

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH
Industriestrasse 132
67657 Kaiserslautern
Deutschland

Vertreten durch das Moot Court Team 2
Barbora Castell
Angela Giger
Andrea Schneebeil
Ivana Toljan

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 19.04.2010

KLAGEANTWORT

Fall Nr. Moot Court 2313-2009

in Sachen

Walter Hagmann

Kläger

Vertreten durch das Moot Court Team 3

gegen

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH

Beklagte

Vertreten durch das Moot Court Team 2

betreffend

Forderung von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 08.02.2009

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Y. und sehr geehrte Herren Dr. X. und Dr. Y.
Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

- “1. *Es sei festzustellen, dass die vorgenommene Änderung der Parteibezeichnung von „Konsortium Lanzelot“ zu „Walter Hagmann“ einen unzulässigen Parteiwechsel darstelle und deshalb vom Schiedsgericht nicht an die Hand zu nehmen sei.*
2. *Es sei festzustellen, dass das Schiedsgericht für die klägerischen Ansprüche nicht zuständig und auf die Klage nicht einzutreten sei. Eventualiter sei die Klage abzuweisen, da der Kläger nicht aktivlegitimiert sei.*
3. *Der Vertrag sei seitens der Beklagten nicht verletzt worden.*
4. *Die Beklagte sei nicht zu verpflichten, dem Kläger CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 08.02.2009 zu bezahlen. Eventualiter sei der Kläger widerklageweise dazu zu verpflichten, der Beklagten die bereits geleisteten Raten in Gesamthöhe von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% zurückzuerstatten.*
5. *Es sei festzustellen, dass die Verrechnungsforderung der Beklagten begründet und der Kläger ein Solidarschuldner der Verrechnungsforderung sei.*
6. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.“*

Inhaltsverzeichnis

I.	Literaturverzeichnis	V
II.	Entscheidverzeichnis	VII
1.	Anwendbares Recht	1
2.	Die Änderung der Parteibezeichnung ist nicht zulässig.....	1
3.	Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht gegeben	2
4.	Der Kläger ist nicht aktivlegitimiert	4
	4.1. Einfache Gesellschaft	4
	4.1.1. Gemeinsame Zweckverfolgung	4
	4.1.1.1. Kein partiarisches Rechtsgeschäft.....	5
	4.1.1.2. Kein Geschäftsbesorgungsvertrag.....	6
	4.1.2. Weitere Merkmale der einfachen Gesellschaft.....	7
	4.2. Keine Akkreszenz.....	7
5.	Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte	9
	5.1. Vertragsqualifikation.....	9
	5.2. Keine Verletzung der Loyalitäts- bzw. Treuepflicht	9
	5.3. Keine Verletzung der Vertragsdauer	10
	5.3.1. Vorliegen eines Werkmangels	10
	5.3.2. Fristgerechte Erhebung der Mängelrüge	11
	5.3.3. Kein Ausschluss der Sachgewährleistung	12
	5.3.4. Keine Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche.....	13
	5.3.5. Fazit zur Sachgewährleistung	13
	5.4. Keine Verletzung der Mitwirkungspflicht	13
	5.5. Keine Verletzung der Zahlungspflicht (dritte Rate)	14
	5.6. Fazit.....	14

6. Kein Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000.00 nebst Zinsen zu 5%.....	14
6.1. Kein Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung.....	14
6.2. Kein Anspruch auf Schadloshaltung	15
6.3. Kein Schuldnerverzug.....	15
6.4. Kein Gläubigerverzug.....	15
7. Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist begründet.....	15
7.1. Bestand der Verrechnungsforderung	15
7.1.1. Anspruch aus Sachgewährleistung	15
7.1.2. Eventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.....	17
7.2. Bestand der Hauptforderung.....	18
7.3. Fazit.....	18
8. Der Kläger ist Schuldner der Verrechnungsforderung	19

I. Literaturverzeichnis

AMSTUZ MARC/BREITSCHMIED PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. in N 41: CHKOR-BEARBEITER)

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. in N 7, 11: BERGER/KELLERHALS)

FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband, Bern 2006 (zit. in N 3, 78: BKOR-FELLMANN/MÜLLER)

FRANK RICHARD/STÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Zürich 2000 (zit. in N 3, 15: FRANK/STÄULI/MESSMER)

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1996 (zit. in N 63: GAUCH)

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. in N 40, 46, 47: GUHL)

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (zit. in N 3, 15: GULDENER)

HABSCHEID WALTHER JAKOB, Zum Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit in Schweizer Beiträgen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1984 (zit. in N 15: HABSCHEID)

HIRSCH ALAIN, La société simple et les tiers, in Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, herausgegeben von der rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg Schweiz 1977 (zit. in N 79: HIRSCH)

HOCH M. PATRICK, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss., Zürich 2001 (zit. in N 18: HOCH)

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Ergänzte und verbesserte Auflage, Bern 2006 (zit. in N 44, 60, 61, 63, 64: HONSELL)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. in N 40, 42, 43, 44, 49, 60, 61, 62, 64, 68, 69, 76: BSK OR I-BEARBEITER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008 (zit. in N 3, 10, 12, 79, 80: BSK OR II-BEARBEITER)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. in N 10, 40, 74: HUGUENIN, OR AT)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. überarbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. in N 35, 44, 46, 47, 60, 61: HUGUENIN, OR BT)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. vollständig neu bearbeitete Auflage, Bern 2007 (zit. in N 16, 18, 21, 22, 25, 26: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)

TSANTINIS SPYROS, Aktivlegitimationen und Prozessführungsbefugnisse von Individuen und Organisationen im UWG-Prozessrecht, Reihe II, Frankfurt am Main 1995 (zit. in N 15: TSANTINIS)

WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. in N 5: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER)

ZIMMERMANN PETER, Der Geist-Werkvertrag, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1984 (zit. in N 61: ZIMMERMANN)

II. Entscheidverzeichnis

BGE 70 II 215	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1944 zit. in N 62
BGE 98 II 118	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. April 1972 zit. in N 49
BGE 105 II 90	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. März 1979 zit. in N 63
BGE 107 II 172	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1981 zit. in N 44
BGE 114 II 152	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 1988 zit. in N 61
BGE 116 II 454	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. September 1990 zit. in N 62
BGE 118 Ia 129	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. April 1992 zit. in N 5 f.

BGE 119 Ia 342	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Kassationshofes vom 27. September 1993 zit. in N 13
BGE 126 III 388	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juli 2000 zit. in N 62
BGE 128 III 50	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Oktober 2001 zit. in N 13
BGE 131 I 57	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 2004 zit. in N 5
BGer 4C.279/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Mai 2005 zit. in N 69
BGer 4C.130/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Mai 2007 zit. in N 44

1. Anwendbares Recht

- 1 Bezüglich dem anwendbaren Recht stimmen wir dem Kläger vollumfänglich zu (KS N 1).

2. Die Änderung der Parteibezeichnung ist nicht zulässig

- 2 Der Kläger sieht in der Änderung der Parteibezeichnung keinen Parteiwechsel, sondern lediglich eine Berichtigung der Parteibezeichnung (KS N 4), da er seines Erachtens von Anfang an aktivlegitimiert war (KS N 19).
- 3 Die klägerische Seite verkennt jedoch, dass sich die drei Konsorten zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen haben und somit eine Gesamthandschaft bilden, durch welche sie nur als notwendige Streitgenossenschaft prozessual aktiv werden können (KA N 15, 27). Wir stimmen dem Kläger zu, dass in der Prozessführung eine ausserordentliche Geschäftsführungsmassnahme zu erachten ist, welche der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 87). Diese Zustimmung wurde weder bei der Einleitung des Schiedsverfahrens erteilt, noch wurde nachträglich die Vertretungshandlung durch den Kläger von beiden Konsorten genehmigt, da nur die Hydrex AG dem Kläger eine Prozessvollmacht erteilte (K-22, KS N 4). Zudem haben die Konsorten ihre Anteile an der Forderung nicht an den Kläger abgetreten. Folglich war der Kläger zu keinem Zeitpunkt aktivlegitimiert und konnte demzufolge nie alleine als Partei auftreten (KA N 15). Der Parteiwechsel ist somit schon aufgrund der fehlenden Zustimmung auf der bisherigen Klägerseite unzulässig, da ihm nicht alle notwendigen Streitgenossen zugestimmt haben (GULDENER, 237; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 49 N 21).
- 4 Des Weiteren ist der Begründung des Klägers, wobei dem Kläger bei Annahme einer einfachen Gesellschaft die alleinige Parteistellung angewachsen wäre (KS N 5), entgegenzuhalten, dass auf den vorliegenden Fall die Akkreszenz keine Anwendung findet (KA N 30).
- 5 Entgegen der Annahme des Klägers liegt u.E. nicht lediglich eine Berichtigung der Parteibezeichnung (KS N 4), sondern ein Parteiwechsel vor, da während dem laufenden Verfahren die Gesamthandschaft durch den Kläger ersetzt wird (BGE 131 I 57 E. 2.1). Der Kläger ist als Dritter zu betrachten, da keine subjektive Identität mit der Gesamthandschaft vorliegt (BGE 118 Ia 129 E. 2a), denn als nur ein Teil der richtigen Partei ist er die falsche bzw. eine andere Partei (WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 N 24).

