

**Moot Court Team 4**  
Ivan Gunjic  
Elias Ritzi  
Therry Lehmann  
Pascal Lehmann

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

9. Dezember 2016

## **KLAGESCHRIFT**

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution

Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

**Prof. Dr. Eliana Überhöher**  
Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

**Conquest Distribution Ltd.**  
125 Wild Cherry Lane, Toronto M4B 1B7, Ontario, Kanada

**Beklagte 1**

und

**Corpsanis Holding AG**  
Kneippstrasse 15, 67063, Ludwigshafen, Deutschland

**Beklagte 2**

beide vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Präsident  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

1. Die Beklagte 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 welcher 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 Schadenersatz in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>V</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XII</b>
<b>A. PROZESSUALES .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Die Unterzeichneten sind rechtsgenüßlich bevollmächtigt .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Die Eingabe der Klageschrift erfolgt innert Frist .....</b>	<b>1</b>
<b>III. Das angerufene Schiedsgericht ist zur Beurteilung aller geltend gemachten Ansprüche         zuständig.....</b>	<b>1</b>
1. Schiedsfähigkeit ist gegeben .....	1
2. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst Beklagte und Streitgegenstand.....	1
2.1. Schiedsvereinbarung erstreckt sich auf beide Beklagten (Streitfrage 1).....	1
2.1.1 Subjektive Auslegung der Schiedsvereinbarung nach dem wirklichen Parteiwillen .....	2
2.1.2 Objektive Auslegung der Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip .....	2
2.2. Schiedsvereinbarung umfasst den Streitgegenstand.....	3
3. Schiedsvereinbarung ist gültig (Streitfrage 2).....	3
3.1. Schiedsvereinbarung ist in formeller Hinsicht gültig.....	3
3.2. Schiedsvereinbarung ist in materieller Hinsicht gültig .....	4
3.2.1. Berufung der Beklagten 2 auf Ungültigkeit der Schiedsklausel ist rechtsmissbräuchlich ....	4
3.2.2. Eventualiter: Umdeutung der Schiedsklausel in gemeinsame Ernennung des Schiedsrichters durch die beiden Beklagten .....	5
4. Zuständigkeit des Schiedsgerichts unabhängig von Anwendbarkeit der Schiedsklausel (Streitfrage 3) .....	7
4.1 Unbeachtlichkeit der formellen Einreden der Beklagten 2 infolge Verstosses gegen Treu und Glauben.....	7
4.2 Einlassung der Beklagten 2 auf Schiedsverfahren .....	8
<b>B. MATERIELLES .....</b>	<b>10</b>
<b>I. Die Klägerin ist für die gegenüber der Beklagten 1 geltend gemachten Ansprüche         aktivlegitimiert (Streitfrage 4).....</b>	<b>10</b>
1. Übergang der Ansprüche durch Sicherungszession auf Klägerin.....	10
1.1 Qualifizierung der “Sicherheit” im Darlehensvertrag als Sicherungszession .....	10
1.2 Voraussetzungen einer Zession sind erfüllt.....	11
2. Art. 13.5 des Distributionsvertrages steht Übergang der Ansprüche nicht entgegen .....	12
2.1 Anpassung von Art. 13.5 Distributionsvertrages aufgrund clausula rebus sic stantibus.....	12
2.2 Sinn und Zweck der Bestimmung steht Abtretung durch Sicherheit nicht entgegen.....	13
2.3 Übergang der Forderung durch Beklagte 1 genehmigt .....	14

2.4 Im Fall von Abtretungsverbot ist Berufung auf dieses rechtsmissbräuchlich .....	14
2.5 Anerkennung der Aktivlegitimation durch Beklagte 1 .....	15
<b>II. Die Klägerin hat Anspruch auf die von der Beklagten 1 verweigten Auskünfte .....</b>	<b>16</b>
1. Vertraglicher Anspruch der Klägerin Auskünfte .....	17
1.1 Herausgabepflicht der Informationen aus Distributionsvertrag .....	17
1.2. Herausgabepflicht der Informationen aus Beendigungsvertrag .....	17
1.3 Übergang des Informationsanspruchs auf Klägerin .....	18
1.4 Klagbarkeit des Informationsanspruchs .....	18
2. Gesetzlicher Anspruch der Klägerin auf Auskünfte .....	19
2.1 Qualifikation des Distributionsvertrages .....	19
2.2 Gesetzlicher Anspruch aufgrund agenturvertragsrechtlicher Bestimmungen .....	19
2.3 Gesetzlicher Herausgabeanspruch aufgrund von Treu und Glauben .....	19
3. Kein Verzicht auf Auskunftsrechte durch Klägerin .....	20

## Literaturverzeichnis

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

Rz [5, 8, 18, 22, 29, 43, 54, 56, 58]

BK ZGB, ZOBL DIETER/ THURNHERR CHRISTOPH, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 3. Auflage, Bern 2010 (zit. BK ZGB- ZOBL/ THURNHERR)

Rz [63]

BK ZPO, GABRIEL SIMON/ BUHR ALEX, Berner Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band III: Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK ZPO- GABRIEL/ BUHR)

Rz [45]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ SCHNYDER ANTON K./ BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK IPRG- BEARBEITERIN)

Rz [52, 53]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Basel 2015 (BSK OR- BEARBEITERIN)

Rz [63, 74, 82]

BSK ZGB I, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I- BEARBEITERIN)

Rz [120]

BSK ZGB II, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ GEISER THOMAS (Hrsg.), Basel Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), 5. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK ZGB II- BEARBEITERIN)

Rz [63, 64, 66]

BSK ZPO, SPÜHLER KARL/ TENCHIO LUCA/ INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK ZPO- BEARBEITERIN)

Rz [98, 99]

BUCHER ANDREAS, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Basel 1988 (zit. BUCHER)

Rz [5]

FURRER ANDREAS/ MÜLLER- CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. FURRER/ MÜLLER- CHEN)

Rz [68]

HAUSHEER HEINZ/ AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016 (zit. HAUSHERR/ AEBI- MÜLLER)

Rz [72]

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

Rz [68, 70, 72, 115, 117]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/ RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration: law and practice in Switzerland, Corby Northants 2015 (zit. KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI)

Rz [7, 10, 29]

Komm. ZPO, SUTTER-SOMM THOMAS/ HASENBÖHLER FRANZ/ LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. Komm. ZPO- BEARBEITERIN)

Rz [45]

KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: FS Keller, Zürich 1989, (zit. KUHN)  
Rz [115]

KUKO ZPO, OBERHAMMER PAUL/ DOMEJ TANJA/ HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. KUKO ZPO-BEARBEITERIN)  
Rz [45]

KUKO OR, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR- BEARBEITERIN)  
Rz [67, 70]

MÜLLER CHRISTOPH, International Arbitration, A guide to the Complete Swiss case law (unreported and reported), Neuchatel 2004 (zit. MÜLLER)  
Rz [58]

PFISTERER/ SCHNYDER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/ St. Gallen 2010 (zit. PFISTERER/ SCHNYDER)  
Rz [11, 90, 91]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/ BESSON SÉBASTIEN, Comparative law of international arbitration, 2. Auflage, London 2007 (zit. POUURET/ BESSON)  
Rz [18, 20]

RÜEDE THOMAS/ HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993 (zit. RÜEDE/ HADENFELDT)  
Rz [52]

Swiss Rules Commentary, ZUBERBÜHLER TOBIAS/ MÜHLER CHRISTOPH/ HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. Swiss Rules- BEARBEITERIN)  
Rz [32]

WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss., Basel 2009 (zit. WALDMANN)  
Rz [108, 110, 117]

ZK OR, SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/ 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (zit. ZK OR- SPIRIG)  
Rz [82]



## **Entscheidverzeichnis**

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Dezember 1971

BGE 97 II 390

Rz [72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

10. Dezember 1974

BGE 100 II 450

Rz [115]

Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. Februar 1980

BGE 106 III 5

Rz [63]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Oktober 1983

BGE 109 II 445

Rz [70]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

4. Mai 1987

BGE 113 II 209

Rz [72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

12. Mai 1987

BGE 113 II 163

Rz [68]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
15. März 1990  
BGE 116 Ia 56  
Rz [29]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. Dezember 1990  
BGE 116 II 639  
Rz [45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
9. April 1991  
BGE 117 II 94  
Rz [5]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. März 1996  
BGE 122 III 97  
Rz [72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
10. September 2001  
BGer 4P.72/2001  
Rz [45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
5. Mai 2003  
BGE 129 III 380  
Rz [72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2003  
BGE 129 III 727  
Rz [15]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
Rz [10, 13, 29, 44, 46]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
27. April 2004  
BGE 130 III 417  
Rz [63]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
3. Mai 2004  
BGE 4C.7/2004  
Rz [68]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Juni 2004  
BGE 4C.130/2004  
Rz [113]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. September 2007  
BGer 4A\_220/2007  
Rz [18]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2012  
BGE 138 III 714  
Rz [3]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. November 2012  
BGE 139 III 49  
Rz [115]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AV	Agenturvertrag
AVV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung und unveröffentlichte Entscheidungen)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DoJ	United States Department of Justice
E.	Erwägung
f.	folgend
FDA	Federal Drug Administration
ff.	fortfolgend
FS	Festschrift
HHS	United States Department of Health and Human Services
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KUKO	Kurzkommentar
lit.	litera
N	Randnummer
Nr.	Nummer

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizer Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

## **Begründung**

### **A. PROZESSUALES**

#### **I. Die Unterzeichneten sind rechtsgenügend bevollmächtigt**

1 s. Verfügung Nr. 3, Rz 1.

#### **II. Die Eingabe der Klageschrift erfolgt innert Frist**

2 s. Verfügung Nr. 1, Rz 14.

#### **III. Das angerufene Schiedsgericht ist zur Beurteilung aller geltend gemachten Ansprüche zuständig**

##### ***1. Schiedsfähigkeit ist gegeben***

3 Die subjektive Schiedsfähigkeit beschreibt die Fähigkeit der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen bzw. in einem Schiedsverfahren als Partei aufzutreten (BGE 138 III 714 E. 3.2).

4 Die Partei- und Prozessfähigkeit aller Parteien ergibt sich aus Art. 33 f. und 154 bzw. 155 lit. c IPRG und ist unbestritten gegeben. Folglich sind alle Parteien subjektiv schiedsfähig.

5 Die objektive Schiedsfähigkeit regelt, ob ein Streitgegenstand der Schiedsgerichtsbarkeit untersteht (BGE 117 II 94 E. 5.b; BUCHER, S. 37 N 86). Objektiv schiedsfähig sind alle Ansprüche, die Gegenstand eines Schiedsverfahrens bilden können (BERGER/KELLERHALS, N 365). Nach Art. 177 Abs. 1 IPRG kann jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein.

6 Wie sich aus den gestellten Rechtsbegehren ergibt, dienen diese der Geltendmachung eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs bzw. der Vorbereitung eines solchen. Gegenstand des Verfahrens ist somit ein vermögensrechtlicher Anspruch, womit die objektive Schiedsfähigkeit gegeben ist.

##### ***2. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst Beklagte und Streitgegenstand***

###### ***2.1. Schiedsvereinbarung erstreckt sich auf beide Beklagten (Streitfrage 1)***

7 Der subjektive Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung bestimmt, welches die durch die Vereinbarung verpflichteten Parteien sind (KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI, N 3.152). Die

Beklagte 2 bestreitet, Partei der Schiedsvereinbarung zu sein (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, Rz 1).

8 Ob Parteistellung besteht, bestimmt sich durch Auslegung der Schiedsvereinbarung, welche nach dem Recht zu erfolgen hat, das auf ihre materielle Gültigkeit anwendbar ist (BERGER/ KELLERHALS, N 414).

9 Im konkreten Fall ist dies nach Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) unbestritten Schweizerisches Recht.

#### *2.1.1 Subjektive Auslegung der Schiedsvereinbarung nach dem wirklichen Parteiwillen*

10 Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung hat in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 18 Abs. 1 OR zu erfolgen (KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI, N 3.120), welcher sich primär in den ausgetauschten Erklärungen der Parteien zeigt (BGE 130 III 66 E. 3.2).

11 Die Schiedsvereinbarung bildet nach dem Willen aller Parteien einen integralen Teil des Distributionsvertrages (K-1). Sie benennt lediglich den Streitgegenstand, welcher nach dem Wortlaut alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag umfasst, ohne die Parteien explizit zu benennen. Es ist nur folgerichtig, dass die Schiedsklausel allein dann alle Streitgegenstände eines Vertrages umfassen kann, wenn sie auch alle Vertragsparteien miteinschliesst. Die Beklagte 2 bestreitet richtigerweise nicht, Vertragspartei geworden zu sein, sondern lediglich, von der Schiedsklausel erfasst zu sein. Eine Schiedsvereinbarung, die nur einen Teil der Vertragsparteien bindet, würde denn auch für die Parteien keinerlei Sinn ergeben, da die primäre Funktion einer Schiedsvereinbarung der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ist (PFISTERER/ SCHNYDER, S. 1). Eine derartige Vereinbarung würde diese Funktion nur teilweise, weil nicht gegenüber allen Parteien, erfüllen. Folge einer solchen Vereinbarung wäre eine Unterminierung des Zwecks einer Garantie der Vertragserfüllung durch die Beklagte 2, da eine solche Garantie durch die Notwendigkeit einer separaten und langwierigen Einklagung vor einem staatlichen Gericht einen grossen Teil ihrer Funktion verlieren würde. Eine solche Situation kann nicht Sinn und Zweck der Schiedsvereinbarung gewesen sein.

12 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Schiedsklausel nach dem Willen der Parteien alle Vertragsparteien des Distributionsvertrages (K-1), also auch die Beklagte 2, umfasst.

#### *2.1.2 Objektive Auslegung der Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip*

13 Gelingt die Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens nicht, so ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie

dieser vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66 E. 3.2).

14 Die Klägerin durfte in guten Treuen davon ausgehen, dass sich die von der Beklagten 2 mit Unterschrift unter den Distributionsvertrag (K-1) bekundete Willenserklärung auf den gesamten Vertragstext erstreckte und somit ein Konsens über alle Vertragsbestimmungen inkl. der Schiedsvereinbarung zustande gekommen war.

15 Zusätzlich anerkennt das Bundesgericht bei gewissen Konstellationen, so z.B. bei der Forderungsabtretung, dass eine Schiedsvereinbarung selbst Personen verpflichten kann, die diese nicht unterzeichnet haben und darin nicht aufgeführt sind (BGE 129 III 727 E. 5.3.1).

16 Daraus folgt, dass der Unterschrift der Beklagten 2 verstärkte Bedeutung zukommt, da auch die Schiedsvereinbarung durch diese unbestrittenermassen unterzeichnet wurde.

17 Aus dem Vertrauensprinzip folgt somit, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsvereinbarung geworden ist.

## *2.2. Schiedsvereinbarung umfasst den Streitgegenstand*

18 Der objektive Geltungsbereich bestimmt, welche Streitpunkte der Schiedsvereinbarung unterstehen (BERGER/ KELLERHALS, N 492). Er wird in erster Linie nach dem Parteiwillen bestimmt (POUDRET/ BESSON, N 305). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich aus der vertraglichen Formulierung “in Zusammenhang mit dem Vertrag” die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (BGer 4A\_220/2007 E. 6.2).

19 Diese Wortwahl ist auch in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) enthalten. Der Streitgegenstand, namentlich die Geltendmachung resp. Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen aus Vertrag, steht in direktem Zusammenhang zum Distributionsvertrag (K-1), womit er offensichtlich in den objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung fällt.

