

Moot Court Team 6:

Till Eigenheer
Florian Kambor
Andrea Schaeppi
Georgia Stofer

Per E-Mail

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

Zürich, 24. März 2017

KLAGEANTWORT

VERFAHREN NR.: 123456-2016

Sehr geehrter Herr Präsident,

sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12
CH-6343 Risch

vertreten durch Moot Court Team 7

Klägerin

gegen

Conquest Distribution Ltd.

125 Wild Cherry Lane
Toronto M4B 1B7
CAN-Ontario

Beklagte 1

sowie

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15
DE-67063 Ludwigshafen

Beklagte 2

beide vertreten durch: Moot Court Team 6

reichen wir namens und im Auftrag der Beklagten

STELLUNGNAHME

ein und stellen im Namen der Beklagten 1 folgende

RECHTSBEGEHREN

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

sowie im Namen der Beklagten 2 folgende

RECHTSBEGEHREN

1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Schiedsgericht unter gleichwertigem Einbezug der Beklagten 2 neu zu bestellen.
3. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Inhalt

Literaturverzeichnis.....	IV
Urteilsverzeichnis.....	VIII
Vorbemerkungen.....	1
I. Zur fehlenden Parteistellung der Beklagten 2.....	1
II. Zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung.....	4
Keine indirekte Einflussnahme auf die Schiedsbestellung.....	4
Divergierende Interessenlage der Beklagten.....	5
Kein Verzicht auf das Mitwirkungsrecht.....	5
Eventualiter Ablehnung des Schiedsgerichts und Neubestellung.....	6
III. Zur anderweitigen Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegenüber der Beklagten 2.....	6
Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichtes durch Einlassung.....	6
Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung aufgrund von Rechtsscheinhaftung.....	9
IV. Zur Aktivlegitimation der Klägerin.....	10
Qualifikation des Abtretungsverbot.....	11
Abtretungsverbot erfasst durch Distributionsvertrag.....	11
Abtretungsverbot noch in Kraft.....	12
Absolute Wirkung des Abtretungsverbot.....	13
Vorliegen wichtiger Gründe.....	13
Rechtsmissbrauch / Unzulässigkeit einer fingierten Zustimmung.....	14
V. Zum fehlenden Auskunftsrechtsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1.....	15
Kein vertraglicher Auskunftsrechtsanspruch.....	15
Kein Auskunftsanspruch aus Art. 400 OR.....	17
Kein Auskunftsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB.....	18
Zur Einrede des Verzichts auf die Auskunftsansprüche.....	19
Schlussfolgerungen, Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	20

Literaturverzeichnis

BAUDENBACHER CARL/DRUEY JEAN NICOLAS/KÖNDGEN JOHANNES/KOLLER ALFRED/MEIERSCHATZ CHRISTIAN J./SCHWANDER IVO (Hrsg.), St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 36, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern Stuttgart Wien (zit.: AFFOLTER)
N [93, 94]

BECKER H. (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962 (zit.: BK ZGB-BEARBEITERIN)
N [93]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Auflage, Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS)
N [6, 14, 20, 23, 47]

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Hrsg.), Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Band I, Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, Bern 1914 (zit.: VE ZGB)
N [72]

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL)
N [16]

GAUCH PETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Teilband 1h, Das Erlöschen der Obligation, Erste Lieferung (Art. 114-126 OR), 3. Auflage, Zürich 1991 (zit.: ZK OR-AEPLI)
N [98]

GAUCH PETER/SPIRIG EUGEN (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Teilband 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung (Art. 164-174 OR), 3. Auflage, Zürich 1993 (zit.: ZK OR-SPIRIG)
N [54, 61]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Auflage, Baden-Baden Zürich 2016 (zit.: GIRSBERGER/VOSER)

N [39]

HARTMANN JÜRGE E., *Vertriebsverträge im internationalen Kontext: Alleinvertriebsvertrag und verwandte Verträge (Selektiver Vertrieb, Franchise-Vertrag) unter Berücksichtigung des schweizerischen und des EU-Wettbewerbsrechts*, Zürich Basel Genf 2007 (zit.: HARTMANN)

N [88]

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR)*, 4. Auflage, Bern 1992 (zit.: BK OR-FELLMANN)

N [88]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR)*, 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITERIN)

N [5, 63, 77]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II (Art. 530 – 964 OR)*, 5. Auflage, Basel 2016 (zit.: BSK OR II-BEARBEITERIN)

N [16]

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

N [14, 23, 32]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht*, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: *alt*BSK IPRG-BERARBEITERIN)

N [32]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich
Basel Genf 2014 (zit.: HUGUENIN)

N [16, 77, 88]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Arbitrage international, 2. Auflage, Zürich
2010 (zit.: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI)

N [31]

KLEYLING THOMAS, Zession – unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession – und
Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Basel 1979 (zit.: KLEYLING)

N [51]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et
international en Suisse, Lausanne 1989 (zit.: LALIVE/POUDRET/REYMOND)

N [23]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb - Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Auf-
lage, St. Gallen 1992 (zit.: MEYER)

N [88, 90]

MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr,
Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003 (zit.: MÜLLER-CHEN)

N [62]

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO: Schweizeri-
sche Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (zit.: KUKO ZPO-BEARBEITERIN)

N [10, 23, 73]

OFTINGER KARL/BÄR ROLF (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band
IV, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel, Das Fahr-
nispfand (Art. 884-918 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1981 (zit.: ZK ZGB-OFTINGER)

N [51]

PFISTERER STEFANIE/SCHNYDER ANTON K., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich
St. Gallen 2010 (zit.: PFISTERER/SCHNYDER)

N [32]

RITTER THOMAS, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungs-
klagen vor Schiedsgerichten unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statu-
tarischer Schiedsklauseln, ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, 2015, Band Nr. 181
(zit.: RITTER)

N [14, 20, 22, 23]

SIEBER ALBERT HEINRICH, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Neue Folge der Schwei-
zer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen, Band XLVII, Zürich 1948 (zit.: ZR (1948)
Nr. ...)

N [90]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zü-
rich 2015 (zit.: STACHER)

N [39, 47]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of Inter-
national Arbitration: Commentary, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2013 (zit.: SRC- BEARBEI-
TERIN)

N [32, 36, 39]

Internetquelle:

„Wikipedia, Die freie Enzyklopädie“, Wikimedia FoundationInc. (Hrsg.), KUEBI (Benutzer-
name) et al., https://de.wikipedia.org/wiki/Warning_Letter (zit.: Warning Letter)

N [83]

Urteilsverzeichnis

Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. September 1971

BGE 97 II 201

N [5]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. Dezember 1991

BGE 117 II 415

N [5]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

29. Februar 2008

BGer 4A_452/2007

N [6]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. August 2008

BGE 134 III 565 = Pra 2009 Nr. 37

N [8]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011

BGE 138 III 29

N [12]

Unveröffentlichtes Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. November 1993

BGer 4P.86/1994

N [14]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
09. Januar 2004
BGE 130 III 213
N [16]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Februar 2011
BGer 4A_402/2010
N [19]

Société B.K.M.I. Industrieanlagen GmbH et Siemens AG v. Dutco Construction, première
chambre civile de la Cour de cassation vom
7. Januar 1992
Abgedruckt in Revue de l'arbitrage 1992 Nr. 3 S. 470 ff.
(zit.: „Dutco-Entscheid“)
N [20]

Bramelid and Malmström v. Sweden, Entscheid des EGMR vom
12. Oktober 1982
EKMR, Nummern 8588/79 und 8589/79
(zit.: „Bramelid and Malmström v. Sweden“)
N [20]

Auszug aus dem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom
01. März 1961
BGE 87 I 53
N [29]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50 = Pra 2002 Nr. 90
N [32, 33]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2003
BGE 129 III 727 = Pra 2004 Nr. 178
N [47]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. November 2007
BGE 134 III 52
N [49]

Auszug aus dem Urteil der II Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Mai 1916
BGE 42 III 270
N [51]

Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. August 2011
BGE 137 III 433
N [72]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. Oktober 2002
BGE 129 III 118 = Pra 1992 Nr. 123
N [77]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. April 1926
BGE 52 II 215
N [98]

BEGRÜNDUNG

Vorbemerkungen

- 1 Die Ausführungen der Klägerin werden zunächst generell und sodann auch im Einzelnen bestritten, soweit sie nicht mit den Sachdarstellungen der Beklagten übereinstimmen oder von diesen ausdrücklich anerkannt werden.
- 2 Auf das vorliegende Verfahren ist Schweizer Recht anwendbar (Verfügung. Nr. 1, N 7). Prozessrechtlich finden die zwingenden Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG und die Swiss Rules (SRIA) Anwendung (Verfügung Nr. 1, N 8).
- 3 Eine Erstreckung der Schiedsklausel (vgl. KS, N 1-6) würde nicht dazu führen, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsklausel wird. Vielmehr handelt es sich bei der Erstreckung, wie die Klägerin selbst ausführt (vgl. KS, N 1, 2, 5), um einen Fall des Rechtsmissbrauchs. Zur Erstreckung wird deshalb unter „III. Zur anderweitigen Zuständigkeit des Schiedsgerichts“ Stellung genommen (N 28 ff.). Einzelne weitere Argumente werden von der Klägerin unter einer anderen Fragestellung vorgebracht, als sie in der Klageantwort beantwortet werden.

