

Moot Court Team 9

Barbara Vinck Aguirre
Dominic Szönyi
Patric Lohri
Viviane Stauffacher

per E-Mail

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 Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliane Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 10

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 9

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Bosch

Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Vollenweider

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Richterich

Namens und mit Vollmacht der Beklagten 1 und der Beklagten 2 stellen wir fristgerecht folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Entscheidungsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	X
A. Prozessuales.....	1
I. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel.....	1
1. Ansprüche aus der Garantieklausel sind nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst.....	1
2. Die Beklagte 2 ist von der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel nicht erfasst ...	2
a) Die subjektive Auslegung führt nicht zur Parteistellung der Beklagten 2	2
b) Die objektive Auslegung führt nicht zur Parteistellung der Beklagten 2.....	4
II. Die Schiedsklausel ist gegenüber der Beklagten 2 ungültig.....	6
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde verletzt	6
2. Das Prinzip der Waffengleichheit wurde verletzt	8
3. Die vom Paritätsgrundsatz abweichende Abrede ist ungültig.....	9
4. Eventualiter: Es muss ein separates Schiedsverfahren durchgeführt werden	10
III. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen.....	10
B. Materielles	11
I. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert	11
1. Das Abtretungsverbot ist absolut wirksam.....	11
2. Die Abtretung ist aus gewichtigen Gründen nicht nachträglich zu genehmigen	13
II. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	14
1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auskunft aus Distributionsvertrag	15
2. Die Klägerin hat kein Auskunftsrecht von Gesetzes wegen	16
a) Es besteht kein Auskunftsanspruch aus Verfahrensrecht.....	16
b) Der Distributionsvertrag kennt keine Auskunftsansprüche aus OR*.....	18
3. Eventualiter: Die verlangten Auskünfte sind nicht selbstständig klagbar.....	18
a) ZPO 85 II ist anzuwenden.....	19
b) Die Voraussetzungen für eine Stufenklage gem. ZPO 85 II liegen nicht vor	19

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: the practitioner's guide*, Alphen de Rijn 2013 (zit.: ARROYO/BEARBEITERIN, Art. ... Erlass, N ...; oder zit.: ARROYO/BEARBEITERIN, Kapitel ... Teil ..., N ...)
[N 33, 41, 48, 87]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Auflage, Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS, N ...)
[N 17, 31, 77, 79]

BK OR, GAUTSCHI GEORG (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI/2, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR, Bern 1964 (zit.: BK OR-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)
[N 83]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)
[N 2, 19, 29, 51]

BSK OR I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)
[N 10, 14, 71]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 10. Auflage, Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N ...)
[N 56]

HADŽIMANOVIĆ NATAŠA, Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2006 (zit.: HADŽIMANOVIĆ, ...)

[N 89]

HARTMANN JÜRGE./EGLI FELIX W./MEYER-HAUSER BERNHARD F., Der Alleinvertriebsvertrag, Ein Praktikerleitfaden mit Checkliste für Alleinvertrieb in der Schweiz und im schweizerisch-internationalen (EU) Verhältnis, 2. Auflage, St. Gallen 1995 (zit.: HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, ...)

[N 81]

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

[N 55, 56, 71]

KELLER MAX/SCHOEBI CHRISTIAN, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Band IV, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1985 (zit.: KELLER/SCHOEBI, ...)

[N 56]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (zit.: KOLLER, ...)

[N 56]

KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag hrsg. v. FORSTMOSTER PETER/GIGER HANS/HEINI ANTON/SCHLUEP WALTER R., Zürich 1989, S. 187-204 (zit.: KUHN, ...)

[N 83]

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005 (zit.: LEUMANN, ...)

[N 89]

LIVSCHITZ TAMIR, Arbitration: an Efficient Solution for Multiparty Disputes?, in: Swiss Arbitration – Practical Aspects and New Developments, NKF Publication 19, Zürich 2015, S. 63-86 (zit.: LIVSCHITZ, ...)

[N 39]

MASSURAS KONSTADINOS, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main 1998 (zit.: MASSURAS, ...)

[N 33]

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

[N 81, 83]

MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag hrsg. v. SCHWENZER INGEBORG/HAGER GÜNTER, Tübingen 2003 (zit.: MÜLLER-CHEN, ...)

[N 62]

NICKLISCH FRITZ, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Grossprojekten, in: Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag hrsg. v. PLANTEY ALAIN/BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/BREDOW JENS, Paris/Köln/Bonn 1994, S. 221-239 (zit.: NICKLISCH, ...)

[N 38]

SCHRÖDER ANDREAS, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 2000, (zit.: SCHRÖDER, ...)

[N 89]

SCHULER OTHMAR HEINRICH, Der Ausschluss der Zessionsfreiheit bei Forderungen durch „Vereinbarung“ und „Gesetz“ (Art. 164 OR), Diss. Zürich 1951 (zit.: SCHULER, ...)

[N 57, 60]

SCHWAB KARL HEINZ, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft, in: Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, 6. April 1989 hrsg. v. LINDACHER F. WALTER/PFAFF DIETER/ROTH H. GÜNTER/SCHLOSSER PETER/WIESER EBERHARD, Bielefeld 1989, S. 285-295 (zit.: SCHWAB, ...)

[N 38]

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

[N 56]

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

[N 37, 79]

VOCK DOMINIK, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, in: SJZ 95/1999, S. 41 ff. (zit.: VOCK, ...)

[N 89]

VON THUR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit.: VON THUR/ESCHER, ...)

[N 56]

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

[N 7, 10]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. November 1981

BGE 107 Ia 155

[N 41]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2012

BGE 112 II 241

[N 58]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 1990

BGE 116 Ia 56

[N 19]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
13. Juni 1991

BGE 117 II 273

[N 14]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001

BGE 128 III 50

[N 6]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. August 2008

BGE 134 III 565

[N 2, 9, 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011

BGE 138 III 29

[N 19]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Februar 2014

BGE 140 III 134

[N 23]

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Oktober 2010

BGer 4A_279/2010

[N 19]

Kantonale Entscheide

Urteil der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2001
(= ZR 101 2002, 77–81 = ASA Bull. 2002, 694– 701)

OGer ZH 11.09.2001

[N 31, 42]

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 01. März 2012

HGer Zürich, HG100147

[N 58]

Ausländische Entscheide

Urteil der französischen Cour de Cassation vom 7. Januar 1992

Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco

In: *Revue de l'arbitrage* 1992, S. 470-482

[N 37]

Abkürzungsverzeichnis

*	Zusätzliche Argumentation
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
AV	Agenturvertrag
AVV	Alleinvertriebsvertrag
BGE	Entscheide der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
c/o	care of = in der Obhut von
Diss.	Dissertation
DOJ	United States Department of Justice
Dr.	Doktor / Doktorin
DV	Distributionsvertrag (K-1)
E.	Erwägung
E-Antw.	Einleitungsantwort der Beklagten 2 vom 29. Juli 2016
E-Anz.	Einleitungsanzeige der Klägerin 29. Mai 2016
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende
gem.	gemäss
ggü.	gegenüber
HG	Handelsgericht
HGer ZH	Handelsgericht Zürich

h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i.c.	in casu
KS	Klageschrift vom 9. Dezember 2016
Ltd.	Limited
N	Randnummer
NKF	Niederer Kraft & Frey AG
Nr.	Nummer
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
OGer ZH	Zürcher Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor / Professorin
Rev.arb.	Revenue de l'arbitrage
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
s.o.	siehe oben
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom Juni 2012
SRIAC	Swiss Rules of International Arbitration Commentary
u.a.	unter anderem
U-Einr.	Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 vom 26. September 2016
US(A)	Vereinigte Staaten von Amerika
v.a.	vor allem
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

A. Prozessuales

I. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel

1 Wie die Klägerin richtig festhält, bestreitet die Beklagte 2, dass die Schiedsklausel des Distributionsvertrages auf sie anwendbar ist (**K-1**, Art. 13.1). Die Klägerin führt aus, es liege eine gültige Schiedsklausel vor, die Rechtsbegehren seien objektiv von der Schiedsklausel erfasst und die Beklagte 2 unterstehe der subjektiven Tragweite der Schiedsvereinbarung (**KS**, N 4-21). Im Folgenden wird eingehend erläutert, weshalb keines der von der Klägerin genannten Argumente zutrifft.

