

**Moot Court Team 3**

Marco Ehrat  
David Eschle  
Kilian Meier  
Martin Wilhelm

**Einschreiben**

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

Zürich, 24. März 2017

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

**Prof. Dr. Eliana Überhöher**

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 4

**Klägerin**

gegen

**Conquest Distribution Ltd.**

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

**Corpsanis Holding AG**

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 3

**Beklagte 1**

**Beklagte 2**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Walter Bosch  
Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Prof. Dr. Regula Vollenweider  
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Paul Richterich

Namens und mit Vollmacht der Beklagten 1 stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgende

### **Rechtsbegehren**

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin;

Namens und mit Vollmacht der Beklagten 2 stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgende

### **Rechtsbegehren**

1. Auf die Klage sei nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin;

mit nachstehender

### **Begründung**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>III</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>VIII</b>
Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide.....	VIII
Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide .....	IX
Andere Entscheide .....	X
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XI</b>
<b>I. Prozessuales .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Fehlende Parteistellung der Beklagten 2 .....</b>	<b>1</b>
1.1 Grammatische Auslegung: Untauglichkeit für Mehrparteienverfahren .....	1
1.2 Systematische Auslegung: Eigenständigkeit der Garantieverprechen .....	2
1.3 Teleologische Auslegung: Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit .....	3
<b>2. Ungültigkeit der Schiedsklausel in Bezug auf die Beklagte 2 .....</b>	<b>5</b>
2.1 Berufung auf Ungültigkeit nicht rechtsmissbräuchlich .....	5
2.2 Gemeinsame Schiedsrichterernennung unzulässig .....	6
2.3 Eventualiter: Wiederholung der Ernennung des Schiedsgerichts .....	7
<b>3. Unzuständigkeit bei fehlender Parteistellung der Beklagten 2.....</b>	<b>7</b>
3.1 Kein Verstoss gegen Treu und Glauben durch die Beklagte 2 .....	7
3.2 Keine Einlassung der Beklagten 2 .....	9
<b>II. Materielles .....</b>	<b>10</b>
<b>1. Klägerin gegenüber der Beklagten 1 nicht aktivlegitimiert.....</b>	<b>10</b>
1.1 Vereinbarung einer Forderungsverpfändung als Sicherungsmittel.....	10
1.2 Abtretungsverbot steht der Abtretung entgegen .....	11
a) <i>Absolute Unwirksamkeit der Abtretung</i> .....	11
b) <i>Anwendbarkeit der Abtretungsklausel von Parteimotivation unabhängig</i> .....	12
1.3 Keine Genehmigung der Abtretung .....	13
1.4 Berufung auf das Abtretungsverbot nicht rechtsmissbräuchlich .....	13
1.5 Keine Anerkennung der Aktivlegitimation.....	14
1.6 Kein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus.....	15
<b>2. Kein Anspruch auf verlangte Auskünfte .....</b>	<b>15</b>
2.1 Keine Auskunftsansprüche aus Vertrag .....	15
a) <i>Distributionsvertrag deckt Begehren nicht</i> .....	15

b)	<i>Keine Herausgabepflicht aus Beendigungsvereinbarung</i> .....	16
c)	<i>Eventualiter: Auskunftspflichten nicht klagbar</i> .....	17
2.2	Keine Auskunftsansprüche aus Gesetz .....	18
a)	<i>Beizug von Agenturrecht gerechtfertigt</i> .....	18
b)	<i>Auftragsrecht nicht anwendbar</i> .....	18
c)	<i>Kein Auskunftsanspruch aus Gebot von Treu und Glauben</i> .....	19
2.3	Beschränkung der Auskunftsansprüche auf Bedürfnisse der Klägerin.....	20
2.4	Verzicht auf Auskunftsansprüche .....	20

## Literaturverzeichnis

- AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1994 [N 62]
- ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: AiS-BEARBEITERIN) [N 4, 23]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS, Arbitration) [N 4]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit.: BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit) [N 47]
- BISCHOFF JACQUES, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, Risikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 28, Diss. Zürich 1983 [N 48]
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 [N 20]
- BURKHARDT MARTIN, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts – Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Diss. Bamberg 1996 [N 49]
- DAELE KAREL, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Band 24, Alphen aan den Rijn 2012 [N 23]
- DERAINS YVES/SCHWARTZ ERIC A., A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2. Aufl., Den Haag 2005 [N 27]
- DÖRIG ADRIAN/WEBER DAVID, Die private Verwertung von Faustpfändern sowie von Sicherheiten an Bucheffekten unter besonderer Berücksichtigung des Selbsteintritts, in: AJP 2/2012, 246–259 [N 32]
- DRUEY JEAN NICOLAS, Aufgaben eines Konzernrechts, in: ZSR 1980/II, 273–387 [N 21]
- FÄSSLER BENEDIKT, Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Zürich/St. Gallen 2010 [N 33]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK OR-BEARBEITERIN) [N 34]
- GAUTSCHI GEORG, Berner 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) [N 59, 60, 61]

- GERICKE DIETER/DALLA TORRE LUCA, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, 19–75 [N 21]
- GIRSBERGER DANIEL/HERMANN JOHANNES L., Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis, in: LORANDI FRANCO/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich/St. Gallen 2011, 319–338 [N 36]
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [N 3, 13, 14, 23]
- GÖKSU TARKAN, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2014 [N 2, 47]
- GÖTZ CLAUDIA, *Der Gerichtsstand der rügelosen Einlassung im Zivilprozessrecht der Schweiz*, Diss. Basel 2004 [N 26]
- HABSCHEID WALTHER J., Zum Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, in: REYMOND CLAUDE/BUCHER EUGÈNE (Hrsg.), *Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 1984, 173–190 [N 19]
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BK ZGB-BEARBEITERIN) [N 38, 42, 48]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITERIN) [N 17, 48]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITERIN) [N 33, 34, 54, 65]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN) [N 16]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-BEARBEITERIN) [N 61]
- HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 [N 48, 56, 59, 60, 61]
- KLEYLING THOMAS F., *Zession – unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession – und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten*, Diss. Basel 1979 [N 34]

- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit.: BK-KRAMER/SCHMIDLIN) [N 57]
- KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: FORSTMOSER PETER/GIGER HANS/HEINI ANTON/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 187–204 [N 59]
- LEU DANIEL, Vertragstreue in Zeiten des Wandels, Die *clausula rebus sic stantibus* und das Kriterium der Vorhersehbarkeit, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 107–125 [N 48, 49]
- LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 79, Diss. Basel/Genf/München 2005 [N 62, 65]
- LOSER PETER, Die Abtretung und Verpfändung von Garantieansprüchen zur Kreditsicherung, in: SZW 3/2006, 200–213 [N 11]
- MARKFORT RAINER, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht, Diss. Köln 1994 [N 19]
- MERZ HANS, Schweizerisches Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Basel/Frankfurt am Main 1984 [N 57]
- MÜLLER WERNER/KEILMANN ANETTE, Beteiligung am Schiedsverfahren wider Willen?, in: SchiedsVZ 3/2007, 113–121 [N 29]
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr, in: SCHWENZER INGBORG/HAGER GÜNTER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 903–922 [N 36]
- NICKLISCH FRITZ, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Grossprojekten, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/BREDOW JENS/PLANTEY ALAIN (Hrsg.), Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, 221–239 [N 14, 19]
- OFTINGER KARL/BÄR ROLF, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981 (zit.: ZK ZGB-OFTINGER/BÄR) [N 33, 34]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., London 2007 [N 23]

- RITTER THOMAS, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsklauseln, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 181, Zürich 2015 [N 4]
- SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen 1989 [N 15]
- SCHLUEP WALTER R., Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in: ZSR 1973/II, 155–557 [N 21]
- SCHULTE-BECKHAUSEN SABINE, Internationale Zuständigkeit durch rügelose Einlassung im Europäischen Zivilprozessrecht, Diss. Bielefeld 1994 [N 26]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016 [N 48]
- SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Band V, Allgemeine Bestimmungen, Art. 164–174 OR, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit. ZK OR-SPIRIG) [N 36]
- STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 [N 4]
- STÄUBER RICHARD, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 10, Diss. Zürich/St. Gallen 2011 [N 62]
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974 [N 36]
- WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 96, Diss. Basel 2009 [N 60, 62]
- WEBSTER THOMAS H., Handbook of UNCITRAL Arbitration, 2. Aufl., London 2015 [N 27]
- WIECZOREK BERNHARD/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 4. Aufl., Berlin/München/Boston 2015 (zit.: WIECZOREK/SCHÜTZE/BEARBEITERIN) [N 26]
- ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Diss. Zürich 1981 [N 62]
- ZOBL DIETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Recht, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907–915 ZGB), 2. Aufl., Bern 1996 (zit.: BK-ZOBL) [N 32]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: SRIAC-BEARBEITERIN) [N 19, 23]

## Entscheidverzeichnis

### Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide

- BGE 38 II 522 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. September 1912 [N 32]
- BGE 64 II 415 Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Dezember 1938 [N 32]
- BGE 81 II 627 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. November 1955 [N 17]
- BGE 87 I 131 Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Mai 1961 [N 29]
- BGE 109 II 338 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 1983 [N 41]
- BGE 110 II 181 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 1984 [N 61]
- BGE 113 II 434 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. September 1987 [N 11]
- BGE 113 III 116 Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. September 1987 [N 61]
- BGE 116 Ia 56 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990 [N 2]
- BGE 117 Ib 347 Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Oktober 1991 [N 29]
- BGE 117 II 94 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. April 1991 [N 35, 47]
- BGE 122 III 97 Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. März 1996 [N 48]
- BGE 123 III 35 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996 [N 29]
- BGE 125 III 257 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Juni 1999 [N 42, 45]
- BGE 127 III 257 Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. April 2001 [N 17]
- BGE 128 III 50 Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001 [N 2, 47]