## **3. Schiedsvereinbarung ist gültig (Streitfrage 2)**

### *3.1. Schiedsvereinbarung ist in formeller Hinsicht gültig*

20 Die formelle Gültigkeit einer Schiedsklausel richtet sich nach Art. 178 Abs. 1 IPRG, wonach die Schiedsvereinbarung schriftlich oder in einer anderen Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht, zu erfolgen hat (POUDRET/ BESSON, N 193).

21 Die Schiedsvereinbarung ist, wie auch der gesamte Distributionsvertrag (K-1), in schriftlicher Form abgefasst und durch alle Parteien unterzeichnet. Somit ist die Formvorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG gewahrt und die Schiedsvereinbarung formgültig.



### *3.2. Schiedsvereinbarung ist in materieller Hinsicht gültig*

22 Die Schiedsvereinbarung muss unter einer der drei statuierten Möglichkeiten gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG gültig zustande gekommen sein. Dies ist anzunehmen, wenn das Zustandekommen der Einigung auf dem (i) von den Parteien gewählten, (ii) dem auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis anwendbaren oder (iii) dem Schweizerischen Recht entspricht (BERGER/ KELLERHALS, N 368).

23 Vorliegend haben die Parteien nach Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) Schweizer Recht für anwendbar erklärt.

24 Die Beklagte 2 behauptet, der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien sei verletzt. Dass dem nicht so ist, wird in der Folge gezeigt.

#### *3.2.1. Berufung der Beklagten 2 auf Ungültigkeit der Schiedsklausel ist rechtsmissbräuchlich*

25 Die Beklagte 2 behauptet, dass sie kein Recht auf die Ernennung eines eigenen Schiedsrichters habe, was ein mit fundamentalen Grundsätzen der Schiedsgerichtsbarkeit nicht vereinbarer Rechtsentzug sei und leitet daraus die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung ab (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, Rz 2).

26 Die Formulierung in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) ist, anders als von der Beklagten 2 behauptet, nicht dahingehend zu verstehen, dass nur ein Parteischiedsrichter für die Beklagte 1 ernannt werden soll, sondern enthält im Gegenteil die Befugnis der Beklagten 1 zur stellvertretenden Ernennung eines gemeinsamen Parteischiedsrichters beider Beklagten.

27 Dieser Lösung stimmte die Beklagte in vollem Verständnis des Inhalts der Regelung zu. Beim Abschluss der Schiedsvereinbarung lag bei der Beklagten 2 kein Willensmangel vor, ein solcher wird denn auch nicht geltend gemacht. Sie war sich im Gegenteil über die Tatsache, dass die Ernennung des Parteischiedsrichters im Fall von Streitigkeiten von der Beklagten 1 übernommen wird, vollkommen im Klaren. Folglich hatte die Beklagte 2 zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den genau gleichen Wissensstand wie zum Zeitpunkt der Unzuständigkeitseinrede. Dass die Beklagte nun zum diametral anderen Schluss der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung kommt, kann demnach nur mit der Tatsache zusammenhängen, dass sie sich aus der Verbindlichkeit, welche sie als Garantin eingegangen ist, befreien will. Dieses Verhalten ist offensichtlich rechtsmissbräuchlich und verstösst damit gegen Treu und Glauben.

### *3.2.2. Eventualiter: Umdeutung der Schiedsklausel in gemeinsame Ernennung des Schiedsrichters durch die beiden Beklagten*

- 28 Selbst wenn der Umstand, dass die Beklagte 1 allein einen Schiedsrichter für beide  
Beklagten ernennen kann, infolge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes  
eine unzulässige Komponente bilden würde, hätte dies, anders als von der Beklagten 2  
behauptet, nicht die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge.
- 29 Sofern unklare, widersprüchliche oder unvollständige Teile einer Schiedsvereinbarung  
keine zwingenden Elemente, namentlich die Unterstellung der Streitsache unter die  
Schiedsgerichtsbarkeit, betreffen, führen sie nicht ohne Weiteres zu deren Ungültigkeit  
(BGE 130 III 66 E. 3.1; BERGER/ KELLERHALS, N 424). Vielmehr ist gemäss dem Utili-  
tätsgedanken durch Auslegung und allenfalls Vertragsergänzung nach einer Lösung zu  
suchen, die den grundsätzlichen Willen der Parteien respektiert, sich der Schiedsgerichts-  
barkeit zu unterstellen (BGE 116 Ia 56 E. 3.b; KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI, N 3.123).
- 30 Die Tatsache, dass die Unterstellung der Parteien unter die Schiedsgerichtsbarkeit den  
Inhalt von Art. 13.1 bildet, wird auch von der Beklagten 2 nicht bestritten. Sollte also an-  
genommen werden, dass die Modalitäten der Bestellung des Schiedsgerichtes die Rechte  
der Beklagten verletzen, hätte dies nicht die Ungültigkeit der ganzen Schiedsvereinbarung  
zu Folge. Es müsste vielmehr durch Auslegung und Vertragsergänzung eine mit den Rech-  
ten der Beklagten 2 vereinbare Lösung gesucht werden.
- 31 Eine solche Lösung liegt in der Umdeutung der Schiedsklausel von einer alleinigen  
Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters durch die Beklagte 1 in eine gemeinsame  
Ernennung des Parteischiedsrichters durch beide Beklagten.
- 32 Eine gemeinsame Ernennung ist unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der Gleichbehand-  
lung zulässig, wenn die Beklagten in einem Prozess aus einer objektiven Perspektive ge-  
meinsame Interessen haben und sie mit den gleichen Ansprüchen konfrontiert werden.  
Dies ist normalerweise dann der Fall, wenn sich die beiden Beklagten unter gemeinsamer  
Kontrolle befinden (Swiss Rules- BÜHLER/ FEIT, Art. 8 N 23)
- 33 Die Beklagte 2 behauptet, die Interessenlage der beiden Beklagten sei nicht zwingend  
identisch, substantiiert diese Behauptung jedoch in keiner Weise. Sie weist einzig auf die  
Tatsache hin, dass die Garantie der Beklagten 2 für den Distributionsvertrag in ihrer Höhe  
beschränkt ist. Inwiefern sich hieraus eine unterschiedliche Interessenlage ableiten lässt,  
legt die Beklagte 2 allerdings nicht dar.

34 Es ist im Gegenteil so, dass die Interessenlage der Beklagten 2 in allen zur Diskussion stehenden Fragen mit der Interessenlage der Beklagten 1 übereinstimmt. So liegt es im gleichen Interesse beider Parteien, dass (i) die Aktivlegitimation der Klägerin, (ii) die Auskunfts-/Herausgabepflicht der Beklagten 1 und (iii) die Schadensersatzpflicht der Beklagten verneint werden. In allen Streitfragen sind die Interessen deckungsgleich, was notabene von der Beklagten 2 auch nicht substantiiert bestritten wird.

35 Aus Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules ergibt sich denn auch, dass diejenige Partei, welche aus ihrer Interessenlage Rechte ableiten möchte, hierfür beweispflichtig ist.

36 Überdies hält die Beklagte 2, wie in der Präambel des Distributionsvertrages (K-1) erwähnt, 50% der Aktien der Beklagten 1. Zudem besteht die Mehrheit des Verwaltungsrates der Beklagten 1 aus Managern der Beklagten 2 (Verfügung Nr. 3, Rz 16). Aus dieser Konstellation folgt ein Grad der Beherrschung der Beklagten 1 durch die Beklagte 2, der in Bezug auf die Annahme gemeinsamer Interessen einer gemeinsamen Kontrolle gleichkommt.

37 Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass alle Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Verpflichtung der beiden Beklagten, sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter zu einigen, erfüllt sind, da aus dem Gesagten folgt, dass (i) die Beklagte 2 die Beklagte 1 zu einem grossen Teil beherrscht, (ii) die gleichen Ansprüche gegen beide Beklagten geltend gemacht werden, (iii) die Interessen in allen rechtsrelevanten Streitfragen exakt die gleichen sind und (iv) dies diejenige Auslegung der Schiedsvereinbarung ist, die dem hypothetischen Parteiwillen am ehesten entspricht.

