

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH
Industriestrasse 132
67657 Kaiserslautern
Deutschland

Moot Court Team 4:
Fabio Andreotti
Gian Ege
Fabio Elsener
Judith Köppel

EINGESCHRIEBEN
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich
Schweiz

Zürich, 19. April 2010

Klageantwort

Fall Nr. Moot Court 2313-2009

in Sachen

Walter Hagmann, Akeleigasse 33, 6301 Zug, Schweiz

Kläger

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH, Industriestrasse 132,
67657 Kaiserslautern, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

betreffend

FORDERUNG

Namens und mit Vollmacht der Beklagten und unter Einhaltung der Frist stellen wir folgende Rechtsbegehren:

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

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

Diese Rechtsbegehren werden anhand der folgenden Streitpunkte erörtert:

- 1. War die von der Kammer mit Schreiben vom 19. August 2009 vorgenommene Änderung der Parteibezeichnung von „Konsortium Lanzelot“ zu „Walter Hagmann“ zulässig und kann das Schiedsgericht die Klage mit dieser geänderten Parteibezeichnung an die Hand nehmen?*
- 2. Ist das Schiedsgericht zur Beurteilung der nur vom Kläger geltend gemachten Ansprüche zuständig?*
- 3. Ist der Kläger aktivlegitimiert?*
- 4. Hat die Beklagte den Vertrag verletzt?*
- 5. Hat der Kläger gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000.00 plus Zinsen?*
- 6. Ist die Verrechnungsforderung der Beklagten begründet?*
- 7. Falls ja, ist der Kläger Schuldner der Verrechnungsforderung?*
- 8. Welche Partei hat die Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens zu tragen und in welcher Höhe? Hat eine Partei die Gegenpartei für die ihr im Zusammenhang mit diesem Schiedsverfahren entstandenen Kosten zu entschädigen? Falls ja, in welcher Höhe?*

(Frage 8 ist gemäss Beschluss Nr. 1 Ziffer 2.9 im Rahmen der Klageantwort nicht zu beantworten.)

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis	IX
Einleitung	1
1. Unzulässigkeit der Änderung der Parteibezeichnung	1
1.1 Das Konsortium als einfache Gesellschaft	1
1.2 Vertragsparteien des Konsortialvertrages	2
1.2.1 Förderung des Gesellschaftszwecks	2
1.2.2 Vertragsparteien des Konsortialvertrages	3
2. Aktivlegitimation und Parteiwechsel	3
2.1 Fehlende Aktivlegitimation	4
2.2 Unzulässiger Parteiwechsel	5
3. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts	6
3.1 Anwendbares Recht	6
3.2 Ungültigkeit der Schiedsklausel	6
3.3 Fehlende Berechtigung zur Anrufung des Schiedsgerichts	8
4. Vertragserfüllung durch die Beklagte	8
4.1 Vertragsqualifikation	8
4.2 Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte	9
4.2.1 Erfüllung der ersten Rate durch die Beklagte	9
4.2.2 Keine Erfüllung der zweiten Rate.....	9
4.2.3 Keine Pflicht zur Testvornahme für die dritte Rate.....	10
4.2.4 Keine Bedingungsfiktion im Sinne von Art. 156 OR	11
4.3 Vertragsrücktritt durch die Beklagte	11
4.4 Unmöglichkeit der Vornahme des Tests für die dritte Rate	13

5. Fehlende Anspruchsgrundlage auf Bezahlung von CHF 500'000.00	15
5.1 Schuldnerverzug	15
5.1.1 Nichtbestehen einer fälligen Forderung.....	15
5.1.2 Falsche Mahnung	16
5.2 Kein Anspruch auf CHF 500'000.00 aus Vertragsverletzung	17
5.2.1 Vorliegen einer Obliegenheit und kein Anspruch aus Gläubigerverzug.....	17
5.2.2 Einredemöglichkeit aus Art. 82 OR.....	18
5.2.3 Keine wesentliche Vertragsverletzung	18
6. Begründetheit der Verrechnungsforderung der Beklagten	19
7. Der Kläger als Schuldner der Verrechnungsforderung	20

Literaturverzeichnis

- BECKER, HERMANN
Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung Art. 184-551 OR, Bern 1934 (zit. BK-BECKER, Art. N)
[Rz. 16]
- BERGER, BERNHARD/
KELLERHALS, FRANZ
Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS)
[Rz. 78]
- BÜHLER, THEODOR
Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998 (zit. ZK-BÜHLER, Art. N)
[Rz. 46 ff.]
- BÜREN, ROLAND VON/
MARBACH, EUGEN/DUCREY,
PATRIK
Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008 (zit. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY)
[Rz. 13]
- ENGEL, PIERRE
Contrats de droit suisse, 2. Auflage, Bern 2000 (zit. ENGEL)
[Rz. 16]
- FELLMANN, WALTER/
MÜLLER, KARIN
Berner Kommentar, Obligationenrecht Art. 530-544 OR, Bern 2006 (zit. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. N)
[Rz. 8, 12, 21 ff., 26, 32]

- GAUCH, PETER Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996 (zit. GAUCH)
[Rz. 46 f.]
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/SCHMID, JÖRG Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)
[Rz. 81]
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/EMMENEGGER, SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)
[Rz. 54, 58, 66 f., 80, 82]
- HONSELL, HEINRICH (Hrsg.) Kurzkomentar OR, Art. 1-529, Basel 2008 (zit. KUKO OR-BERARBEITER/IN, Art. N)
[Rz. 46 ff.]
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. N)
[Rz. 29, 31]
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008 (zit. BSK OR II-BEARBEITER/IN, Art. N)
[Rz. 16, 21]
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. N)
[Rz. 53 ff., 74]

- VOGEL, OSCAR/SPÜHLER, KARL Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern
2006 (zit. VOGEL/SPÜHLER)
- [Rz. 32]
- WALTER, GERHARD Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Auf-
lage, Bern 2007 (zit. Walter)
- [Rz. 29]
- WEBER, ROLF H. Berner Kommentar, Obligationenrecht Art. 97-109
OR, Bern 2000 (zit. BK-WEBER, Art. N)
- [Rz. 46]
- ZUBERBÜHLER, TOBIAS/MÜLLER,
CHRISTOPH/HABEGGER, PHILIPP
ET AL. (Hrsg.) Swiss Rules of International Arbitration, Commen-
tary, Zurich 2005 (zit. SchO-BEARBEITER/IN, Art. N)
- [Rz. 27]

Entscheidungsverzeichnis

Bundesgerichtsentscheide:

Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Juni 1962; BGE 88 II 195; zitiert in Rz. 53

Urteil vom 25. Oktober 1984; BGE 110 V 347; zitiert in Rz. 26

Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. März 1989; BGE 115 II 50; zitiert in Rz. 45

Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. März 1990; BGE 116 Ia 56; zitiert in Rz. 32

Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1990; BGE 116 II 450; zitiert in Rz. 46

Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. November 1990; BGE 116 II 707; zitiert in Rz. 9

Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1991; BGE 117 II 71; zitiert in Rz. 53

Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1991; BGE 117 II 273; zitiert in Rz. 43, 47

Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. April 1992; BGE 118 Ia 129; zitiert in Rz. 27

Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juli 1993; BGE 119 II 437; zitiert in Rz. 69

Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1997; BGE 123 III 110; zitiert in Rz. 53

Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 2003; BGE 129 III 535; zitiert in Rz. 20

Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Juni 2004; Entscheid 4C.191/2003; zitiert in Rz. 27

Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 2004; BGE 131 I 57; zitiert in Rz.54

Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Januar 2005; Entscheid 4C.199/2004; zitiert in Rz. 26

Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Dezember 2005; Entscheid 4P.231/2005; zitiert in Rz. 21

Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Januar 2007; Entscheid 4C.352/2006; zitiert in Rz. 48

Kantonaler Entscheid:

Entscheid des Handelgerichts Zürich vom 25. Februar 1937; ZR 1938 Nr. 39; zitiert in Rz. 46

Schiedsspruch:

