

**Moot Court Team 8**

Gabriela Horg  
Kristin Deseö  
Alexander Stübi  
Joel Otth

**Einschreiben**

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

**9. Dezember 2016**

**Klageschrift**

**Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016**

in Sachen

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

vertreten durch Moot Court Team 8

**Klägerin**

gegen

**Conquest Distribution Ltd.**  
125 Wild Cherry Lane, Toronto M4B 1B7, Ontario, Kanada

**Corpsanis Holding AG**  
Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

**Beklagte 1**

vertreten durch Moot Court Team [...]

**Beklagte 2**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

1. *Die Beklagte 1 sei zu verpflichten, der Klägerin (i) alle Dyalgonin®-bezogenen Dokumente, insbesondere alle Korrespondenz, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-amerikanische Behörde, (ii) alle Protokolle, Notizen oder Memoranda über Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde, von welchen die Beklagte 1 die PerAspera Pharma AG ausschloss, und (iii) alle Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen der Beklagten 1 und einer US-amerikanischen Behörde, in Kopie herauszugeben.*
2. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 1 zu verpflichten der Klägerin Schadenersatz in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
3. *Nach erfolgter Auskunft nach Massgabe von Ziffer 1 vorstehend sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag in einer noch zu bestimmenden Höhe nebst Zins zu bezahlen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1 und 2.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>V</b>
Kommentare.....	V
Lehrbücher.....	VI
Dissertationen .....	VIII
<b>Entscheidverzeichnis</b> .....	<b>IX</b>
Publizierte Entscheide des Bundesgerichts .....	IX
Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts.....	XI
Internationale Entscheide .....	XI
Entscheide anderer Schweizer Gerichte .....	XII
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XIII</b>
<b>A.    Parteistellung der Beklagten 2 in der Schiedsklausel in Art. 13.1 des K-1 vom 28. Februar 2008</b> .....	<b>1</b>
1.    Parteistellung der Beklagten 2 in der Schiedsklausel.....	1
2.    Vertragsparteien und Zustandekommen der Schiedsvereinbarung .....	1
3.    Rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten 2 .....	1
4.    Eventualiter: Parteistellung durch Ausdehnung der Schiedsvereinbarung .....	2
<b>B.    Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2</b> .....	<b>3</b>
1.    Formelle Gültigkeit.....	3
2.    Materielle Gültigkeit: essentialia negotii .....	3
2.1. <i>Willensübereinstimmung</i> .....	3
2.1.1.    Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens.....	3
2.1.2.    Grad der Spezifikation der Schiedsklausel und die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses .....	4
2.2. <i>Objektive und subjektive Schiedsfähigkeit</i> .....	4
3.    Zwischenfazit .....	4
4.    Keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Parteien .....	4
5.    Eventualiter: Verletzung des Prinzips der Gleichbehandlung .....	5
6.    Fazit.....	6
<b>C.    Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichts ohne Parteistellung der Beklagten 2</b> .....	<b>6</b>
1.    Einlassung auf die Schiedsgerichtsbarkeit .....	6
1.1. <i>Klage vor unzuständigem Gericht und Rechtshängigkeit des eingeleiteten Prozesses</i> .....	6
1.2. <i>Einlassungshandlung</i> .....	7
1.3. <i>Wirkungen der Einlassung</i> .....	7
2.    Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichts über Rechtsstreitigkeiten mit Dritten, welche untrennbar mit dem Hauptstreit verbunden sind .....	8
3.    Fazit.....	8

<b>D.</b>	<b>Die Aktivlegitimation der Klägerin .....</b>	<b>8</b>
1.	Übergang der Schiedsklausel .....	8
2.	Allgemeine Voraussetzungen der Abtretung .....	9
2.1.	<i>Verfügungsmacht des Zedenten</i> .....	9
2.2.	<i>Einhalten der Formvorschrift</i> .....	9
2.2.1.	Das Verpflichtungsgeschäft .....	9
2.2.2.	Das Verfügungsgeschäft .....	9
2.3.	<i>Bestimmbarkeit der Forderung</i> .....	10
2.4.	<i>Abtretbarkeit der Forderung</i> .....	10
3.	Die Abtretung ist abstrakter Natur .....	10
4.	Eventualiter: Die Abtretung ist kausaler Natur .....	12
4.1.	<i>Restriktive Auslegung des Abtretungsverbotes und OR 2020</i> .....	12
4.2.	<i>Zulässigkeit der nachträglichen Fingierung der Zustimmung</i> .....	12
5.	Fazit .....	13
<b>E.</b>	<b>Anspruch der Klägerin auf die verlangten Dokumente .....</b>	<b>13</b>
1.	Vertragliche Auskunftspflicht der Beklagten 1 .....	13
1.1.	<i>Qualifikation des Vertrages als Alleinvertriebsvertrag</i> .....	13
1.2.	<i>Qualifikation vertraglicher Klauseln als primäre Nebenpflichten</i> .....	14
1.3.	<i>Verstoss gegen die primären Nebenpflichten</i> .....	15
1.4.	<i>Die Beklagte 1 befindet sich im Schuldnerverzug</i> .....	16
1.5.	<i>Die Rechtsfolgen des Verzugs</i> .....	16
1.6.	<i>Kein Verzicht auf ihre Ansprüche seitens der PerAspera</i> .....	17
1.7.	<i>Zwischenfazit</i> .....	17
2.	Eventualiter: Gesetzliche Auskunftspflicht der Beklagten 1 .....	17
2.1.	<i>Jederzeitige Informationspflicht gemäss Art. 400 OR</i> .....	17
2.2.	<i>Informationsanspruch aus Treu und Glauben</i> .....	18
2.2.1.	Rechtliche Sonderverbindung .....	19
2.2.2.	Informationsinteresse .....	19
2.2.3.	Stufenklage .....	20
2.3.	<i>Kein Verzicht der Forderungen gemäss Art. 115 OR</i> .....	20
3.	Fazit .....	20

## Literaturverzeichnis

### Kommentare

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013

(zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz 9, 12, 19, 23, 42

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

(zit.: BSK OR I- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz [...])

Zitiert in Rz. 34, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 46, 55, 60

BSK ZPO, SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Chur 2013

(zit.: BSK ZPO- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 4

CHK OR, FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privat- recht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016

(zit.: CHK OR-BEARBEITERIN, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 38

KuKo ZPO, OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013

(zit.: KuKo ZPO- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 19

OFK ZPO, GEHRI MYRIAM A./KRAMER MICHAEL (Hrsg.), ZPO Kommentar Schweizerisches Zivilprozessordnung Orell Füssli Kommentar, 1. Aufl., Zürich 2010

(zit.: OFK ZPO- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 19

Swiss Rules, SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary, München 2012

(zit.: Swiss Rules- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 18

Swiss Rules ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILLIPP (Hrsg.), Swiss-Rules of Internationale Arbitration Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013

(zit.: Swiss Rules-Komm. BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 18

ZK IPRG, GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004

(zit.: ZK IPRG- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 17

ZPO CHK, BAKER&MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Stämpflis Handkommentar, Bern 2010

(zit.: ZPO CHK-GASMMANN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 19

ZPO-Komm., BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar Art. 197-408, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016

(zit.: ZPO-Komm.- BEARBEITERIN, Art. [...] Rz. [...])

Zitiert in Rz. 19

### **Lehrbücher**

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

(zit.: BERGER/KELLERHALS, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 3, 7, 15, 17, 23, 24

BREKOULAKIS STAVROS L., Third parties in international commercial arbitration, New York 2010

(zit.: BREKOULAKIS, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 26

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1988

(zit.: BUCHER, s. [...])

Zitiert in Rz. 38

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014  
(zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 37
- GAUCH PETER/SCHMID JÖRG; Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001  
(zit.: GAUCH/SCHMID, s. [...])  
Zitiert in Rz. 42
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE/COLACINO DAVIDE/DONCHI JULIA, International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016  
(zit.: GIRSBERGER/VOSER, Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 9, 14, 29
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014  
(zit.: HUGUENIN, Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 35, 36, 46, 47, 49, 50, 54, 55
- HUGUENIN CLAIRE/ HILTY RETO M., OR 2020, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013  
(zit.: BearbeiterIn OR 2020, Art. [...] Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 41
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001  
(zit.: KIENER, s. [...])  
Zitiert in Rz. 18
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, 2. Aufl., St. Gallen 1992  
(zit.: MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, s. [...])  
Zitiert in Rz. 54
- NIEDERMAIER TILMAN/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, Ein deutsch - U.S - amerikanischer Rechtsvergleich mit Schlaglichtern auf weitere Rechtsordnungen, Tübingen 2013  
(zit.: NIEDERMAIER, Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 12
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative law of international Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2002  
(zit.: POUDRET/BESSON, Rz. [...])  
Zitiert in Rz. 25

SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, Separatdruck aus „Schweizerisches Privatrecht“, Band VII/1, Basel 1979

(zit.: SCHLUEP SPR VII/1, s. [...])

Zitiert in Rz. 46, 54

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016

(zit.: SCHWENZER, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 31, 34, 35, 36, 38, 40, 41

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St.Gallen 2015

(zit.: STACHER, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 2, 5

### **Dissertationen**

AFFOLTER MARKUS, Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. Bern 1994

(zit.: AFFOLTER, s. [...])

Zitiert in Rz. 56, 57, 58, 59

STOJILJKOVIC MLADEN, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Diss. Zürich 2014

(zit.: STOJILJKOVIC, s. [...])