BGE 129 III 493	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Juni 2003 [N 17]
BGE 129 III 675	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003 [N 2]
BGE 129 III 727	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003 [N 8]
BGE 130 III 66	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003 [N 25]
BGE 131 III 439	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Mai 2005 [N 17]
BGE 132 III 489	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 2006 [N 21]
BGE 134 III 497	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2008 [N 61]
BGE 134 III 565	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2008 [N 8]
BGE 138 III 29	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. November 2011 [N 2]
BGE 139 III 49	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. November 2012 [N 61]

### **Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide**

BGer 08.07.1919	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 1919 (zit. in: BIZR 18/1919, 359) [N 34]
BGer 4P.86/1994	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. November 1994 [N 4]
BGer 4C.189/2001	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Februar 2002 [N 29]
BGer 4C.129/2002	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. September 2002 [N 36]
BGer 4P.196/2003	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Januar 2004 [N 27]
BGer 4P.48/2005	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. September 2005 [N 8]

- BGer 4A\_290/2007 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Dezember 2007 [N 11]
- BGer 4A\_376/2008 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Dezember 2008 [N 8]

### **Andere Entscheide**

- AppH BE 25.10.1974 Urteil der III. Zivilkammer des Bernischen Appellationshofes vom 25. Oktober 1974 (zit. in: ZBJV 112/1976, 305–309) [N 57]
- ICC 9302 (1998) Schiedsspruch des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC von 1998, Manufacturer D v. Agent S, Fall Nr. 9302 (zit. in: VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), Yearbook Commercial Arbitration 2003 – Volume XXVIII, Den Haag 2003, 54–67) [N 31]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AiS	Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Alphen aan den Rijn)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
AppH	Appellationshof
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BE	Bern
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of = in der Obhut von
CH	Schweiz
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 12. September 1950
E-1	Einleitungsantwort der Beklagten 1 vom 26. Juli 2016
E-2	Provisorische Einleitungsantwort der Beklagten 2 vom 29. Juli 2016
E.	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
Einl.	Einleitung
f./ff.	und folgende/r
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce = Internationale Handelskammer
ICC-Rules	Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Version 2012)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
K-1	Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008
K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
K-4	Beendigungsvereinbarung vom 16. September 2015
KS	Klageschrift vom 9. Dezember 2016
Ltd.	Limited
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n); Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor/-in
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (München)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration = Internationale Schiedsgerichtsordnung der Schweizerischen Handelskammern vom Juni 2012
SRIAC	Swiss Rules of International Arbitration, Commentary (Zürich/Basel/Genf)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
u.	und
u.a.	unter anderem
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law = Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht

UNCITRAL Rules	UNCITRAL Arbitration Rules vom 15. Dezember 1976
US	United States (of America) = Vereinigte Staaten (von Amerika)
v.	versus
Verf. Nr. 1	Verfügung Nr. 1 vom 19. September 2016
Verf. Nr. 2	Verfügung Nr. 2 vom 29. September 2016
Verf. Nr. 3	Verfügung Nr. 3 vom 24. Oktober 2016
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

## **I. Prozessuales**

### **1. Fehlende Parteistellung der Beklagten 2**

1 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, N 11 ff.) ist die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) geworden. Aus dem Sachverhalt geht kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille in Bezug auf die Frage hervor, ob die PerAspera Holding AG als Garantin der Lieferantin und die Beklagte 2 als Garantin der Distributorin Parteien der Schiedsklausel werden sollten. Dass diese nur einen Sinn ergebe, wenn sie alle involvierten Parteien binde, und andernfalls der Zweck der Garantie unterminiert werde, trifft nicht zu. Die Auslegung der Schiedsklausel nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass die Parteien des Distributionsvertrags davon ausgehen konnten und mussten, einzig die PerAspera Pharma AG als Lieferantin und die Beklagte 1 als Distributorin der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.

#### **1.1 Grammaticische Auslegung: Untauglichkeit für Mehrparteienverfahren**

2 Wie die Klägerin korrekt feststellt (KS, N 18 f.), ist die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen angesichts des Wortlauts «Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag» (Art. 13.1 K-1) vom objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel erfasst. Soweit die Klägerin aber aus dem objektiven Geltungsbereich den subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel abzuleiten sucht (vgl. KS, N 11), kann ihr nicht gefolgt werden. Der objektive Geltungsbereich bestimmt nur die sachliche, nicht aber die persönliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts (vgl. GÖKSU, N 598). Auch greift die Annahme, wonach die Parteien einer Schiedsklausel eine möglichst umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts vereinbaren wollten (BGE 116 Ia 56 E. 3b), nur in Bezug auf den objektiven Geltungsbereich. Dass die Parteien sich der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen und auf die Anrufung der staatlichen Gerichtsbarkeit verzichten wollten, darf vielmehr nicht leichthin angenommen werden, weshalb im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten ist (BGE 138 III 29 E. 2.3.1; 129 III 675 E. 2.3; 128 III 50 E. 2c/aa).

3 Der Wortlaut der Schiedsklausel spricht klar gegen eine Parteistellung der Beklagten 2, da Art. 13.1 K-1 ausdrücklich nur der Lieferantin sowie der Distributorin das Recht zur Schiedsrichterernennung einräumt, nicht aber den Garantinnen. Ausserdem enthält eine Schiedsklausel für ein Mehrparteienverfahren sinnvollerweise zweckmässige Regeln zur Bestellung des Schiedsgerichts (GIRSBERGER/VOSER, N 486). Solche fehlen vorliegend.

4 Das von der Klägerin behauptete Recht der Beklagten 1 zur stellvertretenden Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters (KS, N 26) findet erstens keine Grundlage im Sachverhalt und

käme zweitens einem unzulässigen Verzicht der Garantinnen auf ihr Mitwirkungsrecht gleich. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt zwingend auch für das Mehrparteienverfahren, dass jede Partei an der Bestellung des Schiedsgerichts teilnehmen kann (BGer 4P.86/1994 E. 3; BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 836; RITTER, N 488; STACHER, N 147). Gemäss der h.L. ist es nicht möglich, im Voraus auf sein Recht zur Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichts zu verzichten (AiS-DICKENMANN, Art. 8 SRIA N 38 m.w.H.). Für ein Mehrparteienverfahren unter Einbezug einer oder beider Garantinnen ist die verwendete Schiedsklausel folglich untauglich. Gegen die Einräumung eines Rechts zur *stellvertretenden* Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters spricht zudem, dass eine rechtsgeschäftliche Vollmacht von Gesetzes wegen jederzeit widerrufbar ist (Art. 34 Abs. 1 u. 2 OR).

- 5 Die Schiedsklausel ist ausserdem für Zweiparteienverfahren zwischen der Lieferantin bzw. der Distributorin und der Garantin der jeweiligen Gegenseite ungeeignet, da sie diesen ihr Mitwirkungsrecht entziehen und einer nicht in den Prozess einbezogenen Vertragspartei die Ernennung eines Schiedsrichters ermöglichen würde. Somit ist die Klausel einzig für Zweiparteienverfahren zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera Pharma AG geeignet.

## **1.2 Systematische Auslegung: Eigenständigkeit der Garantieverprechen**

- 6 In Bezug auf die Systematik des Distributionsvertrags bringt die Klägerin vor, dessen Unterzeichnung durch die Beklagte 2 sei nach Treu und Glauben als Zustimmung zu allen Vertragsbestimmungen auszulegen (KS, N 14). Zweifellos stimmt der Unterzeichnende eines Vertrags diesem als Ganzes und insofern auch allen enthaltenen Bestimmungen zu. Die einzelne Bestimmung bindet ihn aber nur, soweit sie ihm Pflichten auferlegt. Entscheidend ist somit nicht, dass die Garantinnen dem Vertrag zustimmten, sondern ob dieser nach dem Parteiwillen vorsah, auch die Garantinnen der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.
- 7 Verschiedene Bestimmungen des Distributionsvertrags, die dem Wortlaut nach alle Vertragsparteien erfassen, finden bei genauerer Betrachtung nur auf die PerAspera Pharma AG und die Beklagte 1 Anwendung. So bestimmt Art. 3.1 K-1, dass «die Parteien» Kaufpreis und Lieferbedingungen jährlich neu vereinbaren. Weiter ist in Art. 13.3.3 K-1 festgelegt, dass «die Parteien» gegebenenfalls die Modalitäten einer Vertragsauflösung vereinbaren. Wären damit auch die beiden Garantinnen gemeint, hätten sich diese an den Kaufpreisverhandlungen und an der Vereinbarung der Modalitäten der Vertragsauflösung beteiligen müssen. Dass nur die PerAspera Pharma AG und die Beklagte 1 den Beendigungsvertrag unterschrieben haben, zeigt aber, dass die Parteien ein anderes Vertragsverständnis hatten. Sie scheinen stillschweigend davon ausgegangen zu sein, dass alle Bestimmungen, die nicht explizit die Garantinnen

erwähnen, nur auf die Lieferantin und die Distributorin anwendbar sind. Angesichts dessen sowie der nur für Verfahren zwischen der PerAspera Pharma AG und der Beklagten 1 geeigneten Schiedsklausel (s. N 3 ff.) kann es nicht zulässig sein, alleine von der Unterzeichnung des gesamten Vertragsdokuments durch die Garantinnen auf deren Einbezug in die Schiedsvereinbarung zu schliessen.

