

Moot Court Team 1

Kim O'Neill
Lukas Groth
Gianin Hoessly
Valerio Preisig

Einschreiben

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

08. Dezember 2016

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2016

In Sachen

Prof. Dr. Eliana Überhöher

Seepromenade 12, 6343 Risch, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

Conquest Distribution Ltd.

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

Beklagte 1

Corpsanis Holding AG

Kneippstrasse 15, 67063 Ludwigshafen, Deutschland

Beklagte 2

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
A. Anwendbares Recht	1
B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
I. Tragweite der Schiedsklausel	1
1. Die Beklagte 2 ist von der subjektiven Tragweite erfasst.....	1
2. Die Garantieansprüche sind von der objektiven Tragweite erfasst	3
3. Das Einverständnis zum Mehrparteischiedsverfahren liegt vor.....	3
II. Gültigkeit der Schiedsklausel	3
1. Der Anspruch auf Mitwirkung der Beklagten 2 wurde nicht verletzt	4
2. Die Beklagte 2 hat kein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters.....	4
3. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist lediglich teilungültig	6
4. Fazit.....	6
III. Eventualiter: Die Beklagte 2 hat sich auf das Schiedsverfahren eingelassen	7
C. Aktivlegitimation	8
I. Die Klägerin ist aktivlegitimiert	8
II. Die Ansprüche sind qua Sicherungszession übergegangen	9
1. Auslegung des K-2.....	9
2. Voraussetzungen einer Zession sind gegeben.....	10
a) Die Forderung ist abtretbar	10
aa) Das Abtretungsverbot erfasst nach seinem Zweck die Abtretung nicht	10
bb) Eventualiter: Das Abtretungsverbot hat lediglich obligatorische Wirkung.	11
cc) Eventualiter: Die Zustimmung zur Abtretung kann fingiert werden	12
b) Die weiteren Voraussetzungen der Zession sind erfüllt	13
III. Eventualiter: Die Ansprüche sind qua Forderungsverpfändung übergegangen	14
IV. Eventualiter: Die Ansprüche sind qua Einziehungsvollmacht übergegangen	15
V. Fazit.....	15
D. Auskunftsrecht	15
I. K-1 ist als AVV zu qualifizieren	15
II. Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch auf Auskunft.....	16
III. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf Auskunft.....	17

1.	Aus Art. 2 ZGB ergibt sich eine Auskunftspflicht	18
2.	Aus Art. 418c, 418f und 400 OR ergeben sich weitere Auskunftspflichten.....	19
IV.	Auf die Auskunft wurde nicht verzichtet.....	20
V.	Eventualiter: Durch Vertragsergänzung ergibt sich ein Auskunftsrecht	20
VI.	Fazit.....	20
Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren.....		20

Literaturverzeichnis

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

(zit. BERGER/KELLERHALS, N ...)

N [6, 15, 16, 17, 32, 33]

BERGMAIER HANS, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Diss. Univ. Zürich, Aarau 1945.

(zit. BERGMAIER, S. ...)

N [42, 71, 72]

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009.

(zit. BÖCKLI, § ... N ...)

N [18]

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

(zit. CHK ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [67]

BÜHLER THEODOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, 3. Auflage, Zürich 2000.

(zit. ZK OR-BÜHLER, Art. ... N ...)

N [97]

DUDENREDAKTION (Hrsg.), Duden, Das Synonymwörterbuch, 4. Auflage, Mannheim 2007.

(zit. Duden, S. ...)

N [9]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

(zit. CHK OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [7, 41, 82]

GOTTWALD PETER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage international, international arbitration, Bielefeld 1997.

(zit. GOTTWALD, S. ...)

N [11]

HANOTIAU BERNARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, J. Int'l Arb. 2001/3, S. 251 – 360.

(zit. HANOTIAU, S. ...)

N [21]

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1 Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

(zit. BK ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [89, 90]

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013.

(zit. BSK IPRG-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [2, 3, 14, 15, 33]

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

(zit. BSK ZGB I-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [86, 87]

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

(zit. BSK ZGB II-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [68, 69]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-183 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

(zit. BSK OR I-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [22, 50, 52, 63, 64, 98]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [48, 62, 75, 88, 89, 91, 92]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich/Basel/Genf 2013.

(zit. OR 2020-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [52]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2014.

(zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N ...)

N [80]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Auflage, Bern 2009.

(zit. KOLLER, § ... N ...)

N [63]

GIRSBERGER DANIEL/HERMANN JOHANNES LUKAS, Reformbedarf beim pactum de non ceden-
do?, Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzge-
bung und Wirtschaftspraxis, in: LORANDI FRANCO/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Innova-
tives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, St. Gallen 2011, S. 319-337.

(zit. GIRSBERGER/HERMANN, S. ...)

N [46, 48]

MASSURAS KONSTADINOS, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit,
in: Europäische Hochschulschriften: Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 2419, Diss. Univ.
Hannover, Frankfurt am Main 1998.

(zit. MASSURAS, S. ...)

N [8]

MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, in: Zürcher Studien
zum Privatrecht, Bd. Nr.201, Diss. Univ. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007.

(zit. MEIER, S. ...)

N [21, 22]

METZGER PETER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch einschliesslich Versicherungsrecht
mit Synonymen und Antonymen, Basel/Genf/München 1996.

(zit. METZGER, S. ...)

N [59]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, Typus, Vertragsrechtliche Probleme und
Qualifikation im IPRG, Diss. Univ. St. Gallen, St. Gallen 1990.

(zit. MEYER, S. ...)

N [81]

MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, Ein Handbuch für Praktiker, 2. Auflage,
St. Gallen 1992.

(zit. MEYER, Handbuch, S. ...)

N [81, 96]

MÜLLER-CHEN MARKUS, Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr,
in: SCHWENZER INGEBORG/HAGER GÜNTHER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem
zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 903-921.

(zit. MÜLLER-CHEN, S. ...)

N [48, 50]

OFTINGER KARL/BÄR ROLF, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachen-
recht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand,
Art. 884-918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dingli-
cher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Auflage, Zürich 1981.

(zit. ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil/Art. ... N ...)

N [44, 70]

REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung
vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich/Basel/Genf 2006.

(zit. REETZ, N ...)

N [41, 64]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat
und IPRG, 2. Auflage, Zürich 1993.

(zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. ...)

N [28]

SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Tübingen 1989.

(zit. SCHLOSSER, N ...)

N [8, 14]

SCHWARTZ ERIC A., Multi-Party Arbitration and the ICC, In the Wake of Dutco, J. Int'l Arb.
1993/3, S. 5-19.

(zit. SCHWARTZ, S. ...)

N [21]

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

(zit. SCHWENZER, N ...)

N [88, 94]

SOEHRING KAY, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen, in: Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Heft 32, Diss. Univ. des Saarlandes, Köln/Berlin/Bonn/München 1968.

(zit. SOEHRING, S. ...)

N [11]

SPIRIG EUGEN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Auflage, Zürich 1993.

(zit. ZK OR-SPIRIG, Vorbemerkungen/Art. ... N ...)

N [72]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.

(zit. BSK ZPO-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [39]

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016

(zit. Komm. ZPO-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [34]

UGARTE RICARDO/BEVILACQUA THOMAS, Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration, An Update on the Governing Provisions, J. Int'l Arb. 2010/1, S. 9-49.

(zit. UGARTE/BEVILACQUA, S. ...)

N [21]

WEBER KLAUS (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 21. Auflage, München 2014.

(zit. WEBER, S. ...)

N [59]

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

(zit. Komm. SRIA-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [35, 36]

Entscheidverzeichnis

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung vom Bundesgericht vom

3. Oktober 1934

BGE 60 II 335

N [98]

Urteil des Cour de Justice de Genève vom

26. November 1982

Abgedruckt in SJ 1984 S. 309 ff.

(zit. Westland-Entscheid Genève, S. ...)