Zitiert in Rz. 24

## **Entscheidverzeichnis**

### **Publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
9. September 1993

BGE 119 II 391

zitiert in Rz. 4

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
24. Juni 1999

BGE 125 III 257

zitiert in Rz. 5

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
30. November 1984

BGE 110 II 494

zitiert in Rz. 5

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
10. Oktober 1995

BGE 121 III 350

zitiert in Rz. 5

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2003

BGE 129 III 727

zitiert in Rz. 7, 29

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003

BGE 130 III 66

zitiert in Rz. 12

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
7. November 2011  
BGE 138 III 29  
zitiert in Rz. 12, 19

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. Juni 1992  
BGE 118 II 353  
zitiert in Rz. 15

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2001  
BGE 128 III 50  
zitiert in Rz. 25

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. April 1988  
BGE 114 II 57  
zitiert in Rz. 47

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Mai 2003  
BGE 129 III 535  
zitiert in Rz. 49

Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Oktober 2008  
BGE 135 V 2  
Zitiert in Rz. 35

## **Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. Februar 2000

BGer 4C.421/1999

zitiert in Rz. 5

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

9. Januar 2007

BGer 4P.96/2002

zitiert in Rz. 25

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

31. Januar 1991

BGer 4P.114/1991

zitiert in Rz. 24

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

5. August 2013

BGer, 4A\_191/2013

zitiert in Rz. 37

## **Internationale Entscheide**

Dale Metals v Kiwa 442 F Supp 78 (S.D.N.Y. 1977)

zitiert in Rz. 26

Reichhold Norway ASA and another v Goldman Sachs International (2000) 2 All ER 679

zitiert in Rz. 26

Yee Hong Pte Ltd v Tan Chye Hee, Andrew and Ho Bee Development Pte Ltd

zitiert in Rz. 26

## **Entscheide anderer Schweizer Gerichte**

Urteil der II Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom

26. Februar 1988

ZH OGer ZR 87/1988, Nr. 129

zitiert in Rz. 37

## **Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
All ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Aufl.	Auflage
B1	Beklagte 1
B2	Beklagte 2
best.	bestimmte(n)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CHK	Handkommentar zum Schweizerprivatrecht
Co.	Compagnie
Diss.	Dissertation
DOJ	United States Department of Justice
Dr.	DoktorIn
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
F Supp	Federal Supplement

f.	folgend
ff.	folgende
grds.	Grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.K.	in Kraft
i.S.(v.)	im Sinne (von)
i.V.m.	in Verbindung mit
Insb.	Insbesondere
int.	international
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
K	Klägerin
K-1	Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008
K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
K-4	Beendigungsvereinbarung vom 16. September 2015
K-5	Pressemitteilung des US Attorney's Office vom 14. Dezember 2015
Komm.	Kommentar
KuKo	Kurzkommentar
Ltd.	Limited
Mio.	Millionen
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnliches
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Schweizerisches Obligationenrecht und Nebenerlasse vom 1.1.2014, (SR 220)

PA	PerAspera Pharma AG
Prof.	ProfessorIn
Pte Ltd	Private Limited
resp.	respektiv
Rz.	Randziffer
s.	Seite
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
SR	systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
USA	United States of America
US-Behörde	Behörde in den Vereinigten Staaten von Amerika
USD	US-Dollar
v	versus
v.	vom
v.a.	vor allem
Vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse vom 1.1.2016, (SR 210)
ZH OGer	Zürcher Obergericht
Ziff.	Ziffer
zit.:	Zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## **A. Parteistellung der Beklagten 2 in der Schiedsklausel in Art. 13.1 des K-1 vom 28. Februar 2008**

1 Die Parteien haben in Art. 13.1 K-1 eine Schiedsvereinbarung vereinbart. Die B2 wurde Partei dieser Schiedsvereinbarung. Die Parteizugehörigkeit wird nachfolgend begründet.

### **1. Parteistellung der Beklagten 2 in der Schiedsklausel**

2 Die Parteistellung setzt voraus, dass die fragliche Person nach ihrem Wohnsitz- bzw. Sitzrecht rechts- und handlungsfähig ist. Es gibt keine Anhaltspunkte, die gegen die Rechts- und Handlungsfähigkeit der B2 sprechen. Sodann ist erforderlich, dass die fragliche Person Vertragspartei ist, was mittels der vertragsrechtlichen Regeln der gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG anwendbaren Rechtsordnungen zu prüfen ist (STACHER, Rz. 199). Die Vertragszugehörigkeit der B2 ergibt sich aus nachfolgenden Überlegungen.

### **2. Vertragsparteien und Zustandekommen der Schiedsvereinbarung**

3 Für das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung bedarf es den Austausch der übereinstimmenden Willenserklärung hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte (BERGER/KELLERHALS, Rz. 284). Die Parteien haben in Art. 13.1. des K-1 die Musterschiedsklausel verwendet, welches die erwähnten Kernelemente beinhaltet (siehe Rz. 8ff. zur Gültigkeit der Schiedsvereinbarung).

4 Gem. Art. 178 Abs. 1 IPRG muss der Vertragsschluss schriftlich erfolgen. Die Willenserklärungen aller Parteien müssen deshalb in «textlich nachweisbarer» Form erbracht werden (BGE 119 II 391 E. 3a). Zudem ist erforderlich, dass die Willenserklärungen den massgeblichen Parteien zugeordnet werden können. Dies kann bspw. mittels Unterschrift erfolgen (BSK ZPO-GIRSBERGER, Art. 358 Rz. 10). Durch das Unterschreiben des K-1 hat die B2 ihre Willenserklärung schriftlich kundgetan und die Unterschrift kann ihr zugeordnet werden. Die zentrale Frage bzgl. dem Zustandekommen der Schiedsvereinbarung und der Parteizugehörigkeit der B2 kann aufgrund dieser Ausführungen bejaht werden.

### **3. Rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten 2**

5 Der Berufung auf die fehlende Parteistellung kann der Erfolg verwehrt bleiben, wenn sie sich nach dem anwendbaren Recht gem. Art. 178 Abs. 2 IPRG als rechtsmissbräuchlich erweist (STACHER, Rz. 201). I.c. kommt schweizerisches Recht zur Anwendung. Art. 2 Abs. 2 ZGB erfasst das widersprüchliche Verhalten (venire contra factum proprium) in der Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs (BGE 125 III 257 E. 2a). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht wird (BGE 121 III 350

ff., 353 E. 5b). Die B2 hat durch ihre Unterschrift des K-1 bei der K das Vertrauen erweckt, sich an die Schiedsklausel binden zu wollen. Das schutzwürdige Vertrauen darauf wurde durch die Unzuständigkeitserklärung der B2 enttäuscht. Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich als nachteilig erweisen (BGE 121 III 350 E. 5b, BGE 110 II 494 E. 4a). Er vollzieht etwa prozessrelevante oder tatsächliche Handlungen, die er ohne den vom Partner geschaffenen Vertrauenstatbestand so nicht vorgenommen hätte (BGE 17.2.2000, 4C.421/1999). Ohne das erweckte Vertrauen hätte die K keine Klage beim Schiedsgericht erhoben. Die damit verbundenen Aufwendungen sowie finanzielle Investitionen hätten ihr erspart bleiben können. Im Ergebnis der Ausführungen darf sich die B2 nicht auf die Nichtparteistellung berufen und bleibt somit Partei der Schiedsklausel.

#### **4. Eventualiter: Parteistellung durch Ausdehnung der Schiedsvereinbarung**

6 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass die B2 nicht Partei durch Unterschrift des Hauptvertrages der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 geworden ist, wird im Folgenden ausgeführt, dass die B2 durch eine Ausdehnung der Schiedsklausel Partei geworden ist.

7 Die Ausdehnung der Schiedsklausel ist nach dem in Art. 178 Abs. 2 IPRG günstigsten Recht zu beurteilen. Die Ausdehnung auf einen Dritten wird zu bejahen sein, wenn dieser sich während des Abschlusses oder der Erfüllung des Hauptvertrages so verhält, als ob er nach Treu und Glauben dem Hauptvertrag und der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung beitreten wolle. (BERGER/KELLERHALS, Rz. 521). Im BGE 129 III 727 wurde die Ausdehnung auf eine natürliche Person bejaht, welche auf der Beklagtenseite alles in die Wege geleitet und kontrolliert hat sowie sich in die Geschäfte und die Realisierung des Immobilienprojekts eingemischt hat (BERGER/KELLERHALS, Rz. 522) Die B1 ist eine 50/50-Joint Venture Gesellschaft der B2 und der Arteria Pharma AG. Auch war es die B2, welche Interesse am Vertrieb von Dyalgonin® in den USA manifestierte (Einleitungsanzeige Rz. 2f.). Ebenfalls unterschrieb sie den K-1 als Garantin der B1 mit. Obwohl die Vertragsverhandlungen von der B1 selber geführt wurden, arrangierte die B2 das Zustandekommen. Ausserdem besteht die Mehrheit des Verwaltungsrats der B1 aus Managern der B2 (Verfügung 3, Rz.16), wodurch die B2 indirekt an den Vertragsverhandlungen und an dessen Abschluss Einfluss nehmen konnte. Von der K durfte nach Treu und Glauben verstanden werden, dass sich die B2 als Garantin und 50/50-Joint Venture Unternehmen ebenfalls an die Schiedsklausel binden wollte. Die Schiedsvereinbarung kann somit auf die B2 ausgedehnt werden, wodurch dieser Parteistellung zukommt.

## **B. Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2**

8 Im Folgenden wird dargelegt, dass die Schiedsvereinbarung gegenüber der B2 gültig ist.

### **1. Formelle Gültigkeit**

9 Die Schiedsvereinbarung muss den Formvorschriften des anwendbaren Rechts genügen (GIRSBERGER/VOSER, Rz. 215). I.c. kommt Schweizer Recht zur Anwendung (siehe Art. 13.1 des K-1). Gem. Art. 178 Abs. 1 IPRG erfordert die Schiedsvereinbarung Textform. Dies bedeutet, sie muss schriftlich oder zumindest nachweisbar eine Vereinbarung durch Text sein (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art 178, Rz. 6). Mit einem Verweis auf Art. 13.1 des K-1 kann dies i.c. eindeutig bejaht werden.

