

Moot Court Team 5

Andrina Benz
Dario Gomringer
Nico Ravazzolo
Cassy Schwarz

Einschreiben

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

24. März 2017

KLAGEANTWORT

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

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

beide vertreten durch Moot Court Team 5

Sehr geehrter Herr Präsident Walter Bosch,
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Prof. Dr. Regula Vollenweider,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Paul Richterich,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir fristgerecht folgende

Rechtsbegehren

- a) Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;*
- b) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.*

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 5

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XI
I. Prozessualer Teil	1
1. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel.....	1
1.1 Subjektive Vertragsauslegung.....	1
1.2 Objektive Vertragsauslegung	1
1.3 Aus der objektiven Tragweite der Schiedsklausel kann nicht auf die subjektive Tragweite geschlossen werden	3
1.4 Zwischenfazit	3
2. Die Schiedsklausel in Art. 13.1 K-1 ist nichtig	3
2.1 Die Schiedsklausel verstösst gegen das Prinzip der Gleichbehandlung	4
2.2 Es liegt keine Teilnichtigkeit der Schiedsklausel vor	6
2.3 Eventualiter: Keine Schiedsrichterwahl nach Art. 8 Ziff. 4 SRJA möglich	6
2.4 Es musste kein Ablehnungsgesuch eingereicht werden.....	8
2.5 Zwischenfazit	8
3. Dem Schiedsgericht fehlt bei nicht rechtsgültiger Parteistellung der Beklagten 2 die Zuständigkeit.....	8
II. Materieller Teil.....	9
1. Das Sicherungsgeschäft ist ungültig.....	9
1.1 Qualifikation als Forderungsverpfändung	9
1.2 Die Anforderungen an eine Forderungsverpfändung sind nicht erfüllt	10
1.3 Zwischenfazit	10
2. Eventualiter: Das Abtretungsverbot steht dem Sicherungsgeschäft entgegen	10
2.1 Das Abtretungsverbot steht beiden Sicherungsgeschäften entgegen	10
2.2 Eine relative Geltung des Abtretungsverbots ist nicht geboten	10
2.3 Das Berufen auf das Abtretungsverbot ist nicht rechtsmissbräuchlich.....	11
2.4 Widerlegung weiterer Einwendungen der Klägerin.....	14
2.5 Zwischenfazit	15

3. Kein Anspruch auf verlangte Auskünfte	15
3.1 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus K-1	15
3.1.1 <i>Anspruch auf alle an US-amerikanische Behörden eingereichte Dokumente</i>	<i>15</i>
3.1.2 <i>Besprechungen zwischen US-amerikanischen Behörde und der Beklagten 1</i>	<i>18</i>
3.1.3 <i>Übermittlung aller von einer US-Behörde erhaltenen Dokumente</i>	<i>18</i>
3.2 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus K-4	18
3.3 Die Klägerin besitzt keinen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	19
3.3.1 <i>Keine analoge Anwendung von Auftragsrecht</i>	<i>19</i>
3.3.2 <i>Die Beklagte 1 kann nicht mehr zur Edition aufgefordert werden</i>	<i>19</i>
3.4 Eventualiter: Die Klägerin hat auf die geltend gemachten Ansprüche verzichtet	20
3.5 Zwischenfazit	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
BSK	Basler Kommentar, vgl. Literaturverzeichnis
c/	contre
c/o	care of
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, vgl. Literaturverzeichnis
Diss.	Dissertation
DOJ	U.S. Department of Justice
Dr.	DoktorIn
E.	Erwägung
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
f./ff.	folgende
FDA	U.S. Food and Drug Administration
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
ICCA	International Congress and Convention Association
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v	im Sinne von
JDI	Journal du droit international
KamG	Kammergericht

Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
KS	Klageschrift
lit.	litera
Ltd.	Limited
N	Note(n), Randnote(n)
No./Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PerAspera	PerAspera Pharma AG, Deigstrasse 123, 4051 Basel
Prof.	ProfessorIn
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage, Paris
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules) June 2012
Univ.	Universität
US	Vereinigte Staaten
v	versus
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar, vgl. Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010
(zit. BSK KG-BEARBEITERIN)

Rz. [41]

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan
den Rijn 2013 (zit. Arbitration in Switzerland-BEARBEITERIN)

Rz. [127]

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

Rz. [29, 31, 127]

BLACKABY NIGEL/PARTASIDES QC CONSTANTINE/REDFERN ALAN/HUNTER MARTIN, Redfern
and Hunter on International Arbitration, Student Version, 6. Aufl., Oxford 2015
(zit. REDFERN/HUNTER)

Rz. [19]

BORN GARY B., International Arbitration, Law and Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn
2016 (zit. BORN)

Rz. [11]

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI)

Rz. [26]

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privat-
recht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITERIN)

Rz. [59]

FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundes-
gesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA),
2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. Kommentar BGFA-BEARBEITERIN)

Rz. [38]

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
(zit. FORSTMOSER/VOGT)

Rz. [99]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, International Commercial Arbitration, Den Haag 1999 (zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN)

Rz. [19]

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

Rz. [54, 99, 119]

GEISINGER ELLIOTT/VOSER NATHALIE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2013 (zit. Handbook-BEARBEITERIN)

Rz. [23]

GOERGEN UTE, Das Pactum de non cedendo, Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen, Diss. Univ. Münster, Baden-Baden 2000
(zit. GOERGEN)

Rz. [68]

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

Rz. [3]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015
(zit. BSK ZGB II-BEARBEITERIN)

Rz. [63]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.),
Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-
BEARBEITERIN)
Rz. [3, 11]

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)
Rz. [6, 55, 124, 131]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zü-
rich/Basel/Genf 2014 (zit. HUGUENIN)
Rz. [31, 53, 124]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Kommentar zum Schweizerischen Obliga-
tionenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simula-
tion, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)
Rz. [3, 99]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration, Law and Prac-
tice in Switzerland, Oxford 2015 (zit. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI)
Rz. [11, 46]

LIETZAN ERIKA, Medical biotechnology, premarket and postmarket regulation, Chicago, Il-
linois 2015 (zit. LIETZAN)
Rz. [112]

LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsge-
richtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 2005 (zit. LIONNET/LIONNET)
Rz. [23, 34]

LIPMAN FREDERICK D., Whistleblowers, Incentives, Disincentives, and Protection Strategies,
Hoboken, New Jersey 2012 (zit. LIPMAN)
Rz. [112]

- MEIER ANDREA, Zürcher Studien zum Privatrecht, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss. Univ. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. MEIER)
Rz. [49]
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Aufl., St. Gallen 1992 (zit. MEYER)
Rz. [124]
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. MÜLLER/LIPP/PLÜSS)
Rz. [26]
- NEFZGER ALEXANDER, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Vertragliche Abtretungsverbote, Diss. Univ. Hannover, Berlin 2013 (zit. NEFZGER)
Rz. [69, 71]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., London/Zürich 2007 (zit. POUURET/BESSON)
Rz. [23]
- REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. REETZ)
Rz. [54, 57, 59]
- RITZ PHILIPP, Der Joint-Venture-Vertrag, Kommentierter Mustervertrag eines korporativen 50:50-Joint-Ventures, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. RITZ)
Rz. [26]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (zit. RÜEDE/HADENFELDT)
Rz. [43]

- SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. SCHILLER)
Rz. [38]
- SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, Basel 1979 (zit. SCHLUEP)
Rz. [124]
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
(zit. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP)
Rz. [59]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016 (zit. SCHWENZER)
Rz. [131]
- SPIRIG EUGEN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Aufl., 1993 Zürich (zit. ZK OR-SPIRIG)
Rz. [66]
- STRAUB RALF MICHAEL, Vertrieb und Werbung, Fachhändlervertrag, in: Schweizer Vertrags-
handbuch, hrsg. von Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz,
2. Aufl., Basel 2010, S. 1895 ff. (zit. STRAUB)
Rz. [124]
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974 (zit. Von TUHR/ESCHER)
Rz. [77, 83]
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts,
Band I, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. VON TUHR/PETER)
Rz. [77]

VOSER NATHALIE, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, in: 50 Years of the New York Convention, ICCA International Arbitration Conference, hrsg. von Van den Berg Albert Jan, Alphen aan den Rijn 2009, S. 343 ff. (zit. VOSER)
Rz. [49]

WEIGAND FRANK-BERND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, 2. Aufl., Oxford 2009 (zit. WEIGAND)
Rz. [127]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (Swiss Rules-BEARBEITERIN)
Rz. [23, 127]

Internetquellen

Offizielle Website der U.S. Food & Drug Administration (zit. FDA Fundamentals), FDA Fundamentals, vom 12. März 2015, abrufbar unter <http://www.fda.gov/AboutFDA/Transparency/Basics/ucm192695.htm> (besucht am 22. März 2017)
Rz. [101]

Offizielle Website der U.S. Food & Drug Administration (zit. FDA Regulations), What does FDA regulate?, vom 20. März 2017, abrufbar unter <http://www.fda.gov/AboutFDA/Transparency/Basics/ucm194879.htm> (besucht am 22. März 2017)
Rz. [101]