ICC Award 4975, JDI 1989 p. 1100, 1106; zitiert in Rz. 34

Einleitung

- 1 Der Aufbau der Klageantwort orientiert sich zur besseren Übersicht an dem der gegnerischen Klageschrift.
- 2 Zuerst zeigt die Beklagte auf, dass die Rabig (Schweiz) AG Vertragspartei des Konsortialvertrages wurde, indem sie die Voraussetzungen von Art. 530 ff. OR erfüllte [1].
- 3 Die Beklagte zeigt sodann, dass Walter Hagmann als alleiniger Kläger nicht aktivlegitimiert ist und dass die einseitige Änderung der Parteibezeichnung zu Walter Hagmann einem unzulässigen Parteiwechsel gleichkommt [2].
- 4 Die Beklagte legt anschliessend dar, dass das Schiedsgericht in dieser Angelegenheit nicht zuständig ist [3].
- 5 Weiter zeigt die Beklagte auf, dass sie den Vertrag nicht verletzt hat; im Gegenteil ist der Kläger seinen vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen [4.1]. Die Beklagte war folglich zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt [4.2]. Eventualiter war die Vornahme des Tests für die dritte Rate unmöglich, womit die Beklagte vom Vertrag frei wird [4.3].
- 6 Der Kläger ist aus diesen Gründen nicht berechtigt, die dritte Rate entweder nach den Regeln des Schuldnerverzugs [5.1] oder aus Vertragsverletzung [5.2] zu verlangen.
- 7 Ausserdem legt die Beklagte dar, dass, wenn die dritte Rate zu Recht geschuldet wäre, sie die ersten beiden Raten als Verrechnungsforderung geltend machen könnte [6], und dass der Kläger als ihr Schuldner davon betroffen ist [7].

1. Unzulässigkeit der Änderung der Parteibezeichnung

1.1 Das Konsortium als einfache Gesellschaft

- 8 Der Kläger hat richtig erkannt (Klageschrift Rz. 13), dass das Konsortium Lanzelot eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR darstellt (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 298).
- 9 *Ergänzend* zur Klageschrift wird darauf hingewiesen, dass eine einfache Gesellschaft auch ohne Bewusstsein der Gesellschafter entstehen kann (BGE 116 II 707, E. 2a). Demnach ist ein bloss loser Zusammenschluss nicht möglich, falls die Parteien bereits die Voraussetzungen von Art. 530 Abs. 1 OR erfüllen; in einem solchen Fall muss von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen werden.

1.2 Vertragsparteien des Konsortialvertrages

- 10 Der Kläger behauptet, dass nur er und die Hydrex AG, *nicht* aber die Rabig (Schweiz) AG Mitglieder der einfachen Gesellschaft geworden sind (Klageschrift Rz. 13). Dies mit der Begründung, dass sie einerseits den Gesellschaftszweck aufgrund eines Interessenkonflikts mit der Muttergesellschaft nie habe fördern wollen und andererseits ihrer Beitragspflicht zu keinem Zeitpunkt nachgekommen sei (Klageschrift Rz. 5 ff.).
- 11 Es wird im Folgenden darauf eingegangen, dass die Rabig (Schweiz) AG entgegen den Behauptungen des Klägers den Gesellschaftszweck fördern wollte und auch ihre Beitragspflicht in keiner Weise verletzt hat.

1.2.1 Förderung des Gesellschaftszwecks

- 12 Der Gesellschaftszweck ist das, was die Gesellschafter durch ihren Zusammenschluss übereinstimmend beabsichtigen bzw. zu erreichen suchen (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 467).
- 13 Der Gesellschaftszweck des Konsortiums Lanzelot umfasst die Übertragung von Wissen, wie das Zusammenhaften von Beilagen verhindert werden kann (K-1, Ziffer 1.1). Beim entwickelten Wissen handelt es sich um ein Immaterialgut, genauer um eine Erfindung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 PatG [Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, SR 232.14], das deshalb patentrechtlich geschützt werden kann (VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 13).
- 14 Der Rabig (Schweiz) AG wurde die Verwaltung allfälliger im Projektverlauf erworbener Immaterialgüterrechte übertragen (K-1, Appendix Nr. 1 Ziffer 3). Die rechtliche Absicherung des Wissens lag im Interesse aller Konsorten. Auch für die Beklagte war der Schutz des entwickelten Wissens wichtig, weshalb sie auf die Teilnahme der in der Immaterialgüterverwaltung international erfahrenen Rabig (Schweiz) AG beharrte. In der Folge wurde ihr auch diese Aufgabe übertragen. Der Gesellschaftszweck muss allen Gesellschaftern gemeinsam sein; der Motivationsgrund ist hierbei irrelevant (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 7). Die Rabig (Schweiz) AG war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Gesellschaftszweck und der ihr übertragenen Aufgabe einverstanden, was sie mit ihrer schriftlichen Zustimmung bestätigte (K-1). Der Vorwurf des Klägers ist daher nicht haltbar.

1.2.2 Vertragsparteien des Konsortialvertrages

- 15 Des Weiteren wirft der Kläger der Rabig (Schweiz) AG vor, sie habe weder ihre Beitragspflicht erfüllt, noch sei sie anderweitig tätig geworden (Klageschrift Rz. 6 f.).
- 16 In der Lehre ist strittig, ob die Beitragspflicht gemäss Art. 531 OR zwingend ist oder nicht (dafür: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 36 ff.; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 531 N 1; dagegen: BK-BECKER, Art. 531 N 1; ENGEL, S. 698 f.). Folgt man der „liberalen“ Meinung, muss nicht jeder Gesellschafter zwingend einen Beitrag zum gemeinsamen Zweck leisten. Aber auch nach der „restriktiveren“ Meinung ist die Rabig (Schweiz) AG Gesellschafterin geworden, denn als Beitrag wird allein der Beitritt zur Gesellschaft anerkannt, weil damit eine unbeschränkte persönliche Haftung übernommen wird und der neue Gesellschafter so der Gesellschaft seine persönliche Kreditwürdigkeit zur Verfügung stellt. Der Ansicht des Klägers (Klageschrift Rz. 8) kann daher nicht gefolgt werden, denn bereits die Mitgliedschaft einer Aktiengesellschaft stärkt die Kreditwürdigkeit einer einfachen Gesellschaft. Welcher Meinung gefolgt wird, ist somit für den vorliegenden Fall nicht von Relevanz; darüber hinaus hat die Rabig (Schweiz) AG sogar eine zusätzliche vertragliche Pflicht (Rz. 14) übernommen, die über die persönliche Haftung hinausgeht.
- 17 Weil es nie zur Verwaltung von Patentrechten durch die Rabig (Schweiz) AG gekommen ist, will der Kläger nun ihre Mitgliedschaft nachträglich aberkennen (Klageschrift Rz. 9). Dabei ist dieser selbst bis kurz vor Einreichung der Einleitungsanzeige von der Mitgliedschaft der Rabig (Schweiz) AG ausgegangen, da er um ihre Zustimmung zur Klage gegen die Beklagte gebeten hat (K-20). Folglich verstösst die widersprüchliche Behauptung des Klägers (Klageschrift Rz. 9) gegen Treu und Glauben.
- 18 *Fazit: Die Rabig (Schweiz) AG ist Gesellschafterin des Konsortiums Lanzelot geworden.*

2. Aktivlegitimation und Parteiwechsel

- 19 Die Beklagte geht im Folgenden zuerst auf die Frage der Aktivlegitimation des Klägers ein, weil sie für die Beurteilung der Zulässigkeit der Änderung der Parteibezeichnung von Bedeutung ist. Es wird also aufgezeigt, dass der Kläger *materiell* nicht zur Klageerhebung berechtigt war, und dass folglich in *formeller* Hinsicht ein echter Parteiwechsel vorliegt, wodurch das Schiedsgericht die Klage abzuweisen hat.

