

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH
Industriestrasse 132
67657 Kaiserslautern

Vertreten durch:
Moot Court Gruppe 3
Simon Bachmann
Manuel Baschung
Michael Egle
Marius Jenny

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich

Zürich, 19. April 2010

Klageantwort

Fall Nr. Moot Court 2313-2009

In Sachen

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH,
Industriestrasse 132, 67657 Kaiserslautern, Deutschland
Vertreten durch die Moot Court Gruppe 3

Beklagte

Walter Hagmann,
Akeleigasse 33, 6301 Zug, Schweiz
Vertreten durch die Moot Court Gruppe 2

Kläger

Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Unter Bezugnahme auf die Klageschrift der Gruppe 2 und mit Verweisen auf weitere Klageschriften nehmen wir im Namen der Beklagten wie folgt Stellung:

Aufgrund der Unzulässigkeit des Parteiwechsels (N 1 ff.) und der fehlenden Zuständigkeit des Gerichts (N 8 ff.) ist auf die Klage nicht einzutreten.

Eventualiter wäre die Klage abzuweisen, und zwar aus folgenden Gründen: Der Kläger ist nicht aktivlegitimiert (N 12 ff.). Zudem hat die Beklagte keine Pflicht verletzt (N 24 ff.). Einen Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000 hat der Kläger nicht (N 47). Subeventualiter erhebt die Beklagte die Einrede der Verrechnung (N 48 ff.), wobei der Kläger Schuldner der Verrechnungsforderung ist (N 52 ff.).

Im Namen der Beklagten stellen wir daher folgende

Rechtsbegehren

„1. Auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Kläger.“

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	II
Literaturverzeichnis.....	V
Entscheide des Bundesgerichts	X
Entscheide weiterer Gerichte	XIV
Schiedsentscheide	XV
Weitere Materialien	XVI
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Frage 1: Die Änderung der Parteibezeichnung ist nicht zulässig.....	1
1.1 Vorbemerkungen.....	1
1.2 Echter Parteiwechsel, keine blosser Berichtigung.....	1
1.3 Unzulässigkeit des Parteiwechsels	2
Frage 2: Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht gegeben.....	3
Frage 3: Der Kläger ist nicht aktivlegitimiert	4
3.1 Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch steht diesem nicht alleine zu.....	4
3.2 Der Kläger verfügt nicht bloss über seine ideelle Quote	5
3.3 Die Verfahrenseinleitung durch den Kläger ist keine	
Geschäftsführungsmassnahme	6
3.4 Eventualiter: Ausserordentliche Geschäftsführung.....	7
3.5 Eventualiter: Bei Verneinung einer einfachen Gesellschaft	8
3.6 Unzulässige Prozessstandschaft	9
Frage 4: Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte	9
4.1 Es liegt kein gültiger Vertrag vor.....	9
4.1.1 Absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR durch den Kläger.....	9
4.1.2 Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR der Beklagten.....	10

4.1.3 Folgen.....	11
4.2 Eventualiter wegen Vertragsauflösung keine Vertragsverletzung durch die	
Beklagte	11
4.2.1 Vertragsgegenstand	11
4.2.2 Keine Pflichtverletzung durch Nichtvornahme der Erprobung	12
4.2.2.1 Kein Vertrag wegen Rücktritts (aliud), somit keine Leistungspflicht..	12
4.2.2.2 Eventualiter: Kein Vertrag wegen Wandlung (peius) und	
somit keine Leistungspflicht.....	15
4.2.2.3 Eventualiter: Es liegt keine Pflicht vor.....	16
4.2.2.4 Subeventualiter: Es wurde keine Pflicht verletzt.....	16
4.2.3 Keine Vertragsverletzung durch Nichtbezahlen der dritten Rate	17
4.2.3.1 Keine Pflicht zur Zahlung.....	17
4.2.3.2 Eventualiter: Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten	18
Frage 5: Keine Pflicht zur Zahlung von CHF 500'000 nebst Zinsen	18
Frage 6: Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist begründet.....	18
6.1 Verrechnung mit Rückforderungsanspruch bzgl. der ersten Rate	18
6.2 Verrechnung mit Rückforderungsanspruch bzgl. irrtümlich bezahlter zweiter Rate..	19
6.3 Kein Ausschluss der Verrechnung durch K-2 Ziff. 8 a.E.	19
Frage 7: Der Kläger ist Schuldner der Verrechnungsforderung	20

Literaturverzeichnis

- AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991 (zitiert ZK OR-AEPLI), zitiert unter: N 34.
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Bern 2006, zitiert unter: N 6, 8.
- BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Zürich 2009, zitiert unter: N 37.
- BRENNER MONIKA, Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Bundesprivatrechts, Diss. St. Gallen 1992, zitiert unter: N 3.
- BRUNNER CHRISTOPH, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004, zitiert unter: N 30.
- BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2006 (zitiert BSK IPRG-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 6, 9.
- BSK OR I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007 (zitiert BSK OR I-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 34, 35.
- BSK OR II, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008 (zitiert BSK OR II-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 17, 52, 53.
- BSK ZGB II, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007 (zitiert BSK ZGB II-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 16.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, zitiert unter: N 28, 34, 53.
- BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zürich 1998 (zitiert ZK OR-BÜHLER), zitiert unter: N 40.

- CARON DAVID D./CAPLAN LEE M./PELLONPÄÄ MATTI, The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary, New York 2006, zitiert unter: N 5, 7.
- CROOKENDEN SIMON, Correction of the Name of a Party to an Arbitration, Arbitration International 2009, 207-216, zitiert unter: N 4.
- FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Art. 530-544 OR, Bern 2006 (zitiert BK OR-FELLMANN/MÜLLER), zitiert unter: N 13, 14, 17, 18, 19, 20, 52.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, zitiert unter: N 29, 41, 53.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008 (zitiert GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Band I] bzw. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER [Band II]), zitiert unter: N 25, 28, 32, 34, 41, 44, 50.
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979 (zitiert BK OR-GIGER), zitiert unter: N 38.
- GIRSBERGER ANDREAS/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004 (zitiert ZK IPRG-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 1.
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Kommentar zur 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977 (zitiert ZK ZGB-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 16, 23.
- HABSCHIED WALTER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, zitiert unter: N 22.
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Teilband V 4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Zürich 2009 (zitiert ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN), zitiert unter: N 12, 18, 19.
- HEIZ CHRISTOPH, Grundlagenirrtum, Diss. Zürich 1985, zitiert unter: N 26.

- HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Habil. Bern 2002, zitiert unter: N 28.
- HIRSCH ALAIN, La société simple et les tiers, in: Mélanges en l'honneur de Henri Desche-
naux, Fribourg 1977, 411-433, zitiert unter: N 53.
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten
Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin
2010 (zitiert Honsell-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 36, 49.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006
(zitiert HONSELL, OR BT), zitiert unter: N 37.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2008 (zitiert Hugue-
nin, OR AT), zitiert unter: N 14, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 34, 35, 41, 48, 49, 52.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008 (zitiert
HUGUENIN, OR BT), zitiert unter: N 29, 35, 36, 37, 38, 39, 49.
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl.,
Zürich 1995, zitiert unter: N 38.
- MAGNUS ULRICH, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener Kaufrecht, Neubearbeitung 2005 [= 15.
Aufl.], Berlin 2005 (zitiert Staudinger-MAGNUS), zitiert unter: N 30.
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, zitiert unter: N 22.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizeri-
sches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teil-
band: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl.,
Bern 1981 (zitiert BK ZGB-MEIER-HAYOZ), zitiert unter: N 16, 23.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl.,
Bern 2007, zitiert unter: N 12, 13, 14, 15, 16, 17.
- MünchKommHGB, SCHMIDT KARSTEN (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetz-
buch, Band 2, zweites Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, erster Ab-
schnitt: Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160, 2. Aufl., München 2006 (zitiert
MünchKommHGB-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 19.
- OETIKER CHRISTIAN, Eintritt und Wirkung der Rechtshängigkeit in der internationalen
Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. St. Gallen 2003, zitiert unter: N 6, 22.

- PERRUCHOUD EDMOND C., *La communauté dans la copropriété ordinaire: étude portant principalement sur la copropriété foncière*, Diss. Genf 2006, zitiert unter: N 16, 23.
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, 2. Aufl., Zürich 1993, zitiert unter: N 6.
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. Aufl., Oxford 2010 (zitiert Schlechtriem/Schwenzer(2010)-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 30.
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl., München 2008 (zitiert Schlechtriem/Schwenzer(2008)-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 30.
- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., Zürich 2006, zitiert unter: N 8.
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Art. 192-204*, 3. Aufl., Zürich 2005 (zitiert ZK OR-SCHÖNLE/HIGI), zitiert unter: N 31, 38.
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Bern 2006, zitiert unter: N 27, 28, 34, 35.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, Zürich 2008, zitiert unter: N 14, 22.
- TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich 2003, zitiert unter: N 37.
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 8. Aufl., Bern 2006, zitiert unter: N 8, 14, 21, 22, 23.
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., Zürich 2009, zitiert unter: N 14, 22.
- WEBER ROLF H., *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen*, 5. Teilband: *Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, Bern 2000 (zitiert BK OR-WEBER), zitiert unter: N 34.
- WITZ WOLFGANG/SALGER HANNS-CHRISTIAN/LORENZ MANUEL, *International Einheitliches Kaufrecht*, Heidelberg 2000 (zitiert Witz/Salger/Lorenz-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 30.

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005 (zitiert Zuberbühler/Müller/Habegger-BEARBEITER/IN), zitiert unter: N 6, 11.

Entscheide des Bundesgerichts

BGE 22, 498	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17.04.1896, zitiert unter: N 37.
BGE 22, 566	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 13.06.1896, zitiert unter: N 37.
BGE 26, 739	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 10.11.1900, zitiert unter: N 37.
BGE 53 II 143	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11.04.1927, zitiert unter: N 24.
BGE 82 II 332	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 10.07.1956, zitiert unter: N 34.
BGE 84 II 515	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 18.11.1958, zitiert unter: N 26.
BGE 93 II 317	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 24.10.1967, zitiert unter: N 34.
BGE 95 II 407	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17.06.1969, zitiert unter: N 26.
BGE 104 II 108	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23.05.1978, zitiert unter: N 12.
BGE 106 II 346	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11.11.1980, zitiert unter: N 27.

