

Walter Hagmann
Akeleigasse 33
CH-6301 Zug

Vertreten durch die Moot Court Team 2
Barbora Castell
Angela Giger
Andrea Schneebeli
Ivana Toljan

KLAGESCHRIFT

in Sachen

Walter Hagmann
Kläger
Vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH
Beklagte

betreffend

Bezahlung von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 8. Februar 2009

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtsbegehren	I
II. Literaturverzeichnis	II
III. Entscheidverzeichnis	V
1. Einleitung	1
2. Zulässige Änderung der Parteibezeichnung	1
3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	2
3.1. Objektive Schiedsfähigkeit	3
3.2. Materielle und formelle Gültigkeit der Schiedsklausel	3
3.3. Subjektive Schiedsfähigkeit	3
4. Aktivlegitimation des Klägers	4
4.1. Außergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahmen i.w.S.	5
4.1.1. Außergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahmen i.e.S.	5
4.1.2. Gefahr im Verzug	5
4.1.3. Einwilligung sämtlicher Gesellschafter	6
4.1.3.1. Gemeinsamer Zweck	7
4.1.3.2. Unerlässlichkeit zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks	8
4.1.4. Fazit	8
4.2. Entzug des Liquidationsteilnahmerechts durch den Richter	8
5. Vertragsverletzung seitens der Beklagten	9
6. Anspruch des Klägers auf Zahlung	11
6.1. Schuldnerverzug bezüglich der Leistung	11
6.1.1. Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit	11
6.1.2. Fälligkeit der Forderung	12
6.1.3. Kein Leistungsverweigerungsrecht	12
6.1.4. Verzug der Schuldnerin	13
6.1.4.1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht	14
6.1.4.2. Schaden	14
6.1.4.3. Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden.	15
6.1.4.4. Verschulden	16
6.2. Wirkung des Schuldnerverzugs bezüglich der Leistung	16
6.3. Eventualiter Schuldnerverzug bezüglich der Geldforderung	16
6.4. Wirkung des Schuldnerverzugs bezüglich der Geldforderungen	17
6.5. Fazit	17
7. Verrechnungsforderung der Beklagten	17
7.1. Zuständigkeit der Schiedsgericht zur Beurteilung der Verrechnungsforderung ...	17
7.2. Anwendbares materielles Recht	18
7.3. Bestand der Forderungen	18
7.3.1. Bestand der Hauptforderung	18
7.3.2. Bestand der Verrechnungsforderung	19
7.3.3. Fazit	20
8. Schuldner der Verrechnungsforderung	20

I. Rechtsbegehren

- “1. Es sei festzustellen, dass die vorgenommene Änderung der Parteibezeichnung von „Konsortium Lanzelot“ zu „Walter Hagmann“ zulässig sei und das Schiedsgericht die Klage mit dieser geänderten Parteibezeichnung an die Hand nehmen könne.*
- 2. Es sei festzustellen, dass das Schiedsgericht für die klägerischen Ansprüche zuständig sei.*
- 3. Der Kläger sei aktivlegitimiert.*
- 4. Der Vertrag sei seitens der Beklagten verletzt worden.*
- 5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Februar 2009 zu bezahlen.*
- 6. Es sei festzustellen, dass die Verrechnungsforderung der Beklagten nicht begründet sei, eventualiter sei der Kläger ein Solidarschuldner der Verrechnungsforderung.*
- 7. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“*

II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. in N 9, 10, 14, 15, 16: BERGER/KELLERHALS)

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. in N 60: BUCHER)

FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband, Bern 2006 (zit. in N 22, 27, 28, 29, 33: BK OR)

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Zürich 2000 (zit. in N 20, 27: FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO)

GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL, Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. in N 69: ZK IPRG-BEARBEITER)

GROSS DOMENIC, Das rechtliche Schicksal von Verrechnungsansprüchen im Schiedsverfahren, Band 2, Zürich 1999 (zit. in N 69: GROSS)

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. in N 7: GUHL/BEARBEITER)

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (zit. in N 26: GULDENER)

HABSCHEID WALTHER JAKOB, Zum Problem der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit in Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1984 (zit. in N 20: HABSCHEID)

HOCH M. PATRICK, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss., Zürich 2000 (zit. in N 34: HOCH)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. in N 68: BSK IPRG-BEARBEITER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008 (zit. in N 7, 18, 19, 20, 31, 34: BSK OR II-BEARBEITER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. in N 63: BSK OR I-BEARBEITER)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. in N 41, 46, 53, 54, 70: HUGUENIN)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (zit. in N 37, 79: KOLLER)

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989 (zit. in N 11: LALIVE/POUDRET/REYMOND)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007 (zit. in N 20, 30: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)

SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 5, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Zürich 1938 (zit. in N 24: SIEGWART)

TSANTINIS SPYROS, Aktivlegitimationen und Prozessführungsbefugnisse von Individuen und Organisationen im UWG-Prozessrecht, Reihe II, Frankfurt am Main 1995 (zit. in N 19: TSANTINIS)

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006 (zit. in N 8, 20: VOGEL/SPÜHLER)

VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. in N 63: VON BÜREN)

VON TUHR ANDREAS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit. in N 52, 81: VON TUHR/BEARBEITER)

WALDER RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, *Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. in N 20: WALDER RICHLI/GROB-ANDERMACHER)

III. Entscheidverzeichnis

BGE 114 II 152 (N 76 f.)

BGE 116 II 436 (N 51)

BGE 116 II 700 (N 17)

BGE 118 II 313 (N 17)

BGE 118 II 353 (N 12)

BGE 123 III 16 (N 60, 76)

BGE 123 III 110 (N 56)

BGE 124 III 355 (N 17)

BGE 129 III 535 (N 44)

BGE 132 III 226 (N 76)

1. Einleitung

Zunächst wird gezeigt, dass die vorgenommene Änderung der Parteibezeichnung von „Konsortium Lanzelot“ zu „Walter Hagmann“ zulässig ist und folglich das Schiedsgericht die Klage mit dieser geänderten Parteibezeichnung an die Hand nehmen kann [2]. 1

In der Folge wird dargelegt, dass das Schiedsgericht aufgrund einer gültig zustande gekommenen Schiedsklausel für die klägerischen Ansprüche zuständig ist [3]. 2

Weiter wird gezeigt, dass der Kläger aktivlegitimiert ist [4]. 3

Darüber hinaus wird nachgewiesen, dass die Beklagte den Vertrag verletzt hat [5] und der Kläger folglich einen Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Februar 2009 zu bezahlen hat [6]. 4

Schliesslich wird dargelegt, dass die Verrechnungsforderung der Beklagten nicht begründet ist [7], eventualiter sei der Kläger Solidarschuldner der Verrechnungsforderung [8]. 5

2. Zulässige Änderung der Parteibezeichnung

Bezüglich des Einwandes der Beklagten, dass die Änderung der Parteibezeichnung einen unzulässigen Parteiwechsel darstelle, kann auf den Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 (Punkt 2.2) des Schiedsgerichts verwiesen werden. 6