- 6 Der schlichte Parteiwechsel bedürfte der Zustimmung der Beklagten, wenn ihr daraus ein Nachteil entstehen würde (BGE 118 Ia 129 E. 2b). I.c. wäre die Gesamthandschaft aktivlegitimiert, der Kläger alleine jedoch nicht, da ihm das angeklagte subjektive Recht nicht zuzuordnen ist (KA N 15). Demzufolge entsteht der Beklagten kein Nachteil, da die aktivlegitimierte Gesamthandschaft durch einen nichtaktivlegitimierten Kläger ersetzt wird. Folglich bedarf der Parteiwechsel keiner Zustimmung seitens der Beklagten. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass ein unzulässiger Parteiwechsel stattgefunden hat, da der Kläger weder die Anteile der Forderung durch Abtretung noch eine Zustimmung zur Vertretung der Gesamthandschaft erhielt.
- 7 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten von einem zulässigen Parteiwechsel ausgehen, ersucht es die Beklagte, die Klage aufgrund mangelnder Aktivlegitimation und aus prozessökonomischen Gründen vorweg abzuweisen (KA N 34). Sollte das Schiedsgericht zudem von einer begründeten Aktivlegitimation des Klägers ausgehen, beruft sich die Beklagte subeventualiter auf die Fixationswirkung, da die Fixierung der Parteien in einem Schiedsverfahren nicht ohne weiteres ausgeschlossen wird (BERGER/KELLERHALS, 329). In diesem Falle müsste der Beklagten zwingend die notwendige Streitgenossenschaft gegenüber stehen.
- 8 Bezüglich der rechtshängig gemachten Klage stimmen wir der Gegenpartei zu, dass die Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Einleitungsanzeige vom 03.08.2009 zurückbezogen wird (KS N 6; Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 SchO).
- 9 Fazit: I.c. liegt nicht lediglich eine Änderung der Parteibezeichnung, sondern ein unzulässiger Parteiwechsel vor, weshalb die Klage vom Schiedsgericht nicht an die Hand zu nehmen sei.

3. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht gegeben

- 10 Wir stimmen dem Kläger zu, dass es dem Konsortium an Rechtsfähigkeit mangelt (KS N 8). Auch unserer Ansicht nach wurden alle Konsortialmitglieder, einschliesslich des Klägers, durch direkte Stellvertretung an der Schiedsklausel beteiligt (Art. 543 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 32 ff. OR analog; BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 543 N 6). Die Tatsache, dass unter Ziff. 5.5 des Konsortialvertrages (K-1) ausdrücklich die Unterschrift aller Konsorten für den Vertragsabschluss K-2 erforderlich ist, ändert nichts am gültigen Zustandekommen der Schiedsklausel, da sie stillschweigend genehmigt wurde (KS N 8; Art. 6 OR; HUGUENIN, OR AT, N 1020 f.). Demzufolge ist die Schiedsklausel gemäss Art. 177 f. IPRG gültig zustande gekommen.

- 11 Entgegen dem klägerischen Vorbringen (KS N 9) ist unserer Ansicht nach der Alleingang des Klägers nicht durch den subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel gedeckt, da es ihm an der subjektiven Schiedsfähigkeit mangelt. Anders als vor staatlichen Gerichten gilt im Schiedsverfahren nämlich eine erweiterte Funktion der Parteifähigkeit. Der Kläger müsste deshalb nicht nur rechtsfähig, sondern auch rechtsgültig Partei der Schiedsklausel geworden sein (BERGER/KELLERHALS, N 331 f.).
- 12 Die Rechtsfähigkeit des Klägers ist unbestritten zu bejahen (Art. 11 Abs. 1 ZGB), jedoch wurde er nicht rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung. Da die klägerische Seite das Konsortium nicht als einfache Gesellschaft qualifiziert (KS N 16), verkennt sie, dass die Schiedsklausel (K-2, Ziff. 11) zwischen der Beklagten und der *Gesamthand* der einzelnen Konsorten entstand (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR). Somit ist der Kläger *alleine* nicht rechtsgültig Partei der Schiedsklausel geworden und *alleine* nicht parteifähig. Demzufolge kann das Verfahren nur von allen Konsorten gemeinschaftlich, gegebenenfalls auch durch einen bevollmächtigten Stellvertreter, eingeleitet werden, da Verfügungen über Berechtigungen zu gesamter Hand nur gemeinsam vorgenommen werden können (BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 3). Folglich kann sich der Kläger nicht im Alleingang auf die Schiedsklausel berufen, da er von der Rabig (Schweiz) AG nicht zur Prozessführung bevollmächtigt wurde (K-21). Somit kommt nur der Gesamthand der Konsorten Parteifähigkeit zu. Die Beklagte ist nur dann an die Schiedsklausel gebunden, wenn das Verfahren durch die notwendige Streitgenossenschaft eingeleitet wird (KA N 15).
- 13 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten dem Kläger die Parteifähigkeit zusprechen, muss berücksichtigt werden, dass es in einem Schiedsverfahren nicht immer leicht ist, zwischen der Parteifähigkeit und der Aktivlegitimation zu unterscheiden (BGE 128 III 50 E. 2b bb). Diese zwei Aspekte können also nicht vollkommen losgelöst voneinander betrachtet werden. Der Kläger kann allfällige Ansprüche des Konsortiums nicht im Alleingang geltend machen, da die Rechte der Gesamthand „nur von allen Gesellschaftern gemeinsam, gegebenenfalls durch bevollmächtigte Stellvertreter, wahrgenommen werden“ können (BGE 119 Ia 342 E. 2a; Art. 653 Abs. 2 ZGB; KA N 15).
- 14 Fazit: Das Schiedsgericht ist mangels Parteifähigkeit des Klägers nicht zuständig und auf die Klage ist nicht einzutreten. Eventualiter sollte schon vorfrageweise darauf Rücksicht genommen werden, dass die Parteifähigkeit sowie die Aktivlegitimation zusammenhängen. Demzufolge ist auf die Klage mangels Aktivlegitimation nicht einzutreten (KA N 34).

4. Der Kläger ist nicht aktivlegitimiert

- 15 Die Aktivlegitimation wird als eine Zuordnung des eingeklagten subjektiven Rechts zu einem Subjekt definiert (TSANTINIS, 17). Der Kläger erkennt richtig, dass im Falle einer einfachen Gesellschaft eine notwendige Streitgenossenschaft bestehen muss (KS N 14). Damit die Aktivlegitimation gegeben ist, müsste die Klage also von allen Gesellschaftern gemeinsam erhoben werden, da bei der notwendigen Streitgenossenschaft alle Streitgenossen eine Partei bilden. Somit fehlt es an der Aktivlegitimation der einen Partei, wenn nicht alle Streitgenossen in den Prozess einbezogen sind (HABSCHIED, 183; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 24; GULDENER, 223). Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch ist folglich nur der notwendigen Streitgenossenschaft zuzuordnen. Der Kläger ist demnach alleine nicht aktivlegitimiert.

