

**Moot Court Team 1**

Kim O'Neill  
Lukas Groth  
Gianin Hoessly  
Valerio Preisig

**Einschreiben**

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

24. März 2017

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

**Prof. Dr. Eliana Überhöher**

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

**Conquest Distribution Ltd.**

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

**Beklagte 1**

**Corpsanis Holding AG**

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

**Beklagte 2**

vertreten durch Moot Court Team 1

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten 1 und 2 stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

1. Auf die Klage gegen die Beklagte 2 sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
2. Eventualiter zu 1.: Die Klage gegen die Beklagte 2 sei abzuweisen;
3. Die Klage gegen die Beklagte 1 sei abzuweisen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVI
A. Das Schiedsgericht ist bezüglich der Beklagten 2 unzuständig.....	1
1. Die Beklagte 2 ist nicht von der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst.....	1
1.1. Bei der Auslegung sind gewisse Besonderheiten zu beachten.....	1
a) Die Schiedsklausel ist restriktiv auszulegen.....	1
b) Das Prinzip des contra proferentem ist zu beachten.....	1
1.2. Die Beklagte 2 wird in der Schiedsklausel nicht erwähnt.....	1
1.3. Die Systematik des K-1 spricht gegen die Bindung der Garantinnen.....	2
1.4. Der Sinn der Schiedsklausel verlangt keine Bindung der Beklagten 2.....	3
2. Die Garantieansprüche sind nicht von der objektiven Tragweite erfasst.....	3
B. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist ungültig.....	4
1. Der Ausschluss der Beklagten 2 von der Schiedsrichterernennung ist unzulässig.....	4
1.1. Die Beklagte 2 hatte keine Möglichkeit zur Einflussnahme.....	4
1.2. Die Beklagte 2 muss die Möglichkeit zur formalen Mitwirkung haben.....	5
1.3. Eventualiter: Die gemeinsame Schiedsrichterernennung ist unzulässig.....	5
2. Die Schiedsklausel ist gesamthaft ungültig.....	6
3. Die Beklagte 2 hat die Geltendmachung der Ungültigkeit nicht verwirkt.....	7
C. Die Zuständigkeit lässt sich nicht auf andere Weise begründen.....	7
1. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Verfahren eingelassen.....	7
2. Der Jurisdictional Approach führt nicht zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	9
D. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert.....	9
1. Die Parteien vereinbarten in K-2 eine Forderungsverpfändung.....	10
2. Art. 13.5 K-1 steht der Übertragbarkeit der Forderung entgegen.....	11
2.1. Das Abtretungsverbot verstösst nicht gegen Art. 27 ZGB.....	11
2.2. Das Abtretungsverbot hat dingliche Wirkung.....	12
2.3. Zur Verpfändung fehlt die Zustimmung der Beklagten 1.....	13
a) Um Zustimmung wurde nie gefragt.....	13
b) Die Zustimmung hätte nicht erteilt werden müssen.....	14
c) Die Zustimmung kann nicht fingiert werden.....	14
2.4. Das Abtretungsverbot gilt im Verfügungszeitpunkt.....	15
3. Weitere Voraussetzungen der Forderungsverpfändung sind nicht gegeben.....	15

4. Eventualiter: Die Voraussetzungen einer Sicherungszession fehlen .....	16
E. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auskunft.....	16
1. Art. 5.2 K-1 umfasst keine Auskünfte wie von der Klägerin verlangt.....	16
1.1. Dokumente an eine US-amerikanische Behörde sind nicht erfasst.....	16
1.2. Interne Dokumente sind nicht erfasst.....	17
1.3. Dokumente von einer US-amerikanischen Behörde sind nicht erfasst .....	17
1.4. Es liegt kein regulatorischer Entscheidprozess vor.....	18
2. Es bestehen keine gesetzlichen Auskunftspflichten.....	18
2.1. Aus Art. 418c, 418f und 400 OR ergeben sich keine Auskunftspflichten .....	18
2.2. Aus Art. 2 ZGB ergibt sich keine Auskunftspflicht.....	19
3. Eventualiter: Auf die Auskunft wurde verzichtet.....	20
Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren .....	20

## Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER REGINA E. et al., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

(zit. BK ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [93, 95]

BACHES ZOÉ, Im Dschungel der US-Justiz, NZZ Nr. 270 vom 20. November 2015, S. 14.

(zit. BACHES, S. ...)

N [82]

BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§1-610, 3. Auflage, München 2012.

(zit. Komm. BGB-BEARBEITER, § ... N ...)

N [32]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012.

(zit. BERGER, N ...)

N [76]

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

(zit. BERGER/KELLERHALS, N ...)

N [17, 19]

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009.

(zit. BÖCKLI, § ... N ...)

N [75]

BREKOULAKIS STAVROS L., Third Parties in International Commercial Arbitration, New York 2010.

(zit. BREKOULAKIS, N ...)

N [43]

BUCHER EUGEN, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Festgabe für Henri Deschenaux Professor an der Universität Freiburg zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, S. 249-269.

(zit. BUCHER, S. ...)

N [88]

FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010.

(zit. FELLMANN, N ...)

N [28]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

(zit. BK OR-FELLMANN, Art. ... N ...)

N [91]

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

(zit. FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, § ... N ...)

N [21]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Den Haag 1999.

(zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N ...)

N [5, 9]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

(zit. CHK OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [8, 73]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR, Bern 1964.

(zit. BK OR-GAUTSCHI, Art. ... N ...)

N [89, 90]

GLANZMANN ANDREAS, Der Alleinvertriebsvertrag im schweizerischen Kartellrecht, unter vergleichender Heranziehung des EG-Rechts, in: St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band Nr. 25, Diss. Univ. St. Gallen, Bern/Stuttgart 1991.

(zit. GLANZMANN, S. ...)

N [91]

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013.

(zit. BSK IPRG-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [4, 15, 38]

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

(zit. BSK ZGB II-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [50, 76]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-183 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

(zit. BSK OR I-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [9, 57]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [94]

HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht?

- Eine Einführung, SZW/RSDA, 4/2015, S. 280-300.

(zit. HUGUENIN/MEISE, S. ...)

N [59]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2014.

(zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N ...)

N [61]

JAUN MANUEL, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzungen und Schranken der Rechtsfindung contra verba legis, Bern 2001.

(zit. JAUN, S. ...)

N [64]

KLEYLING THOMAS F., Zession - unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession - und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Diss. Univ. Basel, Zürich 1979.

(zit. KLEYLING, S. ...)

N [49]

LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Auflage, Stuttgart et al. 2005.

(zit. LIONNET/LIONNET, S. ...)

N [12]

MASSURAS KONSTADINOS, Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, in: Europäische Hochschulschriften: Reihe II, Rechtswissenschaft, Band 2419, Diss. Univ. Hannover, Frankfurt am Main 1998.

(zit. MASSURAS, S. ...)

N [17, 26]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, *Der Alleinvertrieb, Ein Handbuch für Praktiker*, 2. Auflage, St. Gallen 1992.

(zit. MEYER, S. ...)

N [91]

NICKLISCH FRITZ, *Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Grossprojekten*, in: PLANTEY ALAIN/BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/BREDOW JENS (Hrsg.), *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1994, S. 221-239.

(zit. NICKLISCH, S. ...)

N [26]

OFTINGER KARL/BÄR ROLF, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884-918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Auflage, Zürich 1981.

(zit. ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art. ... N ...)

N [74]

PAETZOLD VERONIKA, *Alleinvertriebsvertrag Deutschland - Schweiz*, 2. Auflage, Zürich 2006.

(zit. PAETZOLD, S. ...)

N [90]

PAIR LARA MICHAELA, *Consolidation in International Commercial Arbitration, The ICC and Swiss Rules*, Diss. Univ. St. Gallen, Den Haag 2011.

(zit. PAIR, S. ...)

N [12]

PLATTE MARTIN, *When Should an Arbitrator Join Cases?*, *Arbitration International - The Journal of LCIA*, 1/2002, S. 67-81.

(zit. PLATTE, S. ...)

N [12]

REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich/Basel/Genf 2006.

(zit. REETZ, N ...)

N [46, 47]

SCHWAB KARL HEINZ, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft, in: LINDACHER WALTER F. et al. (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1989, S. 285-294.

(zit. SCHWAB, S. ...)

N [31]

SPIRIG EUGEN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993.

(zit. ZK OR-SPIRIG, Art. ... N ...)

N [51]

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

(zit. BSK ZPO-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [44]

STUTZ BETTINA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Urteil des Bundesgerichts 127 III 332 vom 2. Mai 2001 i.S. Erbengemeinschaft J.M. (Berufungsklägerin) gegen K. AG (Berufungsbeklagte) Urteil des Bundesgerichts 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 i.S. W, C und T (Berufungskläger) gegen H Immobilien Holding AG (Berufungsbeklagte), SZW/RSDA, 2/2003, S. 102-110.

(zit. STUTZ/VON DER CRONE, S. ...)

N [75]

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015.

(zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § ... N ...)

N [55]

UGARTE RICARDO/BEVILACQUA THOMAS, Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration, An Update on the Governing Provisions, *J. Int'l Arb.*, 1/2010, S. 9-49.

(zit. UGARTE/BEVILACQUA, S. ...)

N [31]

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1974.

(zit. VON TUHR/ESCHER, S. ...)

N [48]

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015.

(zit. BSK BV-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [23]

WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, in: *Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 96*, Diss. Univ. Basel, Basel 2009.

(zit. WALDMANN, S. ...)

N [79]

WYNIGER CHARLES, Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Univ. Bern, Winterthur 1963.

