

Moot Court Team 2

Niklaus Hug
Leandra Walz
Reto Aebi
Felix Baumann

Einschreiben

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

24. März 2017

Klageantwort

Swiss Rules Fall 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

Conquest Distribution Ltd.

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

Beklagte 1

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

Beklagte 2

vertreten durch Moot Court Team 3

Sehr geehrter Herr Vorsitzender

Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

1. Der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 sei stattzugeben. Eventualiter sei der Beklagten 2 das Recht einzuräumen ihren eigenen Schiedsrichter zu ernennen.
2. Die Klage gegen die Beklagte 1 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	II
Entscheidungsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	IX
I PROZESSUALER TEIL	1
1 Die Parteistellung der Beklagten 2 entspricht nicht dem Willen der Parteien	1
1.1 Die Schiedsklausel erfasst nicht alle Ansprüche.....	1
1.2 Systematische Auslegung des Distributionsvertrages.....	2
1.3 Benachteiligung der Beklagten 2 bei Streitbeilegung durch das SGer	3
2 Ungültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2	4
2.1 Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters aufgrund Gleichbehandlungsgebot	4
2.2 Kein Verzicht auf das Mitwirkungsrecht bei der Schiedsrichterkonstituierung	5
2.3 Keine gleichläufigen Interessen der Beklagten.....	5
2.4 Keine Einschränkung durch Parteivereinbarung.....	6
2.5 Kein Einverständnis mit den ernannten Schiedsrichtern	7
2.6 Eventualiter: Teilnichtigkeit.....	7
3 Unzuständigkeit des SGer gegenüber der Beklagten 2 bei fehlender Parteistellung	7
3.1 Keine ausdrückliche Anerkennung der Parteistellung durch B2	7
3.2 Keine Einlassung seitens der Beklagten 2	8
3.2.1 Einleitungsantwort der Beklagten 2 als implizite Unzuständigkeitseinrede.....	8
3.2.2 Eventualiter: keine Verwirkung aufgrund Vorbehalt in Einleitungsantwort.....	10
4 Verneinung der Aktivlegitimation der Klägerin gegenüber der Beklagten 1	10
4.1 Qualifikation der Abtretung als Forderungsverpfändung	11
4.2 Pactum de non cedendo steht einer gültigen Abtretung entgegen	11
4.3 Zustimmung des Schuldners ist keine Bedingung i.S.v. Art. 151 OR.....	12
4.4 Keine Vertragliche Pflicht zur Zustimmung der Beklagten 1	12
4.5 Keine Fiktion der Zustimmung aus dem Grundsatz gem. Art. 156 OR.....	13
4.6 Absolute Wirkung des Abtretungsverbotes	14
II MATERIELLER TEIL	14
5 Auskunftsansprüche der Klägerin	14
5.1 Vertragliche Auskunftsansprüche der Klägerin	14
5.1.1 Herausgabe sämtlicher Dyalgonin® bezogenen Dokumente	14
5.1.2 Herausgabe sämtlicher Dokumente aus Besprechungen mit US-Behörden.....	16
5.1.3 Herausgabe sämtlicher Kommunikation mit einer US-Behörde	16
5.2 Gesetzliche Auskunftsansprüche der Klägerin	17
5.2.1 Auskunftsansprüche nach Agenturrecht	17
5.2.2 Auskunftsansprüche nach Auftragsrecht	19
5.2.3 Auskunftsansprüche aus dem Gebot von Treu und Glauben.....	19
III DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN	21

Literaturverzeichnis

Kommentare

BUCHER (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, 1. Auflage, Basel 2011 (zit. CR LDIP/CL-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 19, 22]

FELLMANN/ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. KzA-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 27]

GAUCH/SCHMID (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 418a-418v OR, 3. Auflage, Zürich 2000 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N...)

[Rz. 94]

HAUSHEER/WALTER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Bern 2010 (zit. BK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 88, 90]

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 66]

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 56]

HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Auflage Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 19, 20, 41, 43, 50,]

HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 59]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M., Schweizer Obligationenrecht – Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. OR 2020-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 71]

KREN KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009

(zit. OFK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 96]

SPIRIG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 164-174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (ZK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 71]

Lehrbücher

ARROYO MANUEL, Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide, The Netherlands 2013 (zit. AiS-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 29, 30]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Auflage, Bern 2015 (zit. BERGER/KELLERHALS I, N ...)

[Rz. 19]

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

[Rz. 38, 41]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014

(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N ...)

[Rz. 55]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1. Auflage, Lausanne/Basel 1989

(zit. LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. ... N ...)

[Rz. 19]

HUEGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN, N...)

[Rz. 59, 96]

MAIER HANS JAKOB/MEYER-MARSILIUS HANS JOACHIM, Der Agenturvertrag: Kommentierung mit Formulierungsvorschlägern für Agenturverträge, 2. Auflage, Zürich 1981 (zit. MAIER/MEYER-MARSILIUS, N ...)

[Rz. 96]

MATT ISABEL, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Zürich 2014 (zit. MATT, S. ...)

[Rz. 66]

REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen, 1. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. REETZ, N ...)

[Rz. 54, 55]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage, Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. ...)

[Rz. 43]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016 (zit. SCHWENZER, N ...)

[Rz. 60, 66]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 1. Auflage, Zürich/St.Gallen 2015 (zit. STACHER, N ...)

[Rz. 41]

STAEHELIN DANIEL, *Bedingte Verfügungen*, 1. Auflage, Zürich 1993 (zit. STAEHELIN, S. ...)
[Rz. 61]

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit. VON TUHR/ESCHER, S. ...)
[Rz. 61, 66]

Dissertationen

WALDMANN YVES, *Informationsbeschaffung durch Zivilprozess*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 96, Diss. Basel 2009 (zit. WALDMANN, S. ...)
[Rz. 100, 102]

Festschrift

JAMETTI GREINER MONIQUE/ BERGER BERNHARD/ GÜNGERICH ANDREAS, *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, in FS: Kellerhals, 1. Auflage, Bern 2004
(zit. FS KELLERHALS-BEARBEITER/IN, S. ...)
[Rz. 90]

Juristische Lexika

KÖBLER GERHARD, *Juristisches Wörterbuch*, 16. Auflage, München 2016 (zit. KÖBLER, S. ...)
[Rz. 74]

WEBER KLAUS (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 22. Auflage, München 2017 (zit. CREIFELDS, S. ...)
[Rz. 74]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 60 II 335 [Rz. 89]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1934
BGE 116 Ia 56 [Rz. 4]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990
BGE 123 III 35 [Rz. 41]	Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 1996
BGE 128 III 50 [Rz. 4, 37, 41, 46]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
BGE 129 III 675 [Rz. 4]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003
BGE 130 III 417 [Rz. 56]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. April 2004
BGE 134 II 108 [Rz. 27]	Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 30. April 2008
BGE 134 III 497 [Rz. 89]	Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2008

BGE 134 III 565
[Rz. 7] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2008

BGE 138 III 681
[Rz. 3] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2012

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4C.52/2002
[Rz. 41] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. September 2002

BGer 4C.40/2003
[Rz. 3] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003

BGer 4C.278/2004
[Rz. 66] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Dezember 2004

BGer 4A_220/2007
[Rz. 3] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 21. September 2007

BGer 4A_331/2007
[Rz. 98] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 2007

BGer 4A_682/2012
[Rz. 50] Urteil der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Juni 2013

BGer 4A_388/2012

[Rz. 4]

Urteil der I. Zivilabteilung des
schweizerischen Bundesgerichts vom
30. August 2012

Kantonale Entscheide

Urteil (des Obergerichts des Kantons Zürich), vom 11. September 2001, in: ZR 101/2002
Nr. 21 (zit. OG-ZH, 11.9.2001)

[Rz. 21]

Vorurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. März 2012

(zit. HGer ZH HG 100147)

[Rz. 69]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AVV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
DoJ	Departement of Justice
DV (K-1)	Distributionsvertrag (K-1)
E.	Erwägung
FDA	Federal Drug Administration
gem.	gemäss
ggü.	gegenüber
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KzA	Kommentar zum Anwaltsgesetz
m.a.W.	mit anderen Worten
N	Randnummer
obj.	objektiv

OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PerAspera	PerAspera Pharma AG Deigstrasse 123, 4051 Basel
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
SGer	Schiedsgericht
sog.	sogenannt
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules) June 2012
subj.	subjektiv
u.a.	unter anderem
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

I PROZESSUALER TEIL

1 Die Parteistellung der Beklagten 2 entspricht nicht dem Willen der Parteien

1 Entgegen den Behauptungen der Klägerin, ist die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsvereinbarung gem. Art. 13.1 DV (K-1). Dies ist insb. unter Anwendung einer Auslegung gem. dem Vertrauensprinzip und dem mutmasslichen Willen der Parteien ersichtlich. Hinsichtlich der Auslegungsmethode ist auf die klägerische Position in Rz. 2 zu verweisen.