### **2. Materielle Gültigkeit: essentialia negotii**

10 Es ist darzulegen, dass die Schiedsvereinbarung materiell gültig zustande kam.

#### **2.1. Willensübereinstimmung**

11 Um die materielle Gültigkeit zu bejahen, müssen sich die Parteien richtig verstanden haben.

##### 2.1.1. Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens

12 Nach Schweizer Recht hat die Auslegung insb. nach Art. 18 OR zu erfolgen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178, Rz. 52a). I.c. kommen die Grundsätze des Art. 18 OR zur Anwendung. Wenn kein übereinstimmendes tatsächliches Verständnis festgestellt werden kann, ist der mutmassliche Parteiwille in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes zu ermitteln. Danach sind die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen in Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 29 E. 2.2.3, BGE 130 III 66 E. 3.2.). I.c. bestreitet die B2 gem. der Unzuständigkeitseinrede ihre Parteistellung im Hauptvertrag und somit der Schiedsvereinbarung. Die K und die B2 haben sich nicht übereinstimmend verstanden, weshalb der mutmassliche Wille anhand des Vertrauensgrundsatzes zu ermitteln ist. An die Schiedsvereinbarung gebunden sind Parteien, welche den Hauptvertrag unterzeichnet haben oder namentlich genannt sind (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Rz. 8). Die K ging berechtigterweise davon aus, dass die B2 durch ihre Unterschrift des K-1 auch Partei der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung wurde. Um die Gültigkeit der Schiedsklausel weiter zu untermauern, kann auf Auslegungsgrundsätze verwiesen werden, welche sich auf int. Ebene zu einem gewissen Grad verselbstständigt haben. Dazu gehört der Grundsatz, dass Schiedsvereinbarungen im Sinne ihrer Wirksamkeit begünstigenden Inhalts auszulegen sind. Im int. Kontext spricht man von einer Auslegung in favorem validitatis (NIEDERMAIER, s. 32f.). I.c. kann dieser Grundsatz herangezogen werden, was die Gültigkeit und die Auslegung der Schiedsvereinbarung des K-1 zugunsten der K unterstreicht.

13 Sollte die B2 sich darauf stützen wollen, die Garantieklausel gehöre nicht zum Hauptvertrag und ihre Unterschrift sei somit bzgl. des Hauptvertrages nicht gültig, so sei ihr Folgendes entgegenzuhalten. Dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung zufolge können «Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag» durch ein Schiedsverfahren entschieden werden. I.c. stellt die Garantieklausel von Art. 12 K-1 einen solchen Anspruch „im Zusammenhang“ des Hauptvertrages dar. Durch die Unterschrift der B2 kannte sie den Inhalt der Schiedsklausel und die K durfte davon ausgehen, dass auch die B2 sich bei Uneinigkeiten auf ein Schiedsgericht berufen möchte und somit Partei der Schiedsklausel wäre.

#### 2.1.2. Grad der Spezifikation der Schiedsklausel und die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses

14 Es ist nicht nötig, dass die Parteien die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts explizit ausschliessen. Wörter wie Schiedsrichter o.ä. genügen (GIRSBERGER/VOSER, Rz. 224). Die Schiedsklausel muss einen bestehenden Rechtsstreit oder einen bestimmbar zukünftigen bezeichnen. Dabei genügen genutzte Klauseln wie «in Verbindung mit diesem Vertrag» (GIRSBERGER/VOSER, Rz. 231ff.). I.c. wurde die Schiedsklausel genügend spezifiziert und das Rechtsverhältnis bestimmbar bezeichnet (siehe Art. 13.1 des K-1).

### 2.2. **Objektive und subjektive Schiedsfähigkeit**

15 Art. 177 Abs. 1 IPRG behandelt die objektive Schiedsfähigkeit. Was i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG als «vermögensrechtlicher Anspruch» gilt, wird vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz nach Schweizer Recht bestimmt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 209). Letztlich kommt es beim Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs darauf an, dass mit der Klage ein wirtschaftliches Interesse verfolgt wird (BGE 118 II 353 E.3b). Die K fordert ihr Darlehen direkt von den Beklagten zurück. Sie verfolgt ein wirtschaftliches Interesse, womit die objektive Schiedsfähigkeit zu bejahen ist. Die Parteien müssen rechts- bzw. parteifähig und handlungs- bzw. prozessfähig sein (BERGER/KELLERHALS, Rz. 344). Mangels gegenteiliger Hinweise kann von der Schiedsfähigkeit der Parteien ausgegangen werden.

### 3. **Zwischenfazit**

16 Die Schiedsvereinbarung ist sowohl formell als auch materiell gültig auf die B2 anzuwenden. Diese erhebt Einspruch wegen Ungleichbehandlung, welche nachfolgend abgelehnt wird.

### 4. **Keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Parteien**

17 Gem. IPRG Art. 179 Abs. 1 werden die Schiedsrichter der Vereinbarung entsprechend ernannt, abberufen oder ersetzt. Die Parteien können ein besonderes Verfahren bzgl. der Ernennung der Schiedsrichter miteinander vereinbaren (ZK IPRG-VISCHER, Art. 179 Rz. 11). Dies gilt nach Swiss Rules Art. 8 Abs. 3 ebenfalls in einem Mehrparteienverfahren. Das Schiedsgericht wird

in erstere Linie nach der Vereinbarung der Parteien bestellt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 835). Die Parteien haben sich in Art. 13.1 des K-1 auf die Schiedsrichterbestellung geeinigt, dass das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern bestehen soll. Die Lieferantin und die Distributorin ernennen je einen Schiedsrichter, welche das vorstehende Mitglied ernennen. Die B2 kannte den Inhalt der Schiedsklausel, womit es gegen den hohen Stellenwert der Parteiautonomie im IPRG sprechen würde, wenn sie sich im Nachhinein auf die Ungleichbehandlung berufen würde.

- 18 Scheitert das Verfahren nach der Vereinbarung der Parteien, wird eine Ernennung in zwei Parteigruppen versucht, bei der jede einer Bestellung zustimmt (Swiss Rules-KARRER, Art. 8 Rz. 112). Wenn die strittigen Ansprüche nach dem für den Vertrag massgeblichen materiellen Recht untrennbar miteinander verknüpft sind, wird die Parteigruppe der Beklagten zu einer notwendigen Streitgenossenschaft. Bei der Bestellung eines Schiedsrichters wird sie wie ein und dieselbe Partei gehandhabt (Swiss Rules-Komm. BÜHLER, Art 8 Rz. 22). Der Anspruch der K gegen die B2 bemisst sich ebenfalls nach ihrem Rechtsbegehren 1. gegen die B1 (siehe Einleitungsanzeige Rechtsbegehren 1 und 3). Für eine Abhängigkeit der zwei Forderungen der K spricht ebenfalls, dass die B2 als Garantin für die B1 einsteht. Dadurch können die B1 und die B2 gemeinsam als eine notwendige Streitgenossenschaft behandelt werden und sollten darum zusammen einen Richter stellen, was von der B1 bereits vollzogen wurde. Da der Verwaltungsrat der B1 aus Manager der B2 besteht, war die B2 ebenfalls indirekt bei der Ernennung der Schiedsrichter beteiligt. Die Spruchkörper sind genügend unabhängig, wenn sich eine Symmetrie der Abhängigkeit bildet. Das heisst, keine der Parteien darf für die Wahrung der Unabhängigkeit bei der Bestellung des Schiedsgerichts eine Vorzugsstellung im Spruchkörper erhalten (KIENER, s.118). Die Stellung des Richters durch die B1 stellt gleichzeitig eine Vertretung der B2 im Spruchkörper dar. Auch wenn die B2 nach der Unzuständigkeitseinrede bestreitet, gleichläufige Interessen zu haben wie die B1, ist dies nicht nachvollziehbar. Die B2 stützt sich auf dieselbe Argumentation wie die B1 (siehe Einleitungsantwort der B2 vom 29. Juli 2016). Auch lässt sie sich vom selben Anwalt vertreten. Dies spricht dafür, dass die beiden Interessen ähnlich wenn nicht sogar identisch sind. Die K erlangt somit keine Vorzugsstellung, wodurch die Spruchkörper genügend unabhängig sind.

