

Moot Court Team 4

Ivan Gunjic
Elias Ritzi
Therry Lehmann
Pascal Lehmann

Einschreiben

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

Zürich, 24. März 2017

Klageantwort

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution

Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 5

Klägerin

gegen

Conquest Distribution Ltd.

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

und

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15, 67063, Ludwigshafen, Deutschland

beide vertreten durch Moot Court Team 4

Beklagte 1

Beklagte 2

Sehr geehrter Herr Präsident
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

Namens und mit Vollmacht stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgende

Rechtsbegehren

1. Auf die Klage sei nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Klage abzuweisen, soweit auf die Klage eingetreten wird;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

Mit nachstehender

Begründung

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidverzeichnis.....	XI
Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts	XI
Entscheid des Zürcher Handelsgerichts	XV
Abkürzungsverzeichnis	XVII
A. Prozessuales	1
I. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsvereinbarung (Streitfrage 1).....	1
1. Beklagte 2 wird nur von Art. 12 des Distributionsvertrags (K-1) und damit nicht vom restlichen Vertragstext inkl. Schiedsvereinbarung erfasst	1
2. Aus der Auslegung von Art. 13.1 des Distributionsvertrags folgt, dass die Beklagte 2 nicht Partei dieser Bestimmung wurde	2
II. Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber Beklagten 2 (Streitfrage 2).....	3
1. Abschliessende Regelung des Verfahrens zur Bestellung des Schiedsgerichts in Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1)	4
2. Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung infolge Persönlichkeitsverletzung	4
3. Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung ist abzulehnen	5
4. Eventualiter ist die Durchführung des Mehrparteien- Schiedsverfahrens unzulässig ...	6
5. Aus den genannten Verstössen ergibt sich jedenfalls ein Ablehnungsrecht der Beklagten 2 bezüglich des Schiedsgerichtes, welches sie wahrgenommen hat.....	7
III. Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch Einlassung oder Fristablauf (Streitfrage 3).....	8
1. Die Beklagte 2 lässt sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren ein.....	8
2. Die Beklagte 2 hat alle Einreden rechtzeitig erhoben.....	9
2.1 Keine Frist für Erheben der Unzuständigkeitseinrede.....	9
2.2. Eventualiter wurde der Beklagten 2 nur die Konstituierung des Schiedsgerichts, aber keine Verwirkung von Einreden angedroht	10
2.3. Auch unabhängig von einer Fristansetzung wurden alle Einreden rechtzeitig erhoben	11

B. Materielles	12
IV. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert (Streitfrage 4).....	12
1. Darlehensvertrag (K-2) verletzt Abtretungsverbot	12
2. Die Abtretung der Forderung ist Dritten gegenüber ungültig.....	12
2.1 Die absolute Wirkung des Abtretungsverbots folgt aus dem Gesetz	12
2.2 Die Parteien haben die absolute Geltung des Abtretungsverbots vereinbart	13
3. Klägerin ist nicht aktivlegitimiert, da der Darlehensvertrag (K-2) zwischen ihr und der PerAspera AG infolge Sittenwidrigkeit nichtig ist	13
4. Zustimmung zur Abtretung kann nicht fingiert werden	15
5. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf nachträgliche Zustimmung zur Abtretung	16
6. Das Abtretungsverbot umfasst auch Schadenersatzansprüche	16
V. Klägerin hat keinen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf Informationen (Streitfrage 5).....	17
1. Die Klägerin hat keinen vertraglichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	17
2. Eventualiter hat die Klägerin auf allfällig bestandene vertragliche Informationsansprüche verzichtet.....	18
3. Die Klägerin hat keinen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte	19
4. Geltendmachung des Übergangs eines Informationsanspruchs verletzt Treu und Glauben.....	19

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SIMON, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Habilitation, Bern 2004 (zit. ABEGGLEN)

Rz. [63]

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

Rz. [17, 18, 37]

BK OR, KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band VI/1/2/1a, Bern 1991 (zit. BK OR- KRAMER)

Rz. [22, 60, 65]

BK OR, KRAMER ERNST A./ SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band VI/1/1, Bern 1986 (zit. BK OR- KRAMER/ SCHMIDLIN)

Rz. [78]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ SCHNYDERER ANTON K./ BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK IPRG- BEARBEITERIN)

Rz. [7, 34, 37, 45]

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

Rz. [2, 9, 24, 49, 60, 65]

BSK UWG, HILTY RETO M (Hrsg.)/ ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (BSK UWG- BEARBEITERIN)
Rz. [60, 62]

BSK ZGB I, HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I- BEARBEITERIN)
Rz. [17]

BUCHER ANDREAS, Die neue Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989 (zit. BUCHER)
Rz. [7]

CHA WONIL, Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Diss., Frankfurt am Main 2016 (CHA)
Rz. [80]

CHK OR, AMSTUTZ MARC (Hrsg.)/ BREITSCHMID PETER (Hrsg.)/ FURRER ANDREAS (Hrsg.)/ GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.)/ HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.)/ MÜLLER- CHEN MARKUS (Hrsg.)/ ROBERTO VITO (Hrsg.)/ RUMO- JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.)/ SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zit. CHK- BEARBEITERIN)
Rz. [86]

DESCHENAU HENRI/ STEINAUER PAUL- HENRI, Personnes physiques et tutelles, 3. Auflage, Bern 1995 (zit. DESCHENAU/ STEINAUER)
Rz. [17]

FURRER ANDREAS/ MÜLLER- CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. FURRER/ MÜLLER- CHEN)
Rz. [55]

GIRSBERGER DANIEL/ VOSER NATALIE, International arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. GIRSBERGER/ VOSER)
Rz. [11, 34, 37]

GOTTWALD PETER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Generalberichte und Nationalberichte, Bielefeld 1997 (zit. GOTTWALD)

Rz. [7]

HAUSHEER HEINZ/ AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016 (zit. HAUSHERR/ AEBI- MÜLLER)

Rz. [17]

HK ZGB, HAUSHERR HEINZ/ JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1-10 ZGB, Bern 2003 (zit. HK ZGB- HAUSHEER/ JAUN)

Rz. [89]

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

Rz. [38, 55, 86]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2016

(zit. Nutshell- HUGUENIN)

Rz. [49]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/ RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration: law and practice in Switzerland, Corby Northants 2015 (zit. KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI)

Rz. [6]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Bern 2009 (zit. KOLLER)

Rz. [55]

Komm. OR, KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA (Hrsg.)/ WOLF STEPHAN (Hrsg.)/ AMSTUTZ MARC (Hrsg.)/ FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. Komm. OR- BEARBEITERIN)

Rz. [22]

Komm. SG, SCHÜTZE ROLF (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2012 (zit. Komm. SG- BEARBEITERIN)
Rz. [16, 46]

KUKO OR, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR- BEARBEITERIN)
Rz. [53]

LALIVE PIERRE/ POUURET JEAN- FRANÇOIS/ REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse: édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, Lausanne 1989 (zit. LALIVE/ POUURET/ REYMOND)
Rz. [7]

LARDELLI FLAVIO, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Diss., Zürich 2008 (zit. LARDELLI)
Rz. [55]

LIONNET KLAUS/ LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit: systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Praxis der Parteien einschliesslich CD-ROM mit einschlägigen Normen und Regelwerken, 3. Auflage, Stuttgart 2005 (zit. LIONNET/ LIONNET)
Rz. [7, 26, 27]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb: Ein Handbuch für den Praktiker, 2. Auflage, St. Gallen 1992 (zit. MEYER)
Rz. [87]

MÜLLER CHRISTOPH, International Arbitration, A guide to the complete Swiss case law (unreported and reported), Zürich 2004 (zit. MÜLLER)
Rz. [7]

NOBBE JULIA, Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht, Diss., München 2007
(zit. NOBBE)

Rz. [79]

PFISTERER/ SCHNYDER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2010 (zit. PFISTERER/
SCHNYDER)

Rz. [25, 34]

REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen: unter besonderer Berücksichtigung
vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich 2006 (zit. REETZ)

Rz. [50]

RIEMER HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2.
Auflage, Bern 2002 (zit. RIEMER)

Rz. [17]

RÜEDE THOMAS/ HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage,
Zürich 1993 (zit. RÜEDE/ HADENFELDT)

Rz. [7]

SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage,
Tübingen 1989 (zit. SCHLOSSER)

Rz. [27]

SCHNYDER ANTON K./ LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrens-
recht, 4. Auflage, Zürich 2017 (zit. SCHNYDER/ LIATOWITSCH)

Rz. [25]

SCHWAB KARL HEINZ/ WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit, Systematischer Kommen-
tar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgesetzes, der Staatsverträge und
der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsverfahren, 6. Auflage, München 2000 (zit.
SCHWAB/ WALTER)

Rz. [7]

SCHWENZER INGEBORG H., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006 (zit. SCHWENZER)

Rz. [49, 76]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 2015 (zit. STACHER)

Rz. [37]

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

Rz. [37]