BGE 107 III 91	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 19.06.1981, zitiert unter: N 21.
BGE 110 II 141	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15.05.1984, zitiert unter: N 31.
BGE 114 II 310	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 08.08.1988, zitiert unter: N 18.
BGE 116 II 49	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 08.03.1990, zitiert unter: N 18.
BGE 116 II 707	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14.11.1990, zitiert unter: N 10, 21, 53.
BGE 117 II 273	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13.06.1991, zitiert unter: N 45.
BGE 119 Ia 342	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Kassationshofes vom 27.09.1993, zitiert unter: N 20.
BGE 120 II 296	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15.11.1994, zitiert unter: N 34.
BGE 121 III 38	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16.01.1995, zitiert unter: N 9.
BGE 121 III 488	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 28.11.1995, zitiert unter: N 21.
BGE 123 III 101	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20.11.1996, zitiert unter: N 50.

BGE 123 III 110	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 04.02.1997, zitiert unter: N 34.
BGE 125 III 219	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12.04.1999, zitiert unter: N 20.
BGE 127 V 301	Eidgenössisches Versicherungsgericht, Urteil der I. Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts vom 26.09.2001, zitiert unter: N 26.
BGE 128 III 50	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16.10.2001, zitiert unter: N 8, 9.
BGE 128 III 428	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 03.04.2002, zitiert unter: N 28.
BGE 4C.395/2001	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 28.05.2002, zitiert unter: N 37.
BGE 129 III 320	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21.02.2003, zitiert unter: N 25.
BGE 130 III 66	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21.11.2003, zitiert unter: N 10.
BGE 4C.191/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15.06.2004, zitiert unter: N 17, 18.
BGE 4C.58/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23.06.2004, zitiert unter: N 32.

BGE 131 I 57	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17.11.2004, zitiert unter: N 3, 4.
BGE 4C.469/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17.03.2005, zitiert unter: N 40.
BGE 4C.16/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13.07.2005, zitiert unter: N 37.
BGE 4C.119/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25.08.2005, zitiert unter: N 38.
BGE 132 III 242	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23.11.2005, zitiert unter: N 27.
BGE 132 II 161	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 30.01.2006, zitiert unter: N 24.
BGE 5C.59/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 01.06.2006, zitiert unter: N 49.
BGE 4C.200/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20.11.2006, zitiert unter: N 37.
BGE 4A_51/2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11.09.2007, zitiert unter: N 40.
BGE 4A_417/2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14.02.2008, zitiert unter: N 50.
BGE 4A_237/2009	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 26.10.2009, zitiert unter: N 38.

Entscheide weiterer Gerichte

- BVGer, B-2561/2009 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 20.07.2009, zitiert unter: N 18.
- HGer Zürich, ZR 2009, 257-299 Handelsgericht Zürich, Urteil vom 29.04.2009, zitiert unter: N 14, 16, 18, 20, 22.
- KGer Graubünden, PKG 1983, 23-25 Kantonsgericht Graubünden, Urteil vom 08.03.1983, zitiert unter: N 16.
- KGer Wallis, RVJ 2008, 177-186 Kantonsgericht Wallis, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21.02.2007, zitiert unter: N 28.
- OLG Köln, RIW 1994, 970-972 Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 26.08.1994 – 19 U 282/93, zitiert unter: N 30.

Schiedsentscheide

- CCIG, ASA Bull. 2003, 781-801 Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève N° 137, Sentence sur compétence du 24 mars 2000, A. c. B. et C. Arbitre unique : Me Quentin Byrne-Sutton, zitiert unter: N 9.
- Harris International Telecommunications/Iran, Iran-US CTR 1987 (IV), 31-91
Harris International Telecommunications, Inc. and The Islamic Republic of Iran, Award No. 323-409-1 (02.11.1987), zitiert unter: N 6, 7.
- Himpurna/PLN, YCA 2000, 13-108 Himpurna California Energy Ltd and PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, Final Award, zitiert unter: N 5, 7.
- International Schools Services/Iran, Iran-US CTR 1986 (I), 6-20
International Schools Services, Inc. and The Islamic Republic of Iran, National Defence Industrial Organization, Award No. ITL 57- 123-1, zitiert unter: N 7.
- UPS/Canada United Parcel Service of America Inc. and Government of Canada, Award on Jurisdiction (NAFTA Chapter Eleven, 22.11.2002); auf: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Jurisdiction%20Award.22Nov02.pdf> (besucht am 19.04.2010) , zitiert unter: N 7.
- Zürcher Handelskammer, ASA Bull. 2008, 731-736
Zürcher Handelskammer, Swiss Rules of International Arbitration, Russland und Deutschland, Beschluss vom 22.05.2008, zitiert unter: N 5.

Weitere Materialien

UNCITRAL Analytical Commentary on Draft Text

Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration, Seventh Secretariat Note, UNCITRAL Report of the Secretary-General, Eighteenth Session Vienna 3 - 21 June 1985, A/CN.9/264 (25.02.1985); auf: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/18th.html> (besucht am 19.04.2010), zitiert unter: N 7.

Abkürzungsverzeichnis

A	General Assembly of the United Nations
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Arbitration International	
	Arbitration International: The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA; London)
Art.	Artikel
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ASA Bull.	ASA Bulletin (Basel)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B-(x)	Anhänge Einleitungsantwort
bzgl.	bezüglich
BGBI.	[Deutsches] Bundesgesetzblatt (Bonn)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht (Bern [Provisorium])
bzw.	beziehungsweise
CCIG	Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève
CHF	Schweizer Franken
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1)

diesbezgl.	diesbezüglich
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f./ff.	folgende
FN	Fussnote
FNA	Fundstellennachweis A
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	[Deutsches]Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 (RGBl. 219) BGBI. III/FNA 4100-1; zuletzt geändert durch Art. 6a G zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung vom 31.07.2009 (BGBI. I 2512)
HGer	Handelsgericht
HKÜ	Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR 0.221.211.4)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291)
Iran-US CTR	Iran-United States Claims Tribunal Reports (Cambridge)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

K-(x)	Anhänge Einleitungsanzeige
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
lit.	litera
Me	Maître
MünchKomm	Münchener Kommentar
N	Note
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (Chur)
RGBL.	[Deutsches] Reichsgesetzblatt (Berlin, bis 1945)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Heidelberg)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (Sion)
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Januar 2006
sog.	sogenannt/e/r
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
UNCITRAL	Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, General Assembly Resolution 31/98, 15. Dezember 1976
vgl.	vergleiche
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration (Deventer)
z.B.	zum Beispiel

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

Frage 1: Die Änderung der Parteibezeichnung ist nicht zulässig

1.1 Vorbemerkungen

- 1 Nach K-2 Ziff. 11 sind die Swiss Rules of International Arbitration (SchO) als Verfahrensrecht anwendbar (Art. 182 Abs. 1 IPRG). *Lex causae* ist das schweizerische Recht (Art. 187 Abs. 1 IPRG, Art. 33 Ziff. 1 SchO; Klageschrift 3 N 1, 4 N 8, 2 N 69). Zur Nichtanwendung des CISG vgl. N 30. Das HKÜ kommt nicht zur Anwendung mangels eines Vertrags über eine bewegliche körperliche Sache (N 30; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 28). Ohnehin verwies Art. 3 Abs. 1 HKÜ wegen des Vertragsabschlusses in Zug (K-2 a.E.) auf das schweizerische Recht.
- 2 Die Änderung der Parteibezeichnung in Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 vom 25.09.2009 Ziff. 2.2 ist ausdrücklich „ohne Präjudiz zum beklaglichen Einwand des unzulässigen Parteiwechsels“ (vgl. Art. 21 Ziff. 4 SchO), womit es sich entgegen Klageschrift 2 N 6 um einen noch zu entscheidenden Streitpunkt handelt (vgl. Beschluss Nr. 1 Ziff. 2.8).

1.2 Echter Parteiwechsel, keine blosser Berichtigung

- 3 Bei der Ergänzung zur Einleitungsanzeige vom 17.08.2009 handelt es sich entgegen Klageschrift 4 N 30 (trotz teilweise anderen Wortlautes wohl auch Klageschrift 2 N 7) nicht lediglich um eine Berichtigung zur Korrektur redaktioneller Versehen (vgl. BGE 131 I 57 E. 2.2): Die Verfahrenseinleitung vom 03.08.2009 erfolgte „Namens des Konsortiums Lanzelot“. Mit der Ergänzung zur Einleitungsanzeige vom 17.08.2009 (vgl. dort prozessualen Antrag und Ziff. 14) sollte mit dem Kläger die bisherige Prozesspartei durch ein anderes Rechtssubjekt ersetzt werden, womit ein Parteiwechsel i.e.S. und keine blosser Berichtigung, welche nur zugunsten sämtlicher Konsorten zulässig wäre, vorliegt (BRENNER, 26 f. und 34 f.).
- 4 Hätte aus der Einleitungsanzeige vom 03.08.2009 hervorgehen sollen, dass mit „Konsortium Lanzelot“ nur der Kläger gemeint sei, wäre dies für die Beklagte nicht erkennbar gewesen (vgl. zum „Correct Description but Wrong Name“-Test CROOKENDEN, *Arbitration International* 2009, 209 ff.), da sich der Kläger auf einen Anspruch aus einem Vertrag zwischen der Beklagten einerseits und allen drei Konsorten andererseits berief (K-2) und vor ein Schiedsgericht trat, dessen Zuständigkeit durch diesen Vertrag begründet sein sollte. Weil selbst geringfügige Zweifel an der Gewissheit der Gegenpartei über den Irrtum in der Parteibezeichnung eine redaktionelle Berichtigung ausschliessen (BGE 131 I 57 E. 2.3), kann der Kläger somit ohne Zulässigkeit eines echten Parteiwechsels nicht Partei des Verfahrens geworden sein.

