

**Moot Court Team 9**

Barbara Vinck Aguirre  
Dominic Szönyi  
Patric Lohri  
Viviane Stauffacher

**per E-Mail**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution  
c/o Zürcher Handelskammer  
Selnaustrasse 32  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

9. Dezember 2016

**KLAGESCHRIFT**

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

**Prof. Dr. Eliane Überhöher**

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 9

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 [...]

betreffend

**Forderung**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Bosch,  
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Vollenweider  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Richterich

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir fristgerecht folgende

**Rechtsbegehren:**

1. *Die Beklagte 1 sei zu verpflichten, der Klägerin (i) alle Dyalgonin® - bezogenen Dokumente, insbesondere alle Korrespondenz, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-amerikanische Behörde, (ii) alle Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde, von welchen die Beklagte 1 die PerAspera Pharma AG ausschloss, und (iii) alle Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde, in Kopie herauszugeben;*
2. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
3. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.*

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidungsverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
A. Die Beklagte 2 ist als Partei an die Schiedsklausel gebunden.....	1
I. Nach Vertragsauslegung ist die Beklagte 2 Partei der Schiedsklausel.....	1
II. Die Beklagte 2 äusserte den Willen Partei zu sein.....	2
III. Ansprüche gegen die Beklagte 2 machen sie zur Partei der Schiedsvereinbarung.....	3
IV. Die Bestreitung der Parteistellung der Beklagten 2 ist rechtsmissbräuchlich.....	3
V. Fazit.....	4
B. Die Schiedsklausel ist gegenüber der Beklagten 2 gültig.....	4
I. Die Konstitution des Schiedsgerichts erfolgte rechtmässig.....	4
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde vertraglich ausgestaltet und nicht verletzt .	4
2. Die Beklagte 2 ist nicht berechtigt einen eigenen Schiedsrichter zu benennen.....	5
3. Die Parteien hätten sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen müssen.....	5
4. Es sind keine divergierenden Interessen der beklagten Parteien ersichtlich.....	6
II. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist teilungültig und muss ergänzt werden.....	7
III. Fazit.....	8
C. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist trotz fehlender Schiedsparteistellung der Beklagten 2 zuständig.....	8
I. Das Schiedsgericht ist aufgrund des „Jurisdictional Approach“ zuständig.....	8
II. Die Beklagte 2 hat sich auf das Schiedsverfahren eingelassen.....	9
III. Fazit.....	10
D. Die Klägerin ist aktivlegitimiert.....	10
I. Die Klägerin ist Teil der Schiedsklausel.....	10
II. Die Aktivlegitimation gründet auf der rechtmässigen Abtretung.....	10
1. Die Zedentin hat Verfügungsmacht bezüglich der abzutretenden Forderung.....	10
2. Die Formvorschrift wurde eingehalten.....	11
3. Die Abtretbarkeit der Forderung ist gegeben.....	11

a)	Das Abtretungsverbot war zeitlich beschränkt.....	12
b)	Das Abtretungsverbot verstösst gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit..	13
c)	Die Zustimmung der Beklagten 1 kann angenommen werden .....	13
III.	Eventualiter: Vertragsanpassung aufgrund clausula rebus sic stantibus.....	14
IV.	Fazit.....	15
E.	Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte .....	15
I.	Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus Vertrag .....	15
1.	Die Parteien haben einen Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen.....	15
2.	Die verlangten Auskünfte sind als klagbare Nebenpflichten zu qualifizieren .....	16
3.	Art. 5.2 des Distributionsvertrags umfasst die verlangten Auskünfte.....	17
4.	Die Klägerin hat nicht auf die vertraglichen Auskunftsansprüche verzichtet.....	18
5.	Zwischenfazit .....	18
II.	Eventualiter: Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus Gesetz.....	18
1.	Es besteht ein Auskunftsanspruch nach ZGB 2 I.....	18
a)	Eine rechtliche Sonderverbindung liegt vor .....	19
b)	Das Auskunftsinteresse ist gegeben .....	19
2.	Die Klägerin hat nicht auf die gesetzlichen Auskunftsansprüche verzichtet .....	20
3.	Zwischenfazit .....	20
III.	Fazit.....	20

## Literaturverzeichnis

### Kommentare

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
N [6, 8, 15, 25, 34, 36]

BSK OR I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
N [2, 46, 49, 67]

BSK ZGB I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
N [10]

OFK OR, KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FRANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit.: OFK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
N [82]

Swiss Rules, ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: Swiss Rules-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
N [19]

ZK OR 18, JÄGGI PETER/GAUCH PETER/ HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 2014 (zit.: ZK OR 18, N ...)  
N [4]

## Lehrbücher

ARTER OLIVER, Vertriebsverträge, Bern 2007 (zit.: ARTER, ...)

N [78]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Bern 2010 (zit.: BERGER/KELLERHALS, N ...)

N [15, 25, 34]

BREKOULAKIS STAVROS L., Third Parties in International Commercial Arbitration, New York 2010 (zit.: BREKOULAKIS, N ...)

N [30, 31]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 10. Auflage, Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N ...)

N [48]

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit.: GUHL/BEARBEITER, § ... N ...)

N [73]

HARTMANN JÜRGE./EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag, Ein Praktikerleitfaden mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2. Auflage, St. Gallen 1995 (zit.: HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, ...)

N [64]

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

N [2, 44, 46, 58, 64, 66]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Auflage, St. Gallen 1992 (zit.: MEYER, ...)  
N [78]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2007 (zit.: POUDRET/BESSON, N ...)  
N [25]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016 (zit.: SCHWENZER, N ...)  
N [49, 52, 54, 67]

STEINGRUBER ANDREA MARCO, Consent in International Arbitration, Oxford 2012 (zit.: STEINGRUBER, N ...)  
N [30]

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: SUTTER-SOMM, N ...)  
N [62]

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genf/Zürich/Basel 2009 (zit.: TERCIER/FAVRE, N ...)  
N [64]

### **Dissertationen**

AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1993, Bern 1994 (zit.: AFFOLTER, N ...)  
N [76, 78, 80]

BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern 2013, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: BAUMANN, N ...)  
N [71]

DETTE HANS WALTER, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, Zur Konkretisierung eines Rechtspruchworts, Diss. Berlin 1985 (zit.: DETTE, ...)

N [10]

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, *Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Diss. Basel 2005 (zit.: LEUMANN, ...)

N [62, 63, 77, 81]

### **Zeitschriften**

HIRSCH LAURENT, *Appointing Arbitrators in a Multiparty Dispute - Remarks on the Decision of the Zurich Superior Court of 11 September 2001*, in *ASA Bulletin*, Volume 20, 4. Ausgabe, S. 702-707, Den Haag 2002 (zit.: HIRSCH, *ASA Bulletin* 4/2002, S. ...)

N [17]

### **Aufsätze**

WIRTH MARKUS, *Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren – wie bestimmt müssen sie sein?* In: *Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte*, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag hrsg. v. GREINER MONIQUE JAMETTI/BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Bern 2005, S. 145-158 (zit.: WIRTH, ...)

N [62]



## **Entscheidverzeichnis**

### **Publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
12. Juni 1945  
BGE 71 II 167  
N [52]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
09. Juli 1985  
BGE 111 II 276  
N [6]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
15. März 1990  
BGE 116 Ia 56  
N [8]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 1996  
BGE 123 III 165  
N [2]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
17. Februar 1997  
BGE 123 III 140  
N [62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
24. Juni 1999  
BGE 125 III 257  
N [10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2001

BGE 128 III 50

N [41]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
08. Juli 2003

BGE 129 III 675

N [25]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2003

BGE 129 III 727

N [40]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003

BGE 130 III 66

N [25]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
05. August 2005

BGE 131 III 606

N [2]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. August 2008

BGE 134 III 565

N [6]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
06. August 2012

BGE 138 III 681

N [8]

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

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
26. März 2001

BGer 4C.14/2001

N [82]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2001

BGer 4P.176/2001

N [33]

### **Kantonale Entscheide**

Urteil des II. Zivilkammer des Züricher Obergerichts vom 26. Februar 1988

OGer ZH, ZR 87/1988, Nr. 129, S. 305

N [52]

## Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
AT	Allgemeiner Teil
betr.	betreffend
BGE	Entscheide der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
E-Antw.	Einleitungsantwort
E-Anz.	Einleitungsanzeige
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende
FDA	Federal Drug Administration
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i.c.	in casu
inkl.	inklusive
i.S.v.	im Sinne von
Ltd.	Limited
N	Randnummer
Nr.	Nummer
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer ZH	Zürcher Obergericht

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor / Professorin
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
US(A)	Vereinigte Staaten von Amerika
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## **A. Die Beklagte 2 ist als Partei an die Schiedsklausel gebunden**

- 1 Mit Schreiben vom 26. September 2016 reicht die Beklagte 2 Unzuständigkeitseinrede im oben genannten Verfahren ein, worin sie bestreitet, Partei der Schiedsvereinbarung zu sein. Mit nachfolgenden Ausführungen wird aufgezeigt, weshalb die Beklagte 2 jedoch klar durch die Schiedsvereinbarung aus Art. 13.1 des Distributionsvertrages (**K-1**) verpflichtet wird.