2.1 Fehlende Aktivlegitimation

- 20 Mangels anderer Abrede greift die gesetzliche Vermutung von Art. 544 Abs. 1 OR (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 17 f.). Demnach stehen das Vermögen und die Forderungsrechte den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu. Der Kläger erkannte richtigerweise (Klageschrift Rz. 15, 34), dass die Ansprüche der einfachen Gesellschaft nur als notwendige Streitgenossenschaft geltend gemacht werden können, d.h., alle Gesellschafter müssen zwingend zusammen klagen, wobei sie natürlich einen Prozessstellvertreter nach dem Art. 543 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 ff. OR bestimmen können (BGer 4C.352/2006 vom 25. Januar 2007, E. 3.2.2).
- 21 Wie der Kläger ebenfalls korrekt festhält (Klageschrift Rz. 16), gehört die *Prozessführung nicht* zu seinen *Befugnissen* als Geschäftsführer. Diese Annahme wird auch durch die Auslegung des Konsortialvertrages (K-1) bestätigt: Einerseits sind die Aufgaben des Klägers genau definiert (K-1, Ziffer 5) und andererseits liegt der Gesellschaftszweck (K-1, Ziffer 1), welcher die Tragweite der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers bestimmt (BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 543 N 27), in der Abwicklung der Wissensübertragung. Eine Prozessanhebung des Klägers ist deshalb nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter nach Art. 535 Abs. 3 OR möglich (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 50; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 87). Der Umfang der Geschäftsführungskompetenzen hat zwar nur Auswirkungen auf das Innenverhältnis der Gesellschaft (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 114); jedoch beschränkt sich die Vermutung der Vertretungsbefugnis gemäss Art. 543 Abs. 3 OR nur auf Handlungen des *gewöhnlichen* Betriebs der gemeinschaftlichen Geschäfte im Aussenverhältnis (BGer 4C.191/2003 vom 15. Juni 2004, E. 2.2; BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 543 N 29).
- 22 An einer Zustimmung *aller* Konsortialpartner für diese *aussergewöhnliche* Vertretungshandlung fehlt es, da der Kläger verkannte (Klageschrift Rz. 11), dass die Rabig (Schweiz) AG ebenfalls Gesellschafterin des Konsortiums geworden ist (Rz 18). Sie versagte ihre Zustimmung nachträglich ausdrücklich (K-21). Aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis entfaltet die Prozessanhebung keine Wirkung gegenüber der Beklagten (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 543 N 213). Folglich ist sie in ihrem guten Glauben zu schützen, dass der Kläger nicht zur Prozessanhebung befugt war. Die Zustimmung wäre nur mit Hilfe einer *actio pro socio* im Vorfeld des Verfahrens erzwingbar gewesen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 35).

23 *Zusätzlich* zu den Ausführungen der Klageschrift könnte der Kläger hier auch nicht die Lehrmeinung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 48) anführen, dass ausnahmsweise auf die Zustimmung eines sich vertragswidrig verhaltenden Gesellschafters verzichtet werden könne, wenn der Beschluss sich in zulässiger Weise gegen ihn richte. In casu zielt der Beschluss über die Prozessanhebung aber nicht gegen die Rabig (Schweiz) AG, sondern gegen die Beklagte. Zudem verhält sich die Rabig (Schweiz) AG mit der Verweigerung der Zustimmung nicht vertragswidrig. Schliesslich würde auch das Vorbringen des Klägers ins Leere laufen, dass die Rabig (Schweiz) AG zur Zustimmung zum Prozess aufgrund ihrer vertraglichen Treuepflicht verpflichtet war, denn der Gesellschaftszweck umfasst nicht die Pflicht zur Einwilligung in einen im Ausgang ungewissen, strittigen Prozess (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 99).

24 *Fazit: Der Kläger ist mangels Vertretungsbefugnis gemäss Art. 543 Abs. 3 OR nicht aktivlegitimiert, die dritte Rate einzufordern, die allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht.*

2.2 Unzulässiger Parteiwechsel

25 Aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis stellt die Rubrumsänderung (Ergänzung zur Einleitungsanzeige, Prozessualer Antrag) entgegen dem Kläger (Klageschrift Rz. 18) keine formelle Berichtigung der Parteibezeichnung dar. Vielmehr wird nachfolgend aufgezeigt, dass es sich um einen *rechtswidrigen Parteiwechsel* handelt.

26 Eine formelle Berichtigung der Parteibezeichnung erfasst bloss redaktionelle Korrekturen. Die Parteien dürfen jedoch in keinem Zeitpunkt Zweifel an der Identität der Parteien haben (BGE 110 V 347, E. 2). Obwohl der einfachen Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, macht der Kläger im Namen des Konsortiums Lanzelot Forderungen geltend, die im Gesamteigentum aller Gesellschafter stehen (Rz. 20). Nach der Rubrumsänderung würde der Kläger jedoch Ansprüche für sich alleine einklagen, denn einerseits fehlt es ihm an der Vertretungsmacht für die einfache Gesellschaft (Rz. 22), andererseits müsste er sonst ausdrücklich oder stillschweigend in fremdem Namen handeln (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 543 N 56 f.). Der Wortlaut des Antrags, „*Walter Hagmann sei einzig als klägerische Partei zu führen*“ (Ergänzung zur Einleitungsanzeige, Prozessualer Antrag), spricht jedoch entschieden dagegen. Daher darf nach der Rubrumsänderung nicht mehr von einem Handeln in fremdem Namen ausgegangen werden. Folglich liegt *keine Identität* der Klägerschaft sowie der Anspruchsberechtigten vor. Eine solche Veränderung der subjektiven Klägerschaft entspricht einem *Parteiwechsel* (BGE 119 Ia 129,

E. 2a). Ausserdem wird eine formelle Berichtigung aufgrund der unklaren Identität der klägerischen Partei verunmöglicht (BGE 131 I 57, E.2.3).

27 Dieser Parteiwechsel ist unzulässig: Er wird zwar weder in der Schiedsordnung [Swiss Rules of International Arbitration vom 1. Januar 2004; nachfolgend SchO] noch im IPRG [Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291] explizit geregelt. Eine Anpassung der Einleitungsanzeige entspricht jedoch einer Änderung der Klage nach Art. 20 Abs. 1 SchO (SchO-BERNHARD BERGER, Art. 20 N 4). Solche Klageänderungen sind nach der Schiedsordnung unzulässig, falls sie einen *Nachteil* für die andere Partei zur Folge haben (Art. 20 Abs. 1 SchO). Das Bundesgericht setzt indes die Zustimmung der übrigen Parteien voraus; andernfalls *verstosse* der Parteiwechsel wegen Missachtung der Eventualmaxime und aus Gründen der Prozessökonomie *gegen das Willkürverbot* und sei somit verfassungswidrig (BGE 118 Ia 129, E. 2b). Die Beklagte hat die Zustimmung zum Parteiwechsel ausdrücklich untersagt (Einleitungsantwort, Ziffer 11) und erleidet durch den Wechsel der klägerischen Partei notwendigerweise einen *Nachteil* (BGer 4P.231/2005 E. 2.2 vom 19. Dezember 2005). Folglich ist der Parteiwechsel sowohl nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als auch nach Art. 20 Abs. 1 SchO unzulässig.

28 *Fazit: Da ein unzulässiger Parteiwechsel vorliegt, ist auf die Klage nicht einzutreten.*

3. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts

3.1 Anwendbares Recht

29 Die Beklagte stimmt dem Kläger bezüglich der Anwendbarkeit des IPRG und des Verfahrensreglements, der SchO, zu (Klageschrift Rz. 21). Zwar entschied sich der Kläger richtigerweise für die Anwendung *schweizerischen materiellen Rechts*, verkannte jedoch, dass nach Art. 178 Abs. 2 IPRG nur das Recht für die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel konkludent bestimmt werden kann (WALTER, S. 542 f.). Das anwendbare materielle Recht wird gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG nach eigenen Regeln hergeleitet (BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 153).

3.2 Ungültigkeit der Schiedsklausel

30 Weiter stimmt die Beklagte dem Kläger bezüglich der Schiedsfähigkeit der Streitsache zu (Klageschrift Rz. 23 f.). Ebenso genügt die Schiedsklausel in Übereinstimmung mit der Klageschrift den formellen Anforderungen (Klageschrift Rz. 25).

