

Moot Court Team 7
Katarina Barnjak
Jasmin Emmenegger
Silvan Mötteli
Anna Schweizer

EINSCHREIBEN

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

09. Dezember 2016

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

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 geehrte Frau Vorsitzende Prof. Dr. Regula Vollenweider

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Paul Richterich

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Walter Bosch

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir 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

Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
A. PROZESSUALER TEIL	1
I. Subjektive Tragweite der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1)	1
1. Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Beklagte 2 aufgrund von Rechtsscheinhaftung	1
2. Fazit	2
II. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber der Beklagten 2	2
1. Zustandekommen der Schiedsvereinbarung	3
2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	4
a) Verletzung fundamentaler Grundsätze	4
b) Interessenslage	5
3. Fazit	5
III. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes gegenüber der Beklagten 2	5
1. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichtes gegenüber der Beklagten 2 durch Einlassung	5
2. Fazit	7
B. MATERIELLER TEIL	8
I. Aktivlegitimation der Klägerin	8
1. Qualifikation der Abtretung als Sicherungszession	8
a) Auslegung des Darlehensvertrages (K-1).....	8
b) Fazit	9
2. Gültigkeit der Sicherungszession	9
a) Voraussetzungen.....	9
b) Auslegung des Distributionsvertrages (K-1).....	10
c) Abtretungsverbot nicht mehr in Kraft	11
d) Relative Wirkung des Abtretungsverbotes.....	12
e) Zustimmung zur Abtretung fingieren.....	12
3. Fazit	13
II. Auskunftsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1	13
1. Anspruch aus dem Distributionsvertrag (K-1)	13
a) Gültigkeit von K-1	13
b) Qualifikation von K-1	13

c) Verstoss gegen die Auskunftspflicht aus Art. 5.2 des Distributionsvertrags (K-1) durch B-1	13
d) Zwischenfazit	15
e) Voraussetzungen des Schuldnerverzugs nach Art. 102 OR	15
f) Folgen des Schuldnerverzugs Art. 107 ff. OR	16
g) Fazit	16
2. Eventualiter I: Anspruch der Klägerin auf Auskunft aus Art. 400 OR	16
a) Vorbemerkungen	16
b) Subsumption der Innominat- und Nominatetelemente	17
c) Insbesondere: Auftragsrecht	17
d) Primäre Nebenpflicht nach Art. 400 OR	18
e) Fazit	18
f) Kein Verzicht der Auskunftspflicht durch PerAspera	18
3. Eventualiter II: Auskunftsanspruch der Klägerin aus Art. 2 Abs. 1 ZGB	18
a) Anspruch aus Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB	18
b) Fazit	19

C. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN 19

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/ FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN
CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXAND-
RA/SCHNYDER ANTON-K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007
(zit. CHK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[N 82]

BAUDENBACHER CARL/DRUEY JEAN NICOLAS/KÖNDGEN JOHANNES/KOLLER ALFRED/MEIER-
SCHATZ CHRISTIAN J./SCHWANDER IVO (HRSG.), St. Galler Studien zum Privat-,
Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 36, Die Durchsetzung von Informationspflichten
im Zivilprozess, Bern/Stuttgart/Wien (zit. AFFOLTER, S. ...)

[N 96, 97]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in
der Schweiz, Bern 2006 (zit.: BERGER/KELLERHALS, N ...)

[N 1, 2, 7, 18, 25, 28]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Bd. 4: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzel-
nen Vertragsverhältnisse, Teilband 4: Der einfache Auftrag Art. 394-406, Bern 1992.
(zit.: BK-FELLMANN, Art. ... N ...)

[N 89]

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

[N 37, 41]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht All-
gemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich
2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMIED, N ...)

[N 11, 34]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationen-
recht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl.,
Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N ...)

[N 60]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration – Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed., Zürich 2016 (zit.: GIRSBERGER/VOSER, N ...)

[N 1]

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

[N 24, 26, 27, 29]

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

[N 57, 60, 76, 87, 89, 90]

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

[N 11, 20, 34, 38, 42, 66, 68, 69, 81, 93]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Zürich 2013 (zit. OR2020-BEARBEITER/IN, Art ... N ...)

[N 57]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, *Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation*, Zürich 2015 (zit. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art ... N ...)

[N 41]

KUHN HANS, *Schweizerisches Kreditsicherungsrecht*, Bern 2011 (zit. KUHN, § ... N ...)

[N 35, 38]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform*, 11. Aufl., Bern 2012 (zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § ... N ...)

[N 3]

- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb- Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Aufl., St. Gallen 1992 (zit.: MEYER, S. ...)
[N 84]
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr, Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003 (zit. MÜLLER-CHEN, S. ...)
[N 56]
- POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 3rd ed., Biggelswade 2016 (zit.: POUDRET/BESSON, N...)
[N 28]
- REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich 2006 (zit. Reetz, N...)
[N 33]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage inkl. Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1999 (zit.: RÜEDE/HALDENFELDT, S. ...)
[N 7]
- SCHLUEP WALTER R., Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 1, Der Alleinvertriebsvertrag Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966 (zit: SCHLUEP, S. ...)
[N 66]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. ergänzte Auflage, Bern 2016 (zit. SCHWENZER, N ...)
[N 40, 54]
- SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 164-174 OR, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zürich 1993 (zit. ZK-SPIRIG, Art. ... N ...)
[N 41]
- STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 2015 (zit.: STACHER, N ...)
[N 1, 5, 7, 23]

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

[N 83, 84, 85]

WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse, Halbband 6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000 (zit.: SPR VII/6 AUTOR/IN), S. ...)

[N 91]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 71 II 167 N [42]	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. März 1945
BGE 84 II 355 N [55]	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. März 1958
BGE 114 II 57 N [97]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. April 1988
BGE 119 II 380 N [7]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. September 1993
BGE 123 III 35 N [26]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996
BGE 123 III 165 N [47]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 1996
BGE 128 III 50 N [27]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
BGE 129 III 535 N [76]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 2003
BGE 129 III 727 N [1,5]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003
BGE 130 III 66 N [9,10]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003

BGE 130 III 417
N [36,48] Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. April 2004

BGE 132 III 24
N [11] Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
31. August 2005

BGE 135 V 2
N [44] Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen
Bundesgerichts vom 20. Oktober 2008

BGE 138 III 29
N [7,9,11] Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4P.330/1994 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
BGer 4P.332/1994 29. Januar 1996
N [1]

BGer 4C.52/2002 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
N [28] 3. September 2002

BGer 4A_476/2012 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
N [29] 24. Mai 2013

BGer 4A._682/2012 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
N [27] 20. Juni 2013

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
E.	Erwägung
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. Juli 2014) (SR 291)
Kap.	Kapitel
lit.	Litera
N	Note, Randziffer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2016) (SR 220)
OR AT	Allgemeiner Teil des Obligationenrechts
Par.	Paragraph
resp.	Respektive
S.	Seite
u.a.	unter anderem
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
USD	US-Dollar
vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. April 2016) (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)

A. Prozessualer Teil

I. Subjektive Tragweite der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1)

1. Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Beklagte 2 aufgrund von Rechtscheinhaftung