1. Ansprüche aus der Garantieklausel sind nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst

2 Die objektive Tragweite bezeichnet alle streitigen Rechtsbegehren, welche unter eine Schiedsvereinbarung fallen (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 74). Die Klägerin behauptet, die eingeklagten Rechtsbegehren, namentlich die Ansprüche aus der Garantieklausel im Distributionsvertrag (**K-1**, Art. 12), seien von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel in Art. 13.1 DV erfasst (**KS**, N 6). Dies ist nicht richtig. Grundsätzlich erstreckt sich die Schiedsklausel in einem durch eine Garantie gesicherten Vertrag nicht auf Auseinandersetzungen zwischen dem betroffenen Gläubiger und dem Garanten (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 66). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegenüber einem Garanten kann nicht gestützt darauf bejaht werden, dass der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner eine Schiedsvereinbarung beinhaltet. Vielmehr muss die Garantieabrede selber eine Schiedsklausel oder zumindest einen Verweis auf eine solche im Hauptvertrag enthalten, sodass der Wille des Garanten, sich der Schiedsklausel unterstellen zu wollen, klar zum Ausdruck kommt (zum Ganzen BGE 134 III 565, E. 3.2).

3 Die Beklagte 2 nimmt vorliegend einzig die Funktion einer Garantin ein. So wird sie in der Aufzählung der Parteien explizit nur als Garantin bezeichnet (**K-1**, S. 1) und im Zusammenhang mit der Schiedsklausel überhaupt nicht erwähnt. Obschon die Garantie im gleichen Schriftstück wie der DV geregelt ist, so findet sich in der Garantieklausel kein Verweis auf die Schiedsvereinbarung des Hauptvertrages. Die im DV enthaltene Schiedsklausel umfasst Streitigkeiten zwischen Klägerin und Garantinnen nicht. Die Unterzeichnung des DV alleine kann nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung der Beklagten 2 zur Schiedsklausel gewertet werden, war doch das Unterzeichnen einzig auf den Abschluss der Garantie gerichtet. Eine Willensäußerung der Beklagten 2 zur Schiedsklausel findet sich im DV nicht.

4 Offensichtlich anerkennt dies auch die Klägerin, denn sie bezeichnet selber den Distributionsvertrag und den Garantievertrag als getrennte Verträge, spricht sie doch von einer „*Ausdehnung*“ der Schiedsklausel auf „*konnexe Verträge*“ (KS, N 6).

5 Nachdem es bereits objektiv an der Schiedsfähigkeit fehlt, ist daher auf das Rechtsbegehren 3 der Klägerin nicht einzutreten.

2. Die Beklagte 2 ist von der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel nicht erfasst

6 Unter der subjektiven Tragweite wird eruiert, welches die durch die Schiedsvereinbarung verpflichteten Parteien sind (BGE 128 III 50, E. 2a).

a) Die subjektive Auslegung führt nicht zur Parteistellung der Beklagten 2

7 Anhand der subjektiven Auslegung zur subjektiven Tragweite der Schiedsklausel soll gem. dem rekonstruierten Willen der Vertragsparteien nachvollzogen werden, wer als Partei der Schiedsvereinbarung gelten wollte. Zur Erforschung des wirklichen Parteiwillens müssen der unmittelbar geäußerte Wille und andere Indizien und Umstände des Vertragsschlusses herangezogen werden (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 361).

8 Die Formulierung der Schiedsklausel (K-1, Art. 13.1), welche nach der Klägerin breit auszulegen ist (KS, N 11), lässt keineswegs den Schluss zu, die Beklagte 2 hätte damit ihren Willen geäußert, Garantiefälle ebenfalls schiedsgerichtlich entscheiden zu lassen. Einerseits war die Beklagte 2 an den Vertragsverhandlungen nicht anwesend, was für sich alleine schon für ihre untergeordnete Rolle in den Vertragsbeziehungen zwischen Lieferantin und Distributorin spricht. Sie verstand sich bloss als Garantin der Distributorin, was auch für die Klägerin ersichtlich war. Andererseits wird die Beklagte 2 in der Schiedsklausel weder erwähnt, noch findet sich darin ein Verweis auf die Garantie. Auch die Garantieklausel enthält keinen Verweis auf die Schiedsvereinbarung. Gleichzeitig werden die *Hauptparteien* des Vertrages, wie sie von der Klägerin selbst genannt werden (KS, N 12), als Parteien im möglichen Schiedsverfahren bezeichnet. Aus der Formulierung von Art. 13.1 DV kann demnach kein Wille der Beklagten 2 abgeleitet werden, Partei der Schiedsklausel sein zu wollen.

9 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte 2 ausdrücklich eine Ausnahme von der im DV enthaltenen Schiedsklausel hätte verlangen sollen (KS, N 11). Der Verzicht auf eine explizit formulierte Ausnahme der Beklagten 2 von der Schiedsklausel lässt aber einzig darauf schliessen, dass die Beklagte 2 von vornherein davon ausgegangen ist, nicht Partei der Schiedsklausel zu sein. Dazu war sie berechtigt. Wie die Klägerin korrekt festgehalten hat, ist die Beklagte 2 eine kommerziell erfahrene Gesellschaft, welche in internationalem Kontext handelt (KS, N 18). Mit ihrem Wissen um die aktuelle schweizerische Rechtsprechung, in welchen Garantien objektiv ohne explizite Erwähnung nicht von der Schiedsklausel erfasst

sind (BGE 134 III 565 ff., E. 3.2), stand es für die Beklagte 2 ausser Frage, von der Schiedsklausel in Art. 13.1 DV erfasst zu sein, ohne in dieser explizit genannt zu sein. Damit bestand ohnehin kein Grund für die Beklagte 2 eine explizite Ausnahme für sich zu verlangen. Das müsste auch der Klägerin klar sein.

- 10 Die Klägerin macht ferner geltend, aus dem nachträglichen Verhalten seien Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen einer Partei bei Vertragsschluss zu ziehen (**KS**, N 10). Solche Rückschlüsse dürfen jedoch ohnehin nur mit grösster Zurückhaltung getroffen werden, da späteres Verhalten von zahlreichen anderen Umständen beeinflusst werden kann (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 396). Ferner besteht die Gefahr, dass falsche Schlüsse gezogen werden, wenn seit Vertragsschluss ein anhaltendes Missverständnis zwischen den Parteien bestand (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 29).
- 11 Selbst wenn man sich aber – wie es die Klägerin tut – dieses unsicheren Auslegungsmittels bedient, lässt sich im nachträglichen Verhalten der Beklagten 2 für den Standpunkt der Klägerin nichts gewinnen. Den Vorbehalt zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts ihr gegenüber in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 konkretisiert sie durch die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016. Zudem sind keine Äusserungen oder Verhaltensweisen ersichtlich, welche einen anderen Schluss zulassen, als den, dass die Beklagte 2 nie den Willen besass, Partei der Schiedsklausel zu sein.
- 12 Die Klägerin führt aus, dass der DV die gesamte Vereinbarung der Parteien darstellt (**KS**, N 11). Dem ist jedoch der eigenständige Charakter der Garantieklausel entgegen zu halten. Die Beklagte 2 nimmt in den Vertragsbeziehungen einzig die Stellung einer Garantin ein und wird auf der ersten Seite des DV ausdrücklich auch als solche genannt („sowie zusätzlich [...] Garantin der Distributorin“). Im Gegensatz zur expliziten Nennung der Lieferantin und der Distributorin, lässt eine gezielte Auslassung der Beklagten 2 in der Schiedsklausel nur darauf schliessen, dass die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel sein sollte. Die Garantieklausel im DV ist selbständig vom Hauptvertrag zwischen Lieferantin und Distributorin, und die Garantie hätte genauso gut in einem physisch eigenständigen Vertrag getrennt geregelt werden können. Darauf wurde bloss aus Praktikabilitätsgründen verzichtet. Ohne Querverweise zwischen der Garantie- und der Schiedsklausel dürfen diese nicht als Einheit betrachtet werden.
- 13 Zuletzt führt die Möglichkeit der Parteien, in einem Verfahren Beistand von ihren Garantinnen zu erhalten (**KS**, N 12), sicherlich nicht zu einer Parteistellung derselben. Auch wenn eine solche Begleitung allenfalls sogar denkbar wäre, hat sie nichts mit einer rechtlichen Parteistellung einer Garantin zu tun und ist an sich schon mehr als mutmasslich.