Offizielle Website des U.S. Department of Justice (zit. DOJ Mission), About DOJ, vom 18. August 2016, abrufbar unter <https://www.justice.gov/about> (besucht am 22. März 2017)
Rz. [101]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. Dezember 1969

BGE 95 II 419

Rz. [131]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23. Januar 1979

BGE 105 II 16

Rz. [6]

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. November 1981

BGE 107 Ia 155

Rz. [29]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

Rz. [14]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

07. September 1993

BGE 119 II 386

Rz. [127]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

25. Mai 1999

BGE 125 III 305

Rz. [99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. August 2000
BGer 4C.335/1999
Rz. [131]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Mai 2002
BGer 5C.8/2002
Rz. [55]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
07. Juli 2003
BGer 4C.363/2001
Rz. [131]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
08. Juli 2003
BGer 4P.67/2003
Rz. [6, 14]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. September 2003
BGer 4C.136/2003
Rz. [99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. April 2004
BGer 4C.20/2004
Rz. [55]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. November 2006
BGer 5C.179/2006
Rz. [99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 2011

BGer 4A_592/2010

Rz. [119]

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

22. Januar 2015

BGer 2C_814/2014

Rz. [38]

Entscheide kantonaler Gerichte

Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom

04. März 2010

KG090022

Rz. [38]

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom

01. März 2012

HG100147

Rz. [66]

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom

06. März 2015

RT140097

Rz. [63]

Entscheide ausländischer Gerichte

Urteil der internationalen Handelskammer von Schweden von

1974

ICC No. 2321

Veröffentlicht in:

JDI 1975, S. 938 f.

Rz. [14]

Urteil der internationalen Handelskammer der Schweiz von

1983

ICC No. 4392

Veröffentlicht in:

JDI 1983, S. 907 f.

Rz. [14]

Urteil des französischen Cour de Cassation vom

07. Januar 1992

Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco

Veröffentlicht in:

Revue de l'arbitrage (Rev.arb.) 1992, S. 470 ff.

Rz. [23, 34]

Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg vom

23. Februar 2006

Cementbouw Handel & Industrie BV gegen Kommission der Europäischen Gemein-
schaften (T-282/02)

Veröffentlicht auf:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56207&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (besucht am 22. Januar 2017)

Rz. [41]

Urteil des deutschen Kammergerichts Berlin vom

28. Juni 2007

2 U 37/05

Veröffentlicht auf:

<http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/kg-berlin-az-2-u-37-05-datum-2007-06-28-id813> (besucht am 20. Februar 2017)

Rz. [80, 85, 87]

I. Prozessualer Teil

1. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel

- 1 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte 2 nach Vertragsauslegung Partei der Schiedsklausel aus Art. 13.1 K-1 sei. Dem muss widersprochen werden.
- 2 Die Klägerin begründet die Parteistellung der Beklagten 2 damit, dass Letztere durch die Unterzeichnung des Distributionsvertrags (K-1) „ausdrücklich zum Ausdruck gebracht habe“, auch an die Schiedsklausel gebunden sein zu wollen (KS 6 Rz. 14). Die Klägerin substantiiert in ungenügender Weise, ob sie sich damit auf die Auslegung des wirklichen Parteiwillens oder vielmehr darauf beruft, wie die Willenserklärungen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten. Wie nachfolgend mittels subjektiver (1.1) und objektiver (1.2) Vertragsauslegung zu zeigen sein wird, ist die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsklausel.

1.1 Subjektive Vertragsauslegung

- 3 Da Schweizer Recht zur Anwendung kommt (KS 6 Rz. 7), beurteilt sich das Zustandekommen sowie die Auslegung einer Schiedsklausel nach Art. 1 ff. OR (BSK IPRG-GRÄNICH, Art. 178 N 52a). Ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien liegt vor, wenn sich diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich einig waren (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 24). Diejenige Partei, welche sich auf das Vorhandensein einer Tatsache beruft und aus dieser Rechte oder Pflichten ableitet, hat deren Vorliegen zu beweisen (BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38).
- 4 Die Klägerin macht nicht ersichtlich, inwiefern ein tatsächlicher Wille der Parteien bezüglich der Parteistellung der Beklagten 2 vorliegen sollte (KS 6 Rz.14). Da die Beklagte 2 das Vorliegen eines solchen Willens bestreitet, ist dieser zu verneinen.

1.2 Objektive Vertragsauslegung

- 5 Zuwider der Auffassung der Klägerin (KS 6 Rz. 14) geht aus der Unterzeichnung des Vertrags nicht „ausdrücklich“ hervor, dass die Beklagte 2 an die Schiedsklausel gebunden sein wollte. Der Wortlaut der Schiedsklausel zeigt sogar das genaue Gegenteil.
- 6 Der Wortlaut kommt als primäres Auslegungsmittel zur Anwendung, um den Parteiwillen aus dem Vertragstext eruieren zu können (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19). Dabei sind die Willenserklärungen so zu verstehen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BGE 105 II 16 E. 3a; BGer 4P.67/2003 E. 2.3).
- 7 Wenn die Klägerin aus der Mitunterzeichnung des Distributionsvertrags (K-1) durch die Beklagte 2 auf deren Willen zur Parteistellung bezüglich der Schiedsklausel in Art. 13.1 K-1

schliesst, lässt sie ausser Acht, dass es sich dabei um die Musterschiedsklausel der Swiss Rules handelt. Diese ist ihrer Natur gemäss neutral abgefasst, um auf diverse Parteien und Verträge Anwendung finden zu können. Erst durch die ausdrückliche Nennung der „Lieferantin“ und der „Distributorin“ wird ersichtlich, dass lediglich eine Bindung dieser zwei Parteien beabsichtigt war (vgl. Art. 13.1 K-1). Die Beklagte 2 wurde explizit nicht genannt. Demnach durfte und musste die Beklagte 2 nach Treu und Glauben folgern, dass die Schiedsklausel nur zwischen der Lieferantin und der Distributorin zustande gekommen ist.

- 8 Die Klägerin argumentiert weiter, dass es sich bei der Garantieleistung der Beklagten 2 in Art. 12 K-1 nicht um eine eigenständige Verpflichtung handle und sie demnach, wie die Beklagte 1, an die Schiedsklausel gebunden sein müsse (KS 6 Rz. 19). Sie hält zunächst fest, dass die Formulierung „im Sinne einer eigenständigen Verpflichtung“ in Art. 12 K-1 zu unbestimmt sei, wobei sie die Garantieleistung als Element des Distributionsvertrags betrachtet (KS 6 Rz. 19). Dann widerspricht sie dieser Behauptung, indem sie keine Akzessorietät zwischen der Garantieleistung und dem Distributionsvertrag (K-1) feststellt (KS 6 Rz. 61).
- 9 Die fehlende Akzessorietät entspricht auch dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 12 K-1, wonach es sich bei der Garantieleistung um eine „eigenständige Verpflichtung“ handelt. Dies hat zur Folge, dass die Garantieleistung vom Distributionsvertrag gesondert betrachtet werden muss und sich die Schiedsklausel daher nicht auf die Beklagte 2 erstreckt.
- 10 Die Klägerin macht eventualiter geltend, dass sich die Schiedsklausel auch auf die Beklagte 2 erstrecken würde, falls es sich bei Art. 12 K-1 um eine „eigenständige Verpflichtung“ handeln würde (KS 6 Rz. 19). Die Schiedsklausel erfasse aufgrund der Konnexität von Art. 12 K-1 zum Distributionsvertrag auch die Beklagte 2 (KS 6 Rz. 19). Sie überträgt dabei eine Methode zur Ausdehnung der objektiven Tragweite der Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) in unzulässiger Weise auf die subjektive Tragweite.
- 11 Die subjektive Tragweite der Schiedsklausel regelt, welche Parteien durch sie gebunden sind, während sich die objektive Tragweite mit den von der Schiedsklausel erfassten Ansprüchen befasst (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.137, 3.152). Die Ausdehnung der Schiedsklausel auf konnexe Verträge ist nur zulässig, sofern strittig ist, wie weit die objektive Tragweite einer Schiedsklausel reicht (BORN, S. 96; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOSIER, Art. 186 N 74 f.).
- 12 Im vorliegenden Fall ist es strittig, ob die Beklagte 2 überhaupt als Partei der Schiedsklausel zu betrachten ist. Daher ist ihrer untauglichen Argumentation nicht weiter zu folgen.
- 13 Bei der Berufung auf die Systematik des Distributionsvertrags (K-1) substantiiert die Klägerin nicht, weshalb die Schiedsklausel für alle Parteien Geltung beanspruchen sollte

(KS 6 Rz. 16). Für die Begründung der Parteistellung gestützt auf die Systematik trägt die Klägerin die Beweislast (vgl. Rz. 3). Diesem Argument wird nicht daher weiter gefolgt.

- 14 Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine ergebnisneutrale Auslegung der subjektiven Tragweite auch bei internationalen Verhältnissen nicht geboten (KS 6 Rz. 13). Sowohl nach nationaler als auch nach internationaler Rechtsprechung ist das Zustandekommen einer Schiedsklausel im Zweifelsfall nur mit Zurückhaltung anzunehmen (BGE 116 Ia 56 E. 3b; BGer 4P.67/2003 E. 2.3; ICC No. 4392; No. 2321)
- 15 Die Klägerin beruft sich lediglich auf Lehrmeinungen, welche diese Praxis zwar kritisieren, sich bis heute aber nicht durchsetzen konnten. Demnach ist das Zustandekommen der Schiedsklausel und die Bindung der Beklagten 2 an diese im Hinblick auf die nationale und internationale Rechtsprechung erst recht zu verneinen.

