht, wenn eine gleiche Interessenlage der Parteien besteht (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 30). Die Interessen der Beklagten 1 sind die klare und übersichtliche Vertragsabwicklung (vgl. Vfg. Nr. 3 Rz. 7). Die der Klägerin liegen in der Verhinderung von einem «Übermass an Formalismus und Zeitverzögerung» (vgl. KS, Rz. 42). Aufgrund der sich entgegenstehenden Interessenlagen der PA und der Beklagten 1, ist nicht entgegen des Wortlauts der Vereinbarung allein auf den Sinn und Zweck abzustellen.
- 65 Viel eher sind die Willenserklärungen der PA und der Beklagten 1 aufgrund des Vertrauensprinzips nach ihrem Wortlaut und im Zusammenhang der gesamten Umstände so auszulegen, wie sie verstanden werden durften und mussten (BGE 136 III 186 E. 3.2.1). Art. 13.5 K-1 besagt, dass die Rechte einer Partei aus diesem Vertrag nicht abtretbar sind, ausser wenn die andere Partei dem schriftlich zustimmt. Es handelt sich um ein bedingtes Abtretungsverbot (vgl. BGE 117 II 94). Aus dem Wortlaut ist zu erkennen, dass die zulässige Abtretung einer schriftlichen Zustimmung der anderen Partei bedarf. Dabei darf die Zustimmung nur verweigert werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Parteien schweigen sich über die Art des wichtigen Grundes jedoch aus. Es ist anzunehmen, dass sie ohnehin davon ausgegangen sind, dass direkt bei der Ersuchung um Zustimmung gemeinsam darüber entschieden wird, ob ein wichtiger Grund, der keiner Zustimmung bedarf, gegeben ist oder nicht. Stellt man zusätzlich auf den Zweck der Klausel zur Zeit des Vertragsabschlusses ab, macht es durchaus Sinn, jede Abtretung anzuzeigen, damit die von der Beklagten 1 gewünschte «klare und übersichtliche Vertragsgestaltung» jederzeit gewährleistet ist. Aus diesem Grund ist Art. 13.5 K-1 so zu verstehen, dass vor jeder Abtretung um die Zustimmung der anderen Partei ersucht werden muss.

66 Auch kann nicht von einer konkludenten Zustimmung seitens der Beklagten 1 ausgegangen werden, da die Beklagte 1 gem. Vfg. Nr. 3 Rz. 9 erst im Rahmen der vorprozessualen Gespräche von der Abtretung zwischen der PA und der Klägerin erfahren hat.

67 Den Ausführungen der Klägerin in KS, Rz. 42 zur Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes können nicht gefolgt werden, da die nachträglich fingierte Zustimmung nicht im Zusammenhang mit der Kompetenz-Kompetenz des Gerichtes steht (zur Kompetenz-Kompetenz vgl. POUURET/BESSON, N 457). Haltlos ist zudem auch die Behauptung der Klägerin in KS, Rz. 42, dass die Beklagte 1 einen administrativen Mehraufwand produziere und dadurch gegen Art. 15.7 SRIA verstosse. Art. 15.7 SRIA bezieht sich auf das Verhalten während des Verfahrens und verlangt nicht von den Parteien, dass sie auf die Geltendmachung ihrer Rechte verzichten, um das Verfahren nicht in die Länge zu ziehen. Zudem ist der administrative Aufwand für ein Gerichtsverfahren um ein vielfaches höher als die Einholung einer Zustimmung zur Abtretung.

68 Aufgrund dieser Umstände kann keine nachträgliche Zustimmung fingiert werden.

### **2.3 Eventualiter: Ein wichtiger Grund ist gegeben**

69 Selbst wenn um Zustimmung ersucht worden wäre, hätte die Beklagte 1 sie nicht erteilen müssen, da ein wichtiger Grund gegeben ist. Als wichtig können alle in der Vfg. Nr. 3 Rz. 7 aufgeführten Gründe betrachtet werden. Es reicht dabei, wenn einer davon gegeben ist. Wie bereits in Rz. 59 f. ausgeführt, zeigte die Beklagte 1 zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (K-2) immer noch ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Produktion des Zulieferbetriebes. Auch wäre durch die Sicherungszession die «klare und übersichtliche Vertragsabwicklung» gefährdet (vgl. Rz. 65). Auch wenn die Klägerin um Zustimmung ersucht hätte, hätte die Beklagte 1 der Abtretung nicht zustimmen müssen.

