

Moot Court Team 10

Adrien Clinard  
Albana Mihovci  
Robert Arnaud  
Sandra Schaffner

**Einschreiben**

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

9. Dezember 2016

**Klageschrift**  
Fall 123456-2016

In Sachen

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

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 10

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 Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde, in Kopie herauszugeben.*
2. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 1 zu verpflichten der Klägerin Schadenersatz in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
3. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IV</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
<b>I. Prozessuales .....</b>	<b>1</b>
A. Anwendbares Recht.....	1
B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts .....	1
1. Es liegt eine gültige Schiedsvereinbarung vor .....	1
2. Objektive Tragweite .....	2
3. Subjektive Tragweite.....	2
a) Subjektive Auslegung .....	3
b) Objektive Auslegung.....	4
C. Gültige Zusammensetzung des Schiedsgerichts .....	6
1. Kein Recht auf Ernennung des eigenen Schiedsrichters .....	6
2. Das Prinzip der Waffengleichheit wurde nicht verletzt .....	7
3. Die Parteien konnten die dreigliedrige Zusammenstellung des Schiedsgerichts gültig vereinbaren.....	8
4. Eventualiter: das Schiedsgericht ist nicht neu zu bestellen.....	10
D. Einlassung .....	12
<b>II. Materielles .....</b>	<b>13</b>
A. Die Klägerin ist aktivlegitimiert.....	13
1. Rechtsnatur der Sicherheitseinräumung.....	13
2. Die Zession zugunsten der Klägerin ist gültig erfolgt.....	14
a) Das Abtretungsverbot ist obligatorischer Natur.....	15
b) Nachträgliche Genehmigung der Abtretung .....	17
B. Der Klägerin steht ein umfassendes Auskunftsrecht zu.....	18
1. Auskunftsrecht gestützt auf den Distributionsvertrag.....	18
2. Auskunftsrecht gestützt auf das Schiedsverfahrensrecht .....	19

## Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: the practitioner's guide*, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: ARROYO/BEARBEITER, Art. Erlass, N) [Rz. 3, 18, 26, 40, 81, 82]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015 [Rz. 6, 16, 23, 24, 25, 26, 83, 84]

BLESSING MARC, *Brief Review of International Developments in International Arbitration in Switzerland*, in: *International Arbitration in Switzerland: an introduction to and a commentary on articles 176-194 of the Swiss private international law statute*, Berti Stephen V. (Hrsg.), Den Haag, Boston, London 2000 [Rz. 26]

BORN GARY, *International Commercial Arbitration*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014 [Rz. 18]

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé (LDIP) Convention de Lugano (CL)*, Basel 2011 (zit.: CR LDIP-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 23, 46]

BUCHER ANDREAS, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Das Recht in Theorie und Praxis*, Basel und Frankfurt am Main 1989 [Rz. 26]

DUTOIT BERNARD, *Droit international privé suisse*, 5. Aufl., Basel 2016 [Rz. 4, 44]

DERAINS YVES/SCHWARTZ ERIC A, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2. Aufl., Den Haag, 2005 [Rz. 26, 32]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMANN BERTHOLD, *On international Commercial Arbitration*, Den Haag 1999 [Rz. 24]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: CHK OR-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 52]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Zürich 2014 [Rz. 58, 61]

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Art. 1-7 ZGB)*, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit.: ZK ZGB-BEARBEITER Art. N) [Rz. 54]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration*, 3. Aufl., Zürich 2016 [Rz. 8, 17]

GOERGEN UTO, *Das pactum de non cedendo*, Diss. Münster 2000 [Rz. 63]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB), 5. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 53, 55]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 4, 6, 8, 18, 23, 82, 83]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR), 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 10, 19, 54, 58, 60, 62, 63, 68]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014 [Rz. 9, 10, 15]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (Art. 18 OR), Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit.: ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN) [Rz. 10, 15, 19]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2. Aufl., Bern 2010 [Rz. 6, 8, 9, 17, 18]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009 [Rz. 61]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit.: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. N) [Rz. 54]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, OFK-IPRG/LugÜ, Zürich 2015 [Rz. 46]

KUHN HANS, Die Modernisierung des schweizerischen Abtretungsrechts – Bemerkungen zum Zessionsrecht im OR 2020, SZW 2015 [Rz. 62]

MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr, in: Festschrift Schlechtriem, Tübingen 2003 [Rz. 62, 63]

OFTINGER KARL/BÄR ROLF, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, Teilband 2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1981 (zit.: ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art. N) [Rz. 54]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2007 [Rz. 6, 16, 19, 24, 32]

SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band VII/2, 2. Halbband, Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1979 [Rz. 61]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016 [Rz. 58, 61]

SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Band V, Allgemeine Bestimmungen, Art. 164-174 OR, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Aufl., Zürich 1993 [Rz. 60, 61]

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013 [Rz. 51]

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome 3, 4. Aufl., Bern 2012 [Rz. 53, 55]

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1- 529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit.: CR CO I-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 10, 28, 34, 77]

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl. Zürich 1974 [Rz. 58]

WAGNER EBERHARD, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Tübingen 1994 [Rz. 63]

WEIGAND FRANK-BERND (Hrsg.), Practitioner's handbook on international commercial arbitration, 2. Aufl., New York 2009 (zit.: Practitioner's Handbook-BEARBEITER, S.) [Rz. 19]

WIRTH MARKUS, Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren – wie bestimmt müssen sie sein? in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte : Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Jametti Greiner Monique et al. (Hrsg.), Bern 2015 [Rz. 75]

ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband, 1. Unterteilband, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010 (zit.: BK ZGB-ZOBL/THURNHERR, Art. N) [Rz. 5, 55]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/PHILIPP HABEGGER (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: Swiss Rules-BEARBEITER, Art. N) [Rz. 24, 32, 40, 44]

# Entscheidungsverzeichnis

## Leitendscheide des Bundesgerichts

BGE 26 II 144	19. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. März 1900 [Rz. 54]
BGE 112 II 241	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2012 [Rz. 61]
BGE 116 Ia 56	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990 [Rz. 16]
BGE 119 II 386	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 07. September 1993 [Rz. 48]
BGE 123 III 35	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996 [Rz. 9]
BGE 129 III 675	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 08. Juli 2003 [Rz. 16]
BGE 129 III 727	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003 [Rz. 8]
BGE 130 III 66	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003 [Rz. 4, 46]
BGE 130 III 417	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. April 2004 [Rz. 53, 58]
BGE 132 III 626	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Juni 2006 [Rz. 10]
BGE 133 III 406	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 06. Juni 2007 [Rz. 10]
BGE 138 III 29	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 07. November 2011 [Rz. 17, 18]
BGE 140 III 134	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Februar 2014 [Rz. 9, 15, 16, 20]

BGE 142 III 239                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Februar 2016 [Rz. 11]

### **Übrige Entscheide des Bundesgerichts**

BGer 1703/82                      Urteil der I. zivilrechtliche Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16.05.1983 (in ASA 1984 N 4, S. 203 ff) [Rz. 26, 37]

BGer 4P.86/1994                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. November 1994 [Rz. 25]

BGer 4C.7/2000                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 05. Juni 2000 [Rz. 58]

BGer 4P.298/2005                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Januar 2006 [Rz. 46]

BGer 4A\_450/2013                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 07. April 2014 [Rz. 8]

BGer 4A\_173/2016                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Juni 2016 [Rz. 48]

BGer 4A\_310/2016                      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 06. Oktober 2016 [Rz. 18]

### **Weitere Entscheide**

CJ Genf, Entscheid vom 26.11.1982, SJ 1984, S. 309 [Rz. 24, 25]

OGer Zürich, Entscheid vom 11.09.2001, ZR 101 (2002) S. 77 N°21 in: ASA 2002 N 4, S. 694 [Rz. 44]

HGer Zürich, Entscheid vom 1.3.2012, HG100147 [Rz. 68]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BGE	Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
cf.	confer
CH	Schweiz
CJ	Cour de Justice
CO	Code des obligations : OR
CR	Commentaire romand
d.h.	das heisst
DAV	Darlehensvertrag [K-2]
Diss.	Dissertation
DV	Distributionsvertrag [K-1]
E.	Erwägung(en)
f/ff	und folgende (Seite/Seiten)
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privat- recht (SR 291)
Kap.	Kapitel

LDIP	siehe IPRG
lit.	littera
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12)
N	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p. a.	per analogiam
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
Schiedsordnung	Internationale Schweizerische Schiedsordnung 2012 vom 1. Juni 2012 der Swiss Chambers' Arbitration Institution
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	siehe Schiedsordnung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

## **I. Prozessuales**

### **A. Anwendbares Recht**

- 1 Als *lex arbitri* kommt das 12. Kapitel des IPRG zur Anwendung. In Art. 13.1 Distributionsvertrag (**DV**) haben die Parteien Schweizer Recht als materielles Recht gewählt (Art. 187 Abs. 1 IPRG). Zudem unterliegt das Schiedsverfahren der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration, auf welche die Parteien in Art. 13.1 DV gültig verwiesen haben (Art. 182 Abs. 1 IPRG).