- 1 Die Beklagte 2 Corpsanis Holding AG (nachfolgend «B-2») wird in der Schiedsvereinbarung des Distributionsvertrages (K-1) nicht genannt. Dennoch erachtet es das Bundesgericht und die herrschende Lehre unter gewissen Umständen als zulässig, dass auch Parteien, die in der Vereinbarung nicht genannt werden, an die Schiedsvereinbarung gebunden sind (BGE 129 III 727 E. 5.3.1; GIRSBERGER/VOSER, N 237). Dabei wird die Drittpartei nicht vom verlangten Texterfordernis in Art. 178 Abs. 1 IPRG erfasst (BGE 129 III 727 E. 5.3.1; BERGER/KELLERHALS, N 564). Die Erweiterung einer Schiedsvereinbarung auf Drittparteien rechtfertigt sich generell immer dann, wenn aus dem Verhalten der Drittpartei geschlossen werden kann, dass sie ganz oder zumindest partiell an den Hauptvertrag, mitsamt der darin integrierten Schiedsklausel, gebunden sein will (4P.330+332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 6a-b). Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung soll dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung tragen (STACHER, N 202).
- 2 Die Erstreckung auf B-2 ist zu bejahen, wenn sie sich bei der Ausfertigung oder der Verwirklichung des Hauptvertrages so verhielt, dass die PerAspera Pharma AG (nachfolgend «PerAspera») nach Treu und Glauben annehmen konnte, dass sich B-2 sowohl dem Hauptvertrag, als auch der darin integrierten Schiedsvereinbarung anschliessen wollte (BERGER/KELLERHALS, N 521).
- 3 I.c. manifestierte vorerst B-2 ihr Interesse am Vertrieb von Dyalgonin®. Hätte B-2 mit PerAspera keinen Kontakt aufgenommen, wäre es höchstwahrscheinlich nicht zu einem Vertragsabschluss gekommen. Daher ist B-2 die Initiantin des Hauptvertrages. Da es sich bei der Beklagten 1 (nachfolgend «B-1») um ein 50/50 Joint-Venture von B-2 handelt, profitierte auch B-2 wirtschaftlich vom Vertragsschluss zwischen der PerAspera und B-1. Auch wenn aus der Sachverhaltsergänzung Nr. 3 (V-3) hervorgeht, dass B-2 bei der Erfüllung des Distributionsvertrages weder mitgewirkt, noch Einfluss auf B-1 genommen hat, ist dennoch von einer Einwirkung auszugehen. Dies begründen wir damit, dass zwischen B-1 und B-2 eine sehr enge personelle Verknüpfung besteht. Zudem besteht nach Art. 716 Abs. 1 OR die Annahme, dass die Kompetenz in Bezug auf die Beschlussfassung der Gesellschaft beim Verwaltungsrat liegt, wenn nichts Gegenteiliges in den Statuten oder dem Gesetz festgehalten ist

(MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §16 N 395). Daraus kann geschlossen werden, dass der Verwaltungsrat von B-2 den Distributionsvertrag (K-1) unterzeichnete. Da sich der Verwaltungsrat von B-1 mehrheitlich aus Managern von B-2 zusammensetzt, war B-2 mindestens über die Grundstruktur und den Inhalt des Hauptvertrages im Bilde und hatte demnach auch über die darin enthaltene Schiedsvereinbarung Kenntnis.

- 4 Bei der Unterzeichnung des Hauptvertrages wurde seitens B-2 keinen Vorbehalt angebracht, nicht Partei der Schiedsvereinbarung sein zu wollen. Mit der intensiven Einmischung bei der Aufsetzung des Vertrages und der engen personellen Verknüpfung zwischen B-1 und B-2 wurde durch B-2 der Anschein erweckt, auch an die im Hauptvertrag enthaltene Schiedsklausel gebunden sein zu wollen.
- 5 Sollte sich der Einwand der fehlenden Parteistellung als rechtsmissbräuchlich herausstellen, kann es sein, dass er abgewiesen wird (STACHER, N 201). Das Rechtsmissbrauchsverbot entfaltet Wirkung, wenn sich die Drittpartei vermehrt mit den Belangen der Vertragsparteien auseinandersetzt, über den Vertragsinhalt Bescheid weiss, aber dann eine fehlende Parteistellung geltend macht (vgl. BGE 129 III 727; STACHER, N 202). Die enge personelle Verknüpfung von B-2 und B-1 indiziert eine solche Einmischung in die Belange von B-1 und der PerAspera durch B-2. Die Berufung auf die fehlende Parteistellung durch B-2 erweist sich demnach als rechtsmissbräuchlich.

2. Fazit

- 6 Durch den von B-2 geschaffenen Rechtsschein wird die Schiedsvereinbarung auf B-2 ausgedehnt und macht sie demnach automatisch zur Partei der Schiedsklausel in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1). Zudem kann B-2 die Berufung auf die fehlende Parteistellung, aufgrund des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, versagt werden. B-2 mischt sich vermehrt in die Belange der PerAspera und B-1 ein und es wäre folglich rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich trotz dieser Einmischung auf eine fehlende Parteistellung beruft.

II. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber der Beklagten 2

- 7 Die in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) genannte Schiedsvereinbarung ist im Hauptvertrag enthalten. Im schweizerischen Recht wirkt die Schiedsvereinbarung autonom (vgl. BGE 119 II 380 E. 4a, RÜEDE/HADENFELDT, S. 87). Demnach gilt die Schiedsvereinbarung als vom Hauptvertrag unabhängig, selbst wenn diese im Hauptvertrag miterfasst wurde (STACHER, N 64). Vorliegend muss demnach die Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) gesondert betrachtet werden. Nachdem der Bestand einer Schiedsvereinbarung festgestellt wurde, ist eine restriktive Auslegung unbegründet (BERGER/KELLERHALS, N 422). Falls der Wille der Parteien, die Streitigkeit der

Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, feststeht, soll diesem Bestreben nach Möglichkeit Rechnung getragen werden (vgl. BGE 138 III 29 E. 2.2.3). I.c. haben die Parteien in der Schiedsklausel in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) eindeutig festgehalten, alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen und der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.

- 8 Art. 177 Abs. 1 IPRG nennt als möglichen Gegenstand einer Schiedsvereinbarung jeden vermögensrechtlichen Anspruch. Da Schadenersatzforderungen den Gegenstand der Einleitungsanzeige vom 29. Mai 2016 bilden, ist diese Voraussetzung erfüllt.