### **3. Fazit**

70 Aufgrund des entgegenstehenden Abtretungsverbot sind die Forderungen der PA nie auf die Klägerin übergegangen. Folglich fehlt es an der Aktivlegitimation der Klägerin.

## **II. Fehlende Auskunftspflicht der Beklagten 1**

### **1. Fehlen einer vertraglichen Auskunftspflicht**

#### **1.1 Die verlangten Auskünfte werden nicht von Art. 5.2 K-1 erfasst**

71 Nach Art. 5.2 iii K-1 ist die Beklagte 1 dazu verpflichtet, sämtliche Unterlagen, welche sie betreffend Dyalgonin® an eine US-amerikanische Behörde übermittelt hat, der Lieferantin innert fünf Tagen bzw. innert zwei Tagen wichtige von einer US-amerikanischen Behörde erhaltene Kommunikationen zu übermitteln. Die Klägerin verlangt in KS, Rz. 48 alle Unterlagen. Dies stimmt nicht mit dem gestellten Rechtsbegehren 1. i) überein, welches

spezifisch alle Korrespondenzen, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-amerikanische Behörde verlangt. Das Rechtsbegehren stimmt nicht mit dem Wortlaut von Art. 5.2 iii K-1 überein. Da nur herausverlangt werden kann, was die Parteien nach Massgabe ihres Wortlauts vereinbart haben, sind die geforderten Korrespondenzen etc. nicht herauszugeben (BGE 120 III 237 E. 4a). Im Rechtsbegehren 1. ii) verlangt die Klägerin u.a. alle Protokolle über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde. Sie verlangt Protokolle, welche nicht das Medikament Dyalgonin® betreffen, was nicht unter den Wortlaut des Art. 5.2 iii K-1 fällt (KS, Rz. 48). Im Rechtsbegehren 1. iii) fordert sie alle Korrespondenzen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde. Es müssen nur von einer US-Behörde *erhaltene* Kommunikationen und nicht die *zwischen* den Parteien bestehende Kommunikationen herausgegeben werden (Art. 5.2 iii K-1). Die geforderten Auskünfte fallen nicht unter Art. 5.2 K-1 und müssen somit nicht herausgegeben werden.

### **1.2 Art. 5.2 K-1 ist keine direkt einklagbare Nebenpflicht**

72 Entscheidet das Schiedsgericht, dass die verlangten Dokumente unter den Wortlaut von Art. 5.2 K-1 fallen, so handelt es sich dabei nicht um eine direkt einklagbare Nebenpflicht.

#### **1.2.1 Qualifikation des K-1 als Alleinvertriebsvertrag**

73 Die essentialia negotii des AVV äussern sich darin, dass sich die Lieferantin dazu verpflichtet, dem Händler ein ausschliessliches Bezugsrecht in Bezug auf die gelieferte Ware einzuräumen. Der Händler wird hingegen dazu verpflichtet, die gelieferte Ware zu beziehen und deren Verkauf zu fördern (HUGUENIN, N 3835). Die Beklagte 1 ist sich mit der Klägerin einig, dass ein AVV vorliegt. Wie die Klägerin in KS, Rz. 47 ausführt, enthält das Vertragsrecht mehrere Arten von Pflichten, wobei diese unterschieden werden nach Haupt- und Nebenpflichten sowie Obliegenheiten (HUGUENIN, N 92). Die Auskunftspflicht ist kein Wesensmerkmal des AVV und deshalb keine Hauptpflicht. Dies wird im Übrigen auch nicht von der Klägerin bestritten.