38 Somit ist die Schiedsklausel dahingehend umzudeuten, dass die beiden Beklagten gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen haben.

39 Es stellt sich nun die Frage, ob die beiden Beklagten gemeinsam einen anderen Schiedsrichter ernennen würden, als denjenigen, welcher durch die Beklagte 1 stellvertretend für beide Beklagten ernannt wurde. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass die Führung der Beklagten 1, welche über die Ernennung des Parteischiedsrichters Dr. Paul Richterich entschieden hat, personell mit jener der Beklagten 2 weitestgehend übereinstimmt. Auch stimmen die Interessen der beiden Beklagten, wie oben ausgeführt, überein.

40 Daraus erhellt, dass eine gemeinsame Entscheidung der beiden Beklagten über die Person des Parteischiedsrichters genau gleich ausgefallen wäre, wie die von der Beklagten 1 allein getroffene.

41 Es würde jeglicher Logik entbehren, wenn die gleichen Personen in der Funktion von Managern der Beklagten 2 jemand anderes als kompetenten Parteischiedsrichter erachten

würden, als in der Funktion von Entscheidungsträgern der Beklagten 1, besonders da die Interessen der beiden Beklagten gleich liegen.

42 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich die Beklagte 2 aufgrund Rechtsmissbräuchlichkeit nicht auf die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung berufen kann. Eventualiter ist die Schiedsklausel dahingehend umzudeuten, dass die beiden Beklagten das Recht haben, einen gemeinsamen Parteischiedsrichter zu ernennen, was aber wie oben gezeigt, zur Ernennung des gleichen Schiedsrichters führen würde.

#### ***4. Zuständigkeit des Schiedsgerichts unabhängig von Anwendbarkeit der Schiedsklausel (Streitfrage 3)***

43 Das Schiedsgericht kann trotz fehlender oder ungültiger Schiedsvereinbarung für die Beurteilung von Rechtsfragen zuständig sein, falls entweder ein treuwidriges Verhalten oder eine Einlassung vorliegt (BERGER/ KELLERHALS, N 576 ff./ N 600 ff.).

##### *4.1 Unbeachtlichkeit der formellen Einreden der Beklagten 2 infolge Verstosses gegen Treu und Glauben*

44 Nach dem Gebot von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs obliegt es den Parteien, Einwendungen gegen die Zuständigkeit oder die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zum frühestmöglichen Zeitpunkt geltend zu machen. Verspätete, gegen diese Prinzipien verstossende Vorbringen formeller Natur können zufolge Verwirkung unbeachtet bleiben (BGE 130 III 66 E. 4.3).

45 Konkretisiert werden diese Prinzipien durch den in Art. 373 Abs. 6 ZPO festgehaltenen Grundsatz, wonach Verstösse gegen Verfahrensregeln sofort zu rügen sind (so auch BGER 4P.72/2001 E. 4c, ebenso BGE 116 II 639 E. 4c). Dieser Grundsatz findet auch ohne entsprechende Bestimmung im IPRG auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung (Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 373 N 37). Wie der Begriff "sofort" ausgelegt werden soll, ergibt sich aus den Umständen, jedoch wird eine fixe 30-tägige Frist als nicht gangbar erachtet (KUKO ZPO- DASSER, Art. 373 N 21). Eine Rüge ausserhalb der mündlichen Verhandlung, die innerhalb von 10 Tagen geltend gemacht wird, gilt als unmittelbar bzw. sofort vorgebracht (BK ZPO- GABRIEL/ BUHR, Art. 373 N 97).

46 Aus BGE 130 III 66 E. 4.3 ergibt sich auch, dass im Fall einer durch das Gericht angesetzten Frist zur Geltendmachung von Einwendungen bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts solche Einwendungen nach Treu und Glauben innerhalb der Frist vorzubringen sind.

47 Das Schiedsgericht setzte mit Schreiben vom 3. August 2016 eine Frist bis zum 15. August 2016 zur Eingabe von "zusätzlichen Informationen" an. Dieses Schreiben erfolgte als Reaktion auf die provisorische Einleitungsantwort der Beklagten 2. In dieser liess die Beklagte 2 das Gericht über eine eventuelle Geltendmachung der Unzuständigkeit im Dunkeln. Das Schiedsgericht setzte die Frist an, da es diese Unsicherheit schnell beseitigen wollte, um die nächsten Schritte der Konstitution des Gerichts einzuleiten. Vor diesem Hintergrund ist das Schreiben des Schiedsgerichts vom 3. August 2016 eindeutig dahingehend zu verstehen, dass eine Frist zur Geltendmachung aller Einreden formeller Natur angesetzt wurde.

48 Die Beklagte 2 liess sich innerhalb der angesetzten Frist nicht vernehmen. Sie reichte ihre Unzuständigkeitseinrede erst am 26. September 2016 ein, als nicht nur das Schiedsgericht schon besetzt, sondern auch bereits die erste verfahrensleitende Verfügung erlassen war.

49 Mit diesem Verhalten versties sie gegen das Prinzip von Treu und Glauben, wonach Einwendungen bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts innerhalb der durch das Gericht angesetzten Frist vorzubringen sind.

50 Unabhängig von der Ansetzung einer Frist wusste die Beklagte 2 seit Zugang der Einleitungsanzeige vom 29. Mai 2016 von der Existenz eines Schiedsverfahrens, in dem sie Partei ist. Ab diesem Zeitpunkt hätte die Beklagte 2 die Möglichkeit gehabt, all jene Einreden geltend zu machen, die sie in der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September geltend machte. Indem sie so lange zuwartete, versties sie auch unabhängig von der Ansetzung einer Frist durch das Gericht gegen Treu und Glauben, da sie die Einreden nicht wie verlangt unmittelbar geltend machte.

51 Durch dieses treuwidrige Verhalten können die Einreden der Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes ohne weiteres infolge Verwirkung unbeachtet bleiben.

#### *4.2 Einlassung der Beklagten 2 auf Schiedsverfahren*

52 Eine Einlassung liegt vor, wenn der Beklagte vor dem Schiedsgericht auf materielle Aspekte des Streitgegenstandes eingeht, also Handlungen vornimmt, die dem Schiedsgericht den Streit darlegen sollen bzw. ihm dessen Erledigung ermöglichen (RUEDE/HADENFELDT, S. 91). Mit der vorbehaltlosen Einlassung tritt die Verwirkung des Rechts ein, die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu rügen (BSK IPRG- SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 113).

53 Die Voraussetzungen der Einlassung werden in Art. 186 Abs. 2 IPRG nicht geregelt, weshalb auf Rechtsprechung und Literatur zurückzugreifen ist (BSK IPRG - SCHOTT/COURVOISIER Art. 186 N 106).

54 Erste Voraussetzung bildet die Anrufung eines unzuständigen Gerichts durch den Kläger. Diese Konstellation ist insbesondere dann gegeben, wenn der Kläger trotz fehlender oder ungültiger Schiedsvereinbarung ein Schiedsverfahren einleitet oder gegen eine Partei klagt, die vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung nicht erfasst wird (BERGER/ KELLERHALS, N. 584).

55 Die Anrufung eines unzuständigen Gerichts wird durch die Beklagte 2 geltend gemacht.

56 Die Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens, geregelt in Art. 181 IPRG, stellt die zweite Voraussetzung dar (BERGER/ KELLERHALS, N 585 f.). Das Schiedsverfahren ist gemäss Art. 181 IPRG hängig, sobald eine Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet, was nach Art. 3 Abs. 2 Swiss Rules an dem Tag geschieht, an dem die Einleitungsanzeige dem Sekretariat zugegangen ist.

57 Die Einleitungsanzeige erfolgte eingeschrieben am 29. Mai 2016. Das Schiedsverfahren ist somit definitiv rechtshängig.