4.1. Einfache Gesellschaft

- 16 Entgegen dem Kläger ist die Beklagte der Ansicht, dass das Konsortium als einfache Gesellschaft anzusehen ist (KS N 16). Das möchte die Beklagte in folgenden Punkten darlegen, indem sie nachweist, dass der Konsortialvertrag (K-1) alle wesentlichen Merkmale der einfachen Gesellschaft aufzeigt. Die wesentlichen Merkmale sind der Zusammenschluss von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR), das Vorhandensein einer Treuepflicht, die fehlende Rechtspersönlichkeit und Organbestellung, persönliche, solidarische und unbeschränkte Haftung der Mitglieder und ein fehlendes kaufmännisches Gewerbe (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 4ff.).

4.1.1. Gemeinsame Zweckverfolgung

- 17 Der Kläger ist der Ansicht, dass es an der gemeinsamen Zweckverfolgung fehlt. U.a. behauptet er, dass jeder Konsorte sein eigenes Ziel verfolgt und diese Ziele lediglich eine Parallelität aufweisen, indem alle Konsorten an dem wirtschaftlichen Entgelt aus der Vereinbarung (K-2) interessiert sind (KS N 15 ff.).
- 18 Der gemeinsame Zweck ist das Ziel zu dessen Erreichen sich die Beteiligten zusammengeschlossen haben (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 66). Gemäss HOCH handelt es sich beim gemeinsamen Zweck um die weitgefasste Umschreibung dessen, was die Gesellschaft tut, um den Endzweck zu erreichen (HOCH, 8). Vom gemeinsamen Zweck ist der Endzweck strikt zu trennen. Dieser ergibt sich erst durch die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks und beschafft zuletzt ökonomische Vorteile für einzelne Mitglieder (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 7).

- 19 Gemäss dem Konsortialvertrag haben sich die Konsorten gemeinsam dazu verpflichtet, das Wissen, wie das Zusammenhaften von Beilagen verhindert werden kann, zu entwickeln, es dem Kläger zu offerieren und zu übergeben (K-1, Ziff. 1.1). Diese Abrede stellt demnach die Verpflichtung zur gemeinsamen Zweckverfolgung dar. Zu Recht befindet sich der gemeinsame Zweck im Gründungsvertrag (K-1) der einfachen Gesellschaft und nicht, wie vom Kläger behauptet, in einem Vertrag, den die Gesellschafter erst nach der Entstehung der einfachen Gesellschaft mit einer Drittpartei geschlossen haben (K-2). In Letzterem widerspiegelt sich nämlich der Endzweck, welcher das finanzielle Entgelt für die Wissensübergabe darstellt (K2, Ziff. 8).
- 20 Der Kläger verwechselt diesen Endzweck nun mit dem gemeinsamen Zweck und ist der Ansicht, dass das finanzielle Entgelt den gemeinsamen Zweck darstellt (KS N 15; dazu ausführend in KA N 29).

4.1.1.1. Kein partiarisches Rechtsgeschäft

- 21 Der Kläger deutet in KS N 15 darauf hin, dass das Konsortium ein partiarisches Rechtsgeschäft sein könnte. Bei diesem Geschäft trägt aber der eine Kontrahent, dessen Entgelt vom wirtschaftlichen Erfolg des anderen Kontrahenten abhängig ist, zum Erzielen des wirtschaftlichen Erfolges nichts bei (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 91). D.h., dass im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft die Kontrahenten eines partiarischen Rechtsgeschäfts nicht einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Das Entgelt des einen Kontrahenten hängt zwar vom wirtschaftlichen Erfolg des Anderen ab und somit ist dieser am wirtschaftlichen Erfolg des anderen Kontrahenten auch interessiert, aber der Zweck wird nur von dem einen Kontrahenten verfolgt. I.c. ist dies nicht der Fall. Wie bereits erwähnt, sind die Hydrex AG, Rabig (Schweiz) AG und der Kläger durch Ziff. 1.1 des Konsortialvertrags (K-1) gemeinsam verpflichtet, denselben Zweck zu verfolgen (KA N 19).
- 22 Damit ein partiarisches Rechtsgeschäft bejaht werden könnte, müsste neben dem Fehlen des gemeinsamen Zwecks auch das Fehlen der Bereitschaft aller Kontrahenten Beiträge zu leisten vorhanden sein (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 93). Ein Beitrag kann alles sein, was geeignet ist den gemeinsamen Zweck in irgendeiner Art zu fördern. Die Aufzählung in Art. 531 Abs. 1 OR ist nicht abschliessend (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 39). Somit kann eine blosser Unterlassungspflicht schon als Beitrag angesehen werden. Entgegen der Meinung des Klägers in KS N 16 leistet die Hydrex AG durch die technische Unterstützung und Lieferung von Komponenten einen Beitrag zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks. Sie ist auch wei-

terhin dazu verpflichtet, den Zweck zu fördern, indem sie Handlungen unterlässt, die den Gesellschaftszweck beeinträchtigen könnten. Gemäss Ziff. 5.6 des Konsortialvertrags (K-1) sind die jeweiligen Konsorten beispielsweise verpflichtet die anderen Konsorten durch direkte Geschäftsverhandlungen mit der Beklagten nicht zu umgehen. Die Rabig (Schweiz) AG ist gemäss Appendix Nr. 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags (K-1) verpflichtet die vom Konsortium allfällig erworbenen Immaterialgüterrechte im Projektverlauf zu verwalten. Der gemeinsame Zweck ist die Produktion des Wissens und der Vollzug der finalen Wissensübergabe. Bevor das Wissen überhaupt übergeben werden kann, muss es eventuell patentiert werden, wenn es ein patentierungsfähiges Wissen ist. Das patentierte Wissen fällt zuerst in das Gesamteigentum der Konsorten. Es ist erforderlich, dass dieses Eigentum durch jemanden verwaltet wird bevor es verkauft wird. Demzufolge ist die Verwaltung ein Beitrag, der die Tätigkeit der einfachen Gesellschaft unterstützt. Somit wird auch der Gesellschaftszweck gefördert. Auch wenn eine Lösung erbracht wird, die nicht patentierungsfähig ist, leistet die Rabig (Schweiz) AG immer noch einen Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks, indem sie zweckwidrige Handlungen unterlässt (entgegen KS N 18).

- 23 Des Weiteren können partiarische Rechtsgeschäfte nur zweiseitige Schuldverträge sein. Dies passt nicht auf das Dreiparteienverhältnis zwischen den Konsorten.
- 24 Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass das Konsortium nicht als ein partiarisches Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist, da es sich beim Konsortialvertrag erstens nicht um ein zweiseitiges Schuldverhältnis handelt, die Konsorten zweitens vertraglich verpflichtet sind, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen und drittens alle Konsorten zur Förderung des gemeinsamen Zwecks Beiträge leisten.

4.1.1.2. Kein Geschäftsbesorgungsvertrag

- 25 Der Kläger versucht des Weiteren den Konsortialvertrag als einen Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren (KS N 16). Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass nur ein Kontrahent allein den Zweck bestimmt. Dem anderen Kontrahenten obliegt dann nur die Wahrung der Interessen des Ersteren (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 86). Wie bereits erwähnt, haben die Konsorten einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen und wahren somit gemeinsame Interessen (KA N 19). Diese Interessen ergeben sich aus dem gemeinsamen Zweck und haben mit den inneren Motiven der Beteiligten nichts gemeinsam (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 70). I.c. wird der Zweck nicht durch einen, sondern durch alle drei Konsorten bestimmt, in-

dem sie sich in Ziff. 1.1 des Konsortialvertrags (K-1) dazu geeinigt haben. Somit ist der Konsortialvertrag nicht als ein Geschäftsbesorgungsvertrag anzusehen.