I. Zur fehlenden Parteistellung der Beklagten 2

- 4 Den Ausführungen der Klägerin (vgl. KS, N 1) ist insofern zuzustimmen, als dass die Beklagte 2 in Art. 13.1 des Distributionsvertrages vom 27. Februar 2008 (K-1) mit keinem Wort erwähnt wird. Hingegen hätten die Parteien, entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. KS, N 13) und wie die folgenden Auslegungsmethoden zeigen, keinen *expliziten* Ausschluss der Beklagten 2 in Art. 13.1 K-1 anbringen müssen, um die Garanten von der Schiedsgerichtsbarkeit auszunehmen. Dies war für die PerAspera nach Treu und Glauben erkennbar.
- 5 Der *Wortlaut* von Art. 13.1 K-1 lässt einigen Interpretationsspielraum zu. Stützt sich eine Partei auf die «normale» Bedeutung eines Vertragstextes, während die Gegenpartei einen vom Wortlaut abweichenden Sinn des Vertrages behauptet, so trifft letztere die Beweislast (BGE 97 II 201, 208). Vertreten hingegen beide eine unterschiedliche Deutung des Vertrages, die gleich weit vom Wortlaut entfernt ist, oder bestehen schlicht Zweifel über die Bedeutung eines bestimmten Wortes, so kann über die Beweislast nur anhand der konkreten Streitlage entschieden werden (BGE 117 II 415, 418; zum Ganzen BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 16).
- 6 Vorliegend wird die Beklagte 2 in der Schiedsklausel mit keinem Wort erwähnt und zudem steht ihr kein Recht auf Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichts zu (N 13 ff.). Zwar haben die Parteien beim Vertragsabschluss nicht daran gedacht, einen expliziten Ausschluss der Garanten bei Art. 13.1 K-1 anzubringen (vgl. KS, N 13). Zudem erstreckt sich die objektive Tragweite der Schiedsvereinbarung auf «*Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem*

Vertrag» (vgl. KS, N 12). Dem ist jedoch zu entgegnen, dass ein expliziter Ausschluss der Garanten bei systematischer und teleologischer Auslegung (N 8-11) sich erübrigt. Die objektive Tragweite ist insofern zu relativieren, als dass die Schiedsklausel exakt denselben Wortlaut wie die, in den SRJA enthaltene, Musterschiedsklausel hat. Die Formulierung stellt somit eine Standardfloskel dar. Zudem ist die Formulierung «*im Zusammenhang mit diesem Vertrag*» gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lediglich so zu verstehen, dass auch Streitigkeiten über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags sowie über die aus der Vertragsbeendigung allenfalls resultierenden Ansprüche oder Ansprüche aus unerlaubter Handlung von der Schiedsklausel erfasst sind (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.1; BERGER/KELLERHALS, N 504 und 512). Jedoch beinhaltet diese Standardfloskel nicht die mit dem Hauptvertrag in Zusammenhang stehenden Verträge.

- 7 In einer Gesamtwürdigung spricht der Wortlaut der Schiedsklausel gegen die Parteistellung der Beklagten 2, was die Klägerin selbst einräumt (vgl. KS, N 1). Zumindest aber bestehen Zweifel an der Bedeutung des Wortlauts. Die Beweislast bezüglich der Parteistellung der Beklagten 2 liegt in beiden Fällen bei der Klägerin (N 5). Die weiteren Ausführungen der Klägerin (KS, N 7-14) gehen an der Sache vorbei und vermögen nicht zu beweisen, dass die Beklagte 2 der Schiedsgerichtsbarkeit nach Treu und Glauben zugestimmt hat. Die Parteistellung der Beklagten 2 wurde daher von der Klägerin nicht genügend substantiiert, weshalb sie aus prozessrechtlicher Sicht als nicht erwiesen gilt (Art. 8 ZGB; Art. 24 Ziff. 1 SRJA).
- 8 Überdies umschreibt Art. 12 K-1, bei *systematischer* Betrachtung, die alleinige Vertragspflicht der Beklagten 2. Demnach hat sich die Beklagte 2, in übereinstimmender Auffassung mit der Klägerin (vgl. KS, N 20), zu einer Garantie i.S.v. Art. 111 OR verpflichtet. Die Garantie stellt nach ihrem Sinn, wie auch gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 12 K-1 eine «*eigenständige Verpflichtung*» dar. Das Bundesgericht hat daher entschieden, dass der Garantievertrag einer eigenen Schiedsgerichtsklausel beziehungsweise zumindest eines genügenden Verweises auf die Schiedsklausel im Hauptvertrag bedarf (BGE 134 III 565 E. 3.2.).
- 9 Aufgrund der Eigenständigkeit der Garantie hat sich die Beklagte 2 nie in die Vertragsabwicklung mit der Beklagten 1 eingemischt. Sie wollte einzig für den Fall einer Zahlungsunfähigkeit der Beklagten 1 als Sicherheit fungieren. Ohnehin wurde die Garantieverpflichtung bloss deshalb in den Distributionsvertrag aufgenommen, um Missverständnisse betreffend den der Garantie zugrundeliegenden Hauptvertrag zu vermeiden. Bei den beiden Beklagten handelt es sich folglich um eigenständige Vertragspartner, für die es je eigene Streiterledigungsmechanismen braucht. Angesichts der Eigenständigkeit der Garantie stellt allein der Umstand, dass die

Schiedsklausel sich im selben Vertrag wie die Garantieklausel befindet, keinen genügenden Verweis auf die Schiedsvereinbarung dar.

- 10 Diese Sichtweise bestärkt sich darin, dass unter einer *teleologischen* Betrachtung die Schiedsgerichtsbarkeit keinen zweckmässigen Streiterledigungsmechanismus für die Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten 2 und der PerAspera darstellt. In der Lehre werden unter anderem die folgenden Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit genannt: die *Wahl* von fach- oder branchenkundigen Richtern; die *Mitbestimmung* bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts und damit ein besseres *Vertrauen* in den Spruchkörper; die Möglichkeit der *Geheimhaltung* des Verfahrens; ein rascheres und flexibleres Verfahren; die Möglichkeit der Festlegung eines *neutralen Orts* und die freie Wahl der *Verfahrenssprache* (KUKO ZPO-DASSER, Vor Art. 353-399 ZPO N 6). Von diesen Vorteilen profitiert die Beklagte 2 indes nicht.
- 11 Im Gegensatz zur Beklagten 1, welche dem kanadischen Rechtssystem untersteht, befindet sich der Sitz der Beklagten 2 in Deutschland. Das deutsche Rechtssystem ist dem Schweizerischen sehr ähnlich, weshalb im vorliegenden Sachverhalt staatliche Gerichte Konflikte gleich gut wie Schiedsgerichte erledigen können. Das *Vertrauen* in die gegenseitigen Rechtssysteme ist hoch. Somit fällt die Akzeptanz eines Urteils von einem staatlichen Gericht höher aus, als dies bei einem Schiedsgericht der Fall ist. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Beklagten 2, wenn sie Schiedspartei wäre, kein Recht auf *Mitbestimmung* bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zustehen würde (N 14). Somit ist es der Beklagten 2 nicht möglich, einen fach- oder branchenkundigen Richter zu *wählen*. Die Beklagte 2 hätte einem solchen Rechtsentzug niemals zugestimmt. Daraus kann geschlossen werden, dass sie nicht an die Schiedsklausel gebunden sein wollte. Ausserdem gibt es zwischen der PerAspera und der Beklagten 2 keinen Anlass für Verständnisschwierigkeiten. Die *Verfahrenssprache* ist in jedem Fall Deutsch. Weiter muss gemäss Art. 13.1 K-1 stets das in der Schweiz ansässige Schiedsgericht berufen werden, was für die Beklagte 2 keinen *neutralen Ort* darstellt. Dieser Standort bevorzugt offensichtlich die PerAspera. Im Vertragsverhältnis zwischen der PerAspera und der Beklagten 2 können nur das Zustandekommen eines gültigen Garantievertrags oder die nicht fristgerechte Bezahlung einer von der Beklagten 1 vertraglich geschuldeten Leistung Gegenstand von Streitigkeiten sein. Es handelt sich dabei um einfache Rechts- und Tatsachenfragen, an denen kein *Geheimhaltungsinteresse* besteht. Dies im Gegensatz zur Vertragsabwicklung zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera, welche vertrauliche Geschäftsunterlagen wie Verkaufszahlen, Korrespondenz mit den Arzneimittelbehörden, etc. zum Streitgegenstand haben.