58 Als dritte Voraussetzung wird die Vorbehaltlosigkeit der Einlassung verlangt. Sie liegt namentlich vor, wenn die Beklagte die Unzuständigkeitseinrede lediglich subsidiär geltend macht, was darin begründet liegt, dass die Unzuständigkeitseinrede bedingungslos und primär erhoben werden muss (BERGER/ KELLERHALS, N 589). Wenn die Einrede der Unzuständigkeit nicht vor irgendeiner (any) Einrede erhoben wird, ist sie nicht mehr länger möglich (MÜLLER, S. 122).

59 Die zeitlich erste Eingabe der Beklagten 2 war deren provisorische Einleitungsantwort. In dieser Eingabe bringt die Beklagte 2 nichts in Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts vor, sondern schliesst sich vielmehr den Ausführungen der Beklagten 1 an. Die Beklagte 2 übernimmt damit die von der Beklagten 1 in ihrer Einleitungsantwort gemachten Ausführungen, die diverse inhaltliche Punkte, unter anderem die Aktivlegitimation der Klägerin und die Auskunftspflicht betreffen. Damit äussert sich die Beklagte zu materiellen Punkten des Verfahrens, ohne zuvor Einreden formeller Natur geltend gemacht zu haben. Dass sie sich solche vorbehält, ändert an dieser Tatsache nichts, da die Unzuständigkeitseinrede erst mit Eingabe vom 26. September geltend gemacht wurde.

60 Dieser Umstand muss dahingehend interpretiert werden, dass die Beklagte 2 erst nach einer Eingabe mit Ausführungen zur materiellen Begründetheit der klägerischen Ansprüche Einreden formeller Natur erhob. Die Beklagte 2 ist damit auf das vorliegende Verfahren eingetreten.

## **B. MATERIELLES**

### **I. Die Klägerin ist für die gegenüber der Beklagten 1 geltend gemachten Ansprüche aktivlegitimiert (Streitfrage 4)**

#### ***1. Übergang der Ansprüche durch Sicherungszession auf Klägerin***

61 Die Klägerin ist kraft Darlehensvertrags (K-2) Inhaberin der hier geltend gemachten Ansprüche geworden.

62 Die Beklagte 1 stellt sich in ihrer Einleitungsantwort auf den Standpunkt, der Darlehensvertrag zwischen der Klägerin und der PerAspera AG enthalte eine Forderungsverpfändung und eventualiter eine Sicherungszession. Wie in der Folge gezeigt wird, enthält der Darlehensvertrag eine Sicherungszession.

#### ***1.1 Qualifizierung der "Sicherheit" im Darlehensvertrag als Sicherungszession***

63 Bei einer Sicherungszession erhält der Zessionar das Vollrecht an der Forderung (BK ZGB- ZOBL/ THURNHERR, Art. 884 N 1536), d.h. er erhält die alleinige Verfügungsmacht und ist Dritten gegenüber unbeschränkter Forderungsinhaber (BSK OR- GIRSBERGER/ HERMANN, Art. 164 N 44). Bei der Forderungsverpfändung bleibt der Pfandbesteller an der von ihm verpfändeten Forderung weiterhin Träger der mit ihr verbundenen Rechte und Befugnisse (BGE 130 III 417 E. 3.3), weshalb der Pfandgläubiger einzig ein beschränkt dingliches Recht am Sicherungsgegenstand erhält (BK ZGB- ZOBL/ THURNHERR, Art. 884 N 1536). Ob im Einzelfall eine Sicherungszession oder eine Forderungsverpfändung vorliegt, ist nach Art. 18 OR durch Auslegung zu ermitteln, wobei als Indizien neben dem Wortlaut (BGE 106 III 5 E. 1) etwa die bisherige Geschäftspraxis der Parteien oder die Branchenüblichkeit heranzuziehen sind (BSK ZGB II- BAUER, Art. 899 N 12). Indessen besteht eine faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession (BK ZGB- ZOBL/ THURNHERR, Art. 884 N 1538).

64 Vorliegend ist die Klägerin (Zessionarin) im Falle des Verzugs nach dem Wortlaut des Vertrags zur selbständigen Geltendmachung der Ansprüche berechtigt. Diese Vertragsbestimmung ist aufgrund des eindeutigen Wortlautes dahingehend auszulegen, der Klägerin die alleinige Verfügungsmacht über die Forderung zu geben, weshalb zweifellos von einer Sicherungszession auszugehen ist. Hinzu kommt, dass in der heutigen Praxis kaum noch Forderungsverpfändungen vorkommen (vgl. BSK ZGB II- BAUER, Art. 899 N 8) und somit auch aus der Branchenüblichkeit eine Qualifizierung der fraglichen Abrede als Sicherungszession folgt.

65 Somit ist der Darlehensvertrag zwischen der PerAspera AG und der Klägerin als Sicherungszession zu qualifizieren.

66 Bei der Sicherungszession einer Forderung hat eine Abtretung nach Art. 164 ff. OR zu erfolgen (BSK ZGB II- BAUER, Art. 899 N 10), womit die Voraussetzungen einer Zession zu prüfen sind.

### *1.2 Voraussetzungen einer Zession sind erfüllt*

67 Nach Art. 145 Abs. 1 IPRG untersteht die Abtretung einer Forderung durch Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht (KUKO OR- LARDELLI, Art. 164 N 28). Da die Parteien Schweizer Recht für anwendbar erklärt haben, ist die Abtretung anhand des OR zu beurteilen.

68 Zur gültigen Abtretung einer Forderung muss die Zedentin entsprechende Verfügungsmacht innehaben (BGE 4C.7/ 2004 E. 4c, vgl. auch FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 23 N 17). Weiter muss gemäss Art. 165 Abs. 1 OR bei einer Abtretung die einfache Schriftlichkeit eingehalten werden, wobei sich diese auf alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte zu beziehen hat (HUGUENIN, N 1344). Die abgetretene Forderung muss bestimmt oder mindestens den Umständen nach bestimmbar sein (BGE 113 II 163 E.2).

69 Die PerAspera AG ist Gläubigerin der Forderungen gegenüber der Beklagten 1 und besitzt somit Verfügungsmacht. Die Klausel der Abtretung wurde in den schriftlichen Darlehensvertrag integriert und durch beide Parteien unterzeichnet. Die Abtretung richtet sich auf alle zukünftigen Forderungen des Distributionsvertrages. Diese sind zwar noch nicht alle entstanden, jedoch ist deren Bestimmung ohne Weiteres möglich.

70 Als letzte Voraussetzung wird die Abtretbarkeit der Forderung verlangt. Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR sind grundsätzlich alle Forderungen unabhängig ihres Rechtsgrundes abtretbar (KUKO OR-LARDELLI, Art. 164 OR N 12), dies mit der Schranke, dass der Abtretung nicht Gesetz, Vereinbarung (HUGUENIN, N 1351) oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (BGE 109 II 445 E. 2).

71 Die Beklagten machen geltend, dass Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) ein vertragliches Abtretungsverbot (*pactum de non cedendo*) enthalte. In der Folge wird gezeigt, dass der Distributionsvertrag kein gültiges Abtretungsverbot enthält und dass ein solches, sogar wenn es gültig bestehen würde, dem Übergang der geltend gemachten Ansprüche auf die Klägerin nicht entgegensteht.



## **2. Art. 13.5 des Distributionsvertrages steht Übergang der Ansprüche nicht entgegen**

### *2.1 Anpassung von Art. 13.5 Distributionsvertrages aufgrund clausula rebus sic stantibus*

72 Die *clausula rebus sic stantibus* ist eine Ausprägung des Prinzips von Treu und Glauben und im Lichte von Art. 27 ZGB auszulegen (BGE 122 III 97 E. 3a; BGE 113 II 209 E. 4a sinngemäss; HAUSHEER/ AEBI-MÜLLER, N 11.39). Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB hat der Richter einen Vertrag dann zu ändern oder aufzuheben, wenn durch nachträgliche, nicht vorhersehbare Umstände ein derart offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheint (BGE 97 II 390 E. 6). Es reicht bereits aus, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erschüttert oder zerstört ist (BGE 129 III 380 E. 2.2). Für die Beurteilung der Voraussehbarkeit ist massgebend, ob eine sich in der gleichen Lage befindende vernünftige Drittpartei, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung den Eintritt der veränderten Verhältnisse erwarten durfte und musste (HUGUENIN, N 330). Schliesslich darf kein widersprüchliches Parteiverhalten vorliegen. Bei Selbstverschulden der klagenden Partei bezüglich der veränderten Umstände fällt also eine richterliche Vertragsanpassung ausser Betracht (HUGUENIN, N 332).

