

Moot Court Team 2

Niklaus Hug
Leandra Walz
Reto Aebi
Felix Baumann

Einschreiben

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

09. Dezember 2016

Klageschrift

Fall 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

Conquest Distribution Ltd.

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

Beklagte 1

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

Beklagte 2

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Vorsitzender

Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

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 PerAspera Pharma AG 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	II
Entscheidungsverzeichnis.....	VI
Abkürzungsverzeichnis	IX
I. PROZESSUALER TEIL	1
1. Zuständigkeit des SGer für die Ansprüche der Klägerin.....	1
1.1. Anwendbares Recht	1
1.2. Gültigkeit der Schiedsklausel.....	1
1.2.1. <i>Schiedsfähigkeit</i>	1
1.2.2. <i>Formelle und materielle Gültigkeit</i>	1
1.3. Geltungsbereich der Schiedsklausel.....	2
1.3.1. <i>Konsens</i>	2
1.3.2. <i>Ergebnisneutrale statt restriktive Auslegung der Erklärungen</i>	2
2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ggü. der B2	3
2.1. Grundsatz der Teilnichtigkeit.....	4
2.2. Verwirkung der Einrede aufgrund widersprüchlichen Verhaltens	4
2.3. Eventualiter: Wiederholung des Ernennungsverfahrens nach Art. 8 (4) SRIA	6
2.3.1. <i>Teilnichtigkeit der Schiedsklausel</i>	6
2.3.2. <i>Füllen der Vertragslücke nach hypothetischem Parteiwillen</i>	6
3. Zuständigkeit des SGer für Beurteilung der Ansprüche der Klägerin ggü. der Beklagten 2, wenn diese nicht Partei ist	8
3.1. Ansprüche der Klägerin ggü. der Corpsanis Holding AG	8
3.2. Garantievertrag wird von Schiedsklausel erfasst	9
4. Aktivlegitimation der Klägerin	10
4.1. Rechtliche Qualifikation der Sicherheit.....	10
4.1.1. <i>Sicherungszeession</i>	10
4.1.2. <i>Eventualiter: Forderungsverpfändung</i>	11
4.2. Abtretbarkeit der Forderungen.....	12
4.3. Teilnichtigkeit des pactum de non cedendo aufgrund Art. 27 Abs. 2 ZGB.....	13
4.4. Eventualiter: Teleologische Reduktion des Abtretungsverbotese	15
II. MATERIELLER TEIL	16
1. Ansprüche der Klägerin auf Auskünfte	16
1.1. Vertraglicher Anspruch auf Auskunft aus Art. 5.2 DV (K-1)	16
1.1.1. <i>Dyalgonin®-bezogene Dokumente an eine US-amerikanische Behörde</i>	16
1.1.2. <i>Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zw. der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde</i>	17
1.1.3. <i>Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zw. der B1 und einer US-amerikanischen Behörde</i>	18
1.2. Eventualiter: Gesetzlicher Anspruch auf Auskunft gem. Art. 418c OR per analogiam	19
1.3. Subeventualiter: Gesetzlicher Auskunftsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB	20
1.4. Kein Verzicht auf Anspruch gem. Art. 13.4 DV (K-1).....	20
III. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN.....	20

Literaturverzeichnis

Kommentare

FURRER/SCHNYDER (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 59, 60, 61, 62]

GAUCH (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 164-174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (zit. ZK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 86]

HAUSHEER/WALTER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage Bern 2010 (zit. BK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 58]

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 79, 111]

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 65, 68]

HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Auflage Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 2, 9, 13, 17]

HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR I- BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 88]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M., Schweizer Obligationenrecht – Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. BEARBEITER/IN, OR 2020, Art. ... N ...)

[Rz. 77, 89]

KREN KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. OFK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 95]

ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration Commentary, 2. Auflage Zürich 2013 (zit. Commentary SRIA-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 27, 33, 38]

Lehrbücher

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

[Rz. 63]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, N ...)

[Rz. 76]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, International Commercial Arbitration Den Haag Boston London 1999 (zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N ...)

[Rz. 10]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. GIRSBERGER/VOSER, N ...)

[Rz. 6]

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

[Rz. 76]

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

[Rz. 6, 7, 31, 71, 72]

MAIER HANS JAKOB/MEYER-MARSILIUS HANS JOACHIM, Der Agenturvertrag: Kommentierung mit Formulierungsvorschlägern für Agenturverträge, 2. Auflage, Zürich 1981 (zit. MAIER/MEYER-MARSILIUS, N ...)

[Rz. 105, 109]

MÜLLER CHRISTOPH, International arbitration: a guide to the complete Swiss case law (unreported and reported, Zürich 2004 (zit. MÜLLER, N ...)

[Rz. 9]

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

[Rz. 10, 31]

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

[Rz. 75]

Aufsätze und Zeitschriften

Bankgarantien und Schiedsgerichtsbarkeit, ASAB 1987, 92-106 (zit. ASAB 1987, S ...)

[Rz. 48, 56]

BTLG Attorneys, Arbitration: scope and enforcement of „any dispute arising out of, or related to“, abrufbar unter <http://www.btlg.us/News_and_Press/articles/Arbitration-scope-Griggs%20v.%20Evans>, besucht am 08.12.2016

(zit. BTLG Attorneys <http://www.btlg.us/News_and_Press/articles/Arbitration-scope-Griggs%20v.%20Evans>)

[Rz. 53]

HIRSCH LAURENT: Appointing Arbitrators in a Multiparty Dispute - Remarks on the Decision of the Zurich Superior Court of 11 September 2001, ASAB 4/2002, 702 ff. (zit. HIRSCH, ASAB, S...)

[Rz. 44]

Festschriften

GIRSBERGER DANIEL/HERMANN JOHANNES LUCKAS, Reformbedarf beim pactum de non cendo?, in FS: Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 319-338

(zit. GIRSBERGER/HERMANN, S. ...)

[Rz. 89]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 129 III 675 [Rz. 4, 8]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003
BGE 126 III 119 [Rz. 7]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. März 2000
BGE 138 III 29 [Rz. 17, 18, 31]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. November 2011
BGE 130 III 66 [Rz. 20, 25, 32]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
BGE 108 II 112 [Rz. 31]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 1982
BGE 120 II 155 [Rz. 37]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. April 1994
BGE 119 II 326 [Rz. 60]	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Mai 1993
BGE 130 III 417 [Rz. 68]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. April 2004
BGE 135 V 2 [Rz. 73]	Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Oktober 2008
BGE 138 III 322 [Rz. 76]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. März 2012

BGE 120 II 40 [Rz. 79]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Januar 1994
BGE 117 II 94 [Rz. 84]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. April 1991
BGE 118 II 365 [Rz. 92]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Juli 1992
BGE 117 II 273 [Rz. 92]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 1991
BGE 131 II 280 [Rz. 95]	Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. März 2005
BGE 128 II 265 [Rz. 95]	Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Mai 2002
BGE 78 II 32 [Rz. 106]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Januar 1952

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4P.298/2005 [Rz. 20]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Januar 2006
BGer 4P.105/2006 [Rz. 38]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. August 2006
BGer 4C.156/2006 [Rz. 79]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. August 2006

Kantonale Entscheide

Urteil (des Obergerichts des Kantons Zürich), vom 11. September 2001, in:
ZR 101/2002 Nr. 21 (zit. OG-ZH, 11.9.2001)

[Rz. 44]

Ausländische Entscheide

Hughes Masonry Co. vs. Greater Clark County School Bldg. Corp. US Court of Appeals 7th
Circ. [1981] 659 F.2d 836 (zit. Hughes Masonry Co. vs. Greater Clark County School Bldg.
Corp. [1981] N ...)

[Rz. 52]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASAB	Association Suisse de l' Arbitrage Bulletin
AVV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
DV (K-1)	Distributionsvertrag (K-1)
E.	Erwägung
FDA	Federal Drug Administration
gem.	gemäss
ggü.	gegenüber
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
insb.	Insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987 (SR 291)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
obj.	objektiv
OFK	Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (SR 220)
PerAspera	PerAspera Pharma AG Deigstrasse 123, 4051 Basel
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
SGer	Schiedsgericht
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules) June 2012
subj.	subjektiv
USA	United States of America
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
zw.	zwischen

I. PROZESSUALER TEIL

1. Zuständigkeit des SGer für die Ansprüche der Klägerin

1.1. Anwendbares Recht

- 1 Gem. Verfügung Nr. 1 (Rz. 7) ist in materieller Hinsicht Schweizer Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts anwendbar. Verfahrensrechtlich kommen die zwingenden Bestimmungen vom 12. Kapitel des IPRG und die Swiss Rules in der Fassung 2012 zur Anwendung.