12 Aus all diesen Gründen und in Anbetracht dessen, dass für das Zustandekommen von Schiedsvereinbarungen eine restriktive Auslegung anzuwenden ist (BGE 138 III 29, 36 f.), kommt der Beklagten 2 keine Parteistellung zu.

II. Zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung

13 Die Erläuterungen in KS, N 7-15 gehen an der Sache vorbei. Jene in KS, N 16-17 sind unbestritten. Hingegen bestreitet die Beklagte 2 die Rechtmässigkeit der Bestellung des Schiedsgerichts.

14 Gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG müssen die von den Parteien getroffenen Verfahrensregelungen «*in allen Fällen*» die Einhaltung der beiden Grundsätze der «*Gleichbehandlung der Parteien*» und des «*rechtlichen Gehörs in einem kontradiktorischen Verfahren*» gewährleisten. Gleichbehandlung erfordert, dass gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden (BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 66). Unbestritten muss jeder Partei zwingend die Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren der Konstituierung zukommen (BERGER/KELLERHALS, N 836; BGE 4P.86/1994 E. 3). Zudem ist die gleichwertige Einflussnahme der einzelnen Parteien zu wahren. Dies gilt es sowohl im Verhältnis der verschiedenen Streitseiten, als auch unter den Parteien einer Streitseite zu beachten (zum Ganzen RITTER, N 488). Dieser Grundsatz wird durch Art. 13.1 K-1 verletzt. Gemäss dieser Bestimmung kommt der Beklagten 2 kein Teilnahme-recht an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu. Zumindest sind ihre Möglichkeiten der Einflussnahme nicht gleichwertig.

Keine indirekte Einflussnahme auf die Schiedsbestellung

15 Die Beklagte 2 bestreitet indirekten Einfluss auf die Bestellung des Schiedsgerichts genommen zu haben (vgl. KS, N 19).

16 Bei der Beklagten 1 handelt es sich um ein rechtlich selbstständiges Unternehmen. Bei Tochtergesellschaften sind der Verwaltungsrat und die Geschäftsführung voll und ganz ihren eigenen Gesellschaftsinteressen verpflichtet (BGE 130 III 213, 219 E. 2.2.2), es sei denn, der statutarische Zweckartikel sehe die Förderung des Konzerninteresses vor oder die Tochtergesellschaft sei vollständig beherrscht (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 168; zum Ganzen BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 16a).

17 Die Beklagte 1 ist ein 50/50-Joint Venture der Beklagten 2 und der Arteria Pharma AG und damit nicht vollständig von der Beklagten 2 beherrscht. Ihr Zweck besteht in der Einführung, Zulassung und dem Vertrieb von Pharmaprodukten auf den Märkten USA und Kanada. Der Zweck der Beklagten 1 liegt nicht ausschliesslich in der Förderung der Interessen der Beklagten 2, sondern beinhaltet ebenso die Förderung der Interessen der Arteria Pharma AG. Die strategische und operative Leitung der Beklagten 1 darf deshalb nicht auf Wünsche der Beklagten 2

eingehen, sofern diese eigenen Interessen widersprechen. Die Beklagte 2 konnte somit keine Einflussnahme ausüben.

Divergierende Interessenlage der Beklagten

- 18 Sodann ist die Interessenlage der Beklagten, entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. KS, N 20), keineswegs identisch. Zutreffend ist, dass es den Interessen beider Beklagten entspricht, wenn das Schiedsgericht keine Vertragsverletzung der Beklagten 1 feststellt. Sollte jedoch wider Erwarten eine Vertragsverletzung festgestellt werden, stellt sich die Frage, wer für den Schaden in welcher Höhe aufkommen muss. In dieser Frage laufen die Interessen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 keinesfalls gleich.
- 19 Aus diesen Gründen verletzt die Schiedsklausel Art. 182 Abs. 3 IPRG. Diese Bestimmung ist zwingendes Recht (BGer 4A_402/2010 E. 3.1). Gemäss Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 OR fallen Bestimmungen, welche zwingendem Recht widersprechen, als nichtig dahin, sofern nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die entsprechende Klausel abgeschlossen hätten.
- 20 Vorliegend ist nicht anzunehmen, dass die Parteien eine Schiedsklausel vereinbart hätten, wenn sie die Schiedsrichter nicht selber wählen können, sondern die Schiedsrichterkonstituierung in irgendeiner Form durch das Schiedsgericht erfolgt (N 23 ff.). Eine Einigungspflicht ist den Beklagten aufgrund der divergierenden Parteiinteressen nicht zuzumuten (RITTER, N 491 ff. m.V.a. „Dutco-Entscheid“ und „Bramelid and Malmström v. Sweden“; BERGER/KELLERHALS, N 836). Somit fällt die Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2 als nichtig dahin, sofern sie Partei einer solchen ist.

Kein Verzicht auf das Mitwirkungsrecht

- 21 Das Vorbringen der Klägerin, wonach die Beklagte 2 auf ihr Mitwirkungsrecht bei der Bestellung des Schiedsgerichts verzichtet habe, indem sie eine (notabene erstreckte, vgl. KS, N 1) Parteistellung akzeptiert habe (KS, N 13, 18), ist abwegig.
- 22 Die Beklagte 2 nahm bis anhin an, nicht Partei der Schiedsklausel zu sein. Dass die Schiedsklausel zu einem späteren Zeitpunkt auf sie erstreckt werden könnte, war für sie schlicht nicht ersichtlich. Somit konnte sie einem Verzicht auf ihre Mitwirkungsrechte gar nicht zustimmen. Ausserdem würde eine Zustimmung zu einem gegen zwingende Grundsätze der internationalen Schiedsgerichtbarkeit verstossenden Besetzungsverfahren nichts an dessen Widerrechtlichkeit ändern, da eine solche Zustimmung ebenfalls nichtig wäre (Art. 20 Abs. 1 OR). Schliesslich kann die Gleichberechtigung der Parteien bei der Konstituierung nach verbreiteter Ansicht nicht vorgängig wegbedungen werden (RITTER, N 488). Aus diesen Gründen liegt kein zulässiger Verzicht vor.

Eventualiter Ablehnung des Schiedsgerichts und Neubestellung

- 23 Im Binnenschiedsrecht besteht bei überwiegendem Einfluss einer Partei auf die Ernennung des Schiedsgerichts ein Grund zur Ablehnung des (gesamten) Schiedsgerichts (KUKO ZPO-DASSER, Art. 368 N 2). Auch im internationalen Schiedsverfahren wird ein Ablehnungsrecht teils befürwortet (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 14; BERGER/KELLERHALS, N 865; LALIVE/POUDRET/REYMOND, 330, 341; zum Ganzen: RITTER, N 488).
- 24 Sollte die Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2 nicht als nichtig dahinfallen, so ist bei übermässigem Einfluss einer Partei auf die Bestellung des Schiedsgerichtes zumindest von einem zulässigen Ablehnungsgrund auszugehen. Der Beklagten 2 kommt *in casu* keinerlei Einflussnahme auf die Bestellung des Schiedsgerichts zu, der Beklagten 1 und der Klägerin hingegen schon. Diese Regelung läuft dem Gleichbehandlungsgebot zuwider.
- 25 Zudem vertritt das Schiedsgericht lediglich die Interessen der Beklagten 1 und der Klägerin, weshalb es parteiisch ist. Die Parteilichkeit des Schiedsgerichts kann gemäss Art. 180 Abs. 1 lit. b IPRG i.V.m Art. 10 Ziff. 1 SRIA als eigenständiger Ablehnungsgrund angerufen werden.
- 26 Schliesslich ist der in N 3 der provisorischen Einleitungsantwort der Beklagten 2 (pEA) enthaltene Vorbehalt als konkludenter Eventualablehnungsantrag zu verstehen.
- 27 Aus diesen Gründen wird das Schiedsgericht von der Beklagten 2 gesamthaft abgelehnt, sofern die Schiedsklausel nicht als nichtig dahinfällt. Die Beklagte 2 überlässt es dem Schiedsgericht für eine rechtskonforme Bestellung zu sorgen.