### **B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

- 2 Entgegen dem Vorbringen der Beklagten 2 ist das angerufene Schiedsgericht zuständig, um über die sich aus dem Garantieverhältnis ergebenden Ansprüche der Klägerin zu befinden.
- 3 Damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet ist, muss eine formell und materiell gültige Schiedsvereinbarung bestehen (ARROYO/JENNY, Art. 21 Swiss Rules, N 17). Dies ist i.c. der Fall. Strittig ist einzig die subjektive Tragweite der Schiedsklausel, denn die Beklagte 2 macht geltend, sie sei nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden.

#### **1. Es liegt eine gültige Schiedsvereinbarung vor**

- 4 Zu den strikten *essentialia negotii* einer Schiedsklausel gehören lediglich die Parteieinigung, allfällige Rechtsstreitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und die Umschreibung der fraglichen Rechtsstreitigkeiten (BGE 130 III 66, E. 3.1; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30; DUTOIT, Art. 178 N 2).
- 5 Im vorliegenden Fall ist die Existenz einer formgültigen Schiedsklausel im Art. 13 DV ohne weiteres zu bejahen. Die Parteien haben den Willen gegenseitig deutlich kundgetan, allfällige Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem DV der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen. Dass sich die Klägerin auf die Schiedsvereinbarung berufen kann, wird von den Beklagten nicht direkt bestritten. Auf die Streitfrage, ob sich die Beklagte 2 der Schiedsklausel unterworfen hat, soll im Rahmen der subjektiven Tragweite eingegangen werden.

## 2. Objektive Tragweite

- 6 Die objektive Tragweite bezieht sich auf die Frage, welche streitigen Ansprüche durch die Schiedsvereinbarung erfasst sind (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 74; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 255). Unter diesem Titel ist auch die Frage zu behandeln, ob die Schiedsklausel auf konnexe Verträge zwischen denselben Parteien erstreckt werden kann (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 74; BERGER/KELLERHALS, N 515). Soll die Schiedsklausel auf einen konnexen, jedoch mit einer Drittpartei abgeschlossenen Vertrag ausgedehnt werden, ist sowohl die Tragweite *ratione personae* als auch *ratione materiae* betroffen (POUDRET/BESSON, N 312).
- 7 In unserem Fall ist unstrittig, dass die eingeklagten Rechtsbegehren von der Schiedsklausel objektiv erfasst sind. Die Beklagte 2 bestreitet jedoch, dass sie an die Schiedsklausel gebunden sei bzw. dass die Schiedsklausel das Rechtsverhältnis zwischen den Hauptparteien und den Garantinnen erfasse. Insofern wird im vorliegenden Fall die objektive Tragweite von der subjektiven bedingt. Demzufolge ist die Schiedsklausel auslegungsmässig auf ihre subjektive Tragweite zu prüfen, wobei gleichzeitig Überlegungen zu deren materiellem Umfang herangezogen werden.

## 3. Subjektive Tragweite

- 8 Durch die subjektive Tragweite wird bestimmt, welche Parteien an die Schiedsvereinbarung gebunden sind (BGer 4A\_450/2013, E. 3.2; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 62; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 258). Diese materiell-rechtliche Frage ist im Lichte von Art. 178 Abs. 2 IPRG zu beantworten (BGE 129 III 727, E. 5.3.1; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 25). Kommt demnach Schweizer Recht zur Anwendung, ist die Auslegung des Parteiwillens entscheidend (GIRSBERGER/VOSER, N 401). Ziel ist zu eruieren, wer der Schiedsvereinbarung bzw. deren strikten *essentialia negotii* zugestimmt hat (GIRSBERGER/VOSER, N 398).
- 9 Für die Auslegung einer Schiedsklausel gelten die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung privater Willensäusserungen (BGE 140 III 134, E. 3.2; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 245). Gemäss Art. 18 OR soll primär auf den tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien abgestellt werden (BGE 140 III 134, E. 3.2; HUGUENIN, N 189). Lässt sich dieser nicht ermitteln oder liegt dem Austausch der Willenserklärungen ein latenter Dissens zugrunde, ist zu prüfen, ob durch objektive Auslegung ein normativer Konsens konstruiert werden kann (BGE 123 III 35, E. 2b).

*a) Subjektive Auslegung*

- 10 Durch die subjektive Auslegung des Vertragstextes soll der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien rekonstruiert werden (HUGUENIN, N 278; BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 10). Während der Wortlaut Ausgangspunkt der Auslegung bildet, soll er zurücktreten, falls sich aus den Umständen (Vertragszweck, Parteiverhalten, usw.) ergibt, dass er nicht genau den wirklichen Sinn des Parteiwillens wiedergibt (BGE 133 III 406, E. 2.2; HUGUENIN, N 288; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 397 ff). Es ist nach dem Parteiwillen zu forschen, wie er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand (CR CO I-WINIGER, Art. 18 N 17). Die nachträgliche Selbstinterpretation einer Partei hat demnach grundsätzlich keine Bedeutung (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 320). Hingegen können unter Umständen aus nachträglichem Verhalten Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen beim Vertragsabschluss gezogen werden (BGE 132 III 626, 632, E. 3.1).
- 11 Entscheidend ist, dass die Schiedsklausel in Art. 13.1 DV breit formuliert wurde, denn sie umfasst sowohl Ansprüche aus dem Vertrag als auch solche „im Zusammenhang mit“ dem Vertrag. Es wird noch präzisiert, dass insbesondere Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Verletzung des DV der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen sind. Daraus lässt sich der klare Parteiwille erkennen, dass über einen Garantiefall schiedsrichterlich befunden werden soll, wodurch der notwendige Mindestinhalt einer Schiedsvereinbarung bereits erreicht ist. Hätte die Beklagte 2 der Schiedsvereinbarung nicht zustimmen wollen, hätte sie wohl verlangt, dass eine Ausnahme explizit im DV erwähnt wird (cf. BGE 142 III 239, E. 6). Im DV steht aber keine weitere Bestimmung zur Prozessbeilegung und Art. 13.6.1 stipuliert, dass der DV „die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien“ darstellt. In diesem Zusammenhang werden als Parteien nicht nur die PerAspera Pharma AG (**Lieferantin**) und die Beklagte 1 genannt, sondern auch die PerAspera Holding AG und die Beklagte 2, wie es auf der ersten Seite des DV aufgeführt ist.
- 12 Aus der Tatsache, dass die Garantinnen in der Regelung des Schiedsverfahrens nicht erwähnt sind, ist nicht zu schliessen, dass sie von der Schiedsklausel ausgenommen werden. Vielmehr wird dort bloss festgelegt, dass ein dreiköpfiges Schiedsgericht ernannt werden soll. Beispielhaft wird dann erläutert, dass im klassischen Fall jede Hauptpartei (Lieferantin und Distributorin gemäss DV) einen Schiedsrichter zu ernennen hat. Dass die Hauptparteien im Schiedsverfahren unter Umständen von der eigenen Garantin Beistand erhalten bzw. begleitet werden, wird nicht explizit ausgeschlossen. In jedem Fall

bezieht sich die Frage des Schiedsverfahrens nicht mehr auf die *essentialia negotii* bzw. auf die subjektive Tragweite, sondern auf die Gültigkeit der Schiedsklausel, auf welche noch einzugehen sein wird (cf. *infra* I. C).