1.2. Gültigkeit der Schiedsklausel

- 2 Die Schiedsklausel stellt eine autonome Vereinbarung neben dem Distributionsvertrag dar (Art. 178 Abs. 3 IPRG). Ihre Gültigkeit ist daher unabhängig von derjenigen des Hauptvertrags zu beurteilen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 90)
Voraussetzungen für eine gültige Schiedsklausel sind einerseits die obj. und die subj. Schiedsfähigkeit und andererseits die Einhaltung formeller und materieller Vorschriften.

1.2.1. Schiedsfähigkeit

- 3 Obj. schiedsfähig ist gem. Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder vermögensrechtliche Anspruch.
Subj. schiedsfähig ist jede natürliche (Art. 35 f. IPRG) oder juristische (Art. 154 f. IPRG) Person, die rechtsfähig bzw. prozess-/partiefähig ist.
Die Schadenersatzforderung der Klägerin ist schiedsfähig. Von der subj. Schiedsfähigkeit der Parteien kann ausgegangen werden.

1.2.2. Formelle und materielle Gültigkeit

- 4 Laut Art. 178 Abs. 1 IPRG ist ein „Nachweis der Vereinbarung durch Text“ erforderlich. Der Formzwang umfasst die essentialia negotii. Nach konstanter Rechtsprechung wird neben dem Parteiwillen, einen Streit durch ein SGer entscheiden zu lassen, auch die Bestimmbarkeit der Parteien, der erfassten Rechtsverhältnisse und des berufenen SGer vorausgesetzt. Zudem muss die Verknüpfung mit einer von drei, nach Art. 178 Abs. 2 IPRG möglichen Rechtsordnungen ersichtlich werden (BGE 129 III 675 E.2.3).
- 5 Bei der von den Parteien vereinbarten Klausel handelt es sich dem Wortlaut nach um die Musterschiedsklausel der Swiss Rules. Sie wurde dem Schweizer Recht unterstellt, was gem. Art. 178 Abs. 2 IPRG zulässig ist.
Es liegt eine rechtsgültige Schiedsklausel zw. den Parteien vor.

1.3. Geltungsbereich der Schiedsklausel

6 Der obj. Geltungsbereich definiert, für welche Rechtsstreitigkeiten das SGer zuständig ist. Der subj. Geltungsbereich definiert, wer überhaupt Partei der Schiedsklausel ist (GIRSBERGER/VOSER, N 235 ff.). In ihrer Einleitungsantwort bestreitet die Beklagte 2 zu Unrecht die Zuständigkeit des SGer mit der Begründung, sie sei gar nicht Partei der Schiedsklausel. In Frage steht also das Zustandekommen eines Konsenses (HUGUENIN, N 276).

1.3.1. *Konsens*

7 Ein tatsächlicher Konsens kann nicht eruiert werden, da der wirkliche Wille der Parteien nicht übereinstimmt (HUGUENIN, N 246). Die Willenserklärungen sind im Hinblick auf einen normativen Konsens nach dem Vertrauensprinzip gem. Art. 2 ZGB auszulegen (HUGUENIN, N 249 f.). Entscheidend ist, wie eine Erklärung vom Empfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen in Treu und Glauben, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, verstanden werden durfte und musste. Angestrebt wird ein sachgerechtes Ergebnis (BGE 126 III 119 E. 2c).

1.3.2. *Ergebnisneutrale statt restriktive Auslegung der Erklärungen*

8 Aufgrund der weitreichenden Auswirkungen einer Schiedsvereinbarung, soll diese laut BGer im Bezug auf den subj. Geltungsbereich restriktiv ausgelegt werden (BGE 129 III 675 E. 2.3). Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

9 Eine restriktive Auslegung mag zwar gerechtfertigt sein im Bereich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Bei internationalen Verhältnissen ist einer ergebnisneutralen Auslegung nach Art. 1 ff. bzw. Art. 18 OR jedoch den Vorzug zu geben (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52-52a; MÜLLER, N 59). Die PerAspera ist ein Schweizer Unternehmen, die Beklagte 1 dagegen ein Kanadisches. Es handelt sich also um ein internationales Verhältnis. Dies rechtfertigt den Einbezug ausländischer Rechtsprechung.

10 Französische Gerichte legen die Schiedsklausel bzgl. der subj. Tragweite nicht restriktiv, sondern strikt nach dem Parteiwillen aus (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 480). Auch die deutschen Gerichte sprechen sich gegen eine restriktive Auslegung aus. Begründet wird dies mit der oftmals effizienteren und neutraleren Verfahrensgestaltung des SGer im Vergleich mit staatlichen Gerichten (POUDRET/BESSON, N 304).

Die vorliegende Schiedsklausel ist deshalb ebenfalls ergebnisneutral und nicht restriktiv auszulegen, womit ihrer internationalen Natur Rechnung getragen wird.

11 In Art. 13.1 DV (K-1) werden alle Ansprüche unter die Schiedsklausel gefasst, die *im Zusammenhang* mit dem Hauptvertrag stehen. Der Garantievertrag zw. der Beklagten 2 und

der PerAspera ist ein Rechtsverhältnis, das materiell in engem Zusammenhang mit dem DV (K-1) steht.

- 12 Bei einer bürgschaftsähnlichen Garantie verpflichtet sich der Garant zur Deckung einer Schuld im Valutaverhältnis, wobei die Möglichkeit des Schadenseintrittes vom Verhalten eines Dritten abhängt. Sie ist eine eigenständige Vereinbarung, die sich aber auf ein Grundgeschäft bezieht. Die beiden Verträge stehen ihrer Natur nach in einem engen Zusammenhang, da sich die Garantie auf die vertraglichen Pflichten des DV (K-1) abstützt. Ein Garantievertrag wäre nicht denkbar ohne ein Grundverhältnis. Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Garantievertrag stehen deshalb in einem sehr engen Zusammenhang mit dem DV (K-1). Der Garantievertrag ist zudem reziprok ausgestaltet. Auch die PerAspera hat mit der PerAspera Holding AG eine Garantin für gehörige Erfüllung des DV (K-1) ihrerseits.
- 13 Bei der Auslegung der subj. Tragweite einer Schiedsklausel ist ferner zu beachten, dass eine gespaltene Zuständigkeit bei einem Vertragsverhältnis vermieden werden soll (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 4b, 52a). Es ist mit Sinn und Zweck einer Schiedsklausel nicht vereinbar, dass für gewisse Ansprüche aus dem gleichen Zusammenhang trotzdem nationale Gerichte zuständig wären. Eine Klageerhebung an zwei verschiedenen Gerichten führt zu einem grösseren Aufwand sowie höheren Kosten. Zudem birgt es die Gefahr von kontradiktorischen Urteilen. Vernünftige Parteien versuchen dies zu verhindern. Es ist anzunehmen, dass im umgekehrten Fall die Distributorin ebenfalls eine Verfahrenskonzentration angestrebt hätte.
- 14 Garantieverträge sind dem allgemeinen Grundsatz von Art. 11 Abs. 1 OR entsprechend formlos gültig. Eine Unterschrift von der Beklagten 2 ist nicht nötig. Durch das Unterzeichnen am Schluss des ganzen Dokumentes hat die Beklagte 2 den Anschein geschaffen, dass sie sich auch der Schiedsklausel unterstellen wollte.
- 15 Aufgrund vorangehender Erwägungen, durfte die PerAspera sowohl nach dem Wortlaut, dem Verhalten der Beklagten 2, als auch nach einer teleologischen Interpretation der Schiedsklausel davon ausgehen, dass auch Ansprüche aus dem Garantievertrag von der Schiedsklausel erfasst würden. Das Gericht hat die Beklagte 2 somit als Partei der Schiedsklausel in Art. 13.1 DV (K-1) zu qualifizieren.

2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ggü. der B2

- 16 Die Beklagte 2 macht in der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 zu Unrecht geltend, dass die Schiedsklausel in Art. 13.1 DV (K-1) ihr ggü. ungültig sei. Sie stützt dieses Begehren einzig und allein darauf, dass ihr durch die Schiedsklausel das Recht auf Mitwirkung am Bestellungsverfahren entzogen worden wäre.

