

Moot Court Team 8

Gabriela Horg
Kristin Deseö
Alexander Stübi
Joël Otth

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofes der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnastrasse 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/Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 9

gegen

Conquest Distribution Ltd.

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

Beklagte 1/Widerklägerin 1

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

Beklagte 2/Widerklägerin 2

vertreten durch Moot Court Team 8

Sehr geehrter Herr Vorsitzender

Sehr geehrte Damen und Herren SchiedsrichterInnen

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

1. *Auf die Klage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.*
2. *Eventualiter sei die Schiedsklausel zu ergänzen.*
3. *Die Klage sei mangels Aktivlegitimation abzuweisen.*
4. *Eventualiter sei die Beklagte mangels gesetzlicher und vertraglicher Ansprüche nicht zu verpflichten die geforderten Dokumente in Kopie herauszugeben.*
5. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Kommentare	V
Lehrbücher	VI
Zeitschriften	VII
Dissertation	VIII
Entscheidverzeichnis	VIII
Publizierte Entscheide des Bundesgerichts	VIII
Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts	X
Entscheide anderer Schweizer Gerichte	X
Internationale Entscheide	XI
Abkürzungsverzeichnis	XII
A. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel	1
I. Art. 12 K-1 als bürgschaftsähnliche Garantie	1
II. Keine Parteistellung der Beklagten 2 durch Vertragsauslegung	1
III. Kein Parteiwille der Beklagten 2 ersichtlich	2
IV. Ansprüche der Beklagten 2 machen sie nicht zur Partei der Schiedsklausel	3
V. Kein Rechtsmissbrauch	3
VI. Fazit	4
B. Eventualiter: Schiedsklausel ist vs. der Beklagten 2 ungültig	4
I. Unrechtmässige Konstitution des Schiedsgerichts	4
II. Teilungültigkeit der Schiedsklausel	5
III. Fazit	5
C. Das Schiedsgericht ist auch unabhängig von der Parteistellung nicht zuständig	5
I. Keine Zuständigkeit aufgrund des „Jurisdictional Approach“	5
II. Die Beklagte 2 hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen	6
1. <i>Keine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2</i>	6
2. <i>Zwischenfazit</i>	7
3. <i>Die Unzuständigkeitseinrede wurde nicht zu spät eingereicht</i>	7
III. Fazit	8
D. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert	8
I. Die Klägerin ist nicht Teil der Schiedsklausel	8
II. Keine Aktivlegitimation aufgrund unrechtmässiger Abtretung	8
1. <i>Die Verfügungsmacht des Zedenten</i>	8

2.	<i>Die Formvorschrift wurde nicht eingehalten</i>	9
2.1.	Verpflichtungsgeschäft	9
2.2.	Verfügungsgeschäft (Bestimmbarkeit der Forderung)	9
2.3.	Verfügungsgeschäft (subjektives Willenselement).....	10
3.	<i>Verstoss gegen den wirtschaftlichen Handlungsspielraum</i>	10
4.	<i>Das Verfügungsgeschäft fällt unter das beschränkte Abtretungsverbot</i>	11
5.	<i>Keine Abtretbarkeit der Forderung</i>	12
5.1.	Vorliegen gewichtiger Gründe.....	12
5.2.	Internationales Handelsrecht & restriktive Auslegung	12
5.3.	Die Abtretung wird vom Abtretungsverbot erfasst.....	13
a)	Kausalität / teilweise Kausalität.....	13
b)	Eventualiter: Abstraktheit	15
6.	<i>Das Abtretungsverbot verstösst nicht gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit</i>	16
7.	<i>Zustimmung der Beklagten I kann nicht nachträglich fingiert werden</i>	17
8.	<i>Clausula Rebus Sic Stantibus kann nicht selbstständig angewendet werden</i>	17
9.	<i>Zwischenfazit</i>	17
III.	Fazit	18
E.	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	18
I.	Anspruch aus Vertrag	18
1.	<i>Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen</i>	18
2.	<i>Eventualiter: Die verlangten Auskünfte sind keine klagbaren Nebenpflichten</i>	18
3.	<i>Eventualiter: Art. 5.2 des Distributionsvertrags umfasst nicht die verlangten Auskünfte</i>	19
4.	<i>Zwischenfazit</i>	19
II.	Anspruch aus Gesetz	19
1.	<i>Präparatorischer Informationsanspruch Art. 2 Abs. 1 ZGB</i>	19
2.	<i>Zwischenfazit</i>	20
III.	Fazit	20

Literaturverzeichnis

Kommentare

BK OR, KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Band VI 1. Abteilung-
Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband-Allgemeine Einleitung in das schweizerische
Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18, Bern 1986

(zit.: BK OR Allgemeine Einleitung, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 7

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

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

Zitiert in Rz. 11, 22, 23

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

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

Zitiert in Rz. 2, 36, 39, 43, 45, 49, 51, 53, 58, 64

CHK OR, FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schwei-
zer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Ba-
sel/Genf 2016

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

Zitiert in Rz. 34, 39, 51

KUKO OR, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Zürich 2014

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

Zitiert in Rz. 41, 64

MÜNCH PETER/BÖHRINGER PETER/LEHNE SABINA KASPER/PROBST FRANZ (Hrsg.), Schweizer
Vertragshandbuch, Band 32 – Globalzession, 2. Aufl., Winterthur 2010

(zit.: Schw. V.-BEARBEITERIN, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 34

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

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

Zitiert in Rz. 25

ZK OR 164-174, GAUCH PETER/SCHÖNENBERGER WILHELM (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 164-174 OR – Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Aufl., Zürich 1993

(zit.: ZK OR-SPIRIG, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 51

ZK OR 18, JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014

(zit.: ZK OR Art. 18, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 5

Lehrbücher

AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern/Stuttgart/Wien 1994

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

Zitiert in Rz. 70

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

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

Zitiert in Rz. 7, 11, 18

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

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

Zitiert in Rz. 16

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

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

Zitiert in Rz. 34, 53

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

(zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. [...])

Zitiert in Rz. 49, 51

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

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

Zitiert in Rz. 2, 5, 34, 36, 39, 41, 49, 51, 53, 64

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009

(zit.: KOLLER, § [...], Rz. [...])

Zitiert in Rz. 36, 49

MARTENS FRANK, Wirkungen der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens auf Dritte, Frankfurt am Main 2005

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

Zitiert in Rz. 7

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

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

Zitiert in Rz. 34, 39, 45, 49, 55

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

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

Zitiert in Rz. 21

Zeitschriften

HIRSCH LAURENT, Appointing Arbitrators in a Multiparty Dispute – Remarks on the Decision of the Zurich Superior Court of 11 September 2001, in ASA Bulletin, Volume 20, 4. Ausgabe, S.702-707m Den Haag 2002

(zit.: HIRSCH, ASA Bulletin 4/2002, S. [...])

Zitiert in Rz. 12

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse.

In: Journal du droit international, Paris 1995

(zit.: POUDRET, JDI, S. [...])

Zitiert in Rz. 28

Dissertation

PETER HANSJÖRG, Das bedingte Geschäft: seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht: mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römischen Recht, Zürich 1994

(zit.: PETER, S. [...])

Zitiert in Rz. 41, 53

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. Februar 1969

BGE 95 II 109

Zitiert in Rz. 48

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Mai 1979

BGE 105 II 83

Zitiert in Rz. 34

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. Juli 1985

BGE 111 II 276

Zitiert in Rz. 6

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Dezember 1986

BGE 112 II 433

Zitiert in Rz. 39

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Mai 1987

BGE 113 II 163

Zitiert in Rz. 34

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. November 1991
BGE 117 II 609
Zitiert in Rz. 58

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. April 1995
BGE 121 III 118
Zitiert in Rz. 58

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. August 2005
BGE 131 III 606
Zitiert in Rz. 3

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50
Zitiert in Rz. 23

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. März 2002
BGE 128 III 212
Zitiert in Rz. 58

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2003
BGE 129 III 727
Zitiert in Rz. 28

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
Zitiert in Rz. 13

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 2008

BGE 135 III 1

Zitiert in Rz. 59

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. November 1994

BGer 4P.86/1994

zitiert in Rz. 11

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. Juni 2003

BGer 4C.41/2003

Zitiert in Rz. 36

Entscheide anderer Schweizer Gerichte

Urteil der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom

13. Juni 1995

ZH OGer, ZR 1996, Nr. 61

In Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 1995/96, S. 180

Zitiert in Rz. 48, 49

Urteil der III Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom

11. September 2001

ZH OGer, ZR 2002, Nr. 21

In ASA Bulletin 4/2002 S. 694

Zitiert in Rz. 12

Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom

29. August 2011

KGer SG, BO.2011.11

Zitiert in Rz. 49

Internationale Entscheide

Urteil des Court des Cassation (Franz. Oberstes Gericht), I. Zivilkammer vom
7. Januar 1992

