

Moot Court Team 10

Adrien Clinard
Albana Mihovci
Robert Arnaud
Sandra Schaffner

Einschreiben

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

24. März 2017

Klageschrift
Fall 123456-2016

In Sachen

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

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 1

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 10

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren

- 1) *Gegenüber der Beklagten 2 sei die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen;*
- 2) *Eventualiter zu 1): Gegenüber der Beklagten 2 sei die Schiedsklausel für ungültig zu erklären;*
- 3) *Auf die Klage sei mangels Aktivlegitimation nicht einzutreten;*
- 4) *Eventualiter zu 3): Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;*
- 5) *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Entscheidungsverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XI
I. Prozessuales.....	1
A. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig	1
B. Ungültigkeit der Schiedsklausel	3
1. Die Schiedsklausel verletzt zwingendes Recht	3
a) Verletzung des Rechts auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters.....	4
b) Die Beklagten 1 und 2 haben divergierende Interessen.....	5
c) Verletzung der Mitwirkungsrechte der Beklagten 2	7
2. Folgen der Rechtswidrigkeit: Teilnichtigkeit der Schiedsklausel.....	8
3. Eventualiter: subsidiäre Anwendung der SRIA	9
C. Eventualiter: die Beklagte 2 hat sich nicht eingelassen.....	10
a) Es wurde keine Einlassungshandlung vorgenommen.....	10
b) Das Recht der Unzuständigkeitseinrede ist nicht verwirkt.....	11
II. Materielles	12
A. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert	12
1. Der Sicherungszession steht das Abtretungsverbot entgegen.....	13
2. Unzulässige teleologische Reduktion des Abtretungsverbots	13
3. Das Abtretungsverbot wirkt <i>erga omnes</i>	14
4. Die Zustimmung zur Abtretung darf verweigert werden.....	15
5. Eventualiter: Eine allfällige Einziehungsvollmacht ist erloschen.....	17
B. Es besteht kein Auskunftsrecht.....	17
1. Kein vertraglich vereinbartes Auskunftsrecht gestützt auf BV	17
2. Kein vertraglich vereinbartes Auskunftsrecht gestützt auf DV	18
3. Aus Art. 2 ZGB ergibt sich keine Auskunftspflicht.....	19
4. Art. 418c, 418f und 400 OR statuieren keine weiteren Auskunftspflichten.....	19
5. Eventualiter: Auf das Auskunftsrecht wurde verzichtet	20
6. Eventualiter: Eine Vertragsergänzung ist nicht notwendig.....	20
Antrag auf Stattgebung der Rechtsbegehren.....	21

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: the practitioner's guide*, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: ARROYO/BEARBEITER, Erlass Art. N)

[Rz. 48]

BELLET PIERRE, Note - Cour d'Appel de Paris (1re Ch. suppl.) 5 mai 1989 - Société B.K.M.I. Industriean Lagen et Siemens v. Dutco construction, in: *Revue de l'arbitrage* 1989 4, 723-734 (zit.: BELLET, *Revue de l'arbitrage* 1989)

[Rz. 12]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015

[Rz. 11, 28, 34, 35]

BLACKABY NIGEL/PARTASIDES CONSTANTINE/REDFERN ALAN/HUNTER MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5. Aufl., 2009

[Rz. 12]

BORN GARY, *International Commercial Arbitration*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014

[Rz.13]

DELVOLVÉ JEAN-LOUIS, La crise du multipartisme: l'arrêt Dutco et le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, in: *Bull ASA* 1992 2, 182-195 (zit.: DELVOLVÉ, *ASA* 1992)

[Rz. 13, 16]

DREYER DOMINIQUE, Contrats de distribution: deux questions, in: *La pratique contractuelle 3, Symposium en droit des contrats*, PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ (Hrsg.), Genf/Zürich 2012

[Rz. 80]

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

[Rz. 53]

GOBAT SÉBASTIEN, L'indemnité de clientèle du distributeur: Étude de l'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution, Zürich 2011

[Rz. 83]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, 3. Aufl., Zürich 2016

[Rz. 2]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N)

[Rz. 11, 34, 43]

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

[Rz. 77]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR), 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER, Art. N)

[Rz. 2, 6, 19, 35, 54, 60, 66, 68, 77, 80, 81, 83]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014

[Rz. 2, 19, 20, 35, 37, 59, 78, 80]

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

[Rz. 54]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2. Aufl., Bern 2010

[Rz. 2, 4, 24, 25, 49]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, IPRG/LugÜ: Kommentar: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015 (zit.: KREN KOSTKIEWICZ, OFK-IPRG/LugÜ, Erlass Art. N)

[Rz. 48]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF, STEPHAN (Hrsg.), OR Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit.: OFK-OR-BEARBEITER, Art. N)

[Rz. 59]

LARDELLI FLAVIO, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Zürich 2008

[Rz. 59]

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014

[Rz. 31]

MÜNCH PETER/BÖHRINGER PETER/KASPER LEHN SABINA/PROBST FRANZ (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 3. Aufl., 2010 (zit.: MÜNCH/BEARBEITER)

[Rz. 11, 12, 20]

PETER WOLFGANG, Die neue Schweizerische Schiedsordnung - Anmerkungen für die Praxis, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2004, 57 ff. (zit.: PETER, SchiedsVZ 2004)

[Rz. 12]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Arbitrage multipartite, in: Bull ASA 1991 1, 8-22 (zit.: POUDRET, ASA 1991)

[Rz. 24]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2007

[Rz. 2, 11]

BÜHLER THEODOR Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR in: SCHÖNENBERGER WILHELM/GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit.: ZK OR-BÜHLER, Art. N)

[Rz. 80]

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, Tome 3, 4. Aufl., Bern 2012

[Rz. 52]

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5. Aufl., Zürich 2012

[Rz. 2]

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2. Aufl., Basel 2012 (zit.: CR CO I-BEARBEITER, Art. N)

[Rz. 35]

VAN DEN BERG ALBERT JAN, *ICC Arbitration Rules and Appointment of Arbitrators in Cases Involving Multiple Defendants*, in: PLANTEY ALAIN/BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/BREDOW JENS, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1994

[Rz. 12]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/PHILIPP HABEGGER (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: SRIA-BEARBEITER, Art. N)

[Rz. 18, 39, 40, 48]

Entscheidverzeichnis

Leitentscheide des Bundesgerichts

- BGE 88 II 18 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Januar 1962
[Rz. 68]
- BGE 112 II 241 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. April 1986
[Rz. 59]
- BGE 116 Ia 56 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990
[Rz. 8]
- BGE 120 II 35 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Januar 1994
[Rz. 34, 35]
- BGE 123 III 35 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996
[Rz. 43]
- BGE 128 III 50 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
[Rz. 45, 48]
- BGE 129 III 675 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 08. Juli 2003
[Rz. 8]
- BGE 130 III 66 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
[Rz. 34]
- BGE 131 III 467 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. April 2005
[Rz. 35]
- BGE 131 III 511 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Mai 2005
[Rz. 5]

BGE 131 III 606	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 05. August 2005 [Rz. 19]
BGE 134 III 497	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2008 [Rz. 80]
BGE 138 III 241	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Februar 2012 [Rz. 20]
BGE 140 III 134	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Februar 2014 [Rz. 2]

Übrige Entscheide des Bundesgerichts

BGer 1703/82	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 1983 (in: Bull ASA 1984 4, 203-206) [Rz. 24]
BGer 4P.86/1994	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. November 1994 [Rz. 12, 28]
BGer 4C.156/2006	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. August 2006 [Rz. 6, 35]
BGer 4A_290/2007	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Dezember 2007 [Rz. 7, 19]
BGer 4A_244/2012	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Januar 2013 [Rz. 8]
BGer 5A_452/2014	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. September 2014 [Rz. 6]

BGer 4A_310/2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen
Bundesgerichts vom 05. Oktober 2016
[Rz. 1]

Weitere Entscheide

CJ Genf, Entscheid vom 26.11.1982, in: SJ 1984 S. 309 ff.
[Rz. 26]

Französisches Kassationsgericht, Sociétés BKMI Industrieanlagen GmbH et Siemens AG v.
Dutco construction, in: Revue de l'Arbitrage 1992 3, 470-472 (zit.: Dutco-Entscheid)
[Rz. 13]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BGE	Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
cf.	confer
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CJ	Cour de Justice
CO	Code des obligations: OR
CR	Commentaire romand
DV	Distributionsvertrag
DOJ	US Department of Justice
E.	Erwägung(en)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
KS	Klageschrift
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé: IPRG
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12)
N/Nr.	Nummer
n	Fussnote
OFK	Orell Füssli Handkommentar

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SJ	La Semaine judiciaire
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung von Juni 2012
u.a.	unter anderem
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 272)