2.1. Grundsatz der Teilnichtigkeit

- 17 Die Beklagte 2 verkennt bei ihrem Begehren den Grundsatz der Teilnichtigkeit. Dieser hat nach h.L. und konstanter Rechtsprechung des BGer seine Gültigkeit auch bei Schiedsvereinbarungen. Besteht der Wille der Parteien ihre Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen und beschlägt die Fehlerhaftigkeit nicht ein notwendiges Element der Schiedsvereinbarung, so führt dies in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 2 OR nur zur teilweisen Nichtigkeit (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 53 f; BGE 138 III 29 E. 2.3.2).
- 18 Die Einzelheiten bzgl. der Schiedsrichterernennung sind nicht notwendiger Inhalt einer Schiedsvereinbarung (BGE 138 III 29 E. 2.1). Wie bereits unter Rz. 15 ausgeführt besteht somit weiterhin ein normativer Konsens bzgl. der Streitbeilegung vor einem SGer. Die Schiedsklausel ist deshalb, wenn überhaupt nur im Bezug auf das Ernennungsverfahren nichtig und das SGer ist weiterhin für die Beklagte 2 zuständig.

2.2. Verwirkung der Einrede aufgrund widersprüchlichen Verhaltens

- 19 Das SGer darf auf die Einrede, die Schiedsvereinbarung sei ggü. der Beklagten 2 nichtig, nicht eintreten. Die Einrede ist aufgrund widersprüchlichen Verhaltens verwirkt. Dies, weil die Beklagte 2 bis anhin keine der Möglichkeiten zur Verhinderung der Konstituierung wahrgenommen hat.
- Erstens hätte die Beklagte 2 die Möglichkeit gehabt, beim Gericht noch vor der Bestätigung der Schiedsrichter zu beantragen, dass dieses die Schiedsrichter aufgrund der Verletzung des Gleichheitsgebotes nicht bestätige.
- 20 Nach Art. 15 (7) SRIA sind alle am Schiedsverfahren Beteiligten verpflichtet nach Treu und Glauben zu handeln. Nach konstanter Rechtsprechung des BGer ist ein prozessualer Ausfluss dieses Prinzips, dass gerichtsorganisatorische Fragen im frühestmöglichen Zeitpunkt zu klären sind (statt viele BGE 130 III 66 E. 4.3). Dieser Grundsatz beherrscht auch das Schiedsverfahren. Einwendungen gegen die Konstituierung des SGer müssen deshalb im frühestmöglichen Zeitpunkt geltend gemacht werden müssen, andernfalls die Einrede verwirkt (BGE 130 III 66 E. 4.3; BGer 4P.298/2005).
- 21 Die Beklagte 2 erlangte mit Eingang der Einleitungsanzeige am 08. Juli 2016 Kenntnis von der Schiedsrichterbenennung seitens der Klägerin und dass sie im Verfahren als Partei betrachtet werden würde. In ihrer Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 bestätigte die Beklagte 2 die Kenntnisnahme von der Schiedsrichterbenennung durch die Beklagte 1.
- 22 Die Beklagte 2 hatte somit spätestens von diesem Zeitpunkt an volle Kenntnis bzgl. der provisorischen Konstituierung der durch die Parteien zu ernennenden Schiedsrichter.

- 23 In der E-Mail des SGer vom 3. August 2016 wurden die Parteien aufgefordert bis am 15. August 2016 „zusätzliche Informationen“ einzureichen, andernfalls es „die nächsten Schritte zur Konstituierung des SGer in die Wege leiten [...]“ würde.
- 24 Die anwaltlich vertretene Beklagte 2 wusste, oder hätte zumindest wissen müssen, dass die nächsten Schritte insb. die Bestätigung der Schiedsrichter nach Art. 5 (1) SRIA beinhalten würden. Trotzdem unterliess es die Beklagte 2 zusätzliche Informationen, wie eine Einrede bzgl. der Konstituierung einzureichen.
- 25 Die vom Gericht angesetzte Frist von zwölf Tagen wäre dazu ausreichend gewesen. So wusste die Partei bereits fünf Tage vor der Fristansetzung um die provisorische Konstituierung. Das BGer hat zudem auch schon eine neuntägige Frist in diesem Zusammenhang als ausreichend angesehen (BGE 130 III 66 E. 4.3). Ausserdem wäre es der Partei offen gestanden eine Erstreckung der Frist zu beantragen. Die beiden parteiernannten Schiedsrichter wurden sodann am 16. August 2016 bestätigt und darauffolgend am 06. September 2016 auch der ganze Spruchkörper.
- 26 Zweitens hat die Beklagte 2 ohne ersichtlichen Grund die anschliessende Möglichkeit, die Konstituierung zu verhindern, nicht wahrgenommen. Es wäre ihr offen gestanden beim SGer ein Ablehnungsbegehren bzgl. der Zusammensetzung des SGer nach Art. 11 (1) SRIA einzureichen. Nach Art. 1 (4) SRIA kann das Gericht die Ablehnung eines Schiedsrichters auch aus einem in den SRIA nicht enthaltenen Grund anordnen. Die Beklagte 2 macht geltend, sie hätte keinen Einfluss auf die Bestellung der Schiedsrichter gehabt. Dies wäre allenfalls ein solcher Grund gewesen.
- 27 Ein Ablehnungsbegehren hat nach Art. 11 (1) SRIA innerhalb von 15 Tagen nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes zu erfolgen, widrigenfalls das Recht verwirkt. Die Frist beginnt dabei frühestens ab der Bestätigung des gesamten Spruchkörpers (Commentary SRIA-MARGUERAT, Art. 11 N 4 ff.). Die Beklagte 2 hatte bereits ab dem 29. Juli 2016 Kenntnis des Ablehnungsgrundes. Die Schiedsrichter wurden am 6. September 2016 bestätigt, weshalb die Frist am folgenden Tag zu laufen begann. Das Recht auf Einreichung eines Ablehnungsbegehrens fiel somit am 21. September dahin.
- 28 Da die Beklagte 2 diese zwei Möglichkeiten nicht genutzt hatte, hat sie es m.a.W. verpasst Einwendungen gegen die Konstituierung des SGer im frühestmöglichen Zeitpunkt geltend zu machen.

Auch der Vorbehalt der Beklagten 2 in der Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 mag an diesen Umständen nichts ändern. Nachdem sie die sich ihr bietenden Möglichkeiten nicht wahrgenommen hat und damit den Anschein einer Zustimmung ihrerseits erweckte, sind die ande-

ren Parteien in ihrem Vertrauen bzgl. der Konstituierung des SGer zu schützen. Eine Berufung auf den Vorbehalt wäre deshalb ein Verstoss gegen Treu und Glauben.

29 Die Einrede, die Schiedsklausel sei ihr ggü. nichtig, da ihr das Recht auf Mitwirkung an der Konstituierung des SGer entzogen wurde, ist unter diesen Umständen als widersprüchliches Verhalten zu qualifizieren. Die Beklagte 2 verstösst deshalb mit ihrem Begehren klar gegen Treu und Glauben, weshalb diesem nicht stattgegeben werden darf.

2.3. Eventualiter: Wiederholung des Ernennungsverfahrens nach Art. 8 (4) SRIA

2.3.1. *Teilnichtigkeit der Schiedsklausel*

30 Sollte das Gericht der Ungültigkeitseinrede der Beklagten 2 stattgeben, so liegt tatsächlich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vor. Somit ist die Schiedsvereinbarung teilnichtig bzgl. des Ernennungsverfahrens. Die Beklagte 2 bleibt jedoch weiterhin an die Schiedsvereinbarung gebunden, das bereits durchlaufene Ernennungsverfahren muss wiederholt werden.

2.3.2. *Füllen der Vertragslücke nach hypothetischem Parteiwillen*

31 Für die Festlegung der Verfahrensmodalitäten ist die dadurch entstandene Vertragslücke mit dem hypothetischen Willen der Parteien zu füllen (POUDRET/BESSON, N 159; BGE 138 III 29 E. 2.3.3). Es ist m.a.W. danach zu fragen, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie sich der Lücke bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst gewesen wären (BGE 108 II 112 E.4; HUGUENIN, N 306). Dabei sind insb. die spezifischen Parteiinteressen und der Vertragszweck, sowie als Leitlinie das dispositive Recht hinzuzuziehen (HUGUENIN, N 308 ff.).

a) *Art. 8 (4) SRIA als Ausgangspunkt*

32 Da im Schiedsverfahren die Parteien das anwendbare Recht als Ausdruck der Autonomie gerade selbst festlegen ist, falls passend, eine Anwendung der gewählten Schiedsordnung sonstigem dispositivem Recht vorzuziehen. Das BGer hat denn auch ausdrücklich festgehalten, dass in einer solchen Konstellation die Ersetzung der rechtswidrigen Regel durch die vereinbarte Schiedsordnung vertretbar ist (BGE 130 III 66 E. 3.3.3).