Swiss Rules Commentary, ZUBERBÜHLER TOBIAS/ MÜHLER CHRISTOPH/ HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN)

Rz. [31]

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

Rz. [55]

ZK OR, JÄGGI PETER/ GAUCH PAUL/ HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Art. 18 – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 2016 (zit. ZK OR-JÄGGI/ GAUCH/ HARTMANN)

Rz. [9]

ZK OR, SPIRIG EUGEN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/ 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164 -174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (zit. ZK OR- SPIRIG)

Rz. [73]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. Dezember 1959

BGE 85 II 489

Rz. [17]

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. November 1981

BGE 107 Ia 155

Rz. [34]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. November 1982

BGE 108 II 523

Rz. [89]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Oktober 1983

BGE 109 II 445

Rz. [49]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. November 1985

BGE 111 II 330

Rz. [17]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

26. September 1989

BGE 115 II 232

Rz. [60]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

Rz. [7]

Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

31. Mai 1990

BGE 116 Ia 102

Rz. [89]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

9. April 1991

BGE 117 II 94

Rz. [49]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23. Juni 1992

BGE 118 II 353

Rz. [47]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

2. September 1993

BGE 119 II 380

Rz. [7]

Urteil des I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

27. Januar 1994

BGE 120 II 35

Rz. [24]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. März 1995

BGer 5C.215/1994

Rz. [7]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. August 1996
BGE 123 III 35
Rz. [37]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. November 1996
BGE 123 III 101
Rz. [60]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50 E. 2caa
Rz. [7]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Februar 2002
128 III 271 E. 2a
Rz. [5]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Juli 2003
BGE 129 III 675
Rz. [7, 22]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
Rz. [2, 22, 42, 47]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Januar 2004
BGE 130 III 321
Rz. [5]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGer 4P.162/2003
Rz. [42]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Februar 2006
BGE 132 III 455
Rz. [60]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. September 2010
BGE 136 III 474
Rz. [60]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Oktober 2010
BGer 4A_279/2010
Rz. [7]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011
BGE 138 III 29
Rz. [24]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Februar 2014
BGE 140 III 134
Rz. [2]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Oktober 2014
BGer 5A_449/2014
Rz. [78]

Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

2. Dezember 2015

BGer 1C_50/2015

Rz. [80]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

16. Februar 2016

BGer 5A_507/2015

Rz. [89]

Entscheid des Zürcher Handelsgerichts

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom

10. Juni 2016

HG110230

Rz. [76]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung und unveröffentlichte Entscheidungen)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzw.	beziehungsweise
CD- ROM	Compact Disc Read- Only Memory
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
etc.	et cetera
f.	folgend
ff.	fortfolgend
HGer	Handelsgericht
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KS	Klageschrift
KUKO	Kurzkommentar
Ltd.	Limited
N	Randnummer
Nr.	Nummer

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizer Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Prof.	Professor
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SG	Schiedsgerichtsbarkeit
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)

A. Prozessuales

I. Die Beklagte 2 ist nicht Partei der Schiedsvereinbarung (Streitfrage 1)

1 Die Klägerin bringt vor, dass sich durch Auslegung des Distributionsvertrages (K-1) die Parteistellung der Beklagten 2 bezüglich der Schiedsvereinbarung ergibt (KS, Rz. 9 ff.). In der Folge wird gezeigt, dass die Beklagte 2 im Gegenteil nicht Partei der Schiedsvereinbarung wurde.

1. Beklagte 2 wird nur von Art. 12 des Distributionsvertrags (K-1) und damit nicht vom restlichen Vertragstext inkl. Schiedsvereinbarung erfasst

2 Bei der Auslegung eines Vertrages ist primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend (BGE 140 III 134 E. 3.2). Kann ein solcher nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 134 E. 3.2). Bei der Auslegung ist in erster Linie auf den Wortlaut abzustellen, neben welchem auch andere Auslegungsmittel wie die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung, das Parteiverhalten, Sinn und Zweck oder die Systematik der Vereinbarung heranzuziehen sind (BSK OR I- WIEGAND, Art. 18 N 18 f.).

3 Die Beklagte 2 wird lediglich als “zusätzliche” Partei im Ingress des Distributionsvertrages (K-1) genannt. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass der Beklagten 2 nicht die gleiche Stellung wie der Lieferantin und Distributorin zukommt. Im ganzen restlichen Vertragswerk, insbesondere der Präambel, bleiben die beiden Garantinnen gänzlich unerwähnt. Die Garantinnen werden einzig in Art. 12 des Distributionsvertrages (K-1) erwähnt, wobei explizit statuiert wird, dass diese Verpflichtung “eigenständig” ist. Im Lichte dieser klaren Trennung der beiden Parteiengruppen drängt sich der Schluss auf, dass es sich bei Art. 12 des Distributionsvertrages (K-1) um eine autonome Vereinbarung handelt, sich der Distributionsvertrag (K-1) somit als eine Art Rahmenvertrag darstellt und die Unterschrift der Beklagten 2 lediglich Bedeutung im Zusammenhang mit Art. 12 erlangt.

4 Die Tatsache, dass der Beendigungsvertrag (K-4) nur zwischen der Lieferantin und Distributorin geschlossen wurde, spricht ebenfalls dafür, dass es der Wille der Unterzeichnenden des Distributionsvertrages (K-1) war, mit Ausnahme von Art. 12 ein bilaterales Parteienverhältnis zu begründen. Diese Auffassung verstärkt sich umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass Art. 13.3.3 des Distributionsvertrages (K-1) statuiert, dass sich die Parteien über die Modalitäten der Vertragsauflösung zu einigen haben. Die beiden Garantinnen waren jedoch nicht an

der Vertragsauflösung beteiligt, was bezugnehmend auf die oben genannte Bestimmung bedeutet, dass sie auch nie Parteien des in Art. 13 explizit genannten, das bilaterale Parteienverhältnis umfassenden, Vertriebsvertrages geworden sind.

2. Aus der Auslegung von Art. 13.1 des Distributionsvertrags folgt, dass die Beklagte 2 nicht Partei dieser Bestimmung wurde

- 5 Die Beweislast für das Vorliegen eines übereinstimmenden wirklichen Willens bezüglich einer Schiedsvereinbarung obliegt, wie von der Klägerin anerkannt (KS, Rz. 8), derjenigen Partei, die das Bestehen eines solchen geltend macht (Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules; BGE 130 III 321 E. 3.1; BGE 128 III 271 E. 2a). Da die Klägerin einen übereinstimmenden wirklichen Willen geltend macht, trifft sie, entgegen ihrer Ansicht (KS, Rz. 9), die Beweislast.
- 6 Im Hauptvertrag inkorporierte Schiedsverträge werden nach den grundsätzlich gleichen Regeln, wie den oben genannten (Rz. 2), ausgelegt (KAUFMANN- KOHLER/ RIGOZZI, N 3.82).
- 7 Die Klägerin stützt ihre Behauptung, die Beklagte 2 sei Teil der Schiedsvereinbarung geworden, darauf, dass diese Vereinbarung vom Vertragsinhalt umfasst sei, weil sie “nach ihrem Wortlaut nicht zum Ausdruck bringt, dass ein Ausschluss der Beklagten 2 vorgesehen wurde” (KS, Rz. 11), wobei sie übersieht, dass sich die Parteistellung der Beklagten 2 nicht alleine daraus ergeben kann, dass kein Ausschluss stattfand, sondern diese ausdrücklich in der Schiedsklausel als vom Hauptvertrag gesonderte Vereinbarung festgehalten werden muss. Dies folgt aus dem von der Klägerin anerkannten (KS, Rz. 6) Autonomieprinzip (vgl. BGE 119 II 380 E. 4a; MÜLLER, S. 45; BUCHER, S. 39 N 84; LALIVE/ POUURET/ REYMOND, N 4 zu Art. 178 IPRG; GOTTWALD, S. 21; SCHWAB/ WALTER, Kap. 4 N 16), welches besagt, dass die Schiedsklausel hinsichtlich aller Aspekte – und damit insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts – einer vom Hauptvertrag unabhängigen Beurteilung zu unterziehen ist (BGer 5C.215/1994, E. 2a; BSK IPRG- Gränicher, Art. 178 N 90). Daraus folgt, dass eine Parteistellung ausdrücklich in der Schiedsklausel als vom Hauptvertrag gesonderter Vereinbarung festgehalten werden muss (vgl. für das Mehrparteienschiedsverfahren LIONNET/ LIONNET, S. 444). Weiterhin kann ein mit der Schiedsvereinbarung einhergehender Verzicht auf den staatlichen Richter nicht leichthin angenommen werden, weshalb eine restriktive Auslegung geboten ist (BGE 128 III 50 E. 2caa; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 116 Ia 56 E. 3b; BGer 4A_279/2010 E. 3.1; RÜEDE/ HADENFELDT, S. 74).
- 8 Die Beklagte 2 wird vom Wortlaut des Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1) im Unterschied zur Distributorin und Lieferantin nicht erfasst, was auch von der Klägerin eingeräumt

wird (KS, Rz. 9). Eine Parteistellung der Beklagten 2 wurde also nicht wie erforderlich ausdrücklich in der Schiedsvereinbarung festgehalten.

