

Moot Court Team 3

Marco Ehrat
David Eschle
Kilian Meier
Martin Wilhelm

Einschreiben

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

Zürich, 9. Dezember 2016

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 3

Klägerin

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 [...]

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Walter Bosch
Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Prof. Dr. Regula Vollenweider
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Paul Richterich

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, 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;

mit nachstehender

Begründung

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidverzeichnis.....	IX
Publizierte Bundesgerichtsentscheide.....	IX
Nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide	X
Kantonale Entscheide.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XII
I. Prozessuales	1
1. Die Beklagte 2 ist Partei der Schiedsvereinbarung.....	1
1.1 Die Parteistellung entspricht dem Willen der Parteien	1
a) Erfassung aller Ansprüche durch die Schiedsvereinbarung.....	1
b) Einordnung in die Systematik des Distributionsvertrags.....	2
c) Interesse aller Parteien an Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht.....	3
1.2 Eventualiter: Anerkennung der Parteistellung durch die Beklagte 2.....	3
2. Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2.....	4
2.1 Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	4
a) Kein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters.....	4
b) Gültiger Verzicht auf Mitwirkungsrecht bei Ernennung der Schiedsrichter	4
c) Gleichläufige Interessen der Beklagten	5
d) Einflussnahme der Beklagten 2 auf die Beklagte 1.....	6
e) Einverständnis mit den ernannten Schiedsrichtern	6
2.2 Eventualiter: Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung.....	7
3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch Einlassung der Beklagten 2.....	8
II. Materielles.....	10
4. Aktivlegitimation der Klägerin gegenüber der Beklagten 1	10
4.1 Vereinbarung einer Sicherungszession als Sicherungsmittel	10
a) Die Sicherungszession entspricht dem Willen der Parteien	10
b) Die Wahl der Sicherungszession entspricht der gängigen Praxis	10
c) Eventualiter: Die Forderungsverpfändung ist gültig zustande gekommen	11
4.2 Die Regelung in Art. 13.5 K-1 steht der Abtretung nicht entgegen	12
a) Vertragliche Pflicht zur Zustimmung der Beklagten 1	12
b) Fehlen eines gewichtigen Grundes	12

c)	<i>Fiktion der Zustimmung aufgrund treuwidrigen Verhaltens</i>	13
4.3	Eventualiter: Relative Wirkung der abredewidrigen Abtretung	14
4.4	Aktivlegitimation in Bezug auf den Beendigungsvertrag.....	16
5.	Auskunftsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 1.....	16
5.1	Auskunftsansprüche der Klägerin aus Vertrag	16
a)	<i>Herausgabe sämtlicher Dyalgonin®-bezogenen Dokumente</i>	17
b)	<i>Herausgabe sämtlicher Dokumente aus Besprechungen mit US-Behörden</i>	17
c)	<i>Herausgabe sämtlicher Kommunikation mit einer US-Behörde</i>	18
5.2	Auskunftsansprüche der Klägerin kraft Gesetzes	18
a)	<i>Auskunftsansprüche nach Agentur- und Auftragsrecht</i>	18
b)	<i>Auskunftsansprüche aus dem Gebot von Treu und Glauben</i>	19
5.3	Kein Verzicht auf vertragliche oder gesetzliche Auskunftsansprüche	20

Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: AiS-BEARBEITERIN) [N 3, 17, 21, 33]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015 [N 13, 14, 21, 35]
- BUCHER ANDREAS (Hrsg.), *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011* (zit.: CR IPRG-BEARBEITERIN) [N 35]
- BÜHLER THEODOR, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2f: Der Agenturvertrag, Art. 418a–418v OR*, Zürich 2000 (zit.: ZK OR-BÜHLER) [N 78]
- FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*, Bern 2010 [N 19]
- FRICK JOACHIM G., *Arbitration and Complex International Contracts, With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances*, Zürich 2001 [N 14]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II*, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 [N 44, 54]
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI/2, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR*, Bern 1964 (zit.: BK OR-GAUTSCHI) [N 76, 78]
- GIRSBERGER DANIEL/HERMANN JOHANNES L., *Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis*, in: LORANDI FRANCO/STAEHLIN DANIEL (Hrsg.), *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich/St.Gallen 2011, 319–338 [N 51, 60, 63]
- GUTMANS ALEXANDER, *Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR)*, Diss. Basel/Frankfurt am Main 1995 [N 56, 57]
- HANOTIAU BERNARD, *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues, An Analysis*, in: *Journal of International Arbitration* (Alphen aan den Rijn) 2001, 251–360 [N 2, 17]
- HARTMANN JÜRIG E./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. Aufl., St. Gallen 1995 [N 76]

- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BK ZGB-BEARBEITERIN) [N 80]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN) [N 3, 14, 25, 29, 30, 33, 35]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITERIN) [N 57, 58, 60]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-BEARBEITERIN) [N 80]
- HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 [N 10, 28, 49, 57, 76, 79, 80]
- HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: OR 2020-BEARBEITERIN) [N 60]
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2. Aufl., Bern 2010 [N 3]
- KLEINSCHMIDT JENS, *Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren*, in: *SchiedsVZ* 2006, 142–150 [N 9]
- KLEYLING THOMAS F., *Zession – unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession – und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten*, Diss. Basel 1979 [N 40, 42]
- KUHN HANS, *Schweizerisches Kreditsicherungsrecht*, Bern 2011 (zit.: KUHN H.) [N 46]
- KUHN MORITZ, *Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV)*, in: FORSTMOSER PETER/GIGER HANS/HEINI ANTON/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, 187–204 (zit.: KUHN M.) [N 76]
- LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989 [N 14]
- LEUMANN LIEBSTER PASCAL, *Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Basel/Genf/München 2005 [N 80]
- MEIER ANDREA, *Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten*, Diss. Zürich 2007 [N 14, 25]

- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, *Der Alleinvertrieb*, 2. Aufl., St. Gallen 1992 [N 76]
- MÜLLER-CHEN MARKUS, *Abtretungsverbote im Internationalen Rechts- und Handelsverkehr*, in: SCHWENZER INGEBORG/HAGER GÜNTER (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, 903–922 [N 51, 60, 61]
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: *CHK OR-BEARBEITERIN*) [N 77]
- OFTINGER KARL/BÄR ROLF, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis*, 3. Aufl., Zürich 1981 (zit.: *ZK ZGB-OFTINGER/BÄR*) [N 42]
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1–183*, 2. Aufl., Zürich 1929 (zit.: *ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER*) [N 49, 57]
- PFISTERER STEFANIE, *Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis*, Zürich 2011 [N 13]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2. Aufl., London 2007 [N 3, 13, 14]
- REETZ PETER, *Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich/Basel/Genf 2006 [N 39, 40]
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Sachenrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 [N 44]
- SCHWAB KARL-HEINZ/WALTER GERHARD, *Schiedsgerichtsbarkeit, Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*, 7. Aufl., München 2005 [N 8]
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Bern 2016 [N 48, 60]
- STACHER MARCO, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2015 [N 34, 35]
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG*, 2. Aufl., Basel 2010 (zit.: *BSK SchKG-BEARBEITERIN*) [N 40]

- STAUDER BERND/STAUDER-BILICKI HILDEGARD, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz, in: HADDING WALTHER/SCHNEIDER UWE H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, 767–790 [N 42]
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: ZPOK-BEARBEITERIN) [N 25]
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974 [N 48]
- VOSER NATHALIE, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, in: VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), 50 Years of the New York Convention, ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series Nr. 14, Alphen aan den Rijn 2009, 342–388 [N 20]
- WHITESSELL ANNE MARIE/SILVA-ROMERO EDUARDO, Multiparty and Multicontract Arbitration, Recent ICC Experience, in: ICC Bulletin, Special Supplement 2003, Complex Arbitrations, 7–18 [N 9]
- ZOBL DIETER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Recht, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907–915 ZGB), 2. Aufl., Bern 1996 (zit.: BK-ZOBL) [N 44, 45]
- ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010 (zit.: BK-ZOBL/THURNHERR) [N 42]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: SRIAC-BEARBEITERIN) [N 13, 17]

Entscheidverzeichnis**Publizierte Bundesgerichtsentscheide**

BGE 60 II 335	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 03. Oktober 1934 [N 76]
BGE 64 II 415	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 01. November 1938 [N 45]
BGE 113 II 163	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1987 [N 44]
BGE 114 II 57	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. April 1988 [N 80]
BGE 114 II 159	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Juni 1988 [N 28]
BGE 117 II 94	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. April 1991 [N 49]
BGE 117 II 273	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 1991 [N 54, 57]
BGE 120 II 155	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. April 1994 [N 33]
BGE 128 III 50	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001 [N 11, 33, 35]
BGE 130 III 66	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003 [N 11, 29]
BGE 131 III 467	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. April 2005 [N 28]
BGE 134 III 438	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Juni 2008 [N 28]
BGE 134 III 565	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2008 [N 6]
BGE 135 III 295	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. März 2009 [N 54]
BGE 136 III 437	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Mai 2010 [N 40]

BGE 138 III 29	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. November 2011 [N 29]
BGE 138 III 681	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2012 [N 5]
BGE 139 III 49	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. November 2012 [N 79]
BGE 139 III 511	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. November 2013 [N 11]
BGE 140 III 134	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Februar 2014 [N 2]

Nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide

BGer 08.08.1977	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. August 1977 (zit. in: NOBEL PETER, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979, 359 f.) [N 42]
BGer 16.05.1983	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 1983 (zit. in: ASA Bull. 1984, 206–209) [N 25]
BGer 4C.40/2003	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003 [N 3]
BGer 4C.281/2005	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Dezember 2005 [N 54]
BGer 4P.105/2006	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. August 2006 [N 17, 20]
BGer 4A_220/2007	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. September 2007 [N 5]
BGer 4A_561/2012	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Januar 2013 [N 57]
BGer 4A_682/2012	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Juni 2013 [N 33]
BGer 4A_634/2014	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Mai 2015 [N 11]
BGer 4A_136/2015	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. September 2015 [N 2]

BGer 4A_392/2015 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Dezember 2015 [N 33]

BGer 4A_82/2016 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Juni 2016 [N 2, 5]

Kantonale Entscheide

HGer ZH HG100147 Vorurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. März 2012 [N 55]

OGer ZH 11.09.2001 Urteil der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2001 (= ZR 101 2002, 77–81 = ASA Bull. 2002, 694–701) [N 13]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AiS	Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Alphen aan den Rijn)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage = Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
ASA Bull.	ASA Bulletin (Alphen aan den Rijn)
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CR	Commentaire Romand (Basel)
c/o	care of = in der Obhut von
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung(en)
E-1	Einleitungsantwort der Beklagten 1 vom 26. Juli 2016
E-2	Provisorische Einleitungsantwort der Beklagten 2 vom 29. Juli 2016
E-Anz.	Einleitungsanzeige der Klägerin vom 29. Mai 2016
f./ff.	und folgende/r
h.L.	herrschende Lehre
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)

i.S.v.	im Sinne von
Kap.	Kapitel
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 = Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Ltd.	Limited
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n); Randnote(n)
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivil- gesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor/-in
Rz.	Randziffern(n)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (München)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012, Swiss Chambers' Arbitration Institution, The Swiss Chambers of Commerce Association for Arbitration and Mediation
SRIAC	Swiss Rules of International Arbitration, Commentary (Zürich/Basel/Genf)
U-2	Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 vom 26. September 2016
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
zit.	zitiert
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPOK	Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zürich)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

I. Prozessuales

1. Die Beklagte 2 ist Partei der Schiedsvereinbarung

- 1 In erster Linie steht zur Diskussion, ob die Beklagte 2 Partei der Schiedsvereinbarung gemäss Art. 13.1 Distributionsvertrag wurde (Verfügung Nr. 2 vom 29. September 2016). Bei richtiger Vertragsauslegung und entgegen den Behauptungen der Beklagten 2 ist dies der Fall.

1.1 Die Parteistellung entspricht dem Willen der Parteien

- 2 Das Schiedsgericht muss gemäss Art. 186 Abs. 1 IPRG abklären, welche Personen durch eine Klausel gebunden sind (BGer 4A_82/2016 E. 2.3; HANOTIAU, 257). Die Auslegung von Schiedsvereinbarungen unterliegt den gleichen allgemeinen Grundsätzen wie die Auslegung anderer privater Vereinbarungen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Demnach ist in erster Linie auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (BGE 140 III 134 E. 3.1). Ist ein solcher nicht festzustellen, wird die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und der mutmassliche Parteiwille so konstruiert, wie er nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände von der Gegenpartei im Zeitpunkt des Vertragschlusses verstanden werden durfte und musste (BGer 4A_136/2015 E. 2.2.2).

a) Erfassung aller Ansprüche durch die Schiedsvereinbarung

- 3 Auf dem Parkett der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist *in favorem validitatis* keine restriktive, sondern zumindest eine ergebnisneutrale Auslegung in Bezug auf die Vereinbarung einer Schiedsabrede angezeigt, da der internationale Schiedsprozess mindestens gleichwertige Unabhängigkeitsgarantien wie die staatlichen Gerichte bietet (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 252; AiS-MÜLLER, Art. 178 IPRG N 59; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52; POUURET/BESSON, N 304). Steht sodann im Grundsatz fest, dass ein Vertrag eine Schiedsabrede enthält, ist davon auszugehen, dass die Beteiligten eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschten (BGer 4C.40/2003 E. 5.3).
- 4 Dass Art. 13.1 K-1 eine Schiedsklausel enthält und daran sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 1 gebunden sind, ist unbestritten. Deren Zustimmung zur Klausel muss so ausgelegt werden, dass sie alle Ansprüche aus dem Vertrag – wozu auch die Garantien gehören – in einem Schiedsverfahren beurteilen lassen wollten. Das Interesse der Parteien an einer weitreichenden Zuständigkeit war für die beiden Garantinnen und Muttergesellschaften klar ersichtlich. Der Beklagten 2 wäre es freigestanden, die Einhaltung der vertraglichen Pflichten durch die Beklagte 1 in einem separaten Vertrag zu garantieren. Dort hätte sie einen anderen Streitbeilegungsmechanismus vorsehen können.

5 Dass diese Interpretation dem Willen der Parteien entspricht, folgt auch unzweifelhaft aus dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung. Die Parteien verwenden Bezeichnungen gewöhnlich in ihrer objektiven Bedeutung, weshalb ein klarer Wortlaut Vorrang hat vor anderen Auslegungselementen (BGer 4A_82/2016 E. 3.1). Art. 13.1 K-1 ist sehr weit gefasst, es sollen «Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten und Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag» dem Schiedsgericht vorgelegt werden. Bei einer solchen Formulierung ist nach der Rechtsprechung von einer umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszugehen (BGE 138 III 681 E. 4.4; BGer 4A_220/2007 E. 6.2). Wenn eine Schiedsvereinbarung auch Streitigkeiten «im Zusammenhang mit» dem Vertrag erfassen soll, wollten die Parteien alle Ansprüche, die sich aus dem vom Vertrag geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen unmittelbar berühren, der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen (vgl. BGE 138 III 681 E. 4.4, dem sogar ein weniger weitreichender Wortlaut zugrunde lag). Der gegenüber der Beklagten 2 geltend gemachte Garantieanspruch ergibt sich aus dem Distributionsvertrag, da die beide Garantien darin vereinbart wurden (Art. 12 K-1). Folglich wurde der Garantieanspruch der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zugewiesen.

b) Einordnung in die Systematik des Distributionsvertrags

6 Nichts anderes ergibt sich bei einer systematischen Auslegung des Vertrags. Im Grundsatz sind die Vertragsschliessenden durch eine Schiedsklausel in einem Vertrag gebunden (BGE 134 III 565 E. 3.2). Im Ingress des Vertrags wird die Beklagte 2 an gleicher Stelle mit den anderen drei Vertragsparteien genannt. In der nachfolgenden Präambel, die das Ziel des Vertrags umschreibt, ist von der Absicht «der Parteien» die Rede. Ausserdem «vereinbaren die Parteien was folgt», womit nicht nur die Distributorin und die Lieferantin, sondern alle vier vorstehend genannten Gesellschaften gemeint sind (vgl. Präambel K-1). Die Beklagte 2 hat den Distributionsvertrag unterzeichnet und so ihren Willen ausgedrückt, Partei des Vertrags und aller enthaltenen Bestimmungen – auch der Schiedsklausel – zu sein.

7 Die Schiedsklausel befindet sich unter Art. 13 K-1, wo die «allgemeinen Bestimmungen des Vertriebsvertrags» festgelegt werden. Dort findet sich neben der Schiedsklausel auch eine Haftungsbeschränkung der Beklagten 2 auf USD 1'000'000 für bestimmte Fälle (Art. 13.2 ii K-1), und alle Parteien sichern sich die Berechtigung zur Unterzeichnung des Vertrags (Art. 13.1 iii K-1) sowie den umfassenden Charakter der Vereinbarung (Art. 13.6 K-1) zu. Die Rechtswahl, die der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 Abs. 1 K-1 direkt vorsteht, bezieht sich ebenfalls auf den ganzen Vertrag und nicht nur auf das Verhältnis zwischen der Distribu-

torin und der Lieferantin. Die Bestimmungen gelten «allgemein» und finden infolgedessen auf alle vier Vertragsparteien Anwendung.

c) Interesse aller Parteien an Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht

- 8 Dies wird noch deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass für die Durchführung eines Mehrparteienschiedsverfahren entscheidend ist, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhergesehen werden konnte und musste, dass allfällige Streitigkeiten angemessen nur zwischen mehreren Parteien ausgefochten werden könnten (vgl. SCHWAB/WALTER, Kap. 10 Rz. 15). Bei Vertragsschluss musste der Beklagten 2 klar sein, dass Rechtsstreitigkeiten aus dem Distributionsvertrag nicht bilateral prozessiert werden sollten. Die Distributorin und die Lieferantin haben beide ein Interesse daran, die subsidiär haftenden und zahlungsfähigen Garantinnen, die PerAspera Holding AG und die Beklagte 2, in den Schiedsprozess miteinzubeziehen.
- 9 Eine gegenteilige Interpretation hätte zur Folge, dass für die Durchsetzung der Ansprüche gegen die Beklagte 1 bzw. gegen die Klägerin und die Inanspruchnahme der Garantien aufgrund der unterschiedlichen gerichtlichen Zuständigkeiten separate Verfahren eingeleitet werden müssten. Dies liefe aber den Interessen aller Beteiligten entgegen, zumal das Risiko bestünde, dass das Urteil des später angerufenen staatlichen Gerichts demjenigen des Schiedsgerichts widerspricht, was einer der Gründe ist, wieso man sich in Mehrparteienverfahren auf die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts einigt (vgl. KLEINSCHMIDT, 143). Auch käme keine der Parteien in den Genuss der zeitlichen Effizienz und der Kostenersparnis, die das Schiedsverfahren mit sich bringen soll (vgl. WHITESELL/SILVA-ROMERO, 10).