N [25, 26]

Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom

16. Juni 1983

(zit. Westland-Entscheid BGer)

N [25]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

12. Mai 1987

BGE 113 II 163

N [64]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

N [13]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

22. Mai 1990

BGE 116 II 431

N [85]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
12. November 1991
BGE 117 II 609
N [7]

Société B.K.M.I. Industrieanlagen GmbH et Siemens AG v. Dutco Construction, première
chambre civile de la Cour de cassation vom
7. Januar 1992
Abgedruckt in rev. arb. 1992 Nr. 3 S. 470 ff.
(zit. Dutco-Entscheid)
N [21]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
23. August 2000
BGer 4C.147/2000
N [60]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50
N [32, 35]

Culioli v. Gastrolouvre et Sibella, Cour d'appel de Paris vom
18. Oktober 2003
Abgedruckt in rev. arb. 2003 Nr. 4 S. 1277 ff.
(zit. Culioli-Entscheid, S. ...)
N [21]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
N [7]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. März 2006

BGer 4C.2/2006

N [35]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

22. Mai 2008

BGE 134 III 497

N [97]

Auszug aus dem Urteil der zweiten sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts

20. Oktober 2008

BGE 135 V 2

N [64]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

3. Mai 2010

BGer 4A_107/2010

N [60]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AG	Aktiengesellschaft
ASP	Average Sales Prices
AVV	Allgemeinvertriebsvertrag
Bd.	Band
bez.	bezüglich
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DOJ	US Department of Justice
E.	Erwägung
et al.	Et alii, und weitere
f./ff.	folgende/Fortfolgende
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
J. Int'l arb.	Journal of International Arbitration
Komm.	Kommentar
K-1	Distributionsvertrag vom 28. Februar 2008
K-2	Darlehensvertrag vom 25. Februar 2014
lit.	litera (Buchstabe)

Ltd.	Limited
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
prov.	provisorisch
rev. arb.	Revue de l'Arbitrage
S.	Seite
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SchlT	Schlusstitel
SJ	La Semaine Judiciaire (Genève)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 01. Juni 2012
u.a.	unter anderem
US	United States
USD	US-Dollar
u.U.	unter Umständen
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 27

A. Anwendbares Recht

- 1 In prozessualer Hinsicht ist das zwölfte Kapitel des IPRG als lex arbitri sowie die SRIA, in materieller Hinsicht ist Schweizer Recht anwendbar (Verfügung Nr. 1, N 7 ff.).

B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 2 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird nicht von Amtes wegen, sondern lediglich auf Einrede hin geprüft (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 88 f.). Die Beklagte 1 hat sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, weshalb das Schiedsgericht bez. der Beklagten 1 zuständig ist (Einleitungsantwort der Beklagten 1, N 2). Die Beklagte 2 bestreitet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ihr gegenüber.
- 3 Die Zuständigkeit ist zu bejahen, wenn eine gültige Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist, welche den schiedsfähigen Streitgegenstand und die schiedsfähigen Streitparteien umfasst (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54).
- 4 Die subjektive und objektive Schiedsfähigkeit sind klar gegeben und unbestritten. Deshalb beschränken sich die folgenden Ausführungen darauf, darzulegen, dass die Zuständigkeit hinsichtlich der Tragweite und Gültigkeit der Schiedsklausel entgegen der Behauptung der Beklagten 2 gegeben ist. Eventualiter hat sich die Beklagte 2 auf das Verfahren eingelassen.

I. Tragweite der Schiedsklausel

1. Die Beklagte 2 ist von der subjektiven Tragweite erfasst

- 5 Die Klägerin war am Abschluss des K-1 nicht beteiligt, hat die Forderungen gegen die Beklagten aber in K-2 erworben. Dieser Anspruchsübergang wird von den Beklagten nur im Rahmen der Aktivlegitimation bestritten (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, N 3) und ist daher im Rahmen der Begründetheit der Klage zu prüfen. Die Beklagte 2 behauptet jedoch, keine Parteistellung in diesem Schiedsverfahren zu haben (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, N 1).
- 6 Grds. wirken Schiedsvereinbarungen zwischen den an ihrem Abschluss beteiligten Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 492). Ob eine Bindung der Beklagten 2 an die Schiedsklausel gewollt war, ist deshalb durch Auslegung des K-1 zu ermitteln.
- 7 In erster Linie ist der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien massgebend. Liegt kein solcher vor, ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen und der mutmassliche Parteiwille nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 66 E. 3.2). Als Auslegungsmittel dienen primär der Wortlaut, sowie ergänzend Tatsachen, die eine Schlussfolgerung auf den Parteiwillen zulassen, dazu gehören z.B. die Umstände bei Ver-

tragsschluss, das Verhalten der Parteien davor und danach, ihre Interessenlage und der Zweck des Vertrags (CHK OR-KUT, Art. 18 N 10 ff.). Weiter ist nicht anzunehmen, dass die Parteien eine unangemessene Vereinbarung schliessen wollten (BGE 117 II 609 E. 6c). Die Auslegung der Schiedsklausel ergibt, dass die Beklagte 2 von der subjektiven Tragweite erfasst ist.

- 8 Die Bindung eines Garanten, der den Hauptvertrag unterzeichnet hat, welcher die Schiedsklausel enthält, ist grds. zu bejahen (MASSURAS, S. 97; SCHLOSSER, N 425). Der Distributionsvertrag und der Garantievertrag sind eigenständige Verträge, die jeweils separat geregelt werden könnten. Die Parteien, die aber eine vertragliche Einheit kreieren, implizieren, den Garantievertrag denselben Bedingungen unterwerfen zu wollen wie den Hauptvertrag (vgl. Massuras, S. 97). Die Beklagte 2 hat den einheitlichen Hauptvertrag unterzeichnet und dadurch ihren Willen ausgedrückt, sich als Garantin denselben Bedingungen zu unterwerfen wie die anderen Vertragspartner. Zudem hat sie damit bestätigt, die Schiedsklausel zu kennen.
- 9 Auch aufgrund des Wortlauts ist von einer Bindung der Beklagten 2 auszugehen. Die Schiedsklausel ist unter den allgemeinen Bestimmungen des Vertrages aufgeführt. „Allgemein“ bedeutet „für alle“ oder „alle Bereiche umfassend“ (Duden, S. 65). Die Schiedsklausel im Hauptvertrag umfasst nach Wortlaut alle Bereiche des Vertrags, also auch die Garantieklausel, und gilt somit für alle unterzeichnenden Parteien.
- 10 Zudem ist die Beklagte 2 als multinationaler Konzern mit Markterfahrung in der Ausarbeitung von Verträgen versiert. Sie hätte einen ausdrücklichen Ausschluss der Übernahme der allgemeinen Vertragsbedingungen und der Schiedsklausel in den Vertrag einbringen und präventiv Unsicherheiten bez. der subjektiven Tragweite verhindern können. So durfte die Klägerin annehmen, dass die Beklagte 2 die Schiedsklausel übernommen hat.
- 11 Ferner ist der Zweck einer Schiedsklausel die Prozessvereinfachung. Es kann nicht angehen, dass die PerAspera Pharma AG sich für die Garantieforderung, welche eine Risikoverminderung und einen finanziellen Ausgleich für den Fall eines Vertragsbruchs durch die Beklagte 1 darstellen soll, für die Einforderung dieser Sicherheit aber nicht auf dieselben prozessvereinfachenden Vorteile berufen kann, mit welchen die ursprüngliche Leistung hätte eingefordert werden können (vgl. zum Ganzen SOEHRING, S. 88). Damit die Schiedsklausel ihren Zweck erfüllen kann, muss die Beklagte 2 von der Schiedsklausel erfasst sein. Zudem ist die Beurteilung der i.c. geltend gemachten Ansprüche vor einem einzigen Schiedsgericht aus Praktikabilitätsgründen vorzuziehen und verhindert widersprüchliche und uneinheitliche Urteile (vgl. Gottwald, S. 35).
- 12 Wie gezeigt weisen die vertragliche Systematik, der Wortlaut und der Zweck darauf hin, dass die Bindung der Beklagten 2 von den Parteien gewollt war. Jedenfalls durfte die PerAspera

Pharma AG von der Bindung ausgehen. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch das nachvertragliche Verhalten der Beklagten 2 gestützt. Diese macht einen Rechtsverlust geltend, indem sie fehlende Mitwirkungsrechte rügt (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, N 2). Wäre die Beklagte 2 davon ausgegangen, ihr komme ohnehin keine Parteistellung im Verfahren zu, stünden ihr konsequenterweise auch keine Mitwirkungsrechte zu. Diese Rüge zeigt, dass die Beklagte 2 intuitiv davon ausging, Partei des Verfahrens zu sein. Eine andere Auslegung des K-1 entspricht offensichtlich nicht dem Willen der Parteien.

2. Die Garantieansprüche sind von der objektiven Tragweite erfasst

- 13 Wird die Parteistellung der Beklagten 2 bejaht, müssen konsequenterweise die Garantieansprüche von der objektiven Tragweite umfasst sein. Diese sind nämlich die einzigen Ansprüche, die sich gegen die Beklagte 2 aus dem Vertrag ergeben können. Zudem wird bei Vorliegen einer Schiedsklausel zwischen den Parteien die objektive Tragweite vom BGer weit ausgelegt (BGE 116 Ia 56 E. 3b). Folglich ist von einer umfassenden Zuständigkeit auszugehen.

3. Das Einverständnis zum Mehrparteischiedsverfahren liegt vor

- 14 Damit das Mehrparteienverfahren durchgeführt werden kann, muss das Einvernehmen aller Parteien vorliegen (SCHLOSSER, N 561). Dieses wird angenommen, wenn für alle Parteien bei Vertragsschluss ersichtlich war, dass die Streitigkeiten vernünftigerweise nur in einem multilateralen Verfahren geklärt werden können (SCHLOSSER, N 561). Auch bei Vorliegen einer einheitlichen Schiedsklausel wird vom Einvernehmen ausgegangen (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 69). Da für die Vertragsparteien klar war, dass die Beurteilung des Vorliegens eines Garantieanspruchs gegenüber der Beklagten 2 davon abhängt, ob eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten 1 vorliegt und eine einheitliche Schiedsklausel vorliegt, haben sie ein Mehrparteischiedsverfahren akzeptiert.