33 Mit Art. 8 (4) SRIA enthält die gewählte Schiedsordnung eine Norm, die genau auf die Ernennung eines Dreierschiedsgerichts im Mehrparteienverfahren zugeschnitten ist (Commentary SRIA-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 15). Demnach hat sowohl die Kläger- wie auch die Beklagtenseite (gemeinsam) *einen* Schiedsrichter zu ernennen. Diese Regel soll nach den obigen Erwähnungen den Ausgangspunkt für die Füllung der Vertragslücke bilden.

b) Gleichbehandlung als primäres Parteiinteresse und Vertragszweck

34 Sinn und Zweck einer genaueren Regelung der Ernennungsmodalitäten durch die Parteien ist eine Anpassung an deren individuellen Interessen. Generell streben beide Parteien einen möglichst grossen Einfluss bei der Konstituierung an, da sie sich von *ihrem* Schiedsrichter einen Vorteil erhoffen. Um die gegenläufigen Interessen möglichst in ein Gleichgewicht zu bringen, ist deshalb die Lösung mit der grösstmöglichen Gleichbehandlung zu wählen. Wie zentral diese für die Parteien ist, ergibt sich nicht zuletzt aus der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016.

c) Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters durch die Beklagte 1 und 2

35 Aus folgenden Gründen ist es, um eine möglichst weitreichende Gleichbehandlung zu erzielen, unabdingbar, dass die Beklagten 1 und 2 einen gemeinsamen Schiedsrichter ernennen.

aa) Kein Recht auf eigenen Schiedsrichter

36 Entgegen den Behauptungen der Beklagten 2 gibt es kein absolutes Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters. Da in einem Mehrparteienverfahren auf beiden Seiten unterschiedlich viele Parteien stehen können, wäre ein solches nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar. So hat das BGer im berühmten Westland-Fall einen Entscheid des Genfer Obergerichts bestätigt, in welchem Letzteres für sechs Kläger einen gemeinsamen Schiedsrichter ernannte und dabei festgestellt, dass der alleinigen Beklagten kein überwiegender Einfluss bei der Konstituierung zugekommen ist (BGE 120 II 155).

bb) Gleichgerichtete Interessen der Beklagten 1 und 2

38 Die Pflicht zur Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht, sofern die jeweiligen Parteien die gleichen Interessen verfolgen (Commentary SRIA-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 23). Die Interessen müssen dabei nicht identisch sein, sondern es reicht aus, wenn die Parteien im Ergebnis der gleichen Auffassung sind. Das BGer spricht denn in diesem Zusammenhang von „[...] sich auf die Seite [stellen]“ (BGer 4P.105/2006 E. 5.2).

39 Folgende Ausführungen zeigen, dass die Beklagte 2 zumindest im Ergebnis gleiche Interessen wie die Beklagte 1 vertritt.

40 Erstens schliesst sich die Beklagte 2 in ihrer Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 grundsätzlich den Ausführungen der Beklagten 1 an.

- 41 Zweitens haftet sie aufgrund der eingegangenen bürgschaftsähnlichen Garantie in Art. 12 DV (K-1). Darin garantiert die Beklagte 2 i.S. einer eigenständigen Verpflichtung die Einhaltung der Vertragspflichten aus dem DV (K-1) durch die Beklagte 1. Der Garantiefall ist damit eine Vertragsverletzung durch die Beklagte 2. Über genau eine solche Vertragsverletzung wird nun im Verfahren befunden. Die Beklagte 2 hat deshalb gleich wie die Beklagte 1 das Interesse, dass eine Verletzung des DV (K-1) durch Letztere verneint wird.
- 42 Drittens ist die Tatsache, dass sich die beiden Parteien seit dem 22. Juli 2016 vom gleichen Anwaltsbüro vertreten lassen ein weiteres starkes Indiz dafür, dass die beiden gleiche Interessen verfolgen.
- 43 Entgegen den Ausführungen der Beklagten 2 in der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 verletzt deshalb die Pflicht mit der Beklagten 1 einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht.

cc) Ungleichbehandlung bei Ernennung von zwei Schiedsrichtern auf Beklagtenseite

- 44 Im Gegenteil, gerade die Gleichbehandlung gebietet eine gemeinsame Ernennung auf Seiten der Beklagten. Sollten die beiden Beklagten je einen Schiedsrichter ernennen dürfen, so käme jenen beiden nicht nur generell im Spruchkörper, sondern insb. auch bei der Wahl des Vorsitzenden ein Übergewicht zu. Dies würde gleich ein doppelter Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot bedeuten (HIRSCH, ASAB, S 705). So hat das Zürcher Obergericht in einem Entscheid aufgrund dieser Überlegung in einer ähnlich gelagerten Situation entgegen dem Wortlaut der Schiedsklausel zwei Kläger dazu verpflichtet einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen (OG-ZH, 11.9.2001).
- 45 Aufgrund aller vorangehenden Erwägungen ist das Ernennungsverfahren deshalb nochmals durchzuführen, wobei sich das Verfahren nach Art. 8 (4) SRIA am besten eignet. Die Beklagten 1 und 2 sind deshalb mit Ansetzung einer 30-tägigen Frist zu verpflichten einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen.

3. Zuständigkeit des SGer für Beurteilung der Ansprüche der Klägerin ggü. der Beklagten 2, wenn diese nicht Partei ist

3.1. Ansprüche der Klägerin ggü. der Corpsanis Holding AG

- 46 Die Ansprüche der Klägerin ggü. der Beklagten 2 finden sich im Rechtsbegehren unter der Ziffer 3. Dieser Anspruch bezieht sich auf den Garantievertrag in Art. 12 DV (K-1). Gem. dieser Garantie haftet die Beklagte 2 als Promittentin ggü. der PerAspera für die richtige Vertragserfüllung der Beklagten 1. Die exakte Höhe des Anspruchs ist vom SGer noch festzustellen.

3.2. Garantievertrag wird von Schiedsklausel erfasst

- 47 Der DV (K-1) fällt aufgrund der Schiedsklausel in Art. 13.1 DV (K-1) unbestrittenermassen in die Zuständigkeit des SGer. Aus folgenden Gründen wird auch der Garantievertrag von der Schiedsklausel erfasst.
- 48 Zwar ist eine Garantie im Grundsatz eine abstrakte Vereinbarung, weshalb nicht automatisch davon ausgegangen werden kann, dass die Schiedsklausel im Grundverhältnis auch die Parteien des Garantievertrags zu binden vermag (ASAB 1987, S. 99). Die abstrakte Natur der Garantievereinbarung schliesst allerdings nicht aus, dass diese ihren Ursprung im Grundverhältnis findet und mit ihm eng zusammenhängt. Da dies der Fall ist, kann ein allfälliger Garantiefall nur im Lichte des Grundverhältnisses bestimmt werden (ASAB 1987, S. 101).
- 49 Wie unter Rz. 13 bereits dargelegt, handelt es sich bei Art. 12 DV (K-1) um eine bürgschaftsähnliche Garantie. Der Promittent verpflichtet sich zur Zahlung einer Summe an den Promissaren, falls dessen Vertragspartner seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt. Für die Frage nach dem Eintritt des Garantiefalles, ist deshalb notwendigerweise eine Verletzung der Pflichten im Grundverhältnis zu prüfen. Genau diese Prüfung obliegt nun aber dem SGer. Es besteht deshalb m.a.W. ein enger Zusammenhang zw. dem Garantie- und dem Distributionsvertrag, welcher die Zuständigkeit des SGer zu begründen vermag.
- 50 Ferner hat die Inanspruchnahme der Garantiesumme Auswirkungen auf die Schiedsverhandlung. Es besteht Konkurrenz zu Ansprüchen aus dem Grundverhältnis, wobei eine Kumulation über den tatsächlichen Schadensbetrag aufgrund des Bereicherungsverbots nicht zulässig ist. Der Promissar wird aufgrund des Bereicherungsverbots seinen geltend gemachten Anspruch ggü. dem Dritten im Umfang der Garantiesumme kürzen müssen.
- 51 Da in der Schweiz sowohl Lehre wie auch Rechtsprechung noch sehr wenig zur Klärung dieses Themas beigetragen haben, rechtfertigt sich zudem eine Bezugnahme auf Lösungen im internationalen Kontext. Eine vergleichbare Herangehensweise wird insb. auch von den amerikanischen Gerichten gepflegt.
- 52 Damit ein SGer in den USA sich für die Beurteilung eines Anspruches aus einem Vertrag ohne eigene Schiedsklausel als zuständig erachtet, werden zwei Elemente kumulativ vorausgesetzt. Einerseits muss der erste Vertrag mit dem zweiten Vertrag, welcher eine Schiedsklausel enthält, eng verbunden sein. Zweitens muss diese Schiedsklausel weit gefasst („broadly worded“) sein (Hughes Masonry Co. vs. Greater Clark County School Bldg. Corp. [1981] N 11). Ist beides erfüllt, dann ist das SGer auch zuständig ggü. der Partei des ersten Vertrages, obwohl diese nicht Partei der Schiedsklausel ist.