Im Falle, dass die Beklagte dagegen dennoch etwas vorbringen kann, nehmen wir wie folgt 7
Stellung: In der Einleitungsanzeige tritt irrtümlich das Konsortium als Kläger auf. Unter einem Konsortium versteht man eine einfache Gesellschaft, in welcher sich mehrere Personen vertragsmässig dazu verpflichten, einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zu erreichen (Art. 530 Abs. 1 OR). Vertragsparteien können sowohl natürliche, als auch juristische Personen sein (GUHL/DRUEY, S. 671). I.c. bilden Walter Hagmann, Hydrex AG und Rabig (Schweiz) AG eine einfache Gesellschaft mit dem Ziel, das Wissen an die Rabig GmbH zu übermitteln (K-1, Punkt 1.1). Da das Konsortium als einfache Gesellschaft nicht rechtsfähig ist (K-1, Punkt 1.2) und demnach nicht vor Gericht klagen kann (BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 6), bilden die drei eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 544 Abs. 3 OR). Die Gesellschafter müssten also in Gesamthandschaft klagen (Art. 544 Abs. 1 OR). I.c. erhielt Walter Hagmann jedoch die Berechtigung von der Hydrex AG und der Rabig (Schweiz) AG, um gegen die Rabig GmbH zu klagen (N 33, 36). Demnach haben sie sich

dem Urteil unterworfen, egal wie dieses ausfällt. Aus Sicht der Beklagten kommt es auf dasselbe hinaus, ob der Kläger oder der Kläger im Namen des Konsortiums klagt. I.c. liegt ein formeller Parteiwechsel vor (Walder-Richli/Grob-Andermacher, S. 163 f.), weshalb das Rubrum auf den Kläger zu berichtigen ist. Die Zustimmung der zwei anderen Konsorten kann jederzeit erfolgen und somit kann auch das Rubrum jederzeit berichtigt werden. Demzufolge liegt kein unzulässiger Parteiwechsel vor und die Beklagte erleidet durch die Berichtigung des Rubrums keinerlei Nachteile.

Zudem wird der Streitgegenstand, wie fälschlicherweise von der Beklagten angenommen, 8 nicht erneut vor dem Schiedsgericht hängig gemacht. Die im Namen des Konsortiums eingereichte Klage ist aufgrund der vorgenommenen Verfahrenseinleitung durch den Kläger (Art. 181 Halbsatz 2 IPRG i.V.m. Art. 3 Ziff. 2 Swiss Rules) seit dem 3. August 2009 hängig. Somit wurde durch die Rubrumsberichtigung nicht erneut eine Klage vor gleicher Instanz anhängig gemacht. Die Einrede der Litispendenz ist somit irrelevant. Zudem hat das Schiedsgericht von Amtes wegen zu prüfen, ob der Anhandnahme einer Klage keine vorbestehende Rechtshängigkeit entgegensteht (VOGEL/SPÜHLER, S. 222). Die Tatsache, dass das Schiedsgericht sich nicht dazu äussert, bekräftigt, dass sich die Frage der Rechtshängigkeit nicht stellt.

Schliesslich ist anzumerken, dass ein rechtshängiges Verfahren vor Schiedsgericht, nicht ohne 9 weiteres zur Folge hat, dass die Prozessführungsbefugnis der Parteien erhalten bleibt (keine Fixationswirkungen) (BERGER/KELLERHALS, S. 329). Demzufolge irrt sich die Beklagte, wenn sie davon ausgeht, dass nur im Namen des Konsortiums vorgegangen werden kann. Unter der Aktivlegitimation wird dargelegt, dass Walter Hagmann befugt ist allein zu klagen (N 33, 36).

Folglich kann das Schiedsgericht die Klage an die Hand nehmen und auf die Klage eintreten, 10 da es zuständig ist (N 11 ff.), der Streitgegenstand nicht schon bei einem anderen Gericht anhängig ist (N 8) und es sich bei der vorliegenden Streitsache nicht um eine abgeurteilte Sache (res iudicata) handelt (BERGER/KELLERHALS, S. 368).

3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Damit das Schiedsgericht zuständig ist, muss die Streitsache schiedsfähig, die 11 Schiedsvereinbarung formell und materiell gültig zustande gekommen und die Streitsache von der Vereinbarung erfasst sein. Zusätzlich muss den Parteien die Befugnis („pouvoir“) zustehen eine solche Vereinbarung abzuschliessen (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 186 N 3-5).

3.1. Objektive Schiedsfähigkeit

Die objektive Schiedsfähigkeit ist i.c. gegeben, da es sich um eine Geldforderung handelt, welche i. S. v. Art. 177 Abs. 1 IPRG einen vermögensrechtlichen Anspruch darstellt (BGE 118 II 353, 356). Demzufolge ist der vorliegende Streitgegenstand schiedsfähig. 12

Laut der Schiedsklausel (K-2, Punkt 11) sind Streitigkeiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit der Vereinbarung (K-2) durch ein Schiedsverfahren zu entscheiden. I.c. ist die Streitsache, nämlich die Vertragserfüllung (Bezahlung der 3. Rate), von der Schiedsklausel erfasst. 13

3.2. Materielle und formelle Gültigkeit der Schiedsklausel

Die formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel wird nach der anwendbaren lex arbitri, also nach Art. 178 IPRG beurteilt (BERGER/KELLERHALS, S. 107). I.c. kommt schweizerisches Recht zur Anwendung (Art. 178 Abs. 2 Variante 2 IPRG), da die Parteien keine entgegenstehende Rechtswahl getroffen haben. 14

Die Schriftlichkeit, als Voraussetzung der formellen Gültigkeit der Schiedsklausel, ist unbestritten gegeben (Art. 178 Abs. 1 IPRG i. V. m. Art. 13 OR). Im Übrigen besteht nach Art. 1 Abs. 1 OR unbestritten Konsens über die essentialia negotii. Diese beziehen sich auf die Bestimmbarkeit des Rechtsstreits, sowie die Vereinbarung, dass das Schiedsgericht über den zukünftigen Rechtsstreit entscheiden soll (BERGER/KELLERHALS, S. 95). Zudem enthält die Schiedsklausel die Willenseinigung über den Sitz des Schiedsgerichts, die Anzahl der Schiedsrichter und die Verfahrenssprache. Demzufolge sind alle Voraussetzungen für die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel vorhanden. 15

3.3. Subjektive Schiedsfähigkeit

Die subjektive Schiedsfähigkeit ist gegeben, wenn die Parteien befähigt sind, eine Schiedsklausel abzuschliessen, bzw. als Parteien in einem Schiedsverfahren aufzutreten (BERGER/KELLERHALS, S. 114). Vertretungsfragen richten sich nach dem Gesellschaftsstatut (Art. 154 Abs. 1 i. V. m. Art. 155 lit. i IPRG). Folglich kommt für das Konsortium schweizerisches Recht zur Anwendung (K-1, Punkt 15.1). 16

Die Schiedsklausel wurde zwischen Friedrich Trümper als Geschäftsführer der Rabig GmbH und Walter Hagmann als Konsortialführer geschlossen. Beide Unterzeichnenden waren rechts-/handlungs- bzw. geschäftsfähig (Art. 11 Abs. 1 ZGB und Art. 13 i. V. m. Art. 14 i. V. 17

m. Art. 16 ZGB). Als Geschäftsführer einer GmbH ist Friedrich Trümper als Vertreter befugt, die Schiedsklausel zu unterzeichnen (Art. 55 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 814 Abs. 1 OR). Walter Hagmann wurde die Konsortialführung überlassen und somit wird seine Vertretungsmacht vermutet (Art. 543 Abs. 3 OR). Diese Vermutung gilt gegenüber gutgläubigen Dritten als unwiderlegbar (BGE 124 III 355, 359; BGE 118 II 313, 318; BGE 116 II 700, 706). Da keine Handelsregistereinträge vorhanden sind (Beschluss Nr. 2, Ziff. 4), befand sich die Rabig GmbH in gutem Glauben. Somit ändert auch die unter Punkt 5.5 des Konsortialvertrags (K-1) stehende Bestimmung, wonach der Vertrag zwischen dem Arbeitgeber, also der Rabig GmbH, und dem Konsortium von allen Mitgliedern zu unterzeichnen ist, nichts am gültigen Zustandekommen der Schiedsklausel. Walter Hagmann war demzufolge befugt, die Schiedsklausel im Namen des Konsortiums abzuschliessen.

