

Moot Court Team 5

Andrina Benz
Dario Gomringer
Nico Ravazzolo
Cassy Schwarz

Einschreiben

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

9. Dezember 2016

KLAGESCHRIFT

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Eliane Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

Conquest Distribution Ltd. (Kanada)

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

Beklagte 1

Corpsanis Holding AG (Deutschland)

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

Beklagte 2

alle vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Präsident Bosch,
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Vollenweider,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Richterich,

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 und Memoranda über Besprechungen zwischen der Beklagten 2 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

Abkürzungsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XI
I. Prozessuales.....	1
1. Die Beklagte 2 ist Partei der Schiedsklausel.....	1
2. Die Schiedsklausel ist der Beklagten 2 gegenüber gültig.....	3
3. Eventualiter: Die Beklagte 2 begründet durch ihr Prozessverhalten die Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	5
a. Die Beklagte 2 lässt sich vorbehaltlos auf die Hauptsache ein.....	6
b. Eventualiter: Die Unzuständigkeitseinrede wurde zu spät erhoben.....	7
c. Eine allfällige unbewusste oder ungewollte Einlassung ist nicht relevant.....	8
4. Zwischenfazit.....	8
II. Materielles: Aktivlegitimation.....	8
1. Qualifikation der eingeräumten Sicherheit als Sicherungszession.....	9
2. Das vertragliche Abtretungsverbot steht der Sicherungszession nicht entgegen..	10
3. Eventualiter: Die Zustimmung zur Abtretung kann fingiert werden.....	11
a. Die Zustimmung hätte erteilt werden müssen.....	11
b. Eine nachträgliche Genehmigung muss erteilt werden.....	12
4. Eventualiter: Das Abtretungsverbot erfasst keine Schadenersatzansprüche.....	13
5. Die Schiedsklausel geht als Nebenrecht auf die Klägerin über.....	14
6. Zwischenfazit.....	14
III. Materielles: Anspruch auf die verlangten Auskünfte.....	14
1. Die verlangten Dokumente sind im Besitz der Beklagten 1.....	14
2. Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte....	15
a. Übermittlung aller an eine US-Behörde eingereichten Dokumente.....	15
b. Übermittlung aller Unterlagen betreffend Besprechungen mit US-Behörden.....	16
c. Übermittlung aller von einer US-Behörde erhaltenen Unterlagen.....	16

3. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	17
<i>a. Der Vertrag (K-1) ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren</i>	<i>17</i>
<i>b. Der Alleinvertriebsvertrag legt der Beklagten 1 Informationspflichten auf</i>	<i>18</i>
<i>c. Eventualiter: Der Klägerin steht ein Informationsrecht zu</i>	<i>19</i>
4. Die verlangten Auskünfte sind prozessrelevant	19
5. Die Klägerin hat nicht auf ihre Ansprüche verzichtet.....	19
6. Zwischenfazit	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AV	Agenturvertrag
AVV	Alleinvertriebsvertrag
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BS	Baselstadt
BSK	Basler Kommentar (Basel); vgl. Literaturverzeichnis
bzw.	beziehungsweise
c/	contre
CHK	Kommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
DOJ	Department of Justice
E.	Erwägung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
f./ff.	und folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und ähnliche Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
KGer	Kantonsgericht
KUKO	Kurzkommentar

Ltd.	Limited
N	Note(n), Randnote(n)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (München)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage, Paris
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
US	Vereinigte Staaten
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v	versus
vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich); vgl. Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010 (zit.

BSK KG-BEARBEITERIN)

Rz. [26]

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. Arbitration in Switzerland-BEARBEITERIN)

Rz. [19]

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

Rz. [6, 22, 29, 42]

BERGER KLAUS PETER, Schiedsrichterbestellung in Mehrparteienschiedsverfahren - Der Fall »Dutco Construction« vor französischen Gerichten, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 9/1993, S. 702 ff. (zit. BERGER)

Rz. [18]

BLACKABY NIGEL/PARTASIDES CONSTANTINE/REDFERN ALAN/HUNTER MARTIN, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl., Oxford 2015 (zit. BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER)

Rz. [105]

DERAINS YVES/SCHWARTZ ERIC A., A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, 2. Aufl., Den Haag 2005 (zit. DERAINS/SCHWARTZ)

Rz. [24, 25]

DUDENREDAKTION, Wissenschaftlicher Rat (Hrsg.), Duden, Der Duden in zwölf Bänden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., Mannheim 2010 (zit. DUDENREDAKTION)

Rz. [30]

EGLI FELIX W., Risikoausgleich durch Distributionsverträge, in: Vertriebsverträge, hrsg. Von Arter Oliver, Bern 2007, S. 125 ff. (zit. EGLI)

Rz. [95]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [46, 54]

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001 (zit. GAUCH/SCHMID)

Rz. [8, 10]

HAAG OLIVER/LÖFFLER JOACHIM (Hrsg.), HGB – Handelsgesetzbuch: Kommentar, 2. Aufl., Köln 2013 (zit. Kommentar HGB-BEARBEITERIN)

Rz. [55]

HARTMANN JÜRGEN E./EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag: Ein Praktikerleitfaden mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2. Aufl., St. Gallen 1995 (zit. HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER)

Rz. [94]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITERIN)

Rz. [55]

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

Rz. [35]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITERIN)
Rz. [3, 4, 8, 35]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BERABEITERIN)
Rz. [70]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)
Rz. [10, 52, 54, 55, 73, 110]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. HUGUENIN)
Rz. [10, 54, 61, 95, 108]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. OR 2020-BEAERBEITERIN)
Rz. [56]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)
Rz. [8, 89]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015 (zit. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI)
Rz. [29]

- KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV),
in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, hrsg. von Forstmoser Peter/Giger
Hans/Heini Anton/Schluep Walter R., Zürich 1989, S. 187 ff. (zit. KUHN)
Rz. [94, 97]
- LACHMANN JENS-PETER, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2008 (zit.
LACHMANN)
Rz. [6]
- LARDELLI FLAVIO, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Diss. Universität Zürich
2007 (zit. LARDELLI)
Rz. [47, 54, 55]
- LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsge-
richtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 2005 (zit. LIONNET/LIONNET)
Rz. [17, 18, 22, 24]
- MAIER HANS JAKOB, Das Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: Der Handelsvertreter in
den Ländern der EWG und der EFTA, hrsg. von Meier Hans Jakob/Meyer-Marsilius
Joachim/Regul Rudolf, Baden-Baden 1976, S. 333 ff. (zit. MAIER)
Rz. [98]
- MANDERLA THOMAS, Der Vertragshändlervertrag, Abschluss, Inhalt und Durchführung, in:
Handbuch des Vertriebsrechts, hrsg. von Martinek Michael/Semler Franz-Jörg/Flohr
Eckhard, 4. Aufl., München 2016, S. 543 ff. (zit. MANDERLA)
Rz. [97]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Vergleich, Genf 1952 (zit. MEIER-HAYOZ)
Rz. [78]
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb: Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Aufl.,
St. Gallen 1992 (zit. MEYER)
Rz. [55, 94, 97, 98, 102]

- OTT EDWARD E., Die Interpretation von Verträgen und Statuten: unter besonderer Berücksichtigung der in der Gerichtspraxis effektiv verwendeten Entscheidungsgründe, Basel/Genf/München 2000 (zit. OTT)
Rz. [10]
- PAETZOLD VERONIKA, Alleinvertriebsvertrag Deutschland – Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2006 (zit. PAETZOLD)
Rz. [97, 98]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON Sébastien, Comparative law of international arbitration, 2. Aufl., London 2007 (zit. POUURET/BESSON)
Rz. [6, 10, 18, 19]
- REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen: unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. REETZ)
Rz. [47]
- ROSCH WOLFGANG, Pactum de non cedendo im französischen Recht: Totgesagte leben länger!, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 8/2001, 604 ff. (zit. ROSCH)
Rz. [55]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT Reimer, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (zit. RÜEDE/HADENFELDT)
Rz. [42]
- SCHULZE REINER, Das Pactum de non cedendo: Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen, Baden-Baden 2000 (zit. GOERGEN)
Rz. [47, 63]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016 (zit. SCHWENZER)
Rz. [52]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. STACHER)

Rz. [8, 29]

STEINGRUBER ANDREA MARCO, Consent in international arbitration, Oxford 2012 (zit. STEINGRUBER)

Rz. [10]

STOJILJKOVIĆ MLADEN, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Diss. Universität Zürich 2013 (zit. STOJILJKOVIĆ)

Rz. [29]

STRAUB RALF MICHAEL, Vertrieb und Werbung, Fachhändlervertrag, in: Schweizer Vertrags- handbuch, hrsg. von Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz, 2. Aufl., Basel 2010, S. 1895 ff. (zit. STRAUB)

Rz. [102]

VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. VON BÜREN)