- 31 Jedoch bestreitet die Beklagte, dass die Schiedsklausel gültig abgeschlossen wurde, da der Kläger zum Abschluss nicht berechtigt war. Nach Art. 543 Abs. 3 i.V.m. Art. 535 Abs. 3 OR sowie des Konsortialvertrages (K-1, Ziffer 5.2) ist der Kläger nur zu Rechtshandlungen befugt, die zur gewöhnlichen Geschäftsführung gehören. Danach bestimmt sich auch die Tragweite der Vertretungsbefugnis gemäss Art. 543 Abs. 2 OR (Rz. 21). Zum Abschluss des Vertrages zwischen der einfachen Gesellschaft und der Beklagten (K-2) war der Kläger befugt, da diese Vereinbarung für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks notwendig war (K-1, Ziffer 1.1). Die Befugnis ermächtigt ihn jedoch nicht zum Eingehen einer Schiedsvereinbarung, die grundsätzlich separat vom restlichen Vertrag betrachtet werden muss (Art. 21 Abs. 2 SchO; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 90).
- 32 Der Kreis der zulässigen Handlungen orientiert sich an den zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks notwendigen Rechtsgeschäften, wobei er enger zu fassen ist (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 535 N 78). Für den Vertrag (K-2) wäre der Rechtsschutz bereits durch staatliche Gerichte gewährleistet gewesen, so dass die Schiedsklausel nicht notwendigerweise abgeschlossen werden musste. Im Gegenteil ist die Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht kostspieliger (VOGEL/SPÜHLER, S. 410). Damit wird dem Gesellschaftszweck also nicht gedient. Ferner verlangt ein Teil der Lehre in analoger Anwendung von Art. 396 Abs. 3 OR eine *besondere Ermächtigung* zum Abschluss einer Schiedsklausel. Diese auftragsrechtliche Norm ist unter Berücksichtigung des Verweises in Art. 540 Abs. 1 OR zu beachten (SCHERRER, S. 56). Andere Lehrmeinungen, die gegen eine analoge Anwendung von Auftragsrechtsrecht im Bereich der Geschäftsführung sind, verlangen genauso eine *spezielle Ermächtigung* unter Anwendung von Art. 535 Abs. 3 OR (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 540 N 34). Auch das Bundesgericht betont die schwerwiegenden Folgen einer Schiedsklausel, wobei es an deren gültigen Abschluss hohe Voraussetzungen setzt und sie restriktiv beurteilt (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Aus diesem Grund ist zur Unterzeichnung einer Schiedsklausel eine *spezielle Ermächtigung* in analoger Anwendung von Art. 396 Abs. 3 OR oder die *Zustimmung sämtlicher Gesellschafter* nach Art. 535 Abs. 3 OR notwendig. Beides liegt in casu nicht vor.
- 33 *Fazit: Die Schiedsklausel wurde nicht gültig abgeschlossen, weshalb auf die Klage nicht einzutreten ist.*

3.3 Fehlende Berechtigung zur Anrufung des Schiedsgerichts

- 34 Sollte das Gericht wider Erwarten die Schiedsklausel für gültig erklären, so wird der Kläger aus der Schiedsvereinbarung *nicht* zur Anrufung des Schiedsgerichts *ermächtigt*. Die Schiedsklausel wurde zwischen dem Konsortium Lanzelot und der Beklagten abgeschlossen (K-2, Ziffer 11). Da dem Konsortium als einfache Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, müssen die Ansprüche aller Gesellschafter als notwendige Streitgenossenschaft geltend gemacht werden (Rz. 20). Eine *Erweiterung* der Schiedsklausel zur Anrufung durch den Kläger allein setzt voraus, dass alle Parteien davon ausgegangen sind, dass er sich ebenfalls derselben Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen hat (POUDRET/BESSON, N 258). Es lassen sich keine Hinweise dafür finden. Im Gegenteil wurde das Wissen vom Konsortium Lanzelot angeboten und nicht vom Kläger als Wissensentwickler alleine. Mit anderen Worten steht der Beklagten als Vertragspartnerin eine einfache Gesellschaft gegenüber, deren *Ansprüche im Gesamteigentum* aller Gesellschafter stehen (Rz. 20). Folglich durfte die Beklagte davon ausgehen, dass dem Kläger alleine keine Ansprüche aus dem Vertrag (K-2) zustehen und eine individuelle Anrufung der Schiedsklausel aussichtslos erscheint. In diesem Sinne wurde auch in einem Schiedsspruch nach französischem Recht, welches hinsichtlich des Kreises der Begünstigten einer Schiedsklausel weniger restriktiv ist (POUDRET, in JDI, 913 f.), die Ausweitung auf einen Stellvertreter einer juristischen Person verneint (ICC Award 4975; JDI 1989 p. 1100, 1106).
- 35 *Fazit: Der Kläger ist nicht zur Anrufung der Schiedsklausel berechtigt, weshalb das Schiedsgericht in der Sache unzuständig ist. Alle kommenden Ausführungen ergehen daher unter der Einrede der Unzuständigkeit.*

4. Vertragserfüllung durch die Beklagte

4.1 Vertragsqualifikation

- 36 Wie der Kläger richtigerweise feststellt (Klageschrift Rz. 39 f.), handelt es sich beim Vertrag zwischen der Beklagten und dem Konsortium (K-2) um einen Know-how-Vertrag. Im vorliegenden Fall ist die Wissensübertragung Gegenstand der Vereinbarung. Fälschlicherweise qualifiziert der Kläger das Rechtsgeschäft jedoch als Vertrag *sui generis* (Klageschrift Rz. 39). Ein solcher wäre weder gesetzlich geregelt, noch würde er zu Hauptteilen aus Nominalelementen bestehen (HUGUENIN BT, N 1350). In casu handelt es sich vielmehr um einen *gemischten Vertrag*, der schwergewichtig aus Elementen von

Nominatverträgen besteht (HUGUENIN BT, N 1344). Betrachtet man den der Streitigkeit zugrunde liegenden Vertrag genau, so wird der Kläger verpflichtet, Wissen zu liefern, wie das Zusammenhaften der Beilagen verhindert werden kann (K-2, Ziffer 6.1). Ebenso sind die einzelnen Zahlungen an einen Erfolg geknüpft; so ist jeweils von „erfolgreichen“ Tests die Rede (K-2, Ziffer 8). Demnach schuldet der Kläger der Beklagten eine Lösung (K-2, Präambel). Die Verpflichtung, einen Erfolg zu liefern, ist Hauptmerkmal des Werkvertrages (Art. 363 ff. OR; HUGUENIN BT, N 600). Folglich liegt ein gemischter Vertrag mit schwerwiegend werkvertraglichen Elementen vor.

- 37 Auf gemischte Verträge ist mit Blick auf das Gesamtergebnis entweder das Typenrecht analog anwendbar oder, wo nicht angebracht, eine individuelle Vertragsergänzung durch das Gericht vorzunehmen (HUGUENIN BT, N 1371).

4.2 Keine Vertragsverletzung durch die Beklagte

- 38 Es wird bestritten, dass die Beklagte den Vertrag (K-2) verletzt hat (Klageschrift Rz. 37 ff.).

4.2.1 Erfüllung der ersten Rate durch die Beklagte

- 39 Zur Erfüllung der ersten Rate muss das Konsortium die Ursachen für das Zusammenhaften der Beilagen erklären, die Lösung modellhaft demonstrieren und schriftlich übergeben (K-2, Ziffer 8.1). Die von der Klägerseite aufgeführten Ursachen (Klageschrift Rz. 45 ff.) sind wohl die der Beklagten bekanntgegebenen Punkte (K-3). Doch hat sich mittlerweile durch Nachforschungen der Beklagten herausgestellt, dass das Haftproblem nicht auf diese Ursachen zurückgeführt und mit der vorgeschlagenen Lösung beseitigt werden kann (B-4). Aufgrund des damaligen Wissensstandes ging die Beklagte von der Wirksamkeit der angebotenen Lösung aus und bezahlte ohne jegliche Verzögerung die erste Rate.