### **I. Nach Vertragsauslegung ist die Beklagte 2 Partei der Schiedsklausel**

- 2 Die Beklagte 2 führt in ihrer Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 ins Feld, bei richtiger Vertragsauslegung nicht Partei der Schiedsklausel zu sein. Diese Aussage ist klar zu bestreiten. Für die Vertragsauslegung wird in erster Linie der Wortlaut des Vertrages herangezogen, welcher nach dem Vertrauensprinzip beurteilt wird (BGE 131 III 606 E. 4.2). Besteht zwischen den Parteien ein Dissens, hat das Gericht gemäss der objektivierenden Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie vernünftige Parteien unter den konkreten Umständen die Erklärungen der Gegenpartei verstehen durften (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 13). Dabei ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend (HUGUENIN, N 293). Die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages sowie die Äusserungen einer Partei sollen stets im Kontext des gesamten Vertrages beurteilt werden (BGE 123 III 165, E. 3a).
- 3 In Art. 12 des Distributionsvertrages (**K-1**) garantiert die Beklagte 2 die Einhaltung der Vertragspflichten durch die Beklagte 1. Der Wortlaut der Bestimmung („[...] *garantieren hiermit [...] im Sinne einer eigenständigen Verpflichtung die Einhaltung der Vertragspflichten der Lieferantin [...]*“) zeigt die Beklagte 2 als aktive Partei des Vertrages, da gemäss Wortlaut aus Sicht der Garantin gesprochen wird und sie mit dieser Garantie einen wichtigen Teil des Gesamtgefüges des von ihr unterzeichneten Distributionsvertrages ausmacht. Die Beklagte 2 wird als Garantin nicht explizit von der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (**K-1**) befreit. Als Partei des Vertrages wird sie auch von der Schiedsklausel desselben Vertrages erfasst. Somit führt eine nähere Betrachtung des Wortlauts zum Schluss, die Beklagte 2 sei Partei der Schiedsklausel.
- 4 Als ergänzendes Auslegungsmittel für Verträge wird regelmässig der Vertragszweck herangezogen. Die Auslegung nach dem Vertragszweck entspricht der teleologischen Auslegung von Gesetzen und richtet sich danach, welchen konkreten Zweck die Parteien mit dem Vertragsinhalt verfolgten. Der Vertragszweck kann ermittelt werden, indem man die gegenseitigen Rechte und Pflichten und die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss betrachtet (zum Ganzen ZK OR 18, N 402 ff.).

Vorliegend haben die Parteien im Distributionsvertrag eine Schiedsabrede getroffen (**K-1**, Art. 13.1), anhand welcher sie alle Streitigkeiten oder Ansprüche aus dem Vertrag einem

Schiedsgericht unterstellen. Zweck dieser Vereinbarung war klar, die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts auszuschliessen und die eines noch zu konstituierenden Schiedsgerichts zu begründen. Evident zeigt sich in diesem Zusammenhang insbesondere, dass der Zweck auf alle Streitigkeiten und Ansprüche aus dem Vertrag abzielt und sich somit auch auf Ansprüche gegenüber der Beklagten 2 (eingehend unter Rz 7) richtet. Die Auslegung der Schiedsvereinbarung nach ihrem Zweck, sämtliche Streitigkeiten und Ansprüche aus dem Distributionsvertrag einem Schiedsgericht unterzuordnen, führt zum Schluss, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsvereinbarung ist.

- 5 Die richtige Vertragsauslegung gemäss Schweizer Rechtsanwendung zeigt die Beklagte 2 somit klar als Partei der Schiedsvereinbarung.

## **II. Die Beklagte 2 äusserte den Willen Partei zu sein**

- 6 Um die Parteien einer Schiedsklausel zu bestimmen, muss auf den Willen eines Akteurs, Partei sein zu wollen, abgestellt werden (BGE 134 III 565, E. 3.2, S. 568). Dieser Wille kann sich durch Handeln oder Unterlassen auszeichnen oder sich in konkludentem Verhalten zeigen, sofern ein Geschäftswille nach Treu und Glauben erkennbar ist (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52b). Als Auslegungsgrundsatz wird das Vertrauensprinzip herangezogen, wonach eine Willenserklärung so gilt, wie ein vernünftiger Empfänger sie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstehen durfte und musste (BGE 111 II 276, E. 2b).
- 7 Die Beklagte 2 hat den Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008 (**K-1**), welcher die Schiedsvereinbarung enthielt, mitunterzeichnet und wird als Partei des Vertrages genannt. Aus dem Verhalten der Beklagten 2 ist nicht erkennbar, dass sie von der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 (**K-1**) ausgeschlossen sein wollte. Obwohl die Beklagte 2 selbst nicht an den Vertragsverhandlungen beteiligt war, besteht der Verwaltungsrat der Beklagten 1 aus einer Mehrheit von Managern der Beklagten 2 (Verfügung Nr. 3, Rz 5, 15, 16). Die Interessen der Beklagten 2 waren damit im Verwaltungsrat der Beklagten 1 vertreten und sind auch in die Vertragsverhandlungen miteingeflossen. Die Klägerin wusste um diese Zusammensetzung und ging in der Folge davon aus, dass sämtliche Vertragspunkte auch den Willen der Beklagten 2 äussern. Die Unterzeichnung des Distributionsvertrages durch die Beklagte 2 muss zudem als ausdrückliche Willenserklärung, Partei des Vertrages sein zu wollen, verstanden werden. Weder die Beklagte 2, noch ihre Manager im Verwaltungsrat der Beklagten 1 gaben zum Ausdruck, dass sie nicht als Partei der Schiedsklausel gelten möchten. Ohne Hinweise auf das Gegenteil durfte die Klägerin somit nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte 2 die Zuständigkeit des Schiedsgerichts als Partei anerkannte. Gemäss dem ausgedrückten Willen der Beklagte 2 ist sie als Partei an die Schiedsvereinbarung gebunden.

### **III. Ansprüche gegen die Beklagte 2 machen sie zur Partei der Schiedsvereinbarung**

- 8 Haben die Parteien eine Schiedsklausel geschlossen, deren Zustandekommen grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, soll die Schiedsklausel nicht restriktiv ausgelegt werden, sondern es ist von einer umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszugehen (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Besonders Formulierungen wie „alle Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag“ sind weit zu verstehen und sollen eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts bezwecken (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 35). Eine solche Formulierung soll gemäss dem mutmasslichen Parteiwillen dazu führen, dass sämtliche Ansprüche, die sich aus dem Vertrag ergeben können oder diesen berühren, ausschliesslich einem Schiedsgericht zugewiesen werden sollen (BGE 138 III 681, E. 4.4).
- 9 Art. 13.1 des Distributionsvertrages (**K-1**) erfasst ausdrücklich „*alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag*“ und unterstellt diese einem Schiedsverfahren. Die Beklagte 2 steht als Garantin mit einer Garantiesumme für die Einhaltung der vertraglichen Pflichten durch die Beklagte 1 ein (**K-1**, Art. 12). Dass sich aus dem Garantie- / Distributionsvertrag also auch Ansprüche oder Streitigkeiten ergeben könnten, welche die Beklagte 2 als Garantin und unterzeichnende Partei desselben Vertrages miteinbeziehen, liegt auf der Hand. Dies hätte sowohl bei den Vertragsverhandlungen dem Verwaltungsrat der Beklagten 1 und somit den Managern der Beklagten 2, spätestens jedoch bei Unterzeichnung des Vertrages durch die Beklagte 2 klarwerden müssen. Da jedweder Anspruch aus dem Vertrag einem Schiedsverfahren untersteht, ist die Bestreitung ihrer Parteistellung missbräuchlich. Ein Schiedsverfahren um Ansprüche gegen die Beklagte 2 verlangt eindeutig nach deren Teilnahme am Verfahren als Partei. Die Beklagte 2 ist somit als Partei an die Schiedsvereinbarung gebunden.