- 8 Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass unter Umständen Dritte in ein Schiedsverfahren einzubeziehen sind (vgl. KS, N 15). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Einbezug Dritter gerechtfertigt sein, wenn diese an den Vertragsverhandlungen oder der Vertragserfüllung mitgewirkt und dadurch ihren Willen manifestiert haben, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen (BGE 134 III 565 E. 3.2; 129 III 727 E. 5.3.2; BGer 4A\_376/2008 E. 8.4; 4P.48/2005 E. 3.4.1). Im vorliegenden Fall wirkte die Beklagte 2 weder an den Vertragsverhandlungen oder an der Vertragserfüllung mit (Verf. Nr. 3, N 5 u. 15), noch war dies im Distributionsvertrag vorgesehen. Eine Konstellation, in der die Beklagte 2 damit rechnen musste, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, liegt somit nicht vor.
- 9 Dass den beiden Garantinnen im Distributionsvertrag nur eine untergeordnete Stellung zukommt, zeigt auch dessen formale Gestaltung. Die Garantinnen werden im Ingress in kleinerer Schriftgrösse und mit der Einleitung «sowie zusätzlich» aufgeführt. Nach dem Wortlaut der Garantieklausel (Art. 12 K-1) handelt es sich bei den Garantien je um eine «eigenständige Verpflichtung». Andere Leistungen als die Garantien versprechen die Garantinnen nicht. Unter diesen Umständen durften die Garantinnen in guten Treuen davon ausgehen, durch die Unterzeichnung des Vertrages keine weiteren Verpflichtungen einzugehen, als eine vom eigentlichen Distributionsverhältnis separate Verpflichtung zur Garantie der im Distributionsvertrag versprochenen Leistungen.

### **1.3 Teleologische Auslegung: Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit**

- 10 Die Klägerin bringt vor, dass eine Schiedsvereinbarung, die nur einen Teil der Vertragsparteien bindet, keinerlei Sinn ergebe und i.c. ausserdem den Zweck der Garantie unterminieren würde (KS, N 11). Dies trifft nicht zu. Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Distributionsvertrag können sehr wohl in einzelnen oder mehreren Zweiparteienverfahren geklärt werden, ohne dass der Zweck der Garantie gefährdet wäre.
- 11 Das Leistungsversprechen der Beklagten 2 nach Art. 12 K-1 ist angesichts der Bezeichnung «Garantie» sowie der statuierten Eigenständigkeit der Verpflichtung als Garantie i.S.v. Art. 111 OR zu qualifizieren, die im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorischer Natur ist (BGE 113 II 434 E. 2.b). Der Garantie kommt neben einer Sicherungs- auch eine Liquiditäts-

funktion zu (LOSER, 202), da sie im Garantiefall in Anspruch genommen werden kann, ohne wie bei der einfachen Bürgschaft vorgängig auf dem Betreuungsweg gegen den Schuldner vorzugehen (vgl. Art. 495 Abs. 1 OR). Ist die garantierte Leistung des Dritten zum vereinbarten Zeitpunkt nicht erfolgt, wird die Garantie sofort fällig (BGer 4A\_290/2007 E. 6.1), wobei der Promissar wahlweise gegen den Dritten oder gegen den Promittenten vorgehen kann (ebd., E. 6.2.). Die Garantie ermöglicht folglich der PerAspera Pharma AG wie auch der Beklagten 1, im Garantiefall umgehend und einzig gegen die Garantin der Gegenpartei vorzugehen. Bei Vorliegen liquider Verhältnisse entfällt damit die Notwendigkeit eines Prozesses gegen die Schuldnerin aus dem Grundverhältnis. Falls nötig kann die Anspruchsberechtigte die Garantie in diesem Fall problemlos auf dem Betreuungsweg oder in einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht gegen die Garantin durchsetzen. Im vorliegenden Vertragsverhältnis hätte die PerAspera Pharma AG somit umgehend einen fälligen Kaufpreis von der Beklagten 2 fordern können, wenn die Beklagte 1 aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten nicht hätte leisten können. Der Zweck der vereinbarten Garantien ist entsprechend zumindest teilweise darin zu sehen, allfällige Liquiditätsengpässe im Distributionsverhältnis zu überbrücken. Erfüllt ist er auch dann, wenn die Garantinnen nicht der Schiedsvereinbarung unterworfen sind.

- 12 Bei nicht liquiden Verhältnissen kann ein Garantieanspruch in der vorliegenden Konstellation nur vernünftig geltend gemacht werden, wenn Umfang und Bestand des zugrundeliegenden Anspruchs in einem Schiedsverfahren zwischen der Distributorin und der Lieferantin geklärt werden. Auf der Grundlage eines entsprechenden Urteils des Schiedsgerichts lässt sich ein Garantieanspruch ohne grössere Probleme bestimmen und nötigenfalls auch auf dem Betreuungsweg oder gerichtlich durchsetzen. Mit einer «langwierigen» Durchsetzung eines Garantieanspruchs war somit entgegen dem Vorbringen der Klägerin (KS, N 11) nicht zu rechnen.
- 13 Im Schiedsverfahren zwischen der Distributorin und der Lieferantin kommen die Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit wie die Wahl von Schiedsrichtern mit geeignetem Hintergrund und Fachwissen (GIRSBERGER/VOSER, N 132 u. 134) und die Vereinbarung des Verfahrensrechts (ebd., N 142 ff.) zum Tragen. Ein Einbezug einer oder beider Garantinnen in das Schiedsverfahren ist dazu nicht erforderlich. Erstens bestehen Ansprüche aus den Pflichten der Distributorin oder der Lieferantin unabhängig von einem allfälligen Garantieanspruch. Zweitens war eine Mitwirkung der Garantinnen bei den Vertragsverhandlungen oder der Vertragserfüllung, die gemäss Bundesgericht einen Einbezug rechtfertigen kann, nicht vorgesehen (s. N 8).
- 14 Auch aus Effizienzüberlegungen lässt sich keine Vermutung zugunsten eines Bindungswillens ableiten. Schiedsverfahren können unter Umständen höhere Kosten als staatliche Verfah-

ren zur Folge haben (GIRSBERGER/VOSER, N 154 ff.). Bei Mehrparteischiedsverfahren ist es sogar die Regel, dass Fragen der Zulässigkeit, der Bestellung des Schiedsgerichts und der Prozessdurchführung zu langwierigen und teuren Verfahren führen (vgl. NICKLISCH, 234). Folglich kann es durchaus sinnvoll sein, Garantieansprüche auf den normalen Rechtsweg zu verweisen und nicht der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.

- 15 Zusammenfassend ergibt sich, dass aus dem Distributionsvertrag entstehende Streitigkeiten keine Mehrparteienverfahren vor dem Schiedsgericht erfordern. Da der Wortlaut der Schiedsklausel und die Systematik des Distributionsvertrags gegen eine Parteistellung der Garantinnen sprechen (s. N 3 ff. u. 6 ff.), liesse sich die Annahme einer solchen aber nur rechtfertigen, wenn die Parteien damit rechnen mussten, dass entstehende Streitigkeiten nur in einem Mehrparteienverfahren vor einem Schiedsgericht sinnvoll geklärt werden können (vgl. SCHLOSSER, N 561, der die blosse Einfügung einer Standardschiedsklausel in einen multilateralen Vertrag nur dann als Zustimmung zu Mehrparteienverfahren wertet, wenn voraussehbar war, dass die entstehenden Streitigkeiten nur vernünftig in solchen zu bewältigen sind). Eine Bejahung der Parteistellung der Beklagten 2 ist unter diesen Umständen nicht zu rechtfertigen.

## **2. Ungültigkeit der Schiedsklausel in Bezug auf die Beklagte 2**

- 16 Die Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) verunmöglicht es der Beklagten 2, an der Bestellung des Schiedsgerichts mitzuwirken (s. N 3 f.). Da das Gleichbehandlungsgebot (vgl. BSK IPRG-HABEGGER, Art. 182 N 49) und das daraus abgeleitete Mitwirkungsrecht bei der Schiedsgerichtsbestellung zwingender Natur sind (s. N 4), erweist sie sich in Bezug auf die Beklagte 2 als ungültig.

### **2.1 Berufung auf Ungültigkeit nicht rechtsmissbräuchlich**

- 17 Die Klägerin hält die Berufung der Beklagten 2 auf die Ungültigkeit der Schiedsklausel für rechtsmissbräuchlich (KS, N 27). Dies ist nicht der Fall. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss es möglich sein, sich auch im Nachhinein auf die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen des Verstosses gegen zwingendes Recht zu berufen, selbst wenn die Partei dieser Klausel zugestimmt hat (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 44). Ansonsten würde der Schutzzweck der angerufenen Norm durch das Rechtsmissbrauchsverbot ausgehöhlt (vgl. BGE 131 III 439 E. 5.1). Unter Umständen kann die sich auf zwingendes Recht berufende Partei sich dennoch rechtsmissbräuchlich verhalten: wenn (i) sie die dagegen verstossende Klausel in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen hat (vgl. BGE 81 II 627 E. 3), wenn (ii) die von der zwingenden Norm zu schützenden Interessen entfallen oder anders gewahrt wurden, oder wenn (iii) die Partei mit der Geltendmachung der

Ungültigkeit so lange zuwartet, dass der anderen Partei die Wahrung ihrer Interessen verunmöglicht wurde (BGE 129 III 493 E. 5.1; 127 III 257 E. 6c).