1.1 Die Schiedsklausel erfasst nicht alle Ansprüche

2 Die Klägerin übersieht in ihrer Klageschrift, dass eine klare Abgrenzung zwischen der subj. und der obj. Tragweite einer Schiedsklausel getroffen werden muss.

3 Dies zeigt sich insb. auch darin, dass sich die von der Klägerin erwähnten Urteile in Rz. 3 bzw. 5 KS (BGer 4C.40/2003 E. 5.3; BGE 138 III 681 E. 4.4; BGer 4A_220/2007 E. 6.2) lediglich mit der obj. und nicht mit der subj. Tragweite der Schiedsvereinbarung befassen. Die von der Klägerin geltend gemachte umfassende Zuständigkeit des SGer (Rz. 3 und 5 insb. bei einer weit gefassten Schiedsklausel) bezieht sich somit nur auf die obj. Tragweite. Diese ist jedoch erst zu beurteilen, wenn die subj. Tragweite geklärt ist.

4 Das BGer legt in konstanter Praxis Schiedsklauseln im Bewusstsein der teilweise abweichenden Lehrmeinungen bzgl. ihrer subj. Tragweite restriktiv aus (BGer 4A.388/2012 E. 3.4.2; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 116 Ia 56 E. 3b). Danach ist bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung deren Rechtsnatur zu berücksichtigen und insb. zu beachten, dass mit der Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden. Zudem verzichten die Parteien einer Schiedsklausel auf das von der Verfassung garantierte Recht auf Beurteilung einer Streitsache durch ein gesetzlich geschaffenes Gericht (BGE 128 III 50 E. 2c aa). Ein solcher doppelter Verzichtswille darf demnach nicht leichthin angenommen werden. Eine Auslegung *in favorem validitatis* wie die Klägerin in Rz. 3 KS geltend macht, kommt deshalb nur zur Anwendung, falls die Parteistellung bereits festgestellt wurde.

5 Eine Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im internationalen Kontext scheint sachgerecht, da die Parteien den DV ausdrücklich dem Schweizer Recht unterstellt haben, weshalb auch davon ausgegangen werden kann, dass eine Auslegung gem. der Schweizer Praxis dem Willen beider Parteien entsprach.

6 Entgegen den Ausführungen der Klägerin in Rz. 4 KS handelt es sich beim Garantievertrag um eine Vereinbarung, welche „im Sinne einer *eigenständigen* Verpflichtung die Einhaltung

der Vertragspflichten der Lieferantin bzw. der Distributorin garantiert“ (Art. 12 DV [K-1]). Die Einhaltung der vertraglichen Pflichten wurden somit in Art. 12 DV (K-1) in einem eigenständigen Garantievertrag in Form einer Vertragsklausel vereinbart.

7 Die Beklagte ist deshalb nicht allein aufgrund der Tatsache, dass der DV eine Schiedsklausel enthält, als Partei letzterer anzusehen. Damit das SGer seine Zuständigkeit bejahen kann, muss der Garantievertrag eine Schiedsgerichtsklausel, welche diese Zuständigkeit speziell vorsieht oder einen genügenden Verweis auf die Schiedsklausel im Hauptvertrag enthalten.

Die Beklagte 2 müsste demnach ausdrücklich oder konkludent einen diesbezüglichen Willen zum Ausdruck gebracht haben, den die Klägerin nach Treu und Glauben dahingehend verstehen durfte, dass Erstere sich der Schiedsklausel im Hauptvertrag unterstellen wollte (vgl. BGE 134 III 565 E. 3.2).

8 Da nun sowohl die Schiedsvereinbarung (Art. 178 Abs. 3 IPRG), als auch der Garantievertrag autonome Vereinbarungen darstellen, ist aus der blossen Unterzeichnung unterhalb des DV (K-1) kein solcher Wille ersichtlich. Insb. im Lichte der restriktiven Auslegung kann daraus nicht auf eine Parteistellung der Beklagten 2 geschlossen werden. Die Ansprüche aus dem Garantievertrag sind demnach separat und nicht wie die Klägerin behauptet im gleichen Verfahren wie diejenigen aus dem DV (K-1) geltend zu machen.

1.2 Systematische Auslegung des Distributionsvertrages

9 Wie die Klägerin in der Rz. 6 KS erwähnt, wird die Beklagte 2 im Ingress des Vertrages aufgelistet. Dies jedoch explizit unter dem Hinweis „sowie zusätzlich“, was für eine gesonderte Stellung der beiden Garanten spricht.

10 Diese werden ausserdem im ganzen Vertrag ausdrücklich als solche bezeichnet (Art. 2 sowie Art. 13.2 ii DV [K-1]) und unterschreiben auch dementsprechend als Garanten für die Lieferantin bzw. Distributorin. Die Präambel enthält den Hinweis, dass die Parteien eine Zusammenarbeit beabsichtigen, wonach die Distributorin die Produkte der Lieferantin verkauft. Unmittelbar darauf folgt der Satz: „Entsprechend vereinbaren die Parteien was folgt“. Mit „Parteien“ können hier also nur die Lieferantin und die Distributorin gemeint sein. Aufgrund des Wortlautes liegt die Auslegung nahe, dass die darauf folgenden Vereinbarungen auf die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten 1 beziehen.

11 Grundsätzlich muss erwähnt werden, dass der Begriff „Partei“ im DV nicht einheitlich verwendet wird. So wird bspw. in Art. 3.1 DV (K-1) festgehalten, dass der Kaufpreis und die Lieferbedingungen jährlich neu zwischen den Parteien vereinbart werden. Damit sind ausdrücklich nur die Lieferantin und die Distributorin gemeint. Ebenso erscheint es logisch,

dass sich das Kündigungsrecht der Parteien in Art. 13.3 DV (K-1) nicht auf die Garanten erstreckt, was durch die fehlende Parteistellung der Garanten im Beendigungsvertrag (K-3) erneut bestätigt wird. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass mit „Parteien“ lediglich die Distributorin und die Lieferantin gemeint sind und die Garanten explizit erwähnt werden, wenn eine Vertragsbestimmung auch sie binden soll.

12 Hätte die Klägerin den DV (K-1) mit der gebotenen Sorgfalt gelesen, wäre ihr sicherlich aufgefallen, dass es sich bei Art. 13 DV (K-1) um allgemeine Bedingungen und nicht „allgemeine Bestimmungen“ (Rz. 7 KS) handelt. Auch diese Bedingungen sollen aufgrund der gesonderten Stellung der Garanten nicht auf die Beklagte 2 angewendet werden (vgl. Rz. 8 KS).

Ersichtlich wird dies insb. in Art. 13.3.2 DV (K-1) welcher besagt, dass bei Nichterfüllung durch die Gegenpartei die andere den Vertrag kündigen kann. Die Verwendung des Singulars macht deutlich, dass es sich nur um zwei Parteien, nämlich die Distributorin und die Lieferantin, handeln kann.

13 Die Beklagte 2 hat demnach mit der Unterzeichnung des DV (K-1) entgegen den Behauptungen der Klägerin nicht den Willen ausgedrückt, Partei des Vertrags und allen darin enthaltenen Bestimmungen zu sein, sondern lediglich ihre Garantenstellung anerkannt.

1.3 Benachteiligung der Beklagten 2 bei Streitbeilegung durch das SGer

14 Wie bereits ausgeführt ging die Beklagte 2 nie davon aus Partei der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 DV (K-1) zu sein. Dies wird insb. ersichtlich, wenn man bedenkt, dass die Beklagte 2 bei einer allfällig gewollten Parteistellung niemals ihre Zustimmung zur Schiedsklausel in der jetzigen Gestalt gegeben hätte. Denn die damit verbundene Benachteiligung im Ernennungsverfahren würde keine vernünftige Partei je in Kauf nehmen.

15 Die Garantieansprüche ergeben sich direkt aus dem Garantievertrag und nicht aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis (BSK-OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 11). Die Beurteilung eines allfälligen Garantiefalls muss folglich nicht zwingenderweise vom gleichen Gericht vorgenommen werden. Die Beklagte 2 musste deshalb auch nicht davon ausgehen, Partei des Rechtsstreits bei Ansprüchen aus dem DV (K-1) zu sein.

16 Zudem widerspräche eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf die Beklagte 2 lediglich aus Gründen zeitlicher und finanzieller Effizienz der restriktiven Auslegungspraxis des BGer. Dies insb. deshalb, weil damit der Beklagten 2 gegen ihren Willen die Möglichkeit der Ausschöpfung des Instanzenzuges verwehrt würde.

17 Die Beklagte 2 ist somit nach der Gesamtwürdigung aller Auslegungselemente nicht als Partei der Schiedsklausel in Art. 13.1 DV (K-1) zu qualifizieren.

2 Ungültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2

18 Die klägerische Position zur Gültigkeit der Schiedsklausel ggü. der Beklagten 2 wird an dieser Stelle bestritten.

2.1 Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters aufgrund Gleichbehandlungsgebot

19 Die Klägerin vertritt in unzutreffender Weise die Auffassung, dass das Recht auf einen eigenen Schiedsrichter der Beklagten 2 gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen würde.