1.2 Eventualiter: Anerkennung der Parteistellung durch die Beklagte 2

- 10 Selbst wenn die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel wäre, verstiesse die Bestreitung der Parteistellung gegen Treu und Glauben. Indem die Beklagte 2 sich den Äusserungen der Beklagten 1 anschloss (E-2, N 2), hat sie nämlich anerkannt, Partei der Schiedsvereinbarung geworden zu sein. Die Beklagte 1 bestritt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Ansprüche der Klägerin ausdrücklich nicht und bezeichnete dies als «vorbehaltlose Einlassung» (E-1, N 2). Die Beklagte 2 wich von dieser Position nur insofern ab, als dass sie erklärte, sich in Bezug auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung sämtliche Rechte vorbehalten zu wollen. In Bezug auf ihre Parteistellung brachte sie aber keinerlei Vorbehalte an. Diese beiden Aspekte sind gemäss der Zweistufentheorie (HUGUENIN, 445 f.) aber strikt zu trennen, wie es auch das Schiedsgericht macht (Verfügung Nr. 2 vom 29. September 2016).

- 11 Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ist auch im internationalen Schiedsgerichtsverfahren zu beachten (BGE 139 III 511 E. 5.3.1; 130 III 66 E. 4.3; 128 III 50 E. 2c/aa; BGer 4A_634/2014 E. 3.1). Aus ihm folgt, dass die Parteien Einwendungen gegen die Zuständigkeit oder die Zusammensetzung des Schiedsgerichts im frühestmöglichen Zeitpunkt geltend zu machen haben (BGE 130 III 66 E. 4.3). Umso mehr widerspricht es dem Gebot von Treu und Glauben, wenn die Beklagte 2 zunächst im Anschluss an die Beklagte 1 ihre Parteistellung bezüglich der Schiedsgerichtsklausel anerkennt, diese aber nachträglich bestreiten will.

2. Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2

2.1 Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

- 12 Entgegen den Behauptungen der Beklagten 2 ist die Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 K-1 ihr gegenüber gültig.

a) Kein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters

- 13 Der Beklagten 2 kommt vorliegend kein Recht zu, einen zusätzlichen, eigenen Schiedsrichter zu benennen. Dies würde gegen den in Art. 182 Abs. 3 IPRG verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verstossen. Es ist in der Lehre und in der Rechtsprechung anerkannt, dass im Falle von Mehrparteienschiedsverfahren nicht jede Partei ein Recht darauf hat, ihren *eigenen* Schiedsrichter zu ernennen (BERGER/KELLERHALS, N 836; POUURET/BESSON, N 402; PFISTERER, 235). Dies würde i.c. nämlich dazu führen, dass die Beklagten zwei Schiedsrichter stellen könnten und einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichts hätten (vgl. SRIAC-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 20). So hat das Obergericht Zürich eine Schiedsvereinbarung, nach der die Beklagten zusammen zwei, die Klägerin hingegen nur einen Schiedsrichter ernennen durfte, für ungültig erklärt (OGer ZH 11.09.2001).

b) Gültiger Verzicht auf Mitwirkungsrecht bei Ernennung der Schiedsrichter

- 14 Art. 8 Abs. 3 SRIA und Art. 179 Abs. 1 IPRG sehen vor, dass das Schiedsgericht gemäss der Parteivereinbarung besetzt wird. Dies ist Ausdruck des Primats der Parteiautonomie und der Vertragsfreiheit, die einen wichtigen Grundpfeiler der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit darstellt (LALIVE/POURET/REYMOND, N 1; BERGER/KELLERHALS, N 796; BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einleitung 12. Kap. IPRG N 283). Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit ist es deshalb zulässig, dass eine Partei einer Schiedsklausel ihr Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters einschränkt (POURET/BESSON, N 242 m.w.H.) oder ganz auf das Recht auf Gleichbehandlung verzichtet (FRICK, 236; vgl. MEIER, 101 f.).

15 Die Beklagte 2 hat sich durch ihre Zustimmung zur Schiedsklausel auch mit der darin vereinbarten Konstituierung des Gerichts durch die Beklagte 1 und die Klägerin einverstanden erklärt. Sie begnügte sich damit, ihren Einfluss auf die Bestellung des Gerichts im Streitfall allenfalls durch die Beklagte 1 geltend zu machen. Die Beklagte 2 hat also auf ihr Recht verzichtet, bei der Bestellung des Schiedsgerichts mitzuwirken.

c) Gleichläufige Interessen der Beklagten

16 Selbst wenn ein Verzicht im Voraus nicht möglich gewesen wäre, wurde der Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber der Beklagten 2 nicht verletzt, weil ihre Interessen mit jenen der Beklagte 1 übereinstimmen, die ihrerseits einen Schiedsrichter ernennen durfte.

17 Die Schweizer Rechtsprechung wendet bei der Ernennung des Schiedsgerichts durch mehrere Beklagte weniger restriktive Bedingungen an als bspw. Frankreich (vgl. SRIAC-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 21). Mehreren Beklagten mit gleichlaufenden Interessen ist es zuzumuten, sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter zu einigen (BGer 4P.105/2006 E. 5.2; AiS-MEIER, 1338). Ein Schweizer Ad-Hoc-Schiedsgericht ging in einem ähnlichen Fall sogar noch weiter. Der Kläger klagte zuerst nur gegen eine Person, die in der Folge ihren Schiedsrichter ernannte, ehe er später drei weitere Personen beklagte. Das Gericht kam zum Schluss, dass es keinen Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt, dass die anderen Beklagten nicht an der Konstituierung des Schiedsgerichts mitgewirkt hatten, solange alle Beklagten zur gleichen Gruppe gehören oder die gleichen Interessen haben (HANOTIAU, 344).

18 Die Beklagte 2 behauptet in ihren Schreiben, dass die Interessen der beiden Beklagten in diesem Verfahren «nicht unbedingt gleichlaufen» müssen (E-2, N 3) bzw. die «Interessenlage [...] nicht zwingend identisch» sei (U-2, N 2). Sie verweist damit auf eine theoretisch mögliche Abweichung zwischen den Interessen mehrerer Beklagter. Abgesehen von einem Hinweis auf die (nicht relevante, vgl. N 20) Begrenzung der Garantiesumme bringt sie aber in keiner Weise vor, dass im konkreten Fall tatsächlich unterschiedliche Interessen bestünden.

19 Dass die Interessen der Beklagten gleichlaufend sind, zeigt sich daran, dass sie, ihre Anwälte Bader, Puder und Partner und das Moot Court Team [...] es als unproblematisch betrachten, dass die Beklagten 1 und 2 von den gleichen Personen vertreten werden. Eine Mehrfachvertretung ist nämlich nur solange möglich, als zwischen den verschiedenen Klienten jegliche Interessenkonflikte ausgeschlossen werden können oder diese nur unbedeutende Nebenpunkte betreffen (FELLMANN, N 349 f.). Die Interessen der Beklagten mussten deshalb gleichlaufend sein. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man sich die organisatorische und wirtschaftliche Verflechtung der beiden Beklagten vor Augen führt (N 22 f.).

20 Die Beklagte 2 schliesst sich in E-2 den materiellen Ausführungen der Beklagten 1 an. Sie fügt nichts hinzu, weil sie in den materiell-rechtlichen Aspekten deren Ansichten teilt. In U-2 führt sie unzutreffenderweise an, die unterschiedlichen Interessen würden sich aus der begrenzten Haftungssumme der Beklagten 2 ergeben. Die Begrenzung der Garantiesumme ändert aber nichts daran, dass die Beklagte 2 in der ersten Prozessphase auf eine Klageabweisung hinzielt, da sie ansonsten als Garantin für den von der Beklagten 1 verursachten Schaden haftet (vgl. BGer 4P.105/2006 E. 5.2, wo die gemeinsame Ernennung mit einer sich neutral verhaltenden Partei zumutbar war). Die Beklagte 2 verfolgt als Muttergesellschaft und Garantin also dieselben oder zumindest gleichartige Interessen (vgl. VOSER, 364) wie die Beklagte 1, und es wäre ihnen zumutbar gewesen, gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen.

d) Einflussnahme der Beklagten 2 auf die Beklagte 1

21 Es trifft nicht zu, dass der Beklagten 2 jedes Recht auf Mitwirkung an der Bestellung des Schiedsgerichts entzogen wurde. Die Parteivereinbarung kann das Recht mindestens insoweit einschränken, als dass jeder Partei die Möglichkeit belassen wird, einen vernünftigen Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichts auszuüben (BERGER/KELLERHALS, N 836; AIS-ORELLI, Art. 179 IPRG N 23).