9 Die für die Bestimmung des Inhalts einer Vereinbarung durch Auslegung relevante Interessenlage der Parteien (vgl. ZK OR- JÄGGI/ GAUCH/ HARTMANN, Art. 18 N 392), respektive auch der Sinn und Zweck der Vereinbarung (vgl. BSK OR I- WIEGAND, Art. 18 N 18 f.), zeigt im Gegenteil, dass die Beklagte 2 nicht Partei der Schiedsvereinbarung wurde. So konnte es weder im Interesse der Distributorin, noch der Lieferantin, geschweige denn der Beklagten 2 sein, Teil einer Schiedsvereinbarung zu werden, die das Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien missachtet, damit nichtig ist (Rz. 18) und somit ihren Sinn und Zweck verfehlt. Die Beklagte 2 hätte als vernünftige Partei nie einer Schiedsklausel zugestimmt, die ihr keinerlei Rechte bei der Bestellung des Schiedsgerichtes zugesteht.

10 Die Klägerin bringt sodann vor, dass die Entstehungsgeschichte der Schiedsvereinbarung für eine Bindung der Beklagten 2 spreche, da die Beklagte 2 von Anfang der Vertragsverhandlungen an gewusst hat, dass der Text des Vertrages den heutigen Art. 13.1 enthält (KS, Rz. 13).

11 Die Klägerin verkennt, dass dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung folgend, wie gezeigt (Rz. 7), nicht von einer Parteistellung der Beklagten 2 ausgegangen werden musste. Hinzu kommt, dass die fragliche Partei wesentlich an den Verhandlungen teilgenommen haben muss (GIRSBERGER/ VOSER, S. 63). Aus den Akten geht keine solche wesentliche Beteiligung seitens der Beklagten 2 hervor (Verfügung Nr. 3, Rz. 5). Die Beklagte 2 hatte keinen Anlass, gegen die Klausel zu protestieren, da die Beklagte 2 von Anfang an davon ausging, nicht Partei der Schiedsvereinbarung zu sein.

12 Somit folgt sowohl aus Wortlaut, Interessenlage der Parteien und Entstehungsgeschichte, unter Berücksichtigung des Autonomieprinzips, des Erfordernisses der restriktiven Auslegung der Schiedsvereinbarung und der Beweislast der Klägerin bezüglich der Parteistellung der Beklagten 2, dass entgegen der Argumentation der Klägerin nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beklagte 2 Partei der Schiedsvereinbarung wurde.

II. Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung gegenüber Beklagten 2 (Streitfrage 2)

13 Nachfolgend wird dargelegt, dass, auch wenn die Beklagte 2 rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung geworden wäre, diese entgegen der Auffassung der Klägerin (KS, Rz. 16 ff.) ungültig ist.

1. Abschliessende Regelung des Verfahrens zur Bestellung des Schiedsgerichts in Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1)

- 14 Die Klägerin macht geltend, dass die Parteien das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts vertraglich nicht abschliessend geregelt hätten und in Bezug auf den Modus der Bestellung des Parteischiedsrichters durch die beiden Beklagten auf das ergänzende Vertragsrecht zurückgegriffen werden müsse (KS, Rz. 23).
- 15 Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1) bestimmt ausdrücklich, dass das Schiedsgericht durch einen jeweils von der PerAspera AG und der Beklagten 1 ernannten Parteischiedsrichter besetzt wird und diese wiederum gemeinsam das vorsitzende Mitglied des Schiedsgerichtes ernennen. Der Wortlaut des Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1) regelt somit den ganzen Prozess der Bestellung des Schiedsgerichts abschliessend (vgl. Art. 179 Abs. 1 IPRG). Inwiefern trotz dieser klaren Formulierung eine fehlende Regelung bezüglich der Schiedsrichterbestellung vorliegen sollte, legt die Klägerin nicht substantiiert dar.
- 16 Weiter beruft sich die Klägerin darauf, dass aufgrund der angeblich nicht vorhandenen Parteiabrede Art. 8 Abs. 4 Swiss Rules zur Anwendung kommen soll (KS, Rz. 23), verkennt dabei aber, dass diese Regelung des Mehrparteienverfahrens rein subsidiär ist und nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Parteien keine Vereinbarung über die Konstituierung des Schiedsgerichts getroffen haben (Komm. SG- KARRER, Art. 8 Swiss Rules N 1). Dies haben sie aber wie dargelegt (Rz. 15) getan.

2. Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung infolge Persönlichkeitsverletzung

- 17 Eine Schiedsvereinbarung, die einen gegen zwingendes Recht, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossenden Inhalt hat, ist nichtig (BERGER/KELLERHALS, N 550). Ein persönlichkeitsrechtswidriger Verzicht liegt namentlich im Abschluss einer Schiedsvereinbarung, die keine Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung bietet, insbesondere wenn das Schiedsgericht von den Parteien nicht gemeinsam ernannt wird (BGE 85 II 489, E. 5; BSK ZGB I- HUGUENIN/ REITZE, Art. 27 ZGB N 6; DESCHENAUX/ STEINAUER, N 301). Des Weiteren schützt das Persönlichkeitsrecht von Art. 27 Abs. 2 ZGB die Rechtssubjekte vor übermässiger Bindung (BGE 111 II 330 E. 4; BERGER/KELLERHALS, N 548; HAUSHEER/ AEBI- MÜLLER, N 11.12; BSK ZGB I- HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 9). Eine solche übermässige Bindungssituation liegt namentlich dann vor, wenn das Schiedsgericht allein nach den Wünschen und dem Willen des Vertragsgegners zusammengesetzt ist (RIEMER, N 320).

- 18 Wie in Rz. 15 erläutert, gesteht Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) der Beklagten 2 keinerlei Mitwirkungsrechte bei der Bestellung des Schiedsgerichts zu. Folge davon ist, dass in diesem Verfahren die Klägerin und die Beklagte 1 jeweils ein Mitglied des Gerichts nach ihrem Gutdünken und insbesondere auch für sich prozessstrategisch günstig festlegen konnten, so dass sie sicher sein können, dass ihre Interessen und Meinungen bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt werden (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 748). Der Beklagten 2 werden durch die vorliegende Schiedsvereinbarung alle diese Rechte entzogen. Sie hat damit keine Möglichkeit sicherzustellen, dass mindestens ein Mitglied des Gerichtes ihrer Sichtweise zu einer angemessenen Würdigung verhilft.
- 19 Dies führt dazu, dass für die Beklagte 2 die Gefahr besteht, dass das Gericht nicht vollständig unparteiisch ist, besonders da, anders als von der Klägerin vorgebracht (KS, Rz. 26), die Interessen der beiden Beklagten in diesem Prozess nicht in Bezug auf jede Frage die Gleichen sind. Wenn beispielsweise die Frage, ob die Beklagte 2 nur bis zu einer bestimmten Summe haftet, umstritten sein sollte, hätte die Beklagte 1 ein Interesse daran, dass eine unbeschränkte Haftung der Beklagten 2 angenommen wird, da eine grosse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der gesamte Schadenersatz bei der Beklagten 2 als Muttergesellschaft eingefordert werden würde, wodurch die Beklagte 1 von der Leistung befreit wäre. Umgekehrt hätte die Beklagte 2 ein Interesse daran, möglichst beschränkt zu haften, womit die Interessen in diesem Fall diametral wären. Die Beklagte 1 behält sich zum heutigen Zeitpunkt denn auch für eine spätere Prozessphase die Bestreitung der Haftungsbeschränkung der Beklagten 2 ausdrücklich vor.
- 20 Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass sich die Beklagte 2 einem von ihr nicht miternannten Schiedsgericht unterwerfen soll, womit die Schiedsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR als nichtig anzusehen ist.

3. Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung ist abzulehnen

- 21 Sollte die Klägerin vorbringen, dass eine sitten- bzw. persönlichkeitsrechtswidrige Vereinbarung nur zur Teilnichtigkeit der Vereinbarung führt, so wird in der Folge gezeigt, dass die ganze Schiedsklausel von den oben genannten Nichtigkeitsgründen betroffen ist.
- 22 Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR kommt lediglich dann zur Anwendung, wenn nur einzelne Bestimmungen eines Vertrages nichtig sind und der Vertrag vermutlich auch ohne diese Bestimmungen geschlossen worden wäre (Komm. OR- DASSER, Art. 20 OR N 16; BK OR- KRAMER, Art. 20 N 326 f.). Die Nichtigkeit darf also nur einen abtrennbaren Teil des Vertrages betreffen (Komm. OR- DASSER, Art. 20 N 17). Gemäss BGer stellen bestimmte/bestimmbare Parteien und Streitigkeiten sowie der Wille, diese einem Schiedsgericht zu un-

terwerfen, essentialia negotii der Schiedsvereinbarung dar, welche sich aus dieser selbst ergeben müssen (BGE 130 III 66 E. 3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3).