- 13 Es ist folglich der Schluss zu ziehen, dass die Beklagte 2 gemeinsam mit den anderen am DV beteiligten Parteien den übereinstimmenden Willen erklärt hat, sich der Schiedsklausel zu unterwerfen.

**b) Objektive Auslegung**

- 14 Für den Fall, dass das Schiedsgericht nicht auf den übereinstimmenden Willen der Parteien schliessen sollte, ist die Schiedsvereinbarung im DV objektiv auszulegen.
- 15 Dafür gelangt die Vertrauenslehre zur Anwendung, wonach Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie der Empfänger nach den gesamten Umständen und nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BGE 140 III 134, E. 3.2; HUGUENIN, N 195). Im Unterschied zur subjektiven Auslegung wird strikt auf die Erklärungsvorgänge abgestellt (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 360).
- 16 In Bezug auf die Tragweite einer Schiedsklausel hat das Bundesgericht den Interpretationsgrundsatz festgehalten, wonach davon auszugehen ist, dass die Parteien dem Schiedsgericht eine umfassende Zuständigkeit zuweisen wollten, insbesondere wenn die Wendung „Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag“ verwendet wird (BGE 140 III 134, E. 3.3.2; BGE 129 III 675, 681, E. 2.3; BGE 116 Ia 56, 58-59, E. 3b; cf. auch BERGER/KELLERHALS, N 489 ff und 504; POUURET/BESSON, N 304).
- 17 Durch diese Auslegung *favor validatis* soll der gültig zustande gekommenen Schiedsvereinbarung ein möglichst breiter „effet utile“ zuerkannt werden, was auch dem Sinn und Zweck von Art. 178 Abs. 2 IPRG gerecht wird (GIRSBERGER/VOSER, N 384; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 253 ff). Diesbezüglich hat das Bundesgericht explizit erwogen, dass allfällige Unentschiedenheiten in der Festlegung des Schiedsverfahrens dem Zustandekommen der Schiedsvereinbarung nicht zu schaden vermögen. Vielmehr ist anhand des Utilitätsgedankens „möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt“ (BGE 138 III 29, E. 2.2.3).
- 18 Die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach eine Schiedsvereinbarung restriktiv auszulegen sei, wenn über deren Zustandekommen gestritten wird (BGer 4A\_310/2016, E. 3.1.2), vermag im vorliegenden Fall keine Anwendung zu finden. Im Vorfeld ist zu bemerken, dass diese Rechtsprechung kritisiert wurde (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N

52; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 252; ARROYO/MÜLLER, Art. 178 IPRG N 59) und dem Sinn und Zweck von Art. 178 Abs. 2 IPRG zuwiderzulaufen scheint. Zudem hat das Bundesgericht selber angetönt, dass diese restriktive Auslegung zu nichts führt, wenn sich aus der Schiedsklausel nicht ergibt, dass die staatliche Gerichtsbarkeit aufrechterhalten werden soll (BGE 138 III 29, E. 2.3.1). Entscheidend ist in jedem Fall, dass sich diese restriktive Rechtsprechung nie auf die Konstellation bezog, in welcher sich die Vertragsparteien der Tragweite der als solchen unbestritten vorhandenen Schiedsklausel entziehen wollten. Mit anderen Worten ist im vorliegenden Fall der Übergang zwischen objektiver und subjektiver Tragweite derart fließend, dass die Streitfrage auch so formuliert werden könnte, ob das Garantieverhältnis durch die Schiedsvereinbarung abgedeckt ist, was die Bedingungen zur Entfaltung der breiten Auslegung ohne Weiteres erfüllt. Richtig besehen erstreckt sich der Wille der Beklagten 2 notwendigerweise auf die (formelle) Existenz der Schiedsklausel, gerade deshalb, weil sie dann in der Schiedsklausel eine Ausnahme zu ihren Gunsten zu erkennen versucht. Schliesslich erscheint die schiedsunfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts umso weniger angebracht, da die Parteien erfahrene Kaufleute bzw. juristische Personen sind und in einem internationalen Kontext handeln (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52; BORN, S. 1342 f).

- 19 Die Schiedsklausel im Art. 13.1 DV ist somit *favor validatis* und mit dem Ziel einer möglichst breiten Tragweite zu verstehen. Dies erhärtet das Auslegungsergebnis, welches die Ermittlung des wirklichen Willens ergeben hat. Auf die unter dem Titel der subjektiven Auslegung erläuterten Ausführungen kann hier *mutatis mutandis* verwiesen werden, da keine Anhaltspunkte bestehen, welche auf einen wirklichen, vom Vertragstext abweichenden Parteiwillen schliessen lassen und welche folglich im Rahmen der objektiven Auslegung nicht zu berücksichtigen sind (ZK OR- JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 364; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 14). In der Konstruktion des mutmasslichen Willens ist ferner die Auslegungsvermutung hervorzuheben, dass bei mehrseitigen Verträgen die Schiedsklausel grundsätzlich so zu verstehen ist, dass sie alle Beteiligten erfasst, selbst wenn dies nicht explizit so geregelt ist (Practitioner's Handbook-KARRER/STRAUB, S. 822). Dies bedeutet, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beklagte 2 zu bejahen ist, selbst wenn Zweifel an der subjektiven Tragweite bestehen würden, etwa weil die Garantinnen nicht ausdrücklich in der Schiedsklausel genannt sind. Diese Interpretation verhärtet sich dadurch, dass der DV keine zusätzliche Streitbeilegungsklausel enthält (cf. POUURET/BESSON, N 313). Dem-

entsprechend hätte die Beklagte 2 nach Treu und Glauben verlangen müssen, dass eine klare Ausnahme zu ihren Gunsten festgeschrieben wird.

- 20 Schliesslich wird in Anwendung des Vertrauensprinzips vermutet, dass die Parteien eine angemessene Lösung angestrebt haben (BGE 140 III 134, E. 3.2). Angesichts dessen ist die Interpretation der Beklagten 2 unhaltbar, denn sie würde zu dem unvernünftigen Ergebnis führen, wonach möglicherweise die Parteien vor staatlichen Gerichten prozessieren müssten, sobald eine Garantin einbezogen wird. Dies würde zwingend zu gespaltenen Verfahren führen, was kaum praktikabel ist. Dagegen sprechen auch die Gedanken der Effizienz und der Prozessökonomie.
- 21 Aus all diesen Gründen ist normativ festzuhalten, dass der Art. 13.1 DV eine breite Zuständigkeit des Schiedsrichters begründet, welche auch die Beklagte 2 einbezieht. Mit anderen Worten konnten und durften die Hauptparteien die Schiedsklausel nach Treu und Glauben so verstehen, dass sie auch die mitunterzeichnenden Garantinnen bindet. Aus der Behauptung, dass die Schiedsklausel in Bezug auf das Schiedsverfahren unpräzise ist, kann keine gegenteilige Abrede schlüssig konstruiert werden. Vielmehr muss die Beklagte 2 diese normative Auslegung gegen sich selbst gelten lassen, die sich als Konsequenz davon aufzwingt, dass sie ihr Missverständnis über die Tragweite der Schiedsklausel beim Vertragsschluss nicht offengelegt hat.

### **C. Gültige Zusammensetzung des Schiedsgerichts**

- 22 Die Beklagte 2 macht geltend, dass die Zusammensetzung des Schiedsgerichts das Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien verletze bzw. dass die Schiedsklausel ungültig wäre. Sie beruft sich ebenfalls auf das Recht auf Ernennung ihres eigenen Schiedsrichters.