73 Die Verhältnisse änderten sich für die PerAspera AG seit Vertragsschluss erheblich, da die Beklagte 1, wie unter B.II. gezeigt wird, ihren vertraglichen Informationspflichten nicht nachkam und die PerAspera AG dadurch vom massiven Umsatzrückgang in den USA völlig unvorbereitet getroffen wurde. Dies bewirkte eine finanzielle Schiefelage der PerAspera AG, was wiederum zur Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Liquidität durch Aufnahme eines Darlehens mit Übertragung der Ansprüche aus dem Distributionsvertrag auf die Klägerin führte. Durch die Intensität der Verstösse der Beklagten 1 gegen ihre Informationspflichten nach Distributionsvertrag (K-1), sowie durch den Missbrauch des entgegengebrachten Vertrauens, wurde das Vertrauensverhältnis nicht nur erschüttert, sondern vollumfänglich zerstört. Die Beklagte 1 bewirkte durch ihr Verhalten eine unvorhersehbare, für die PerAspera AG nicht zumutbare Situation, in der diese wirtschaftlich gesehen keine andere Möglichkeit hatte, als die Forderung zu übertragen. Darin liegt eine unzumutbare Härte für die PerAspera AG, welche das Beharren der Beklagten 1 auf dem Abtretungsverbot in Art. 13.5 des Distributionsvertrages als missbräuchlich erscheinen lässt. Die Klägerin verhält sich auch nicht missbräuchlich, da sie das Abtretungsverbot nicht akzeptiert, sondern die Ansprüche gerade abgetreten hat.

## *2.2 Sinn und Zweck der Bestimmung steht Abtretung durch Sicherheit nicht entgegen*

- 74 Ob der Erwerb der hier gegenständlichen Forderung durch die Klägerin unter das Abtretungsverbot in Art. 13.5 des Distributionsvertrags (K-1) fällt, ist eine Frage des Inhalts dieser Vertragsbestimmung. Bei der Ermittlung des Inhalts einer Vertragsbestimmung ist nach Art. 18 Abs. 1 OR der wirkliche Parteiwille massgebend (BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 7).
- 75 Motivation der Beklagten 1, ein Abtretungsverbot vorzusehen, war eine klare und übersichtliche Vertragsabwicklung, Klarheit, an wen sie mit befreiender Wirkung leisten kann, sowie die Aufrechterhaltung der Produktion mit gezielten Zahlungen im Fall der Insolvenz (Verfügung Nr. 3, Rz 7). Weiter sollte eine Abtretung nur verhindert werden können, sofern wichtige Gründe dagegen sprechen.
- 76 Es war also der Wille der Beklagten 1, das Abtretungsverbot auf all jene Sachverhalte zu erstrecken, in denen eine Abtretung gegen die oben genannten Interessen verstossen hätte. In allen anderen Fällen ist das Abtretungsverbot nach dem Parteiwillen nicht anwendbar.
- 77 Dem Interesse an einer Aufrechterhaltung der Produktion mit gezielten Zahlungen im Fall der Insolvenz sowie dem Interesse der einfachen Vertragsabwicklung steht der Übergang der Forderungen aus dem Vertrag an die Klägerin nicht entgegen, da zum heutigen Zeitpunkt keinerlei Vertragsabwicklung mehr stattfindet und auch kein Dyalgonin® mehr an die Beklagte 1 geliefert wird.
- 78 Auch das Interesse an Klarheit, an wen die Klägerin mit befreiender Wirkung leisten kann, ist in Bezug auf den geforderten Schadensersatz nicht einschlägig, da sich die Beklagte selbst auf den Standpunkt stellt, dieser sei nicht geschuldet. Die Beklagte kann nicht im Unklaren darüber sein, an wen zu leisten ist, da sie die Verpflichtung zu leisten an sich bestreitet.
- 79 Das Interesse, im Fall von wichtigen Gründen die Abtretung der Forderung aus dem Distributionsvertrag an Dritte verhindern zu können, ist durch den Übergang der Forderung an die Klägerin nicht tangiert, da es keine wichtigen Gründe gab, die den Übergang der Forderung hätten verhindern können und solche auch nicht geltend gemacht werden.
- 80 Die Klägerin hat somit rechtsgenügend begründet, (i) was nach der richtigen, dem Willen der Parteien entsprechenden, Auslegung Inhalt des Art. 13.5 des Distributionsvertrags ist und (ii), dass der Übergang der Forderung nicht gegen diese, richtig ausgelegte, Vertragsbestimmung verstösst.

81 Aus dem oben genannten Parteiwillen folgt, was der Zweck der fraglichen Vertragsbestimmung ist. Ebenfalls gezeigt wurde, dass der Übergang der Forderung auf die Klägerin dem Zweck der Vertragsbestimmung nicht widerspricht, womit jede Geltendmachung einer Ungültigkeit der Übertragung der Forderung auf die Klägerin einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt.

### *2.3 Übergang der Forderung durch Beklagte 1 genehmigt*

82 Ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot kann durch Zustimmung des Schuldners oder Genehmigung, vorgängig oder nachträglich, aufgehoben werden (BSK OR-GIRSBERGER, Art. 164 N 32), wenn die Abtretung in seinem Interesse ausgeschlossen wurde (ZK OR- SPIRIG, Art. 164 N 185).

83 Die Beklagte 1 wusste seit März 2016 vom Darlehensvertrag (K-3) zwischen der PerAspera Pharma AG und der Klägerin. Die Beklagte 1 erhob, nachdem sie auf diese Weise Kenntnis vom Übergang der Forderung auf die Klägerin erhalten hatte, nie irgendwelche Einwände gegen die Aktivlegitimation zur Geltendmachung dieser Ansprüche, obwohl sich die Klägerin und die Beklagte 1 in vorprozessualen Gesprächen über die geltend gemachten Ansprüche befanden. Aufgrund dieses Verhaltens konnte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagten keinerlei Einwände gegen den Übergang der Forderung an die Klägerin hatten, sondern im Gegenteil damit einverstanden waren.

84 Es ist somit davon auszugehen, dass die Beklagten den Übergang der Forderungen auf die Klägerin konkludent genehmigt haben.

85 Das Vorbringen der Beklagten 1, die Ansprüche seien nicht auf die Klägerin übergegangen, stellen nach dem oben Gesagten eindeutig ein *venire contra factum proprium* und damit einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar. Aus diesem Grund können die Ausführungen der Beklagten 1 in ihrer Einleitungsantwort nichts an der Tatsache ändern, dass die Beklagte die Abtretung, wie oben gezeigt, rechtsgültig genehmigt hat.

### *2.4 Im Fall von Abtretungsverbot ist Berufung auf dieses rechtsmissbräuchlich*

86 Aus der Formulierung von Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) ergibt sich kein umfassendes Abtretungsverbot, sondern lediglich das Erfordernis des Ersuchens um Zustimmung zur Abtretung bei der anderen Partei. Umgekehrt besteht eine Verpflichtung der Parteien, diese Zustimmung im Normalfall zu erteilen. Einzig im Fall von wichtigen Gründen ist eine Verweigerung der Zustimmung zulässig.

87 Faktische Folge dieser Regelung ist, dass immer dann eine Abtretung erfolgen kann, wenn aufseiten der anderen Parteien kein wichtiger Grund dagegen spricht. Das Ergebnis ist also das gleiche, unabhängig davon, ob, wie im Vertrag vorgesehen, um Zustimmung ersucht wird oder nicht, solange die Zustimmung sowieso hätte erteilt werden müssen.