##### **5. Eventualiter: Verletzung des Prinzips der Gleichbehandlung**

- 19 Sollte das Gericht wider Erwarten eine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips annehmen, wird im Folgenden aufgeführt, weshalb die Schiedsklausel dennoch Gültigkeit erlangt. Unvollständige, unklare oder widersprüchliche Bestimmungen einer Schiedsvereinbarung führen nicht ohne weiteres zu deren Ungültigkeit, wenn sie nicht zwingende Elemente der Schiedsvereinbarung betreffen. Gibt es Differenzen bzgl. der Abwicklung des Schiedsverfahrens, greift

grds. der Utilitätsgedanke. Es ist nach einem Vertragsverständnis zu suchen, welches die Schiedsvereinbarung bestehen lässt (BGE 138 III 29 E.2.2.3.). Eine Lösung im Interesse des Gleichbehandlungsgrundsatzes bildet Art. 362 Abs. 2 ZPO, welcher durch den Verweis in Art. 179 Abs. 2 IPRG Anwendung in internationalen Schiedsverfahren findet (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 Rz. 13). Sie kommt zum Zug, wenn keine gültige Vereinbarung vorliegt oder diese gem. Art. 362 Abs. 1 ZPO scheitert (KuKo ZPO-DASSER, Art. 362 Rz. 7). Die Aufzählung in Art. 362 Abs. 1 ZPO ist nicht abschliessend, weshalb weitere Fälle denkbar sind (ZPO CHK-GASMMANN, Art. 362 Rz. 13, ZPO-Komm.-SCHWANDER/STACHER Art. 362 Rz. 7). Diese Kann-Vorschrift lässt sich v.a. bei Konstellationen, bei denen mehr als zwei Parteien einem Dreierschiedsgericht gegenüberstehen, anwenden (OFK ZPO-PLANINIC/ERIK, Art. 362 Rz. 3). Im Falle einer Nichteinigung über die Bestellung eines Schiedsrichters in einem Mehrparteienverfahren kann der zuständige Richter, wenn er dies für sinnvoll erachtet, sämtliche Mitglieder des Schiedsgerichts bestimmen. Dadurch verlieren die Parteien die Möglichkeit, ihren Schiedsrichter selber zu bestimmen, selbst wenn dies in der Schiedsvereinbarung vorgesehen ist (BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 Rz. 13). Dies bedeutet, dass durch die Einrede der B2 wegen Ungleichbehandlung die Schiedsklausel trotzdem gültig bleibt. Dem Gericht bleibt aber vorbehalten, die zuständigen Mitglieder selbst zu bestellen, damit alle Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichts gleich mitwirken können.

## **6. Fazit**

20 Die Schiedsvereinbarung ist formell wie auch materiell gegenüber der B2 gültig. Auch die Einrede der Ungleichbehandlung lässt die Schiedsklausel nicht ungültig werden.

## **C. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichts ohne Parteistellung der Beklagten 2**

21 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass die B2 nicht Partei der Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 ist, wird im Folgenden ausgeführt, dass das Schiedsgericht dennoch zur Beurteilung der Ansprüche der K gegenüber der B2 zuständig ist.

### **1. Einlassung auf die Schiedsgerichtsbarkeit**

22 Die B2 hat sich durch ihre Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 auf das Schiedsverfahren eingelassen. Das wird nachfolgend aufgeführt und begründet.

#### **1.1. Klage vor unzuständigem Gericht und Rechtshängigkeit des eingeleiteten Prozesses**

23 Der Kläger muss das Schiedsverfahren gegen eine Partei einleiten, welche nicht im subjektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung liegt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 645). Die Parteistellung der B2 wird eventualiter abgelehnt, wodurch die K vor dem unzuständigen Gericht

klagt. Rechtshängigkeit meint den Prozesszustand, der vom ersten Erbringen der Streitsache vor einer richterlichen Instanz bis zu ihrer gerichtlichen Entscheidung vorliegt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1017). Gem. Art. 181 IPRG ist ein Schiedsverfahren hängig, sobald eine Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet. Bei einem institutionellen Schiedsverfahren beginnt die Rechtshängigkeit mit der Vornahme der nach der Schiedsordnung vorgesehenen Einleitung (BSK IPRG-PFISTER, Art. 181 Rz. 9). Nach den Swiss Rules Art. 3 wird das Schiedsverfahren mit der Einreichung der Einleitungsanzeige an die Kammern eingeleitet. Die K reichte die Einleitungsanzeige per 29. Mai 2016 an das Sekretariat des Schiedsgerichtshofes der Swiss Chambers 'Arbitration Institution ein, womit die Rechtshängigkeit bejaht werden kann.

## **1.2. Einlassungshandlung**

24 Die beklagte Partei muss, ohne die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben, zur Hauptsache verhandeln. Die B2 äussert sich in der provisorischen Einleitungsanzeige vom 29. Juli 2016 hauptsächlich dazu, dass sie sich den Ausführungen der B1 anschliesst. Dabei muss es sich um eine vorbehaltlose Einlassung handeln. So eine liegt namentlich vor, wenn die beklagte Partei eine schriftliche Klageantwort einreicht, ohne vorgängig oder mindestens gleichzeitig eine Unzuständigkeitseinrede zu erheben. (BERGER/KELLERHALS, Rz. 587ff.). Ebenfalls handelt es sich um eine vorbehaltlose Einlassung, wenn die beklagte Partei nur die Aktivlegitimation der klagenden Partei oder die eigene Passivlegitimation bestreitet (BGer v. 31.1.1991, 4P.114/1991, E. 1a). Es liegt eine derartige Einlassung vor, denn die B2 bestreitet in der provisorischen Einleitungsanzeige lediglich ihre Passivlegitimation bzgl. der Schiedsklausel. Auch erfolgt ihre Unzuständigkeitseinrede erst nach der Einleitungsantwort. Die Zuständigkeitsbegründung durch Einlassung beruht auf dem Grundsatz, in einem Prozess nach Treu und Glauben zu handeln (STOJILJKOVIC, s. 16). Wenn ein bereits fortgeschrittenes Schiedsverfahren wegen einem nicht rechtzeitig gerügten Zuständigkeitsmangel aufgehoben werden müsste, wäre dies eine Verschwendung von Ressourcen (STOJILJKOVIC, s. 17). Nach Treu und Glauben durfte sich die K auf die Einlassung der B2 verlassen, da kein Grund ersichtlich ist, warum jene die Unzuständigkeitseinrede erst so spät erbrachte.

## **1.3. Wirkungen der Einlassung**

25 Bei vorbehaltloser Einlassung verwirkt das Recht, die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu rügen (POUDRET/BESSON, Rz. 471). Diese Verwirkungsfolge entspricht einem auch in anderen Rechtsordnungen bekannten, auf Treu und Glauben zurückzuführenden Grundsatz (BGer v. 9.1.2007, 4P.96/2002, E. 4.3.2). Die Verwirkung des Rügerechts wirkt zuständigkeitsbegründend und ersetzt damit das Konsenserfordernis (vgl. BGE 128 III 50 E. 2cc). Nachdem sich die

B2 vorbehaltlos auf die Klage geäußert hat, hat sie das Recht, die Unzuständigkeitseinrede zu ergreifen, verwirkt. Somit ist die erklärte Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 nicht zu berücksichtigen und die B2 ist an die Schiedsklausel gebunden, auch wenn sie gem. Fragestellung nicht Partei davon geworden ist.

## **2. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgerichts über Rechtsstreitigkeiten mit Dritten, welche untrennbar mit dem Hauptstreit verbunden sind**

26 Wenn man sich von der Schweizer Rechtsprechung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit abwendet, findet man z.B. in den USA (Dale Metals Corp. v. Kiwa Chemical Industry Co., Ltd., 442 F. Supp. 78 (S.D.N.Y. 1977)), England (Reichhold Norway ASA and another v Goldman Sachs Internationale) oder auch Singapur (Yee Hong Pte Ltd v Tan Chye Hee, Andrew and Ho Bee Development Pte Ltd.) einen Trend der Schiedsgerichte, welcher sich nun auch mit diesem Entscheid in der Schweiz manifestieren könnte. Immer mehr wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch bei einem Anspruch gegen einen Dritten angenommen, wenn dieser untrennbar oder stark mit dem Hauptanspruch verbunden ist (BREKOULAKIS, Rz. 7.18ff.). Die Schiedsgerichtsbarkeit kann dadurch negative Auswirkungen auf einen Dritten haben. Dadurch wird verhindert, dass staatliche Gerichte den Prozess gegen eine Drittpartei beurteilen, obwohl diese nie einer Schiedsklausel zugestimmt hat (BREKOULAKIS, Rz. 7.19). Der Anspruch eines Dritten kann untrennbar mit dem Hauptanspruch verbunden sein, wenn komplizierte vertragliche Abmachungen bestehen, welche die Hauptparteien sowie auch den Dritten betreffen (BREKOULAKIS, Rz. 7.25). Dadurch, dass die B2 als Garantin den K-1 mitunterzeichnet hat und die B1 ein Joint-Venture Unternehmen ist, hängen die Ansprüche sehr eng zusammen. Ebenfalls benötigt es zur Bestimmung der Höhe des Betrages die Auskunft der B1, weshalb die verschiedenen Ansprüche untrennbar miteinander verbunden sind.

## **3. Fazit**

27 Die Voraussetzungen der Einlassung auf ein Schiedsgericht können i.c. bejaht werden. Um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts weiter zu begründen, kann, wie aufgezeigt, auf Praktiken der int. Ebene verwiesen werden.

## **D. Die Aktivlegitimation der Klägerin**

28 Die K ist durch die Abtretung aktivlegitimiert, was nachführend begründet wird.

### **1. Übergang der Schiedsklausel**

29 Eine vertragliche Schiedsklausel bindet grundsätzlich nur die Vertragsschliessenden. Unter gewissen Voraussetzungen werden auch Dritte, welche die Schiedsklausel nicht unterzeichnet haben und keine Erwähnung finden, daran gebunden und deshalb auch Partei. Dies ist u.a. bei

einer gültigen Forderungsabtretung der Fall (BGE 129 III 727 E. 5.3.1; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 399). I.c haben die PA und die B1 den K-1 und somit auch die Schiedsklausel unterschrieben. Die K erhielt im K-2 für ihr Darlehen alle bestehenden und zukünftigen Forderungen der PA gegen ihre Distributoren durch eine gültige Forderungsabtretung. Als Partei der Schiedsklausel ist sie sowohl an die Schiedsklausel gebunden als auch aktivlegitimiert.