Rz. [67]

VON THUR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. VON THUR/PETER)

Rz. [67]

WAGNER EBERHARD, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungs- hindernisse, Tübingen 1994 (zit. WAGNER)

Rz. [57]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of Inter- national Arbitration: Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (Swiss Rules-BEARBEITERIN)

Rz. [24]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Januar 1977
BGE 103 II 75
Rz. [73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. Juli 1983
BGE 109 II 327
Rz. [109]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. April 1991
BGE 117 II 94
Rz. [52]

Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. Februar 1993
BGE 119 III 4
Rz. [11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. April 1994
BGE 120 II 155
Rz. [24, 29]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Januar 1995
BGE 121 III 38
Rz. [3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. Dezember 1995
BGE 122 III 66
Rz. [97]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. März 2001
BGer 4C.14/2001
Rz. [109]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGer 4P.162/2003
Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Januar 2006
BGer 4P_298/2005
Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. August 2007
BGer 4C.447/2006
Rz. [108, 109, 112]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. April 2008
BGer 4A_49/2008
Rz. [108]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. August 2008
BGer 4A_128/2008
Rz. [4]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Januar 2012
BGE 138 III 145
Rz. [73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Oktober 2012
BGE 138 III 659
Rz. [54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Oktober 2013
BGer 4A_305/2013
Rz. [8]

Entscheide kantonaler Gerichte

Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom
20. Juni 1947
Veröffentlicht in Schweizerischer Juristen-Zeitung (SJZ) 1949, S. 169 ff.
Rz. [71]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom
1. April 2005
HG020101
Rz. [11]

Entscheide ausländischer Gerichte

Urteil des belgischen Gerichtshofs von Cassatie vom

24. Juni 1981

Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain

Veröffentlicht auf:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980CJ0150:EN:HT>

ML (besucht am 5.12.2016)

Rz. [29]

Urteil des französischen Cour de Cassation vom

7. Januar 1992

Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco

Veröffentlicht in *Revue de l'arbitrage (Rev.arb.)* 1992, S. 470 ff.

Rz. [21, 25]

Urteil des House of Lords vom

22. Juli 1993

Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd ABC.L.R. 07/22

Veröffentlicht auf:

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Linden%20Gardens%20v%20Lintesta%20Sludge%201993.pdf> (besucht am 4.12.16)

Rz. [55]

Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom

7. Dezember 1994

Veröffentlicht in *Neuer Juristischer Wochenschrift (NJW)* 1995, S. 665 ff.

Rz. [68]

Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom

25. November 1999

Veröffentlicht in *Neuer Juristischen Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* 2000, 1220 f.

Rz. [68]

I. Prozessuales

1 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Ansprüche der Klägerin wird von der Beklagten 1 nicht bestritten. Die Beklagte 2 hingegen erhebt die Einrede der Unzuständigkeit mit der Begründung, nicht Partei der Schiedsklausel zu sein. Eventualiter macht sie die Ungültigkeit der Schiedsklausel geltend. Wie darzulegen sein wird, sind die Einreden der Beklagten 2 unbegründet.

1. Die Beklagte 2 ist Partei der Schiedsklausel

2 Die Beklagte 2 begründet die Einrede der Unzuständigkeit damit, dass sie bei richtiger Vertragsauslegung nicht als Partei der Schiedsklausel in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) betrachtet werden kann (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 Rz. 1). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die Beklagte 2 sowohl bei subjektiver als auch bei objektiver Auslegung Partei der Schiedsklausel.

3 Da dem Schiedsgericht kraft Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules und Art. 186 Abs. 1 IPRG die Kompetenz-Kompetenz zukommt, entscheidet es selbst über seine Zuständigkeit (BGE 121 III 38 E. 2.b.; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 2).

4 Die materielle Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung bestimmt sich nach dem Prinzip des favor validitatis gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG entweder nach dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache anwendbaren oder dem schweizerischen Recht (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 24). Dabei wird unter diesen keine Hierarchie festgelegt (BGer 4A_128/2008 E. 3.2).

5 Nach Parteivereinbarung ist schweizerisches Recht auf den Hauptvertrag anwendbar (Art. 13.1 K-1). Von diesem wird die Schiedsklausel mitumfasst, wobei auch auf dieses Schweizer Recht anwendbar ist.

6 Die Schiedsklausel stellt, auch wenn sie in einen Hauptvertrag eingebunden wird, eine autonome Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien dar. Dadurch wäre es in Ausnahmefällen denkbar, Partei des Hauptvertrags, nicht aber der Schiedsklausel zu sein (BERGER/KELLERHALS, N 604; LACHMANN, N 543; POUDRET/BESSON, N 163 f.).

7 Die Beklagte 2 macht einen solchen Ausnahmefall geltend, indem sie das Zustandekommen der Schiedsklausel zwischen sich und der Klägerin bestreitet (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 Rz. 1).

8 Da, wie in Rz. 5 erwähnt, Schweizer Recht auf den Hauptvertrag Anwendung findet, hat das wirksame Zustandekommen der Schiedsklausel den Anforderungen von Art. 1 ff. OR zu genügen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52a; STACHER, N 86). Demnach muss die Ausle-

gung von Willenserklärungen primär nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfolgen (BGer 4A_305/2013 E. 3.2.2; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 316). Die Beweislast obliegt dabei der Partei, welche das Vorliegen eines solchen übereinstimmenden wirklichen Willens geltend macht (GAUCH/SCHMID, S. 214; vgl. auch Art. 8 ZGB).

- 9 Die Beklagte 2 beruft sich ohne weitere Begründung auf die „richtige Vertragsauslegung“ (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 Rz. 1), aus welcher die fehlende Parteistellung resultieren sollte. Dabei verkennt sie, dass sie die Beweislast hinsichtlich der Behauptung ihrer fehlenden Parteistellung trifft. Aus Art. 13.1 (K-1) geht hervor, dass Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag durch ein Schiedsverfahren zu entscheiden sind. Diese allgemeine Verfahrensregelung nennt dabei die von ihr erfassten Parteien nicht ausdrücklich. Die Beklagte 2 ist Partei des Distributionsvertrages (K-1) und folglich dem Schiedsverfahren zu unterstellen. Somit lässt sich kein abweichender Parteiwille dahingehend feststellen, dass die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel sein wollte.
- 10 Eventualiter ergibt sich ihre Parteistellung auch aus der objektiven Auslegung des Vertrags. Die objektive Auslegung ist die Eruierung des Parteiwillens gestützt auf das Vertrauensprinzip. Massgebend ist, wie die Parteien die Willenserklärungen nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten (GAUCH/SCHMID, S. 213 f.; HUGUENIN, N 249 ff.; OTT, S. 7). Hierfür sind diejenigen Auslegungsmittel anzuwenden, welche auf die Willenslage der Parteien beim Vertragsschluss schliessen lassen. Primär ist dabei der Wortlaut zu beachten (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18). Daneben können weitere, ergänzende Auslegungsmittel herangezogen werden, namentlich die Entstehungsgeschichte des Vertrags, das Parteiverhalten und/oder die Systematik des Vertrags (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 24 ff.). Konkret auf Schiedsklauseln bezogen gilt es zu beachten, dass, falls solche im unterschriebenen Hauptvertrag integriert sind, der Vertragskonsens unweigerlich auch die Schiedsklausel erfasst (STEINGRUBER, N 5.96). Zusätzlich ist bei internationalen Vertragsbeziehungen ein Bindungswille an die Schiedsklausel leichter anzunehmen als bei nationalen (POUDRET/BESSON, N 304).
- 11 Die Eingliederung der Schiedsklausel (Art. 13.1) im Distributionsvertrag (K-1) durfte von der Klägerin nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass alle den Vertrag unterzeichnenden Parteien an die Schiedsklausel gebunden sein wollten. Wer nämlich einen Vertrag unterzeichnet, gibt eine dem Wortlaut entsprechende Willenserklärung ab (HGer ZH, HG020101 E. V. 2.1. d). Demnach wird mit der Unterschrift zum Ausdruck gebracht, dass der festgehaltene Vertragsinhalt anerkannt wird (BGE 119 III 4 E. 3). Vom Vertragsinhalt ist auch die

Schiedsklausel in Art. 13.1 (K-1) erfasst, welche nach ihrem Wortlaut nicht zum Ausdruck bringt, dass ein Ausschluss der Beklagten 2 vorgesehen wurde. Konsequenterweise kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte 2 mit der Unterzeichnung des Vertrags (K-1) einer Bindung an die Schiedsklausel zugestimmt hat.