Siemens AG und BKMI Industrienlage GmbH vs. Dutco Consortium Construction CO

In Revue de l'arbitrage 1992, S. 470

Zitiert in Rz. 12

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Aufl.	Auflage
B1	Beklagte 1
B2	Beklagte 2
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BKMI	Belly Knowledge Management International
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CH	Schweiz
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
d.h.	das heisst
Dr.	DoktorIn
E.	Erwägung
f.	folgend
ff.	folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.e.S.	im engeren Sinne
int.	international
i.S.(v.)	im Sinne (von)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
JDI	Journal du droit international

K-1	Distributionsvertrag vom 27. Februar 2008
K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
K-4	Beendigungsvereinbarung vom 16. September 2015
KGer	Kantonsgericht
KS	Klageschrift zu Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016 von Moot Court Team 9 vom 9. Dezember 2016
KUKO	Kurzkommentar Obligationenrecht
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30 März 1911 (SR 220)
PA	PerAspera Pharma AG
Prov. E-Antw.	Provisorische Einleitungsantwort der Beklagten 2 vom 29. Juli 2016
Rz.	Randziffer
Schw. V.	Schweizer Vertragshandbuch
SG	Sankt Gallen
sog.	sogenannt(e)
SR	systematische Sammlung des Bundesrechts
SVE	Sachverhaltsergänzung
S.	Seite
s.	siehe
UE	Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2 vom 26. September 2016
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse vom 1.1.2016, (SR 210)
ZH OGer	Zürcher Obergericht
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung

A. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsklausel

1 Die Klägerin begründet fälschlicherweise die Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit der angeblichen Parteistellung der B2 in der Schiedsvereinbarung. Dies wird nachfolgend klar bestritten.

I. Art. 12 K-1 als bürgschaftsähnliche Garantie

2 Die B2 tritt einzig in Art.12 des K-1 auf. Art.12 ist richtigerweise als bürgschaftsähnliche Garantie zu werten. An dieser Stelle verspricht die B2 (Garantin) der Klägerin (Promissarin) die Leistung eines vertragsfremden Dritten. I.c. sichert die B2 die Leistung der B1 zu, wobei sich dieses Versprechen auf ein Schuldverhältnis – den Distributionsvertrag (K-1) – bezieht, aus welchem der Promissar einen Anspruch gegenüber dem Dritten hat (zum Ganzen HUGUENIN, Rz. 1167ff.). Die bürgschaftsähnliche Garantie ist nicht akzessorisch zum Hauptvertrag (HUGUENIN, Rz. 1172, 1177). Sie stellt kein Nebenrecht der Hauptschuld dar, sondern ist im Gegenteil von dieser vollkommen unabhängig (HUGUENIN, Rz. 1174). Da die Garantie formlos gültig ist, kann sie als separate Klausel in den Hauptvertrag aufgenommen werden (BSK OR I- PESTALOZZI, Art. 111, Rz. 9). Dies spricht dafür, dass die Garantie und der K-1 als zwei verschiedene Verträge zu werten und zu beachten sind.

II. Keine Parteistellung der Beklagten 2 durch Vertragsauslegung

3 Die Klägerin begründet die Parteistellung der B2 in unzutreffender Weise durch die Auslegung der Schiedsvereinbarung anhand des Wortlauts (KS Rz. 2). Dieser wird nach dem Vertrauensprinzip beurteilt (BGE 131 III 606 E. 4.2). Der Wortlaut der Bestimmung in Art. 13.1 K-1 („[...] aus oder im Zusammenhang mit *diesem Vertrag*“) zeigt zweifellos, dass mit dem Vertrag der K-1 gemeint ist. Die Klägerin bezeichnet die B2 als „aktive Partei des Vertrages“ (KS Rz. 3), was per definitionem nicht korrekt sein kann, denn die B2 ist Garantin der B1 und tritt nur als solche in Erscheinung. Sie ist keine Vertragspartei des K-1 (s. Rz. 2).

4 Dieser Standpunkt lässt sich überzeugend durch die Auslegung nach dem Wortlaut des K-1 vertreten, denn bereits in der Präambel des K-1 werden nur die Distributorin und die Lieferantin vorgestellt und zudem nur die Zusammenarbeit zwischen jenen genannt. Weiter wird die B2 im K-1 nicht als Partei bezeichnet, sondern lediglich als Garantin. Als zusätzliches Indiz gegen die Parteistellung der B2 spricht Art. 3.1 des K-1. Die Parteien vereinbaren gemäss Art. 3.1 K-1 jährlich die Kaufpreise und die Lieferbedingungen neu, womit deutlich wird, dass als Parteien nur die Klägerin und die B1 in Frage kommen. Ferner spricht Art. 3.3 des K-1 von „*beide[n] Parteien*“. Daraus lässt sich ableiten, dass es nur zwei Parteien sind, welche an den K-1 und somit an die implizierte Schiedsvereinbarung gebunden sind. Schliesslich macht Art. 13.3.1 des K-1 deutlich, dass die B2 auf keinen Fall als Partei der Schiedsklausel gewertet werden kann.

Der Artikel besagt, dass „[j]ede Partei“ den Vertrag (K-1) künden kann. Weil es auf keinen Fall zweckmässig erscheint, dass jeweils die Garanten den gesamten K-1 künden können, kann die B2 offensichtlich nicht als Partei gemeint sein. Diese Vermutung wird durch die K-4 vom 16. September 2015 belegt. Den genannten Vertrag haben nur die PA und die B1 miteinander geschlossen. Die jeweiligen Garanten wurden dabei nicht berücksichtigt, was deutlich macht, dass diese nicht als Vertragsparteien gelten. Die B2 garantiert lediglich die Einhaltung der Vertragspflichten der B1, sie übernimmt diese nicht. Aus dem Dargestellten resultiert, dass die B2 nicht als aktive Partei des K-1 - und somit der erfassten Schiedsklausel - behandelt werden darf.

5 Als ergänzendes Auslegungsmittel zieht die Klägerin den Vertragszweck heran (KS Rz. 4). Die Parteistellung der B2 ist jedoch auch nach der Analyse des Vertragszweckes nicht ersichtlich. Denn einerseits wurde die Schiedsabrede lediglich durch die Parteien des K-1 getroffen, zu welcher die B2 aber gemäss Wortlaut nicht zählen kann (s. Rz. 3f.). Andererseits stellt die Garantie keinen Anspruch aus dem K-1 dar, sondern aus der darin eigenständig enthaltenen Garantieklausel (Art. 12 K-1). Ein Vertrag kann nur Rechte und Pflichten zwischen Vertragspartnern begründen, Garanten zählen jedoch als Dritte (HUGUENIN, Rz. 1168). Der K-1 und die inkludierte Schiedsklausel begründen nur Rechte und Pflichten zwischen der Klägerin und der B1. Die B2 gilt als Dritte in diesem Verhältnis. Da der Vertragszweck den gegenseitigen Rechten und Pflichten, sowie der Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss entspricht (ZK OR Art. 18, Rz. 402ff.), lässt dieser nicht auf die Parteistellung der B2 schliessen. Diese wollte nur als Garantin auftreten und nicht als Partei des K-1 oder der darin enthaltenen Schiedsklausel. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die B2 die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts ausschliessen und sich der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen wollte.

III. Kein Parteiwille der Beklagten 2 ersichtlich

6 Die B2 folgt den rechtlichen Ausführungen der Klägerin bzgl. der Bestimmung der Parteien einer Schiedsklausel über den Willen eines Akteurs (KS Rz. 6). Um den Willen eines Akteurs, Partei sein zu wollen, festzustellen, werden Handlungen oder Unterlassungen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Eine Willenserklärung gilt so, wie sie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstanden werden darf (BGE 111 II 276 E. 2b). Die Klägerin übersieht offensichtlich, dass die B2 entgegen der Aussage der Klägerin nicht als Partei des Vertrages genannt ist (s. Rz. 4). Zugleich verkennt die klägerische Position das Verhalten der B2. Dieses gibt zu erkennen, dass sie *nicht* von der Schiedsklausel erfasst werden möchte. Die B2 nimmt weder an den Vertragsverhandlungen teil, noch besteht sie darauf, einen Richter zu bestellen, was deutlich zeigt, dass sie die staatliche Zuständigkeit nicht leichthin ausschliessen möchte. Ebenfalls darf aus der Teilnahme von Managern der B2 an den Vertragsverhandlungen nicht darauf

geschlossen werden, dass diese die Interessen der B2 vertreten, was die Klägerin fälschlicherweise behauptet (KS Rz. 7). Die Manager treten in der Rolle der B1 auf, weswegen die Interessen klar differenziert werden müssen. Ein vernünftiger Empfänger darf nach Treu und Glauben nicht annehmen, dass ein Akteur, der im Vertrag nicht als Partei genannt wird und sich auch nicht in Vertragshandlungen einmischt, an eine Schiedsklausel gebunden sein möchte. Die B2 drückt keinen Willen aus, Partei sein zu wollen. Zusammengefasst kann entgegen der klägerischen Position die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bzgl. der Forderungen gegen die B2 nicht anerkannt werden.