#### **1.2.2 Art. 5.2 K-1 ist eine Obliegenheit und keine primäre Nebenpflicht**

74 Die Klägerin qualifiziert die in Art. 5.2 K-1 aufgeführte Auskunftspflicht als primäre Nebenpflicht (KS, Rz. 47). Der Entstehungsgrund bei Nebenpflichten ergibt sich entweder aus Gesetz, Vertrag oder dem Grundsatz von Treu und Glauben (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 91). Die Klägerin behauptet in KS, Rz. 47, dass es sich bei Art. 5.2 i K-1 klar um eine primäre Nebenpflicht handelt, da sich die Beklagte 1 dazu verpflichtet hat, alle auf dem Territorium anwendbaren Gesetze zu beachten. Wird jemand dazu angehalten, etwas *zu beachten*, ist dies nicht als primäre Nebenpflicht zu deklarieren, sondern bedeutet nur, dass die Person gewisse Regeln *zu berücksichtigen* hat. Bei der Beurteilung ob eine primäre Nebenpflicht vorliegt, sind nicht allein die subjektiven Interessen der Klägerin massgebend, sondern ein objektiver

Masstab anzuwenden (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung N 94). Das Argument, dass erhöhte Informationspflichten und Kontrollrechte aufgrund der geografischen Distanz vorliegen würden, ist unbegründet, da aufgrund der Möglichkeit des digitalen Datenaustausches die geografische Distanz den Informationsfluss nicht hindert. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus dem fachlichen Wissensvorsprung der Beklagten 1 eine Auskunftspflicht ergeben sollte. Die Klägerin begründet dies auch nicht näher. Die Argumentation in KS, Rz. 47 reicht nicht aus, um eine primäre Nebenpflicht zu bejahen.

75 Die Klägerin stützt sich zur Begründung des Auskunftsrechts weiter auf K-4. Der Klägerin wurden im K-2 als Sicherheit alle bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegenüber allen Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin® eingeräumt. K-4 ist jedoch kein Vertriebsvertrag, sondern eine Beendigungsvereinbarung zwischen der Beklagten 1 und der PA, welche die Modalitäten der Beendigung klärt und keine Ansprüche aus einem Vertriebsvertrag darstellt. Die Herausgabe der Auskünfte aus Art. 4.3/4.6 K-4 ist nicht gerechtfertigt. In Art. 4.3 K-4 wird die Beklagte 1 dazu aufgefordert, für eine angemessene Zeit nach dem Beendigungszeitpunkt einen angemessenen Zugang zu den Büchern zu gewährleisten.

76 Die Auskünfte, welche die Klägerin im Rechtsbegehren verlangt, beziehen sich auf die Kommunikation mit einer US-amerikanischen Behörde. Art. 4.3 K-4 verpflichtet jedoch den Zugang zu Büchern, zum Zwecke der Erlangung von Versicherungsdeckungen, der Beachtung regulatorischer Anforderungen und der Abgabe von Steuererklärungen. Daraus eine Auskunftspflicht abzuleiten, würde über den Wortlaut hinausgehen. Auch die Anwendung von Art. 4.6 K-4 soll verwehrt werden, denn die Klägerin hat in KS, Rz. 47 verkannt, dass solche Informationen erst unter einer angemessenen schriftlichen Vorbenachrichtigung herausgegeben werden sollen. Wie der VfG. Nr. 3 Rz. 9 entnommen werden kann, wusste die Beklagte 1 erst im Zeitraum März 2016, d.h. zum Zeitpunkt der vorprozessualen Gespräche, vom Darlehensvertrag. Es kann deshalb angenommen werden, dass nie eine angemessene schriftliche Vorbenachrichtigung zur Herausgabe durch die Klägerin eingetroffen ist. Die im Rechtsbegehren verlangten Auskünfte sind nicht unter diese Artikel subsumierbar.

77 Primäre Leistungspflichten lassen sich grds. nur aus den grundlegenden Pflichten des entsprechenden Schuldverhältnisses ableiten (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 90). Bei einem AVV ist ein Auskunftsrecht nicht vorgesehen. Ob sich primäre Nebenpflichten aus Treu und Glauben ergeben, beurteilt sich nach einer objektiven Interessenanalyse der Klägerin (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung N 94). Es kann nicht allein gestützt auf das subjektive Empfinden der Klägerin (*«Dies ist für die PA wichtig [...]»*) abgestellt werden. Den

Ausführungen der Klägerin in KS, Rz. 47 kann somit nicht gefolgt werden. Es handelt sich bei Art. 5.1 K-1 um keine primäre Nebenpflicht, welche direkt einklagbar wäre.