### **IV. Die Bestreitung der Parteistellung der Beklagten 2 ist rechtsmissbräuchlich**

- 10 ZGB 2 I gebietet, jedermann habe in der Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der Missbrauch eines Rechtes wird nicht geschützt, so ZGB 2 II. Rechtsmissbräuchlich verhält sich jemand, der sich in Bezug auf sein früheres Verhalten widersprüchlich verhält (*venire contra factum proprium*). Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist dann gegeben, wenn das frühere Verhalten ein Vertrauen begründete, welches aufgrund der neuen Handlungen enttäuscht wurde (zum Ganzen BGE 125 III 257, E. 2a). Der Vertrauende muss, damit seine Schutzbedürftigkeit gegeben ist, Dispositionen aufgrund seines Vertrauens in das Handeln der Gegenpartei getätigt haben, welche sich mit der neuen Ausgangslage als nachteilig erweisen (DETTE, 63 f.). Eine Disposition kann



darin bestehen, dass der Vertrauende prozessrelevante Handlungen vornahm, welche er ohne das geschaffene Vertrauen nicht getätigt hätte (BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 43).

- 11 Die Beklagte 2 erweckte durch das Unterzeichnen des Distributionsvertrages (**K-1**) mit inkludierter Schiedsklausel bei der klagenden Partei das Vertrauen ebenfalls den Willen zu haben, alle Ansprüche und Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Die Klägerin reichte ihre Klage daraufhin wie vereinbart beim Schiedsgericht ein und traf bereits Vorkehrungen im Hinblick auf ein Verfahren dieser Art. Da sich die Beklagte 2 vor der abgeschlossenen Berufung der Schiedsrichter nie gegen die Schiedsklausel und eine allfällige Partizipation in einem Schiedsverfahren wehrte, ist ihre jetzige Bestreitung der Parteistellung rechtsmissbräuchlich. Es darf nicht möglich sein, sich durch einen Vertrag mit einer Schiedsklausel zu binden und dann die eigene Parteistellung zu bestreiten. Da die Klägerin in ihrem Vertrauen in ein Schiedsverfahren zu schützen ist, muss die Beklagte 2 als Partei an die Schiedsklausel gebunden sein.

## **V. Fazit**

- 12 Aus den genannten Gründen ist die Beklagte 2 klar an die Schiedsklausel gebunden und das Schiedsgericht muss ihr gegenüber für zuständig befunden werden.

### **B. Die Schiedsklausel ist gegenüber der Beklagten 2 gültig**

- 13 Die Beklagte 2 führt in ihrer Unzuständigkeitseinrede eventualiter auf, dass sogar wenn sie vom Schiedsgericht als Partei der Schiedsvereinbarung befunden wird, die Schiedsvereinbarung ihr gegenüber nicht gültig sei. Aus den folgenden Erklärungen soll hervorgehen, weshalb die Argumentation der Beklagten 2 nicht stichhaltig und die Schiedsklausel ihr gegenüber eindeutig gültig ist.

#### **I. Die Konstitution des Schiedsgerichts erfolgte rechtmässig**

- 14 Da die Beklagte 2 als Grund für die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung ihr gegenüber aufführt, sie sei durch die Bestimmung der Schiedsklausel betr. der Ernennung der Schiedsrichter im Vergleich zu den anderen Parteien ungleich behandelt worden, wird nachstehend ausgeführt, weshalb die Zusammensetzung des Schiedsgerichts rechtmässig bestimmt wurde und das vorgebrachte Argument der Ungleichbehandlung unbegründet ist.

##### **1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde vertraglich ausgestaltet und nicht verletzt**

- 15 IPRG 182 III statuiert die Gleichbehandlung aller Parteien im Schiedsverfahren durch das Schiedsgericht. Dieser Mindeststandard kann jedoch durch die Parteien vertraglich ausgestaltet werden, wobei die Verfahrensgrundsätze so zu beachten sind, wie es von den Vertragsparteien vereinbart wurde (BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 68 f.). So soll auch bei

mehr als zwei involvierten Parteien, die Übereinkunft der Vertragspartner zur Berufung des Schiedsgerichts Vorrang haben (BERGER/KELLERHALS, N 772).

- 16 Vorliegend haben die Parteien die Ernennung der Schiedsrichter vertraglich vereinbart und festgelegt: „Die Lieferantin und die Distributorin ernennen je einen Schiedsrichter [...]“ (K-1, Art. 13.1). Die Beklagte 2 wird dabei zwar nicht berücksichtigt, bei ihrer Zustimmung zu sämtlichen Vertragsinhalten durch Unterzeichnung wusste die Beklagten 2, dass sie in einem allfälligen Schiedsverfahren keinen eigenen Schiedsrichter ernennen darf. Es wäre ihr zuzumuten gewesen, diesen Vertragspunkt mit den restlichen Vertragsparteien vor ihrer Unterschrift erneut zu verhandeln, um nicht benachteiligt zu werden. Es ist anzufügen, dass die Interessen der Beklagten 2 durch ihre Manager, welche die Mehrheit im Verwaltungsrat der Beklagten 1 bilden (Verfügung Nr. 3, Rz 16), in die Vertragsverhandlungen einfließen und die Möglichkeit einer Intervention bei übermässiger Benachteiligung der Beklagten 2 bestand. Dieses Untätigbleiben und vorbehaltlose Unterzeichnen des Vertrages kann als Verzicht auf Gleichbehandlung in der Berufung des Schiedsgerichts verstanden werden.

### **2. Die Beklagte 2 ist nicht berechtigt einen eigenen Schiedsrichter zu benennen**

- 17 Wie das Zürcher Obergericht in einem Urteil vom 11. September 2001 festhielt, wäre es für ein Schiedsverfahren verheerend, wenn die Seite der Beklagten insgesamt mehr Schiedsrichter stellen könnte, als die Seite der Kläger. Für das Obergericht war klar, dass die sich gegenüberstehenden Seiten des Verfahrens gleich viele Schiedsrichter ernennen müssen, um die Gleichbehandlung der Parteien nicht zu gefährden. Dies unabhängig davon, wie viele klagende oder beklagte Parteien am Schiedsverfahren beteiligt sind (zum Ganzen HIRSCH, ASA Bulletin 04/2002, S. 702 ff.).
- 18 Würde es der Beklagten 2 gemäss ihrer Forderung in der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 ermöglicht, ebenfalls selber einen zusätzlichen Schiedsrichter zu ernennen, wäre das Gleichgewicht der von Kläger und Beklagten berufenen Schiedsrichter nicht mehr gewahrt. Das Gesuch der Beklagten 2 auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters ist unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes abzuweisen.

### **3. Die Parteien hätten sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen müssen**

- 19 Im Gegensatz zur französischen Dutco-Entscheidung des Cour de cassation vom 1. Januar 1992, in der die Einigung zweier Kläger auf einen gemeinsamen Schiedsrichter als Verstoss des Gleichbehandlungsgebotes angesehen wurde, erkennt die Schweizer Rechtsprechung eine solche Einigung als Notwendigkeit in einem Mehrparteien-Verfahren (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 18). Nach Schweizer Recht ist es üblich und zulässig, dass sich mehrere Kläger oder Beklagte gemeinsam auf einen Schiedsrichter einigen müssen und als sog.

notwendige Streitgenossenschaft in Bezug auf die Ernennung eines Schiedsrichters als ein und dieselbe Partei angesehen werden (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 22).

- 20 Von den Beklagten 1 und 2 hätte somit gemäss Schweizer Rechtsprechung verlangt werden können, dass sie sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen. Durch die faktische Nähe der Beklagten 1 und 2 ist eine solche Einigung klar möglich gewesen, hätte man doch auch im Zweifelsfall die Ernennung des Schiedsrichters durch das SCAI verlangen können. Die Beklagte 2 berief sich jedoch erst nach der fertigen Zusammenstellung des Schiedsgerichts auf Unzuständigkeit und beschwerte sich über eine Ungleichbehandlung. Die Beklagte 2 hätte sich mit der Beklagten 1 auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen müssen. Da sie dies nicht tat, sondern sich kommentarlos aus der Ernennung der Schiedsrichter rausgehalten hat bis dieses fertig zusammengestellt war, verpasste sie ihre Chance bei der Berufung des Schiedsgerichts mitzuwirken. Die Konstitution des Schiedsgerichts erfolgte rechtmässig und bewirkt nicht die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber der Beklagten 2.