IV. Ansprüche der Beklagten 2 machen sie nicht zur Partei der Schiedsklausel

- 7 Die Klägerin geht davon aus, dass das Zustandekommen der Schiedsklausel zwischen der Klägerin und der B2 grds. nicht in Frage gestellt wird (KS Rz. 8). Das Zustandekommen der Schiedsklausel zwischen der B2 und der Klägerin wird korrekterweise verneint (s. Rz. 3ff.). Es darf also keine restriktive Auslegung angenommen werden. Schiedsklauseln wirken grds. nur zwischen den am Abschluss beteiligten Personen. Dritte sind nicht an diese gebunden (BERGER/KELLERHALS, Rz. 538). Ungeachtet davon, was sich für Ansprüche ergeben (BK OR, Allgemeine Einleitung Rz. 43ff.; MARTENS, S. 315). Es darf also entgegen der Aussage der Klägerin nicht von einer umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Verhältnis der Klägerin zur B2 ausgegangen werden. Die B2 gilt als Dritte in diesem Verhältnis und sie darf nicht an eine Schiedsklausel gebunden werden, an deren Abschluss sie nicht beteiligt war.

V. Kein Rechtsmissbrauch

- 8 Die Klägerin wirft der B2 rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, indem Letztere durch das Unterzeichnen des K-1 bei ihr das Vertrauen erweckt hätte, an die Schiedsklausel gebunden sein zu wollen (KS Rz. 11). Bei einer sorgfältigen Betrachtung der Auslegung des K-1 sowie der Schiedsklausel (s. Rz. 3f.) wird allerdings deutlich, dass die B2 lediglich als Garantin und nicht als konkrete Partei unterzeichnete und somit auch nicht die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ausschliessen wollte. Dies hätte die Klägerin erkennen können und müssen. Des Weiteren wirft die Klägerin der B2 vor, sie habe sich nie gegen die Schiedsklausel und gegen die allfällige Partizipation in einem Schiedsverfahren vor der abgeschlossenen Berufung der Schiedsrichter gewehrt (KS Rz. 11). Die B2 behält sich diesbezüglich bereits alle Rechte vor (prov. E-Antw. Rz. 2f.). Spätestens zum Zeitpunkt dieser Zustellung hätte sie mit einer Unzuständigkeitseinrede der B2 rechnen müssen. Daraus lässt sich folgern, dass der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens fallengelassen werden muss.

VI. Fazit

- 9 Die Schiedsvereinbarung in Art. 13.1 K-1 erfasst die B2 aus den vorstehend genannten Gründen nicht als Partei. Folglich ist das Schiedsgericht nicht zuständig.

B. Eventualiter: Schiedsklausel ist vs. der Beklagten 2 ungültig

- 10 Falls das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen sollte, dass die B2 Partei der Schiedsklausel geworden ist, wird nachführend aufgezeigt, dass diese der B2 gegenüber zumindest teilungültig ist.

I. Unrechtmässige Konstitution des Schiedsgerichts

- 11 Die Klägerin behauptet zu Unrecht, dass der Anspruch auf Gleichbehandlung gewahrt wurde (KS Rz. 15). Der Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 182 Abs. 3 IPRG ist durch die Parteien nicht abänderbar (BERGER/KELLERHALS, Rz. 605). Der Mindeststandard kann, wie die Klägerin aufführt, vertraglich ausgestaltet werden (KS Rz. 15). Die Klägerin lässt jedoch ausser Acht, dass der Mindeststandard nicht vollständig ausgeschlossen werden darf (vgl. BSK IPRG- SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182, Rz. 71). Auch in einem Mehrparteienverfahren müssen die einzelnen Parteien zwingend die Möglichkeit haben, am Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts teilzunehmen (BGer 4P.86/1994 E.3). Ein Verzicht auf zwingendes Recht ist nicht zu beachten (BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182, Rz. 71). Dadurch, dass gemäss der Schiedsklausel nur die Lieferantin und die Distributorin einen Schiedsrichter stellen dürfen, wird die B2 ungleich behandelt. Sie hat keine Möglichkeit, am Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts mitzuwirken. Dieser Verzicht, den die B2 durch die Schiedsklausel manifestiert, ist somit nicht zu beachten und der B2 muss eine Mitwirkungsmöglichkeit gegeben werden.
- 12 Die Klägerin behauptet in Anlehnung an ein Urteil des ZH OGer vom 11. September 2001 (KS Rz. 17; ZH OGer, ZR 2002, Nr. 21), die B2 sei nicht berechtigt, einen eigenen Schiedsrichter zu bestellen. Sie missachtet jedoch, dass es sich dabei um eine andere Ausgangslage handelte: In besagtem Urteil wurde festgestellt, dass seitens der Beklagten nicht mehr Schiedsrichter gestellt werden dürfen, als seitens der Kläger. Aufgrund der Natur der Konstellation der Beklagten wegen einer Auflösung der Partnerschaft gab es keine andere Alternative, als die einzelnen Verfahren gegen die zwei Partner zusammenzuführen. Ergänzend war der Beklagte II, welcher keinen Schiedsrichter stellen durfte, mit der Vertretung durch den Schiedsrichter des Beklagten I zufrieden (HIRSCH, ASA Bulletin 4/2002, S.703). Dem entgegenzuhalten ist der bekannte Dutco-Fall (BKMI und Siemens vs. Dutco, Cour de Cassation 1992). In jenem wurde entschieden, dass zwei Beklagte nicht zusammen einen Richter stellen dürfen, da

es sich um zwei individuelle Ansprüche handelt, welche auch auf separatem Weg eingeklagt werden könnten. (HIRSCH, ASA Bulletin 4/2002, S.703f.). I.c. handelt es sich um zwei individuelle Ansprüche. Einer ergibt sich aus der Garantieklausel, der andere aus dem K-1. Diese Ansprüche könnten einzeln eingeklagt werden und es liegt somit eine Ungleichbehandlung vor, wenn die B2 nicht alleine einen Schiedsrichter stellen darf. Die Ernennung der Schiedsrichter ist nicht rechtmässig erfolgt.

II. Teilungültigkeit der Schiedsklausel

- 13 Eine Ungleichbehandlung beim Verfahren der Schiedsrichterbestellung führt zur Ungültigkeit des betreffenden Teils der Schiedsklausel, die anderen Teile bleiben im Sinne des *favorem validitatis* Prinzips bestehen. Der widersprüchliche Teil der Schiedsklausel muss durch eine vertragsergänzende Bestimmung ersetzt werden (BGE 130 III 66 E.3.1). Gestützt auf Art. 179 Abs. 2 IPRG ist der staatliche Richter am gewählten Schiedsort zuständig, das Schiedsgericht zu bestellen, wenn eine Realisierung nach den parteiautonomen Regeln nicht möglich ist (BGE 130 III 66 E.3.2). Somit muss zumindest die Bestimmung zur Bestellung der Schiedsrichter ergänzt werden oder das Schiedsgericht wird durch den staatlichen Richter von Zürich bestellt.

III. Fazit

- 14 Die B2 wurde bei der Bestellung der Schiedsrichter ungleich behandelt, weshalb die Schiedsklausel für teilungültig erklärt werden muss.

C. Das Schiedsgericht ist auch unabhängig von der Parteistellung nicht zuständig

- 15 Die klägerische Position zur Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts trotz fehlender Schiedsparteistellung der B2 wird an dieser Stelle bestritten.

I. Keine Zuständigkeit aufgrund des „Jurisdictional Approach“

- 16 Die Klägerin versucht aufzuzeigen, dass das Schiedsgericht selbst bei fehlender Schiedsparteistellung der B2 für die Beurteilung der ihr gegenüber geltend gemachten Ansprüche zuständig ist (KS Rz. 28). Die von der Klägerin angeführten Anwendungsfälle des sog. „Jurisdictional Approach“ finden keine Anwendung in der int. Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (BREKOULAKIS, Rz. 1.32). Deshalb konnte die Klägerin keine derartigen Fälle mit Schweizer Rechtsgrundlage ins Feld führen, welche ihr Argument untermauern würden – solche existieren nicht. Demzufolge ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die B2 auf Grundlage des „Jurisdictional Approach“ abzulehnen.

- 17 Dass die Beteiligten auf solche int. Praktiken verzichten wollten zeigt auch die unter dem Art. 13.1 des K-1 genannte Rechtswahl: Die Beteiligten einigten sich auf Schweizer Recht und die Anwendung der Swiss Chambers' Arbitration Institution. Dies unterstreicht zusätzlich, dass die Ausdehnung auf die B2 aufgrund int. Praktiken abzulehnen ist.
- 18 Beim sog. „Jurisdictional Approach“ fokussiert sich das Schiedsgericht für die Frage seiner Zuständigkeit gegenüber Dritten auf die strittigen Ansprüche, statt auf die Reichweite der Schiedsvereinbarung (KS Rz. 30). Diese Anwendung ist inhaltlich mit der „Théorie des groupes de sociétés“ vergleichbar. Angesichts der Unsicherheit dieser Theorie wurde in der Schweiz verschiedentlich empfohlen, die Ausdehnung der Vertragswirkungen auf andere Gruppengesellschaften ausdrücklich auszuschliessen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 574).
- 19 Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass der Versuch scheitert, die B2 aufgrund int. Praktiken, die in der Schweiz abgelehnt werden, als dritte Partei an die Schiedsvereinbarung des K- 1 zu binden.