1.3 Unzulässigkeit des Parteiwechsels

- 5 Der Kläger alleine wird nicht vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel erfasst (vgl. dazu N 8 ff.; K-2 Ziff. 11). Die Änderung der Parteibezeichnung sprengt daher den Rahmen der Schiedsklausel, weshalb sie nach Art. 20 Ziff. 1 SchO unzulässig ist (vgl. CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, 468; Himpurna/PLN, YCA 2000, 29; Gegenüberstellung Art. 20 SchO und Art. 20 UNCITRAL: Zürcher Handelskammer, ASA Bull. 2008, 733).
- 6 Ohnehin darf nach Eintritt der Rechtshängigkeit die Klage ohne Zustimmung der Gegenpartei zu deren Nachteil nicht verändert werden (BERGER/KELLERHALS, N 929; RÜEDE/HADENFELDT, 218; Art. 20 Ziff. 1 SchO), wobei die Beklagte entgegen Klageschrift 2 N 7 dem Parteiwechsel *nicht zugestimmt* hat (Einleitungsantwort Ziff. 11). Da es für den Eintritt der *Rechtshängigkeit* i.S.v. Art. 3 SchO i.V.m. Art. 181 IPRG (BERGER/KELLERHALS, N 940 und dort FN 21) genügt, dass durch die Einleitungsanzeige die Konstituierung und Bildung des Schiedsgerichts in Gang gesetzt wurde (vgl. Zuberbühler/Müller/Habegger-GILLIÉRON/PITTET, Art. 3 N 6; Zuberbühler/Müller/Habegger-BERGER, Art. 18 N 6; BSK IPRG-VOGT, Art. 181 N 8; vgl. auch OETIKER, N 100 f.), trat die Rechtshängigkeit mit Eingang der Einleitungsanzeige vom 03.08.2010 beim Schiedsgericht ein (Art. 3 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 SchO; Zuberbühler/Müller/Habegger-GILLIÉRON/PITTET, Art. 3 N 5). Selbst wenn eine Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Einleitungsanzeige die Rechtshängigkeit verhindert hätte, wäre sie durch die Ergänzung vom 17.08.2009 rückwirkend auf den 03.08.2009 eingetreten (Art. 3 Ziff. 5 SchO; entgegen Klageschrift 8 N 18 ff.). Entgegen Klageschrift 2 N 7 ist ein Parteiwechsel *für die Beklagte nachteilig*, weil er eine die Verteidigungsposition erschwerende Unsicherheit über die Identität der Gegenpartei schaffen und den Verlauf des Verfahrens in unzulässiger Weise stören würde (vgl. Harris International Telecommunications/Iran, Iran-US CTR 1987 (IV), 55 f.).
- 7 Unter all diesen Gesichtspunkten ist dieser Parteiwechsel somit nicht zu vollziehen. Zudem darf bei der Betrachtung aller Umstände (vgl. Art. 20 Ziff. 1 Satz 1 a.E. SchO) nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Kläger diese Situation durch das erst nachträgliche Ersuchen um die Zustimmung der Mitkonsorten selbst zu verantworten hat (vgl. CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, 471 ff.; Himpurna/PLN, YCA 2000, 29; International Schools Services/Iran, Iran-US CTR 1986 (I), 12; Harris International Telecommunications/Iran, Iran-US CTR 1987 (IV), 55 f.; UPS/Canada, N 131 und Art. 15 Ziff. 1 SchO; UNCITRAL Analytical Commentary on Draft Text, Art. 23 N 4).

Frage 2: Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht gegeben

- 8 Nach Art. 21 Ziff. 1 SchO und Art. 186 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit. Diese bestimmt sich nach der Tragweite der gültigen Schiedsabrede (SCHNYDER/LIATOWITSCH, § 17 N 496; VOGEL/SPÜHLER, Kap. 14 N 55). Ob die Schiedsvereinbarung auch eine Verfahrenseinleitung im Alleingang abdeckt, ist eine Frage ihres *subjektiven Geltungsbereichs*, welche parallel zu jener der Aktivlegitimation beantwortet werden muss (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 330 ff.; BGE 128 III 50 E. 2b/bb).
- 9 Das Konsortium Lanzelot ist – wie vom Kläger richtig erkannt – als einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR zu qualifizieren (vgl. N 12 f.; Klageschrift 2 N 7, 18, 20). Das Konsortium selbst kann mangels Rechtsfähigkeit (N 14) nicht Partei der Schiedsvereinbarung geworden sein. Der Kläger hat aber die Schiedsabrede namens des Konsortiums abgeschlossen und damit neben sich auch die weiteren Mitglieder des Konsortiums durch direkte Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR (i.V.m. Art. 543 Abs. 2 OR; K-1 Ziff. 5.2) daran beteiligt (vgl. Klageschrift 2 N 17), auch wenn sie selber nicht unterschrieben haben (Art. 178 Abs. 1 IPRG: Nachweisbarkeit durch Text genügt; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 15; BGE 128 III 50 E. 2b; CCIG, ASA Bull. 2003, 797). Zudem ergäbe sich eine Bindung der Konsorten an die Schiedsvereinbarung aus Treu und Glauben (BGE 121 III 38 E. 3): Gemäss K-20, K-21 und K-22 fühlen sich die Rabig (Schweiz) AG und die Hydrex AG an die Schiedsklausel gebunden, was der Kläger anerkennt, wie sein Ersuchen (K-20) zeigt. Die Gesellschafter des Konsortiums bilden eine notwendige Streitgenossenschaft bzgl. der Ansprüche der Gesamthandschaft (N 14); da der subjektive Geltungsbereich der Schiedsabrede im Wesentlichen den dieser zugrundeliegenden materiellen Ansprüchen folgt (vgl. N 8), kann sich nur die notwendige Streitgenossenschaft darauf berufen (Art. 544 Abs. 1 OR). Partei soll nun aber nach dem Willen des Klägers offenbar nicht die Gesamthandschaft der Konsorten werden, sondern er alleine. Er selbst wird nicht vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsabrede erfasst, weshalb ihm der Gang vor das angerufene Schiedsgericht zu verwehren ist (vgl. N 5).
- 10 Auch wenn das Gericht im Konsortium keine einfache Gesellschaft erblickte, könnte sich der Kläger nicht im Alleingang auf die Schiedsabrede berufen: Schiedsvereinbarungen sind so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 130 III 66 E. 3.2). Der Vertrag K-2 wurde vom Kläger im Namen des Konsortiums abgeschlossen (Titel K-2 und Unterschrift für Konsortium). Durch die ausschliessliche Nennung des Konsortiums als Vertragspartner der Beklagten wurde dessen Einheit betont und der Eindruck vermittelt, das Konsortium als solches wolle als Gläubiger bzw. Schuldner der je-

weiligen Leistungen auftreten (vgl. N 12 f.). So geht aus K-2 Ziff. 9 eine Haftung des Konsortiums als solchem hervor. Die Beklagte durfte daher bei Abschluss der Vereinbarung annehmen, dass ihr in einem Schiedsverfahren als Klägerschaft nur die drei Konsorten gemeinsam gegenüberstünden und nicht der Kläger alleine (vgl. BGE 116 II 707 E. 1b ff.; N 21, N 53).

- 11 Auch für die Absetzung eines Liquidators ist das Schiedsgericht (entgegen Klageschrift 2 N 35) nicht zuständig. Es wäre vorweg eine eigenständige Klage des Klägers gegen die Rabig (Schweiz) AG – welche i.c. nicht einmal Prozesspartei ist – einzuleiten, die ansonsten vorliegende Klageänderung ist analog N 5 ff. nicht zulässig. Dieses Verfahren könnte sich zudem nicht auf die in K-2 enthaltene Schiedsabrede stützen (Art. 20 Ziff. 1 SchO; Zuberbühler/Müller/Habegger-BERGER, Art. 20 N 9 f. und N 13 ff.).

Frage 3: Der Kläger ist nicht aktivlegitimiert

3.1 Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch steht diesem nicht alleine zu

- 12 Das Konsortium bildet, wie von der Klägerschaft richtig erkannt (Klageschrift 2 N 7, 18, 20), eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR: Die Konsorten haben sich i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR vertraglich (K-1) zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Lösung des Anhaftungsproblems der Beklagten, K-1 Ziff. 1.1) mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln verpflichtet. Dafür spricht (vgl. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 201 ff.; BGE 104 II 108 E. 2 *e contrario*) das Auftreten unter gemeinsamem Namen „Konsortium Lanzelot“, das die Zusammengehörigkeit der Konsorten unterstreicht, ebenso die gemeinsame Korrespondenzadresse (K-1 Ziff. 3.1), das gemeinsame Konto (K-1 Ziff. 7.1), die Ernennung eines gemeinsamen Geschäftsführers (K-1 Ziff. 5), die allseitige Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen (vgl. K-1 Appendix Nr. 1 für die Rabig [Schweiz] AG, Beschluss Nr. 2 vom 23.10.2009 Ziff. 9 für die Hydrex AG und den Kläger; vgl. zum weiten Beitragsbegriff MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 39) und die Regelung der Gewinnverteilung (K-1 Ziff. 7.5 f.).
- 13 Ein blosses schuldrechtliches Austauschverhältnis zwischen den Konsorten kommt nicht in Frage, da nicht Leistungen ausgetauscht, sondern im Hinblick auf die gemeinsame Zweckerreichung miteinander koordiniert und zusammengefügt werden sollten (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 85): Kein Konsortialmitglied leistete, um von einem Mitgesellschafter eine Gegenleistung zu erhalten; alle erbrachten ihre Leistungen im Hinblick auf das gemeinsame Ziel (K-1 Ziff. 1.1). Ein Geschäftsbesorgungsvertrag liegt ebensowenig vor, da der Kläger nicht bloss Geschäftsbesorger seiner Mitgesellschafter war: Das in K-1 Ziff. 1.1 genannte Ziel ist mindestens ebenso sein Ziel wie dasjenige seiner Mitkonsorten (es liegt eine Interes-

sengemeinschaft vor; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 86). Im Gegensatz zu einem partiarischen Rechtsgeschäft haben die Konsorten schliesslich ein gemeinsames Ziel und verfolgten dieses mit gemeinsamen Mitteln (K-1 Ziff. 1.1), traten gegen aussen als Einheit „Lanzelot“ auf (K-1 Ziff. 3.1) und bezeichneten ihren Vertrag als Konsortialvertrag (zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 91 ff.; vgl. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 77 ff.).