- 12 Dass nur die Lieferantin und die Distributorin in Art. 13.1 (K-1) hinsichtlich der Schiedsrichterbestellung namentlich erwähnt wurden, ändert nichts an der Geltung der Schiedsklausel für die Beklagte 2. Wie in Rz. 23 dargelegt, wurde lediglich die Schiedsrichterbestellung in Mehrparteienverfahren nicht explizit geregelt.
- 13 Aus der entstehungsgeschichtlichen Perspektive ist festzustellen, dass die Schiedsklausel bereits von Beginn weg in den Vertragsentwürfen enthalten war (Verfügung Nr. 3 Rz. 3). Dieser Umstand wurde von der Beklagten 2 nie beanstandet. Daraus lässt sich ihr Wille zur Anerkennung der Schiedsklausel zweifelsfrei ableiten.
- 14 Die Systematik des Vertrags untermauert die bisherigen Ausführungen. Die Beklagte 2 wird bereits in Art. 12 (K-1) erwähnt, welcher sich systematisch vor der Schiedsklausel in Art. 13 (K-1) befindet. Folglich bezieht sich die Schiedsklausel auch aus systematischer Sicht unzweifelhaft auf die Beklagte 2. Demzufolge ist die Schiedsklausel zusätzlich durch einen normativen Konsens zustande gekommen.
- 15 Wie dargelegt, ist die Beklagte 2 sowohl bei subjektiver als auch bei objektiver Auslegung der Willenserklärungen als Partei der Schiedsklausel von Art. 13.1 (K-1) zu qualifizieren. Die Einrede der Beklagten 2, nicht Partei der Schiedsklausel zu sein, ist unbegründet.

2. Die Schiedsklausel ist der Beklagten 2 gegenüber gültig

- 16 Die Beklagte 2 begründet die Einrede der Unzuständigkeit mit der Ungültigkeit bzw. der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung. Ihren Ausführungen folgend, liegt ein Verstoss gegen die fundamentalen Grundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit vor, indem ihr kein Mitwirkungsrecht an der Bestellung des Schiedsgerichtes eingeräumt wurde (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 Rz. 2). Entgegen ihrer Ansicht wird zu zeigen sein, dass die Schiedsvereinbarung gültig ist.
- 17 Die Zulässigkeit eines Mehrparteien-Schiedsverfahrens hängt vom Parteiwillen (i) und der Einhaltung des Prinzips der Gleichbehandlung (ii) ab (LIONNET/LIONNET, S. 436).
- 18 (i) Vorausgesetzt wird eine Einigung aller Parteien, sich einem einheitlichen Verfahren unterwerfen zu wollen (LIONNET/LIONNET, S. 436; POUDRET/BESSON, N 240). Ist dies durch keine ausdrückliche Regelung feststellbar, ist der stillschweigende Parteiwille mittels Auslegung der Schiedsvereinbarung zu ermitteln (BERGER, S. 705).

- 19 Binden sich mehrere Parteien in einem einzigen Vertrag mit einer einzigen Schiedsvereinbarung, so kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sie einem Mehrparteienverfahren konkludent zugestimmt haben (Arbitration in Switzerland-MEIER, Multi-party Arbitrations N 14; POUURET/BESSON N 240).
- 20 Unbestrittenermassen ist die Beklagte 2 Partei des Distributionsvertrags (K-1). Demnach muss bereits aufgrund ihrer Parteistellung von einer stillschweigenden Zustimmung zu einem Mehrparteienverfahren ausgegangen werden. Zusätzlich wurde bereits dargetan, dass die Beklagte 2 auch als Partei der Schiedsklausel von Art. 13.1 (K-1) zu betrachten ist. Dieser Umstand bekräftigt die Tatsache, dass eine stillschweigende Zustimmung zu einem Mehrparteienverfahren vorliegt.
- 21 (ii) Das Prinzip der Gleichbehandlung beider Parteien gehört bei der Konstituierung des Schiedsgerichts zum „ordre public“ und stellt damit einen fundamentalen Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit dar (Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco, Rev.arb. 1992, S. 470).
- 22 Gemäss Art. 8 Abs. 3 Swiss Rules ist das Schiedsgericht in einem Mehrparteienverfahren entsprechend der Vereinbarung der Parteien zu konstituieren. Wurde die Regelung des Verfahrens bewusst nicht explizit geregelt, gilt es dies als Parteiwillen zu berücksichtigen. Diesem ist als prägendes Merkmal der Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich immer den Vorrang einzuräumen (BERGER/KELLERHALS, N 11; LIONNET/LIONNET, S. 447). Fehlt eine explizite Regelung, ist das nach Parteiwillen gewählte, ergänzende Vertragsrecht heranzuziehen (LIONNET/LIONNET, S. 447).
- 23 Die Parteien haben die Konstituierung des Schiedsgerichts konkret nur zwischen der Lieferantin und der Distributorin geregelt (Art. 13.1 K-1). Diese ausdrückliche Erwähnung lediglich zweier Vertragsparteien lässt keine Übertragung der Verfahrensregelung auf eine Mehrparteienstruktur zu. Die fehlende Regelung der Schiedsrichterbestellung in einem Mehrparteienverfahren ist als Verweis auf das ergänzende Vertragsrecht zu verstehen und nicht, wie von der Beklagten 2 vorgebracht, als Rechtsentzug auf Benennung eines Schiedsrichters. Somit findet Art. 8 Abs. 4 Swiss Rules Anwendung, wobei der Schiedsrichter von der Gruppe der Beklagten gemeinsam gewählt werden kann.
- 24 Das Prinzip der Gleichbehandlung ist explizit in Art. 15 Abs. 1 Swiss Rules als grundlegendes Verfahrensrecht festgeschrieben. Es soll gewährleisten, dass alle Parteien über den gleichen Einfluss auf die Schiedsgerichtsbestellung verfügen (LIONNET/LIONNET, S. 447). Das genannte Prinzip ist nach Schweizer Recht nicht berührt, wenn mehrere Beklagte verpflichtet werden, gemeinsam einen Schiedsrichter zu bezeichnen (BGE 120 II 155 E. 6d; Swiss Rules-

BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 18). Dies rechtfertigt sich insbesondere in den Fällen, bei denen die Gruppe der Beklagten einer gemeinsamen Kontrolle unterliegen oder identische Interessen am Ausgang des Schiedsverfahrens bestehen (Swiss-Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 20a). Dabei gibt es keinen legitimen Grund, dass keine gemeinsame Schiedsrichternominierung vorgenommen werden sollte (DERAINS/SCHWARTZ, S. 184). Sodann kann nur eine Verschmelzung der Parteien zu einer Einzigen als sachgerecht erscheinen (DERAINS/SCHWARTZ, S. 184). Von einem Eingriff in das Gleichbehandlungsprinzip kann auch dann nicht ausgegangen werden, wenn die Gegenseite weiterhin alleinigen Einfluss auf ihre Schiedsrichterbestellung nehmen kann (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 18). Die gemeinsame Schiedsrichternominierung stellt zusätzlich keinen Eingriff in den „ordre public“ dar (Swiss-Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 18; Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco, Rev.arb. 1992, S. 470 ff.).

- 25 Eine gemeinsame Interessenverfolgung liegt oft dann vor, wenn die Beklagten derselben Kontrolle unterliegen (DERAINS/SCHWARTZ, S. 184), also beide Parteien demselben bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Unternehmen unterstehen (Art. 1 VKU).
- 26 Die Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte 1 bzw. Beklagte 2 entspringen aus demselben Vertragsverhältnis (vgl. K-1). Beide verfolgen mit der Berufung auf das Nichtvorliegen dieser Ansprüche dasselbe Interesse. Die Garantenstellung der Beklagten 2 bestätigt zusätzlich, dass sie ein mit der Beklagten 1 identisches Interesse am Verfahrensausgang hat. Daran ändert auch die Beschränkung der Haftungssumme der Beklagten 2 nichts. Trotz der beschränkten Haftung beläuft sich das Interesse der Beklagten 2 - wie das der Beklagten 1 - darauf, keine Zahlungen an die Klägerin tätigen zu müssen. Zudem bilden gemäss Rz. 16 der Verfügung Nr. 3 aktive Manager der Beklagten 2 die Mehrheit im Verwaltungsrat der Beklagten 1. Diese bestimmende Einflussnahme bekräftigt das Vorliegen einer gemeinsamen Interessensverfolgung. An diesem Umstand mag selbst die persönliche Unabhängigkeit der Entsandten zur Muttergesellschaft nichts ändern (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3 N 142).
- 27 Wie eben dargelegt, liegt kein Ausschluss vom Recht der Mitwirkung bei der Schiedsgerichtsbestellung vor. Fundamentale Grundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit, wie das Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien, wurden nicht verletzt. Die Einrede der Unzuständigkeit der Beklagten 2 kraft Ungültigkeit der Schiedsklausel ist unbegründet.