1.3 Aus der objektiven Tragweite der Schiedsklausel kann nicht auf die subjektive Tragweite geschlossen werden

- 16 Die Klägerin zieht fälschlicherweise aus der objektiven Tragweite der Schiedsklausel Rückschlüsse auf deren subjektive Tragweite (KS 6 Rz. 15,18,19; vgl. Rz. 10 f.). So erkennt sie zwar beispielsweise richtig, dass der von ihr geltend gemachte Anspruch im Zusammenhang mit dem Distributionsvertrag (K-1) steht und somit von der objektiven Tragweite erfasst wird (KS 6 Rz. 15). Sie leitet dann jedoch in willkürlicher Weise daraus ab, dass die Beklagte 2 dadurch auch von der subjektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst werden müsse. Diesen unzulässigen Rückschlüssen kann nicht gefolgt werden.

1.4 Zwischenfazit

- 17 Die Beklagte 2 ist sowohl gestützt auf die subjektive als auch auf die objektive Vertragsauslegung nicht Partei der Schiedsklausel.

2. Die Schiedsklausel in Art. 13.1 K-1 ist nichtig

- 18 Wie darzulegen sein wird, ist die Schiedsklausel aufgrund der Verletzung des Prinzips der Gleichbehandlung nichtig (2.1); eine Teilnichtigkeit muss verneint werden (2.2). Auch bei Anwendung der dispositiven Regelung von Art. 8 Ziff. 4 SRJA muss eine gemeinsame Schiedsrichterwahl abgelehnt werden (2.3). Zudem musste kein Ablehnungsgesuch eingereicht werden (2.4).

2.1 Die Schiedsklausel verstösst gegen das Prinzip der Gleichbehandlung

- 19 Wie von der Klägerin richtig erkannt, bildet die Parteiautonomie ein prägendes Merkmal der Schiedsgerichtsbarkeit (KS 6 Rz. 25), welches gemäss Art. 8 Ziff. 3 SRIA auch ausdrücklich beim Mehrparteienverfahren zur Anwendung kommt. Der Parteiautonomie ist grundsätzlich immer der Vorrang einzuräumen, insbesondere gegenüber den dispositiven Regelungen aus Art. 8 Ziff. 4 SRIA (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 1421; REDFERN/HUNTER, N 6.07).
- 20 Wie von der Klägerin hervorgehoben (KS 6 Rz. 26), wurde in Art. 13.1 K-1 das Recht der Schiedsrichterwahl ausdrücklich auf die Lieferantin und die Distributorin beschränkt. Sie geht dann jedoch ohne Weiteres von der Anwendung des dispositiven Verfahrensrechts in Bezug auf die Schiedsrichterernennung im Mehrparteienverfahren aus (KS 6 Rz. 27). Inwieweit trotz ausdrücklicher Nennung der Lieferantin und der Distributorin eine gemeinsame Schiedsrichterwahl durch die beiden Beklagten zu rechtfertigen ist, wurde von der Klägerin nicht substantiiert. Der Parteiwille wurde demnach in ihrer gesamten Argumentation zur Zulässigkeit der Ernennung des Schiedsrichters durch die Beklagtengruppe gestützt auf Art. 8 Ziff. 4 SRIA nicht berücksichtigt. Diese Argumentation erweist sich somit als gegenstandslos. Es wird dennoch dargelegt, dass kein Parteiwille dahingehend ersichtlich ist, dass und inwiefern die Beklagte 2 an der Schiedsgerichtsbestellung mitwirken sollte.
- 21 Ob ein Parteiwille dahingehend bestand, dass die in Art. 13.1 K-1 getroffene Regelung hinsichtlich der Schiedsgerichtsbestellung auch auf ein Mehrparteienverfahren Anwendung finden soll, muss mittels objektiver Vertragsauslegung ermittelt werden (Rz. 6). Bei Art. 13.1 K-1 handelt es sich um die Musterschiedsklausel der Swiss Rules (Rz. 7). Sie wurde bis auf den Zusatz, dass an der Schiedsgerichtsbestellung lediglich die Distributorin und die Lieferantin mitzuwirken haben, ohne Änderungen übernommen. Dieser Zusatz wäre in einem Zweiparteienverfahren völlig überflüssig, da bei einem Streitfall lediglich zwischen der Distributorin und der Lieferantin eine Schiedsgerichtsbestellung gemäss Art. 8 Ziff. 1 SRIA ohnehin nur durch diese Parteien hätte stattfinden müssen. Folgerichtig ist der Parteiwille aufgrund der expliziten Nennung der Lieferantin und der Distributorin dahingehend auszulegen, dass diese Regelung im Mehrparteienverfahren Geltung erlangen sollte.
- 22 Auch aus dem Schreiben der SCAI vom 16. August 2016 geht hervor, dass das Schiedsgericht die Mehrparteienregelung der Schiedsklausel anerkennt, indem es die Ernennung des Schiedsrichters durch die Beklagte 1 allein bestätigt hat. Diese Regelung betreffend Schiedsgerichtsbestellung im Mehrparteienverfahren ist jedoch, wie zu zeigen sein wird, nichtig.
- 23 Das Gleichbehandlungsprinzip gehört international zum verfahrensrechtlichen Mindeststandard der Schiedsgerichtsbarkeit (Handbook-GEISINGER/DUCRET, S. 87; LIONNET/LIONNET,

S. 436). Es ist gemäss Art. 15 Ziff. 1 SRIA im Schiedsverfahren in jedem Fall zu wahren und gehört zum *ordre public* (*Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco*, Rev.arb. 1992, S. 470; *Swiss Rules-BÜHLER*, Art. 8 N 17). Auf die Gleichbehandlung kann gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG in keinem Fall bereits vor einem Streitfall verzichtet werden, da dies zur Nichtigkeit der Schiedsklausel führen würde (*BERGER/KELLERHALS*, N 547; *POUDRET/BESSON*, N 242).

- 24 Durch den im Wortlaut genau definierten Parteiwillen, die Schiedsrichterbestellung lediglich durch die Distributorin und die Lieferantin vorzunehmen (Rz. 21 f.), wurde die Beklagte 2 von ihrem Mitwirkungsrecht an der Bestellung ausgeschlossen. Eine gegenteilige Ansicht wäre lediglich durch den Wortlaut zu rechtfertigen gewesen, dass eine Schiedsrichterbestellung durch den „Kläger“ oder den „Beklagten“ hätte vorgenommen werden können. Der Verzicht der Beklagten 2 vor dem Streitfall auf ihr Mitwirkungsrecht hat die Nichtigkeit der Schiedsklausel zur Folge.
- 25 Die Klägerin wendet sodann ein, dass eine zumutbare Einflussnahme an der Schiedsgerichtsbestellung durch die Beklagte 2 aufgrund der durch sie besetzten Unternehmensleitung der Beklagten 1 hätte vorgenommen werden können (KS 6 Rz. 39). Das ist nicht stichhaltig.
- 26 Auch wenn die Verwaltungsratsmitglieder eines Joint-Ventures aus der Gründungsgesellschaft entsandt wurden, haben diese die Interessen der Gesellschaft zu wahren, in der sie Einsitz genommen haben (*BÖCKLI*, Kap. 13 N 622; *RITZ*, N 29.2). Bei einer Priorisierung der Interessen der Gründungsgesellschaft würde eine Verletzung der Treuepflicht nach Art. 717 OR vorliegen (vgl. *BÖCKLI* Kap. 13 N 596 ff.; *MÜLLER/LIPP/PLÜSS*, S. 280 ff.).
- 27 Die Interessenwahrungspflicht der Verwaltungsratsmitglieder der Beklagten 1 beschränkt sich demnach auf die Beklagte 1. Wie in Rz. 35 ff. ausgeführt, sind die Interessen der beiden Beklagten nicht identisch. Somit würde die gleichzeitige Interessenwahrung der Beklagten 2 eine Verletzung der Treuepflicht nach Art. 717 OR darstellen. Eine Einflussnahme auf die Schiedsrichterbestellung hätte zu keinem Zeitpunkt stattfinden können und dürfen.
- 28 Die Klägerin behauptet weiter, dass kein rechtliches Interesse der Beklagten 2 am Gleichbehandlungsprinzip bestehe, wenn die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts weiterhin gewahrt bleibe (KS 6 Rz. 36 f.).
- 29 Bei einem Verzicht auf eine paritätische Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist auch eine unabhängige und unparteiische Rechtsprechung nicht mehr gewährleistet, weshalb auf die Parität nicht verzichtet werden kann (*BERGER/KELLERHALS*, N 748; *BGE* 107 Ia 155 E. 4).

30 Die Klägerin verkennt, dass zwischen dem Prinzip der Gleichbehandlung und der Unabhängigkeit respektive der Unparteilichkeit des Schiedsgerichts ein zwingender Zusammenhang besteht. Die Beklagte 2 hat demnach ein gewichtiges Interesse am genannten Prinzip.

