

Zürcher Moot Court
Klageschrift Nr. 8

Eingereicht von

Vera von Flüe

Laura Klee

Michael Mannhart

Meret Tobler

Verfasst im Rahmen des Zürcher Moot Court im Schweizerischen Privatrecht,
bei Prof. Dr. iur. Claire Huguenin, Dr. iur. Urs Weber-Stecher, LL.M., und Dr. iur. Philipp
Habegger, LL.M., im Herbstsemester 2009 an der Universität Zürich

Moot Court Team 8

Vera von Flüe, Laura Klee, Michael Mannhart, Meret Tobler

Rämistrasse 74 / 57

CH-8001 Zürich

EINSCHREIBEN

LSI

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

Zürich, 16. Dezember 2009

KLAGESCHRIFT Nr. 8

Swiss Rules Fall Moot Court Nr. 2313-2009

In Sachen

Walter Hagmann, Akeleigasse 33, 6301 Zug, Schweiz

Kläger

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

Rabig Verarbeitungssysteme GmbH, Industriestrasse 132, 67657 Kaiserslautern, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

Forderung

Sehr geehrte Frau Prof. Dr. Y. (Präsidentin)

Sehr geehrte Herren Dr. X. und Dr. Z.

Namens und mit Vollmacht des Klägers stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

„1. *Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 500'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Februar 2009 zu bezahlen.*

2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidverzeichnis.....	VI
1. Einleitung.....	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Klage.....	1
2.1 Gültigkeit der Schiedsklausel.....	1
2.1.1 Anwendbares Recht.....	1
2.1.2 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel	2
2.2 Bindung des Klägers an die Schiedsklausel.....	2
3. Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf die Streitsache	3
4. Zulässigkeit des Parteiwechsels.....	4
4.1 Das gegnerische Vorbringen	4
4.2 Ablehnung des gegnerischen Vorbringens.....	4
5. Aktivlegitimation des Klägers	5
5.1 Aktivlegitimation in der einfachen Gesellschaft.....	5
5.2 Verstoss gegen das Konkurrenzverbot nach Art. 536 i.V.m. Art. 464 OR.....	6
5.3 Klagebefugnis eines einzelnen Gesellschafters in der Rechtsprechung.....	7
6. Vertragsqualifikation.....	8
7. Korrekte Erfüllung des Vertrages durch den Kläger.....	9
7.1 Korrekte Erfüllung der Pflichten für die erste Rate	9
7.2. Korrekte Erfüllung der Pflichten für die zweite Rate	9
7.3 Korrekte Erfüllung der Pflichten für die dritte Rate	10
8. Schuldnerverzug der Beklagten.....	10
8.1 Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit	11

8.2 Fälligkeit der Forderung	11
8.3 Kein Leistungsverweigerungsrecht	11
8.4 Fazit	11
8.5 Wirkungen des Schuldnerverzugs	12
9. Unzulässigkeit des „Rücktritts“ der Beklagten	13
9.1 Keine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund	13
9.2 Kein „Rücktritt“ nach Art. 377 OR	14
9.2.1 Kein „Rücktritt“, weil zweites Werk schon vollendet	14
9.2.2 <i>Eventualiter</i> : Volle Schadloshaltung des Klägers	14
9.2.3 <i>Eventualiter</i> : Vergütung der bereits geleisteten Arbeit	14
9.2.4 <i>Eventualiter</i> : Kein „Rücktritt“ bezüglich des ersten Werkes	15
9.3 Keine Sachgewährleistung	15
9.3.1 Kein mangelhaftes Werk bei Ablieferung	15
9.3.2. <i>Eventualiter</i> : Keine korrekt erhobene Mängelrüge	16
9.3.3 <i>Eventualiter</i> : Ausschluss von Rückzahlung durch Vertrag und Gesetz	16
10. Ablehnung des gegnerischen Begehrens auf Verrechnung	17
10.1 Voraussetzungen der Verrechnung	17
10.1.1 Bestand der Forderungen	17
10.1.1.1 Forderung des Klägers	17
10.1.1.2 Nichtbegründete Forderung der Beklagten	17
10.1.1.2.1 Forderung bezüglich der ersten Rate	18
10.1.1.2.2 Forderung bezüglich der zweiten Rate	18
10.1.2 Fälligkeit der Verrechnungsforderung	18
10.1.3 Gegenseitigkeit der Forderungen	19
10.1.4 Gleichartigkeit der Forderungen	19
10.1.5 Kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag oder Gesetz	19
10.1.6 Verrechnungserklärung	20
10.2 Kläger ist nicht Schuldner der Verrechnungsforderung	20
10.3 Fazit	20