(zit. WYNIGER, S. ...)

N [89]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, 2. Auflage, Zürich 2013.

(zit. Komm. SRIA-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [39]

## **Entscheidverzeichnis**

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

9. April 1991

BGE 117 II 94

N [51, 63]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. März 1996

BGE 122 III 118

N [60]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

29. Juli 1996

BGE 122 III 420

N [8]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. August 1996

BGE 123 III 35

N [39]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. Februar 1997

BGE 123 III 60

N [45]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

24. Juni 1999

BGE 125 III 257

N [35]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
2. Mai 2001  
BGE 127 III 332  
N [75]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2001  
BGE 128 III 50  
N [3, 37, 38]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
30. Mai 2002  
BGE 128 III 366  
N [49]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
3. September 2002  
BGer 4C.129/2002  
N [57]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
14. Oktober 2002  
BGE 129 III 118  
N [84]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
8. Juli 2003  
BGE 129 III 675  
N [3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
N [2, 41]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
9. Januar 2004  
BGE 130 III 213  
N [21]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
2. Mai 2006  
BGE 132 III 677  
N [93]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
19. Februar 2007  
BGE 133 III 139  
N [19]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
19. Dezember 2007  
BGer 4A\_331/2007  
N [92]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
25. Oktober 2010  
BGer 4A\_279/2010  
N [3, 4]

Auszug aus dem Urteil der zweiten sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
28. Juni 2011  
BGE 137 V 210  
N [23]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
7. November 2011  
BGE 138 III 29  
N [29]

Helen C. Griggs, et al. v. Luke Evans, et al., Court of Special Appeals of Maryland

2. Mai 2012

Nr. 2596

Verfügbar auf: <http://caselaw.findlaw.com/md-court-of-special-appeals/1608499.html>

(besucht am 22. März 2017)

(zit. Griggs v. Evans, S. ...)

N [42]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

27. Februar 2014

BGE 140 III 134

N [3]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. Oktober 2016

BGer 4A\_310/2016

N [15]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AG	Aktiengesellschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
Diss.	Dissertation
DOJ	US Department of Justice
E.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
et al.	et alii/aliae
f./ff.	folgende/fortfolgende
gem.	gemäss
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
i.S.	in Sachen
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
Komm.	Kommentar
KS	Klageschrift des Moot Court Teams 2 vom 9. Dezember 2016
K-1	Distributionsvertrag vom 28. Februar 2008

K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
K-4	Beendigungsvereinbarung vom 16. September 2015
K-5	Pressemitteilung des US Attorney's Office vom 14. Dezember 2015
LCIA	The London Court of International Arbitration
Ltd.	Limited
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
S.	Seite
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 01. Juni 2012
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/Swiss Review of Business and Financial Market Law
u.a.	unter anderem
US	United States
u.U.	unter Umständen
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
v.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 27

## **A. Das Schiedsgericht ist bezüglich der Beklagten 2 unzuständig**

### **1. Die Beklagte 2 ist nicht von der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst**

- 1 Die Klägerin stellt korrekterweise fest, dass der Konsens der Parteien über die Parteistellung der Beklagten 2 in Frage steht (KS, N 6). Eine korrekte Auslegung der Schiedsklausel führt entgegen ihrer Ansicht (KS, N 6) zur Verneinung der Parteistellung.

#### **1.1. Bei der Auslegung sind gewisse Besonderheiten zu beachten**

- 2 Grds. sind die allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung heranzuziehen (BGE 130 III 66 E. 3.2). Für die Auslegung der subjektiven Tragweite gelten folgende Besonderheiten:

##### *a) Die Schiedsklausel ist restriktiv auszulegen*

- 3 Die Schiedsklausel ist entgegen der Ansicht der Klägerin restriktiv und nicht ergebnisneutral auszulegen (KS, N 8 ff.). Dies ist unter dem Blickwinkel von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die den Zugang zu einem gesetzlich geschaffenen Gericht garantieren, gerechtfertigt (BGE 128 III 50 E. 2c aa). Das Bundesgericht hat in diversen Entscheiden, welche internationale Verhältnisse betrafen, strittige Schiedsklauseln restriktiv ausgelegt (vgl. BGE 140 III 134 E. 3.2; BGer 4A\_279/2010 E. 3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3).

- 4 Die Befürworter einer ergebnisneutralen Auslegung begründen ihre Ansicht damit, dass im internationalen Kontext die Schiedsgerichte den staatlichen Gerichten bezüglich Neutralität nicht nachstehen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52 f.) und eine restriktive Auslegung daher nicht notwendig ist. Eine solche pauschale Aussage vermag jedoch aufgrund der Vielfältigkeit internationaler Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu überzeugen. Vielmehr wird dabei missachtet, dass die Beurteilung durch ein Schiedsgericht mit einer Einschränkung der Rechtsmittelwege und höheren Kosten einhergeht (vgl. BGer 4A\_279/2010 E. 3.1). Eine restriktive Auslegung ist daher auch in internationalen Verhältnissen geboten.

##### *b) Das Prinzip des contra proferentem ist zu beachten*

- 5 Das Prinzip des contra proferentem statuiert, dass unklare Schiedsklauseln zuungunsten derjenigen Parteien ausgelegt werden, die sie verfasst haben (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 497). Die PerAspera Pharma AG und die Beklagte 1 haben die Vertragsverhandlungen geführt und die strittige Schiedsklausel verfasst. Die Auslegung des Vertrags muss somit im Zweifel entgegen ihren Interessen erfolgen.

#### **1.2. Die Beklagte 2 wird in der Schiedsklausel nicht erwähnt**

- 6 Die Klägerin macht eine Bindung der Beklagten 2 an die Schiedsklausel aufgrund der weitgefassten Formulierung geltend (KS, N 11 ff.). Sie verkennt dabei, dass der Wortlaut i.c. lediglich einen Schluss auf die objektive Tragweite der Schiedsklausel zulässt (vgl. dazu N 15). Dem Wortlaut der Schiedsklausel kann jedoch ohnehin nicht zuviel Gewicht beigemessen

werden, da die Parteien lediglich die Musterschiedsklausel der SRIA übernommen haben. Eine Bindung der Garantinnen kann daraus nicht automatisch abgeleitet werden.

- 7 Viel bedeutsamer ist hingegen die Änderung, welche die Parteien an der Musterschiedsklausel vorgenommen haben. Diese besteht darin, das Verfahren zur Ernennung der Schiedsrichter zu regeln. Dabei werden nur die Beklagte 1 sowie die PerAspera Pharma AG, nicht jedoch die Garantinnen, erwähnt. Diese bewusste Abweichung von der Musterschiedsklausel lässt darauf schliessen, dass eine Bindung der Garantinnen gerade nicht beabsichtigt war.
- 8 Bei der Auslegung muss insb. davon ausgegangen werden, dass die Parteien keine unsachgemässe Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a). Im Zweifel ist diejenige Auslegung zu wählen, nach welcher der Vertrag gültig und sinnvoll erscheint (CHK OR-KUT, Art. 18 N 17). Würde von einer Bindung der Garantinnen ausgegangen, käme ein Ernennungsverfahren zum Zuge, welches im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Parteien und somit die Gültigkeit äusserst problematisch wäre (vgl. N 16 ff.). Da die Schiedsrichterernennung ein klassisches Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit darstellt, ist nicht anzunehmen, dass die Parteien bewusst eine solche Vereinbarung getroffen hätten.

### **1.3. Die Systematik des K-1 spricht gegen die Bindung der Garantinnen**

- 9 Entspringt die von einem Garanten übernommene Verpflichtung einem Vertrag, der eine Schiedsklausel enthält, so ist dieser nicht automatisch an sie gebunden (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 498). Denn die Garantie ist ein selbstständiger Vertrag (BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 22). Sie wird i.c. in Art. 12 K-1 denn auch explizit als eigenständige Verpflichtung bezeichnet. Dadurch wird deutlich, dass die Garantieverträge nicht den Bedingungen des Vertriebsvertrags unterliegen.
- 10 Der K-1, der u.a. die Garantie enthält, ist als Distributionsvertrag betitelt. Die Parteien haben in der Überschrift, unter welcher die Schiedsklausel steht, aber die Bezeichnung Vertriebsvertrag anstelle von Distributionsvertrag gewählt. Da in Vertragsabschlüssen auf jedes Wort geachtet wird, muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien dadurch zwischen den Verträgen differenzieren wollten. Dies zeigt, dass die Schiedsklausel nicht für den Distributionsvertrag, sondern eben nur für den Vertriebsvertrag zwischen der PerAspera Pharma AG und der Beklagten 1 gilt.
- 11 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte 2 durch Unterzeichnung des K-1 den Anschein erweckte, von der Schiedsklausel erfasst zu sein, da eine Garantie keine Unterschrift erfordert (KS, N 14). Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Schiedsvereinbarung nicht unterzeichnet werden muss (vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG). Da beide Verträge keine Unterschrift erfordern, kann aus der Unterzeichnung nicht abgeleitet werden, auf welchen Vertrag sie sich bezieht.