88 Vorliegend hätte die Beklagte die Zustimmung zur Abtretung im Fall eines Ersuchens um Zustimmung zur Abtretung seitens der PerAspera AG erteilen müssen, da wie ausgeführt keine wichtigen Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung ersichtlich sind. Die Stellung der Beklagten verändert sich in keinsten Weise durch die Abtretung der Forderung aus dem Distributionsvertrag, da es für die Beklagte nicht darauf ankommt, ob sie sich seitens der PerAspera AG oder der Klägerin mit einer Schadenersatzforderung konfrontiert sieht.

89 Aus dem Gesagten erhellt, dass im konkreten Fall die Klägerin auch dann infolge Abtretung der Forderung aktivlegitimiert wäre, wenn um Zustimmung zur Abtretung ersucht worden wäre. Ein Vorgehen, wie es nach der Argumentation der Beklagten hätte erfolgen müssen, hätte im Ergebnis keinerlei tatsächliche Veränderungen der Stellung der Beklagten im Vergleich zur jetzigen Situation zur Folge gehabt. Dieses Verhalten ist klar rechtsmissbräuchlich.

### *2.5 Anerkennung der Aktivlegitimation durch Beklagte 1*

90 Der Fall einer ungültigen Abtretung hat nicht nur auf die Aktivlegitimation in Bezug auf den materiellen Anspruch Auswirkungen, sondern ist auch für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entscheidend (vgl. PFISTERER/SCHNYDER, S. 35).

91 Gelangt ein Kläger mit einem Anspruch, den er aufgrund einer ungültigen Abtretung nicht rechtsgültig erworben hat, an das Schiedsgericht, so hat sich dieses für unzuständig zu erklären, weil dem Zessionar die Parteistellung in Bezug auf die Schiedsvereinbarung fehlt. (PFISTERER/SCHNYDER, S. 35.). Das Schiedsgericht kann sich allerdings nur aufgrund von Umständen für unzuständig erklären, die in einer Einrede der Unzuständigkeit der Parteien vorgebracht werden (Art. 186 Abs. 2 IPRG).

92 Die Beklagte 1 hat sich mit ihrer Einleitungsantwort vorbehaltlos eingelassen (Rz 2) und damit auf jegliche Einreden bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts verzichtet (s. 3.2.2).

93 Die Beklagte 1 anerkennt also unter Zuständigkeitsaspekten den Übergang der Forderung und die Aktivlegitimation. Gleichzeitig stellt sich die Beklagte 1 auf den Standpunkt, bezüglich der materiellen Ansprüche sei die Klägerin nicht aktivlegitimiert, da die Forderung aus dem Distributionsvertrag nicht gültig abgetreten wurde.

- 94 Eine Forderung kann entweder gültig übergegangen sein und damit die Zuständigkeit des Gerichts und die Aktivlegitimation der Klägerin begründen oder nicht übergegangen sein und damit weder Zuständigkeit noch Aktivlegitimation begründen. Dass eine Forderung nur unter formellen Aspekten übergeht, unter materiellen allerdings nicht, ist dagegen offensichtlich unmöglich.
- 95 Eine Anerkennung des Übergangs einer Forderung unter formellen Aspekten muss somit umfassende Wirkung auch auf den materiellen Anspruch haben, da ansonsten ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegen würde.
- 96 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Äusserungen der Beklagten 1 eine Anerkennung der Aktivlegitimation der Klägerin zur Folge hatten.

## **II. Die Klägerin hat Anspruch auf die von der Beklagten 1 verweigerten Auskünfte**

- 97 Die Klägerin macht ihren Anspruch auf die zur Bezifferung ihres Schadenersatzanspruchs notwendigen Informationen mithilfe einer Stufenklage geltend.
- 98 Eine Stufenklage kann erhoben werden, wenn zum einen die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage erfüllt sind und der Kläger zum anderen einen privatrechtlichen Informationsanspruch hat (vgl. für die BSK ZPO- SPÜHLER, Art. 85 N 14).
- 99 Die allgemeine Voraussetzung der unbezifferten Forderungsklage ist die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung der Forderung zu Beginn des Prozesses (BSK ZPO- SPÜHLER, Art. 85 N 5).
- 100 Die Klägerin verfügt zum jetzigen Zeitpunkt über ein Informationsdefizit, was ihr unmöglich macht, die mit dieser Klage geltend gemachte Schadenersatzforderung zu beziffern. Dies aus dem Grund, dass die Klägerin im Wesentlichen einen Schaden in Form eines entgangenen Gewinns geltend macht, jedoch unklar ist, welcher Teil des Verkaufsrückgangs von Dyalgonin® durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten 1 verursacht wurde. Diese Unklarheit besteht aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte 1 der Klägerin vertraglich geschuldete Informationen nicht zugänglich gemacht hat, ohne welche die Bezifferung unmöglich ist.
- 101 Somit ist die Voraussetzung der Unmöglichkeit der Bezifferung gegeben. Dass die zusätzliche Voraussetzung des privatrechtlichen Informationsanspruchs gegeben ist, wird in der Folge gezeigt.

## ***1. Vertraglicher Anspruch der Klägerin Auskünfte***

### *1.1 Herausgabepflicht der Informationen aus Distributionsvertrag*

102 Art. 5.2 ii) und iii) des Distributionsvertrages (K-1) verpflichten die Beklagte 1 zur Übermittlung von sämtlichen Unterlagen, welche sie betreffend Dyalgonin® an eine US-amerikanische Behörde übermittelt hat, und von sämtlichen wichtigen von einer US-amerikanischen Behörde erhaltenen Kommunikationen. Weiter verpflichtet diese Vertragsbestimmung die Beklagte 1, alle zur Unterbreitung an die Federal Drug Administration (FDA) oder eine andere US- Behörde vorbereiteten Dokumente der Lieferantin zu unterbreiten.

103 Die Klägerin verlangt in den eingangs gestellten Rechtsbegehren exakt diejenigen Dokumente wie die oben beschriebenen Unterlagen. Daraus folgt, dass die Beklagte 1 diese Unterlagen und Kommunikationen innert der in Art. 5.2 des Distributionsvertrags (K-1) festgelegten Fristen an die PerAspera AG hätte übermitteln müssen.

### *1.2. Herausgabepflicht der Informationen aus Beendigungsvertrag*

104 Art. 4.3 des Beendigungsvertrages (K-4) statuiert den Anspruch auf angemessenen Zugang zu Büchern der Parteien im Zusammenhang mit Dyalgonin®. Weiter werden in Art. 4.6 die Parteien verpflichtet, unter angemessener schriftlicher Vorabbenachrichtigung so rasch wie möglich alle Informationen bezüglich Dyalgonin®, welche die andere Partei vernünftigerweise im Hinblick auf Dyalgonin® betreffende laufende Gerichtsverfahren oder Untersuchungen benötigt, zuzustellen. Darüber hinaus legt Art. 4.7 fest, dass die Beklagte 1 der PerAspera Pharma AG bis zum 30. April 2016 namentlich alle nach Erhalt bei ihr eingehenden Beschwerden und Berichte über Negativvorkommnisse und Anfragen von Behörden innert 5 Werktagen zu übermitteln hat.

105 Aus den dargelegten Bestimmungen ergibt sich offensichtlich, dass alle geforderten Dokumente von US-amerikanischen Behörden von dieser Herausgabepflicht nach Beendigungsvertrag (K-4) umfasst sind.

106 Die Vorrangregel in Art. 8 des Beendigungsvertrages (K-4) steht dem distributionsvertraglichen Herausgabeanspruch denn auch nicht entgegen, da der Informationsanspruch aus Distributionsvertrag (K-1) mit demjenigen aus Beendigungsvertrag (K-4) konkretisiert und erweitert wird.