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert. Die in Klammern angegebenen Randziffern (Rz.) verweisen auf die Absatznummern der vorliegenden Klageschrift.

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1. Auflage, Bern 2006 (Rz. 9, 10).

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (Rz. 100).

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996 (Rz. 73, 76, 78).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008 (Rz. 102).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON/BERTI STEPHEN (HRSG.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (Rz. 13, 18).

(Zitiert: BSK IPRG-BEARBEITER, N. ... zu Art. ...)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 4. Auflage, Basel 2007 (Rz. 78, 84, 99).

(Zitiert: BSK OR I-BEARBEITER, N. ... zu Art. ...)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (HRSG.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Art. 530-926 OR), 3. Auflage, Basel 2008 (Rz. 30).

(Zitiert: BSK OR II-BEARBEITER, N. ... zu Art. ...)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (Rz. 54, 62, 66, 92).

(Zitiert: HUGUENIN, OR AT, N. ...)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (Rz. 42, 69, 83).

(Zitiert: HUGUENIN, OR BT, N. ...)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007 (Rz. 25).

MÜLLER CHRISTOPH, International Arbitration, 1. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (Rz. 7).

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage und Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1993/1999 (Rz. 7).

SCHWANDER IVO/NOBEL PETER/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN (HRSG.), Schweizerisches Obligationenrecht Handkommentar, 2. Auflage, Zürich 2009 (Rz. 86).

(Zitiert: HK OR-BEARBEITER, N. ... zu Art. ...)

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 (Rz. 91, 105).

Entscheidverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Februar 1983, BGE 109 II 34 ff.

Zitiert: BGE 109 II 34

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1991, BGE 117 II 273 ff.

Zitiert: BGE 117 II 273

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Kassationshofes vom 27. September 1993, BGE 119 Ia 342 ff.

Zitiert: BGE 119 Ia 342

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 2003, BGE 129 III 535 ff.

Zitiert: BGE 129 III 535

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. März 2005, BGE 131 III 314 ff.

Zitiert: BGE 131 III 314

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Mai 2003, BGE 4C.40/2003

Zitiert: BGE 4C.40/2003

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 2009, BGE 4A_424/2009

Zitiert: BGE 4A_424/2009

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2003, 10 U 216/01, NJW-RR 2003, 513, 514

Zitiert: OLG Düsseldorf 10 U 216/01

1. Einleitung

- 1 Der Kläger wird zunächst zeigen, dass das Schiedsgericht aufgrund einer gültigen Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien für die Beurteilung des vorliegenden Streitfalles zuständig ist [Rz. 3 ff.]. Ausserdem wird er darlegen, dass der vorgenommene Parteiwechsel zulässig war und das Schiedsgericht auf die Klage einzutreten hat [Rz. 17 ff.]. Die Aktivlegitimation des Klägers wird begründet [Rz. 25 ff.].
- 2 In der Folge wird sodann dargelegt, dass der Kläger seinerseits die Vereinbarung [K-2] korrekt erfüllt hat [Rz. 43 ff.] und Anspruch auf Bezahlung von CHF 500'000 nebst Verzugszinsen hat [Rz. 54 ff.]. Es wird zum Schluss erläutert, weshalb die Beklagte nicht vom Vertrag zurücktreten konnte [Rz. 68 ff.] und weshalb ihr Verrechnungsbegehren abzuweisen ist [Rz. 90 ff.].