#### **1.4. Der Sinn der Schiedsklausel verlangt keine Bindung der Beklagten 2**

- 12 Die Klägerin macht geltend, der Zweck der Schiedsklausel verlange eine Bindung der Beklagten 2, da eine Spaltung der Zuständigkeit aufgrund der Gefahr widersprüchlicher Urteile sowie des daraus resultierenden grösseren Aufwands verhindert werden soll (KS, N 13). Die Gefahr widersprüchlicher Urteile ist in der Praxis aber sehr gering (PAIR, S. 234; PLATTE, S. 78 f.). Auch ist zu beachten, dass Mehrparteienschiedsverfahren i.d.R. komplex und langwierig werden (LIONNET/LIONNET, S. 445). Deshalb konnte bei Vertragsschluss kaum beurteilt werden, welcher Prozessweg im Streitfall tatsächlich effizienter sein würde.
- 13 Vor allem aber liegt der Schiedsklausel ein anderer Zweck zugrunde. Sie sollte in erster Linie eine schnelle und unkomplizierte Streitbeilegung zwischen der Lieferantin und der Distributorin ermöglichen. Im Zentrum stand die reibungslose Abwicklung des Alleinvertriebsvertrages und die Gewährleistung der Erfüllung der primären Leistungspflichten durch die Parteien dieses Vertrages. Dadurch sollte im Falle von Streitigkeiten ein Einbruch des Absatzes verhindert bzw. die möglichst mangel- und lückenlose Lieferung von Dyalgonin® sichergestellt werden. Ein Einbezug der Garantinnen mit dem Risiko eines komplexen und ineffizienten Mehrparteienschiedsverfahrens läuft diesem Zweck zuwider.
- 14 Zudem ist die PerAspera Pharma AG ein Spin-off einer Universität und ein Jungunternehmen, welches weder besondere Finanzstärke noch Geschäftserfahrung aufweist (Einleitungsanzeige, N 1 ff.). Um Kosten und Aufwand gering zu halten, lag es in ihrem Interesse, in räumlicher Nähe, nach schweizerischem Recht und in einer ihr geläufigen Sprache prozessieren zu können. Eine solche Regelung war jedoch nur in Bezug auf die Beklagte 1 mit Sitz in Kanada relevant. Eine Klage gegen die in Deutschland ansässige Beklagte 2 wäre auch vor staatlichen Gerichten für die PerAspera Pharma AG aufgrund derselben Sprache, der räumlichen Nähe und des ähnlichen Rechtssystems unproblematisch gewesen.

#### **2. Die Garantieansprüche sind nicht von der objektiven Tragweite erfasst**

- 15 Gem. Wortlaut werden alle Ansprüche unter die Schiedsklausel gefasst, die „[...] im Zusammenhang mit diesem Vertrag [...]“ stehen (Art. 13.1 K-1). Von der objektiven Tragweite können jedoch nur Ansprüche erfasst sein, welche zwischen den Parteien der Schiedsvereinbarung bestehen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 186 N 74). Die Prüfung der objektiven Tragweite erübrigt sich, wenn das Schiedsgericht aufgrund der subjektiven Tragweite nicht zuständig ist (BGer 4A\_310/2016 E. 3.3). Da die Beklagte 2 nicht von der subjektiven Tragweite erfasst ist, können die Garantieansprüche nicht von der objektiven Tragweite erfasst sein.

## **B. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist ungültig**

16 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 16) ist die Schiedsklausel ungültig.

### **1. Der Ausschluss der Beklagten 2 von der Schiedsrichterernennung ist unzulässig**

17 Die Möglichkeit zur Einflussnahme bei der Bestellung des Schiedsgerichts gehört zu den Eckpfeilern der Schiedsgerichtsbarkeit (MASSURAS, S. 24), weshalb jede Partei zwingend die Möglichkeit zur Mitwirkung haben muss (BERGER/KELLERHALS, N 773). Zudem verlangt der Grundsatz der Parität, dass keiner Partei überwiegender Einfluss auf die Schiedsrichterernennung zukommt (ibidem, N 748).

18 Die Beklagte 1 sowie die Klägerin konnten jeweils selbstständig einen Schiedsrichter ernennen und dadurch das Schiedsgericht nach ihrem alleinigen Willen konstituieren. Der Beklagten 2 wurden hingegen durch die Regelung in Art. 13.1 K-1 jegliche Mitwirkungsrechte entzogen. Dies verletzt den Grundsatz der Parität.

19 Ausserdem kann auf die Parität nicht verzichtet werden (BGE 133 III 139 E. 6.1; BERGER/KELLERHALS, N 748). Die Klägerin macht denn richtigerweise auch keinen Verzicht der Beklagten 2 durch die Vereinbarung des Art. 13.1 K-1 geltend.

#### **1.1. Die Beklagte 2 hatte keine Möglichkeit zur Einflussnahme**

20 Sollte die Klägerin behaupten, die Parität könnte dadurch gewährleistet sein, dass die Beklagte 2 aufgrund der Konzernstruktur bei der Schiedsrichterernennung mitwirken konnte, so wäre diesem Vorbringen nicht zu folgen.

21 Verwaltungsräte müssen die Interessen der Gesellschaft wahren, die sie vertreten. Sie dürfen keinesfalls die Interessen anderer Personen wie z.B. einzelner Aktionäre vertreten (vgl. zum Schweizer Recht: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 27). Auch in Konzerngesellschaften sind die Verwaltungsräte allein den Interessen der Gesellschaft verpflichtet, deren Organe sie sind (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.2). Dieser Grundsatz kann u.U. bei vollständiger Beherrschung durch eine Muttergesellschaft aufgeweicht werden, nicht aber bei je hälftiger Beteiligung zweier unabhängiger Gesellschaften. In solchen Fällen darf nur das Interesse der vertretenen Gesellschaft berücksichtigt werden.

22 Folglich waren der Verwaltungsrat und das Management der Beklagten 1 allein den Interessen derselben verpflichtet. Da davon auszugehen ist, dass sich die Verwaltungsräte rechtmässig verhalten haben, blieben die Interessen der Beklagten 2 bei der Schiedsrichterernennung unberücksichtigt. Von einer Vertretung der Interessen der Beklagten 2 im Ernennungsverfahren bzw. von einer tatsächlichen Mitwirkung der Beklagten 2 kann deshalb keine Rede sein.

### **1.2. Die Beklagte 2 muss die Möglichkeit zur formalen Mitwirkung haben**

- 23 Der verfassungsmässige Grundsatz der Waffengleichheit gem. Art. 29 Abs. 1 BV verlangt ohnehin eine formale Gleichbehandlung der Parteien. Er ist auch verletzt, wenn keiner Partei Nachteile aus der formalen Ungleichbehandlung erwachsen (vgl. zum Ganzen BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1 f.). Aufgrund seiner Ausgestaltung als Mindestgarantie gilt der Grundsatz in allen Verfahrensordnungen (BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 6) und kann folglich nicht eingeschränkt werden. Wie oben dargelegt, liegt eine formale Ungleichbehandlung vor (vgl. N 17 ff.). Deshalb liegt unabhängig davon, ob die Beklagte 2 tatsächlich auf die Konstituierung Einfluss hätte nehmen können, eine Verletzung der Waffengleichheit vor.
- 24 Diese Lösung ist sachgerecht, da die Klärung, ob im Einzelfall eine Möglichkeit zur Mitwirkung bestanden hat, eine aufwendige Analyse der Konzernverhältnisse sowie der betroffenen Rechtsordnungen bedürfte. Aufgrund der Komplexität dieser Frage ist im Sinne der Rechtssicherheit und aufgrund der Ausgestaltung der Waffengleichheit als Mindestgarantie eine Lösung zu bevorzugen, die formelle Mitwirkung voraussetzt und dadurch ausreichende Möglichkeiten zur Mitwirkung ausnahmslos garantiert.
- 25 Wollte die Klägerin trotz allem eine ausreichende Mitwirkung durch die Beklagte 2 im Ernennungsverfahren behaupten, müsste sie die tatsächlichen Mitwirkungsmöglichkeiten detailliert darlegen, was i.c. nicht geschehen ist.

### **1.3. Eventualiter: Die gemeinsame Schiedsrichterernennung ist unzulässig**

- 26 Sollte das Schiedsgericht davon ausgehen, dass die Beklagten die Schiedsrichter faktisch gemeinsam ernannt haben, ist die Schiedsklausel dennoch ungültig, da eine solche Ernennung unzulässig wäre. Mehrere Parteien mit divergierenden Interessen können nämlich nicht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters gezwungen werden (NICKLISCH, S. 228). Dabei reicht bereits die reale Möglichkeit eines Interessenkonflikts (MASSURAS, S. 328).
- 27 Es ist zwar durchaus möglich, dass die Beklagten in Bezug auf die Auskunftspflicht sowie die Vertragsverletzung dieselben Interessen verfolgen, wie das die Klägerin behauptet (vgl. KS, N 39 ff.). Jedoch verkennt sie, dass sich in allfälligen späteren Verfahrensabschnitten Fragen bezüglich des Bestandes oder des Umfangs der Haftung der Beklagten 2 stellen könnten. Diese Fragen sind insb. deshalb problematisch, da die Arteria Pharma AG als Aktionärin mit hälftiger Beteiligung an der Beklagten 1 ebenfalls betroffen wäre, ohne Teil des Verfahrens zu sein. Für sie wäre es von Vorteil, wenn die Beklagte 2 den Schaden tragen würde. Für die Beklagte 2 hingegen wäre es sinnvoll, den Schaden auf die Beklagte 1 abzuwälzen. So würde der Schaden, aufgrund der Eigentumsverhältnisse an der Beklagten 1, hälftig mit der Arteria Pharma AG geteilt. Es ist also davon auszugehen, dass die Arteria Pharma AG ihre eigenen

Interessen durch ihren Einfluss auf die Beklagte 1 geltend machen wird und Interessenkonflikte zwischen den mehreren Beklagten folglich sehr wahrscheinlich sind.