III. Zur anderweitigen Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegenüber der Beklagten 2

Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichtes durch Einlassung

- 28 Die Beklagte 2 folgt den rechtlichen Ausführungen der Klägerin bezüglich den Bedingungen der Einlassung und den daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen (KS, N 24 ff.). Es trifft aber nicht zu, dass aus dem Verhalten der Beklagten 2 abgeleitet werden kann, sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen zu haben, indem sie ein Sachurteil herbeiführen will und sich den Ausführungen der Beklagten 1 anschliesst (vgl. KS, N 26).
- 29 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *«liegt eine [...] Einlassung vor, wenn der Beklagte dem Gericht gegenüber unzweideutig den Willen bekundet hat, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln»* (BGE 87 I 53 E. 4.). Für die Einlassung ist erforderlich, dass die Beklagte 2 sich *materiell* zu Anträgen äussert, die gegen sie gestellt wurden (*a priori*). In der Einleitungsanzeige stellt die Klägerin gegen die Beklagte 2 nur das Rechtsbegehren auf Verpflichtung zur Bezahlung eines Betrags. Die Beklagte 2 ging bisher nicht auf diesen Antrag ein. Zwar hat sie sich einstweilen den Ausführungen der Beklagten 1 angeschlossen, dieser Anschluss

kann aber nur so weit gelten, als die Ausführungen der Beklagten 1 die Beklagte 2 überhaupt betreffen. Die Ausführungen der Beklagten 1 zur Auskunftspflicht tangieren die Beklagte 2 offensichtlich nicht, da diese nach ihrem Sinn und Zweck nur gegenüber der Beklagten 1, nicht aber der Beklagten 2 besteht. Die PerAspera hat mit dem Darlehensvertrag vom 25. Februar 2015 (K-2) der Klägerin nur die Ansprüche gegenüber allen ihren Distributoren, nicht aber deren Garanten abgetreten (N 50; vgl. K-2), weshalb die Ausführungen zu K-2 die Beklagte 2 nicht betreffen können. Die Aktivlegitimation hat ohnehin eine prozessrechtliche Komponente. Sind nämlich die Ansprüche nicht auf die Klägerin übergegangen, so ist das Schiedsgericht mangels Schiedsvereinbarung unzuständig. Die Beklagte 2 hätte sich vorbehaltlos zur Aktivlegitimation äussern dürfen, da diese die prozessrechtliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts betrifft. Die Ausführungen der Beklagten 1 zur vorbehaltlosen Einlassung sind eindeutig nicht vom Anschluss durch die Beklagte 2 erfasst, da sie sich in N 3 der pEA separat dazu äussert.

30 Da die Beklagte 2 nie auf den Antrag, welcher gegen sie gestellt wurde, eingegangen ist und sich damit auch nicht zur Hauptsache geäussert hat, kann aus ihrem Verhalten nicht geschlossen werden, dass sie *«unzweideutig den Willen bekundet hat, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln»*.

31 Selbst wenn sich die Beklagte 2, wider Erwarten nach Ansicht des Schiedsgerichts, materiell zur Sache geäussert haben sollte, hätte sie dies dennoch nur unter dem Vorbehalt der Unzuständigkeitseinrede getan (vgl. pEA, N 3). Es ist sowohl für das Schiedsgericht als auch für die Klägerin erkennbar, dass sich die Beklagte 2 nicht *vorbehaltlos* auf das Verfahren einlassen wollte. Das angerufene Schiedsgericht hat die Ausführungen der Beklagten 2 nach Treu und Glauben ebenfalls als Vorbehalt der Unzuständigkeitseinrede gewertet, indem sie aufführt, dass die Beklagte 2 sich bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts Einreden vorbehält (vgl. Verfügung Nr. 1, N 5). Wären auf Seiten des Schiedsgerichts Unsicherheiten betreffend einer Zuständigkeitsbestreitung aufgetreten, hätte es die Beklagte 2 explizit um eine Stellungnahme aufgefordert (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 427a). Dies hat das Schiedsgericht jedoch nicht getan. Demzufolge hat das Sekretariat den Vorbehalt in der pEA ebenfalls als Unzuständigkeitsvorbehalt verstanden und akzeptiert.

32 Der Einwand, dass N 2 der pEA als Hauptpunkt gelte, (vgl. KS, N 28), trifft nicht zu. Eine vorbehaltlose Einlassungshandlung liegt nicht vor, wenn die beklagte Partei *gleichzeitig* mit einer Unzuständigkeitseinrede eventualiter materiell zur Hauptsache verhandelt oder formelle Mängel der Klage rügt (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102; BGE 128 III 50 E. 2c aa). Eine materielle Ausführung erfolgt bei einer zeitlichen Kombination grundsätzlich nur *eventualiter* für den Fall, dass die Unzuständigkeitseinrede nicht erfolgreich ist (*alt*BSK IPRG-

WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 53; BGE 128 III 50 E. 2c aa). Somit gilt ein Unzuständigkeitsvorbehalt generell als Hauptantrag, wobei weitere Ausführungen nur subsidiär gelten (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 22).

- 33 Die prozessrechtlichen Erörterungen in N 3 der pEA gelten als Hauptantrag, inklusive dem Unzuständigkeitsvorbehalt. Der Anschluss an die Ausführungen der Beklagten 1 ist demnach ein Eventualantrag (vgl. pEA, N 2). Die Beklagte muss, falls die Unzuständigkeitseinrede nicht durchdringt, die Möglichkeit haben, vorsorglich Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen (BGE 128 III 50 E. 2c aa).
- 34 Aus diesen Gründen liegt keine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2 vor.
- 35 Das Vorbringen der Klägerin, wonach die Unzuständigkeitseinrede nicht rechtzeitig erfolgt sei und sich die nachträgliche Eingabe als rechtsmissbräuchlich erweise (vgl. KS, N 29 f.), trifft nicht zu, da die Unzuständigkeitseinrede rechtzeitig erhoben wurde.
- 36 Die Einleitungsantwort sollte gemäss Art. 3 Ziff. 7 lit. b SRIA *falls möglich* bereits die Unzuständigkeitseinrede enthalten (vgl. KS, N 30). Gemäss Art. 21 Ziff. 3 SRIA muss diese spätestens in der Klageantwort i.S.v. Art. 19 SRIA erhoben werden. Wird die in Art. 3 Ziff. 7 genannte 30-tägige Frist zur Einreichung der Einleitungsantwort nicht eingehalten, akzeptiert sie das Schiedsgericht meist trotzdem, um das rechtliche Gehör zu wahren (SRC-GILLIÈRON/PIT-TET, Art. 3 N 14).
- 37 Innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 3 Ziff. 7 SRIA war es der Beklagten 2 entgegen den Ausführungen der Klägerin (vgl. KS, N 30) noch nicht möglich, eine explizite Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Für eine substantiierte Bestreitung der Zuständigkeit waren umfangreiche rechtliche Abklärungen nötig. Diese waren innert der 30-tägigen Frist nicht durchführbar, insbesondere auch wegen des bevorstehenden Anwaltswechsels. Um keine falschen Erwartungen auszulösen, brachte sie den Vorbehalt an, durch welchen die Klägerin mit einer Einrede rechnen musste. Die Einreichung der definitiven Unzuständigkeitserklärung erfolgte zudem bereits vor der Einreichung der Klageschrift durch die Klägerin und im Zeitrahmen von Art. 21 Ziff. 3 SRIA. Die Klägerin hatte folglich genügend Zeit, um in ihrer Klageschrift auf die Unzuständigkeitseinrede einzugehen, da diese 74 Tage vor Ablauf der Frist zur Abgabe der Klageschrift erhoben wurde.
- 38 Des Weiteren handelt es sich bei der vorliegenden Unzuständigkeitseinrede nicht etwa um eine Reserve, welche die Beklagte 2 bei ungünstigem Prozessverlauf vorbringt (vgl. KS, N 29). Im Zeitpunkt der Einreichung der definitiven Unzuständigkeitseinrede gab es keine Anzeichen für einen ungünstigen Prozessverlauf für die Beklagte 2.

- 39 In der Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich der Verfahrensablauf an die Besonderheiten des Einzelfalls anpassen. Die Parteien und das Schiedsgericht bestimmen, in welchen Schritten das Schiedsverfahren abläuft (STACHER, N 289; GIRSBERGER/VOSER, N 929). Art. 20 Ziff. 1 SRIA erlaubt, dass jede Partei im Laufe des Schiedsverfahrens ihre Klage oder Klageantwort ändern oder ergänzen kann. Diese Bestimmung sollte analog für die Einleitungsschriften gelten (vgl. Art. 20 Ziff. 2 SRIA). Art. 15 Ziff. 1 SRIA umschreibt zudem die Kompetenz des Schiedsgerichts, das Schiedsverfahren nach seinem freien Ermessen durchzuführen. Art. 15 Ziff. 3 SRIA ermöglicht dem Schiedsgericht, den von ihnen erstellten provisorischen Zeitplan jederzeit abzuändern (SRC-JERMINI/GAMBA, Art. 15 N 3).
- 40 Im vorliegenden Verfahren hat das Schiedsgericht den Anwaltswechsel zur Kenntnis genommen und die nachgereichte Unzuständigkeitseinrede akzeptiert. Sie führt die Zuständigkeitsfragen als Streitfrage auf (Verfügung Nr. 2, N 2 i)-iii)).
- 41 Die Klägerin erachtet die Bezeichnung „provisorische Einleitungsantwort“ als rechtsmissbräuchlich (KS, N 31).
- 42 Die Begründung ist nicht nachvollziehbar. Die Rüge der Unzuständigkeit darf explizit später als die Einleitungsantwort erfolgen (N 36), solange keine Einlassung vorliegt. Dies ist vorliegend der Fall. Indem die Beklagte 2 das Wort «provisorisch» verwendet, verweist sie die Klägerin wie auch das Schiedsgericht darauf, dass weitere Ausführungen folgen werden. Es liegt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor.
- Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung aufgrund von Rechtsscheinhaftung***
- 43 Die Schiedsvereinbarung, welche die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet, bindet nur die an ihr beteiligten Vertragsparteien (PFISTER/SCHNYDER, §12, 3.a). Im vorliegenden Sachverhalt ist die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel (N 12).
- 44 Die Beklagte 2 folgt mit Ergänzungen den rechtlichen Ausführungen der Erstreckung der Schiedsklausel durch die Klägerin (KS, N 1 f.), bestreitet aber die Anwendung auf den Sachverhalt.
- 45 Die Klägerin begründet die Erstreckung der Schiedsgerichtsbarkeit damit, dass das Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera durch die Beklagte 2 initiiert worden sei und dass diese wirtschaftlich vom Vertragsschluss profitiere (KS, N 3).
- 46 Diese Ausführungen gehen an der Sache vorbei, denn sie zeigen nicht auf, dass sich die Beklagte 2 der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen wollte. Vielmehr beweisen diese Vorwürfe, dass ihr Interesse nur der Entstehung eines Vertragsverhältnisses in der Gesamtheit (*summa summarum*) zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera galt.