## **2. Allgemeine Voraussetzungen der Abtretung**

30 Die Gültigkeit der Abtretung wird im Folgenden dargelegt.

### **2.1. Verfügungsmacht des Zedenten**

31 Die Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft und benötigt die Verfügungsmacht des Zedenten (SCHWENZER, Rz. 90.04). Dafür muss der Zessionar tatsächlich Gläubiger sein. Die Forderungen entspringen dem K-1. Die PA ist im Zeitpunkt der Abtretung tatsächlich Gläubigerin aller bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegenüber allen Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin®. Die PA besitzt die Verfügungsmacht.

### **2.2. Einhalten der Formvorschrift**

32 Es wird zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden.

#### 2.2.1. Das Verpflichtungsgeschäft

33 Das Verpflichtungsgeschäft (pactum de cedendo) ist gem. Art. 165 Abs. 2 OR formlos gültig. Das Verpflichtungsgeschäft ist im K-2 in der Sicherheitsklausel enthalten und somit formgültig.

#### 2.2.2. Das Verfügungsgeschäft

34 Gem. Art. 165 Abs. 1 OR bedarf die Abtretung der einfachen Schriftform (SCHWENZER, Rz. 90.13). In der Sicherheitsklausel des K-2 liegt die Abtretung schriftlich vor. Für den Verzugsfall ist vorgesehen, dass die K die genannten Forderungen selbstständig geltend machen kann. Der Schuldner gerät ohne Mahnung in Verzug, wenn zur Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde. Dies geschieht u.a. durch die Nennung eines Datums im Vertrag. (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 10). Der Rückzahlungstermin des Darlehens ist am 31.12.2015. Die B1 befindet sich ab dem 1.1.2016 in Verzug. Eine Mahnung ist obsolet, da ein Rückzahlungstermin– ein Verfalltag– verabredet wurde. Am 1.1.2016 gehen alle Ansprüche der Darlehensnehmerin gegen ihre Distributoren unter den Vertriebsverträgen für Dyalgonin® auf die K über. Das Verfügungsgeschäft ist an die Bedingung des Verzugs geknüpft und am 1.1.2016 automatisch wirksam.

### **2.3. Bestimmbarkeit der Forderung**

35 Die Forderung muss im Zeitpunkt der Abtretung aus der Urkunde hervorgehen und zumindest bestimmbar sein. Dies geschieht durch die kumulative Erfüllung der Punkte: Bekanntheit des Schuldners, Fälligkeit und Höhe bzw. Inhalt der Forderung (HUGUENIN, Rz. 1366; SCHWENZER, Rz. 90.14). Bei einer Globalzession künftiger Forderungen müssen diese Kriterien im Zeitpunkt des Entstehens oder der Geltendmachung der Forderungen und nicht bereits bei Abgabe der formgültigen Abtretungserklärung erfüllt sein (BGE 135 V 2 E. 6.1.2.). I.c. handelt es sich um eine Globalzession gegenwärtiger und künftiger Ansprüche. Die Elemente der Forderung lassen sich im Zeitpunkt der Geltendmachung bestimmen. I.c. ist B1 der Schuldner. Die bestimmte Forderung ist am 31.12.2015 fällig und beinhaltet alle in der Klageschrift geltend gemachten Rechtsbegehren insb. die in 1. (i) der Rechtsbegehren verlangten Unterlagen.

### **2.4. Abtretbarkeit der Forderung**

36 Gem. Art. 164 Abs. 1 OR sind grundsätzlich alle Forderungen abtretbar (SCHWENZER, Rz. 90.18), ausser die Abtretung wurde durch Gesetz, Vertrag oder wegen der Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 27). Durch ausdrückliche Vereinbarungen im Vertrag kann die Abtretung einer Forderung verboten werden (HUGUENIN, Rz. 1360). Es sind keine Indizien für ein gesetzliches oder durch die Natur des Rechtsverhältnisses entstandenen Verbotes ersichtlich. Ein vertragliches Abtretungsverbot wurde vereinbart. Diesem kommt aber keine Wirkung zu (siehe Rz. 37 ff.).

### **3. Die Abtretung ist abstrakter Natur**

37 In der Lehre ist die Frage, ob der Theorie der Kausalität oder der Abstraktheit zu folgen ist, umstritten (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3515). Das BGer lässt die Frage offen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 23; BGer, 5.8.2013, 4A\_191/2013 E.4). Das ZH OGer folgt der Abstraktheit (OGer ZH zr 87/1988, Nr. 129 s. 305/307).

38 Bei Annahme der Abstraktheit ist die Abtretung gültig, auch wenn der von den Parteien vereinbarte Rechtsgrund nicht vorliegt, ungültig ist oder sich nicht verwirklicht. (Das heisst insb. auch wenn das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft ungültig ist) (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 22). Die Zession bleibt folglich auch bei Wegfall des Verpflichtungsgeschäftes bestehen und die Forderung des Zedenten gegen den debitor cessus geht auf den Zessionar über (CHK OR-PREETZ/CH. BURRI, Art. 164 Rz. 3). Dieser Ansicht nach kann der Schuldner seine Leistung unter der Berufung auf ein ungültiges Verpflichtungsgeschäft nicht verweigern (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 23). Dies bedeutet im Verhältnis Zedent-Zessionar, dass bei einem mangelhaften Grundgeschäft die Zessionsverfügung wirksam

bleibt (SCHWENZER, Rz. 90.07; BUCHER, s. 555 b). Der fehlende Gutgläubensschutz im Zessionsrecht kann durch den Grundsatz der Abstraktheit der Abtretung ausgeglichen werden (SCHWENZER, Rz. 90.08). Der K-1 wurde am 27.2.2008, der K-2 am 25.2.2014 abgeschlossen. Das Abtretungsverbot ist im Zeitpunkt des Zustandekommens des K-2 immer noch in Kraft. Das Verpflichtungsgeschäft des K-2 fällt somit unter das Abtretungsverbot. Die B1 kündigte den K-1 auf den 31.10.2015. Gem. Art. 13.3.4 K-1 bleiben die Art. 8, 13.1 und 13.2 auch nach Beendigung des K-1 in Kraft. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die restlichen Artikel des K-1 nach der Beendigung an Wirkung verlieren, wovon auch das Abtretungsverbot in Artikel 13.5 K-1 betroffen ist. Im K-2 wird vereinbart, dass die Fälligkeit am 31.12.2015 eintritt und die K über die Forderungen verfügen kann. Das Verfügungsgeschäft findet am 1.1.2016 statt. Da die Gültigkeit der Abtretung gem. der abstrakten Methode lediglich ein gültiges Verfügungsgeschäft voraussetzt, ist der Verfügungsteil des K-2 und somit auch die Abtretung als Ganzes gültig. Die K ist zudem gutgläubig und hatte vom Abtretungsverbot keine Kenntnis. Der fehlende Gutgläubensschutz soll in Anbetracht dessen, dass das BGer die Theoriewahl offenlässt, mit der Annahme der Theorie der Abstraktheit ausgeglichen werden.

39 Zudem ist die nachvertragliche Ausdehnung von Art. 13.5 K-1 nach Beendigung des K-1 sinnlos. Die teleologische Auslegung fragt nach dem Sinn und Zweck des Vertrages und zieht den Parteiwillen als Hilfe bei. Dies erfolgt durch die Analyse der Motive und Interessenlage der Vertragsparteien (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 Rz. 30). Art. 13.5 des K-1 besagt, dass die Rechte einer Partei aus dem Vertrag nicht abtretbar sind. Die B1 wollte verhindern, prüfen zu müssen, an wen sie mit schuldbefreiender Wirkung leisten kann. Dies wäre ohnehin unnötig aufgrund von Art. 167 OR. Gem. Art. 167 OR wird der Schuldner gültig befreit, wenn er in gutem Glauben an den früheren Gläubiger leistet, falls ihm die Abtretung nicht angezeigt wurde. Gem. der Verfügung Nr. 3 E. 7. dient das Abtretungsverbot der B1 einer klaren und übersichtlichen Vertragsabwicklung. Damit ist die einfache und rationelle Ausgestaltung des Abrechnungsverkehrs und der Buchhaltung gemeint. Dies ist auch bei einer Abtretung möglich. Dafür werden einzig die Daten des Zessionars benötigt, welche dem Schuldner aufgrund der Notifikationspflicht von Art. 167 OR zugänglich gemacht werden. Zusätzlich wollte die B1 sicherstellen, dass im Insolvenzfall die PA durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter die Produktion des Zulieferbetriebes stabil halten kann. Die B1 verhält sich widersprüchlich, da sie den Zulieferbetrieb im Insolvenzfall aufrechterhalten will, obwohl sie selbst den Vertrieb faktisch einstellte. Somit hat sie kein berechtigtes Interesse, die Zulieferung aufrechtzuerhalten. Sinn und Zweck des Abtretungsverbots ist auch die Schaffung einer persönlichen Verbindung und Sicherheit zwischen den Vertragsparteien. Durch die Beendigung des K-1 entfallen die

erwähnten Elemente, da keine Geschäfte mehr zwischen den Parteien abgewickelt werden. Durch Wegfall des Sinn und Zwecks und die aufgelöste Wirkung des Art. 13.5 K-1 steht dem Verfügungsgeschäft, somit der Abtretung als Ganzes, kein Verbot entgegen.

#### **4. Eventualiter: Die Abtretung ist kausaler Natur**

40 Geht man von der Kausalität für die Gültigkeit der Abtretung aus, muss auch das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft gültig sein. Die Abtretung erfordert folglich ein gültiges Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. (SCHWENZER, Rz. 90.06).