II. Gültigkeit der Schiedsklausel

- 15 Die Beklagte 2 stellt durch die Bemängelung der Schiedsrichterbestellung die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel in Frage. Diese beurteilt sich nach der lex arbitri (BERGER/KELLERHALS, N 301). Zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit wird an dem in Art. 178 Abs. 2 IPRG genannten Recht angeknüpft, welches für die Gültigkeit am günstigsten ist (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 24). Da die möglichen Varianten auf Schweizer Recht verweisen, beurteilt sich die Gültigkeit lediglich danach.
- 16 Für das Verfahren der Schiedsgerichtsbestellung gilt gem. Art. 179 Abs. 1 IPRG der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dessen Grenzen die zwingenden Bestimmungen der lex arbitri bilden (BERGER/KELLERHALS, N 546). Das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts wurde in

dieser Art von den Parteien gemeinsam vereinbart. Es war absehbar, dass es im Falle einer Streitigkeit sehr wahrscheinlich zu einem Mehrparteienschiedsverfahren kommt (vgl. N 14). Folglich konnte auch das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts antizipiert werden. Im Angesicht des Primats der Privatautonomie ist deshalb grds. von der Zulässigkeit der Vereinbarung auszugehen. In der Folge wird gezeigt, dass die Einwände der Beklagten 2 nicht ausreichen, um einen Verstoß gegen zwingendes Recht zu begründen.

1. Der Anspruch auf Mitwirkung der Beklagten 2 wurde nicht verletzt

- 17 Die Beklagte 2 macht geltend, ihr würden jegliche Mitwirkungsrechte an der Bestellung des Schiedsgerichts versagt. Eine Regelung, die einer Partei alle Mitwirkungsrechte entzöge, wäre richtigerweise unzulässig (BERGER/KELLERHALS, N 773). Die Argumente der Beklagten 2 sind jedoch übertrieben formalistisch, denn in tatsächlicher Hinsicht wurde ihr keinesfalls jedwede Mitwirkung versagt.
- 18 Die Beklagte 2 konnte aufgrund der Konzernstruktur Einfluss auf die Schiedsrichterernennung ausüben, obwohl sie als juristische Person formal keinen Schiedsrichter ernennen konnte. Die Beklagte 1 ist eine Joint Venture-Gesellschaft. Häufig wird bei diesen die Selbstverwaltung massiv eingeschränkt oder sogar aufgehoben (BÖCKLI, § 13 N 621). Der Verwaltungsrat des Gemeinschaftsunternehmens ist i.d.R. lediglich ein Spiegelbild der Führungsequipen der Muttergesellschaften und handelt auf Weisung derselben (BÖCKLI, § 13 N 479). Die Verwaltungsräte der Beklagten 1 entstammen tatsächlich mehrheitlich dem Management der Beklagten 2 (Verfügung Nr. 3, N 16). Der Verwaltungsrat der Beklagten 2 kann seinen Managern als direkter Vorgesetzter Weisungen erteilen und diese instruieren. Somit konnte die Beklagte 2 zumindest indirekt auf die Bestellung des Schiedsgerichts einwirken.
- 19 Um den Schutzzweck zwingender Normen zu verwirklichen, ohne dabei den Spielraum der Parteien über Gebühr zu beschränken, ist eine funktionale Auslegung einer formalistischen vorzuziehen. Der Zweck der zwingenden Mitwirkungsrechte ist, zu verhindern, dass einer Partei übermässig viel Einfluss auf die Bestellung des Gerichts zukommt, während sich die Gegenpartei dem Urteil eines fremdgewählten Gerichts zu unterwerfen hat. I.c. ist dem Schutzzweck der zwingenden Mitwirkungsrechte Genüge getan, da die Ernennung der Schiedsrichter faktisch durch die Beklagten gemeinsam erfolgte. Die der Beklagten 2 zwingend zustehenden Mitwirkungsrechte wurden folglich nicht verletzt.

2. Die Beklagte 2 hat kein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters

- 20 Die Beklagte 2 macht weiter geltend, ihr stehe de iure sogar das Recht zu, einen eigenen Schiedsrichter zu ernennen, da sie andere Interessen als die Beklagte 1 verfolge. Auch dieser Einwand ist ungerechtfertigt und stellt keine unzulässige Ungleichbehandlung dar.

- 21 Es ist weitgehend anerkannt, dass die gemeinsame Ernennung eines Schiedsrichters durch mehrere Beklagte zumindest dann als zulässig zu erachten ist, wenn diese dieselben Interessen verfolgen (HANOTIAU, S. 344; MEIER, S. 101; SCHWARTZ, S. 14 f.; UGARTE/BEVILACQUA, S. 49; implizit wohl auch im bekannten Dutco-Entscheid; Culioli-Entscheid, S. 1281). In solchen Fällen würde ein selbstständiges Ernennungsrecht jeder Partei eine Ungleichbehandlung gerade einführen, da zwei Beklagte dadurch zwei, der alleinige Kläger lediglich einen Schiedsrichter ernennen könnte (MEIER, S. 99 f.; SCHWARTZ, S. 15). Dass die Beklagte 2 unterschiedliche Interessen geltend macht, um ein selbstständiges Ernennungsrecht zu begründen, zeigt, dass sie bei gleichen Interessen auch von der Zulässigkeit der gemeinsamen Ernennung ausgehen würde.
- 22 Die Beklagten verfolgen in diesem Verfahren entgegen der Behauptung der Beklagten 2 dieselben Interessen. In Art. 12 des K-1 wird eine Garantie vereinbart. Sobald die in der Garantieklausel festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, entsteht für den Garanten eine Zahlungspflicht. Der Garant muss sich bei der Ermittlung der Voraussetzungen auf den Wortlaut der Klausel behaften lassen. Im Garantiefall stehen allfällige vertragliche Ansprüche gegen den Dritten in Konkurrenz zum Garantieanspruch, sprich der Gläubiger hat ein Wahlrecht, gegen wen er vorgehen will (vgl. zum Ganzen BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 11 ff.). Gem. Art. 12 des K-1 garantiert die Beklagte 2 die Einhaltung der Vertragspflichten durch die Beklagte 1 und haftet somit, sobald diese den Vertrag nicht oder nicht gehörig erfüllt. Sofern sich mittels der geltend gemachten Auskunftsansprüche eine Vertragsverletzung der Beklagten 1 belegen lässt, die einen Schaden verursachte, führt dies somit unmittelbar zu einem Schadenersatz- und einem Garantieanspruch. Die Leistungspflichten der Beklagten beruhen folglich auf denselben Voraussetzungen. Der Garantieanspruch wird zwar sekundär gegenüber der ursprünglichen Leistungspflicht der Beklagten 1, jedoch gleichzeitig mit deren Schadenersatzpflicht fällig. Dies zeigt, dass die Beklagten in Bezug auf alle Voraussetzungen der klägerischen Ansprüche vernünftigerweise dieselbe Position vertreten. Evident wird dies dadurch, dass sich die Beklagten tatsächlich mit denselben Argumenten wehren (prov. Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 2; vgl. MEIER, S. 94).
- 23 Auch die Haftungsbeschränkung der Beklagten 2 begründet keine divergierenden Interessen. In vorliegendem Verfahren sind die Interessen beider Parteien lediglich darauf gerichtet, eine Vertragsverletzung durch die Beklagte 1 und somit einen Schadenersatzanspruch sowie den Eintritt des Garantiefalls zu verneinen. Gegensätzliche Interessen, die bei Aufteilung des Schadenersatzbetrags auftauchen könnten, sind in diesem Verfahren irrelevant.

- 24 Nicht zuletzt lassen sich beide Beklagten vom Moot Court Team [...] vertreten. Würden die Beklagten nicht dieselben Interessen verfolgen, wäre diese Vertretung wohl aufgrund des Interessenkonflikts problematisch. All diese Gründe zeigen, dass die Beklagten dieselben Interessen verfolgen.
- 25 Das BGer hat zudem im Westland-Entscheid implizit eine Rechtsprechung geschützt, welche im Resultat mehrere Beklagte, unabhängig von deren Interessenlage, zur gemeinsamen Ernennung eines Schiedsrichters zwingt (Westland-Entscheid BGer; vgl. auch das Urteil der Vorinstanz: Westland-Entscheid Genève). Folglich wäre nach Schweizer Rechtsprechung die Vereinbarung einer gemeinsamen Ernennung sogar bei divergierenden Interessen zulässig.
- 26 Als weiteres Argument für die Zulässigkeit der gemeinsamen Ernennung kann angeführt werden, dass die von den Parteien ernannten Richter nicht als deren Repräsentanten gelten (Westland-Entscheid Genève, S. 317). Diese haben alle Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gem. Art. 180 IPRG und Art. 9 f. SRIA zu erfüllen, weshalb die Beklagte 2 keine Nachteile zu befürchten hat.
- 27 Ein gemeinsames Ernennungsrecht ist aufgrund identischer Interessen der Beklagten zulässig. Es wäre nach schweizerischer Rechtsprechung sowie unter dem Blickwinkel der richterlichen Unparteilichkeit auch bei divergierenden Interessen zulässig.