- 18 Weder macht die Klägerin eine derartige Ausnahmekonstellation geltend, noch ist eine solche ersichtlich. (i) Die Schiedsklausel war von Anfang an in den Entwürfen des Distributionsvertrags enthalten (Verf. Nr. 3, N 3), mit dessen Verhandlungen die Beklagte 2 nichts zu tun hatte (ebd., N 5). (ii) Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern das Recht der Beklagten 2 auf Gleichbehandlung anderweitig gewahrt worden wäre. (iii) Sie wartete schliesslich nicht zu, sondern rügte die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Einleitungsantwort (E-2, N 3), wodurch sie die Klägerin in der Wahrnehmung ihrer Interessen in keiner Weise einschränkte.

## **2.2 Gemeinsame Schiedsrichterernennung unzulässig**

- 19 Die Klägerin verlangt eventualiter eine Umdeutung der Schiedsklausel (KS, N 28 ff.). Den Beklagten soll das Recht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters eingeräumt werden. Dies verstiesse aber gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Die gemeinsame Ernennung wäre nur zulässig, wenn sich die Interessen der betroffenen Parteien decken und diese mit den gleichen Ansprüchen konfrontiert würden (vgl. SRIAC-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 23; KS, N 32). Die Interessen müssten mit anderen Worten derart gleichgerichtet sein, dass das Schiedsverfahren als eigentlicher Zweiparteienprozess erschiene (NICKLISCH, 228; vgl. HABSCHEID, 181; MARKFORT, 114).
- 20 Die Klägerin bringt vor, die Entscheidungsträger der Beklagten 1 und der Beklagten 2 wären weitgehend deckungsgleich (KS, N 39). Das ist nicht korrekt. Die Mehrheit des Managements der Beklagten 1 besteht aus *ehemaligen* Managern von nordamerikanischen Ländergesellschaften der Beklagten 2. Diese haben keine rechtliche Verbindung zur Beklagten 2 und sind einzig der Beklagten 1 verpflichtet. Die Mehrheit des Verwaltungsrates der Beklagten 1 besteht zwar aus Managern der Beklagten 2. Diese müssen bei Konflikten zwischen den Interessen des entsendenden Joint-Venture-Gründers und jenen der Joint-Venture-Gesellschaft aber letzteren den Vorzug geben (vgl. BÖCKLI, § 13 N 622).
- 21 Die Beklagten 1 und 2 sind zwei voneinander unabhängige und separate juristische Personen, die grundsätzlich eigene Ziele verfolgen. Vom Grundsatz der Unabhängigkeit der juristischen Person darf nur unter sehr engen Voraussetzungen abgewichen werden (vgl. BGE 132 III 489 E. 3.2). Bei Beteiligungen von je 50 Prozent an einem Joint-Venture ist sodann nicht von einem konzern-ähnlichen Verhältnis auszugehen (vgl. DRUEY, 345 f.; SCHLUEP, 285). So sind in der Praxis die Interessen und Zielsetzungen zweier Joint-Venture-Mutterparteien häufiger unterschiedlich als gemeinsam (GERICKE/DALLA TORRE, 44). Da die Beklagte 1 nur zu

50 Prozent der Beklagten 2 gehört, kommt dieser keine Kontrolle über die Beklagte 1 zu. Die Interessen der Beklagten 1 werden vielmehr auch von den Zielen der Arteria Pharma AG beeinflusst, welche die andere Hälfte der Anteile hält. Die Arteria Pharma AG haftet vorliegend nicht als Garantin, ihr ist es also mitunter gleichgültig, ob die Beklagte 2 Partei des Schiedsverfahrens ist und allenfalls haftet – sie interessiert einzig, dass die Beklagte 1 keine Informationen herausgeben und keinen Schadenersatz zahlen muss. Somit geht das Argument der Klägerin, wonach die Beklagten unter gemeinsamer Kontrolle stehen (KS, N 37), fehl. Ausserdem sehen sich die Beklagten nicht mit den gleichen Ansprüchen konfrontiert (vgl. N 11). Den Beklagten ist deshalb eine gemeinsame Ernennung des Schiedsrichters nicht zumutbar und die Schiedsklausel der Beklagten 2 gegenüber ungültig.

### **2.3 Eventualiter: Wiederholung der Ernennung des Schiedsgerichts**

- 22 Selbst wenn eine gemeinsame Schiedsrichterernennung durch die Beklagten zulässig wäre, müsste die Ernennung des Parteischiedsrichters wiederholt werden. Wie oben gezeigt, handelten die Entscheidungsträger der Beklagten 1 bei der Ernennung des Parteischiedsrichters in deren Interesse (s. N 20). Es gibt keinen Hinweis dafür, dass die Beklagte 2 in diesen Prozess eingebunden worden wäre. Die Schiedsvereinbarung und die Anordnungen des Gerichtshofs sahen dies auch nicht vor. Würde die Ernennung, wie von der Klägerin gefordert (KS, N 42), nicht wiederholt, wäre das zwingende Teilnahmerecht an der Schiedsrichterernennung der Beklagten 2 verletzt (s. N 4). Der streitige Garantieanspruch gegen die Beklagte 2 würde von einem Schiedsgericht beurteilt, an dessen Bestellung diese nicht mitgewirkt hat.

## **3. Unzuständigkeit bei fehlender Parteistellung der Beklagten 2**

### **3.1 Kein Verstoß gegen Treu und Glauben durch die Beklagte 2**

- 23 Die Klägerin behauptet, die Beklagte 2 habe eine vom Schiedsgericht angesetzte Frist zur Geltendmachung von Einwendungen bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts verstreichen lassen (KS, N 46 ff.). Dem kann nicht gefolgt werden. Über die Frage der persönlichen Unabhängigkeit eines Schiedsrichters entscheidet der Schiedsgerichtshof (Art. 11 Abs. 2 SRIA; GIRSBERGER/VOSER, N 759); zuständig ist ein Spezialkomitee (SRIAC-MARGUERAT, Art. 11 N 30 ff.). Aufgrund der 15-tägigen Frist (Art. 11 Abs. 1 SRIA) müssen derartige Streitigkeiten in der Regel vor der Bestätigung des Schiedsgerichts geklärt werden (vgl. AiS-GORDON-VRBA/VOCK, Art. 11 SRIA N 5; DAELE, N 3-034). Im Gegensatz dazu muss der Entscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ratione personae* von diesem selbst gefällt werden (AiS-JENNY, Art. 21 SRIA N 5; PLOUDRET/BESSON N 468). Der Schieds-

gerichtshof prüft nur *prima facie* (AiS-REITER, Art. 3 SRIA N 38), ob wie hier in Art. 13.1 K-1 überhaupt eine Schiedsklausel vorliegt.

- 24 Die Klägerin geht irrigerweise davon aus, dass das Schiedsgericht der Beklagten 2 mit Schreiben vom 3. August 2016 eine Frist zur Erhebung der Unzuständigkeitseinrede ansetzte (KS, N 47). Die Parteien wurden aufgefordert, allfällige «zusätzliche» Informationen nachzureichen, widrigenfalls sich das Schiedsgericht konstituiert. Damit ist gemeint, dass die Parteien allfällige Einwände gegen die von den Parteien vorgeschlagenen Schiedsrichter betreffend deren Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit i.S.v. Art. 180 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 SRIA vorbringen sollten. Der Vorbehalt der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 beeinflusste die Schiedsrichterbestellung durch den Schiedsgerichtshof nach dem Fristablauf am 15. August 2016 nämlich in keiner Weise. Dies wird dadurch untermauert, dass das Schiedsgericht diese Vorbehalte in der Verfügung vom 19. September 2016 ausdrücklich festhielt (Verf. Nr. 1, N 5). Letzteres wäre widersprüchlich, hätte das Schiedsgericht die vom Gerichtshof am 3. August 2016 angesetzte und am 19. September 2016 bereits abgelaufene Frist als für die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede verbindlich erachtet.
- 25 Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von der Klägerin angerufenen Entscheid (KS, N 44 u. 46). Die Beschwerdeführerin erhob in jenem Fall die Unzuständigkeitseinrede erst nach einer vom Präsidenten des Schiedsgerichts – nicht wie i.c. vom Schiedsgerichtshof – angesetzten Frist (BGE 130 III 66 Sachverhalt B.b). Das Bundesgericht sah darin kein Problem und prüfte das Vorliegen der Schiedsklausel und die Parteistellungen ausführlich (ebd. E. 3). Es kam lediglich in Bezug auf die Einwände der Beschwerdeführerin bezüglich der Konstituierung des Schiedsgerichts zum Schluss, diese hätten innerhalb der vom Präsident des Schiedsgerichts angesetzten Frist vorgebracht werden müssen (ebd. E. 4.3). In dieser Hinsicht liegt der Fall aber anders als der vorliegende: Gegen die Art und Weise der Schiedsrichterbestellung hatte die Beklagte 2 ihre Einwände bereits in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 vorgebracht. Sie hatte somit keinen Grund, diese Einwände als Reaktion auf die nachfolgende Verfügung vom 3. August zu wiederholen und dem Schiedsgerichtshof «zusätzliche» Informationen im Hinblick auf die Schiedsrichterbestellung einzureichen.
- 26 Im Übrigen wird die Frage, bis wann die Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede zulässig ist (vgl. KS, N 50), durch Art. 186 Abs. 2 IPRG geregelt. Sinn und Zweck der Bestimmung ist es in erster Linie, die Parteien und das Gericht vor unnützem Aufwand und damit vor Frustration zu schützen (GÖTZ, 30; SCHULTE-BECKHAUSEN, 85). Die Beklagte soll nicht nach mehrmonatigem Prozessieren und mühsamen Beweisaufnahmen plötzlich die Unzuständigkeitseinrede

erheben können, um sich so aus dem Prozess zu ziehen (SCHULTE-BECKHAUSEN, 84; WIECZOREK/SCHÜTZE/SMID/HARTMANN, § 39 DZPO N 1). Das Schiedsgericht muss sich aber sowieso konstituieren, um über seine Zuständigkeit zu befinden (vgl. N 23). Die Unzuständigkeitseinrede wurde am 26. September 2016 erhoben, nur eine Woche nach der Verfügung des Schiedsgerichts (Verf. Nr. 1), die u.a. den Zeitplan festlegt, und lange vor Einreichung der Klageschrift am 9. Dezember 2016. Somit sind weder einer Partei noch dem Schiedsgericht Kosten entstanden, die bei einer früheren Erhebung nicht ebenso angefallen wären.