28 Die Vertretung beider Beklagten durch denselben Anwalt ist entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 42) kein Indiz, dass die Beklagten in jeder Hinsicht dieselben Interessen verfolgen. Eine Mehrfachvertretung ist grds. zulässig (FELLMANN, N 348). Erst wenn die Interessenkonflikte relevant werden, muss und kann der Anwalt alle Mandate niederlegen (ibidem, N 349 f.). Da sich im ersten Verfahrensschritt lediglich die Fragen der Aktivlegitimation und der Auskunftspflicht stellen, ist die Mehrfachvertretung noch unproblematisch.

## **2. Die Schiedsklausel ist gesamthaft ungültig**

29 Die oben dargelegte Verletzung zwingenden Rechts führt entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, N 17 f.) zur Ungültigkeit der gesamten Schiedsklausel und hat nicht lediglich Teilungültigkeit zur Folge. Nach Art. 20 Abs. 2 OR ist entscheidend, ob die Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten (so auch der von der Klägerin zitierte BGE 138 III 29 E. 2.3.2). Zu prüfen ist deshalb, welche zulässigen Regelungen der Schiedsrichterernennung dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen.

30 Die Klägerin schlägt vor, die mehreren Beklagten hätten nach Art. 8 Abs. 4 SRJA gemeinsam einen Schiedsrichter zu ernennen (KS, N 45). Diese Vorgehensweise ist jedoch wie bereits dargelegt ebenfalls unzulässig (vgl. N 26 ff.).

31 Rechtmässig wäre u.U. die Ernennung aller Schiedsrichter durch den Gerichtshof (Art. 8 Abs. 5 SRJA). Die Schiedsrichterernennung ist jedoch ein zentrales Element der Schiedsgerichtsbarkeit. Oft wird gerade deshalb ein Schiedsverfahren gewählt (SCHWAB, S. 290). Dabei kommt es nicht nur auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter an, sondern auch auf persönliche Eigenschaften, technisches oder rechtliches Fachwissen sowie die diesen zur Verfügung stehende Zeit (UGARTE/BEVILACQUA, S. 12 f.). Eine Ernennung der Schiedsrichter durch den Gerichtshof könnte diesem zentralen Aspekt nicht gerecht werden, weshalb eine solche Regelung nicht dem mutmasslichen Parteiwillen entspricht.

32 Eine an die deutsche Dogmatik der subjektiven Teilbarkeit angelehnte Lösung käme allenfalls in Frage (vgl. Komm. BGB-WENDTLAND, §139 N 14). Demnach wäre denkbar, dass sich die Parteien des K-1 im Bewusstsein um die Ungültigkeit der Schiedsrichterernennung auf eine Schiedsklausel geeinigt hätten, die lediglich die PerAspera Pharma AG und die Conquest Distribution Ltd. unter Ausschluss der Garantinnen verpflichtet hätte. Somit könnte der Zweck der Schiedsvereinbarung gewahrt werden (vgl. N 12 ff.) und gleichzeitig die Bestellung des Schiedsgerichts, wie in Art. 13.1 K-1 vereinbart, aufrechterhalten werden. Vorbehaltlich dieser letzten Alternative hat die Schiedsklausel als gesamthaft nichtig dahinzufallen.

### **3. Die Beklagte 2 hat die Geltendmachung der Ungültigkeit nicht verwirkt**

- 33 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte 2 habe die Unzuständigkeitseinrede aufgrund ungültiger Schiedsklausel dadurch verwirkt, dass sie keine der Möglichkeiten zur Verhinderung der Konstituierung des Schiedsgerichts wahrgenommen habe (KS, N 19 ff.).
- 34 Zum einen hätte die Beklagte 2 ein Ablehnungsbegehren nach Art. 11 SRIA stellen müssen. Ein solches ist den Zwecken der Beklagten 2 jedoch nicht dienlich. Dieses hätte nämlich im Falle der Gutheissung die erneute Bestellung des Schiedsgerichts nach demselben Verfahren (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 SRIA) oder aber die Bestellung des Schiedsgerichts durch den Gerichtshof (Art. 13 Abs. 2 SRIA) zur Folge. Wie oben gezeigt (vgl. N 31), sind beide Varianten für die Beklagte 2 nicht annehmbar. Demzufolge kann lediglich ein (u.U. anfechtbarer) Entscheid des Schiedsgerichts über die Zuständigkeit den Zwecken der Beklagten 2 dienen. Im Gegensatz dazu würde das Ablehnungsbegehren nur zu unnötigen Verzögerungen und Kostensteigerungen führen. Von der Beklagten 2 zu verlangen, ein nicht nur untaugliches, sondern gar nachteiliges Mittel zu ergreifen und an die Nichtergreifung die Verwirkung einer anderen, zweckmässigen Einrede zu knüpfen, wäre unhaltbar.
- 35 Des Weiteren macht die Klägerin widersprüchliches Verhalten der Beklagten 2 geltend, da diese sich nicht gegen die Bestätigung der Schiedsrichter gewehrt habe (KS, N 19 ff.). Dem ist jedoch nicht zu folgen. Widersprüchliches Verhalten würde nämlich voraussetzen, dass schützenswertes Vertrauen begründet wurde (BGE 125 III 257 E. 2a). Davon kann jedoch i.c. keine Rede sein. Zwar hat die Beklagte 2 aus oben genannten Gründen kein Ablehnungsbegehren gestellt. Dies vermag jedoch nicht, wie die Klägerin behauptet, einen „[...] Anschein einer Zustimmung [...]“ (KS, N 28) in Bezug auf die Konstituierung des Schiedsgerichts zu erwecken. Die Klägerin unterschlägt in ihrer Argumentation nämlich, dass die Beklagte 2 bereits in ihrer ersten Eingabe und folglich im erstmöglichen Zeitpunkt die Unzulässigkeit der Schiedsrichterbestellung nach Art. 13.1 K-1 geltend gemacht hat (Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 3). Die Haltung der Beklagten 2 in Bezug auf das Schiedsgericht war deshalb von Beginn an eindeutig. Dies wurde vom Gerichtshof auch zur Kenntnis genommen und sogar explizit so festgehalten (Verfügung Nr. 1, N 5). Die Beklagte 2 hat folglich ihr Recht auf Geltendmachung der Ungültigkeit der Schiedsklausel nicht verwirkt.

## **C. Die Zuständigkeit lässt sich nicht auf andere Weise begründen**

### **1. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Verfahren eingelassen**

- 36 Sollte die Klägerin im Verlauf des Prozesses eine Einlassung der Beklagten 2 auf das Schiedsverfahren geltend machen, so ist diesem Vorbringen nicht zu folgen, da die Beklagte 2 rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede erhoben hat.

- 37 Ein Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit ist nur unter restriktiven Voraussetzungen anzunehmen (vgl. N 3 f.). Dies ist bei der Beantwortung der Frage, ob rechtzeitig eine Unzuständigkeitseinrede erhoben wurde, zu berücksichtigen (BGE 128 III 50 E. 2c aa). Im Zweifelsfalle müssen die Parteierklärungen folglich als Unzuständigkeitseinrede ausgelegt werden.
- 38 Als Unzuständigkeitseinrede gilt jede Erklärung einer Partei, aus welcher hervorgeht, dass sie das Schiedsgericht zur Beurteilung der Streitsache als unzuständig erachtet (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 186 N 92). Die Bezeichnung als solche ist dabei nicht erforderlich (BGE 128 III 50 E. 2c aa). Die Beklagte 2 macht die Verletzung der Gleichbehandlung der Parteien und des Rechts auf Ernennung ihres eigenen Schiedsrichters geltend (Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 3). Die Folge solcher Verletzungen ist die Ungültigkeit der Schiedsklausel, deren Geltendmachung sie sich vorbehält (Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 1 ff.). Da eine gültige Schiedsklausel Voraussetzung für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist, zeigt die Beklagte 2 dadurch eindeutig, dass sie die Zuständigkeit nicht ohne Weiteres anerkennen will. Dies war nach Treu und Glauben für alle Beteiligten erkennbar. Auch das Schiedsgericht ging offensichtlich nicht davon aus, dass die Beklagte 2 die Zuständigkeit des Schiedsgerichts akzeptiert. So statuiert die Verfügung des Schiedsgerichts explizit, dass sich die Beklagte 2 Einreden bezüglich der Zuständigkeit vorbehält (Verfügung Nr. 1, N 5). Die Einleitungsantwort der Beklagten 2 kann folglich als Unzuständigkeitseinrede qualifiziert werden.
- 39 Eine Einlassung setzt zudem voraus, dass vor Erheben der Unzuständigkeitseinrede Äusserungen zur Hauptsache erfolgen (vgl. Komm. SRIA-ZUBERBÜHLER, Art. 21 N 22). Das BGer verlangt hierbei aber eine „[...] unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln [...]“ (BGE 123 III 35 E. 3b). Die materiellen Äusserungen der Beklagten 2 erfüllen diese Anforderungen keineswegs, da sie lediglich einstweilen und unter dem Vorbehalt weiterer Ausführungen erfolgen (Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 2). Zudem erfolgt kein eigenes Vorbringen der Beklagten 2, sondern lediglich ein Anschluss an diejenigen der Beklagten 1. Es ist somit offensichtlich, dass diese Äusserungen nicht definitiv sind und die Möglichkeit zur Abänderung offenbleiben soll. Auf keinen Fall aber kann aus der Einleitungsantwort ein unzweideutiger Wille der Beklagten 2, die Streitsache vor einem Schiedsgericht zu verhandeln, abgeleitet werden.
- 40 Schliesslich sind die materiellen Äusserungen im Vergleich zu den Ausführungen über die Gültigkeit sehr vage und wenig konkretisiert. Die Unzuständigkeitseinrede stellt klarerweise den Hauptstandpunkt der Einleitungsantwort der Beklagten 2 dar. Die materiellen Äusserungen vermögen somit keine Einlassung zu begründen.