#### **1. Kein Recht auf Ernennung des eigenen Schiedsrichters**

- 23 Bezüglich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts gilt in erster Linie die Parteiautonomie (Art. 179 IPRG und Art. 5 und 6 Schiedsordnung; BERGER/KELLERHALS, N 796), welche jedoch die Schranken des zwingenden Rechts beachten muss (Art. 19 OR; CR LDIP-TSCHANZ, Art. 179 N 4). Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist das Prinzip der Waffengleichheit zwingender Natur (BERGER/KELLERHALS, N 605 und 803; CR LDIP-TSCHANZ, Art. 179 N 22 ff). Dementsprechend müssen die Parteien im Verfahren gleich behandelt werden (Art. 183 Abs. 2 IPRG), was *a fortiori* das Recht jeder Partei mitum-

fasst, gleichartigen Einfluss auf die Konstituierung des Schiedsgerichts auszuüben (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 12).

- 24 Sinn und Zweck dieser Garantie ist es aber einzig, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichts zu gewährleisten (BERGER/KELLERHALS, N 803). Daher lässt sich aus dem Prinzip der Gleichbehandlung – entgegen den Ausführungen der Beklagten 2 – kein allgemeines zwingendes Recht jeder Partei auf die Ernennung ihres eigenen Schiedsrichters ableiten (BERGER/KELLERHALS N 836; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMANN, S. 469). Für diese Schlussfolgerung sprechen der Vorrang der Privatautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit und in jedem Fall die Möglichkeit, ein einköpfiges Schiedsgericht zu konstituieren (POUDRET/BESSON, N 242). Ausserdem soll im Auge behalten werden, dass der Schiedsrichter kein Vertreter oder Beauftragter der Parteien ist (CJ Genf, in: SJ 1984, S. 317, E. 8), sodass die Ernennung des „eigenen“ Schiedsrichters nicht ausschlaggebend ist. Ob das Prinzip der Waffengleichheit verletzt ist, soll daher stets im Einzelfall ermittelt werden (cf. Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 15).

## **2. Das Prinzip der Waffengleichheit wurde nicht verletzt**

- 25 Im Falle von mehrseitigen Verfahren hat das Bundesgericht befunden, dass dem Prinzip der Waffengleichheit Genüge getan wird, wenn jede Partei die vernünftige Gelegenheit hatte, an der Ernennung der Schiedsrichter teilzunehmen (BGer 4P.86/1994, E. 4; cf. auch: BERGER/KELLERHALS N 836.). Mit anderen Worten ist die Konstituierung des Schiedsgerichts unter dem überwiegenden Einfluss einer Partei unzulässig (CJ Genf, in: SJ 1984, S. 317, E. 8).
- 26 Das Bundesgericht hat in dem sog. *Westland*-Entscheid (BGer 1703/82, in: ASA 1984 N 4, S. 206) befunden, dass das Prinzip der Waffengleichheit nicht dadurch verletzt wird, dass der Kläger auf der einen Seite seinen Schiedsrichter ernennen kann, währenddessen die Beklagten gezwungen sind, sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter zu einigen. Dies entspricht dem allgemeinen Konsens, dass bei einem Schiedsverfahren, in welchem drei Schiedsrichter zu ernennen sind, sich die Streitgenossen auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen sollen, auch wenn keine entsprechende Regelung von den Parteien getroffen wurde (BERGER/KELLERHALS, N 803 n 50; BLESSING, N 136; BUCHER, N 154). Ausserdem gibt es keinen legitimen Grund, dass sich Streitgenossen nicht auf einen Schiedsrichter einigen, sofern sie konvergente Interessen haben. Das ist namentlich der Fall bei wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, die als eine einzige Partei angese-

hen werden können (ARROYO/DICKENMANN, Art. 8 Swiss Rules N 50 f; DERAIS/SCHWARTZ, S. 184).

- 27 Im vorliegenden Fall konvergieren die Interessen der Beklagten 1 und 2, sodass das Prinzip der Waffengleichheit nicht dadurch verletzt wird, dass die Beklagte 2 den Schiedsrichter von der Beklagte 1 akzeptieren musste.
- 28 Diese gleichgerichtete Interessenlage ergibt sich zuerst daraus, dass die Beklagte 2 zu 50% im Rahmen eines Joint-Venture an der Beklagten 1 beteiligt ist. Zudem wird in unserem Fall die gleiche Schadenersatzklage gegen beide Streitgenossen erhoben. Da die Beklagte 2 Garantin ist, hängt ihre Haftung vom Umfang des Schadens ab, welchen die Vertragsverletzung durch die Beklagte 1 verursacht hat (cf. CR CO I-TEVINI, Art. 111 N 12). Insofern haben beide Beklagten das gleiche Interesse, nämlich den Schaden möglichst gering zu halten und streben somit nach demselben Prozessausgang.
- 29 Dass die Beklagte 2 nicht an der Ernennung des Schiedsrichters mitgewirkt hat, ist somit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass die Neutralität und Unparteilichkeit des Schiedsrichters bejaht werden kann. Es ist nicht einzusehen – und die Beklagte 2 legt es auch nicht dar – warum der von der Beklagten 1 gewählte Schiedsrichter untauglich wäre oder warum er die Interessen der Beklagten 2 weniger gut als die Interessen der Beklagten 1 berücksichtigen würde.
- 30 Demzufolge ist die aktuelle Zusammenstellung des Schiedsgerichts zulässig und das Prinzip der Waffengleichheit wird nicht dadurch verletzt, dass die Beklagte 2 den Schiedsrichter der Beklagten 1 akzeptieren musste. *A fortiori* wird hier bestätigt, dass die Beklagte 2 keinen Anspruch auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters hat.

### **3. Die Parteien konnten die dreigliedrige Zusammenstellung des Schiedsgerichts gültig vereinbaren**

- 31 Selbst wenn das Prinzip der Waffengleichheit durch die heutige Zusammenstellung des Schiedsgerichts tangiert würde, weil etwa die Interessenlage der Beklagten divergieren sollte, läuft dies nicht auf eine Verletzung des zwingenden Rechts hinaus. Vielmehr konnte die Beklagte 2 im Rahmen der Vertragsfreiheit auf die Ernennung des eigenen Schiedsrichters gültig verzichten.
- 32 Vom Prinzip der Waffengleichheit kann nämlich gültig abgewichen werden, und zwar nicht erst dann, wenn der Streit zustande gekommen ist, sondern auch in der Schiedsabrede (DERAIS/SCHWARTZ, S. 183; POUURET/BESSON, N 242). Art. 8 Abs. 3 Schiedsord-

nung ist zu entnehmen, dass die Parteien eine Zusammenstellung des Schiedsgerichts vorsehen dürfen, welche der einen Seite mehr Einfluss gibt als der anderen (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 30). Einzig wenn die vertraglich vereinbarte Zusammenstellung in stossender Weise dem Prinzip der Waffengleichheit zuwiderläuft, soll der Gerichtshof einschreiten und allenfalls die Schiedsrichter neu ernennen (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 30).