- 53 Die enge Verbundenheit lässt sich anhand der Frage überprüfen, ob für die Geltendmachung des besagten Anspruchs auf den Vertrag mit Schiedsklausel zurückgegriffen werden muss. Wenn dies der Fall ist, so sind sie genügend eng verbunden und das SGer ist auch für die Prüfung des fraglichen Anspruchs zuständig (BTLG Attorneys, <http://www.btlg.us/News_and_Press/articles/Arbitration-scope-Griggs%20v.%20Evans>).
- 54 Eine solche enge Verbundenheit ist i.c. gegeben, da die Beurteilung der Ansprüche aus dem Garantievertrag zwingend eine Beurteilung der Streitigkeiten aus dem Distributionsvertrag voraussetzt.
- 55 Weit gefasst ist eine Schiedsklausel, wenn sie alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag, in welchem sie drin steht, erfasst. Die Schiedsklausel in Art. 13.1 DV (K-1) umfasst „Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, einschliesslich dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung“. Dies ist eine sehr weit gefasste Schiedsklausel. Damit ist auch die zweite Voraussetzung erfüllt.
- 56 Aus erwähnten Gründen fällt die Frage nach dem Anspruch auf eine Garantiesumme, als Streitigkeit im Zusammenhang mit dem DV (K-1), sowohl im schweizerischen (ASAB 1987, S. 104) wie auch im amerikanischen Kontext in den Zuständigkeitsbereich des SGer. Das SGer hat sich deshalb ggü. der Beklagten 2 als zuständig zu erachten.

4. Aktivlegitimation der Klägerin

- 57 Die Aktivlegitimation der Klägerin ergibt sich aus der spezifisch eingeräumten Sicherheit, welche sie durch den Darlehensvertrag (K-2) erworben hat.

4.1. Rechtliche Qualifikation der Sicherheit

- 58 Die PerAspera (Darlehensnehmerin) räumt im Darlehensvertrag (K-2) der Klägerin (Darlehensgeberin) als Sicherheit ihre bestehenden und zukünftigen Ansprüche für Dyalgonin® ein. Wobei die Darlehensgeberin diese im Verzugsfalle ohne Weiteres geltend machen kann. Eine solche Sicherheitsabtretung kann entweder als Sicherungszession gem. Art. 164 ff. OR oder als Forderungsverpfändung gem. Art. 899 ZGB erfolgen. Letztere hat in der Praxis weitgehend an Bedeutung verloren, weshalb sich in der Lehre die faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession etablierte (BK-ZOBL/THURNHEER, syst. Teil, N 1538).

4.1.1. Sicherungszession

- 59 Eine Sicherungszession entspricht einer fiduziarischen Abtretung nach Art. 164 OR mit dem Zweck der Sicherung einer bestimmten Forderung des Sicherungszessionars (CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 N 15). Eine Forderungsabtretung gem. Art. 165 Abs. 1 OR stellt das

Verfügungsgeschäft dar. Diesem geht ein pactum de cedendo gem. Art. 165 Abs. 2 OR als Verpflichtungsgeschäft voraus (CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 N 17). Die PerAspera und die Klägerin einigten sich im Darlehensvertrag (K-2) auf die Übertragung sämtlicher bestehenden und zukünftigen Ansprüchen ggü. allen Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin® der PerAspera.

60 Des Weiteren müssen sich der Zedent und der Zessionar über den Sicherungszweck der Zession einig sein. Der Zweck darf ausschliesslich in der Sicherung des Zessionars bestehen. Jener darf demnach nicht unbeschränkt, sondern nur unter Beachtung des Sicherungszwecks über die Sicherungsforderung verfügen (CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 N 18; BGE 119 II 326). Der vorliegende Sicherungszweck besteht darin, dass die Darlehensnehmerin der Klägerin die Ansprüche als Sicherung ihres Darlehens über CHF 2'500'000 übertragen hat. Dies zeigt sich darin, dass die Klägerin nur im Verzugsfalle darüber verfügen darf.

61 Als zusätzliches Element einer Sicherungszession ist eine Verwertungsabrede der Parteien erforderlich, wonach der Zessionar die Befugnis hat, die Sicherungsforderung im Verzugsfalle des Zedenten zu verwerten (CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 N 19). Die PerAspera und die Klägerin kamen darin überein, dass der Darlehensbetrag bis zum 31. Dezember 2015 zurückzubezahlen ist, andernfalls die Darlehensgeberin ohne Weiteres über die Sicherungsforderung verfügen kann.

62 Schliesslich verpflichtet die Rückzessionsabrede, dass die übertragene Sicherungsforderung im Falle einer fristgerechten Rückzahlung auf den Sicherungszedenten zurückfällt (CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 N 20). Aufgrund der Befugnisbeschränkung der Klägerin über die Ansprüche ergibt sich die Rückzessionsabrede konkludent aus dem Darlehensvertrag.

63 Neben den primären Forderungen geht auch die Schiedsvereinbarung auf den Zessionaren über. Andernfalls müsste dieser seine Ansprüche vor einem staatlichen Gericht geltend machen, wo der Zedent die Einrede der Schiedsvereinbarung vorbringen könnte. Damit wäre dem Zessionaren im Hinblick auf seine Ansprüche der Zugang zu einem Gericht verwehrt (BERGER/KELLERHALS, N 501).

4.1.2. Eventualiter: Forderungsverpfändung

64 Die Beklagte 1 geht in ihrer Einleitungsantwort vom 26. Juli 2016 (Rz. 3) zu Unrecht davon aus, dass die Voraussetzungen einer Forderungsverpfändung nicht erfüllt sind.

65 Damit eine Forderung gem. Art. 899 ZGB verpfändet werden kann, muss sie übertragbar und bestimmbar sein. Es darf sich nicht um ein blosses Neben- oder Vorzugsrecht handeln (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 19 ff.).

- 66 Die Bestimmbarkeit und die Übertragbarkeit folgen denselben Anforderungen wie bei der Zession nach Art. 164 Abs. 1 OR. Wie bereits dargelegt (Rz. 59-62) sind diese erfüllt.
- 67 Im Darlehensvertrag werden der Darlehensgeberin als Sicherheit die „[...] bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegenüber allen [...] Distributoren [...]“ der Darlehensnehmerin eingeräumt. Aufgrund dieses Termini darf nicht darauf geschlossen werden, dass auch Nebenrechte einzeln abgetreten werden sollen. Vielmehr legt das Fehlen einer konkreten Bezugnahme auf Nebenrechte den gegenteiligen Schluss nahe. Die Voraussetzungen für eine Forderungsverpfändung sind somit als erfüllt zu erachten.
- 68 Grundsätzlich findet bei der Forderungsverpfändung im Gegensatz zur Sicherungszession kein Wechsel des Rechtsträgers statt. Damit kann der Pfandnehmer keine Rechte gerichtlich geltend machen (BGE 130 III 417 E. 3). Die Ausnahme liegt in einer allfälligen Ermächtigung durch den Pfandgeber (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 9). Eine solche Ermächtigung findet sich im Darlehensvertrag. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass der Pfandnehmer im Verzugsfälle die Ansprüche „[...]ohne Weiteres selber geltend machen[...]“ kann.
- 69 Der obig dargelegte Übergang der Schiedsabrede (Rz. 63) muss analog auch für die Forderungsverpfändung mit Ermächtigung gelten. Eine solche Ermächtigung zielt gerade darauf ab, eine selbständige Geltendmachung der Ansprüche durch den Pfandnehmer zu ermöglichen. Wenn die Schiedsabrede nicht überginge, würde der Sinn und Zweck einer Ermächtigung vereitelt.