#### **4. Es sind keine divergierenden Interessen der beklagten Parteien ersichtlich**

- 21 Die Beklagte 2 begründet ihre Unzuständigkeitseinrede unter anderem damit, dass die Interessenslagen der Beklagten 1 und 2 nicht zwingend identisch seien. Unter genanntem Argument scheint es aber undurchsichtig, weshalb sich die Beklagten 1 und 2 zu Beginn des Schiedsverfahrens von derselben Anwaltskanzlei, namentlich Bader Puder & Partner, vertreten liessen (E-Anz., S. 1). Grundsätzlich ist nicht anzunehmen, dass ein und dieselbe Anwaltskanzlei unterschiedliche Interessen zweier Parteien repräsentieren sollte. Gegensätzliche Interessen der Beklagten 1 und 2 hätten die Vertretung durch zwei völlig voneinander unabhängige Rechtsvertreter verlangt.
- 22 Hinzu kommt, dass laut Randziffer 16 der Verfügung Nr. 3 des Schiedsgerichts vom 24. Oktober 2016 die Mehrheit des Verwaltungsrates der Beklagten 1 aus Managern der Beklagten 2 besteht. Dies bedeutet in der faktischen Konsequenz, dass die Beklagte 1 sich durch ihren Verwaltungsrat wohl kaum gegen die Interessen der Beklagten 2 verhalten wird.
- 23 Sodann ist nicht ersichtlich, wie die Interessen der beklagten Parteien im vorliegenden Schiedsverfahren auseinanderlaufen sollten. Von beiden wird als Ziel des Verfahrens eine Summe verlangt, die den erlittenen Schaden der Klägerin ausgleichen soll. Auch die Begrenzung der maximal von der Beklagten 2 als Garantin zu leistenden Summe, welche die Beklagte 2 als Begründung der auseinanderlaufenden Interessen aufführt (Unzuständigkeitseinrede, Rz 2), ändert an der grundsätzlichen Motivation der beklagten Parteien nichts. Beiden Parteien ist daran gelegen zu beweisen, dass keine Vertragsverletzungen vorgefallen sind, um nicht für die eingeklagten Summen aufkommen zu müssen. Wie hoch diese Summen in der Konse-

quenz sind, spielt für das Interesse, im Verfahren ihre Unschuld am Verlust der Klägerin und der damit verbundenen Umgehung einer zu leistenden Zahlung an dieselbe, eine untergeordnete Rolle. Nach der hier vertretenen Sicht auf die Sachlage sind keine divergierenden Interessen der Beklagten 1 und 2 erkennbar.

## **II. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist teilungültig und muss ergänzt werden**

- 24 Für den Fall, dass das Gericht wider Erwarten schliessen sollte, die Ernennung des Schiedsgerichts sei nicht rechtens erfolgt, wird nachfolgend ausgeführt, dass die Schiedsvereinbarung dennoch nicht an Gültigkeit gegenüber der Beklagten 2 verliert.
- 25 Steht das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich nicht in Frage, so soll deren Bestehen nach dem Prinzip des *in favorem validitatis* gemäss dem Anliegen der Parteien, allfällige Streitigkeiten einem Schiedsgericht unterzuordnen, zu bevorzugen sein (BGE 129 III 675, E. 2.3, S. 681). Sind Bestimmungen in Schiedsvereinbarungen unvollständig oder widersprüchlich, führen sie nicht per se zu einer Ungültigkeit der gesamten Schiedsklausel, sofern sie nicht die zwingenden Elemente (*essentialia negotii*) der Schiedsvereinbarung betreffen. Dem Willen der Parteien, sich einer Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, soll genügend Rechnung getragen werden (zum Ganzen BGE 130 III 66, E. 3.1). Die widersprüchlichen Teile sollen durch eine vertragsergänzende Bestimmung zu ersetzen sein (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 54). Die *essentialia negotii* einer Schiedsvereinbarung umfassen den deutlichen Willen der Parteien, ihre Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen (POUDRET/BESSON, N 155), die Präzisierung des von der Schiedsklausel erfassten Rechtsverhältnisses (BERGER/KELLERHALS, N 272 und 284) und die Auswahl einer bestimmten rechtlichen Ordnung oder eines Schiedsortes (POUDRET/BESSON, N 157).
- 26 Die Beklagte 2 beruft sich in ihrer Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 auf Ungültigkeit der Schiedsklausel ihr gegenüber, aufgrund der Tatsache, dass sie sich durch die Unmöglichkeit der Berufung eines eigenen Schiedsrichters ungleich behandelt fühlt. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bildet kein zwingendes Element einer Schiedsvereinbarung. Beschliesst das Gericht entgegen unserer Ausführungen, der Passus der Schiedsvereinbarung betreffend die Ernennung der Schiedsrichter handle die Beklagte 2 ungleich, so wird die Schiedsvereinbarung trotzdem ihr gegenüber nicht ungültig. Einzig der Passus zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts würde an Gültigkeit verlieren und müsste durch Vertragsergänzung ersetzt werden. Die Schiedsvereinbarung an sich bleibt jedoch unter dem Grundsatz von *in favorem validitatis* gegenüber allen Parteien der Schiedsvereinbarung, also gemäss vorstehenden Ausführungen auch gegenüber der Beklagten 2, gültig.

### III. Fazit

27 Die Schiedsklausel ist aus den genannten Gründen auch gegenüber der Beklagten 2 gültig. Eventualiter ist Teilungsgültigkeit statt vollständiger Ungültigkeit anzunehmen und der strittige Teil betr. der Berufung der Schiedsrichter anzupassen. Fest steht jedoch, dass die Schiedsvereinbarung in jedem Falle gegenüber der Beklagten 2 gültig ist.

#### C. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist trotz fehlender Schiedsparteistellung der Beklagten 2 zuständig

28 Sollte das Schiedsgericht entgegen unserer Argumentation die Parteistellung der Beklagten 2 verneinen, wird im Folgenden aufgezeigt, weshalb das Schiedsgericht dennoch zur Beurteilung der Ansprüche gegen die Beklagte 2 zuständig ist.

#### I. Das Schiedsgericht ist aufgrund des „Jurisdictional Approach“ zuständig

29 Entgegen der Einwände der Beklagten 2 ist das Schiedsgericht selbst bei fehlender Schiedsparteistellung der Beklagten 2 für die Beurteilung der Ansprüche ihr gegenüber zuständig. Das Schiedsgericht entscheidet gem. IPRG 186 I selbständig über seine Zuständigkeit.

30 Beim sog. „Jurisdictional Approach“ fokussiert sich das Schiedsgericht für die Frage seiner Zuständigkeit gegenüber Dritten auf die strittigen Ansprüche, anstatt auf die Reichweite der Schiedsvereinbarung (BREKOULAKIS, N 1.79). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts reicht über die an die Schiedsvereinbarung gebundenen Parteien hinaus, wenn Dritte stark in die Streitsache verwickelt sind. Dies vermag die Gerichtsbarkeit gegenüber diesen Dritten zu begründen (zum Ganzen BREKOULAKIS, N 7.05). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann in Fällen, in denen Ansprüche gegen die Mutter- sowie die unterzeichnende Tochtergesellschaft auf demselben Sachverhalt basieren und unteilbar miteinander verknüpft sind, trotz fehlender Reichweite der Schiedsklausel angenommen werden (statt vieler STEINGRUBER, N 9.65).

31 Liegt eine gültige Schiedsvereinbarung vor, ist das Schiedsgericht legitimiert, die damit in Verbindung stehenden Streitsachen und Ansprüche zu beurteilen. Ergeben sich aus dem der Schiedsvereinbarung zugrundeliegenden Vertragsverhältnis Ansprüche gegenüber Dritten, entscheidet das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit aufgrund der Nähe des Anspruchs zur Hauptstreitsache (zum Ganzen BREKOULAKIS, N 7.42 ff.).

32 Das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung, mindestens zwischen der Klägerin und der Beklagten 1, ist evident (**K-1**, Art. 13.1). Da sich der geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte 2 aus der Streitsache zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 ergibt, ist die besondere Nähe zur Hauptstreitsache zu bejahen. Der durch die Beklagte 2 zu zahlende Betrag und dessen Höhe basieren auf der Distributionsvertragsverletzung der Beklagten 1, welche die

Hauptstreitsache darstellt. Aus dem Distributionsvertrag (**K-1**, Art. 12) ergibt sich, dass der bei Vertragsverletzung zu zahlende Betrag auf CHF 2'350'000 beschränkt ist und sich nach der Art und der Schwere der Vertragsverletzung bestimmt. Der Anspruch gegenüber der Beklagten 2 ist unverkennbar mit der Hauptstreitsache verknüpft und kann losgelöst von dieser nicht beurteilt werden. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Ansprüche gegenüber der Beklagten 2 ist somit aufgrund der engen Verknüpfung der strittigen Ansprüche auf Grundlage des „Jurisdictional Approach“ gegeben.