2.2 Es liegt keine Teilnichtigkeit der Schiedsklausel vor

31 Eine Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR liegt vor, wenn die Schiedsklausel auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre (BERGER/KELLERHALS, N 552). Von einer vollständigen Nichtigkeit ist dann auszugehen, wenn die Parteien nach dem hypothetischen Parteiwillen in Kenntnis der Teilnichtigkeit keinen Vertrag abgeschlossen hätten (HUGUENIN, N 436).

32 Das Dahinfallen der Verfahrensregel betreffend der Schiedsgerichtsbestellung allein hätte die Bestellung nach dem dispositiven Verfahrensrecht gemäss Art. 8 Ziff. 4 SRIA zur Folge. Demnach wäre der Schiedsrichter von der Beklagtengruppe gemeinsam zu wählen.

33 Da keine identischen Interessen der Beklagten vorliegen (Rz. 35 ff.), hätte die Beklagte 2 einer gemeinsamen Schiedsrichterbestellung unter keinen Umständen zugestimmt. Folgerichtig wäre die Schiedsklausel auch mit dem Dahinfallen dieser Regelung nicht abgeschlossen worden. Demnach ist von der vollständigen Nichtigkeit der Schiedsklausel auszugehen.

2.3 Eventualiter: Keine Schiedsrichterwahl nach Art. 8 Ziff. 4 SRIA möglich

34 Selbst wenn die Schiedsklausel (Art. 13.1 K-1) teilnichtig wäre oder ein Verweis auf Art. 8 Ziff. 4 SRIA vorläge, müssten die Beklagten einen gemeinsamen Schiedsrichter wählen, was aufgrund ihrer unterschiedlichen Interessen gegen das Prinzip der Gleichbehandlung verstossen würde (LIONNET/LIONNET, N 439 f; Sociétés BKMI Industrieanlagen et Siemens c/ Société Dutco, Rev.arb. 1992, S. 470). Die nachfolgend genannten unterschiedlichen Interessen würden wiederum zur Nichtigkeit der Schiedsklausel führen (Rz. 23).

2.3.1 Kein gleicher Rechtsanspruch aufgrund Beschränkung der Garantieleistung

35 Die Klägerin macht geltend, dass sich eine gemeinsame Interessenlage aus der Geltendmachung des gleichen Rechtsanspruchs gegen die Beklagten ergibt (KS 6 Rz. 29). Dem ist nicht zu folgen.

36 Der Rechtsanspruch gegen die Beklagte 1 lautet auf Schadenersatz in noch zu bestimmender Höhe. Gegen die Beklagte 2 kann jedoch nur der Betrag von CHF 2'350'000.- eingeklagt werden (Art. 12 K-1). Das Interesse der Beklagten 2 liegt aufgrund ihrer Garantenstellung primär darin, den geforderten Betrag möglichst gering zu halten, während die Beklagte 1 hauptsächlich

lich dahingehend ein Interesse hat, diesen nicht höher als die Garantieleistung ausfallen zu lassen. Folgerichtig kann nicht von einer identischen Interessenlage ausgegangen werden.

2.3.2 Gleicher Rechtsvertreter begründet nicht die Annahme gleicher Interessen

- 37 Die Klägerin begründet die gleiche Interessenlage weiter damit, dass die Beklagten durch denselben Rechtsvertreter vertreten werden und dies eine gleiche Interessenlage der Parteien belege (KS 6 Rz. 29). Dem ist nicht zu folgen.
- 38 Gemäss Art. 12 lit. c BGFA haben die Rechtsvertreter Interessenkonflikte zu meiden, wobei allerdings die abstrakte Möglichkeit für das Vorliegen solcher noch nicht genügt, um eine unzulässige Doppelvertretung zu begründen (BGer 2C_814/2014 E. 4.1.1; OGer ZH, KG090022 E. 2.1.1.1). Ein unzulässiger Interessenkonflikt besteht erst dann, wenn der Rechtsvertreter die Interessen eines Klienten übernommen hat und dabei diejenigen eines anderen beeinträchtigt (Kommentar BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 84; SCHILLER, N 795 ff.).
- 39 Die Klägerin verkennt, dass die ungleiche Interessenlage nicht zur Unzulässigkeit der Doppelvertretung führt. Nur weil kein Interessenkonflikt i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA gegeben ist, führt dies nicht automatisch zum Vorliegen identischer Interessen. Vielmehr liegen, wie in Rz. 35 f. dargelegt, solche unterschiedlichen Interessen vor, welche noch keinen Interessenkonflikt zu begründen vermögen.

2.3.3 Keine gleichen Interessen der Beklagten wegen der 50-prozentigen Kontrolle

- 40 Die Klägerin behauptet, dass die Interessen der Beklagten wegen der 50-prozentigen Kontrolle der Beklagten 2 über die Beklagte 1 gleichlaufen müssen (KS 6 Rz. 29). Dabei verkennt sie, dass die Beklagte 2 gemeinsam mit der Arteria Pharma AG die Kontrolle über die Beklagte 1 ausübt, wodurch keine identische Interessenlage vorliegt.
- 41 Eine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn mindestens zwei Unternehmen einen bestimmten Einfluss in einem anderen Unternehmen ausüben (EuG, T-282/02, N 42). Dies kommt bei 50%/50%-Gemeinschaftsunternehmen am deutlichsten zum Ausdruck, da jedes der beiden Unternehmen in der Lage ist, Entscheidungen des anderen zu blockieren (BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3, N 228).
- 42 Die Beklagte 2 und die Arteria Pharma AG sind jeweils hälftig an der Beklagten 1 beteiligt (Einleitungsanzeige der Klägerin Rz. 2). Folglich ist es der Arteria Pharma AG jederzeit möglich, Entscheidungen der Beklagten 2 zu blockieren. Somit kann die Beklagte 2 nicht zwingend ihre allfällig mit der Beklagten 1 gleichlaufenden Interessen durchsetzen. Sie ist vielmehr auf eine interne Absprache mit der Arteria Pharma AG angewiesen. Aus der ge-

meinsamen Kontrolle über die Beklagte 1 kann folglich nicht auf die gleiche Interessenlage der Beklagten 1 und der Beklagten 2 geschlossen werden.

2.4 Es musste kein Ablehnungsgesuch eingereicht werden

43 Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte 2 kein Ablehnungsgesuch eingereicht habe und eine Unzuständigkeitseinrede daher unverhältnismässig sei (KS 6 Rz. 40 ff.). Dazu ist auszuführen, dass die Ungültigkeit der Schiedsabrede nicht dadurch vereitelt wird, dass auch ein Ablehnungsgesuch hätte gestellt werden können (RÜEDE/HADENFELDT, S. 141). Folglich stellt die Berufung auf die Nichtigkeit keinen Rechtsmissbrauch dar.

2.5 Zwischenfazit

44 Die Schiedsklausel ist aufgrund der Missachtung des Prinzips der Gleichbehandlung nichtig.

3. Dem Schiedsgericht fehlt bei nicht rechtsgültiger Parteistellung der Beklagten 2 die Zuständigkeit

45 Die Klägerin versucht, die Zuständigkeit durch den Übergang der Schiedsklausel als Nebenrecht infolge kumulativer Schuldübernahme zu begründen (KS 6 Rz. 67).

46 Durch den Übergang der Schiedsklausel als Nebenrecht würde eine rechtsgültige Parteistellung begründet werden (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.154).

47 Gemäss der Verfügung Nr. 2 N 2 hat das Schiedsgericht zu prüfen, ob es auch bei nicht rechtsgültiger Parteistellung der Beklagten 2 zuständig wäre, Ansprüche gegen diese zu überprüfen. Die Klägerin versucht jedoch die Parteistellung durch die kumulative Schuldübernahme zu erzwingen (KS 6 Rz. 50). Die Argumentation der Klägerin liegt demnach nicht im Rahmen der vom Schiedsgericht zu beurteilenden Streitfragen (Verfügung Nr. 2).

48 Eventualiter macht die Klägerin geltend, dass die Beklagte 2 nach Art. 4 Ziff. 2 SRJA als Drittperson in das Verfahren eingebunden werden könne (KS 6 Rz. 70).

49 Will man eine Drittperson gegen ihren Willen in das Verfahren gemäss Art. 4 Ziff. 2 SRJA einbeziehen, muss sich diese zumindest durch eine andere Schiedsvereinbarung den Swiss Rules unterstellt haben (MEIER, S. 105 f.; VOSER, S. 395).

50 Die Streitfrage iii) geht davon aus, dass die Beklagte 2 nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel ist. Sie hat sich auch durch keine andere Vereinbarung den Swiss Rules unterworfen. Der Verfahrenseinbezug der Beklagten 2 als Drittperson ist demnach ausgeschlossen.

51 Es ist folglich nicht ersichtlich, inwieweit das Schiedsgericht auch bei nicht rechtsgültiger Parteistellung der Beklagten 2 zuständig sein sollte, Ansprüche gegen diese zu überprüfen.