#### **4.1. Restriktive Auslegung des Abtretungsverbotes und OR 2020**

41 Nach geltendem Schweizer Recht ist die vertragliche Beschränkung der Abtretbarkeit Dritten gegenüber grundsätzlich wirksam. Allerdings werden die Wirkungen vertraglicher Abtretungsverbote im internationalen Handelsrecht tendenziell eingeschränkt. Moderne Rechtsordnungen gehen von der Unwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote gegenüber Dritten aus (SCHWENZER, Rz. 90.24). Deshalb erscheint eine restriktive Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR für grenzüberschreitende, dem schweizerischen Recht unterstehende Rechtsverhältnisse sinnvoll (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 32). Art. 164 Abs. 1 OR 2020 besagt, dass die Abtretung gültig ist, auch wenn diese gegen ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot verstösst (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 Abs. 1). Das geltende OR bevorteilt die Position des Schuldners in Art. 164 Abs. 1 OR. Die Forderung ist dadurch nicht mehr verkehrsfähig (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 Rz. 3). Die Anpassung soll dem Interessenausgleich dienen (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 Rz. 9). Die Regelungen des Abtretungsverbotes im internationalen Recht haben die eindeutige Tendenz, dem Interesse der Verkehrsfähigkeit von Forderungen einen hohen Stellenwert zuzuschreiben (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 Rz. 12). Daraus schliesst sich, dass schon jetzt im internationalen Rechtsverkehr das vertragliche Abtretungsverbot nur sehr eingeschränkt zur Geltung kommt. Zwischen der B1 aus Kanada und der PA aus der Schweiz liegt ein grenzüberschreitendes Rechtsverhältnis vor. Die Wirkung des Abtretungsverbotes in Art. 13.5 K-1 soll gegenüber K eingeschränkt werden. Restriktiv ausgelegt bedeutet das beschränkte Abtretungsverbot, dass wenn keine gewichtigen Gründe vorliegen auch nicht vorgängig um schriftliche Zustimmung zur Abtretung ersucht werden muss. Die eingeschränkte Wirkung gegenüber Dritten verstärkt den Schluss, dass das Abtretungsverbot der K nicht entgegengehalten werden darf.

#### **4.2. Zulässigkeit der nachträglichen Fingierung der Zustimmung**

42 Der Wortlaut wird oft als primäres Auslegungsmittel aufgefasst. Allerdings hat er aus sich heraus keine Bedeutung, weil die individuelle Interpretation des Lesers die Aussage bestimmt.

Eine rein grammatikalische oder formalistische Auslegung ist unzulässig (GAUCH/SCHMID, s. 214-217). Lässt sich kein gemeinsames Vertragsverständnis ermitteln, so bildet der Vertragszweck eine wichtige Erkenntnisquelle für die Auslegung, durch die der Vertrag sogar entgegen seinem klaren Wortlaut auszulegen ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 Rz. 30). Gem. Art. 186 Abs. 1 IPRG kann das Schiedsgericht seine Zuständigkeit selbst bestimmen (Kompetenz-Kompetenz) (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 Rz. 2). Eine ungültig abgetretene Forderung kann durch nachträgliche Zustimmung des Schuldners geheilt werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 Rz. 52). Gemäss Art. 15.7 Swiss Rules müssen die Beteiligten mit allen Mitteln die Effizienz der Durchführung fördern und unnötige Kosten vermeiden. B1 beharrt auf der vorgängigen schriftlichen Zustimmung und erwähnt, sie hätte nicht zustimmen müssen. Die PA ging davon aus, dass sie nicht um Zustimmung ersuchen muss, falls keine gewichtigen Gründe vorliegen. Die Klausel ist teleologisch so zu verstehen, dass falls keine gewichtigen Gründe vorliegen, die Ersuchung um Zustimmung obsolet ist, da dies ein Übermass an Formalismus und an Zeitverzögerung mit sich bringt. Die B1 macht geltend, dass man die Zustimmung nicht im Nachhinein fingieren kann. Gem. Art. 164 Abs. 2 OR kann der Schuldner der Zession nachträglich zustimmen. Durch die Kompetenz-Kompetenz kann das Schiedsgericht die Zustimmung folglich im Analogieschluss nachträglich fingieren. Weitere Verfahren nach Einholung der Zustimmung würden unnötige Verfahrenskosten verursachen, was gem. Art. 15.7 Swiss Rules zu vermeiden ist. Die Abtretung ist somit zulässig.

## **5. Fazit**

43 Die Abtretung ist sowohl nach der abstrakten, als auch nach der kausalen Theorie gültig. Da durch die Abtretung zugleich auch die Schiedsklausel übergeht, ist K aktivlegitimiert.

## **E. Anspruch der Klägerin auf die verlangten Dokumente**

44 Die K besitzt aus Vertrag und Gesetz einen Anspruch auf die geforderten Dokumente.

### **1. Vertragliche Auskunftspflicht der Beklagten 1**

45 Durch die Abtretung der Forderungen aus dem K-1 erlangt die K das Recht auf Auskunft.

#### **1.1. Qualifikation des Vertrages als Alleinvertriebsvertrag**

46 Der Alleinvertriebsvertrag ist ein gemischter Vertrag, welcher sich aus Nominat- und Innominatenelementen zusammensetzt (BSK OR-I AMSTUTZ/MORNIN, Einl. vor Art. 184ff, Rz. 115/SCHLUEP, SPR VII/1, s. 844). Die Käufe (Kaufvertrag), die Absatzförderungspflichten (Agenturvertrag), das Konkurrenzverbot (Treuepflicht) und die Gewährleistung (Garantieversprechen) bilden Nominatenelemente. Ausführungen zu den Auftragsselementen siehe Rz. 54 ff..

Innominatelemente sind das Alleinvertriebsrecht, die Alleinbezugspflicht und die Mindestabnahmepflicht (Sukzessivkauf) (SCHLUEP, SPR VII/1, s. 844). Dadurch ist ein Dauerschuldverhältnis gegeben (BSK OR-I AMSTUTZ/MORNIN, Einl. vor Art. 184ff., Rz. 115). Die OR AT Bestimmungen werden direkt angewendet, falls ein Synallagma vorliegt (HUGUENIN, Rz. 3703). Als Gegenleistung für die Verkaufsförderung erhält der Abnehmer das ausschliessliche Bezugsrecht (SCHLUEP, SPR VII/1, s.844, Anm. 30.). Dadurch ist der K-1 synallagmatisch und das OR AT wird direkt angewendet. Die B1 wird in Art. 1.1 K-1 als Exklusivhändlerin in den USA ernannt. Darin ist das Alleinvertriebsrecht, die Alleinbezugspflicht und gleichzeitig das Konkurrenzverbot der B1 enthalten. Diese Exklusivität ist in Art. 1.3 K-1 an eine Mindestabnahmepflicht geknüpft. Der Dyalgoninvertrieb der B1 setzt den Kauf bei der PA voraus und untersteht dem Kaufrecht. Art. 5.1 K-1 enthält die Absatzförderungspflicht der B1. Der K-1 ist als Alleinvertriebsvertrag zu betrachten.

## **1.2. Qualifikation vertraglicher Klauseln als primäre Nebenpflichten**

47

Nebenpflichten sind Parteipflichten, die keine Hauptpflichten sind und ergeben sich entweder aus Vertrag oder Gesetz (HUGUENIN, Rz. 99). Fehlt eine solche Regelung, ergeben sie sich auch aus Treu und Glauben (BGE 114 II 57 E. 6 d) aa)). Es gibt u.a. primäre und sekundäre Nebenpflichten (HUGUENIN, Rz. 102). Bei Verletzung primärer Nebenpflichten hat der Gläubiger einen klageweise durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung neben Schadenersatz (HUGUENIN, Rz. 103). Art. 5.2 i) K-1 ist eine primäre Nebenpflicht, da sie die B1 verpflichtet, alle auf dem Territorium anwendbaren Gesetze und regulatorische Anforderungen zu beachten. Dies ist für die PA wichtig, da bei Nichtbeachtung der Dyalgoninvertrieb negativ beeinflusst wird, was zu tatsächlichen finanziellen Schäden und Reputationseinbussen der Marke Dyalgonin® führen kann. Art. 5.2 iii) K-1 verpflichtet die B1 sämtliche Dyalgonin® betreffenden Unterlagen, welche diese an eine US-Behörde sendet, innert fünf Tagen in Kopie an die Lieferantin zu senden. Zudem muss die B1 der PA innert zwei Tagen alle wichtigen von einer US-Behörde erhaltenen Kommunikationen übermitteln. Sie muss die PA über die beabsichtigte Vorgehensweise unterrichten und konsultieren. Dies ist eine primäre Nebenpflicht. Die B1 ist Exklusivhändlerin in den USA. Deshalb sind erhöhte Informationspflichten und Kontrollrechte, aufgrund der grossen geografischen Distanz, welche den Informationsfluss hindert, unerlässlich. Die Abhängigkeit von den Kapazitäten der B1 und der Wissensvorsprung aufgrund des grossen Know-hows Letzterer rechtfertigt dies zusätzlich. Dies führt zu einer Nähe und einem grossen Vertrauensverhältnis, welches durch diese Informationspflichten und die Kontrollrechte geschützt wird. Die PA ist auf die Übermittlung aller an eine US-Behörde gerichteten Unterlagen innert fünf Tagen

angewiesen, damit sie den beabsichtigten, vertragsgemässen Geschäftsgang überprüfen und intervenieren kann. Art. 4.3 K-4 stellt einen angemessenen Zugang zu den Büchern betreffend Dyalgonin® sicher. Es wird eine geordnete Beendigung der Vertriebstätigkeit der B1 auf dem US-Markt bezweckt. Dies ist eine primäre Nebenpflicht, da eine gewisse Akteneinsicht nach Beendigung des K-1 essentiell ist, um beide Parteien auf den gleichen Wissensstand zu bringen und somit u.a zu überprüfen, ob Ansprüche bestehen. Art. 4.6 K-4 besagt, dass sich die Parteien alle Informationen bzgl. Dyalgonin® zustellen, welche die Partei vernünftigerweise aufgrund laufender Gerichtsverfahren oder Untersuchungen benötigt. Auch dieser Artikel ist eine primäre Nebenpflicht, weil die Vertriebstätigkeit nur geordnet beendet werden kann, wenn auch die laufenden Gerichtsverfahren und Untersuchungen rasch erfolgen. Dies kann nur effizient geschehen, wenn die Parteien sich gegenseitig die jeweils relevanten Unterlagen zustellen und somit der Sachverhalt rasch erstellt werden kann.