- 33 In Art. 13.1 DV haben sich die Parteien auf die Konstituierung eines dreigliedrigen Schiedsgerichts geeinigt. Die Konstellation eines mehrseitigen Verfahrens war *in casu* durchaus voraussehbar, denn die Garantinnen sind auch an die Schiedsklausel gebunden. Daher kann ohne Schwierigkeiten auf den Parteiwillen geschlossen werden, dass auch in einem solchen Garantiefall drei Schiedsrichter zu ernennen wären. Erwähnt wurden in der Schiedsklausel nur die Hauptparteien, weil davon ausgegangen wurde, dass jede Garantin stillschweigend der Wahl der Hauptpartei zustimmen würde bzw. dass die beiden sich einigen würden.
- 34 Subsidiär kommt man anhand einer objektiven Auslegung zum selben Ergebnis, weil in guten Treuen der Art. 13.1 DV derart verstanden werden durfte, dass die Parteien für den Fall eines mehrseitigen Verfahrens die Anzahl Schiedsrichter auf drei beschränken wollten. Dafür sprachen wohl Praktikabilitätsgründe, namentlich die Prozessökonomie. Dass die Interessen der Parteien im Nachhinein divergieren könnten, ist unerheblich, denn der massgebende Zeitpunkt zur Beurteilung ist der Vertragsabschluss (cf. CR CO I-WINIGER, Art. 18 N 17). Hätte die Beklagte 2 die Lösung eines dreigliedrigen Schiedsgerichts im Mehrparteiverfahren als ungeeignet erachtet, hätte sie eine andere Konstellation vorschlagen oder sich dagegen wehren können bzw. müssen. Die vereinbarte Lösung muss sie sich jetzt nach Treu und Glauben zurechnen lassen.
- 35 Im Ergebnis tangiert die Schiedsklausel das Prinzip der Waffengleichheit bloss dadurch, dass die Streitgenossen sich auf einen Schiedsrichter einigen mussten. Die Schiedsklausel selber enthält aber keine Ungleichbehandlung, denn die getroffene Regelung sollte auf keinen Fall eine Seite bevorteilen. Auch die Lieferantin konnte damit rechnen, hypothetisch als Streitgenossin im Einvernehmen mit ihrer Garantin einen Schiedsrichter wählen zu müssen.
- 36 Ausserdem hatte die Beklagte 2 als unterzeichnende Partei die Möglichkeit, bei der Regelung der Zusammenstellung des Schiedsgerichts mitzuwirken. Richtig besehen kann nicht gesagt werden, dass bei der Ausgestaltung der Schiedsklausel eine Partei mehr

Einfluss auf das Verfahren ausgeübt hat. Insofern wurde das Prinzip der Waffengleichheit bereits Genüge getan.

- 37 Gemäss der wohlverstandenen Schiedsklausel oblag es dann der Beklagten 2, sich mit der Beklagten 1 auf einen Schiedsrichter zu einigen. Dass sie dieser Obliegenheit nicht nachgekommen ist, darf nicht als Hemmnis für den ordnungsgemässen Ablauf des Schiedsverfahrens ausgenutzt werden und schlussendlich zulasten der Klägerin gehen. Die Beklagte 2 macht auch nicht geltend, dass eine Einigung nicht erreicht wurde oder dass die Beklagte 1 ihr ihre Wahl aufgedrängt hätte. Im Übrigen, wie das Bundesgericht festgehalten hat, kann die Beklagte 2 ihr Versäumnis nicht damit rechtfertigen, dass sie das Schiedsgericht für unzuständig erachtet hat (BGer 1703/82, in: ASA 1984 N 4, S. 206).
- 38 Daraus ergibt sich, dass die Parteien die Schranken der Vertragsfreiheit nicht überschritten haben, indem sie ein dreigliedriges Schiedsgericht auch für ein Mehrparteienverfahren vorsahen. Die Schiedsklausel ist demnach gültig.

#### **4. Eventualiter: das Schiedsgericht ist nicht neu zu bestellen**

- 39 Sollte die Meinung vertreten werden, dass die Parteien die Konstellation eines mehrseitigen Verfahrens nicht unmittelbar mitberücksichtigt haben, ist auf die Schiedsordnung zurückzugreifen, welche die Parteien als anwendbar erklärt haben (Art. 8 Abs. 4 Schiedsordnung).
- 40 Die in der Schiedsordnung vorgeschriebene Lösung ist stets die Zusammenstellung eines Gerichts mit drei Mitgliedern, wobei jede Parteiseite innerhalb einer dreissigtägigen Frist ihren Schiedsrichter ernennen muss (Art. 8 Abs. 4 Schiedsordnung; Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 23). Bei Säumnis einer Partei steht es im Ermessen des Gerichtshofs einen Schiedsrichter für die säumigen Streitgenossen oder alle Mitglieder des Schiedsgerichts neu zu ernennen (Art. 8 Abs. 5 Schiedsordnung). Diese letztere Variante lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn die säumigen Streitgenossen gute Gründe hatten, sich nicht zu einigen, etwa wenn sie divergierende Interessen hatten oder wenn sie mit unterschiedlichen Klageansprüchen konfrontiert waren. Insbesondere sollte den Streitgenossen nicht zugelassen werden, durch Säumnis den Widerruf des von der anderen Partei rechtmässig ernannten Schiedsrichters herbeizuführen (ARROYO/DICKENMANN, Art. 6 Swiss Rules N 61).

- 41 Im vorliegenden Fall ist Art. 8 Abs. 5 Schiedsordnung nicht unmittelbar anwendbar, weil die Beklagte 1 einen Schiedsrichter ernannt hat. Da der Beklagten 2 kein Anspruch auf Ernennung ihres eigenen Schiedsrichters zusteht, wurde ihr keine dreissigtägige Frist angesetzt. Aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls, gebietet es sich, die Zusammenstellung des Schiedsgerichts zu bestätigen, eventualiter einen neuen Schiedsrichter für die Beklagtschaft zu nennen (Art. 8 Abs. 5 Schiedsordnung p.a.). In keinem Fall sollte aber das ganze Gericht neu bestellt werden.
- 42 Angesichts dessen, dass die Interessenlage der beklagten Parteien objektiv gleich ist, dass sie wirtschaftlich verbunden sind, und die gleichen Rechtsbegehren gegen sie erhoben wurden, hatten sie keinen guten Grund, sich nicht auf einen Schiedsrichter zu einigen. Hätte die säumige Partei an der Ernennung des Schiedsgerichts teilgenommen, kann sogar davon ausgegangen werden, dass sie dem Vorschlag der Beklagten 1, Herrn Dr. Paul Richterich zu ernennen, zugestimmt hätte. Dementsprechend ist die Beklagte 2 nicht benachteiligt, dass Herr Dr. Richterich seine Funktion behält. Im Gegenteil kommt es eher zu ihren Gunsten, wenn ein von der Beklagten 1 gewählter Schiedsrichter amtiert, als dass ein neuer, angeblich neutralerer Schiedsrichter vom Schiedsgerichtshof ernannt wird. Für diese Lösung sprechen zudem die Prozessökonomie und die Verhältnismässigkeit. Es ist schliesslich die beste Art, den Willen der Parteien zu respektieren.
- 43 Beharrt die Beklagte 2 auf ihrem hypothetischen, wohl simulierten Konflikt mit der Beklagten 1, wäre in Anlehnung an Art. 8 Abs. 5 Schiedsordnung ein neuer Schiedsrichter durch den Schiedsgerichtshof zu ernennen. Ungerechtfertigt wäre es aber, gleichzeitig die von der Klägerin rechtmässig ernannte Schiedsrichterin zu widerrufen. Diese Massnahme wäre allzu einschneidend, würde die Rechtsstellung der Klägerin benachteiligen und schlussendlich dem Manöver der Beklagten 2 Recht geben.
- 44 Auf keinen Fall sollte der Anspruch der Beklagten 2 auf die Ernennung ihres eigenen Schiedsrichters gutgeheissen werden. Dies würde nämlich einen klaren Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen, hätte dann doch die Beklagtschaft zwei Schiedsrichter ernennen können (OGer Zürich, in: ASA 2002 N 4, S. 698, E. 4.b; Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 28; DUTOIT, Art. 179 N 3). Um das Gleichgewicht wiederherzustellen, sollte ein zusätzlicher Richter auf der Klägerseite ernannt werden, was aber das Verfahren erheblich erschweren und dem Parteiwillen, ein dreiköpfiges Schiedsgericht zu konstituieren, nicht mehr entsprechen würde.