22 Der Beklagten 2 gehört als Muttergesellschaft die Hälfte der Anteile an der Beklagten 1. Die Mehrheit des Verwaltungsrats der Beklagten 1 besteht aus Managern der Beklagten 2, auch das Management ist mehrheitlich von Leuten mit engen Beziehungen zur Beklagten 2 besetzt. Die Beklagte 1 steht also wirtschaftlich und faktisch in einer engen Beziehung zur Beklagten 2. Diese musste wissen, dass die Beklagte 1 einen Schiedsrichter ernennt, und hätte die Schiedsrichterwahl der Beklagten 1 somit ohne Weiteres beeinflussen können.

23 Dies gilt umso mehr, als dass die beiden Beklagten von der gleichen Anwaltskanzlei (Bader, Puder & Partner) vertreten wurden, und die jeweiligen Einleitungsantworten sogar von derselben Person unterzeichnet worden sind (vgl. E-1, E-2). Die Schiedsrichterernennung geschah also durch den gemeinsamen Vertreter der Beklagten 1 und der Beklagten 2.

e) Einverständnis mit den ernannten Schiedsrichtern

24 Die Beklagte 2 hat sich mit der Bestellung des Schiedsgerichts einverstanden erklärt, indem sie sich nicht gegen die Einsetzung der einzelnen Schiedsrichter gewehrt hat.

25 Das Bundesgericht hat im Westland-Urteil entschieden, dass eine Partei ihre Mitwirkungspflicht bei der Schiedsrichterernennung auch dann wahrnehmen muss, wenn sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts grundsätzlich bestreitet (BGer 16.05.1983). Die ZPO sieht für

Binnenschiedsverfahren in Art. 368 Abs. 1 eine Ablehnung eines Schiedsrichters vor, wenn eine andere Partei einen überwiegenden Einfluss auf dessen Ernennung ausgeübt hat. Gemäss h.L. gilt dieser Ablehnungsgrund wegen der grossen Bedeutung der Gleichbehandlung der Parteien auch unter dem IPRG (ZPOK-PFISTERER, Art. 368 N 28; MEIER, 116). Nach Treu und Glauben müssen die Parteien die Gründe für die Ablehnung eines Schiedsrichters sofort geltend machen, ansonsten das Recht verwirkt (BSK IPRG-PETER/BRUNNER, Art. 180 N 21).

- 26 Die Beklagte 2 wusste spätestens am 29. Juli von der Schiedsrichterernennung der Klägerin und der Beklagten 1 (vgl. N 23). Sowohl auf die Nachfrage des Schiedsgerichtshofs im E-Mail vom 3. August 2016, zusätzliche Informationen einzugeben, als auch auf die Bestätigung der Schiedsrichter durch den Schiedsgerichtshof vom 16. August 2016 reagierte die Beklagte 2 nicht. Sie wendete insbesondere nicht ein, dass die Schiedsrichter durch den überwiegenden Einfluss einer Partei ernannt wurden. Zu diesem Zeitpunkt musste die Beklagte 2 aber immer noch davon ausgehen, allenfalls Partei des Schiedsverfahrens zu sein. Dies zeigt, dass sie nichts gegen die konkret eingesetzten Schiedsrichter einzuwenden hatte.

2.2 Eventualiter: Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung

- 27 Selbst falls sich die Klausel betreffend die Ernennung der Schiedsrichter (Art. 13.1 Abs. 2 Satz 3 K-1) in Bezug auf die Beklagte 2 als ungültig erwiese, fielen entgegen derer Auffassung nicht die gesamte Schiedsvereinbarung (Art. 13.1 Abs. 2 K-1) dahin.
- 28 Rechtlich unzulässige Vereinbarungen sind nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Ob eine nur teilweise rechtlich unzulässige Vereinbarung als Ganzes nichtig ist, beurteilt sich zunächst nach dem Schutzzweck der verletzten Norm (BGE 134 III 438 E. 2.3; HUGUENIN, N 434). Verlangt dieser nichts anderes, ist nach Art. 20 Abs. 2 OR nur der unzulässige Teil des Vertrages nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen hätten. Im Falle einer Teilnichtigkeit ist der Vertrag in abgeänderter Form so nahe wie möglich am Willen der Parteien aufrecht zu erhalten (BGE 131 III 467 E. 1.3) und nötigenfalls aufgrund des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen (BGE 114 II 159 E. 2c).
- 29 Dasselbe ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu unvollständigen, unklaren und widersprüchlichen Bestimmungen in Schiedsvereinbarungen. Diese gelten als pathologische Klauseln und führen, sofern sie nicht zwingende Elemente der Schiedsvereinbarung zum Gegenstand haben, nicht ohne Weiteres zu deren Ungültigkeit. Dem Utilitätsgedanken gemäss ist durch Auslegung und allenfalls Vertragsergänzung nach einer Lösung zu suchen, die den grundsätzlichen Willen der Parteien respektiert, sich einer Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstel-

len (BGE 138 III 29 E. 2.2.3; 130 III 66 E. 3.1). Der unmögliche Teil ist gegebenenfalls vereinbarungserhaltend auszulegen, ersatzlos zu streichen oder durch eine vertragsergänzende Bestimmung zu ersetzen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 54, 56).

- 30 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien i.S.v. Art. 182 Abs. 3 IPRG leitet sich aus den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV ab (BSK IPRG-PFISTERER, Art. 190 N 60) und bezweckt die Gewährleistung eines fairen Verfahrens. Vorliegend verstiesse die Annahme der Teilnichtigkeit nicht gegen diesen Zweck. Bei einem Wegfall von Art. 13.1 Abs. 2 Satz 3 K-1 käme mangels einer Vereinbarung bezüglich der Bestellung des Schiedsgerichts Art. 8 Abs. 4 SRIA zur Anwendung, wonach jede Partei oder Parteigruppe (mehrere klagende oder beklagte Parteien) gemeinsam je einen Schiedsrichter zu ernennen hätte. Der Beklagten 2 wäre somit das Recht einzuräumen, gemeinsam mit der Beklagten 1 einen neuen Schiedsrichter zu ernennen. Folglich wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz zweifellos gewahrt.
- 31 Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Parteien die Schiedsvereinbarung ohne Art. 13.1 Abs. 2 Satz 3 K-1 nicht abgeschlossen hätten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien im Bewusstsein um eine mögliche Ungültigkeit von Art. 13.1 Abs. 2 Satz 3 K-1 eine gemeinsame Bestellung der Schiedsrichter i.S.v. Art. 8 Abs. 4 SRIA vorgesehen hätten. Somit ist höchstens Art. 13.1 Abs. 2 Satz 3 K-1 als nichtig zu werten. In diesem Fall wäre der Beklagten 2 die Möglichkeit zu eröffnen, gemeinsam mit der Beklagten 1 einen neuen Schiedsrichter für die Beklagtenseite zu ernennen, sollte sie dies in Anspruch nehmen wollen.

3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch Einlassung der Beklagten 2

- 32 Selbst wenn die Beklagte 2 nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) wurde, wäre das Schiedsgericht zur Beurteilung der Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 2 zuständig. Indem Letztere die Unzuständigkeitseinrede nicht in ihrer provisorischen Einleitungsantwort geltend machte, liess sie sich auf das Verfahren vor dem Schiedsgericht ein.
- 33 Nach Art. 186 Abs. 2 IPRG ist die Einrede der Unzuständigkeit vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben. Lässt sich der Beklagte ohne Erhebung der Unzuständigkeitseinrede auf die Hauptsache ein, anerkennt er die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und verwirkt sein Recht zur Erhebung der Unzuständigkeitseinrede (BGE 128 III 50 E. 2c/aa; 120 II 155 E. 3b/bb; BGer 4A_392/2015 E. 3.2.1; 4A_682/2012 E. 4.4.2.1; AiS-BERGER, Art. 186 IPRG N 57; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, N 10).