1. Zustandekommen der Schiedsvereinbarung

- 9 Ob eine Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien zustande gekommen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Auslegung von Schiedsvereinbarungen werden die allgemein anerkannten Regeln für die Auslegung von privaten Willenserklärungen angewendet (BGE 130 III 66 E.3.2). Um das Zustandekommen eines Vertrages zu bejahen, setzen Art. 1 Abs. 1 OR wie auch Art. 2 Abs. 1 OR eine Einigung der Parteien über sämtliche wesentliche Punkte voraus. Die essentialia negotii einer Schiedsvereinbarung umfassen die Einigung der Parteien, den Rechtsstreit dem Schiedsgericht vorzulegen, sowie die Bezeichnung des entsprechenden Streitgegenstandes (BGE 138 III 29 E. 2.1).
- 10 Zuerst wird der tatsächlich übereinstimmende Wille der Parteien eruiert (BGE 130 III 66 E. 3.2). I.c. bestreitet B-2 das Vorhandensein eines tatsächlichen Konsenses betreffend dem Bestand der Schiedsvereinbarung.
- 11 Kann aus der Schiedsvereinbarung kein tatsächlicher Konsens eruiert werden, erfolgt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Dabei ist zu beachten, wie der Erklärungsempfänger unter Beachtung der gesamten Umstände, die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen konnte (BGE 138 III 29 E. 2.2.3). Zudem sind sowohl die Motive für die Vereinbarung, als auch das Verhalten der Parteien während und nach dem Vertragsschluss zu berücksichtigen (BGE 132 III 24 E. 4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1212 ff.). Dem Wortlaut kommt dabei eine erhöhte Bedeutung zu (HUGUENIN, N 280).
- 12 Die Schiedsklausel, mit identischem Wortlaut wie die letztlich im Distributionsvertrag (K-1) unterzeichnete Fassung, wurde seit Beginn der Vertragsverhandlungen nicht mehr geändert. Zudem wurde in Art. 13.3.4 des Distributionsvertrages (K-1) erneut explizit auf den Bestand der Schiedsvereinbarung hingewiesen. Der Wortlaut der Schiedsklausel in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) nennt ausdrücklich, dass „Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem

Vertrag“ der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen und einem Schiedsverfahren unterstellt werden sollen.

- 13 Es handelt sich vorliegend um Vertragsverhandlungen, die sich im Geschäftsverkehr abgespielt haben. Die Parteien sind im Vorgehen mit entsprechenden Vertragsverhandlungen gewandt und sind sich den Folgen einer Schiedsvereinbarungsklausel bewusst. Nach dem Prinzip von Treu und Glauben hätte sich B-2 explizit negativ zur entsprechenden Schiedsklausel äussern müssen, um ein Zustandekommen der Klausel ihr gegenüber zu verhindern. Dies hat B-2 unterlassen. Zudem war es, wie bereits erläutert, B-2, welche die Vertragsverhandlungen mit der PerAspera aufnahm. Es kann also auf ein grosses Interesse ihrerseits geschlossen werden, die Vertragsverhandlungen erfolgreich abzuschliessen und somit die im Vertrag enthaltene Schiedsklausel hinzunehmen.
- 14 Nach Treu und Glauben konnte die Klägerin folglich das Verhalten von B-2 als implizite Zustimmung zur Anbindung an die Schiedsvereinbarung deuten, was einen normativen Konsens begründet.

2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

- 15 Den formellen Gültigkeitsanforderungen von Art. 178 Abs. 1 IPRG wird aufgrund der schriftlichen Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) Rechnung getragen.
- 16 Nach Art. 19 Abs. 1 OR kann der Inhalt eines Vertrags innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig ausgestaltet werden. Es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die auf eine Übervorteilung (Art. 21 OR) oder das Vorhandensein von Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) schliessen lassen würden.

a) Verletzung fundamentaler Grundsätze

- 17 B-2 macht geltend, dass die Schiedsvereinbarung aufgrund einer Verletzung von fundamentalen Grundsätzen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als nichtig dahinfällt. Ihrer Meinung nach stellt die Tatsache, dass sie bei der Bestellung des Schiedsgerichts nicht mitwirken konnte, einen Rechtsentzug dar. Dies ist offensichtlich nicht der Fall.
- 18 I.c. bringt B-2, durch ihr Verhalten (s. N 13) implizit zum Ausdruck, dass sie auf ein Mitwirkungsrecht bei der Wahl der Schiedsrichter verzichtet. Dieser Verzicht ist aufgrund der Parteiautonomie, welche einen signifikanten Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit darstellt (BERGER/KELLERHALS, N 11), zu beachten.
- 19 Beachtlich ist zudem wiederum die enge personelle Verknüpfung zwischen B-1 und B-2 (s. N 3), woraus abzuleiten ist, dass B-2 zumindest einen indirekten Einfluss auf die Schiedsrichterwahl von B-1 auszuüben vermochte.

b) Interessenslage

- 20 B-2 führt weiter aus, dass ihre Interessenslage nicht zwingend mit jener von B-1 identisch ist. In der Garantieklausel von Art. 12 des Distributionsvertrages (K-1) garantiert die Garantin die Einhaltung der Vertragspflichten durch die Distributorin. Ein Garantiefall liegt vor, wenn die Partei, für welche die Garantin einsteht, die Leistung, welche sie dem Promissar schuldet, nicht erfüllt (HUGUENIN, N 1179). Die Garantin der Distributorin B-1 ist vorliegend B-2. Es liegt folglich eine Verpflichtung aufgrund des Hauptvertrages vor. B-2 haftet, sobald eine Vertragsverletzung durch B-1 vorliegt. Das Interesse von B-2 zielt somit, genau wie jenes von B-1, auf eine Feststellung, dass keine Vertragsverletzung vorliegt. Es liegt folglich, entgegen der Ansicht von B-2, eine identische Interessenslage vor.
- 21 Das Begehren von B-2, die Interessenslagen von B-1 und B-2 als nicht identisch zu werten, ist demnach haltlos, da beide aufgrund des Hauptvertrages haftbar sind.

3. Fazit

- 22 Die Schiedsklausel entfaltet auch gegenüber B-2 Wirkung.

III. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes gegenüber der Beklagten 2

1. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichtes gegenüber der Beklagten 2 durch Einlassung

- 23 Sollte das Schiedsgericht die Zuständigkeit mit der Begründung, dass B-2 nicht rechtsgültig Partei geworden sei verneinen, ergibt sich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts eventualiter aus der Einlassung oder dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten durch B-2. Bei einer allfälligen Einlassung entfällt die Notwendigkeit einer gültig abgeschlossenen Schiedsvereinbarung (STACHER, N 233).
- 24 Die Bedingungen der Einlassung sowie die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen, sind weder in Art. 186 Abs. 2 IPRG noch in den Swiss Rules of International Arbitration geregelt (BSK IPRG – SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 Abs. 2 N 106). Die Voraussetzungen ergeben sich demnach sowohl aus der herrschenden Rechtsprechung als auch der Lehre (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 Abs. 2 N 106).
- 25 Die Einlassung ist gegeben, wenn die Klägerpartei bei einem an sich unzuständigen Gericht eine Schiedsklage anhängig macht und die Verhaltensweise der Beklagten auf eine Einlassung ohne Vorbehalt schliessen lässt (BERGER/KELLERHALS, N 583–587).
- 26 Wenn die beklagte Partei auf die „Begründetheit des Sachantrages“ eingeht und die „Begründetheit der Klage erörtert“, kann von einer Einlassung ausgegangen werden (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 Abs. 2 N 108). Aus dem Verhalten von B-2 kann

abgeleitet werden, dass sie das Schiedsverfahren entweder durch ein Sachurteil oder durch einen prozessualen Urteilsspruch „herbeiführen will“ (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 Abs. 2 N 108; vgl. BGE 123 III 35 ff., 46). In der provisorischen Einleitungsantwort von B-2 schliesst sie sich den Ausführungen von B-1 an und erörtert somit indirekt die Begründetheit der Klage, da die Ausführungen darüber bereits durch B-1 erfolgt sind. Zudem hält sie sich weitere Ausführungen zum Sachantrag der Klägerin vor.