4.2. Abtretbarkeit der Forderungen

- 70 Art. 145 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass die Abtretung einer Forderung durch Vertrag nach dem von den Parteien gewählten Recht geregelt wird. Der vorliegende DV (K-1) untersteht gem. Art. 13.1 DV (K-1) dem Schweizer Recht. Somit fällt auch die Abtretung einer Forderung unter die schweizerische Rechtsordnung.
- 71 Ein gültiges Zustandekommen eines Abtretungsvertrages setzt voraus, dass die Zedentin über die abzutretende Forderung frei verfügen kann, die Formvorschrift eingehalten wird und die Forderung bestimm- bzw. abtretbar ist (HUGUENIN, N 1340). Vorliegend steht der PerAspera, als Produzentin und Lieferantin von Dylagonin® die Verfügungsmacht über alle bestehenden und zukünftigen Forderungen gegen die Beklagte 1 zu.
- 72 Gem. Art. 165 Abs. 2 OR sind die Regeln der einfachen Schriftlichkeit bei der Abtretung zu befolgen, wobei die Schriftlichkeit für alle subj. und obj. wesentlichen Punkte einzuhalten ist (HUGUENIN, N 1344). Die Aufsetzung eines Darlehensvertrages (K-2) erfüllt die einfache Schriftlichkeit. Durch die Auflistung des Darlehensbetrages, -zinses, Rückzahlungstermins und der angegebenen Sicherheit sind die essentialia negotii ebenfalls gegeben.

- 73 Beinhaltet ein Abtretungsvertrag unter anderem auch die Abtretung künftiger Forderungen, so ist der massgebende Zeitpunkt für die Bestimmbarkeit derjenige der Entstehung der Forderung und nicht jener der Abgabe der Abtretungserklärung, wodurch lediglich die Person des Schuldners, der Rechtsgrund und der Inhalt bzw. Höhe der Forderung aufzuweisen sind (BGE 135 V 2, E. 6.1.2). Durch die Bezeichnung der Beklagten 1 als Person des Schuldners und dem DV (K-1) als Rechtsgrund, sowie die Abtretung aller bestehenden und zukünftigen Ansprüche als Bestimmung des Inhaltes der Forderung, kann die genügende Bestimmbarkeit der Forderung ebenfalls bejaht werden.
- 74 Abtretbar ist eine Forderung, sofern kein Abtretungsverbot besteht. Ein solches kann sich gem. Art. 164 Abs. 1 OR aus Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses ergeben. Ein gesetzliches oder sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergebendes Abtretungsverbot besteht nicht. Die PerAspera und die Beklagte 1 haben aber in Art. 13.5 DV (K-1) festgelegt, dass die Rechte einer Partei, unter Vorbehalt der schriftlichen Zustimmung der anderen Vertragspartei, nicht abtretbar sind. Dieses pactum de non cedendo ist allerdings nicht zu beachten, wie im Folgenden erläutert wird.

4.3. Teilnichtigkeit des pactum de non cedendo aufgrund Art. 27 Abs. 2 ZGB

- 75 Das pactum de non cedendo im DV (K-1) Art. 13.5 ist ungültig, da es gegen das Persönlichkeitsrecht der PerAspera verstösst. Ein Abtretungsverbot, welches die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Gläubigerin zu sehr einschränkt, verstösst gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und ist daher nichtig (SCHWENZER, N 90.24).
- 76 Das persönlichkeitsrechtswidrige Element eines Rechtsgeschäfts basiert entweder auf dem Gegenstand der Bindung oder auf deren Übermass (BUCHER, N 260 ff; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11.12 f). Als übermässig wird eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nach schweizerischem Verständnis i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB dann betrachtet, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 138 III 322 E. 4.3).
- 77 Das Abtretungsverbot in Art. 13.5 DV (K-1) schliesst jegliche Abtretung von Forderungen aus. Die Beklagte 1 zielte mit dem strikten Verbot auf eine klare und übersichtliche Vertragsabwicklung ab. Weiter wollte sie Klarheit darüber schaffen, an wen sie mit schuldbefreiender Wirkung zu leisten hat. Schliesslich sollte das Verbot dazu dienen, im Falle einer Insolvenz seitens der PerAspera durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter die Produktion des Zuliefererbetriebes aufrecht zu erhalten (Verfügung Nr. 3 Rz. 7). Die Beklagte 1 möchte sicherstellen, dass sie sich nur mit seinem Gläubiger und keinem anderen auseinandersetzen

muss. Dadurch würde sie sich auch die Mühe sparen, die Abtretungen und Teilabtretungen erfassen zu müssen (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 6). Nicht im Interesse der Beklagten 1 kann es liegen, dass die PerAspera durch dieses pactum de non cedendo in ihrer wirtschaftlichen Integrität und endlich in der Produktion und Zulieferung von Dyalgonin® gefährdet wird. Vorliegend ist dies aber genau eingetreten. Erst aufgrund Vertragsverletzungen durch die Beklagte 1 geriet die PerAspera in diese missliche Lage. Hätte die Beklagte 1 weder gegen die „Anti-Kickback Statutes“ verstossen, noch eine widerrechtliche Gratismuster-Kampagne geführt, wäre das Verkaufsvolumen von Dyalgonin® in den USA nicht eingebrochen und die PerAspera hätte kein Darlehensvertrag eingehen müssen. Ohne das Darlehen von CHF 2'500'000 und der damit verbundenen Sicherheit, wäre die PerAspera in Konkurs geraten und nicht mehr in der Lage gewesen ihre Vertragsverpflichtungen zu erfüllen.

- 78 Der PerAspera ist es zudem durch das Abtretungsverbot nicht mehr möglich, ihre Ansprüche als Gegenleistung für ein Darlehen oder einen Kredit einzusetzen. Gerade für ein Jungunternehmen wie die PerAspera ist dies besonders wichtig für den Erfolg des Vertriebes von Dyalgonin® und dadurch zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz. Die Option, die Abtretung von Forderungen als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit zu nutzen, wird der PerAspera durch das Abtretungsverbot verwehrt. Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz durch die vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit aufgrund des Abtretungsverbotes ist klar ersichtlich. Damit verstösst dieses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und ist widerrechtlich.
- 79 Die Nichtigkeit soll gem. Art. 20 Abs. 2 OR nur soweit reichen, als es der Schutzzweck der verletzen Norm verlangt. Ziel ist i.S. des Grundsatzes „favor negotii“ die Mangelbeseitigung, nicht die Auflösung des Vertrages (BGE 120 II 40 E. 4a). Teilnichtigkeit greift, sofern ein Teilmangel vorliegt und der Vertrag auch ohne diese Klausel geschlossen worden wäre. Es ist also auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen (BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 29). Ganznichtigkeit tritt nur ein, wenn sicher ist, dass die Parteien dies so wollten. Falls Zweifel bzgl. der Ganznichtigkeit bestehen ist hingegen der Teilnichtigkeit den Vorzug zu geben (BGER 4C.156/2006 E. 3.2).
- 80 Kerninhalt des Vertrags zw. PerAspera und der Beklagten 1 liegt gem. Art. 1.1 ff. DV (K-1) in der Distribution des Produktes Dyalgonin® gegen eine entsprechende Vergütung. Das Abtretungsverbot stellt dagegen kein essentialium negotii des DV (K-1) dar, sondern dient lediglich der Erleichterung der Vertragserfüllung (Rz. 77, bzgl. Verfügung Nr. 3). Dies wird deutlich durch die Tatsache, dass grundsätzlich eine Zustimmung zur Abtretung erteilt werden muss und diese nur „[...] aus wichtigen Gründen verweigert werden“ darf. Die Voraussetzung des wichtigen Grundes hemmt die Wirkung des Abtretungsverbotes geradezu.

81 Vor diesem Hintergrund bestehen zumindest Zweifel an einer allfälligen Ganznichtigkeit des Vertrags. Der Art. 13.5 DV (K-1) ist somit i.S. der Teilnichtigkeit aufgrund des Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB ungültig.

4.4. Eventualiter: Teleologische Reduktion des Abtretungsverbot

82 Das Abtretungsverbot ist nach seinem Sinn und Zweck auf eine rein obligatorische Wirkung zw. der PerAspera und der Beklagten 1 zu reduzieren.

83 Das Ersuchen um die Erlaubnis einer Abtretung darf gem. Art. 13.5 DV (K-1) nur aus gewichtigen Gründen abgelehnt werden. Dieses Erfordernis dient der Übersicht und Kontrolle und nicht als formalistisches Hindernis einer Zession.