- 34 Als Einlassung auf die Hauptsache ist jede Stellungnahme zu den Rechtsbegehren des Klägers zu werten. Es genügt, wenn sich der Beklagte vorbehaltlos zu den Sachvorbringen des Klägers äussert und sich daraus seine Stellung zu dessen Rechtsbegehren ableiten lässt (STACHER, N 232). In E-2 schliesst sich die Beklagte 2 den Ausführungen der Beklagten 1 in deren Einleitungsantwort an (E-2, N 2). In ihrer Einleitungsantwort bestreitet die Beklagte 1 sowohl die Aktivlegitimation der Klägerin (E-1, N 2 f.) als auch die sonstige Begründetheit der Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte 1 (E-2, N 4). Somit hat sich die Beklagte 2 auf die Hauptsache i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG eingelassen. Dass sie sich nur «einstweilen» den Ausführungen der Beklagten 1 anschloss und sich «weitere Ausführungen» vorbehielt (E-2, N 2), ändert daran nichts. Aus ihren Äusserungen ging nämlich unzweifelhaft hervor, dass sie die Rechtsbegehren der Klägerin zurückwies. Mit dem Vorbehalt «weiterer» Ausführungen kann nur gemeint sein, dass sie sich weitere Ausführungen zum Sachverhalt oder zu dessen rechtlicher Würdigung vorbehält, nicht aber, dass sie allenfalls später eine gänzlich andere Position zu den Rechtsbegehren der Klägerin einnehmen möchte.
- 35 Nicht als Anerkennung des Schiedsgerichts i.S.v. Art. 186 Abs. 2 ist zu werten, wenn sich der Beklagte eventualiter zur Hauptsache äussert (BGE 128 III 50 E. 2c/aa; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102; CR IPRG-TSCHANZ, Art. 186 N 24). Er kann somit gleichzeitig mit der Erhebung der Unzuständigkeitseinrede die Rechtsbegehren des Klägers bestreiten, muss die Unzuständigkeitseinrede aber als Hauptstandpunkt und bedingungsfrei vorbringen (BERGER/KELLERHALS, N 650; STACHER, N 235).
- 36 Die Beklagte 2 hat erst am 26. September 2016 eine Unzuständigkeitseinrede erhoben (U-2). Der Vorbehalt «weitere Ausführungen» (N 34), kann hingegen nicht als *bedingungsfreie* Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede im Hauptstandpunkt gewertet werden. Das Gleiche gilt für den Vorbehalt der Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (E-2, N 3). Da sich die Beklagte 2 bereits mit ihrer provisorischen Einleitungsantwort (E-2) i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG auf die Hauptsache eingelassen hatte, erfolgte die Unzuständigkeitseinrede nach Einlassung auf die Hauptsache und somit verspätet.
- 37 Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte 2 rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung wurde und die Schiedsrichterernennung ordnungsgemäss erfolgt ist. Falls dem nicht so wäre, hat sich die Beklagte 2 auf das Schiedsverfahren eingelassen.

II. Materielles

4. Aktivlegitimation der Klägerin gegenüber der Beklagten 1

4.1 Vereinbarung einer Sicherungszession als Sicherungsmittel

38 Entgegen der Erklärung der Beklagten 1 (E-1, N 3) wurden im Darlehensvertrag die Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 1 *qua* Sicherungszession, eventualiter *qua* Forderungsverpfändung eingeräumt.

a) *Die Sicherungszession entspricht dem Willen der Parteien*

39 Der Abschnitt «Sicherheit» des Darlehensvertrags ist offen formuliert und nach den allgemeinen Auslegungsregeln i.S.v. Art. 18 OR (vgl. N 2; REETZ, N 432) zu qualifizieren. Aufgrund dessen zeigt sich bei der Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen, dass die Klägerin eine Sicherungszession als Kreditsicherungsmittel einer Forderungsverpfändung vorgezogen hat.

40 Die Klägerin gewährte der PerAspera Pharma AG das Darlehen unter dem Gesichtspunkt, dass sich diese in finanziellen Schwierigkeiten befand. Im Gegensatz zu privaten Pfandverwertungsrechten können sicherungszedierte Forderungen, welche vor Konkurseröffnung entstanden sind, im Konkurs realisiert werden, da sie bereits bei Entstehung in das Vermögen des Zessionars übergegangen sind (BGE 136 III 437 E. 3.3; BSK SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N 83). Mit der Abtretung erhält der Zessionar die volle Rechtszuständigkeit (REETZ, N 64 f.), während die verpfändeten Forderungen selbst bei Vereinbarung zur privaten Verwertung (KLEYLING, 86 f.) in die Konkursmasse fallen (Art. 198 SchKG). Im Falle des nicht ausschliessenden Konkurses der PerAspera Pharma AG hätte die Klägerin grosses Interesse daran, die Sicherheit gleichwohl noch verwerten zu können. Dies bedeutet, dass die Klägerin als Sicherungsmittel eine Zession und nicht eine Forderungsverpfändung gewählt hat.

41 Die Interessenlage der PerAspera Pharma AG bleibt von der Wahl des Sicherungsmittels unberührt. Im Sicherungsfall würde sie in beiden Fällen die Verfügungsmacht über die Forderung verlieren (vgl. N 45 f.). Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses stand für sie die schnellstmögliche Kapitaleinbringung durch die Klägerin im Vordergrund. Sie hätte auf Verlangen der Klägerin einer Sicherungszession zugestimmt, um allfällige Verzögerungen zu vermeiden.

b) *Die Wahl der Sicherungszession entspricht der gängigen Praxis*

42 Weiter sei festgehalten, dass in der Praxis das Pfandrecht an Forderungen durch die Sicherungszession weitgehend verdrängt wurde (BGer 08.08.1977). Deshalb besteht eine *faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession* (KLEYLING, 89; ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Sys-

tematischer Teil N 286; BK-ZOBL/THURNHERR, N 1538; STAUDER/STAUDER-BILICKI, 778). I.c. würde die Annahme einer Forderungsverpfändung im Widerspruch zur gefestigten Praxis bei der Auslegung von Kreditsicherungen wie auch zur Interessenlage der Vertragsparteien stehen, weshalb als Sicherungsmittel eine Sicherungszession gewollt und vereinbart wurde.

c) Eventualiter: Die Forderungsverpfändung ist gültig zustande gekommen

- 43 Sollte im vorliegenden Fall das Bestehen einer Sicherungszession durch das Gericht wider Erwarten verneint werden, sind – entgegen den nicht substantiierten Ausführungen der Beklagten 1 (E-1, N 3) – die Voraussetzungen einer Forderungsverpfändung erfüllt.
- 44 Besteht kein Schuldschein, so beinhaltet gemäss h.L. der schriftliche Pfandvertrag sowohl das Verpflichtungs- wie auch das Verfügungsgeschäft (BK-ZOBL, Art. 900 N 35; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1951; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1951). Der Darlehensvertrag (K-2) bildet vorliegend den schriftlichen Pfandvertrag gemäss Art. 900 Abs. 1 ZGB und ist sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft. Die verpfändeten Forderungen müssen in der Person des Schuldners, des Rechtsgrunds und ihrer Höhe nach hinreichend bestimmt sein (BK-ZOBL, Systematischer Teil N 1663). Diese Voraussetzungen entsprechen denjenigen der Sicherungszession (BK-ZOBL, Art. 900 N 24). Künftige Forderungen müssen gemäss BGer im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar sein (BGE 113 II 163 E. 2b). Die PerAspera Pharma AG verpfändete vorliegend alle ihre «bestehenden und zukünftigen Ansprüche» aus den «bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen» gegenüber ihren Distributoren. Die Forderungen sind somit nach Rechtsgrund (Vertriebsvertrag), Person des Schuldners (Distributoren) und Höhe – die sich aus dem jeweiligen Vertrag ergibt – bestimmbar. Zuletzt muss der Pfandgeber Verfügungsmacht über die zu verpfändende Forderung haben (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1891). Die PerAspera Pharma AG hatte Verfügungsmacht über die Forderungen aus K-1, wobei die Regelung in Art. 13.5 K-1 dieser nicht entgegensteht (vgl. Kap. 4.2).
- 45 Abreden zur privaten Verwertung sind gemäss Lehre und Rechtsprechung zulässig, und der Pfandgläubiger ist wie bei der Sicherungszession zur klageweisen Durchsetzung der verpfändeten Forderung legitimiert (BGE 64 II 415, 418; BK-ZOBL, Art. 906 N 16). Dies ergibt sich vorliegend direkt aus der Bestimmung im Darlehensvertrag (K-2), nach welcher die Klägerin die Forderung im Verzugsfalle «ohne Weiteres selber geltend machen» kann.
- 46 Da sich die Sicherungszession wie auch die Forderungsverpfändung für die Frage der Aktivlegitimation gleich verhalten, gelten die Ausführungen zur Gültigkeit (Kap. 4.2) der Siche-

rungszession auch für die Forderungsverpfändung, zumal beim Forderungspfandrecht unter Umständen auch Abtretungsrecht (Art. 164 ff. OR) heranzuziehen ist (KUHNS H., § 23 Rz. 5).

4.2 Die Regelung in Art. 13.5 K-1 steht der Abtretung nicht entgegen

47 Die Beklagte 1 macht zu Unrecht geltend, der Abtretung zwischen der PerAspera Pharma AG und der Klägerin stehe die Klausel im Distributionsvertrag entgegen (Art. 13.5 K-1).

a) *Vertragliche Pflicht zur Zustimmung der Beklagten 1*

48 Art. 164 Abs. 1 OR sieht vor, dass eine Forderung ohne Einwilligung des Schuldners abgetreten werden kann, wenn dies u.a. nicht vertraglich ausgeschlossen wurde. Grundsätzlich steht es den Parteien bei Vertragsschluss frei, ob sie die Abtretung von Rechten aus einem Vertrag verbieten, erschweren (SCHWENZER, N 90.24; VON TUHR/ESCHER, 330 f.) oder bedingen (VON TUHR/ESCHER, 347). Art. 13.5 K-1 hält fest, dass die Rechte einer Partei aus dem Distributionsvertrag nicht abtretbar sind, sollte die Gegenpartei die Zustimmung zur Abtretung aus gewichtigen Gründen verweigern dürfen. Wird der Abtretung dagegen schriftlich zugestimmt, ist diese ohne Weiteres gültig. Die Abtretbarkeit wurde damit nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern lediglich erschwert bzw. bedingt.