### **1.3. Verstoss gegen die primären Nebenpflichten**

48

Die K verlangt in 1. (i) der Rechtsbegehren gestützt auf Art. 5.2 iii) K-1 alle, sich auf Dyalgonin® beziehenden Dokumente, besonders Korrespondenz, Mitteilungen oder Eingaben an eine US-Behörde. Der Schriftenwechsel ist eine Korrespondenz. Eine Eingabe ist eine schriftliche Bitte, Beschwerde, Gesuch, o.ä. an eine Behörde. Eine Mitteilung setzt die Behörde von etwas in Kenntnis. Kommunikation ist sämtlicher zwischenmenschlicher Verkehr durch Sprache, Zeichen oder Schrift. Die B1 schloss mit dem DOJ einen Vergleich. Zudem meldete die B1 den US-Behörden falsche Durchschnittspreise betreffend Dyalgonin®. Das DOJ ist eine US-Behörde. Einem Vergleich gehen normalerweise mehrere Schriftwechsel vor und die B1 führte mit der US-Behörde eine Korrespondenz. Die Meldung falscher Durchschnittspreise ist eine Mitteilung und ist wie der Abschluss eines Vergleichs von Art. 5.2 iii) K-1 erfasst. Diese Unterlagen hätten der PA übermittelt werden müssen, was nicht geschah. In 1. (ii) der Rechtsbegehren verlangt die K gestützt auf Art. 5.2 ii) K-1 alle Protokolle, Notizen oder Memoranda der Besprechungen zwischen US-Behörden und der B1, bei welchen die PA ausgeschlossen wurde. Die PA hätte gemäss Art. 5.2 ii) K-1 in regulatorische Entscheidungsprozesse eingebunden werden müssen. Vor Abschluss des Vergleichs über USD 25 Mio. fanden ohne Zweifel Besprechungen, Protokolle, etc. statt, in welche die PA nie eingebunden wurde. Die K fordert in 1. (iii) der Rechtsbegehren gestützt auf Art. 5.2 iii) K-1 auch alle Korrespondenz, Warnungen, Beobachtungen, Notifikationen, Besprechungen oder ähnliche Unterlagen zwischen den US-Behörden und der B1. Gem. Art. 5.2 iii) K-1 sind alle wichtigen, von einer US-Behörde erhaltenen Kommunikationen in zwei Tagen an die PA zu übermitteln. Dem Vergleich über USD

25 Mio. wegen widerrechtlich bezahlten „kick-backs“ ging ein Kommunikationsvorgang zwischen der DOJ und der B1 voran. Dieser wurde auch in der K-5 behandelt. Dies untermauert die Wichtigkeit des Inhalts dieser Kommunikationen. Art. 4.3 K-4 ist verletzt, weil die B1 durch das Verweigern der in 1. der Rechtsbegehren verlangten Unterlagen, der K keine Einsicht in ihre Bücher gewährt. Art. 4.6 K-4 ist auch verletzt, da die B1 der K keine Informationen bzgl. Dyalgonin® übermitteln will, obwohl sich die Parteien in einem Schiedsgerichtsverfahren befinden und die K diese Informationen benötigt.

#### **1.4. Die Beklagte 1 befindet sich im Schuldnerverzug**

49 Die B1 verletzte die in Art. 5.2 K-1 enthaltenen primären Nebenpflichten. Die Rechtsbegehren in 1. entsprechen den Ansprüchen aus dem K-1. Die K ist nun berechtigt, diese einzuklagen und muss sie erhalten. Bei einem Schuldnerverzug ist die Leistungserbringung der geschuldeten Leistung möglich. Der Schuldner leistet aber nicht rechtzeitig, obwohl er dies könnte. Des Weiteren muss die Forderung fällig sein. Dies ist die sie, sobald der Gläubiger die Forderung verlangen darf. Ebenfalls muss der Gläubiger mahnen oder es muss ein Verfalltag vorliegen (HUGUENIN, Rz. 910). Ein Verfalltag liegt vor, wenn sich genau bestimmen lässt, bis zu welchem Tag der Schuldner die Leistung erbringen muss (BGE 129 III 535 E. 3.2.1.). Dann ist die Mahnung nicht nötig und der Schuldner fällt gemäss Art. 102 Abs. 2 OR nach Ablauf dieses Tages direkt in Verzug. Der Schuldner darf zudem kein Leistungsverweigerungsrecht haben (HUGUENIN, Rz. 924). Der Versand aller von der B1 an eine US-Behörde übermittelten Dyalgonin® betreffenden Unterlagen an die PA bzw. die K ist noch möglich, wurde aber von der B1 nicht rechtzeitig vorgenommen, da bei Unterlagen, die von der B1 an eine US-Behörde übermittelt wurden, die Fälligkeit nach fünf Tagen eintritt. Wichtige Kommunikationen, welche die B1 von einer US-Behörde erhielt, werden nach zwei Tagen fällig. Die in Art. 5.2 iii) K-1 genannten Unterlagen bzw. Kommunikationen sind Verfalltagsgeschäfte. Die B1 befindet sich ohne weiteres nach Ablauf der fünf resp. zweitägigen Frist im Verzug. Eine Mahnung der PA ist nicht nötig, da es sich um ein Verfalltagsgeschäft handelt. Die B1 befindet sich bzgl. aller Unterlagen, die sie an eine US-Behörde übermittelte und bzgl. aller Unterlagen, die sie von einer US-Behörde erhielt, in Verzug.

#### **1.5. Die Rechtsfolgen des Verzugs**

50 Um die Gläubigerrechte von Art. 107ff. OR geltend zu machen, hat der Gläubiger eine Nachfrist anzusetzen, in welcher der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommen kann (HUGUENIN, Rz. 952). Auf eine Nachfristansetzung kann u.U. verzichtet werden. Gem. Art. 108 OR ist die Nachfristansetzung nicht nötig, wenn die Schuldnerin offensichtlich nicht leisten wird (HUGUENIN, Rz. 954). Der Gläubiger kann an der Erfüllung seiner Forderung festhalten und

gleichzeitig Ersatz des Verspätungsschadens gem. Art. 103 Abs. 1 OR verlangen. Die B1 befindet sich bzgl. den verlangten Unterlagen und Kommunikationen im Verzug. Die K muss keine Nachfrist ansetzen, weil ihr die B1, die in 1. der Rechtsbegehren verlangten Unterlagen nicht übermitteln will. Die K hält an der Leistung fest und verlangt die Erfüllung der Informationsansprüche. Die B1 kann keine Einrede geltend machen, da die PA nie auf ihre Forderungen verzichtet hat.

### **1.6. Kein Verzicht auf ihre Ansprüche seitens der PerAspera**

51 Gem. Art. 13.4 im K-1 ist die ausbleibende Durchsetzung eines Anspruchs aus K-1 nicht als Verzicht dessen auszulegen. Die B1 sagt, die PA habe auf die Ansprüche verzichtet. Ein ausdrücklicher Verzicht der PA erfolgte nicht. Die K kann die Durchsetzung nun verlangen.

### **1.7. Zwischenfazit**

52 Die K hat einen vertraglichen Anspruch auf die in 1. der Rechtsbegehren verlangten Unterlagen.

## **2. Eventualiter: Gesetzliche Auskunftspflicht der Beklagten 1**

53 Der K kommt zudem ein Anspruch auf Information aus dem Gesetz zu.

### **2.1. Jederzeitige Informationspflicht gemäss Art. 400 OR**

54 Fraglich ist, ob auch Nominatelemente des Auftrags im Alleinvertriebsvertrag vorliegen. Der Beauftragte verpflichtet sich gem. Art. 394 Abs. 1 OR, die ihm übertragenen Geschäfte im Interesse der Auftraggeberin zu besorgen (HUGUENIN, Rz. 3221). Der Beauftragte muss im Interesse der Auftragsgeberin tätig werden (HUGUENIN, Rz. 3247). I.d.R. liegen Auftrags Elemente aufgrund fehlender Fremdnützigkeit der Leistung des Abnehmers nicht vor. Ist jedoch der Abnehmer erfolgreich, vergrössert sich der Umsatz, was im beidseitigen Interesse des Lieferanten und des Abnehmers liegt. Es liegt ein gemeinschaftliches Interesse vor (SCHLUEP, SPR VII/1, s. 844, Anm. 30.). Beim Auftrag ist der Zweck fremd, aber die Verfolgung dessen nicht nur fremdnützig. Somit hindert das Kriterium der Fremdnützigkeit den Vergleich zwischen dem Alleinvertriebsvertrag und dem Auftrag nicht (MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, s.145). Im vorliegenden Alleinvertriebsvertrag liegen auch Nominatelemente des Auftrags vor. Das Interesse der B1, durch den Vertrieb von Dyalgonin® möglichst viel Umsatz zu erwirtschaften kommt gleichzeitig auch der PA zugute, weil diese dann mehr Dyalgonin® an die B1 liefern können und dadurch ihren eigenen Umsatz steigern. Die Eigennützigkeit der B1, ihren Umsatz zu maximieren, ist somit gleichzeitig auch fremdnützig im Interesse der PA. Zweck des Alleinvertriebsvertrages ist der Verkauf von Dyalgonin® in den USA. Der Zweck ist fremdgesetzt, da ein von der PA produziertes Produkt möglichst zahlreich verkauft werden soll. Die Verfolgung

dieses Zwecks ist auch im Interesse der B1, da diese einen Anteil des Umsatzes des Dyalgonin® abschöpft.