Das Problem liegt darin, dass die Schiedsklausel im Namen aller Konsorten geschlossen wurde, weshalb sich die Rabig GmbH auf den Standpunkt stellt, dass sich der Kläger nicht alleine auf sie berufen kann. Die Beklagte übersieht jedoch, dass das Konsortium als einfache Gesellschaft nicht rechts- und vertragsfähig ist und deshalb das Konsortium nicht Vertragspartei der Schiedsklausel ist, sondern der Vertrag zwischen der Rabig GmbH und der Gesamtheit der einzelnen rechtsfähigen Konsorten entstand. Walter Hagmann ist ein Gesellschafter des Konsortiums. Obwohl er als Vertreter des Konsortiums aufgetreten ist (Art. 543 Abs. 3 OR), hat er sich zugleich selbst vertreten und wurde dadurch auch Vertragspartei der Vereinbarung (K-2) (BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 543 N 6). Art. 32 Abs. 1 OR, wonach der Vertreter nur die Vertretenen verpflichtet, tritt daher als *lex generalis* zurück. Folglich kann sich der Kläger aufgrund der unter N 19 ff. genannten Gründe auf die Schiedsklausel berufen.

18

4. Aktivlegitimation des Klägers

Die Aktivlegitimation wird als eine Zuordnung des eingeklagten subjektiven Rechts zu einem Subjekt definiert (TSANTINIS, S. 17). Der Kläger ist demzufolge aktivlegitimiert, wenn ihm das eingeklagte Recht zuzuordnen ist. Das zuzuordnende Recht ist im vorliegenden Fall der aus der Vereinbarung (K-2) resultierende Anspruch auf Zahlung der 3. Rate. Da die Vereinbarung (K-2) zwischen dem Konsortium und der Rabig GmbH geschlossen wurde, sollte dieses subjektive Recht eigentlich dem Konsortium zustehen. Das Konsortium ist aber nach dem schweizerischen Recht als einfache Gesellschaft i. S. v. Art. 530 OR zu qualifizieren und hat demnach keine Rechtspersönlichkeit inne (BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 14). Dementsprechend kann das Konsortium kein Träger von Rechten und Pflichten sein und kann diese auch nicht selbständig einklagen.

19

Aus der mangelnden Rechtsfähigkeit des Konsortiums ergibt sich, dass das Konsortium auch 20 keine wirkliche Vertragspartei der Vereinbarung (K-2) sein kann. Die Vereinbarung ist vielmehr als ein Vertrag zwischen der Rabig GmbH und der Gesamthand der einzelnen rechtsfähigen Konsorten, die beim Vertragsschluss durch den Kläger vertreten wurden, zu betrachten. Aufgrund dessen, und dem in der einfachen Gesellschaft herrschenden Gesamthandprinzip, steht der Anspruch auf Zahlung der 3. Rate allen Gesellschaftern gemeinsam zu (BSK OR II-PESTALOZZI/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 312). Dementsprechend verweist das materielle Recht auf die zivilprozessualen Vorschriften der notwendigen Streitgenossenschaft, wenn Gesellschaftsansprüche in einem Aktivprozess geltend zu machen sind (VOGEL/SPÜHLER, S. 143). Da bei der notwendigen Streitgenossenschaft alle Streitgenossen eine Partei bilden, fehlt es an der Aktivlegitimation der Partei, wenn nicht alle Streitgenossen in den Prozess einbezogen sind (HABSCHEID, S. 183; FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO §39 N 24; GULDENER, S. 223). Als Folge der fehlenden Aktivlegitimation wäre die Klage abzuweisen (WALDER RICHLI/GROB-ANDERMACHER, S. 164). Somit wäre der Kläger nicht alleine aktivlegitimiert, wenn die anderen zwei Konsorten nicht in den Prozess einbezogen wären.

4.1. Aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahmen i.w.S.

Der materiell-rechtliche Ausgangspunkt ist Art. 535 Abs. 3 OR, wonach bei aussergewöhnlichen 21 Geschäftsführungsmassnahmen entweder Gefahr im Verzug, oder die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist.

4.1.1. Aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahmen i.e.S.

Im Gesetz sind die aussergewöhnlichen Geschäftsführungsmassnahmen als Rechtshandlungen 22 bezeichnet, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen. Zu solchen Rechtshandlungen gehört auch die Prozessführung (BK OR, Art. 535 N 87). Mit der Klageerhebung möchte der Kläger gegen die Beklagte einen Prozess führen. Somit stellt auch die Klageerhebung eine aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahme dar.

4.1.2. Gefahr im Verzug

Sofern Gefahr im Verzug liegt, ist die Vornahme der aussergewöhnlichen Geschäftsführungsmassnahme auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich. Demnach wäre 23

der Kläger auch ohne ausdrückliche Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG zur Klageerhebung berechtigt, wenn Gefahr im Verzuge liegen würde.

Gefahr im Verzug setzt voraus, dass eine Gefahr für die Gesellschaft, aber auch eine bedeutende Gefahr für das individuelle Interesse der Gesellschafter oder der Gesellschaftsgläubiger droht (SIEGWART, S. 134). Aus dem Umstand, dass alle Gesellschafter zusammen klagen müssen, besteht für den Kläger die Gefahr, dass er die eigentlich nur ihm zustehende Zahlung der 3. Rate nicht bekommt, wenn sich die Rabig (Schweiz) AG der Klage nicht anschliesst. Die Forderung von CHF 500'000.00 steht intern nur dem Kläger zu, da die Hydrex AG bereits befriedigt wurde (K-22) und die Rabig (Schweiz) AG nur proforma durch ihre Muttergesellschaft (die Beklagte) in das Konsortium eingeschleusst wurde, um die Patentrechte der Beklagten verwalten zu können (Einleitungsanzeige, Ziff. 13). Aus diesen Umständen stehen der Rabig (Schweiz) AG und der Hydrex AG keine Beteiligungen an der 3. Rate zu. Somit haben sie an der Einholung der Forderung kein Interesse.

Ohne die Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG, würde der Kläger aus den oben genannten Gründen leer ausgehen, denn er könnte seinen Anspruch mit der alleinigen Zustimmung der Hydrex AG auf dem Klageweg nicht geltend machen. Somit droht eine schwerwiegende Gefahr für das individuelle Interesse des Klägers, wenn die Rabig (Schweiz) AG ihre Zustimmung verwehrt. Folglich ist das Vorliegen einer Gefahr im Verzug zu bejahen.

4.1.3. Einwilligung sämtlicher Gesellschafter

Für den Fall, dass das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass das Vorliegen der Gefahr im Verzug nicht gegeben ist, wird die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter geprüft.

Damit die aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahme vorgenommen werden kann, bedarf sie der Einwilligung sämtlicher Gesellschafter. „Verweigert ein Gesellschafter seine Zustimmung, darf die fragliche Handlung nicht ausgeführt werden“ (BK OR, Art. 535 N 98). Wie bereits erwähnt, besteht das Konsortium neben Walter Hagmann aus zwei weiteren Gesellschaftern (N 7), wobei die Hydrex AG ihre Zustimmung zur Klageerhebung erteilt hat (K-22). Die Rabig (Schweiz) AG hat dazu nicht ausdrücklich Stellung genommen. Weder hat sie eine ausdrückliche Zustimmung gegeben, noch hat sie eine ausdrückliche Ablehnung zum Ausdruck gebracht (K-21). Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass ihre Zustimmung noch eingeholt werden könnte. Deshalb darf u.E. daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass es wegen der Unentschlossenheit der Rabig (Schweiz) AG an der Aktivlegitimation fehlt. U.E. finden vorliegend die Bestimmungen der Zürcher ZPO analog Anwendung. Gemäss § 39

ZPO ZH kann bei der notwendigen Streitgenossenschaft eine nachträgliche Zustimmung eines Gesellschafters sogar nach der Klageerhebung akzeptiert werden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO § 39 N 13).