II. Materieller Teil

1. Das Sicherungsgeschäft ist ungültig

52 Das Sicherungsgeschäft im Darlehensvertrag (K-2) stellt eine Forderungsverpfändung dar (1.1). Diese erweist sich jedoch als ungültig (1.2).

1.1 Qualifikation als Forderungsverpfändung

53 Die Klägerin behauptet, dass eine Sicherungszession vorläge (KS 6 Rz. 75). Entgegen ihrer Ansicht handelt es sich bei dem Sicherungsgeschäft um eine Forderungsverpfändung.

54 Ist die Art des Sicherungsgeschäftes streitig, so ist der Vertrag nach den allgemeinen Auslegungsregeln auszulegen (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. OR 164 N 55; REETZ, N 430, 432). Eine faktische Vermutung zugunsten einer Sicherungszession ist abzulehnen, da die Forderungsverpfändung bis heute praktische Bedeutung hat (REETZ, N 438).

55 Bei der Sicherungszession findet ein Übergang des Vollrechts an der Sicherungsforderung auf den Sicherungszessionar statt, während der Gläubiger bei der Forderungsverpfändung nur ein beschränktes dingliches Recht erlangt (BGer 4C.20/2004 E. 3.3; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 44). Sowohl der Sicherungszessionar als auch der Pfandgläubiger sind erst im Verzugsfalle berechtigt, die Forderung selbst geltend zu machen (BGer 5C.8/2002 E. 2b; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 44).

56 Der Klägerin werden als „Sicherheit“ alle bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegenüber allen Distributoren von Dyalgonin® eingeräumt (K-2). Dieser Wortlaut lässt keine Rückschlüsse auf die Qualifikation des Sicherungsgeschäfts zu. Zudem spricht die Wortwahl, wonach im Verzugsfalle Forderungen durch die Klägerin selbst geltend gemacht werden können (K-2), sowohl für das Vorliegen einer Sicherungsforderung als auch einer Forderungsverpfändung. Die allgemeinen Auslegungsregeln führen demnach zu keinem Ergebnis.

57 Führen die allgemeinen Auslegungsregeln zu keiner eindeutigen Erkenntnis, so kommt die Unklarheitsregel zur Anwendung, wobei diejenige Auslegung vorzuziehen ist, welche für den Verfasser der auszulegenden Vertragsurkunde ungünstiger ist (REETZ, N 436). Zudem wird in solchen Fällen die Regel „in dubio mitius“ herangezogen, nach welcher in Zweifelsfällen die für den Schuldner günstigere Deutung massgeblich ist (REETZ, N 436). Wurde die Urkunde durch den Gläubiger verfasst, muss nach der Unklarheitsregel sowie der Regel „in dubio mitius“ von einer Forderungsverpfändung ausgegangen werden (REETZ, N 439).

58 Da die allgemeinen Auslegungsregeln vorliegend zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, kommt die Unklarheitsregel und die Regel „in dubio mitius“ zur Anwendung. Indem die

PerAspera als Gläubigerin die Vertragsurkunde ohne Mitwirken der Beklagten 1 verfasst hat, muss das Vorliegen einer Forderungsverpfändung angenommen werden.

1.2 Die Anforderungen an eine Forderungsverpfändung sind nicht erfüllt

- 59 Ist für die abgetretenen Forderungen ein Schuldschein vorhanden, so ist dieser im Sinne des Verfügungsgeschäfts an den Pfandgläubiger zu übergeben (CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 900 N 4). Aus der systematischen Auslegung von Art. 900 ZGB und Art. 901 ZGB muss unter dem Begriff „Schuldschein“ i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB jede Urkunde verstanden werden, welche keine Wertpapierqualität aufweist (REETZ, N 312). Demnach sind auch synallagmatische Verträge als Schuldscheine zu qualifizieren (CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 900 N 5; REETZ, N 312). Damit die Forderungsverpfändung Gültigkeit erlangt, darf sich der Besteller des Forderungspfandes nicht weiterhin im Besitz eines Schuldscheins befinden (REETZ, N 299; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1890).
- 60 Ein Schuldschein, in Form des Distributionsvertrags (K-1), wurde an die Klägerin übergeben (Verfügung Nr. 3 Rz. 6), wobei ein Original weiterhin bei der PerAspera verblieb. Als Folge dieses Rückbehaltes ist kein gültiges Pfandrecht an den Forderungen entstanden.

1.3 Zwischenfazit

- 61 Beim Sicherungsgeschäft im Darlehensvertrag handelt es sich um eine Forderungsverpfändung. Durch deren Ungültigkeit bleibt der Klägerin die Aktivlegitimation versagt.

2. Eventualiter: Das Abtretungsverbot steht dem Sicherungsgeschäft entgegen

- 62 Eventualiter steht das Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1 sowohl der Forderungsverpfändung, als auch einer allfälligen Sicherungszession entgegen.

2.1 Das Abtretungsverbot steht beiden Sicherungsgeschäften entgegen

- 63 Ein vertragliches Abtretungsverbot gemäss Art. 164 Abs. 1 OR bewirkt den Ausschluss der Abtretbarkeit sowie der Verpfändbarkeit (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899, N 29; OGer ZH, RT140097 E. III. 5.2).
- 64 Das Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1 steht demnach sowohl der Forderungsverpfändung gemäss Art. 899 ZGB als auch einer allfälligen Sicherungszession entgegen.

2.2 Eine relative Geltung des Abtretungsverbots ist nicht geboten

- 65 Die Klägerin behauptet, dass sich eine relative Geltung des Abtretungsverbots aufdränge (vgl. KS 6 Rz. 80). Dem ist aus folgenden Gründen zu widersprechen.

- 66 Ob einem Abtretungsverbot relative oder absolute Geltung zukommen soll, wird in den nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich gehandhabt. In der Schweiz wirkt ein Abtretungsverbot absolut (BGer 4C.129/2002; ZK OR-SPIRIG Art. 164 N 183 f.). Die Abtretung einer nicht abtretbaren Forderung ist demzufolge unwirksam und wirkt gegenüber jedermann (HGer ZH, HG100147 E. 6.2).
- 67 Die Klägerin begründet die relative Geltung des Abtretungsverbots lediglich mit ausländischen Rechtsordnungen, welche aufgrund der Anwendung Schweizerischen Rechts in diesem Fall keine Anwendung finden (KS 6 Rz. 80). Auch die Berufung auf den Gesetzesentwurf von OR 2020 (KS 6 Rz. 80) muss unbeachtet bleiben, da es sich um kein geltendes Recht handelt. Folglich entfaltet das Abtretungsverbot auch gegenüber der Klägerin Wirkung.
- 68 Auch mit Blick auf die Interessen der Parteien drängt sich eine absolute Geltung auf. Ob das Abtretungsverbot absolute oder relative Wirkung entfaltet, ist davon abhängig, welche Interessen jeweils gegeneinander abgewogen wurden (GOERGEN, S. 187).
- 69 Die Interessen des Schuldners an einer absoluten Geltung können die klare und übersichtliche Gestaltung des Abrechnungsverkehrs oder die Aufrechterhaltung des Zuliefererbetriebs durch gezielte Zahlungen an den Konkurs- oder Insolvenzverwalter sein (NEFZGER, S. 48 f.).
- 70 Gemäss Verfügung Nr. 3 Rz. 7 entsprachen die Interessen der Beklagten 1, ein Abtretungsverbot vorzusehen, den in Rz. 69 genannten. Dabei handelt es sich ausschliesslich um Interessen der Beklagten 1 und somit um Interessen der Schuldnerin. Sie sprechen alle für ein erhebliches Interesse ihrerseits an der absoluten Geltung des Abtretungsverbots.
- 71 Die Interessen des Gläubigers an der Abtretbarkeit ihrer Forderungen und somit lediglich relativer Wirkung des Abtretungsverbots, könnten lediglich die Verwertung ihrer Forderung zu (Re)finanzierungszwecken sein (NEFZGER, S. 50).
- 72 Diesem Interesse, falls überhaupt vorhanden, wurde bereits durch die Abtretung mit Zustimmungsvorbehalt Rechnung getragen (Art. 13.5 K-1).
- 73 Die Interessenabwägung fällt folglich klar zugunsten der Beklagten 1 aus, was eine absolute Wirkung des Abtretungsverbots umso mehr rechtfertigt. Der Ausschluss der Abtretbarkeit entfaltet demnach gegenüber der Klägerin seine vollständige Wirkung.

2.3 Das Berufen auf das Abtretungsverbot ist nicht rechtsmissbräuchlich

- 74 Die Klägerin bringt vor, dass ein Gesuch um Abtretung von der Klägerin konkludent erfolgt sei und dies zu einer schriftlichen Zustimmung oder Ablehnung seitens der Beklagten 1 hätte führen müssen. Eine Berufung auf das Abtretungsverbot wäre demnach rechtsmissbräuchlich (KS 6 Rz. 88). Dies wird nachfolgend zu widerlegen sein.