## D. Einlassung

- 45 Selbst wenn die Beklagte 2 mit den oben genannten Punkten durchdringen sollte, ergibt sich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts aus vorbehaltloser Einlassung gemäss Art. 186 Abs. 2 IPRG.
- 46 Wer die Unzuständigkeitseinrede erhebt, muss dies vor der Einlassung auf die Hauptsache tun (KREN KOSTKIEWICZ, OFK-IPRG/LugÜ, IPRG 168 N 9). Für eine Einlassung muss die Beklagte unzweideutig kundtun, die Hauptsache vor dem angerufenen Gericht zu verhandeln (KREN KOSTKIEWICZ, OFK-IPRG/LugÜ, IPRG 168 N 10). Auch die Rechtsprechung äussert sich dahingehend, dass Einwendungen gegen die Zuständigkeit oder die Zusammensetzung des Schiedsgerichts im frühestmöglichen Zeitpunkt geltend zu machen sind (BGer 4P.298/2005, E. 2.3). Als allgemeiner Grundsatz gilt, dass gerichtsorganisatorische Fragen frühestmöglichen zu bereinigen sind bevor das Verfahren seinen Fortgang nimmt (BGE 130 III 66, E. 4.3; CR LDIP-TSCHANZ, Art. 179 N 23).
- 47 Im vorliegenden Fall benachrichtigte das Schiedsgericht alle Parteien am 3. August 2016 und setzte eine Frist bis zum 15. August 2016 um zusätzliche Informationen einzugeben bevor die Konstituierung des Schiedsgerichts seinen weiteren Lauf nimmt. Während dieser Frist ging kein Schreiben seitens der Beklagten 2 ein. Erst am 26. September 2016, eine Woche nach dem Eingang der Verfügung Nr. 1, ging ein Schreiben ein, worin die Beklagte 2 offiziell eine Unzuständigkeitseinrede erhob.
- 48 Es stimmt zwar, dass die Beklagte 2 in ihrer Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 gemäss Wortlaut sich die «Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung» vorbehält und davor auf ihr Recht zur Ernennung eines Schiedsrichters beharrt. Auf die Korrespondenz des Schiedsgerichtshofes bleibt die Beklagte 2 hingegen tatenlos und äussert sich nicht weiter. Wie weiter oben erwähnt, ist die Unzuständigkeitseinrede so früh wie möglich vorzubringen, um unter anderem den Fortgang des Verfahrens nicht zu behindern. Die Beklagte 2 hätte somit vom 3. August 2016 (Eingangsbestätigung Beklagte 2) bis zum 6. September 2016 Zeit gehabt, ihre Rüge vorzubringen, was sie jedoch unterlassen hat. Diese Rüge erst nach der Verfügung 1 zu erheben ist somit klar zu spät und verstösst ebenso klar gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (BGer 4A\_173/2016, E. 2.1; BGE 119 II 386, E. 1a).

## **II. Materielles**

### **A. Die Klägerin ist aktivlegitimiert**

- 49 Die Beklagten machen geltend, die Klägerin sei aufgrund der fehlenden Abtretbarkeit der Forderung und des dadurch verhinderten Eintritts in die Gläubigerstellung nicht aktivlegitimiert. Dem ist zu widersprechen.
- 50 Der Klägerin sei die Aktivlegitimierung anzuerkennen, weil i) das Abtretungsverbot nur relative Unwirksamkeit bewirkt und ii) die Beklagte der Abtretung nachträglich zustimmen muss.
- 51 In einem Zivilprozess ist diejenige Person zur Klage aktivlegitimiert, welche am geltend gemachten Anspruch materiell-rechtlich berechtigt ist. Die Aktivlegitimation beurteilt sich nach materiellem Recht und nicht nach Prozessrecht (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 20). Da sich im vorliegenden Fall die Aktivlegitimierung der Klägerin aus einer Sicherheitseinräumung gemäss Darlehensvertrag (**DAV**) ergibt, ist im Vorfeld die Rechtsnatur dieses Instituts abzuklären.

#### **1. Rechtsnatur der Sicherheitseinräumung**

- 52 Im vorliegenden Sachverhalt hat die Lieferantin der Klägerin „eine Sicherheit eingeräumt“. Um die Aktivlegitimation der Klägerin begründen zu können, muss vorerst die Rechtsnatur dieser Sicherheitseinräumung geklärt werden. Naheliegend hierbei sind die Verpfändung i.S.v. Art. 899 ff ZGB und die fiduziarische Sicherungszession, die vom Gesetzgeber implizit anerkannt wird (so z.B. in Art. 325, 663b Ziff. 2 OR oder in Art. 717 ZGB) (CHK OR-REETZ/ BURRI, Art. 164 N 25).
- 53 Beim Forderungspfand bleibt das Gläubigerrecht beim Pfandgeber, wohingegen die Sicherungszession den Rechtsübergang auf den Fiduziar bewirkt (BSK ZGB II-BAUER Art. 899 N 9; STEINAUER, N 3205b). Das bedeutet, dass bei der Sicherungszession der Zessionar das Vollrecht an der abgetretenen Forderung und bei der Forderungsverpfändung bloss ein beschränktes dingliches Recht am Sicherungsgegenstand erhält (BGE 130 III 417, E. 3.3; BK ZGB-ZOBL/THURNHERR, Art. 900 N 14 ff).
- 54 Oft ist es so, dass aus den Erklärungen der Parteien nicht deutlich wird, ob eine Verpfändung oder eine Sicherungszession vereinbart wurde (ZK ZGB-OFTINGER/ BÄR, Syst. Teil N 284). Die Frage ist mit den allgemeinen Auslegungsregeln zu lösen (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 10 ff; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 7 ff; ZK

ZGB-OFTINGER/BÄR, Syst. Teil N 284). Dabei ist primär nach dem Parteiwillen zu forschen (Art. 18 OR). Weder ist der Sicherungszweck des Geschäfts schlüssig, da diesem sowohl die Sicherungszession wie auch die Verpfändung dienen, noch ist ausschliesslich auf die Ausdrucksweise der Parteien abzustellen, da diese mit „Verpfändung“ eine Zession und mit „Zession“ eine Forderungsverpfändung meinen könnten (BGE 26 II 144, E. 2; ZK ZGB-OFTINGER/ BÄR, Syst. Teil N 285).

- 55 Weiter werden bei der Auslegung Indizien wie die „bisherige Geschäftspraxis der Parteien“ oder Gepflogenheiten in der Geschäftsbranche in Betracht gezogen (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 12). Zu bemerken ist, dass die Sicherungszession viel weiter verbreitet ist als die Verpfändung (STEINAUER, N 3106a) und dass im Zweifelsfall eine Sicherungszession angenommen werden sollte, da diese in der Praxis die Verpfändung praktisch verdrängt hat (BK ZGB-ZOBL/THURNHERR, Art. 900 N 17; BSK-ZGB-BAUER, Art. 899 N 12).
- 56 Im vorliegenden Fall ist aus dem Parteiwillen klar ersichtlich, dass die Lieferantin der Klägerin die Forderung nicht verpfänden wollte. Im Vertrag wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Darlehensgeberin die Ansprüche erst im Verzugsfall selber geltend machen kann. Diese Erwähnung zeigt, dass es sich bei der Sicherheitseinräumung um eine Sicherungsabtretung handelt. Würde es sich um eine Forderungsverpfändung handeln, hätte dies nicht erwähnt werden müssen, da die Darlehensgeberin sowieso erst im Verzugsfalle die Forderung geltend machen kann. Ausserdem kann, wie oben dargelegt, im Zweifelsfall sowieso von einer Sicherungszession ausgegangen werden.
- 57 Bei der Sicherheitseinräumung zwischen der Klägerin und der Lieferantin handelt es sich demnach um eine fiduziarische Sicherungsabtretung. Einschlägig sind die Regeln des Zessionsrechts.

## **2. Die Zession zugunsten der Klägerin ist gültig erfolgt**

- 58 Eine gültige Abtretung muss mehrere Voraussetzungen erfüllen (BGE 130 III 417 E. 3.3; BGer 4C.7/2000, E. 4; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3410 und 3415 ff; SCHWENZER, N 90.11 ff; VON TUHR/ESCHER, S. 331 ff). Als Verfügungsgeschäft setzt die Zession als Erstes ein gültiges Verpflichtungsgeschäft (sog. *pactum de cedendo*) voraus. Für die Abtretungserklärung ist die Schriftform vorgeschrieben (Art. 165 Abs. 1 OR), wobei einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 13 OR ff genügt. Aus der Abtretungserklärung muss sich zweifelsfrei ergeben, wer nach der Abtretung Forderungsinhaber (Zessionar) sein soll. Zudem

muss die abgetretene Forderung mindestens bestimmbar sein. Schliesslich werden als weitere Voraussetzung die Verfügungsmacht des Zedenten sowie die Abtretbarkeit der Forderung genannt. Grundsätzlich sind alle Forderungen aus zweiseitigen Verträgen abtretbar (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretbarkeit einer Forderung kann jedoch durch das Gesetz, die Natur des Rechtsverhältnisses oder eine Vereinbarung ausgeschlossen sein (Art. 164 Abs. 1 OR).