Falls das Schiedsgericht dennoch zum Schluss kommen sollte, dass eine ausdrückliche Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG für die Einreichung der Klage absolut notwendig ist, möchten wir hierzu anmerken, dass die Gesellschafter zu einer Zustimmung verpflichtet sein können, wenn deren Einwilligung zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks unerlässlich ist. Verweigert ein Gesellschafter die Pflicht-Zustimmung, und behindert er damit die ordnungsgemässe Geschäftsführung, so verletzt er seine Treuepflicht (BK OR, Art. 535 N 99).

Eine pflichtwidrige Verweigerung der Zustimmung ist unbeachtlich (BK OR, Art. 535 N 100). Damit die fehlende Einwilligung der Rabig (Schweiz) AG zur Klageerhebung, bzw. zur Klageanschliessung, eine Pflichthandlung darstellt, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen.

4.1.3.1. Gemeinsamer Zweck

Der gemeinsame Zweck des Konsortiums ist gemäss Ziff. 1.1 des Konsortialvertrags (K-1) die Wissensübergabe an die Beklagte und der Vollzug der Übergabe. Mit Verweis auf N 31 ff. möchten wir anmerken, dass dieser Zweck bereits erreicht worden ist. Der Kläger hat sämtliche Pflichten gemäss der Vereinbarung (K-2) erfüllt, indem er das Wissen produziert und es der Beklagten übergeben hat. Die Tatsache, dass die Beklagte die Erprobung an den Anlagen nicht durchgeführt hat, ist für den Vollzug der Wissensübergabe irrelevant (hiermit verweisen wir auch auf die fiktiv erfüllte Bedingung gemäss Art. 156 OR (N 58)).

Gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR wird die einfache Gesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst, wenn der gemeinsame Zweck, zu welchem sie abgeschlossen wurde, erreicht worden ist. Mit der Auflösung besteht die Gesellschaft als Abwicklungsgesellschaft fort (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 328). Durch die Auflösung ändert sich der Gesellschaftszweck. Der neue Zweck hat das Ziel die Gesellschaft zu beenden und die Aktiven und Passiven auf die Gesellschafter zu verteilen (BSK OR II-STAEHELIN, Art. 545 N 2). Die Beendigung erfolgt durch die Liquidation (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 328). Die Auflösung und die damit verbundene Änderung des Gesellschaftszwecks haben somit am 3. November 2008, am Tag des erfolgreichen Tests, spätestens aber mit dem Eintritt der fiktiven Bedingung stattgefunden. Der Eintritt der fiktiven Bedingung wird möglichst rasch nach dem 3. November 2008

fingiert (N 58). Somit war am 13. August 2009, als die Rabig (Schweiz) AG ihre unentschlossene Stellungnahme geäußert hat (K-22), der Gesellschaftszweck auf die Liquidation der Gesellschaft gerichtet.

4.1.3.2. Unerlässlichkeit zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks

Die Einholung von Forderungen ist für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens unerlässlich. Das Gesellschaftsvermögen kann erst dann verteilt werden, wenn das ganze Vermögen zusammengefasst wurde und somit auch sämtliche ausstehende Aktiven eingeholt wurden. Demnach ist die Einholung der Forderung von CHF 500'000.00 gegenüber der Beklagten für die Liquidation der Gesellschaft und zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unerlässlich. 32

4.1.4. Fazit

Die Zustimmung zur Klageerhebung stellt für die Rabig (Schweiz) AG eine Pflichthandlung dar, da sie zur Erreichung des neuen Gesellschaftszwecks unerlässlich ist. Eine solche pflichtwidrige Verweigerung ist unbeachtlich (BK OR, Art. 535 N 100). Somit ist der Kläger ohne ausdrückliche Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG und mit der alleinigen Zustimmung der Hydrex AG aktivlegitimiert. 33

4.2. Entzug des Liquidationsteilnahmerechts durch den Richter

Wie oben bereits dargelegt, wurde das Konsortium aufgrund der Zweckerreichung von Gesetzes wegen aufgelöst und befindet sich dementsprechend nun in der Liquidationsphase (N 31). Es gilt, dass die Liquidation von den Gesellschaftern gemeinsam vorzunehmen ist, soweit nichts anderes vereinbart wurde (Art. 550 OR). Da eine anderslautende Vereinbarung nicht vorliegt, ist somit die Liquidation von allen Gesellschaftern gemeinsam vorzunehmen. Die Gesellschafter treten daher als gesetzliche Liquidatoren auf (HOCH, S. 164). Wie bereits dargelegt, umfasst die Liquidation auch die Einholung sämtlicher Aktiven (N 31). Ausstehende Forderungen, wie die Forderung von CHF 500'000.00 gegen die Beklagte, stellen Aktiven dar. Somit ist die Einholung dieser Forderung durch den Prozessweg eine Handlung, die dem Liquidationszweck dient und entsprechend bedarf es nach Art. 550 OR der Mitwirkung aller Gesellschafter. Demnach ist die Klage von allen Gesellschaftern gemeinsam zu erheben. Eine Verweigerung der Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG könnte somit die Aktivlegitimation des Klägers hindern. Das Teilnahmerecht an der Liquidation kann aber durch den Richter durch analoge Anwendung von Art. 583 OR unter bestimmten Voraussetzungen entzogen 34

werden (BSK OR II-STAEHELIN, Art. 583 N 4). Beim Vorliegen wichtiger Gründe kann ein Gesellschafter beim zuständigen Richter den Antrag stellen, den Liquidator abzusetzen. Einen wichtigen Grund stellt u.a. eine grobe Pflichtverletzung dar (HOCH, S. 175). Wie bereits dargelegt, ist die Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG eine Pflichthandlung, da die Zustimmung für die Erreichung des Gesellschaftszwecks unerlässlich ist (N 32). Somit liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn die Rabig (Schweiz) AG die Zustimmung verweigert. Unbestritten ist die Pflichtverletzung eine grobe Verletzung, denn ohne den Klageweg, und der dazu erforderlichen Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG, ist es für die Abwicklungsgesellschaft unmöglich ihren Zweck (Liquidation) zu verfolgen.

Aus diesen Gründen möchten wir, im Falle, dass das Schiedsgericht auf die Argumentation nicht eingeht, den zuständigen Richter beantragen, den Liquidator Rabig (Schweiz) AG abzusetzen (N 21). Gemäss Ziff. 15.2. des Konsortialvertrags (K-1) unterliegen sämtliche Streitigkeiten dem Schiedsgericht in Zürich. Somit kann auch dieses Schiedsgericht zuständig sein, wenn die Voraussetzungen in Art. 179 IPRG erfüllt sind. Wir rufen dieses Gericht an, den gesetzlichen Liquidator die Rabig (Schweiz) AG abzusetzen, denn die Absetzung des letzteren hat einen engen sachlichen Zusammenhang mit der Klage des Klägers gegen die Beklagte. 35

Wird die Rabig (Schweiz) AG als gesetzlicher Liquidator abgesetzt, bleiben nur noch der Kläger mit der Hydrex AG als gesetzliche Liquidatoren übrig. Die Hydrex AG stimmt der Klageerhebung des Klägers zu und unterwirft sich somit auch einem zukünftigen Urteil. Da der Kläger die erforderliche Zustimmung hat und die fehlende Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG durch deren Absetzung als Liquidator unbeachtlich wird, wird der Kläger unter diesen Umständen aktivlegitimiert. 36

5. Vertragsverletzung seitens der Beklagten

Vorliegend handelt es sich um einen Innominatvertrag, bei welchem Wissen gegen Entgelt übermittelt wird. Die Bezahlung sowie die Lieferung erfolgen Ratenweise, was dem Sukzessivlieferungskaufvertrag am nächsten kommt (KOLLER, S. 633). I.c. ist also ein Einmalschuldverhältnis, nicht etwa ein Dauerschuldverhältnis wie bei einem Know How Lizenzvertrag gegeben. Das Wissen wird vorliegend nicht zur Nutzung gegen Entgelt übergeben, sondern das Know How wird verkauft. Demzufolge ist hier ein Innominatkontrakt gegeben und die Normen des Kaufs, sowie die allg. Normen des OR AT werden analog angewendet. 37

Eine der Hauptpflichten der Rabig GmbH war die unter Ziff. 8 der Vereinbarung (K-2) statuierte Pflicht, nach der Ausführung des 2. Tests durch das Konsortium, eine möglichst rasche 38

Erprobung an ihren Anlagen durchzuführen. Diese Durchführung hat jedoch nie stattgefunden, obwohl der Kläger alles Mögliche getan hat, um die Beklagte zu erreichen und einen Termin zur Durchführung dieses Tests zu vereinbaren. Die Beklagte hat dementsprechend diese Pflicht in zweierlei Hinsicht verletzt. Erstens, indem sie nicht rasch vorgegangen ist (dies ist schon darin ersichtlich, dass es mehrere Wochen ging, bis die 2. Rate bezahlt wurde) und zweitens, indem sie die Erprobung an den Anlagen überhaupt nicht ausgeführt hat. In diesem Sinne hat die Beklagte den Vertrag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR verletzt.