- 14 Als Rechtsfähigkeit wird die den natürlichen und juristischen Personen zukommende Fähigkeit bezeichnet, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein (Art. 11 und 53 ZGB; HUGUENIN, OR AT, N 133). Das Konsortium ist keine natürliche Person und lässt sich keiner juristischen Person zuordnen (Art. 530 Abs. 2 OR; *numerus clausus*: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 2 f.), ihm geht daher die Rechtspersönlichkeit ab. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch stünde somit vermutungsweise den Konsorten als Gesamthändern und nur in notwendiger Streitgenossenschaft zu (Art. 652 ff. ZGB i.V.m. Art. 544 Abs. 1 OR; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 544 N 22 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 17; VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N 50 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 N 26; Klageschrift 2 N 7, 18, 20, 24 und 34). Solange nicht alle notwendigen Streitgenossen klagen, darf der Klage nicht stattgegeben werden (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 45). Der von der Rechtsprechung als Ausnahme davon geduldete Fall, dass nur einzelne Gesamthänder in eigenem Namen Klage erheben dürfen, solange die anderen als Beklagte ihre Interessen im Prozess verteidigen können (vgl. HGer Zürich, ZR 2009, 261 f.), liegt nicht vor, da zwei der drei Konsorten am Schiedsverfahren nicht beteiligt sind. Auch hat sich die Rabig (Schweiz) AG entgegen Klageschrift 2 N 7 einem Urteil nicht im Voraus unterworfen (K-21, Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 17.08.2009 Ziff. 13). Mit dem Kläger alleine hat daher „nicht die richtige Partei, sondern gewissermassen nur ein Teil dieser Partei, somit die falsche Partei“ (WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 N 24) das Schiedsverfahren eingeleitet.

3.2 Der Kläger verfügt nicht bloss über seine ideelle Quote

- 15 Rechte aus K-2 stünden den Konsorten vermutungsweise zur gesamten Hand zu (vgl. N 14). Im internen Verhältnis kann zwar vom Prinzip der Gesamthandschaft abgewichen und eine Miteigentums- bzw. Bruchteilsgemeinschaft vereinbart werden (vgl. Klageschrift 4 N 21 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 17 f.). Eine solche Vereinbarung ist i.c. aber nicht ersichtlich: K-1 Ziff. 7.5 betrifft nur die Liquidation des gemeinsamen Kontos, es handelt sich um eine Verteilungsregelung i.S.v. Art. 533 Abs. 1 bzw. Art. 549 Abs. 1 OR. Da die Gesellschafter selbst Unsicherheitselemente bzgl. des Anteils der einzelnen Gesellschafter an der Gesamtleistung des Konsortiums und damit am Erlös sowie bzgl. der von der Beklagten als

Auftraggeberin berechtigterweise vorgenommenen Abzüge, welche die Konsorten unterschiedlich belasten würden, in ihrem Gesellschaftsvertrag eingeführt haben, kann (entgegen Klageschrift 4 N 22) nicht gesagt werden, damit wären feste Bruchteile vereinbart worden. Das Konsortium ist somit eine Gesamthandschaft.

- 16 *Eventualiter*: Bei Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft könnte der Gesellschafter im Aussenverhältnis nur über seine ideelle Quote verfügen, nicht über den Vermögensgegenstand selbst (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 15, § 2 N 73 erster Spiegelstrich). Mit der Klage will der Kläger aber gerade letzteres tun (entgegen Klageschrift 4 N 21 f.). Diese ist auch keine Vertretungshandlung i.S.v. Art. 648 Abs. 1 ZGB, bei der „[d]er Miteigentümer ... nicht zum gesetzlichen Stellvertreter für die anderen Miteigentümer [wird] ..., sondern ... das Recht zur Fürsorge für die Sache in einem bestimmten Ausmasse [erhält]“ (BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 648 N 4): Dabei ginge es um die Abwehr von Angriffen Dritter auf die gemeinsame Rechtssphäre (ZK ZGB-HAAB, Art. 648 N 2; PERRUCHOUD, N 215 f.). Das vom Kläger eingeleitete Verfahren gilt jedoch nicht der Erhaltung der Forderung (anders z.B. ein Präventendenstreit), sondern deren Verflüssigung bzw. Umwandlung. Die Klageerhebung stellt daher eine Verfügung i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB dar, welche einer Veräusserung oder Belastung gleichkommt, da sie zum Untergang der Forderung führen kann (vgl. BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, Art. 648 N 25; HGer Zürich, ZR 2009, 262; Art. 648 Abs. 1 ZGB gilt nur „insoweit ... als es mit den Rechten der andern verträglich ist“). Nach Art. 648 Abs. 2 ZGB, welcher „den Miteigentümer vor Rechtshandlungen anderer Miteigentümer, welche seinen Eigentumsanteil beeinträchtigen können“, schützen soll (KGer Graubünden, PKG 1983, 23), bräuchte der Kläger die Mitwirkung aller Gesellschafter, welche i.c. nicht vorliegt (K-21, K-22): Die Klageeinleitung als den Vermögenswert gefährdende Verfügung muss der Einstimmigkeit unterliegen (BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, Art. 648 N 26). Aus K-1 Ziff. 7.5 folgt zudem keine abweichende Regelung zu Art. 648 Abs. 2 ZGB.

3.3 Die Verfahrenseinleitung durch den Kläger ist keine Geschäftsführungsmassnahme

- 17 Unter Geschäftsführung wird „jede auf die Förderung und Verwirklichung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit“ verstanden (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 112; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 535 N 1). Mit der Bezahlung der eingeklagten Summe an den Kläger rückte die Erfüllung des Gesellschaftszwecks (K-1 Ziff. 1.1) jedoch nicht näher, und da er das Verfahren in eigenem Namen führt (er verlangt die Zahlung an sich alleine, vgl. Rechtsbegehren in der Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 17.08.2009), kann ihm nicht einmal ein Wille zur Vertretung der Gesellschaft zugeschrieben werden (vgl. BK OR-FELLMANN/

MÜLLER, Art. 543 N 17; BGE 4C.191/2003 E. 1.2; vgl. auch N 22 f.). Aus demselben Grund trüge die Bezahlung an den Kläger gerade nicht zu einer Zusammenfassung des Vermögens hinsichtlich einer Liquidation bei (entgegen Klageschrift 2 N 31 ff.).

3.4 Eventualiter: Ausserordentliche Geschäftsführung

- 18 Läge mit der Klageeinleitung eine Geschäftsführungsmassnahme vor, dann nur eine aussergewöhnliche, was Klageschrift 2 N 22 anerkennt (Art. 535 Abs. 3 OR; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 87; BVGer, B-2561/2009 E. 3.5; einstimmige Beschlussfassung notwendig: N 16). Im Hinblick auf das Konfliktpotenzial und die Auswirkungen auf den Bestand der Gesellschaft kann zur Wahrung der Interessen aller Konsorten auf eine ordentliche Willensbildung nicht verzichtet werden (vgl. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534-535 N 35 Spiegelstrich 10; HGer Zürich, ZR 2009, 262; BGE 114 II 310 E. 2a). Zudem muss angesichts der in K-1 Ziff. 5.2 genannten Handlungen, welche die Gesellschafter als offenbar aussergewöhnliche Handlungen neben Ziff. 5.1 speziell regelten, auch die Klageeinleitung, zu welcher der Kläger dort nicht ermächtigt wurde, als ausserordentliche Geschäftsführungshandlung gelten (vgl. BGE 4C.191/2003 E. 2.2). Sie erfordert somit die Einwilligung aller Gesellschafter (Art. 535 Abs. 3 OR; BGE 116 II 49 E. 4a), welche bis heute fehlt (Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 17.08.2009 Ziff. 13; K-21). Dass eine solche erteilt werden *könnte*, führt nicht zur Aktivlegitimation des Klägers (entgegen Klageschrift 2 N 27).
- 19 Entgegen der Ansicht des Klägers ist keine Gefahr im Verzug, welche das Abwarten einer Zustimmung unzumutbar machen würde (Klageschrift 2 N 23; Art. 535 Abs. 3 OR), weil „der Gesellschaft ohne sofortiges Handeln ein erheblicher Nachteil, insbesondere ein Schaden, droht[e]“ (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 243). Zeit für die Einholung der Einwilligung aller Gesellschafter dürfte dabei nämlich nicht mehr bleiben (z.B. bei unmittelbarem Ablauf einer Frist, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 243). Entgegen Klageschrift 2 N 24 f. könnte die Gefahr daher nicht in der Möglichkeit einer Verweigerung der Zustimmung durch die anderen Gesellschafter als solcher, sondern nur in einem aus deren Einholung resultierenden Zeitverlust liegen. Ein drohender Verlust der behaupteten Forderung durch Zeitablauf legte die Klägerschaft aber nicht dar (die Beweislast für die Gefahr trüge der Kläger: BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 244). Art. 535 Abs. 3 OR ersetzt zudem nur die Einwilligung nicht rechtzeitig erreichbarer Gesellschafter (vgl. MünchKommHGB-RAWERT, § 115 N 28). I.c. waren die Konsorten jedoch erreichbar (vgl. K-21, K-22), und durch die Zustimmungsverweigerung der Rabig (Schweiz) AG wurde dem Kläger die Notgeschäftsführungs-

befugnis endgültig genommen, was sogar bei der Behauptung gälte, die Rabig (Schweiz) AG hätte sich damit vertragswidrig verhalten (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534-535 N 37).

- 20 Somit wäre die Zustimmung aller Gesellschafter nur dann entbehrlich, wenn deren Verweigerung als pflichtwidrig oder grundlos erschiene (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 100). Pflichtwidrig ist ein Handeln, welches dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft, insofern treuwidrig und missbräuchlich ist (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 99). Entgegen der Ansicht des Klägers (Klageschrift 2 N 33) liegt kein solches Verhalten vor: Da der Rabig (Schweiz) AG im Zeitpunkt der Klageeinleitung keine konkreten Auskünfte bzgl. des Inhalts der Klage vorlagen (K-21), konnte dieser eine Zustimmung ohne genügende Aufklärung im Hinblick auf die solidarische Haftung der einfachen Gesellschaft (Art. 544 Abs. 3 OR), auf das jedem Prozess inhärente Risiko des Anspruchsverlusts bei unsorgfältiger Prozessführung (vgl. BGE 119 Ia 342 E. 2a; HGer Zürich, ZR 2009, 262) und die vom Unterliegenden zu tragenden Verfahrens- und Parteikosten nicht zugemutet werden. Behauptete der Kläger, die Rabig (Schweiz) AG stehe in einer Interessenkollision, handelte er damit entgegen Klageschrift 4 N 26 f. und Klageschrift 7 N 44 ff. selbst rechtsmissbräuchlich (*venire contra factum proprium*, Art. 2 Abs. 2 ZGB), denn diese Verhältnisse waren von Anfang an transparent. Ohnehin berechtigte eine Interessenkollision eines Gesamthänders per se noch nicht dazu, diesen bei der Beschlussfassung zu übergehen (BGE 125 III 219 E. 1c f.).