84 In einem ähnlich gelagerten Fall, in welchem Partei A ihre Ansprüche nur mit schriftlicher Zustimmung der Partei B abtreten durfte, konstatierte das BGer die Ungültigkeit einer Abtretung ohne solche Zustimmung (BGE 117 II 94). Im vorliegenden Fall ist es aber gerade umgekehrt. Die Zustimmung zu einer Abtretung ist ebenfalls erforderlich. Aber die Verweigerung derselben stellt aufgrund des zusätzlichen Erfordernisses *gewichtige Gründe* die Ausnahme dar. Daraus lässt sich im Wege eines *argumentum e contrario* schliessen, dass Art. 13.5 DV (K-1) nicht absolut gilt.

85 Die Intentionen der Beklagten 1 für das *pactum de non cedendo* (Rz. 77) werden durch dessen restriktive Auslegung nicht missachtet. Die Vertragsabwicklung bleibt klar und übersichtlich, zumal die Ansprüche als Ganzes auf eine Gläubigerin übergehen und es somit zu keiner Zersplitterung kommt. Auch bleibt aufgrund des Darlehensvertrags und der Tatsache, dass die Klägerin als aktuelle Verwaltungsrätin der PerAspera keine unbekannte Partei ist, weiterhin deutlich, an wen die Beklagte 1 zu leisten hat. Eine Überprüfung seitens der Beklagten 1 ist also nicht notwendig. Schliesslich steht das Darlehen auch dem Vorhaben der Beklagten 1, durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter der PerAspera, die Produktion aufrecht zu erhalten, nicht entgegen. Der Darlehensvertrag wurde ja gerade im Versuch geschlossen, eine bevorstehende Insolvenz zu verhindern. Eine restriktive Auslegung des *pactum de non cedendo* steht also nicht im Widerspruch mit dessen Sinn und Zweck.

86 *De lege lata* ist ein *pactum de non cedendo* gem. Art. 164 Abs. 1 OR grundsätzlich auch Dritten ggü. wirksam (ZK-SPIRIG, Art. 164 N 146 ff.).

Das Rechtsverhältnis der PerAspera und der Beklagten 1 ist gem. Art. 13.1 DV (K-1) dem schweizerischen Recht unterstellt. Die Beklagte 1 hat ihren Sitz jedoch in Toronto (Kanada) und der Verkauf von Dyalgonin® findet in den USA statt. Aufgrund dieser Tatsache rechtfertigt sich bzgl. der Auslegung eine Bezugnahme auf ausländische Gesetzgebung. Dies umso mehr, als sich auch der Entwurf OR2020 daran orientiert (Rz.89).

- 87 In den USA und Frankreich ist ein pactum de non cedendo automatisch nichtig (GIRSBERGER/HERMANN, S.334f.). Nicht ganz so weit gehen das UNIDROIT Factoring Übereinkommen (Art. 6), die UNIDROIT Principles (Art. 9.1.9), das UNCITRAL Zessionsübereinkommen (Art. 9) und das österreichische ABGB (§1396a Abs. 1), wo dem Abtretungsverbot eine rein obligatorische Wirkung zw. dessen Parteien zukommt.
- Auch in Kanada wirkt ein pactum de non cedendo nicht ggü. Dritten (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32).
- 88 De lege ferenda (Entwurf des OR 2020) ist die Zession unabhängig von einem allfälligen Abtretungsverbot gültig. Durch diese Reform werden die Wirkungen des vertraglichen Abtretungsverbot auf das schuldrechtliche Verhältnis zw. Schuldner und Zedent beschränkt. Abredewidrige Abtretungen bleiben verkehrsfähig, wodurch der Schuldner nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten kann. Dem Abtretungsverbot kommt lediglich noch eine rein obligatorische Wirkung zw. dem Schuldner und dem Zedenten zu (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 4). Eine Missachtung des pactum de non cedendo durch den Zedenten führt aufgrund der obligatorischen Wirkung nur zu Ersatzansprüchen zugunsten des Schuldners (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 5).
- 89 Vor dem Hintergrund der ausländischen Gesetzgebung und der schweizerischen Rechtsentwicklung ist es sinnvoll, das Abtretungsverbot teleologisch auf ein rein obligatorisches Verhältnis zw. PerAspera und der Beklagten 1 zu reduzieren. Die Abtretung der Ansprüche der PerAspera an die Klägerin ist gültig erfolgt. Sie ist damit aktivlegitimiert zur Geltendmachung dieser Ansprüche.

II. MATERIELLER TEIL

1. Ansprüche der Klägerin auf Auskünfte

1.1. Vertraglicher Anspruch auf Auskunft aus Art. 5.2 DV (K-1)

- 90 In erster Linie erhebt die Klägerin folgende Ansprüche auf Auskünfte aus Art. 5.2 DV (K-1):

1.1.1. Dyalgonin®-bezogene Dokumente an eine US-amerikanische Behörde.

- 91 Nach konstanter Rechtsprechung des BGer gilt der Wortlaut des Vertragstextes als primäres Willensindiz bei ausdrücklichen Vertragsschlüssen (BGE 118 II 365, 117 II 273 E. 5.a).
- 92 Gem. Art. 5.2 Ziff. 3 DV (K-1) übermittelt die Distributorin der Lieferantin innert 5 Tagen Kopien *sämtlicher* Unterlagen, welche sie betreffend Dyalgonin® an eine US-amerikanische Behörde übermittelt hat. Ziff. 1 (i) des Rechtsbegehrens der Klägerin stimmt ausdrücklich mit dem Wortlaut des Vertragstextes überein. Als Unterlagen gelten gem. deutscher Sprache

sämtlich schriftlich Niedergelegtes, welches als Beweis, Beleg, Bestätigung oder ähnliches für etwas dient.

93 Die Klägerin spezifiziert in ihrem Rechtsbegehren lediglich die Unterlagen als Dokumente, Korrespondenz, sowie Mitteilungen und Eingaben an eine US-amerikanische Behörde. Über Letztere hätte die Klägerin ausserdem längst informiert werden sollen, da Ziff. 2 die Distributorin verpflichtet in Konsultation mit der Lieferantin eine Zeitachse zu erstellen, sobald eine Eingabe absehbar ist.

1.1.2. Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zw. der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde

94 Wenn der Wortlaut nicht genau den Sinn einer Vereinbarung zw. den Parteien wiedergibt, sind andere Auslegungsmethoden anzuwenden (BGE 131 II 280, E. 3.1; BGE 128 II 265). Ergänzende Auslegungsmethoden sind andere Vertragsbestimmungen und der von den Parteien verfolgte Zweck (OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 18 N 8).

95 Art. 5.2 Ziff. 3 DV (K-1) verpflichtet die Distributorin die Lieferantin über die beabsichtigte Vorgehensweise zu unterrichten und zu konsultieren. Zudem hat sie gem. Art 5.2 Ziff. 2 DV (K-1) die Lieferantin in regulatorische Entscheidungsprozesse einzubinden.

96 Dies impliziert eine Auslegung des Vertrages nach dem Grundsatz der Kooperation aller Parteien. Gerade im Rahmen eines AVV soll ein ordnungsgemässer und geregelter Ablauf gesichert werden und beide Parteien sollen durch die Einbindung des Vertragspartners in allen Angelegenheiten Transparenz wahren lassen. Dafür sprechen auch die Schiedsklausel, sowie die mehrmalige Erwähnung der Übermittlung *aller* Dokumente, Einbindung in sämtliche regulatorische Entscheidungsprozesse und Konsultationen zw. den Parteien. Dies ermöglicht der Vertragspartei ausserdem Vorgänge zu inspektieren und allenfalls zu Ereignissen kritisch Stellung zu nehmen oder erläuternde Anmerkungen anzubringen. Insb. unterstreicht Art. 1.3 DV (K-1) die Notwendigkeit des Informationszuganges, da die Lieferantin das Recht hat, bei schlechtem Geschäftsgang das exklusive Bezugsrecht der Beklagten mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

97 Die PerAspera wurde von diversen Besprechungen zw. der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde ausgeschlossen. Da jedoch davon Protokolle, Notizen und Memoranda bestehen, ist die Beklagte 1 verpflichtet, diese an die Klägerin auszuhändigen. Insb. war die Distributorin gem. Art. 5.2 Ziff. 3 DV (K-1) verpflichtet der Lieferantin innert 2 Tagen Kopien sämtlicher wichtiger von einer US-amerikanischen Behörde erhaltenen Kommunikationen zu übermitteln.