Die Pflichtverletzung basiert auf der unterlassenen Handlung seitens der Beklagten. Dies hat zur Folge, dass dem Kläger der Beweis einer mängelfreien Wissensübergabe verweigert wird. Dementsprechend wird die Bezahlung von CHF 500'000.00 verweigert, da diese nur aufgrund der Erprobung an den Anlagen durch die Beklagte und eines daraus resultierenden positiven Ergebnisses erfolgen kann. Ein solches Ergebnis kann aber aufgrund der positiv ausgefallenen Modeldemonstration vom 15. Mai 2008 erahnt werden (K-3), bei welcher die Beilagen nach der Kühlung sich entweder von selbst oder bei einer sehr leichten Schüttelbewegung öffneten. Durch die weiteren Erkenntnisse der elektrischen Neutralisation der Anlagentechnik und der Verbesserung der Silicon-Mischung mit Zusätzen, um mehr Kapillaren zu erhalten, konnte ein weiteres positives Ergebnis erzielt werden. Ebenfalls zufriedenstellend war der Test vom 3. November 2008. Im Beisein der Fachleute wurde erreicht, dass die Beilagen nicht aneinander kleben blieben. M.a.W. wurden fehlerfreie Ergebnisse geliefert und dies sogar unter der erschwerten Bedingung, dass ein Papier verwendet wurde, welches am schlechtesten zu verarbeiten war (K-7, Anmerkung Ziff. 1). Zudem erfüllte der Test die Leistungsdaten der Unidrum (Beschluss Nr. 2, Ziff. 3) und es wurden ebenfalls wesentlich mehr als die geforderten 5'000 Beilagen gefahren, nämlich 30'000 Stück (K-17). 39

I.c. hat die Beklagte den Vertrag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR verletzt, indem sie den Vertrag trotz Leistungsmöglichkeit nicht erfüllt hat. Demzufolge befindet sich die Beklagte im Schuldnerverzug (N 41 ff.). 40

6. Anspruch des Klägers auf Zahlung

6.1. Schuldnerverzug bezüglich der Leistung

Beim Schuldnerverzug erfüllt die Schuldnerin nicht rechtzeitig, obwohl die Leistung noch 41
möglich wäre. Deshalb führt diese Vertragsverletzung nicht automatisch zum Untergang des
Erfüllungsanspruchs. Der Gläubiger kann vielmehr bei den vollkommenen zweiseitigen Ver-
trägen aus einer Liste von Rechtsbehelfen den für ihn vorteilhaftesten auswählen (HUGUENIN,
S. 104 f.).

Unter Ziff. 8 der Vereinbarung (K-2) wird der Beklagten eine Pflicht auferlegt, möglichst 42
rasch das vom Konsortium übergebene Wissen an ihren Anlagen zu erproben und mindestens
drei Produktionen mit dem angewendeten Wissen durchzuführen, sobald der Kläger die De-
monstration und den Test durchgeführt hat. Die Beklagte hat diese Pflicht verletzt, indem sie
die Erprobung nicht unverzüglich durchgeführt hat, und dazu den Anschein erweckt, dass sie
dies gar nicht vor hat. Dies zeigt sich darin, dass der Kläger der Beklagten einen Vorschlag
für die weitere Vorgehensweise unterbreitet hat und sie sich aber nicht auf die Anrufe und E-
Mail gemeldet hat (K-12; K-14). Die Beklagte hat somit die Vereinbarung durch die unterlas-
sene Pflichthandlung verletzt. Wie folglich dargelegt wird, befindet sich die Beklagte bezüg-
lich dieser Pflicht im Schuldnerverzug. Nach Art. 102 ff. OR muss die Erfüllung trotz Leis-
tungsmöglichkeit ausgeblieben und die Forderung fällig sein. Des Weiteren darf kein Leis-
tungsverweigerungsrecht bestehen und der Schuldner muss in Verzug gesetzt werden.

6.1.1. Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit

Die Erfüllung muss ausbleiben, obwohl ihre Erbringung möglich wäre. Diese Voraussetzung 43
ist offensichtlich gegeben. Die Erprobung durch die Beklagte stellt für sie keinen unmögli-
chen Umstand dar. Der Kläger hatte der Beklagten sogar mehrmals angeboten an der Vorbe-
reitung der Testdurchführung mitzuhelfen, um es somit für die Beklagte zu vereinfachen (N
42). Auf diese Schreiben hatte die Beklagte jedoch nicht reagiert, was auch der Kläger in sei-
nem Schreiben vom 31. Januar 2009 (K-17) erwähnt. Vielmehr indiziert ihr passives Verhal-
ten, dass sie sich vor einem positiven Ergebnis fürchtet, aufgrund dessen sie gemäss Ziff. 8
der Vereinbarung (K-2) verpflichtet wäre, die 3. Rate zu zahlen.

6.1.2. Fälligkeit der Forderung

Weiter wird vorausgesetzt, dass die Forderung fällig ist. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Erfüllung der Forderung nun verlangen darf (BGE 129 III 535, 541). Gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung (K-2) soll die Beklagte ihre Pflichthandlung ausüben, sobald die Demonstration und ein erfolgreicher Test seitens des Konsortiums durchgeführt worden sind. Dies ist geschehen, wie der Beilage K-8 zu entnehmen ist. Dementsprechend darf die Klägerin die Pflichtleistung von der Beklagten bereits verlangen. Die Forderung bezüglich der Pflichtleistung ist somit fällig. 44

6.1.3. Kein Leistungsverweigerungsrecht

Der Schuldnerverzug setzt weiter voraus, dass kein akzeptables Leistungsverweigerungsrecht der Schuldnerin besteht. Folglich müssen Art. 82 und 83 OR geprüft werden. 45

Nach Art. 82 OR kann die Schuldnerin eines synallagmatischen Vertrages ihre fällige Leistung zurückbehalten, wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht, oder wenigstens angeboten hat (HUGUENIN, S. 105). Wie bereits oben aufgeführt (N 39), hat der Kläger die Voraussetzungen für die 1. und 2. Rate erfüllt. Er hat sogar der Beklagten freiwillig angeboten bei der Gestaltung der Testausführung mitzuhelfen, obwohl er gemäss Vertrag dazu nicht explizit verpflichtet war. Diese Freiwilligkeit zeigt sich auch in der Beilage K-12, in welcher der Kläger mitteilt, dass er sogar abgeklärt hat, welche evtl. Lieferanten entsprechende Kältekanäle liefern könnten oder dass auch ein evtl. Einbau möglich sei. Der erfolgreiche Test vom 3. November 2008 und die unterstützenden Bemühungen seitens des Klägers lassen das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten gemäss Art. 82 OR entfallen. 46