4.2.2 Keine Erfüllung der zweiten Rate

- 40 Den Ausführungen des Klägers wird widersprochen (Klageschrift Rz. 52 ff.). Denn die zweite Rate war von der Beklagten *nie geschuldet*. Wie der Kläger richtig festhält (Klageschrift Rz. 52), war das Konsortium verpflichtet, einen Test an den Anlagen der Beklagten durchzuführen. Dadurch sollte die Wirksamkeit der schriftlich übergebenen Lösung (K-3) – die nie existiert hat – geprüft werden. Beim Test des Konsortiums vom 3. November 2008 handelt es sich aber gerade nicht um einen solchen Test, sondern es wurde lediglich ein Grundlagenversuch durchgeführt. Der Kläger verkennt (Klageschrift Rz. 53), dass die Beilagen bei diesem Test den geforderten Eigenschaften entsprachen (K-2,

Ziffer 4.1, 4.4): es wurden weder Beilagen in den vom Vertrag vorgegebenen Massen noch die richtige Papiersorte verwendet (K-2, Ziffer 4.1 im Gegensatz zu K-7, Ziffer 4). Für einen Grundlagenversuch spricht zudem auch, dass nach dem Test selbst auf Seiten des Konsortiums noch viele Fragen offen blieben (B-3), so dass selbst der Kläger nicht ganz von der Lösung überzeugt sein konnte. In diesem Sinne bedient sich die Beklagte der Formulierung des Klägers, welcher den Test selber als „*Ursachenanalyse*“ bezeichnet (Klageschrift Rz. 54). Um eine solche handelt es sich beim Test vom 3. November 2008 zweifellos, was indes nicht den Voraussetzungen für die zweite Rate entspricht. Vertraglich geschuldetes Ziel war das Aufzeigen einer funktionsfähigen Lösung, die mit einigen wenigen Anpassungen im Serienbetrieb anwendbar ist. So gibt der Kläger auch zu, dass „*noch nicht alle Details der konkreten Umsetzung durchdacht*“ werden konnten (Klageschrift Rz. 54). Unter diesen Umständen und nach interner Aufarbeitung des Tests (B-1) teilte die Beklagte dem Kläger am 15. November 2008 im Rahmen einer Nachbesprechung mit, dass es sich *nicht* um einen *erfolgreichen Test* im Sinne des Vertrages gehandelt hatte (K-8).

- 41 Auch der Umstand, dass die zweite Rate durch die Beklagte bezahlt wurde, gilt nicht als Anerkennung für einen erfolgreichen Test. Im Gegenteil machte die Beklagte bereits in der Einleitungsantwort geltend, dass die zweite Rate *irrtümlicherweise* bezahlt wurde (Einleitungsantwort, Ziffer 10; B-2). Es war lediglich ein Bekenntnis der Beklagten zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, dass sie die bezahlte Rate nicht sogleich zurückforderte. Die Beklagte hält sich jedoch ausdrücklich das Recht auf Verrechnung vor, falls dem Kläger wider Erwarten Ansprüche zustehen sollten.

4.2.3 Keine Pflicht zur Testvornahme für die dritte Rate

- 42 Weil der Kläger den Test für die zweite Rate noch nicht einmal vorgenommen hatte, war die Beklagte nicht zur Vornahme des Tests für die dritte Rate (K-2, Ziffer 8.3) verpflichtet. Insbesondere war sie zur Testvornahme nicht in der Lage, da der Kläger das Vorhandensein einer Lösung verkennt (Klageschrift Rz. 61; B-4). Zudem waren die Vorschläge des Konsortiums (Klageschrift Rz. 61) lediglich generelle Hinweise (K-12) und keine konkreten Anweisungen, welche der Beklagten ermöglicht hätten, eigenständig einen Test durchzuführen. Dass die Beklagte die Geräte von der Firma Segebrecht AG noch weiter behalten hat, bedeutet entgegen der Unterstellung des Klägers keineswegs (Klageschrift Rz. 60 f.), dass die Beklagte das Wissen übernommen hat. Im Gegenteil, es spricht dafür, dass die Beklagte der Lösung weiterhin nicht abgeneigt und sogar bereit war, sel-

ber Tests durchzuführen. Diese Versuche entsprachen jedoch nicht den vertraglichen Vorgaben (Beschluss Nr. 2, Ziffer 1).

4.2.4 Keine Bedingungsfiktion im Sinne von Art. 156 OR

- 43 *Zusätzlich* führt die Beklagte an: Sollte das Gericht davon ausgehen, dass es sich bei den Voraussetzungen für die einzelnen Raten (K-2, Ziffer 8) um Bedingungen handelt, kann der Beklagten keine Bedingungsfiktion nach Art. 156 OR vorgehalten werden. Eine solche kann nur angenommen werden, wenn die Bedingung wider Treu und Glauben herbeigeführt oder ihr Eintritt verhindert wird. Die Treuwidrigkeit ist dabei aus den gesamten Umständen und eher restriktiv zu beurteilen. Ein Verhalten gilt erst dann als treuwidrig, wenn es gegen den Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts verstösst (BGE 117 II 273, E. 5c). In casu kann von einem solchen Verhalten der Beklagten nicht gesprochen werden. Der Test für die dritte Rate wurde lediglich deshalb nicht durchgeführt, weil der Test für die zweite Rate noch nicht erfolgt war und weil gar keine Lösung besteht (B-4).
- 44 *Fazit: Die Beklagte hat den Vertrag nicht verletzt.*

4.3 Vertragsrücktritt durch die Beklagte

- 45 Am 25. Januar 2009 erklärte die Beklagte den Rücktritt (K-16) vom Vertrag (K-2). Dieser ist gerechtfertigt aus der analogen Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR oder Art. 377 OR. Eventualiter ist die Beklagte aus Art. 107 Abs. 2 OR zum Rücktritt berechtigt.
- 46 Gemäss Art. 366 Abs. 1 OR hat der Werkbesteller die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten, falls der Unternehmer mit der Werkherstellung so sehr im Verzug ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Dabei genügt es, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass der Hersteller in ungenügender Weise fortfahren wird (ZK-BÜHLER, Art. 366 N 28). Indem das Konsortium den Test für die zweite Rate nicht vorgenommen und dennoch am 23. Januar 2009 eine Endrechnung an die Beklagte geschickt hatte (K-15), konnte die Beklagte davon ausgehen, dass das Konsortium nicht weiter an der Erarbeitung der Lösung interessiert war bzw. das Werk nicht mehr vollenden wollte. Lehre und Rechtsprechung fordern für die Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR auch, dass die Voraussetzungen von Art. 102 ff. OR eingehalten werden (BGE 115 II 50, E. 2a; GAUCH, N 675; KUKO OR-LEHMANN, Art. 366 N 5; ZK-BÜHLER, Art. 366 N 33). Demnach ist der Unternehmer nach Art. 102 OR zu mahnen und ihm eine Nachfrist nach Art. 107 OR anzusetzen. Der Schuldner wird mit der Erklärung gemahnt, dass er zu erfüllen habe; sie muss aber nicht als solche gekennzeichnet sein (BK-WEBER, Art. 102 N 66). Insbesondere

re kann eine Mahnung auch darin bestehen, dass eine fehlerhafte Ware nicht abgenommen wird und die Mängel aufgezeigt werden (Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 25. Februar 1937). In casu wurde die Annahme des Tests vom 3. November 2008 als nicht vertragsgemäss verweigert; dies wurde dem Konsortium am 15. November 2008 mitgeteilt (K-8). Damit wurde dem Konsortium deutlich gemacht, dass es jetzt vertragsgemäss zu erfüllen habe. Ausserdem hätte auf eine Mahnung auch verzichtet werden können, da sie sich infolge des nichtvorhandenen Wissens des Konsortiums als nutzlos erwiesen hätte (GAUCH, N 675). Auch auf die Festsetzung einer Nachfrist kann nach Art. 108 Ziff. 1 OR verzichtet werden, wenn aus dem Verhalten des Schuldners ersichtlich ist, dass er nicht leisten wird. Da trotz des Nichterfolgs des Tests die Gesamtsumme in Rechnung gestellt wurde (K-15), lag wohl ein solches Verhalten vor. Folglich ist Art. 366 Abs. 1 OR analog anwendbar. Der Besteller kann dadurch gemäss Bundesgericht insbesondere den Vertrag im Sinne einer Kündigung mit Wirkung ex nunc beenden (BGE 116 II 450, E 2a/aa; GAUCH, N 685; KUKO OR-LEHMANN, Art. 366 N. 6) oder die Rechte aus Art. 107 Abs. 2 OR wählen. Er kann also auf die nachträgliche Leistung verzichten und vom Vertrag zurücktreten.