Im Sinne der Parteiautonomie wird das SGer gem. Parteivereinbarung konstituiert (Art. 179 Abs. 1 IPRG). Dieses Prinzip wird jedoch insofern beschränkt, als alle Parteien an der Bestellung des SGer beteiligt sein müssen und keine Partei einen überwiegenden Einfluss darauf haben darf (BERGER/KELLERHALS I, N 803). Auch im Falle einer anders lautenden Vorschrift einer Parteivereinbarung hat jede Partei das Recht „in gleichem Masse“ an der Konstituierung teilzunehmen und „einen gleichartigen Einfluss auf die Wahl derjenigen zu nehmen, die das SGer bilden werden“ (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 179 N 3). Diese Beschränkung ist Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots (Art. 182 Abs. 3 IPRG) und zwingender Mindeststandard. Sie ist eine der Hauptgarantien, die das SGer während des ganzen Verfahrens zu beachten hat und die a fortiori für dessen Konstituierung gilt (CR LDIP/CL-TSCHANZ, Art. 179 N 22; BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 12). Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Rahmen des Art. 182 Abs. 3 IPRG ist nur anzuwenden, wenn erstens die Rechte der Parteien im Verfahren selbst betroffen sind und zweitens die Parteien ein rechtliches Interesse an der Gleichbehandlung haben (BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 67).

20 Art. 13.1 DV (K-1) gewährt nur der Klägerin und der Beklagten 1 das Recht auf Schiedsrichterernennung. Die Beklagte 2 wird nicht erwähnt. Die zwei Voraussetzungen sind insofern erfüllt, als der Beklagten 2 als Partei des Verfahrens das Recht der Mitwirkung an der Konstituierung des SGers fehlt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz i.S.v. Art. 182 Abs. 3 IPRG ist folglich anzuwenden. Der Grundsatz hat eine positive und eine negative Komponente. Einerseits darf einer Partei nicht verwehrt werden, was einer anderen gewährt wird. Andererseits darf einer Partei nicht gewährt werden, was einer anderen verwehrt wird. Dabei ist es essentiell, dass gleiche Sachverhalte miteinander verglichen werden (BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 66).

21 Die Klägerin behauptet in Rz. 13 KS der Gleichbehandlungsgrundsatz sei verletzt, wenn die Beklagtenseite mehr Schiedsrichter bezeichnen darf als die Klägerseite. Hätten die beiden

Beklagten dieselben Interessen, so würde deren Beschränkung auf nur einen Schiedsrichter dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechen. Der angeführte Entscheid des Zürcher Obergerichts bezieht sich auf genau so eine Situation, wo die Beklagte Seite gleichläufige Interessen haben (OG-ZH, 11.9.2001). Die Interessen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 sind aber gerade nicht gleich (Rz. 26 f.). Die Klägerin setzt also fälschlicherweise zwei verschiedenartige Sachverhalte auf dieselbe Stufe. Daher ist es unzulässig, der einen Beklagten das Recht zur Teilnahme an der Schiedsrichterkonstituierung abzusprechen.

2.2 Kein Verzicht auf das Mitwirkungsrecht bei der Schiedsrichterkonstituierung

22 Wenn die Klägerin in Rz. 14 KS von der Möglichkeit der Einschränkung des Gleichbehandlungsprinzips ausgeht, verkennt sie damit das Wesen dieses Grundsatzes. Es ist nicht möglich im Voraus darauf zu verzichten (CR LDIP/CL-TSCHANZ, Art. 179 N 22).

23 Bei der Unterschrift der Beklagten 2 handelt es sich nicht um eine Zustimmung zur Schiedsklausel. Wie unter Rz. 13 dargelegt, bezieht sich die Unterschrift der Beklagten 2 nur auf den Garantievertrag und damit einhergehende Bestimmungen. Es ist undenkbar eine Unterschrift des Garantievertrags als Zustimmung zur Schiedsklausel und damit als konkludenten Verzicht auf das Prinzip der Gleichbehandlung zu betrachten.

2.3 Keine gleichläufigen Interessen der Beklagten

24 Zuerst ist das SGer darauf hinzuweisen, dass die Klägerin je nach Interessenlage entweder nur die internationale oder nur die schweizerische Rechtsprechung als wesentlich erachtet. Wurde in Rz. 3 KS noch die Wichtigkeit der internationalen Rechtsprechung für das vorliegende Problem betont, so verwendet die Klägerin bei Rz. 17 KS nur noch den Massstab der schweizerischen Rechtsprechung. Eine solche Argumentationslinie erscheint höchst inkonsequent und ist bei der Würdigung der Anträge zu berücksichtigen.

25 Die klägerische Position bzgl. der Gleichläufigkeit der Interessen der Beklagten 1 und Beklagten 2 wird an dieser Stelle bestritten. Aus dem provisorischen Anschluss der Beklagten 2 an die Einleitungsantwort der Beklagten 1 und aus der Tatsache, dass die Beklagten von derselben Anwaltskanzlei vertreten wurden, kann nicht direkt geschlossen werden, dass die Interessen gleichläufig sind.

26 Die Klägerin geht davon aus, dass aufgrund der fehlenden Konkretisierung der Verschiedenheit der Interessen durch die Beklagte 2, die Interessen gerade gleichläufig seien (Interessen müssen „nicht unbedingt gleichlaufen“ und „Interessenlage nicht zwingend identisch“, Rz. 18 KS). Die klägerische Position übergeht dabei die Tatsache, dass es sich dabei nur um eine provisorische Einleitungsantwort handelt. Es ging der Beklagten 2 lediglich darum, grundsätzlich Position zu beziehen für den Fall ihrer Parteistellung. Alles Weitere hat

sie sich ausdrücklich vorbehalten (Ziff. 2 Einleitungsantwort Beklagte 2). Die Interessen der beiden Parteien laufen gerade nicht in dieselbe Richtung. So ist z.B. die Frage nach dem Subjekt der Aktivlegitimation für die Beklagte 1 äusserst relevant. Für die Beklagte 2 spielt es aber eine geringere Rolle zu wissen, wer die Ansprüche schlussendlich geltend macht. Sie haftet sowieso nur sekundär. Ebenso wenig wird die Beklagte 2 tangiert von der Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Auskunftspflichten, während dies absolut zentral ist für die Beklagte 1. Als gleichläufig können die Interessen lediglich im Bereich der Schiedsrichterkonstituierung betrachtet werden. Für die Beklagte 1 kommt die Parteistellung der Beklagten 2 ebenso unerwartet wie für diese selbst. Die Beklagten wollen sich nicht zusammen auf nur einen Schiedsrichter beschränken müssen und haben also beide das Interesse an der Wahl *je eines* Schiedsrichters.

27 Auch die Tatsache der Vertretung durch dieselbe Anwaltskanzlei lässt keinen direkten Schluss auf die Gleichläufigkeit der Interessen der Vertretenen zu (vgl. BGE 134 II 108, in dem die Mandanten als Versicherer und Versicherter nicht genau gleichläufige Interessen hatten). Die bloss abstrakte Möglichkeit des Auftretens von Differenzen zwischen den Vertragsparteien reicht nicht aus, um auf eine unzulässige Doppelvertretung zu schliessen. „Ansonsten wäre es einem Rechtsanwalt überhaupt nie möglich, zwei Personen zugleich zu vertreten, da immer denkbar ist, dass es zwischen diesen auf die eine oder die andere Art zu Meinungsverschiedenheiten bzgl. des Streitgegenstands kommt“ (BGE 134 II 108 E. 4.2.2; KzA-FELLMANN, Art. 12 N 84b). Zwar sind Doppelvertretungen unzulässig in Fällen von Interessenskollisionen (Art. 12 lit. c BGFA), jedoch wäre der Umkehrschluss von fehlender Interessenskollision auf Gleichläufigkeit der Interessen vermessen. Die Interessen der Beklagten sind also weder gleich- noch gegenläufig. Sie divergieren an nicht unwesentlichen Stellen ohne miteinander zu kollidieren.

2.4 Keine Einschränkung durch Parteivereinbarung

28 Zu Unrecht geht die klägerische Position davon aus, dass die Beklagte 2 durch Parteivereinbarung ihre Parteirechte eingeschränkt hat.

29 Die von der Klägerin angeführte Quelle (Rz. 21 KS) bezieht sich nicht auf den Ausschluss des Rechts auf Schiedsrichterbestellung, sondern auf denjenigen des Rechts auf Einleitung eines Aufhebungsverfahrens (AiS-ORELLI, Art. 179 N 23). In vorliegender Situation darf eine Einschränkung des Rechts auf Schiedsrichterbestellung auf falscher Grundlage deshalb nicht erfolgen.

30 Überhaupt würde eine Einschränkung voraussetzen, dass diese *explizit* vor Beginn des Verfahrens vereinbart wurde (AiS-ORELLI, Art. 179 N 23).