- 27 Wird bei der Einleitungsklage nur eventualiter auf die Hauptsache Bezug genommen – im Falle eines negativen Entscheides bezüglich der vorgebrachten Unzuständigkeitseinrede – sind die Voraussetzungen einer Einlassung nicht erfüllt (vgl. BGE 128 III 50 ff., 50; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102). Zudem muss die Unzuständigkeitseinrede nach Treu und Glauben als eine solche hervorgehen und in der Einrede bedingungslos als Hauptaspekt aufgeführt werden (BGer 4A_682/2012 E. 4.4.2.2).
- 28 In der provisorischen Einleitungsantwort bringt B-2 vor, dass ihr Mitwirkungsrecht in Bezug auf die Ernennung der Schiedsrichter verletzt wurde und dass sie sich die Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung vorbehält. Diese Einreden werden jedoch nicht als Hauptpunkt der Klage aufgeführt. Als Hauptpunkt bringt B-2 vor, dass sie sich den materiellen Streitpunkten, so wie sie von B-1 vorgetragen wurden, anschliessen wolle. Somit bekundet B-2 unmissverständlich, dass sie vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache verhandeln will (vgl. dazu BGer v. 3.9.2002, 4C.52/2002, E. 2.3). Durch die Einlassung verwirkt B-2 ihr Recht auf die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede (BERGER/KELLERHALS, N 591; PLOUDRET/BESSON, N 471).
- 29 Unabhängig vom Ausgang der Einlassungseinrede, ist ohnehin zu beachten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) auch in der Schiedsgerichtsbarkeit zum Tragen kommen (BGer v. 24.5.2013, 4A_476/2012, E. 3.1). Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB verhält sich insbesondere die Partei rechtsmissbräuchlich, die sich allfällige Rügegründe aufspart, um sie dann im Falle eines für sie negativen Prozessverlaufes nachträglich vorzubringen (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102).
- 30 Laut Art. 3 Par. 7 Swiss Rules hat die beklagte Partei innerhalb von 30 Tagen nach Empfang der Einleitungsanzeige dem Sekretariat eine Einleitungsantwort einzureichen. Unter anderem hat die Einleitungsantwort eine allfällige Unzuständigkeitseinrede zu enthalten (Art. 3 Par. 7 lit. b Swiss Rules). B-2 leitete die eigentliche Unzuständigkeitseinrede erst am 29. September 2016 ein – nachdem sie die Verfügung des Schiedsgerichtes erhalten hat. Die eigentliche Unzuständigkeitseinrede erfolgt demnach zwei Monate nach der provisorischen

Einleitungsantwort. B-2 hätte die Unzuständigkeitseinrede auch direkt mit der Einleitungsklage erheben können (Art. 21 Par. 3 Swiss Rules).

- 31 Die Bezeichnung als „provisorische Einleitungsklage“ erachten wir als rechtsmissbräuchlich, da sich B-2 dadurch erhofft, zu einem späteren Zeitpunkt (nach Ablauf der 30-tägigen Frist), eine definitive Einleitungsklage und somit allenfalls verspätete Rügegründe vorzubringen. Daher ist die provisorische Einleitungsklage als definitive Einleitungsklage zu betrachten, da sich ansonsten jede beklagte Partei dieser Möglichkeit bedienen würde und auf diese Weise verspätete Rügegründe vorbringen würde. Und zudem hat sie sich in der „provisorischen Einleitungsklage“ bereits auf das Verfahren eingelassen.

2. Fazit

- 32 Das Schiedsgericht ist ohnehin zuständig für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin, da sich B-2 mit der provisorischen Klageeinleitung auf das Verfahren eingelassen hat. Zudem ist die „definitive“ Unzuständigkeitseinrede rechtsmissbräuchlich, da sie erst viel später vorgebracht wird und sich B-2 mithilfe der „provisorischen Klageeinleitung“ eine spätere Einrede in Reserve halten wollte.

B. Materieller Teil

I. Aktivlegitimation der Klägerin

1. Qualifikation der Abtretung als Sicherungszession

a) Auslegung des Darlehensvertrages (K-1)

- 33 Die PerAspera und die Klägerin haben am 25. Februar 2014 einen Darlehensvertrag (K-2) abgeschlossen. In diesem wurden der Klägerin zur Sicherung ihres Darlehens die Ansprüche der PerAspera aus dem Distributionsvertrag (K-1) übertragen. Bei der Übertragung dieser Ansprüche handelt es sich unzweifelhaft um einen Sicherungsvertrag. Ob dieser in der Form einer Sicherungsabtretung oder einer Forderungsverpfändung abgeschlossen wurde, kann durch dessen Auslegung anhand der allgemeinen Regeln über die Auslegung von Verträgen ermittelt werden (REETZ, N 432).
- 34 Nach Art. 18 Abs. 1 OR ist für die Auslegung des Vertrages der Wille der Parteien und nicht die falsche Bezeichnung massgebend. Der Vertragsinhalt muss deshalb anhand des wirklichen Willens, oder – sollte dieser nicht mehr eruiert werden können – anhand des mutmasslichen Willens der Parteien ermittelt werden (HUGUENIN N 275). Der wirkliche Wille ist mittels Indizien zu ergründen, wobei insbesondere der Wortlaut einen wichtigen Anhaltspunkt dafür bildet (HUGUENIN, N 280). Daneben sind aber auch die Entstehungsgeschichte und die Begleitumstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen (HUGUENIN, N 290). Für den mutmasslichen Willen wird anhand einer objektivierten Betrachtungsweise beurteilt, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1201).
- 35 Das Wort „Pfand“ oder ähnliche Ausdrücke, die auf eine Abtretung durch Forderungsverpfändung schliessen lassen würden, erscheinen im Darlehensvertrag (K-2) nicht. Die Parteien regeln in der Vereinbarung, dass der Darlehensgeberin die Ansprüche „als Sicherheit eingeräumt werden“. In der Präambel des Vertrages wird ausgeführt, dass die Darlehensgeberin nur bereit ist, die finanziellen Mittel gegen „angemessene Sicherheit“ zur Verfügung zu stellen. Eine starke Position der Gläubigerin war demnach zentraler Bestandteil der Abrede. Die Sicherungszessionarin wird im Unterschied zur Pfandgläubigerin vollberechtigte Gläubigerin der Forderung (BGE 130 III 417, 426 f. E. 3.4). Bei einer Forderungsverpfändung bestünde das Risiko, dass der Verpfänder über die Forderung weiterverfügen könnte (KUHN, § 23 N 54). Die Gläubigerin hat bei der Sicherungszession folglich eine weitaus stärkere Position.

- 36 Es ist offensichtlich, dass die Klägerin ein Darlehen in dieser Summe nur übertragen wollte, wenn sie im Gegenzug Dritten gegenüber unbeschränkte Forderungsinhaberin wird und dass dies von der PerAspera so verstanden und akzeptiert wurde.
- 37 Zudem kann – wenn die Parteien eine Frage nicht explizit geregelt haben – angenommen werden, dass sie keine von der Verkehrsübung abweichende Regel vereinbaren wollten (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 28).
- 38 Die Sicherungszession hat in der Praxis die Forderungsverpfändung weitgehend verdrängt (KUHN, § 23 N 9). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der PerAspera die Ansprüche nicht in der üblicherweise geltenden Form der Sicherungszession abtreten wollte.

b) Fazit

- 39 Beim Sicherungsgeschäft zwischen der PerAspera und der Klägerin handelt es sich um eine Sicherungszession. Ausführungen zur Forderungsverpfändung und damit allfälligen weiteren nicht erfüllten rechtlichen Anforderungen erübrigen sich damit.