23 Fällt der zweite Satzteil von Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1), der die spezifische Konstituierung des Schiedsgerichts regelt, infolge Teilnichtigkeit weg, wird der Voraussetzung der bestimmbaren Parteien nicht mehr genüge getan, da die Parteien der Schiedsvereinbarung nicht mehr aus der Schiedsvereinbarung selbst heraus bestimmt werden können. Somit muss die Entfernung des unzulässigen Teils von Art. 13.1 zur Nichtigkeit der gesamten Bestimmung infolge Wegfalls einer der essentialia negotii führen.

24 Der mangelfreie Teil des Vertrags kann unabhängig davon nur dann aufrechterhalten werden, wenn dieser durch den hypothetischen Parteiwillen gestützt wird (BGE 138 III 29 E. 2.3.3; BGE 120 II 35 E. 4a; BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art. 20 N 63). Führt die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens zum Schluss, dass die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit keine Vereinbarung getroffen hätten, soll Ganznichtigkeit auch dann eintreten, wenn der Schutzzweck der verletzten rechtlichen oder sittlichen Norm die Vertragsbeseitigung nicht erfordern würde (BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art. 20 N 64).

25 Da die Regelung des Modus der Bestellung des Schiedsgerichts infolge Nichtigkeit wegfällt, stellt sich die Frage, ob der Rest von Art. 13.1 des Distributionsvertrags (K-1) auch als solches Gegenstand eines Vertrages hätte bilden können. Hierbei ist zu beachten, dass der im Falle der Annahme der Teilnichtigkeit übrig gebliebene Teil der Schiedsvereinbarung keinerlei Bestimmungen bezüglich der Modalitäten der Bestellung des Schiedsgerichts enthalten würde. Damit wären für die Durchführung eines Schiedsverfahrens wichtige Regelungen nicht getroffen. Die Schiedsrichter wären durch den staatlichen Richter zu bestellen (vgl. PFISTERER/ SCHNYDER, S. 61 f.), womit die Autonomie der Parteien bezüglich der Bestellung des Schiedsgerichts eingeschränkt wäre. Da es gerade der Hauptzweck der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist, die Streitigkeit dem staatlichen Richter zu entziehen und Schiedsvereinbarungen gerade deshalb abgeschlossen werden, weil diese die Wahl der Richter ermöglichen (SCHNYDER/ LIATOWITSCH, N 493), kann eine Regelung der Modalitäten der Bestellung des Schiedsgerichts, welche im Ergebnis wieder zum staatlichen Richter führt, nicht vom hypothetischen Parteiwillen gedeckt sein.

4. Eventualiter ist die Durchführung des Mehrparteien- Schiedsverfahrens unzulässig

26 Die Zulässigkeit eines Mehrparteien- Schiedsverfahrens hängt, wie die Klägerin ausführt (KS, Rz. 17 ff.), (i) vom Parteiwillen und (ii) von der Einhaltung des Gleichbehandlungsprinzips ab (LIONNET/ LIONNET, S. 436).

27 (i) Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Beklagte 2 dem Mehrparteien- Schiedsverfahren konkludent zugestimmt hat (KS, Rz. 20). Eine konkludente Einigung ist jedoch nicht leichthin anzunehmen. Es genügt nämlich nicht, wenn die Parteien durch ein und denselben Vertrag einschliesslich seiner Schiedsvereinbarung miteinander verbunden sind (LIONNET/ LIONNET, S. 437; SCHLOSSER, N 61). Es bedarf im Gegenteil einer ausdrücklichen Einigung aller Beteiligten auf ein Mehrparteien- Schiedsverfahren (LIONNET/ LIONNET, S. 444).

28 Es ist keine ausdrückliche Erklärung aller Beteiligten ersichtlich, sich mit einem Mehrparteien- Schiedsverfahren einverstanden zu erklären. Im Gegenteil wurden in Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) nur zwei Parteien, die PerAspera AG und die Beklagte 1 genannt, womit, unter den Gesichtspunkten des Autonomieprinzips und des Erfordernisses der restriktiven Auslegung der Schiedsvereinbarung, von keiner anderen Partei eine ausdrückliche Zustimmung angenommen werden kann.

29 (ii) Dass gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossen wird, findet unter Rz. 17 ff. eine ausführliche Erläuterung.

30 Folgend wird gezeigt, dass, selbst wenn ein Mehrparteienschiedsverfahren entgegen den oben genannten Gründen zulässig wäre, die Anforderung an ein solches trotzdem nicht erfüllt sind.

31 Im Fall von Multiparteienverfahren kann die Schiedsvereinbarung vorsehen, dass sich eine Gruppe von Klägern oder Beklagten auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen, den sie zusammen ernennen. Eine solche Schiedsvereinbarung verletzt den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien jedoch nur dann nicht, wenn (i) die Ernennung gemeinsam erfolgt, (ii) die Parteien die gleichen Interessen haben und (iii) die gleichen Ansprüche gegen sie vorgebracht werden (Swiss Rules- BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 23).

32 Im konkreten Fall wurde der Parteischiedsrichter Dr. Paul Richterich, selbst wenn dieser als gemeinsamer Parteischiedsrichter gelten würde (bestritten), nicht wie erforderlich gemeinsam, sondern von der Beklagten 1 allein ernannt (Mitteilung vom 16. August 2016). Dass die Parteien nicht zwingend die gleichen Interessen haben, wurde unter Rz. 19 gezeigt. Des Weiteren werden Informationsansprüche nur gegen die Beklagte 1 geltend gemacht (KS, Rechtsbegehren), womit gegen die beiden Beklagten nicht die gleichen Ansprüche vorgebracht werden.

5. Aus den genannten Verstössen ergibt sich jedenfalls ein Ablehnungsrecht der Beklagten 2 bezüglich des Schiedsgerichtes, welches sie wahrgenommen hat

33 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Intensität des Rechtsentzugs der Beklagten 2 eine Nichtigkeit der Schiedsklausel nicht rechtfertigt, folgt aus dem Gesagten trotzdem, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien durch den Entzug der

Rechte der Beklagten 2 zur Mitwirkung an der Bestellung des Schiedsgerichts verletzt wurde, woraus, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ein Ablehnungsrecht der Beklagten bezüglich des Schiedsgerichts entsteht.

- 34 Wird der Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt, indem eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts hat, so kann die benachteiligte Partei das Schiedsgericht als Ganzes ablehnen (BSK IPRG- PETER/ LEGLER, Art. 179 N 14). Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist unverzichtbar (BGE 107 Ia 155 E. 4; PFISTERER/SCHNYDER, S. 60 ff.). Ein überwiegender Einfluss auf die Konstituierung des Schiedsgerichts ist auch unter dem IPRG zu verurteilen und gilt als Verletzung des Ordre public (BSK IPRG- PETER/ LEGLER, Art. 179 N 4; vgl. GIRSBERGER/ VOSER, 149 f.).
- 35 Wie in Rz. 17 ff. gezeigt wurde, ist der Gleichbehandlungsanspruch der Beklagten 2 im konkreten Verfahren verletzt, wodurch ihr das Recht zukommt, ein Ablehnungsgesuch gegenüber dem ganzen Schiedsgericht einzureichen. Die Beklagte 2 hat von diesem Ablehnungsrecht in ihrer provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 (Rz. 3) und ihrer Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 (Rz. 2) Gebrauch gemacht. Das Gericht hat sich somit in der aktuellen Besetzung für unzuständig zu erklären und es ist ein neues Gericht nach Art. 179 IPRG in einem nicht die Rechte der Beklagten 2 verletzenden Verfahren zu bestellen.

III. Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch Einlassung oder Fristablauf (Streitfrage 3)

- 36 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, Rz. 29 ff./ 34 ff.) hat die Beklagte 2 sich nicht vorbehaltlos eingelassen und ihre Unzuständigkeitseinrede fristgerecht erhoben.

1. Die Beklagte 2 lässt sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren ein

- 37 Eine Parteihandlung stellt nur dann eine Einlassung dar, wenn sich die Partei vorbehaltlos zur Hauptsache äussert. Für die Qualifikation als Einlassungshandlung wird eine unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln, verlangt (BGE 123 III 35 E. 3b; BERGER/ KELLERHALS, N 587). Keine Einlassung liegt vor, wenn eine Einrede der Unzuständigkeit erhoben wird (BERGER/ KELLERHALS, N 587; BSK IPRG- SCHOTT/ COURVOISIER, Art. 186 N 108; STOJILJKOVIC, S. 15 f.). Die Einrede muss nicht explizit das Wort Unzuständigkeitseinrede enthalten (STACHER, N 236). Es ist ausreichend, wenn die Unzuständigkeitseinrede gleichzeitig mit der Äusserung zu materiellen Punkten erfolgt (GIRSBERGER/ VOSER, S. 116). Nach Art. 21 Abs. 3 Swiss Rules kann die Unzuständigkeitseinrede bis zur Klageantwort erhoben werden.