b) Die objektive Auslegung führt nicht zur Parteistellung der Beklagten 2

- 14 Wie in der Klageschrift weiter ausgeführt wird, ist die Schiedsvereinbarung nach der objektivierten Auslegungsmethode zu analysieren, wenn die subjektivierte Auslegung keine eindeutige Lösung ergibt (**KS**, N 14). Dabei ist zu überprüfen, wie vernünftige Parteien den Wortlaut der Übereinkommen bzw. die abgegebenen Erklärungen verstanden hätten (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 13). Die dazu angewendete Vertrauenstheorie soll klären, wie die Willenserklärungen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 117 II 273, E. 5c).
- 15 Vorweg sei festgehalten, dass die Beklagte 2 im DV einzig eine Garantie zusicherte. Es versteht sich von selbst, dass sich auch die Unterschrift des DV (**K-1**), alleine auf die Garantieklausel bezieht. Die weiteren Erklärungen durch die Beklagte 2 beinhalteten ebenso keinen Parteiwillen zur Schiedsvereinbarung. Der Vorbehalt (E-Antw. der Beklagten 2) und die darauffolgende Unzuständigkeitseinrede (U-Eintr. der Beklagten 2) waren die einzigen Äusserungen nach Vertragsschluss der Beklagten 2.
- 16 Des Weiteren spricht auch der Wortlaut des DV gegen die Parteistellung der Beklagten 2. Wie unter Art. 12 DV festgehalten, haften die Garantinnen für die Einhaltung der Vertragspflichten „im Sinne einer *eigenständigen* Verpflichtung“. So wird die sinngemässe Trennung vom restlichen Distributionsvertrag und der Garantieklausel, auf die bereits unter N 12 eingegangen wurde, noch deutlicher. Angesichts des eindeutigen Verzichts der Nennung der Beklagten 2 in der Schiedsvereinbarung, sowie des Fehlens jeglichen Querverweises zwischen dieser und der Garantieklausel kann der Wortlaut von vernünftigen Personen nicht so verstanden werden, dass die Beklagte 2 ebenfalls Partei der Schiedsvereinbarung ist.
- 17 Während der Wortlaut „Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“ auf eine umfassende Zuständigkeit hinweist und grundsätzlich auch Nebenrechte erfasst, gilt diese Auslegung nicht für Garantien, wie bspw. die Garantie einer Muttergesellschaft für Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaft (BERGER/KELLERHALS, N 507). Das Schiedsgericht kann im Falle einer Garantie seine Zuständigkeit nur bejahen, wenn der Garantievertrag eine Schiedsklausel, oder einen rechtsgenügenden Verweis auf eine solche enthält (BGE 134 III 565, E. 3.2).
- 18 Beides ist vorliegend nicht gegeben, womit die breite Auslegung im Gegensatz zu den Ausführungen der Klägerin (**KS**, N 16) unter dem Aspekt dieser Wendung verneint werden muss, da sich Rechtsprechung und Lehre in Bezug auf Garantien klar gegen die Anwendung dieses weiten Verständnisses positioniert.

- 19 Alsdann macht die Klägerin geltend, die Schiedsklausel sei gemäss dem Grundsatz des *favor validitatis* zu betrachten, und die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach welcher Schiedsvereinbarungen restriktiv auszulegen sind, sei unbeachtlich (**KS**, N 18). Sind sich Parteien aber über das Zustandekommen einer Schiedsklausel uneinig, so ist der Ausschluss der Möglichkeit, Streitigkeiten durch ein staatliches Gericht entscheiden zu lassen, nicht leichthin anzunehmen (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Dies v.a. wegen des Verzichts auf ein durch BV 30 I und ERMK 6 I garantiertes staatliches Gericht, der damit zusammenhängenden Einschränkung der Rechtsmittelwege und der höheren Kosten, welche durch ein schiedsgerichtliches Verfahren entstehen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52). Im Zweifelsfalle muss demnach eine restriktive Auslegung vorgenommen werden (BGer 4A_279/2010, E. 3.1). Der Utilitätsgedanke, wonach ein Vertragsverständnis zu suchen ist, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt, kann nur dann zum Zuge kommen, wenn das Auslegungsergebnis zeigt, dass die Parteien ihre Streitsache dem staatlichen Gericht entziehen wollten (BGE 138 III 29, E. 2.2.3).
- 20 Die Klägerin verkennt sodann den zwingenden Charakter der höchstrichterlichen restriktiven Rechtsprechung. Ohne Anhaltspunkte auf eine allfällige Absicht der Beklagten 2, sie wolle auf ihr Grundrecht auf einen staatlichen Richter verzichten, kann ihr dieses Recht nicht entzogen werden. Die Existenz der Schiedsklausel zwischen der Distributorin und der Lieferantin besteht unabhängig von der Beklagten 2. Die *favor validitatis*-Auslegung darf sich einzig auf die Schiedsabrede zwischen den eigentlichen Parteien derselben (also zwischen Lieferantin und Distributorin) beziehen. Entgegen der Auffassung der Klägerin in N 18 (**KS**) macht die Beklagte 2 daher nicht nachträglich eine Ausnahme von der Schiedsklausel geltend, sondern es fehlt die Zustimmung der Beklagten 2 zur Schiedsvereinbarung *ab initio*.
- 21 Ferner weist das Layout auf der ersten Seite des DV darauf hin, dass den Garantinnen durch die eindeutig kleinere Schrift, welche zu ihrer Bezeichnung verwendet wurde, von vornherein eine untergeordnete Rolle zugeordnet war. Weiter schliesst auch der Wortlaut der Präambel, wonach „*die Parteien*“ eine Zusammenarbeit betreffend des Verkaufs von Dyalgonin® in den USA vereinbaren, die Parteistellung der Beklagten 2 aus, da sie offensichtlich in den Vertrieb des Medikaments nicht involviert war.
- 22 Die von der Klägerin monierte fehlende zusätzliche Streitbeilegungsklausel (**KS**, N 19) bekräftigt weiter nur die Tatsache der Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts gegenüber der Beklagten 2. Zu schliessen, die Beklagte 2 wolle sich einem Schiedsgericht unterordnen, weil sie nicht explizit staatliche Gerichtsbarkeit verlangt habe, leuchtet nicht ein, greift doch die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts, falls nicht ein anderes Streitverfahren vereinbart wurde. Grundsatz ist die Zuständigkeit staatlicher Gerichte.

- 23 Das Gericht muss bei der Auslegung von Schiedsvereinbarungen berücksichtigen, was sachgerecht ist, da davon ausgegangen wird, die Parteien strebten eine angemessene Lösung an (BGE 140 III 134, E. 3.2).
- 24 Die Klägerin macht geltend, dass die Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips eine angemessene Lösung wollten (KS, N 20). Ein gemeinsames Verfahren mit der Beklagten 1 ist jedoch für die Beklagte 2 unter dem Umstand, dass ein Garantieanspruch gegen die Beklagte 2 erst geltend gemacht werden kann, wenn die angebliche Vertragsverletzung durch die Beklagten 1 gerichtlich festgestellt worden ist, unangemessen. Die Verfahren wären demnach sehr einfach zu trennen gewesen. Hinzu kommt, dass dem Grundsatz der Prozessökonomie in Gegenüberstellung zum Grundrecht auf ein staatliches Gericht kaum Gewicht zukommt.
- 25 Entgegen den Ausführungen der Klägerin in N 21 (KS), kann auf ein Missverständnis über Vertragsgrundlagen nicht bei Vertragsschluss hingewiesen werden, da zu diesem Zeitpunkt ein allfällig entgegengesetztes Verständnis der anderen Partei noch nicht erkennbar ist. Ja zeigt sich die Existenz eines Missverständnisses *per definitionem* erst, wenn das Verständnis der Parteien dargelegt wird und ein Dissens über das Erklärte zu Tage tritt. Die Beklagte 2 befindet sich in der richtigen Annahme, nicht Partei der Schiedsvereinbarung zu sein. Dass der Gegenpartei die korrekte Auslegung des Vertrages nicht ersichtlich ist, kann sich nicht zum Nachteil der Beklagten 2 auswirken. Durch ebendieses Missverständnis erklärt sich in der Konsequenz auch, dass die Beklagte 2 keine schriftlich festgehaltene Exklusion von der Schiedsvereinbarung für sich verlangte. Ohne Wissen um das von ihrem eigenen divergierende Verständnis der Gegenpartei hatte sie dazu keinen Grund.
- 26 Gemäss richtiger Vertragsauslegung ist die Beklagte 2 somit nicht Partei der Schiedsvereinbarung und das Schiedsgericht hat sich deshalb ihr gegenüber für unzuständig zu erklären. Daher ist auf die Klage nicht einzutreten.

II. Die Schiedsklausel ist gegenüber der Beklagten 2 ungültig

- 27 Sollte das Schiedsgericht entgegen unseren Ausführungen annehmen, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsklausel (K-1, Art. 13.1) wäre, ist das Schiedsgericht dennoch nicht zuständig, da die Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2, wie nachfolgend dargelegt, ungültig ist.

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde verletzt

- 28 Die Klägerin behauptet in N 24 (KS), das zwingende Gebot der Gleichbehandlung gebe der Beklagten 2 kein Recht auf die eigenständige Ernennung eines Schiedsrichters. Die Klägerin verkennt jedoch, dass zwingende Bestimmungen verletzt wurden, indem der Beklagten 2 die Mitsprache bei der Wahl der Schiedsrichter und somit jegliche Mitwirkung bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes verwehrt blieb.