3. Eventualiter: Die Beklagte 2 begründet durch ihr Prozessverhalten die Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 28 Wie darzulegen sein wird, ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche aus dem Distributionsvertrag gegen die Beklagte 2 zuständig, auch wenn diese nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) wäre. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet

sich durch die vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2 (a.), allenfalls durch das nicht fristgerechte Einreichen der Unzuständigkeitseinrede (b.). Es ist zudem unerheblich, ob sich die Beklagte 2 unwillentlich auf die Hauptsache eingelassen hat (c.).

a. Die Beklagte 2 lässt sich vorbehaltlos auf die Hauptsache ein

- 29 Das Schiedsgericht erklärt sich im Regelfall aufgrund des Vorliegens einer gültigen Schiedsvereinbarung für zuständig (BERGER/KELLERHALS, N 260). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann sich aber auch aufgrund einer vorbehaltlosen Einlassung seitens der Beklagten ergeben (BERGER/KELLERHALS, N 577; STOJILJKOVIĆ, S. 15 f.). Eine solche liegt vor, wenn sich die beklagte Partei vor einem grundsätzlich unzuständigen Schiedsgericht auf die Hauptsache einlässt, ohne dabei gleichzeitig die Unzuständigkeitseinrede zu erheben (Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain, N 8 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.188 ff.). Durch ein solches Verhalten verwirkt das Recht zur Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede unwiderruflich (BGE 120 II 155 E. 3b bb; STACHER, N 233). Nach Art. 21 Abs. 3 Swiss Rules ist die Unzuständigkeitseinrede in der Regel in der Einleitungsantwort, spätestens aber in der Klageantwort zu erheben.
- 30 Das Schiedsgericht ist grundsätzlich nicht zuständig, wenn die Beklagte 2 nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel sein sollte. Gemäss Rz. 2 der Einleitungsantwort der Beklagten 2 schliesst sich diese *einstweilen* den Ausführungen der Beklagten 1 an und erklärt, dass sie sich weitere Ausführungen vorbehält. Unter „*einstweilen*“ ist dem Wortsinn folgend „*vorerst*“ oder „*bis auf Weiteres*“ zu verstehen (DUDENREDAKTION, S. 316).
- 31 Die Beklagte 2 erklärte demnach einerseits, dass sie sich den Ausführungen der Beklagten 1 anschliesst und andererseits, dass sie sich Rechte vorbehalten will, um diese zu einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen. Die Ausführungen der Beklagten 1 in Rz. 2 ihrer Einleitungsantwort beinhalten das Anerkennen der Zuständigkeit des Schiedsgerichts und ihre vorbehaltlose Einlassung. Die allgemeine Formulierung der Beklagten 2, sich den Ausführungen der Beklagten 1 anzuschliessen, umfasst somit auch die vorbehaltlose Einlassung (Einleitungsantwort der Beklagten 2 Rz. 2).
- 32 Behält sich die Beklagte 2 ihre Rechte vor, um unter anderem die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu einem späteren Zeitpunkt zu bestreiten, verkennt sie, dass diese Rechte durch die vorgängige vorbehaltlose Einlassung bereits verwirkt sind. Wer sich einmal auf die Hauptsache einlässt, anerkennt das Schiedsgericht für zuständig und kann sich zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr auf die Unzuständigkeit desselben berufen. Aufgrund dessen ist das Recht der Beklagten 2, sich auf Art. 21. Abs. 3 Swiss Rules zu berufen, verwirkt.
- 33 Die Beklagte 2 hat sich, wie dargelegt, vorbehaltlos auf die Hauptsache eingelassen.

b. Eventualiter: Die Unzuständigkeitseinrede wurde zu spät erhoben

34 Selbst wenn keine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2 vorliegen sollte, ist das Schiedsgericht dennoch zuständig. Zum einen hat die Beklagte 2 in der *Einleitungsantwort keine Unzuständigkeitseinrede* erhoben (aa.). Zum anderen wurde die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 *nicht fristgerecht* eingereicht (bb.).

aa. Die Einleitungsantwort der Beklagten 2 enthält keine Unzuständigkeitseinrede

35 Ob die beklagte Partei in ihrer Einleitungsantwort eine Unzuständigkeitseinrede erhoben hat, wird nach Art. 18 OR beurteilt (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 95). Das Gericht hat die gewählten Formulierungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, das heisst so, wie sie nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 128 III 50 E. 2c/aa; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 13).

36 Dem Vertrauensprinzip folgend, hat die Beklagte 2 in ihrer Einleitungsantwort noch keine Unzuständigkeitseinrede erhoben. Mit der Formulierung „einstweilen“ (Einleitungsantwort der Beklagten 2 Rz. 2) brachte die Beklagte 2 unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie sich zu diesem Zeitpunkt allen Ausführungen der Beklagten 1 anschliessen und sich gewisse Rechte für die Zukunft vorbehalten will. Aus diesem Wortlaut muss demnach geschlossen werden, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Einrede erhoben wurde. Vielmehr wollte die Beklagte 2 sich eine solche für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten.

bb. Nicht fristgerechte Erhebung der Unzuständigkeitseinrede

37 Das Recht der Beklagten 2, eine Unzuständigkeitseinrede zu erheben, ist wie nachfolgend zu zeigen sein wird zum Zeitpunkt des 26. September 2016 bereits unwiderruflich verwirkt.

38 Gerichtsorganisatorische Probleme, worunter auch die Bestreitung der Zuständigkeit zu zählen ist, sind nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts so schnell wie möglich zu beheben (BGE 130 III 66 E. 4.3; BGer 4P_298/2005 E. 2.3). Weiter werden die Parteien durch den Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs verpflichtet, Einwendungen betreffend die Zuständigkeit frühestmöglich geltend zu machen (BGE 130 III 66 E. 4.3). Dies gilt insbesondere dann, wenn den Parteien eine Frist angesetzt wurde, um Probleme zu beheben (BGE 130 III 66 E. 4.3; BGer 4P.162/2003 E. 4.3).

39 Die Beklagte 2 ist seit der Unterzeichnung des Distributionsvertrages der Ansicht, nicht Partei der Schiedsklausel von Art. 13.1 (K-1) zu sein und hat folglich das Schiedsgericht von Beginn weg für unzuständig erachtet. Diesen Umstand hätte sie, aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben, dem Schiedsgericht frühestmöglich mitteilen müssen.

- 40 Das Schiedsgericht hat den Parteien am 3. August 2016 eine Frist bis zum 15. August 2016 angesetzt, um vor Beginn der Schiedsgerichtskonstituierung „weitere Informationen“ einzureichen (Schreiben vom SCAI vom 3. August 2016). Diese Aufforderung brachte unmissverständlich zum Ausdruck, dass relevante Tatsachen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren vor dem 15. August 2016 eingereicht werden mussten. Dem spezifischen Wortlaut nach wurde nur eine Frist für die Einreichung „weiterer Informationen“ gesetzt. Nach Treu und Glauben ist dies dahingehend zu verstehen, dass damit alle Informationen im Zusammenhang mit der Vermeidung von Problemen bei der Schiedsgerichtskonstituierung gemeint waren.
- 41 Die Beklagte 2 hat die Einrede der Unzuständigkeit, was klarerweise ein Problem bei der Schiedsgerichtskonstituierung darstellt, erst am 26. September 2016 erhoben und somit über einen Monat nach Fristablauf für die Einreichung relevanter Tatsachen. Aus dem vorgängigen Stillschweigen der Beklagten 2 darf das Schiedsgericht ohne Weiteres darauf schliessen, dass sich diese mit dem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit konkludent für einverstanden erklärt hat. Alternativ muss die zu spät eingereichte Unzuständigkeitseinrede, infolge des hiervoor geschilderten gegen Treu und Glauben verstossenden Verhaltens, als verwirkt betrachtet werden.

c. Eine allfällig unbewusste oder ungewollte Einlassung ist nicht relevant

- 42 Sollte die Beklagte 2 geltend machen, sich unbewusst oder ungewollt auf das Schiedsgericht eingelassen oder keine Kenntnis der Handlungen von Bader und Puder gehabt zu haben, sei anzufügen, dass es sich bei der vorbehaltlosen Einlassung um eine Prozesshandlung handelt. Daher ist es nicht relevant, ob diese unbewusst oder ungewollt erfolgt ist (RUEDE/HADENFELDT, S.79; BERGER/KELLERHALS, N 592). Folglich wäre ein solches Vorbringen unbeachtlich.

4. Zwischenfazit

- 43 Aus den hiervoor geschilderten Gründen liegt eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin vor.

II. Materielles: Aktivlegitimation

- 44 Wie darzulegen sein wird, ist die Klägerin für die von ihr geltend gemachten Ansprüche aktivlegitimiert. Die Aktivlegitimation ergibt sich aus der Qualifikation der eingeräumten Sicherheit (1), welche dem Abtretungsverbot nicht entgegensteht (2.). Allenfalls kann die

Zustimmung zur Sicherungszession fingiert werden (3.). Des Weiteren werden Schadenersatzansprüche nicht vom Abtretungsverbot erfasst (4.). Infolge dessen geht die Schiedsklausel als Nebenrecht auf die Klägerin über (5.).