98 Als wichtig sind Dinge zu bezeichnen die für jemanden von wesentlicher Bedeutung sind. Wichtige Kommunikationen sind demnach solche, die massgeblich für die Entscheidungsfindung über das weitere Vorgehen sind. Gerade die zweitägige Frist zeigt die Bedeutung eines schnellen Informationsflusses zw. den Vertragspartnern. Protokolle, Notizen und Memoranda über solche Kommunikationen sind also unerlässlich und fundamental. Sie sind die Dokumentation der erhaltenen Kommunikationen der US-Behörde, die Verschriftlichung des Informationsaustausches zw. der Beklagten 1 und der US-Behörde. Diese Protokolle, Notizen und Memoranda über die Kommunikationen sind deshalb von grosser Tragweite für die Meinungsbildung über die weitere Vorgehensweise der PerAspera zur Sicherung des Vertriebes von Dyalgonin®, weshalb auch eine Übermittlung dieser Dokumente unentbehrlich ist.

*1.1.3. Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen
oder ähnliche Unterlagen zw. der B1 und einer US-amerikanischen Behörde*

99 Art. 5.2. Ziff. 2 DV (K-1) enthält explizit die Regelung, dass wichtige von einer US-amerikanischen Behörde erhaltenen Kommunikationen wie z.B. Warnschreiben zu übermitteln sind. Weshalb sich ein Anspruch auf Erhalt einer Kopie von Warnungen seitens der US-amerikanischen Behörde direkt aus Vertrag ergibt.

100 Kopien der Korrespondenz zw. der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde sind gem. Art. 5.2 Ziff. 3 DV (K-1) innert 5 Tagen zu übermitteln, sofern sie Dyalgonin® betreffen. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei stets um Korrespondenzen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Dyalgonin® handelt.

101 Notifikationen der Beklagten 1 sind gem. Art. 5.2 Ziff. 2 DV (K-1) als vorbereitete Dokumente für die US-Behörde zu qualifizieren, welche der Lieferantin zur Durchsicht und Kommentierung unterbreitet werden müssen. Jene der US-amerikanischen Behörde sind gem. Art. 5.2 Ziff. 3 DV (K-1) innert 2 Tagen in Kopie zu übermitteln, da es sich dabei um wichtige Kommunikationen handelt, deren Erhalt zur Erreichung des von den Parteien verfolgten Zwecks, nämlich die enge Zusammenarbeit zur Sicherung des Dyalgonin®-Vertriebes, essenziell sind.

102 Beobachtungen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen sind wie Protokolle, Notizen und Memoranda wichtige Elemente zur Dokumentation der Kommunikationen zw. der Beklagten 1 und der US-amerikanischen Behörde (Rz. 98). Die Abwicklung von Dokumenten bzw. die regelmässige Übermittlung soll dafür sorgen, dass der Geschäftsgang in ordnungsgemässen Bahnen verläuft und beide Parteien sollen in die Entscheidungsfindung eingebunden werden. Sie sollen sich auf dem gleichen Wissensstand über die Geschäftsführung von Dyalgonin®

befinden, weshalb keine entgegenstehenden Gründe für eine Herausgabe seitens der Beklagten 1 ersichtlich sind.

1.2. Eventualiter: Gesetzlicher Anspruch auf Auskunft gem. Art. 418c OR per analogiam

- 103 Der DV (K-1) ist ein Innominatkontrakt in Form eines AVV. Eine direkt anwendbare gesetzliche Informationspflicht kann daher gar nicht bestehen. Um dennoch eine sachgerechte Lösung zu gewährleisten, rechtfertigt sich eine Beizugnahme von Art. 418c OR per analogiam nach der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen.
- 104 Eine partielle Anwendung von Agenturrecht bei Alleinvertriebsverträgen rechtfertigt sich bei Übereinstimmung der Interessenlage (MAIER/MEYER-MARSILIUS, N 7).
- 105 Der Distributionsvertrag ist «nach seinem Zweck als Dauerschuldverhältnis gedacht und zu behandeln» (BGE 78 II 32 S. 36). Ebenso ist der Agent für den Auftraggeber nach Art. 418a Abs. 1 OR über eine gewisse Dauer tätig.
- 106 Sinn und Zweck beider Verträge liegen in der Absetzung von Waren in einem bestimmten Vertriebsnetz. Ein wesentliches Merkmal des AVV ist die Stellung der Distributorin als Exklusivhändlerin im betreffenden Gebiet. Auch das Agenturrecht sieht eine solche Stellung bei Zuweisung eines bestimmten Gebietes vor (Art. 418f Abs. 3 OR). Daraus resultiert in beiden Fällen eine starke Bindung des Lieferanten bzw. des Auftraggebers an den Geschäftserfolg des Abnehmers. Zugleich erfolgt eine Beschränkung der Autonomie Ersterer.
- 107 Aufgrund obig genannter Vertragsmerkmale besteht ein enges Vertrauensverhältnis und dadurch ein erhöhtes Bedürfnis, fortlaufend über den Geschäftsgang des Abnehmers informiert zu sein. Für beide Vertragskonstellationen besteht demnach die gleiche Interessenlage, was eine Anwendung von Art. 418c Abs. 1 OR per analogiam auf den AVV rechtfertigt.
- 108 Art. 418c Abs. 1 OR verpflichtet den Agent, die Interessen des Auftragsgebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Aus der Natur des Vertragsverhältnisses entsteht demnach sinngemäss die Pflicht des Agenten, den Auftraggeber über Umstände zu informieren, die für das Erreichen des gemeinsamen geschäftlichen Zieles erheblich sind. Des weiteren ist der Agent verpflichtet auf Anforderung allgemein über seine Tätigkeit zu berichten und bei erheblichem Umsatzrückgang trifft ihn eine umfassende Berichtspflicht, damit der Auftraggeber prüfen kann, ob der Rückgang auf die Marktlage oder auf eine nachlassende Tätigkeit des Agenten zurückzuführen ist (MAIER/MEYER-MARSILIUS, N 5).
- 109 Entgegen den Behauptungen der Beklagten 1, ergibt sich durch die gleiche Interessenlage und der damit verbundenen Anwendung des Art. 418c Abs. 1 OR eine unabdingbare gesetzliche Informationspflicht für die Beklagte 1, gestützt auf welche die verlangten Auskünfte zu erteilen sind.

1.3. Subeventualiter: Gesetzlicher Auskunftsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB

- 110 Gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Daraus werden Nebenpflichten hergeleitet, namentlich auch eine Informationspflicht (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16). Die Pflichten reichen umso weiter, je enger das Verhältnis der Vertragsparteien ist.
- 111 Ein besonderes Vertragsverhältnis zw. der PerAspera und der Beklagten 1 wird nur schon dadurch begründet, dass die Beklagte 1 als Alleinvertriebspartner von Dyalgonin® eine enge Beziehung zur PerAspera pflegt (Rz. 107). Als Jungunternehmen fehlte es dieser am nötigen Know-how und Kapazitäten, weshalb sie sich auf die Beklagte 1 verlassen hat. Dadurch wurde ein Vertrauensverhältnis aufgebaut. Durch die geografische Distanz zw. den Beteiligten ist es deshalb umso wichtiger, dass sich die beiden Parteien durchgehend austauschen, um einen optimalen Vertrieb von Dyalgonin® sicherstellen zu können.
- 112 Folglich ergibt sich ein Anspruch auf Herausgabe der Dokumente gestützt auf die abgeleitete Informationspflicht aus Art. 2 Abs. 1 ZGB.

1.4. Kein Verzicht auf Anspruch gem. Art. 13.4 DV (K-1)

- 113 Die PerAspera hat weder auf vertragliche noch gesetzliche Auskunftspflichten in zulässiger Weise verzichtet. Art. 13.4 DV (K-1) enthält eine klare Bestimmung, wonach die ausbleibende Durchsetzung eines Anspruches aus dem Vertrag nicht als Verzicht auf solche Ansprüche auszulegen sei. Dem Einwand der Beklagten 1, wonach die Klägerin gültig auf allfällige vertragliche oder gesetzliche Auskunftspflichten verzichtet haben soll, kann keine Bedeutung beigemessen werden. Eine bisher ausbleibende Durchsetzung der Ansprüche auf Auskünfte seitens der Klägerin stellt daher kein Verzicht auf einen solchen Anspruch dar.

III. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN

Aus den genannten Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2