59 Dass ein gültiges Verpflichtungsgeschäft zustande gekommen ist, wird nicht bestritten. Strittig ist in unserem Fall einzig, ob die Zession trotz des im DV festgelegten Abtretungsverbots gültig erfolgen konnte bzw. ob die Lieferantin verfügungsbefugt war.

*a) Das Abtretungsverbot ist obligatorischer Natur*

60 Die Abtretbarkeit einer Forderung kann durch vertragliche Vereinbarung völlig ausgeschlossen oder lediglich Einschränkungen – unter anderem einem Genehmigungsvorbehalt des Schuldners – unterworfen werden (BSK OR I-GIRSBERGER, OR I, N 32 zu Art. 164 OR; ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 157).

61 Das geltende Schweizer Recht verleiht dem Abtretungsverbot nicht nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien, sondern gesteht ihm dazu eine Wirkung *erga omnes* zu (Art. 164 Abs. 1 OR; KOLLER, § 13 N 104). Folglich ist eine abredewidrige Abtretung absolut unwirksam (BGE 112 II 241, E. 2.a; SCHWENZER, N 90.26/34; SCHLUEP, S. 838; ZK OR-SPIRIG, Art. 164 OR N 183).

62 Gleichwohl existieren in anderen nationalen Rechtsordnungen diametral andere Systeme zur Wirksamkeit von abredewidrigen Abtretungen. Dabei wird zwischen dem System der *absoluten Wirksamkeit* oder dem der lediglich *relativen Unwirksamkeit* unterschieden (MÜLLER-CHEN, S. 8). Die Rechtskonstruktion, die das Zessionsverbot nur zwischen den Vertragsparteien und nicht gegenüber Dritten wirken lässt, kommt namentlich in Frankreich, im deutschen Handelsrecht, in den USA und Kanada und nicht zuletzt in der UNIDROIT-Factoringkonvention in verschiedenen Schattierungen vor (MÜLLER-CHEN, S. 11; KUHN, S. 356 f). Diese Entwicklungen zeigen, dass eine restriktive Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR wenigstens für grenzüberschreitende, dem Schweizer Recht unterstehende Rechtsverhältnisse zweckmässig ist (BSK OR I-GIRSBERGER/ HERMANN, Art. 164, N 32).

63 Kraft der Vertragsautonomie (Art. 27 BV) ist es aber den Parteien bereits unter geltendem Recht überlassen, ein Abtretungsverbot zu vereinbaren, welches bloss obligatorisch

dem Gläubiger verbietet, seine Forderung an eine andere Partei zu übertragen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32; MÜLLER-CHEN, S. 15). Dafür spricht auch die dispositive Natur von Art. 164 OR, die dadurch ersichtlich wird, dass der Schuldner jederzeit eine abredewidrige Zession genehmigen darf (cf. MÜLLER-CHEN, S. 16). Ein solches Abtretungsverbot entfaltet keine Wirkung *erga omnes*. Vielmehr wird eine Unterlassungsverpflichtung vereinbart, welche lediglich das rechtliche Dürfen des Gläubigers einschränkt, jedoch nicht sein rechtliches Können bzw. seine Verfügungsmacht (WAGNER, S. 29 ff; GOERGEN, S. 42 ff). Verfechter des geltenden Rechts argumentieren damit, dass der Schuldner nur mit der absoluten Unwirksamkeit von abredewidrigen Zessionen ausreichend geschützt ist. Dem ist zu widersprechen. Bereits die Art. 167 OR ff schützen den Schuldner vor einer Schlechterstellung durch die Zession. Art. 167 OR selbst schützt den Schuldner vor dem Risiko einer Doppelzahlung, da er gültig an den Zedenten leisten kann, solange ihm die Abtretung nicht bekannt gemacht wurde.

- 64 Im vorliegenden Fall haben die Klägerin und die Beklagte 1 die Abtretbarkeit der Forderungen in Art. 13.5 des DV insofern beschränkt, als die andere Partei der Abtretung zustimmen muss, es sei denn es liegen gewichtige Gründe vor.
- 65 Bei der Lieferantin handelt es sich um ein Start-Up, ein KMU (kleines und mittleres Unternehmen). Als Jungunternehmen muss die Lieferantin durch die Annahme eines relativen Abtretungsverbotes geschützt werden, wodurch ihr die rasche Fremdkapitalzufuhr erleichtert wird. Ihre Interessen liegen unter anderem darin, unbeschränkt über die Forderung zu verfügen. Diese handelbare Forderung zieht zudem eine Erleichterung der Geschäfte nach sich. Ein absolutes Abtretungsverbot hätte dazu geführt, dass die Lieferantin die benötigten Finanzmittel nicht hätte erlangen können und in Konkurs geraten wäre.
- 66 Da der vorliegende Fall eine internationale Dimension aufweist, kann der Parteiwille nicht im Sinne eines absoluten Abtretungsverbots ausgelegt werden, welches entgegen dem Grundsatz der vertraglichen Relativität (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) die Rechtsstellung der Klägerin erheblich beeinträchtigen würde. Vielmehr ist darauf zu schliessen, dass sich die Parteien auf ein Abtretungsverbot geeinigt haben, welches – im Einklang mit der internationalen Praxis – bloss obligatorischer Natur ist. Gestützt auf die behauptete Verletzung des Abtretungsverbotes kann die Beklagte 1 daher keine Einrede in diesem Schiedsverfahren geltend machen. Allenfalls stehen ihr Schadenersatzansprüche gegenüber der Lieferantin zu.

67 Folglich ist die Klägerin aufgrund der lediglich relativen Wirkung des vertraglich vereinbarten Abtretungsverbotes aktivlegitimiert und somit klageberechtigt.

**b) Nachträgliche Genehmigung der Abtretung**

68 Beim vertraglich vereinbarten Abtretungsverbot kann der Schuldner dieses durch seine Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung rückgängig und damit die Abtretung wirksam machen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 52; HGer Zürich, HG100147, E. 6.2 f).

69 Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot. Dabei wurde aber präzisiert, dass der Schuldner seine Zustimmung zur Abtretung nur verweigern darf, wenn gewichtige Gründe vorliegen. Diese sind i.c. nicht gegeben. Nach dem Utilitätsgedanken hat diese Bedingung nämlich nur dann einen Sinn, wenn gewichtige Gründe nicht bereits dort zu bejahen sind, wenn Vertragsforderungen an einen beliebigen Dritten abgetreten werden. Vielmehr müssen zusätzliche Elemente vorliegen, angesichts derer die Abtretung der Beklagten 1 einen qualifizierten Nachteil zufügen könnte. Denkbar wäre etwa, dass die Zession an einen Konkurrenten oder an einen Schuldner der Beklagten 1 erfolgt, welcher dann die Verrechnung geltend machen könnte; oder wohl an einen Dritten, an welchen nicht ohne zusätzlichen Aufwand geleistet werden könnte.

70 Aus der Verfügung 3 ergibt sich klar, dass die Beklagte 1 ein Abtretungsverbot wollte, um zu wissen, an wen sie schuldbefreiend leisten kann. Die Sicherungszession an die Klägerin erschwert aber keineswegs die Möglichkeit der Beklagten 1, schuldbefreiend zu leisten. Die Klägerin ist auch selber eine der Lieferantin nahestehende Person, sowohl als Verwaltungsrätin als auch als Aktionärin. Die Rechtssituation bleibt somit völlig transparent und entspricht allgemeinen Usancen, sodass der Beklagten 1 keinerlei Nachteile entsprungen sind. Wie schon erwähnt (*supra* Rz. 63) gewährt bei einer Zession Art. 167 OR der Schuldnerin bereits einen hinreichenden Schutz. Diese kann nämlich schuldbefreiend an den früheren Gläubiger leisten, wenn sie in gutem Glauben handelt. Aus den geltenden Umständen ergibt sich somit, dass keine gewichtigen Gründe im Sinne des Art. 13.5 DV vorlagen.