31 Die Beklagte 2 hat wie bereits erläutert der Schiedsklausel gar nie explizit zugestimmt, sondern nur die eigenständige Garantievereinbarung unterzeichnet. Aus der Tatsache, dass die Beklagte 2 im Nachhinein trotzdem Partei der Schiedsklausel wurde, kann nicht geschlossen werden, dass sie dieser auch so zugestimmt hätte. Die drastische Einschränkung ihrer Parteirechte legt vielmehr einen gegenteiligen Schluss nahe.

2.5 Kein Einverständnis mit den ernannten Schiedsrichtern

32 Die Klägerin vertritt in unzutreffender Weise die Auffassung, die Beklagte 2 habe sich konkludent mit der Bestellung des SGer einverstanden erklärt. Im Hinblick auf die Ausführungen zum Ablehnungsrecht insb. der Pflicht zur sofortigen Geltendmachung derselben ist auf die klägerischen Ausführungen zu verweisen. Die Beklagte 2 hat dieses Recht allerdings unmittelbar nach Kenntnis ihrer Parteistellung geltend gemacht.

33 Die Beklagte 2 wusste in der Tat seit dem 29. Juli 2016 von der Schiedsrichterernennung. In diesem Zeitpunkt ging sie allerdings noch nicht davon aus, Partei des Schiedsverfahrens zu sein. Sie vertraute darauf, dass sie aufgrund ihrer fehlenden Zustimmung zur Schiedsklausel (vgl. Rz. 13) nicht am Verfahren beteiligt sei. Daher reagierte die Beklagte 2 nicht darauf bis zum Zeitpunkt ihrer Kenntnis von der vermeintlichen Parteistellung. Dann aber machte sie durch den Generalvorbehalt bzgl. der Schiedsklausel (Ziff. 3 Einleitungsantwort der Beklagten 2) das Ablehnungsrecht unmittelbar geltend. Es entspringt dem Zweck eines solchen Generalvorbehalts, sich allen klägerischen Positionen zu widersetzen. Es scheint naheliegend, dass das Ablehnungsrecht dem Generalvorbehalt inhärent ist.

2.6 Eventualiter: Teilnichtigkeit

34 Sollte das SGer trotzdem zur Überzeugung gelangen, dass der Beklagten 2 kein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters einzuräumen ist, wird auf die Darlegungen der Klägerin in Sachen Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung verwiesen.

3 Unzuständigkeit des SGer gegenüber der Beklagten 2 bei fehlender Parteistellung

35 Die Klägerin behauptet sowohl in Rz. 10 f. sowie auch in Rz. 32 ff. KS die Zuständigkeit des SGer trotz fehlender Parteistellung der Beklagten 2. Im ersten Fall stützt sie sich auf eine behauptete ausdrückliche Anerkennung der Beklagten 2, im Zweiten behauptet sie eine Einlassung dieser. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Kohärenz sollen diese beiden verwandten Punkte hier am gleichen Ort bestritten werden.

3.1 Keine ausdrückliche Anerkennung der Parteistellung durch B2

36 Die Klägerin behauptet zu Unrecht, dass die Beklagte 2, indem sie sich den Ausführungen der Beklagten 1 in derer Einleitungsantwort anschloss, ihre Parteistellung bzgl. der Schiedsvereinbarung und damit die Zuständigkeit des SGers ausdrücklich anerkannt hat.

- 37 Das BGer legt Schiedsklauseln bzgl. ihrer subj. Tragweite restriktiv aus (vgl. Rz. 4). Umso mehr ist aus den gleichen Gründen bei der Auslegung einseitiger Erklärungen Zurückhaltung geboten (BGE 128 III 50 E. 2c aa). Die Anerkennung wird aber von der Klägerin gerade auf abenteuerliche Weise konstruiert.
- 38 Es stimmt zwar, dass sich die Beklagte 2 einstweilen den Ausführungen der Beklagten 1 anschloss (Ziff. 2 Einleitungsantwort der Beklagten 2). Letztere erklärte in ihrer Einleitungsantwort auch die vorbehaltlose Einlassung für sich (Ziff. 2 Einleitungsantwort der Beklagten 1). Wenn sich die Beklagte 2 nun mittels globalem Verweis dieser Position anschliesst, hat sie damit nicht für sich selbst eine vorbehaltlose Einlassung erklärt. Denn durch Anschluss an eine fremde Erklärung entsteht nicht eine solche mit demselben Inhalt bzgl. seiner eigenen Person. Dass eine Einlassungshandlung keine Wirkung für Dritte entfalten soll, zeigt sich insb. auch darin, dass bei einem Parteiwechsel die neue Partei eine Unzuständigkeitseinrede erheben kann, auch wenn bereits zur Hauptsache verhandelt wurde (BERGER/KELLERHALS II, N 595). Das SGer anerkannte zudem ausdrücklich in Ziff. 5 der Verfügung Nr. 1 vom 19. September 2016, dass sich die Beklagte 2 bzgl. seiner Zuständigkeit Einreden vorbehielt.
- 39 Die Beklagte 2 hat somit keineswegs ihre Parteistellung anerkannt. Sie versties deshalb mit ihrer Unzuständigkeitseinrede auch nicht gegen das Gebot von Treu und Glauben wie die Klägerin in Rz. 11 KS behauptet.

3.2 Keine Einlassung seitens der Beklagten 2

- 40 Die Klägerin behauptet in Rz. 32 ff. KS eine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2, da diese in ihrer Einleitungsantwort keine Unzuständigkeitseinrede erhoben habe. Somit sei die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 zu spät erfolgt, da das Recht der Beklagten 2 die Unzuständigkeit geltend zu machen in diesem Zeitpunkt bereits verwirkt gewesen sei.

3.2.1 Einleitungsantwort der Beklagten 2 als implizite Unzuständigkeitseinrede

- 41 Die Klägerin erwähnt in ihren Ausführungen mit keinem Wort, dass die Einleitungsantwort der Beklagten 2 zumindest implizit bereits eine Unzuständigkeitseinrede enthalten haben könnte. Zudem stellt sie in Rz. 34 KS mit der alleinigen Quelle von STACHER hinsichtlich der Einlassung ein in verzerrtes Bild dar. Das BGer definiert die Einlassung folgendermassen: „Eine Einlassung erfolgt durch die unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln“ (BGE 123 III 35 E. 3b; BGer 4C.52/2002). Das Gericht hat die von der Partei gewählten Formulierungen, soweit Schweizer Recht anwendbar, gem. den Grundsätzen von Art. 18 OR auszulegen und dabei

sämtlichen Umständen, unter denen die Erklärung abgegeben wurde, Rechnung zu tragen. In Lehre (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 102; BERGER/KELLERHALS II, N 590) und Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Unzuständigkeitseinrede deshalb auch implizit, in den Worten des BGer auch ohne Benützung der „sakramentale[n] Formulierung der «Einrede der Unzuständigkeit»“ geschehen kann (BGE 128 III 50 E. 2c aa, bemerke die beinahe sarkastische Formulierung). Eine implizite Unzuständigkeitserklärung muss daher, aus den gleichen Gründen wie in Rz. 4 aufgeführt, weit ausgelegt werden (BGE 128 III 50 E. 2bb aaa).

- 42 Wie im Folgenden gezeigt wird, ist die Einleitungsantwort der Beklagten 2 deshalb nicht als Einlassung, sondern als Unzuständigkeitseinrede zu qualifizieren.
- 43 Die Ausführungen der Beklagten 2 in ihrer Einleitungsantwort beziehen sich lediglich auf die Konstitution des SGer, sie sind nicht als Stellungnahme zur Hauptsache zu werten (BSK IPRG-SCHOTT/ COURVOISIER, Art. 186 N 109; RÜEDE/HADENFELDT, S. 91 f.). Die Klägerin unterschlägt zudem in Rz. 34 KS, dass die Bestreitung der materiellen Ansprüche der Klägerin nur eventualiter erfolgt („selbst wenn“, Ziff. 4 Einleitungsantwort Beklagte 1). Somit hat sich die Beklagte 2 auch mittels Anschluss an diese Positionen nicht auf das Verfahren eingelassen.
- 44 Die Einleitungsantwort der Beklagten 2 wird von ihr ausdrücklich als *provisorisch* betitelt. Sie drückt damit eine gewisse Zurückhaltung und Vorsicht aus.
Die Beklagte 1 und durch den Anschluss daran auch die Beklagte 2 machen im Hauptstandpunkt geltend, dass nie eine Schiedsvereinbarung zwischen der Klägerin und den Beklagten bestand (Ziff. 2 Einleitungsantwort Beklagte 2). Sie bestreiten zudem ausdrücklich die Aktivlegitimation, da die Forderungen aus dem DV (K-1) nie gültig zediert wurden.
- 45 In Ziff. 3 ihrer Einleitungsantwort behält sich die Beklagte 2 vor, die Gültigkeit der Schiedsklausel zu bestreiten, da sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verstösst. Mit der Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung geht die Bestreitung der Zuständigkeit des SGer einher. Denn der Bestand der Schiedsklausel stellt eine unabdingbare Voraussetzung für die Zuständigkeit eines SGer dar.
- 46 Im BGE 128 III 50 machte der Beklagte als erstes die Unmöglichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit sowie als zweites die fehlende Aktivlegitimation der Klägerin aufgrund fehlerhafter Zession der Ansprüche geltend. Nach den Worten des BGer ergab sich aus diesen Rügen „klar, dass sie *weit* davon entfernt war, sich vorbehaltlos auf die Hauptsache einzulassen.“ Das Gleiche muss nun gelten, wenn die Beklagte 2 im Hauptstandpunkt einerseits durch den Vorbehalt ausdrückt, dass sie die Schiedsklausel für

nichtig und damit das SGer für nicht zuständig hält, sowie gleichzeitig die Aktivlegitimation der Klägerin bestreitet.