2.3.1 *Um eine Zustimmung wurde nie ersucht*

- 75 Die Parteien haben ein Abtretungsverbot mit Zustimmungsvorbehalt vereinbart, wobei eine Zustimmung das Ersuchen um Abtretung voraussetzt (Art. 13.5 K-1).
- 76 Das Ersuchen um Zustimmung zur Abtretung läge laut Klägerin konkludent im Zeitpunkt vor, als diese in den vorprozessualen Gesprächen ihre Ansprüche stellte (KS 6 Rz. 88). Sie unterscheidet irrtümlicherweise nicht zwischen den Begriffen Genehmigung und Zustimmung und verwendet diese inkonsequent.
- 77 Aus der Bestimmung von Art. 13.5 K-1 geht hervor, dass eine „Zustimmung“ zur Abtretung hätte eingeholt werden müssen. Eine Zustimmung ist von einer Genehmigung zu unterscheiden. Letztere hat nachträglich zu erfolgen und macht die Abtretung mit Wirkung ex tunc gültig (VON TUHR/ESCHER, S. 331; VON TUHR/PETER, S. 151). Dahingegen ist eine Zustimmung bereits vor einer Abtretung zu erteilen. Dies lässt sich durch den Wortlaut verschiedener gesetzlicher Bestimmungen wie beispielsweise Art. 19a Abs. 1 ZGB belegen (vgl. ferner Art. 263 Abs. 1 und 2 OR).
- 78 Durch die Ausdrucksweise „Zustimmung“ muss der Parteiwille dahingehend gedeutet werden, dass um eine Zustimmung bereits vor Abtretung hätte ersucht werden müssen. Die Klägerin verkennt, dass bei dem von ihr behaupteten konkludenten Gesuch im März 2016 (KS 6 Rz. 89) die Abtretung bereits vollzogen war, nämlich am 25. Februar 2014. Die Klägerin hat somit nie um Zustimmung ersucht. Die vorangehende Auslegung lässt sich zusätzlich durch die nachfolgenden Argumente stützen.
- 79 Durch die von der Klägerin angenommene Sicherungszession wäre das Vollrecht der Forderung im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts auf sie übergegangen (Rz. 55). Ihrer Argumentation folgend, wäre es ihr demnach möglich gewesen, als Vollgläubigerin während zwei Jahren über „alle bestehenden und zukünftigen Forderungen“ gegenüber der Beklagten 1 zu verfügen. Es erscheint klar, dass vernünftig und redlich handelnde Parteien nicht vereinbart hätten, dass erst zwei Jahre nach Gläubigerwechsel um Abtretung ersucht werden sollte.
- 80 Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Genehmigung in jedem Fall, auch ohne Vorliegen einer expliziten Regelung eines Zustimmungsvorbehalts, möglich wäre (KamG Berlin, 2 U 37/05 E. I 2b aa). Eine Vertragsbestimmung, welche die nachträgliche Genehmigung regelt, wäre demnach völlig überflüssig. Diese Tatsache spricht zusätzlich für den Parteiwillen, dass Art. 13.5 K-1 nur von der vorgängigen Zustimmung handelt.

2.3.2 *Eine Verweigerung der nachträglichen Genehmigung ist möglich*

- 81 Die Klägerin beruft sich auf das Vorliegen wichtiger Gründe, welche zu einer nachträglichen Genehmigung hätten führen müssen (KS 6 Rz. 86 ff.). Dies ist zu widerlegen.
- 82 Wie in Rz. 78 ausgeführt, wurde von der Regelung in Art. 13.5 K-1 lediglich das vorgängige Ersuchen um Zustimmung zur Abtretung erfasst. In diesem Fall wäre eine Ablehnung nur im Falle gewichtiger Gründe möglich gewesen (Art. 13.5 K-1). Die nachträgliche Genehmigung wurde nicht von dem Vorliegen gewichtiger Gründe abhängig gemacht.
- 83 Durch eine nachträgliche Genehmigung kann die unwirksame Zession ex tunc die Gültigkeit erlangen, sogar dann, wenn die Parteien ein Abtretungsverbot vereinbart haben (VON TUHR/ESCHER, S. 348).
- 84 Zumal die Parteien die nachträgliche Genehmigung nicht geregelt haben, kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass aus heutiger Sicht die Verweigerung einer Genehmigung auch nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe möglich sei. Es muss der Beklagten 1 folglich freistehen, ob sie eine nachträgliche Genehmigung erteilen möchte oder nicht.
- 85 Die Klägerin beruft sich zudem auf den Sinn und Zweck des Abtretungsverbots, um die nachträgliche Genehmigung zu erzwingen (KS 6 Rz. 91 f.). Eine das Abtretungsverbot einschränkende Auslegung nach Sinn und Zweck rechtfertigt sich nach Literatur und Rechtsprechung hingegen nur dann, wenn das Abtretungsverbot dem Schutz des Gläubigers dient und dieser Schutz bei seiner Befriedigung hinfällig wird (KamG Berlin, 2 U 37/05 E. I 2b aa).
- 86 Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor. Wie dargelegt, dient das Abtretungsverbot nur den Interessen des Schuldners (Rz. 69 ff.) und rechtfertigt demnach eine eingeschränkte Auslegung nach Sinn und Zweck nicht.
- 87 Die Klägerin kann nicht einwenden, dass zum heutigen Zeitpunkt keine Interessen der Beklagte 1 daran mehr vorlägen, um eine nachträgliche Genehmigung zu verweigern (vgl. KS 6 Rz. 91 f.). Es gibt auch in der Schweiz keine Rechtsnorm, wonach eine nachträgliche Genehmigung bei Nichtvorhandensein eines überwiegenden Interesses an einem Abtretungsverbot erteilt werden muss (vgl. KamG Berlin, 2 U 37/05 E. I 2b cc). Das Festhalten am Zustimmungsvorbehalt verstösst somit nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Es widerspricht zusätzlich klar dem Willen der Parteien, eine Forderung als unveräusserliches Recht entstehen zu lassen, wenn die Abtretung von zukünftigen Umständen und Entwicklungen abhängig gemacht werden würde (KamG Berlin, 2 U 37/05 E. I 2b cc).
- 88 Aus den vorstehenden Gründen besteht kein Anspruch der Klägerin auf Genehmigung der Beklagten 1 auf die bereits erfolgte Abtretung.

2.4 Widerlegung weiterer Einwendungen der Klägerin

2.4.1 Eine Berufung auf das Abtretungsverbot ist aus zeitlicher Sicht noch möglich

89 Die Klägerin begründet die Unwirksamkeit des Abtretungsverbots mit der Kündigung des Distributionsvertrags (K-1) und dem darin enthaltenen Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1) auf den 31. Oktober 2015. Diese Begründung ist nicht stichhaltig.

90 Die Sicherungsforderung wäre bei gültiger Abtretung beziehungsweise Verpfändung zum Zeitpunkt des Verpflichtungs- respektive Verfügungsgeschäfts am 25. Februar 2014 auf die Klägerin übergegangen. Der Distributionsvertrag (K-1) inklusive Abtretungsverbot (Art. 13.5 K-1), wurde erst auf den 31. Oktober 2015 gekündigt. Folglich war zum Zeitpunkt der Abtretung beziehungsweise der Verpfändung am 25. Februar 2014 das Abtretungsverbot noch in Kraft, was eine entsprechende Berufung auf Art. 13.5 K-1 zeitlich möglich macht.

2.4.2 Das Abtretungsverbot verstösst nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB

91 Die Klägerin bringt vor, es bestehe eine übermässige Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB, wenn das Abtretungsverbot auf unbestimmte Zeit aufrechterhalten bliebe (KS 6 Rz. 82 f.).

92 Die Klägerin verkennt, dass die Kündigung des Distributionsvertrags (K-1) auf den 31. Oktober 2015 auch zu einem Dahinfallen des Abtretungsverbots führte. Abtretungen nach Kündigung des Vertrags waren demnach jederzeit möglich, weshalb dieser Argumentation nicht gefolgt wird.

2.4.3 Es liegt keine Inkassovollmacht vor

93 Die Klägerin bringt vor, dass, falls die Abtretung aufgrund des Verbots von Art 13.5 K-1 unwirksam wäre, eine Inkassovollmacht im Sinne einer Konversion vorliege (KS 6 Rz. 98). Sie verkennt dabei, dass eine Konversion grundsätzlich nur bei formungültigen Verträgen beziehungsweise bei einem Verstoss gegen die rechtsgeschäftliche Inhaltsfreiheit gemäss Art. 19 OR und Art. 20 OR möglich ist (HUGUENIN, N 441a).

94 Das Verpflichtungsgeschäft zwischen PerAspera und der Klägerin leidet weder an einem Form- noch an einem gegen die Inhaltsfreiheit verstossenden Mangel. Demnach ist dieses Argument nicht weiter beachtlich.

2.4.4 Keine Anwendung des Aktienrechts

95 Die Klägerin möchte die Zustimmung zur Abtretung durch das Schiedsgericht fingieren, wofür sie Art. 685 OR analog heranzieht (KS 6 Rz. 94 ff.). Die Klägerin versucht mittels Analogieschluss völlig sachfremder gesetzlicher Bestimmungen zu einem für sie wünschenswerten

Ergebnis zu gelangen, ohne überhaupt die Zulässigkeit eines solchen durch Lehre oder Rechtsprechung zu begründen. Dem Argument wird demnach nicht weiter gefolgt.