3.5 Eventualiter: Bei Verneinung einer einfachen Gesellschaft

- 21 Ginge das Gericht nicht von einer einfachen Gesellschaft aus, so wäre K-2 dennoch im Namen des Klägers, der Rabig (Schweiz) AG und der Hydrex AG abgeschlossen worden. Da unklar ist, wem der behauptete Anspruch innerhalb des Konsortiums zustünde – die Rabig (Schweiz) AG hat sich zu ihrem Anteil am behaupteten Anspruch nicht geäußert (K-21), das diesbzgl. in der Klageschrift 2 N 24 Vorgebrachte ist eine reine Mutmassung und nicht belegt –, können die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Konsorten und der Beklagten bis zu weiterer Klärung nur einheitlich festgestellt werden: Es besteht eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N 47; vgl. oben N 14). Der Beklagten wäre es nicht zuzumuten, sich möglicherweise gegen alle einzeln klagenden Konsorten verteidigen zu müssen; eine Klageabweisung gegenüber einem Mitglied des Konsortiums muss auch gegenüber den anderen Konsorten Bestand haben (vgl. BGE 121 III 488 E. 2d; BGE 107 III 91 E. 3). Schliesslich wurde die Beklagte zur Zahlung der Raten an das Konsortium als Gesamtheit verpflichtet (vgl. K-2 Ziff. 8; K-1 Ziff. 7) und nicht an einen spezifischen Leistungserbringer,

was den Anschein einer einfachen Gesellschaft und somit einer Gesamthandschaft erweckte (N 10, N 53); klagen müsste daher die Gesamthandschaft (vgl. BGE 116 II 707 E. 1b).

3.6 Unzulässige Prozessstandschaft

- 22 Der Kläger leitete die Klage in eigenem Namen ein und verlangte Leistung an sich (vgl. Ergänzung zur Einleitungsanzeige vom 17.08.2009 Ziff. 14). Er müsste aber als Vertreter aller Gesellschafter aufgetreten sein, andernfalls läge aufgrund der Geltendmachung eines fremden Rechts (er selbst ist nicht aktivlegitimiert, vgl. N 14) in eigenem Namen eine Prozessstandschaft vor (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N 37). Die Zulässigkeit einer solchen bestimmt sich nach dem anwendbaren materiellen Recht (OETIKER, N 464 ff.); dem schweizerischen Recht (vgl. N 1) sind gewillkürte Prozessstandschaften jedoch fremd und für eine gesetzliche bestehen keine Anhaltspunkte (HABSCHEID, N 277; MEIER, 159 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 25 f.; VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N 37 ff.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 9 N 4 f. und dort FN 17 f.). Ohnehin dürfte der Kläger nur Leistung an das Konsortium, nicht aber an sich selbst verlangen; eigene Ansprüche müsste er gegenüber dem Konsortium bzw. dessen Mitgliedern geltend machen (vgl. HGer Zürich, ZR 2009, 262 f., der dort zu einem anderen Ergebnis führende Sonderfall der Verschmelzung der Klagen Gläubiger-gesellschafter/Gesellschaft und Gesellschaft/Schuldner-gesellschafter liegt nicht vor).
- 23 Selbst wenn man entgegen N 15 das Konsortium als Bruchteilsgemeinschaft qualifizierte und die Verfahrenseinleitung unter Art. 648 Abs. 1 ZGB subsumierte, läge damit keine (zulässige) gesetzliche Prozessstandschaft vor (PERRUCHOUD, N 289): Während bei einer solchen Vertretung die rechtliche Wirkung eines entsprechenden Urteils auf die am Prozess teilnehmenden Miteigentümer beschränkt ist (ZK ZGB-HAAB, Art. 648 N 2; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 648 N 4 und N 10), wirkt der Prozessstandschafter gerade auf die Rechtsverhältnisse eines nicht am Prozess teilnehmenden Dritten ein (vgl. nur VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N 37). Auf die Klage ist somit aufgrund unzulässiger Prozessstandschaft nicht einzutreten.

Frage 4: Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte

4.1 Es liegt kein gültiger Vertrag vor

4.1.1 Absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR durch den Kläger

- 24 Der Kläger gab gegenüber der Beklagten bei Vertragsabschluss vor, die Lösung des Anhaftungsproblems bereits zu kennen (K-2 Ziff. 1: „Lanzelot hat eine Lösung gefunden...“, 3, 6), womit er unrichtige Tatsachen vorspiegelte (HUGUENIN, OR AT, N 493 f.; BGE 132 II

161 E. 4.1) und damit eine absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) beging: Wie die zahlreichen Versuche an den Druckmaschinen und die Verbesserungsvorschläge zeigen (K-3 bis K-6, K-9, K-12), versuchte er diese Lösung erst später zu entwickeln. Dem Kläger musste aber bekannt gewesen sein, dass er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht über eine Lösung für das Problem verfügte; gleichzeitig brachte er gegenüber seiner Vertragspartnerin vor, dies sei der Fall. Daher musste er deren Irrtum (N 25) in Kauf genommen und mit *dolus eventualis* gehandelt haben (dies genügt: HUGUENIN, OR AT, N 497; BGE 53 II 143 E. 1a). Die Widerrechtlichkeit ist bei einer absichtlichen Täuschung gegeben; Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des Klägers liegen nicht vor (vgl. HUGUENIN, OR AT, N 496).

25 Die Beklagte befand sich zumindest in einem Motivirrtum (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 767), da sie von der unmittelbaren Umsetzbarkeit der Lösung ausging (K-16). Das täuschende Verhalten war kausal (i.S.v. N 34) für diesen Irrtum, welcher seinerseits den Vertragsschluss bewirkte, da die Beklagte bei Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse den Vertrag nicht so eingegangen wäre (K-16; BGE 129 III 320 E. 6.3). Die Erkennbarkeit dieses Irrtums für den Kläger ist unerheblich (HUGUENIN, OR AT, N 485; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 781, 786); sie wäre aber gegeben, da die Beklagte für den Kläger erkennbar eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses funktionstaugliche Lösung übernehmen wollte (K-2 Ziff. 1, 3 und 6.1).

4.1.2 Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR der Beklagten

26 Die Beklagte befand sich in einem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ihr Motivirrtum (N 24 f.) war nämlich subjektiv wesentlich, da der Bestand des Wissens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Beklagte eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss bildete (K-2 Ziff. 1, 3, 6.1; vgl. HUGUENIN, OR AT, N 483; BGE 95 II 407 E. 1): Diese war nicht an einer langwierigen Entwicklung interessiert, sondern wollte nur eine bereits funktionstaugliche Lösung zur Umsetzung übernehmen (K-16). Objektive Wesentlichkeit eines Irrtums ist dann gegeben, wenn der vorgestellte Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertrauensgrundlage des Vertrags betrachtet werden durfte (HUGUENIN, OR AT, N 484; BGE 127 V 301 E. 3c), wenn also vom irrtümlich vorgestellten Sachverhalt der Wert der Vertragsleistung abhängt (HEIZ, 69; BGE 84 II 515 E. 3). Dass der Kläger aufgrund bereits bekannter Lösung den Vertrag besonders schnell und zuverlässig erfüllen könnte, muss als eine solche Tatsache betrachtet werden. Zur Erkennbarkeit vgl. N 25.

4.1.3 Folgen

- 27 Mit K-16 hat die Beklagte den für sie unverbindlichen (Art. 23 bzw. Art. 28 Abs. 1 OR) Vertrag wegen Täuschung bzw. Irrtum angefochten und dabei den Grund der Anfechtung genügend substantiiert (vgl. HUGUENIN, OR AT, N 519; SCHWENZER, N 39.14 ff.; BGE 106 II 346 E. 3a); der Vertrag entfällt *ex tunc* (HUGUENIN, OR AT, N 527; BGE 132 III 242 E. 4.1).
- 28 Es liegt kein Dauerschuldverhältnis vor (richtig: Klageschrift 2 N 37): Der Kläger sollte nicht für seine Entwicklungstätigkeit bezahlt werden, sondern für die Übergabe einer funktions-tauglichen Lösung (einmaliges Austauschverhältnis, HILTY, 82). Der Umfang der geschuldeten Gesamtleistung hing nicht von der Zeitspanne ab, während der sie zu erbringen war (BGE 128 III 428 E. 3b): Die Raten sollten nicht ein Tätigwerden des Klägers entschädigen, sondern waren von der Übergabe der Lösung abhängig (K-16). *Eventualiter*: Auch bei einem Dauerschuldverhältnis müsste eine Auflösung *ex tunc* erfolgen, da der Kläger keine für die Beklagte verwertbaren Leistungen erbrachte (BUCHER, 385; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2815; SCHWENZER, N 39.25; KGer Wallis, RVJ 2008, 185; N 37; entgegen Klageschrift 2 N 77). Die Beklagte konnte somit keinen Vertrag verletzt haben, da kein solcher bestand.