3. Eventualiter: Die Schiedsklausel ist lediglich teilungültig

- 28 Sollte entgegen den obengenannten Argumenten die Unzulässigkeit der Art der Bestellung bejaht werden, beurteilt sich die Ungültigkeit analog den vertragsrechtlichen Grundsätzen (RUEDE/HADENFELDT, S. 84). Die Ungültigkeit reicht folglich gem. Art. 20 Abs. 2 OR jeweils so weit, wie es der Schutzzweck der verletzten Norm sowie der hypothetische Parteiwille verlangen (HUGUENIN, N 434 ff.).
- 29 Die Parteien wollten grds. die Beurteilung allfälliger Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht (vgl. N 5 ff.). Unter Annahme der Ungültigkeit des Verfahrens zur Bestellung des Schiedsgerichts würde Art. 8 Ziff. 4 oder 5 SRIA als Default-Regel zur Anwendung gelangen. Dadurch wäre die Beklagte 2 auch formal mitwirkungsberechtigt. U.U. würde sogar der Gerichtshof in der Bestellung mitwirken. Den Einwänden der Beklagten 2 könnte dadurch Genüge getan werden, weshalb die Berufung auf eine weitergehende Ungültigkeit der Schiedsklausel rechtsmissbräuchlich erschiene. Die vereinbarte Art der Bestellung des Schiedsgerichts wäre also ungültig, die Beurteilung der Ansprüche bliebe aber einem Schiedsgericht vorbehalten.

4. Fazit

- 30 Weder wurden der Beklagten 2 jegliche Mitwirkungsrechte entzogen, noch steht ihr ein Recht auf Ernennung eines eigenen Schiedsrichters zu. Die vereinbarte Schiedsklausel verstösst

nicht gegen zwingendes Recht und ist deshalb auch in materieller Hinsicht gültig. Eventualiter wäre lediglich das vereinbarte Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts ungültig. Die Beurteilung der Ansprüche durch ein Schiedsgericht könnte dadurch nicht verhindert werden.

III. Eventualiter: Die Beklagte 2 hat sich auf das Schiedsverfahren eingelassen

- 31 Selbst wenn die Beklagte 2 nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel in Art. 13.1 des K-1 geworden ist, ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte 2 zuständig, da sich diese auf das Schiedsverfahren eingelassen hat.
- 32 Die Einlassung ist die unwiderrufliche Verwirkung des Rechts, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten (BGE 128 III 50 E. 2c). Dadurch wird für ein grds. unzuständiges Schiedsgericht nach Art. 186 Abs. 2 IPRG ex lege Zuständigkeit begründet, auch wenn die Parteien sich unbewusst eingelassen haben (BERGER/KELLERHALS, N 576). Für die Einlassung i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG kann auf die Literatur und Rechtsprechung zu Art. 18 ZPO verwiesen werden (BERGER/KELLERHALS, N 588).
- 33 Voraussetzungen für eine Einlassung ist die Klage vor einem unzuständigen Schiedsgericht sowie eine Einlassungshandlung (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 107). Eine Einlassungshandlung liegt vor, wenn sich eine Partei vorbehaltlos materiell zur Hauptsache äussert, ohne zuvor die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestritten zu haben (BERGER/KELLERHALS, N 587). Die Einlassung beschlägt alle Aspekte der Zuständigkeit, welche nicht rechtzeitig, d.h. vor materiellen Äusserungen, gerügt werden (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 96 f.). Die Beklagte 2 wendet die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aufgrund materieller Ungültigkeit der Schiedsklausel (prov. Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 3; Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, N 2) sowie aufgrund fehlender Parteistellung (Unzuständigkeitseinrede der Beklagten 2, N 1) ein. Nachfolgend wird für beide geltend gemachten Einwände gesondert gezeigt, dass eine Einlassungshandlung vorliegt.
- 34 In Bezug auf die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel liegt eine Einlassung vor, da verlangt wird, dass die Unzuständigkeit im schriftlichen Verfahren am Anfang der Ausführungen geltend gemacht wird (vgl. Komm. ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 18 N 9). Dies hat die Beklagte 2 versäumt. Sie verweist auf die Ausführungen in der Einleitungsantwort der Beklagten 1 (prov. Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 2), welche die Aktivlegitimation der Klägerin bestreitet, Ausführungen zum Auskunftsanspruch macht und sich sogar ausdrücklich auf das Schiedsverfahren einlässt (Einleitungsantwort der Beklagten 1, N 2 ff.). Durch den Verweis macht sich die Beklagte 2 diese Aussagen zu eigen und äussert sich ebenfalls materi-

ell zur Sache. Erst danach macht sie die Ungültigkeit der Schiedsklausel geltend (prov. Einleitungsantwort der Beklagten 2, N 3).

- 35 Zudem muss die Unzuständigkeitseinrede im erstmöglichen Zeitpunkt unbedingt erfolgen (vgl. BGer 4C.2/2006 E. 3.4; Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 20). Die Beklagte soll sich keine Argumente, welche die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts begründen könnten, in Reserve halten (BGE 128 III 50 E. 2c bb ccc). Die Beklagte 2 hat sich die Einwände in Bezug auf die Gültigkeit lediglich vorbehalten. Es wäre ihr aber zumutbar gewesen, die Ungültigkeit bei Einreichung der Einleitungsantwort ohne Vorbehalt, d.h. unbedingt, zu rügen.
- 36 Insb. kann nicht geltend gemacht werden, die Einleitungsantwort sei lediglich prov. und vermöge nicht, eine Einlassung zu begründen. Dies wäre höchstens dann ein valides Argument, wenn innert Frist eine definitive Einleitungsantwort eingereicht worden wäre. Die Einleitungsantwort muss 30 Tage nach Erhalt der Einleitungsanzeige eingereicht werden (Art. 3 Ziff. 7 SRIA). Der Gerichtshof kann andere Fristen vorsehen (Komm. SRIA-BÄRTSCH/PETTI, Art. 3 N 14). I.c. wurde den Parteien eine Frist bis zum 15. August 2016 gesetzt, um zusätzliche Informationen einzureichen (Schreiben des SCAI vom 3. August 2016). Die Beklagte 2 hat diese Frist nicht eingehalten. Deshalb durfte davon ausgegangen werden, die Einleitungsantwort sei definitiv.
- 37 Die Unzuständigkeitseinrede vom 26. September 2016 ist unbeachtlich, da die Beklagte 2 bereits zuvor Einlassungshandlungen vorgenommen hat, welche das Recht, die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu rügen, unwiderruflich verwirken liessen. Die Unzuständigkeitseinrede steht der Einlassung demnach nicht entgegen.
- 38 Da i.c. die erforderlichen Einlassungshandlungen vorliegen, ist das Schiedsgericht trotz ursprünglicher Unzuständigkeit zur Beurteilung der Ansprüche gegen die Beklagte 2 zuständig geworden.

C. Aktivlegitimation

I. Die Klägerin ist aktivlegitimiert

- 39 Die klagende Partei ist aktivlegitimiert, wenn ihr Anspruch materiell begründet und sie berechtigt ist, dieses Recht geltend zu machen (BSK ZPO-STECK, Art. 236 N 16). Nachfolgend wird zum Zweck der Bejahung der Aktivlegitimation der Klägerin der wirksame Übergang der Ansprüche aus K-1 aufgezeigt.