- 27 Sowohl Art. 21 Abs. 3 SRIA, der mangels Parteistellung der Beklagten 2 nicht direkt anwendbar ist, als auch bspw. die UNCITRAL Rules in Art. 23 Abs. 2 (vgl. WEBSTER, 382) oder die ICC-Rules sehen vor, dass die Einrede der Unzuständigkeit in der Klageantwort erhoben werden kann (vgl. DERAÏNS/SCHWARTZ, 81 ff.). Aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 182 Abs. 3 IPRG) müssten hierzu Stellungnahmen der anderen Parteien eingeholt werden (vgl. BGer 4P.196/2003 E. 4.1). Vorliegend wurde aber nicht einmal ein zweiter Schriftenwechsel nötig, da die Einrede noch vor Erhalt der Klageschrift erhoben wurde.

### **3.2 Keine Einlassung der Beklagten 2**

- 28 Die Klägerin bringt vor, die Beklagte 2 habe sich mit ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (KS, N 52 ff.).
- 29 Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Einlassung ergibt sich, dass eine Partei sich nur durch die unzweideutige Bekundung, vor dem angerufenen Gericht vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln, auf ein Verfahren einlassen kann (vgl. BGE 123 III 35 E. 3b; 87 I 131, 134). Es ist entscheidend, dass eine Beklagte um den allfälligen Mangel in der Zuständigkeit weiss, ansonsten sie diese nicht bestreiten kann (BGE 117 Ib 347 E. 2b/aa; BGer 4C.189/2001 E. 6a). Deshalb muss ausgelegt werden, ob die Beklagte 2 mit der Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 objektiv zum Ausdruck brachte, zur Hauptsache verhandeln zu wollen. Zuerst muss beachtet werden, dass alle Äusserungen der Beklagten 2 in der Einleitungsantwort nur provisorischer Natur waren. Entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, N 59) brachte die Beklagte 2 denn auch mehrfach Vorbehalte im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts vor. So bemängelte sie ihr fehlendes Recht zur Mitwirkung an der Bestellung des Schiedsgerichts ausführlich. Ebenso behielt sie sich die Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung vor (E-2, N 3). Das Schiedsgericht hat den Vorbehalt der Bestreitung seiner Zuständigkeit so auch festgehalten (Verf. Nr. 1, N 5). Lediglich beiläufig schloss sich die Beklagte 2 den Ausführungen der Beklagten 1 an. Von einer *unzweideutigen* Erklärung, vor dem Schiedsgericht zur Hauptsache zu verhandeln, und von einer *vorbehaltlo-*

sen Einlassung kann somit keine Rede sein. Dies gilt umso mehr, als es sich nicht nur um eine Einlassung auf ein allenfalls örtlich unzuständiges Gericht handelt, sondern gänzlich auf staatlichen Rechtsschutz verzichtet wird – zugunsten eines Schiedsgerichts, auf dessen Bestellung die Beklagte 2 keinen Einfluss hatte (s. N 4 f. u. 16; vgl. MÜLLER/KEILMANN, 120).

- 30 Die Annahme einer vorbehaltlosen Einlassung liefe im vorliegenden Fall auch Sinn und Zweck dieses Instituts zuwider. Art. 186 Abs. 2 IPRG will in erster Linie Gericht und Parteien vor unnützem Aufwand schützen, wobei ein solcher i.c. nicht entstanden ist (s. N 26). Insbesondere musste sich das Schiedsgericht sowieso konstituieren, um die Unzuständigkeitseinrede zu prüfen. Ausserdem ist die Beurteilung des gegen die Beklagte 2 geltend gemachten Garantieanspruchs nicht Thema der ersten Prozessphase (vgl. Verf. Nr. 2, N 2). Entsprechend wurden bisher weder Beweisaufnahmen durchgeführt noch rechtliche Erwägungen dargelegt, die bei einem Nichteintretensentscheid in Bezug auf die Beklagte 2 nutzlos werden würden.
- 31 Zum gleichen Schluss gelangte auch ein ICC-Schiedsgericht in einem Fall betreffend die Einlassung (ICC 9302, N 5). So seien Fristen zur Erhebung der Unzuständigkeitseinrede kein Selbstzweck, sondern sollten Fairness und Gleichheit zwischen den Parteien und den geordneten Ablauf des Verfahrens sicherstellen. Das Gericht stellte fest, dass die späte Erhebung der Unzuständigkeitseinrede weder die Bestellung des Schiedsgerichts beeinflusste noch eine Unterbrechung oder Verzögerung verursachte. Auch in der vorliegenden Konstellation ist nicht ersichtlich, wie die zu wahrenen Interessen von der Erhebung der Unzuständigkeitseinrede berührt wären. Das Vorbringen der Klägerin, die Beklagte 2 habe sich auf das Schiedsverfahren eingelassen, erweist sich somit als unbegründet.

## **II. Materielles**

### **1. Klägerin gegenüber der Beklagten 1 nicht aktivlegitimiert**

#### **1.1 Vereinbarung einer Forderungsverpfändung als Sicherungsmittel**

- 32 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, N 63 ff.) handelt es sich beim vereinbarten Sicherungsmittel um eine Forderungsverpfändung. Ihrer Ansicht nach soll eine Sicherungszession deshalb vorliegen, weil nach dem Wortlaut der Sicherungsabrede im Darlehensvertrag die Klägerin im Verzugsfall zur selbständigen Geltendmachung der Ansprüche berechtigt ist und damit erklärt würde, dass die alleinige Verfügungsmacht über die Forderung übergehe. Diese Auslegung greift zu kurz. Der Zessionar erhält bei der Sicherungszession die Vollmacht an der Forderung von Gesetzes wegen (Art. 164 Abs. 1 OR). Eine vertragliche Abrede hierzu ist nicht notwendig und ohne Nutzen. Hingegen ist es bei der Verpfändung von Forderungen

üblich – und zulässig (BGE 64 II 415, 418) –, eine Abrede zur privaten Verwertung anzubringen (BK-ZOBL Art. 906 N 16; DÖRIG/WEBER, 246 ff.). Eine entsprechende Abrede dürfte vorliegend gerade deshalb getroffen worden sein, weil sich die PerAspera Pharma AG beim Abschluss des Darlehensvertrags in finanziellen Schwierigkeiten befand und die Klägerin in deren Konkursfall zur Verwertung ihres Pfandrechtes nicht auf das Inkasso der Konkursverwaltung warten wollte (vgl. BGE 38 II 522, 530).

- 33 Das von der Klägerin angeführte Kriterium der Branchenüblichkeit (KS, N 64) bezieht sich in erster Linie auf Bankgeschäfte (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 8) und Factoringverträge (FÄSSLER, N 61) und ist für den Darlehensvertrag zwischen der Klägerin und der PerAspera Pharma AG nicht – und, wenn überhaupt, nur an letzter Stelle (vgl. ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil, N 286) – als Auslegungsregel heranzuziehen.
- 34 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf eine Zession anstelle blosser Verpfändung nicht vermutet werden, wenn die Parteiabsicht nur auf Sicherstellung der Forderung gerichtet war (BGer 08.07.1919). Die Klägerin sprang als grösste Minderheitsaktionärin der PerAspera Pharma AG ein, um diese aus ihrer finanziellen Schieflage zu befreien. Im Gegenzug wollte sie eine *angemessene* Sicherheit (Präambel K-2). Es lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb das für die PerAspera Pharma AG nachteiligere Sicherungsmittel der Zession hätte vereinbart werden sollen (vgl. KLEYLING, 88 f.). Der Klägerin ging es um eine langfristige Sanierung der PerAspera Pharma AG. Im Sicherungsfall wäre die Klägerin bei einer Zession deren Rechtsnachfolgerin im Distributionsvertrag geworden. Bei der Forderungsverpfändung verbleibt das Recht dagegen bei der PerAspera Pharma AG als Pfandschuldnerin (vgl. BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 9). Entsprechend lag es im Interesse der Parteien, die vereinbarte Sicherheit als Forderungspfand auszugestalten, um die PerAspera Pharma AG als Jungunternehmen nicht in ihrem wirtschaftlichen Fortbestand zu gefährden. In jedem Fall ist bei Unklarheit darüber, ob eine Forderungsverpfändung oder eine Sicherungszession vorliegt, der weniger weitgehenden Forderungsverpfändung Vorrang zu geben (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164 N 55; ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art. 900 N 24). Somit wurden die Ansprüche im Darlehensvertrag *qua* Forderungsverpfändung, eventualiter *qua* Sicherungszession eingeräumt.

## **1.2 Abtretungsverbot steht der Abtretung entgegen**

### *a) Absolute Unwirksamkeit der Abtretung*

- 35 Art. 164 Abs. 1 OR besagt, dass eine Forderung nur abgetreten werden kann, wenn dem u.a. keine Vereinbarung entgegensteht. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 13.5 K-1 sind Rechte aus dem Distributionsvertrag ohne Zustimmung der anderen Partei nicht abtretbar. Die Abtre-

tung wurde i.c. an eine aufschiebende Bedingung (Art. 151 Abs. 1 OR) geknüpft (vgl. BGE 117 II 94 E. 5c/aa) und damit i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR rechtsgeschäftlich eingeschränkt.