41 Eine Unzuständigkeitseinrede kann grds. auch noch in der Klageantwort geltend gemacht werden (Art. 21 Abs. 3 SRIA). Jedoch müssen prozessrechtliche Fragen grds. im frühestmöglichen Zeitpunkt gerügt werden (BGE 130 III 66 E. 4.3). Die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 erfolgte rechtzeitig. Zudem hat die Beklagte 2 mit ihrer ersten Eingabe klar gestellt, dass sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht ohne Weiteres akzeptiert. Aufgrund des Vorbehalts waren nach Treu und Glauben weitere Konkretisierungen bezüglich der Unzuständigkeit zu erwarten. Die Ausführungen in der Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 sind folglich ebenfalls zu berücksichtigen.

## **2. Der Jurisdictional Approach führt nicht zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

42 Die Klägerin macht geltend, der Garantievertrag werde von der Schiedsklausel erfasst. Dies rechtfertige eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegenüber der Beklagten 2 auch bei deren fehlender Parteistellung (KS, N 47 ff.). Sie bezieht sich dabei auf eine Theorie US-amerikanischer Gerichte. Danach werden Streitigkeiten, welche nicht von einer Schiedsklausel erfasst sind, dennoch durch Schiedsgerichte geklärt, wenn sie in einer wesentlichen Beziehung zu einem Vertrag mit einer Schiedsklausel stehen. Die Klägerin verkennt jedoch, dass der Entscheid, auf dem ihre Quelle beruht, explizit die Ausweitung der Zuständigkeit auf Dritte verneint und nur klärt, welche Ansprüche zwischen den Parteien der Schiedsklausel der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt sind (vgl. Griggs v. Evans, S. 14). Somit betrifft diese Theorie die objektive Tragweite der Schiedsklausel und ist nicht anwendbar, wenn wie vorliegend die subjektive Tragweite strittig ist.

43 Sollte die Klägerin im Verlauf des Verfahrens die Zuständigkeit des Schiedsgerichts trotz fehlender Parteistellung durch Bezugnahme auf eine andere Theorie, den Jurisdictional Approach, begründen, so ist dies ebenfalls abzulehnen. Nach dem Jurisdictional Approach kann ein Schiedsgericht seine Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche Dritter begründen, wenn deren Ansprüche untrennbar mit dem Hauptstreit, der der Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt, verbunden ist (BREKOULAKIS, N 7.18 ff.). Die Anwendung dieser Theorie, welche die Zuständigkeit rein aus prozessökonomischen Gründen bejaht und keinen Konsens der Parteien verlangt, ist unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, die an den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit hohe Anforderungen knüpft (vgl. N 3 f.), abzulehnen. Die Zuständigkeit kann folglich nicht aufgrund des Jurisdictional Approachs begründet werden.

## **D. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert**

44 Eine Partei ist aktivlegitimiert, wenn ihr Anspruch materiell begründet und sie folglich zu dessen Geltendmachung berechtigt ist (BSK ZPO-STECK, Art. 236 N 16). Die Klägerin bringt vor, dass ihr die Ansprüche aus dem K-1 als Sicherheit für das von ihr hingebene Darlehen

abgetreten wurden und sie infolgedessen aktivlegitimiert sei (KS, N 57 ff.). Dabei verkennt sie, dass im K-2 eine Forderungsverpfändung und keine Sicherungszession vereinbart wurde. Ohnehin steht dem Forderungsübergang in beiden Fällen Art. 13.5 K-1 entgegen.

45 Zu beachten ist, dass es gem. Art. 8 ZGB der Klägerin obliegt, diejenigen Tatsachen zu beweisen, auf die sie ihre Aktivlegitimation stützt (BGE 123 III 60 E. 3a). Die Folgen der Beweislosigkeit hätte folglich die Klägerin zu tragen.

### **1. Die Parteien vereinbarten in K-2 eine Forderungsverpfändung**

46 Bei Verwendung unbestimmter Begriffe wie „Sicherheit“ ist die Qualifikation eines Vertrags nach den allgemeinen Auslegungsregeln vorzunehmen (REETZ, N 430 ff.). Im Folgenden wird aufgezeigt, dass entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, N 58) der Parteiwille auf eine Forderungsverpfändung gerichtet war.

47 Die Klägerin bringt lediglich vor, dass eine faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession bestünde (KS, N 58). Dem ist entgegenzusetzen, dass die praktische Bedeutung der Sicherungszession gem. empirischer Nachforschungen nicht derart überragend ist, dass sich eine entsprechende Vermutung rechtfertigen würde (REETZ, N 438). Vielmehr legt der Grundsatz in dubio mitius nahe, im Zweifelsfall die für den Schuldner günstigere Forderungsverpfändung anzunehmen (ibidem, N 442 f.).

48 Allerdings führt bereits eine Auslegung des K-2 zum Ergebnis, dass eine Forderungsverpfändung dem Parteiwillen entspricht, weshalb sich ein Rückgriff auf eine Vermutung erübrigt. Entgegen der klägerischen Auffassung (KS, N 61) spricht die Ermächtigung in K-2, dass die Darlehensgeberin die Ansprüche „[...] ohne Weiteres selber geltend machen kann [...]“, für die Vereinbarung einer Forderungsverpfändung. Hätten die Parteien eine Sicherungszession vereinbaren wollen, wäre diese Formulierung sinnlos, da das dabei übergegangene Vollrecht an der Forderung die Geltendmachung ohne weiteres Zutun bereits beinhaltet (vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 337 f.). Der Wortlaut spricht folglich für eine Forderungsverpfändung.

49 Nichts anderes lässt sich aus der Interessenlage der Parteien ableiten. Der Verpfänderin verbleibt im Gegensatz zur Zedentin die Verfügungsmacht über die Forderungen und sie ist weiterhin Trägerin aller damit einhergehenden Rechte und Befugnisse (BGE 128 III 366 E. 2b). Weil sie dadurch die Forderung weiterhin wirtschaftlich nutzen und beispielsweise weiterverpfänden kann, liegt die Vereinbarung einer Forderungsverpfändung im Interesse der PerAspera Pharma AG. Eine Forderungsverpfändung mit Einziehungsermächtigung stellt eine mit der Sicherungszession vergleichbare Sicherheit dar (KLEYLING, S. 85 f.). Daher ist unersichtlich, inwiefern eine Forderungsverpfändung den Interessen der Klägerin zuwiderlaufen könnte.

## **2. Art. 13.5 K-1 steht der Übertragbarkeit der Forderung entgegen**

50 Ein Abtretungsverbot steht einer Forderungsverpfändung in gleicher Weise wie einer Zession entgegen (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 29). Art. 13.5 K-1 verhindert demzufolge den Übergang der Ansprüche auf die Klägerin.

51 Obwohl von der Klägerin unbestritten, ist festzuhalten, dass mit der Formulierung „Rechte einer Partei aus diesem Vertrag [...]“ in Art. 13.5 K-1 auch Schadenersatzansprüche aus Verletzung des K-1 erfasst sind (vgl. ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 155; BGE 117 II 94 E. 5c aa).

### **2.1. Das Abtretungsverbot verstösst nicht gegen Art. 27 ZGB**

52 Die klägerische Argumentation, wonach Art. 13.5 K-1 gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst (KS, N 75 ff.), vermag nicht zu überzeugen, weil dadurch weder die wirtschaftliche Freiheit der PerAspera Pharma AG aufgehoben noch in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Grundlagen ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet wären.

53 Bemerkenswert ist, dass weder die Klägerin noch die von ihr angeführte SCHWENZER (KS, N 75) darlegen, inwiefern ein Abtretungsverbot grds. geeignet sein könnte, die wirtschaftliche Freiheit aufzuheben oder derart einzuschränken, dass die wirtschaftliche Existenz einer Person gefährdet werden könnte. Soweit ersichtlich hat auch das Bundesgericht Art. 27 Abs. 2 ZGB noch nie auf ein Abtretungsverbot angewendet. Eine Aufhebung der Privatautonomie würde sich auch nicht rechtfertigen, da der Gläubigerin die Forderung aufgrund des Abtretungsverbots als Vermögensposition gerade erhalten bleibt.

54 Jedenfalls kann vorliegend nicht von einer übermässigen Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit gesprochen werden, da eine Abtretung nur in Fällen ausgeschlossen worden ist, in denen ein gewichtiger Grund vorliegt und die Zustimmung zur Abtretung verweigert wird. Damit zeitigt das Abtretungsverbot nur in einem begrenzten Rahmen überhaupt Wirkung. Im Übrigen anerkennt selbst die Klägerin, dass durch das bedingte Zustimmungserfordernis die Wirkung des Abtretungsverbots geradezu gehemmt werde (KS, N 80).

55 Zudem darf im wirtschaftlichen Bereich nur zurückhaltend eine übermässige Bindung angenommen werden und noch nicht einmal eine Verpflichtung über die eigene Leistungsfähigkeit hinaus gilt als übermässig (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 11 N 13). Umso weniger kann ein derart moderat ausgestaltetes Abtretungsverbot gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen.

56 Festzuhalten bleibt, dass vorliegend kein Konnex zwischen Art. 13.5 K-1 und der wirtschaftlichen Existenz der PerAspera Pharma AG bestand, da die Gesellschaft trotz Missachtung des Abtretungsverbots in Liquidation geraten ist.