II. Die Ansprüche sind qua Sicherungszession übergegangen

1. Auslegung des K-2

- 40 Im K-2 vereinbaren die Parteien ein Darlehen gem. Art. 312 ff. OR. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die zur Darlehenssicherung eingeräumte Sicherheit als Sicherungszession zu qualifizieren ist.
- 41 Eine Sicherungszession bezeichnet eine Abtretung, die gem. dem Willen der Parteien der Sicherung einer Hauptforderung zwischen Sicherungszedent und –zessionar dient (REETZ, N 25). Sicherungszessionen werden durch Abreden über den Eintritt des Verwertungsfalls und die Verpflichtung zur Rückzession der Forderung im Rückleistungsfall charakterisiert (CHK OR-REETZ/BURRI, Art. 164 N 16). Aus K-2 ergibt sich, dass die Klägerin im Fall eines Verzugs der PerAspera Pharma AG die Sicherheiten „ohne Weiteres selber geltend machen kann“. Damit treffen die Parteien eine Vereinbarung über den Eintritt des Verwertungsfalls und drücken e contrario ihren Willen aus, dass andernfalls eine Rückzession stattfinden muss.
- 42 „Sicherheit einräumen“ ist ein untechnischer Begriff, der der Auslegung bedarf (vgl. zur Auslegung N 7). Die unpräzise Begriffswahl verunmöglicht eine Bestimmung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien anhand des Wortlauts. In Bezug auf ihre Interessenlage lässt sich anführen, dass die Klägerin sich aufgrund ihrer Position als Verwaltungsrätin und Aktionärin sehr wohl bewusst war, dass sich die PerAspera Pharma AG in einer finanziellen Schieflage befand. Dieselbe Schlussfolgerung ergibt sich aus der Präambel des K-2. Aus ihrer Sicht konnte demzufolge lediglich eine Sicherungszession wünschenswert sein, weil ihr damit aufgrund der alleinigen Verfügungsbefugnis über die ihr gehörende Forderung die bestmögliche Sicherstellung gelingt. Diese Auslegung ist auch im Sinne der PerAspera Pharma AG, weil mit der Zession klare Rechtsbeziehungen geschaffen werden (vgl. BERGMAIER, S. 72). Bei einer Auslegung des Sicherungsgeschäfts als Forderungsverpfändung würde dem Jungunternehmen zwar die Verfügungsbefugnis über die Forderung verbleiben, allerdings wäre für gewisse Rechtsgeschäfte die Zustimmung der Klägerin vorausgesetzt (BERGMAIER, S. 75). Diese Einschränkung verkompliziert und bürokratisiert den Rechtsalltag für beide Parteien. Die Interessenlage lässt somit einen Rückschluss über den tatsächlichen Willen zu, wobei auch eine objektiviertere Auslegung zum Schluss kommt, dass eine Sicherungszession vorliegt.
- 43 Die Darlehensnehmerin muss sich nämlich im Klaren gewesen sein, dass bei einer derart hohen Darlehenssumme, hingegeben von einer Privatperson, die Sicherstellung des Betrags erste Priorität hat. Dies gelingt durch eine Sicherungszession am besten, weil ein vollständiger Rechtsübergang stattfindet. Demzufolge lässt auch eine Auslegung nach der Vertrauenstheo-

rie kein anderes Verständnis des Begriffs „Sicherheit einräumen“ zu als die vorgebrachte Auffassung als Sicherungszession.

44 Wegen ihrer Verbreitung in der Geschäftspraxis besteht zudem eine faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession (ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil, N 273).

2. Voraussetzungen einer Zession sind gegeben

a) Die Forderung ist abtretbar

45 Grds. sind Forderungen gem. Art. 164 Abs. 1 OR frei abtretbar, wobei dem eine Vereinbarung entgegenstehen kann. Im Rahmen einer Auslegung indizieren die nachfolgenden Argumente zunächst den tatsächlichen Willen, wonach Art. 13.5 des K-1 der Abtretbarkeit der Ansprüche nicht entgegensteht. Wenn dieser nicht rechtsgenügend festgestellt werden kann, kommt eine Auslegung nach Treu und Glauben aufgrund derselben Argumente zum gleichen Schluss (vgl. zur Auslegung N 7).

aa) Das Abtretungsverbot erfasst nach seinem Zweck die Abtretung nicht

46 Die Tragweite des Abtretungsverbots ergibt sich aus dem übereinstimmenden Parteiwillen. Regelmässig hat der Gläubiger ein Interesse, ihm zustehende Forderungen frei zedieren zu können (GIRSBERGER/HERMANN, S. 323). Wird ein Abtretungsverbot vereinbart, sind für dessen Auslegung damit lediglich die Interessen des Schuldners massgebend. Aufgrund dieser divergierenden Interessenlage geht der übereinstimmende Parteiwille höchstens soweit, wie es für die Zweckerreichung des Abtretungsverbots nötig ist.

47 Gem. Verfügung Nr. 3, N 7 sprach auf der Seite der Beklagten 1 eine klare und übersichtliche Vertragsabwicklung (einfache und rationelle Ausgestaltung von Abrechnungsverkehr und Buchhaltung) für die Vereinbarung des Abtretungsverbots. Einfache und rationelle Buchhaltung bedeutet heutzutage insb. automatisierte Buchhaltung. Diese eignet sich für periodische Zahlungen und die reguläre Vertragsabwicklung. Vorliegend handelt es sich aber weder um eine reguläre Vertragsabwicklung noch um eine periodische Zahlung, sondern um einen aus Vertragsverletzung resultierenden Schadenersatzanspruch. Es ist nicht einzusehen, wie eine Abtretung eines einmaligen Schadenersatzanspruchs eine einfache und rationelle Buchhaltung beeinträchtigt. Stellt sich nämlich heraus, dass die Beklagte 1 schadenersatzpflichtig wäre, wird sie diese Leistung ohnehin einzeln tätigen müssen, womit ein Schadenersatzanspruch nicht in eine einfache Buchhaltung eingebunden werden kann. Ob als Zahlungsempfänger dieser einmaligen Schadenersatzzahlung die Klägerin oder die PerAspera Pharma AG zu bezeichnen ist, ändert damit die Einfachheit und Rationalität der Buchhaltung nicht, weshalb die Abtretung des Schadenersatzanspruchs vom oben beschriebenen Zweck des Abtretungsverbots nicht erfasst wird.

48 Weiterhin will die Beklagte 1 nicht prüfen müssen, an wen sie mit schuldbeitreitender Wirkung leisten kann. Dabei gilt es zu betonen, dass der Schuldner bereits durch den allgemein geltenden Grundsatz, durch eine Abtretung nicht schlechter gestellt zu werden, genügend geschützt ist (vgl. MÜLLER-CHEN, S. 918 f.). Ergänzt wird dieser Schutz durch Art. 167 Abs. 1 OR, wonach der Schuldner bei fehlender Anzeige schuldbeitreitend an den ursprünglichen Gläubiger leisten kann. Ab erfolgter Anzeige wirkt sodann die Leistung an den Zessionar schuldbeitreitend (vgl. HUGUENIN, N 1386 ff.). Damit muss er in keinem Fall prüfen, an wen er mit schuldbeitreitender Wirkung leisten darf. Ohnehin ist dieser Zweck vor allem bei Massengeschäften von Bedeutung (vgl. GIRSBERGER/HERMANN, S. 322). Bei der Schadenersatzzahlung handelt es sich klarerweise aber nicht um ein Massengeschäft. Somit zeigt sich, dass dieser Zweck einer Abtretung der in Frage stehender Ansprüche nicht entgegensteht.

49 Dritter Zweck ist die Sicherstellung, dass für den Fall einer Insolvenz der PerAspera Pharma AG durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter die Produktion des Zuliefererbetriebes aufrechterhalten werden kann. Dieser Zweck steht der Abtretung nicht entgegen. Hätte die PerAspera Pharma AG nämlich in vertragsverletzender Weise den Zuliefererbetrieb nicht aufrechterhalten, wäre die Beklagte 1 gem. Art. 12 des K-1 durch die Garantie der PerAspera Holding AG vor allfälligem Schaden bewahrt geblieben. Weiter erfasst der Zweck nur Zahlungen, die gezielt getätigt werden können. „Gezielt“ zahlen bedeutet, dass dem Schuldner bez. Zeitpunkt und Höhe der Zahlung ein Spielraum verbleibt. Ein Schadenersatzanspruch ist sofort und vollständig zu leisten, weshalb kein Raum für gezielte Zahlungen verbleibt. Ohnehin dient das dieser Abtretung zugrunde liegende Darlehen dem von der Beklagten 1 gewünschten Zweck. Damit wird gerade versucht, den Zulieferungsbetrieb der PerAspera Pharma AG aufrechtzuerhalten. Zudem musste das Darlehen nur aufgenommen werden, weil eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten 1 zu Umsatzeinbussen führte. Daher wäre eine Berufung auf diesen Zweck rechtsmissbräuchlich.

bb) Eventualiter: Das Abtretungsverbot hat lediglich obligatorische Wirkung

50 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass die vorliegende Abtretung vom Abtretungsverbot erfasst wird, so kann sich die Beklagte 1 nicht gegenüber der Klägerin darauf berufen, da das Abtretungsverbot in Art. 13.5 des K-1 nur obligatorische Wirkung hat. In diesem Fall ist die Abtretung nicht unwirksam, sondern führt lediglich zu einem Schadenersatzanspruch zwischen den Vertragsparteien (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32a). Ob eine Vereinbarung über die Beschränkung der Abtretbarkeit obligatorische oder dingliche Wirkung zeitigt, entscheidet sich nach dem Parteiwillen. Wenn die Parteien die Abtretbarkeit mit dinglicher Wirkung ausschliessen können, muss ein nur obligatorisch wirkendes Abtretungs-

verbot erst recht zulässig sein. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Die dingliche Wirkung ist zudem nur dort anzunehmen, wo den Interessen des Schuldners nicht anders gedient werden kann. Der Vorteil dieser interessenorientierten Auslegung des Abtretungsverbots liegt darin, dass die Rechtsfolge nicht über das Mass hinausgeht, das zum Schutz des Schuldners erforderlich ist (vgl. zum Ganzen MÜLLER-CHEN, S. 917 ff.).