2. Gültigkeit der Sicherungszession

a) Voraussetzungen

- 40 Die Zession besteht aus einem Verfügungsgeschäft – dem Abtretungsvertrag – welchem ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt (SCHWENZER, N 90.06). B-1 bestreitet in ihrer Einleitungsantwort die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts, weil diesem ihrer Meinung nach ein vertragliches Abtretungsverbot entgegenstehe.
- 41 Sollte die B-1 zusätzlich Einwendungen gegen das Verpflichtungsgeschäft erheben, ist darauf hinzuweisen, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nach h.L. in einem abstrakten Verhältnis zu einander stehen (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 23 N 10; BGE 71 II 167 E. 3). Die Abtretung kann somit selbst dann gültig sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft zwischen der PerAspera und der Klägerin fehlerhaft wäre. Einreden gegen das der Abtretung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft kann B-1 nicht geltend machen (ZK-SPIRIG, Vorb. zu Art. 164-174 N 55). Selbst wenn von einem kausalen Verhältnis von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ausgegangen werden würde, ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes.
- 42 Die Voraussetzungen des gültigen Abtretungsvertrages sind die Verfügungsmacht der Zedentin über die abzutretende Forderung, die Einhaltung der Formvorschriften, sowie die Bestimmbarkeit und die Abtretbarkeit der Forderung (HUGUENIN, N 1340).
- 43 Die PerAspera hatte als Anspruchsberechtigte zum Zeitpunkt der Abtretung unzweifelhaft Verfügungsmacht und die Formerfordernisse der einfachen Schriftlichkeit (Art. 165 Abs. 1

OR) wurden durch den schriftlichen Darlehensvertrag eingehalten. Bestimmbarkeit ist ebenfalls gegeben, da es dafür ausreicht, dass es möglich ist, im Zeitpunkt der Entstehung einer Forderung zu bestimmen, ob sie von der Abtretung erfasst wird (BGE 135 V 2, 9 f. E. 6.1.2).

44 Die genannten Anforderungen werden denn auch nicht bestritten. B-1 behauptet jedoch, dass das Kriterium der Abtretbarkeit aufgrund eines vertraglichen Abtretungsverbots nicht erfüllt war. Dass dies nicht der Fall ist, wird im Folgenden ausgeführt.

b) Auslegung des Distributionsvertrages (K-1)

45 Das Zustandekommen des Distributionsvertrages wird nicht bestritten. Allerdings haben die Parteien – wie sich durch Auslegung des Distributionsvertrages (K-1) ergibt – kein Abtretungsverbot für Fälle der vorliegenden Art regeln wollen.

46 Da sich die Parteien über die Tragweite von Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) nicht einig sind, ist diese Bestimmung nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung auszulegen (s. N 34). Bei der Auslegung einer einzelnen Vertragsklausel darf diese zudem nicht einfach isoliert betrachtet werden, sondern es muss immer auch der Gesamtzusammenhang des Vertrages in die Beurteilung miteinbezogen werden (BGE 123 III 165 E. 3a).

47 Auch wenn der Wortlaut als primäres Auslegungsmittel gilt (s. N 34), ist eine rein wörtliche Auslegung unzulässig und es kann sich aus anderen Bestimmungen des Vertrages, aus dem von den Parteien angestrebten Zweck oder aus anderen Umständen ergeben, dass der Text der besagten Klausel nicht den genauen Sinn der getroffenen Vereinbarung wiedergibt (BGE 130 III 417 E. 3.2).

48 Zwar haben die Parteien in Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) geregelt, dass die Abtretung einer Zustimmung der anderen Partei bedarf. Allerdings schreiben sie in der gleichen Bestimmung auch, dass eine solche nur aus gewichtigen Gründen verweigert werden darf. Damit ergibt sich bereits aus den in der Vertragsklausel verwendeten Worten eine erhebliche Relativierung der zustimmungsbedürftigen Abtretung. Die Parteien gingen demnach davon aus, dass Abtretungen grundsätzlich möglich sein sollten, wenn keine gewichtigen Gründe dagegensprechen.

49 Die Interessenlage der Parteien und der Vertragszweck sollten als weitere Auslegungsmittel berücksichtigt werden (ZK- JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 391 f.). Für die Einfügung des Art. 13.5 in den Distributionsvertrag (K-1) waren vordergründig die Interessen der B-1 an einem Abtretungsverbot ausschlaggebend.

- 50 Einerseits wollte sie dadurch verhindern, prüfen zu müssen, an wen sie mit schuldbeeidender Wirkung leisten darf. Dies war in der vorliegenden Konstellation nicht relevant, da B-1 nach Art. 167 OR auch mit befreiender Wirkung an die PerAspera hätte zahlen können, weil ihr die Abtretung nicht angezeigt wurde.
- 51 Andererseits wollte B-1 im Falle einer Insolvenz der PerAspera in der Lage sein, durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter die Produktion aufrechterhalten zu können. Die Abtretung der Ansprüche an die Klägerin erfolgte, um die Aufnahme eines Kredits sicherzustellen. Durch dieses Geschäft wurde eine drohende Insolvenz gerade verhindert. Ausserdem ist das Interesse der B-1 an einer Aufrechterhaltung der Produktion von Dyalgonin offensichtlich nicht gegeben, wie sie durch Kündigung des Distributionsvertrages (K-1) zum Ausdruck gebracht hat.
- 52 Der übereinstimmende Wille der Parteien zielte wie dargelegt auf ein Abtretungsverbot beim Vorliegen von gewichtigen Gründen ab. Solche würden höchstens dann vorliegen, wenn die oben genannten Interessen der B-1, die für die Einführung des Abtretungsverbots relevant waren, geschmälert würden. Dies ist, wie ausgeführt wurde, nicht der Fall. In Konstellationen wie der vorliegenden sollte eine Abtretung möglich sein. Eine Ausdehnung des Abtretungsverbots auch für solche Fälle würde den Interessen der Parteien diametral entgegenstehen.

c) Abtretungsverbot nicht mehr in Kraft

- 53 Selbst wenn angenommen würde, dass die Parteien in Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) ein generelles Abtretungsverbot auch für Fälle der vorliegenden Art regeln wollten, wäre dieses zur Zeit der Abtretung nicht mehr in Kraft gewesen.
- 54 Abtretungen können wie jeder andere Vertrag an Bedingungen geknüpft werden (SCHWENZER, N 90.11; BGE 84 II 355). Die Klägerin und die PerAspera haben im Darlehensvertrag geregelt, dass die Darlehensgeberin *im Verzugsfalle* die Ansprüche der PerAspera aus dem Distributionsvertrag (K-1) geltend machen kann. Damit haben sie den Abtretungsvertrag an eine aufschiebende Bedingung geknüpft. Die Abtretung wird erst mit Verzug der Darlehensnehmerin wirksam. Dies ist erst am 01.12.2015 der Fall (siehe K-2, Rückzahlungstermin am 31.12.14). Die PerAspera und B-1 haben im Distributionsvertrag (K-1) in Art. 13.3.4 geregelt, welche Bestimmungen des Vertrages im Falle einer Beendigung desselben in Kraft bleiben. Die Bestimmung über die Abtretung (Art. 13.5) wird davon nicht erfasst. Der Distributionsvertrag (K-1) wurde auf den 31.10.15 gekündigt (siehe K-3). Das Abtretungsverbot war nicht mehr in Kraft, als die Abtretung erfolgte und stand dieser folglich nicht entgegen.