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Klage

2.1 Gültigkeit der Schiedsklausel

2.1.1 Anwendbares Recht

- 3 Die Beklagte hat ihren Sitz in Kaiserslautern (Deutschland). Das Konsortium hat dagegen seine Adresse in der Schweiz und auch alle seine Mitglieder (u.a. der Kläger) haben Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz. Die Vereinbarung der Parteien vom 15.5.2008 [K-2] begründet deshalb ein internationales Rechtsverhältnis. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. e regelt das schweizerische IPRG die Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Verhältnis, wobei Staatsverträge nach Abs. 2 vorbehalten bleiben. Das Lugano-Übereinkommen ist nach Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 auf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar.
- 4 Gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Im vorliegenden Fall haben die Parteien in Ziff. 11 ihrer Vereinbarung [K-2] geregelt, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich zu entscheiden sind. Die Parteien haben damit die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes mit Sitz in der Schweiz begründet. Die Beklagte hat ihren Sitz in Kaiserslautern (Deutschland). Deshalb sind Art. 176 ff. des IPRG anwendbar. Es liegt auch kein Ausschluss der Anwendbarkeit i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG vor.

- 5 Die Frage der Gültigkeit der Schiedsklausel richtet sich demzufolge nach dem schweizerischen IPRG.

2.1.2 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel

- 6 Die vorliegende Schiedsklausel ist Teil des Vertrags zwischen den Parteien und erfüllt das Erfordernis der Schriftlichkeit gemäss Art. 178 Abs. 1 IRPG. Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann nach Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. Ein solcher liegt hier vor.
- 7 Über die erwähnten gesetzlichen Vorschriften hinaus muss klar aus der Schiedsklausel hervorgehen, dass die Parteien eine bestimmte Rechtsstreitigkeit durch ein Schiedsgericht beurteilen lassen wollen [vgl. RÜEDE/HADENFELDT, § 12 I]. Es muss zudem mindestens bestimmbar sein, welches Schiedsgericht zuständig ist [vgl. MÜLLER, 1.3]. Ziff. 11 der Vereinbarung zwischen den Parteien genügt diesen Anforderungen.

2.2 Bindung des Klägers an die Schiedsklausel

- 8 Näher zu prüfen ist das Argument der Beklagten, die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes fehle, weil die Schiedsklausel im Namen des Konsortiums eingegangen worden sei und sich der Kläger allein gar nicht darauf berufen dürfe.
- 9 Die subjektive Schiedsfähigkeit ist die Fähigkeit der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen bzw. in einem Schiedsverfahren als Partei aufzutreten; sie müssen dazu rechts-/partiefähig und handlungs-/prozessfähig sein [vgl. BERGER/KELLERHALS, N. 323 ff.]. Der Kläger ist unbestrittenermassen rechts- und handlungsfähig und damit partei- und prozessfähig im Sinne des Schweizer Rechts, das aufgrund von Art. 187 Abs. 1 IRPG anwendbar ist [siehe Rz. 13 ff.].
- 10 Die Fähigkeit, als Partei vor einem vertraglich vereinbarten Schiedsgericht aufzutreten, gebührt darüber hinaus nur denjenigen Personen, die rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung geworden sind [BERGER/KELLERHALS, N. 331]. Von der Bindung der Streitparteien an die Schiedsvereinbarung hängt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ab.
- 11 Grundsätzlich bindet eine Schiedsklausel nur diejenigen Parteien, die den Vertrag abgeschlossen haben, wobei Fälle von Rechtsnachfolge und nachträglicher Genehmigung vorbehalten sind [vgl. BGE 4C.40/2003, E. 4]. Im vorliegenden Fall wurde die Vereinbarung [K-2] von Walter Hagmann unterzeichnet. Als Unterzeichnender der Schiedsklausel ist der Kläger in jedem Fall an dieselbe gebunden. Die Frage, ob und wieweit er

das Konsortium bzw. die anderen Konsortialmitglieder verpflichtet hat, stellt sich hier nicht. Unbestrittenermassen ist auch die Beklagte durch ihre Unterzeichnung der Vereinbarung [K-2] an die Schiedsklausel gebunden.

- 12 Zusammenfassend ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen. Es hat auf die Klage einzutreten.

3. Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf die Streitsache

- 13 Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach demjenigen Recht, mit welchem die Streitsache am engsten zusammenhängt. Es wird auf den Ort abgestellt, wo diejenige Leistung erbracht wird, die keine Geldleistung ist; bei mehreren Orten ist der Schwerpunkt zu ermitteln [BSK IPRG-KARRER, N. 153 zu Art. 187]. Art. 33 Abs. 1 der Schweizerischen Schiedsordnung (SchO) sieht ebenfalls vor, dass dasjenige Recht anwendbar ist, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.
- 14 Die Parteien haben in der Vereinbarung [K-2] keine Rechtswahl getroffen. Das anwendbare Recht muss deshalb anhand der Kriterien von Art. 187 Abs. 1 IPRG bestimmt werden. Es stellt sich die Frage, mit welchem Recht die Streitsache i.c. am engsten zusammenhängt. Laut Vereinbarung erbringt die Beklagte dem Konsortium eine Geldleistung, während das Konsortium eine Lösung für das Problem finden und das Know-how weitergeben soll. Die Leistung des Konsortiums ist damit spezifisch für den Vertrag [vgl. die Anknüpfungsregeln von Art. 117 IPRG]. Das Konsortium hat seine Adresse in der Schweiz und alle seine Mitglieder haben Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz. Der Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung des Konsortiums liegt in der Entwicklung einer Lösung für das Problem der Beklagten. Diesen Teil der Vereinbarung hat das Konsortium zweifelsfrei in der Schweiz erfüllt. Aus den Ausführungen folgt, dass die Streitsache am engsten mit dem Schweizer Recht zusammenhängt.
- 15 Die Beklagte nimmt zudem in der Einleitungsantwort [Ziff. 12] Bezug auf den Vertragsrücktritt des Klägers, der gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR erfolgt sei. Mit keinem Wort erwähnt sie, dass nicht Schweizer Recht anzuwenden sei.
- 16 Demzufolge ist auf die Vertragsverhältnis zwischen Kläger und Beklagter schweizerisches Recht anzuwenden.

4. Zulässigkeit des Parteiwechsels

4.1 Das gegnerische Vorbringen

17 Die Einleitungsanzeige vom 3.8.2009 hat der Kläger im Namen des Konsortiums verfasst und unterzeichnet. In der Ergänzung zur Einleitungsanzeige vom 17.8.2009 stellte der Kläger den prozessualen Antrag, einzig er sei neu als klägerische Partei zu führen. Am 19.8.2009 bestätigte das Schiedsgericht die Kenntnisnahme der Änderung. In der Einleitungsantwort vom 10.9.2009 behauptete die Beklagte, es handle sich bei der Änderung der Parteibezeichnung auf einseitiges Vorbringen des Klägers um einen unzulässigen Parteiwechsel. Die Klage sei im Namen des Konsortiums rechtshängig und dürfe deshalb nicht mehr geändert werden.

4.2 Ablehnung des gegnerischen Vorbringens

18 Nach Art. 181 IPRG ist ein Schiedsverfahren hängig, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren den oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter anruft oder, wenn die Vereinbarung keinen Schiedsrichter bezeichnet, sobald eine Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts einleitet. Die Anrufung des Schiedsgerichts muss eine genügende Identifizierung des Streitgegenstandes erlauben. Art. 181 IPRG ist eine relativ zwingende Bestimmung und insbesondere auch anwendbar auf Schiedsverfahren unter den Swiss Rules [vgl. BSK IPRG-VOGT, N. 5 zu Art. 181].

19 Im vorliegenden Fall hatten die Parteien in ihrer Schiedsklausel [K-2, Ziff. 11] die Schiedsrichter noch nicht namentlich bezeichnet. Die Schiedshängigkeit in diesem Verfahren ist also in dem Zeitpunkt eingetreten, als die erste Partei das Verfahren zur Bildung des Schiedsgerichts eingeleitet hat. In der Einleitungsanzeige vom 3.8.2009 hat der Kläger weder Rechtsbegehren formuliert noch Schiedsrichter bezeichnet. Diese Anzeige genügt den Anforderungen von Art. 181 IPRG nicht und vermochte deshalb keine Schiedshängigkeit zu bewirken. Erst in der Ergänzung zur Einleitungsanzeige vom 17.8.2009 hat Walter Hagmann die Rechtsbegehren formuliert sowie in Ziff. 15 Herrn Dr. X. als seinen Schiedsrichter ernannt. Der Kläger hat auch erst dann die Einschreibgebühr von CHF 4'500 gemäss Appendix B der SchO überwiesen.