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

1. Keine vorbehaltlose Einlassung der Beklagten 2

- 20 Zu Unrecht wird der B2 vorgeworfen, sich mit der Prov. E-Antw. vom 29. Juli 2016 auf das Schiedsverfahren eingelassen zu haben (KS Rz. 35).
- 21 Keine Einlassung liegt vor, wenn der Beklagte nach Einleitung des Schiedsverfahrens rein prozessuale Vorkehrungen trifft, also z.B. einen Schiedsrichter ernennt oder am Verfahren zur Ernennung des Schiedsgerichts teilnimmt (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 UNCITRAL Model Law). Nur eine vorbehaltlose Äusserung zur Streitsache selbst, d.h. zu den Rechtsbegehren des Klägers, bewirkt die Einlassung des Beklagten (STACHER, Rz. 232). Die B2 äussert sich hauptsächlich zum Verfahren der Ernennung des Schiedsgerichts (Prov. E-Antw. der B2 Rz. 3). Eine vorbehaltlose Äusserung zu den Rechtsbegehren hat die B2 nicht vorgenommen. Sie erwähnt, dass sie sich den Ausführungen der B1 anschliesst, behält sich aber weitere Ausführungen vor (Prov. E.-Antw. der B2 Rz. 2). Die Behauptung der Klägerin, die B2 würde dies *nur* in einem Nebensatz tun (KS Rz. 35), ist falsch. Die B2 macht zum Schluss der Einleitungsantwort nochmals deutlich, dass die Interessen der beiden Beklagten in diesem Verfahren nicht unbedingt gleichlaufen müssen und behält sich diesbezüglich ein weiteres Mal sämtliche Rechte vor (Prov. E-Antw. der B2 Rz. 3). Aus den genannten Tatsachen gehen keine Anhaltspunkte hervor, die Prov. E-Antw. als Einlassung zu qualifizieren.
- 22 Ausserdem liegt keine Einlassung vor, wenn die beklagte Partei als hauptsächlichen Einwand gegenüber der Klage die Unzuständigkeitseinrede erhebt. Selbst wenn sich die Beklagte in diesem Fall eventualiter zur „Hauptsache“ äussert oder weitere formelle Mängel rügt, liegt keine

Einlassung vor (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, Rz. 109). Am 26. September 2016 erhebt die B2 die UE. Darin erhebt sie hauptsächlich Einwand gegen die Klage (UE Rz. 1). Die darin enthaltenen Äusserungen zur „Hauptsache“ wurden nur eventualiter aufgeführt, womit sich eine Einlassung korrekterweise ausschliessen lässt (UE Rz. 2).

23 Um eine Einlassung zu verhindern, muss der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG zu Beginn des Schiedsverfahrens erheben (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, Rz. 100). Er muss die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zusammen mit der ersten Stellungnahme zu den Rechtsbegehren bedingungslos bestreiten. Um dies klarzustellen ist es ratsam, dass er Ausführungen zur Streitigkeit unter den Vorbehalt stellt, sie erfolgten lediglich für den Fall, dass sich das Schiedsgericht für zuständig erklärt (vgl. BGE 128 III 50 E. 2c; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, Rz. 102). Die Einrede der B2 vom 26. September 2016 kann eindeutig als Unzuständigkeitseinrede i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG qualifiziert werden. Die B2 äussert sich darin das erste Mal zu den Rechtsbegehren und stellt dabei klar, dass diese unter Vorbehalt stehen und zunächst verlangt wird, über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ihr gegenüber zu entscheiden (UE Rz. 4).

2. Zwischenfazit

24 Wie aufgezeigt wurde, kann korrekterweise weder die Prov. E-Antw. noch die UE als Einlassung qualifiziert werden. Überdies wurde deutlich, dass die Einrede vom 26. September 2016 als Unzuständigkeitseinrede i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG subsumiert werden kann.

3. Die Unzuständigkeitseinrede wurde nicht zu spät eingereicht

25 Fälschlicherweise wird der B2 vorgeworfen, die UE sei zu spät erfolgt und würde gegen Treu und Glauben verstossen (KS Rz. 37). Um die Anschuldigungen zu untermauern führte die Klägerin Art. 21 Abs. 3 der Swiss Rules ins Feld. Allerdings muss dieser Vorwurf als haltlos bezeichnet werden: Der vollständige Artikel besagt, dass die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts *in der Regel* in der Einleitungsantwort, *jedenfalls aber spätestens* in der Klageantwort erhoben werden muss (Art. 21 Abs. 3 Swiss Rules). Die B2 reichte die UE am 26. September 2016 ein, was zweifelsfrei vor der Einreichung der Klageantwort ist. Wenn die Einrede der Unzuständigkeit erst später als der frühestmögliche Zeitpunkt erhoben wird, muss die Verzögerung nach den Umständen gerechtfertigt sein (Swiss Rules-BERGER/PFISTERER, Art. 21, Rz. 21). Selbst wenn die Klägerin die UE aufgrund nicht gerechtfertigter Gründe als zu spät erachten würde – was sie nicht tat – wäre die Verspätung den Umständen entsprechend angemessen. Durch die gewählte Überschrift der *provisorischen* Unzuständigkeitseinrede und die mehrfache Erwähnung des Vorbehalts wird seitens der B2 von Anfang an deutlich gemacht, dass sie sich nicht auf das Verfahren einlassen wird und zu einem späteren Zeitpunkt dazu

Stellung nehmen wird. Gestützt auf den genannten Gesetzesartikel der Swiss Rules und die gerechtfertigte Verzögerung muss der Vorwurf, die B2 hätte gegen Treu und Glauben verstossen, indem sie die UE zu spät einreichte, fallengelassen werden.

III. Fazit

26 Unter Berücksichtigung der vorstehend gemachten Ausführungen kann die Anwendung des sog. „Jurisdictional Approach“ verworfen und eine Einlassung auf das Verfahren seitens der B2 verneint werden. Somit kann das Schiedsgericht ohne Schiedsparteistellung der B2 nicht für das Verfahren zuständig sein.

D. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert

27 Nachfolgend wird die fehlende Aktivlegitimation der Klägerin begründet.

I. Die Klägerin ist nicht Teil der Schiedsklausel

28 Die Klägerin begründet ihre Aktivlegitimation fälschlicherweise mit der Ausdehnung der Schiedsklausel aufgrund einer gültigen Forderungsabtretung von der PA an die B1 (KS Rz. 42). Korrekt ist, dass Personen, welche die Schiedsklausel nicht unterzeichnet haben, gemäss dem BGer u.a. nur Teil der Klausel sind, wenn eine gültige Forderungsabtretung vorliegt (BGE 129 III 727 E. 5.3.1). Der Wille zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung aller Parteien – auch derjenigen, auf welche man die Schiedsklausel ausdehnen möchte – muss sich aus einem oder mehreren Schriftstücken ergeben (POUDRET, JDI, S. 893ff.). Dabei ist es nicht möglich, sich mit dem Beweis ungeschriebenen konkludenten Handelns zu begnügen (BGE 129 III 727 E. 5.3.1).

29 Die Bindung an die Schiedsklausel aufgrund einer gültigen Zession muss aus Gründen, welche im Folgenden genauer dargelegt werden, klar verneint werden. Es ist keine gültige Abtretung erfolgt. Folglich kann die Klägerin auch nicht Teil der Schiedsklausel geworden sein. Des Weiteren ist festzuhalten, dass sich die Ausdehnung der Schiedsklausel aus keinem Schriftstück ergibt. Diese Tatsache stützt den Standpunkt, dass die Klägerin nicht Teil der Schiedsklausel ist – und somit nicht aktivlegitimiert ist.

II. Keine Aktivlegitimation aufgrund unrechtmässiger Abtretung

30 Im Folgenden werden die Gründe dargelegt, weshalb keine gültige Abtretung vorliegt.

1. Die Verfügungsmacht des Zedenten

31 Die PA besitzt die Verfügungsmacht über die Forderungen, wie dies von der Klägerin zutreffend vorgebracht wurde (KS Rz. 44f.).

2. Die Formvorschrift wurde nicht eingehalten

32 Die Abtretung enthält separate Formvorschriften für das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft, welche in der Folge zu prüfen sind.