47 Würdigt man all diese Umstände so wird deutlich ersichtlich, dass die Beklagte 2 niemals unzweideutig bekundete vor dem SGer zur Hauptsache verhandeln zu wollen. Deshalb liess sie sich entgegen den Behauptungen der Klägerin nicht auf das Schiedsverfahren ein. Vielmehr erhob sie mit ihrer Einleitungsantwort implizit eine Unzuständigkeitseinrede.

3.2.2 *Eventualiter: keine Verwirkung aufgrund Vorbehalt in Einleitungsantwort*

48 Selbst wenn die Einleitungsantwort keine implizite Unzuständigkeitseinrede enthalten hätte, so hat sich die Beklagte 2 zumindest das Recht vorbehalten die Unzuständigkeit in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen.

49 Die Klägerin erwähnt in Rz. 34 KS nur den Vorbehalt „weiterer Ausführungen“ und dass sich die Beklagte 2 einstweilen den Ausführungen der Beklagten 1 anschloss. Den entscheidenden Vorbehalt erwähnt sie hingegen nicht. Die Beklagte 2 behielt sich in Ziff. 3 der Einleitungsantwort explizit die Bestreitung der Gültigkeit der Schiedsklausel ihr ggü. vor. Diesem Einwand ist ein Vorbehalt zur Geltendmachung der fehlenden Zuständigkeit des Gerichtes inhärent (vgl. Rz. 45). Das SGer anerkannte denn auch ausdrücklich, dass sich die Beklagte 2 bzgl. seiner Zuständigkeit Einreden vorbehält (vgl. Rz. 38).

50 Die Klägerin verkennt in ihrer Argumentation, die sich auf Art. 186 Abs. 2 IPRG stützt, dass dieser Artikel im vorliegenden Fall gar nicht anwendbar ist. Art. 186 Abs. 2 IPRG ist dispositiv und kann mittels Wahl einer Schiedsordnung verdrängt werden (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER Art. 186 N 103; BGer 4A_682/2012 E. 4.4.2.1.).

51 I.c. haben sich die Parteien geeinigt, das Verfahren den SRIA zu unterstellen. Die einschlägige Rechtsgrundlage ist deshalb Art. 21 (3) SRIA. Dieser Artikel besagt, dass (lediglich) *as a rule* die Unzuständigkeitseinrede in der Einleitungsantwort, spätestens aber in der Klageantwort zu erheben ist. Wenn nun das SGer ausdrücklich den Vorbehalt anerkannte, so musste es der Beklagten 2 auch nachfolgend noch möglich sein, offiziell die Unzuständigkeit des SGer geltend zu machen. Dies tat sie am 26. September 2016 noch vor Einreichung dieser Klageantwort und damit rechtzeitig, da der Eintritt der Verwirkung dieses Rechts durch den Vorbehalt in der Einleitungsantwort verhindert wurde.

4 Verneinung der Aktivlegitimation der Klägerin gegenüber der Beklagten 1

52 Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche ggü. der Beklagten 1 wird an dieser Stelle unabhängig von der Rechtsnatur der Abtretung bestritten.

4.1 Qualifikation der Abtretung als Forderungsverpfändung

- 53 Die Ansprüche ggü. der Beklagten 1 wurden der klägerischen Partei als Sicherheit qua Forderungsverpfändung und nicht, wie unzutreffenderweise behauptet, qua Sicherungszession eingeräumt (Ziff. 3 Einleitungsantwort der Beklagten 1).
- 54 Die Anzahl der Sicherungszessionen übertrifft in der Praxis zwar jene der Forderungsverpfändungen, daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Forderungsverpfändung keine praktische Bedeutung mehr hat. Die Forderungsverpfändung ist keineswegs ausser Gebrauch gekommen, weshalb eine grundsätzliche Vermutung zugunsten der Sicherungszession nicht gerechtfertigt ist (REETZ, N 438).
- 55 Wenn die allgemeinen Auslegungsregeln nicht zu einer Abgrenzung führen, kommen die Unklarheitsregel und die Regel *in dubio mitius* als Auslegungsregeln für Zweifelsfälle zur Anwendung (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1235). Die Unklarheitsregel ist nur relevant, wenn der Gläubiger die Vertragsurkunde alleine verfasst hat. Aufgrund des gemeinsamen Verfassens der Vertragsurkunde durch die Klägerin und die PerAspera, kommt demnach nur der Grundsatz *in dubio mitius* zur Anwendung. Dieser besagt, dass im Zweifelsfall die für den Schuldner günstigere Deutung massgeblich ist (REETZ, N 436 ff.).
- 56 Weil bei der Forderungsverpfändung kein Wechsel des Rechtsträgers stattfindet, kann der Pfandnehmer die Rechte nur mit einer Ermächtigung durch den Pfandgeber geltend machen (BGE 130 III 417 E. 3; BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 9). Durch die Möglichkeit eine Ermächtigung zu erteilen oder zu verweigern, hat der Schuldner bei der Forderungsverpfändung viel mehr Gestaltungsmacht als bei der Sicherungszession.
- 57 Im Sinne der Regel *in dubio mitius* ist im vorliegenden Fall somit von der für den Forderungsschuldner deutlich günstigeren Forderungsverpfändung auszugehen.

4.2 Pactum de non cedendo steht einer gültigen Abtretung entgegen

- 58 Sollte das SGer wider Erwarten zum Schluss kommen, dass es sich bei der Abtretung der Ansprüche um eine Sicherungszession handelt, so ist eine Aktivlegitimation aufgrund des vertraglichen Abtretungsverbot im DV Art. 13. DV (K-1) dennoch zu verneinen.
- 59 Art. 164 Abs. 1 OR ermöglicht den Parteien die Abtretbarkeit einer Forderung vertraglich gänzlich auszuschliessen oder teilweise einzuschränken. Dieses sog. *pactum de non cedendo* bewirkt die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit einer trotzdem erfolgten Zession (HUGUENIN, N 1360; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 50 ff.). Einzig eine nachträgliche Genehmigung der Abtretung könnte eine Missachtung des vertraglichen Abtretungsverbotes rechtfertigen. Eine solche hat die Beklagte 1 jedoch zu keinem Zeitpunkt erteilt. Die Abtretung der Forderungen auf die Klägerin ist somit rechtswidrig erfolgt und als nichtig zu erachten.

4.3 Zustimmung des Schuldners ist keine Bedingung i.S.v. Art. 151 OR

60 Entgegen den Behauptungen der Klägerin handelt es sich bei der Abtretungsregelung nicht um ein bedingtes Abtretungsverbot mit aufschiebender Wirkung. Obwohl in der Umgangssprache der Begriff der Bedingung weiter verstanden wird und auch Vertragsbedingungen, allgemeine Geschäftsbedingungen oder Versteigerungsbedingungen umfasst, sind diese jedoch nicht als Bedingungen i.S. des Art. 151 OR zu qualifizieren (SCHWENZER, N 11.01). Das Zustimmungserfordernis in Art. 13.5 DV (K-1) findet sich im DV unter den Allgemeinen Bedingungen des Vertriebsvertrages. Es ist daher nicht eine Bedingung i.S.v. Art. 151 OR.

4.4 Keine Vertragliche Pflicht zur Zustimmung der Beklagten 1

61 Sollte das Gericht dennoch der Meinung sein, das Abtretungsverbot stelle eine potestative Bedingung i.S.v. Art 151 OR dar, besteht für die Beklagte 1 dennoch keine Pflicht zur Zustimmung. Im Unterschied zu einer Verpflichtung liegt die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Bedingung weitgehend im freien Ermessen der Parteien (STAEHELIN, S. 17). Folglich besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zur Erfüllung einer Bedingung, da andernfalls die Parteien nicht eine Bedingung, sondern eine vertragliche Pflicht vereinbart hätten (VON TUHR/ESCHER, S. 272).

62 In diesem Lichte ist auch die Aussage der Beklagten 1, sie hätte die Zustimmung auch nach einem Gesuch nicht erteilen müssen (Ziff. 3 Einleitungsantwort der Beklagten 1), zu sehen. Dies ist nicht eine Bejahung des Vorliegens eines gewichtigen Grundes, sondern bezieht sich auf die Tatsache, dass die Beklagte 1 grundsätzlich nicht verpflichtet ist, diese Bedingung zu erfüllen.