- 29 Jede Partei hat das Recht an der Konstituierung und der Wahl der Schiedsrichter in gleichem Umfang teilzunehmen, unabhängig davon, ob in der Schiedsvereinbarung etwas anderes festgehalten wurde. Der zwingende Gleichbehandlungsgrundsatz ist denn auch in IPRG 182 III gesetzlich verankert. Dieses Prinzip ist während des ganzen Schiedsverfahrens zu beachten und insbesondere auch während der Konstituierung des Schiedsgerichtes (zum Ganzen BSK IPRG-PETER/LEGLER, Art. 179 N 12).
- 30 Im vorliegenden Fall wurde dieser Grundsatz verletzt, da der Beklagten 2 jegliche Möglichkeit genommen wurde, auf die Konstituierung des Schiedsgerichtes Einfluss zu nehmen. Sie wurde bei der Konstituierung schlicht übergangen. Die Klägerin macht geltend, dass die Bestimmungen lediglich dazu da seien, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsgerichtes zu gewährleisten (**KS**, N 24), doch fehlt es als Konsequenz dieser Grundsatzverletzung an genau diesen Eigenschaften.
- 31 Fusst das Schiedsverfahren nicht auf der Basis der Gleichbehandlung, fehlt die Garantie einer unparteiischen und unabhängigen Rechtsprechung (BERGER/KELLERHALS, N 803). Schiedsgerichte müssen eine unabhängige Rechtsprechung gewährleisten können (OGer ZH 11.09.2001, E. 4.d).
- 32 Die Festhaltung dieser zwingenden Garantie im Gesetz selbst zeigt, welche Relevanz sie für die Legitimation der Schiedsgerichtsbarkeit hat. Denn gibt es Zweifel an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsgerichts, verliert die Schiedsgerichtsbarkeit als Weg der ausserstaatlichen Streitbeilegung an Legitimation. Somit ist ein Verstoss gegen die Gleichbehandlung als schwerwiegende Verletzung eines elementaren Grundsatzes der Schiedsgerichtsbarkeit zu werten und muss zur Ungültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2 führen. Ansonsten läuft die Schiedsgerichtsbarkeit als Institution Gefahr, untergraben zu werden und ihre Legitimation als Streitbeilegungsmechanismus zu verlieren. Hier wurde dieser Grundsatz verletzt, indem der Beklagten 2 keine Möglichkeit zur Mitwirkung bei der Konstituierung gegeben wurde. Dies bedeutet, dass das Verfahren nicht auf der Basis der Gleichbehandlung steht und somit keine Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung leisten kann. Als logische Konsequenz, damit eine gerechte Rechtsprechung gewährleistet wird, muss die Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2 als ungültig erklärt und die Beklagte 2 aus dem Schiedsverfahren exkludiert werden.
- 33 Schiedsrichter sind zwar keine offiziellen Vertreter der Parteien, wie die Klägerin geltend macht (**KS**, N 24), doch ist ihre Schlussfolgerung daraus falsch. Die Auswahl der Schiedsrichter kann für das Ergebnis des Schiedsverfahrens von entscheidender Bedeutung sein (ARROYO/DICKENMANN, Art. 8 Swiss Rules N 17). Die Parteien werden einen besonders sach-

kundigen Schiedsrichter auswählen dem sie vertrauen, um damit ihre Chance auf einen sachgerechten, realitätsnahen und für sie akzeptablen Spruch zu erhöhen (MASSURAS, 324). Zudem verhält sich die Klägerin widersprüchlich, wenn sie in N 24 (**KS**) diese Meinung vertritt aber in N 43 (**KS**) von einer Benachteiligung ihrer Rechtsstellung spricht, falls sie einen nicht selbst ausgewählten Schiedsrichter erhält. Sie untermauert mit ihren Äusserungen die Signifikanz eines selbstgewählten Schiedsrichters. Der Beklagten 2 wurde die Chance einen Schiedsrichter zu bestimmen, dem sie vertraut und damit ihr Einfluss auf den Schiedsspruch genommen.

34 Mangels der Möglichkeit der Beklagten 2 auf die Konstituierung des Schiedsgerichts Einfluss zu nehmen, wurde der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt.

2. Das Prinzip der Waffengleichheit wurde verletzt

35 Wie die Klägerin in N 25 (**KS**) geltend macht, ist der Waffengleichheit Genüge getan, wenn jede Partei vernünftige Gelegenheit hatte, an der Ernennung der Schiedsrichter teilzunehmen. Eben genau diese vernünftige Gelegenheit blieb der Beklagten 2 jedoch verwehrt, da sie keinerlei Mitwirkungsrechte bei der Konstituierung erhielt.

36 Die Ansicht der Klägerin in N 26 (**KS**), nach welcher sich mehrere Beklagte auf einen Schiedsrichter einigen müssen, während die einzelne Klägerin sich ihren eigenen Schiedsrichter aussuchen darf, wird der vorliegenden Konstellation nicht gerecht. Sie verletzt das Prinzip der Waffengleichheit.

37 Sind mehrere Beklagte involviert, welche nicht identische Interessen haben, ist es fundamental, dass sie einen eigenständigen Anspruch auf die Auswahl eines Schiedsrichters haben, da ansonsten grosse Zweifel an der Gleichbehandlung der Parteien aufgeworfen werden (SRI-AC-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 15). Im Entscheid zu einer ähnlichen Konstellation mit zwei Beklagten hielt die oberste zu entscheidende Instanz fest, dass der Zwang zur gemeinsamen Schiedsrichterernennung der beiden Beklagten unhaltbar sei. Die Parteien müssen gleichen Einfluss auf die Konstituierung des Schiedsgerichts ausüben können. Ein gültiger Verzicht auf dieses Recht ist nicht möglich (Cour de cassation, 7. Januar 1992, Rev.arb. 1992, 470).

38 Die Pflicht zweier Parteien, einen gemeinsamen Schiedsrichter in einem Mehrparteien-schiedsverfahren zu bestimmen, lässt sich lediglich dann rechtfertigen, wenn die Interessen der Parteien im Verhältnis zur Gegenseite vollkommen gleichgerichtet sind. Somit nur, falls eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt (zum Ganzen NICKLISCH, 228). Befinden sich die Beklagten bloss in einfacher Streitgenossenschaft, hat jede von ihnen das Recht auf Bestellung eines eigenen Schiedsrichters (SCHWAB, 294).

- 39 Die Gruppierung von Parteien aufgrund ihrer Interessen ist häufig unbefriedigend, da Interessenskonflikte vielfach erst im Verlaufe des Verfahrens ersichtlich werden. Zudem kann selbst bei Konzernverbindungen nicht auf vollkommen gleichgerichtete Interessen geschlossen werden. Nach Schweizer Recht müssen sich Unternehmen nach eigenen Interessen verhalten, auch wenn diese nicht zwingend den Konzerninteressen entsprechen (LIVSCHITZ, 77 f.).
- 40 Die Beklagten gehören nicht zum selben Konzern, sondern befinden sich lediglich in einer Joint-Venture Konstellation. Die Beklagte 1 gehört zur Hälfte einer am Verfahren unbeteiligten Unternehmung. Die Beklagte 1 muss bei der Schiedsrichterwahl die Interessen beider Inhaber berücksichtigen. Für die Joint-Venture Partnerin der Beklagten 2 ist es irrelevant, ob ein Garantiefall eintritt, womit sie keine Rücksicht auf die Beklagte 2 nehmen muss. Daher laufen die Interessen der Beklagten hier klar auseinander. Zudem behauptet die Klägerin in N 28 (KS) fälschlicherweise, dass identische Klageansprüche geltend gemacht werden. Dies ist nicht der Fall, da gegen die Beklagte 1 eine Schadensersatzklage aufgrund einer behaupteten Vertragsverletzung angestrebt wird, gegen die Beklagte 2 jedoch eine Erfüllung des Garantievertrages. Somit kann nicht auf vollkommen identische Interessenslagen der Beklagten geschlossen werden, weshalb keine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt und sie nicht zu einem gemeinsamen Schiedsrichter gezwungen werden können. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenslage ist es unhaltbar, der Beklagten 2 das Recht auf Ernennung eines Schiedsrichters zu verwehren, da ansonsten das Prinzip der Waffengleichheit verletzt wird.

3. Die vom Paritätsgrundsatz abweichende Abrede ist ungültig

- 41 Anders als von der Klägerin in N 31 (KS) vorgebracht, können die Parteien auf den Paritätsanspruch nicht verzichten, da dies den zwingenden Bestimmungen in IPRG 183 III zuwiderlaufen und den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen würde (ARROYO/DICKENMANN, Art. 8 Swiss Rules N 38; BGE 107 Ia 155, E. 4).
- 42 Da das Gleichbehandlungsprinzip zu den elementaren Grundsätzen der Schiedsgerichtsbarkeit zählt und zwingendes Recht ist, kann selbst durch eine anderslautende Parteivereinbarung nicht darauf verzichtet werden. Eine gegen diesen Grundsatz verstossende Abrede ist somit unwirksam (zum Ganzen OGer ZH 11.09.2001, E. 4.d).
- 43 Die vorliegende Schiedsvereinbarung zur Konstituierung des Schiedsgerichts verstösst gegen den zwingenden Gleichbehandlungsgrundsatz, da sie der Beklagten 2 jegliche Mitwirkungsrechte bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes nimmt. Die Abrede ist somit gegenüber der Beklagten 2 unwirksam.
- 44 Die Behauptung der Klägerin in N 33 (KS), dass ein Mehrparteienverfahren voraussehbar war, da die Garantinnen auch an die Schiedsklausel gebunden seien, ist völlig aus der Luft

gegriffen. Ein Mehrparteienschiedsverfahren lässt sich weder vom Wortlaut der Klausel, noch vom Willen der Parteien ableiten und war nicht vorhersehbar. Es kann nicht behauptet werden, die Garantinnen hätten im Falle eines Mehrparteienverfahrens stillschweigend die gewählten Schiedsrichter akzeptiert.