2.1. Verpflichtungsgeschäft

33 Die Verpflichtung zur Abtretung eines Vertrages (Verpflichtungsgeschäft) ist gemäss Art. 165 Abs. 2 OR formlos gültig. Somit ist das (formlose) Verpflichtungsgeschäft, welches im Abschnitt „Sicherheit“ des K-2 enthalten ist, zwischen der Klägerin und der PA formgültig.

2.2. Verfügungsgeschäft (Bestimmbarkeit der Forderung)

34 Die Klägerin behauptet zu Unrecht, dass die abgetretenen Forderungen bestimmt seien (KS Rz. 47). Tatsächlich sind sie aber weder bestimmbar noch bestimmt. Gemäss Art. 165 Abs. 1 OR verlangt das Verfügungsgeschäft die einfache Schriftform. Diese muss sich auf alle *essentialia negotii* beziehen und die abzutretende Forderung muss ausreichend bezeichnet (bestimmt) oder bestimmbar sein (BGE 105 II 83 E.2; SCHWENZER, Rz. 90.14). Sind sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Zedenten gegenüber Drittschuldern an einen Zessionar von der Zession erfasst, liegt eine Globalzession vor (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164, Rz. 68). Dabei zediert der Zedent sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus seinem Geschäft oder Geschäftszweig an einen Gläubiger (Schw. V.–FLURY-SCHMITT, Rz. 1.1). Die abzutretende Forderung einer Globalzession muss zum Zeitpunkt der Abtretung mindestens bestimmbar sein. Dies bedeutet, dass die Forderung erst zum Zeitpunkt ihrer Entstehung bzgl. der Person des Schuldners, des Inhalts bzw. der Höhe der Forderung sowie des Rechtsgrundes bestimmt sein muss (SCHWENZER, Rz. 90.28; HUGUENIN, Rz. 1370; BGE 113 II 163 E. 2a, b). Ein anderer Teil der Lehre verlangt sogar Bestimmtheit. Nach dieser Lehrmeinung muss die Bestimmtheit der Forderung bereits zum Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung vorliegen, ansonsten ist nur das Verpflichtungsgeschäft wirksam und die einzelnen Forderungen müssen nach ihrer Entstehung gesondert zediert werden (BUCHER, S. 544).

35 Es liegt eine Globalzession vor. Die PA räumt im K-2 sämtliche bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegenüber allen ihren Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin® der Klägerin ein. Die Abtretungsklausel in Art. 13.5 K-1 enthält aber weder die Identität des Schuldners, noch den genauen Inhalt der Zession. Diese Elemente sind damit unbestimmt. Daran nichts zu ändern vermag, dass der Rechtsgrund als bestimmt betrachtet werden kann, da die Abtretung gemäss dem K-2 der Sicherung des Darlehens dient. Somit ist die Abtretung aufgrund der Unbestimmtheit der Identität des Schuldners und des Inhalts der Zession nicht bestimmt und folglich unwirksam. Die Höhe bzw. der Inhalt der Forderung ist zudem nicht bestimmbar, da im K-2 die Rede von sämtlichen gegenwärtigen und

zukünftigen Forderungen gegenüber allen Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin® ist. Die zukünftigen Forderungen können auch im Zeitpunkt ihrer Entstehung nicht bestimmt werden und sind folglich nicht bestimmbar. Die Forderungen würden, fälschlicherweise von einer formgültigen Zession ausgehend, am 1. Januar 2016 entstehen. Zu diesem Zeitpunkt sind sie weder inhaltlich, noch bzgl. ihrer Höhe bestimmt. Es kann nicht pauschal angenommen werden, dass die Höhe der Forderungen als Sicherheit exakt dem Darlehensbetrag entspricht. Auch die Bestimmbarkeit muss folglich verneint werden, was dazu führt, dass die Schriftform nicht für alle *essentialia negotii* vorliegt. Der K-2 ist somit formungültig.

2.3. Verfügungsgeschäft (subjektives Willenselement)

36 Die Klägerin qualifiziert das Verfügungsgeschäft als formgültig, unterlässt es dabei aber, genauer auf den Abtretungswillen einzugehen (KS Rz. 46f.). Der Parteiwille, die Forderung mit Unterzeichnung und Übergabe der Abtretungsurkunde ohne zusätzliche Aktivitäten übergehen zu lassen, muss eindeutig aus der Urkunde hervorgehen um die Zession vom blossen Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 165, Rz. 2; KOLLER, § 84, Rz. 43). Die Abtretung entfaltet zu jenem Zeitpunkt Rechtswirkung, in dem die Zessionsurkunde ausgestellt wird (BGer 4C.41/2003 E.4.4; HUGUENIN, Rz. 1347).

37 Der K-2 verpflichtet die PA dazu, falls sie sich aufgrund des Ausbleibens der Rückzahlung im Verzug befindet, ihre gesamten Forderungen an die Klägerin abzutreten. Es werden dem Wortlaut der Urkunde zufolge also weitere Aktivitäten verlangt, um die Forderungen übergehen zu lassen. Aufgrund des Bestimmbarkeitserfordernisses der Globalzession, müsste die PA im Zeitpunkt der Forderungsentstehung diese hinsichtlich der Höhe, des Inhalts, des Rechtsgrundes und der Identität des Schuldners detailliert definieren. Dies ist als eine zusätzliche Aktivität zu werten, ohne welche die Forderungen nicht übergehen können. Es widerspricht klar sowohl dem Wortlaut des K-2 als auch dem Parteiwillen der PA, dass ihre Forderungen direkt mit der Aushändigung des K-2 an die Klägerin übergehen sollen. Dem Forderungsübergang wird der Verzug als Bedingung vorangestellt. Ausserdem möchte die PA keinen automatischen Forderungsübertragungsprozess auslösen, denn die Forderungen sind von zu brisantem Inhalt. Daraus folgt, dass das Schriftlichkeitserfordernis auch bzgl. des Willens nicht erfüllt ist.

3. **Verstoss gegen den wirtschaftlichen Handlungsspielraum**

38 Die Klägerin übersieht offensichtlich die Problematik der Einschränkung des wirtschaftlichen Handlungsspielraumes der PA durch die Abtretung. Es ist zu prüfen, ob die vorliegende Abtretung einen Verstoss gegen den wirtschaftlichen Handlungsspielraum darstellt.

39 Die Abtretung ist nur zulässig, wenn die Zedentin in ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit nicht zu stark beschränkt wird (HUGUENIN, Rz. 1370; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 37). Zudem muss der Sicherungszedent nach der Globalzession noch über andere Vermögenswerte verfügen, die ihm einen wirtschaftlichen Handlungsspielraum gewähren (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164, Rz. 69). Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession aller gegenwärtiger und künftiger Forderungen gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst, weil die Zedentin dadurch ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verliert (SCHWENZER, Rz. 90.31; BGE 112 II 433 E. 2f.). Als Rechtsfolge nimmt die herrschende Lehre sowie das BGer die Totalnichtigkeit an. Andernfalls wäre die verlangte Bestimmbarkeit der zedierten Forderung im Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr gewährleistet (HUGUENIN, Rz. 1376).

40 Aufgrund der gesamten bzw. universellen Abtretung liegt eine Globalzession vor, welche zeitlich und gegenständlich unbeschränkt ist. Es wird ein gesamter Geschäftsbereich abgetreten. Die PA würde durch diese Abtretung in ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB zu stark eingeschränkt werden. Sie hätte als Folge keinen Anspruch auf ihre eigenen Forderungen mehr, was ihre Geschäftstätigkeit faktisch verunmöglichen würde. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist die Auffassung der Klägerin abzulehnen und als Rechtsfolge die Totalnichtigkeit der Abtretung anzunehmen.

4. Das Verfügungsgeschäft fällt unter das beschränkte Abtretungsverbot

41 Fälschlicherweise geht die Klägerin davon aus, dass das Verfügungsgeschäft nicht unter das beschränkte Abtretungsverbot fällt, weil die aufschiebende Wirkung erst am 31. Dezember 2015 rechtliche Wirkung entfaltet (KS Rz. 53). Korrekterweise beginnen die Vorwirkungen des bedingten Geschäfts bereits dann, wenn sich die Parteien verbindlich auf ihr Geschäft einigen und es abschliessen (PETER, S. 308). Dieser Zeitpunkt der Geschäftsvornahme ist ausserdem entscheidend für die Prüfung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Abtretung (KUKO OR-EHRAT/WIDMER, Art. 151, Rz. 8). Wird gegen das Abtretungsverbot verstossen, hat dies die Ungültigkeit zur Folge (HUGUENIN, Rz. 1361).

42 Der K-2, welcher die Sicherheit enthält, wurde am 25. Februar 2014 vereinbart und unterzeichnet. Der K-1 wurde jedoch erst auf den 31. Oktober 2015 gekündigt. Somit ist die Behauptung der Klägerin, das Verfügungsgeschäft habe rechtmässig stattgefunden, inkorrekt. Die Gültigkeitsvoraussetzungen des Verfügungsgeschäfts müssen am 25. Februar 2014 erfüllt sein. Diese Voraussetzungen sind klar aufgrund des ihnen entgegenstehenden *pactum de non cedendo* von Art. 13.5 K-1 mit Wirkung bis zum 31. Oktober 2015 nicht erfüllt, was die Ungültigkeit der gesamten Zession nach sich zieht.