63 Falls das Gericht trotzdem zum Schluss kommen sollte, die Zustimmung der Beklagten 1 sei eine Vertragspflicht, stehen gewichtige Gründe dagegen. Wie die Klägerin korrekt ausführt, sind unter gewichtigen Gründen all diejenigen zu verstehen, welche den Zweck des Abtretungsverbots missachten. Der Sinn und Zweck von Art. 13.5 DV (K-1) wird von der Klägerin allerdings nur sehr einseitig dargestellt (Rz. 51 KS).

64 Die rationale Ausgestaltung des Zahlungsverkehrs und der Buchhaltung sowie die Aufrechterhaltung der Produktion durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter sind in der Tat ein Teil des Regelungszwecks. Von nicht minderer Relevanz ist aber auch die Intention der Beklagten 1, nicht prüfen zu müssen, an *wen* sie mit schuldbefreiender Wirkung leisten darf (Ziff. 7 Verfügung Nr. 3 vom 24. Oktober 2016). Das Abtretungsverbot soll demnach neben der Sicherung des Abrechnungsverkehrs, insb. durch das Zustimmungserfordernis der Beklagten 1 auch eine gewisse Kontrollfunktion garantieren.

65 Jegliches Umgehen des Zustimmungserfordernisses widerspricht somit dem Regelungszweck in krasser Weise. Die Möglichkeit der Kontrolle wird gerade durch die selbständige Beurteilung und Verneinung von allfälligen gewichtigen Gründen durch die Klägerin verhindert.

4.5 Keine Fiktion der Zustimmung aus dem Grundsatz gem. Art. 156 OR

66 Die Klägerin verkennt bei der Fiktion einer Zustimmung aufgrund treuwidrigen Verhaltens der Beklagten 1 die wesentlichen Grundpfeiler treuwidrigen Verhaltens. Zweck der „Erfüllungsfiktion“ ist eine Verwirklichung des ursprünglichen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Parteiwillens (MATT, S. 353). Damit die Zustimmung aus dem Grundsatz von Art. 156 OR fingiert werden kann, müsste die Beklagte 1 den Bedingungseintritt treuwidrig verhindert haben (SCHWENZER, N 13.05). Treuwidrig verhältet sich eine Partei, wenn sie bei der Rechtsausübung oder der Pflichtenerfüllung nicht mit Rücksichtnahme auf die andere Partei handelt (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 11). Es gilt daher nicht jedes Vereiteln eines Bedingungseintritts als treuwidriges Verhalten (BGer 4C.278/2004 E. 3.2; VON TUHR/ESCHER, S. 272).

67 Wie oben bereits ausgeführt (Rz. 64), ist die Kontrollfunktion des Zustimmungserfordernisses ein wichtiger Bestandteil des Regelungszwecks von Art. 13.5 DV (K-1). Der Parteiwille erschliesst sich gerade durch die Formulierung des Sinn und Zwecks einer solchen Regel.

68 Wie die Klägerin richtig erkannt hat, kann die Anfrage zur Abtretungszustimmung grundsätzlich formfrei erfolgen (Rz. 55 KS). Der Aufwand einer solchen Anfrage ist also extrem gering. Umso stossender erscheint es, dass die Beklagte 1 nie um Zustimmung gebeten wurde. Die Tatsache, dass die Beklagte 1 nicht selbständig aktiv geworden ist, lässt den Schluss auf fehlende Rücksichtnahme nicht zu. Im Gegenteil zeigt sich gerade durch die fehlende Anfrage seitens Klägerin ein Verhalten ohne jegliche Rücksicht auf vertragliche Vereinbarungen. Auch scheint es keineswegs stossend, dass die Beklagte 1 sich auf eine fehlende Anfrage beruft und gleichzeitig eine Zustimmung ablehnt, da sie grundsätzlich gar nicht erst zur Zustimmung verpflichtet war (vgl. Rz. 61).

69 Im Gegensatz zum angeführten Vorurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich (HGer ZH HG 100147, Rz. 55 KS), hatte die Beklagte 1 ausserdem vor dem Bekanntwerden der Abtretung bei vorprozessualen Gesprächen nicht zahlreiche Anhaltspunkte, die auf eine Abtretung hindeuteten. Dennoch hat sie kurz darauf in der Einleitungsantwort ihre Einwände geltend gemacht (Ziff. 3 Einleitungsantwort der Beklagten 1).

70 Die Beklagte 1 verhält sich weder treuwidrig noch in irgendeiner Art und Weise widersprüchlich. Ein widersprüchliches Verhalten scheint eher von der Argumentation der

Klägerin auszugehen. So erklärt sie, dass das Darlehen und die verbundene Abtretung den Interessen der Beklagten 1 in direkter Weise entsprechen (Rz. 61 f. KS), obwohl sie sich vorgängig darauf beruft, dass zum Zeitpunkt der Abtretung kein Interesse an der Sicherstellung der Produktion mehr bestand (Rz. 52 KS).

4.6 Absolute Wirkung des Abtretungsverbotes

- 71 Gem. h.L. und schweizerischer Rechtsprechung entfaltet ein pactum de non cedendo absolute Wirkung, mit der Folge der Ungültigkeit einer abredewidrigen Abtretung. Wie in Rz. 59 bereits dargelegt und entgegen den Ausführungen der Klägerin, bewirkt eine Abtretung trotz Vorliegen eines vertraglichen Abtretungsverbots die Ungültigkeit der Abtretung (ZK OR-SPIRIG, Art. 164 N 185). Die Klägerische Position beruft sich mit ihrer Argumentation auf den noch nicht in Kraft getretenen OR 2020-Normenentwurf. Die Parteien haben den DV (K-1) jedoch ausdrücklich unter die geltende schweizerische Rechtsordnung gestellt. Eine Anwendung von staatlich noch nicht autorisierten Modellgesetzen war damit sicherlich nicht gemeint (OR 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor Art. 1 ff. N 10).
- 72 Aufgrund dessen muss eine Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche gegen die Beklagte 1 aus dem Darlehensvertrag verneint werden.

II MATERIELLER TEIL

5 Auskunftsansprüche der Klägerin

5.1 Vertragliche Auskunftsansprüche der Klägerin

5.1.1 Herausgabe sämtlicher Dyalgonin® bezogenen Dokumente

- 73 In Rz. 68 KS fordert die Klägerin die Herausgabe sämtlicher Korrespondenzen, Mitteilungen und Eingaben an die US-Behörde. Sie stützt sich dabei auf Art. 5.2 iii 1. Halbsatz DV (K-1).
- 74 Die Klägerin übersieht den klaren Wortlaut von Art. 5.2 iii 1. Teilsatz DV (K-1). Dieser besagt, dass die Beklagte 1 der Klägerin nur Unterlagen ihrerseits an eine US-Behörde zu übermitteln hat, solche seitens Behörden an die Beklagte 1 hingegen nicht. Weiter subsumiert die Klägerin kurzerhand unter den Begriff „Unterlagen“ alle Korrespondenzen, Mitteilungen und Eingaben. Eine solche Subsumtion ist allerdings verfehlt, ist doch unter Korrespondenz ein *zweiseitiger* Austausch zu verstehen. Korrespondenzen fallen daher nicht unter den Begriff der *einseitig* übermittelten Unterlagen der Beklagten 1. Der Begriff Mitteilung legt den Schluss nahe, dass es sich um eine unaufgeforderte Nachricht handeln muss. Die Klägerin hat deshalb höchstens Anspruch auf die von der Beklagten 1 erfolgten freiwilligen Mitteilungen. Die Eingabe ist eine Bezeichnung für Anträge oder Anregungen an eine

Verwaltungsbehörde (KÖBLER S. 287, CREIFELDS, S. 355). Der Klägerin sind somit höchstens Auskünfte in diesem eng begrenzten Rahmen zuzusprechen.