2.5 Zwischenfazit

- 96 Wie dargelegt, liegt eine Verpfändung beziehungsweise eine Zession vor, welche dem Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1 zuwiderläuft und demnach ungültig ist. Die Forderungen gingen nie auf die Klägerin über, weshalb diese nicht aktivlegitimiert ist.

3. Kein Anspruch auf verlangte Auskünfte

- 97 Wie nachfolgend gezeigt wird, besitzt die Klägerin weder aus dem Distributionsvertrag (3.1) noch aus dem Beendigungsvertrag (3.2) einen Anspruch auf die verlangten Auskünfte. Auch ein gesetzlicher Anspruch ist zu verneinen (3.3). Falls ein solcher wider Erwarten bejaht werden würde, hätte die Klägerin ohnehin bereits auf diesen Anspruch verzichtet (3.4).

3.1 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus K-1

3.1.1 Anspruch auf alle an US-amerikanische Behörden eingereichte Dokumente

- 98 Die Klägerin stützt den von ihr behaupteten Anspruch auf Art. 5.2 Ziff. 2 und 3 K-1, ohne dies genügend zu substantiieren (KS 6 Rz. 103 ff.). Entgegen ihrer Ansicht begründen diese Bestimmungen keinen Anspruch auf die von ihr verlangten Auskünfte, was durch objektive Vertragsauslegung zu zeigen sein wird.
- 99 Ausgangspunkt der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist primär der Wortlaut (BGer 4C.136/2003 E. 2.4.1; FORSTMOSER/VOGT, Kap. 20 N 46). Daneben sind jedoch auch die ergänzenden Auslegungsmittel zu berücksichtigen, wie beispielsweise die Systematik des Vertrags oder der Vertragszweck, der sich aus der Interessenlage der Parteien beim Vertragsschluss ergibt (BGer 5C.179/2006, E. 2.4.3; CHK OR-KUT, Art. 18 N 12 f.). Durch die Systematik wird der Sinngehalt einer Bestimmung mittels dem Kontext, in dem sie steht, ermittelt (BGE 125 III 305 E. 2b; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/SCHMID, Art. 18 N 381). Die Interessenlage umfasst die Beweggründe und Erwartungen der Parteien, welche zum Vertragsschluss geführt haben (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/SCHMID, Art. 18 N 391).

a. Die Pflichten der Beklagten 1 aus Art. 5.2 Ziff. 2 K-1

- 100 Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 verpflichtet die Distributorin der Lieferantin alle zur Unterbreitung an die „FDA“ oder an eine andere US-Behörde vorbereiteten Dokumente zur Durchsicht und Kommentierung zu unterbreiten.

- 101 Bei der FDA handelt es sich um ein Departement des amerikanischen Gesundheitsministeriums, welches in erster Linie die Sicherstellung der öffentlichen Gesundheit bezweckt (FDA Fundamentals). Sie ist daher für die Zulassungserteilung von Medikamenten zuständig und legt die regulatorischen Anforderungen fest (FDA Regulations). Beim DOJ hingegen handelt es sich um eine Justizbehörde (DOJ Mission).
- 102 Aus dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 geht hervor, dass von der Informationspflicht nur diejenigen Dokumente erfasst sind, welche an die „FDA“ oder an eine „andere US-Behörde“ übermittelt wurden. Durch die explizite Nennung der FDA konnte nur beabsichtigt werden, dass es sich bei der „anderen US-Behörde“ ebenfalls um eine Behörde im Gesundheits- beziehungsweise Zulassungssektor handeln sollte.
- 103 Wie nachfolgend zu zeigen ist, wird die obige Auslegung auch durch die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss und durch die Systematik des Vertrags gestützt.
- 104 Nach Art. 5.2. Ziff. 1 K-1 ist die Distributorin verpflichtet, die auf dem Territorium anwendbare Gesetzgebung und die regulatorischen Anforderungen zu beachten. Die Klägerin bestätigt in ihrer Sachverhaltsdarstellung, dass die PerAspera weder über die nötigen Kapazitäten für die Zulassung von Dyalgonin® verfügte noch, dass sie die Einhaltung der dortigen regulatorischen Anforderungen hätte sicherstellen können (Einleitungsanzeige der Klägerin Rz. 3). Die eben genannte Interessenlage der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses macht klar, dass es sich in Art. 5.2 Ziff. 1 K-1 nur um Normen und regulatorische Anforderungen in Bezug auf die Zulassung von Dyalgonin® handelt. Daraus muss zwingend geschlossen werden, dass die Parteien durch Art. 5.2 Ziff. 1 K-1 ausschliesslich die Zulassung von Dyalgonin® beziehungsweise die Sicherstellung der Einhaltung der regulatorischen Anforderungen bezweckten.
- 105 Aus vertragssystematischer Sicht kann Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 nur in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Ziff. 2 denselben Zweck wie die ihr vorangehende Ziff. 1 verfolgt. Daher beziehen sich die Pflichten aus Ziff. 2 auch nur auf die Erreichung der Zulassung von Dyalgonin® respektive auf die Sicherstellung der Einhaltung der regulatorischen Anforderungen.
- 106 Der unbegründeten Behauptung der Klägerin, dass der Zweck von Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 in der frühzeitigen Erkennung und Verhinderung von Vertragsverletzungen bestand, kann demnach in keiner Weise gefolgt werden (KS 6 Rz. 104).

b. Die Pflichten der Beklagten 1 aus Art. 5.2 Ziff. 3 K-1

- 107 Art. 5.2 Ziff. 3 Satz 1 K-1 verpflichtet die Distributorin der Lieferantin innert fünf Tagen Kopien sämtlicher Unterlagen zu übermitteln, welche sie betreffend Dyalgonin® an eine US-amerikanische Behörde übermittelt hat.

- 108 Dem Wortlaut von Art. 5.2 Ziff. 3 Satz 1 K-1 ist nicht zu entnehmen, welchen Bezug die von der Informationspflicht erfassten Unterlagen zu Dyalgonin® aufweisen müssen.
- 109 Wie bereits in Rz. 104 f. dargelegt, betreffen die Art. 5.2 Ziff. 1 und 2 K-1 die Zulassung von Dyalgonin® sowie die Einhaltung der regulatorischen Anforderungen. Folglich muss Art. 5.2 Ziff. 3 K-1 im gleichen Kontext gelesen werden. Von der Informationspflicht werden dementsprechend nur Unterlagen erfasst, welche im Zusammenhang mit Dyalgonin® und dessen Zulassung oder der Einhaltung der regulatorischen Anforderungen stehen.

c. Dokumente des Vergleichs unterstehen nicht der Informationspflicht

- 110 Die Klägerin verlangt diejenigen Dokumente, welche aufgrund des eingestellten Verfahrens beziehungsweise des Vergleichs zwischen der Beklagten 1 und dem DOJ ausgetauscht wurden (KS 6 Rz. 104, 106).
- 111 Die Klägerin missachtet, dass den von ihr verlangten Dokumente ein Bezug sowohl zur Zulassung von Dyalgonin® oder der Einhaltung der regulatorischen Anforderungen als auch zur FDA oder einer ihr ähnlichen Behörde fehlt. Der Vergleich wurde abgeschlossen, um die Einstellung der Untersuchung des DOJ zu bewirken, welches der Beklagten 1 die Verletzung der Anti-Kickback Statutes und des False Claim Acts vorwarf (K-5).
- 112 Die Anti-Kickback Statutes verbieten es, durch Zahlungen Empfehlungen für Medikamente zu erlangen, die durch Gesundheitseinrichtungen rückerstattet werden (LIETZAN, S.141). Demgegenüber stellt der False Claim Act diverses betrügerisches Verhalten gegenüber der US-Regierung zur Erlangung von finanziellen Mitteln unter Strafe (LIPMAN, S. 142 f.).
- 113 Weder die Anti-Kickback Statutes noch der False Claim Act stehen in einer Verbindung mit der Zulassung von Dyalgonin® oder der Einhaltung regulatorischer Anforderungen. Folgerichtig besteht weder aus Art. 5.2 Ziff. 2 noch aus Ziff. 3 K-1 ein Anspruch auf die verlangten Auskünfte, zumal den auf dem Vergleich beruhenden Dokumenten ein Bezug zur Zulassung von Dyalgonin® oder der Einhaltung regulatorischer Anforderungen fehlt.
- 114 Zudem verkennt die Klägerin, dass nicht alle Eingaben an eine beliebige US-amerikanische Behörde erfasst werden, sondern nur solche, die an die FDA selbst oder an eine vergleichbare US-amerikanische Behörde eingereicht wurden (vgl. Rz. 102). Gemäss der Pressemitteilung des US Attorney's Office (K-5) wurde der Vergleich zwischen der Beklagten 1 und dem DOJ geschlossen, bei welchem es sich um eine Justizbehörde und nicht um eine im Gesundheitsbeziehungsweise Zulassungssektor tätige Behörde handelt (Rz. 101).