## 2.2. Das Abtretungsverbot hat dingliche Wirkung

- 57 Die Klägerin bemerkt korrekterweise und in Einklang mit der h.L. und bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein Abtretungsverbot gem. Art. 164 Abs. 1 OR grds. Wirkung gegenüber Dritten zeitigt (KS, N 86; statt vieler BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32; BGer 4C.129/2002 E. 1.1). Im Folgenden wird aufgezeigt, dass im vorliegenden Fall nichts anderes gelten kann.
- 58 Zu Recht wird angeführt, dass von den Parteien in Art. 13.1 K-1 Schweizer Recht vereinbart wurde (KS, N 86). Aus dem Umstand, dass eine Vertragspartei ihren Sitz nicht in der Schweiz hat, kann entgegen den klägerischen Ausführungen (KS, N 86) nicht darauf geschlossen werden, dass sie die Lösung einer ausländischen Rechtsordnung der schweizerischen vorzieht. Vielmehr darf angenommen werden, dass die Parteien in Kenntnis der dinglichen Wirkung von Art. 164 Abs. 1 OR das schweizerische Recht gewählt haben. Eine Missachtung dieser Wahl würde eine Verletzung der Privatautonomie darstellen.
- 59 Der klägerische Einwand, wonach die im Gesetzesentwurf zum OR 2020 vorgesehene obligatorische Wirkung gelten soll (KS, N 88 f.), verfängt aus zweierlei Gründen nicht. Zum einen ist ungewiss, ob und in welcher Ausgestaltung der Gesetzesentwurf vom Gesetzgeber angenommen wird (HUGUENIN/MEISE, S. 300). Folglich kann der OR 2020-Entwurf mangels Rechtskraft keinen Einfluss auf die geltende Rechtslage haben. Zum anderen begannen die Forschungsarbeiten zum OR 2020-Entwurf erst im Februar 2008 (ibidem, S. 295), weshalb dieser zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 27. Februar 2008 keinen Einfluss auf den Parteiwillen gehabt haben konnte und folglich für die Auslegung unbeachtlich ist.
- 60 Eine Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht muss zudem gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht werden (BGE 122 III 118 E. 2a). Hätten die Parteien obligatorische Wirkung vereinbaren wollen, müsste sich in Art. 13.5 K-1 manifestieren, dass dieser Dritten gegenüber keine Wirkung haben soll. Der Wortlaut von Art. 13.5 K-1 enthält keinerlei Hinweise, wonach die Parteien von Art. 164 Abs. 1 OR abweichen wollten.
- 61 Denselben Schluss lässt die Interessenlage der Parteien zu. Die Klägerin vermag nicht darzulegen, inwiefern die Zwecke gem. Verfügung Nr. 3, N 7 für die Vereinbarung eines obligatorisch wirkenden Abtretungsverbots sprechen (KS, N 85). Entscheidend für die Wirkung einer Vereinbarung sind die Zweckvorstellungen der Parteien bei Abschluss des Vertrags (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 403). Sämtliche von der Klägerin vorgebrachten Argumente beziehen sich aber auf Verhältnisse nach Vertragsschluss (KS, N 85). Diese sind ungeeignet,

Rückschlüsse darüber zu geben, welche Wirkung die Parteien einer vor acht Jahren getroffenen Vereinbarung beimessen wollten.

- 62 Der mutmassliche Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss ohnehin auf dingliche Wirkung gerichtet gewesen sein, da nur dann die Zwecke des Abtretungsverbots in allen Fällen gewahrt werden können. Obligatorische Wirkung des Abtretungsverbots würde den Zweck gem. Verfügung Nr. 3, N 7, wonach bei Insolvenz der PerAspera Pharma AG die Produktion des Zuliefererbetriebs durch gezielte Zahlungen aufrechterhalten werden soll, vereiteln. Zwar bestünde dann bei einer abtretungsverbotswidrigen Zession ein Schadenersatzanspruch der Beklagten 1. Dieser wäre allerdings nicht einbringlich, da der erwähnte Zweck gerade greift, wenn die PerAspera Pharma AG insolvent ist.
- 63 Ebenfalls nicht zu folgen ist der klägerischen Auffassung, wenn sie aus BGE 117 II 94 im Wege eines argumentum e contrario abzuleiten versucht, dass Art. 13.5 K-1 nicht dinglich wirke (KS, N 84). Indem das Bundesgericht in E. 5c aa feststellte, dass eine Abtretung bei fehlender Zustimmung ungültig ist, anerkennt es implizit die dingliche Wirkung eines Abtretungsverbots mit Zustimmungsvorbehalt. Folglich stützt der angeführte Entscheid im Gegenteil die Auffassung der Beklagten 1.
- 64 Unzutreffenderweise fordert die Klägerin, das Abtretungsverbot sei teleologisch auf rein obligatorische Wirkung zu reduzieren (KS, N 89). Das Instrument der teleologischen Reduktion ist für die Auslegung von Gesetzesnormen vorbehalten (vgl. JAUN, S. 4). Im Übrigen anerkennt die Klägerin mit dieser Formulierung implizit, dass mit Art. 13.5 K-1 bei Vertragsschluss dingliche Wirkung vereinbart wurde.

### **2.3. Zur Verpfändung fehlt die Zustimmung der Beklagten 1**

- 65 Obwohl von der Klägerin nicht vorgebracht, wird im Folgenden auf die Zustimmungsproblematik eingegangen. Unstrittigerweise hat die Beklagte 1 dem Übergang der Ansprüche aus dem K-1 nie schriftlich zugestimmt, wie dies Art. 13.5 K-1 vorausgesetzt hätte. Zudem wird aufgezeigt, dass auch auf andere Weise keine Zustimmung zustande kommen kann. Denn um eine solche wurde nie gefragt, sie hätte nicht erteilt werden müssen und kann auch nicht fingiert werden.

#### *a) Um Zustimmung wurde nie gefragt*

- 66 Eine Zustimmung gem. Art. 13.5 K-1 setzt begriffsnotwendigerweise eine Anfrage voraus. Dies anerkennt auch die Klägerin, wenn sie das Ersuchen um Erlaubnis als Erfordernis bezeichnet (KS, N 83). Demgegenüber kann blosser Kenntnisnahme der Übertragung nicht genügen, um eine Zustimmung auszulösen, da die Parteien gem. Verfügung Nr. 3, N 7 bezweckten, nicht prüfen zu müssen, an wen mit schuldbefreiender Wirkung zu leisten sei. Diesem

Zweck widerspräche es, weil diesfalls ressourcenverzehrend auch Informationen von Drittpersonen auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden müssten. Gem. Verfügung Nr. 3, N 8 haben weder die PerAspera Pharma AG noch die Klägerin je um Zustimmung zur Übertragung der Ansprüche ersucht, weshalb bereits aus diesem Grund nicht von einer Zustimmung ausgegangen werden kann.

67 Wenn nach Ansicht des Gerichts blosser Kenntnisnahme genügt, muss diese wenigstens vor Abschluss der Verpfändung erfolgen. Eine nachträgliche Kenntnisnahme stellt die Beklagte 1 vor die faktische Schwierigkeit, das Vorliegen gewichtiger Gründe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darlegen zu müssen, was insb. bei lange zurückliegenden Rechtsgeschäften mit unverhältnismässigem Aufwand und erheblichen Unsicherheiten verbunden ist.

*b) Die Zustimmung hätte nicht erteilt werden müssen*

68 Ohnehin hätte die Zustimmung nicht erteilt werden müssen, da gewichtige Gründe vorlagen. Gewichtige Gründe sind insb. dann gegeben, wenn die Zwecke des Abtretungsverbots durch eine Abtretung vereitelt werden könnten. Ein Zweck des Abtretungsverbots gem. Verfügung Nr. 3, N 7 besteht in der Aufrechterhaltung des Zuliefererbetriebs im Insolvenzfall der PerAspera Pharma AG. Um diesem Zweck Wirkung zu verschaffen, muss bei absehbarer Insolvenz eine Zustimmung verweigert werden dürfen. Im Zeitpunkt der Verpfändung wusste die Beklagte 1 um die erheblichen Umsatzeinbussen auf dem weltweit wichtigsten Pharmamarkt, da sie diesen selbst für die PerAspera Pharma AG bewirtschaftete. Infolgedessen war für sie eine allfällige Insolvenz der PerAspera Pharma AG nicht auszuschliessen, weshalb ein gewichtiger Grund die Verweigerung der Zustimmung gerechtfertigt hätte.

69 Weiterhin ist die Zustimmung zu einer Abtretung nur möglich und zumutbar, wenn beurteilt werden kann, ob ein gewichtiger Grund bei der Abtretung einer konkret bestimmten Forderung vorliegt. Gem. K-2 sollen als Sicherheit alle bestehenden und zukünftigen Ansprüche der PerAspera Pharma AG gegenüber der Beklagten 1 auf die Klägerin übergehen. Bei einer derart weit gefassten Verpfändung ist es für die Beklagte 1 schlicht unmöglich, das Vorliegen eines gewichtigen Grundes für alle aktuellen und zukünftigen Ansprüche zu bestimmen, weshalb dieser Umstand an sich bereits einen gewichtigen Grund darstellt, der die Zustimmungsverweigerung gerechtfertigt hätte.

*c) Die Zustimmung kann nicht fingiert werden*

70 Da wie oben gezeigt (vgl. N 68 f.), gewichtige Gründe der Verpfändung entgegenstehen, ist eine Fingierung der Zustimmung ohnehin ausgeschlossen.