5. Keine Abtretbarkeit der Forderung

43 Irrigerweise geht die Klägerin davon aus, dass der Abtretbarkeit der Forderung nichts entgegensteht und diese somit erfolgen kann (KS Rz. 50). Die Abtretung kann durch Gesetz, Vereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses blockiert sein (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 27). Im vorliegenden Fall wird die Abtretung durch das *pactum de non cedendo* verhindert. Es folgen Ausführungen über das vertragliche Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1.

5.1. Vorliegen gewichtiger Gründe

44 Die Klägerin behauptet unzutreffenderweise, dass keine gewichtigen Gründe zur Verweigerung der Zustimmung der Abtretung vorlägen (KS Rz. 57). Der K-1 bringt jedoch eine Sonderverbindung mit sich: Zwischen der PA und der B1 besteht eine enge Rechtsbeziehung, welche geschützt werden soll. Beide Parteien haben ein gewichtiges Interesse daran, einen vertrauenswürdigen Partner zu behalten. Einerseits will die B1 das Medikament aus sicherer Quelle erhalten, andererseits möchte die PA einen vertrauenswürdigen und verlässlichen Vertreiber, welcher den Absatz fördert und zuverlässig die Kaufpreise bezahlt. Der K-1 mit Wirkung bis zum 31. Oktober 2015 war zum Zeitpunkt der Abtretung am 25. Februar 2014 noch gültig (s. Rz. 41f.). Aufgrund der Tatsache, dass der K-1 noch gültig war, ist das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu schützen. Sinn und Zweck des Abtretungsverbotes ist eben gerade dieser Schutz der bestehenden Sonderverbindung, welche es nicht zulässt, dass solch vertrauliche Informationsrechte, wie u.a. im Rechtsbegehren gefordert, einfach an einen Dritten abgetreten werden können. Dies würde der Geschäftstätigkeit der B1 schaden. Die bestehende Sonderverbindung ist als gewichtiger Grund zu qualifizieren, welcher der Abtretung entgegensteht.

5.2. Internationales Handelsrecht & restriktive Auslegung

45 Die Klägerin versucht aufzuzeigen, dass aufgrund der Möglichkeit einer Einschränkung von Abtretungsverboten im int. Handelsrecht und einer restriktiven Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR das bestehende Abtretungsverbot gänzlich unwirksam sein soll (KS Rz. 49). Jedoch sind vertragliche Abtretungsbeschränkungen nach geltendem Schweizer Recht Dritten gegenüber wirksam, da Art. 164 OR grds. eingehalten werden soll (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 32). Die Wirkung von Abtretungsverboten kann man im int. Handelsrecht tendenziell als eingeschränkt betrachten. Absolute Abtretungsverbote in int. Rechtsverhältnissen, die dem Schweizer Recht unterstehen, kann man restriktiv auslegen (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 32; SCHWENZER, Rz. 90.24).

46 Richtigerweise liegt ein beschränktes Abtretungsverbot vor, welches an eine schriftliche Zustimmung der Gegenpartei geknüpft ist. Dadurch ist die Wirksamkeit des beschränkten Abtretungsverbotes bereits genügend eingeschränkt, da die Zustimmung nur aus gewichtigen Gründen verweigert werden darf. Eine weitere Einschränkung wäre unverhältnismässig. Auch die restriktive Auslegung des beschränkten Abtretungsverbotes lässt es nicht zu, dass auf die Zustimmung der B1 verzichtet werden kann. Zudem ist das Schweizer Recht einzuhalten, welches ein komplettes Nichtbeachten des beschränkten Abtretungsverbotes verunmöglicht.

5.3. Die Abtretung wird vom Abtretungsverbot erfasst

47 Fraglich ist, ob das Verfügungsgeschäft unter das vertragliche Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1 fällt. Um dies beurteilen zu können, muss zuerst geklärt werden, ob bzgl. des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft von der Abstraktheit, der Kausalität oder der teilweisen Kausalität auszugehen ist.

48 Die Klägerin bringt vor, das BGer sei früher von der Abstraktheit ausgegangen und nimmt gestützt auf diese veraltete Rechtsprechung die Abstraktheit an, ohne dies nachvollziehbar zu begründen (KS Rz. 52f.). Dadurch würde das Verfügungsgeschäft fälschlicherweise durch eine aufschiebende Wirkung erst am 31. Dezember 2015 entstehen und als gültig erscheinen. Dem ist entgegenzuhalten, dass es das BGer aktuell offenlässt, ob die Abtretung kausaler oder abstrakter Natur ist (BGE 95 II 109 E. 2a). Zudem behauptet sie, dass das ZH OGer eindeutig der abstrakten Theorie folge (KS Rz. 52). Damit widerspricht die Klägerin der neueren Gerichtspraxis des BGer (BGE 95 II 109 E. 2b) und des ZH OGer (ZH OGer, ZR 1996, Nr. 61, E. 3). Die neue Positionierung des ZH OGer ignoriert sie komplett (KS Rz. 52). Aufgrund der Tatsache, dass das BGer sich von der Abstraktheit der Abtretung gelöst hat und die Frage nun offenlässt, ist der neueren Lehre, welche von der Kausalität der Abtretung ausgeht, zu folgen.

a) *Kausalität / teilweise Kausalität*

49 Die neuere Lehre spricht sich für das Kausalitätsprinzip aus (KOLLER, § 84, Rz. 78), dem ein Entscheid des ZH OGer folgt (ZH OGer, ZR 1996, Nr. 61, E. 3). Wenn das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem einheitlichen Dokument vereinbart wurden, ist dem Kausalitätsprinzip zu folgen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3516; KGer SG BO 2011.11 E. 3c). Die Forderungsabtretung kann durch eine Vereinbarung zwischen (Alt-) Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen sein, oder sie kann an das Erfordernis der Zustimmung des Schuldners gebunden werden (SCHWENZER, Rz. 90.24). Dem Kausalitätsprinzip zufolge hängt die Gültigkeit der Abtretung davon ab, ob der Rechtsgrund, der dem Rechtsgeschäft zugrunde liegt, gültig ist (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 22). Wenn der Rechtsgrund der Abtretung an einem Mangel leidet, wird die Abtretung unwirksam

(GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3515). Die Forderung geht nicht auf den Zessionar über, sondern fällt an den Zedenten zurück (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3519; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 23). Durch die Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes fällt auch das Verfügungsgeschäft dahin und die Zedentin bleibt weiterhin Inhaberin der Forderung, welche nicht übertragen werden konnte (HUGUENIN, Rz. 1334).

50 Sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft befinden sich im Sicherheitsabschnitt des K-2 und sind damit im gleichen Dokument enthalten, was die Kausalität untermauert (s. Rz. 49). In Art. 13.5 K-1 liegt ein beschränktes Abtretungsverbot vor, welches die Zustimmung der B1 verlangt. Dies ist als eine Erschwerung der Abtretung zu qualifizieren. Die PA hat zu keiner Zeit um die Zustimmung der B1 ersucht und somit eindeutig gegen den K-1 verstossen. Der Rechtsgrund der Abtretung, das Verpflichtungsgeschäft, ist im Abschnitt „Sicherheit“ des K-2 enthalten. Dieser wurde am 25. Februar 2014 unterzeichnet. Da Art. 13.5 eine Klausel des K-1 ist – unterzeichnet am 27. Februar 2008 – wurde das Verpflichtungsgeschäft während der Laufzeit des beschränkten Abtretungsverbotes geschlossen. Diese Tatsache führt zur Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts. Unter Berücksichtigung der kausalen Natur der Abtretung ist sie gesamthaft, unabhängig von der Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes, ungültig. Somit bleibt die PA Inhaberin der Forderungen.

51 Andere Autoren qualifizieren die Zession als ein begrenzt kausales Rechtsgeschäft – sog. teilweise Kausalität (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 23; ZK OR-SPIRIG, Rz. 82 ff., 107; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3519 ff.; HUGUENIN, Rz. 1338). Falls der Zessionar im Vertrauen auf die Gültigkeit des Abtretungsvertrages gegenüber der Zedentin erfüllt, sollen die Wirkungen des Verfügungsvertrages trotz eines Mangels im Verpflichtungsgeschäft eintreten (HUGUENIN, Rz. 1338; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 25a). Es handelt sich dabei um eine analoge Anwendung des Gutgläubensschutzes (HUGUENIN, Rz. 1338). Dagegen wird angeführt, dass eine Analogie zum sachenrechtlichen Kausalitätsprinzip wegen des weitgehend fehlenden Gutgläubensschutzes im Zessionsrecht nicht möglich ist (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 23). Der gute Glaube wird gemäss Art. 164 Abs. 2 OR nur geschützt, wenn der Zessionar die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis zwischen Zedent und *debitor cessus* erworben hat, welches das Abtretungsverbot nicht enthält. Folglich muss die zedierte Forderung beurkundet und der Zessionar zum Erwerbszeitpunkt gutgläubig gewesen sein (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164, Rz. 12).