38 Die Klägerin hält in ihrer Klageschrift fest, dass der Wortsinn von “einstweilen” demjenigen von “vorerst” oder “bis auf Weiteres” entspricht, zieht aber fälschlicherweise daraus den Schluss, dass sich die Beklagte 2 damit den Ausführungen der Beklagten 1 anschliesst (KS, Rz. 30 f.). Damit verkennt sie, dass auch “vorerst” oder “bis auf Weiteres” einen Vorbehalt in temporaler Hinsicht, im Sinne einer spezifischen Beschränkung (vgl. HUGUENIN, N 1360), bilden. Auch die Tatsache, dass es sich um eine “provisorische” Einleitungsantwort handelt, macht deutlich, dass sich die Beklagte 2 weitere Ausführungen vorbehält. Die Einleitungsantwort der Beklagten 2 enthält also keine Anerkennung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, sondern im Gegenteil einen Vorbehalt in zweierlei Hinsicht. Die Klägerin kommt denn auch zum selben Schluss, als sie anführt, dass “die Beklagte 2 mit der Formulierung ‘einstweilen’ unmissverständlich zum Ausdruck [brachte], dass sie [...] sich gewisse Rechte für die Zukunft vorbehalten will” (KS, Rz. 36).

39 Zudem weist die Beklagte 2 bereits in der provisorischen Einleitungsantwort auf die diversen Verstösse gegen ihre Ernennungs- und Mitwirkungsrechte hin und macht nur schon damit klar, dass sie sich nicht auf ein solches Schiedsverfahren einlässt (Provisorische Einleitungsantwort der Beklagten 2, Rz. 3). Gleichzeitig auf die Unzulässigkeit des Verfahrens hinzuweisen und sich darauf einzulassen kann nicht Ziel der Beklagten 2 gewesen sein.

40 Hinzu kommt, dass die Beklagten 1 und 2 zum Zeitpunkt der (provisorischen) Einleitungsantworten von den gleichen Anwälten vertreten waren. Für die Beklagte 1 wurde eine Einleitungsantwort eingereicht, die eine bedingungslose Einlassung enthielt. Die Einleitungsantwort der Beklagten 2 wurde dagegen bewusst mit der Einschränkung “provisorisch” versehen und es wurden diverse Vorbehalte bezüglich der Zuständigkeit und Zusammensetzung geltend gemacht. Hätten dieselben Anwälte mit beiden Einleitungsantworten dasselbe, nämlich eine Einlassung, im Sinn gehabt, so hätten sie diese auch gleich formuliert. Aus der bewusst unterschiedlichen Formulierung geht hervor, dass der Wille der Vertreter der beiden Beklagten nur bezüglich der Beklagten 1 auf eine vorbehaltlose Einlassung gerichtet sein konnte.

41 Es kann somit festgehalten werden, dass zwar eine Verhandlung zur Hauptsache vorliegt, diese jedoch ausdrücklich nicht vorbehaltlos bzw. bedingungsfrei erfolgt, weshalb die Beklagte 2 durch ihr Prozessverhalten die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht begründet hat.

2. Die Beklagte 2 hat alle Einreden rechtzeitig erhoben

2.1 Keine Frist für Erheben der Unzuständigkeitseinrede

42 Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte 2 die Frist, welche ihr vom Gericht am 3. August 2016 angesetzt wurde, ungenutzt verstreichen liess und dies zur Verwirkung des Rechts der

Bestreitung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts führe (KS, Rz. 40 f.). Die Klägerin begründet dies mit BGE 130 III 66 E. 4.3 und BGer 4P.162/2003 E. 4.3, welche jedoch gar nicht auf die Verfügung des Schiedsgerichts vom 3. August anwendbar sind, da in dieser Verfügung, anders als in den Urteilen zugrundeliegenden Fällen, keine Frist zur Geltendmachung der Unzuständigkeit angesetzt wurde, wie nachstehend gezeigt wird.

43 Die Klägerin selbst hält zutreffenderweise fest, dass die Aufforderung des Gerichts Tatsachenvorbringen betraf (KS, Rz. 40). Dies ergibt sich aus der Formulierung der Verfügung des Schiedsgerichts vom 3. August, wonach “weitere Informationen” einzureichen sind. Das Gericht spricht von “Informationen” und nicht von rechtlichen Behauptungen oder Vorbringen, womit sich zeigt, dass die Aufforderung lediglich Vorbringen tatsächlicher Natur, und nicht rechtlicher, betraf. Indem die Klägerin nun behauptet, diese gerichtliche Aufforderung habe auch eine Unzuständigkeitseinrede erfasst, verkennt sie die Natur einer solchen Unzuständigkeitseinrede. Es handelt sich bei einer solchen Einrede um ein Vorbringen, welches ausschliesslich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist. Daraus ergibt sich, dass das Schiedsgericht mit der am 3. August angesetzten Frist einzig organisatorische Informationen einholen wollte.

44 Dies folgt denn auch aus dem Hinweis des Schiedsgerichts in der Verfügung vom 3. August 2016, das Schiedsgericht endgültig zu konstituieren, sofern keine weiteren Informationen eintreffen sollten. Einzig Informationen bezüglich der Besetzung des Gerichts konnten zu diesem Zeitpunkt die Konstituierung des Schiedsgerichts noch beeinflussen. Hingegen hätte eine Unzuständigkeitseinrede zu jenem Zeitpunkt keinerlei Einfluss auf die Konstituierung des Schiedsgerichts gehabt, da sich weder an der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, zumal die Beklagte 2 an der Bestellung nicht mitwirken konnte, noch an der Frage, ob ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, durch die Unzuständigkeitseinrede etwas geändert hätte. Ob die Beklagte 2 an diesem Schiedsverfahren teilnimmt oder nicht, hat somit keinen Einfluss auf die Konstituierung des Schiedsgerichts, da ein Schiedsverfahren auch ohne die Beklagte 2 als Partei durchgeführt werden würde. Aus diesem Grund gab es für das Gericht auch keinen Grund, der Beklagten eine Frist zur Äusserung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu setzen, was dementsprechend auch nicht geschah.

2.2. Eventualiter wurde der Beklagten 2 nur die Konstituierung des Schiedsgerichts, aber keine Verwirkung von Einreden angedroht

45 Das Schiedsgericht kündigte den Parteien mit dem Schreiben vom 3. August 2016 an, dass es, sollten nicht weitere Informationen der Parteien eintreffen, zu seiner Konstituierung schreiten würde. Somit wurden, sollte der Inhalt des genannten Mails als Fristansetzung zu werten sein,

die Folgen eines Verstreichenlassens der Frist klar definiert. Die Parteien durften nach dem Prinzip von Treu und Glauben, an welches auch das Schiedsgericht gebunden ist (vgl. BSK IPRG- SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 50, BSK IPRG- PFISTERER, Art. 190 N 81), davon ausgehen, dass nur die angekündigten Folgen an den Fristablauf geknüpft waren. Die Verwirkung von Einreden wurde für den Fall des Fristablaufs nicht angekündigt, womit die Beklagte 2 davon ausgehen durfte, dass ein Fristablauf ihr Einrederecht bezüglich Zuständigkeit und Zusammensetzung des Schiedsgerichts unberührt lassen würde.

46 Dies zeigt sich auch daran, dass das Schiedsgericht bei Säumnis von Fristen gemäss Art. 28 Swiss Rules nicht einfach eine Verhandlung ansetzen kann, ohne dass die betroffene Partei Stellung nehmen konnte. Diese Bestimmung macht klar, dass bei Ausbleiben von Vorbringen nicht kurzerhand auf den Verzicht bezüglich Einreden geschlossen werden kann (Komm. SG- KARRER, Art. 28 N 1 f.). Somit kann das Einrederecht der Beklagten 2 aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben nicht als verwirkt gelten.

2.3. Auch unabhängig von einer Fristansetzung wurden alle Einreden rechtzeitig erhoben

47 Aus dem von der Klägerin angeführten BGE 130 III 66 (KS, Rz. 38) ergibt sich, dass aus dem Grundsatz, wonach gerichtsorganisatorische Fragen möglichst früh zu bereinigen sind, folgt, dass Zwischenentscheide des Schiedsgerichts über seine Zusammensetzung oder Zuständigkeit selbstständig angefochten werden müssen, andernfalls die dagegen gerichteten Rügen nach Massgabe des im Zeitpunkt des Zwischenentscheids bekannten Sachverhalts verwirken (siehe auch BGE 118 II 353 E. 2).