I. Prozessuales

A. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig

- 1 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin ist das angerufene Schiedsgericht der Beklagten 2 gegenüber unzuständig, da sie an die Schiedsklausel nicht gebunden ist. Die objektive Tragweite ist vorliegend der subjektiven untergeordnet und wird gegenstandslos, sobald nachgewiesen wird, dass sich die Beklagte 2 der Schiedsklausel nicht unterstellt hat (cf. BGer 4A_310/2016, E. 3.3).
- 2 Zur Ermittlung der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel muss auslegungsmässig beantwortet werden, welche Parteien der Schiedsvereinbarung zugestimmt haben (GIRSBERGER/VOSER, N 398; POUDRET/BESSON, N 250). Gegenstand der Auslegung ist im vorliegenden Fall die in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (DV) festgeschriebene Schiedsklausel. Für die Auslegung einer Schiedsklausel gelten die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung privater Willensäusserungen (BGE 140 III 134, E. 3.2; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 245). Gemäss Art. 18 OR ist primär nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien zu forschen (HUGUENIN, N 189). Lässt sich dieser nicht ermitteln, ist in Anwendung des Vertrauensprinzips die Klausel so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen und nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 134, E. 3.2). Als Auslegungsmittel sind in erster Linie der Wortlaut, ergänzend der Vertragszweck, die vertragliche Systematik, die Verkehrssitten sowie weitere Begleitumstände heranzuziehen, soweit sie zur Feststellung des Parteiwillens im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beitragen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 ff.; HUGUENIN, N 293; TERCIER/PICHONNAZ, N 944 ff.).
- 3 Entgegen den Ausführungen der Klägerin zeigt es sich sowohl aus dem Wortlaut wie aus der vertraglichen Systematik, dass sich die in Art. 13.1 DV festgehaltene Schiedsklausel nicht auf die Garantie erstreckt. Art. 13 DV trägt nämlich den Titel „Allgemeine Bedingungen des Vertriebsvertrages“. Anstatt „Distributionsvertrag“ haben die Parteien explizit den Begriff „Vertriebsvertrag“ verwendet, wodurch einzig die bilaterale geschäftliche Rechtsbeziehung zwischen den Hauptparteien anvisiert wird. Systematisch ist dem Ingress zu entnehmen, dass der DV einzig zwischen den Hauptparteien abgeschlossen wurde. In der Präambel steht deutlich: „die Parteien beabsichtigen eine Zusammenarbeit, wonach die Distributorin die Produkte der Lieferantin (...) verkauft“. Die Garantinnen sind deshalb nur insofern am Vertrag beteiligt, als sie den Garantievertrag abschliessen. Es ist nämlich nicht vertretbar, dass die Zustimmung der Garantinnen für das Zustandekommen des geschäftlich relevanten Hauptvertrages notwendig ist. Umgekehrt haben sich die Garantinnen nicht selber an den DV – und dessen Schiedsklau-

sel – gebunden. Dass die Beklagte 2 die Existenz der Schiedsklausel zur Kenntnis genommen hat, wird nicht bestritten. Gleichwohl erstreckt sich ihr Konsens über diese Klausel nur soweit, als sie davon ausging, dass sie aus deren Geltungsbereich ausgenommen war. Ausserdem zeigt der Wortlaut der Schiedsklausel deutlich den Parteiwillen, wonach bloss die Hauptparteien einbezogen werden sollen. Für die Bestellung des Schiedsgerichts wird nämlich festgelegt, dass lediglich die PerAspera Pharma AG (**Lieferantin**) und die Beklagte 1 als Distributorin einen Schiedsrichter ernennen dürfen. Die relativ breite Formulierung der Schiedsklausel ändert daran nichts, denn sie beschlägt bloss die objektive Tragweite.

- 4 Zur Position des Garanten beruft sich die Klägerin vergebens auf die deutsche Lehre (Klageschrift des Moot Teams 1 (**KS**), Rz. 8), wonach der Garant, der den Hauptvertrag unterzeichnet habe, grundsätzlich auch an die Schiedsklausel gebunden sei. Dies mag erstens nur der Fall sein, wenn sich die Schiedsklausel auf den ganzen Vertrag bezieht. Zudem hat das Bundesgericht erwogen, dass nur eine kumulative Schuldübernahme die Ausdehnung der Schiedsklausel begründen mag, hingegen nicht ein Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR (BGE 134 III 565, E. 3.2). In der Praxis ist auch üblicherweise lediglich das Valutaverhältnis, nicht der gesamte Garantievertrag, der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 271c), da der Garantievertrag seiner Natur nach ein eigenständiger, vom Valutaverhältnis unabhängiger Vertrag ist (BGE 131 III 511, E. 4.1 f.).
- 5 Dadurch, dass die Klägerin die Aufnahme des Garantievertrags in Art. 12 DV als Argument für die Ausdehnung der Schiedsklausel vorbringt, verfällt sie in eine überspitzt formalistische Betrachtungsweise. Der Platz des Garantievertrages ändert nichts am rechtlichen Gehalt und ist bloss auf Praktikabilitätsgründe zurückzuführen. Daraus lässt sich nicht schliessen, dass alle Bestimmungen des DV auch für den Garantievertrag gelten sollen.
- 6 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass kein tatsächlicher Konsens bezüglich der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel vorlag, kann der Beklagten 1 in guten Treuen keine Bindung an die Schiedsklausel aufgebürdet werden. Lässt sich nämlich in Anwendung der Vertrauenstheorie unter Beachtung der gesamten Umstände kein eindeutiger Sinn feststellen, ist auch keine bindende Vereinbarung zu konstruieren (BGer 4C.156/2006, E. 3.4). Ferner hatten die Garantinnen einzig die Absicht sich am Garantievertrag zu beteiligen; da sie selber nicht auf die Vertragsgestaltung Einfluss hatten, wäre es unverhältnismässig gewesen von ihnen zu verlangen, jede einzelne Regelung des DV zu überprüfen, die sie nicht unmittelbar betroffen hätte. Auch zu bemerken ist, dass im Rahmen der objektivierenden Auslegung dem nachträglichen Verhalten der Parteien keine Bedeutung zukommt, weshalb alle mögliche

Argumente der Klägerin in dieser Hinsicht dahinfallen (BGer 5A_452/2014, E. 2.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 142).

- 7 Ferner ist das Argument der Prozessvereinfachung nicht stichhaltig, denn die von den Parteien vorgesehene Lösung ist ausgewogen. Aus dem Garantievertrag erlangt der Gläubiger eine selbständige Forderung und kann dann wahlweise die Garantin oder den Hauptschuldner belangen (BGer 4A_290/2007, E. 6.6.1). In der Tat entfaltet der Schiedsspruch in der Hauptsache keine rechtskräftige Bindungswirkung auf einen späteren Prozess betreffend den Garantiefall, soweit die Garantin nicht daran beteiligt war (cf. ZPO Kommentar-GRÄNICHER, Art. 387 N 19). Es ist somit durchaus verständlich, dass die Garantinnen – die keine direkte Kontrolle über den DV haben – die Möglichkeit behalten wollten, den Garantiefall einer umfassenden Überprüfung durch staatliche Gerichte zu unterstellen. Zuletzt geht das Argument der Praktikabilität fehl, weil die von der Klägerin vertretene Deutung zu einer mangelhaften und anfechtungsfähigen Schiedsklausel führt, nach welcher den Garantinnen jedwedes Mitwirkungsrecht bei der Zusammenstellung des Gerichts abgesprochen wird.
- 8 Schliesslich wird das Auslegungsergebnis dadurch bestätigt, dass im Zweifelsfall nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine restriktive Auslegung anzuwenden sei, soweit strittig ist, ob sich eine Partei der Schiedsklausel unterworfen habe (BGE 116 Ia 56, E. 3b; BGE 129 III 675, E. 2.3). Konkret muss der klare Wille mitgeteilt worden sein, allfällige Streitfälle von der staatlichen Gerichtsbarkeit auszunehmen (BGer 4a_244/2012, E. 4.4).
- 9 Zusammenfassend kann weder subjektiv noch vertrauenstheoretisch auf den eindeutigen Willen der Beklagten 2 geschlossen werden, wonach sie sich der Schiedsgerichtbarkeit unterstellen wollte. Das Schiedsgericht ist demnach ihr gegenüber unzuständig.

B. Ungültigkeit der Schiedsklausel

- 10 Sollte das Schiedsgericht die Auffassung vertreten, dass die Beklagte 2 an die Schiedsklausel gebunden ist, dann ist die Schiedsvereinbarung in dieser Konstellation der Beklagten 2 gegenüber ungültig bzw. das Schiedsgericht rechtswidrig konstituiert.