20 Die Schiedshängigkeit ist demzufolge nicht – wie von der Beklagten behauptet – mit Erheben der Einleitungsanzeige vom 3.8.2009 eingetreten, sondern erst mit Eintreffen der Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 17.8.2009 beim Schiedsgericht. Der Antrag

auf Änderung der Parteibezeichnung erfolgte vor Eintreten der Rechtshängigkeit und kann *nicht* aufgrund von Rechtshängigkeit als unzulässig bezeichnet werden.

- 21 Es ist auch kein weiterer, von der Beklagten nicht genannter Grund, ersichtlich, weshalb das Schiedsgericht aufgrund der Änderung der Parteibezeichnung nicht auf die Klage eintreten dürfte. Art. 182 IPRG besagt, dass die Parteien das schiedsrichterliche Verfahren selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln; subsidiär legt das Schiedsgericht das Verfahren fest. Als zwingendes Minimum bestimmt Abs. 3 nur, dass die Gleichbehandlung der Parteien und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet werden.
- 22 Die Parteien haben in ihrer Schiedsklausel [K-2, Ziff. 11] vereinbart, dass sich das Schiedsverfahren nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern richten soll. In Ziff. 2.3 von Beschluss Nr. 1 hat das Schiedsgericht diese Regelung wie folgt bestätigt und ergänzt: „Das Verfahren richtet sich nach Kapitel 12 des IPRG und der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern. In Ermangelung weiterer anwendbarer Verfahrensvorschriften kann das Schiedsgericht ergänzende Regeln für das Verfahren erlassen.“
- 23 Weder in Kapitel 12 des IPRG noch in der SchO oder in den Beschlüssen des Schiedsgerichts findet sich ein Hinweis auf die Zulässigkeit der Änderung der Parteibezeichnung. Ausserdem verletzt die Änderung weder die Gleichbehandlung der Parteien noch deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Beklagten erwachsen durch die Änderung der Parteibezeichnung weder rechtliche noch tatsächliche Nachteile. Ihr wurde vom Schiedsgericht sogar noch eine längere Frist für die Einreichung der Einleitungsantwort gewährt.
- 24 Der Kläger beantragt aus all diesen Gründen, dass das Schiedsgericht auf seine Klage eintritt.

5. Aktivlegitimation des Klägers

5.1 Aktivlegitimation in der einfachen Gesellschaft

- 25 Das Konsortium als Gelegenheitsgesellschaft ist aufgrund der Bedeutung, die den einzelnen Persönlichkeiten zukommt, eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR. Die Rechte in einer einfachen Gesellschaft werden, wenn vertraglich nicht anders geregelt, gesamthänderisch wahrgenommen. [MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N. 8-10, 17].

Dem Konsortialvertrag [K-2] ist keine entsprechende Regelung zu entnehmen, weshalb i.c. von einer Gesamthandgemeinschaft auszugehen ist.

- 26 Nach dem Prinzip der Gesamthand kann ein Anspruch nur im Namen aller Gesellschafter eingefordert werden. Die Aktivlegitimation als materielle Berechtigung des Klägers, das behauptete Recht geltend zu machen, liegt somit bei allen Gesellschaftern zusammen. Die Klage des Klägers gegen die Rabig Verarbeitungssysteme GmbH auf Erfüllung der vertraglichen Pflichten kann demzufolge grundsätzlich nur gesamthänderisch von allen Konsortialmitgliedern zusammen erhoben werden.
- 27 Der Kläger informierte alle Mitglieder des Konsortiums über die von ihm eingereichte Klage und forderte sie auf, sich seiner Klage anzuschliessen [K-20]. Die Hydrex AG verzichtete auf die Geltendmachung eigener Ansprüche, legitimierte aber den Kläger zur Erhebung der Klage [K-22]. Die Rabig (Schweiz) AG verwies auf ihre Bindung zu ihrer Muttergesellschaft Rabig Verarbeitungssysteme GmbH und begründete damit das Ausbleiben ihrer Zustimmung zur Klage [K-21]. Mangels Zustimmung einer Konsortialpartei kann der Kläger grundsätzlich keine Ansprüche namens des Konsortiums geltend machen.