4.2 Eventualiter wegen Vertragsauflösung keine Vertragsverletzung durch die Beklagte

4.2.1 Vertragsgegenstand

- 29 Es ist nicht vom Bestand eines gültigen Vertrags auszugehen (N 27 f.). Eventualiter handelte es sich bei K-2 um einen Innominatkontrakt (Know-How-Vertrag, vgl. HUGUENIN, OR BT, N 1440). Angesichts der Tatsache, dass dieser hauptsächlich die Übernahme von im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenem Wissen regelt (K-2 Ziff. 1, 3 und 6.1; gemäss K-16 war die Beklagte nicht gewillt, die Entwicklung der Lösung zu finanzieren) und damit die kaufrechtlichen gegenüber den werkvertraglichen Elementen überwiegen (zur Abgrenzung GAUCH, N 127; HUGUENIN, OR BT, N 50), steht bei der Lösung des vorliegenden Falles die (analoge) Anwendung des Kaufvertragsrechts im Vordergrund (richtig: Klageschrift 2 N 37).
- 30 Bei der zu übergebenden Lösung als Vertragsgegenstand handelt es sich nicht um eine Ware i.S.v. Art. 1 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 CISG, da mit ihr die dafür geforderte bewegliche körperliche Sache nicht vorliegt (Schlechtriem/Schwenzer(2008)-FERRARI, Art. 1 N 34; Staudinger-MAGNUS, Art. 1 N 46 und N 56; BRUNNER, Art. 2 N 2; Witz/Salger/Lorenz-LORENZ, Art. 1 N 5 f.), obwohl das Wissen nach K-2 Ziff. 6.1 schriftlich mitgeteilt werden sollte: Die Übertragung des Eigentums am Träger dieser Schrift hätte gegenüber dem Zugänglichmachen der darin enthaltenen Information eine derart untergeordnete Bedeutung, dass nicht von einer

körperlichen Sache als Gegenstand des Kaufs gesprochen werden kann und daher das CISG nicht zur Anwendung kommt (vgl. OLG Köln, RIW 1994, 791). Im Vordergrund stand beim Vertrag nicht, dass der Kläger der Beklagten gegen Bezahlung ein Schriftstück zu übergeben hatte, sondern dass er ihr seine Lösung verriet (übergab), indem er diese erläuterte, demonstrierte und schriftlich festhielt (K-2 Ziff. 6.1). In diesem Zusammenhang verlangt das CISG eine endgültige Übertragung von Wissen (wohl analog der Übertragung von Waren), während der Beklagten hauptsächlich eine bloße Nutzungsmöglichkeit eingeräumt worden wäre (vgl. Staudinger-MAGNUS, Art. 1 N 46, K-2 Ziff. 10). Nur ausnahmsweise gilt ein unkörperlicher Gegenstand als Ware i.S. des CISG, nämlich wenn er „gewöhnlich in einer materialisierten Form ... gebraucht“ wird (Staudinger-MAGNUS, Art. 1 N 56). Die von der Beklagten gekaufte Lösung ist aber – anders als z.B. die Software von einem körperlichen Datenträger – nicht von einem Schriftstück abhängig, hätte sie doch auch ohne Verschriftlichung einen Wert. Ganz allgemein wird der Kauf von Know-How nicht als Kauf von Waren i.S. des CISG verstanden, solange es „nicht Bestandteil eines körperlichen Mediums ist“ (Schlechtriem/Schwenzer(2008)-FERRARI, Art. 1 N 36, N 38; Schlechtriem/Schwenzer(2010)-SCHWENZER/HACHEM, Art. 1 N 19). Das Schriftstück selbst verkörpert die Lösung jedoch noch nicht, da die Kombination von Schrift und Inhalt so beliebig ist, dass Mängel der ersteren nie auch zweitere beschlagen. Da die technische Umsetzung als Verkörperung der Lösung aber in die Kompetenz der Beklagten fiel (K-2 Ziff. 6.2), kommt das CISG nicht zur Anwendung.

4.2.2 Keine Pflichtverletzung durch Nichtvornahme der Erprobung

4.2.2.1 Kein Vertrag wegen Rücktritts (aliud), somit keine Leistungspflicht

- 31 Sollte das Gericht von der Gültigkeit des ursprünglichen Vertrags ausgehen, hätte der Kläger den Vertrag nicht erfüllt. Bei der vom Kläger angebotenen Leistung handelt es sich um ein *aliud* (vgl. ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192-204 N 376 ff.): Versprochen war die Übergabe einer fertig entwickelten Lösung, welche für eine Umsetzung reif wäre (K-2 Ziff. 1). Diese hätte bereits nach Vertragsschluss (K-2 Ziff. 6.1) schriftlich mitgeteilt werden sollen, sodass eine sofortige Implementierung in den Produktionsprozess möglich gewesen wäre. Eine Übergabe einer fertigen Lösung wurde aber nicht vorgenommen: Tatsächlich scheint die vom Kläger angebotene Leistung nur in einer Entwicklungstätigkeit bestanden zu haben (vgl. K-3; Versuche und Vorschläge K-4 bis K-7, K-9, K-12), was entgegen der Vorbringen des Klägers (Klageschrift 2 N 48) nicht der geschuldeten Leistung entspricht. Damit erfüllte er den Vertrag nicht und geriet in Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR): Die Erfüllung blieb aus; die Fälligkeit der Forderung trat bereits mit Vertragsabschluss ein, wobei kein Leistungsverweige-

rungsrecht für den Kläger bestand, da er vorleistungspflichtig war (K-2 Ziff. 6.1; vgl. HUGUENIN, OR AT, N 650 ff.). Eine Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) war (entgegen Klageschrift 2 N 48) analog Art. 108 Ziff. 1 OR nicht nötig, da die erfolglosen Versuche des Klägers seit Mai 2008 (vgl. Versuche und Vorschläge K-3 bis K-7, K-9, K-12) offenbarten, dass er nicht in der Lage (B-4), geschweige denn gewillt (vgl. K-15) war, innert angemessener Frist die Leistung zu erbringen (vgl. BGE 110 II 141 E. 1b; HUGUENIN, OR AT, N 669).

- 32 Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen wie dem Vorliegenden eröffnen sich der Gläubigerin (i.c. der Beklagten) die Wahlrechte nach Art. 107 ff. OR (HUGUENIN, OR AT, N 679 ff.). Die Hauptleistungspflicht des Klägers (Übergabe des Wissens) und die Hauptleistungspflicht der Beklagten (Bezahlung von Geld) standen in einem Austauschverhältnis (*Synallagma*; vgl. HUGUENIN, OR AT, N 79; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 257). I.c. trat die Beklagte am 25.01.2009 (K-16) vom Vertrag gemäss Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR zurück. Eine Nachfristansetzung erübrigte sich wie schon eine Mahnung gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR (antizipierter Vertragsbruch; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2722; BGE 4C.58/2004 E. 3.1; N 31). Der Vertrag wurde damit *ex tunc* aufgelöst (vgl. Klageschrift 2 N 37; HUGUENIN, OR AT, N 691). Ein Verschulden des Schuldners für den Rücktritt vom Vertrag wird nicht vorausgesetzt (Art. 107 Abs. 2 OR; HUGUENIN, OR AT, N 691). Zu den finanziellen Folgen vgl. N 49.
- 33 Ginge das Gericht von einem Dauerschuldverhältnis aus, müsste die Beklagte analog N 28 dennoch *ex tunc* vom Vertrag zurücktreten können, da die „Lösung“ für sie wertlos ist (B-4).
- 34 Sollte sich der Kläger auf die Unmöglichkeit der versprochenen Leistung berufen (vom Schuldner zu vertretende subjektive Unmöglichkeit; zum Verschulden vgl. unten), so wären nach einer in der Literatur vertretenen Meinung die Verzugsregeln nach Art. 102 ff. OR (N 31 ff.) anwendbar (ZK OR-AEPLI, Art. 119 N 49; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2575 ff.). Eine andere Lehrmeinung will nach den Regeln von Art. 97 ff. OR vorgehen (HUGUENIN, OR AT, N 582; SCHWENZER, N 64.19 ff.; BK OR-WEBER, Art. 97 N 121 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 13 und Art. 119 N 5; vgl. auch BGE 82 II 332 E. 5). Diese Voraussetzungen lägen ebenfalls vor: Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR liegt i.c. darin, dass der Kläger die versprochene Lösung nicht leistete (vgl. K-2 Ziff. 1, 3 und 6.1). Unter Schaden versteht man eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens (Differenzhypothese; HUGUENIN, OR AT, N 607 ff.; BGE 120 II 296 E. 3b), i.c. ist dies die Abnahme der Aktiven der Beklagten durch die Zahlung der zwei Raten. Da die vertragsverletzende Handlung des Klägers nicht hinweg gedacht werden könnte, ohne dass der Schaden entfiel, und das Verhalten des Klägers nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem übli-

chen Lauf der Dinge geeignet ist, einen Schaden von der Art des Eintretenen zu verursachen, sodass dieser durch dieses Verhalten als allgemein begünstigt erscheint, ist das Verhalten des Klägers natürlich und adäquat kausal für den Schaden (vgl. HUGUENIN, OR AT, N 625 ff.; BGE 123 III 110 E. 3a). Das Verschulden bzgl. der Vertragsverletzung des Klägers wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet (HUGUENIN, OR AT, N 631). Der Exkulpationsbeweis wird ihm nicht gelingen, da er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht im Besitz des Wissens war und voraussehen musste, dass er zur Lösung des Problems nicht imstande war (Übernahmeverschulden; BUCHER, 348; BGE 93 II 317 E. 2e/bb; vgl. N 24; B-4).

35 Da die Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 ff. OR erfüllt sind, hätte die Gläubigerin grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des positiven Interesses. Die Beklagte jedoch trat vom Vertrag zurück (K-16) und verlangte Schadenersatz in der Höhe des negativen Interesses; die h.L. gewährt der Gläubigerin diese Rechte aus der analogen Anwendung von Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR (SCHWENZER, N 68.09 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58). Wenn die Berücksichtigung der Regeln des Besonderen Teils des OR verlangt wird (HUGUENIN, OR AT, N 642), i.c. die Erfüllung der Rügeobligationen von Art. 201 Abs. 1 OR, hätte die Beklagte eine substantiierte Rüge innert Frist (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 293 f.) in K-16 vorgenommen (vgl. N 37) und konnte damit auch unter analoger Anwendung von Art. 205 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten (dazu N 39 f.). Dadurch entfallen für sie alle möglicherweise aus dem Vertrag hervorgehenden Pflichten, was der Kläger verkennt (Klageschrift 2 N 48 ff.).

36 *Bei Anwendung des CISG* hätte die Beklagte gleichwohl das Recht zum Vertragsrücktritt (Art. 49 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 35 ff. und Art. 81 CISG; vgl. Honsell-SCHNYDER/STRAUB, Art. 49 N 11 ff. und 23 ff.; Honsell-WEBER, Art. 81 N 4 ff.): Die Vertragsverletzung ist wesentlich i.S.v. Art. 25 CISG (analog N 31 und N 37). Auf Art. 48 CISG könnte sich der Kläger nicht berufen, da er den Mangel weder beheben konnte (vgl. K-3 bis K-7, K-9, K-12, B-4), noch dazu gewillt war (vgl. K-15; N 31). Deshalb erübrigte sich auch eine Nachfristansetzung (Art. 47 CISG; vgl. Honsell-SCHNYDER/STRAUB, Art. 47 N 30 ff.). Das Vertragsverhältnis würde nach Art. 81 Abs. 1 CISG in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt, wobei die Beklagte nach dessen Abs. 2 Anspruch auf ihre bereits erbrachte Leistung hätte und die bisherigen Vertragspflichten entfielen (Honsell-WEBER, Art. 81 N 4 ff.). *Bei Anwendung des Werkvertragsrechts* kämen die Regeln der Nichterfüllung (Art. 97 ff., vgl. N 34 ff.) zur Anwendung (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 639). Der Kläger hätte keinen Anspruch auf Schadloshaltung, weil kein Fall des Rücktritts nach Art. 377 OR vorläge.