1. Die Schiedsklausel verletzt zwingendes Recht

- 11 Im Schiedswesen gilt das Primat der Privatautonomie (MÜNCH/ARROYO, S. 57). Insbesondere richtet sich die Zusammensetzung des Schiedsgerichts in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien (Art. 179 Abs. 1 IPRG). Gleichwohl wird die Vertragsfreiheit durch zwingendes Recht eingeschränkt (POUDRET/BESSON, N 401). Dazu gehört namentlich das Gleichbehandlungsgebot der Parteien im Schiedsverfahren (Art. 182 Abs. 3 IPRG; BERGER/KELLERHALS, N 605). Jeder Partei steht somit das Recht zu, in die Zusammensetzung des Schiedsrichters gleichermassen einbezogen zu werden; eine schwerwiegende Verletzung dieser Garantie der

Waffengleichheit wird sogar als Verstoß gegen den *Ordre public* anerkannt (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 12 ff.; FRICK, S. 236).

a) Verletzung des Rechts auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters

- 12 Im Hinblick auf die Bestellung des Schiedsgerichts lässt sich das Prinzip der Waffengleichheit am besten dadurch konkretisieren, dass jeder Partei das Recht zuerkannt wird, ihren eigenen Schiedsrichter zu ernennen (BGer 4P.86/1994, E. 4; MÜNCH/ARROYO, S. 62; PETER, SchiedsVZ 2004, S. 60; BELLET, Revue de l'arbitrage 1989, S. 731). Auch wenn der Schiedsrichter keinen Parteivertreter darstellt, hat jede Partei ein schutzwürdiges Interesse, einen Schiedsrichter wählen zu dürfen, der ihrem Standpunkt die gebotene Aufmerksamkeit geben wird (MÜNCH/ARROYO, S. 62; BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, N 4.30). Auf dieser Wahlmöglichkeit beruht letzten Endes die Legitimität und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, denn die Parteien schliessen die staatliche Gerichtsbarkeit aus, um die von ihnen frei gewählten fachkundigen Personen über ihren Streit entscheiden zu lassen. Nicht zuletzt kann sich jede Partei durch Ausübung ihres Wahlrechts auf die Kompetenz ihres Schiedsrichters verlassen (BELLET, Revue de l'arbitrage 1989, S. 103; VANDEN BERG, S. 29).
- 13 Im internationalen Schiedswesen hat das französische Kassationsgericht im leitenden Dutco-Entscheid festgehalten, dass das Prinzip der Gleichstellung der Parteien in der Bestellung des Schiedsgerichts erst nach Zustandekommen einer Streitigkeit wegbedungen werden kann (Dutco-Entscheid, S. 470; BORN, S. 236). In diesem Fall wurde in der Schiedsvereinbarung die Bestellung eines Dreier-Schiedsgerichts vorgesehen. Während der Kläger seinen eigenen Schiedsrichter wählen konnte, wurden die zwei Beklagten gezwungen, sich auf einen Schiedsrichter zu einigen. Diese Asymmetrie, die letzten Endes auf einen Entzug des Rechts auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters hinausläuft, wurde als Verstoß gegen den *Ordre public* erachtet. Als wichtiges Element wurde genannt, dass die zwei Beklagten wegen unterschiedlichen Forderungen belangt wurden und dass sich daher ein einheitliches Verfahren nicht aufdrängte (Dutco-Entscheid, S. 470; DELVOLVÉ, ASA 1992, S. 186).
- 14 Im vorliegenden Fall wurde in der Schiedsvereinbarung (Art. 13.1 DV) vorgesehen, dass das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern bestehen soll und dass die Lieferantin und die Distributorin je einen Schiedsrichter zu ernennen haben. Angenommen, die Parteien haben dadurch auch die Hypothese eines Mehrparteienschiedsverfahren unter Einschluss einer Garantin geregelt, verletzt die Schiedsvereinbarung das Recht der Beklagten 2, einen Schiedsrichter zu ernennen. Ob die Parteien diese rechtswidrige Konstellation antizipiert haben, ist aber unerheblich, denn sie konnten nicht im Voraus auf das Prinzip der Gleichstellung gültig verzichten (cf. LEW/MISTELIS/KRÖLL, S. 381).

- 15 Vorliegend wurden die Beklagten 1 und 2 für unterschiedliche Rechtsbegehren verklagt: Die Beklagte 1 wird gefordert, Auskünfte und Dokumente herauszugeben und Schadenersatz gestützt auf den DV zu leisten. Die Beklagte 2 wird hingegen auf Schadenersatz gestützt auf die im Garantievertrag von ihr eingegangenen selbständigen Verpflichtung i.S.v. Art. 111 OR beklagt. Somit ist vorliegend der gleiche Sachverhalt wie im Dutco-Entscheid gegeben.
- 16 Die Klägerin wendet ein, dass die Zusprennung des Rechts auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen würde, denn im Ergebnis hätte die Beklagtschaft zwei und die Klägerin nur einen Schiedsrichter ernannt. In diesem Punkt ist zuzugestehen, dass die Durchführung eines mehrseitigen Verfahrens mit der Bestellung eines Dreier-Schiedsgericht immer eine Falle darstellt, soweit die Parteien sich nicht nachträglich einigen können (DELVOLVÉ, ASA 1992, S. 188). Die Rechtswidrigkeit eines hypothetischen Zustandes, der dadurch entstehen sollte, dass die Beklagte 2 ihren eigenen Schiedsrichter ernannt hätte, vermag das vorhandene Unrecht nicht aufzuheben. Wie es hierunter dargelegt wird, wurde das Recht der Beklagten 2 auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters bis zu seinem Kern verneint, denn die Beklagte 2 erhielt keine Mitwirkungsrechte als Ersatz (cf. I.B.1.c).

b) Die Beklagten 1 und 2 haben divergierende Interessen

- 17 Sollte die Ansicht vertreten werden, dass in der Schiedsvereinbarung das Prinzip der Waffengleichheit privatautonom eingeschränkt werden darf, indem zwei Streitgenossen bewusst vereinbaren, dass sie sich auf einen Schiedsrichter einigen müssen, ist zuerst festzuhalten, dass sich die Beklagtschaft in Art. 13.1 DV nicht explizit dazu verpflichtet hat. Von einem gültigen Rechtsverzicht kann daher auf keinen Fall gesprochen werden. Vielmehr haben sich die Hauptparteien die Befugnis eingeräumt, selber ohne Beachtung der Interessen der Garantinnen je einen Schiedsrichter zu ernennen.
- 18 Selbst wenn die Parteien eine Pflicht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters hätten vereinbaren wollen, wäre dies nur dann zulässig, wenn die betroffenen Parteien identische Interessen vertreten und wegen denselben Rechtsansprüchen belangt würden (cf. SRIA-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 23). Auch die Klägerin deutet darauf hin, dass die gemeinsame Ernennung eines Schiedsrichters eine konvergierende Interessenlage voraussetzt (KS, Rz. 21).
- 19 Entgegen den Ausführungen der Klägerin vertreten die Beklagten 1 und 2 nicht identische Interessen am Prozessausgang. Die Beklagte 2 ist eine eigenständige Garantie i.S.v. Art. 111 OR eingegangen, sodass der Klägerin eventuell zwei konkurrierende Schadenersatzforderungen zustehen: die eine aus dem DV, die andere aus dem Garantievertrag (BGer 4A_290/2007, E. 6.1; BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 11). Die Klägerin kann wahlweise gegen die Be-

klage 1 oder die Beklagte 2 vorgehen; sie ist, nicht verpflichtet, zuerst die Beklagte 1 auf Schadenersatz zu verklagen (BGE 131 III 606, E. 4.2.2). Zudem besteht kein Solidaritätsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Promittenten, weshalb die Beklagte 2 kein Regressrecht gegen die Beklagte 1 hätte, wenn sie die Klägerin im Umfang der Garantiesumme schadlos halten müsste (BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 14; HUGUENIN, N 1179). Der Klägerin ist es aber verwehrt, mehr als den von ihr tatsächlich erlittenen Schaden von den Beklagten zu verlangen (BGer 4A_290/2007, E. 6.1; CR CO-I TEVINI, Art. 111 N 14). Die Frage der Aufteilung des Schadens ist folglich im vorliegenden Schiedsverfahren akut und führt unmittelbar zu einem Interessenkonflikt, weil sie davon abhängt, wen die Klägerin in welcher Höhe belangt um sich schadlos zu halten. Dieses Problem kann dann nicht mehr in einem anschliessenden Prozess zwischen den zwei Beklagten behandelt werden.