- 75 Das angeführte Argument in Rz. 68 KS, dass aufgrund der fehlenden Konsultation, die Eingaben an die US-Behörden an die Klägerin zu übergeben sind, darf nicht gelten. Die Konsultation gem. Art. 5.2 ii Satz 3 DV (K-1) stellt eine spontane Informationspflicht dar, deren Erfüllung ihrer Natur gem. nicht mehr möglich ist. Mit der allfälligen Verletzung der Konsultationspflicht darf deshalb kein Anspruch auf Herausgabe begründet werden, da kein genügender Konnex zwischen Pflichtverletzung und Rechtsfolge besteht.
- 76 In Rz. 69 KS macht die Klägerin geltend, Anspruch auf den Zugang der Bücher der Beklagten 1 gem. Art. 4.3 (K-4) zu besitzen. Dieser Anspruch im Kontext eines Schiedsverfahrens *inter partes* widerspricht jedoch dem Zweck der Bestimmung.
- 77 Der Zugang zu den Büchern soll nur in *angemessenem* Umfang für eine *angemessene* Zeit, soweit er *vernünftigerweise* verlangt werden kann, gewährleistet werden. Durch diese sehr zurückhaltende Formulierung brachten die Parteien ihr Geheimhaltungsinteresse zum Ausdruck. Der Anwendungsbereich sollte nicht über das Nötigste hinausgehen. Ausserdem wird explizit die Voraussetzung einer Zweckbindung statuiert. Die Zweckbeispiele (wenn auch nicht abschliessend) beziehen sich dabei aber nur auf Sachverhalte in denen der Zugang für die Regelung eines Verhältnisses zu *Dritten* benötigt wird. Es wollte m.a.W. keine der Vertragsparteien verpflichtet werden in einem Prozess *inter partes* gegen ihre Interessen handeln zu müssen. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch widerspricht deshalb der Zweckbindung des Art. 4.3 DV (K-1), weshalb diesem nicht stattgegeben werden darf.
- 78 Weiter behauptet die Klägerin in Rz. 70 KS, dass Art. 4.6 (K-4) den Austausch von Informationen bzgl. laufender Untersuchungen vorsehe. Nach dem Wortlaut von Art. 4.6 (K-4) sieht dieser aber vor, dass sich die Parteien alle Informationen *bzgl. Dyalgonin®* zustellen, welche die andere Partei im Hinblick auf *Dyalgonin®* betreffende laufende Gerichtsverfahren oder Untersuchungen benötigt.
- 79 Mit Informationen bzgl. *Dyalgonin®* wurden wohl Informationen über das Produkt selbst insb. technische Daten gemeint. Diese produktbezogenen Daten werden denn auch gebraucht für die Erfüllung der Pflichten des darauffolgenden Art. 4.7 (K-4). Eine systematische Auslegung ergibt nichts anderes als bereits bzgl. den Ansprüchen aus Art. 4.3 (K-4). Die Klausel steht ausdrücklich unter der Überschrift Kooperation. Keine Kooperation, sondern eine Verpflichtung gegen die eigenen Interessen handeln zu müssen bestünde, falls die Beklagte 1 die von der Klägerin geforderten Informationen im Prozess herausgeben müsste. Dies entsprach wohl kaum dem Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der

Art. 4.6 (K-4) muss deshalb so ausgelegt werden, dass Informationen ausgehändigt werden sollen, wenn es sich um Untersuchungen bzw. Gerichtsverfahren im Verhältnis zu Dritten handelt.

5.1.2 Herausgabe sämtlicher Dokumente aus Besprechungen mit US-Behörden

80 Die Klägerin macht in Rz. 71 KS gestützt auf Art. 5.2 iii 3. Teilsatz DV (K-1) und Art. 5.2 ii Satz 2 DV (K-1) geltend, sie habe Anspruch auf alle Protokolle, Notizen und Memoranden über Besprechungen der Beklagten 1 und einer US-Behörde.

81 Eine Auslegung der Pflicht, die Lieferantin über beabsichtigte Vorgehensweise zu konsultieren (Art. 5.2 iii 3. Teilsatz DV) ergibt allerdings nicht, dass die Konsultation jegliches Schreiben umfasst. Die Bestimmung ist so zu verstehen, dass sich lediglich für Dyalgonin® produktbezogene Schreiben, eine Konsultationspflicht ergibt. D.h. sofern etwas mit der Zusammensetzung von Dyalgonin® nicht mit den US-amerikanischen Anforderungen übereinstimmt, hat die Beklagte 1 aufgrund ihrer Position als Alleinvertreiberin die Lieferantin zu konsultieren. Dies gilt hingegen nicht für Schreiben, welche die Vertriebsweise selbst anbelangen.

82 Die Pflicht der Beklagten 1, die Lieferantin in regulatorische Entscheidungsprozesse einzubeziehen (Art. 5.2 ii Satz 2 DV), umfasst nicht den Nachvollzug des Ablaufs der Untersuchungen und des (internen) Entscheidungsprozesses seitens der Beklagten 1, wie die Klägerin dies in Rz. 72 KS verlangt. Regulatorische Entscheidungsprozesse beinhalten lediglich das Verfahren der Inverkehrbringung und Zulassung eines Medizinproduktes. Somit ist der Einbezug in regulatorische Prozesse so zu verstehen, dass die Lieferantin bspw. beim Antrag um die Zulassung von Dyalgonin® mitwirken soll. Ein Teilnahmerecht bei Entscheidungsprozessen in einem Untersuchungsverfahren mit einer US-Behörde kann hingegen nicht aus Art. 5.2 ii Satz 2 DV (K-1) abgeleitet werden. Deshalb besteht auch kein Anspruch auf Herausgabe der geforderten Unterlagen, wie dies die Klägerin geltend macht.

5.1.3 Herausgabe sämtlicher Kommunikation mit einer US-Behörde

83 In Rz. 73 KS beansprucht die Klägerin gestützt auf Art. 5.2 ii Satz 1 DV (K-1), die Herausgabe sämtlicher Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnlicher Unterlagen der Beklagten 1 und einer US-Behörde.

84 Wie vorstehend ausgeführt (Rz. 82) regelt Art. 5.2 ii DV (K-1) Rechte und Pflichten der Parteien bei regulatorischen Prozessen. Art. 5.2 ii Satz 1 DV (K-1) ist aufgrund systematischer Auslegung so zu verstehen, dass die Beklagte 1 nur jene Dokumente der Lieferantin zu unterbreiten hat, welche solche betreffen. So ist auch explizit die Lebensmittelüberwachungs- und Arzneimittelzulassungsbehörde der Vereinigten Staaten

(FDA) erwähnt. Die Erwähnung „andere US-Behörde“ in Art. 5.2 ii DV (K-1) ist deshalb so zu verstehen, dass lediglich regulatorische Behörden von dieser Bestimmung umfasst sind. Somit bestand für die Beklagte 1 keine Pflicht der Klägerin die Unterlagen aus dem Verfahren mit der Untersuchungsbehörde DoJ zu unterbreiten. Folglich kann sie auch nicht zur Herausgabe dieser Dokumente verpflichtet werden.

85 Weiter macht die Klägerin in Rz. 74 KS einen Anspruch auf Herausgabe sämtlicher Kommunikation in Zusammenhang mit den Untersuchungen rund um die Verletzung von US-Bundesrecht geltend. Dabei übersieht sie den klaren Wortlaut von Art. 5.2 iii 2. Halbsatz DV (K-1). Dieser betrifft lediglich die von US-amerikanischen Behörden *erhaltene* und nicht sämtliche Kommunikation. Die Klägerin stellt zudem vorschnell Letztere mit *wichtiger* Kommunikation gleich.

86 Entgegen den Ausführungen der Klägerin stellt Art. 5.2 DV (K-1) keine Schutznorm zugunsten der Lieferantin dar. Sinn und Zweck dieses Artikels ist vielmehr die gemeinsame Sicherung des Produktes. Erzielt werden soll der reibungslose Vertrieb von Dyalgonin® auf dem US-Markt und damit verbunden die Einhaltung aller regulatorischen Anforderungen von US-Behörden (vgl. Art. 5.2 i DV [K-1]). Die Lieferantin sollte demnach auch nur soweit informiert und einbezogen werden, wie es für die regulatorischen Prozesse notwendig war. Die von der Klägerin geforderten Auskünfte können deshalb nicht als wichtig i.S.v. Art. 5.2 iii 2. Halbsatz DV (K-1) qualifiziert werden, da sie gar nicht erst davon erfasst werden.

5.2 Gesetzliche Auskunftsansprüche der Klägerin

5.2.1 Auskunftsansprüche nach Agenturrecht

87 Die Klägerin definiert in Rz. 76 KS, dass es sich beim vorliegenden Vertrag um einen AVV handelt und dieser grosse Ähnlichkeit mit dem Agenturvertrag besitze. Deshalb sei eine Anwendung von Art. 418f OR *mutatis mutandis* auf den AVV möglich.

88 Der Auftraggeber hat die positive Pflicht, dem Agenten eine erfolgreiche Tätigkeit zu ermöglichen. Er hat aufgrund dessen die nötigen Unterlagen auszuhändigen (Art. 418f Abs. 1 OR). Dazu gehören nach h.L. die zur Vermittlung bzw. zum Abschluss erforderlichen Vertragsformulare, Preislisten, Geschäftsbedingungen, Gebrauchsanweisungen usw. (BSK OR-WETTENSCHWILER, Art. 418f N 2; BK OR-GAUTSCHI, Art. 418f N 3a). Die Unterlagen, welche hingegen die Klägerin einfordert, werden vom Anspruch aus Art. 418f Abs. 1 OR nicht erfasst. Die Beklagte 1 ist deshalb nicht gezwungen, diese auszuhändigen.