78 Da es sich bei Art. 5.2 K-1 weder um eine Haupt- noch um eine Nebenpflicht handelt, ist eine Obliegenheit anzunehmen. Obliegenheiten sind Verhaltensregeln (HUGUENIN, N 107). Folgt man dem Wortlaut von Art. 5.2 iii K-1, haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Distributorin (Beklagte 1), die Unterlagen und Kommunikationen *zu übermitteln hat*. Sie wird nicht explizit dazu *verpflichtet*. Dasselbe gilt für Art. 5.2 i K-1, welcher die Beklagte 1 auffordert, die auf dem Territorium anwendbare Gesetzgebung und regulatorischen Anforderungen *zu beachten*. Die Beklagte 1 wird nach Art. 5.2 K-1 nicht dazu verpflichtet. Dieser findet sich zwar unter der Marginale *Pflichten der Distributorin*, jedoch bedeutet dies nicht, dass es effektiv auch als eine Pflicht zu deklarieren ist. In der Rechtsprache wird eine Obliegenheit häufig als Pflicht bezeichnet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 103).

79 Eine Obliegenheit kann weder eingefordert noch eingeklagt werden. Wird einer solchen nicht nachgegangen, so hat die Gegenpartei kein Recht auf Schadenersatz (HUGENIN, N 107). Somit hat die Beklagte 1 keine Vertragsverletzung begangen, sondern ist lediglich ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen. Die Klägerin kann diese nicht einfordern und auch keinen Schadenersatzanspruch geltend machen.

### **1.2.3 Eventualiter: Schuldnerverzug ist nicht eingetreten**

80 Selbst bei Annahme einer primären Nebenpflicht ist auszuführen, dass der Fall des Schuldnerverzugs, wie ihn die Klägerin in KS, Rz. 49 f. vorbringt, nach Art. 102 OR nicht eingetreten ist. Die Geltendmachung einer Einrede schliesst den Fall eines Verzuges aus (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 4). Entgegen der Aussage in KS, Rz. 50, ist der Einleitungsantwort der Beklagten 1 vom 26. Juli 2016 Rz. 5 lit. c klar zu entnehmen, dass die Beklagte 1 Einrede erhebt, indem sie den Verzicht auf die Auskünfte geltend macht.

### **1.3 Verzicht auf die Auskunftspflicht**

81 Die Klägerin hat ohnehin auf die Auskünfte verzichtet. Am 14.12.2015 wurde durch K-5 öffentlich, dass die Beklagte 1 einen Vergleich in Höhe von 25 Mio. USD schloss. Zu diesem Zeitpunkt war die Abtretung noch nicht erfolgt. Die PA hätte die verlangten Auskünfte selber herausverlangen können. Sie hat die Beklagte 1 lediglich *konfrontiert* (Einleitungsanzeige, Rz. 11). Sie wusste, dass sich die Beklagte 1 in mehrjährigen Untersuchungen befand und hat trotzdem die Auskünfte nie konkret herausverlangt. Dies ist als Verzicht zu deklarieren. Die Klägerin hätte aufgrund ihrer Stellung als Verwaltungsratspräsidentin nach Art. 717 Abs. 1 OR die Pflicht gehabt, sorgfältig zu handeln. Mit anderen Worten hätte sie ein Verhalten und die gebotene Umsicht bzw. Vorsicht an den Tag legen sollen, welche von einem vernünftigen



Menschen bei seiner Aufgabenerfüllung verlangt werden kann (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3). I.c. hätte sie die Pflicht gehabt, sich die Verträge anzusehen und bei der Beklagten 1 nach Einbruch der Verkaufszahlen die Herausgabe der konkreten Auskünfte herausverlangen müssen.