4.1.2. Weitere Merkmale der einfachen Gesellschaft

- 26 Neben der Verpflichtung zur gemeinsamen Zweckverfolgung weist der Konsortialvertrag (K-1) weitere Elemente auf, die für eine einfache Gesellschaft sprechen. Die Konsorten einigten sich unter Ziff. 5.5 des Konsortialvertrags (K-1) auf eine gegenseitige Treuepflicht. Des Weiteren sind sie entgegen der Meinung des Klägers persönlich, unbeschränkt und solidarisch haftbar (Ziff. 8, K-1; KS N 62). Der Kläger verkennt, dass die Solidarhaftung im Konsortialvertrag (K-1) nicht ausgeschlossen wurde (KA N 76). Zuletzt ist das Konsortium auch kein kaufmännisch betriebenes Gewerbe. Ein Gewerbe besteht „aus einer organisierten Tätigkeit, die auf einer Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften gerichtet“ ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 4 N 40; BGE 104 Ib 261 E.1). I.c. ist das Konsortium jedoch nur einem Auftraggeber verpflichtet. Somit fehlt es an der Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften. Demzufolge liegt kein kaufmännisches Gewerbe vor.
- 27 Fazit: Das Konsortium ist eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR, da es alle wesentlichen Merkmale dieser Rechtsform aufweist.

4.2. Keine Akkreszenz

- 28 Der Kläger stützt sich in seiner Argumentation darauf ab, dass der gemeinsame Zweck des Konsortiums einen entgeltlichen Charakter hat (KS N 20). Somit ist nach der Ansicht des Klägers die Einholung der Geldforderung durch die Klageerhebung die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks (KS N 21). Der Kläger sieht in der Weigerung zur Klageerhebung eine konkludent vereinbarte Auflösung der Gesellschaft i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR und eine konkludent vereinbarte Fortsetzungsklausel zu Gunsten des Klägers (KS N 22). Entsprechend diesen Gedankenschritten scheiden die Hydrex AG und die Rabig (Schweiz) AG aus der einfachen Gesellschaft aus, da sie den gemeinsamen Zweck nicht mehr verfolgen. Somit beruft sich der Kläger auf die Akkreszenz und die mögliche alleinige Weiterführung der Gesellschaft durch ihn selbst, was ihm die Aktivlegitimation verleihen würde.
- 29 Der Kläger verwechselt den gemeinsamen (unmittelbaren) Zweck mit dem wirtschaftlichen Endzweck der einfachen Gesellschaft. Der Zweck der einfachen Gesellschaft ist dem Gründungsvertrag (K-1) zu entnehmen (KA N 19).

- 30 Ziff. 1.1 des Konsortialvertrags (K-1) statuiert, dass das Konsortium die Wissensproduktion und die Wissensübergabe bezweckt. Das finanzielle Entgelt, welches sich aus Ziff. 8 der Vereinbarung (K-2) ergibt, stellt lediglich den wirtschaftlichen Endzweck dar. Der gemeinsame Zweck ist im vorliegenden Fall nicht wirtschaftlicher Natur und die Einholung der Geldforderung auf dem Klageweg stellt somit keine Zweckverfolgung dar. Demzufolge kann auch keine Akkreszenz stattfinden, da die Weigerung zur Klageerhebung nicht als eine konkludent geschlossene Vereinbarung über die Auflösung der einfachen Gesellschaft angesehen werden kann. Entgegen dem klägerischen Vorbringen unterstützt die Weigerung zur Klageerhebung den gemeinsamen Zweck.
- 31 Die Rabig (Schweiz) AG kann durchaus und berechtigt der Meinung sein, dass die Wissensproduktion misslungen sei (KA N 43). Mit ihrer Zustimmung zur Klageerhebung würde sie die Zweckverfolgung geradezu hindern, denn sie würde somit stillschweigend aussagen, dass der Zweck, der ja noch nicht erfolgt ist, erreicht wurde. Die Verpflichtung zur Zweckverfolgung gilt auch für die Hydrex AG, obwohl sie ihren Beitrag bereits erfüllt hat. Darunter zählt auch die Unterlassung von jeglichem Verhalten, welches die Zweckverfolgung hindern könnte. Somit handelte die Hydrex AG zweckwidrig, indem sie der Klageerhebung zugestimmt hat.
- 32 Nach der Ansicht des Klägers ist es rechtsmissbräuchlich, dass die Willensbildung der Beklagten in das Konsortium durch ihre Tochtergesellschaft Rabig (Schweiz) AG einfließt und demzufolge die notwendige gesamthandschaftliche Klageerhebung nicht möglich ist. Ihre Weigerung zur Klageerhebung ist nicht als ein Einfluss der Beklagten (durch Joachim Kaiser) anzusehen (KS N 24). Vielmehr ergibt sich die Verweigerung aus der Verpflichtung zur gemeinsamen Zweckverfolgung (K1, Ziff. 8).
- 33 In KS N 24 beruft sich der Kläger auf die Auflösung der Gesellschaft und eine darauffolgende Liquidation auf Grund subjektiver Unmöglichkeit. Womöglich bezieht sich der Kläger auf die Auflösung der Gesellschaft wegen unmöglich gewordener Zweckerreichung (Art. 545 Abs.1 Ziff. 1 OR). Gemäss dem Kläger ist die Zweckerreichung durch die Weigerung der Rabig (Schweiz) AG zur Klageerhebung unmöglich geworden. Der gemeinsame Zweck bezieht sich jedoch nicht auf die Einholung der Geldforderung (Endzweck) sondern auf die Herstellung und Übergabe des Wissens. Folglich wird die Zweckerreichung durch die Weigerung zur Klageerhebung nicht beeinträchtigt. Somit kann sich der Kläger nicht auf die Auflösung i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR berufen und daher kann es nicht zu einer Liquidation kommen. In der Liquidation wird der Zweck auf die Einholung sämtlicher Forderungen geändert. Somit

wäre in der Liquidationsphase der Zweck tatsächlich die Einholung der Forderung. Da es zur Liquidation aber gar nicht kommen kann, steht die Akkreszenz ausser Frage.

- 34 Fazit: Der Kläger ist alleine nicht aktivlegitimiert und die Klage ist abzuweisen.

5. Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte

5.1. Vertragsqualifikation

- 35 Fälschlicherweise bezeichnet der Kläger die vorliegende Vereinbarung (K-2) als einen Know-how Vertrag in Form eines unechten Lizenzvertrags (KS N 25). Dieser zeichnet sich jedoch durch die Überlassung eines nicht schutzrechtsfähigen Know-hows zur Benutzung aus. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch nicht um eine „Miete“, sondern um einen „Verkauf“ des Wissens. Die Beklagte stimmt dem Kläger zu, dass sich die Vereinbarung (K-2) keinem Typenrecht des Besonderen Teils des Obligationenrechts gänzlich unterstellen lässt, vielmehr muss im Einzelfall bestimmt werden, welche Vorschriften sich am besten auf das vorliegende Problem und den vorliegenden Vertrag eignen. Vorliegend handelt es sich also um einen In-nominatkontrakt auf welchen vorwiegend die Allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts anzuwenden und die werkvertraglichen Elemente analog heranzuziehen sind (KS N 25; HUGUENIN, OR BT, N 1370 ff.).

5.2. Keine Verletzung der Loyalitäts- bzw. Treuepflicht

- 36 Aufgrund der Vertragsqualifikation können gesellschaftsrechtliche Normen nicht zur Anwendung kommen. I.c. kann keine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Loyalitätspflicht vorkommen.
- 37 Der Kläger wirft der Beklagten des Weiteren eine Verletzung der Treuepflicht aufgrund Art. 97 OR i.V.m. Art. 2 ZGB vor, da sie die Zusammenarbeit nach dem 03.11.2008 angeblich kategorisch ablehnte und nicht mehr erreichbar war (KS N 28). Die Beklagte hat den Test jedoch schon am 03.11.2008 gerügt. Am 09.11.2008 hat sie dem Kläger einen ausführlichen Testbericht zugestellt, in dem sie den Test wiederholt gerügt hat (B-1). Weiterhin fand am 15.11.2008 eine Nachbesprechung des Versuchs vom 03.11.2008 statt, an welcher Joachim Kaiser noch einmal klar kommunizierte, dass der Versuch nicht erfolgreich verlaufen und das Ergebnis für die Beklagte unbrauchbar sei (Einleitungsantwort, Ziff. 8). Der vom Kläger vorgebrachte Brief (K-14), indem er behauptet, Joachim Kaiser sei seit dem 03.11.2008 unerreichbar, widerspricht diesen Tatsachen. Der Verdacht des Klägers, dass die Beklagte heimlich Tests durchführte, ist bedeutungslos. Das „Know-how“, welches der Kläger propagiert,

basiert auf seiner Kühlungstheorie (K-3, Ziff. 3). Der zur Kühlung bestimmte Stickstoffbehälter hat die Beklagte entgegen den Aussagen des Klägers (KS N 59; KA N 63) jedoch zurückgegeben. Somit liegt i.c. keine Verletzung der Treuepflicht vor.