- 20 Hinzu kommt, dass für die Beurteilung des Eintritts des Garantiefalls eine formalisierte Betrachtungsweise angewendet wird (BGE 138 III 241, E. 3.4). Die Garantie ist auch dann geltend zu machen, wenn die ausgebliebene Leistung nicht gefordert werden kann (MÜNCH/BUTTLIGER, S. 452). Ferner ist die Beklagte 2 nicht berechtigt, Einwendungen oder Einreden aus dem Valutaverhältnis geltend zu machen (HUGUENIN, N 1181). Daher ist ersichtlich, dass die Verneinung einer Vertragsverletzung seitens der Beklagten 1 nicht unmittelbar zur Befreiung der Beklagten 2 führt. Letzten Endes beruhen allfällige Zahlungspflichten der beiden Beklagten auf zwei unterschiedlichen Fundamenten und lassen sich in weitem Masse unabhängig beurteilen. Deshalb stimmt nur bei oberflächlicher Betrachtung, dass beide Beklagte auf die Verneinung einer Vertragsverletzung durch die Beklagte 1 abzielen.
- 21 Weiter wird durch die Beschränkung der Garantie deutlich, dass die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten 1 und 2 nicht unbedingt übereinstimmen. Die Beklagte 2 wäre zu Recht nicht bereit, für die Verpflichtungen des Tochterunternehmens uneingeschränkt zu haften. Die Festsetzung dieses Höchstbetrags ist das Gegenstück dafür, dass keine Solidarität zwischen den beiden Beklagten besteht und dass die Beklagte 2 ein erhebliches Haftungsrisiko in Kauf genommen hat.
- 22 Schliesslich ist das Argument zu widerlegen, wonach beide Beklagten dieselben Interessen verfolgen würden, weil sie durch dasselbe Moot Court Team vertreten werden. Diese Situation hat sich aus reinen Praktikabilitätsgründen ergeben. Ausserdem befindet man sich zurzeit in der ersten Phase des Schiedsverfahrens und die Beklagte 2 geht ohnehin davon aus, dass sie demnächst aus diesem Schiedsverfahren ausscheiden wird. Da noch nicht über die Schadenersatzansprüche ausgeführt wurde, hat sich ein allfälliger Interessenkonflikt noch nicht konkretisieren können.

- 23 Angesichts der hiermit dargelegten divergierenden Interessenlage der Beklagtschaft hat die Beklagte 2 das gerechte Anliegen, dass ein von ihr gewählter Schiedsrichter den Besonderheiten ihrer Rechtsstellung gegenüber der Beklagten 1 Rechnung trägt. Wegen dieser divergierenden Interessenlage wird auch deutlich, dass eine etwaige Pflicht zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters rechtswidrig und unsachlich wäre.
- 24 Die Klägerin hat sich an dieser Stelle auf den Westland-Entscheid bezogen und behauptet, er schütze implizit eine Rechtsprechung, wonach mehrere Parteien unabhängig von deren Interessenlage zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters gezwungen werden könnten (KS, Rz. 25). Vorerst ist zu bemerken, dass das Bundesgericht – wie von der Klägerin selber zugestanden – in seinem Entscheid nicht explizit und prinzipiell festgehalten hat, dass die Parteien zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters verpflichtet werden können, sondern bloss indirekt ausführte, dass das Prozedere des ICC zur Bestellung des Schiedsrichters zulässig war, insofern als die Parteien nicht substantiiert dargelegt haben, dass die ICC dem überwiegenden Einfluss einer Partei ausgesetzt wurde (BGer 1703/82, in: ASA 1984, S. 205 f.; cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, n 229; POUURET, ASA 1991, S. 17).
- 25 Ausserdem ist dieser Entscheid isoliert geblieben und hat keine Rechtsprechung hervorgebracht, welche der Frage der Interessenlage der Parteien in Mehrparteienverfahren keine Bedeutung mehr zukommen lässt (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, n 229).
- 26 Schliesslich erscheint im vorinstanzlichen Entscheid ein wichtiges Element gewesen zu sein, dass die Ernennung des Schiedsrichters für die sechs beklagten Parteien durch den Internationalen Gerichtshof vorgenommen wurde (CJ Genf, in: SJ 1984 S. 317, E. 8). Die hohe Anzahl der Beklagten machte es nämlich unmöglich, das Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters durchzusetzen. Somit weicht der damals massgebende Sachverhalt deutlich vom vorliegenden Fall ab, in welchem *zwei* Parteien ihren Schiedsrichter *unmittelbar* ernennen konnten, während der Beklagten 2 alle Mitwirkungsrechte abgesprochen wurden. Demnach ist die Relevanz des Westland-Entscheids im vorliegenden Fall erheblich zu relativieren.

c) Verletzung der Mitwirkungsrechte der Beklagten 2

- 27 Sollte das Gericht die Auffassung vertreten, dass kein grundsätzliches Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters besteht und dass sogar die Interessen der Parteien konvergieren, ist die Schiedsklausel trotzdem rechtswidrig, da sie der Beklagten 2 jegliche Mitwirkungsrechte in der Bestellung des Schiedsgerichts aberkennt.
- 28 Mindestens wird anerkannt, dass jeder Partei die vernünftige Möglichkeit zugestanden werden muss, an der Zusammensetzung des Schiedsgerichts teilzunehmen (BERGER/KELLERHALS, N 836). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, ist es einem Schiedsge-

richt verwehrt, über eine Streitigkeit gegen eine Partei zu befinden, welche an der Konstituierung desselben Schiedsgerichts nicht teilgenommen hat oder nicht zumindest zur Teilnahme eingeladen wurde (BGer 4P.86/1994, E. 3).

- 29 Wie oben dargelegt (Rz. 17) haben sich die Beklagten 1 und 2 in der Schiedsklausel nicht dazu verpflichtet, einen gemeinsamen Schiedsrichter zu ernennen. Die Beklagte 2 wurde auch nicht ordentlich vom Gerichtshof eingeladen, an der Zusammensetzung des Schiedsgerichts teilzunehmen. Demzufolge kann den Beklagten 1 und 2 nicht vorgeworfen werden, dass sie sich nicht auf die Ernennung eines gemeinsamen Schiedsrichters geeinigt haben.
- 30 Die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagten 1 und 2 faktisch gemeinsam einen Schiedsrichter ernannt haben. Eine solche Behauptung entbehrt jeglicher Grundlage.
- 31 Das Argument, wonach die Beklagte 2 als Muttergesellschaft des Joint-Ventures einen Einfluss auf die Schiedsrichterernennung hätte ausüben *können*, ist nicht stichhaltig. Einerseits stützt es sich bloss auf theoretische Überlegungen und verkennt den tatsächlichen Ablauf des vorliegenden Falls: Es besteht kein Anhaltspunkt, dass die Beklagte 2 Weisungen zur Ernennung des Schiedsrichters an die Beklagte 1 erteilt hat. Andererseits konnte nicht erwartet werden, dass sie auf dem Wege der Konzernstruktur Einfluss diesbezüglich ausübt: In einem Konzern obliegt dem Verwaltungsrat der Obergesellschaft die Festlegung der Strategie sowie das Treffen von wichtigen Entscheiden (MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 669). Ohne Zweifel gehört die Ernennung eines Schiedsrichters nicht zu diesen Kernentscheiden.
- 32 Auch nicht entscheidend ist es, dass die Mehrheit des Verwaltungsrates der Beklagten 1 aus Managern der Beklagten 2 besteht, da die Kompetenz zur Ernennung des Schiedsrichters der Geschäftsführung obliegt und auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Verwaltungsrat von seinen Einflussmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat. Gleichermassen setzt sich die Geschäftsführung lediglich aus „ehemaligen Managern von nordamerikanischen Ländergesellschaften der Beklagten 2“ (Verfügung Nr. 3, Rz. 16) zusammen, über welche die Beklagte 2 in Wirklichkeit überhaupt keine Einflussmöglichkeit hatte.
- 33 Zusammenfassend kann nicht von einer gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters ausgegangen werden. Nach korrekter Auslegung der Schiedsklausel konnte es auch nicht von den Parteien erwartet werden. Folglich ist die Schiedsklausel rechtswidrig, da sie zur asymmetrischen Zusammensetzung des Schiedsgerichts führt und somit gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstösst.

2. Folgen der Rechtswidrigkeit: Teilnichtigkeit der Schiedsklausel

- 34 Die materielle Ungültigkeit einer Schiedsklausel ist dann festzustellen, wenn deren Inhalt auf eine Verletzung von zwingendem Recht hinausläuft (Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 OR;

BERGER/KELLERHALS, N 604). In Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 OR ist möglicherweise eine Teilnichtigkeit zu bevorzugen, um *in favorem negotii* den Vertrag bzw. die Schiedsvereinbarung aufrechtzuerhalten (BGE 120 II 35, E. 4a; BERGER/KELLERHALS, N 613). Diese gültigkeitserhaltende Auslegung greift aber nur insofern, als es dem Willen der Parteien entsprach, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen (BGE 130 III 66, E. 3.3.3; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 56).

35 Demgegenüber drängt sich Nichtigkeit auf, wenn es der Schutzzweck der verletzten Norm erfordert und soweit es nötig ist um den Mangel zu beheben (BGE 131 III 467, E. 1.3; BGE 120 II 35, E. 4a; CR CO I-GUILLOD/STEPHEN, Art. 19-20 N 98). Ferner muss auf Ganznichtigkeit geschlossen werden, wenn nicht angenommen werden kann, dass die Parteien die Vereinbarung auch ohne deren mangelhafte Teile getroffen hätten (BERGER/KELLERHALS, N 613; CR CO I-GUILLOD/STEPHEN, Art. 19-20 N 101; HUGUENIN, N 436). Mangels Nachweis des tatsächlichen Parteiwillens ist der mutmassliche Wille der Parteien zu ermitteln und danach zu fragen, welche Abrede die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit getroffen hätten (BGer 4C.156/2006, E. 3.1; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 64).