Der Beklagten steht auch kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 83 OR zu, denn auf dieses kann sich die Schuldnerin nur dann stützen, wenn die Gegenpartei nachträglich zahlungsunfähig geworden ist. Da nach der Vereinbarung nur die Beklagte eine Geldschuld leisten muss, ist für sie Art. 83 OR nicht anwendbar. 47

Ebenfalls steht der Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht aufgrund des ungültigen Vertragsrücktrittes zu. Im Einschreiben vom 25. Januar 2009 (K-16) erklärt die Rabig GmbH ihren Rücktritt ohne rechtliche Begründung. Somit ist unklar, ob sich die Beklagte auf Schlechterfüllung bezüglich des Tests vom 3. November 2008 beruft oder ob sie sich indirekt auf Verzug des Klägers berufen hat. In diesem Einschreiben begründet sie den Rücktritt schlechthin damit, dass sie den Kläger mehrmals gerügt habe, dieser hätte den vertragsgemässen Test vom 3. November 2008 gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung (K-2) nicht ausgeführt. 48

Somit scheint sie sich auf den Rücktritt wegen Verzug des Klägers zu berufen. Hierzu möchten wir nochmals aufführen, dass der Test vom 3. November 2008 der Ziff. 8, 2. Rate der Vereinbarung (K-2), entspricht. Der Test erfüllt zudem die Leistungsdaten der Unidrum (Beschluss Nr. 2, Ziff. 3). Weiter kann sich die Beklagte schon aus dem Grund nicht auf Verzug berufen, da sie den Kläger gar nicht in Verzug gesetzt hat. Ihre Behauptungen, sie hätte ihn mehrmals gerügt, sind nicht korrekt. Ihre Bedenken hatte sie lediglich im Einschreiben vom 25. Januar 2009 (K-16) geäußert, nachdem sie sich wochenlang nicht auf die Aufforderungen seitens des Klägers gemeldet hat.

In der Einleitungsantwort bezeichnet die Beklagte, völlig widersprüchlich zu ihrer Rücktrittserklärung im Einschreiben (K-16), den erfolgreichen Test vom 3. November 2008 als einen blossen Grundlagenversuch. Somit gibt sie den Anschein, sich auf den Rücktritt statt auf Verzug bezüglich Schlechterfüllung gemäss Art. 97 OR zu berufen. Wie bereits oben erklärt (N 48), hat der Kläger die Ziff. 8, 2. Rate der Vereinbarung (K-2), ordnungsgemäss erfüllt. 49

I.c. kann sich die Beklagte nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht auf den Rücktritt, weder aufgrund Verzug, noch aufgrund Schlechterfüllung berufen. Somit steht ihr das Leistungsverweigerungsrecht wegen Rücktritt nicht zu. 50

6.1.4. Verzug der Schuldnerin

Zur letzten Voraussetzung gehört, dass der Schuldner in Verzug gesetzt werden muss. Art. 102 Abs. 1 OR setzt ein In-Verzug-setzen durch Mahnung voraus. Dieses ist aber nicht erforderlich, sobald sich aus der vertraglichen Vereinbarung feststellen lässt bis zu welchem Zeitpunkt die geschuldete Leistung zu erbringen ist. U.E. handelt es sich hier um ein Verfalltagsgeschäft, da die Beklagte gemäss Vereinbarung möglichst rasch die Erprobung an ihren Anlagen durchführen soll. Möglichst rasch ist mit unverzüglich gleichzustellen. Die Unverzüglichkeit stellt zwar keinen exakten Zeitpunkt dar, deutet aber auf einen abgrenzbaren Zeitpunkt hin. Was die Parteien unter unverzüglich zu verstehen haben, ergibt sich aus der Beurteilung der Vereinbarung und der Parteiinteressen (BGE 116 II 436, 441). Der Kläger sowie die Beklagte sind an einem möglichst raschen Vorgehen interessiert, weil die Beklagte so schneller an die Erkenntnisse gelangt, ob der Test erfolgreich war und der Kläger nach diesem Test innert 14 Tagen die restlichen 50% des Gesamtbetrages erhält (K-2, Ziff. 8, 3. Rate). Somit liegt es nicht im Interesse beider Parteien, dass die Erprobung an den Anlagen über mehrere Wochen hinweg verzögert wird. Die Beklagte ist jedoch wochenlang untätig 51

geblieben, indem sie nicht auf die Kontaktsuche des Klägers reagierte (N 38). Somit ist die Frist des Verfalltagsgeschäfts überschritten.

I.c. sind die Voraussetzungen eines Schuldnerverzugs der Beklagten erfüllt. Wie bereits dargelegt worden ist, erweist sich aus dem Verhalten der Beklagten, dass sie nicht willig ist, die Erprobung an den Anlagen durchzuführen. Dementsprechend würde sich auch die Ansetzung einer Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung i.S.v. Art. 107 OR als unnütz erweisen und ist gemäss Art. 108 Abs. 1 Ziff. 1 OR nicht erforderlich. Nach Art. 107 Abs. 2 OR steht dem Kläger das Wahlrecht zu: entweder die Festhaltung an der Leistung, d.h. er kann auf Erfüllung der Leistung und Ersatz des Verspätungsschadens klagen, oder er verzichtet auf die Leistung, nämlich auf die Erprobung an den Anlagen. Der Kläger hat Letzteres gewählt, wie er im Schreiben vom 15. Mai 2009 der Beklagten mitgeteilt hat (K-19). Beim Verzicht auf die Leistung hat der Kläger ein weiteres Wahlrecht und kann den Rücktritt oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Kläger plädiert auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Um diesen Anspruch geltend machen zu können, müssen die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR erfüllt sein, welche im Folgenden geprüft werden (VON TUHR/ESCHER, S. 154). 52

6.1.4.1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht

Da die vertragliche Pflichtverletzung auf den Schadenersatz wegen Nichterfüllung abstellt, liegt das vertragswidrige Verhalten in der verspäteten Erfüllung (HUGUENIN, S. 111). Wie u.a. in der Beilage K-18 ersichtlich ist, fordert der Kläger die Beklagte ein letztes Mal zur Durchführung des dritten Tests auf. Er erwähnt dabei, dass ein Schiedsgerichtsverfahren eingeleitet wird, wenn die Beklagte seiner Forderung nicht nachkommt. 53

6.1.4.2. Schaden

Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, die in einer Zunahme der Passiven, Abnahme der Aktiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht (HUGUENIN, S. 99). Der Schadenersatz entspricht dem Ersatz auf positives Interesse. Gemäss Art 107 Abs. 2 OR soll der Kläger so gestellt werden, wie wenn die Vereinbarung (K-2, Ziff. 8) richtig erfüllt worden wäre. 54

I.c. stellt der entstandene Schaden den entgangenen Gewinn von CHF 500'000.00 dar, welcher den Konsorten zur gesamten Hand zustehen würde, wenn die Beklagte den Vertrag ordnungsgemäss erfüllt hätte. 55

6.1.4.3. Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden

Es muss ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und diesem 56
entstandenen Schaden bestehen. Dabei muss die Vertragsverletzung „nach dem gewöhnlichen
Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg
in der Art des eingetretenen herbeizuführen“. Dazu soll der Eintritt des Schadens durch die
Vertragsverletzung „allgemein als begünstigt“ erscheinen (BGE 123 III 110, 112).

I.c. ist die Pflichtverletzung, d.h. die Nichtdurchführung des Tests an sich geeignet, um den 57
Schaden eintreten zu lassen. Hätte die Beklagte den Test ausgeführt, müsste sie den Geldbe-
trag bezahlen, wenn der Test erfolgreich ausgefallen wäre.