71 Selbst wenn keine gewichtigen Gründe vorlägen, fehlt im K-1 eine Regelung zur Zustimmungsfiktion, woraus geschlossen werden kann, dass die Parteien keine Fingierungsmöglich-

keit wünschten. Im Gegenteil vereinbarten sie in Art. 13.5 K-1 Schriftlichkeit der Zustimmung. Das Erfordernis der Schriftlichkeit lässt keinen Raum für eine Fingierung.

72 Ferner geht es nicht an, dass die Klägerin bis heute über einen Zeitraum von zwei Jahren nie um Zustimmung ersucht hat (vgl. Verfügung Nr. 3, N 8) und diese nun direkt vom Gericht fingieren lassen möchte. Dies stellt eine missbräuchliche Umgehung des vertraglichen Zustimmungserfordernisses gem. Art. 13.5 K-1 dar.

73 Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Klägerin sich nicht missbräuchlich verhält und eine Zustimmung hätte gegeben werden müssen, wäre eine Fingierung höchstens gem. Art. 156 OR möglich. Dieser ist auf Potestativbedingungen aber nicht anwendbar (CHK OR-ROTH/PELLANDA, Art. 156 N 3). Selbst wenn, statuiert Art. 156 OR, dass eine Bedingung nur als erfüllt gilt, wenn deren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert wurde. Die Beklagte 1 durfte vom Vorliegen gewichtiger Gründe aber immerhin ausgehen (vgl. N 68 f.), ohne dass sie sich dadurch treuwidrig verhalten hätte.

#### **2.4. Das Abtretungsverbot gilt im Verfügungszeitpunkt**

74 Obwohl die Klägerin nicht auf den zeitlichen Geltungsbereich des Abtretungsverbots eingegangen ist, wird aufgezeigt, dass das Abtretungsverbot im Verfügungszeitpunkt noch in Kraft war. Bei einer Forderungsverpfändung wie der vorliegenden, bei der kein Schuldschein besteht, fallen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft im Pfandvertrag zusammen (ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art. 900 N 13). Mit Abschluss des Darlehensvertrags vom 25. Februar 2014 wurde somit während der Laufzeit des K-1 über die Forderungen verfügt, mithin zu einem Zeitpunkt, indem Art. 13.5 K-1 diesem Vorgang entgegenstand. Selbst wenn das Verfügungsgeschäft noch nicht zu diesem Zeitpunkt stattgefunden hätte, wurde zu keinem späteren Zeitpunkt schriftlich und damit formgültig über die Forderung verfügt.

#### **3. Weitere Voraussetzungen der Forderungsverpfändung sind nicht gegeben**

75 Selbstkontrahieren bewirkt die Ungültigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt (BGE 127 III 332 E. 2a). Ein Insichgeschäft liegt u.a. vor, wenn auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts dieselbe Person steht (BÖCKLI, § 13 N 602). Weil aus dem K-2 nicht ersichtlich ist, ob die Klägerin lediglich als Darlehensgeberin unterzeichnet hat, oder ob sie auch in ihrer Funktion als Verwaltungsratspräsidentin den Vertrag signierte, ist die Gefahr eines Insichgeschäfts naheliegend. Selbst wenn die PerAspera Pharma AG nur durch CEO und CFO vertreten wurden, sind sie für ihre Weiterbeschäftigung und aufgrund der Weisungsbefugnis des Verwaltungsrats vom Wohl-

wollen der Klägerin als Verwaltungsratspräsidentin und Aktionärin abhängig, weshalb sie in diesem Fall faktisch auf beiden Seiten steht. Die Unzulässigkeit von Insichgeschäften wird vermutet und deren Zulässigkeit muss nachgewiesen werden (STUTZ/VON DER CRONE, S. 105). Die Klägerin hat nicht dargetan, inwiefern dieses Insichgeschäft zulässig sein könnte.

76 Die eingeräumte Sicherheit erfüllt des Weiteren nicht die Anforderungen an die Bestimmtheit. Das Spezialitätsprinzip gilt auch für die Forderungsverpfändung (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 19). Es verlangt, dass eine künftige Forderung im Zeitpunkt der Verfügung bereits bestimmt ist (BERGER, N 2187). Bei Abschluss des K-2 sollen als Sicherheit auch Ansprüche aus künftigen Dyalgonin®-Vertriebsverträgen übergehen, weshalb es an der Voraussetzung der Bestimmtheit fehlt.

#### **4. Eventualiter: Die Voraussetzungen einer Sicherungszession fehlen**

77 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass der Wille der Parteien auf Vereinbarung einer Sicherungszession gerichtet war, so steht Art. 13.5 K-1 aufgrund derselben Argumente einer Abtretung entgegen (vgl. N 50 ff.).

### **E. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auskunft**

#### **1. Art. 5.2 K-1 umfasst keine Auskünfte wie von der Klägerin verlangt**

78 Der klägerischen Auffassung, wonach Art. 5.2 K-1 eine Auskunftspflicht gem. dem von ihr geltend gemachten Rechtsbegehren vorsieht (KS, N 90 ff.), kann nicht gefolgt werden.

79 Vorab ist festzustellen, dass die Auskunftspflichten des K-1 gem. Art. 13.3.4 K-1 e contrario nur bis zum Beendigungszeitpunkt gegolten haben. Der K-1 wurde durch die Beklagte 1 auf den 31. Oktober 2015 gekündigt. Gem. Verfügung Nr. 3, N 17 wurde der Vergleich anfangs Dezember 2015 geschlossen und damit zu einem Zeitpunkt, in dem keine vertraglichen Auskunftspflichten mehr bestanden. Selbst wenn noch Auskunftspflichten bestehen, sind spontane Auskunftspflichten i.d.R. nicht einklagbar (vgl. WALDMANN, S. 49).

80 Sollte die Klägerin K-4 als Grundlage für Auskunftspflichten vorbringen, ist dem entgegenzuhalten, dass gem. K-2 höchstens Ansprüche aus Vertriebsverträgen für Dyalgonin® übertragen worden sind. Aus dem K-4 sind keine Ansprüche übergegangen, da er als Beendigungsvertrag nicht den Vertrieb von Dyalgonin® regelt und folglich keinen Vertriebsvertrag darstellt.

#### **1.1. Dokumente an eine US-amerikanische Behörde sind nicht erfasst**

81 In Rechtsbegehren 1. i) und iii) fordert die Klägerin Dyalgonin®-bezogene Dokumente, die von der Beklagten 1 an eine US-amerikanische Behörde übermittelt wurden. Art. 5.2 ii) Satz 1, 3 sowie Art. 5.2 iii) Satz 1 K-1 regeln solche Informationspflichten.

82 Falls Dokumente im Zusammenhang mit dem Vergleich übermittelt wurden, betreffen sie entgegen der klägerischen Auffassung (KS, N 92) nicht Dyalgonin®. Zwar wird Dyalgonin® in K-5 erwähnt, der Vergleich betrifft aber „[...] Allegations that It [Beklagte 1] Gave Free Drug as Kickbacks to Physicians [...]“. Weil etwas, das nicht stattgefunden hat, auch nichts betreffen kann, können unwahre Anschuldigungen gegen die Beklagte 1 Dyalgonin® auch nicht betroffen haben. Die Beklagte 1 hat alle regulatorischen Anforderungen eingehalten, was sich insb. daran zeigt, dass nie gegen die Beklagte 1 Anklage erhoben wurde und sie nie Schuld eingestanden hat (Einleitungsanzeige, N 11). Auch der Abschluss eines Vergleichs lässt nicht auf ein Fehlverhalten schliessen, da Firmen in den USA regelmässig trotz wenig stichhaltiger Vorwürfe Vergleichen mit dem DOJ zustimmen (BACHES, S. 14). Der Vergleichsabschluss stellt vielmehr einen firmeninternen Entscheid dar, um ein langwieriges, kostenintensives und mit Unwägbarkeiten verbundenes Gerichtsverfahren abzuwenden, das trotz Unschuld zu derartigen Imageschäden hätte führen können, sodass ein rascher Vergleich das kleinere Übel darstellte. Mangels Dyalgonin®-Bezug sind somit keine Informationen geschuldet.

83 Weiter stellt die Klägerin richtigerweise fest, dass Art. 5.2 K-1 eine enge Zusammenarbeit bezüglich des Dyalgonin®-Vertriebs bezweckt (KS, N 101). Folglich setzt eine zweckorientierte Anwendung der Klausel einen tatsächlichen Vertrieb von Dyalgonin® voraus. Dieser ist jedoch seit geraumer Zeit faktisch eingestellt, weshalb sich eine Informationspflicht erübrigt.

### **1.2. Interne Dokumente sind nicht erfasst**

84 Die Klägerin fordert in Rechtsbegehren 1. ii) die Herausgabe von Protokollen, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde betreffend Dyalgonin® (vgl. auch KS, N 94 ff.). Diese Dokumente sind als intern zu qualifizieren. Vom Wortlaut darf nicht abgewichen werden, wenn nicht ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht dem Parteiwillen entspricht (BGE 129 III 118 E. 2.5). Aufgrund der detaillierten Regelung der Auskunftspflichten muss angenommen werden, dass diese Pflichten abschliessend in den Vertrag aufgenommen worden sind. Interne Dokumente sind vom Wortlaut von Art. 5.2 K-1 nicht erfasst, weshalb die Beklagte 1 dafür nicht auskunftspflichtig ist.