1. Qualifikation der eingeräumten Sicherheit als Sicherungszession

- 45 Wie zu zeigen ist, handelt es sich bei der im Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014 (K-2) eingeräumten Sicherheit um eine Sicherungszession.
- 46 Ist strittig, ob die Parteien eine Forderungsverpfändung oder eine Sicherungszession vereinbart haben, ist der Vertrag primär nach den allgemeinen Auslegungsregeln auszulegen (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. OR 164 N 55). Siehe Rz. 10 für weitere Ausführungen zur Vertragsauslegung.
- 47 Aus einer ökonomischen Sichtweise ist der Zweck einer Forderungsverpfändung und der einer Sicherungszession derselbe (REETZ, N 97). Beide stellen eine subsidiäre Befriedigungsmöglichkeit dar, wodurch Forderungen gegenüber dem Schuldner gesichert werden (REETZ, N 97). Der wesentliche Unterschied der beiden Sicherungsgeschäfte liegt in deren Wirkung. Während bei der Sicherungszession das Vollrecht an der Sicherungsforderung übertragen wird, erwirbt der Gläubiger der Forderungsverpfändung nur ein beschränktes dingliches Recht, ein sogenanntes Pfandrecht (REETZ, N 74). Mit der Verwertung des Pfandes ist die unausweichliche Pflicht verbunden, den Zedenten über dieses Vorhaben zu unterrichten (GOERGEN, S. 39). Anders verhält es sich bei der Sicherungszession, welche eine solche Pflicht nicht mitumfasst (GOERGEN, S. 39; LARDELLI, S. 16).
- 48 Im Darlehensvertrag (K-2) werden als Sicherheit „alle bestehenden und zukünftigen Ansprüche“ gegenüber allen Distributoren von Dyalgonin® eingeräumt. Befindet sich die PerAspera Pharma AG mit der Rückzahlung des Darlehens im Verzug, wird der Klägerin das Recht eingeräumt, Ansprüche „ohne Weiteres“ geltend zu machen. Aus dieser Formulierung wird ersichtlich, dass eine vorherige Benachrichtigung einer allfälligen Verwertung nicht beabsichtigt wurde.
- 49 Durch den Wortlaut „angemessene Sicherheit“ in der Präambel (K-2) muss davon ausgegangen werden, dass ein Übergang eines Vollrechtes an den Forderungen beabsichtigt wurde, um eine bestmögliche Sicherheit zu gewährleisten.
- 50 Bei der Geltendmachung der Absenz rechtlicher Anforderungen der Forderungsverpfändung (Einleitungsantwort der Beklagten 1 Rz. 3), verkennt die Beklagte 1, dass eine Sicherungszession vorliegt.

2. Das vertragliche Abtretungsverbot steht der Sicherungszession nicht entgegen

- 51 Dem Einwand der Beklagten 1, das Abtretungsverbot stehe der Sicherungszession entgegen, ist aufgrund seiner relativen Wirkung nicht Folge zu leisten.
- 52 Der Gläubiger kann gemäss Art. 164 Abs. 1 OR eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Dabei kann die Abtretbarkeit durch Parteivereinbarung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32). Zusätzlich besteht die Möglichkeit, die Gültigkeit einer Abtretung von einer Bedingung, beispielsweise einer Zustimmung, abhängig zu machen (BGE 117 II 94, E. 5. c aa; SCHWENZER, N 90.24).
- 53 Der Distributionsvertrag (K-1) enthält in Art. 13.5 ein bedingtes Abtretungsverbot, da eine schriftliche Zustimmung der Gegenpartei zur Abtretung verlangt wird. Eine Abtretung wurde demnach nicht vollständig ausgeschlossen.
- 54 Im schweizerischen Recht gilt ein pactum de non cedendo grundsätzlich absolut, folglich auch gegenüber dem Zessionar (HUGUENIN, N 1361; LARDELLI, S. 126). Es steht den Parteien jedoch frei, dem Abtretungsverbot eine nur relative Wirkung zukommen zu lassen (LARDELLI, S. 127). Was die Parteien im Einzelfall vereinbart haben, ist durch Auslegung zu ermitteln (CHK OR-KUT, Art. 18 N 1 ff.). Dafür ist nebst dem Wortlaut auch der Sinn und Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen (BGE 138 III 659, E. 4.2.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 30) Siehe Rz. 10 für weitere Ausführungen zur Vertragsauslegung.
- 55 Bei grenzüberschreitenden Rechtsverhältnissen, die auf Schweizer Recht beruhen, sollte das pactum de non cedendo im Einklang mit der internationalen Rechtsentwicklung restriktiv ausgelegt werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32; KUKO OR-LARDELLI, Art. 164 N 22). Im Kontext der internationalen Rechtsentwicklung ist eine restriktive Auslegung dahingehend zu verstehen, dass dem Abtretungsverbot nur relative Geltung zugesprochen werden soll (Kommentar HGB-BÜNGER-MEYER, Art. 354a N 3; Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd, Ziff. 37/57 f.; ROSCH, S. 609). Folglich ist es Dritten gegenüber unwirksam. Eine restriktive Auslegung rechtfertigt sich dadurch, dass im internationalen Rechtsverkehr ein beträchtliches Interesse an der Verkehrsfähigkeit und Handelbarkeit einer Forderung besteht (KUKO OR-LARDELLI, Art. 164 N 22).
- 56 Der Entwurf von Art. 164 des neuen Obligationenrechts sieht sogar vor, dass jedem Abtretungsverbot nur relative Geltung zukommen soll (OR 2020-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164).

- 57 Vereinbaren die Parteien lediglich eine Beschränkung der Abtretung und kein generelles Verbot, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie die Verkehrsfähigkeit der Forderung aufrechterhalten wollen. Eine solche Vereinbarung läuft demnach der Annahme eines absoluten Abtretungsverbots zuwider (WAGNER, S. 191/192).
- 58 Dem Wortlaut von Art. 13.5 (K-1) ist nicht zu entnehmen, ob dem Abtretungsverbot relative oder absolute Geltung zukommen sollte. Der Sinn und Zweck des Abtretungsverbots (Art. 13.5 K-1) war eine übersichtliche Vertragsabwicklung und die Verhinderung einer Prüfung des Gläubigers durch die Beklagte 1, an den schuldbefreiend zu leisten wäre (Verfügung Nr. 3 Rz. 7). Diesem Sinn und Zweck ist nicht zu entnehmen, dass die Verkehrsfähigkeit oder Handelbarkeit der Forderungen aus dem Vertrag hätten beschränkt werden sollen. Es sollte lediglich eine übersichtliche Vertragsabwicklung gewährleistet werden. Die Vereinbarung eines bedingten Abtretungsverbots indiziert denn auch das genaue Gegenteil. Das grundsätzliche Möglichbleiben einer Abtretung, mit der Einschränkung eines Zustimmungserfordernisses, spricht für den Parteiwillen, die Verkehrsfähigkeit der Forderungen aufrechtzuerhalten. Diese Auslegung drängt sich umso mehr auf, da ein internationales Rechtsverhältnis vorliegt (Schweiz-Kanada), bei welchem das Abtretungsverbot restriktiv ausgelegt werden muss (Rz. 55).

3. Eventualiter: Die Zustimmung zur Abtretung kann fingiert werden

- 59 Auch wenn eine relative Wirkung des Abtretungsverbots verneint werden sollte, ist die Abtretung aufgrund einer zu fingierenden vorgängigen Zustimmung (a.) als auch nachträglichen Genehmigung (b.) gültig.

a. Die Zustimmung hätte erteilt werden müssen

- 60 Die Abtretbarkeit der Forderungen ist vertraglich nicht vollständig, sondern nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe, ausgeschlossen worden (Art. 13.5 K-1). Was „gewichtige Gründe“ im konkreten Fall darstellen und eine Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen würden, wurde von den Parteien nicht weiter ausgeführt.
- 61 Falls der wirkliche Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann, muss die Vertragsbestimmung nach dem mutmasslichen Parteiwillen ausgelegt werden (HUGUENIN, N 275). Siehe Rz. 10 für weitere Ausführungen zur Vertragsauslegung.
- 62 Die Verwendung des Wortlauts „gewichtig“ bringt zum Ausdruck, dass eine Zustimmung zur Abtretung nur verweigert werden durfte, wenn Gründe bestanden, die für die Schuldnerin von besonderer Bedeutung waren. Zur Bestimmung solcher Gründe kann der Sinn und Zweck des Abtretungsverbots herangezogen werden (siehe Verfügung Nr. 3 Rz. 7). Die Parteien beab-

sichtigten mit dem Abtretungsverbot, eine übersichtliche Vertragsabwicklung durch Verhinderung einer Prüfung des Gläubigers (i) und die Aufrechterhaltung des Zuliefererbetriebes im Falle eines Konkurses (ii) zu gewährleisten.