Problematisch ist in diesem Fall, dass die Zahlung zusätzlich an eine suspensive Bedingung 58
i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR geknüpft ist. Die Zahlung soll erst erfolgen, wenn die ersten drei
Produktionen mängelfrei erfolgt sind. Dementsprechend ist eine Durchführung der Tests an
den Anlagen durch die Beklagte keine letztentscheidende Voraussetzung für die Zahlung der
3. Rate. Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung als erfüllt, wenn ihr Eintritt von einer Partei
wider Treu und Glauben verhindert worden ist. I.c. wird der Eintritt der Bedingung durch die
Beklagte wider Treu und Glauben verhindert, da sie sich weigert die Produktionen durchzu-
führen. Aus den Beilagen ist klar ersichtlich, dass sich die Beklagte vertragswidrig und treu-
widrig verhält und unbegründet keine Stellung zu den Kontaktaufnahmeversuchen des Klä-
gers bezüglich der Durchführung der Testproduktion nimmt (K-12: Kläger unterbreitet weite-
re Vorgehensweise; K-14: jegliche Kontaktaufnahme blieb unbeantwortet). Daraus ergibt
sich, dass die Beklagte gegen Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung, aufgrund dessen
sie verpflichtet sein könnte der Klägerin CHF 500'000.00 zu zahlen, verweigert. Dementspre-
chend ist gemäss Art. 156 OR von einer fiktiv eingetretenen Bedingung auszugehen und der
Fall ist so zu behandeln, als wären die ersten drei Produktionen mängelfrei erfolgt, wenn die
Beklagte die Mitwirkungshandlung getätigt hätte. Aus diesen Umständen folgt, dass die Be-
klagte sich nicht auf ein rechtmässiges Alternativverhalten berufen kann. Sie kann somit nicht
argumentieren, dass der entgangene Gewinn auch dann eingetreten wäre, wenn sie vertrags-
gemäss gehandelt hätte und die Testergebnisse nicht mängelfrei ausgefallen wären. Der Be-
klagten bleibt eine solche Verteidigungsschiene verwehrt, da gerade sie den Eintritt der ent-
scheidenden Bedingung rechtswidrig verhindert hat. Die fiktive Bedingung schliesst somit die
Einrede der Beklagten auf ein rechtmässiges Alternativverhalten aus.

6.1.4.4. Verschulden

Das Verschulden seitens der Beklagten wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Durch den Exkulpationsbeweis wird die Beklagte sich kaum befreien können, denn sie war bis zum heutigen Zeitpunkt untätig. Somit ist ihr Verschulden gegeben. 59

6.2. Wirkung des Schuldnerverzugs bezüglich der Leistung

Da alle Punkte des Schuldnerverzugs erfüllt sind, ist nun das positive Interesse inkl. Verspätungsschaden zu ersetzen (BUCHER, S.343; BGE 123 III 16, 22). Beim positiven Interesse ist der Kläger so zu stellen, wie wenn die Vereinbarung richtig erfüllt worden wäre. 60

I.c. besteht der Schaden im Wert der ausgebliebenen Leistung, zuzüglich Zinsen, die der Kläger erhalten hätte, wenn die Beklagte die geschuldete Summe rechtzeitig gezahlt hätte. Das bedeutet, dass die Beklagte dem Kläger die restlichen CHF 500'000.00 zuzüglich Zinsen zu 5% seit dem 08. Februar 2009 zu leisten hat (Art. 104 Abs. 1 OR). 61

6.3. Eventualiter Schuldnerverzug bezüglich der Geldforderung

Falls das Schiedsgericht der Meinung sein sollte, dass sich der Kläger mit dieser Argumentation nicht auf den Verspätungsschaden berufen kann, wird die Beklagte bezüglich der Zahlung der Forderung von CHF 500'000.00 aus folgenden Gründen in Verzug gesetzt. Gemäss dem ersten Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR kann an der Leistung (Zahlung von CHF 500'000.00) festgehalten und auf Erfüllung zuzüglich Ersatz des Verspätungsschadens geklagt werden. 62

Als erstes ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht leistet, obwohl sie es könnte. Bei Geldschulden, wie es hier der Fall ist, gilt der Grundsatz „Geld muss man haben“ (VON BÜREN, S. 391 f.). Weiter muss die Forderung fällig sein. Im Schreiben vom 23. Januar 2009 (K-15) stellte der Kläger die Rechnung zur Begleichung der Forderung innert 14 Tagen. Somit ist die Forderung schon längstens überfällig. Beim Leistungsverweigerungsrecht seitens der Beklagten kann auf oben verwiesen werden (N 46, 47, 50). Schliesslich muss sich die Beklagte im Verzug befinden. Sie gerät ohne Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 102 Abs. 2 OR). Dies gilt jedoch nur bei einem auf Parteivereinbarung basierenden Vertrag. Der Verfalltag gilt durch die genaue Bezeichnung eines Datums im Vertrag als bestimmt (BSK OR I-WIEGAND, Art.102 N 10). Wie bereits erwähnt, 63

hat der Kläger in der Rechnung ein bestimmbares Datum angegeben. Somit ist die Beklagte bezüglich der Geldforderung im Verzug.

Mit der Ansetzung einer Nachfrist hat die Beklagte noch eine letzte Chance zu erfüllen, da die Rechte des Klägers für sie mit schwer wiegenden Nachteilen verbunden sind. Doch wie die Mahnung ist auch die Nachfristansetzung nicht immer notwendig. Nach Art. 108 Abs. 1 OR erübrigt sich die Ansetzung, wenn aus dem Verhalten der Beklagten hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde. Wie man in der Beilage K-16 unschwer entnehmen kann, ist die Beklagte nicht gewillt die Forderung zu bezahlen. Im Gegenteil, sie bestreitet immer noch die Wirksamkeit der versprochenen Lösung im Rahmen von konkreten Tests seitens des Klägers. 64

Dem Kläger steht nun das Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 OR offen. Er will gemäss Art. 103 OR an der Leistung festhalten, d.h. auf Erfüllung und Ersatz des Verspätungsschadens klagen. 65

6.4. Wirkung des Schuldnerverzugs bezüglich Geldforderungen

Folglich steht dem Kläger ein Anspruch auf Erfüllung und Schadenersatz zu, weil ihm ein Schaden aus der verspäteten Leistung entsteht. Der Kläger ist so zu stellen, wie wenn die Beklagte rechtzeitig erfüllt hätte. Zu ersetzen ist v.a. der entgangene Gewinn. Zu beachten ist, dass der Schadenersatzanspruch nicht an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, sondern kumulativ zu diesem hinzutritt. I.c. hat der Kläger Anspruch auf den restlichen Betrag von CHF 500'000.00 (K-2, Ziff.8, 3. Rate). Zusätzlich stehen dem Kläger gemäss Art. 104 Abs. 1 OR 5% Verzugszinsen zu, die den entgangenen Gewinn darstellen. 66

6.5. Fazit

Dem Kläger steht aus positivem Interesse inkl. Verspätungsschaden die Bezahlung von CHF 500'000.00 plus Zinsen aus Schuldnerverzug bezüglich der Leistung zu. Falls das Schiedsgericht diese Argumentation nicht annehmen will, steht ihm die Erfüllung der Leistung (ebenefalls CHF 500'000.00) und Ersatz des Verspätungsschadens aus Schuldnerverzug bezüglich der Geldforderung zu. 67

7. Verrechnungsforderung der Beklagten

7.1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Verrechnungsforderung

Die prozessuale Zulässigkeit der Verrechnungseinrede beurteilt sich nach dem anwendbaren Recht der lex loci arbitri (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 40). Da das 12. Kapitel 68

IPRG die Verrechnung vor Schiedsgericht jedoch nicht regelt, kommt die internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern zur Anwendung (Swiss Rules). Nach Art. 21 Ziff. 5 Swiss Rules ist das angerufene Schiedsgericht in jedem Falle zur Beurteilung einer Verrechnungseinrede zuständig.