- 51 Die Interessen der Beklagten 1 sind in allen Fällen auch durch ein obligatorisches Abtretungsverbot gewahrt. Diese Interessen manifestieren sich in den Zwecken gem. Verfügung Nr. 3, N 7. Sollte durch eine Abtretung ein buchhalterischer Mehraufwand entstehen, eine Doppelzahlung veranlasst worden sein oder Verluste infolge fehlender Zulieferung auftreten, so sind diese Nachteile vollumfänglich mit Schadenersatz kompensierbar. Selbst wenn die PerAspera Pharma AG zahlungsunfähig werden sollte und deshalb einen Schadenersatz nicht begleichen könnte, besteht gem. Art. 12 des K-1 eine Garantie der PerAspera Holding AG für Vertragsverletzungen der Lieferantin.
- 52 Zu beachten ist, dass gerade in internationalen Sachverhalten restriktiv zu beurteilen ist, ob die Abtretbarkeit gem. Art. 164 Abs. 1 OR ausgeschlossen wurde (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 32). In der Schweiz tendiert die Lehre dazu, die in rechtsvergleichender Hinsicht extreme Position der grds. dinglichen Abtretungswirkung aufzugeben, was speziell im Entwurf OR 2020 und der darin vorgesehenen obligatorischen Wirkung zum Ausdruck kommt (vgl. OR 2020-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 12 f.).
- 53 Zudem zeigt die Formulierung der Klausel, dass die Parteien eine Abtretung nur in engen Grenzen, nämlich bei Vorliegen gewichtiger Gründe und einer Zustimmungsverweigerung ausschliessen wollten.
- 54 Unter diesen Umständen ist anzunehmen, dass der mutmassliche Parteiwille dem Abtretungsverbot rein obligatorische Wirkung zumessen wollte, da dies die Interessen beider Parteien am besten vereint und die einzig sachgemässe Lösung darstellt.
- cc) Eventualiter: Die Zustimmung zur Abtretung kann fingiert werden*
- 55 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass das Abtretungsverbot dingliche Wirkung zeitigt und jede Abtretung erfasst, so kann das Gericht aufgrund der folgenden Ausführungen von einer Zustimmung ausgehen.
- 56 Zunächst liegen keine gewichtigen Gründe vor, aufgrund derer man eine Zustimmung hätte verweigern dürfen. Für die Beklagte 1 können gewichtige Gründe nur vorliegen, wenn ein Zweck gem. Verfügung Nr. 3, N 7 tangiert wird. Dass die vorliegende Abtretung keinen dieser Zwecke berührt, wurde unter N 46 ff. aufgezeigt.

- 57 Zudem ist unerheblich, dass die Klägerin nicht um Zustimmung gefragt hat, da der Wortlaut von Art. 13.5 des K-1 sich darüber ausschweigt, wie die Partei von einer Abtretung erfährt. Vielmehr ergibt sich aus der Klausel eine Pflicht der Beklagten 1, wenn keine gewichtigen Gründe vorliegen, die Zustimmung zu erteilen, sobald sie Kenntnis von der Abtretung erhält. Weil die Beklagte 1 im Rahmen vorprozessualer Gespräche mit der Klägerin von der Abtretung erfahren hat (Verfügung Nr. 3, N 9), hätte sie zu diesem Zeitpunkt ihre Zustimmung erteilen müssen.
- 58 Aus dem Umstand, dass die Beklagte 1 nicht um Zustimmung gefragt worden ist, ist ihr ohnehin kein Nachteil erwachsen. Denn mangels gewichtiger Gründe hätte die Abtretung mit oder ohne Fragen um Zustimmung stattgefunden, womit die Situation der Beklagten 1 im Ergebnis dieselbe ist. Dass die Beklagte 1 dennoch das Fehlen der Zustimmung beanstandet, ist ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten, welches keinen Rechtsschutz verdient.
- 59 In Art. 13.5 des K-1 wird überdies nicht gefordert, dass die Zustimmung vorgängig zur Abtretung erfolgt. Allein der verwendete Begriff „Zustimmung“ enthält keine Aussage darüber, wann diese Willenserklärung erfolgen muss. Vielmehr ist dieser Ausdruck ein Oberbegriff, der sowohl die vorgängige (Einwilligung) als auch die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) umfasst (WEBER, S. 1540; METZGER, S. 710). Die Beklagte 1 wäre somit bei Kenntnisnahme von der Abtretung nach wie vor verpflichtet gewesen, die Zustimmung zu erteilen, da keine gewichtigen Gründe vorlagen. Damit hat sie ihre Zustimmungspflicht verletzt, welcher sie nun nachzukommen hat. Falls die Beklagte 1 wegen fehlender Kooperationsbereitschaft dieser Pflicht nicht von selbst nachkommen wird, muss das Gericht die Zustimmung fingieren.
- 60 Zu beachten gilt, dass das Bundesgericht für die Genehmigung einer Abtretung Art. 38 Abs. 1 OR analog anwendet (BGer 4C.147/2000 E. 2a aa). Demnach gilt eine nachträgliche Zustimmung rückwirkend (BGer 4A_107/2010 E. 2.3).
- 61 Damit ist gezeigt, dass das Abtretungsverbot im vorliegenden Fall der Abtretung nicht entgegensteht und somit die Abtretbarkeit der geltend gemachten Ansprüche gegeben ist.
- b) Die weiteren Voraussetzungen der Zession sind erfüllt
- 62 Mögliche Abtretungsobjekte sind Forderungen (HUGUENIN, N 1351). Eine Forderung bezeichnet das Recht der Gläubigerin, die Leistung vom Schuldner zu verlangen (HUGUENIN, N 26). Die Ansprüche der PerAspera Pharma AG sind unbestrittenerweise Forderungen.
- 63 Der Sicherungszedent muss über die Forderung Verfügungsmacht haben (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 17). Diese steht grds. dem Gläubiger zu (KOLLER, § 84 N 15). Die PerAspera Pharma AG ist als Partei des K-1 Gläubigerin der daraus gegen die Beklagte 1 erwachsenden Ansprüche und folglich verfügungsbefugt.

- 64 Aus K-2 geht hervor, dass die Darlehensgeberin sich alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der PerAspera Pharma AG gegenüber ihren Distributoren abtreten lässt. Die Abtretung einer unbestimmten Vielzahl von Forderungen wird als Globalzession bezeichnet (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 40). Gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Globalzession künftiger Forderungen zulässig, sofern diese im Zeitpunkt der Entstehung wenigstens bestimmbar sind (BGE 113 II 163 E. 2). Bestimmbarkeit liegt vor, wenn sich aus Inhalt, Rechtsgrund und Person des Schuldners ergibt, dass die entstandene Forderung von der Abtretung erfasst wird (REETZ, N 531). Die Abtretungserklärung muss dabei bereits alle Elemente aufweisen, die diese Zuordnung im Moment des Entstehens ermöglichen (BGE 135 V 2 E. 6.1.2). In K-2 räumt die PerAspera Pharma AG der Klägerin „ihre bestehenden und zukünftigen Ansprüche gegen alle ihre Distributoren unter den bestehenden und zukünftigen Vertriebsverträgen für Dyalgonin®“ als Sicherheit ein. Die Abtretung bezieht sich also auf Ansprüche aus den Vertriebsverträgen für Dyalgonin®, die Schuldner dieser Forderungen sind die Distributoren und der Rechtsgrund ist in den Vertriebsverträgen selbst zu sehen. Damit liegt Bestimmbarkeit bez. der zukünftigen Forderungen vor.
- 65 Das Verfügungsgeschäft innerhalb einer Zession bedarf der einfachen Schriftlichkeit (Art. 165 Abs. 2 OR e contrario). K-2 ist ein schriftlicher Vertrag und ist von allen Beteiligten unterzeichnet worden, womit er den Anforderungen von Art. 13 OR genügt.

III. Eventualiter: Die Ansprüche sind qua Forderungsverpfändung übergegangen

- 66 Wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass keine Sicherungszession vorliegt, liegen die Voraussetzungen für eine Forderungsverpfändung vor, wie nachfolgend aufgezeigt wird.
- 67 Die PerAspera Pharma AG muss als Verpfänderin verfügungsbefugt sein (CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 900 ZGB N 6), was vorliegend klar gegeben ist (vgl. N 63).
- 68 Gegenstand eines Pfandrechts kann jeweils nur ein einzelnes Recht im Sinne des Spezialitätsprinzips sein (ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art. 889 N 10). Dabei richtet sich jedoch die Bestimmbarkeit des einzelnen Rechts nach der Rechtsprechung zur Zession (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 19) und ist vorliegend zu bejahen (vgl. N 64). Zulässig ist auch die Errichtung eines Pfandrechts an mehreren Rechten zur Sicherung einer einzigen Forderung (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 19). Aufgrund der Verpfändung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus Dyalgonin®-Vertriebsverträgen haben die Parteien in K-2 ein solches Gesamtpfand vereinbart.
- 69 Pfandrechte an Forderungen müssen des Weiteren übertragbar sein (Art. 899 Abs. 1 ZGB). Die Übertragbarkeit richtet sich nach Art. 164 ff. OR, insb. kann ihr auch ein vertragliches

Abtretungsverbot entgegenstehen (BSK ZGB II-BAUER, Art. 899 N 21, 29). Art. 13.5 des K-1 steht der Übertragbarkeit nicht entgegen (vgl. N 45 ff.).