- 63 (i) Bei einer Sicherungszession muss unter anderem ein Sicherungszweck vereinbart werden und eine Verwertungsabrede vorliegen. Der Zweck ist dabei ausschliesslich die Sicherung des Zessionars. Dieser darf nur unter Beachtung dieses Zwecks über die Sicherungsforderung verfügen. Eine Verwertung der Forderung und damit die Verfügung über diese ist demnach erst gestattet, wenn die Hauptleistung zum spät möglichsten Leistungszeitpunkt noch nicht erbracht worden ist (GOERGEN, S. 38).
- 64 Zwischen der Klägerin und der PerAspera Pharma AG wurde der Zweck der Zession konkret als Sicherheit für das hingegebene Darlehen bezeichnet (K-2), wodurch die Klägerin nur im Verwertungsfalle über die ihr abgetretenen Forderungen verfügen durfte. Der Verwertungsfall trat am 31. Dezember 2015 (K-2) ein, wobei vorgängige Verfügungen seitens der Klägerin nicht möglich gewesen wären. Demnach stand die Sicherungszession einer übersichtlichen Vertragsabwicklung nie im Weg. Zudem lag bei der Abtretung keine Notifikation gemäss Art. 167 OR gegenüber der Beklagten 1 vor. Daraus folgt, dass die Beklagte 1 weiterhin mit befreiender Wirkung an die PerAspera Pharma AG leisten konnte.
- 65 (ii) Die Sicherungszession war im ursprünglichen Interesse der Beklagten 1, die Zulieferung im Falle eines Konkursfalles aufrechtzuerhalten. Das Darlehen der Klägerin verhinderte den Konkurs der PerAspera Pharma AG und führte zur Aufrechterhaltung des Zuliefererbetriebes. Somit ist eine für die Beklagte 1 nachteilige Veränderung nicht ersichtlich. Demnach widersprach die Sicherungszession nicht dem Sinn und Zweck des Abtretungsverbots, sondern verfolgte ihn sogar. Eine Zustimmung muss in einem solchen Fall von den Parteien beabsichtigt worden sein. Eine andere Auslegung würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen.
- 66 Weitere gewichtige Gründe, die eine Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Die Zustimmung hätte erteilt werden müssen.

b. Eine nachträgliche Genehmigung muss erteilt werden

- 67 Eine vertragswidrige Abtretung kann, auch ohne Zustimmungsvorbehalt, nachträglich vom Schuldner genehmigt werden (VON THUR/PETER, S. 150). Dies führt zur Gültigkeit der Abtretung mit Wirkung ex tunc (VON BÜREN, S. 325). Ob eine vorgängige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung erteilt worden ist, führt demnach zum selben Ergebnis. Durch die Einleitungsanzeige der Klägerin fand eine Notifikation der Abtretung gegenüber der Beklagten 1 statt, was zu einer nachträglichen Genehmigung führen müsste.

- 68 Die Berufung auf die fehlende Zustimmung zur Abtretung durch die Beklagte 1 ist rechtsmissbräuchlich. Eine solche darf im Nachhinein nicht unbillig verweigert werden (BGH NJW 1995, 666). Von einer unbilligen Verweigerung ist dann anzunehmen, „wenn ein schützenswertes Interesse des Schuldners an dem Verbot nicht mehr besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit der Forderung nunmehr überwiegen“ (vgl. BGH NJW-RR 2000, 1221).
- 69 Der Sinn und Zweck des Abtretungsverbots vermag eine Verweigerung der Abtretung nicht rechtfertigen. Die Zustimmung hätte bereits bei vorgängigem Ersuchen um Abtretung erteilt werden müssen (Rz. 65). Ein schützenswertes Interesse am Abtretungsverbot hat demnach gar nie bestanden. Auch aus heutiger Sicht sind keine relevanten Tatsachen erkennbar, weshalb eine Zustimmung verweigert werden sollte. Dieser Umstand wird damit untermauert, dass der Vertrag und das damit verbundene Abtretungsverbot durch die Kündigung des Distributionsvertrags auf den 31. Oktober 2015 hinfällig wurden (K-3).
- 70 Auf Seiten der Klägerin besteht aufgrund der ordentlichen Liquidation der PerAspera Pharma AG ein erhebliches Interesse am Vorliegen einer gültigen Sicherungszession. Durch ihren Rangrücktritt (K-2) gegenüber allen anderen Gläubigern wird sie als letzte befriedigt (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 46). Dadurch besteht das Risiko, ihr Darlehen aufgrund der ordentlichen Liquidation nicht mehr zurückzuerlangen, da am Ende einer solchen oftmals keine Aktiven mehr übrig sind. Demnach vermögen die Interessen der Klägerin diejenigen der Beklagten 1 in jeglicher Hinsicht zu überwiegen. Folglich kann die nicht erteilte Zustimmung im Nachhinein durch das Schiedsgericht fingiert werden.

4. Eventualiter: Das Abtretungsverbot erfasst keine Schadenersatzansprüche

- 71 Das generelle Verbot der Abtretung von Rechten aus einem Vertrag bezieht sich nur auf Rechte aus Erfüllungshandlungen, nicht aber auf solche aus Schlecht- bzw. Nichterfüllung. Schadenersatzansprüche aus einem Vertrag können folglich weiterhin abgetreten werden, sofern diese vom pactum de cedendo nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden (KGer BS, SJZ 1949, 68, S. 169).
- 72 In Art. 13.5 (K-1) wurden Rechte einer Partei aus dem Distributionsvertrag sehr allgemein von der Abtretung ausgeschlossen. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche haben ihren Ursprung in der Vertragsverletzung der Beklagten 1. Da Schadenersatzansprüche nicht explizit von der Abtretung ausgeschlossen werden, sind diese weiterhin abtretbar. Art. 164 Abs. 1 OR folgend, musste die Beklagte 1 daher nicht um Zustimmung ersucht werden.

5. Die Schiedsklausel geht als Nebenrecht auf die Klägerin über

- 73 Bei einer gültigen Zession geht die Forderung gemäss Art. 170 Abs. 1 OR grundsätzlich mit allen ihren Vorzugs- und Nebenrechten auf den Zessionar über. Zu den Nebenrechten gehören unter anderem auch Gerichtsstandvereinbarungen und Schiedsklauseln, welche als solche auf den Zessionar übergehen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 170 N 8). Eine Ausnahme bilden Klauseln mit persönlichem Charakter, welche unter besonderer Rücksichtnahme auf die Person des Zedenten abgeschlossen werden (BGE 103 II 75 E. 4; 138 III 145 E. 3.4.2).
- 74 Art. 13.1 (K-1) weist ausschliesslich sachlichen Charakter auf. Die Möglichkeit der Schiedsrichterbestellung, namentlich durch Lieferantin und Distributorin (Art. 13.1 K-1), dient lediglich als Leitlinie für die Konstituierung des Schiedsgerichts. Dies kann nicht als persönlicher Charakter der Schiedsklausel betrachtet werden. Die mögliche Involvierung weiterer Parteien, wie der Klägerin, konnte zum Zeitpunkt der Errichtung der Schiedsklausel schlichtweg nicht vorhergesehen werden. Somit kann nicht von einem persönlichen Element der Schiedsklausel ausgegangen werden. Folglich ging die Schiedsklausel mit der gültigen Sicherungszession auf die Klägerin über.

6. Zwischenfazit

- 75 Aus den hiervor geschilderten Gründen, ist die Klägerin für die Geltendmachung ihrer Ansprüche aktivlegitimiert.

III. Materielles: Anspruch auf die verlangten Auskünfte

- 76 Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, besteht ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1 auf die verlangten Auskünfte. Die verlangten Dokumente sind nachweislich im Besitz der Beklagten 1 (1.). Die Klägerin hat sowohl einen vertraglichen (2.) als auch einen gesetzlichen (3.) Anspruch auf die verlangten Auskünfte. Diese sind für die zweite Prozessphase unverzichtbar (4.). Entgegen der Auffassung der Beklagten 1 hat die Klägerin nicht auf ihre Ansprüche verzichtet (5.).

1. Die verlangten Dokumente sind im Besitz der Beklagten 1

- 77 Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die Beklagte 1 im Besitz der verlangten Dokumente, die zwischen ihr und der US-amerikanischen Behörde zwischen 2012 und Ende 2015 ausgetauscht worden sind.