d) Relative Wirkung des Abtretungsverbotes

- 55 Sollte das Schiedsgericht von dem Vorhandensein eines generellen Abtretungsverbots ausgehen, welches auch zum Zeitpunkt der Abtretung noch in Kraft ist, entfaltet dieses nach restriktiver Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien des Distributionsvertrages.
- 56 Der Inhalt eines Abtretungsverbots kann von den Parteien beliebig begrenzt werden und es kann damit neben absoluter Unwirksamkeit der Zession gegenüber Dritten auch bloss relative Wirkung zwischen den Parteien des Abtretungsvertrages zur Folge haben (MÜLLER-CHEN, S. 15). Entscheidend ist der rechtsgeschäftliche Parteiwille (MÜLLER-CHEN, S. 17).
- 57 Absolute Unwirksamkeit einer abredewidrigen Zession ist im internationalen Vergleich eine Ausnahme. Moderne Rechtsordnungen gehen gar von der Unwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote gegenüber Dritten aus. Eine restriktive Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR für grenzüberschreitende, dem schweizerischen Recht unterstehende Rechtsverhältnisse ist deshalb angezeigt (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32). Dies wird auch durch den Vorstoss bestätigt, das Abtretungsverbot in der Schweiz gesetzlich neu zu regeln und dessen Wirkung auf das Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent zu beschränken (OR2020-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 4).
- 58 Ziel des Abtretungsverbots war der Schutz der B-1 als Schuldnerin der PerAspera. Dieser Schutz wird bereits durch den internationalen Grundsatz, dass der Schuldner durch die Zession nicht schlechter gestellt werden darf, erreicht.
- 59 Dem Abtretungsverbot im Darlehensvertrag (K-1) sollte rein obligatorische Wirkung zwischen der PerAspera und B-1 zukommen. B-1 könnte in diesem Fall zwar versuchen, Ersatzansprüche gegenüber der PerAspera geltend zu machen. Die Gültigkeit der Zession wird dadurch aber nicht tangiert.

e) Zustimmung zur Abtretung fingieren

- 60 Wenn die vorausgehenden Ausführungen vom Schiedsgericht nicht nach unserer Auffassung beurteilt werden sollten, so kann das Abtretungsverbot noch immer mit Einverständnis der Schuldnerin aufgehoben werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32). Die Abtretung kann nachträglich genehmigt werden, wenn das Verbot wie hier einzig im Interesse der Schuldnerin abgeschlossen wurde (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3431).
- 61 Die Zustimmung zur Abtretung dürfte nur beim Vorliegen gewichtiger Gründe verweigert werden. Da solche nicht gegeben sind (s. N 52), hat die B-1 ihre Zustimmung zu erteilen. Mit der beharrlichen Verweigerung wird einzig eine Verzögerung des Prozesses erreicht. Ein

solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB. Aus diesem Grund sollte das Schiedsgericht von der Zustimmung von B-1 ausgehen.

3. Fazit

62 Die Ansprüche der PerAspera wurden gültig an die Klägerin abgetreten. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist gegeben.

II. Auskunftsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1

63 Zur Begründung der Auskunftspflicht der B-1 stützen wir uns auf Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1). Alternativ wird eine gesetzliche Auskunftspflicht geltend gemacht.

64 Die PerAspera hat alle ihre Ansprüche gegenüber B-1 an die Klägerin abgetreten (s. N 33 ff.). Wenn im Folgenden also ausgeführt wird, dass eine Auskunftspflicht der B-1 gegenüber der PerAspera abgemacht wurde, so besteht diese Pflicht neu gegenüber der Klägerin.

1. Anspruch aus dem Distributionsvertrag (K-1)

a) Gültigkeit von K-1

65 Der Distributionsvertrag (K-1) ist durch gegenseitige, übereinstimmende Willenserklärungen nach Art. 1 Abs. 1 OR gültig zustande gekommen. Dies wird von den Beklagten denn auch nicht bestritten.

b) Qualifikation von K-1

66 Der Vertrag zwischen der PerAspera und der Klägerin ist – wie aus dem Wortlaut unmissverständlich hervorgeht – ein Distributionsvertrag. bzw. ein Alleinvertriebsvertrag. Dieser ist als Innominatkontrakt zwar nicht gesetzlich geregelt, kann jedoch als gemischter Vertrag qualifiziert werden (SCHLUEP, S. 25). Als solcher beinhaltet er auch Elemente von Nominatverträgen (HUGUENIN, N 3684). Die Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts sind auf Innominatkontrakte zudem i.d.R. direkt anwendbar, wenn es sich um einen synallagmatischen Vertrag handelt (HUGUENIN, N 3703). Da sich die Parteien auf ein Austauschverhältnis geeinigt haben, liegt ein solcher vor (HUGUENIN, N 53) und die Regeln des OR AT sind anwendbar.

c) Verstoss gegen die Auskunftspflicht aus Art. 5.2 des Distributionsvertrags (K-1) durch B-1

67 Unter Art. 5 des Distributionsvertrages (K-1) wurden die Pflichten der B-1 geregelt. In Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) haben sie dabei auch eine Auskunftspflicht der B-1 vereinbart.