70 Die Parteien müssen zudem einen schriftlichen Pfandvertrag abfassen (Art. 900 Abs. 1 ZGB). Ein Schuldschein existiert nicht und muss somit auch nicht übergeben werden, weil mit K-1 lediglich ein synallagmatischer Vertrag vorliegt und ein solcher keinen Schuldschein darstellt (ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art 900 N 32). Selbst wenn K-1 einen Schuldschein darstellen würde, ist dieser nach der Hingabe des Darlehens und somit zu einem zulässigen Zeitpunkt übergeben worden (vgl. ZK ZGB-OFTINGER/BÄR, Art 900 N 47). K-2 entspricht den Anforderungen an die Form gem. Art. 11 ff. OR.

71 Eine Einziehung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung kann vereinbart werden (BERGMAIER, S. 76). Die von den Parteien getroffene Abrede, dass die Klägerin die Forderung „ohne Weiteres selbst geltend machen kann“, ist bei einer Forderungsverpfändung also zulässig.

IV. Eventualiter: Die Ansprüche sind qua Einziehungsvollmacht übergegangen

72 Wenn weder eine Sicherungszession noch eine Forderungsverpfändung vorliegt, ist wenigstens eine Einziehungsvollmacht gegeben (ZK OR-SPIRIG, Vorbemerkungen, N 234; BERGMAIER, S. 155). Diese Umdeutung ergibt sich daraus, dass der Wille beider Vertragsparteien aus K-2 in Richtung einer Erhaltung des Sicherungsgeschäfts auszulegen ist.

V. Fazit

73 Damit ist gezeigt, dass die Ansprüche aus K-1 qua Sicherungszession, eventualiter qua Forderungsverpfändung an die Klägerin übergegangen sind, womit ihre Aktivlegitimation begründet wurde. Ansonsten liegt eine Aktivlegitimation aufgrund einer Einziehungsvollmacht vor.

D. Auskunftsrecht

74 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass zwischen den Parteien des Distributionsvertrags sowohl vertragliche wie auch gesetzliche Informationspflichten bestehen, die die Beklagte 1 zu einer Aufklärung über die tatsächliche Ursache des Verkaufseinbruchs von Dyalgonin® verpflichtet hätten, was gegenüber der Klägerin nun nachzuholen ist.

I. K-1 ist als AVV zu qualifizieren

75 In Art. 1.1 des K-1 ernennt die PerAspera Pharma AG die Beklagte 1 zur Exklusivhändlerin für Dyalgonin® in den USA und verpflichtet sich in Art. 1.2 zur Belieferung der Conquest Distribution Ltd. mit der von dieser bestellten Menge Dyalgonin®. Die Beklagte hingegen verpflichtet sich zur Bezahlung der Medikamente (vgl. Art. 3.2) sowie zur Bewerbung des

Produkts und Förderung seines Absatzes. Damit vereinbaren die Parteien einen AVV. Dieser ist als Innominatvertrag sui generis zu qualifizieren, welcher die Rahmenbedingungen eines Dauerschuldverhältnisses zweier Parteien festlegt (vgl. HUGUENIN, N 3843 f.).

II. Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch auf Auskunft

- 76 Wie oben aufgezeigt wurde, sind die vertraglichen Ansprüche auf die Klägerin übergegangen, weshalb ihr allfällige vertragliche Auskunftsrechte zustehen. Im Folgenden wird durch Auslegung des K-1 aufgezeigt, dass dessen Art. 5.2 Auskunftspflichten gem. erstem Rechtsbegehren umfasst. Dafür sprechen der Wortlaut, der Zweck sowie die Systematik der Vereinbarung, wobei diese als Indizien für den tatsächlichen Willen anzusehen sind, und falls dieser nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann, einen Rückschluss auf den mutmasslichen Parteiwillen ermöglichen (vgl. zur Auslegung N 7).
- 77 Gem. Wortlaut des Art. 5.2 ii) verpflichtet sich die Distributorin zur Unterbreitung aller Dokumente an ihre Lieferantin, die sie für eine US-Behörde vorbereitet. Bei einem Vergleich über 25 Mio. USD legt die allgemeine Lebenserfahrung nahe, dass langwierige Verhandlungen über dessen Einzelheiten stattfanden. Der Wortlaut der Klausel kann nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden, als dass er die im Rahmen der Verhandlungen gewiss entstandenen Dokumente klarerweise erfasst. Damit sind sie der Klägerin auszuhändigen.
- 78 Weiter legt dieselbe Klausel fest, dass die Lieferantin in regulatorische Entscheidungsprozesse eingebunden wird. Aus der Medienmitteilung des DOJ geht hervor, dass der Beklagten 1 die Verletzung von Anti-Kickback Statutes, des False Claims Acts sowie die Übermittlung unrichtiger ASP vorgeworfen werden. Um den Vorwurf der Verletzung dieser regulatorischen Anforderungen abzuwenden, entschied sich die Beklagte 1, einen Vergleich mit dem DOJ abzuschliessen. Da dies einen regulatorischen Entscheidungsprozess darstellt, hätte die PerAspera Pharma AG eingebunden werden müssen. Erst recht hätte sie Auskunft über den anstehenden Vergleich und die damit zusammenhängenden regulatorischen Problemstellungen erteilen müssen.
- 79 Gem. Wortlaut des Art. 5.2 iii) muss die Beklagte 1 der Lieferantin die gesamte Kommunikation mit einer US-Behörde betreffend Dyalgonin® übermitteln. Lebensnahe ist davon auszugehen, dass das DOJ bereits geraume Zeit vor dem Vergleich im Rahmen der seit 2012 laufenden, klarerweise Dyalgonin® betreffenden Untersuchung mit der Beklagten in Kontakt getreten ist. Spätestens ist dies während den Verhandlungen über den Vergleich geschehen. Art. 5.2 iii) kann nach dem Vertrauensprinzip nicht anders verstanden werden, als dass die Beklagte 1 die geforderte Auskunftspflicht trifft. Dieser ist sie nicht nachgekommen, weil sie

die PerAspera Pharma AG nie über die laufenden Untersuchungen informiert hat, was gegenüber der Klägerin nun nachzuholen ist.

- 80 Anhand des Zwecks ist zu prüfen, ob der Wortlaut einer Vereinbarung zu einer angemessenen Lösung führt und ob die Klausel einengend oder ausdehnend auszulegen ist (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 416).
- 81 Ein AVV bezweckt eine Absatzförderung sowie eine effiziente Ausgestaltung der Vertriebsorganisation, welche bis zu einer „Quasi-Filialisierung“ reichen kann (MEYER, Handbuch, S. 10 f.). Der Distributor bestimmt mit seinem Verhalten den gesamten Vertriebs Erfolg des Produkts auf seinem Markt. Folglich hat der Lieferant ein starkes Interesse daran, umfassende Informationen über den Vertrieb zu erhalten, um seine Vertriebsstrategie festlegen und die Umsatzentwicklungen nachvollziehen zu können. Ein Informationsbedürfnis hat auch die Distributorin, um ihren Vertrieb verbessern zu können. Damit wird ein starkes beidseitiges Abhängigkeitsverhältnis begründet. Ausfluss dieser Abhängigkeit ist eine gegenseitige Interessenwahrungspflicht (MEYER, S. 421). Konsequenz dieser Pflicht ist, dass „im AVV immer eine weitestgehende gegenseitige Informationspflicht zwischen Lieferant und Abnehmer“ besteht, „bezogen auf alles, was den zu vertreibenden Gegenstand anbelangt und den vertraglich zu bearbeitenden Markt betrifft“ (MEYER, S. 422 f.).
- 82 Der Wortlaut ist massgebend, sofern andere Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben (CHK OR-KUT, Art. 18 N 14). Nicht nur erlaubt der oben aufgezeigte Zweck des AVV keinen anderen Schluss, sondern dieser bestärkt das Auslegungsergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut. Damit kann auch aufgrund des Zwecks nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass mit dem Vertrag weitestgehende Informationspflichten vereinbart werden wollten. Dieser Zweck impliziert, dass der Wortlaut von Art. 5.2 ausdehnend auszulegen ist. Folglich ist dasjenige Verständnis der Klausel zu schützen, das eine weitestgehende Informationspflicht vorsieht.
- 83 Auch systematisch ist aus zahlreichen vereinbarten Klauseln (u.a. 4.1 iii) und 5.1 iii)) ersichtlich, dass die Parteien eine umfassende gegenseitige Informationspflicht verwirklichen wollten. Im K-4 wurde diese transparente Kommunikationsphilosophie weitergeführt (insb. Art. 4.6). Diese Regelungsdichte veranschaulicht die Bedeutung der gegenseitigen Information.
- 84 Es bleibt festzuhalten, dass der Wortlaut, der Zweck und die Systematik des Vertrags ein Auskunftsrecht gem. dem ersten Rechtsbegehren begründen.

III. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf Auskunft

- 85 Unabhängig von vertraglichen Auskunftspflichten aus Art. 5.2 des K-1 bestehen nicht abdingbare gesetzliche Auskunftspflichten. Nebst Vertrag können sich Auskunftspflichten auch

aus besonderer gesetzlicher Vorschrift ergeben oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist (BGE 116 II 431 E. 3a).

1. Aus Art. 2 ZGB ergibt sich eine Auskunftspflicht

- 86 Art. 2 ZGB hält fest, dass jedermann sich nach Treu und Glauben zu verhalten hat. In Bezug auf die Redlichkeit der Vertragsparteien ist diese Norm zwingend und nicht abdingbar (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 3).
- 87 Unmittelbar aus der auf Treu und Glauben gestützten Verpflichtung zu loyalem Verhalten werden zahlreiche Nebenpflichten eines Vertrages abgeleitet, worunter Aufklärungs- und Informationspflichten der Parteien fallen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16).
- 88 Ob solche Aufklärungspflichten bestehen, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls oder fallgruppenweise zu bestimmen (HUGUENIN, N 539). Dabei sind insb. die Rechtsnatur des Vertrages zu berücksichtigen sowie die Stellung der Parteien (SCHWENZER, N 38.06).
- 89 Kennzeichnend für die Rechtsnatur eines AVV ist das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses (HUGUENIN, N 3843). Das Bestehen eines Dauerschuldverhältnisses ist ein massgebendes Kriterium dafür, ob eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben geboten ist (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132). K-1 begründet ein Dauerschuldverhältnis, dessen Bindung durch eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren und eine eineinhalbjährige Kündigungsfrist verstärkt wird (vgl. Art. 13.3.1 des K-1).
- 90 Ein besonderes Vertrauensverhältnis ist ein weiteres Indiz für eine Aufklärungspflicht (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132). Indem die PerAspera Pharma AG über eine lange Zeitperiode hinweg ihren wichtigsten Absatzmarkt vollständig in die Hände der Beklagten 1 legt, wird ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet.
- 91 Wenn zwischen den Parteien eines Vertrages eine Informationsasymmetrie besteht, können sich weitergehende Auskunftspflichten rechtfertigen (HUGUENIN, N 538). Es besteht eine solche Informationsasymmetrie zwischen den Parteien eines AVV, da einzig die Distributorin über die relevanten Informationen zum Produktvertrieb im betreffenden Markt verfügt.
- 92 Je wichtiger die Informationen für eine Partei sind, desto umfassendere Auskunftspflichten bestehen (HUGUENIN, N 538). Die Beklagte 1 muss sich bewusst gewesen sein, dass die USA als weltweit wichtigster Pharmamarkt für die PerAspera Pharma AG zentral waren. Daraus ergibt sich die Pflicht, jegliche Informationen mitzuteilen, die im Hinblick auf unternehmerische Entscheidungen relevant sein könnten. Insb. trifft dies zu, wenn der Vorwurf der Verletzung regulatorischer Anforderungen dazu führen könnte, dass der Umsatz stark einbricht und demzufolge Gegenmassnahmen ergriffen werden müssten.

- 93 Zusätzlich wird in Art. 5.2 ii) des K-1 ersichtlich, dass die PerAspera Pharma AG eine Einbindung in regulatorische Entscheidungsprozesse ausdrücklich gewünscht hat. Daraus muss die Beklagte 1 ableiten, dass Informationen bez. Behördenkontakt für die Gegenpartei wichtig sind. Unter diesen Umständen war die Beklagte 1 als loyale Vertragspartnerin nach Art. 2 ZGB verpflichtet, derartige Informationen zu übermitteln. Dies gilt umso mehr, als die PerAspera Pharma AG sich die Informationen nicht selbst beschaffen konnte, weil diese ausschliesslich im Machtbereich der Beklagten 1 lagen.
- 94 Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Beklagte 1 aus den oben genannten Argumenten keine Informationen herauszugeben hat, so ist sie nach Treu und Glauben dennoch zur wahrheitsgemässen Beantwortung von Informationsanfragen verpflichtet (SCHWENZER, N 38.06). Die Conquest Distribution Ltd. antwortete auf Anfrage der Klägerin unrichtigerweise, dass der Umsatzeinbruch auf „allgemeine Marktumstände“ zurückzuführen sei. Die Beklagte 1 muss sich sehr wohl bewusst gewesen sein, dass der Verkaufseinbruch von Dyalgonin® mit der Untersuchung des DOJ zusammenhängt. Ansonsten liegt die Falschinformation in der Aussage, es seien allgemeine Marktumstände verantwortlich, wenn die Beklagte 1 in Wahrheit keine Kenntnis über die Ursache hatte. In jedem Fall hat die Beklagte 1 eine Pflicht, auf Anfragen wahrheitsgemäss zu antworten.
- 95 Die aufgeführten Argumente zeigen auf, dass die Klägerin einen Anspruch aus Art. 2 ZGB auf die geltend gemachten Auskünfte hat.

2. Aus Art. 418c, 418f und 400 OR ergeben sich weitere Auskunftspflichten

- 96 Der Grundsatz gem. Art. 418f OR, wonach der Lieferant dem Abnehmer alle Informationen zur Verfügung stellen muss, hat im gesamten Absatzmittlerrecht Geltung. Um der im AVV geltenden Interessenwahrungspflicht gerecht zu werden, muss die Informationspflicht der Parteien gegenseitig sein (vgl. zum Ganzen MEYER, Handbuch, S. 339). Demzufolge hat die Klägerin aus Art. 418f OR einen Anspruch auf Auskunft.
- 97 Weiter rechtfertigt sich die Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen des Agenturrechts auf den AVV, wenn die Interessen der Parteien vergleichbar sind (vgl. BGE 134 III 497 E. 4.3). Art. 418c Abs. 1 OR sieht eine Sorgfalts- und Treuepflicht der Parteien vor (BSK OR I-WETTENSCHWILER, Art. 418c N 1 ff.). Darin enthalten ist die Informationspflicht des Agenten gegenüber seinem Auftraggeber (ZK OR-BÜHLER, Art. 418c N 13). Sowohl der Auftraggeber eines Agenturvertrags wie auch der Lieferant im Falle eines AVV haben gleichermassen ein Interesse an Informationen über die Geschäftsvorgänge ihrer Vertragspartner. Daher ist es sachgerecht, Art. 418c Abs. 1 OR analog auf den AVV anzuwenden.

98 Der AVV ist im Allgemeinen den Regeln über den Auftrag zu unterstellen (BGE 60 II 335 S. 336). Art. 400 OR sieht eine Rechenschaftsablegungspflicht des Beauftragten vor bez. allem, was für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann (BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 4). Die geforderten Informationen wären für die PerAspera Pharma AG wie mehrfach gezeigt von grosser Bedeutung für die Vertriebsgestaltung gewesen, weshalb sie jetzt der Klägerin herauszugeben sind.

IV. Auf die Auskunft wurde nicht verzichtet

99 Die Ansicht der Gegenpartei, die PerAspera Pharma AG habe auf die Auskunftsansprüche verzichtet, entbehrt jeglicher Grundlage. Die PerAspera Pharma AG hat weder ausdrücklich noch stillschweigend auf Auskunft verzichtet. Im Gegenteil wurde sowohl im Rahmen der Verhandlungen über die Beendigungsvereinbarung wie auch infolge der Veröffentlichung der Medienmitteilung des DOJ um Auskunft ersucht (Einleitungsanzeige, N 9 ff.). Ohnehin dürfte gem. Art. 13.4 des K-1 eine ausbleibende Durchsetzung nicht als Verzicht auf solche Ansprüche verstanden werden.

V. Eventualiter: Durch Vertragsergänzung ergibt sich ein Auskunftsrecht

100 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass weder Vertrag noch Gesetz ein Auskunftsrecht vorsehen, besteht bez. eines solchen Rechts eine Lücke. Diese wäre durch das Gericht anhand des hypothetischen Parteiwillens zu schliessen, indem es eine Regelung trafe, welche die Parteien nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie sich der Regelungslücke bewusst gewesen wären (HUGUENIN, N 306). Wären sich die Parteien der Lücke im K-1 bewusst gewesen, hätten sie gem. dem oben gezeigten Wesen und Zweck des Vertrages als redliche Vertragspartner ein weitestgehendes und damit die im Rechtsbegehren bezeichneten Informationen umfassendes Auskunftsrecht vereinbart.

VI. Fazit

101 Damit ist gezeigt, dass der Klägerin Auskunftsrechte gem. erstem Rechtsbegehren aus Art. 5.2 des K-1, Art. 2 ZGB, Art. 418c OR, Art. 418f OR sowie Art. 400 OR zustehen.

Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren

102 Aufgrund der erwähnten Gründe ersuchen wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1