- 47 Sollte das Gericht wider Erwarten eine der Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR analog als nicht gegeben ansehen, so ist der Rücktritt nach Art. 377 OR analog dennoch gerechtfertigt. Dieser Artikel gewährt dem Besteller des Werks ein Rücktrittsrecht, welches er auch vor Beendigung des Werks jederzeit ausüben kann. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts ist darunter ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit Wirkung ex nunc zu verstehen (BGE 117 II 273, E. 4a; GAUCH, N 523; KUKO OR-LEHMANN, Art. 377 N 5; HUGUENIN BT, N 696; ZK-BÜHLER, Art. 377 N 7). Voraussetzung dafür ist, dass der Besteller den Rücktritt gegenüber dem Unternehmer erklärt (KUKO OR-LEHMANN Art. 377 N 3). Diese Erklärung hat die Beklagte dem Konsortium am 25. Januar 2009 eingeschrieben zukommen lassen (K-16). Als Rechtsfolge wird der Vertrag unmittelbar aufgelöst (ZK-BÜHLER, Art. 377 N 28), während der Besteller dem Unternehmer die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und ihn voll schadlos zu halten hat. Die geleistete Arbeit wurde mit der Bezahlung der ersten und zweiten Rate in casu sicherlich vergütet und geht wohl einiges darüber hinaus. Die Schadloshaltung entspricht dabei dem Anspruch des Unternehmers auf das positive Vertragsinteresse (KUKO OR-LEHMANN, Art. 377 N. 6 ff.; ZK-BÜHLER, Art. 377 N 32). Dieser Schadenersatz entfällt aber, wenn der Besteller den Werkvertrag aus „*wichtigem Grund*“ auflöst (GAUCH, N 569; m.w.H. ZK-BÜHLER, Art. 377 N 42). Ein solcher Grund liegt insbesondere vor,

wenn der Unternehmer durch einen Vertrauensbruch die Fortführung des Vertrages für den Besteller unzumutbar macht (GAUCH, N 572). In casu hat das Konsortium trotz des Nichterfolgs des Tests für die zweite Rate die gesamte Vergütung gefordert. Zudem hat die besagte Lösung nie bestanden und das Konsortium hat nur versucht, eine solche auf Kosten der Beklagten zu entwickeln (K-16). Bedingt durch die ungerechtfertigte Rechnungsstellung des Konsortiums (K-15) vom 23. Januar 2009, konnte der Beklagten die Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden. Somit war der Rücktritt am 25. Januar 2009 gerechtfertigt, währenddessen das Konsortium und insbesondere der Kläger keine Rechtsansprüche daraus geltend machen können.

48 Sollte das Gericht wider Erwarten kein Werkvertragsrecht analog anwenden, so ist der Rücktritt nach den allgemeinen Regeln von Art. 102 ff. OR möglich. Es muss eine fällige Forderung nach Art. 102 Abs. 1 OR bestehen, damit die Verzugsfolgen eintreten. Die Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, an dem der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss (BGE 129 III 535, E. 3.2.1). Das Gesetz vermutet dabei die sofortige Fälligkeit gemäss Art. 75 OR. Im Vertrag wird die Fälligkeit nicht genauer geregelt (K-2). Aus dem Aufbau des Vertrages kann aber geschlossen werden, dass die jeweiligen Fälligkeiten der einzelnen Raten von einander abhängen (K-2, Ziffer 8). Das heisst, dass die Verpflichtung des Konsortiums zur Vornahme des Tests für die zweite Rate erst eintreten kann, wenn die erste Rate bezahlt wurde. Die Vornahme des Tests für die zweite Rate wurde in casu mit der Bezahlung der ersten Rate fällig. Ferner sind eine Mahnung und die Setzung einer Nachfrist für die Verzugsfolgen erforderlich; eine Mahnung liegt in casu vor und auf die Nachfrist kann verzichtet werden (Rz. 46). Somit steht der Beklagten die Rechtswahl von Art. 107 Abs. 2 OR offen. Mit der Rücktrittserklärung (K-16) wurde auf die nachträgliche Erfüllung verzichtet.

49 *Fazit: Der Rücktritt der Beklagten war rechtmässig; der Kläger hat keine Ansprüche.*

4.4 Unmöglichkeit der Vornahme des Tests für die dritte Rate

50 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Ergebnis gelangen, beim Test vom 3. November 2008 handle es sich um einen Test im vertraglichen Sinne (K-2, Ziffer 8.2), so ist die Beklagte dennoch nicht verpflichtet, die Bezahlung der dritten Rate vorzunehmen, da sie noch nicht zur Vornahme des endgültigen Tests verpflichtet war.

51 Die Durchführung des letzten Tests (K-2, Ziffer 8.3) hat die Beklagte „möglichst rasch“ vorzunehmen. Diese Zeitspanne ist im Kontext des Vertrages und der nötigen Handlung-

gen der Beklagten zu verstehen. Für die endgültige Übernahme der vermeintlichen Lösung des Konsortiums sind grosse Anpassungen an den Maschinen der Beklagten nötig: So müssen insbesondere eigene Geräte für die Umsetzung gekauft und installiert werden. Dies wurde von der Beklagten auch angestrebt, indem sie vorerst noch kleinere Versuche mit den geliehenen Maschinen durchführte (K-13). Aufgrund ihrer Resultate und den Ergebnissen des Tests vom 3. November 2008 kam die Beklagte zum Schluss, dass die Adaption der Lösung *unmöglich* sei (B-4). Diese Unmöglichkeit ist im Folgenden näher zu qualifizieren.

- 52 Das Konsortium war nie in der Lage, der Beklagten die versprochene Lösung zu liefern, da die Voraussetzungen für das zu lösende Problem bis anhin nicht genügend erforscht worden sind (B-4). Ob Dritte das vorliegende Haftungsproblem lösen könnten, ist nicht ersichtlich. Nachfolgend wird aber aufgezeigt, dass es für die Beklagte irrelevant ist, ob eine subjektive oder objektive Unmöglichkeit vorliegt.
- 53 Auf die anfängliche *subjektive* Unmöglichkeit ist Art. 97 OR anzuwenden (BGE 88 II 195, E. 5; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 12). Vorausgesetzt ist, dass es sich um eine dauernde Unmöglichkeit des Schuldners handelt oder wenigstens, dass deren Ende nicht absehbar ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 16 m.w.H.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, wann und ob die Grundlagenforschung eine angemessene Lösung produzieren könnte (B-4). Damit Art. 97 OR anwendbar ist, muss den Schuldner bei Vertragsschluss ein *Übernahmeverschulden* treffen, welches vermutet wird (BGE 117 II 71, E. 4a; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 61). Ein *Schaden* im Sinne einer unfreiwilligen Vermögensverminderung (HUGUENIN AT, N 607) liegt in der ungerechtfertigten Bezahlung der ersten beiden Raten. Die vorliegende Vertragsverletzung ist nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, diesen Schaden herbeizuführen (BGE 123 III 110, E. 3a). Als Rechtsfolge kann der Geschädigte den Rücktritt im Sinne von Art. 107 Abs 2 OR erklären (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58; HUGUENIN AT, N 582).
- 54 Ohne Übernahmeverschulden wird Art. 119 OR angewendet (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 12). Nach dieser Bestimmung geht die Forderung des Gläubigers ohne Schadenersatz unter (BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 11). Beim zweiseitigen Vertrag geht allerdings gemäss Art. 119 Abs. 2 auch die Gegenforderung unter (BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 18; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2542; BGer 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005, E. 9.1.1). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass das Konsortium von seiner Lieferpflicht unter gleichzeitigem Verlust der Gegenforderung befreit wird.