36 Im vorliegenden Fall führt – wie oben dargelegt (I.B.1) – die Schiedsklausel zu einem qualifizierten Entzug jeglicher Mitwirkungsrechte der Garantinnen und läuft somit dem Gleichbehandlungsprinzip in stossender Weise zuwider. Hätten die Parteien gewusst, dass die vertragliche Bestimmung eines Dreierschiedsgerichts zu dieser Widerrechtlichkeit führen würde, hätten sie die Garantinnen in die Schiedsklausel nicht einbinden wollen. Aufgrund dieses Mangels hätte nämlich nicht mehr auf die Unterstellung der Beklagten 2 unter Anwendung der Vertrauens Theorie geschlossen werden können, weil der Beklagten 2 der Wille auf keinen Fall hätte zugerechnet werden können, sich unter Ausschluss jeglicher Mitwirkungsrechte der Schiedsklausel zu unterwerfen. Die Schiedsklausel ist sodann insofern als ungültig zu erklären, als sie die Beklagte 2 einbindet. Dieses Ergebnis beseitigt auch den Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip am besten und, da die Schiedsklausel bestehen bleibt, respektiert den Willen der Hauptparteien, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.

3. Eventualiter: subsidiäre Anwendung der SRIA

37 Die Klägerin macht geltend, dass die Vorschriften der SRIA vertragsergänzend zur Anwendung gelangen würden, wenn die Teilungültigkeit der Schiedsklausel bejaht werden sollte (KS, Rz. 29). Es trifft zu, dass eine infolge Dahinfallens eines ungültigen Vertragsteils entstandene Lücke durch Ersatzregeln geschlossen werden kann, allerdings nur unter der Bedingung, dass dies vom mutmasslichen Parteiwillen getragen wird (HUGUENIN, N 437).

- 38 Wie oben dargelegt, kann im vorliegenden Fall nicht überzeugend auf den hypothetischen Parteiwillen geschlossen werden, die Beklagte 2 trotz Kenntnis der Fehlerhaftigkeit an die Schiedsklausel zu binden. Demzufolge kann nicht auf die Default-Regeln der SRIA zurückgegriffen werden, um den tatsächlich nicht vorhandenen aber normativ konstruierten Schiedswillen der Beklagten 2 aufrechtzuerhalten: Dies würde auf das unhaltbare Ergebnis hinauslaufen, wonach dieser Schiedswille nur daran anknüpfen würde, dass sich die Beklagte 2 die subsidiäre Geltung der SRIA hätte entgegenhalten lassen müssen.
- 39 Zudem ist das Heranziehen von Art. 8 Abs. 4 und 5 SRIA nicht angebracht, da diese Vorschriften auf den Fall zugeschnitten sind, in welchem Streitgenossen es versäumen, einen Schiedsrichter gemeinsam zu ernennen, nachdem sie zuvor dazu aufgefordert wurden (cf. SRIA-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 36). Eine analoge Anwendung dieser Regelung erscheint unter Berücksichtigung aller Umstände und im Hinblick auf die unfaire Behandlung der Beklagten 2 in diesem Verfahren letzten Endes rechtsmissbräuchlich; dies würde auch das Recht der Hauptparteien auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters unnötig beschneiden. Der Rechtsmissbrauchsvorwurf der Klägerin (KS, Rz. 29) wird dadurch entkräftet.
- 40 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die Art. 8 Abs. 4 und 5 SRIA anwendbar sind, müsste der Schiedsgerichtshof das gesamte Schiedskollegium auswechseln, um dem Gleichbehandlungsgrundsatz nachzukommen (cf. SRIA-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 37).

C. Eventualiter: die Beklagte 2 hat sich nicht eingelassen

- 41 Als letzter Versuch, um die Beklagte 2 als Partei in das Schiedsverfahren einzubinden, behauptete die Klägerin, jene habe sich auf das Schiedsverfahren eingelassen. Begründet wird dies mit dem Vorwurf, die Beklagte 2 habe sich materiell zur Hauptsache geäußert bzw. die Einrede der Unzuständigkeit sei verwirkt. Inwiefern die Klägerin diesbezüglich falsch liegt, wird im folgenden Abschnitt dargelegt.

a) Es wurde keine Einlassungshandlung vorgenommen

- 42 Die Klägerin macht geltend (KS, Rz. 34), dass die Beklagte 2 Einlassungshandlungen vorgenommen habe, u.a. wegen des expliziten Verweises in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 (Rz. 2) auf die Einleitungsantwort der Beklagten 1. Hiermit erlaubt sich die Klägerin eine unzulässige Interpretation der Handlungen der Beklagten 2 einerseits und lässt andererseits eine übertriebene Spitzfindigkeit hinsichtlich der gewählten Formulierungen walten.
- 43 Die vorbehaltlose Einlassung setzt eine eindeutige Erklärung voraus, vor dem angerufenen Gericht verhandeln zu wollen (BGE 123 III 35, E. 3b). Dies erfolgt insbesondere konkludent

durch eine materielle Äusserung zur Hauptsache ohne gleichzeitige Bestreitung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 108).

- 44 Die Klägerin irrt sich, wenn sie hierfür den Passus „schliesst sich einstweilen den Ausführungen der Beklagten 1 an, behält sich aber weitere Ausführungen vor“ aus der Einleitungsantwort der Beklagten 2 als explizite und vorbehaltlose Einlassung auslegt (KS, Rz. 33). Erstens ist die Einleitungsantwort der Beklagten 2 deutlich als „provisorisch“ gekennzeichnet und die Beklagte 2 betont, dass sie sich bloss „einstweilen“ auf die Ausführungen der Beklagten 1 bezieht. Zweitens hat sie sich ausdrücklich weitere Ausführungen vorbehalten. Weiter hat sie keinen eindeutigen Willen kundgetan, sich der vorbehaltlosen Einlassung der Beklagten 1 anzuschliessen. Nach Treu und Glauben durfte die Beklagte 2 demnach Ausführungen diesbezüglich noch nachträglich anbringen und hat das tatsächlich in ihrer zweiten Einleitungsantwort gemacht, indem sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts direkt rügte.
- 45 Ausserdem hat sich die Beklagte 2 nicht materiell zur Sache geäussert, weder durch den Verweis auf die Ausführungen der Beklagten 1 noch durch eigene Stellungnahme. Nach der Lehre stellt die Mitwirkung bei der Konstituierung des Schiedsgerichts keine Einlassungshandlung dar (BSK-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 109). *A maiore ad minus* darf die Rüge der Beklagten 2, ihr seien jegliche Mitwirkungsrechte entzogen worden, nicht als Einlassungshandlung gedeutet werden. Angesichts dieser Rüge hat sie sich gegebenenfalls lediglich in Form von Eventualstandpunkten an die Ausführungen der Beklagten 1 bezüglich der Unbegründetheit der Klage angeschlossen, was daher ebenfalls keine Einlassungshandlung darstellt (cf. BGE 128 III 50, E. 2.c.aa).

b) Das Recht der Unzuständigkeitseinrede ist nicht verwirkt

- 46 Selbst wenn die Handlungen der Beklagten 2 als materielle Einlassungshandlungen zu klassifizieren wären, sind sie dennoch dadurch neutralisiert, dass die Beklagte 2 die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts innert nützlicher Frist erhoben hat (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, Rz. 4).
- 47 Die Klägerin behauptet, die Einrede der Unzuständigkeit sei am 15. August 2016 verstrichen, nachdem keine weiteren Informationen dem Schiedsgericht vorgetragen wurden (KS Rz. 35). Dem ist zu widersprechen.
- 48 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird nicht *ex officio* geprüft, sondern nur wenn bestritten (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 88). Die Einrede verwirkt, wenn sie verspätet erhoben wird (KREN KOSTKIEWICZ, OFK-IPRG/LugÜ, IPRG 186 N 9). Gemäss Art. 186 Abs. 2 IPRG ist die Einrede der Unzuständigkeit korrekterweise vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben. Hingegen ist Art. 21 Abs. 3 SRIA zu entnehmen, dass die Einrede

auch dann gültig ist, wenn sie in der Klageantwort erhoben wurde (ARROYO/BERGER, IPRG 186 N 40). Es steht sogar im Ermessen des Schiedsgerichts, eine in einem späteren Stadium des Verfahrens erfolgte Unzuständigkeitseinrede als gültig zu erachten (SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 21). Das Bundesgericht hat zudem erwogen, dass Schiedsgerichte beachten müssen, dass eine restriktive Auslegung geboten ist, wenn die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung bestritten wird. Demzufolge ist es ihnen angeraten, nicht allzu leichtfertig eine Unzuständigkeitseinrede zurückzuweisen, auch wenn diese nicht formell einwandfrei erfolgt ist (BGE 128 III 50, E. 2c.aa).