36 Die Klägerin wird erst zu dem Zeitpunkt zur Zessionarin und damit zur Rechtsnachfolgerin, in welchem eine schriftliche Zustimmung vorliegt. Da die Erfüllung der Bedingung stets Sache des Zedenten bleibt (VON THUR/ESCHER, 271 f.), *erfordert* eine Zustimmung ein vorgängiges *Ersuchen* der anderen Partei, wie die Klägerin richtig darlegt (KS, N 86). Die Beklagte 1 wurde bis heute nicht um ihre Zustimmung zur Abtretung ersucht, womit die Bedingung nicht eingetreten ist, die Forderungen also nicht abtretbar sind (vgl. ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 146 u. 157) und der Klägerin die Aktivlegitimation fehlt (vgl. MÜLLER-CHEN, 911). Ohne Belang ist, ob die Klägerin bei Vertragsschluss vom Abtretungsverbot in K-1 wusste (vgl. BGer 4C.129/2002 E. 1.4). Die h.L. in der Schweiz betrachtet Abtretungen, die gegen ein Abtretungsverbot verstossen, als absolut unwirksam (GIRSBERGER/HERMANN, 324 m.w.H.; MÜLLER-CHEN, 910). Da die Abtretung i.c. gegen das vereinbarte Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1) verstösst, ist sie unwirksam.

*b) Anwendbarkeit der Abtretungsklausel von Parteimotivation unabhängig*

37 Die Klägerin bringt vor, dass das Abtretungsverbot nur in denjenigen Fällen anwendbar sei, in denen die Abtretung den Interessen der Beklagten 1 zuwiderlaufe (KS, N 76). Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da die Interessenlage der Parteien allein massgeblich dafür ist, ob eine *Zustimmung* erteilt werden muss oder nicht. Für die Frage der *Anwendbarkeit* des Abtretungsverbots ist lediglich die Qualifikation des Rechtsgeschäfts als Abtretung massgeblich. Dies zeigt sich darin, dass die Parteien vereinbarten, dass eine Abtretung der schriftlichen Zustimmung des *debitor cessus* unterliegt, dieser eine Zustimmung aber nur aus gewichtigen Gründen verweigern darf. Daraus folgt, dass das Abtretungsverbot in Art. 13.5 K-1 auch Abtretungen erfasst, bei denen schliesslich keine gewichtigen Interessen der Gegenpartei betroffen sind. In diesen Fällen müsste jedoch die Zustimmung erteilt werden, was i.c. aber nicht geschah. Es werden somit alle Abtretungen von Art. 13.5 K-1 erfasst; ob die Zustimmung in der Folge erteilt werden muss, hängt davon ab, ob gewichtige Gründe vorliegen.

38 Inwiefern eine Geltendmachung der Ungültigkeit der Forderungsübertragung durch die Beklagte 1 treuwidrig wäre (KS, N 81), ist darüber hinaus nicht ersichtlich. Allein die Geltendmachung der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts begründet keinen Verstoss gegen Treu und Glauben (vgl. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 43 ff.).

39 Anzuführen ist, dass die Argumentation der Klägerin nicht konsequent ist. In einem ersten Schritt bejaht sie, dass das Abtretungsverbot der Forderungsverpfändung entgegenstehe und

deshalb die *clausula rebus sic stantibus* angewendet werden müsse (KS, N 72 f.), um diese Regelung zu ändern (*quod non*, s. N 48 f.). Damit sagt sie grundsätzlich, dass das Abtretungsverbot vorliegend anwendbar ist. In einem zweiten Schritt bestreitet die Klägerin dessen Anwendbarkeit aber.

### **1.3 Keine Genehmigung der Abtretung**

- 40 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, N 83 f.) hat die Beklagte 1 nie einer Forderungsverpfändung zugestimmt, sondern Einwände gegen diese erhoben. Erst bei den vorprozessualen Gesprächen erhielt sie Kenntnis der bereits über zwei Jahre vorher vorgenommenen Abtretung. Dass die Beklagte 1 in diesem Rahmen nichts gegen die Abtretung einwendete, geht aus den vorliegenden Unterlagen nicht hervor (vgl. Verf. Nr. 3, N 9). Selbst wenn sie sich nie zur Abtretung geäußert hätte, wäre sie nicht verpflichtet gewesen, vor Prozessbeginn alle ihre rechtlichen Einwände gegenüber der Klägerin vorzubringen.
- 41 Aus der verspäteten Geltendmachung eines Rechts kann gestützt auf Art. 2 ZGB nicht ohne Weiteres auf einen Verzicht geschlossen werden. Vielmehr ist ein Recht nach Art. 2. Abs. 2 ZGB erst dann nicht mehr schützenswert, wenn dessen Missbrauch offensichtlich ist (BGE 109 II 338 E. 2a; s. N 17). Die Beklagte 1 erhob am 26. Juli 2016 Einwände gegen die Abtretung. Der Zeitraum von März bis Juli 2016 ist als durchaus üblich anzusehen und kann von der Klägerin nicht derart verstanden werden, dass die Beklagte 1 auf Einwände verzichte. Des Weiteren hätte ein Verzicht ohnehin nicht zu der behaupteten konkludenten Zustimmung geführt, da eine solche vertraglich ausgeschlossen wurde. Art. 13.5 K-1 verlangt eine *schriftliche* Zustimmung zur Abtretung.
- 42 Klarerweise liegt entgegen der Klägerin (KS, N 85) kein *venire contra factum proprium* vor. Bei der Klägerin wurde durch das Verhalten der Beklagten 1 kein schutzwürdiges Vertrauen in Bezug auf einen Verzicht auf Einwände erweckt (vgl. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 269), das nun enttäuscht worden wäre und gestützt auf welches sie Dispositionen getroffen hätte, die ihr zum Nachteil erwachsen würden (vgl. BGE 125 III 257 E. 2a).

### **1.4 Berufung auf das Abtretungsverbot nicht rechtsmissbräuchlich**

- 43 Die Klägerin erklärt, die Beklagte 1 hätte auf Ersuchen der Abtretung zustimmen müssen, weshalb die Berufung auf Art. 13.5 K-1 heute rechtsmissbräuchlich sei (KS, N 89).
- 44 Vorliegend erlegte Art. 13.5 K-1 den Vertragsparteien die Pflicht auf, eine Abtretung ohne Vorliegen von gewichtigen Gründen zu gestatten. Um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, wurde dabei für die Zustimmung die Schriftform vereinbart. Gleichzeitig gibt Art. 13.5 K-1

den Parteien aber auch das Recht, über eine geplante Abtretung informiert zu werden, diese zu prüfen und bei Vorliegen gewichtiger Gründe die Zustimmung zu verweigern. Sinn und Zweck war es, das Interesse der Beklagten 1 an einer klaren und übersichtlichen Vertragsabwicklung und an der Gewissheit über die Identität des Vertragspartners zu schützen (vgl. Verf. Nr. 3, N 7). Die Zustimmung der Gegenpartei zu einer Abtretung wurde gerade deshalb vereinbart, um eine stille Zession zu verhindern. Eine solche versucht die Klägerin nun aber durchzusetzen. Indem die Beklagte 1 erst in den vorprozessualen Gesprächen (Verf. Nr. 3, N 9) von der Abtretung erfuhr, wurde ihr die Ausübung des vereinbarten Rechts auf Überprüfung der Abtretung verwehrt. Die Beklagte 1 befand sich also zwei Jahre lang – und damit auch bei Abschluss des Beendigungsvertrags – in Unkenntnis über die tatsächliche Sachlage.

45 Das von der Klägerin aufgerufene Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 ZGB ist eine Schutznorm (BGE 125 III 257 E. 2c). Es geht nicht an, der Beklagten 1 heute rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen, nur weil die PerAspera Pharma AG es grundlos unterlassen hat, bei ihr um Zustimmung zu ersuchen. Eine nachträgliche Zustimmungsfiktion mit der Begründung der Klägerin, das Ergebnis sei unabhängig davon gleich, ob um Zustimmung ersucht wurde oder nicht (KS, N 87), wäre eine Verletzung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Die PerAspera Pharma AG und die Beklagte 1 hielten vertraglich klar fest, wie bei einer Abtretung zu verfahren ist.

46 Selbst wenn die Beklagte 1 um Zustimmung ersucht worden wäre bzw. diese fingiert werden könnte, hätte die Beklagte 1 nicht zustimmen müssen, da zum Abtretungszeitpunkt – bei Abschluss des Darlehensvertrags – gewichtige Gründe gegen die Abtretung vorlagen. Es war die Absicht der Beklagten 1, im Insolvenzfall der PerAspera Pharma AG durch Zahlungen an den Konkursverwalter die Dyalgonin®-Produktion aufrechtzuerhalten (Verf. Nr. 3, N 7). Im Februar 2014 befand sich die PerAspera Pharma AG in finanziellen Schwierigkeiten; ein Insolvenzfall war somit nicht auszuschliessen. Nach entsprechender Prüfung eines allfälligen Gesuches hätte gestützt auf Art. 13.5 K-1 eine Verweigerung der Zustimmung erfolgen können.