4.2.2.2 Eventualiter: Kein Vertrag wegen Wandlung (*peius*) und somit keine Leistungspflicht

- 37 Ginge das Gericht von einem *peius* (blosse Schlechterfüllung des Klägers) aus, könnte die Beklagte nach den Regeln der Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) vom Vertrag zurücktreten (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 257 und N 266 ff.; entgegen Klageschrift 8 N 84). Der für die Wandlung (i.S.v. Art. 205 Abs. 1 OR) vorausgesetzte Sachmangel (HUGUENIN, OR BT, N 275 ff.) liegt darin, dass die gelieferte „Lösung“ das Anhaften nicht verhindert (vgl. Einleitungsgangantwort Ziff. 5 f.) und aufgrund zu hoher Betriebskosten wegen des Stickstoffverbrauchs (vgl. B-1, 3: bei einem Wirkungsgrad von 30% ist der Stickstoffverbrauch gerade noch verkraftbar; B-4) wirtschaftlich nicht dem vertraglichen Sinn entspricht (vgl. K-3 bis K-6, K-7 Ziff. 8, K-9, K-12; BGE 4C.200/2006 E. 2.1; BGE 4C.16/2005 E. 1.5; BGE 26, 739 E. 5). Diese Mängel lagen bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vor (K-16; vgl. HUGUENIN, OR BT, N 281 f.). Des Weiteren hatte die Beklagte damals noch keine Kenntnis vom Mangel (vgl. Art. 200 OR), und obwohl die angebotene Leistung schon mangelhaft war (B-4, vgl. K-3 bis K-6, K-7 Ziff. 8, K-9, K-12), konnte sie den Mangel nicht erkennen, insb. nicht unter Aufbringung der bloss gewöhnlichen Sorgfalt (vgl. Art. 201 Abs. 2 OR; HUGUENIN, OR BT, N 284; TERCIER, N 678). Sie hat rechtzeitig Mangelrüge erhoben (Art. 201 Abs. 1 OR), da die Mängel bei der Übergabe des Wissens und der ersten Demonstration noch nicht erkennbar waren und erst nach der Durchführung eigener Versuche zum Vorschein kamen (K-13, verdeckte Mängel: HONSELL, OR BT, 85; TERCIER, N 707 f.). Die Rüge erfolgte sogleich am 25.01.2009 (K-16), sie war genügend substantiiert (entgegen Klageschrift 8 N 86 ff.): Der Kläger konnte Art und Umfang des Mangels erkennen und wusste, dass seine Lösung untauglich ist (K-4, K-5, insb. K-7 Ziff. 8, K-9, insb. K-12, B-3; BGE 4C.395/2001 E. 2.2.1; vgl. BIEGER N 110, 161 ff.; BGE 22, 498 E. 2; BGE 22, 566 E. 4). Da sich gerade der Kläger zur Bereitstellung einer Lösung verpflichtete, darf nicht von der Beklagten erwartet werden, den Grund der Untauglichkeit der Lösung zu nennen (vgl. BGE 4C.395/2001 E. 2.1.1; BGE 22, 498 E. 2; BIEGER, N 158 ff.). Die Beklagte kam daher ihrer Untersuchungs- und Rügeobligenheit im verlangten Masse nach.
- 38 Die Haftungsbeschränkung von K-2 Ziff. 9 ist unbeachtlich, da das Vorhandensein der tauglichen Lösung in K-2 Ziff. 1, 3 und 6.1 zugesichert wurde. Die Gewährleistung für eine zugesicherte Eigenschaft kann nicht wegbedungen werden (HUGUENIN, OR BT, N 317: *venire contra factum proprium*; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 N 54; BGE 4A.237/2009 E. 5.1). Als Zusicherung gilt „jede Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, welche dieser nach Treu und Glauben als Zusicherung einer bestimmten, objektiv feststellbare Eigenschaft verstehen darf“ (BGE 4C.119/2005 E. 2.3; BK OR-GIGER, Art. 197 N 6). Der Kläger gab vor,

über eine vertragskonforme Lösung zu verfügen (K-2 Ziff. 1, 3 und 6.1), weshalb sich ein eventueller Haftungsausschluss nicht auf Bestand und Wirksamkeit dieser Lösung beziehen kann. Die Beklagte durfte diese Vertragsklauseln nach Treu und Glauben als Zusicherung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR verstehen, was, für den Kläger erkennbar (N 25), zum Vertragsabschluss führte (vgl. HUGUENIN, OR BT, N 270; KELLER/SIEHR, 75; BGE 4A.237/2009 E. 5.1).

39 Das Kaufobjekt ist somit mangelhaft und der Verkäufer gewährleistetspflichtig. Die Beklagte hat mit K-16 ihr Wandlungsrecht (Art. 205 Abs. 1 OR) ausgeübt; der ursprüngliche Kaufvertrag fällt mit Wirkung *ex tunc* dahin (HUGUENIN, OR BT, N 330). Selbst bei Annahme der Umwandlung in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis entfielen die bisherigen Vertragspflichten und es entstünden neue (HUGUENIN, OR BT, N 330 f.). Zum Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung bestünden die vom Kläger als verletzt gerügten „Pflichten“ der Beklagten folglich nicht. Die Beklagte kann somit keinen Vertrag verletzt haben.

40 *Bei Anwendung des CISG* (Art. 49 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 35 ff. CISG) könnte die Beklagte ihre Mängelrecht im gleichen Sinne ausüben, da diese weitgehend Art. 197 ff. OR entsprechen (vgl. N 36). *Bei Anwendung des Werkvertragsrechts* könnte die Beklagte ihr Recht auf Wandlung geltend machen (Art. 368 Abs. 1 OR; vgl. ZK OR-BÜHLER, Art. 368 N 50; das Werk gilt als vollendet mit Einforderung der dritten Rate [K-15], vgl. BGE 4A_51/2007 E. 4.5; BGE 4C.469/2004 E. 2.7) und vom Vertrag zurücktreten (*ex tunc*).

4.2.2.3 Eventualiter: Es liegt keine Pflicht vor

41 Ginge das Gericht vom Bestand eines Vertrages aus, läge keine Pflicht zur Mitwirkung bei der Vornahme des dritten Tests vor: Der Kläger verkennt (Klageschrift 2 N 38), dass „Mitwirkungspflichten“ des Gläubigers normalerweise nur *Obliegenheiten* sind (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2390). Echte Vertragspflichten können vereinbart werden (GAUCH, N 1344; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2391) oder vorliegen, wenn die Schuldnerin ein erkennbares Interesse an der Annahme der Leistung hat (HUGUENIN, OR AT, N 702). Die Durchführung der Tests lag jedoch im Interesse der Beklagten, um sich von der Tauglichkeit der Lösung zu überzeugen (K-16; entgegen Klageschrift 4 N 69) und ging auf ihre Kosten (K-2 Ziff. 3, 6.2). Da auch keine Pflicht vereinbart wurde, konnte keine solche verletzt werden.

4.2.2.4 Subeventualiter: Es wurde keine Pflicht verletzt

42 Sollte das Gericht dennoch zum Schluss kommen, bei den vorzunehmenden Tests handle es sich um Leistungspflichten der Beklagten, könnte diese ihre Leistung verweigern, solange der Kläger kein taugliches Wissen übergeben hat (vgl. N 37) und die Voraussetzungen zur Durch-

führung des Tests der dritten Rate nicht erfüllt sind (analog Art. 82 OR), was der Kläger verkennt (Klageschrift 2 N 46). Zudem ist die Vornahme des Tests bzgl. der dritten Rate von der erfolgreichen Durchführung des Tests betreffend der zweiten Rate abhängig (K-2 Ziff. 8.2). Der durchgeführte „Test“ war aber bloss ein Grundlagenversuch, der zur Entwicklung weiterer Lösungsansätze dienen sollte. Die Lösung hätte nämlich bereits vor dem eigentlichen Test in endgültiger Fassung bestehen müssen, da dessen Sinn und Zweck die Bestätigung der fertigen Lösung war und er nicht noch deren Entwicklung dienen sollte (entgegen Klageschrift 2 N 39, 42). Da keine vollendete Lösung präsentiert werden konnte (B-1, 3), stellte der Test diese Verifikation nicht dar. Es wurde somit noch kein Test i.S.v. K-2 Ziff. 8.2 durchgeführt.

43 Selbst bei Behauptung des Gegenteils könnte der Kläger nicht von einem *erfolgreichen* Test (K-8 und Klageschrift 2 N 39) i.S. des Vertrags sprechen: Aufgrund der bei der Durchführung des Grundlageversuchs gegebenen Bedingungen konnte das zu lösende Problem nicht auftreten und die Wirksamkeit der „Lösung“ damit nicht nachgewiesen werden. Der Kläger behauptete, durch die Kühlung der Beilagen könne das Haften der Beilagen verhindert werden (K-3 Ziff. 2.1 ff.; K-4 Ziff. 2; K-6). Aber obwohl die Kühlung nicht funktionierte (B-1 Messresultate Messpunkt 2, K-7 Ziff. 8.2), hafteten die Beilagen nicht (B-1, 3; vgl. Einleitungsantwort Ziff. 5 f.). Unter diesen Umständen kann entgegen Klageschrift 2 N 39 von einem Nachweis der Wirksamkeit nicht die Rede sein. Dem Kläger eröffnete sich vielmehr die Erkenntnis, dass seine Kühlungslösung nicht funktionierte und noch weitere Massnahmen notwendig waren (vgl. K-7 Ziff. 8; K-9; K-12; K-14; K-16; B-1, 4; B-3). Da somit nicht einmal die zweite Rate geschuldet ist, musste die Beklagte keinen Test i.S. der dritten Rate durchführen.

4.2.3 Keine Vertragsverletzung durch Nichtbezahlen der dritten Rate

4.2.3.1 Keine Pflicht zur Zahlung

44 Die Zahlungspflicht entstünde erst mit Eintritt der vertraglich festgelegten Bedingungen (K-2 Ziff. 8: erfolgreiche Tests). Bei einer Bedingung i.S.v. Art. 151 OR hängt die Verbindlichkeit eines Vertrags vom Eintritt einer objektiv ungewissen Tatsache ab (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3948). Der Erfolg der Tests ist zukünftig und objektiv ungewiss, also eine Bedingung: Da er nicht eingetreten ist, ist die Beklagte nicht zur Zahlung verpflichtet, woran die Rechnung des Klägers (K-15) nichts ändert (entgegen Klageschrift 2 N 63).