- 47 Die von der Klägerin behauptete enge personelle Verknüpfung zwischen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 ist für eine Einwirkung irrelevant (vgl. KS, N 3, 5), da für eine Rechtsscheinhaftung die Einwirkung des Dritten nach aussen erkennbar sein muss. Eine Erstreckung ist nur geboten, wenn der Dritte einen wirklichen Willen besitzt oder durch sein Verhalten *beim Erklärungsempfänger* nach dem Grundsatz von Treu und Glauben den Anschein erweckt, sich neben einem Vertragspartner ganz oder teilweise an den Hauptvertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsklausel binden zu wollen (BERGER/KELLERHALS, N 567; BGE 129 III 727 E. 5.1.1). Erforderlich ist eine - über die blosser Unterstützung und Einwirkung in die Erfüllung hinausgehende - erhebliche und wiederholte Einmischung (STACHER, N 202). Die blosser Kenntnis einer Schiedsklausel bewirkt keine Einmischung.
- 48 Die Führungspersonen der Beklagten 1 handeln einzig in deren Namen und Interesse und haben nie den Anschein erweckt, im Interesse oder Namen der Beklagten 2 tätig zu sein. Die Beklagte 2 trat nach aussen hin immer als selbständige Garantin auf und mischte sich nie in die Erfüllung der Vertragspflichten ein. Es wurde bei der PerAspera kein schutzwürdiges Vertrauen begründet. Eine Einmischung ist nicht gegeben.
- 49 Die Klägerin trägt zudem die Beweislast für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten 2 (BGE 134 III 52 E. 2.1). Eine Einmischung ist jedoch zu keinem Zeitpunkt von der Klägerin bewiesen worden.

IV. Zur Aktivlegitimation der Klägerin

- 50 Die Klägerin leitet ihre Aktivlegitimation für die verlangten Auskunfts- und Schadensersatzansprüche aus der Tatsache ab, dass die PerAspera ihre Ansprüche aus dem Distributionsvertrag abgetreten hat (KS, N 33). In K-2 räumt die PerAspera der Klägerin als Sicherheit jedoch nur sämtliche Ansprüche gegenüber allen ihren «*Distributoren*» ein. Allfällige Ansprüche gegenüber der bloss als Garantin der Distributorin haftenden Beklagten 2 sind gemäss dem eindeutigen Wortlaut nicht vom Sicherungsvertrag erfasst, weshalb der Klägerin gegenüber der Beklagten 2 schon aus diesem Grund keine Aktivlegitimation zukommt. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher nur auf die Beklagte 1. Sollten wider Erwarten auch Ansprüche gegenüber der Beklagten 2 von der Sicherung erfasst sein und diese ausserdem durch eine gültige Schiedsklausel gebunden sein, so gelten die folgenden Ausführungen für sie sinngemäss.
- 51 Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. KS, N 35 ff.) handelt es sich bei der Sicherheit in K-2 nicht um eine Sicherungszession, sondern eine Forderungsverpfändung. Den Ausführungen der Klägerin über die Auslegung von Verträgen (vgl. KS, N 34) ist zuzustimmen, nicht aber ihrer Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt. Das Bundesgericht äussert keine klare

Vermutung zu Gunsten eines der beiden Sicherungsinstitute (vgl. KLEYLING, 89). Die Rechtsinstitute sind sich sehr ähnlich, wobei die Zession weitergehenden Schutz bietet, da der Zessionar bei Übergang der Forderung zum neuen, selbstständigen Inhaber des Rechtes wird und ihm auch die Einziehungsbefugnis zusteht (BGE 42 III 270, 275). Der Pfandgläubiger hingegen hat nur Anspruch auf Deckung aus dem Verwertungserlös, wobei die Substanz des verpfändeten Rechts bis zur Verwertung beim Verpfänder bleibt (ZK ZGB-OFTINGER, Art. 899 N 6). Anders als von der Klägerin behauptet (vgl. KS, N 35), sollte ihr eben gerade keine starke Position eingeräumt werden. Deswegen erklärt die Klägerin in K-2 auch einen Rangrücktritt gegenüber Forderungen von Gläubigern der PerAspera. Andererseits kann sie ihre Forderungen im Verzugsfall „ohne Weiteres“ geltend machen (K-2). Dies bezieht sich darauf, dass die Klägerin ohne vorherige Mahnung und Nachfristansetzung (vgl. Art. 102 Abs. 2 und Art. 108 Ziff. 3 OR) die Pfandverwertung fordern kann. Es widerspricht zudem dem Sinn und Zweck eines Rangrücktritts, wenn die Klägerin das Pfandrecht selbständig und ohne Mahnung oder Nachfristansetzung einfordern könnte. In diesem Fall stünde ihr nämlich die dingliche Berechtigung an den Forderungen zu und der Rangrücktritt bliebe ohne Wirkung.

52 Es handelt sich also bei der Sicherung im Darlehensvertrag um eine Forderungsverpfändung ohne selbständige Einziehungsermächtigung. Deshalb kommt der Klägerin auch gegenüber der Beklagten 1 keine Aktivlegitimation zu.

Qualifikation des Abtretungsverbotes

53 Sollte das Gericht die Abtretung wider Erwarten als Sicherungszession oder als Forderungsverpfändung mit selbständiger Einziehungsermächtigung qualifizieren, so steht dem ein vertragliches Abtretungsverbot entgegen.

54 Art. 164 Abs. 1 OR erlaubt einem Schuldner und seinem Gläubiger, die Abtretbarkeit einer Forderung vertraglich auszuschliessen (sog. *pactum de non cedendo*; ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 146). Die Beklagte 1 und die PerAspera haben in Art. 13.5 K-1 vereinbart, dass Rechte aus dem Distributionsvertrag nicht abtretbar sind, ausser die andere Partei stimmt der Abtretung schriftlich zu. Sie darf die Zustimmung nur aus „wichtigen Gründen“ verweigern. Diese Vertragsklausel stellt ein *pactum de non cedendo* dar.

Abtretungsverbot erfasst durch Distributionsvertrag

55 Die Klägerin führt aus, dass die vorliegende Abtretung gar nicht vom Abtretungsverbot erfasst sei, da die Beklagte 1 ihre Zustimmung zur Abtretung nur aus «wichtigen Gründen» verweigern durfte, aber kein wichtiger Grund vorliege (vgl. KS, N 47 f.).

56 Dieser Gedankengang ist absurd. Zwar darf die Zustimmung zu Abtretungen nur aus wichtigen Gründen verweigert werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Zedentin auf die Zustimmung des Schuldners verzichten kann, wenn für sie kein wichtiger Grund erkennbar ist. Vielmehr wurde durch Art. 13.5 K-1 ausdrücklich geregelt, dass es der «*anderen Partei*» obliegt über das Bestehen oder Fehlen eines wichtigen Grundes zu befinden und diesen Entscheid durch Zustimmung oder Ablehnung der Zession schriftlich mitzuteilen. Könnte die Zedentin Ansprüche bei Fehlen von wichtigen Gründen auch ohne Zustimmung der Schuldnerin zedieren, so erübrigte es sich, überhaupt je eine Zustimmung zu Abtretungen zu geben. Kommt hinzu, dass eine abtretungswillige Zedentin das Vorliegen von wichtigen Gründen in jedem Fall verneinen wird, womit das Abtretungsverbot obsolet würde, wenn ihr die Entscheidungskompetenz über das Vorliegen von wichtigen Gründen zukäme. Über das Vorliegen von wichtigen Gründen kann daher zwingend nur der Schuldner befinden. Der wichtige Grund gemäss Art. 13.5 Satz 2 K-1 relativiert deshalb nicht die Tragweite des Abtretungsverbots direkt, sondern legt bloss fest, aus welchen Gründen es dem Schuldner zusteht, die Zustimmung zur Abtretung zu verweigern. Die Tragweite des Abtretungsverbotes umfasst folglich alle Ansprüche aus dem Distributionsvertrag, es sei denn der Schuldner habe zugestimmt. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf an sie zederte Rechte des Distributionsvertrages, während eine Zustimmung zur Abtretung seitens der Beklagten nicht vorliegt, weshalb die zu beurteilenden Ansprüche unter Art. 13.5 K-1 fallen.