### **1.3. Dokumente von einer US-amerikanischen Behörde sind nicht erfasst**

85 Gem. Rechtsbegehren 1. iii) verlangt die Klägerin alle Dokumente, die von einer US-amerikanischen Behörde an die Klägerin gelangten. Gem. Art. 5.2 iii) K-1 besteht lediglich ein Anspruch auf wichtige von einer solchen Behörde erhaltene Dokumente. Aus den oben genannten Argumenten (vgl. N 82) ist die Wichtigkeit bereits zu verneinen. Wie die Klägerin

überdies richtig feststellt (KS, N 101), bezweckt der K-1 die Sicherung des Vertriebs von Dyalgonin®. Im Hinblick auf diesen Zweck können wichtige Dokumente nur solche sein, die einen Einfluss auf den Vertrieb zu haben vermögen. Seit über zwei Jahren besteht faktisch kein Vertrieb mehr, weshalb allfällige durch US-amerikanische Behörden übermittelte Dokumente nicht mehr wichtig sein können.

#### **1.4. Es liegt kein regulatorischer Entscheidprozess vor**

86 Weiter muss die PerAspera Pharma AG gem. Art. 5.2 ii) Satz 2 K-1 in regulatorische Entscheidungsprozesse eingebunden werden. Wie gezeigt, wurde der Vergleich nicht abgeschlossen, um regulatorischen Anforderungen zu genügen, sondern einzig, um ein langes Untersuchungsverfahren abzuwenden. Dieser stellt somit einen internen Geschäftsentscheid dar.

#### **2. Es bestehen keine gesetzlichen Auskunftspflichten**

87 Die Klägerin verkennt, dass ihr nach dem Wortlaut von K-2 lediglich Ansprüche aus den Vertriebsverträgen als Sicherheit eingeräumt wurden, weshalb keine gesetzlichen Informationsansprüche der PerAspera Pharma AG auf sie übergegangen sind. Selbst wenn dem so wäre, wird im Folgenden aufgezeigt, dass entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 103 ff.) ohnehin keine gesetzlichen Auskunftspflichten zur Anwendung kommen.

##### **2.1. Aus Art. 418c, 418f und 400 OR ergeben sich keine Auskunftspflichten**

88 Der informationsrechtliche Gehalt von Art. 418c, 418f und 400 OR ist dispositiv, da nicht ersichtlich ist, weshalb konkrete Informationsrechte von den Parteien nicht privatautonom geregelt werden dürfen. Dispositives Gesetzesrecht gilt solange, als die Parteien nicht eine davon abweichende Vereinbarung getroffen haben (BUCHER, S. 249). In verschiedenen Normen des K-1 werden in detaillierter Weise Informationspflichten geregelt. Damit vereinbarten die Parteien abschliessend, welche Auskünfte erteilt werden müssen, weshalb kein Raum für die Anwendung dispositiver Normen verbleibt. Sollte das Gericht zu einem anderen Schluss kommen, so sind die genannten Normen aus den folgenden Gründen nicht anwendbar.

89 Die Klägerin geht zu Unrecht davon aus, dass Art. 418c Abs. 1 OR dieselbe Interessenlage wie vorliegend zugrunde liegt (KS, N 103 ff.). Art. 418c Abs. 1 OR enthält lediglich die Pflicht des Agenten, den Auftraggeber über geglückte Abschlüsse oder Vermittlungen zu informieren (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418c N 6d). Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Agent seinen Auftraggeber in direkter Stellvertretung verpflichtet (WYNIGER, S. 9). Demgegenüber verpflichtet sich der Distributor im Alleinvertriebsvertrag, Ware zu kaufen und sodann in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben (ibidem, S. 9). Weil die Beklagte 1 als Distributorin folglich viel unabhängiger agiert als ein Agent und die Lieferantin durch ihr Verhalten nicht verpflichten kann, besteht das Art. 418c Abs. 1 OR zugrunde lie-

gende Informationsinteresse nicht. Im Übrigen misslingt es der Klägerin, aus der Exklusivität eine identische Interessenlage abzuleiten (KS, N 106). Die Exklusivität ist gerade kein agenturtypisches Merkmal und gilt nur, wenn dem Agenten ein gewisses Gebiet oder Kundenkreis zugewiesen worden ist, und selbst dann nur dispositiv (WYNIGER, S. 9). Selbst wenn die Norm aufgrund identischer Interessenlage anzuwenden wäre, müsste zudem eine über Vertragsabschlüsse oder -vermittlungen hinausgehende Informationspflicht von den Parteien vereinbart werden (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418c N 6d). Dass die von den Parteien vereinbarten Informationspflichten nicht einschlägig sind, wurde oben gezeigt (vgl. N 78 ff.).

- 90 Denkbar wäre es gewesen, Art. 418f Abs. 1 OR anzuführen, um eine Auskunftspflicht zu begründen. Art. 418f Abs. 1 OR passt inhaltlich nicht auf das vorliegende Auskunftsbegehren. Nach klarem Wortlaut statuiert dieser eine Pflicht des Auftraggebers, dem Agenten alle notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418f N 3a ff.). Auch wenn dieser auf den Alleinvertriebsvertrag angewendet werden könnte, würde er folglich höchstens eine Auskunftspflicht der Lieferantin regeln. Art. 418f Abs. 1 OR bezweckt den Schutz des Agenten (vgl. PAETZOLD, S. 5). Würde daraus eine Auskunftspflicht für die Distributorin abgeleitet werden, würde dies den Schutzzweck zugunsten der nicht schutzwürdigen Partei verändern.
- 91 Obwohl von der Klägerin nicht vorgebracht, ist im Folgenden darauf einzugehen, dass Art. 400 Abs. 1 OR die geforderte Auskunftspflicht nicht enthält. Der Rechenschaftspflicht aus Art. 400 Abs. 1 OR liegt zugrunde, dass der Beauftragte fremde Interessen wahrnimmt (BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 13). Während ein starkes Informationsbedürfnis gerechtfertigt ist, wenn die Geschäftsbesorgung in Stellvertretung des Auftraggebers erfolgt (MEYER, S. 144), ist die Ausgangslage beim Alleinvertriebsvertrag eine andere. Weil der Distributor auf eigene Rechnung vertreibt, fehlt dem Alleinvertriebsvertrag das Element der Fremdnützigkeit (vgl. GLANZMANN, S. 38 f.). Folglich unterscheidet sich die vorliegende Situation derart stark vom Grundgedanken hinter Art. 400 Abs. 1 OR, dass eine analoge Anwendung ausgeschlossen ist.

## **2.2. Aus Art. 2 ZGB ergibt sich keine Auskunftspflicht**

- 92 Wenn die Parteien vertragliche Informationsansprüche vereinbarten, kann aus Treu und Glauben kein darüber hinausgehender Auskunftsanspruch abgeleitet werden (BGer 4A\_331/2007 E. 2.4). Die detaillierte Regelung der Informationspflichten in K-1 lässt daher keinen Raum für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB.
- 93 Ohnehin ginge daraus nur ausnahmsweise und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Auskunftspflicht hervor, da aus Art. 2 Abs. 1 ZGB keine allgemei-

ne Auskunftspflicht abgeleitet werden kann (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132; BGE 132 III 677 E. 4.2.1).

- 94 Je wichtiger eine Information für die Gegenpartei ist, desto eher wird eine Informationspflicht angenommen (HUGUENIN, N 538). Da keine wichtigen Informationen vorliegen (vgl. N 85), kann nach Treu und Glauben nicht auf ein Informationsbedürfnis geschlossen werden.
- 95 Weiter ist für das Bestehen einer Auskunftspflicht ein besonderes Vertrauensverhältnis erforderlich (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132). Die PerAspera Pharma AG liefert lediglich Medikamente, welche die Beklagte 1 in der Folge auf eigenes Risiko vertreibt. Dabei hat die PerAspera Pharma AG das Recht, bei schlechtem Verkaufsgang gem. Art. 1.3 K-1 die Exklusivität mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Deshalb, und weil beide Vertragsparteien weitere Vertriebsverträge abgeschlossen haben, bleiben sie voneinander unabhängig. Unter diesen Umständen kann von einem besonderen Vertrauensverhältnis nicht die Rede sein. Ohnehin ist es der Klägerin nicht gelungen, ein besonderes Vertrauensverhältnis darzulegen, wofür sie gem. Art. 8 ZGB die Beweislast trägt. Insb. ist nicht ersichtlich, inwiefern die von ihr angeführte geografische Distanz (KS, N 111) in Anbetracht der heutzutage gebräuchlichen Kommunikationsmittel ein besonderes Vertrauensverhältnis begründen soll. Selbst wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hätte, wäre dieses mit Beendigung des Distributionsvertrags am 31. Oktober 2015 dahingefallen.

### **3. Eventualiter: Auf die Auskunft wurde verzichtet**

- 96 In Art. 13.3.4 K-1 vereinbarten die Vertragsparteien, welche Bestimmungen des Distributionsvertrags nach Beendigung weiter gelten sollen. Da Art. 13.4 K-1, wonach die ausbleibende Durchsetzung von Ansprüchen aus dem K-1 nicht als Verzicht auszulegen sei, in Art. 13.3.4 K-1 unerwähnt bleibt, kann daraus geschlossen werden, dass nach Beendigung am 31. Oktober 2015 ein Ausbleiben der Durchsetzung als Verzicht auf Ansprüche aus dem K-1 zu werten ist. Indem die Klägerin im Dezember 2015 aus der Medienmitteilung vom Vergleich erfuhr und in der Folge bis März 2016 keine Informationen forderte, hat sie konkludent auf vertragliche und gesetzliche Auskunftsansprüche verzichtet.

### **Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren**

Aufgrund der erwähnten Gründe ersuchen wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1