45 Diese Herangehensweise ist befremdlich, denn sollte eine Mehrparteienkonstellation voraussehbar sein, sollte dies unbedingt in der Schiedsklausel so geregelt werden. Es ist jedoch stossend, bei Fehlen einer solchen Regelung einfach ein Einverständnis auf gemeinsame Ernennung zu fingieren (**KS**, N 33, 42), zumal die Garantinnen ohnehin nicht an die Schiedsklausel gebunden sein wollten. Diese Verantwortung nun der Beklagten 2 zuzuschieben (**KS**, N 34, 36) ist unzumutbar, da sich die Beklagte 2 korrekterweise weder zum Vertragszeitpunkt noch zum jetzigen als Partei der Schiedsklausel sieht.

46 Aus all diesen Gründen ist die Klage abzuweisen.

4. Eventualiter: Es muss ein separates Schiedsverfahren durchgeführt werden

47 Falls das Schiedsgericht entgegen unseren Ausführungen von der Parteistellung und der Gültigkeit der Schiedsklausel gegenüber der Beklagten 2 ausgeht, ist wie nachfolgend dargelegt ein separates Schiedsverfahren durchzuführen.

48 Entgegen der Argumentation der Klägerin in N 43 (**KS**) muss zuerst geklärt werden, ob überhaupt ein Mehrparteienverfahren möglich ist. Falls die Parteien ein solches nicht geregelt haben, muss mittels Lückenfüllung auf Basis des hypothetischen Willens der Parteien ermittelt werden, ob ein Mehrparteienverfahren stattfinden soll. Demnach ist zuerst der Parteiwille heranzuziehen, bevor auf die vereinbarte Schiedsordnung zurückgegriffen wird (zum Ganzen ARROYO/MEIER, Kapitel 13 Teil I, N 9 f.).

49 Aufgrund des Wortlauts der Schiedsklausel (**K-1**, Art. 13.1) sowie des Verhaltens der Parteien ist darauf zu schliessen, dass ein Mehrparteienverfahren weder vorhersehbar noch gewollt war. Hätten die Parteien ein solches gewollt, wäre die Schiedsklausel dieser Eventualität entsprechend klar formuliert, insbesondere in Bezug auf die Konstituierung. Als Konsequenz der fehlenden Regelung und als Resultat der Auslegung der lückenhaften Klausel, müssen die Ansprüche gegenüber der Beklagten 2 in einem separaten Verfahren geltend gemacht werden, womit auch das Recht auf Anspruch eines eigenen Schiedsrichters gewahrt bleibt.

III. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen

50 Entgegen der Behauptung der Klägerin in N 45 (**KS**) hat sich die Beklagte 2 keineswegs vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen.

- 51 Gem. IPRG 186 II ist die Unzuständigkeitseinrede vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben. Die Unzuständigkeitseinrede soll gem. SRIA 21 III nicht später als in der Klageantwort erhoben werden. In anderen Worten darf nicht vorbehaltlos zur Hauptsache plädiert werden, nur um später geltend zu machen, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, denn mit vorbehaltloser Äusserung zur Hauptsache akzeptieren die Parteien die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 100).
- 52 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte 2 bereits in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 den Vorbehalt der Gültigkeit der Schiedsklausel ihr gegenüber angebracht. Von vorbehaltlosem Plädieren zur Hauptsache kann somit nicht die Rede sein. In N 5 der Verfügung Nr. 1 wird vom Schiedsgericht selbst festgehalten, dass sich die Beklagte 2 bezüglich der Zuständigkeit Einreden vorbehält. Die darauffolgende Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 verstösst somit, entgegen der Behauptung der Klägerin in N 48 (**KS**), keineswegs gegen Treu und Glauben. Ungleich der von der Klägerin zitierten Entscheide (**KS**, N 48), hielt die Beklagte 2 ihre Einrede nicht bis nach dem Verfahren in Reserve, sondern hat ihre Zweifel im erstmöglichen Zeitpunkt bereits erhoben.
- 53 Nach SRIA 21 III ist eine Unzuständigkeitseinrede spätestens in der Klageantwort zu erheben. Somit erfolgte die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 rechtzeitig. Die Beklagte 2 hat sich damit den vereinbarten Regeln entsprechend verhalten und sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, daher ist das Schiedsgericht gegenüber der Beklagten 2 nicht zuständig.

B. Materielles

I. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert

- 54 Wie von der Klägerin in N 52-57 (**KS**) richtig ausgeführt, handelt es sich vorliegend um eine Sicherungszession, womit die Regeln des Zessionsrechts hier einschlägig sind. Entgegen den Ausführungen der Klägerin (**KS**, N 58-73) wird nachfolgend dargelegt, dass sie nicht aktivlegitimiert ist, weil die Zession nicht gültig erfolgt ist.

1. Das Abtretungsverbot ist absolut wirksam

- 55 Nach geltendem Schweizer Recht können Gläubiger und Schuldner die Unabtretbarkeit einer Forderung vereinbaren, wobei nebst generellen Abtretungsverboten (*pactum de non cedendo*) auch lediglich Einschränkungen, wie z.B. Genehmigungsvorbehalte des Schuldners, vereinbart werden können (HUGUENIN, N 1360).
- 56 Entgegen den Ausführungen der Klägerin in N 62-67 (**KS**) ist der überwiegende Teil der Lehre der Auffassung, dass Abtretungen entgegen einem Abtretungsverbot unwirksam

sind (SCHWENZER, N 90.26; HUGUENIN, N 1361; KOLLER, 1365; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3434; VON THUR/ESCHER, 58 f.; KELLER/SCHOEBI, 547).

- 57 Weil einem Abtretungsverbot sowieso obligatorische Wirkung zukommt, dient die zusätzliche Erwähnung in OR 164 I einzig der Verstärkung der Wirkung des Abtretungsverbotes und zwar soweit, dass es dieselbe Wirkung wie das Gesetz entfaltet. Nicht zuletzt deshalb, weil durch das Gesetz das *pactum de non cedendo* neben den Ausschluss durch Gesetz und den durch die Natur des Rechtsgeschäftes gestellt wird. Dies bewirkt die absolute Wirkungslosigkeit vereinbarungswidriger Zessionen, dies nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch jeder Drittperson und dem Zessionar (zum Ganzen SCHULER, 45 f.).
- 58 Sowohl das Bundesgericht wie auch das Handelsgericht Zürich gehen von der absoluten Unwirksamkeit abredewidriger Zessionen aus (BGE 112 II 241 E. 2a; HGer Zürich, HG100147, E. 6.2. f.).
- 59 Ein wie von den Parteien in Art. 13.5 DV (**K-1**) statuiertes Abtretungsverbot hat nach Lehre und Rechtsprechung, wie oben dargelegt, die Unwirksamkeit abredewidriger Zessionen zur Folge. Es kann ihm sogar Gesetzkraft zugemessen werden, was ebenfalls zur Unwirksamkeit der verabredeten Zession führt. Die Zession ist damit absolut unwirksam.
- 60 Die Ausführungen der Klägerin in N 63 (**KS**) über die angeblich dispositive Natur von OR 164 I, die sich aus der Möglichkeit der jederzeitigen Genehmigung einer abredewidrigen Zession ergebe, werden bestritten. Die sogenannte Genehmigung, also die nachträglich und jederzeit mögliche Zustimmung des Schuldners zu einer abredewidrig erfolgten Zession ändert nichts an der Tatsache der absoluten Nichtigkeit solcher Zessionen. Aus Nichtigem kann nicht, und auch nicht durch Genehmigung, etwas Gültiges entstehen, solange der Grund der Nichtigkeit, hier im *pactum de non cedendo* liegend, besteht. Das abredewidrige Verhalten des Gläubigers stellt eine Willensäußerung, also ein Angebot an den Schuldner, dar, die nicht zedible Forderung in eine zedible umzuwandeln, wobei eine diesbezügliche Annahme erwartet wird. Die Genehmigung bezieht sich hier aber nicht auf die Nichtigkeit, sondern ist die Annahme des Angebotes des Zedenten durch den Schuldner, erstens die Vereinbarung aufzuheben und zweitens künftig, statt an den Zedenten, an den Zessionar leisten zu dürfen. Dieses als Genehmigungs- und Vorverfahren der eigentlichen Zession zu betrachtende Prozedere muss zwingend vor der Zession als Hauptverfahren erfolgen. Tut es dies nicht, wird das *pactum de non cedendo* nicht vor der eigentlichen Zession aufgehoben. Die Forderung bleibt deshalb unzedibel, also kann sie nicht übergegangen sein. Die Zession war somit nichtig und das Hauptverfahren war ein Leerlauf. Folglich stellt die Tatsache der absoluten Nichtigkeit einer abredewidrigen Zession keinen Widerspruch zur Möglichkeit der Genehmigung der Abtre-

tung dar, da sich diese beiden Prozesse auf zwei völlig isolierten Ebenen abspielen (zum Ganzen SCHULER, 43 f.).