49 Die Abtretungsregelung im Distributionsvertrag ist als bedingtes Abtretungsverbot mit aufschiebender Wirkung zu qualifizieren (vgl. BGE 117 II 94 E. 5c/aa). Eine Abtretung von Rechten aus dem Distributionsvertrag (K-1) ist unter der Bedingung gültig, dass die Gegenpartei der Abtretung schriftlich zustimmt. Wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts wie i.c. vom Willen und der Handlung einer Partei abhängt, liegt eine potestative Bedingung vor (vgl. HUGUENIN, N 1292; ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorb. Art. 151–157 N 15). Die Zustimmung und damit die Herbeiführung des Bedingungseintritts darf von der Gegenpartei nur aus gewichtigen Gründen verweigert werden. *E contrario* besteht für die Gegenpartei die vertragliche Pflicht, einer Abtretung zuzustimmen, sollten keine gewichtigen Gründe vorliegen.

b) *Fehlen eines gewichtigen Grundes*

50 Die Beklagte 1 macht geltend, die Zustimmung hätte der Klägerin auch nach einem Gesuch nicht erteilt werden müssen (E-1, N 3). Demnach bejaht sie das Vorliegen eines gewichtigen Grundes gemäss Art. 13.5 K-1. Die Klägerin widerspricht dieser Ansicht. Der Darlehensvertrag konkretisiert nicht, was unter die in Art. 13.5 K-1 genannten «gewichtigen Gründe» fällt. Was unter einem gewichtigen Grund i.S.v. Art. 13.5 K-1 zu verstehen ist, muss nach den allgemeinen Regeln der Auslegung (Art. 18 OR) erörtert werden (vgl. N 2).

- 51 Sinn und Zweck von Art. 13.5. K-1 war es, die Interessen der Beklagten 1 zu schützen. Im Vordergrund stand die einfache Ausgestaltung ihres Abrechnungsverkehrs und ihrer Buchhaltung. Gleichzeitig sollte im Insolvenzfall der PerAspera Pharma AG deren Produktionsbetrieb durch Zahlungen an den Konkursverwalter aufrechterhalten werden können (Verfügung Nr. 3 vom 24. Oktober 2016, N 7). Diese Gründe für eine Abtretungsregelung entsprechen der in der Praxis üblichen Interessenlage des Schuldners (vgl. MÜLLER-CHEN, 905; GIRSBERGER/HERMANN, 322). Unter gewichtigen Gründen sind für die Beklagte 1 nach Auslegung des Parteiwillens und Heranziehung der gängigen Praxis folglich all diejenigen zu verstehen, welche die oben genannten Interessen in krasser Weise missachten oder gefährden.
- 52 I.c. erfolgte die Abtretung mit Abschluss des Darlehensvertrags am 25. Februar 2014. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte 1 den Vertrieb von Dyalgonin® bereits faktisch aufgegeben (E-Anz., N 7). Schliesslich kündigte die Beklagte 1 am 28. April 2014 den Distributionsvertrag auf den 31. Oktober 2015 (K-3). Da der Vertrieb und damit die Lieferung von Dyalgonin® bereits vor dem 25. Februar 2014 beendet wurden, wurde der Abrechnungsverkehr der Beklagten 1 durch die Abtretung nicht beeinträchtigt. Die unmittelbar nach der Abtretung erfolgte Kündigung des Distributionsvertrages durch die Beklagte 1 zeigt auf, dass ihr Interesse an der Sicherstellung der Produktion (selbst im Insolvenzfall der PerAspera Pharma AG) zum Zeitpunkt der Abtretung ebenfalls nicht mehr bestand. Es lag kein gewichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung vor.
- c) Fiktion der Zustimmung aufgrund treuwidrigen Verhaltens*
- 53 Mangels gewichtiger Gründe i.S.v. Art. 13.5 K-1 müsste die Beklagte 1 die Zustimmung zur Abtretung vom 25. Februar 2014 erteilen und damit den Bedingenseintritt herbeiführen.
- 54 Aus Art. 156 OR resultiert der Grundsatz, dass nicht treuwidrig handeln darf, wer eine Bedingung eintreten oder ausfallen lassen kann (BGer 4C.281/2005 E. 3.2.1). Dies gilt auch bei Potestativbedingungen (BGE 117 II 273 E. 5c). Ob ein treuwidriges Verhalten vorliegt, wird dabei unter Berücksichtigung der gesamten Umstände beurteilt (BGE 135 III 295 E. 5.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 4019). Daraus folgt, dass wenn die Erfüllung einer Bedingung massgeblich vom Willen einer Partei abhängt, diese *keine volle Freiheit* hat (BGE 135 III 295 E. 5.2), deren Erfüllung zu verweigern.
- 55 Die Beklagte 1 kommt ihrer Pflicht zur Zustimmung nicht nach. Sie macht geltend, weder die Klägerin noch die PerAspera Pharma AG hätten um Zustimmung zur Abtretung ersucht (E-1, N 3). Erwähnt sei hier, dass Art. 13.5 K-1 lediglich die Zustimmung zur Abtretung der Schriftform unterstellt, während eine entsprechende Anfrage formfrei und jederzeit erfolgen

kann. Die Beklagte 1 weiss seit März 2016 aus vorprozessualen Gesprächen von der Abtretung (Verfügung Nr. 3 vom 24. Oktober 2016, N 9). Sie wäre verpflichtet gewesen, im Rahmen dieser vorprozessualen Gespräche entweder die Zustimmung zu erteilen oder einen gewichtigen Grund vorzubringen, um die Zustimmung rechtsgültig zu verweigern (vgl. HGer ZH HG100147 E. 6.3.3). Beides tat sie nicht.

56 Die Parteien sind in ihrem Vertrauen darauf zu schützen, dass der Entscheidungsberechtigte den Bedingungseintritt nicht rein willkürlich, das heisst ohne Vorliegen triftiger Gründe, verhindert (GUTMANS, 147). Die Beklagte 1 verhält sich aber in hohem Masse treuwidrig (Art. 2 ZGB), wenn sie sich trotz monatelanger Kenntnis der Abtretung und ohne Vorliegen eines triftigen Grundes auch heute noch auf den Standpunkt stellt, sie müsse nicht über eine Zustimmung zur Abtretung befinden, solange keine explizite Anfrage seitens der Klägerin vorliegt. Besonders stossend erscheint dabei, dass die Beklagte 1 sich vordergründig auf eine fehlende Anfrage beruft, gleichzeitig aber erklärt, sie müsse einer solchen Anfrage gar nicht zustimmen (E-1, N 3). Die Parteien durften darauf vertrauen, dass ohne Vorliegen gewichtiger Gründe die Zustimmung zu einer Abtretung erteilt wird, die Bedingung folglich eintritt, und die Abtretung gültig zustande kommt.

57 Da die Beklagte 1 mit der treuwidrigen Nichterteilung der Zustimmung den Bedingungseintritt verhinderte, kann die Zustimmung i.S.v. Art. 156 OR fingiert werden. Der zwischen dem treuwidrigen Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Nichteintritt der Bedingung erforderliche adäquate Kausalzusammenhang (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5) ist gegeben. Eine mittelbare Wirkung des treuwidrigen Verhaltens (GUTMANS, 132) genügt, womit bei der Anwendung von Art. 156 OR unbeachtet bleiben kann, ob ein anderer Umstand den Bedingungseintritt hätte verhindern können (ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 156 N 3). Weiter ist ohne Belang, ob der Bedingungseintritt absichtlich verhindert wird oder nicht (BGE 117 II 273 E. 5c; BGer 4A_561/2012 E. 3.1). Im Übrigen hatte die Beklagte 1 i.c. mit der Bestreitung der Aktivlegitimation der Klägerin sogar ein Interesse daran, den Bedingungseintritt zu verhindern (vgl. HUGUENIN, N 1321).

58 Die Fiktion der Zustimmung hat zur Folge, dass die Bedingung als eingetreten gilt (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 7). Durch den Eintritt der Bedingung ist die Abtretung gültig, verstösst nicht gegen Art. 13.5 K-1 und folglich auch nicht gegen Art. 164 Abs. 1 OR.

4.3 Eventualiter: Relative Wirkung der abredewidrigen Abtretung

59 Eventualiter kann die Zustimmung der Beklagten 1 zwar nicht fingiert werden, dieser Umstand verursacht jedoch nicht die Ungültigkeit der Abtretung.