48 Das Schiedsgericht verfügte am 19. September über seine Zusammensetzung, womit daraufhin Einreden im Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Schiedsgerichts sofort geltend gemacht werden mussten. Über seine Zuständigkeit hat das Schiedsgericht bis heute nicht entschieden. Nachdem sich die Beklagte 2 bereits in deren provisorischen Einleitungsantwort vom 29. Juli 2016 (Rz. 3) eine Einrede der Unzuständigkeit vorbehalten hatte, wurde diese Einrede am 26. September endgültig erhoben (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, Rz. 3 f.). In Bezug auf Rügen gegen die Zusammensetzung des Gerichts erfolgte eine Anfechtung der Zwischenverfügung also innert 7 Tagen, während Rügen bezüglich der Zuständigkeit als solcher sogar noch vor einem Zuständigkeitsentscheid erfolgten. Angesichts dessen kann der Klägerin in der Argumentation, die Rügen der Beklagten 2 seien verspätet erfolgt, nicht gefolgt werden.

B. Materielles

IV. Die Klägerin ist nicht aktivlegitimiert (Streitfrage 4)

1. Darlehensvertrag (K-2) verletzt Abtretungsverbot

49 Die Abtretbarkeit von Forderungen kann durch Parteivereinbarung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (BGE 109 II 445 E. 2; Nutshell- HUGUENIN, S. 252; BSK OR I- GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32). Die Gültigkeit einer Abtretung kann beispielsweise von einer Zustimmung abhängig gemacht werden (BGE 117 II 94, E. 5c aa; SCHWENZER, N 90.24).

50 Art. 13.5 des Distributionsvertrags (K-1) enthält unbestrittenermassen ein Abtretungsverbot in Form einer Parteivereinbarung, wonach eine Abtretung immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Beklagte 1 einer solchen nicht zugestimmt hat. Die Zustimmung seitens der Beklagten 1 muss dann erteilt werden, wenn keine wichtigen Gründe dagegensprechen. Sowohl einer Sicherungszession als auch einer Forderungsverpfändung steht ein Abtretungsverbot entgegen (vgl. REETZ, N 430 f.).

51 Indem die PerAspera AG ihre Forderung aus dem Distributionsvertrag (K-1) als Sicherheit einräumt, ohne dass sie um Zustimmung ersucht, verletzt sie somit das Abtretungsverbot.

2. Die Abtretung der Forderung ist Dritten gegenüber ungültig

2.1 Die absolute Wirkung des Abtretungsverbots folgt aus dem Gesetz

52 Bezugnehmend auf das deutsche Recht macht die Klägerin geltend, dass dem von den Parteien vereinbarten Abtretungsverbot nur relative Geltung zukommen soll (KS, Rz. 55).

53 Nach Art. 145 Abs. 1 Satz 1 IPRG untersteht die Abtretung einer Forderung durch Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht (KUKO OR- LARDELLI, Art. 164 N 28).

54 Da die Parteien Schweizer Recht für anwendbar erklärt haben, ist die Abtretung anhand des OR zu beurteilen. Wie die Klägerin angesichts der von ihr selbst anerkannten (KS, Rz. 4 f.) ausschliesslichen Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts dazu kommt, deutsches Recht anzuwenden, wird von der Klägerin nicht begründet. So sind denn keine besonderen Umstände ersichtlich, die eine Anwendung des deutschen Rechts in Widerspruch zu Art. 13.1 des Distributionsvertrages (K-1) rechtfertigen würden.

55 Der Verstoss gegen ein Abtretungsverbot führt zur Ungültigkeit der Abtretung, es sei denn es wurde eine andere Sanktion vereinbart (HUGUENIN, N 1361). Dies folgt aus der Tatsache, dass im schweizerischen Recht ein pactum de non cedendo grundsätzlich nicht nur relativ zwi-

schen Schuldner und Zedent, sondern absolut, d.h. auch gegenüber Dritten, insbesondere dem Zessionar wirkt (LARDELLI, S. 126; KOLLER, Kap. 9 N 63; FURRER/ MÜLLER- CHEN, Kap. 23 N 33; VON TUHR/ ESCHER, S. 347).

56 Da keine andere Sanktion vereinbart wurde, gilt das vorliegende Abtretungsverbot absolut und damit auch gegenüber Dritten.

2.2 Die Parteien haben die absolute Geltung des Abtretungsverbots vereinbart

57 Die Klägerin argumentiert, dass die Motive, aus welchen das Abtretungsverbot in den Distributionsvertrag (K-1) integriert wurde, indizieren, dass die Handelbarkeit der Forderung aufrechterhalten werden sollte (KS, Rz. 57 f.).

58 Die Motive der Beklagten 1, aus welchen das Abtretungsverbot vereinbart wurde, werden in der Verfügung Nr. 3, Rz. 7 festgehalten, wobei sich eine Gemeinsamkeit zwischen den Motiven feststellen lässt, nämlich, dass die Beklagte 1 die Kontrolle darüber behalten wollte, an wen abgetreten wird. Aus diesem Grund wurde auch ein Zustimmungserfordernis zu einer Abtretung vereinbart. Ein solches Zustimmungserfordernis führt dazu, dass die Beklagte 1 immer weiss, wer gerade Inhaber der Forderung ist und sie damit die Möglichkeit hat, einzuschreiten, falls die Abtretung unzulässig sein sollte. Im Falle einer lediglich relativen Wirkung eines solchen Abtretungsverbots ergibt sich für die PerAspera AG die Möglichkeit, die Forderung in Verletzung des Vertrages, aber trotzdem wirksam, an Dritte abzutreten, ohne dass die Beklagte 1 überhaupt Kenntnis davon erhält. Das ganze Abtretungsverbot würde somit obsolet und hätte erst gar nicht vereinbart werden müssen. Das wiederum kann nicht der Wille der Parteien gewesen sein.

59 Daraus folgt, dass es der Wille der Parteien war, eine absolute Geltung des Abtretungsverbots vorzusehen.

3. Klägerin ist nicht aktivlegitimiert, da der Darlehensvertrag (K-2) zwischen ihr und der PerAspera AG infolge Sittenwidrigkeit nichtig ist

60 Als sittenwidrig i.S.v. Art. 19/20 OR gelten Verträge, die "gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen" (BGE 136 III 474 E. 3; BGE 132 III 455 E. 4.1; BGE 123 III 101 E. 2; BGE 115 II 232 E. 4a). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre haben zur Sittenwidrigkeit diverse Fallgruppen entwickelt. Eine dieser anerkannten Fallgruppen der Sittenwidrigkeit ist der Verstoss gegen vertragliche Rechte Dritter. In dieser Fallgruppe ist die Verleitung Dritter zum Vertragsbruch als Nichtigkeitsgrund anerkannt (BSK OR I- HUGUENIN/ MEISE, Art. 19/20 N 41; BSK UWG- FRICK,

Art. 4 lit. a-c N 38). Die Widerrechtlichkeit wird dabei begründet, wenn jemand aktiv einen vertraglich bereits Gebundenen zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihm einen Vertrag abschliessen zu können (BK OR- KRAMER, Art. 20 N 200).

61 Die PerAspera AG war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages unbestrittenmassen an den Distributionsvertrag (K-1) und auch das in diesem enthaltene Abtretungsverbot gebunden. Wie in Rz. 49 ff. gezeigt wurde und auch von der Klägerin nicht bestritten wird, verstösst der Darlehensvertrag (K-2) zwischen der PerAspera AG und der Klägerin gegen das vertragliche Abtretungsverbot von Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1). Daraus folgt, dass die Einräumung der Forderungen der PerAspera AG aus dem Distributionsvertrag (K-1) als Sicherheit für den Darlehensvertrag (K-2) mit der Klägerin einen Bruch des Distributionsvertrages der PerAspera AG mit der Beklagten 1 darstellten.

62 Als subjektives Element setzt die Verleitung zum Vertragsbruch voraus, dass der Verletzer die Vertragspflicht des Verleiteten gekannt oder nach den Umständen hätte kennen müssen (BSK UWG- Frick, Art. 4 lit. a-c N 26).

63 Als Verwaltungsrätin der PerAspera Pharma AG hatte die Klägerin Zugang zu allen Verträgen der Gesellschaft (Verfügung Nr. 3, Rz. 4), somit auch zum Distributionsvertrag (K-1). Dementsprechend hatte die Klägerin nach den Umständen die Möglichkeit, vom Abtretungsverbot Kenntnis zu haben, wodurch das subjektive Element bereits gegeben ist. Weiter kann ihr als Verwaltungsrätin der PerAspera AG auch das Wissen der Gesellschaft um das Abtretungsverbot zugerechnet werden (vgl. zur Wissenszurechnung ABEGGLEN, S. 87 ff.).

64 Die Klägerin gewährte in der Konsequenz der PerAspera AG ein Darlehen im Austausch für einen Bruch des Distributionsvertrages der PerAspera AG mit der Beklagten 1. Aus dem Gesagten folgt eine Verleitung der PerAspera AG zum Vertragsbruch durch die Klägerin mit dem Ziel, einen Darlehensvertrag (K-2) zu attraktiven Bedingungen mit der PerAspera AG abschliessen zu können. Somit hat der Darlehensvertrag (K-2) zwischen der Klägerin und der PerAspera AG einen sittenwidrigen Inhalt.