- 61 Wie oben dargelegt, hat die Möglichkeit der Genehmigung einer Abtretung nicht, wie von der Klägerin behauptet (KS, N 63), eine Milderung des Abtretungsverbotes zur Folge. Dem *pactum de non cedendo* kommt also absolute Wirkung zu, sind der Prozess der Genehmigung und jener der Abtretung doch getrennt zu betrachten, weshalb sie keinen Einfluss auf die Wirkung eines Abtretungsverbotes haben. Selbst das nachträgliche Fingieren der Genehmigung der Beklagten 1 würde nicht zur Gültigkeit der Abtretung führen, da das Abtretungsverbot zwischen der Beklagten 1 und der Lieferantin nicht aufgehoben wurde.
- 62 Weiter können die Parteien durch ein solches *pactum de non cedendo* verhindern, dass sie mitten im Geschäftsgang mit einem neuen Vertragspartner konfrontiert sind. Abgesehen davon ist die Vertragsabwicklung stets simpler und eingängiger bei fixierten Vertragsparteien. Es muss nicht geprüft werden, an wen mit befreiender Wirkung zu leisten ist, und sowohl Abrechnungsverkehr als auch Buchhaltung können so effizient gestaltet werden. Ebenso entfällt das nicht unbeträchtliche Risiko, während der aufmerksamkeitsintensiven Abwicklung des Massengeschäftes eine allfällige Abtretungsanzeige und den dahingehenden Gläubigerwechsel zu übersehen (zum Ganzen MÜLLER-CHEN, 3).
- 63 Nebst der Effizienz die sich in der Administration der Beklagten 1 aus einem Abtretungsverbot ergibt, darf der Gedanke der Klarheit, welche ein *pactum de non cedendo* durch Bindung und Fixierung der Vertragsparteien schafft, bei der Betrachtung der Wirkung des Abtretungsverbotes nicht unbeachtet bleiben. So ist es für die Beklagte 1, als in Übersee domizilierte Gesellschaft, nicht nur ein langwieriger Prozess bis eine allfällige Abtretungsanzeige eintrifft, zudem ist die Möglichkeit des Verlustes ebenjener Anzeige auf dem Postweg nicht zu unterschätzen. Ein restriktives Abtretungsverbot hat also sehr wohl dem Parteiwillen entsprochen und ist für die Beklagte 1 darüber hinaus, aus den dargelegten Gründen, von essentieller Bedeutung.
- 64 Aufgrund der absoluten Nichtigkeit der hier abredewidrig erfolgten Abtretung der Forderung an die Klägerin, fehlt es am Übergang der Forderung. Damit ist die Klägerin nicht aktivlegitimiert.

2. Die Abtretung ist aus gewichtigen Gründen nicht nachträglich zu genehmigen

- 65 Das Nicht-Vorliegen von gewichtigen Gründen, aufgrund derer eine Zustimmung verweigert werden darf (KS, N 68-73), wird in Gänze bestritten.
- 66 Durch das in Art. 13.5 DV (K-1) abgeschlossene Abtretungsverbot wollten die Parteien die äusserst enge Beziehung, die sich aus einem DV wie dem vorliegenden ergibt, schützen. Der

Parteiwille war diesbezüglich auf die Verhinderung eines plötzlichen Wechsels der Vertragsparteien innerhalb dieser engen und schützenswerten Vertragsbeziehung aus dem DV gerichtet und nicht nur, wie von der Klägerin angenommen (**KS**, N 70), auf die reine Information, an wen schuldbefreiend geleistet werden kann. Wie unter N 62 beschrieben sollte verhindert werden, dass die Vertragsabwicklung unvorhergesehen komplizierter wird und die klaren Verhältnisse, die sich aus fixen Vertragspartnern ergeben, plötzlich dahinfallen. Sowohl die reibungslose Abwicklung des Massengeschäfts wie auch die übersichtliche Buchhaltung werden durch das Risiko eines möglichen Gläubigerwechsels gefährdet. Die Anzeige einer Zession kann ausserdem auf Grund der komplizierten und langwierigen Übersendung einer solchen Anzeige ins Ausland, übersehen werden oder gar nicht ankommen, was für zusätzliche Unsicherheit sorgt.

67 Des Weiteren fehlen der Klägerin diejenigen Persönlichkeitsmerkmale, die der PerAspera Pharma AG inherent waren. Die Klägerin als Verwaltungsratspräsidentin war ausschliesslich an der Strategiesetzung beteiligt, nicht aber am operativen Geschäft, welches sich aus dem DV ergab (Verfügung Nr. 3, N 4). Damit ist die Gläubigerqualität vor und nach einer allfälligen Zession nicht vergleichbar. Somit kann der Schuldnerin durch eine abredewidrige Zession sehr wohl ein, von der Klägerin erwähnter, qualifizierter Nachteil (**KS**, N 69) entstehen. So ist es doch möglich, dass der Klägerin durch mangelndes Wissen aus operativer Tätigkeit nicht alle Sachverhalte genauso zugänglich sind, wie der PerAspera Pharma AG.

68 Gemäss obenstehenden Ausführungen hat die Schuldnerin gewichtige Gründe wie in Art. 13.5 DV vorgesehen, um ihre Zustimmung zur Abtretung eben nicht zu erteilen. Die Zustimmung kann deshalb auch nicht, wie von der Klägerin gefordert (**KS**, N 73), im Nachhinein fingiert werden. Die Abtretung hat also gegen das vereinbarte Abtretungsverbot verstossen und ist damit nichtig. Die Forderung ist sodann nicht übergegangen und verbleibt bei der Zedentin. Die Klägerin ist damit nicht legitime Inhaberin der Forderung.

69 Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert und auf die Klage ist nicht einzutreten.

II. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

70 Wie bereits dargelegt (s.o. B.I.), bestreitet die Beklagte 1 die Ausführungen der Klägerin bzgl. Gültigkeit der Zession (**KS**, N 75, 77). Sollte das Schiedsgericht dennoch zur Auffassung gelangen, dass die Zession gültig erfolgt ist, hat die Klägerin gleichwohl keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte, weder aus Vertrag noch Gesetz.

1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auskunft aus Distributionsvertrag

- 71 Die Klägerin behauptet, die verlangten Auskünfte fallen unter Art. 5.2 DV (**KS**, N 78), was eine Frage der Auslegung darstellt. Gem. OR 18 I ist bei der Auslegung des Vertrages primär auf den Parteiwillen abzustellen. Der Wortlaut des Vertragstextes gilt dabei als primäres Auslegungsmittel (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18). Sofern der Parteiwille nicht rekonstruierbar ist, wird anhand von ZGB 2 I ausgelegt, wobei berücksichtigt wird, was eine vernünftig handelnde Partei nach Treu und Glauben gemeint und ausgedrückt hätte (HUGUENIN, N 282).
- 72 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (**KS**, N 78), werden die im Rechtsbegehren 1 (i) verlangten Auskünfte nicht von Art. 5.2 ii und iii DV (**K-1**) erfasst. Fragt man nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung und wie sie die Parteien gem. ZGB 2 I nach Treu und Glauben gemeint hatten, wird klar, dass die Lieferantin bzgl. laufender Prozesse zwischen der Beklagten 1 und den US-Behörden informiert sein wollte. Die kurzen Fristen von 2 bzw. 5 Tagen zur Übermittlung der Dokumente weisen darauf hin, dass die Lieferantin über die *laufenden* Prozesse informiert sein wollte, um entsprechend auf Information reagieren und die Beklagte 1 im weiteren Vorgehen unterstützen zu können. Zweck der Norm war es demnach, Handlungsmöglichkeiten während des laufenden Vertragsverhältnisses zu kreieren. Legt man Art. 5.2 ii und iii DV sodann korrekt aus, wird klar, dass die jetzige Übermittlung der Dokumente nicht vom Sinn und Zweck des Artikels erfasst wird, da alle laufenden Prozesse mit US-Behörden durch einen Vergleich abgeschlossen wurden (**K-5**). Demnach fallen die im Rechtsbegehren 1 (i) verlangten Auskünfte nicht unter Art. 5.2 ii und iii DV, die Überlieferung der Dokumente nach Vertragsbeendigung bzw. Beendigung der Prozesse mit den US-Behörden ist nicht geschuldet.
- 73 Die im Rechtsbegehren 1 (ii) verlangten Auskünfte fallen ebenfalls nicht unter Art. 5.2 DV. Die von den Parteien vereinbarte Auskünfte in Art. 5.2 DV ii und iii umfassen Arten von schriftlicher Korrespondenz zwischen der Beklagten 1 und den US-Behörden, vom Wortlaut erfasst sind dabei aber keine Unterlagen bzgl. Besprechungen. Entgegen den Ausführungen der Klägerin (**KS**, N 74 ii) hat sodann die Beklagte 1 die Lieferantin keinesfalls von Besprechungen zwischen ihr und den US-Behörden ausgeschlossen, da eine Teilnahme der Lieferantin an solchen Besprechungen vertraglich nie vereinbart wurde. Dafür spricht der klare Wortlaut von Art. 5.2 ii DV „zur *Unterbreitung* an die Federal Drug Administration oder eine andere US-Behörde vorbereiteten Dokumente“ sowie Art. 5.2 iii DV „Dokumente, welche sie betreffend Dyalgonin® an eine US-Behörde *übermittelt hat*“. Dass Art. 5.2 DV bloss eine beispielhafte Aufzählung beinhaltet, ändert nichts daran, dass die Besprechungen nicht vom Artikel erfasst werden, da alle Aufzählungen nur schriftliche Kommunikation erfassen und