- 49 Die Klägerin moniert, dass die Frist für zusätzliche Informationen (Schreiben vom 3. August 2016) am 15. August 2016 abgelaufen sei (KS, Rz. 36). Diese Frist ist jedoch ausdrücklich gewährt worden um „zusätzliche Informationen der Parteien“ zu erhalten. Falls sich der Gerichtshof im Unklaren darüber befunden hätte, ob die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestritten war oder nicht, hätte er spezifisch bei der Beklagten 2 nachfragen müssen (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 427a).
- 50 Im vorliegenden Fall hat der Gerichtshof den in der provisorischen Einleitungsantwort angebrachten Vorbehalt der Beklagten 2 bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts in der Verfügung Nr. 1 vom 19. September 2017 explizit anerkannt (Rz. 5). Insofern belies er eindeutig der Beklagten 2 die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nachträglich ausführlich zu rügen.
- 51 Ohnehin hätte die Beklagte 2 gestützt auf Art. 21 Abs. 3 SRIA die Unzuständigkeitseinrede auch erst in der Klageantwort geltend machen können. Jene wurde aber bereits am 26. September 2016 eingereicht und entfaltet demnach volle Geltung.

II. Materielles

A. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert

- 52 Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert, denn die sich aus dem DV ergebenden Rechte der Lieferantin sind nicht gültig auf sie übergegangen. Unerheblich ist die Frage, ob die im Darlehensvertrag statuierte Sicherheitseinräumung eine Sicherungszession oder eine Forderungsverpfändung darstellt, da die im DV vereinbarte Abtretungseinschränkung beiden Rechtsgeschäften gleichermassen entgegensteht (STEINAUER, N 3210d). Der Einfachheit halber wird hier davon ausgegangen, dass die Klägerin und die Lieferantin eine Sicherungszession vereinbart haben.

1. Der Sicherungszession steht das Abtretungsverbot entgegen

53 Entgegen der Ansicht der Gegenpartei ist die im Darlehensvertrag vorgesehene Sicherungszession unwirksam. In einer jeden Sicherungszession ist eine Forderungsabtretung enthalten und diese setzt u.a. zu ihrer Gültigkeit voraus, dass die Forderung abtretbar ist (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164 N 5 und 16). Dies ist *in casu* nicht gegeben, da die Parteien in Art. 13.5 DV ein wirksames und die betreffenden Forderungen umfassendes Abtretungsverbot vereinbart haben. Demnach konnten die Forderungen aus dem DV nicht auf die Klägerin übergehen, sondern sind bei der Zedentin verblieben (ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 183).

2. Unzulässige teleologische Reduktion des Abtretungsverbots

54 Die Gegenpartei argumentiert, dass die verfolgten Zwecke der Parteien (KS, Rz. 47 ff.) vom Abtretungsverbot nicht erfasst bzw. diesem entgegenstehen würden. Dem ist zu widersprechen. Für eine sachgerechte Auslegung ist in erster Linie auf den Vertragstext abzustellen; Dabei kann der Vertragszweck herangezogen werden, sofern er einen Rückschluss zum wirklichen Parteiwillen erlaubt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 ff.). Der Vertragszweck selbst jedoch ist durch Auslegung festzustellen (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 410). Er ist nicht nur aus der Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss abzuleiten, sondern lässt sich aus dem klaren Vertragsinhalt – dem Vertragstext – ermitteln. Klar vom Vertragszweck zu unterscheiden sind die individuellen Beweggründe der Parteien (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 407). Die müssen und werden kaum je dem Vertragszweck (genau) entsprechen. Der Vertragszweck mag zwar einen Rückschluss zum wirklichen Vertragswillen erlauben, soll aber nicht dazu führen, dass dem im Vertrag niedergeschlagenen Konsens zuwidergelaufen wird. Dies trifft umso mehr zu, wenn der Wortlaut mit dem Vertragszweck im Einklang steht. Der Vertragszweck dient lediglich als ergänzendes Auslegungsmittel und vermag für sich allein den klaren Sinn der Vertragsabrede nicht zu ersetzen (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 418).

55 Im vorliegenden Fall hat die Rechtsvertretung der Klägerin die inneren Motivgründe der Beklagten 1 mit dem Zweck des Abtretungsverbotes verwechselt. In einem mehrseitigen Verhältnis kann dieser Zweck der subjektiven Einstellung einer einzigen Partei nicht gleichgestellt werden. Ausserdem steht der vermeintliche Zweck der Abtretungseinschränkung nicht im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 13.5 DV. Ganz im Gegenteil ist jener in die Ausgestaltung der Abtretungseinschränkung insofern miteingeflossen, als die Zustimmung zur Zession nur aus gewichtigen Gründen verweigert werden darf. Auslegungsmässig kann somit der Vertragszweck zur Bestimmung dieser gewichtigen Gründe herangezogen werden. Der Vertragszweck mag aber auf keinen Fall die Interpretation der Klägerin rechtfertigen, wonach das

Abtretungsverbot von vornherein nicht greifen sollte, weil die vermeintlichen Beweggründe zur Einführung dieser Einschränkung angeblich nicht tangiert würden. Der Parteiwille ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass keine Zession ohne vorherige Zustimmung durch die Beklagte 1 erfolgen darf.

- 56 Aus einer korrekten, nach Treu und Glauben ausgerichteten Auslegung von Art. 13.5 DV ergibt sich eindeutig, dass die Interessen der Beklagten 1 zur Einführung einer Abtretungseinschränkung den Parteiwillen nicht abdecken. Vielmehr umfasst der Parteiwille eine generelle Einschränkung der Abtretbarkeit aller Rechte aus dem DV. Die Möglichkeit einer schriftlichen Zustimmung durch die Schuldnerin wird demgegenüber als Ausnahme formuliert, wie die Formulierung „ausser“ erkennen lässt. Auf einer zweiten Stufe wird dann das Ermessen der Schuldnerin umgeschrieben: Diese darf ihre Zustimmung aus gewichtigen Gründen verweigern. Dieses Element soll willkürliches Handeln verhindern, heisst aber nicht, dass die gewichtigen Gründe auf die ursprünglichen Beweggründe der Schuldnerin zu beschränken sind. Die Parteien haben bei der Erstellung des Vertragstextes bewusst darauf verzichtet, eine Auflistung von gewichtigen Gründen vorzunehmen. Damit wird eine gewisse Flexibilität und Offenheit angestrebt, was letzten Endes auch unter den wohlverstandenen Zweck des Abtretungsverbot zu subsumieren ist.
- 57 Angesichts dessen würde die Auslegung der Klägerin dazu führen, dass die Lieferantin der Beklagten 1 die Entscheidung über das Vorhandensein von gewichtigen Gründen vorwegnehmen durfte, was dem Zweck des vereinbarten Abtretungsverbot klar widerspricht. Ausserdem ist die Bedingung der schriftlichen Zustimmung ohne Zweifel vom Parteiwillen umfasst und lässt sich somit nicht durch Berufung auf den Vertragszweck aushebeln. Dementsprechend hätte die Lieferantin auch ein schriftliches Gesuch stellen müssen, bevor sie die Abtretung vorgenommen hat.
- 58 Zusammenfassend darf sich die Klägerin auslegungsmässig nicht auf die Beweggründe der einen Partei berufen, um die nach Treu und Glauben klar festzustellende Tragweite des Vertragstextes teleologisch zu reduzieren. Ein solches Verhalten enttäuscht das schutzwürdige Vertrauen, welches die Beklagte 1 in den Vertragstext haben durfte, insofern als in Art. 13.5 DV der wohlverstandene Zweck des Abtretungsverbot klar eingeflossen ist. Demzufolge steht das Abtretungsverbot der Sicherungszession entgegen.

3. Das Abtretungsverbot wirkt *erga omnes*

- 59 Entgegen der Ansicht der Klägerin ist das Abtretungsverbot gegenüber Dritten wirksam. Unter geltendem Recht ist die Rechtsfigur des Abtretungsverbot in Art. 164 OR geregelt. Diesbezüglich ist die Rechtslage in der Schweiz unmissverständlich und klar: Abtretungsver-

bote i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR wirken *erga omnes* und damit absolut (statt vieler: BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32; LARDELLI, S. 126). Daraus folgt, dass eine abredewidrige Zession unwirksam ist (BGE 112 II 241, E. 2.a; OFK-OR-SCHAUFELBERGER/KELLER, Art. 164 N 10). Einzig im Vertrauen auf ein Schuldbekanntnis kann der Zessionar in seinem gutgläubigen Erwerb geschützt werden (Art. 164 Abs. 2 OR; HUGUENIN, N 1362). Neuere Bestrebungen der Lehre zwecks Anerkennung eines bloss obligatorisch wirkenden Abtretungsverbots sind unbeachtlich.

60 Irrtümlicherweise stützt sich die Klägerin auf eine Kommentarpassage, wonach das Abtretungsverbot obligatorische Wirkung entfalten könne. Die Autoren visierten darin ein anderes Verhältnis an, und zwar jenes zwischen Zedent und Zessionar, und nicht – wie vorliegend der Fall – zwischen dem Zedenten und der Schuldnerin (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32a).