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

- 33 Die Unzuständigkeitseinrede muss gem. IPRG 186 II vor der Einlassung auf die Hauptsache erhoben werden. Dies leitet sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in ZGB 2 I ab, der auch im Rechtsbereich der Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung findet. Lässt sich der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptsache ein, ist das Schiedsgericht bereits allein aus diesem Grund zuständig. Durch die Einlassung als konkludentes Verhalten anerkennt der Beklagte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Vage Erklärungen eines allgemeinen Vorbehalts reichen nicht dazu aus anzunehmen, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestritten wird (zum Ganzen BGer 4P.176/2001, E. 2. c) aa)).
- 34 Erfolgt eine Unzuständigkeitseinrede gleichzeitig mit der Einlassung auf die Hauptsache, so gilt sie nur dann als rechtzeitig und vermag keine konkludente Anerkennung der Zuständigkeit zu begründen, wenn sie vor der materiellen Einlassung erfolgt. Konkret dürfen also materielle Erörterungen bloss eventualiter angebracht werden, falls der den Hauptantrag bildenden, behaupteten Zuständigkeit nicht gefolgt wird (zum Ganzen BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102). Die Unzuständigkeitseinrede darf nicht lediglich subsidiär sein. Sie darf nicht bloss untergeordnet erhoben werden, falls ein Einwand gegen eine andere bestrittene Prozessvoraussetzung nicht durchdringen sollte, sondern muss hauptsächlich erhoben werden (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 589).
- 35 Die Bestreitung der Zuständigkeit wird in der Einleitungsantwort lediglich in einem Nebensatz ganz am Ende vorbehalten (E-Antw. der Beklagten 2, Rz 3). Davor jedoch schliesst sich die Beklagte 2 den materiellen Ausführungen der Beklagten 1 an. Eine hauptsächlich erhobene Unzuständigkeitseinrede liegt somit nicht vor. Die Beklagte 2 hat sich unwiderruflich auf das Schiedsverfahren eingelassen.
- 36 Die Unzuständigkeitseinrede soll im frühestmöglichen Zeitpunkt erhoben werden (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 100). Gem. Swiss Rules 21 III soll sie in der Regel in der Einleitungsantwort erfolgen.

37 Die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 erfolgt zu spät und verstösst gegen Treu und Glauben. Die Beklagte 2 hat die Einleitungsanzeige am 8. Juli 2016 erhalten. Die am 26. September 2016 erhobene Unzuständigkeitseinrede erfolgt somit erst zweieinhalb Monate nach Kenntnis über das Verfahren. Zudem ist die Unzuständigkeitseinrede unwirksam, da sich die Beklagte 2 bereits mit der Einleitungsantwort, wie oben dargestellt, eingelassen hat. Das Schiedsgericht ist somit auch im Falle einer fehlenden Parteistellung der Beklagten 2 aufgrund deren Einlassung zuständig.

### **III. Fazit**

38 Falls das Schiedsgericht die Parteistellung der Beklagten 2 verneint, ist das Schiedsgericht auf Grundlage des „Jurisdictional Approach“ sowie der Einlassung dennoch zur Beurteilung der Ansprüche gegenüber der Beklagten 2 zuständig.

#### **D. Die Klägerin ist aktivlegitimiert**

39 Im Folgenden wird die von der Beklagten 1 bestrittene Aktivlegitimation der Klägerin im Sinne einer rechtmässig erfolgten Abtretung dargelegt.

##### **I. Die Klägerin ist Teil der Schiedsklausel**

40 Auch Parteien, die den Vertrag nicht unterzeichnet haben und nicht erwähnt werden, können durch die Schiedsklausel gebunden werden einer Abtretung (BGE 129 III 727, E. 5.3.1, S. 735).

41 Bei Abtretung einer schiedsklauselbehafteten Forderung wird nicht nur das zederte Recht übertragen, sondern auch die Schiedsklausel, wobei dies bei der Abtretung aus OR 170 hervorgeht. Ausserdem wird durch die legitime Abtretung nebst der Parteifähigkeit auch die Aktiv- oder Passivlegitimation des Zessionars in einem Schiedsverfahren begründet (zum Ganzen BGE 128 III 50 E. 2.b) bb), S. 55).

42 Im vorliegenden Fall wurde von der PerAspera Pharma AG eine mit einer Schiedsklausel verbundene Forderung durch den Darlehensvertrag (**K-2**) an die Klägerin abgetreten. Die Ausführungen zur Legitimität der Abtretung finden sich nachstehend.

##### **II. Die Aktivlegitimation gründet auf der rechtmässigen Abtretung**

43 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Forderung rechtmässig an die Klägerin abgetreten wurde.

###### **1. Die Zedentin hat Verfügungsmacht bezüglich der abzutretenden Forderung**

44 Für die gültige Abtretung der Forderung muss dem Zedenten Verfügungsmacht über ebenjene zustehen, wobei das Verpflichtungsgeschäft auch ohne Verfügungsmacht wirksam ist (HUGUENIN, N 1341).

45 Die PerAspera Pharma AG war im Zeitpunkt der Abtretung legitime Inhaberin der sich aus dem Distributionsvertrag (**K-1**) ergebenden Forderungen gegen die Beklagte 1. Die Verfügungsmacht bezüglich der abzutretenden Forderung ist damit gegeben.

## **2. Die Formvorschrift wurde eingehalten**

46 Nach OR 165 I ist das Verfügungsgeschäft nach den Regeln der einfachen Schriftlichkeit (OR 12 ff.) auszugestalten, wobei diese für alle objektiv und subjektiv wichtigen Vertragspunkte gilt. Der Abtretungswille des Zedenten muss ersichtlich sein, ausserdem ist die abzutretende Forderung genügend zu bezeichnen bzw. muss mindestens bestimmbar gemacht werden können und der Zedent, nicht aber der Zessionar, hat die Urkunde zu unterzeichnen (zum Ganzen HUGUENIN, N 1344). Für das Zustandekommen des Verfügungsvertrages braucht es eine explizite oder konkludente Annahme (HUGUENIN, N 1346). Die Schuldurkunde braucht zur Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes nicht übergeben zu werden (BSK OR-GIRSBERGER, Art. 165 N 5). Falls die Formvorschriften nicht eingehalten werden, hat das gem. OR 11 II die Ungültigkeit der Abtretung zur Folge. Das Verpflichtungsgeschäft sieht grundsätzlich gem. OR 165 II keine besondere Form vor (zum Ganzen HUGUENIN, N 1347 f.).

47 Sowohl das Verfügungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft wurden im Darlehensvertrag (**K-2**) schriftlich festgehalten: der Abtretungswille geht zweifelsfrei daraus hervor und die abzutretende Forderung wurde genügend bestimmt. Der Vertrag ist datiert und von den gebundenen Parteien unterschrieben. Die Formvorschrift wurde eingehalten.

## **3. Die Abtretbarkeit der Forderung ist gegeben**

48 Unabhängig vom Rechtsgrund ihrer Entstehung, sind gem. OR 164 I grundsätzlich alle Forderungen abtretbar (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3422).

49 Durch einen sog. *pactum de non cedendo* können der ursprüngliche Gläubiger und Schuldner eine Abtretung auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ausschliessen. Möglich ist dabei auch nur die erschwerte Abtretbarkeit, z.B. durch Bindung der Abtretbarkeit an die Zustimmung des Schuldners (zum Ganzen SCHWENZER, N 90.24). Da der internationale Handel von der freien Übertragbarkeit von Forderungen lebt, wird die Wirkung solcher Abtretungsverbote im internationalen Handelsrecht tendenziell eingeschränkt. Die Unwirksamkeit von Abtretungsverboten gegenüber Dritten wird denn auch in modernen Rechtsordnungen und einheitsrechtlichen Instrumenten bejaht, weshalb bei internationalen aber dem schweizerischen Recht unterstehenden Rechtsverhältnissen eine restriktive Auslegung von OR 164 I Sinn macht (zum Ganzen BSK OR-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32).

50 Im Folgenden wird die gegebene Abtretbarkeit der Forderung dargelegt.



#### a) Das Abtretungsverbot war zeitlich beschränkt

- 51 Die Parteien wollten durch den in Art. 13.5 des Distributionsvertrages (**K-1**) statuierten *pactum de non cedendo*, die äusserst enge Beziehung die sich aus einem Distributionsvertrag zwischen den Vertragsparteien ergibt, schützen und sich nicht plötzlich mitten im Geschäftsgang mit einer neuen Vertragspartei konfrontiert sehen, wobei sich dieser Schutz nach aus dem Distributionsvertrag (**K-1**) hervorgehenden Parteiwillen, auf die laufende Geschäftsbeziehung erstrecken soll. Der Distributionsvertrag wurde gemäss Beendigungsvereinbarung (**K-4**) auf den 31. Oktober 2015 gekündigt, die enge Beziehung zwischen Lieferantin und Distributorin fiel demnach mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung dahin, also auch ein allfälliges Abtretungsverbot. Am 25. Februar 2014 schlossen die Klägerin und die PerAspera Pharma AG einen Darlehensvertrag (**K-2**) mit Hingabe am 5. März 2014 und Rückzahlungstermin 31. Dezember 2015. Im Falle eines Verzuges der Schuldnerin zum Rückzahlungstermin sollten sämtliche Forderungen der PerAspera Pharma AG gegenüber allen Distributoren und damit auch gegenüber der Beklagten 1 an die Klägerin abgetreten werden.
- 52 Die abstrakte Theorie trennt die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes von der Wirksamkeit der Abtretung. Die Zession kann sodann auch bei unwirksamem Verpflichtungsgeschäft gültig sein (zum Ganzen SCHWENZER, N 90.07). Das Bundesgericht hat sich früher für die Abstraktheit ausgesprochen (BGE 71 II 167, E. 3) und das Zürcher Obergericht hat sich eindeutig für die Abstraktheit ausgesprochen hat (OGer ZH, ZR 87/1988, E. 2, S.305/307). Im Kontext von Kettenzessionen und der Verkehrsfähigkeit von Forderungen sollte die abstrakte Theorie zur Anwendung gelangen, wobei so gleichzeitig der im Zessionsrecht fehlende Gutgläubensschutz teilweise ausgeglichen wird (SCHWENZER, N 90.08).
- 53 Das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft sind beide im Darlehensvertrag (**K-2**) schriftlich festgehalten worden, wobei das Verfügungsgeschäft auf den 31. Dezember 2015 aufgeschoben wurde. Gemäss abstrakter Theorie ist die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes für die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts unerheblich. Hiernach, nach dem aus dem Darlehensvertrag (**K-1**) hervorgehenden Parteiwillen bzgl. Abtretungsverbot und im Rahmen einer oben erwähnten (Rz 52), im internationalen Handelsverkehr sinnigen restriktiven Auslegung des Abtretungsverbotes, fand das Verfügungsgeschäft erst am 31. Dezember (nach Beendigung der Geschäftsbeziehung) statt und ist somit gültig. Die Abtretung hat damit rechtmässig stattgefunden und die Klägerin ist sodann legitime Inhaberin der Forderung.