52 Demzufolge kann sich die Klägerin nicht auf ihre Gutgläubigkeit berufen, da der Gutgläubensschutz im Zessionsrecht weitgehend fehlt. Die Klägerin hat die Forderung nicht im Vertrauen

auf ein schriftliches Schuldbekenntnis zwischen der B1 und der PA, welches kein Abtretungsverbot enthält, erworben. Als ein solch schriftliches Schuldbekenntnis kommt einzig der K-1 in Frage, welchen die Klägerin aber erst erhalten hat, nachdem sie den Darlehensbetrag fristgerecht bezahlt hatte (SVE Rz. 6). Selbst wenn sie den K-1 vor der Hingabe des Betrages erhalten hätte, würde der gute Glaube nicht geschützt, denn der K-1 enthält in Art. 13.5 ein beschränktes Abtretungsverbot. Bei der teilweisen Kausalität ist ein Verfügungsgeschäft trotz eines ihm zugrunde liegenden mangelhaften Verpflichtungsgeschäfts nur wirksam, wenn der Zessionar Letzteres gutgläubig erfüllt. Die Kausalität verlangt sowohl ein gültiges Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft. Die Abtretung ist somit gesamthaft, aufgrund des ungültigen Verpflichtungsgeschäftes, ungültig und somit unwirksam.

b) *Eventualiter: Abstraktheit*

53 Würde man der Ansicht der Klägerin folgen und das Abstraktheitsprinzip anwenden (KS Rz. 52), wären dem Verfügungsgeschäft ebenfalls Schranken gesetzt. Die Klägerin nimmt fälschlicherweise an, dass das enge Rechtsverhältnis zwischen der B1 und der PA dahinfalle (KS Rz. 51). Ob eine Treuepflicht besteht muss im Einzelfall beurteilt werden (HUGUENIN, Rz. 3861). Bei der Abstraktheit ist die Abtretung auch dann gültig, wenn der von den Parteien vereinbarte Rechtsgrund – das der Abtretung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft – ungültig ist (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164, Rz. 22). Die Abtretung als Verfügungsgeschäft bleibt somit auch dann bestehen, wenn das *pactum de cedendo* mit Wirkung *ex tunc* dahinfällt (HUGUENIN, Rz. 1333). Aufschiebend bedingte Verfügungen kommen u.a. im Bereich der Zession in Betracht. Dem Erwerber wird dadurch eine Anwartschaft verliehen, welche dazu führt, dass das Recht vorläufig beim Verfügenden bleibt und während schwebender Bedingung nicht geltend gemacht werden kann (BUCHER, S. 511). Entgegen der Meinung, dass die Wirkung eines bedingten Geschäfts bei der Erfüllung der Bedingung eintritt, geschieht dies in Wirklichkeit bereits zum Zeitpunkt, in dem sich die Parteien verbindlich auf ihr Geschäft einigen und abschliessen (PETER, S.308).

54 I.c. bestehen gewichtige Gründe, aufgrund derer das Verfügungsgeschäft ungültig ist (s. Rz. 44). Das Verfügungsgeschäft ist auf den Eintritt des Verzuges am 1. Januar 2016 aufgeschoben, womit die Klägerin die Forderungen als Anwartschaft erhält und ein Schwebezustand eintritt. Die Wirkungen des bedingten Geschäfts beginnen bereits mit Vertragsschluss vom 25. Februar 2014, infolgedessen fällt auch das Verfügungsgeschäft unter das Abtretungsverbot von Art. 13.5 K-1. Zudem fällt die enge Beziehung zwischen der B1 und der PA nach Beendigung des K-1 nicht dahin. Es bestehen weiterhin nachvertragliche Treuepflichten. Die verlangten Forderungen sind während der Vertragslaufzeit des K-1 entstanden somit während

der Gültigkeit des Abtretungsverbot. Deren Geltendmachung muss auch weiterhin mit dem Abtretungsverbot konform sein.

6. Das Abtretungsverbot verstösst nicht gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit

55 Die Klägerin nimmt in unzutreffender Weise an, dass durch das beschränkte Abtretungsverbot die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der PA zu stark eingeschränkt wird, da diese ihr Überleben nicht sicherstellen kann und die Übertragbarkeit der Forderungen gegeben sein muss (KS Rz. 55). Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Abtretungsverbot gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst, weil das Verbot die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit beeinträchtigen könnte. Nebst absoluten Abtretungsverboten existieren auch blosse Erschwerungen der Abtretung, beispielsweise die Bindung an eine Zustimmung des Schuldners. (SCHWENZER, Rz. 90.24).

56 Die Abtretung wird nicht generell verboten, sondern lediglich durch das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung seitens der B1, welche diese nur aus gewichtigen Gründen verweigern darf, minimal erschwert. Dies dient dem geregelten Informationsaustausch und der Möglichkeit zur Prüfung, ob aus Sicht der Gesuchsempfängerin der Abtretung allenfalls gewichtige Gründe entgegenstehen. Das Ersuchen um Zustimmung bedeutet zudem keinen grossen Aufwand und ist absolut zumutbar, denn das Verfassen einer E-Mail würde dem Schriftlichkeitserfordernis durchaus genügen.

57 Des Weiteren verfügt die PA über mehrere Distributionspartner, mit denen es ihnen freisteht, auf ein Abtretungsverbot zu verzichten. Folglich ist die wirtschaftliche Existenz nicht nur von dem einen wichtigen Distributionspartner B1 abhängig und durch das beschränkte Abtretungsverbot keineswegs bedroht. Zudem kann angeführt werden, dass aus Sicht der PA nur der US-amerikanische Markt vom beschränkten Abtretungsverbot betroffen ist und nicht der weltweite Markt. Die Argumentation der Klägerin ist widersprüchlich, denn einerseits behauptet sie, das Abtretungsverbot sei zu einschneidend und die PA werde in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beschränkt (KS Rz. 55), andererseits könne eine Zustimmung und somit konkludente Bestätigung des Nichtvorliegens gewichtiger Gründe einfach nachträglich fingiert werden (KS Rz. 56f.). Würde man die Zustimmung fingieren können, käme ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht in Frage, da die PA dann eigenmächtig vom eindeutigen Wortlaut des beschränkten Abtretungsverbot abweicht. Durch die Fingierung der Zustimmung würde keine Einschränkung existieren. Diese Tatsache indiziert, dass das vorliegende Abtretungsverbot nicht allzu einschneidend sein kann. Die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit ist nicht eingeschränkt, da das Abtretungsverbot nur beschränkt ist und durch das schriftliche Ersuchen um Zustimmung nur in Ausnahmefällen verweigert werden darf.

7. Zustimmung der Beklagten 1 kann nicht nachträglich fingiert werden

58 Falls entsprechend den Ausführungen der Klägerin keine gewichtigen Gründe vorliegen, die eine Abtretung verunmöglichen würden (KS Rz. 57), kann die Zustimmung trotzdem nicht fingiert werden. Gegenstand der Auslegung ist in jedem Fall der Wortlaut der schriftlich oder mündlich getroffenen Vereinbarung (BGE 128 III 212 E. 2. b); BGE 121 III 118 E. 4. b) aa); BSK OR I-WIEGAND, Art. 18, Rz. 9). Der Wortlaut gilt als das primäre Willensindiz (BGE 117 II 609 E. 6c). Folgt man dem Wortlaut des Art. 13.5 K-1, wird ersichtlich, dass eine schriftliche Zustimmung, welche aus gewichtigen Gründen verweigert werden darf, verlangt wird. Zudem widerspricht die Abweichung vom Wortlaut dem Sinn und Zweck des beschränkten Abtretungsverbot. Die Zustimmung kann nicht fingiert werden, da sonst das Element der Kontrolle durch die Gegenseite wegfallen würde. Es ist Parteiwille der B1, eine allfällige Abtretung auf das Vorliegen gewichtiger Gründe überprüfen zu können. Zudem würde auch der Informationsaustausch zum Erliegen kommen. Die PA kann nicht selbstständig annehmen, dass keine gewichtigen Gründe vorliegen, vielmehr muss diese Beurteilung von der B1 vorgenommen werden, da sonst die Wirksamkeit der Klausel entfallen würde.