57 Anzumerken sei hier, dass später selbstverständlich gerichtlich überprüft werden kann, ob tatsächlich ein wichtiger Grund die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigt und falls nicht, allenfalls verlangt werden kann, dass die Zustimmung zur Abtretung erteilt wird. Dies würde jedoch erfordern, dass der Schuldnerin bereits einmal zugestanden wurde, über das Vorliegen von wichtigen Gründen zu entscheiden. Damit die Schuldnerin über das Vorliegen von wichtigen Gründen entscheiden kann, ist jedoch diesbezüglich *zwingend* ein vorgelagertes Gesuch seitens der Zedentin nötig. Ein solches Gesuch wurde der Beklagten 1 bis *dato* nicht unterbreitet.

Abtretungsverbot noch in Kraft

58 Anders als von der Klägerin vorgebracht (vgl. KS, N 53 f.) ist das Abtretungsverbot nicht durch die Kündigung der Beklagten 1 vom 28. April 2014 per 31. Oktober 2015 unwirksam geworden (KS, N 53 f.; K-3).

59 Die Klägerin und die PerAspera wussten zum Zeitpunkt, als sie den Darlehensvertrag abschlossen, noch nicht um die Kündigung des Distributionsvertrages, sondern mussten von einem Fortbestand des Abtretungsverbotes ausgehen und die Konsequenzen ihres Handelns nach dieser

Prämisse vorhersehen und entsprechende Überlegungen treffen. Wenn die Klägerin nun vorbringt, per 31. Oktober 2015 sei das Abtretungsverbot untergegangen und deswegen sei auch im Zeitpunkt der Abtretung kein Problem diesbezüglich ersichtlich gewesen, was rechtsmissbräuchlich ist.

60 Selbst wenn sich die Klägerin auf das Untergehen des Abtretungsverbotes berufen könnte, ist diese Einrede materiell nicht gerechtfertigt. Es ist nicht ersichtlich, warum für Forderungen, deren Rechtsgrund *notabene während* der Dauer des Vertragsverhältnisses zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera entstand, auf einmal andere Regeln anwendbar sein sollten als zum Zeitpunkt ihrer Entstehung. Der Sinn und Zweck des Abtretungsverbotes, auf den sogleich eingegangen wird, besteht auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter.

Absolute Wirkung des Abtretungsverbotes

61 Das Abtretungsverbot entfaltet nicht nur, wie von der Klägerin behauptet (KS, N 55 ff.), obligatorische Wirkung, sondern zieht die absolute Unwirksamkeit der Abtretung nach sich, da das *pactum de non cedendo* nach geltendem Schweizer Recht Dritten gegenüber voll wirksam ist (ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 146 ff.; HUGUENIN, N 1361).

62 Eine restriktive Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR ist zudem unangebracht, da die Parteien selbst das Abtretungsverbot beliebig begrenzen können, unter anderem können sie die absolute Unwirksamkeit der Zession gegenüber Dritten ausschliessen (MÜLLER-CHEN, 15). Gerade dies haben die Parteien aber *nicht* getan. Es wäre also ein krasser Eingriff in die Autonomie und Vertragsfreiheit der Parteien, eine entsprechende Auslegung zu vollziehen.

63 Es ist zudem falsch, den Eindruck zu verbreiten (vgl. KS, N 57), die Schweiz habe mit der Bestimmung von Art. 164 OR eine veraltete und international isolierte Norm in ihrer Rechtsordnung, welche man so einfach übergehen kann. So sieht beispielsweise das französische Recht eine analoge Bestimmung vor, in dem der Schuldnerschutz ähnlich stark ausgeprägt ist (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32).

64 Ob die Verkehrsfähigkeit von Forderungen *in Zukunft* flexibler ausgestaltet werden sollte (vgl. KS, N 57), ist eine rechtspolitische Frage, deren Erörterung sich hier erübrigt.

Vorliegen wichtiger Gründe

65 Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. KS, N 52) lagen „wichtige Gründe“ i.S.v. Art. 13.5 K-1 vor, die eine Verweigerung der Zustimmung rechtfertigen.

66 Die Frage des wichtigen Grundes ist auch eine Frage der Zumutbarkeit der Abtretung für die Parteien. Die Anforderungen an den wichtigen Grund sind herabzusetzen, wenn es dem Zedenten zuzumuten ist, eine Lösung zu finden, der kein Abtretungsverbot entgegensteht. Der PerAspera wäre es durchaus zuzumuten gewesen, andere Aktiven, bei denen kein grundsätzliches

Abtretungsverbot bestand, als Sicherungsmittel einzusetzen. So ist anzunehmen, dass sie im Zusammenhang mit Dyalgonin über Immaterialgüterrechte sowie Produktionsstätten mit erheblichem Wert verfügt. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte 1 gezwungen werden sollte, einer Abtretung zuzustimmen, wenn der PerAspera andere Alternativen offenstanden.

67 Die Beklagte 1 wollte mit dem Abtretungsverbot sicherstellen, dass sie im Falle eines Konkurses der PerAspera durch Zahlungen an den Konkursverwalter die Lieferung von Dyalgonin aufrechterhalten kann (Verfügung Nr. 3, N 7). Im Zeitpunkt der Abtretung war aufgrund der niedrigen Verkaufszahlen für die Beklagte 1 erkennbar, dass es der PerAspera wirtschaftlich schlecht ging, weshalb ein Konkurs nicht ausgeschlossen werden konnte. Ungeachtet der Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Lage der PerAspera hat die Beklagte 1 immer ein Interesse, Vorkehrungen für den Insolvenzfall der PerAspera zu treffen und die Abtretung zu verweigern. Ferner wollte die Beklagte 1 auch eine rationelle und übersichtliche Vertragsabwicklung gewährleisten, insbesondere sollte eine aufwändige Identifizierung der Gläubigerin vermieden werden (Verfügung Nr. 3, N 7). Dieser Fall ist vorliegend eingetreten.

68 Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. KS, N 52) sind die bei Vertragsschluss des Distributionsvertrags von der Beklagten 1 beispielhaft angeführten Beweggründe für den Abschluss eines Abtretungsverbotes keinesfalls abschliessend. Vielmehr ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob wichtigen Gründe gegen die Abtretung der Forderung sprechen.

69 Tritt die PerAspera ihre Ansprüche an die Klägerin ab, so kann die Beklagte 1 nicht länger die Einrede der Verrechnung geltend machen, da mit dem Wechsel des Gläubigers die Voraussetzung der Gegenseitigkeit i.S.v. Art. 120 Abs. 1 OR fehlt. Die fehlende Möglichkeit der Verrechnung erschwert es der Beklagten 1, Verbindlichkeiten gegenüber der PerAspera zu begleichen.

70 Die Beklagte 1 hatte demnach wichtige Gründe, ihre Zustimmung zu verweigern.

Rechtsmissbrauch / Unzulässigkeit einer fingierten Zustimmung

71 Selbst wenn kein wichtiger Grund vorläge, kann die Zustimmung der Beklagten 1 nicht, wie von der Klägerin angenommen (vgl. KS, N 61), durch das Schiedsgericht fingiert werden. Die Verweigerung der Zustimmung ist weder rechtsmissbräuchlich, noch kommt dem Schiedsgericht eine Ermächtigung zu, Willenserklärungen für die Parteien abzugeben.

72 Der Grundgedanke von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist, dass niemand sein Recht ausüben soll, um andere zu schädigen. (VE ZGB, 11). Das Institut schützt nur den offenbaren Rechtsmissbrauch. Dieser ist mit Zurückhaltung anzunehmen. Im Zweifel ist das formelle Recht zu schützen (BGE 137 III 433 E. 4.4). *In casu* kann von einem offenbaren Rechtsmissbrauch der Beklagten 1 keine

Rede sein, da sie ihre Zustimmung zur Abtretung im Vertrauen auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigert hat. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist zumindest vertretbar. Das Verhalten ist somit nicht rechtsmissbräuchlich.

- 73 Auch wenn ein rechtsmissbräuchliches Verhalten bejaht würde, hat das Gericht keine Befugnis, die Zustimmung zu fingieren. Der sogenannte *numerus clausus* der Gestaltungsklagen limitiert die Möglichkeiten der Gerichte. Damit das Gericht ein Rechtsverhältnis gestalterisch begründen oder ändern kann, bedarf es einer expliziten, materiell-rechtlichen Anordnung (KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 87 N 2). Die Klägerin führt nicht aus, auf welcher Norm die Befugnis des Gerichts, *in casu* gestalterisch tätig zu werden, beruht. Dies aus dem einfachen Grund, dass keine solche Norm existiert.
- 74 Aus all diesen Gründen ist die Klägerin nicht aktivlegitimiert.