nirgends persönliche Treffen erwähnt werden. Aufgrund des klaren Wortlauts bleibt kein Platz für eine Vertragsergänzung nach Treu und Glauben, weshalb die verlangten Dokumente bzgl. Besprechungen nicht geschuldet sind.

- 74 Die in Rechtsbegehren 1 (iii) verlangten Auskünfte sind widersprüchlich zu den von der Klägerin verlangten Auskünften in N 74 (iii) und der dazu ausgeführten Argumentation in N 78 (KS). Im Rechtsbegehren 1 (iii) verlangt die Klägerin Unterlagen zwischen den US-Behörden und der Beklagten 1, in N 74 und 78 (KS) verlangt sie hingegen Unterlagen zwischen den US-Behörden und der Lieferantin. Erstere Unterlagen sind nicht geschuldet, da die Klägerin ihr Rechtsbegehren nicht weiter begründet, letztere sind ebenfalls nicht geschuldet, wie nachfolgend erläutert wird. Die in Art. 5.2 DV vorgesehenen Auskunftspflichten umfassen nicht Unterlagen wie von der Klägerin in N 74 bzw. 78 (KS) verlangt, da sich solche Dokumente nicht im Besitz der Beklagten 1 befinden. Die Klägerin will Unterlagen zwischen der Lieferantin und den US-Behörden, vom Wortlaut von Art. 5.2 iii DV gedeckt sind jedoch unmissverständlich nur Unterlagen zwischen den US-Behörden und der Beklagten 1 und nicht solche zwischen den US-Behörden und der Lieferantin. Somit bleibt kein Auslegungsspielraum und die verlangten Auskünfte können nicht unter Art. 5.2 DV subsumiert werden. Solche Dokumente müssen demnach bei der Lieferantin selbst eingefordert werden.
- 75 Sämtliche von der Klägerin verlangten Dokumente werden nicht von Art. 5.2 DV erfasst, weshalb für die Beklagte 1 keine vertragliche Pflicht zur Herausgabe der Dokumente besteht.

2. Die Klägerin hat kein Auskunftsrecht von Gesetzes wegen

- 76 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, N 80 ff.), wird nachfolgend dargelegt, dass sie keinen Auskunftsanspruch von Gesetzes wegen hat.

a) Es besteht kein Auskunftsanspruch aus Verfahrensrecht

- 77 Die Parteien haben in Art. 13.1 DV (K-1) auf die SRIA verwiesen, weshalb diese als anwendbare Prozessnormen gelten. Gem. SRIA 24 Ziff. 1 trägt diejenige Partei die Beweislast, welche Tatsachen geltend macht, auf welche sie ihre Klage stützt. Das Schiedsgericht kann jedoch die Parteien zur Vorlage von Beweismitteln gem. SRIA 24 Ziff. 3 auffordern, wobei dies auch auf Ersuchen einer Partei hin erfolgen kann. Wie von der Klägerin zu Recht ausgeführt, ist es im anglo-amerikanischen Rechtsraum gängige Praxis, dass das Schiedsgericht der einen Partei Zugriff auf alle im Besitz der anderen Partei vorhandenen Dokumente gewährt (KS, N 83 f.). Diese Praxis findet jedoch auf Schiedsverfahren in Europa und demnach in der Schweiz keine Anwendung, ausser die Parteien haben es explizit vereinbart (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 1325, 1329).

- 78 Die Klägerin trägt gem. SRIA 24 Ziff. 1 die Beweislast für den von ihr geltend gemachten Schadenersatz. Sie ersucht das Schiedsgericht jedoch, die Beklagte 1 gem. SRIA 24 Ziff. 3 zur Übergabe der Dokumente zu verpflichten (**KS**, N 85). Die dazu gemachte Ausführung der Klägerin bzgl. Anwendung der anglo-amerikanischen Rechtspraxis (**KS**, N 84), wird bestritten, da keine solche Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt. Demnach kann die Beklagte 1 nicht zur Übergabe von allen sich in ihrem Besitz befindlichen Dokumenten verpflichtet werden.
- 79 Die Herausgabe von Dokumenten durch das Schiedsgericht wird nach h.L. nur genehmigt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (SRIAC-NATER-BASS/ROUVINEZ, Art. 24 N 33). Die Dokumente müssen genügend klar umschrieben und für die Beantwortung der Streitfrage relevant sein. Zur Eruierung, ob die verlangten Dokumente für die Streitfrage relevant sind, berücksichtigt das Schiedsgericht die bereits eingereichten Beweismittel. Des Weiteren muss die Beklagte über die verlangten Dokumente verfügen oder diese ohne erhebliche Aufwendungen erlangen können. Das Schiedsgericht muss bei der Beurteilung der Herausgabe der Dokumente den Grundsatz der Verfahrensfairness und den Gleichbehandlungsgrundsatz wahren (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 1330).
- 80 Die Klägerin hat die verlangten Dokumente nicht genügend klar bestimmt, sie verlangt lediglich pauschal alle Dokumente, die einen Zusammenhang zu Dyalgonin® aufweisen. Die beispielhafte Aufzählung der Dokumente (**KS**, N 74) schränkt deren Umfang nicht ein. Da keinesfalls alle Dokumente für die Klägerin relevant sein können, hat sie ihre Pflicht der genauen Umschreibung der Dokumente nicht erfüllt. Bzgl. Relevanz für die Streitfrage macht die Klägerin geltend, dass sie die Dokumente zur Bezifferung ihrer Schadenersatzansprüche benötigt (**KS**, N 86), jedoch steht keinesfalls fest, dass die Beklagte 1 eine Vertragsverletzung begangen hat. Die Klägerin führt in ihrer Klageschrift nirgends aus, inwiefern eine Vertragsverletzung stattgefunden haben soll. Die Ausführungen zur Vertragsverletzung durch die Beklagte 1 in der Einleitungsanzeige sind nicht belegt und deshalb blosser Behauptungen der Klägerin (E-Anz., Ziff. 1.2). Der abgeschlossene Vergleich mit dem DOJ (**K-5**) genügt alsdann nicht als Beweis für eine Vertragsverletzung, da ein Vergleich keine Schuldanerkennung darstellt. Die Relevanz der Dokumente für die Streitfrage ist mangels weiteren Beweisen zu verneinen. Dass die Beklagte 1 noch im Besitz aller Dokumente ist, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden. Zudem wäre es, entgegen den Ausführungen der Klägerin (**KS**, N 85), für die Beklagte 1 unzumutbar, alle geforderten Dokumente zu beschaffen und diese, wie verlangt (E-Anz., Rechtsbegehren Ziff. 1), in Kopie herauszugeben. Letztendlich entspricht es weder dem Gleichbehandlungsgrundsatz noch der Verfahrensfairness, die Beklagte 1 zu ver-

pflichten, all die verlangten Dokumente herauszugeben, da sie dann für einen Beweis alleine aufkommen müsste, für welchen die Klägerin die Beweislast trägt. Die Herausgabe der Dokumente ist wegen Fehlens sämtlicher Voraussetzungen abzulehnen.

b) Der Distributionsvertrag kennt keine Auskunftsansprüche aus OR*

81 Der Distributionsvertrag ist ein Innominatvertrag, welcher jedoch gewisse verwandte Merkmale mit gesetzlich geregelten Verträgen aufweist, weshalb einige Normen des OR auf den DV Anwendung finden (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 23). OR 394 II besagt, dass das Auftragsrecht Anwendung findet, wenn die Parteien das Rechtsverhältnis nicht genügend klar rechtlich bestimmt haben, er stellt jedoch keinen *numerus clausus* für Dienstleistungsverträge dar, sondern gilt nur wenn Zweifel bestehen, ob das Rechtsverhältnis einem gesetzlichen Vertragstyp zuzuordnen ist oder einen Vertrag *sui generis* darstellt. Die direkte Anwendbarkeit von Auftragsrecht anhand von OR 394 II auf den DV ist demnach keinesfalls gegeben (zum Ganzen MEYER, 143).