### **b) Das Abtretungsverbot verstösst gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit**

- 54 Bei Vorliegen eines vertraglichen Abtretungsverbotes ist in der Schweizer Rechtsordnung jeweils zu prüfen, ob der Gläubiger nicht zu sehr in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit eingeschränkt wird, was gegen ZGB 27 II verstossen würde (SCHWENZER, N 90.24).
- 55 Der weltweit wichtigste Pharmamarkt ist unbestrittenermassen die USA. Aus diesem Grund hat die PerAspera Pharma AG diesen Markt sogleich erschlossen, wobei aus der Einleitungsanzeige hervorgeht, dass der amerikanische Markt für die PerAspera Pharma AG von grösster Bedeutung war. Mithin war der amerikanische Markt so bedeutend, dass die PerAspera Pharma AG mit Einbruch des Verkaufsvolumens von Dyalgonin® in jenem Markt auch sogleich auf finanzielle Hilfe seitens der Klägerin angewiesen war. Es steht somit fest, dass dieser Markt den Grossteil des Umsatzes der PerAspera Pharma AG ausmachte und das Überleben der Unternehmung sicherstellte. Die Forderung gegen die Beklagte 1 war sodann auch einer der einzigen und dabei der wichtigste und zentralste aller Vermögenswerte im Besitz der PerAspera Pharma AG. Dass Unternehmen Forderungen erwerben und verkaufen ist ebenso eine Tatsache, wie auch der Umstand, dass dabei die Übertragbarkeit der Forderungen gegeben sein muss. Eine Bindung der PerAspera Pharma AG an ein Abtretungsverbot, demzufolge der einzige nennenswerte Vermögenswert nicht übertragen oder als Sicherheit hingegeben werden kann, ist damit ganz klar ein Verstoss gegen ZGB 27 II. Dies, weil das Abtretungsverbot die Finanzierung als einer der wichtigsten Bereiche zur Sicherstellung des Überlebens eines Unternehmens und auch die Neupositionierung im Sinne eines Verkaufs von Unternehmensteilen oder eben von Forderungen verunmöglicht, die PerAspera Pharma AG in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit also zu stark eingeschränkt war. Das Abtretungsverbot war damit rechtswidrig und für die PerAspera Pharma AG folglich nicht bindend.

### **c) Die Zustimmung der Beklagten 1 kann angenommen werden**

- 56 Gem. ZGB 2 hat jeder in der Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten den Grundsatz von Treu und Glauben zu wahren. Der offenbare Missbrauch eines Rechts soll keinen Rechtsschutz finden.
- 57 Das von den Parteien vereinbarte Abtretungsverbot aus Art. 13.5 im Distributionsvertrag (**K-1**) sieht vor, dass Abtretungen möglich sind, wenn die andere Partei schriftlich zustimmt, wobei die Zustimmung nur aus gewichtigen Gründen verweigert werden kann. Im vorliegenden Fall lagen keine gewichtigen Gründe zur Verweigerung der Zustimmung vor, die Beklagte 1 hätte somit ihre Zustimmung zur erfolgten Abtretung geben müssen. Eine Verweigerung derselben i.S.v. ZGB 2 II ist offensichtlich rechtsmissbräuchlich und dient einzig der Verzögerung des Verfahrens. Von der Zustimmung der Beklagten 1 ist auszugehen.

### **III. Eventualiter: Vertragsanpassung aufgrund clausula rebus sic stantibus**

- 58 Wenn sich die Verhältnisse oder Umstände ändern, kann die Leistungspflicht einer Partei nicht mehr zumutbar sein, wobei dann, falls weder Vertrag noch Gesetz eine Regel zur Anpassung an veränderte Verhältnisse enthalten, eine richterliche Vertragsanpassung möglich ist (zum Ganzen HUGUENIN, N 322). Grundsätzlich bedarf es nach Vertragsschluss einer Verhältnisänderung, wobei diese Änderung Einfluss auf den Leistungswert haben muss. Ausserdem bedarf es eines krassen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, wobei auch das zerstörte Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, bei personenbezogenen Verträgen als Äquivalenzstörung ausreicht. Weiter muss die Veränderung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unvorhersehbar gewesen sein, d.h. es muss geprüft werden, wie eine vernünftige Durchschnittspartei unter den gleichen Umständen wie diejenigen der Vertragsparteien, den gewöhnlichen Lauf der Dinge vorausgesehen hätte und hätte voraussehen müssen. Als letztes darf die betroffene Partei die Verhältnisveränderung nicht verursacht und nach Veränderung der Umstände nicht vorbehaltlos erfüllt haben. Wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, wird der Vertragsinhalt nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens durch den Richter angepasst (zum Ganzen HUGUENIN, N 328 ff.).
- 59 Da die Beklagte 1 den Vertrieb von Dyalgonin® während den laufenden Untersuchungen der US-Behörden faktisch aufgab und keine Massnahmen ergriffen wurden um den Ruf des Produktes zu verbessern oder dessen Absatzmengen zu erhöhen, brach der Absatz des Medikaments plötzlich und unvorhersehbar ein. Mithin waren widerrechtliche Geschäftspraktiken der Beklagten 1, der daraus resultierte Imageschaden und die erwähnte diesbezügliche Untersuchung der US-Behörden verantwortlich für den Einbruch des Umsatzes und nicht wie von der Beklagten 1 behauptet „allgemeine“ und damit vorhersehbare Marktumstände (E-Anz., Rz 9). Sodann konnte der PerAspera Pharma AG nicht zugemutet werden, sich ihrerseits an vertragliche Abtretungsverbote zu halten, wenn die Beklagte 1 ihre Vertragspflichten derart verletzt, dass sich die PerAspera Pharma AG nur durch ein Darlehen der Klägerin bzw. durch Hingabe ihrer Forderungen gegen die Beklagte 1 refinanzieren konnte. Der hypothetische Parteiwille bzgl. dem Abtretungsverbot war auf den Schutz der engen Bindung die sich aus einem Alleinvertriebsvertrag ergibt, gerichtet, nicht aber darauf das Überleben einer der Parteien zu verhindern. Der Vertrag muss also dahingehend angepasst werden, dass das Abtretungsverbot zwischen den Parteien in diesem Fall nicht gilt, womit die Abtretung rechtens erfolgt und die Klägerin damit rechtmässige Inhaberin der Forderung gegen die Beklagte 1 ist.

#### **IV. Fazit**

60 Die Abtretung hat nicht gegen das Abtretungsverbot verstossen und war rechtmässig, die Klägerin ist sodann aktivlegitimiert. Eventualiter ist das Abtretungsverbot aus dem Distributionsvertrag (**K-1**) im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus* hinfällig, die Abtretung hat rechtmässig stattgefunden und die Klägerin ist aktivlegitimiert.

#### **E. Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte**

61 Entgegen den Ausführungen der Beklagten 1 wird nachfolgend dargelegt, dass Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**), die von der Klägerin verlangten Auskünfte umfasst und zudem für den Distributionsvertrag ein Auskunftsanspruch von Gesetzes wegen besteht.