- 68 Im Vertragsrecht kann zwischen Haupt- und Nebenpflichten sowie zwischen primären und sekundären Leistungspflichten unterschieden werden (HUGUENIN, N 97).
- 69 Eine vertragliche bzw. gesetzliche Auskunftspflicht ist eine typische Nebenpflicht, welche vor allem der Information dient (HUGUENIN, N 100). Sie ist eine primäre Nebenleistungspflicht, wenn sie sich aus dem Ziel und Zweck des Vertrages ergibt und als grundlegende Vertragspflicht ausgestaltet ist (HUGUENIN, N 106). I.c. wurde eine solche in Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) genauestens ausgeführt. Sie ist demnach eine der grundlegenden Pflichten aus dem Vertrag und als primäre Nebenleistungspflicht zu qualifizieren.
- 70 B-1 behauptet, dass die von der Klägerin verlangten Auskünfte nicht von Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) erfasst sind. Dass diese Behauptung nicht zutrifft, ist offensichtlich.
- 71 Das Rechtsbegehren (i) bezieht sich auf jene Auskünfte, die dem Wortlaut von Art. 5.2 Ziff. iii des Distributionsvertrages (K-1) zu entnehmen sind. Die Bestimmung besagt, dass *sämtliche Unterlagen, welche betreffend Dyalgonin® an eine US-amerikanische Behörde übermittelt* wurden, in Form einer Kopie innert fünf Tagen an die Lieferantin weitergeleitet werden müssen. B-1 hat den US-Behörden falsche Durchschnittspreise des *Medikaments Dyalgonin®* angegeben. Diese Dokumente hätten folglich spätestens fünf Tage nach der Übermittlung an die US-amerikanischen Behörden der PerAspera übermittelt werden sollen, was unterlassen wurde.
- 72 Weiter sollen der Klägerin alle Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zwischen B-1 und einer US-amerikanischen Behörde, von welcher die PerAspera ausgeschlossen wurde, übermittelt werden. Dies wird gestützt auf Art. 5.2 Ziff. ii des Distributionsvertrages (K-1) verlangt, denn nach dem Wortlaut dieser Klausel hätte die Lieferantin in *regulatorische Entscheidungsprozesse* eingebunden werden müssen. B-1 hat mit den US-amerikanischen Behörden einen Vergleich über USD 25 Millionen abgeschlossen. Diesem Vergleich gingen ohne Zweifel ein längerer Entscheidungsprozess und Verhandlungen mit den US-amerikanischen Behörden voraus. In diesen Prozess hätte die PerAspera miteinbezogen werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, sollte der Klägerin nachträglich das Recht zukommen, die Dokumente aus diesen Besprechungen einsehen zu können.
- 73 Als Letztes werden im Rechtsbegehren (iii) alle restlichen Korrespondenzen, Warnungen etc. zwischen B-1 und einer US-amerikanischen Behörde in Form einer Kopie herausverlangt. Dabei soll auf den Wortlaut von Art. 5.2 Ziff. iii des Distributionsvertrages (K-1) verwiesen werden, welcher besagt, dass die Distributorin innert zwei Tagen sämtliche wichtigen

Kommunikationen an die Lieferantin zu übermitteln hat. Im Untersuchungsverfahren, welches dem Vergleich vorausging, muss B-1 diverse Dokumente dieser Art erhalten haben. Ausser Frage ist, dass es sich dabei um wichtige Kommunikationen handelte, schliesslich führten sie dazu, dass B-1 den Vertrieb von Dyalgonin® faktisch aufgab, was eine enorme Schädigung der PerAspera zur Folge hatte. Diese Dokumente hätten daher spätestens zwei Tage nach Erhalt weitergeleitet werden müssen. Da auch diese von B-1 nicht übermittelt wurden, ist sie zu deren Herausgabe zu verpflichten.

d) Zwischenfazit

74 B-1 hat die in Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) aufgeführten Pflichten offensichtlich verletzt, indem sie die besagten Dokumente, Kommunikationen etc. nicht fristgerecht der PerAspera übermittelt hat. Dies ist ein klarer Verstoss gegen die Vertragspflichten. Die Auskünfte können durch die Klägerin geltend gemacht werden.

e) Voraussetzungen des Schuldnerverzugs nach Art. 102 OR

75 Nach Art. 102 Abs. 1 OR kann der Schuldner einer fälligen Verpflichtung durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt werden. *Fällig* ist eine Leistung dann, wenn der Gläubiger sie einfordern kann und der Schuldner diese erfüllen muss, wobei der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit i.d.R. von den betroffenen Parteien vereinbart wird (BGE 129 III 535 E. 3.2.1). I.c. ist die Leistung fällig, denn wie oben ausgeführt, hat B-1 die Kopien der Unterlagen, welche sie mit den amerikanischen Behörden austauschte, innert fünf Tagen bzw. innert zwei Tagen zu übermitteln.

76 Eine *Mahnung* ist nach Art. 102 Abs. 2 OR nicht erforderlich, wenn ein bestimmter Verfalltag vereinbart wurde. Ein Verfalltag kann namentlich durch vertragliche Ermittlung bestimmt werden (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 10). I.c. ist dem Wortlaut von Art. 5.2 Ziff. iii des Distributionsvertrages (K-1) zu entnehmen, dass B-1 Korrespondenzen innert fünf bzw. zwei Tagen zu übermitteln hat. Dies entspricht einem Verfalltaggeschäft. Eine Mahnung muss daher nicht erfolgen, B-1 ist mit ihrer Leistung in Verzug.

77 Im vorliegenden Fall kommt es nicht zu einem *Annahmeverzug*, da B-1 die verlangten Auskünfte nie angeboten hat.

78 Hier sei zu erwähnen, dass die *Einrede* in N 5 lit. c der Einleitungsantwort der B-1 vom 26. Juli 2016 nicht gerechtfertigt ist. Ein Verzicht der PerAspera auf die Auskunftspflicht der B-1 hat nie stattgefunden. Art. 13.4 des Distributionsvertrages (K-1) besagt, dass die ausbleibende Durchsetzung eines Anspruchs aus dem Vertrag nicht als Verzicht auf solche Ansprüche auszulegen ist. I.c. liegen keine wirksamen Einreden vor.

79 Der Schuldnerverzug nach Art. 102 OR ist zu bejahen. B-1 ist in Verzug.

f) Folgen des Schuldnerverzugs Art. 107 ff. OR

- 80 Befindet sich gem. Art. 107 Abs. 1 OR ein Schuldner in einem synallagmatischen Verhältnis in Verzug, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen.
- 81 Die Ansetzung einer solchen Frist kann nach Art. 108 Ziff. 3 OR dann unterlassen werden, wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll. Wie dargelegt, hätte B-1 die Auskünfte jeweils innert fünf bzw. zwei Tagen herausgeben sollen. Eine Nachfrist ist demnach nicht zu setzen. Dem Gläubiger stehen nach Art. 107 Abs. 2 OR Wahlrechte zu (HUGUENIN, N 948). Namentlich kann der Gläubiger auf nachträgliche Erfüllung klagen.

g) Fazit

- 82 Wie dargelegt, handelt es sich um eine primäre Nebenleistungspflicht (s. N 69). Primäre Nebenleistungspflichten können für sich allein Gegenstand des Schuldnerverzugs sein (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 N 61). Gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR wird verlangt, dass B-1 der Auskunftspflicht aufgrund des Schuldnerverzugs nach Art. 102 OR nachzugehen hat.

2. Eventualiter I: Anspruch der Klägerin auf Auskunft aus Art. 400 OR

a) Vorbemerkungen

- 83 Wie bereits ausgeführt, liegt i.c. ein Alleinvertriebsvertrag vor, bei welchem es sich um einen gemischten Innominatkontrakt handelt. Typisches Innominatelement ist das Alleinvertriebsrecht (SPR VII/2 SCHLUEP, S. 844). Typische Nominatenelemente sind das Kaufrecht (getätigte Käufe innerhalb des Vertrags), der Sukzessivkauf (Mindestabnahmepflicht), das Agenturvertragsrecht (Absatzförderungspflicht) sowie das Gesellschafts- resp. Arbeitsrecht in Form der Treuepflicht (Konkurrenzverbot) (SPR VII/2 SCHLUEP, S. 844).
- 84 Teils wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass das Auftragsrecht grundsätzlich keine Anwendung finden soll, wenn eine Fremdnützigkeit fehlt (SPR VII/2 SCHLUEP, S. 844). Das Argument der fehlenden Fremdnützigkeit ist jedoch unbeachtlich, da der Vergleich zwischen Auftrag und Alleinvertriebsvertrag dadurch nicht verhindert wird (MEYER, S. 145).
- 85 Es ist kein Erfordernis des Auftragsrechts, dass der Beauftragte ausschliesslich im Interesse des Auftraggebers handeln muss (SPR VII/2 HOFSTETTER, S. 36 f.).

b) Subsumption der Innominat- und Nominatenelemente

86 Das Alleinvertriebsrecht lässt sich ohne weiteres unter Art. 1.1 des Distributionsvertrags (K-1) subsumieren. Dort wird die Distributorin als Exklusivhändlerin für Dyalgonin® auf dem ganzen Gebiet der Vereinigten Staaten von Amerika ernannt.