45 Entgegen Klageschrift 2 N 58 wurde die Erprobung, deren erfolgreicher Ausgang eine Bedingung für die Bezahlung der dritten Rate darstellt, nicht i.S.v. Art. 156 OR treuwidrig nicht durchgeführt, da die Beklagte für die Nichtvornahme des Tests beachtliche Gründe hatte

und deshalb nicht gegen Treu und Glauben (BGE 117 II 273 E. 5c) versties. Voraussetzung für die Vornahme des Tests bzgl. der dritten Rate und dessen Zahlung war nämlich das Vorliegen einer endgültigen Lösung, welche bereits gründlich getestet und durch eine Demonstration in ihrer Wirksamkeit bestätigt wurde (i.S. des Tests bzgl. der zweiten Rate, vgl. N 42 f.); eine solche Lösung liegt jedoch weiterhin nicht vor (vgl. N 31, 37).

4.2.3.2 *Eventualiter: Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten*

46 Käme das Gericht trotzdem zum Schluss, es bestünde eine Zahlungspflicht betreffend der dritten Rate, stünden der Beklagten Leistungsverweigerungsrechte zu, welche die Nichtvornahme der Zahlung rechtfertigen, weshalb sie den Vertrag nicht verletzte: Der Kläger hat als vorleistungspflichtige Partei bis heute keine endgültige Lösung übergeben (vgl. N 31, 37); daher hat er auch keinen Anspruch auf deren Bezahlung (*Synallagma*, Art. 82 OR).

Frage 5: Keine Pflicht zur Zahlung von CHF 500'000 nebst Zinsen

47 Mangels Vertrags (N 24 ff.), *eventualiter* mangels Bedingungseintritts für die Zahlung der dritten Rate (N 44 f.), *subeventualiter* wegen des Vorliegens von Leistungsverweigerungsgründen (N 46), ist die Beklagte nicht zur Zahlung von CHF 500'000 nebst Zinsen verpflichtet. Da aus denselben Gründen keine Pflichtenverletzungen vorliegen können, hat der Kläger entgegen Klageschrift 2 N 41 ff. auch keine Schadenersatzansprüche. *Subsubeventualiter* hätte die Beklagte einen Verrechnungsanspruch nach N 48 ff. oder einen Minderungsanspruch (Art. 205 Abs. 1 OR, *eventualiter* Art. 50 CISG bzw. Art. 368 Abs. 2 OR; Begründung wie in N 37 ff.), wobei bei letzterem der Wert der vom Kläger übergebenen Leistung auf keinen Fall die ihm ausbezahlten CHF 500'000 überstiege, da die übergebene Lösung für die Beklagte wertlos ist (N 37; K-16; B-4). Mangels gehörigen Leistungsangebots des Klägers fiel die Beklagte schliesslich nicht in Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR; N 31), weshalb sie entgegen Klageschrift 4 N 79 ff. und 7 N 77 ff. nicht schadenersatzpflichtig wurde. Mangels zugrundeliegender Forderung, *eventualiter* durch deren verrechnungsweise Tilgung sofort nach ihrer Entstehung (Art. 124 Abs. 2 OR), hat der Kläger auch keinen Anspruch auf Zinsen.

Frage 6: Die Verrechnungsforderung der Beklagten ist begründet

6.1 Verrechnung mit Rückforderungsanspruch bzgl. der ersten Rate

48 Es besteht kein Vertrag (Irrtum bzw. Täuschung: N 24 ff.). Die Zahlung von CHF 250'000 erfolgte daher ohne gültigen Grund, die Beklagte kann den Betrag aus ungerechtfertigter Be-

reicherung i.S.v. Art. 62 ff. OR zurückfordern. Der Kläger ist nach Zahlung der ersten Rate und damit durch Eintritt eines Vermögensvorteils bereichert und insofern Bereicherungsschuldner, wobei die Bereicherung aus dem Vermögen der Beklagten erfolgte und keine Rechtfertigung dafür vorliegt, insb. existiert kein Vertrag (vgl. HUGUENIN, OR AT, 1028 ff.). Schliesslich befand sich die Beklagte bei Zahlung über die Schuldpflicht in einem Irrtum (vgl. HUGUENIN, OR AT, 1039): Um die Täuschung bzw. den Irrtum über die Grundlagen des Vertrags nicht wissend, irrte sie nämlich auch über den Bestand eines Vertrages.

- 49 Eventualiter fiel der Vertrag wegen Schuldnerverzugs bzw. Wandlung dahin (N 31 ff.; entgegen Klageschrift 2 N 73 f.). Diesfalls läge eine Bereicherung des Klägers aus nachträglich weggefallenem Grund vor (vgl. HUGUENIN, OR AT, N 1043 f.); die Folgen entsprächen den in N 48 genannten. Geht man beim Rücktritt vom Vertrag (Art. 109 Abs. 1 OR) hingegen von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis aus (BGE 5C.59/2006 E. 2.4; HUGUENIN, OR AT, N 1043 und N 693; HUGUENIN, OR BT, N 330 f.; Art. 81 CISG; Honsell-WEBER, Art. 81 N 4 f.), stützte sich die Forderung der Beklagten auf den neu entstandenen vertraglichen Rückforderungsanspruch.

6.2 Verrechnung mit Rückforderungsanspruch bzgl. irrtümlich bezahlter zweiter Rate

- 50 Die Zahlung der zweiten Rate erfolgte unfreiwillig, ausgelöst durch einen technischen Fehler (vgl. B-2; Einleitungsantwort Ziff. 10, 11) und ohne gültigen Grund: Es bestand kein Vertrag (vgl. N 24 ff.), eventualiter wurde kein die Zahlungspflicht auslösender Test bzgl. der zweiten Rate durchgeführt (N 42 f.). Die Beklagte befand sich damit in einem Erklärungsirrtum (i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR) bzgl. der Auslösung der Zahlungsanweisung: Entgegen den Anweisungen des zuständigen Zahlungsbeauftragten Joachim Kaiser wurde der Zahlungsauftrag an den Kläger freigegeben (vgl. B-2; Einleitungsantwort Ziff. 10 und Ziff. 11; K-16). Die Beklagte gab somit technisch etwas anderes von sich, als sie eigentlich meinte (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 815; BGE 4A_417/2007 E. 3.2). Sie kann deshalb aus ungerichtfertiger Bereicherung den Betrag in Höhe von CHF 250'000 zurückfordern (BGE 123 III 101 E. 3a; Bereicherung des Klägers und Entreicherung der Beklagten analog N 48).

6.3 Kein Ausschluss der Verrechnung durch K-2 Ziff. 8 a.E.

- 51 K-2 Ziff. 8 schliesst Rückzahlungen bereits bezahlter Leistungen aus. Da der Vertrag *ex tunc* dahinfällt und somit nie bestand, hat auch diese Ausschlussklausel nie Wirkungen gezeitigt. Käme das Gericht zu einem anderen Schluss, wäre eine Verrechnung dennoch möglich, da diese Klausel entgegen Klageschrift 2 N 73 nur Rückzahlungen ausschliesst und nicht die

Verrechnung. Der Rückzahlungsausschluss dürfte nur vereinbart worden sein, um den Kläger nicht mit hohen Rückforderungsansprüchen zu belasten, welche er nicht zu zahlen vermöchte, weil er die entgegengenommen Beträge bereits investiert oder verbraucht hat. Bei der Verrechnung wird der Anspruch hingegen ohne Gefährdung der Liquidität des Klägers getilgt.

Frage 7: Der Kläger ist Schuldner der Verrechnungsforderung

- 52 Die Verrechnung erfordert die Gegenseitigkeit der Forderungen (Art. 120 Abs. 1 OR; HUGUENIN, OR AT, N 856), der Kläger müsste also Schuldner der Verrechnungsforderung sein. Die Konsortialmitglieder haften als einfache Gesellschafter (vgl. N 12 f.) für Schulden der Gesellschaft solidarisch (Art. 544 Abs. 3 i.V.m. Art. 143 ff. OR), was nur durch eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und den Gesellschaftern ausgeschlossen werden könnte (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 544 N 187). Ein solcher Ausschluss lässt sich K-2 nicht entnehmen, weshalb der Kläger solidarisch für die Verrechnungsforderung haftet (Art. 143 ff. OR; vgl. BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 544 N 14 f.), wie von der Klägerschaft anerkannt (Klageschrift 2 N 79 ff.). Die Beklagte kann deshalb den ganzen ausstehenden Betrag gegenüber dem Kläger verrechnen (Art. 144 Abs. 1 OR). Bei einer Liquidation der einfachen Gesellschaft (Klageschrift 2 N 31 ff.) hafteten die Gesellschafter weiterhin persönlich und solidarisch (Art. 544 Abs. 3 OR; Art. 551 OR; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 551 N 1).
- 53 Die Unterzeichnung von K-1 durch Joachim Kaiser als Vertreter der Rabig (Schweiz) AG lässt entgegen Klageschrift 3 N 62 f. nicht darauf schliessen, dass das Wissen über den internen Ausschluss in K-1 Ziff. 8.1 der Beklagten zuzurechnen wäre (BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 544 N 22; HIRSCH, 422): Da in K-2 die Solidarhaftung nicht explizit ausgeschlossen wurde, durfte die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass ihr das Konsortium solidarisch haften wolle; bestehen nämlich Zweifel über den Ausschluss, bleibt die externe Solidarhaftung erhalten (BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 544 N 22). Selbst wenn man im Konsortium keine einfache Gesellschaft sähe, hat doch der Kläger mit dem Auftritt als „Konsortium“ (vgl. GAUCH, N 243 ff.), durch die Haftung nach K-2 Ziff. 9 und die Zahlungspflicht an das Konsortium (K-2 Ziff. 8) dieses als einfache Gesellschaft erscheinen lassen (N 10, 21), woraus die Beklagte nach Treu und Glauben schliessen durfte, dass auf Seite der Konsortialmitglieder eine solidarische und nicht bloss eine Teilhaftung vorläge (vgl. BGE 116 II 707 E. 1b und E. 3; BUCHER, 493).
- 54 Der Kläger anerkennt somit zu Recht (Klageschrift 2 N 79 ff.), dass er Schuldner der Verrechnungsforderung ist.