### **1.5 Keine Anerkennung der Aktivlegitimation**

47 Die Klägerin führt aus, die Beklagte 1 hätte durch Anerkennung des Schiedsgerichts auch die Aktivlegitimation der Klägerin anerkannt (KS, N 90 ff.). Die Frage der Aktivlegitimation ist sowohl für die Zulässigkeit der Klage wie auch für deren materiell-rechtliche Begründetheit erheblich. Dem Schuldner einer vermeintlich zedierten Forderung steht es frei, ob er die Aktivlegitimation des Zessionars mittels Unzuständigkeitseinrede bestreiten will oder sich auf das Verfahren vor dem Schiedsgericht einlässt, um anschliessend die Abweisung der Klage

aufgrund fehlender Legitimation durch Sachurteil zu verlangen (BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 504; GÖKSU, N 661; vgl. BGE 128 III 50 2b/bb; 117 II 94 E. 5c). Wie in ihrer Einleitungsantwort festgehalten (E-1, N 2), lässt sich die Beklagte 1 vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren ein und bestreitet die Aktivlegitimation zulässigerweise erst auf materiell-rechtlicher Ebene.

## **1.6 Kein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus***

48 Entgegen den Ausführungen der Klägerin ist ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vorliegend nicht gegeben (KS, N 72 f.). Eine Vertragsanpassung aufgrund der *subsidiären* (BISCHOFF, 180; LEU, 116) *clausula rebus sic stantibus* kommt nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen infrage (BGE 122 III 97 E. 3a; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-Müller, Art. 2 N 225; SCHWENZER, N 35.04). Die Klägerin macht geltend, eine Vertragsanpassung müsse vorgenommen werden, da sich i.c. die Umstände *aufgrund des Verhaltens der Beklagten 1* drastisch verändert haben (*quod non*). Sie verkennt dabei, dass die *clausula rebus sic stantibus* dann angewendet wird, wenn sich die Rahmenbedingungen aufgrund *faktischer oder rechtlicher* Umstände verändern, die keine unmittelbare Verbindung zum Vertragsgegenstand haben (BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 225 u. 239; HUGUENIN, N 320). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben, vielmehr sind die von der Klägerin angesprochenen veränderten Umstände (Absatzeinbruch) identisch mit dem Vertragsgegenstand und auf das allgemeine Risiko eines jeden Vertrags zurückzuführen.

49 Insbesondere bestehen verschiedene vertragliche Klauseln, die eine Anpassung an veränderte Umstände vorsehen (Art. 3.1, 3.3, 11 K-1; vgl. BURKHARDT, 35 ff.). Folglich sahen die Parteien bei Vertragsschluss voraus, dass sich die Umstände nachträglich verändern könnten und haben dem durch vertragliche Anpassungsklauseln Rechnung getragen (vgl. LEU, 119 f.).

## **2. Kein Anspruch auf verlangte Auskünfte**

### **2.1 Keine Auskunftsansprüche aus Vertrag**

#### *a) Distributionsvertrag deckt Begehren nicht*

50 Die Klägerin führt an, ihre Rechtsbegehren entsprächen *exakt* den im Distributionsvertrag vereinbarten Auskunftsansprüchen. Verlangt werden sämtliche Dyalgonin®-bezogenen Dokumente, Unterlagen aus Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und den US-Behörden sowie sämtliche Korrespondenz zwischen diesen beiden.

51 Art. 5.2 ii) K-1 bezieht sich auf die zur Einreichung an eine US-Behörde vorbereiteten Dokumente sowie die Einbindung der Lieferantin in Entscheidungsprozesse. Eine nachträgli-

che Erfüllung des vorgängigen Einsichtsrechts von Art. 5.2 ii) ist heute zwecklos bzw. unmöglich. Art. 5.2 iii) K-1 erfasst nun lediglich die von der Beklagten 1 an eine US-Behörde *übermittelten Unterlagen* betreffend Dyalgonin® sowie *wichtige* erhaltene Kommunikation von US-Behörden. So sind bei weitem nicht sämtliche Dyalgonin®-bezogenen Dokumente geschuldet (Rechtsbegehren Ziff. 1 i).

- 52 Ein vertraglicher Anspruch auf Unterlagen aus Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und US-Behörden (Rechtsbegehren, Ziff. 1 ii) besteht ebenfalls nicht. Dabei stellt sich vordergründig die Frage, was mit «Besprechungen (...) von welchen die Beklagte 1 die PerAspera Pharma AG ausschloss» (Rechtsbegehren, Ziff. 1 ii) überhaupt gemeint ist. Sowohl in sachlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht bleibt offen, in welchem Umfang Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-Behörde unter dieses Begehren fallen. Gleichzeitig stellt sich die Frage, was unter «ausgeschlossen» zu verstehen ist. Dies suggeriert eine Teilnahmeberechtigung der PerAspera Pharma AG an Besprechungen mit US-Behörden. Auf welcher Grundlage eine solche bestehen könnte, ist aber nicht ersichtlich.
- 53 Selbiges gilt für den geltend gemachten Anspruch auf *sämtliche* Korrespondenz mit einer US-Behörde (Rechtsbegehren Ziff. 1, iii). Eine sachliche Einschränkung bspw. auf Unterlagen im Zusammenhang mit Dyalgonin® i.S.v. Art. 5.2 iii) gibt es dabei nicht und wird von der Klägerin in ihrer Begründung auch nicht vorgenommen. Bei Klagegutheissung würde die Beklagte 1 dazu verpflichtet, sämtliche Korrespondenzen mit einer US-Behörde – auch solche vor Aufnahme und nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit der PerAspera Pharma AG – an die Klägerin auszuhändigen. Hierfür besteht keinerlei Grundlage. Das Begehren der Klägerin ist zu umfassend und abzuweisen.

*b) Keine Herausgabepflicht aus Beendigungsvereinbarung*

- 54 Die Klägerin führt an, die Ansprüche aus der Beendigungsvereinbarung seien aufgrund der Abtretung im Darlehensvertrag auf sie übergegangen (KS, N 107). Bei der Forderungsverpfändung wird der Pfandgläubiger nicht Rechtsnachfolger – sein Anspruch beschränkt sich auf die Sicherstellung der Hauptforderung (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 9; s. N 32). Gemäss der Sicherungsabrede im Darlehensvertrag wurden die Ansprüche gegenüber Distributoren aus *Vertriebsverträgen* für Dyalgonin® abgetreten. Entsprechend beschränkt sich der Anspruch der Klägerin als Pfandgläubigerin auf solche. Läge eine Sicherungszession vor, so sei gesagt, dass weder der Wortlaut der Sicherungsabrede noch der Sinn und Zweck einer Abtretung als Sicherungsmittel darauf schliessen lassen, dass die Beendigungsvereinbarung –

welche einzig der geordneten Beendigung der Vertriebstätigkeit der Distributorin in den USA diene (Präambel K-4) – von der Abtretung mitumfasst sein sollte.

55 Selbst wenn der Beendigungsvertrag von der Abtretung erfasst wäre, ergäbe sich aus ihm keine Herausgabepflicht der Beklagten 1. Art. 4.3 K-4 regelt den Zugang zu den Büchern – als Kurzform für Geschäftsbücher –, was in keinem Rechtsbegehren beantragt wird. Art. 4.6 K-4 steht unter dem Titel «Kooperation». Die darin vereinbarte Zusammenarbeit im Hinblick auf laufende Gerichtsverfahren oder Untersuchungen bezieht sich nicht auf Verfahren, in denen die Vertragsparteien als Gegner auftreten.

*c) Eventualiter: Auskunftspflichten nicht klagbar*

56 Selbst wenn das Gericht vertragliche Auskunftspflichten der Beklagten 1 annehmen sollte, wären diese nicht klagbar. Art. 5.2 K-1 erlegt nämlich reine Nebenpflichten auf. Die für den Alleinvertriebsvertrag charakteristischen Hauptpflichten sind neben der Lieferung, Abnahme und Zahlung einer Ware die Absatzförderung und die Gewährung eines exklusiven Bezugsrechts (HUGUENIN, N 3838); die vorgesehenen Informationspflichten sind für das vorliegende Vertragsverhältnis nicht essenziell. Unterschieden werden muss deshalb zwischen klagbaren primären Nebenpflichten und nicht klagbaren sekundären Nebenpflichten (ebd., N 103).

57 Ob eine Informationspflicht klagbar und als primäre Nebenpflicht zu qualifizieren ist, muss eine Treu und Glauben berücksichtigende Interessenanalyse ergeben (BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Einl. OR N 94). Zum einen ist zu berücksichtigen, ob die Nebenpflicht dazu dient, die Hauptleistung zu sichern, oder ob diese einen eigenen, primären Zweck verfolgt (MERZ, 69). Zum andern ist darauf abzustellen, ob die Nebenpflicht Teil des vertraglichen Synallagmas ist. Zwischen Haupt- und Nebenpflicht müsste eine Abhängigkeit in dem Sinne bestehen, dass sie nur im gegenseitigen Austausch zu erfüllen sind (AppH BE 25.10.1974 E. 3). Erst aus einer solchen Abhängigkeit lässt sich ein Anspruch auf Durchsetzung ableiten (MERZ, 69).

58 Art. 5.2 K-1 erlegte der Beklagten 1 als Distributorin diverse Pflichten auf. Die PerAspera Pharma AG sollte fortlaufend über die Zusammenarbeit der Beklagten 1 mit den US-Behörden informiert werden und in Entscheidungsprozesse eingebunden werden. Art. 5.2 i) K-1 als einleitender Absatz zeigt den Sinn und Zweck der folgenden Informationspflichten auf: Die PerAspera Pharma AG sollte kontrollieren können, ob die Beklagte 1 die US-amerikanischen Gesetze und Anforderungen einhielt. Im Rahmen des Alleinvertriebsvertrags diene dies der langfristigen Sicherung der Lieferungs- und Absatzpflichten beider Parteien. Ein eigenständiger und damit primärer Zweck lässt sich aus Art. 5.2 K-1 jedoch nicht ableiten. Die Klausel ist auch nicht in die gegenseitige Leistungsabhängigkeit – die Verkaufs- und

Absatzförderungspflicht der Distributorin (Art. 5.1 K-1) und die Lieferungspflicht der Lieferantin (Art. 4.1 K-1) – einbezogen. Daraus folgt, dass es sich bei Art. 5.2 K-1 um sekundäre, nicht klagbare Nebenpflichten der Beklagten 1 handelt. Damit ist die Klage abzuweisen.