5.3. Keine Verletzung der Vertragsdauer

- 38 Der Kläger legt die Vertragsbestimmung Ziff. 10 in K-2 falsch aus, da er der Ansicht ist, dass man während zwei Jahren nicht von dem Vertrag zurücktreten kann. Die zweijährige Bindung bezieht sich aber auf die vereinbarungsgemässe Verwendung des Wissens.
- 39 Folglich wird aufgezeigt, dass die Beklagte den Vertrag durch ihre Rücktrittserklärung nicht verletzt hat, da ihr aufgrund der Sachgewährleistung der Anspruch auf Wandlung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR zusteht.

5.3.1. Vorliegen eines Werkmangels

- 40 Damit die Beklagte einen Anspruch aus Sachgewährleistung geltend machen kann, muss das Werk bei Ablieferung mangelhaft sein (HUGUENIN, OR AT, N 636; GUHL, § 47 N 46). Ein mangelhaftes Werk liegt vor, wenn das Werk von den vertraglich vereinbarten Eigenschaften abweicht (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). I.c. wurde vertraglich vereinbart, dass die Beklagte vom Kläger ein Wissen übernimmt, welches das Zusammenhaften bzw. Anhaften der Beilagen *verhindert* (K-2, Ziff. 3 und 6.1). Es stellte sich heraus, dass das ermittelte Wissen des Konsortiums das Haftungsproblem nicht nachhaltig zu verhindern vermochte. Vielmehr erwärmten sich die Beilagen schon nach ca. 30 Sek. wieder auf Raumtemperatur (B-1). Das Problem des Zusammen- bzw. Anhaften der Beilagen wurde somit nur vorübergehend unterbrochen und nicht *verhindert*. Des Weiteren wird das Haftungsproblem lediglich um ca. 30% vermindert, sodass der Test vom 03.11. 2008 unzureichend ausgefallen ist (B-1; K-2, Ziff. 8.2). Der Kläger bestätigt nachträglich zudem selbst, dass das Verfahren der Kühlung nicht erfolgreich war, indem er neue technische Möglichkeiten vorschlägt, welche eine *richtige* Kühlung der Beilagen herbeiführen können (K-12). Folglich weicht der vertraglich vereinbarte Soll-Zustand vom Ist-Zustand ab und es liegt ein Werkmangel vor (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9).
- 41 Gemäss Art. 368 Abs. 1 OR erfordert der begründete Vertragsrücktritt resp. die Wandlung einen erheblichen Mangel. Ein erheblicher Mangel liegt vor, wenn das Werk für die Beklagte unbrauchbar ist (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 368 N 5). Das Konsortium vermochte das Haftungsproblem bis heute nicht vertragsgemäss zu beheben (KA N 40; K-16). Der Beklagten entstehen deshalb weiterhin beträchtliche, wirtschaftliche Schäden, weil die

Beilagen für den Verkauf unbrauchbar bleiben (K-2, Ziff. 1; B-1). Zudem tritt durch das Kühlungsverfahren ein neues Problem auf. Das Druckbild der Beilagen wird nämlich schwach und reicht qualitativ für den Verkauf nicht mehr aus (B-1). Folglich ist das überlieferte Know-how für die Beklagte wirtschaftlich *unbrauchbar* und demzufolge liegt ein erheblicher Mangel vor.

5.3.2. Fristgerechte Erhebung der Mängelrüge

- 42 Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller das Werk bei Ablieferung zu prüfen und gegebenenfalls fristgerecht eine substantiierte Mängelrüge zu erheben (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 18).
- 43 U.E. war die modellhafte Demonstration des entwickelten Wissens vom 15.05.2008 (K-3) bereits mangelhaft, weil die Wirksamkeit der versprochenen Lösung im Rahmen von konkreten Tests nicht bewiesen werden konnte (K-16). D.h. das Kühlungsverfahren hat in der Realität nicht zum gewünschten Erfolg geführt (KA N 40). Die Demonstration sowie der Test vom 03.11.2008 können nicht getrennt voneinander betrachtet werden, denn der Test baut auf dem entwickelten und demonstrierten Wissen auf. Da die Beklagte nicht über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, um die Ursachen des Zusammen- und Anhaftens selber zu ermitteln, konnte sie nicht abschätzen, ob dieses Know-how auf abstrakter Ebene auch konkret umgesetzt werden kann. Deshalb konnte die Beklagte die modellhafte Demonstration erst beim Test an ihrer Anlage richtig einschätzen. Somit konnte eine zuverlässige Überprüfung des überlieferten Know-hows erst beim Test erfolgen (sinngemäss BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 6). Folglich entdeckte die Beklagte den versteckten Mangel erst am 03.11.2008.
- 44 Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger sowohl mündlich am Testtag als auch schriftlich in einem Bericht vom 09.11.2008 (B-1) zu erkennen gegeben, dass sie das Testergebnis nicht als vertragsgemäss anerkennt (Einleitungsanzeige, Ziff. 6). Somit erfolgte die Mängelrüge entgegen dem klägerischen Vorbringen in KS N 44 fristgerecht, da die siebentägige Rügefrist der Bundesgerichtspraxis durch das dem Kläger zugehändigte Schreiben B-1 eingehalten wurde (BGer Pra 2004 Nr. 146 in HONSELL, OR BT, 282; HUGUENIN, OR BT, N 640). Selbst wenn das Schiedsgericht eine Rügefrist von ein bis drei Arbeitstagen für angemessener erachtet (KS N 44), wurde sie durch die mündliche Rüge am Testtag eingehalten, da die Rüge keiner besonderen Form bedarf (BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1; BGE 107 II 172 E. 1a). Des Weiteren wurde dem Kläger klar gesagt, dass das entwickelte Kühlungsverfahren keine nachhaltige Wirkung entfalte, die Haftungsprobleme sich nur um ca. 30% verringerten, sowie das Prob-

lem des Zusammen- und Anhaftens der Beilagen nicht erfolgreich verhindert werden konnte (B-1). Dem Kläger wurden die Mängel somit unmissverständlich mitgeteilt, sodass er den Umfang und die genau bemängelten Punkte abschätzen konnte. Zudem wird keine „fachmännische Beschreibung der Mängel“ erwartet, weshalb die Mängelrüge entgegen KS N 44 genügend substantiiert ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 18).

- 45 Durch die erhobene Mängelrüge wurde der versteckte Mangel sofort nach seiner Entdeckung gerügt (Art. 370 Abs. 3 OR). Wie bereits dargelegt, hängen das erfolglose Testergebnis und der versteckte Mangel miteinander zusammen, sodass man sie nicht losgelöst voneinander betrachten kann (KA N 43). Indem schon das übermittelte Know-how mangelhaft ist, kann nie eine erfolgreiche Lösung erzielt werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass nach heutigem Wissensstand der Kläger die Ursachen des Zusammen- und Anhaftens der Beilagen falsch ermittelt hat (B-4, Ziff. 1; K-6, Ziff. 2). Aufgrund des gerügten Testergebnisses wurde also stillschweigend der Wille kundgetan, das überlieferte Wissen gleichzeitig rügen zu wollen. Somit wurden beide Tatsachen rechtzeitig und genügend substantiiert mit der Erhebung einer Mängelrüge gerügt.