55 Auch bei Annahme anfänglicher *objektiver* Unmöglichkeit kommt Art. 119 OR zur Anwendung, wenn die Unmöglichkeit, wie vorliegend, den Vertragsinhalt beschlägt und die Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 20 Abs. 1 OR somit als unangemessen erscheint (HUGENIN AT, N 566 ff.). Im Ergebnis wird die Beklagte wiederum von ihrer Leistungspflicht befreit.

56 *Fazit: Der Vertrag geht durch Unmöglichkeit unter. Das Konsortium und insbesondere der Kläger können daher keine Ansprüche gegen die Beklagte geltend machen.*

5. Fehlende Anspruchsgrundlage auf Bezahlung von CHF 500'000.00

57 Der Kläger vermischt in seinen Ausführungen die verschiedenen Anspruchsgrundlagen der *Vertragsverletzung* sowie des *Schuldnerverzugs* (Klageschrift Rz. 65), um seine Forderungen zu begründen. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass der Kläger keinen Anspruch aus Schuldnerverzug geltend machen kann. Weiter werden, obwohl vom Kläger nicht geltend gemacht, Ansprüche aus Vertragsverletzung und Gläubigerverzug verneint.

5.1 Schuldnerverzug

5.1.1 Nichtbestehen einer fälligen Forderung

58 Der Kläger macht aufgrund der Nichtbezahlung der dritten Rate Schuldnerverzug geltend. Die Geltendmachung des Schuldnerverzugs nach Art. 102 Abs. 1 OR setzt eine *fällige Forderung* voraus (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2657 ff.). Im Widerspruch zum Kläger wird die *dritte Rate nicht geschuldet* (Rz. 42), da das Problem in unveränderter Weise weiterbesteht.

59 Darum steht der Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR zu. Bei der vorliegenden synallagmatischen Vereinbarung (K-2, Ziffer 8.3) muss die dritte Rate erst nach der Erfüllung der zweiten Rate (K-2, Ziffer 8.2) gezahlt werden (Rz. 42). Der Test für die zweite Rate ist aber bisher nicht erbracht worden (Rz. 40). Deshalb kann dem Kläger auch die *Einrede des nicht erfüllten Vertrages* nach Art. 82 OR entgegen gehalten werden, der einen Schuldnerverzug verunmöglicht (HUGENIN AT, N 654 f.).

60 *Fazit: Es besteht keine Forderung gegenüber der Beklagten, weshalb sie dem Kläger gegenüber die Einrede aus Art. 82 OR erheben kann.*

61 Sollte das Gericht wider Erwarten den Bestand der Forderung über die dritte Rate ohne Einredemöglichkeit feststellen, so ist diese noch *nicht fällig*. Der Kläger stellt richtiger-

weise fest, dass die Durchführung des Versuchs für die dritte Rate „möglichst rasch“ (K-2, Ziffer 8.3) zu erfolgen hat (Klageschrift Rz. 67). Jedoch vernachlässigt er, dass dafür weitgehende, zeit- und kostenintensive Anpassungen an den Maschinen notwendig werden. Genau diese Umstände sind jedoch für die Ermittlung der Erfüllungsfrist massgebend (KOLLER AT, § 39 N 29), wenn wie im vorliegenden Fall die dispositive Regelung aus Art. 75 OR wegbedungen wurde.

62 Der Kläger nimmt indessen ohne Rücksprache mit der Beklagten am 23. Januar 2009 (K-15) an, dass diese Frist bereits verstrichen sei und die Forderung somit am 8. Februar 2009 fällig werde (Einleitungsanzeige, erstes Klagebegehren). In Anbetracht des unausgereiften und in verschiedenen Punkten *anpassungsbedürftigen Standes der Lösung* (K-8; B-3) und den damit verbundenen notwendigen Veränderungen am Produktionssystem der Beklagten (Rz. 51) ist eine *Frist* von nur zweieinhalb Monaten *ungenügend*. Insbesondere auch darum, weil das Festkleben ein ungelöstes Problem ist (B-4) und erfahrungsgemäss bei Neuerungen mit Anpassungsschwierigkeiten gerechnet werden muss. Die Argumentation des Klägers, dass die Beklagte seither über ein Jahr Zeit zur Testdurchführung gehabt habe (Klageschrift Rz. 67 f.), erscheint wenig stichhaltig. Einerseits wurde mit dem Einfordern der dritten Rate durch das Konsortium am 23. Januar 2009 (K-15) die Vertrauensbasis für eine weitere Zusammenarbeit zerstört, andererseits verzichtete die Beklagte mit dem Rücktritt am 25. Januar 2009 (K-16) ausdrücklich auf eine Testdurchführung.

63 *Fazit: Die Forderung war am 8. Februar 2009 noch nicht fällig, und somit ist die Geltendmachung des Schuldnerverzugs nicht möglich.*

5.1.2 Falsche Mahnung

64 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass eine fällige Forderung vorliegt, so vermag der Kläger nicht aufzuzeigen, dass die Forderung *ab dem 8. Februar 2009* fällig wurde und Verzugszinsen ab diesem Zeitpunkt zu entrichten waren (so das Rechtsbegehren der Einleitungsantwort). Im Widerspruch zum Begehren macht er geltend, dass die Beklagte erst *am 10. April 2009* gemahnt wurde und in Verzug fiel (Klageschrift Rz. 68, 76). Demnach müsste der Richter vom Klagebegehren im Sinne einer Klageänderung gemäss Art. 20 Ziff. 1 SchO abweichen und den Verzug ab dem 10. April 2009 ansetzen.

5.2 Kein Anspruch auf CHF 500'000.00 aus Vertragsverletzung

65 Der Kläger machte aufgrund der Nichtvornahme des Tests (K-2, Ziffer 8.3) einen *Vertragsbruch* geltend (Klageschrift Rz. 65), erklärte daraufhin den Rücktritt und forderte die Bezahlung der dritten Rate. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Beklagte keine *Pflicht* zur Testvornahme hatte.

5.2.1 Vorliegen einer Obliegenheit und kein Anspruch aus Gläubigerverzug

66 Die Geltendmachung eines Vertragsbruches scheitert daran, dass es sich bei der Testvornahme um eine *Obliegenheit* handelt und nicht um eine Pflicht der Beklagten. Aus der Unterlassung dieser Obliegenheit kann allerdings keine Verletzung von Art. 97 Abs. 1 OR geltend gemacht werden (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2390).

67 Gemäss Vertrag muss die Beklagte die technische Lösung an ihren Anlagen erproben (K-2, Ziffer 8.3). Erst damit wird sie zur Bezahlung der dritten Rate verpflichtet. Bei der Testvornahme handelte es sich somit nicht um die Hauptpflicht des Know-how-Vertrages zwischen dem Kläger und der Beklagten; er selbst geht davon aus, dass die Bezahlung der Vergütung die Hauptpflicht darstellt (Klageschrift Rz. 85). Bei der Vornahme des Tests handelte es sich vielmehr um eine Mitwirkungshandlung der Beklagten, denn nur dadurch hätte die übertragene Lösung vollends aufgenommen werden können. Mitwirkungshandlungen sind keine echten Pflichten, sondern Obliegenheiten. Die Rechtsfolge der ungerechtfertigten Unterlassung ist der Gläubigerverzug (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2390).

68 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte sich nicht auf den *Gläubigerverzug* berufen kann, da die Beklagte ihre Mitwirkungspflicht gerechtfertigt unterlässt.

69 Eine Unterlassung ist dann ungerechtfertigt, falls sie aus persönlichen, nicht objektiven Gründen erfolgt (BGE 119 II 437, E. 2b). Die Beklagte hingegen konnte mangels Erbringung des Tests für die zweite Rate (Rz. 40) ihrerseits nicht zur Vornahme des Tests für die dritte Rate schreiten. Somit bestand ein objektiver Grund zur Nichtvornahme. Selbst wenn die zweite Rate als erfüllt betrachtet wird, kann noch nicht von einer ungerechtfertigten Unterlassung ausgegangen werden, da die Durchführung des Versuchs der dritten Rate noch nicht fällig ist (Rz. 42). Die Nichtvornahme des Tests war deswegen *nicht ungerechtfertigt*.