61 Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Parteien vom Gesetz abweichen und dem Abtretungsverbot lediglich obligatorische Wirkungen verleihen wollten. Die Klägerin macht geltend, dass sich ein relativ wirkendes Abtretungsverbot aus den Interessenlagen der Parteien auslegungsmässig aufdränge, weil es die einzige sachgemässe Lösung darstelle. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Abtretungsverbot bei genauer Betrachtung bloss eine Abtretungseinschränkung darstellt, da es an die Bedingung des Vorliegens wichtiger Gründe geknüpft ist. Damit es nicht zu einem Papiertiger degradiert wird, muss es demnach als Gegengewicht eine Wirkung *erga omnes* entfalten können.

4. Die Zustimmung zur Abtretung darf verweigert werden

62 Erstens kann eine Zustimmung nicht fingiert werden, da gewichtige Gründe vorliegen, sie zu verweigern. Der Argumentation der Gegenpartei, wonach die Abtretung keinen der von ihr dargelegten Zwecke berührt, ist zu widersprechen. Wie oben dargelegt, dürfen Vertragszweck und individuelle Motive der Parteien, welche sie zum Abschluss des Vertrages bewegt haben, nicht gleichgesetzt werden. Vielmehr steht der Beklagten 1 das Ermessen zu, etwaige Gründe als gewichtig zu qualifizieren.

63 Im vorliegenden Fall ist die im Darlehensvertrag vereinbarte Sicherungszession uferlos. Dadurch haben die Parteien nämlich angestrebt, nicht nur monetäre Forderungsrechte bzw. Schadenersatzansprüche, sondern alle sich aus dem DV ergebende Rechte und Nebenrechte, allenfalls auch Auskunftsrechte auf die Zessionarin zu übertragen. Dass eine Drittperson derart erhebliche Ansprüche gegenüber der Beklagten 1 erlangt, gefährdet die Zusammenarbeit der Vertragspartner sowie die Vertraulichkeit und den Weiterbestand des ganzen DV. Eine

solche Globalzession war nicht zumutbar und es stand der Beklagten 1 frei, ihre Zustimmung zu verweigern.

- 64 Ausserdem hatte die Beklagte 1 ebenfalls einen gewichtigen Grund – welcher die für die Vereinbarung des Abtretungsverbots relevanten Motive reflektierte – ihre Zustimmung zu verweigern. Die Beklagte 1 sollte durch die Vereinbarung eines Abtretungsverbotes Gewähr haben, selbst im Falle einer Insolvenz der Lieferantin die Fabrikation von Dyalgonin aufrechterhalten zu können; dies durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter (Verfügung Nr. 3, Rz. 7). Damit hatte die Beklagte 1 ihre eigene Prosperität im Auge und wollte letzten Endes durch die Vereinbarung des Abtretungsverbotes ihr eigenes Fortbestehen sichern.
- 65 In der Tat ist der Beklagten 1 als Folge der Sicherheitsabtretung die Möglichkeit entzogen worden, den Betrieb der Lieferantin aufrechtzuerhalten. Durch die Zession an die Klägerin hat die Lieferantin ihre wichtigste Einnahmequelle aufgegeben, was letzten Endes ihre Fortführungsfähigkeit nur gefährden konnte. Die Tatsache, dass der Klägerin eine Sicherheit nur eingeräumt wurde, damit sie der Lieferantin ein Sanierungsdarlehen gewährt, ist unbeachtlich, da die Lieferantin trotzdem liquidiert wurde. Hingegen hätte die Beklagte 1 vor der Abtretung die Gelegenheit gehabt, die Liquiditätslage der Lieferantin durch ihre Zahlungen stabil zu halten, sofern ihr die Lieferantin die Medikamente weiterhin vertragsgemäss geliefert hätte. Somit hätte das Vertriebsgeschäft längerfristig aufrechterhalten werden können. Durch die Zession ist jegliche Kooperation verhindert und das Vertrauen in die Vertragsbeziehung erschüttert worden. Gewichtige Gründe i.S.v. Art. 13.5 DV sind folglich gegeben. Die Beklagte durfte und darf die Zustimmung zur Abtretung der Forderung verweigern.
- 66 Ausserdem hätte die Klägerin aufgrund des Vertrages die Pflicht gehabt, die Beklagte um schriftliche Zustimmung zu bitten. Aus dem Wortlaut von Art. 13.5 DV ergibt sich ganz klar die zeitliche Abfolge, dass es zuerst die Zustimmung braucht („Die Rechte einer Partei aus diesem Vertrag sind nicht abtretbar, ausser die andere Partei stimmt dem schriftlich zu.“), und dass erst dadurch die Abtretung wirksam stattfinden kann. Aus der Tatsache, dass in Art. 13.5 DV keine Modalitäten zur Gesuchstellung explizit vorgesehen wurden, darf nicht überspitzt formalistisch interpretiert werden, dass kein Gesuch gestellt werden müsste. Dies würde das Verbot der Buchstabenauslegung verletzen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 37). *E contrario* trifft die Beklagte 1 die von der Gegenpartei behauptete Pflicht zur Zustimmung nicht, solange sie sich auf gewichtige Gründe berufen kann.
- 67 Zusammenfassend sind gewichtige Gründe i.S.v. Art. 13.5 DV gegeben. Die Beklagte 1 durfte und darf die Zustimmung zur Abtretung der Forderung somit verweigern. Ohnehin ist die Fingierung der Zustimmung nicht rechtens, da kein entsprechendes Gesuch gestellt wurde.

Das Abtretungsverbot bleibt weiterhin wirksam bestehen und steht der Abtretung entgegen. Folglich sind die Rechte aus dem DV nicht auf die Klägerin übergegangen, weshalb sie nicht zur Klage aktivlegitimiert ist.

5. Eventualiter: Eine allfällige Einziehungsvollmacht ist erloschen

- 68 Die Klägerin macht geltend, die unwirksame Zession sei in eine ihr erteilte Einziehungsvollmacht umzudeuten (KS, Rz. 72). Dieser Eventualstandpunkt stösst ins Leere, denn vorliegend befindet sich die Lieferantin in Liquidation und mit dem Treffen des Auflösungsentscheides am 24. November 2015 ist eine allfällige Vollmacht dahingefallen (BSK OR I-WATTER, Art. 35 N 3 *e contrario*; cf. auch BGE 88 II 18, E. 6). Es bestehen weiter keine Anhaltspunkte, dass die Liquidatoren der Klägerin eine neue Vollmacht erteilt haben.
- 69 Der Vollständigkeit halber sei hervorgehoben, dass die subsidiäre Berufung auf eine Einziehungsvollmacht nur den Zweck hat, das Abtretungsverbot umzugehen. Dieses Verhalten ist rechtsmissbräuchlich: Die Klägerin klagt wirtschaftlich gesehen nicht auf Rechnung der Lieferantin, da diese liquidiert wird bzw. wurde.

B. Es besteht kein Auskunftsrecht

- 70 Kommt das Schiedsgericht zum Schluss, dass die Klägerin dennoch aktivlegitimiert ist, steht ihr jedenfalls kein Anspruch auf die von ihr eingeforderten Auskünfte und Dokumente zu.

1. Kein vertraglich vereinbartes Auskunftsrecht gestützt auf BV

- 71 Nachdem der DV auf den 31. Oktober 2015 gekündigt wurde, haben die Lieferantin und die Beklagte 1 eine Beendigungsvereinbarung (**BV**) über die Modalitäten der Beendigung des DV vereinbart. Jene enthält Übergangsbestimmungen, welche die Rechtsbeziehung zwischen Lieferantin und Distributorin bis zum Beendigungszeitpunkt und darüber hinaus regeln sollen. Art. 1.2 BV sowie Art. 5.2 ii) DV regeln die Voraussetzungen für die Aushändigung der Dokumente, jedoch wird die Art der Dokumente jeweils verschieden festgelegt. Sollten allfällige Bestimmungen des DV mit dem Inhalt des BV nicht übereinstimmen, gehen laut Art. 8.1 BV letztere vor. Demnach wird Art. 5.2 ii) DV durch Art. 1.2 BV verdrängt. Gemäss Art. 1.2 BV hat die Beklagte 1 der Lieferantin die in Anhang B aufgezählten Dokumente herauszugeben. Laut Verfügung Nr. 3 (Rz. 11) sind die den Streitgegenstand bildenden Untersuchungen der amerikanischen Behörden nicht in Anhang B enthalten. Folglich muss die Beklagte 1 Unterlagen, welche sie und das DOJ betreffen, nicht herausgeben.