5.3.3. Kein Ausschluss der Sachgewährleistung

- 46 Die Gewährleistungspflicht kann gesetzlich oder vertraglich beschränkt, bzw. ausgeschlossen werden (HUGUENIN, OR BT, N 634; GUHL, § 47 N 68). I.c. wurde die Gewährleistungspflicht vertraglich auf die „Anwendung technisch wissenschaftlicher Sorgfalt sowie auf die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik“ beschränkt (K-2, Ziff. 9). Bei genügender technisch wissenschaftlicher Sorgfalt hätte der Kläger bemerken müssen, dass das Kühlungsverfahren nicht zu einem nachhaltigen Erfolg führt. Zudem hätte er unter der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik über die Tatsache informiert sein müssen, dass seine ermittelten Ursachen nach dem heutigen Stand der Technik falsch sind (B-4, Ziff. 1). Folglich ist die Gewährleistungspflicht für diese Aspekte nicht beschränkt.
- 47 Von Gesetzes wegen verwirkt die Gewährleistungspflicht u.a. bei ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung, sofern es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar waren (Art. 370 OR; HUGUENIN, OR BT, N 634; GUHL, § 47 N 47). Geheime Mängel gelten als genehmigt, wenn sie nicht sofort nach ihrer Entdeckung gerügt werden (Art. 370 Abs. 3 OR). Die Bezahlung der ersten Rate seitens der Beklagten stellt zwar eine Genehmigung dar, doch wurde der Mangel sogleich nach seiner Entdeckung gerügt, wodurch die Genehmigung dahinfällt (KA N 43, 45). In Bezug auf die

zweite Rate wurde bereits dargelegt, dass kein erfolgreicher Testdurchlauf erfolgte und dem Kläger deshalb kein Anspruch auf die zweite Rate zusteht (KA N 40; K-2, Ziff. 8.2). Zudem wurde die Mängelrüge am Testtag fristgerecht und genügend substantiiert erhoben (KA N 45), weshalb der Kläger nicht berechtigt war, am 06.11.2008 eine Rechnung zu stellen. Ohne diesen Rechnungsstellungsfehler seitens des Klägers wäre die zweite Rate durch die Beklagte nie bezahlt worden. Die Bezahlung erfolgte zudem nur aufgrund eines buchhalterischen Fehlers, da Joachim Kaiser die Zahlung intern „bis in alle Ewigkeit zur Zahlung gesperrt“ hat (B-2, Ziff. 3). Somit wurde die Rechnung versehentlich freigegeben und ohne gültigen Rechtsgrund bezahlt (Einleitungsanzeige, Ziff. 10). Folglich liegt auch in Bezug auf die irrtümliche Bezahlung der zweiten Rate keine Genehmigung vor, welche die Gewährleistungsansprüche der Beklagten verwirken lassen würde. Zudem ist festzuhalten, dass am 15.11.2008 eine Nachbesprechung des Tests vom 03.11.2008 erfolgte, an welcher Herr Joachim Kaiser „noch einmal klar kommunizierte, dass der Versuch nicht erfolgreich verlaufen und das Ergebnis für die Beklagte unbrauchbar sei“ (Einleitungsanzeige, Ziff. 8). Somit wird die Nichtgenehmigung zusätzlich bekräftigt.

5.3.4. Keine Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche

- 48 Gewährleistungsansprüche verjähren nach Ablauf eines Jahres nach Ablieferung des Werkes (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR). I.c. wurde die Jahresfrist eingehalten.

5.3.5. Fazit zur Sachgewährleistung

- 49 Entgegen dem klägerischen Vorbringen (KS N 58) liegt die Sachgewährleistung analog Art. 368 ff. OR vor. Der Beklagten steht somit ein Wandlungsrecht zu, woraus sich ein Anspruch auf Vertragsrücktritt ergibt (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 24; BGE 98 II 118 E. 3a). Demzufolge trat die Beklagte am 25.01.2009 berechtigterweise vom Vertrag K-2 zurück (K-16) und somit liegt keine Vertragsverletzung vor.

5.4. Keine Verletzung der Mitwirkungspflicht

- 50 Die Beklagte stimmt mit der Aussage des Klägers überein (KS N 36), dass ihr eine Mitwirkungspflicht zur Durchführung der Tests an den Anlagen obliegt. Diese Mitwirkungspflicht tritt aber erst ein, wenn die Bedingung dafür eingetreten ist (K-2, Ziff. 8.2). Die Bedingung eines erfolgreichen Testdurchlaufs ist jedoch nicht eingetreten und dessen Eintritt kann auch nicht i.S.v. Art. 156 OR fingiert werden (KA N 40, 53). I.c. war der Test vom 03.11.2008 ungenügend und somit kann der Kläger von der Beklagten noch nicht fordern, dass sie den Test an ihren Anlagen ausführt. Die Fälligkeit dieser Forderung tritt nämlich erst ein, wenn

der Kläger einen mängelfreien Test ausführt. Demzufolge ist die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch nicht mitwirkungspflichtig und wird es auch niemals, da sie vom Vertrag zurückgetreten ist.

5.5. Keine Verletzung der Zahlungspflicht (dritte Rate)

- 51 Die Beklagte hat ihre Zahlungspflicht für die dritte Rate nicht verletzt, da die Forderung für diese Rate nicht fällig ist und in Zukunft auch nicht mehr fällig werden kann, weil die Beklagte ihren Rücktritt gestützt auf Art. 368 OR wirksam geltend gemacht hat.
- 52 Die Beklagte stimmt dem Kläger zu, dass die Fälligkeit der dritten Rate zunächst von einem positiven Ergebnis der Erprobung der Anlagen der Beklagten abhängig ist. Des Weiteren stimmt sie mit dem Kläger überein, dass diese Erprobung eine vertragliche Hauptpflicht darstellt, die fällig wird, sobald der Kläger einen Test gemäss K-2, Ziff. 8.3 erfolgreich ausgeführt hat. Die Beklagte stimmt dem Kläger nicht zu, dass der Test vom 03.11.2008 die erwünschten Testergebnisse aufzeigte. Weiterhin stimmt sie mit dem Kläger nicht überein, dass sie den Eintritt der Bedingung (gemäss K-2, Ziff. 8.3) für die Fälligkeit der dritten Rate wider Treu und Glauben verhinderte. Dies begründet sie damit, dass der mangelhaft ausgefallene Test vom 03.11.2008 (KA N 40) den Kläger nicht dazu berechtigt von der Beklagten zu fordern, dass sie die Erprobung an ihren Anlagen ausführt.
- 53 Fazit: Folglich liegen die Voraussetzungen für einen fiktiven Bedingungseintritt gemäss Art. 156 OR nicht vor. Somit kann nicht fingiert werden, dass die noch nicht fällige Erprobung an den Anlagen ein positives Ergebnis herbeiführen würde (K-2, Ziff. 8.3), welches den Anspruch für die dritte Rate begründen könnte.

5.6. Fazit

- 54 Die Treue-, Mitwirkungs- und Zahlungspflicht wurden nicht verletzt. Eine Loyalitätspflicht kann nicht analog angewendet werden und eine Verletzung der Vertragsdauer steht ausser Frage, da ein Rücktrittsrecht vertraglich nicht ausgeschlossen wurde. Somit hat die Beklagte den Vertrag nicht verletzt.

6. Kein Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000.00 nebst Zinsen zu 5%

6.1. Kein Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung

- 55 Wie in KA N 54 erwähnt, hat die Beklagte keine vertraglichen Pflichten verletzt. Folglich kann sie nicht aus Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig werden.

6.2. Kein Anspruch auf Schadloshaltung

- 56 Entgegen der klägerischen Ansicht trat die Beklagte in Analogie zu Art. 368 Abs. 1 OR und nicht aufgrund Art. 377 OR vom Vertrag zurück (KS N 31; KA N 39). Daher ist die Beklagte nicht verpflichtet den Kläger schadlos zu halten. Im Gegenteil, der Kläger ist der Beklagten aus Art. 368 Abs. 1 OR analog schadenersatzpflichtig (KA N 62).

6.3. Kein Schuldnerverzug

- 57 Der Schuldnerverzug setzt eine fällige Forderung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Der Kläger fordert i.c. von der Beklagten die Erprobung gemäss K-2, Ziff. 8.3. Die Beklagte ist zur Erprobung an ihren Anlagen nicht verpflichtet, da sie bereits vom Vertrag zurückgetreten ist und vor dem Rücktritt die Bedingung für ihre Verpflichtung nicht eingetreten ist (KA N 50). Folglich ist die Forderung noch nicht fällig und aufgrund des Rücktritts wird die Fälligkeit auch zukünftig nicht eintreten können (KA N 51).