55 Die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen ermöglicht bei Innominatkontrakten die Anwendung jener Typennormen, die im konkreten Fall zu einem sachgerechten Ergebnis führen. Sie erlaubt auf einen Innominatvertrag, welcher in Beziehung zu verschiedenen gesetzlichen Vertragstypen steht, gleichzeitig Einzelanordnungen verschiedener Nominatverträge anzuwenden. Dadurch werden flexible, sachgerechte Lösungen gewährleistet (HUGUENIN, RZ. 3701). Gem. Art. 400 OR ist der Beauftragte schuldig, jederzeit auf Verlangen über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaftsablegung bedeutet eine Informationspflicht. Um die fremden Interessen zu wahren, muss der Beauftragte den Auftraggeber über die Geschäftsführung aktiv benachrichtigen und ihm passiv Auskunft erteilen. Die Informationspflicht gemäss Art. 398 OR ist unaufgefordert zu erfüllen (BSK OR I-WEBER, Art. 400, RZ. 2). Der Beauftragte muss seiner Informationspflicht jederzeit nachkommen können. Die Benachrichtigung und Auskunft sind primäre Nebenpflichten (BSK OR I-WEBER, Art. 400, RZ. 3). Die Information muss rechtzeitig erfolgen, wahrheitsgetreu und vollständig sein. Sie muss ausführlich und verständlich sein und alle wesentlichen Vorgänge umfassen. Auch muss über eigene Fehler aufgeklärt werden (BSK OR I-WEBER, Art. 400, RZ. 4). Die B1 informierte die PA nie von sich aus über die laufenden Untersuchungen. Ausserdem leitete sie weder von den US-Behörden eingehende, noch an die US-Behörden gesendete Dokumente an die PA weiter. Dadurch versties sie gegen die unaufgefordert zu erbringende Informationspflicht von Art. 398 i.V.m. Art. 400 OR. Folgt man dem Wortlaut von Art. 400 OR muss die B1 jederzeit, auch nach Beendigung des Auftrags kraft Gesetz über die im Rechtsbegehren verlangten Informationen Rechenschaft ablegen. Die PA hat folglich einen Anspruch aus dem Gesetz auf Erteilung dieser Informationen. Auch bei einer teleologischen Betrachtung der Norm können die Informationen auch nach Beendigung des K-1, da sie primäre Nebenpflichten sind, selbständig eingeklagt werden.

## 2.2. Informationsanspruch aus Treu und Glauben

56 Aus Treu und Glauben ergeben sich präparatorische Informationsrechte, welche der Vorbereitung und Feststellung von Rechtsansprüchen dienen (AFFOLTER, S.11). Dieser Informationsanspruch setzt eine rechtliche Sonderbeziehung und ein berechtigtes Informationsinteresse des Informationsgläubigers voraus (AFFOLTER, S.12).

### 2.2.1. Rechtliche Sonderverbindung

57 Präparatorische Informationsansprüche entstehen nur innerhalb einer materiell rechtlichen Rechtsbeziehung. Diese Sonderverbindung ist durch eine erhöhte Pflichtigkeit zum gewöhnlichen rechtlichen Grundverhältnis charakterisiert (AFFOLTER, S.12). Bei Rechenschaftspflichten ist eine solche Sonderverbindung vorhanden, wenn der Pflichtige fremde, oder zugleich eigene Angelegenheiten besorgt (AFFOLTER, S.13). Der K-1 zwischen der B1 und der PA ist materiellrechtlich, da er die gegenseitigen Rechte und Pflichten der beiden Parteien enthält. Die erhöhte Pflichtigkeit ist u.a. durch die Ernennung der B1 zur Exklusivhändlerin in Art. 1.1 K-1 gegeben, weil dadurch ein erhöhtes Vertrauensverhältnis vorliegt. Durch die grosse geografische Distanz zwischen den Parteien entsteht eine erhöhte Pflichtigkeit, die PA vertragsgemäss zu informieren. Die B1 handelt durch den Vertrieb von Dyalgonin® im Eigen- und im Fremdinteresse der PA, somit ist die Sonderverbindung bei den Rechenschaftspflichten vorhanden.

### 2.2.2. Informationsinteresse

58 Der Informationsanspruch benötigt ein konkretes und berechtigtes Informationsinteresse. Dieses wird durch ihren Zweck determiniert. Bei präparatorischen Informationsansprüchen wird das Informationsinteresse bejaht, wenn für den vorzubereitenden Anspruch gute Gründe aufgeführt werden (AFFOLTER, S.16). Diese liegen vor, wenn der zwar nicht nachgewiesene Hauptanspruch so wahrscheinlich ist, dass er plausibel erscheint (AFFOLTER, S.17). Unselbstständige (präparatorische) Informationsansprüchen bilden eine blosser Hilfsfunktion für die Durchsetzung eines Hauptanspruchs. Sie sollen dem Berechtigten die Beantwortung der Frage ermöglichen, ob und in welchem Umfang ihm Ansprüche gegen den Verpflichteten zustehen (AFFOLTER, S.19). Die unter 1. (i) der Rechtsbegehren zur Herausgabe verlangten Dyalgonin® bezogenen Dokumente sind als präparatorische Informationsansprüche zu qualifizieren. Sie erfüllen eine Hilfsfunktion um die unter 2. und 3. der Rechtsbegehren aufgeführten Forderungen durchzusetzen. Das Informationsinteresse der PA muss bejaht werden, da die B1 widerrechtliche „kick-backs“ an Ärzte bezahlte. Zudem stellte sie den Vertrieb von Dyalgonin® unter den Verstoß der Absatzförderungspflicht faktisch ein, indem sie ihre Marketingausgaben reduzierte und die widerrechtliche „kick-back“ Kampagne nicht durch legale Verkaufsförderungsmaßnahmen ersetzte. Eine solche hätte die Reputationseinbusse von Dyalgonin® und somit den Umsatzeinbruch auffangen können. Dadurch brach das Verkaufsvolumen im wichtigsten Markt der PA ein und führte zu einem enormen finanziellen Schaden. Dieser Schaden kann allerdings erst definitiv nachgewiesen und beziffert werden, wenn die PA alle verlangten Unterlagen erhält, damit sie ihre Klage substantiieren kann. Der Hauptanspruch, Schadenersatz

mitsamt Zins und die Bezahlung eines Betrages in noch zu bestimmender Höhe nebst Zins erscheint unter den Umständen als sehr wahrscheinlich und plausibel.

### 2.2.3. Stufenklage

59 Die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen verlangt die rechtsgenügende Benennung von Gegenstand und Umfang. Falls dem Informationsgläubiger die Informationen fehlen, die er zur Feststellung seines Anspruchs benötigt, kann er durch die Stufenklage zuerst eine Informationsklage erheben. Anschliessend kann er sein eigentliches Klageziel verfolgen und seinen Hauptanspruch durchsetzen (AFFOLTER, S.63). In der Informationsklage muss der Kläger einen best. Antrag stellen (AFFOLTER, S.68). Der Kläger kann sich die best. Angabe der Leistungen, die er als Hauptanspruch verlangt, vorbehalten, bis er die zur Bestimmung nötigen Informationen erhalten hat. Die Stufenklage verschiebt den Zeitpunkt, an dem das Bestimmtheitserfordernis erfüllt sein muss auf später (AFFOLTER, S.70). Die Stufenklage ist ein einheitliches Verfahren, welches prozessual in zwei selbstständige Stadien zerfällt (AFFOLTER, S.71). Die Stufenklage ist nur anwendbar, wenn der Kläger Informationen, die den Anspruchsinhalt betreffen, benötigt, um den Hauptanspruch zu konkretisieren (AFFOLTER, S.72). Anwendungsbereich der Stufenklage sind materiellrechtliche präparatorische Informationsansprüche, die über Inhalt oder auch gleichzeitig über den Rechtsgrund des Hauptanspruchs Aufschluss geben (AFFOLTER, S.73). Die K macht unter 1. (i) ihrer Rechtsbegehren die Informationsklage geltend. Diese ist ausreichend substantiiert und enthält alle verlangten Auskünfte. In 2. und 3. ihrer Rechtsbegehren macht sie ihren Hauptanspruch geltend. Die Höhe des Schadenersatzes nebst Zins behält sie sich vor, bis sie die genauen Auskünfte der Informationsklage erhalten hat. Auch die Höhe der Zahlung eines Betrages nebst Zins behält sie sich vor. Ohne die in 1. der Rechtsbegehren erwähnten Dokumente, kann die K ihre Forderungen nicht konkretisieren. Diese Informationen sind unerlässlich um abzuklären, in welcher Höhe der Schadenersatz und der geforderte Betrag ausfallen soll. Die K hat einen präparatorischen Informationsanspruch.

### **2.3. Kein Verzicht der Forderungen gemäss Art. 115 OR**

60 Laut Art. 115 OR gilt die Nichtgeltendmachung einer Forderung über längere Zeit nicht als Erlasswille des Gläubigers (BSK OR I-GABRIEL, Art. 115 Rz. 6). Das Nichtdurchsetzen des Anspruchs durch die PA wird somit nicht als Erlasswille qualifiziert.

### **3. Fazit**

61 Die K hat einen vertraglichen und einen gesetzlichen Informationsanspruch. Daraus folgt, dass sie die in 1. der Rechtsbegehren verlangten Unterlagen von der B1 erfolgreich einfordern kann.