62 Die Verbindung einer Auskunfts- und unbezifferten Geldforderungsklage stellt eine Stufenklage nach ZPO 85 dar (BGE 123 III 140, E. 2), welche auch vor Schiedsgerichten Anwendung findet (WIRTH, 156). Bei der Stufenklage wird zunächst ein selbständiger, materiellrechtlicher Auskunftsanspruch geltend gemacht (SUTTER-SOMM, N 540), der sich aus Gesetz, Rechtsgeschäft oder dem Grundsatz von Treu und Glauben nach ZGB 2 I ergeben kann (LEUMANN, 7). Die Klägerin hat mit ihren Rechtsbegehren eine Stufenklage nach ZPO 85 eingereicht, indem sie Auskunftsansprüche geltend macht um eine noch unbezifferte Geldforderungsklage zu stellen (E-Anz., Rechtsbegehren). Im Folgenden wird aufgezeigt, dass es sich bei den verlangten Auskünften der Klägerin um selbständig einklagbare, materiellrechtliche Ansprüche handelt, auf welche die Klägerin keineswegs verzichtet hat.

#### **I. Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus Vertrag**

63 Als vertragliche Auskunftsansprüche kommen klagbare Hauptleistungs- oder Nebenleistungspflichten in Frage (LEUMANN, 8). Vorausgesetzt wird demnach ein gültiger Vertrag (nachfolgend Rz 64 f.), sowie eine Vereinbarung in diesem Vertrag, welche eine klagbare Haupt- oder Nebenleistungspflicht auf Auskunft begründet (nachfolgend Rz 72 ff.).

##### **1. Die Parteien haben einen Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen**

64 Beim Distributionsvertrag räumt die Lieferantin der Distributorin ein Bezugsrecht an bestimmter Ware sowie ein exklusives Vertriebsrecht im Vertragsgebiet ein, demgegenüber verpflichtet sich die Distributorin, die Ware bei der Lieferantin zu beziehen und zu bezahlen, sowie den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern (TERCIER/FAVRE, N 7884 und 7888). Der Distributionsvertrag ist grundsätzlich nicht gesetzlich geregelt (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 23), jedoch sind auf ihn die Normen des OR AT anwendbar (HUGUENIN, N 3696).

65 Die PerAspera Pharma AG (Lieferantin) hat der Beklagten 1 (Distributorin) im Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008 ein exklusives Vertriebsrecht für Dyalgonin® im Gebiet der

USA eingeräumt., dahingegen hat sich die Beklagte 1 verpflichtet den Absatz von Dyalgonin® im Vertragsgebiet zu fördern (**K-1**, Art. 1.1 und 5.1). Zwischen den Parteien wurde ein Distributionsvertrag abgeschlossen, auf welchen die Normen des OR AT bzgl. Nebenpflichten und Vertragsauslegung Anwendung finden. Die Ansprüche aus dem Vertrag stehen der Klägerin zu, da ihr diese rechtsgültig abgetreten wurden (Rz 60).

## **2. Die verlangten Auskünfte sind als klagbare Nebenpflichten zu qualifizieren**

- 66 Nebenpflichten sind zwischen den Parteien vereinbarte, für den Vertrag nicht essenzielle Pflichten (HUGUENIN, N 99). Hauptpflichten der Parteien sind lediglich die in Rz 64 aufgeführten Pflichten. Die Auskunftspflichten in Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) sind für diesen nicht essenziell und folglich als Nebenpflichten zu qualifizieren.
- 67 Die Einteilung in primäre oder sekundäre Nebenpflichten kann von Fall zu Fall variieren (SCHWENZER, N 4.26). Ob die Auskunftspflichten klagbare primäre Nebenpflichten oder bloss sekundäre nicht klagbare Nebenpflichten sind, ist durch Auslegung zu eruieren (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 32). Zur Vertragsauslegung s.o. Rz 2 und 4.
- 68 Fragt man nach dem Zweck von Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) und danach, was eine vernünftig handelnde Partei mit dieser Klausel gewollt hätte, wird klar, dass es sich um ein Kontrollinstrument für die Lieferantin handelt. Die Parteien haben die Auskunftspflichten der Distributorin vereinbart, damit die Lieferantin über den Verkehr mit US-Behörden informiert wird. Dies macht aufgrund der riesigen geographischen Distanz zwischen den Parteien Sinn. Dabei muss berücksichtigt werden, dass negative Rückmeldungen bzgl. Dyalgonin® vor allem die Lieferantin treffen, da sie das Medikament produzierte und die Zulässigkeit des Medikaments auf dem Markt für sie von grösstem Interesse war, da der Vertrieb in den USA ihre grössten Einnahmen ausmachten (E-Anz., Rz. 8). Man darf die Auskunftspflichten nicht isoliert lesen, sondern im Kontext von Art. 5.2 i) (**K-1**), in welchem sich die Beklagte verpflichtete, die auf dem Territorium einschlägige Gesetzgebung einzuhalten. Der offensichtliche Sinn und Zweck von Art. 5.2 ii) und iii) war, der Lieferantin die Möglichkeit einzuräumen, bei einer allfälligen Verletzung des Art. 5.2 (**K-1**) durch die Beklagte 1 Kenntnis zu erhalten. Aus den oben genannten Gründen ist Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) als eine selbständig klagbare primäre Nebenpflicht zu betrachten, ansonsten würde der Artikel ins Leere laufen, da die Lieferantin keine Möglichkeit hätte, die Einhaltung von Art. 5.2 i) zu kontrollieren und eine allfällige Vertragsverletzung geltend zu machen. Ein solches Resultat wäre stossend, da die Nichteinhaltung der Gesetzgebung im Vertragsgebiet der Absatzförderungspflicht widerspricht und somit ein Verstoß gegen eine Hauptpflicht des Vertrages darstellt, wobei es im Interesse einer vernünftig handelnden Partei ist, eine solche Vertragsverlet-

zung anhand der im Vertrag statuierten Auskünfte eruieren zu können. Des Weiteren spricht für die selbständige Klagbarkeit von Art. 5.2 (**K-1**), dass die Nebenpflicht detailliert umschrieben ist und ohne weitere Ergänzungen vollstreckt werden kann. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es offensichtlich Parteiwille war, die Auskunftspflichten als selbständig klagbare primäre Nebenpflichten zu gestalten.

### 3. Art. 5.2 des Distributionsvertrags umfasst die verlangten Auskünfte

- 69 Die Beklagte 1 verpflichtete sich, der Lieferantin alle Dokumente vorzulegen, die an die FDA oder eine andere US-Behörde unterbreitet werden sollen (**K-1**, Art. 5.2 ii). Zudem verpflichtete sie sich, alle Dokumente im Zusammenhang mit Dyalgonin®, die von oder an eine US-Behörde übermittelt wurden, herauszugeben (**K-1**, Art. 5.2 iii). Die Klägerin verlangt von der Beklagten 1 *«alle Dyalgonin®-bezogenen Dokumente, insbesondere alle Korrespondenz, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-amerikanische Behörde»*, sowie *«alle Protokolle, Notizen und Memoranda von Besprechungen»* mit einer US-Behörde und als letztes *«Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen (...) oder ähnliche Unterlagen»* einer US-Behörde (E-Anz., Rechtsbegehren, Ziff. 1).
- 70 Zwar ist der Wortlaut von Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) nicht deckungsgleich mit dem Rechtsbegehren der Klägerin, das Festhalten am genauen Wortlaut wäre aber i.c. rechtsmissbräuchlich, da es offensichtlich nicht dem Parteiwillen entspricht. Wie bereits erwähnt, soll Art. 5.2 (**K-1**) der Lieferantin ein Kontrollinstrument bzgl. der Einhaltung der anwendbaren Gesetzgebung durch die Distributorin, sowie dem gesamten Verkehr mit US-Behörden geben (Rz 68). Ziel der Klägerin ist es offensichtlich, solche Auskünfte wie in Art. 5.2 des Distributionsvertrages statuiert (**K-1**), zu erlangen, sprich alle Dokumente im Zusammenhang mit Dyalgonin® und einer US-Behörde, dementsprechend auch die nicht abschliessende Aufzählung im Rechtsbegehren (E-Anz., Rechtsbegehren, Ziff. 1).
- 71 Bei der Stufenklage muss sich das Rechtsbegehren auf Auskünfte beschränken, welche zur Bezifferung des Hauptanspruchs benötigt werden (BAUMANN, N 540). Die Klägerin will das Ausmass der Verletzung der territorialen Gesetzgebung eruieren, um somit die Vertragsverletzung durch die Beklagte 1, bzw. den Schaden und die Kausalität, rechtsgenügend nachweisen zu können (E-Anz., Rz 14). Demnach beschränkt sich ihr Auskunftsbegehren auf Auskünfte, welche sie benötigt um den nachfolgenden Schadenersatz beziffern zu können. Bzgl. der Form der Auskünfte hat die Klägerin gem. Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) Anspruch auf Kopien der Dokumente, wie sie es im Rechtsbegehren verlangt (E-Anz., Rechtsbegehren, Ziff. 1). Entgegen den Ausführungen der Gegenpartei, können die von der Klägerin

verlangten Auskünfte gem. den soeben gemachten Ausführungen unter Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) subsumiert werden.