- 89 Eine spiegelbildliche Anwendung der Informationspflichten aus Art. 418f OR, wie sie die Klägerin in Rz. 77 KS behauptet, ist aus folgenden Gründen abzulehnen. Das BGer ist allgemein sehr zurückhaltend bei der Anwendung von Agenturrecht auf den AVV (vgl. BGE 134 III 497 E. 4.2, wo die analoge Anwendung von Art. 418u OR auf den AVV untersagt wurde). Die von der Klägerin angeführte Quelle (BGE 60 II 335), welche eine grosse Ähnlichkeit zwischen dem Agenturvertrag und dem AVV festhalten sollte, räumt bei genauerer Betrachtung lediglich ein allzeitiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ein. Dies ist jedoch ein allgemein anerkannter Grundsatz bei Dauerschuldverhältnissen.
- 90 Eine sehr restriktive Anwendung des Agenturrechts auf den AVV macht Sinn, da zwischen den beiden Vertragsarten wesentliche Unterschiede bestehen. Beim AVV handelt der Alleinvertreter in eigenem Namen direkt mit Kunden und nicht in Vertretung des Lieferanten, wie dies beim Agenten der Fall ist (FS KELLERHALS-KUHN, S. 203). Weiter organisiert der Alleinvertreter als selbständiger Gewerbetreibender seinen Geschäftsbereich selbst, er verkauft die Produkte in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko (BK OR-GAUTSCHI, Art. 418f N 3c). Somit herrscht eine deutlich weniger enge Beziehung zwischen dem Alleinvertreter und dem Lieferanten, als zwischen Agenten und Auftraggeber, was einer analogen Anwendung klar widerspricht.
- 91 In Rz. 77 KS stellt sich die Klägerin in eine Position, in welcher sie sich schutzbedürftiger zu scheinen glaubt, als die Beklagte 1. Sie verstrickt sich in ihren Ausführungen jedoch in einen Widerspruch. Zu Beginn führt sie aus, dass bei Alleinvertriebsverträgen *keine* der Parteien schutzbedürftiger sei als die andere. In ihrer Subsumtion kommt sie aber zum Schluss, sie sei schutzbedürftiger als die Beklagte 1. Diese Schutzbedürftigkeit stützt sie dabei auf ihre angebliche Abhängigkeit von Letzterer. Die Klägerin vergisst dabei, dass Art. 1.3 DV (K-1) ihr das Recht verleiht, die Exklusivität mit sofortiger Wirkung der Distributorin zu entziehen, sofern diese weniger als 250'000 Tabletten à 10mg jährlich verkauft. Zudem steht ihr gem. Art. 5.1 v DV (K-1) ein Retentionsrecht bei Verzug der Distributorin zu. Im Lichte dieser Klauseln erscheint die Klägerin deshalb keineswegs schutzbedürftiger.
- 92 Die von der Klägerin vertretene Anwendung von Art. 418f OR ist umso fragwürdiger, da sich alle von der Klägerin aufgeführten Quellen auf die Mitteilungspflicht des Lieferanten und nicht des Alleinvertreters beziehen. Um diese Pflichten auf den Alleinvertreter zu überwälzen, erklärt sie kurzerhand eine *spiegelbildliche* Anwendung von Art. 418f OR. Dies begründet sie mit der angeblichen Schutzbedürftigkeit der Klägerin, die wie oben dargestellt nicht besteht. Zudem wird eine spiegelbildliche Anwendung auch in der Lehre nirgends vertreten. Die Beklagte 1 untersteht somit keiner Informationspflicht aus Art. 418f OR.

93 Die Klägerin leitet in Rz. 78 KS eine Aufklärungspflicht aus der Treuepflicht gem. Art. 418c OR ab. Aus vorstehend genannten Gründen (Rz. 90) ist die extensive Auslegung bzw. Anwendung des Agenturrechts auf den AVV verfehlt. Aufgrund dessen können der Beklagten 1 aus Art. 418c OR keine Informationspflichten auferlegt werden.

94 Abgesehen davon, würden der Klägerin bei einer allfälligen Anwendbarkeit nur Schadenersatzansprüche auf das negative Interesse erwachsen. Eine Herausgabe der geforderten Informationen ist aus Art. 418c OR nicht einklagbar (ZK OR-BÜHLER, Art. 418c N 8).

5.2.2 *Auskunftsansprüche nach Auftragsrecht*

95 Schliesslich fordert die Klägerin in Rz. 79 KS gestützt auf das Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR) eine vollständige Informierung und Vorlage aller Dokumente, die sich auf die im Interesse der Auftraggeberin besorgten Geschäfte beziehen.

96 Vorliegend handelt es sich aber um einen AVV, welcher ein Innominatkontrakt ist und somit keine eigene materielle Regelung im Gesetz erfahren hat (HUGUENIN, N 3664). Einzelne Normen aus Nominatkontrakten dürfen zwar auf Innominatkontrakte angewendet werden, allerdings nur bei übereinstimmender Interessenlage (MAIER/MEYER-MARSILIUS, N 7). Eine solche liegt i.c. nicht vor. Ein Beauftragter übernimmt die Geschäfte des Mandatars in direkter Stellvertretung und hat dafür einen Vergütungsanspruch. Weiter soll der Beauftragte durch den Auftrag weder Gewinn noch Verlust einfahren (HUGUENIN, N 3277). Die Rechenschaft bildet zudem Voraussetzung und Grundlage der Ablieferungspflicht des Beauftragten. Ein uninformierter Auftraggeber könnte sein Weisungsrecht nicht sinnvoll ausüben (OFK-BÜHLER, Art. 400 N 2). Aus diesen Gründen kann man festhalten, das Auftraggeber und -nehmer eine Einheit darstellen, während der Alleinvertreiber und Lieferant zwei separate Komponenten bilden. Aufgrund dieser wesentlichen Unterschiede darf Art. 400 OR auf den vorliegenden AVV nicht direkt angewendet werden.

5.2.3 *Auskunftsansprüche aus dem Gebot von Treu und Glauben*

97 Die Klägerin macht geltend, dass ihr aus dem Gebot von Treu und Glauben einen Aufklärungs- und Verschaffungsanspruch von Dokumenten zukommt (Rz. 80 ff. KS). Sie stützt diesen Anspruch auf die Auslegung und Ergänzung des DV (K-1) nach Treu und Glauben.

98 Das BGer hielt fest, dass bei Verträgen, in denen eine ausdrückliche Informations- und Dokumentationspflicht vereinbart wurde, ein präparatorisches Auskunftsrecht gestützt auf Treu und Glauben von vornherein keinen Raum hat. Zumindest soweit als die Parteien

vertragliche Informationsansprüche vereinbarten oder bewusst zu vereinbaren unterliessen (BGer 4A_331/2007 E. 4.2; vgl. auch ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 43).

- 99 In Art. 5.2 DV (K-1) definierten die PerAspera und die Beklagte 1 weitgehende Auskunftsansprüche. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie die Informationspflichten vertraglich abschliessend geregelt haben wollten. Die Geltendmachung von Informationsansprüchen gestützt auf Treu und Glauben über diese Ansprüche hinaus ist deshalb unstatthaft.
- 100 Ausserdem muss für einen Anspruch aus Treu und Glauben auf Information, nebst den von der Klägerin aufgeführten Voraussetzungen, eine echte Gesetzeslücke vorliegen, d.h. es ist zu prüfen, ob das Fehlen von materiell-rechtlichen präparatorischen Informationsansprüchen für den vorliegenden Sachverhalt eine Planwidrigkeit des positiven Rechts darstellt. Eine solche Unvollständigkeit muss bereits verneint werden, wenn das positive Recht Alternativen vorsieht, welche den präparatorischen Informationsdefiziten Abhilfe schaffen (WALDMANN, S. 187).
- 101 Die Klägerin hat in Rz. 76 ff. KS mehrere gesetzliche Informationsansprüche angeführt. Da es sich beim AVV um einen Innominatkontrakt handelt, ist es an Lehre und Rechtsprechung die Anwendbarkeit der jeweiligen Anspruchsgrundlagen zu definieren. Wie oben ausgeführt (Rz. 93, 96) muss eine Anwendbarkeit von Agenturrecht sowie Auftragsrecht auf den konkreten Fall verneint werden. Allein darin kann aber keine planwidrige Gesetzeslücke erblickt werden, wurde die Anwendbarkeit doch von Gericht und Lehre aus sachlichen Gründen verneint.
- 102 Die Klägerin macht ferner geltend (Rz. 81 KS), dass ihr Auskunftsanspruch u.a. darauf basiere, dass ein Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien vorliege und es aufgrund dieser engen und intensiven Zusammenarbeit von Relevanz sei, dass die Parteien auf alle wichtigen Informationen zugreifen können. Im Zeitpunkt der Geltendmachung dieser Ansprüche kann jedoch nicht mehr von einem engen Verhältnis gesprochen werden. Vielmehr haben die Klägerin und die Beklagte 1 im Prozess diametral entgegengesetzte Interessen. Das Interesse an vorprozessualer Auskunft aus dem Bereich des Anspruchsgegners ist deshalb nur in Ausnahmefällen höher zu werten, als das des Beklagten an deren Geheimhaltung (WALDMANN, S. 189).
- 103 Eine solche Ausnahmesituation ist vorliegend keineswegs gegeben, womit die Klägerin keinen Anspruch auf Auskunft und Verschaffung von Informationen hat.

III DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN

Aus den genannten Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2