70 *Fazit: Es können weder Ansprüche aus Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) noch aus Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR) geltend gemacht werden.*

5.2.2 Einredemöglichkeit aus Art. 82 OR

71 Sollte das Gericht wider Erwarten davon ausgehen, dass es sich bei der Vornahme des Tests im Sinne des Vertrages (K-2, Ziffer 8.3) um eine *vertragliche Pflicht* und nicht um eine Obliegenheit handelt, so liegt trotzdem keine Vertragsverletzung auf Seiten der Beklagten vor.

72 Solange der Test für die zweite Rate nicht vorgenommen worden war (Rz. 40), war die Beklagte nicht verpflichtet, mit ihrer Testphase zu beginnen (K-2, Ziffer 8.3). Die Vornahme dieses Tests wird erst nach der Übergabe des vertragsgemässen Wissens und mit der Erfüllung der zweiten Rate geschuldet. Dem Kläger kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR entgegen gehalten werden. Insbesondere drängt sich diese Einrede auf, da die demonstrierte Lösung unbrauchbar ist (Rz. 51 f.; B-4).

73 *Fazit: Der Beklagten steht die Einrede aus Art. 82 OR zu.*

5.2.3 Keine wesentliche Vertragsverletzung

74 Sollte das Gericht die Einredemöglichkeit nach Art. 82 OR verneinen und einen Vertragsbruch feststellen, so hat der Kläger mit dem Rücktritt und dem Anspruch auf die dritte Rate eine *atypische Rechtsfolge* gewählt (Klagesschrift Rz. 65; K-19), deren Voraussetzungen nicht gegeben sind. Die herrschende Lehre gewährt dem Gläubiger aber im Falle einer *wesentlichen Vertragsverletzung* ein verschuldensunabhängiges Rücktrittsrecht in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR (HUGUENIN AT, N 642; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 58; SCHWENZER, N 66.34). Die schwerwiegende Pflichtverletzung muss das Vertrauensverhältnis der Parteien so erschüttern, dass eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Gegenpartei im Wesentlichen das entgeht, was sie vom Vertrag erwarten durfte (SCHWENZER, N 68.09). In casu war die Beklagte verpflichtet, das Wissen „möglichst rasch“ an ihren Anlagen anzupassen (K-2, Ziffer 8.3). Dafür stand der Beklagten eine *zu kurze* Frist zu (Rz. 61). Die Tatsache sodann, dass das Konsortium bereits vor Ablauf der Hälfte der Vertragsdauer von zwei Jahren (K-2, Ziffer 10) vom Vertrag zurückgetreten ist, zeigt, dass das Zuwarten auf die Gegenleistung für das Konsortium in keiner Weise unzumutbar gewesen wäre. Somit liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor.

75 *Fazit: Die Voraussetzungen für die geltend gemachten Rechtsansprüche sind nicht gegeben.*

6. Begründetheit der Verrechnungsforderung der Beklagten

76 Die Beklagte hat dargelegt, dass sie rechtsgültig vom Vertrag zurückgetreten und dass die Bezahlung der dritten Rate dadurch obsolet geworden ist (Rz. 45 ff.). Dass eine Lösung für das bestehende Problem der Beklagten vorliegt, wird nachhaltig bestritten (Rz. 42).

77 Sollte der Kläger wider Erwarten die dritte Rate fordern können, so macht die Beklagte Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen *verrechnungsweise* geltend (Einleitungsantwort, Ziffer 13). Das Gericht hat folglich nicht die Frage der *direkten* Zurückerstattung gemäss Art. 107 ff. OR zu beantworten, wie es die Beklagte mit ihrem Rücktritt verlangte (K-16).

78 *Zusätzlich* wendet die Beklagte ein, dass das Schiedsgericht gemäss Art. 21 Abs. 5 SchO auch dann auf die Verrechnungseinrede der Beklagten eingehen müsste, wenn die Verrechnungsforderung nicht unter die Schiedsklausel fallen würde (BERGER/KELLERHALS, N 484).

79 Aus der heutigen *ex post*-Betrachtung hat das Konsortium die *erste Rate* nicht erfüllt. Bis heute konnten die Konsortialmitglieder der Beklagten keine zufriedenstellende Lösung präsentieren (Rz. 42, 51 f.). Aus dieser Sicht ist die Verrechnung mit der ersten Rate zulässig, da sie zu Unrecht bezahlt wurde.

80 Zudem wurde die *zweite Rate* aus einem technischen Versehen bezahlt, womit auch sie den Konsorten nicht rechtmässig zusteht. Die beiden Raten könnten also dann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie mit Hilfe der Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. i.V.m. Art. 120 Abs. 1 OR) zurückverlangt werden könnten.

81 Art. 62 Abs. 2 OR unterscheidet drei Gründe für eine rechtsgrundlose Leistung; eine davon ist die „Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund“, der bei Resolutivbedingungen vorliegen kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1487; HUGUENIN AT, N 1043 f.). Eine Bedingung im Rechtssinn liegt dann vor, wenn die Verbindlichkeit oder die Auflösung eines Vertrages vom Eintritt einer ungewissen, zukünftigen Tatsache gemäss Art. 151 ff. OR abhängig gemacht wird. Sie beruhen auf Vereinbarung der Parteien, die auch stillschweigend getroffen werden kann (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3948). In casu haben die Parteien explizit die *einzelnen* Ratenzahlungen von den Bedingungen ab-

hängig gemacht, dass das Wissen zum gewünschten Erfolg führt (K-2 Ziffer 2 und 8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 3952). Dieser Erfolg ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv ungewiss und zukünftig. Die Beklagte ist folglich vom Vorliegen einer Lösung für ihr Problem ausgegangen, womit der *Nichterfolg* der vorgeschlagenen Lösung eine *resolutive Bedingung* nach Art. 154 Abs. 1 OR darstellt. Die Parteien sind im vorliegenden Fall von auflösenden und nicht von aufschiebenden Bedingungen ausgegangen, denn ansonsten hätten sie sich nach Treu und Glauben nicht zu einzelnen Ratenzahlungen vor erfolgreicher Beendigung des Vertrages verpflichtet.

82 Da nun aber der Kläger durch sein Wissen das Problem der Beklagten nicht lösen konnte (Rz. 52), fällt der Grund für die Zahlungen der ersten und zweiten Rate *nachträglich* weg. Folglich hat der Kläger weder das geschuldete Know-how demonstriert und erklärt (*erste Rate*), noch konnte er damit einen erfolgreichen Test durchführen (*zweite Rate*).

83 Die Vertragsparteien vereinbarten (K-2, Ziffer 8 a.E.), dass die Rückzahlung bereits bezahlter Beträge *ausgeschlossen* sei. Diese Klausel kann nur dann zur Anwendung gelangen, falls ein Vertrag besteht. In casu geht jedoch der vorliegende Teilvertrag (GAUCH/SCHUEP/EMMENEGGER, N 3952) über die ersten beiden Raten unter, da die auflösenden Bedingungen eintreffen. Folglich wird diese Klausel in Bezug auf diese beiden Raten ebenfalls obsolet.

84 *Fazit: Die Verrechnungsforderung über die ersten beiden Raten ist somit begründet.*

7. Der Kläger als Schuldner der Verrechnungsforderung

85 Der Kläger bestreitet in seiner Klageschrift nicht, dass er Schuldner einer möglichen Verrechnungsforderung wäre (Klageschrift Rz. 84 f.). Im Gegenteil unterstreicht der Kläger die Annahme der Beklagten, dass er als Solidarschuldner im Sinne von Art. 144 Abs. 1 OR (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 31 ff.) für die vollständige Erfüllung der Forderung belangt werden könnte. Er ist zwar nicht der einzige, aber als Hauptgläubiger der ersten beiden Raten wohl der aussichtsreichste Verrechnungsgegner.

86 *Fazit: Die Beklagte kann die Verrechnungsforderung dem Kläger gegenüber geltend machen.*