71 Dementsprechend hätte die Beklagte 1 ihre Zustimmung nicht verweigern dürfen. Die Zustimmung kann somit als erteilt erachtet werden und die Frage der Einhaltung der in Art. 13.5 DV vorgesehenen Schriftform erübrigt sich.

72 Sollte das Schiedsgericht gegenteiliger Auffassung sein, ist festzuhalten, dass die Beklagte 1 nun ohnehin verpflichtet ist, die Zession zu genehmigen. Der Art. 13.5 DV schreibt nämlich nicht vor, dass ein Antrag auf Zustimmung vor der Zession gestellt werden muss. Nach richtiger Auslegung regelt er somit auch die Fälle nachträglicher Zustimmung. Bestehen keine gewichtigen Gründe darf demnach die Beklagte 1 ihre Genehmigung nicht verweigern.

73 Zusammenfassend kann die Beklagte 1 mangels gewichtiger Gründe ihre Zustimmung nicht vorenthalten. Diese ist somit zu fingieren oder im Nachhinein in Form einer Genehmigung zu erteilen. Dementsprechend ist die Zession gültig erfolgt.

## **B. Der Klägerin steht ein umfassendes Auskunftsrecht zu**

74 Zur Bezifferung ihrer Schadenersatzansprüche ist die Klägerin darauf angewiesen, alle (i) 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 Lieferantin ausschloss, und (iii) alle Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen der Lieferantin und einer US-amerikanischen Behörde zu erhalten. Deshalb hat sie eine Stufenklage eingereicht.

### **1. Auskunftsrecht gestützt auf den Distributionsvertrag**

75 Zur Begründung ihrer Stufenklage kann sich die Klägerin primär auf das materielle Auskunftsrecht des DV stützen, welches ihr gültig übertragen worden ist (cf. WIRTH, S. 15).

76 In Art. 5.2. ii) und iii) DV wurden der Lieferantin umfassende Auskunftsrechte eingeräumt. Es ist klar ersichtlich, dass die Lieferantin über den Geschäftsgang und vor allem über die Kontakte mit den US-Behörden informiert sein will. Für sie war dieses Auskunftsrecht essentiell und unabdingbar für den Vertragsschluss.

77 Gemäss DAV hat die Lieferantin ihre sich aus dem DV ergebenden „bestehenden und zukünftigen Ansprüche“ ohne Ausnahme an die Klägerin übertragen. Somit ist das umfassende Auskunftsrecht automatisch mit der Zession auf die Klägerin gültig übergegangen, spricht doch nichts gegen die Abtretbarkeit von Auskunftsrechten (cf. CR CO I-WERRO, Art. 400 N 20). Zudem hätte die Sicherungszession keinen Sinn, wenn sich die Klägerin nicht auf die Auskunftsrechte stützen könnte, um ihren Schaden zu beziffern.

Die Klägerin verfügt somit über die gleichen Auskunftsrechte, wie sie die Lieferantin hatte.

78 Was den Umfang der Auskunftsrechte anbelangt, so ist festzustellen, dass die in (i) und (ii) aufgezählten Ansprüche gänzlich von Art. 5.2 ii) DV umfasst werden. Demnach hat die Beklagte 1 der Klägerin die Dokumente zwischen ihr und der US-Behörde, welche der Lieferantin entgegen der vertraglichen Bestimmung nicht vorgelegt wurden, nachträglich zu übergeben. Im DV wurde nicht näher darauf eingegangen, was unter Dokumente zu verstehen ist. Doch nach dem Sinn und Zweck von Art. 5.2 ii) DV muss dieser Begriff weit verstanden werden, weshalb jegliche Art von Austausch zwischen der Beklagten 1 und der US-Behörde darunter fällt. *E contrario* zu (ii) werden in (iii) alle Unterlagen einverlangt, von welchen die Lieferantin Kenntnis hatte. Auch diese müssen der Klägerin gestützt auf Art. 5.2 ii) DV übergeben werden, da sie nun an die Stelle der Lieferantin gerückt ist und für eine Rekonstruktion der Geschehnisse auch auf diese Unterlagen angewiesen ist.

79 Die Beklagte 1 hat demnach der Klägerin alle geforderten Dokumente zu übergeben.

## **2. Auskunftsrecht gestützt auf das Schiedsverfahrensrecht**

80 Sollte die Meinung vertreten werden, dass die Klägerin ihren Anspruch auf umfassende Herausgabe von Dokumenten durch die Lieferantin nicht aus dem vertraglichen Auskunftsrecht ableiten kann, steht ihr nichtsdestotrotz ein solcher Anspruch aus verfahrensrechtlichen Gründen zu.

81 Zum Verfahrensrecht haben die Parteien in Art. 13.1 DV auf die Schiedsordnung verwiesen. Allerdings schweigt die Schiedsordnung über die Möglichkeit, prozessrechtliche Ansprüche auf Rechnungslegung und Auskünfte geltend zu machen (ARROYO/LAZOPOULOS, Art. 15 Swiss Rules N 5).

82 Es liegt sodann im Ermessen des Schiedsgerichts, das Schiedsverfahren adäquat durchzuführen, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Parteien (Art. 15 Abs. 1 Schiedsordnung). Dabei ist das Schiedsgericht nicht an das nationale Verfahrensrecht gebunden (ARROYO/LAZOPOULOS, Art. 15 Swiss Rules N 11). In der Regel trifft das Schiedsgericht *ad hoc* Regeln und orientiert sich an internationalen Regelwerken, wie allenfalls die IBA rules on the Taking of Evidence (ARROYO/LAZOPOULOS, Art. 15 Swiss Rules N 11). Zu berücksichtigen sind die

wohl begründeten Erwartungen der Parteien (ARROYO/LAZOPOULOS, Art. 15 Swiss Rules N 12; siehe auch BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 184 N 19).

- 83 Nach der Lehre ist es allgemein anerkannt, dass das Schiedsgericht trotz Schweigen der Schiedsordnung die Überlieferung von beweiserheblichen Dokumenten anordnen kann (BERGER/KELLERHALS, N 1325; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 184 N 18).
- 84 Insbesondere im anglo-sächsischen Rechtsraum ist es üblich, dass die eine Partei von der anderen alle mit der Streitigkeit zusammenhängenden Dokumenten fordert und fordern darf (BERGER/KELLERHALS, N 1329). Dass die Rechtspraxis in Ziviljurisdiktionen anders sein mag, ist unerheblich, da die Beklagte 1 eine nordamerikanische Gesellschaft ist und man sich deshalb an der dort geltenden Praxis orientieren kann.
- 85 Im vorliegenden Fall trägt die Klägerin die Beweislast für die Bezifferung des Schadens. Billigkeitsüberlegungen gebieten es, der Klägerin die nötigen Unterlagen zur Bezifferung ihrer Klage zu überreichen. Dies bereitet keine erheblichen Schwierigkeiten und stellt keinen übermässigen Aufwand dar.
- 86 Die Klägerin verlangt in der Einleitungsanzeige alle in (i), (ii) und (iii) aufgezählten Unterlagen in Kopie. Diese Dokumente benötigt die Klägerin für die Bezifferung ihrer Forderung und es ist nicht ersichtlich, weshalb ihr dieses Informationsrecht verweigert werden sollten.
- 87 Aus all diesen Gründen ist der Klägerin das umfassende Recht auf Edition aller rechts-erheblichen Dokumente anzuerkennen.

## **Antrag auf Stattgebung der Rechtsbegehren**

Gestützt auf diese Erwägungen beantragen wir die Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 10