## **2.2 Keine Auskunftsansprüche aus Gesetz**

### *a) Beizug von Agenturrecht gerechtfertigt*

59 In ihren Ausführungen bringt die Klägerin vor, aufgrund ihrer Verwandtschaft mit dem Agenturvertrag sei Agenturrecht auf den Alleinvertriebsvertrag anwendbar. Zweifelsohne besteht zwischen dem Agentur- und dem Alleinvertriebsvertrag eine gewisse Nähe. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, sämtliche Bestimmungen aus dem Agenturrecht anzuwenden (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418a–418b N 12b; HUGUENIN, N 3845; vgl. KUHN, 201 ff.).

60 Nach Ansicht der Klägerin resultiert aus dem Agenturrecht keine gesetzliche Treuepflicht, weshalb subsidiär Auftragsrecht zur Anwendung gelangen soll (KS, N 115). Bei Heranziehung des Auftragsrechts ergibt sich eine allgemeine Treuepflicht allerdings nicht aus Art. 400 Abs. 1 OR, sondern aus Art. 398 Abs. 2 OR (HUGUENIN, N 3269 ff.), der aber nur eine unklagbare Nebenpflicht darstellt (WALDMANN, 142; s. N 56 f.). Darüber hinaus kann Art. 400 Abs. 1 OR nicht herangezogen werden, weil sich bereits verschiedene Treuepflichten (bspw. Art. 418c f., 418f OR) aus dem Agenturrecht ergeben (HUGUENIN, N 3402) und die Informations- und Herausgabepflichten beider Vertragsparteien abschliessend geregelt sind. Die Informationspflicht als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 418c OR umfasst lediglich die Pflicht, den Auftraggeber über geglückte Vermittlungen und Abschlüsse zu informieren (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418c N 6d) und begründet keine umfassende Auskunftspflicht. Art. 418f OR erlegt nur dem Auftraggeber – i.c. also der PerAspera Pharma AG – die Pflicht auf, gewisse Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dass die Informationspflicht des Agenten nicht so weit geht, wie es die Klägerin darlegt, ist als vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt zu betrachten und rechtfertigt eine Anwendung von Auftragsrecht vorliegend nicht.

### *b) Auftragsrecht nicht anwendbar*

61 Sollte Agenturrecht vorliegend nicht anwendbar sein, könnte Art. 400 Abs. 1 OR dennoch nicht beigezogen werden. Schon für eine analoge Anwendung der aus dem *Agenturrecht* stammenden Kundschaftsentschädigung (Art. 418u OR) forderte das BGer, dass zwischen Alleinvertreter und Agenten vergleichbare Situationen vorliegen. Nur dann sei es auch vertretbar, die unterschiedlichen Vertragstypen gleich zu behandeln (BGE 134 III 497 E. 4.3.; BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 126). Dies gilt vorliegend umso mehr,

wenn wie von der Klägerin das vom Alleinvertriebsvertrag noch weiter entfernte Auftragsrecht (vgl. Art. 418b OR; BK OR-GAUTSCHI, Art. 418a–418b N 4b) analog angewendet werden soll. Eine analoge Anwendung kommt ohnehin nur dann infrage, wenn der Grundgedanke der anzuwendenden Norm ebenfalls zum nicht geregelten Fall passt (BGE 113 III 116 E. 3). Die auftragsrechtliche Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR dient dazu, der *Fremdnützigkeit* des Auftrags Rechnung zu tragen (BGE 139 III 49 E. 4.1.2). Da der Beauftragte ein fremdes Geschäft besorgt (BGE 110 II 181 E. 2), hat der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran, alle dafür relevanten Informationen zu erhalten, um womöglich Weisungen zu erteilen (HUGUENIN, N 3276). Lieferantin und Distributorin sind i.c. eigenständige Unternehmen, die ihre Geschäfte in *eigenem* Interesse ausführen. Die Beklagte 1 führt den Vertrieb auf eigene Rechnung und in eigenem Namen und war nicht an Weisungen der Lieferantin gebunden. Eine Anwendung von Art 400 Abs. 1 OR ist wegen der unterschiedlichen Interessenkonstellation nicht zulässig.

c) *Kein Auskunftsanspruch aus Gebot von Treu und Glauben*

- 62 Entgegen den Ausführungen der Klägerin existiert keine Auskunftspflicht aufgrund von Treu und Glauben (KS, N 117). Nach der h.L. lässt sich aus Art. 2 ZGB keine allgemeine Informationspflicht ableiten (AFFOLTER, 10 ff.; WALDMANN, 184 u. 196; LEUMANN LIEBSTER, 9; STÄUBER, 99 f.). Bei kritischer Betrachtung sollte auch die von der Klägerin geforderte Begründung eines Informationsanspruchs aufgrund von Treu und Glauben verneint werden (vgl. WALDMANN, 186 f.). Art. 2 Abs. 1 ZGB liefert unbestrittenermassen keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern ist als «indirekt anwendbares Rechtsprinzip» ohne selbständige Justiziabilität und damit ohne eigene Rechtsfolgen zu betrachten (ZELLER, 301 u. 304 f.). Zu den von der Klägerin genannten Voraussetzungen müsste für die Schaffung eines Informationsanspruchs eine echte Gesetzeslücke hinzutreten (WALDMANN, 187). Dabei ist zu beachten, dass einerseits auch das Zivilprozessrecht Wege der Informationsbeschaffung vorsieht (ebd., 187 f.) und andererseits der Gesetzgeber in der Schweiz ausdrücklich auf eine allgemein anwendbare Norm zur Informationsbeschaffung verzichtete (ebd., 189; STÄUBER, 98).
- 63 Da es sich vorliegend um einen Innominatkontrakt handelt, fehlt notwendigerweise eine gesetzliche Regelung. Die von der Lehre vorgeschlagene teilweise Anwendung von Agenturrecht (s. N 60) und damit Art. 418c OR wäre vorliegend zur Begründung eines Informationsanspruchs heranzuziehen. Da folglich eine gesetzliche Regel besteht, die auf den Alleinvertriebsvertrag angewendet werden kann, ist es nicht gerechtfertigt, eine weitere Informationspflicht aufgrund von Treu und Glauben anzunehmen.

64 Die Klägerin bringt unrichtigerweise vor (KS, N 118), es sei kein erkennbarer Aufwand für die Beklagte 1, die von ihr verlangten Dokumente herauszugeben. Das von der Klägerin Geforderte umfasst eine erhebliche Anzahl Dokumente, die die Beklagte 1 zunächst bereitstellen müsste. Dies würde unverhältnismässig viele Ressourcen in Anspruch nehmen. Zusätzlich führt die Klägerin aus, dass der geforderte Auskunftsanspruch aufgrund der *Kaufvertragslehre* und in Anlehnung an das Gebot von Treu und Glauben bestehe (KS, N 119). Weshalb jedoch i.c. die Kaufvertragslehre beigezogen werde sollte, ist nicht ersichtlich. Ein Auskunftsanspruch ist deshalb von der Hand zu weisen.

### **2.3 Beschränkung der Auskunftsansprüche auf Bedürfnisse der Klägerin**

65 Als Pfandgläubigerin (s. N 32 ff.) begrenzen sich die Auskunftsansprüche der Klägerin auf die Erfüllung des Sicherungszwecks im Darlehensvertrag (vgl. BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 13). Entsprechend sind die äusserst umfassenden Begehren der Klägerin auf das zur Geltendmachung des Schadenersatzes notwendige Mass zu beschränken. Auch im Fall einer Sicherungszession ist eine solche Beschränkung angezeigt. Im Rahmen einer Stufenklage können nur jene Informationen verlangt werden, welche für die Klägerin zur Bestimmung des Hauptanspruches – i.c. Schadenersatz – *relevant* sind (vgl. LEUMANN LIEBSTER, 123).

### **2.4 Verzicht auf Auskunftsansprüche**

66 Sollten vertragliche oder gesetzliche Ansprüche bestehen, so hat die PerAspera Pharma AG auf diese verzichtet. Allfällige gesetzliche Ansprüche wurden i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR durch abweichende Parteivereinbarungen abschliessend geregelt (vgl. Art. 4.1 iii), Art. 5.1 iii), Art. 5.2 ii) u. iii) K-1; Art. 4.3–4.7 K-4). Weiter haben die Parteien in Art. 13.3.4 K-1 vereinbart, welche Vertragsklauseln über die Beendigung des Distributionsvertrags in Kraft bleiben, wobei bestehende Informationspflichten unberücksichtigt blieben. Diese wurden durch die Auskunftspflichten in der Beendigungsvereinbarung ersetzt, welche die geordnete Beendigung des Vertriebsverhältnisses vorsah (Präambel K-4). Ziel war es, sämtliche bestehende Bindungen aufzulösen und allfällige Auskunftspflichten aus dem Distributionsvertrag aufzuheben (vgl. Art. 115 OR). Die Klägerin kann damit heute weder vertragliche noch gesetzliche Auskunftsansprüche geltend machen.

Abschliessend ersuchen wir Sie, die eingangs gestellten Anträge gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 3