82 Die Parteien haben den DV (**K-1**) genügend bestimmt und die *essentialia negotii* klar umschrieben. Die von den Parteien vereinbarten Auskunftspflichten wurden ebenfalls genügend klar in Art. 5.2 DV umschrieben, weshalb eine Vertragsergänzung nach auftragsrechtlichen Normen nicht geboten ist, da der Parteiwille klar ersichtlich ist.

83 Aus Agenturrecht gilt eine Informationspflicht gem. OR 418f II nach der h.L. nur für die Lieferantin gegenüber der Distributorin, diese muss diejenigen Informationen liefern, die es der Distributorin ermöglichen, die Ware im Vertragsgebiet erfolgreich zu vertreiben. Eine Informationspflicht der Distributorin gegenüber der Lieferantin kann aus OR 418f II hingegen nicht abgeleitet werden (zum Ganzen MEYER, 339; KUHN, 202; BK OR I-GAUTSCHI, Art. 418f N 4a ff.).

84 Die Klägerin kann ihren Auskunftsanspruch auch nicht aus OR 418f II ableiten, da dieser nach h.L. nur der Distributorin einen Auskunftsanspruch gegenüber der Lieferantin einräumt, nicht aber umgekehrt. Der Zweck der analogen Anwendung von OR 418f II auf den DV ist es demnach, die Distributorin als schwächere Partei zu schützen. Aus OR 418f II wird jedoch kein allgemeiner Auskunftsanspruch für den DV begründet, weshalb der Klägerin die verlangten Auskünfte auch aus Agenturrecht nicht zustehen.

85 Aus all diesen Gründen ist die Klage abzuweisen.

3. Eventualiter: Die verlangten Auskünfte sind nicht selbstständig klagbar

86 Sollte das Schiedsgericht die Meinung vertreten, dass Auskunftsansprüche aus Verfahrensrecht oder aus Vertrag bestehen, wird nachfolgend dargelegt, dass diese keine taugliche Rechtsgrundlage einer Stufenklage darstellen und deshalb nicht selbstständig einklagbar sind.

a) ZPO 85 II ist anzuwenden

- 87 Wie von der Klägerin bereits korrekt ausgeführt, kann das Schiedsgericht bei Fehlen einer verfahrensrechtlichen Norm in den SRIA das Verfahren gem. SRIA 15 I nach freiem Ermessen durchführen, ohne an nationales Prozessrecht gebunden zu sein (**KS**, N 82). Es steht dem Schiedsgericht frei, gewisse oder sogar alle nationalen Prozessnormen zu übernehmen, wenn es dies als angemessen erachtet, wobei die wohl begründeten Erwartungen der Parteien zu wahren sind (zum Ganzen ARROYO/LAZOPOULUS, Art. 15 Swiss Rules N 11 f.).
- 88 In den SRIA fehlt eine Regelung bzgl. Geltendmachung von Auskunftsansprüchen. Obwohl die Parteien aus verschiedenen Rechtskulturen stammen, ist die Anwendung von ZPO 85 II i.c. geboten, da das Verfahren in zwei Phasen aufgeteilt wird, wie es der Stufenklage nach ZPO 85 II eigen ist. Zudem hat die Klägerin in ihrer Einleitungsanzeige eine Stufenklage geltend gemacht (E-Anz., Ziff 2.2), wobei die verwendete Terminologie auf ZPO 85 II schliessen lässt, weshalb es widersprüchlich und alsdann rechtsmissbräuchlich ist, jetzt auf die Anwendung der anglo-amerikanischen Rechtsordnung zu beharren (**KS**, N 84). Die Klägerin hat durch das Begehren, den Prozess in mehrere Phasen aufzuteilen (E-Anz. Ziff. 2.2), bei der Gegenpartei entsprechende Erwartungen geweckt, welche das Schiedsgericht zu wahren hat.

b) Die Voraussetzungen für eine Stufenklage gem. ZPO 85 II liegen nicht vor

- 89 Grundlage einer Stufenklage, wie sie von der Klägerin eingereicht wurde (**KS**, N 74), kann nur ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch sein, prozessrechtliche Auskunftsansprüche sind nicht mittels Stufenklage einklagbar (LEUMANN, 7). Prozessuale Auskunftsansprüche sind solche, die der zum Beweis verpflichteten Partei zur Beweisführung dienen (VOCK, 42). Der materiellrechtliche Auskunftsanspruch muss zudem selbständig klagbar sein, was bei Nebenpflichten nicht immer zu bejahen ist (LEUMANN, 119). Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Nebenleistungspflichten und blossen Nebenpflichten, wobei letztere nicht selbständig klagbar sind (LEUMANN, 25 f.). Es gibt Nebenpflichten, die dazu dienen, den Hauptanspruch mittelbar oder unmittelbar zu erfüllen und solche, die bloss zur gehörigen Vertragsabwicklung beitragen, wie u.a. Auskunftspflichten (HADŽIMANOVIĆ, 105). Ob eine Auskunftspflicht als Nebenpflicht oder Nebenleistungspflicht zu qualifizieren ist, wird durch eine das Rechtsgeschäft berücksichtigende Interessenanalyse eruiert (SCHRÖDER, 9).
- 90 Bei den von der Klägerin verlangten Auskunftsansprüchen gestützt auf Schiedsverfahrensrecht (**KS**, N 80) handelt es sich um prozessrechtliche Auskunftsansprüche, da die Dokumente ihr zur Beweisführung dienen sollen (**KS**, N 85 f.). Demnach sind diese Ansprüche nicht im Rahmen einer Stufenklage durchsetzbar.

- 91 Die von der Klägerin verlangten Auskünfte gestützt auf Art. 5.2 DV (**KS**, N 75 ff.), sind als Nebenpflichten einzustufen, da sie nicht eine primären Hauptleistungen des DV darstellen. Dazu gehören einzig die Absatzförderungspflicht, das exklusive Vertriebsrecht, sowie die kaufrechtliche Abwicklung der Vertragsware (**K-1**, Art. 1.1, 4.1 und 5.1). Dass das Auskunftsrecht für die Lieferantin bei Vertragsschluss essentiell und unabdingbar war (**KS**, N 76), wird bestritten. Die Lieferantin hat bei Vertragsschluss nie einen solchen Willen zur Geltung gebracht, zudem wurden die Auskünfte über sehr lange Zeit nicht eingefordert, was ebenfalls gegen eine Unabdingbarkeit der Auskünfte spricht. Die Auskunftspflicht im DV ist eine Nebenpflicht, welche lediglich dazu dienen sollte, zur gehörigen Vertragsabwicklung beizutragen, sprich die Kommunikation der Parteien bzgl. Dyalgonin® zu gewährleisten, um die vertraglichen Beziehungen zu erleichtern. Sodann steht die Auskunftspflicht keinesfalls in Beziehung zur Hauptpflicht des Vertrages, sondern war bloss ein Zusatz zum eigentlichen Vertragszweck, weshalb eine selbständige Klagbarkeit zu verneinen ist.
- 92 Ebenfalls bestritten wird, dass die Sicherungszession keinen Sinn hätte, wenn die Klägerin sich nicht auf das Auskunftsrecht berufen könnte, um ihre angeblichen Schadenersatzansprüche geltend zu machen (**KS**, N 77). Sinn und Zweck der Sicherungszession war es, allfällige Hauptforderungen der PerAspera Pharma AG auf die Klägerin zu übertragen. Dass Nebenrechte bei der Zession ebenfalls übertragen werden, ändert jedoch nichts an deren Klagbarkeit. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, würden der Klägerin, bei Gültigkeit der Zession, die gleichen Auskunftsrechte zustehen, wie sie die Lieferantin hatte (**KS**, N 77). Da die Lieferantin diese Auskunftsrechte als nicht klagbare Nebenrechte nicht im Rahmen einer Stufenklage hätte einklagen können, kann es die Klägerin ebenfalls nicht. Die Klägerin kann sich zur Begründung ihrer Stufenklage, entgegen ihren Ausführungen (**KS**, N 75), nicht auf das ihr angeblich übertragene materielle Auskunftsrecht stützen, da dieses nicht selbständig klagbar ist.
- 93 Die von der Klägerin verlangten Auskünfte erfüllen die Voraussetzungen der Stufenklage gem. ZPO 85 II nicht, womit die Klage abzuweisen ist.

In diesem Sinne bitten wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team 9