V. Zum fehlenden Auskunftsrechtsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1

Kein vertraglicher Auskunftsrechtsanspruch

- 75 Die Klägerin stützt ihren Auskunftsrechtsanspruch auf Art. 5.2 iii) (KS, N 71, 73) und auf Art. 5.2 ii) K-1 (KS, N 72).
- 76 Diese Bestimmungen sind jedoch mit Beendigung des Distributionsvertrags per 31. Oktober 2015 untergegangen (Art. 13.3.4 K-1 *e contrario*; K-4). Die Klägerin kann sich nicht darauf stützen.
- 77 Selbst wenn die Klägerin die Auskunftsansprüche geltend machen könnte, sind bei richtiger Auslegung nicht alle verlangten Dokumente von der Auskunftspflicht erfasst. Nach der Vertrauenstheorie sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 129 III 118 E. 2.5; HUGUENIN, N 193). Der Wortlaut bildet die Grundlage, nicht aber die Grenze der Auslegung. Es sind weitere Auslegungsmittel heranzuziehen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 25).
- 78 Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihres Auskunftsanspruchs auf eine extensive Auslegung des *Wortlauts* von Art. 5.2 iii) und Art. 5.2 ii) K-1, ohne dies näher zu begründen (KS, N 71). Entgegen der von der Klägerin behaupteten Auslegung greift die Bezeichnung „*sämtliche*“ aber klar zu weit. Wie die folgenden Ausführungen belegen, sind von der Auskunftspflicht der Beklagten 1 nur die Dokumente betreffend der Kommunikation mit der FDA und anderen „*regulatorischen*“ Behörden erfasst, nicht aber jene mit Strafverfolgungsbehörden. Zudem sind von Art. 5.2 ii) K-1 nicht alle Entscheidungsprozesse erfasst, sondern lediglich *regulatorische*. Für die Bestimmung des Inhalts der Auskunftspflicht ist somit nicht auf die unklare Bezeichnung, sondern auf die gesamten Umstände abzustellen.

- 79 Art. 5.2 ii) und iii) K-1 statuieren eine aktive Pflicht, die Kommunikation mit US-amerikanischen Behörden an die PerAspera weiterzuleiten. Unter einem *teleologischen* Gesichtspunkt wollten die Parteien offensichtlich nicht, dass jedes erdenkliche Dokument weitergeleitet wird. Ein solcher enormer administrativer Mehraufwand würde in keinem Verhältnis zum hervorgebrachten Nutzen für die PerAspera stehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass nur die für die Vertragsparteien wesentlichen Dokumente (N 84) von der Auskunftspflicht erfasst sind.
- 80 Wie die Klägerin in ihrer Einleitungsanzeige selbst ausführt, verfügte die PerAspera als Jungunternehmen nicht über das Know-how und die Kapazitäten um im weltweit wichtigsten Pharmamarkt, den USA, die Zulassung von Dyalgonin zu erreichen, ein Vertriebsnetz aufzubauen und die Einhaltung der dortigen „*regulatorischen Anforderungen*“ sicherzustellen. Zu diesem Zweck schlossen die PerAspera und die Beklagte 1 deshalb den vorliegenden Distributionsvertrag. Der PerAspera sollte es jedoch mittel- bis langfristig ermöglicht werden, den Vertrieb selbständig weiterzuführen. Um das Know-how nicht gegenleistungslos preiszugeben, wurde eine Mindestvertragsdauer von fünf Jahren (Art. 13.3.1 K-1) vereinbart. Zudem bedurfte es genügend Zeit, um das nötige Know-how zu übermitteln.
- 81 Die Absicht, den Vertrieb nach Beendigung des Vertriebsvertrags selbständig weiterzuführen, wird im Beendigungsvertrag an verschiedenen Stellen sichtbar. Gemäss Art. 1.2 K-4 stellt die Beklagte 1 der PerAspera alle ihr gehörenden Dokumente zur Vorbereitung des Marketings, des Vertriebs und des Verkaufs von Dyalgonin durch die Lieferantin und ausserdem zur Promotion, zum Vertrieb und Verkauf nach dem Beendigungszeitpunkt zur Verfügung. Des Weiteren erhielt die PerAspera gemäss Art. 1.5 K-4 den Domain Namen und gemäss Art. 4.3 K-4 für eine angemessene Zeit Zugang zu den Büchern im Zusammenhang mit Dyalgonin, seiner Vermarktung und seines Vertriebes inklusive zum Zwecke der Beachtung „*regulatorischer Anforderungen*“. Ferner übernimmt die PerAspera gemäss Art. 4.7 (a) K-4 nach dem Beendigungszeitpunkt die Aufgabe, medizinische Anfragen oder Beschwerden über Dyalgonin zu beantworten.
- 82 Diese Rechte und Pflichten zeigen deutlich, dass die PerAspera plante, den Vertrieb selbständig weiterzuführen. Ausgehend von diesem Vertragszweck sind Art. 5.2 ii) und iii) K-1 darauf ausgerichtet, der PerAspera die selbständige Fortführung des Vertriebs zu ermöglichen, namentlich durch Preisgabe von Know-how und Informationen zum Ablauf des *regulatorischen* Verfahrens.
- 83 Bei *systematischer* Betrachtung von Art. 5.2 i), ii), iii) K-1 können sich die Auskunftsansprüche in i) und ii) bloss auf die *regulatorischen* Prozesse beziehen. So beachtet die Distributorin gemäss Art. 5.2 i) K-1 die auf dem Territorium anwendbaren „*regulatorischen Anforderungen*“

und bindet die Lieferantin in „*regulatorische Entscheidungsprozesse*“ ein (Art. 5.2 ii) K-1). Der Auskunftsanspruch in Art. 5.2 iii) K-1 kann deshalb auch nur *regulatorische* Auskünfte umfassen. Zudem wird in Art. 5.2 iii) K-1 als Beispiel für ein zu übermittelndes Dokument das Warnschreiben genannt. Ein solches bezieht sich auf die Nichteinhaltung von Qualitätssystemvorschriften (nicht Vertriebsvorschriften) und wird von der FDA, und nicht von Strafverfolgungsbehörden, erlassen (Warning Letter, besucht: 17. März 2017 08:54 Uhr). Ferner führt Art. 1.2 K-4 aus, dass die darin genannten *regulatorischen* Dokumente *selbst* nach Beendigung zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Bestimmung bezieht sich auf Art. 5.2 K-1 und konkretisiert dessen Inhalt.

84 Folglich sind alle jene Informationen von der Auskunftspflicht i.S.v. Art. 5.2 K-1 erfasst, welche erforderlichen sind, um den regulatorischen Anforderungen selbständig genügen zu können. Strafverfahren, welche den nicht-gesetzeskonformen Vertrieb zum Gegenstand haben, sind hingegen nicht erfasst. Es besteht demnach nur eine beschränkte Auskunftspflicht.

85 Die von der Klägerin geforderten Dokumente betreffen nur teilweise das regulatorische Verfahren. Insbesondere die in KS, N 71-73 geforderten Dokumente sind nicht von der Auskunftspflicht erfasst, da sie strafprozessualer und nicht regulatorischer Natur sind.

86 Die Ausführungen zum Schuldnerverzug (KS, N 75-77, 79-82) gehen an der Sache vorbei.

Kein Auskunftsanspruch aus Art. 400 OR

87 Die rechtlichen Ausführungen der Klägerin zur Grundlage des Alleinvertriebsvertrags (KS, N 83-85) und zu Art. 400 OR (KS, N 93) werden nicht bestritten.

88 Die Klägerin qualifiziert den Vertrag in KS, N 65 f. richtigerweise als Alleinvertriebsvertrag. Ein Alleinvertriebsvertrag *kann* Elemente des Auftragsrechts enthalten (MEYER, 144; HARTMANN, 21). Für die Feststellung der Anwendbarkeit einer Norm des Auftragsrechts muss diese, nach der Theorie der analogen Anwendung von OR BT, auf die Ähnlichkeit mit dem Sachverhalt, auf den sie angewendet werden soll, überprüft werden (HUGUENIN, N 3668, 3696, 3703). Die Rechenschaftspflicht (Art. 400 OR) folgt aus der Treueverpflichtung, welche sich insbesondere aus der Fremdnützigkeit (Wahrung fremder Interessen) des Geschäfts ergibt (BK ORFELLMANN, Art. 394 N 105, 110 und Art. 400 N 13). Die Rechenschaftspflicht kann nicht, wie von der Klägerin propagiert (KS, N 84), unabhängig von der Fremdnützigkeit des Geschäfts angewendet werden.