65 Ein Vertrag, der einen widerrechtlichen oder unmöglichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nach Art. 20 Abs. 1 nichtig (BSK OR I- HUGUENIN/ MEISE, Art. 19/20 N 52). Der nichtige Vertrag ist in dem Sinn ungültig, als er von vornherein (ex tunc) keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen entfaltet (BK OR- KRAMER, Art. 19 N 309).

66 Somit sind allfällige Forderungen der PerAsperaAG gegen die Beklagte 1 mangels vertraglicher Grundlage nie auf die Klägerin übergegangen, womit dieser die Aktivlegitimation fehlt.

4. Zustimmung zur Abtretung kann nicht fingiert werden

- 67 Die Klägerin führt aus, dass eine nachträgliche Zustimmung zur Abtretung der Forderungen der PerAspera AG gegen die Beklagte 1 an die Klägerin erteilt werden muss und im Falle einer Verweigerung fingiert werden kann (KS, Rz. 67 ff.).
- 68 Ohne dass besondere Gründe ersichtlich wären, stützt die Klägerin anstatt auf das anwendbare schweizerische auf deutsches Recht. Zur Unzulässigkeit der Anwendung des deutschen Rechts auf den gegenständlichen Vertrag wird auf die Ausführungen Rz. 54 verwiesen. Zum einen kennt das Schweizer Recht keine Möglichkeit der Fingierung einer nachträglichen Zustimmung zu einer unzulässigen Abtretung, "wenn ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners an dem Verbot nicht mehr besteht" (KS, Rz. 68). Zum anderen geht die Klägerin fälschlicherweise davon aus, dass die Beklagte 1 kein schützenswertes Interesse an der Verweigerung des Übergangs der Forderung hat.
- 69 Die Sachlage stellt sich im Gegenteil so dar, dass die Beklagte erhebliche Interessen hat, die gegen eine Genehmigung der Abtretung der Forderung an die Klägerin sprachen und sprechen. So wurde mit einem Übergang der Forderung von der PerAspera AG auf die Klägerin jegliche Möglichkeit einer konstruktiven Zusammenarbeit zwischen der Beklagten 1 und der PerAspera AG verunmöglicht. Bis zum angeblichen Übergang der Forderung von der PerAspera AG auf die Klägerin hätten die gegenseitigen Ansprüche als Basis für eine mögliche Einigung dienen können. Die Interessenslage der beiden Parteien liess somit eine Einigung, mit der man zu gemeinsamem wirtschaftlichem Erfolg zurückgefunden hätte nicht nur zu, sondern begünstigte eine solche. Ein Rechtsstreit zwischen der PerAspera AG und der Beklagten 1 lag weder im Interesse der einen noch der anderen Partei. Mit der Abtretung der Rechte aus dem Vertrag wurden diese zu einem Spekulationsobjekt, das zur Sicherung eines Darlehens diente. Ziel der Klägerin konnte von Anfang an nur sein, die übergangenen Rechte gerichtlich geltend zu machen, was eine gütliche Einigung per se ausschliesst und das Schicksal der langjährigen erfolgreichen Partnerschaft (seit 2008) zwischen der PerAspera AG und der Beklagten 1 endgültig besiegelt. Eine solche Entwicklung zu verhindern lag im erheblichen Interesse der Beklagten 1 und stellte einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 13.5 des Distributionsvertrages (K-1) dar, der dazu geführt hätte und auch weiterhin dazu führt, dass eine Genehmigung der Abtretung der Rechte aus dem Vertrag an die Klägerin ausbleiben kann und wird.
- 70 Die Möglichkeit einer Fingierung der Zustimmung zur Abtretung wurde denn auch durch die Parteien ausgeschlossen, was sich auch aus der Auslegung nach dem Sinn und Zweck (vgl. zur Auslegung nach Sinn und Zweck Rz. 7) von Art. 13.5 des Distributionsvertrags (K-1) ergibt. Die Parteien haben bewusst die Notwendigkeit einer Zustimmung zur Abtretung

in Art. 13.5 des Abtretungsvertrags vorgesehen. Könnte eine solche Zustimmung immer dann fingiert werden, wenn keine wichtigen Gründe dagegensprechen, so würde dies das Zustimmungserfordernis nicht nur unterminieren, sondern völlig obsolet machen. Aufgrund des Vertragstextes ist es Sache der um Zustimmung ersuchten Partei, zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Absenz eines solchen kann nicht einfach ohne Mitwirkung der ersuchten Partei durch die um Zustimmung ersuchende Partei festgestellt werden.

5. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf nachträgliche Zustimmung zur Abtretung

71 Auch ein von der Klägerin behaupteter Anspruch auf eine nachträgliche Zustimmung zum Übergang der Forderung besteht nicht. Die Klägerin und die PerAspera AG haben den Distributionsvertrag (K-1) verletzt, indem sie nicht um die Zustimmung zur Abtretung ersucht, diese aber trotzdem durchgeführt haben. Eine nachträgliche Zustimmung zu einer Abtretung, welche in Verletzung des Distributionsvertrages durchgeführt wurde (Rz. 50 ff.), würde eine nachträgliche Einwilligung der Beklagten in eine Vertragsverletzung bedeuten. Der Beklagten 1 steht es frei, eine solche Einwilligung zu geben, sie kann hierzu jedoch nicht verpflichtet werden. Insbesondere kann es nicht möglich sein, die Beklagte 1 unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der vorgängigen Genehmigung (Absenz wichtiger Gründe) zu einer nachträglichen Einwilligung zu verpflichten, da dies, wie auch die Möglichkeit einer Fingierung der Zustimmung (Rz. 70), das Erfordernis der vorgängigen Zustimmung als solches obsolet machen würde.

6. Das Abtretungsverbot umfasst auch Schadenersatzansprüche

72 Die Klägerin macht geltend, dass das in Art. 13.5 des Distributionsvertrages festgehaltene Abtretungsverbot Ansprüche auf Schadenersatz nicht umfasst. Die Klägerin schliesst dies aus dem Wortlaut von Art. 13.5, in welchem Schadenersatzansprüche nicht ausdrücklich genannt sind.

73 Die Argumentation der Klägerin wird allerdings durch die Rechtslage nicht gestützt. Bezieht sich ein Abtretungsverbot ausdrücklich nur auf den Erfüllungsanspruch, so umfasst dieses noch nicht den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung, indessen werden diese Ansprüche jedenfalls von einem Verbot der Abtretung der "Rechte" aus einem bestimmten Vertrag umfasst (ZK OR- SPIRIG, Art. 164 N 155).

74 In Art. 13.5 des Distributionsvertrags ist nun festgehalten, dass "die Rechte einer Partei aus diesem Vertrag nicht abtretbar" sind, womit ersichtlich wird, dass die Formulierung von Art. 13.5 des Distributionsvertrags auch Schadenersatzansprüche umfasst.

V. Klägerin hat keinen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf Informationen (Streitfrage 5)

1. Die Klägerin hat keinen vertraglichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

- 75 Die Klägerin leitet ihren Informationsanspruch aus Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) ab. Wie die Klägerin richtigerweise festhält, ist diese Bestimmung auslegungsbedürftig (KS, Rz. 88 ff.). Bezüglich des Ergebnisses, welches aus ihrer Auslegung von Art. 5.2 des Distributionsvertrages (K-1) hervorgeht, ist der Klägerin jedoch nicht zu folgen.
- 76 Die Auslegung von Verträgen ist in Art. 18 OR geregelt. Dabei wird zunächst versucht, das von den Parteien übereinstimmend wirklich Gewollte zu eruieren (SCHWENZER, N 33.01). Neben dem Wortlaut finden weitere Auslegungsmittel wie Entstehungsgeschichte, Vertragszweck, Begleitumstände, etc. Berücksichtigung (vgl. HGer ZH HG110230 E. 3.3.3).
- 77 Aus dem Wortlaut von Art. 5.2 wird nicht klar, in welchen Situationen eine Informationspflicht besteht, wie weit diese in zeitlicher Hinsicht reicht und ob sie auch über die Zusammenarbeit nach dem Distributionsvertrag (K-1) hinaus geschuldet ist. Diese Frage ist folglich aufgrund von Indizien, die auf den wirklichen Willen hindeuten, zu klären.
- 78 Bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien spielt der Vertragszweck eine entscheidende Rolle, welcher selbst erst durch Auslegung ermittelt werden muss. Dies geschieht vor allem durch Rückgriff auf die Interessenlage der Parteien und weitere erkennbare Motive, die für den Abschluss des Vertrages massgebend waren (BGer 5A_449/2014 E. 2.2.1; BK OR- KRAMER/ SCHMIDLIN, Art. 18 N 35 ff.).
- 79 Die vertraglichen Informationspflichten sollen insbesondere eine reibungslose Vertragsabwicklung sicherstellen (vgl. zum Zweck von Informationspflichten NOBBE, S. 36). Aus diesem Grund wurde in Art. 5.2 des Distributionsvertrags (K-1) ein Informationsrecht vereinbart, welches sicherstellen soll, dass die PerAspera AG immer über die für sie als Lieferantin notwendigen Informationen verfügt. Es war also Wille der Parteien, durch Informationspflichten den Absatz von Dialgonin® in den USA möglichst erfolgreich zu gestalten.
- 80 Aus dieser Willenslage der Parteien ergibt sich, dass die Informationspflichten der Beklagten immer in engem Zusammenhang mit dem Absatz von Dialgonin® in den USA standen. Daraus folgt auch, dass die Parteien die Informationspflichten aus Art. 5.2 des Distributionsvertrags immer dann zur Anwendung bringen wollten, wenn es um die Abwicklung des Vertriebs von Dialgonin® ging. Für die Vereinbarung anderer Informationspflichten ohne konkreten Bezug zur Zusammenarbeit in Sachen Dialgonin® gab es keinen Grund für die Parteien, zu-

mal solche Informationen immer potentielle Geschäftsgeheimnisse darstellen können (vgl. BGer 1C_50/2015 E. 5.3; CHA, S. 11).