- 60 In der internationalen Lehre finden sich verschiedene Theorien zur Wirksamkeit abredewidriger Abtretungen (GIRSBERGER/HERMANN, 325). Als zu streng ist die Ansicht der h.L. in der Schweiz zu sehen, die von einer absoluten Wirksamkeit von rechtsgeschäftlichen Abtretungsbeschränkungen ausgeht (GIRSBERGER/HERMANN, 325). Damit wird zum einen die Dispositionsfreiheit des Gläubigers in hohem Masse beschränkt, zum anderen ist die Forderung nicht mehr handelbar. MÜLLER-CHEN beschreibt vertragliche Abtretungsverbote zutreffend als «*Sandkörner im Getriebe des internationalen Handels*» (MÜLLER-CHEN, 903). Notwendigerweise muss damit Art. 164 Abs. 1 OR für grenzüberschreitende, dem schweizerischen Recht unterstehende Sachverhalte restriktiv ausgelegt werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32). Auch der Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil des OR sieht aufgrund rechtspolitischer Bedenken vor (SCHWENZER, N 90.24), dass die Abtretung bei einem vertraglich vereinbarten Abtretungsverbot gültig zustande kommt (OR 2020-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 4 f.). Ein absoluter Schutz vor abredewidrigen Abtretungen ist demnach abzulehnen. Vielmehr muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, um eine übermässige und nicht zu vertretende Schlechterstellung des Gläubigers zu verhindern.
- 61 Die Interessen der Beklagten 1 in Bezug auf die Vertragsklausel Art. 13.5 K-1 wurden bereits dargelegt (N 51). Die Dispositionsfreiheit sowie das Finanzierungsinteresse des Gläubigers sind dabei dem blossen Interesse des Schuldners an einem kostengünstigen Zahlungsverkehr klar vorzuziehen (MÜLLER-CHEN, 921). Weiter hatte die Beklagte 1 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Produktion ihres Zuliefererbetriebs, selbst in dessen Insolvenz (Verfügung Nr. 3 vom 24. Oktober 2016, N 7). Es liegt auf der Hand, dass damit das sanierende Darlehen der Klägerin an die PerAspera Pharma AG, die sich zum Jahresbeginn 2014 in finanziellen Schwierigkeiten befand, für die Beklagte 1 von grösstem Interesse und Nutzen war. Aus nachvollziehbaren Gründen erwartete die Klägerin im Gegenzug entsprechende Sicherheiten (Präambel K-2). Die Finanzsituation der PerAspera Pharma AG als Jungunternehmen war in direkter Weise vom Vertrieb des Medikaments Dyalgonin® abhängig. Als Sicherheit für die hohe, aber notwendige Darlehenssumme von CHF 2'500'000 kamen deshalb einzig die Ansprüche der Darlehensnehmerin gegen ihre Distributoren unter den Vertriebsverträgen für Dyalgonin® in Frage.
- 62 Infolgedessen kann gesagt werden, dass das Darlehen vom 25. Februar 2014 und die damit verbundene Abtretung den Interessen der Beklagten 1 nicht nur *nicht entgegenstehen*, sondern diesen sogar *in direkter Weise entsprechen*.

- 63 Die im Distributionsvertrag vereinbarte Regelung, bei gewichtigen Gründen die Abtretung verweigern zu dürfen (Art. 13.5 Satz 2 K-1), bietet den Parteien bereits umfassenden Schutz. Die Auslegung zeigt, dass es genügt, Art. 13.5 K-1 eine relative Wirkung zuzusagen, zumal die Klausel selbst keine Rechtsfolgen vorsieht. Dies bedeutet, dass die Abtretungsklausel eine rein obligatorische Wirkung *inter partes* hat (vgl. GIRSBERGER/HERMANN, 336) und keine Wirkung gegenüber der Klägerin entfaltet.
- 64 Anzufügen ist ferner, dass die finanzielle Schieflage der PerAspera Pharma AG vor allem durch die Beklagte 1 zu verantworten war, da diese infolge der Ereignisse in den USA den Vertrieb von Dyalgonin® faktisch aufgegeben, Marketingausgaben reduziert und die illegalen Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht durch legale ersetzt hatte. Es war also die Beklagte 1, welche die PerAspera Pharma AG überhaupt erst in die Situation brachte, eine Drittfinanzierung einholen zu müssen. Wie oben dargelegt, hätte sie diese ohne Sicherheit nicht erhalten.

4.4 Aktivlegitimation in Bezug auf den Beendigungsvertrag

- 65 Die Aktivlegitimation umfasst neben dem Darlehensvertrag (K-1) auch den Beendigungsvertrag vom 16. September 2016 (K-4). Im Distributionsvertrag (K-1) wurde in Art. 13.3.3 festgehalten, dass die Modalitäten einer Vertragsbeendigung gesondert geregelt werden (u.a. auch bezüglich der «Unterlagen»). Der Beendigungsvertrag (K-4) ist Ausdruck von Art. 13.3.3 K-1 und damit des Distributionsvertrags als solchem, wodurch die in ihm enthaltenen Ansprüche ebenfalls wurden und diese zu deren Geltendmachung aktivlegitimiert ist.

5. Auskunftsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten 1

5.1 Auskunftsansprüche der Klägerin aus Vertrag

- 66 Wider die Erklärungen der Beklagten 1 umfasst Art. 5.2 K-1 die von der Klägerin verlangten Auskünfte. Weiter bestehen Auskunftsansprüche aus dem Beendigungsvertrag (K-4).
- 67 Im Jahr 2012 leiteten verschiedene US-Behörden Untersuchungen gegen die Beklagte 1 ein, welche im Dezember 2015 durch den Abschluss eines Vergleiches zwischen der Beklagten 1 und dem US Attorney's Office beendet wurden (K-5). In der gesamten Zeitspanne wurde dabei die PerAspera Pharma AG von der Beklagten 1 nicht ein einziges Mal über die Vorkommnisse und Vorgänge informiert. Zwangsläufig muss es im Rahmen der Untersuchungen und der Vergleichsverhandlungen aber zu Korrespondenz, Eingaben und Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer oder mehreren US-Behörden gekommen sein. Im Folgenden wird der vertragliche Anspruch der Klägerin auf die Herausgabe von Informationen durch die Beklagte 1 dargelegt.

a) Herausgabe sämtlicher Dyalgonin®-bezogenen Dokumente

- 68 Die Beklagte 1 hätte innert fünf Tagen Kopien aller an US-Behörden übermittelten Unterlagen betreffend Dyalgonin® an die PerAspera Pharma AG übergeben müssen (Art. 5.2 iii 1. Halbsatz K-1). Weil dies nicht geschah, sind der Klägerin sämtliche Korrespondenz, Mitteilungen und Eingaben an US-Behörden nachzureichen. Letztere sind insbesondere deshalb zu übergeben, da entgegen Art. 5.2 ii Satz 3 K-1 die Beklagte 1 die PerAspera Pharma AG nicht konsultiert hatte, um die Bereitstellung von Informationen im Vorfeld zu klären.
- 69 Art. 4.3 K-4 sieht den Zugang einer Partei zu den Büchern der anderen vor. Der «angemessene» Zeitraum umfasst explizit die Abgabe von Steuererklärungen (mindestens ein Jahr) und beträgt im Hinblick auf laufende Verjährungsfristen mehrere Jahre; die Ansprüche der Klägerin wurden in diesem Zeitraum geltend gemacht. Das Verkaufsvolumen von Dyalgonin® ist eingebrochen, was gemäss der Beklagten 1 einzig auf «allgemeine Marktumstände» zurückzuführen sei. Es entspricht dem Zweck von Art. 4.3 K-4, dass eine Partei unter solchen Umständen vernünftigerweise verlangen darf, die Bücher der anderen angemessen zu überprüfen. Die Beklagte 1 hat der Klägerin folglich Zugang zu ihren Büchern im Zusammenhang mit Dyalgonin® zu gewähren.
- 70 Abschliessend sieht Art. 4.6 K-4 den Austausch von Informationen bezüglich laufender Untersuchungen im Beendigungszeitpunkt vor. Die bereits erwähnten Untersuchungen durch verschiedene US-Behörden begannen im Jahr 2012, endeten mit dem Vergleich im Dezember 2015 (K-5) und sind somit von Art. 4.6 K-4 erfasst. Die in Art. 4.6 K-4 statuierte Obliegenheit zur schriftlichen und angemessenen Vorabbenachrichtigung wurde mit der Einleitungsanzeige erfüllt. Damit besteht aus Art. 4.6 K-4 ein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe aller Informationen im Zusammenhang mit Dyalgonin® durch die Beklagte 1.

b) Herausgabe sämtlicher Dokumente aus Besprechungen mit US-Behörden

- 71 Zur Geltendmachung ihrer Schadenersatzansprüche ist es unumgänglich, dass die Klägerin alle Protokolle, Notizen und Memoranden über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-Behörde erhält, von welchen die PerAspera Pharma AG ausgeschlossen wurde. Zum einen bestand gemäss Art. 5.2 iii 3. Teilsatz K-1 die Pflicht der Distributorin, die Lieferantin über beabsichtigte Vorgehensweisen zu konsultieren. Zum anderen hätte sie diese in regulatorische Entscheidungsprozesse (Art. 5.2 ii Satz 2 K-1) einbeziehen müssen.
- 72 Da die Beklagte 1 es unterliess, die PerAspera Pharma AG über die beabsichtigte Vorgehensweise – wie dem Abschluss eines Vergleiches – zu konsultieren und diese auch nicht in regulatorische Entscheidungsprozesse einbezog, besteht ein vertraglicher Anspruch der Klägerin

auf Herausgabe der geforderten Unterlagen. Nur so ist es der Klägerin heute möglich, den Ablauf der Untersuchungen und den Entscheidungsprozess der Beklagten 1 nachzuvollziehen.