89 Die Beklagte 1 trägt allfällige Einbussen selber, handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Die PerAspera profitiert nur insoweit vom guten Wirtschaften der Beklagten 1, als dass sie durch die Beklagte 1 mehr Dyalgonin absetzen kann. Die Beklagte 1 wird demnach nur

mittelbar (als notwendige Folge ihres Handelns) im Interesse der PerAspera tätig. Im Vordergrund steht für die Beklagte 1 jedoch ihr eigenes Profitstreben. Ein bloss indirekter Gewinn begründet noch keine Fremdnützigkeit.

90 In Lehre und Rechtsprechung finden sich kaum Kommentare zu einer Auskunftspflicht des Distributors im Zusammenhang mit Art. 400 OR. MEYER (m.V.a. ZR (1948), Nr. 99) spricht sich in diesem Zusammenhang lediglich für eine Informationspflicht bezüglich allem aus, was den Vertriebsgegenstand und –markt betrifft (MEYER, 339 f.). Die Aufklärung über Strafverfahren ist nicht davon erfasst. Dies zeigt, dass eine umfassenden Rechenschaftspflicht aus Art. 400 OR in der Praxis unüblich und deshalb abzulehnen ist.

91 Aus diesen Gründen besteht kein Informationsanspruch aus Art. 400 OR analog.

Kein Auskunftsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB

92 Das Vorbringen der Klägerin, wonach der Klägerin ein Informationsanspruch aus Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB zustehe, wird von der Klägerin nicht substantiiert begründet. Weder bei der rechtlichen Sonderbeziehung noch bei dem Informationsinteresse (KS, N 97) subsumiert sie den Sachverhalt mit tauglichen Argumenten unter den Tatbestand (KS, N 98), weshalb diese Pflicht aus prozessrechtlicher Sicht nicht als erwiesen gilt.

93 Es ist zudem offensichtlich, dass keine rechtliche Sonderverbindung vorliegt. Diese charakterisiert sich durch eine erhöhte Pflichtigkeit (besonderes Vertrauensverhältnis), durch die sich die Beziehung der Parteien vom gewöhnlichen rechtlichen Grundverhältnis mit seinem Gebot wechselseitigen Achtens abhebt (AFFOLTER, 13; BK ZGB-MERZ, Art. 2 N 34). Im Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte zu finden, welche eine erhöhte Pflichtigkeit zu begründen vermögen. Auch die von der Klägerin vorgebrachten Art. 4.3 und 4.6 K-4 (vgl. KS, N 98) taugen dazu nicht. Beide Artikel stellen übliche Vertragsklauseln dar, welche keine besondere Nähe oder Vertrauensbeziehung schaffen, die über das normale gegenseitige Achten hinausgeht.

94 Für die Bejahung eines Informationsinteresses muss der Hauptanspruch (Schadensersatz), der durch die Information bewiesen werden soll, plausibel erscheinen (AFFOLTER, 17). Die Klägerin könnte mit den verlangten Dokumenten aus der Kommunikation mit dem DOJ keinen kausalen Schaden nachweisen, da dieser auf allgemeine Marktumstände, wie das Auftreten eines günstigeren Konkurrenten, zurückzuführen ist. Selbst wenn der Schaden nicht auf allgemeine Marktumstände zurückzuführen wäre, so ist er trotzdem nicht, wie von der Klägerin angenommen (Einleitungsanzeige der Klägerin, N 4), durch Gesetzesverletzungen entstanden. Wenn, dann ist der Schaden, auf die Tatsache zurückzuführen, dass eine Untersuchung eingeleitet wurde. Die Ärzte stoppten die Verschreibung von Dyalgonin aufgrund von Befragungen durch amerikanische Behörden oder weil sie von Befragungen ihrer Kollegen erfuhren, nicht aber

aufgrund einer Kenntnis von allfälligen Gesetzesverletzungen oder allfälliger Schuld der Beklagten 1 (Einleitungsanzeige der Klägerin, N 6). Die Kausalität ist nicht gegeben, weshalb kein Informationsinteresse bezüglich den Dokumenten in Kommunikation mit dem DOJ besteht.

95 Aus Treu und Glauben folgt kein Anspruch auf Herausgabe der verlangten Dokumente.

Zur Einrede des Verzichts auf die Auskunftsansprüche

96 Falls ein Auskunftsanspruch bestanden hätte, ist dieser durch Schulderlass untergegangen.

97 Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. KS, N 78, 95) steht Art. 13.4 K-1 einem stillschweigenden Verzicht auf die Auskunftsrechte nicht entgegen. Zum Zeitpunkt der Einleitungsanzeige der Klägerin war Art. 13.4 K-1 nämlich nicht mehr in Kraft (Art. 13.3.4 K-1 *e contrario*), weshalb ein stillschweigender Verzicht möglich ist.

98 Gemäss Art. 115 OR können die Parteien durch Übereinkunft einen Teil des Vertrages aufheben. Dies kann auch konkludent erfolgen. Gleichwohl bedarf es des klar zum Ausdruck gebrachten Willens auf endgültigen Verzicht (BSK OR-GABRIEL, Art. 115 N 6). Der Gläubiger muss sich jedoch nicht der Bedeutung seines Verhaltens bewusst sein (ZK OR-AEPLI, Art. 115 N 30). Für die Bejahung des Erlasswillens müssen zum passiven Verhalten des Gläubigers besondere Umstände hinzutreten (ZK OR-AEPLI, Art. 115 N 37). Ob auf die Auskunftspflichten verzichtet wird, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln (BGE 52 II 215, 220).

99 Weder die PerAspera noch die Klägerin haben bis zu den Verhandlungen von K-4 Ansprüche auf dokumentarische Auskunft erhoben. Im Rahmen der Verhandlungen von K-4 erkundigte sich die PerAspera erstmals, weshalb die Umsätze eingebrochen seien (vor dem 16.09.2015). Sie hat aber selbst dann keine genaueren Auskünfte verlangt, als die Beklagte 1 ihr mitteilte, dass der Einbruch auf allgemeine Marktumstände zurückzuführen sei.

100 Spätestens durch die Pressemitteilung des DOJ vom 14. Dezember 2015 hätte die PerAspera oder die Klägerin Anlass gehabt, die von ihr verlangten Dokumente bei der Beklagten 1 zu verlangen. Die PerAspera stellte erneut nur eine Anfrage. Als die Beklagte 1 beteuerte, dass sie alle Gesetze eingehalten habe, reagierten weder die Klägerin noch die PerAspera bis zur Einleitungsanzeige am 29. Mai 2016 auf diese Aussage.

101 Die Klägerin bringt in ihrer Einleitungsanzeige (KS, N 9-11) zum Ausdruck, dass die PerAspera schon zum Zeitpunkt der Verhandlungen von K-4 Zweifel am fehlenden Verschulden der Beklagten 1 hatte, welche sich durch die Auskunft Ende Dezember verfestigten. Es kann nach allgemeiner Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass bei der PerAspera früher Fragen aufgetaucht sind, namentlich ab dem Zeitpunkt, als die Umsätze eingebrochen sind.

102 Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr kann von einer geschäftsgewandten Person erwartet werden, dass sie bei so vagen Aussagen weitere Nachforschungen anstellt und detailliertere Auskunft verlangt, sofern sie eine Auskunft wünscht. Die PerAspera hat trotz dieser Zweifel über Monate hinweg keine Dokumente verlangt.

103 Durch die Unterlassung der Einholung von dokumentarischen Auskünften (passives Verhalten) und die aktiven Anfragen an die Beklagte 1 (hinzutretende Umstände) brachten die PerAspera beziehungsweise die Klägerin zum Ausdruck, dass sie auf ihre Auskunftsrechte verzichten. Ihnen genügten die erhaltenen Auskünfte. Somit ist ein Erlasswille anzunehmen.

104 Ein Vertrag gilt bei Ausbleiben einer Ablehnung dann als abgeschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Im vorliegenden Fall liegt aufgrund der Interessenlage der Beklagten 1 ein solcher Umstand vor.

105 Durch den Verzicht der PerAspera und der fingierten Zustimmung der Beklagten 1 ist zwischen den Parteien ein Aufhebungsvertrag bezüglich der dokumentarischen Auskunft im Zusammenhang mit den Untersuchungen des DOJ zustande gekommen. Der Auskunftsrechtsanspruch bezüglich den Dokumenten im Zusammenhang mit den Untersuchungen ist somit untergegangen. Der Verzicht bezieht sich *a priori* auf sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Auskunftsrechte.

Schlussfolgerungen, Kosten- und Entschädigungsfolgen

106 Aus diesen Gründen ist das Schiedsgericht gegenüber der Beklagten 2 nicht zuständig. Die Ansprüche der PerAspera sind nicht auf die Klägerin übergegangen. Schliesslich sind die verlangten Dokumente nicht herauszugeben.

107 Nach diesem Verfahrensausgang treffen die Kosten- und Entschädigungsfolgen die Klägerin (Art. 40 Ziff. 1 SRJA).

Wir ersuchen Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 6