7.2. Anwendbares materielles Recht

Die Voraussetzungen der Verrechnung werden in der Schweiz und Deutschland ausschliesslich materiell-rechtlich geregelt (GROSS, S. 6). Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache primär nach dem Recht, welches von den Parteien gewählt wurde (Art. 187 Abs. 1 Variante 1 IPRG). Da i.c. keine Rechtswahl vorliegt, wird nach dem Recht entschieden, welches mit der Streitsache am engsten zusammenhängt (Art. 187 Abs. 2 Variante 2 IPRG). U.E. liegt zwischen dem schweizerischen Recht und der Streitsache der engste Zusammenhang, da auch die Hauptsache nach schweizerischem Recht beurteilt wird (N 14) und demzufolge die Parteien auch damit rechnen dürfen und müssen, dass dieses zur Anwendung gelangt (ZK IPRG-HEINI, Art. 187 N 15). Zudem wählten die Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich, was wiederum für die Anwendung des schweizerischen Rechts spricht. Folglich kommen wir zum Schluss, dass schweizerisches Obligationenrecht und somit Art. 120-126 OR materiell-rechtlich zur Anwendung gelangt. Zu beachten ist zudem, dass ein Schiedsgericht auch autorisiert werden kann, also nach Billigkeit zu entscheiden (Art. 33 Abs. 2 Swiss Rules, Art. 187 Abs. 2 IPRG). Das Schiedsgericht kann die Sache nach seinen Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen beurteilen. Dabei muss es die Handelsbräuche des betreffenden Bereichs beachten (Art. 33 Abs. 3 Swiss Rules). 69

7.3. Bestand der Forderungen

Um eine Verrechnung geltend zu machen, müssen sich u.a. zwei Forderungen gegenüberstehen, welche beide wirksam und gültig sind (HUGUENIN, S. 136). Es müssen somit Forderung und Gegenforderung unter denselben Parteien bestehen (Art. 120 Abs. 1 OR). Schliesslich ist eine Verrechnung auch mit bestrittenen (illiquiden) Forderungen möglich (Art. 120 Abs. 2 OR). 70

7.3.1. Bestand der Hauptforderung

Das Konsortium hat richtig erfüllt (N 48). Durch den Schuldnerverzug resultiert eine Hauptforderung in der Höhe von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% (N 61). Somit ist der Bestand der Hauptforderung nachgewiesen. 71

7.3.2. Bestand der Verrechnungsforderung

Die Beklagte ist der Ansicht, das Konsortium sei nicht in der Lage, die Vereinbarung (K-2) zu erfüllen. Darum trat sie am 25. Januar 2009 vom Vertrag zurück und fordert nun die Rückzahlung der bereits geleisteten 1. und 2. Rate in der Gesamthöhe von CHF 500'000.00 (K-16). 72

Die Rabig GmbH kann nicht vom Vertrag zurücktreten, da das Konsortium richtig erfüllt hat und somit ist ihr Rücktritt nicht begründet (N 48). Auch der aufgerufene Irrtum bezüglich der Bezahlung der 2. Rate ist irrelevant. Da das Konsortium die Voraussetzungen für die 2. Rate entsprechend Ziff. 8.2 der Vereinbarung (K-2) erfüllt hat, musste die Rabig GmbH die 2. Rate bezahlen. Zudem können gemäss Ziff. 8 der Vertragsvereinbarung (K-2) die bereits erfolgten Ratenzahlungen nicht zurückgefordert werden. 73

I.c. ist der Vertragsrücktritt nicht möglich (N 48). Somit steht dem Anspruch des Klägers auf Bezahlung von CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5% keine Forderung der Beklagten entgegen. Folglich ist die Verrechnungsforderung der Beklagten nicht begründet. 74

Sollte die Beklagte wider Erwarten vom Vertrag zurücktreten können, würde im Umkehrschluss keine Hauptforderung der Verrechnungsforderung gegenüberstehen. Wäre der Vertragsrücktritt nämlich rechtens, hätte das Konsortium nicht erfüllt und somit auch keine Schadenersatzforderung auf das positive Interesse (N 60, 66 e contrario). Folglich würde keine Verrechnungslage zustande kommen, in welcher beiden Parteien gleichzeitig eine Forderung zustehen würde. 75

Überdies gilt es im Zusammenhang mit dem Vertragsrücktritt das Problem des vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses zu klären. Der Vertragsrücktritt nach analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 i. V. m. Art. 109 Abs. 1 OR löst das Vertragsverhältnis grundsätzlich ex tunc auf und überführt dieses in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis (BGE 132 III 226, 234). In diesem Verhältnis erhält jede Vertragspartei ihre Leistungen zurück (BGE 123 III 16, 22; BGE 114 II 152, 157). Die Vertragsparteien werden schlussendlich so gestellt, wie wenn sie nie einen Vertrag eingegangen wären. 76

Die Beklagte geht bei ihrem Vorgehen fälschlicherweise davon aus, dass die vorliegende Vereinbarung (K-2) rückwirkend abgewickelt werden kann und ihr somit eine Forderung auf Rückleistung der 1. und 2. Rate zusteht. Sie übersieht jedoch, dass man Know How, bzw. Wissen, nicht zurückgeben kann. Würden wir uns in einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis befinden, müsste das Konsortium aber ihr Wissen zurück erhalten und dafür CHF 500'000.00 zurückerstatten. Da das Wissen nicht in natura zurückerstattet werden kann, würde 77

dem Kläger laut BGer ein wertmässiger Ersatz für das bereits übermittelte Wissen zustehen (BGE 114 II 152, 157). Die Forderung des Klägers wäre in dieser Konstellation also der wertmässige Ersatz der Wissensrückgabe. Nur in diesem Fall würden sich zwei verrechenbare Forderungen, nämlich die Schadenersatzforderung des Klägers und der Rückforderungsanspruch der 1. und 2. Rate des Beklagten gegenüberstehen.

7.3.3. Fazit

Wie eingangs erwähnt (N 73), ist die Verrechnungsforderung nicht begründet. 78

8. Schuldner der Verrechnungsforderung

Obwohl es sich bei der Aktivlegitimation um eine gesamthänderische Berechtigung handelt (N 20), liegt auf der Passivseite eine solidarische Verpflichtung vor (KOLLER, S. 1206). Nach Art. 544 Abs. 3 OR haften einfache Gesellschafter einem Dritten gegenüber solidarisch. Die Solidarität beurteilt sich nach Art. 143-149 OR. Folglich kann die Rabig GmbH nach Art. 144 Abs. 1 OR von allen Solidarschuldnern, also allen Konsorten, je nur einen Teil oder die ganze Verrechnungsforderung fordern. Dies impliziert also, dass der Kläger Solidarschuldner der Verrechnungsforderung ist. 79

Normalerweise hat nach Art. 148 Abs. 1 OR jeder Solidarschuldner einen gleichen Teil an der Forderung zu übernehmen, sofern sich nichts Gegenteiliges aus dem Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern ergibt. I.c. haben die Konsorten im Konsortialvertrag vereinbart, dass ihnen die Forderung im Verhältnis zu ihrem Anteil an den Arbeiten auferlegt werden soll und sie nachträglich eine andere Vereinbarung treffen können (K-1, Punkt 6.2). 80

Nach Art. 148 Abs. 2 OR ist der belangte Solidarschuldner für den geleisteten Mehrbetrag auf seine Mitschuldner Rückgriffsberechtigt. Somit gehen auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner die Rechte des Gläubigers durch Subrogation über (Art. 149 Abs. 1 OR). I.c. würde das bedeuten, dass Walter Hagmann, im Falle der begründeten Verrechnung, intern Rückgriff auf die Hydrex AG und Rabig (Schweiz) AG nehmen könnte. Anzumerken bleibt, dass im internen Verhältnis keine Solidarhaftung mehr besteht (VON TUHR/ESCHER, S. 316). 81

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Walter Hagmann die Stellung als Schuldner zukommt, da er Solidarschuldner ist. 82