81 Der Klägerin geht es bei den in der Klage geltend gemachten Informationsansprüchen (KS, Rz. 88 ff.) nicht darum, den Vertrieb von Dialgonin® zu gewährleisten, denn der Distributionsvertrag (K-1) zwischen der PerAspera AG und der Beklagten 1, worunter auch der Vertrieb von Dialgonin® fällt, ist längst beendet. Weiter kann die Klägerin, anders als die PerAspera AG, kein Interesse an Informationen haben, weil die Informationen einzig auf die Gewährleistung des erfolgreichen Vertriebs von Dialgonin® ausgerichtet sind. Die Klägerin ist nämlich nicht die Herstellerin von Dialgonin® und die hier geltend gemachten Rechte wurden durch rechtswidrige Abtretung übertragen (Rz. 49 ff.).

82 Auch die Informationspflichten, die in Art. 1.2 und 4.3 f. des Beendigungsvertrages (K-4) statuiert werden, stehen nach dem Wortlaut in ausdrücklichem Zusammenhang mit dem Vertrieb von Dialgonin®. Dadurch wird erneut derjenige Zustand wiederholt, der schon zum Zeitpunkt des Distributionsvertragsverhältnisses zwischen den Parteien bestand. Die Parteien legen im Beendigungsvertrag (K-4), in Bestätigung des Distributionsvertrags (K-1), noch einmal fest, dass nach Beendigung des Vertrags Informationen betreffend den weiteren Vertrieb von Dialgonin® geschuldet sind. Es wird also im Beendigungsvertrag (K-4) keine allgemeine Informationspflicht, die unabhängig eines konkreten Zusammenhangs der verlangten Informationen zum Vertrieb von Dialgonin® besteht, vereinbart.

83 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es keinen von Art. 5.2 des Distributionsvertrags (K-1) umfassten vertraglichen Anspruch auf die verlangten Informationen gibt. Ein solcher Anspruch wäre ohnehin mit Beendigung des Distributionsvertrags mangels Zusammenhang mit dem Vertrieb von Dialgonin® untergegangen. Weiter ist der Anspruch auf Informationen auch nicht auf die Klägerin übergegangen, selbst wenn die Abtretung gültig sein sollte, da die Klägerin keine Informationen für den Vertrieb von Dialgonin® benötigt.

2. Eventualiter hat die Klägerin auf allfällig bestandene vertragliche Informationsansprüche verzichtet

84 Selbst wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass der Distributionsvertrag (K-1) der Klägerin einen Anspruch auf die verlangten Informationen verleiht, so würde der Beendigungsvertrag (K-4) einen Verzicht auf diesen Informationsanspruch darstellen. So werden im Beendigungsvertrag (K-4) die Informationsrechte den neuen Verhältnissen und insbesondere der Tatsache angepasst, dass kein Vertrieb von Dialgonin® durch die Beklagte 1 mehr erfolgt. Dementsprechend werden im Beendigungsvertrag (K-4) diejenigen Informati-

onsrechte festgelegt, die zu einer erfolgreichen Beendigung des Distributionsvertrags (K-1) und zu einem weiteren erfolgreichen Vertrieb von Dialgonin® mithilfe eines anderen Distributors notwendig sind. Dies schliesst solche Informationen, wie sie von der Klägerin verlangt werden, aus.

85 Die Bestimmungen des Beendigungsvertrages (K-4) widersprechen dem Distributionsvertrag (K-1) nicht. Es handelt sich im Gegenteil um Präzisierungen der Informationsrechte nach Distributionsvertrag (K-1). Die Informationsrechte werden den neuen Verhältnissen angepasst und sollen diejenigen aus dem Distributionsvertrag (K-1) aktualisieren.

3. Die Klägerin hat keinen gesetzlichen Anspruch auf die verlangten Auskünfte

86 Die Klägerin führt bei der Begründung einer gesetzlichen Informationspflicht an, es seien auf den Alleinvertriebsvertrag agenturrechtliche Bestimmungen anwendbar (KS, Rz. 97 ff.). Hierbei verkennt die Klägerin jedoch, dass auf Alleinvertriebsverträge nur dann agenturrechtliche Regelungen anzuwenden sind, wenn ein Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien besteht (HUGUENIN, N 3845). Grundsätzlich ist keine Partei des Alleinvertriebsvertrags besonders schutzbedürftig (CHK- JACOBS, Vorb. Art. 184 ff. N 11).

87 So gibt es denn auch im konkreten Fall keinerlei Anzeichen dafür, dass die Lieferantin im konkreten Fall die schwächere Partei ist und zu ihrem Schutz agenturrechtliche Bestimmungen angewendet werden müssen. Ein unter Umständen bestehendes Machtgefälle würde beim Alleinvertriebsvertrag sowieso zulasten der Abnehmerin bestehen (vgl. MEYER, S. 339), womit die Rechte aus der Anwendung des Agenturrechts die Beklagte 1 und nicht die PerAspera AG bzw. die Klägerin geltend machen könnte.

88 Aus dem Gesagten folgt, dass auf den Distributionsvertrag (K-1) keine agenturrechtlichen Bestimmungen anwendbar sind, wodurch das Gesetz der PerAspera AG bzw. die Klägerin keine der geltend gemachten Auskunftsrechte verleiht.

4. Geltendmachung des Übergangs eines Informationsanspruchs verletzt Treu und Glauben

89 Widersprüchliche Vorbringen sind offensichtlich rechtsmissbräulich, verdienen keinen Rechtsschutz (BGE 116 Ia 102 E. 4c) und sind im Gegenteil unbeachtlich (BGer 5A_507/2015 E. 2.1). Widersprüchliches Verhalten kann insbesondere bei der Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen vorliegen (BGE 108 II 523 E. 3; vgl. HK ZGB-HAUSHEER/JAUN, Art. 2 N 135).

90 Im konkreten Fall beruft sich die Klägerin in ihrer Klage darauf, dass die Formulierung des vertraglichen Abtretungsverbots in Art. 13.5 des Distributionsvertrags (K-1) ("Rechte aus

dem Distributionsvertrag”) Schadenersatzansprüche nicht umfasse (KS, Rz. 71 f.). Gleichzeitig will die Klägerin aus dem Darlehensvertrag (K-2), in dem von “bestehenden und zukünftigen Ansprüchen” die Rede ist, den von ihr geltend gemachten Informationsanspruch übertragen bekommen haben (KS, Rz. 76 ff.). Folglich geht die Klägerin gleichzeitig davon aus, dass vom Begriff vertraglicher “Rechte” Schadenersatzansprüche nicht umfasst, vom Begriff vertraglicher “Ansprüche” Informationsrechte jedoch umfasst sind. Diese beiden Vorbringen sind miteinander unvereinbar, da sich keine nach Treu und Glauben verhaltende Partei gleichzeitig auf den Standpunkt stellen kann, dass die praktisch gleiche vertragliche Formulierung im einen Fall Schadenersatzansprüche nicht umfasst, im anderen Fall aber einfache vertragliche Nebenpflichten wie einen Informationsanspruch mitumfasst.

- 91 Die Vorbringen der Klägerin sind somit widersprüchlich und damit infolge Rechtsmissbräuchlichkeit unbeachtlich. Folglich muss das Gericht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der behauptete Anspruch der Klägerin auf Informationen, unabhängig der Ausführungen zu Streitfrage 4, nicht auf die Klägerin übergegangen sind bzw. infolge Rechtsmissbrauchs verwirkt ist.

Nach den oben gemachten Ausführungen bitten wir Sie, sehr geehrte Damen und Herren, um antragsgemässes Vorgehen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 4



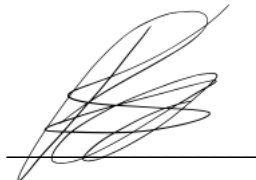
Ivan Gunjic



Elias Ritzi



Therry Lehmann



Pascal Lehmann