2. Kein vertraglich vereinbartes Auskunftsrecht gestützt auf DV

- 72 Gelangt das Schiedsgericht zum Entschluss, dass die Bestimmungen des BV denen des DV nicht vorgehen, so hat die Klägerin aufgrund fehlender Vertragsverletzung seitens der Beklagten 1 dennoch keinen Anspruch auf Auskunft.
- 73 Die Klägerin behandelt fälschlicherweise die Absätze von Art. 5.2 DV jeweils getrennt voneinander (KS, Rz. 76 ff.). Art. 5.2 i), ii) und iii) DV sind jedoch aufgrund der Systematik und des Zwecks dieser Bestimmungen miteinander verbunden. Hierbei muss der Sinn von Art. 5.2 ii) mittels Einbezug von Art. 5.2 i) und ii) DV eruiert werden: Die Distributorin hat der Lieferantin Dokumente, welche den Austausch zwischen ihr und der amerikanischen Behörde betreffen, auszuhändigen. Dabei muss dieser Austausch aufgrund einer Nichtbeachtung der anwendbaren Gesetzgebung entstanden sein. Hierfür spricht Art. 5.2 i) DV, welcher von der Beklagten 1 die Beachtung der anwendbaren Gesetzgebung verlangt. Konkret wird in Art. 5.2 iii) DV bloss die Aushändigung *wichtiger* Dokumente verlangt. Diese Einschränkung der Informationspflicht hat nach Treu und Glauben zum Ziel, die Informationsflut in Grenzen zu halten.
- 74 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte 1 eine Vergleichszahlung vorgenommen ohne jedoch ihre Schuld einzugestehen. Ihr Ziel war, ein langes Untersuchungsverfahren durch das DOJ abzuwenden. Die Einleitung einer Untersuchung bedeutet zudem nicht, dass in irgendeiner Form gegen die Rechtsordnung verstossen wurde: Eine Untersuchung kann jederzeit eingeleitet werden, sei es durch Verdacht oder wie vorliegend aufgrund der Behauptung eines ehemaligen Mitarbeiters.
- 75 Art. 5.2 ii) DV fordert den Einbezug der Beklagten 1 in regulatorische Entscheidungsprozesse. Anders als von der Klägerin behauptet (KS, Rz. 78), handelt es sich beim Vergleich mit dem DOJ aber nicht um einen regulatorischen Entscheidungsprozess. Beim regulatorischen Entscheidungsprozess im Sinne des DV handelt es sich im Grunde nur um technische Anforderungen, die im Zusammenhang mit dem Zugang und Verbleib im jeweiligen Vertriebsmarkt stehen. Diese bilden jedoch keinen Gegenstand des abgeschlossenen Vergleichs, da ein solcher den Interessenausgleich zum Ziel hat.
- 76 Ein weiterer Anhaltspunkt für das rechtmässige Verhalten der Beklagten 1 ist, dass keine Anklage gegen sie erhoben wurde. Deshalb kann nicht von einem Verstoss gegen geltendes Recht ausgegangen werden. Demzufolge wäre die Aushändigung dieser Dokumente aufgrund der fehlenden Relevanz für die Substantiierung der Vertragsverletzung bzw. für die Schadensbemessung nicht sachgemäss.

3. Aus Art. 2 ZGB ergibt sich keine Auskunftspflicht

- 77 Richtig ist, dass sich aus Art. 2 ZGB Nebenpflichten wie z.B. die Auskunfts- und Informationspflicht ergeben. Das Prinzip von Treu und Glauben kann zudem nicht wegbedungen werden und ist für die ganze Rechtsordnung verbindlich (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 3). Dennoch steht es den Parteien zu, andere Regelungen als die, die sich aus Art. 2 ZGB ergeben, zu treffen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16). Die Lieferantin und die Beklagte 1 haben im DV für die Dauer der Rechtsbeziehung und im BV für die Zeit nach der Auflösung des Vertrages die Voraussetzungen für die Entstehung der Auskunfts- und Informationspflicht geregelt. Die vertraglichen Auskunfts- und Informationspflichten gehen folglich denen des Art. 2 ZGB vor (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19 N 5). Wie schon dargelegt (II.B.1, 2), stehen der Klägerin keine Auskunftsrechte zu. Die Berufung auf Art. 2 ZGB würde der Klägerin demnach eine Umgehung der vertraglich festgelegten Bestimmungen ermöglichen.
- 78 Auch ein schlichter Informationsvorsprung vermag es nicht, die Berufung auf Art. 2 ZGB zu rechtfertigen. Bei einer Informationsasymmetrie zwischen den Parteien ist vielmehr auf die Wichtigkeit einer Information für die jeweilige Partei abzustellen (HUGUENIN, N 538). Welche Informationen an die andere Partei weiterzuleiten sind, wurde, wie schon erwähnt, in DV und BV geregelt. Demzufolge haben die Parteien eine Informationsasymmetrie in Kauf genommen, da gemäss den einschlägigen Bestimmungen (Art. 5 DV und Art. 12 BV) nur bestimmte Dokumente ausgehändigt werden müssen.
- 79 Die Anschuldigung in der KS (Rz. 94), die Beklagte 1 habe auf die Frage nach den Gründen für den Umsatzeinbruch nicht wahrheitsgemäss geantwortet, ist nicht haltbar. Die Beklagte 1 hat die Formulierung „allgemeine Marktumstände“ verwendet, welche eine Vielzahl von Sachverhalten beinhaltet, u.a. auch Untersuchungen durch regulatorische Behörden. Es handelt sich hierbei um eine Untersuchung, welche der Überprüfung der Einhaltung von Standards dient und in diesem Geschäftsfeld Usus ist.

4. Art. 418c, 418f und 400 OR statuieren keine weiteren Auskunftspflichten

- 80 Zwingende Bestimmungen des Auftragsrechts und des Agenturrechts sind auf den vorliegenden DV nicht anwendbar. Erstens gleicht die Position der Beklagten 1 als Distributorin nicht derjenigen eines Agenten, da sie der Lieferantin gegenüber wirtschaftlich autonom geblieben ist und nicht in ihr Vertriebsnetz eingebunden wurde. Beispielsweise wurde sie nicht verpflichtet, jährlich einen Mindestumsatz zu erzielen (BGE 134 III 497, E. 4.4.2; DREYER, S. 132). Daher ist der Beklagten 1 keine erhöhte Loyalitätspflicht i.S.v. Art. 418c OR aufzubürden (HUGUENIN, N 3861); diese Bestimmung postuliert auch ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien, das hier nicht vorhanden ist (cf. HUGUENIN, N 3845). Ferner sind all-

fällige sich aus dem Agenturrecht ergebenden Auskunftspflichten auf Informationen über die Geschäftsvermittlung und Geschäftsabschlüsse beschränkt und reichen somit auf keinen Fall über die im DV vereinbarten Auskunftsrechte hinaus (ZK OR-BÜHLER, Art. 418c N 13). Art. 418f OR regelt die Auskunftspflicht des Auftraggebers und ist daher nicht einschlägig. Als *lex generalis* vermag Art. 400 OR ebenfalls keine weiteren Auskunftsrechte zu begründen, die nicht unmittelbar mit der primären Erfüllung des DV zusammenhängen. Ein Rückgriff auf die Rechenschaftspflicht von Art. 400 OR wäre auch insofern verpönt, als sich diese Pflicht als Folge der Wahrung fremder Interesse durch den Beauftragten ergibt (cf. BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 2). Dies entspricht der vorliegenden Konstellation nicht, in welcher die Beklagte 1 auf eigene Faust und in eigenem Namen wirtschaftet.

- 81 Schliesslich wären aus diesen Bestimmungen etwaige Rechte bloss im Zusammenhang mit einem geltenden Vertrag abzuleiten, sofern dieser eine Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien begründet. Da der DV beendet wurde und die fraglichen gesetzlichen Rechte aufgrund der besonderen Natur des ihnen zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses nicht gültig über Zession auf die Klägerin übertragen werden konnten, sind sie jetzt unbeachtlich (Art. 164 Abs. 1 OR; cf. BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 33).

5. Eventualiter: Auf das Auskunftsrecht wurde verzichtet

- 82 Nachdem die Lieferantin im Rahmen der Verhandlungen davon Kenntnis erhielt, dass der Einbruch der Dyalgonin-Verkäufe in den USA auf „allgemeine Marktumstände“ zurückzuführen sei, hätte sie sich bei der Beklagten 1 nach Dokumenten erkundigen sollen, welche für die Beurteilung des Falles von Bedeutung sind. Nach Treu und Glauben hatte die Auskunft nur im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen Sinn. Demnach muss sich die Klägerin entgegenhalten lassen, dass die Lieferantin es als unnötig erachtete, die Unterlagen und Informationen zur damaligen Zeit einzufordern und somit konkludent darauf verzichtete. Art. 13.4 DV steht einem Verzicht auf allfällige gesetzliche Rechte nicht entgegen. Bezüglich vertraglicher Rechte ist er gleichermassen unbeachtlich, da die Klägerin nicht bloss auf die *Durchsetzung* des Rechts verzichtete, sondern angesichts des Abbruchs der Geschäftsbeziehung durch Nichtausübung den Untergang des Rechts in seinem Kerngehalt herbeigeführt hat.

6. Eventualiter: Eine Vertragsergänzung ist nicht notwendig

- 83 Die Parteien haben gestützt auf ihre Inhaltsfreiheit die Auskunfts- und Informationspflicht im DV abschliessend geregelt. Dabei haben sie den Inhalt innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung bestimmt (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19 N 5). Daher liegt keine Vertragslücke vor (cf. KS, Rz. 100), die eine etwaige Ergänzung bedürfen würde (cf. GOBAT, S. 33).

Antrag auf Stattgebung der Rechtsbegehren

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 10