6.4. Kein Gläubigerverzug

- 58 Der Kläger möchte die Beklagte in Verzug setzen, da sie ihrer Obliegenheit (K-2, Ziff. 8.) nicht nachgekommen ist und diese ungerechtfertigterweise verweigert. I.c. ist die Ausführung der Erprobung der Anlagen keine Obliegenheit, sondern eine vertragliche Pflicht (K-2, Ziff. 8.3). Diese Pflichtleistung kann der Kläger von der Beklagten fordern, sobald sie fällig ist. Die Fälligkeit ist jedoch nicht gegeben (KA N 47, 50). Folglich kann sich der Kläger weder auf den Gläubiger- noch auf den Schuldnerverzug berufen.

7. Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist begründet

- 59 Die Beklagte stimmt dem Kläger zu, dass sich u.a. zwei gültige und wirksame Forderungen unter denselben Parteien gegenüberstehen müssen, um eine Verrechnung nach Art. 120 Abs. 1 OR geltend zu machen (KS N 52). Folglich muss eine Hauptforderung des Klägers einer Verrechnungsforderung der Beklagten gegenüberstehen.

7.1. Bestand der Verrechnungsforderung

7.1.1. Anspruch aus Sachgewährleistung

- 60 Entgegen dem klägerischen Vorbringen in KS N 58 hat die Beklagte einen Anspruch aus Sachgewährleistung analog Art. 368 Abs. 1 OR, da ein erheblicher Werkmangel vorliegt (KA N 41). Wie bereits dargelegt steht der Beklagten ein Wandlungs- resp. Rücktrittsrecht zu (KA N 49). Die Beklagte trat also am 25.01.2009 berechtigterweise vom Vertrag K-2 zurück (K-

16), da sie die Annahme des erfolglosen Testergebnisses aufgrund des erheblichen Mangels verweigern durfte (KA N 41). Somit wird das Schuldverhältnis durch die Ausübung des Wandlungsrechts analog zu Art. 109 OR in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis überführt (HONSELL, OR BT, 238; HUGUENIN, OR BT, N 646). Die Parteien sollen also so gestellt werden, als ob sie gar nie miteinander in eine Vertragsbeziehung getreten wären. Demzufolge wirkt der Vertragsrücktritt der Beklagten faktisch *ex tunc* (BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 5a; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 24).

- 61 Die Beklagte hat Anspruch auf den Werklohn zuzüglich Verzinsung und dem Kläger steht die Rückübereignung des Werkes zu (HUGUENIN, OR BT, N 647; HONSELL, OR BT, 284; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 25). Der Kläger kann sich somit entgegen KS N 53 nicht auf die Vertragsklausel K-2 Ziff. 8.3. berufen, wonach die Rückzahlung bereits bezahlter Beträge ausgeschlossen ist, da der Vertrag *ex tunc* dahinfällt und somit gegenstandslos wird. Des Weiteren ergeben sich in Bezug auf die Rückabwicklung von Geistwerkverträgen Schwierigkeiten (ZIMMERMANN, 42, 122). Da das entwickelte Know-how als unkörperliches Werk nicht *in natura* zurückerstattet werden kann, steht dem Kläger laut BGer ein wertmässiger Ersatz für das bereits übermittelte Wissen zu (BGE 114 II 152 E. 2c aa).
- 62 Zudem steht der Beklagten analog Art. 368 Abs. 1 OR kumulativ zum Wandlungsrecht ein Ersatz der Mangelfolgeschäden zu, wenn den Kläger ein Verschulden trifft (BGE 116 II 454 E 2a; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 68). I.c. verstösst der Kläger gegen die fachtechnisch gebotene Vorsicht, weshalb das Verschulden zu bejahen ist (KA N 46; BGE 70 II 215 E. 4). Der Beklagte steht deshalb kumulativ zur Wandlung ein Anspruch auf den Ersatz von den vorprozessualen Anwaltskosten sowie die Rückzahlung der Kosten für das Erstellen des Gutachtens B-4 (BGE 126 III 388 E. 10b) zu.
- 63 Entgegen dem klägerischen Einwand in KS N 59 behielt die Beklagte den Stickstoffbehälter der Firma Segebrecht nicht zurück, vielmehr wird in K-13 bestätigt, dass sie ihn zurückgegeben hat. Damit der Wandlungsanspruch analog Art. 368 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 2 Abs. 2 ZGB dahinfallen würde, müsste die Beklagte das Werk jedoch genutzt haben (GAUCH, N 1606; HONSELL, OR BT, 282; BGE 105 II 90 E.1). I.c. hätte die Beklagte also das überlieferte Wissen des Kühlungsverfahrens mittels verdampftem Stickstoff verwenden müssen. Da sie die Stickstoffbehälter nicht mehr hatte, konnte sie das entwickelte Kühlungsverfahren auch nicht weiteren Tests unterziehen. Die beschränkt durchgeführten internen Versuche (K-14; Beschluss Nr. 2, Ziff. 1) sind deshalb als gegenstandslos zu betrachten, da nicht das Werk an

sich, sondern lediglich die Anlage der Beklagten genutzt wurde. Demzufolge fällt der Wandlungsanspruch der Beklagten entgegen dem klägerischen Vorbringen nicht dahin.

- 64 Sollte das Gericht wider Erwarten davon ausgehen, dass die beschränkt durchgeführten internen Versuche als eigentliche Benutzung des Werkes zu qualifizieren sind, sollte die allfällige Verwendung des Werkes vom Anspruch der Beklagten (Rückerstattung des Werklohnes zuzüglich Verzinsung) in Abzug gebracht werden (HONSELL, OR BT, 284; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 25). Demzufolge sollte vom Dahinfallen des Wandlungsanspruchs abgesehen werden.
- 65 Schlussendlich ist anzumerken, dass eine Nachbesserung analog Art. 368 Abs. 2 OR für die Beklagte nicht in Frage kommt (vgl. K-16). Zum Einen liegt kein „minder erheblicher“ Mangel vor (KA N 41) und zum Anderen ist ihr eine Verbesserung des Werkes nicht zuzumuten, da sie alle baulichen Kosten selber trägt (K-2, Ziff. 3 und 6.2; K-16). Somit liegt keine unentgeltliche Verbesserung des Werkes i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR analog vor.
- 66 Die Beklagte hat einen Anspruch auf Wandlung des Vertrages und somit Anspruch auf Rückerstattung der ersten und zweiten Rate (CHF 500'000.00 zuzüglich Zinsen zu 5%). Kumulativ hat die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz der Mangelfolgeschäden (KA N 62).

7.1.2. Eventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

- 67 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass der Beklagten kein Anspruch auf Wandlung des Vertrages analog Art. 368 Abs. 1 OR zukomme, fordert sie die Rückzahlung der bereits geleisteten Zahlungen aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 f. OR (vgl. KS N 55 ff.).
- 68 Entgegen dem klägerischen Vorbringen in KS N 56 erfolgte die Zahlung der ersten Rate nicht irrtumsfrei. Die Beklagte war der Ansicht, dass sie aufgrund K-2, Ziff. 8.1 vertraglich zur Leistung der ersten Rate verpflichtet sei, weil die modellhafte Demonstration vom 15.05.2008 einen „gewissen empirischen Effekt“ zeigte (Einleitungsantwort, Ziff. 3). Nach heutigem Wissensstand wurden die Ursachen des Zusammenhaftens der Beilagen jedoch vom Kläger wissenschaftlich falsch ermittelt (KA N 45; B-4). Folglich hat der Kläger die Voraussetzungen für die erste Rate (K-2, Ziff. 8.1) nicht richtig erfüllt, da er der Beklagten eine falsche Ursache vermittelt und demonstriert hat. Demzufolge ist der Kläger aus dem Vermögen der Beklagten bereichert und für die Bereicherung besteht keine Rechtfertigung. Zudem befindet sich die Beklagte in einem Irrtum über die vertragliche Schuldspflicht, weshalb sie einen An-

spruch in der Höhe von CHF 250'000.00 aus Art. 63 Abs. 1 OR geltend machen kann (BSK OR I-SCHULIN, Art. 63 N 3 f.).