8. *Clausula Rebus Sic Stantibus* kann nicht selbstständig angewendet werden

59 In unzutreffender Weise nimmt die Klägerin an, dass der bestehende K-1 ohne Zustimmung der Gegenpartei und mit nachträglichem richterlichem Urteil rückwirkend angepasst werden kann (KS Rz. 59). Gültig zustande gekommene Verträge sind grds. so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind („*pacta sunt servanda*“), ausser die Parteien einigen sich einvernehmlich auf eine Vertragsänderung (BGE 135 III 1 E. 2.4). Zwar ist gemäss der *clausula rebus sic stantibus* eine richterliche Anpassung gegen den Willen einer Partei möglich, wenn sich die Umstände seit dem Vertragsschluss so grundlegend geändert haben, dass eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt, jedoch kann eine nachvertragliche Vertragsanpassung auf Begehren von nur einer Partei nur durch einen Richter erfolgen und nicht selbstständig vorgenommen werden (BGE 135 III 1 E. 2.4). Die Klägerin behauptet, dass eine richterliche Vertragsanpassung möglich ist (KS Rz. 58f.). Allerdings wird die Anpassung weder durch einen Richter ausgeführt, noch gibt die B1 ihre Zustimmung. Den K-1 nachträglich durch einen Richter ändern zu lassen, nachdem die PA bereits gegen das Abtretungsverbot verstossen hat, ist unzulässig. Daraus folgt, dass der Vertrag nicht nachträglich rückwirkend angepasst werden kann.

9. Zwischenfazit

60 Die Abtretung leidet an einem Formfehler und verstösst gegen Art. 27 ZGB. Zudem kann die Zustimmung zur Abtretung aufgrund vorliegender gewichtiger Gründe nicht erteilt werden,

wodurch das vertragliche Abtretungsverbot nicht umgangen werden kann. Die nachträgliche Vertragsanpassung ist nicht zulässig. Folglich liegt keine gültige Abtretung vor.

III. Fazit

61 Durch die ungültige Abtretung kann die Schiedsklausel nicht auf die Klägerin übertragen werden, wodurch diese nicht aktivlegitimiert ist.

E. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

62 Die von der Klägerin behaupteten Ansprüche auf Auskunft aus Vertrag und Gesetz werden im Folgenden bestritten.

I. Anspruch aus Vertrag

1. Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen

63 Die Klägerin behauptet einen Anspruch auf die aus dem K-1 entstandenen Forderungen zu haben (KS Rz. 65). Durch die ungültige Abtretung (s. Rz. 30ff.) werden keine Forderungen auf die Klägerin übertragen. Somit erwachsen aus dem Vertrag keine entsprechenden Ansprüche.

2. Eventualiter: Die verlangten Auskünfte sind keine klagbaren Nebenpflichten

64 Falls das Schiedsgericht die Abtretung wider Erwarten als gültig betrachten sollte, scheitert der Auskunftsanspruch daran, dass die verlangten Auskünfte keine primäre Nebenpflichten sind. Die Klägerin geht fälschlicherweise davon aus, dass die Nebenpflichten des K-1 als primäre Nebenpflichten zu betrachten und somit selbständig einklagbar sind (KS Rz. 68). Zu den geregelten Hauptpflichten treten häufig vertraglich vereinbarte Nebenpflichten hinzu. Wichtig in der Praxis ist die Unterscheidung zwischen erzwingbaren Pflichten (Nebenleistungspflichten) und Nebenpflichten i.e.S., also denjenigen Verhaltenspflichten, welche nicht klagbar sind (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, Rz. 32). Leistungsbegleitende Pflichten, welche mit der vertragsgemässen Erfüllung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang stehen, sind als Nebenleistungspflichten zu definieren (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, Rz. 33). Hinzu kommt eine grosse Zahl von allgemeinen Nebenpflichten. Diese Pflichten fördern die eigentliche Erfüllung des Vertrages nicht, sondern beruhen darauf, dass die Vertragsparteien durch den Vertragsschluss untereinander eine Sonderverbindung eingegangen sind. Dies hat die Pflicht zur weitreichenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalen Verhalten zur Folge (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, Rz. 34; KUKO OR-THIER, Art. 97, Rz. 15). Eine allgemeine Aufklärungspflicht gilt als keine grundlegende Vertragspflicht der Parteien (HUGUENIN, Rz. 1543).

65 I.c. existiert kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Hauptpflicht – Absatzförderungs-
pflicht – und den verlangten Auskünften, welche als Nebenpflicht qualifiziert werden. Die Klä-
gerin behauptet zurecht, dass die Nebenpflichten für die Hauptpflichten nicht essentiell sind
(KS Rz. 66). Darum handelt es sich um sekundäre, nicht selbständig einklagbare Nebenpflich-
ten (Verhaltenspflichten). Aufklärungspflichten der Parteien sind keine grundlegenden und so-
mit auch keine primären Nebenpflichten der Parteien.

3. Eventualiter: Art. 5.2 des Distributionsvertrags umfasst nicht die verlangten Aus- künfte

66 Der Behauptung, das Festhalten am genauen Wortlaut sei rechtsmissbräuchlich, ist nicht zu
folgen (KS Rz. 70). Der Wortlaut der schriftlich oder mündlich getroffenen Vereinbarung ist
das primäre Willensindiz (s. Rz. 58).

67 Somit stellt das Festhalten am genauen Wortlaut, entgegen der Aussage der Klägerin, kein
rechtsmissbräuchliches Verhalten, sondern vielmehr ein wichtiger Hinweis auf den Parteiwillen
dar. Wie bereits erklärt, stimmt der Wortlaut nicht mit den verlangten Auskünften überein
(KS Rz. 70). Folglich fallen die verlangten Auskünfte nicht unter Art. 5.2 K-1.

4. Zwischenfazit

68 Aus dem Vertrag sind keine Ansprüche auf die geforderten Auskünfte entstanden. Zudem
würde der Anspruch scheitern, weil die geforderten Auskünfte als nicht klagbare Nebenrechte
zu qualifizieren sind.

II. Anspruch aus Gesetz

1. Präparatorischer Informationsanspruch Art. 2 Abs. 1 ZGB

69 Fälschlicherweise nimmt die Klägerin an, dass die Voraussetzungen der präparatorischen In-
formationsansprüche erfüllt sind (KS Rz. 76). Die Existenz einer rechtlichen Sonderverbindung
zwischen der Klägerin und der B1, wie sie von der Klägerin bejaht wurde (KS Rz. 79), ist nicht
nachvollziehbar. Zudem muss das von der Klägerin behauptete Auskunftsinteresse (KS Rz. 81)
durch das nicht plausible Vorliegen eines Hauptanspruchs verneint werden.

70 Präparatorische Informationsansprüche können aus dem Grundsatz von Treu und Glauben her-
vorgehen. Sie dienen dazu, Vorbereitungen und Feststellungen von Rechtsansprüchen zu tref-
fen. Um solche präparatorische Informationsansprüche geltend machen zu können, müssen
zwei Voraussetzungen erfüllt werden: Zum einen muss eine Sonderverbindung zwischen den
beiden betroffenen Parteien bestehen und zum anderen muss ein berechtigtes Informationsin-
teresse vorliegen (AFFOLTER, S.11f.). Es existiert kein allgemeiner Informationsanspruch, je-

doch muss der vorzubereitende Hauptanspruch nicht bereits vorliegen, sondern nur sehr wahrscheinlich sein. Der Anspruch muss so wahrscheinlich sein, dass er als plausibel anerkannt werden kann. Ist es nicht möglich, den Hauptanspruch nachzuweisen, wird der Informationsanspruch verneint (AFFOLTER, S.17). Eine Sonderverbindung entsteht nur innerhalb einer Rechtsbeziehung. Es muss sogar eine gesteigerte Pflicht vorhanden sein, welche sich vom normalen rechtlichen Grundverhältnis mit der Pflicht des Achtgebens abhebt (AFFOLTER, S.13).

71 Eine Sonderverbindung ist zwischen der Klägerin und der B1 zu verneinen, da durch die ungültige Abtretung keine Rechtsbeziehung zwischen der Klägerin und der B1 entstanden ist. Eine allfällige Sonderverbindung würde am Nichtvorliegen der gesteigerten Pflicht scheitern. Auch nach Aussage der Klägerin fällt die enge Beziehung mit der K-4 dahin (KS Rz. 51). Nach der K-4 kann zwischen der Klägerin und der B1 kein engeres Verhältnis mehr entstehen, als es zwischen der PA und der B1 zu Vertragszeiten der Fall war. Die Klägerin übernimmt laut K-2 lediglich die Forderungen, nicht aber das gesamte Vertragsverhältnis. Somit fallen die Elemente des K-1, welcher eine gesteigerte Pflicht bzw. das enge Rechtsverhältnis mit sich bringt, weg. Der vorzubereitende Hauptanspruch ist nicht genügend plausibel, da die B1 einen Vergleich mit den Behörden abgeschlossen hat und kein Urteil wegen Gesetzesverstoss vorliegt. Somit scheitert das berechtigte Informationsinteresse.

2. Zwischenfazit

72 Aufgrund mangelnder Voraussetzungen bestehen keine Ansprüche aus dem Gesetz.

III. Fazit

73 Es bestehen keine Ansprüche der Klägerin auf die verlangten Auskünfte.

Aufgrund der vorstehend gemachten Ausführungen ersuchen wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8