### *1.3 Übergang des Informationsanspruchs auf Klägerin*

107 Wie in B.I. gezeigt wird, gehen alle Ansprüche aus Distributionsvertrag (K-1) und Beendigungsvertrag (K-4) auf die Klägerin über, somit auch der Informationsanspruch. Der Darlehensvertrag (K-2) enthält insbesondere auch das Recht der Klägerin, alle Ansprüche aus dem Distributionsvertrag (K-1) selber geltend zu machen.

### *1.4 Klagbarkeit des Informationsanspruchs*

108 Bei den Informationspflichten wird zwischen reaktiven und spontanen Informationspflichten unterschieden. Im Gegensatz zu reaktiven Informationspflichten bestehen spontane Informationspflichten, wenn der Informationspflichtige ohne vorherige Aufforderung von sich aus Informationen bereitstellen muss. Informationspflichten sind regelmässig spontan, wenn der Informationsgläubiger auf eine Information angewiesen ist, ohne dass es ihm zugemutet werden kann, danach zu fragen. Zu solch spontanen Informationspflichten gehören insbesondere die Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Meldepflichten (WALDMANN, S. 48).

109 Vorliegend weiss die Lieferantin im Zeitpunkt der Korrespondenz der Beklagten 1 mit einer US-amerikanischen Behörde nicht, dass eine solche vorliegt. Nach dem eindeutigen Vertragstext ist die Informationspflicht so ausgestaltet, dass diese auch ohne Aufforderung im Einzelfall besteht. Die vertragliche Informationspflicht entsteht mit der Existenz von Unterlagen und Korrespondenz und nicht erst mit einer Aufforderung der Lieferantin. Somit liegt eine spontane Informationspflicht der Beklagten 1 vor.

110 Die durch die spontane Informationspflicht geschuldete Information lässt sich i.d.R. nicht einklagen, ausser, wenn der Informationsgläubiger Anhaltspunkte erkennen kann, welche darauf hindeuten, dass er über bestimmte Tatsachen vom Informationsgläubiger informiert werden sollte. Sind diese Anhaltspunkte nicht bereits mit dem Inhalt der geschuldeten Information identisch, kann die geschuldete Information grundsätzlich eingeklagt werden (WALDMANN, S. 49)

111 Die Klägerin weiss zum aktuellen Zeitpunkt nur, dass die Beklagte 1 in ausgedehnte Untersuchungen des DoJ und HHS sowie gliedstaatlicher Behörden verwickelt war und im Ergebnis einem Vergleich zustimmte. Welche Korrespondenz und welche Unterlagen allerdings zwischen der Beklagten 1 und den oben genannten Behörden ausgetauscht wurden, entzieht sich der Kenntnis der PerAspera AG und der Klägerin. Die Klägerin hat somit klare Anhaltspunkte über das Vorhandensein von Informationen, die ihr hätten zur Kenntnis gebracht werden müssen, verfügt allerdings nicht über diese.

112 Die Klägerin kann somit alle ihr noch nicht bekannten Informationen über die Verfahren der US-amerikanischen Behörden, die ihr die Beklagte 1 schuldet, einklagen.

## **2. Gesetzlicher Anspruch der Klägerin auf Auskünfte**

### *2.1 Qualifikation des Distributionsvertrages*

113 Bei einem Alleinvertriebsvertrag trifft den Lieferanten die Verpflichtung, dem Abnehmer bestimmte Waren zu bestimmten Preisen zu liefern und ihm ein begrenztes, ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen, wobei sich der Abnehmer als Gegenleistung zur Bezahlung der vereinbarten Preise und zur Förderung des Absatzes verpflichtet (BGE 4C.130/2004 E. 2.2).

114 Alle Elemente des Alleinvertriebsvertrages liegen vor. Die PerAspera AG verpflichtet sich im Distributionsvertrag (K-1) zur ausschliesslichen Lieferung von Dyalgonin® an die Beklagte 1, wobei sich diese verpflichtet, das Medikament in den USA zu vertreiben und den Absatz zu fördern.

### *2.2 Gesetzlicher Anspruch aufgrund agenturvertragsrechtlicher Bestimmungen*

115 Das Bundesgericht anerkennt, dass der Alleinvertriebsvertrag wirtschaftlich gesehen zu den Vermittlungsverträgen gehört und daher dem Agenturvertrag verwandt ist (BGE 100 II 450 S. 450; KUHN, 199 f.). Die Lehre vertritt die Auffassung, dass das Agenturrecht auf den Alleinvertriebsvertrag angewendet wird (KUHN, S. 202). Aus dem gesetzlichen Agenturrecht ergibt sich keine Treuepflicht, jedoch ist subsidiär das Auftragsrecht anwendbar (HUGUENIN, N 3402). Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR trifft den Beauftragten eine Herausgabe- und Rechenschaftspflicht, wobei letztere eine umfassende Informationspflicht statuiert (HUGUENIN, N 3275). Weiter müssen aufgrund der Herausgabepflicht alle Dokumente vorgelegt werden, welche sich auf die im Interesse der Auftraggeberin besorgten Geschäfte beziehen (BGE 139 III 49 E. 4.1.2).

116 In analoger und ergänzender Anwendung von Art. 418b OR i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR, ergibt sich somit eine gesetzliche Informationspflicht aus der Rechenschaftspflicht für die Beklagte 1. Gemäss der in Art. 400 Abs. 1 OR festgehaltenen Herausgabepflicht ist die Beklagte ebenso verpflichtet, die Dokumente der Klägerin auszuhändigen.

### *2.3 Gesetzlicher Herausgabeanspruch aufgrund von Treu und Glauben*

117 Ein Informationsanspruch kann aufgrund von Treu und Glauben bestehen, wenn innerhalb einer Sonderverbindung der Berechtigte entschuldbar über Bestehen oder Umfang seines



Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die erforderliche Auskunft ohne unzumutbaren Aufwand erteilen kann (WALDMANN, S. 184 ff.). Des Weiteren enthält ein Alleinvertriebsvertrag Elemente eines Sukzessivlieferungsvertrages (HUGUENIN, N 3845). Aufgrund der allgemeinen Kaufvertragslehre ist die Käuferin, in Anlehnung an das Gebot von Treu und Glauben verpflichtet, alles offenzulegen, was eine zielführende Pflichterfüllung stören könnte (HUGUENIN, N 2458).

118 Im vorliegenden Fall wird zwischen den Parteien des Distributionsvertrags (K-1) eine Sonderverbindung durch die vertragliche Bindung geschaffen. Die Klägerin ist im Ungewissen über die Höhe eines Schadenersatzanspruchs, den sie nur mithilfe der verlangten Dokumente beziffern kann. Auch trifft die Klägerin an dieser Informationslücke kein Verschulden, es ist im Gegenteil so, dass diese durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten erst entstanden ist. Zuletzt ist es für die Beklagte auch mit keinem erkennbaren Aufwand verbunden, die verlangten Dokumente herauszugeben.

119 Somit ist die Beklagte 1 aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, sich ergebend aus der allgemeinen Vertragslehre und dem Kaufrecht, zur Herausgabe der verlangten Dokumente verpflichtet.

### ***3. Kein Verzicht auf Auskunftsrechte durch Klägerin***

120 Aus Art. 8 ZGB und Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules ergibt sich, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Den Untergang einer Verpflichtung infolge Erlass ist durch den Schuldner zu beweisen (vgl. BSK ZGB I- LARDELLI, Art. 8 N 58).

121 Die Beklagte 1 behauptet, die Klägerin habe auf ihren Informationsanspruch verzichtet und ein solcher bestehe infolgedessen nicht mehr. Dies ist von der Beklagten 1 zu beweisen. Aus den Dokumenten geht hervor, dass es nie einen solchen Verzicht gab und die Klägerin auch keine Veranlassung hatte, auf ihre Informationsansprüche zu verzichten, zumal die Klägerin für die Substantiierung des Schadenersatzanspruches auf diese angewiesen ist.

Nach den oben gemachten Ausführungen bitten wir Sie, sehr geehrte Damen und Herren, um antragsgemässes Vorgehen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 4