82 Der Verzicht darauf ist einem Schulderlass nach Art. 115 OR gleichzustellen. Wie die Klägerin in KS, Rz. 51 festhält, ist kein ausdrücklicher Verzicht durch die PA erfolgt, jedoch kann aufgrund des konkludenten Verhaltens der PA und der Klägerin, da sie trotz aller Kenntnisse nicht gehandelt haben, auf einen stillschweigenden Aufhebungsvertrag geschlossen werden (BSK OR I-GABRIEL, Art. 115 N 6). Wie auch in der Einleitungsanzeige in Rz. 11 steht, wurde gegen die Beklagte 1 trotz mehrjähriger Untersuchungen nie Anklage erhoben. Aus einer widerspruchslosen Annahme der Aussage der Beklagten 1, dass alle anwendbaren Gesetze eingehalten wurden und mit der Vergleichszahlung ein langes Untersuchungsverfahren abgewendet wurde, ist ein Verzicht zur Geltendmachung des Anspruches zu folgern (vgl. BGE 95 II 143 E. I.2). Eine Berufung auf Art. 13.4 K-1 soll deshalb unserer Meinung nach verwehrt werden. Zu KS, Rz. 60 ist anzufügen, dass die Beklagte sich bei der Anwendung von Art. 115 OR nicht auf den *Erlasswillen über längere Zeit* stützt, sondern aufgrund des konkludenten Verhaltens der PA und der Klägerin auf einen Verzicht der Auskünfte geschlossen werden kann.

#### **1.4 Fazit**

83 Die verlangten Auskünfte aus K-1 sind nach den oben ausgeführten Argumenten nicht herauszugeben. Die Beklagte 1 trifft auch keine Schadenersatzpflicht.

#### **2. Fehlende gesetzliche Auskunftspflicht**

84 Die Klägerin macht alternativ eine gesetzliche Auskunftspflicht geltend. Da es sich um einen AVV handelt, wird nachfolgend aufgezeigt, dass Art. 400 OR nicht anwendbar ist.

##### **2.1 Qualifikation des K-1 als Alleinvertriebsvertrag sui generis**

85 Wie in Rz. 73 dargelegt, haben die Parteien einen gültigen AVV geschlossen. Die Klägerin geht bei einem AVV von einem gemischten Vertrag aus. Bei einem AVV handelt es sich jedoch um einen Vertrag sui generis (eigener Art) (BGE 78 II 33 E. 1). Für diesen ist typisch, dass der Händler, i.c. die Beklagte 1, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt (BGer 4A\_61/2008 E. 2.2).

##### **2.2 Eventualiter: Auftrags Elemente fehlen**

###### **2.2.1 Voraussetzungen des Auftrags**

86 Damit das Auftragsrecht zur Anwendung kommt, müssen auch dessen Voraussetzungen erfüllt sein. Die Klägerin nennt in KS, Rz. 54, dass die Auftrags Elemente aufgrund der fehlenden

Fremdnützigkeit der Leistung des Abnehmers nicht vorliegen (SPR VII/2 SCHLUEP, S. 844). Sie behauptet wiederum, dass ein gemeinschaftliches Interesse vorliegt, weil beide Parteien profitieren, wenn sich der Umsatz durch den Erfolg des Abnehmers vergrössert. Diese Argumentation reicht nicht aus, um das Wesensmerkmal der Fremdnützigkeit des Auftrags zu bejahen und einen Auftrag anzunehmen. Bei einem Auftrag müsste der Agent, i.c. die Beklagte 1, ein fremdes Geschäft besorgen, was im klaren Unterschied zum AVV steht, bei welchem der Händler in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt (HUGUENIN, N 3849).

87 Das Interesse der Beklagten 1 liegt nicht darin, das Medikament Dyalgonin® zu fördern, sondern allgemein im Vertrieb von Pharmaprodukten sowie deren Einführung und Zulassung. Zudem handelt sie dabei auf eigene Rechnung. Andererseits liegen die Interessen der PA darin, dass das Medikament Dyalgonin® in den USA zugelassen wird, ein Vertriebsnetz aufzubauen und die Einhaltung der dortigen regulatorischen Anforderungen sicherzustellen (Einleitungsanzeige, Rz. 3). Ihre wirtschaftlichen Interessen stehen nicht im Vordergrund. Die Interessen der beiden Unternehmen sind nicht gleichzustellen und die Beklagte 1 handelt nicht im alleinigen Interesse der PA. Damit sind die Elemente des Auftrags nicht erfüllt und die Anwendung von Art. 400 OR ist zu untersagen.