3.1.2 Besprechungen zwischen US-amerikanischen Behörde und der Beklagten 1

- 115 Die Klägerin stützt ihren behaupteten Anspruch auf die Übermittlung der Dokumentation der Besprechungen zwischen der Beklagten 1 und der US-amerikanischen Behörde mittels der Informations- und Konsultationspflicht auf Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 (KS 6 Rz. 106).
- 116 Wie bereits in Rz. 102 ff. mittels objektiver Vertragsauslegung dargelegt wurde, erfasst die Informationspflicht aus Art. 5.2 Ziff. 2 K-1 nur Unterlagen, welche die Zulassung von Dyalgonin® oder die Einhaltung regulatorischer Anforderungen betreffen. Es wurde gezeigt, dass die auf dem Vergleich beruhenden Dokumente diesbezüglich keinen genügenden Zusammenhang aufweisen. Zudem erfasst die Informationspflicht keine Dokumente im Zusammenhang mit dem DOJ.

3.1.3 Übermittlung aller von einer US-Behörde erhaltenen Dokumente

- 117 Die Klägerin begründet ihren Anspruch auf die Übermittlung der von einer US-amerikanischen Behörde erhaltenen Dokumente anhand von Art. 5.2 Ziff. 3 K-1.
- 118 Es ist auf die Ausführungen von Rz. 116 zu verweisen. Unabhängig davon, ob die Unterlagen von der Informationspflicht erfasst werden, handelt es sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht um „wichtige“ Dokumente (KS 6 Rz. 104).
- 119 Was unter „wichtigen“ Dokumenten (Art. 5.2 Ziff. 3 K-1) verstanden werden kann, muss durch die objektive Auslegung der Bestimmung ermittelt werden. Entscheidend ist, was vernünftig und redlich handelnde Personen mit der Verwendung bestimmter Worte unter konkreten Umständen gewollt hätten (CHK OR-KUT, Art. 18 N 4). Dabei muss angenommen werden, dass die Parteien keine unangemessene Lösung vereinbart haben (BGer 4A_592/2010, E. 3.1).
- 120 Die Klägerin legt die Bestimmung nach persönlichem Gutdünken aus, um zum gewünschten Ergebnis zu gelangen (KS 6 Rz. 104). Bei objektiver Auslegung der Bestimmung ist es jedoch weder sachgerecht noch nachvollziehbar, weshalb sich die Beklagte 1 dazu verpflichtet haben sollte, der Klägerin begangene Vertragsverletzungen von sich aus mitzuteilen. Mit „wichtigen Dokumenten“ waren demnach mit Gewissheit nicht solche gemeint, die allfällige Vertragsverletzungen der Beklagten 1 zum Vorschein bringen sollten.

3.2 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte aus K-4

- 121 Die Klägerin unterlässt es zu begründen, weshalb sie berechtigt sein sollte, Ansprüche aus dem Beendigungsvertrag (K-4) geltend zu machen (KS 6 Rz. 108 f.). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ansprüche aus dem Beendigungsvertrag (K-4) an die Klägerin abgetreten wurden. Falls überhaupt eine gültige Verpfändung beziehungsweise eine Abtretung

angenommen werden könnte, wären davon nur Ansprüche aus bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin® erfasst (K-2). Offensichtlich handelt es sich bei einem Beendigungsvertrag nicht um einen Vertriebsvertrag, weshalb Ansprüche aus diesem Vertrag nicht an die Klägerin verpfändet respektive abgetreten wurden.

3.3 Die Klägerin besitzt keinen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

122 Nachfolgend wird zu zeigen sein, dass die Klägerin keinen gesetzlichen Anspruch auf die von ihr verlangten Auskünfte beziehungsweise Dokumente besitzt.

3.3.1 Keine analoge Anwendung von Auftragsrecht

123 Die Klägerin greift willkürlich auf die allgemeinen Lehren des Innominatvertragsrechts zurück, um die für sie vorteilhafte analoge Anwendung des Auftragsrechts zu erreichen, wobei sie sich auch auf überholte Lehrmeinungen beruft (KS 6 Rz. 111).

124 Der analoge Rückgriff auf eine Bestimmung des Besonderen Teils des OR ist nur dann erlaubt, wenn ein genügender Zusammenhang zu einer solchen gegeben ist (HUGUENIN, N 3703). Die herrschende Lehre ist der Ansicht, dass die analoge Anwendung des Auftragsrechts beim Alleinvertriebsvertrag nicht geboten beziehungsweise sogar unzulässig ist (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einleitung von Art. 184 ff. N 115; MEYER, S. 145; STRAUB, N 0.11). Dies rechtfertigt sich dadurch, dass beim Auftrag vorwiegend fremde Interessen gewahrt werden, wohingegen beim Alleinvertriebsvertrag hauptsächlich eigenen Interessen verfolgt werden (SCHLUEP, S. 844; MEYER, S. 145). Bei letzterem Vertragstyp hat sowohl der Lieferant als auch der Abnehmer jeweils ein eigenes Interesse an der Absatzförderung (SCHLUEP, S. 844). Es handelt sich dabei nicht um eine fremde Interessenverfolgung, sondern vielmehr um die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses (SCHLUEP, S. 844).

125 Die Beklagte 1 verfolgt mit der Absatzförderung überwiegend eigene Interessen, da sich diese direkt auf ihren Umsatz auswirkt. Gleiches muss für die Einhaltung der anwendbaren Gesetzgebung und der regulatorischen Anforderungen gelten (Art. 5.2 Ziff. 1 K-1). Nur falls diese eingehalten werden, darf Dyalgonin® vertrieben werden, was eine zwingende Voraussetzung für Umsatzerzielung darstellt. Dass die Absatzförderung auch im Interesse der PerAspera liegt (KS 6 Rz. 113), begründet lediglich die Verfolgung eines gemeinsamen, nicht aber eines fremden Interesses. Folglich ist eine analoge Anwendung des Auftragsrechts ausgeschlossen.

3.3.2 Die Beklagte 1 kann nicht mehr zur Edition aufgefordert werden

126 Wie nachfolgend gezeigt wird, ersucht die Klägerin das Schiedsgericht unberechtigterweise mittels Art. 24 Ziff. 3 SRIA, die Beklagte 1 zur Edition aufzufordern (KS 6 Rz. 116 ff.).

- 127 Das Schiedsgericht hat die Kompetenz festzulegen, bis wann allfällige Beweisanträge durch die Parteien eingereicht werden müssen (Arbitration in Switzerland-VEIT, Art. 184 N 14; WEIGAND, N 12.80). Diese Kompetenz des Schiedsgerichts ist ausdrücklich in Art. 24 Ziff. 2 SRIA enthalten (BGE 119 II 386 E. 1b; Swiss Rules-NATER-BASS/ROUVINEZ, Art. 24 N 21). Nach Ablauf der vom Schiedsgericht festgelegten Frist ist dieses dazu berechtigt, das Ersuchen einer Partei, die andere Partei zur Edition aufzufordern, abzulehnen (BERGER/KELLERHALS, N 1208; Swiss Rules-NATER-BASS/ROUVINEZ, Art. 24 N 29).
- 128 Die Klägerin missachtet bei der Aufforderung zur Einreichung weiterer Beweismittel, dass die Parteien auf dieses Recht in der ersten Prozessphase ausdrücklich verzichtet haben (Verfügung Nr. 1 vom 19. September 2016 N 15). Dies anerkennt die Klägerin auch ausdrücklich in ihrer Klageschrift (KS 6 Rz. 124). Demzufolge hat das Schiedsgericht der verspäteten Aufforderung der Klägerin aufgrund von Art. 24 Ziff. 2 SRIA nicht Folge zu leisten.
- 129 Es kann daher offengelassen werden, ob das Gesuch der Klägerin berechtigt wäre, da ihr Anspruch aufgrund ihres Verzichts durch das Schiedsgericht abgewiesen werden muss.

3.4 Eventualiter: Die Klägerin hat auf die geltend gemachten Ansprüche verzichtet

- 130 Sollte entgegen der Auffassung der Beklagten 1 ein vertragliches oder gesetzliches Auskunftsrecht bestehen, so hat die Klägerin mittels Erlass auf dieses verzichtet.
- 131 Durch einen Erlass nach Art. 115 OR können die Parteien sowohl auf einzelne Forderungen als auch auf ganze Rechtsgeschäfte verzichten (BGE 95 II 419 E. 2d; SCHWENZER, N 79.01). Beim Erlassvertrag handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches einen Konsens der Parteien voraussetzt (BGer 4C.363/2001, E. 3; 4C.335/1999, E. 4b). Der Erlass kann auch konkludent geschlossen werden und ist in der Regel an keine Form gebunden (BSK OR I-GABRIEL, Art. 115 N 6; SCHWENZER, N 79.02).
- 132 Durch den Beendigungsvertrag (K-4) haben die Parteien im Einvernehmen auf einzelne aus dem Distributionsvertrag (K-1) entstandene Forderungen verzichtet. Die Parteien haben ausdrücklich vereinbart, dass nur die in Art. 13.3.4 K-1 genannten Bestimmungen in Kraft bleiben. Im Umkehrschluss wurde durch den Beendigungsvertrag auf sämtliche nicht in Art. 13.3.4 K-1 und dem Beendigungsvertrag genannten Forderungen konkludent verzichtet.

3.5 Zwischenfazit

- 133 Es liegt weder ein Anspruch aus Distributions- oder Beendigungsvertrag noch aus dem Gesetz vor.