- 78 Ein Vergleich ist die Beilegung eines Streits oder einer Ungewissheit, indem beide Parteien gegenseitig Konzessionen machen (MEIER-HAYOZ, S. 1 ff.). Einen solchen hat die Beklagte 1 gemäss offizieller Pressemitteilung (K-5) mit dem Department of Justice abgeschlossen.
- 79 Vor diesem Hintergrund und gemäss der Pressemitteilung des US Attorney's Office (K-5) steht fest, dass einerseits eine Untersuchung durch US-amerikanische Behörden gegen die Beklagte 1 vorlag und andererseits diese durch einen Vergleich beendet wurde. Aus dem dabei vorausgesetzten gegenseitigen Entgegenkommen der Parteien resultiert, dass diese vor Abschluss des Vergleichs Informationen ausgetauscht haben müssen. Es steht demnach zweifelsfrei fest, dass die Beklagte 1 im Besitz der verlangten Dokumente ist.

2. Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

- 80 Die verlangten Auskünfte der Klägerin umfassen alle Dyalgonin®-bezogenen Dokumente, insbesondere alle Korrespondenz, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-amerikanische Behörde (a.), 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 (b.) und alle Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen der PerAspera Pharma AG und einer US-amerikanischen Behörde (c.).
- 81 Wie nachfolgend durch objektive Vertragsauslegung zu zeigen sein wird, hat die Klägerin einen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus dem Distributionsvertrag (K-1). Siehe Rz. 10 für weitere Ausführungen zur Vertragsauslegung.

a. Übermittlung aller an eine US-Behörde eingereichten Dokumente

- 82 Art. 5.2 Ziff. 3 (K-1) verpflichtet die Distributorin, der Lieferantin Kopien „sämtlicher Unterlagen“ zu übermitteln, welche sie bei einer US-Behörde eingereicht hat. Diese Bestimmung führt nicht näher aus, welche Unterlagen genau von der Informationspflicht erfasst werden. Dem Wortlaut „sämtliche Unterlagen“ ist aber unmissverständlich zu entnehmen, dass alle Unterlagen von der Informationspflicht erfasst werden sollten, ohne dabei zwischen einzelnen Unterlagen zu differenzieren. Folgerichtig sind von ihr sämtliche Dyalgonin®-bezogene Unterlagen erfasst.
- 83 Auch in Anbetracht der Interessenslage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses rechtfertigt sich eine restriktive Auslegung der Informationspflicht nicht. Der Kontakt mit Behörden ist in der Pharmabranche von essentieller Bedeutung, beispielsweise für die Zulassung eines Medikaments. Legen die Parteien in diesem Bereich eine Informationspflicht fest, kann davon ausgegangen werden, dass vernünftig und redlich handelnde Personen sämtliche

Unterlagen in Zusammenhang mit Dyalgonin®, unabhängig ihres Inhalts, der Informationspflicht unterstellt haben wollten. Nach Treu und Glauben durfte und musste die Klägerin dies ebenfalls so verstehen.

- 84 Folgerichtig erstreckt sich die Informationspflicht von Art. 5.2 Ziff. 3 (K-1) auf sämtliche Unterlagen in Zusammenhang mit Dyalgonin®. Die Beklagte 1 kann sich nicht darauf berufen, dass die eben genannten Unterlagen nicht von dieser Pflicht erfasst sind.

b. Übermittlung aller Unterlagen betreffend Besprechungen mit US-Behörden

- 85 Durch Art. 5.2 Ziff. 2 Satz 2 (K-1) wird die Distributorin verpflichtet, die Lieferantin in regulatorische Entscheidungsprozesse einzubinden. Dem Wortlaut dieses Satzes ist nicht zu entnehmen, ob darin auch eine Informationspflicht enthalten ist. Einer systematischen Auslegung folgend, drängt sich jedoch eine implizite Vereinbarung einer Informationspflicht auf.

- 86 Art. 5.2 Ziff. 2 (K-1) regelt sowohl im ersten als auch im letzten Satz ausschliesslich Informationspflichten der Distributorin. Der Satz «Sie bindet die Lieferantin in regulatorische Entscheidungsprozesse ein.», befindet sich systematisch zwischen den genannten Informationspflichten. Folglich ist dieser ebenfalls als Informationspflicht auszulegen. Durch die Pflicht der Distributorin, die Lieferantin in Entscheidungsprozesse einzubinden, muss diese folglich der Lieferantin dafür alle relevanten Unterlagen aushändigen. Nur wenn diese implizite Informationspflicht besteht, kann die Lieferantin aktiv an den Entscheidungsprozessen mitwirken.

- 87 Regulatorische Entscheidungsprozesse stellen für ein Unternehmen wegweisende Entscheidungen dar. Die Klägerin verlangt alle Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde (Einleitungsanzeige der Klägerin). Diese Dokumente sind für eine aktive Mitwirkung an einem regulatorischen Entscheidungsprozess unerlässlich und konsequenterweise von der Informationspflicht der Beklagten 1 erfasst.

c. Übermittlung aller von einer US-Behörde erhaltenen Unterlagen

- 88 Gemäss Art. 5.2 Ziff. 3 (K-1) hat die Distributorin der Lieferantin Kopien aller von einer US-Behörde erhaltenen Kommunikationen zu übermitteln. Dabei sind nur „wichtige Kommunikationen“ erfasst, wofür exemplarisch „Warnschreiben“ genannt werden.

- 89 Das Anführen von Beispielen hat, nach den Auslegungsregeln, keine Beschränkung des Inhaltes einer Vertragsbestimmung zur Folge. Vielmehr soll es den Inhalt einer solchen erläutern (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 481).

- 90 Nach Treu und Glauben muss die Bestimmung in Art. 5.2 Ziff. 3 (K-1) so verstanden werden, dass davon alle Kommunikationen erfasst sind, welche mit Warnschreiben im Zusammenhang stehen oder eine ähnliche Intensität in ihrer Wichtigkeit aufweisen.
- 91 Greift man auf die Interessenlage der Parteien beim Vertragsschluss zurück, muss angenommen werden, dass sich die Parteien - insbesondere bei Untersuchungen durch Behörden - umfassende Informationsrechte einräumen wollten. Diese Tatsache wird durch den Umstand gestützt, dass die USA den Hauptabsatzmarkt der Lieferantin darstellen. Somit wollte die PerAspera Pharma AG bei Untersuchungen oder ähnlichen Ereignissen in Zusammenhang mit US-amerikanischen Behörden bestmöglich informiert sein. Dies durfte und musste die Beklagte 1 dementsprechend verstehen.
- 92 Die Klägerin verlangt Auskunft über Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen der Beklagten 1 und einer US-Behörde (Einleitungsanzeige der Klägerin). Diese Unterlagen weisen alle einen engen Sachzusammenhang zu einem Warnschreiben auf und haben eine ähnliche Intensität in ihrer Wichtigkeit. Folgerichtig ist die Aushändigung der voran genannten Dokumente von der Informationspflicht der Beklagten 1 erfasst.

3. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

- 93 Wie nachfolgend zu zeigen ist, hat die Klägerin auch einen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte (Rz. 80). Der Vertrag (K-1) ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren (a.). Dieser enthält eine Informationspflicht der Beklagten 1 (b.) oder allenfalls ein Informationsrecht der Klägerin (c.).

a. Der Vertrag (K-1) ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren

- 94 Der Alleinvertriebsvertrag stellt ein Innominatkontrakt dar und erfährt keine eigene gesetzliche Regelung (KUHNS, S. 192). Im Schwerpunkt handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der durch sui-generis-Elemente ergänzt wird (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, S. 23).
- 95 Bei einem Alleinvertriebsvertrag sichert die Lieferantin dem Abnehmer ein ausschliessliches Bezugsrecht zu. Im Gegenzug verpflichtet sich der Abnehmer zur entgeltlichen Abnahme der Ware und zur Absatzförderungspflicht (HUGUENIN, N 3835). Durch das Element des exklusiven Bezugsrechts stellt der Alleinvertriebsvertrag eine Unterform des Distributionsvertrags dar, bei welchem es sich um ein vertriebsrechtliches Dauerschuldverhältnis handelt. Das exklusive Bezugsrecht ist für den Distributionsvertrag nicht begriffsnotwendig (EGLI, S. 128).
- 96 Der Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008 (K-1) enthält ein exklusives Bezugsrecht zu Gunsten der Beklagten 1 (Art. 1.1 K-1), eine Verpflichtung der Beklagten 1 zur entgeltlichen

Abnahme (Art. 5.1 Ziff. 4 K-1) sowie zur Absatzförderung von Dyalgonin® (Art. 5.1 Ziff. 1 K-1). Aufgrund dieser Elemente ist der Vertrag als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren.