### **2.2.2 Ablehnung der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen**

88 In KS, Rz. 55 wendet die Klägerin die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen an. Käme das Auftragsrecht zur Anwendung, müsste die Theorie nicht angewandt werden. Die Klägerin verkennt, dass die isolierte Anwendung dieser Theorie die Rechtssicherheit bedroht (HUGUENIN, N 3702).

### **2.3 Fazit**

89 Art. 400 OR ist nicht anwendbar, da die Elemente des Auftrags nicht gegeben sind und die Anwendung der Theorie der Übernahme der gesetzlichen Einzelanordnung die Rechtssicherheit bedroht. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auskunft aus Art. 400 OR.

## **3. Kein Verstoss gegen Treu und Glauben**

### **3.1 Fehlende Voraussetzungen zur Erhebung einer Stufenklage durch die Klägerin**

90 Es ist anzufügen, dass die ZPO keine ausdrückliche Stufenklage vorsieht und sie nicht sehr verbreitet ist, aber im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsbegehren auftritt (BGE 123 III 140 E. 2b). Damit eine Stufenklage erhoben werden kann, müssen die Voraussetzungen von Art. 85 ZPO erfüllt sein, sowie zusätzlich ein privatrechtlicher Informationsanspruch durch die Klägerin vorliegen (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 14). Eine Prüfung von Art. 85 ZPO hat die Klägerin nicht vorgenommen. Zur Begründung, weshalb die Höhe der Zahlung nicht konkretisiert werden kann, wirft die Klägerin ein, dass die

Informationen welche sie fordert, unerlässlich seien. Diese Begründung reicht nicht aus, um die Erfüllung der unbezifferten Forderungsklage zu bejahen und sich wenigstens des Versuchs der Bezifferung der Höhe des Schadens zu entziehen (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 6). Auf jeden Fall müsste die klagende Partei einen Mindestwert angeben, welchen die Klägerin i.c. ebenfalls nie beziffert hat (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 8). Die Voraussetzungen von Art. 85 ZPO sind nicht erfüllt. Die Einreichung einer Stufenklage sei der Klägerin zu verwehren.

### **3.2 Eventualiter: Fehlender privatrechtlicher Informationsanspruch**

91 Selbst wenn die Voraussetzungen einer Stufenklage gegeben wären, bestünde kein privatrechtlicher Informationsanspruch. Die Klägerin leitet einen solchen Anspruch in KS, Rz. 56 ff. aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab, indem sie eine Auskunftspflicht als präparatorische Informationspflicht qualifiziert. Entgegen den Ausführungen in KS, Rz. 57, dass eine rechtliche Sonderverbindung zwischen der Beklagten 1 und der Klägerin vorliegen würde, soll berücksichtigt werden, dass eine solche nicht nur aufgrund des Bestehens von K-1 angenommen werden kann. Wie die Klägerin darlegt, bedarf es einer erhöhten Pflichtigkeit zum gewöhnlichen rechtlichen Grundverhältnis. Eine erhöhte Pflichtigkeit ist zu verneinen, da allein die Stellung der Beklagten 1 als Exklusivhändlerin kein erhöhtes Vertrauensverhältnis begründet, sondern gerade ein Wesensmerkmal des AVV darstellt.

### **3.3 Fazit**

92 Der Klägerin sei zu verwehren, die Auskunft gestützt auf eine Stufenklage zu verlangen, da die Voraussetzungen in Art. 85 ZPO nicht erfüllt sind und kein privatrechtlicher Informationsanspruch besteht. Selbst wenn ein solcher Informationsanspruch bestehen würde, hat die Klägerin ohnehin darauf verzichtet (Rz. 81 ff.).

## **C. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN**

Aus all diesen Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7