#### **4. Die Klägerin hat nicht auf die vertraglichen Auskunftsansprüche verzichtet**

- 72 Die Nichtdurchsetzung von Vertragsansprüchen bedeutet gem. Art 13.4 des Distributionsvertrages (**K-1**) nicht, dass man auf diese verzichtet. Die jahrelange Nichtdurchsetzung der Auskunftsansprüche durch die PerAspera Pharma AG bedeutet somit nicht, dass sie auf diese verzichtet hat. Zu einem früheren Zeitpunkt bestand kein Anlass diese Ansprüche geltend zu machen, da sie lange im Unwissen bzgl. der Untersuchungen durch die US-Behörden gegen die Beklagte 1 gelassen wurde. Ein rechtsgültiger Verzicht durch ausdrückliche Erklärung fand weder durch die PerAspera Pharma AG, noch durch die Klägerin statt. Der Klägerin stehen die Ansprüche zu, da ihr diese rechtsgültig abgetreten wurden (Rz 60).
- 73 OR 130 I ist auf die Verjährung von Nebenpflichten anwendbar (GUHL/KOLLER, §39 N 19), weshalb die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt. Gem. OR 127 beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre. Der Distributionsvertrag wurde am 27. Februar 2008 (**K-1**) abgeschlossen, somit konnten bis heute keine der vertraglichen Nebenrechte verjähren. Es fand demnach kein Verzicht auf die Auskünfte durch Ablauf der Verjährungsfrist statt.

#### **5. Zwischenfazit**

- 74 Die Klägerin hat gestützt auf Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) Anspruch auf die verlangten Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten 1. Auf die vertraglichen Ansprüche wurde nicht verzichtet.

## **II. Eventualiter: Die Klägerin hat Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus Gesetz**

### **1. Es besteht ein Auskunftsanspruch nach ZGB 2 I**

- 75 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die Auskunftspflichten nicht unter 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) fallen, wird nachfolgend dargelegt, dass die Klägerin trotzdem einen unabdingbaren gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte hat.
- 76 Das OR sieht für den Distributionsvertrag keinen gesetzlich verankerten Auskunftsanspruch vor, wobei im Einzelfall ein solcher Anspruch aus Treu und Glauben nach ZGB 2 I begründet werden kann. Zu den Auskunftsansprüchen die sich aus ZGB 2 I ableiten lassen, gehören Auskünfte, die der Vorbereitung bzw. Feststellung von Rechtsansprüchen dienen, sog. präparatorische Informationsansprüche. Der Auskunftsanspruch ist an zwei Voraussetzungen geknüpft: Es muss eine rechtliche Sonderbeziehung zwischen den Parteien bestehen und der Auskunftsgläubiger muss ein berechtigtes Auskunftsinteresse haben (zum Ganzen AFFOLTER,

10 ff.). Die von der Klägerin verlangten Auskünfte stellen ebensolche präparatorische Informationsansprüche dar, welche zur Feststellung ihres Anspruchs dienen (E.-Anz., Rz 14).

77 Zur Durchsetzung eines Auskunftsanspruches vor Gericht muss dieser selbständig klagbar sein, was bei präparatorische Auskunftsansprüchen bejaht wird (LEUMANN, 119). Die von der Klägerin verlangten präparatorischen Auskunftsansprüche sind demnach selbständig klagbar und können im Rahmen einer Stufenklage durchgesetzt werden.

**a) Eine rechtliche Sonderverbindung liegt vor**

78 Ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben wird angenommen, wenn eine Rechtsbeziehung besteht, in welcher dieser Grundsatz zum Tragen kommt (statt vieler AFFOLTER, 12 f.). Der Distributionsvertrag als Dauerschuldverhältnis (MEYER, 108), begründet ein verstärktes Vertrauensverhältnis, in welchem diesem Grundsatz eine gesteigerte Bedeutung zukommt (ARTER, 24). Zur Begründung der von der Klägerin verlangten Auskünfte genügt es, wenn die Natur des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass eine Partei in entschuldbarer Weise nicht über den Umfang ihres Rechts Bescheid weiss und die Andere diese Ungewissheit ohne Mühe beseitigen kann. Die Rechtsbeziehung, die als Grundlage des Auskunftsanspruches dient, muss dieselbe sein, aus welcher der Hauptanspruch abgeleitet wird (zum Ganzen AFFOLTER, 14).

79 Das verstärkte Vertrauensverhältnis und somit die rechtliche Sonderverbindung zwischen den Parteien, muss aufgrund des Distributionsvertrages als Dauerschuldverhältnis bejaht werden. Es liegt in der Natur des Vertrages, dass die Klägerin in entschuldbarer Weise in Ungewissheit bzgl. ihrer Ansprüche ist. Sie hat keine Möglichkeit von ihrer vertraglichen Position in der Schweiz aus, an die Dokumente der US-Behörden zu gelangen. Die Beklagte 1 kann die Auskunft ohne Mühe erteilen, da sie im Besitz der dafür notwendigen Dokumente ist. Sowohl der Auskunftsanspruch wie auch der Hauptanspruch gründen im Distributionsvertrag.

**b) Das Auskunftsinteresse ist gegeben**

80 Das Auskunftsinteresse muss bejaht werden, wenn der Kläger das Vorliegen des Hauptanspruches plausibel erscheinen lassen kann, dabei muss dieser nicht genauestens feststehen, da die Auskunft der Feststellung des Bestandes sowie des Umfangs des Hauptanspruches dienen soll (AFFOLTER, 16 und 111). Die Klägerin stützt das Verlangen ihrer Auskunftsansprüche auf die Bezifferung des Schadenersatzanspruches aus Vertrag, dabei ist unbestritten, dass die Klägerin durch den schlechten Verkauf von Dyalgonin® sowie den Verstoss der Absatzförderungspflicht durch die Beklagte 1 einen Schaden erlitten hat (K-5, E-Anz. Rz 8). Der Bestand des Hauptanspruches steht fest, fraglich ist nur die Höhe des Verschuldens der Beklagten 1, um den Schadenersatzanspruch beziffern zu können.



81 Die Gefahr, dass ein Schadenersatzanspruch des Verpflichteten gegenüber der Gegenpartei durch die Herausgabe der Auskünfte offenbart wird, bildet kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse (statt vieler LEUMANN, 129). Andere Geheimhaltungsinteressen sind nicht ersichtlich, somit überwiegt das Interesse der Klägerin auf Auskunft bzw. auf Eruiierung der Vertragsverletzung das Interesse der Beklagten 1 an Geheimhaltung, da vertragsverletzendes Verhalten nicht geschützt werden soll.

## **2. Die Klägerin hat nicht auf die gesetzlichen Auskunftsansprüche verzichtet**

82 Auf die gesetzlichen Auskunftsansprüche ist Art. 13.4 des Distributionsvertrages (**K-1**) nicht anwendbar, da der Wortlaut dieser Klausel nur vertragliche Ansprüche umfasst. Nichtsdestotrotz fand kein Verzicht statt. Ein konkludenter vertraglicher Verzicht nach OR 115, wie von der Gegenpartei behauptet, kann nicht schlechthin angenommen werden. Der Wille des Gläubigers auf seine Forderung definitiv zu verzichten muss klar vorliegen (zum Ganzen OFK OR-EICHENBERGER, Art. 115 N 2). Die Tatsache, dass die Rechte über längere Zeit nicht geltend gemacht wurden, bedeutet nicht, dass auf diese verzichtet wurde (BGer 4C.14/2001, E. 1b). Das blosses Verjähren lassen einer Forderung stellt keinen konkludenten Schulderlass dar, weshalb hier nicht auf die Verjährung eingegangen wird (OFK-EICHENBERGER, Art. 115 N 3). Weder die Klägerin noch die PerAspera Pharma AG haben je den Willen zu einem Schuldverzicht geäußert, auch das langjährige Untätigbleiben deutet nicht auf einen solchen Willen hin. Da nicht auf die Ansprüche verzichtet wurde, stehen sie nun der Klägerin zu, da ihr diese von der PerAspera Pharma AG abgetreten wurden (Rz 60).

## **3. Zwischenfazit**

83 Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten 1 Anspruch auf die verlangten Auskünfte, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach ZGB 2 I, da sowohl die Sonderverbindung wie auch das Auskunftsinteresse bejaht wurden. Ein rechtsgültiger Verzicht fand somit nicht statt.

## **III. Fazit**

84 Die Klägerin hat gem. Art. 5.2 des Distributionsvertrages (**K-1**) Anspruch auf die verlangten Auskünfte. Eventualiter hat die Klägerin einen unabdingbaren Anspruch auf die verlangten Auskünfte gestützt auf ZGB 2 I. Auf keine der beiden Ansprüche hat die Klägerin verzichtet.

In diesem Sinne bitten wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team 9