c) Herausgabe sämtlicher Kommunikation mit einer US-Behörde

- 73 Sodann sind der Klägerin Kopien sämtlicher Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnlicher Unterlagen zwischen der Beklagten 1 und einer US-Behörde zu übergeben. Art. 5.2 ii Satz 1 K-1 sieht vor, dass die Distributorin der Lieferantin zwecks Durchsicht und Kommentierung sämtliche zur Unterbreitung an eine US-Behörde vorbereiteten Dokumente vorlegt. Da die Beklagte 1 dieser Pflicht nicht nachkam, muss sich die Klägerin im Nachhinein mittels der verlangten Kopien zumindest einen Überblick über die Korrespondenz von der Beklagten 1 an die US-Behörden verschaffen können.
- 74 Von US-Behörden erhaltene wichtige Kommunikation hätte die Lieferantin gemäss Art. 5.2 iii 2. Halbsatz K-1 innert zwei Tagen an die Lieferantin übermitteln sollen. Was unter «wichtiger» Kommunikation zu verstehen ist, muss ausgelegt werden (vgl. N 2). Die Lieferantin als Jungunternehmen hatte ein erhebliches Interesse daran, umfassend über Kommunikation zwischen ihrer Alleindistributorin im wichtigsten Pharmamarkt und den US-Behörden informiert zu werden. Dem Sinn nach handelt es sich bei Art. 5.2 K-1 um eine Schutznorm zugunsten genau dieser Interessen der Lieferantin. Sämtliche Kommunikation im Zusammenhang mit den Untersuchungen rund um die Verletzung von US-Bundesrecht beim Vertrieb von Dyalgonin® (K-5) ist ohne Frage als «wichtig» i.S.v. Art. 5.2. iii K-1 zu werten, zumal diese Vorgänge den Vertrieb von Dyalgonin® sowie die vertraglichen Interessen beider Parteien erheblich gefährdeten.

5.2 Auskunftsansprüche der Klägerin kraft Gesetzes

- 75 Entgegen der Ausführungen der Beklagten 1 (E-1, N 5) bestehen für Distributionsverträge Auskunftsspflichten von Gesetzes wegen.

a) Auskunftsansprüche nach Agentur- und Auftragsrecht

- 76 Der vorliegende Vertrag ist als Alleinvertriebsvertrag und damit als Innominatkontrakt zu qualifizieren. Zur Auslegung und Ergänzung können gewisse Normen aus dem Allgemeinen Teil des OR (MEYER, 223; HUGUENIN, N 3862) sowie dem Kaufvertrags- (Art. 184 ff. OR), Agentur- (Art. 418a ff. OR) und Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) herbeigezogen werden (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 23). Der Alleinvertrieb besitzt grosse Ähnlichkeiten mit der Agentur (BGE 60 II 335, 335 f.). Sodann ist es erlaubt, Art. 418f OR, der u.a. die Informationspflicht des Auftraggebers regelt, *mutatis mutandis* auf den Alleinvertriebsvertrag

anzuwenden (KUHNS M., 201 f.; BK OR-GAUTSCHI, Art. 418f N 4a ff.). Die Lieferantin hat die Pflicht, dem Alleinvertreter alle Informationen über Umstände zur Verfügung zu stellen, die eine Verminderung des Absatzes zur Folge hätten (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418f N 4c).

- 77 Bei Alleinvertriebsverträgen ist – im Gegensatz zu Agenturverträgen – keine der Parteien schutzbedürftiger als die andere. Vielmehr kann die Situation entstehen, in welcher der Abnehmer in einer stärkeren Position ist als die Lieferantin (CHK OR-JACOBS, Vorb. Art. 184 ff. N 11). Die Beklagte 1 war während langer Zeit im Besitz von Informationen über Umstände, die dazu führten, dass sie den Vertrieb von Dyalgonin® in den USA einstellte. Dies betrifft die Interessen der Klägerin in schwerwiegender Weise, da die Distributorin Dyalgonin® exklusiv vertrieb und der Absatz von ihr abhing (vgl. N 81). Als Jungunternehmen war die Lieferantin auch nicht in der Lage, die benötigten Informationen eigenständig zu erhalten, sondern musste auf die Mitarbeit der Beklagten 1 vertrauen. Damit war die Lieferantin in einer schutzbedürftigen Situation, die es in diesem Fall notwendig erscheinen lässt, die Informationspflichten aus dem Agenturrecht spiegelbildlich anzuwenden und der Beklagten 1 eine Aufklärungspflicht i.S.v. Art. 418f OR aufzuerlegen.
- 78 Art. 418c OR regelt die Treuepflicht des Agenten (ZK OR-BÜHLER, Art. 418c N 4 ff.), dem beim Alleinvertriebsvertrag die Distributorin entspricht. Die Treuepflicht umfasst u.a. die Pflicht des Agenten, den Auftraggeber über geglückte Vermittlungen und Abschlüsse zu informieren. Diese Informationspflicht des Agenten leitet sich aus dem Auftragsrecht ab (Art. 400 Abs. 1 OR; BK OR-GAUTSCHI, Art. 418c N 6d). Da, wie vorstehend festgehalten, die Beklagte 1 in einer *stärkeren* Position war als die PerAspera Pharma AG, muss Art. 418c OR extensiv ausgelegt und der Beklagten 1 aufgrund der schutzbedürftigeren Stellung der Lieferantin (ZK OR-BÜHLER, Art. 418c N 9) auch eine Aufklärungspflicht auferlegt werden.
- 79 Nichts anderes ergibt sich aus dem Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR). Demnach muss der Beauftragte die Auftraggeberin vollständig informieren und ihr alle Dokumente vorlegen, die sich auf die im Interesse der Auftraggeberin besorgten Geschäfte beziehen (BGE 139 III 49 E. 4.1.3). Die Auftraggeberin soll dadurch die vertragsgemässe Erfüllung der Verpflichtungen kontrollieren können (HUGUENIN, N 3276). Vorliegend muss Art. 400 Abs. 1 OR Anwendung finden, da die PerAspera Pharma AG ein Interesse daran hatte, die vertragsgemässe Erfüllung durch die Beklagte 1 zu überprüfen (vgl. N 77).
- b) *Auskunftsansprüche aus dem Gebot von Treu und Glauben*
- 80 Der Rechtsprechung zufolge sind aus dem Gebot von Treu und Glauben unabdingbare gesetzliche Aufklärungs- und Informationspflichten abzuleiten (BGE 114 II 57 E. 6d/aa).

Solche gesetzlichen Nebenleistungspflichten werden durch Vertragsschluss automatisch Vertragsinhalt (BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 16). Die Klägerin beruft sich auf eine gesetzliche Nebenleistungspflicht (HUGUENIN, N 102 f.) in Form einer Aufklärungs- bzw Verschaffungspflicht (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 130). Sie macht keine allgemeine Auskunftspflicht nach Art. 2 ZGB geltend. Vielmehr resultieren Auskunftsansprüche aus der Auslegung und Ergänzung des Vertrages nach Treu und Glauben (LEUMANN LIEBSTER, 9; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132). Eine Aufklärungspflicht ist u.a. dann geboten, wenn ein Dauerschuldverhältnis vorliegt und die Notwendigkeit einer solchen Pflicht erkennbar ist (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132).

- 81 Ziel beider Parteien eines Alleinvertriebsvertrags ist es, ein Produkt in einem bestimmten Gebiet möglichst erfolgreich zu vertreiben. Zur Erreichung dieses Ziels ist eine umfassende Zusammenarbeit zwischen Lieferantin und Distributorin gefragt. So soll bspw. die Lieferantin die Distributorin über Entwicklungen des Vertriebsprodukts auf dem aktuellsten Stand halten. Umgekehrt darf die Lieferantin aber von der Distributorin erwarten, dass diese sie über den Verlauf des Vertriebs informiert, zumal dieser unmittelbar die Interessen der Lieferantin und so auch deren strategisches Verhalten beeinflusst. Da im vorliegenden Rechtsverhältnis eine enge und intensive Zusammenarbeit zwischen den Parteien vorliegt und eine Partei nicht ohne Mitwirkung der anderen auf alle relevanten Informationen zugreifen kann, ist eine Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben als unabdingbarer Bestandteil des Vertrages zu sehen. Insbesondere kann eine Partei erwarten, dass sie darüber informiert wird, wenn ihre Vertragspartnerin in ein Verfahren mit einer Behörde über das Vertriebsprodukt verwickelt wird.

5.3 Kein Verzicht auf vertragliche oder gesetzliche Auskunftsansprüche

- 82 Die Beklagte macht zu Unrecht geltend, die PerAspera Pharma AG habe in zulässiger Weise auf ihre Auskunftsansprüche verzichtet (E-1, N 5). Weder die PerAspera Pharma AG noch die Klägerin haben je durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten kundgetan, dass sie auf Auskunftsansprüche gegenüber den Beklagten verzichten würden.
- 83 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass vertragliche und gesetzliche Auskunftsansprüche der Klägerin bestehen und sie zu deren Geltendmachung aktivlegitimiert ist.

Abschliessend ersuchen wir Sie, die eingangs gestellten Anträge gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team 3