Die Qualifikation der oben genannten Nominatenelemente ist für den vorliegenden Sachverhalt nicht massgebend. Zu erwähnen ist, dass alle Nominatenelemente offensichtlich im Vertrag vorkommen. Es ist somit unzweideutig, dass ein gemischter Vertrag vorliegt.

c) Insbesondere: Auftragsrecht

87 Wie bereits dargelegt, hindert das Argument der ausschliesslichen Fremdnützigkeit nicht die Anwendung des Auftragsrecht in einem Alleinvertriebsvertrag (s. N 85). Nach Art. 398 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäfte im Interesse der Auftraggeberin zu besorgen. Wesensmerkmale des einfachen Auftrages stellen dabei eine Treueverpflichtung, ein besonderes Vertrauensverhältnis, ein Persönlichkeitsbezug, die inhaltliche Unbestimmtheit sowie die selbständige Stellung des Beauftragten dar (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 3). Sind diese Elemente gegeben, ist das Auftragsrecht anwendbar.

88 Die Treuepflicht ist erfüllt, wenn sich der Beauftragte verpflichtet, den Auftrag vertragsgemäss zu besorgen (BK-FELLMANN, Art. 394 N 105). Die Parteien haben die Treuepflicht in Art. 5.1 Ziff. i des Distributionsvertrags (K-1) geregelt, welcher besagt, dass die Distributorin Dyalgonin® *gemäss den Bedingungen dieses Vertrages* in den USA verkaufen, bewerben und dessen Absatz fördern soll.

89 Das besondere Vertrauensverhältnis und der Persönlichkeitsbezug müssen an die fachlichen Fähigkeiten und Qualitäten des Beauftragten anknüpfen (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 3). Die PerAspera vertraut auf die Fähigkeit und die Qualität der B-1, da ihr selbst das nötige Know-how und die Kapazitäten fehlen, um ein Distributionsnetz in den USA und Kanada aufzuziehen. Somit ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

90 Die inhaltliche Unbestimmtheit bedeutet oft, dass das Geschäft an jeweilige Umstände, welche während der Vertragsdauer auftreten, angepasst werden muss (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 3). Dies kommt in Art. 3.1 des Distributionsvertrages (K-1) zum Ausdruck, da der Kaufpreis und die Lieferbedingungen jährlich neu zwischen den Parteien vereinbart werden müssen.

91 Zuletzt muss die selbständige Beauftragtenstellung erfüllt sein, welche sich dadurch auszeichnet, dass der Beauftragte weder organisatorisch, zeitlich noch örtlich in den Betrieb des Auftraggebers eingebunden ist (SPR VII/6 HOFSTETTER, S. 18). I.c. ist B-1 eine 50/50-

Joint Venture Gesellschaft der B-2 und der Arteria Pharma AG mit Sitz in Kanada und ist somit weder organisatorisch, zeitlich noch örtlich mit der PerAspera eingeordnet.

92 Die Wesensmerkmale des einfachen Auftrags sind erfüllt. Das Auftragsrecht ist anwendbar.

d) Primäre Nebenpflicht nach Art. 400 OR

93 Im Auftragsrecht regelt Art. 400 OR, dass der Beauftragte verpflichtet ist, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Die Rechnungslegungspflicht des Beauftragten nach Art. 400 OR ist als primäre Nebenpflicht zu deklarieren, deren Erfüllung durch die Gläubigerin klageweise durchgesetzt werden kann (HUGUENIN, N 103).

e) Fazit

94 Die Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus Art. 400 OR.

f) Kein Verzicht der Auskunftspflicht durch PerAspera

95 Auch hier sei erwähnt, dass die PerAspera nicht auf die Auskunftspflicht verzichtet hat, denn nach Art. 13.4 des Distributionsvertrages (K-1) ist eine ausbleibende Durchsetzung eines Anspruchs aus dem Vertrag nicht als Verzicht auf solche Ansprüche auszulegen.

3. Eventualiter II: Auskunftsanspruch der Klägerin aus Art. 2 Abs. 1 ZGB

a) Anspruch aus Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB

96 Überzeugen alle bisher vorgebrachten Argumente und Ausführungen nicht, so ist zu beachten, dass B-1 gegen Treu und Glauben verstossen hat. Nach Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben lassen sich namentlich auch Nebenpflichten herleiten (BGE 114 II 57 E. 6d lit. aa), aber insbesondere auch präparatorische Informationsrechte (AFFOLTER, S. 11). Präparatorische Informationsleistungspflicht sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Rechte verfolgen und dazu dienen, einen Hauptanspruch geltend zu machen (AFFOLTER, S. 18). I.c. liegt klar eine präparatorische Informationsleistungspflicht vor, denn die Geltendmachung des Hauptanspruchs auf Schadenersatz setzt die Auskunft voraus.

97 Für die Geltendmachung des Informationsanspruchs muss einerseits eine *rechtliche Sonderbeziehung* zwischen dem Informationsberechtigten und dem Informationsverpflichteten vorliegen, sowie beim ersteren ein *berechtigtes Informationsinteresse* (AFFOLTER, S. 12). Die rechtliche Sonderbeziehung ist gegeben, wenn die Natur der Rechtsbeziehung, welche zwischen den Parteien vorliegt, es mit sich bringt,

dass der Berechtigte im Unklaren ist und der Verpflichtete die Unklarheit ohne grossen Aufwand beseitigen kann (AFFOLTER, S. 14). Das berechtigte Informationsinteresse liegt vor, wenn für den Informationsanspruch gute Gründe vorliegen (AFFOLTER, S. 16).

98 Beide Voraussetzungen sind erfüllt, da im Vertrag ausdrücklich vereinbart wurde, dass B-1 der Lieferantin von sich aus die Auskünfte erteilen und die in Art. 4.3 und Art. 4.6 der Beendigungsvereinbarung (K-4) verlangten Informationen und Bücher nach Beendigungszeitpunkt hätte bereitstellen müssen. Gute Gründe und damit ein berechtigtes Informationsinteresse sind klar gegeben, denn B-1 hat die PerAspera in dem Sinne getäuscht, dass sie behauptet hat, der Einbruch der Dyalgonin®-Verkäufe in den USA sei auf allgemeine Marktumstände zurückzuführen.

b) Fazit

99 B-1 hat gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstossen, indem sie der Informationspflicht nicht nachgekommen ist. Die Auskünfte sind unabdingbar, um den Schadenersatz geltend machen zu können. Sie sind ihr aufgrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB zu erteilen. Wie bereits ausgeführt wurde, hat die PerAspera nicht auf den Anspruch verzichtet (S. N 95).

C. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7