- 69 In Bezug auf die Rückforderung der zweiten Rate beruft sich die Beklagte ebenso auf Art. 63 Abs. 1 OR. Entgegen KS N 57 wurden die Voraussetzungen für die zweite Rate nicht erfüllt (KA N 40) und der Kläger war somit nicht berechtigt, am 06.11.2008 eine Rechnung zu stellen. Wie der Kläger einerseits richtig erkannte, befand sich die Beklagte in keinem Irrtum, da sie am Nichtbestehen der Schuld von Anfang an nicht zweifelte. Andererseits verkennt der Kläger jedoch, dass sich die Beklagte auf die *condictio indebiti* berufen kann, wenn sie die Nichtschuld unfreiwillig bezahlt (BSK OR I-SCHULIN, Art. 63 N 4). Wie bereits erwähnt, wurde die zweite Rate ohne Wissen und gegen den Willen von Joachim Kaiser freigegeben und bezahlt (KA N 47; Einleitungsanzeige, Ziff. 10). Wenn eine Nichtschuld ohne den Willen des Leistenden erfüllt wird, kann nicht von einer freiwilligen Leistung ausgegangen werden (BGer 4C.279/2003 E. 3.3). Demzufolge wurde die Nichtschuld seitens der Beklagten unfreiwillig bezahlt und sie kann einen Anspruch in der Höhe von CHF 250'000.00 aus Art. 63 Abs. 1 OR geltend machen.
- 70 Die Beklagte hat folglich einen Anspruch auf Rückerstattung der ersten und zweiten Rate (CHF 500'000.00) aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 63 Abs. 1 OR.
- 71 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die *condictio indebiti* Art. 63 Abs. 1 OR in Bezug auf die erste und/oder zweite Rate nicht anwendbar sei, beruft sich die Beklagte auf die Generalklausel der *condictio sine causa* gemäss Art. 62 Abs. 1 OR. Diese sollte unproblematisch erfüllt sein, da weder bei der ersten noch bei der zweiten Rate ein gültiger Rechtsgrund vorliegt, der Kläger bereichert und die Beklagte entreichert ist (KA N 68, 69).

7.2. Bestand der Hauptforderung

- 72 Wie bereits dargelegt, hat der Kläger keinen Anspruch auf die Bezahlung der dritten Rate in der Höhe von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% (KA N 54).
- 73 Jedoch steht dem Kläger ein wertmässiger Ersatz des bereits übermittelten Wissens zu (KA N 61) und eventualiter kann er allfällige Nutzungen des mangelhaften Werkes durch die Beklagte von ihren Ansprüchen in Abzug bringen (KA N 63).

7.3. Fazit

- 74 In den unter KA N 73 erwähnten Fällen steht eine Hauptforderung des Klägers einer Verrechnungsforderung der Beklagten gegenüber, weshalb eine Verrechnung gemäss Art. 120

Abs. 1 OR zustande kommen wird, da alle Voraussetzungen vorliegen (HUGUENIN, OR AT, N 852). Demzufolge ist die Verrechnungsforderung der Beklagten in diesen Konstellationen begründet.

8. Der Kläger ist Schuldner der Verrechnungsforderung

- 75 Der Kläger hat richtig erkannt, dass die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft grundsätzlich direkt, unbeschränkt und solidarisch haften und ein Ausschluss der Solidarhaftung *nur* durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger erreicht werden kann (Art. 143 Abs. 2 i.V.m. Art. 544 Abs. 3 OR; KS N 62). I.c. wurde die Haftung des Konsortiums gegenüber Ansprüchen der Beklagten auf die Auftragssumme beschränkt (K-2, Ziff. 9). Diese Haftungsbeschränkung ist zulässig (Art. 100 Abs. 1 OR). Demzufolge liegt kein extern vereinbarter Ausschluss, sondern lediglich eine beschränkte Solidarhaftung vor.
- 76 Der Kläger verkennt, dass die Solidarhaftung im Konsortialvertrag (K-1, Ziff. 8.1) ebenfalls nicht ausgeschlossen wurde (KS N 63). Vielmehr wird durch die Worte „direkt haftbar“ der Grundsatz der *direkten* Belangbarkeit jedes einzelnen Solidarschuldners bekräftigt (BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 544 N 14). D.h., dass nicht ein allfälliges Gesellschaftsvermögen, sondern die Gesellschafter primär, also *direkt* mit ihrem Vermögen haften. Des Weiteren wird mit der Formulierung, dass die Gesellschafter „im Verhältnis zu ihrem Anteil an den Arbeiten“ haften, das Verhältnis zwischen den Solidarschuldnern i.S.v. Art. 148 Abs. 1 OR geregelt. Folglich besteht kein interner Ausschluss der Solidarhaftung, welcher anhand des Vertrauensprinzips externe Wirkung entfalten könnte (KS N 62).
- 77 Die Beklagte kann somit nach Art. 144 Abs. 1 OR von jedem einzelnen Gesellschafter je nur einen Teil oder die ganze Verrechnungsforderung bis zur Höhe der Auftragssumme (K-2, Ziff. 9) verlangen. Demzufolge haftet der Kläger *direkt, beschränkt und solidarisch* und ist somit (Solidar-)Schuldner der Verrechnungsforderung.
- 78 Falls das Schiedsgericht wider Erwarten von einem internen Ausschluss der Solidarhaftung ausgehen sollte, nehmen wir wie folgt Stellung: Einerseits wird nicht bestritten, dass die Beklagte in dieser Konstellation mit grösster Wahrscheinlichkeit von diesem internen Ausschluss Kenntnis haben musste (KS N 63). Andererseits genügt eine Vereinbarung allein unter den Gesellschaftern für einen Ausschluss der Solidarhaftung nicht (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 543 N 187).

- 79 Der Kläger missachtet auch in diesem Fall, dass nicht nur eine interne, sondern auch eine externe Regelung über die Haftung des Konsortiums, respektive der einzelnen Konsorten vorliegt (KA N 75, 76). U.E. kann aber nur dann nach dem Vertrauensprinzip auf einen Ausschluss der Solidarität im externen Verhältnis geschlossen werden, wenn dies *bloss* intern geschah (BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 22; HIRSCH, 422). Geht man nämlich davon aus, dass zwischen den Konsortialmitgliedern intern ein gültiger Ausschluss der Solidarhaftung vereinbart wurde, würde jene der vorhandenen extern beschränkten Solidarhaftung gegenüberstehen und widersprechen. U.E. ist der externen Beschränkung der Vorzug zu gewähren, da sie explizit und mit übereinstimmendem Konsens der Beklagten und im Namen aller Konsorten vertraglich vereinbart wurde, wohingegen der interne Ausschluss nur aufgrund des Vertrauensprinzips externe Geltung erlangen kann (KS N 62).
- 80 Des Weiteren durfte die Beklagte nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und trotz ihrer Kenntnisse bezüglich des internen Ausschlusses der Solidarhaftung auf den vereinbarten Vertragsinhalt (K-2) vertrauen. Dies nicht nur aufgrund der Tatsache, dass ein gemeinsamer und übereinstimmender Konsens erzielt wurde, sondern auch deshalb, weil die Vereinbarung in einem späteren Zeitpunkt als der Konsortialvertrag (K-1) erfolgte (i.c. 14.04.2008 für K-1 und 15.05.2008 für K-2). Zudem ist die klägerische Seite aufgrund des allgemeinen Grundsatzes „pacta sunt servanda“ an die Vereinbarung K-2 gebunden (Art. 26 WÜV). Folglich bestehen begründete Zweifel, ob allein aufgrund des Vertrauensprinzips auf die externe Wirkung des internen Ausschlusses der Solidarhaftung geschlossen werden kann. Somit betrifft die Vereinbarung unter den Gesellschaftern nur das interne Verhältnis und entfaltet extern keine Wirkung (vgl. BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 22).
- 81 Nach dem eben Erwähnten befindet sich die Beklagte in Bezug auf die Vereinbarung K-2 in gutem Glauben und kann sich deshalb auf die extern beschränkte Solidarhaftung der Gesellschafter berufen. Der Kläger ist folglich auch in dieser Konstellation *direkt, beschränkt und solidarisch* für die gesamten Ansprüche der Beklagten haftbar.