b. Der Alleinvertriebsvertrag legt der Beklagten 1 Informationspflichten auf

- 97 Aufgrund der simultanen wirtschaftlichen Zielsetzung von Agenturvertrag und Alleinvertriebsvertrag sind diverse agenturrechtliche Vorschriften auf den Alleinvertriebsvertrag anwendbar (KUHNS, S. 198). So kommt die agenturrechtliche Interessenwahrungspflicht aus Art. 418c Abs. 1 OR ebenfalls beim Alleinvertriebsvertrag zur Anwendung (KUHNS, S. 199 f.). Die Interessenwahrung stellt eine vertragliche Pflicht des Abnehmers dar (BGE 122 III 66, E. 3.a.). Eine solche ergibt sich aber auch unabhängig von Art. 418c OR direkt aus dem Alleinvertriebsvertrag (MEYER, S. 42 ff., PAETZOLD, S. 23). Die Annahme einer Interessenwahrungspflicht des Abnehmers rechtfertigt sich insbesondere deswegen, da ihm ein exklusives Bezugsrecht für einen gewissen Zeitraum eingeräumt wird. Somit ist die Lieferantin wirtschaftlich auf die Interessenwahrung durch den Abnehmer angewiesen (MANDERLA, N 16; MEYER, S. 338).
- 98 Aus der Interessenwahrungspflicht lässt sich eine Informationspflicht des Abnehmers ableiten (MEYER, S. 339). Diese Pflicht erstreckt sich auf alle Informationen, sowohl über den Vertragsgegenstand als auch über das vereinbarte Absatzgebiet (MEYER, S. 339 f.). Der Abnehmer hat die Lieferantin über alle Umstände zu informieren, welche für ihre Geschäfte wesentlich sein könnten (MAIER, S. 347; PAETZOLD, S. 23). Dabei ist die Informationspflicht bei schlechtem Geschäftsgang besonders umfangreich (MAIER, S. 347).
- 99 Die Beklagte 1 ist durch den Alleinvertriebsvertrag (K-1) gesetzlich dazu verpflichtet, die Interessen der PerAspera Pharma AG zu wahren. Daraus folgt, dass die Beklagte 1 der PerAspera Pharma AG alle Umstände mitzuteilen hat, welche für deren Geschäfte oder Geschäftspolitik wesentlich sein könnten.
- 100 Die Untersuchung durch das DOJ stellte unweigerlich einen wesentlichen Umstand für die Geschäfte der PerAspera Pharma AG dar. Die Vorwürfe amerikanischer Behörden, unter anderem widerrechtliche „kick-backs“ an Ärzte bezahlt zu haben, hatten einen grossen Reputationsschaden zur Folge. Dieser führte zu rückläufigen Absatzzahlen von Dyalgonin® in den USA, zu einem Einbruch des Verkaufsvolumens der PerAspera Pharma AG und beeinflussten deren Geschäfte immens. Folglich trifft die Beklagte 1, besonders aufgrund des schlechten Geschäftsgangs, eine umfangreiche gesetzliche Informationspflicht.
- 101 Durch die gültige Sicherungszession sind die genannten Informationsansprüche der PerAspera Pharma AG auf die Klägerin übergegangen. Folglich hat die Beklagte 1 ihre Pflicht gegenüber der Klägerin wahrzunehmen.

c. Eventualiter: Der Klägerin steht ein Informationsrecht zu

- 102 Falls eine Informationspflicht verneint werden sollte, lässt sich zumindest ein Informationsrecht aus dem Alleinvertriebsvertrag zu Gunsten der Lieferantin ableiten (STRAUB, N 17.1). Dies gilt ungeachtet dessen, ob Art. 418c OR auf den Alleinvertriebsvertrag für anwendbar zu befinden ist. Der Lieferantin steht beim Alleinvertriebsvertrag immer ein gesetzliches Informationsrecht zu (MEYER, S. 339 f.). Das Informationsrecht umfasst das Recht auf Mitteilung über allfällige Probleme oder sonstige wesentliche Umstände, ebenso wie absehbare Entwicklungen auf dem Absatzmarkt (STRAUB, N 17.1).
- 103 Die Untersuchung des DOJ stellte aufgrund des resultierenden Reputationsschadens und der abnehmenden Absatzentwicklung ein Problem dar, aus welchem sich ein Informationsrecht auf Mitteilung ableiten lässt (siehe Rz. 100 bezüglich Ausführungen zu den wesentlichen Umständen). Folglich lagen Umstände vor, aus welchen sich ein Informationsrecht der Lieferantin ableiten lässt. Dieses Informationsrecht erstreckt sich auf alle von der Klägerin verlangten Auskünfte (Rz. 80).
- 104 Wie in Rz. 101 ausgeführt, stehen der Klägerin diese Ansprüche kraft gültiger Sicherungszession in gleichem Umfang zu.

4. Die verlangten Auskünfte sind prozessrelevant

- 105 Im Einklang mit der schiedsgerichtlichen Praxis müssen die verlangten Auskünfte für den Ausgang des Prozesses relevant sein (BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, N 6.98 ff.).
- 106 Die verlangten Unterlagen sind zwingend notwendig, um in der zweiten Prozessphase den Umfang der Vertragsverletzung und somit der Schadenersatzansprüche bestimmen zu können.

5. Die Klägerin hat nicht auf ihre Ansprüche verzichtet

- 107 Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat die Klägerin nicht mittels konkludenten Verhaltens auf ihre Ansprüche verzichtet.
- 108 Durch einen Schulderlass gemäss Art. 115 OR besteht die Möglichkeit, mittels eines Aufhebungsvertrags, auf eine Forderung zu verzichten (HUGUENIN, N 725 f.). Auf den Aufhebungsvertrag sind die allgemeinen Vertragsregeln anzuwenden, wobei die Parteien die Vertragsmodalitäten frei festlegen können (BGer 4A_49/2008 E. 2.1). Der Aufhebungsvertrag bedarf keiner besonderen Form und kann auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden (BGer 4C.447/2006 E. 6.1; HUGUENIN, N 733). Aus diesem Grund ist auch ein allfällig bestrittenes Zustandekommen eines solchen Vertrags anhand der allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln (BGer 4A_437/2007 E. 2.4).

- 109 Unbesehen einer vertraglichen Bestimmung ist bei der blossen Nichtgeltendmachung einer Forderung über eine längere Zeit nicht bereits von einem Verzicht auszugehen (BGer 4C.14/2001 E. 1b). Der Wille des Gläubigers, die Schuld ganz oder teilweise zu erlassen, muss unmissverständlich zum Ausdruck kommen (BGE 109 II 327 E. 2b). Daraus lässt sich folgern, dass ein konkludent vereinbarter Erlass nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist (BGer 4C.447/2006 E. 6.1).
- 110 Gemäss Rz. 14 der Verfügung Nr. 3 existieren keine Dokumente, in welchen die Klägerin auf die Auskunftsrechte verzichtet hat. Des Weiteren wird in Art. 13.4 (K-1) ausdrücklich festgehalten, dass die ausbleibende Durchsetzung eines Anspruches nicht als Verzicht auf diesen Anspruch zu deuten ist. Obwohl der Distributionsvertrag (K-1) bereits auf den 31. Oktober 2015 gekündigt wurde (K-3), hat Art. 13.4 (K-1) weiterhin Geltung. Gemäss Art. 127 Abs. 1 OR verjähren Forderungen erst nach zehn Jahren. Eine Geltendmachung der Ansprüche bleibt folglich während dieses Zeitraums möglich (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 127 N 9). Eine explizite Erwähnung seiner Fortdauer in Art. 13.3.4 (K-1) wäre demnach überflüssig.
- 111 Selbst wenn Art. 13.4 (K-1) aufgrund der Vertragskündigung keine Geltung mehr hätte, dürfte aus der Nichtgeltendmachung der Auskunftsrechte durch die Klägerin nicht auf deren Verzicht geschlossen werden. Dies lässt sich damit begründen, dass ein Verzicht nicht leichthin angenommen werden darf. Zudem hat die Klägerin ihre Auskunftsrechte nur während ungefähr sechs Monaten nicht ausgeübt, da sie erst im Dezember 2015 (vgl. K-5) von der Notwendigkeit der Ausübung erfahren hat. Dieser Zeitraum reicht mit Gewissheit nicht aus, um von einem konkludenten Verzicht ihrer Rechte auszugehen. Folglich bestehen keine Anhaltspunkte für einen Verzicht seitens der Klägerin.
- 112 Im Übrigen gilt gemäss Art. 8 ZGB, dass derjenige, der sich auf einen Verzicht beruft, das Zustandekommen dessen zu beweisen hat (BGer 4C.447/2006 E. 6.1). Die Beklagte 1 macht nur das Vorliegen eines Verzichts geltend, ohne diesen näher zu substantiieren. Daher kann ihrer Behauptung, mangels vorgebrachter Beweise, keine Bedeutung beigemessen werden.

6. Zwischenfazit

- 113 Die Klägerin hat, wie oben dargelegt, sowohl einen vertraglichen als auch einen gesetzlichen Anspruch auf die von ihr verlangten Auskünfte (Rz. 80). Wie gezeigt wurde, hat sie auf diese Ansprüche nicht verzichtet.