5.2 Verstoss gegen das Konkurrenzverbot nach Art. 536 i.V.m. Art. 464 OR

- 28 Die Rabig (Schweiz) AG verstösst mit ihrem Verhalten gegen das Konkurrenzverbot gemäss Art. 536 OR. Dieses verbietet den Gesellschaftern, Geschäfte zu betreiben, die zwar ihren eigenen Vorteilen dienlich sind, aber dem Zweck der Gesellschaft schaden oder diesen sogar vereiteln.
- 29 Die Rabig (Schweiz) AG verweigert mit Bezugnahme auf ihre enge Bindung zur Beklagten eine Zustimmung zur Klage und versucht somit, diese zu verhindern. Damit schadet sie direkt dem Gesellschaftszweck, der neben dem im Konsortialvertrag statuierten Übergeben des Wissens [K-1, Ziff. 1] unter anderem darin besteht, die Entlöhnung für die erbrachte Leistung zu erhalten. Dass der Rabig (Schweiz) AG nichts daran liegt, durch ihre Zustimmung die Muttergesellschaft in einen Prozess zu verwickeln, ist kein Rechtfertigungsgrund dafür, dass die anderen Gesellschafter an der Erlangung der ihnen zustehenden finanziellen Leistungen gehindert werden.
- 30 Mittels Art. 464 OR, der an Stelle von Art. 97 OR analog zur Anwendung kommt [BSK OR II-HANDSCHI, N. 3 zu Art. 536], wird dem Gesellschafter, dessen Verhalten die Tä-

tigkeit der Gesellschaft konkurrenziert, die Geschäftsführungsbefugnis entzogen. Das zweckwidrige Geschäft wird auf die anderen Gesellschafter übertragen.

- 31 Im vorliegenden Fall muss die Wirkung dieser Norm insofern übernommen werden, dass die fehlende Zustimmung der Rabig (Schweiz) AG nicht zu einer Abweisung der Klage führen kann.

5.3 Klagebefugnis eines einzelnen Gesellschafters in der Rechtsprechung

- 32 Eine Einzelklagebefugnis trotz Gesamthandbindung wird vom Bundesgericht in BGE 119 Ia 342 gestützt. Es liess in diesem Entscheid die Klage eines einzelnen Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter zu, nachdem dieser sich aus dem Gesellschaftsvermögen bereichert hatte.
- 33 Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid damit, dass eine Zustimmung aller Gesellschafter zur Klage unter den gegebenen Umständen niemals zu erreichen gewesen wäre. Das Abstreiten der Aktivlegitimation des Gesellschafters würde einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommen, da ihm sonst von Beginn an jeglicher Rechtsschutz gefehlt hätte.
- 34 Eine Weigerung, die Klage von Walter Hagmann materiell zu beurteilen, käme ebenfalls einer formellen Rechtsverweigerung gleich, da die zur Klage vorausgesetzte Zustimmung aller Gesellschafter aufgrund der engen Beziehung zwischen der Rabig (Schweiz) AG und der Beklagten nie hätte erwirkt werden können.
- 35 Auch in der deutschen Rechtsprechung wird vertreten, dass einem einzelnen Gesellschafter unter Umständen die Aktivlegitimation zugesprochen werden muss. Am Oberlandesgericht Düsseldorf wurde entschieden, dass die Verweigerung der Mitwirkung eines Gesellschafters rechtswidrig sei, wenn dieser damit eine Klage verhindern will, die sich gegen eine Gesellschaft richtet, der er ebenfalls angehört [OLG Düsseldorf 10 U 216/01].
- 36 Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Konsortium niemals die Möglichkeit gehabt hätte, seine Rechte gegenüber der Beklagten einzufordern, wenn dazu die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich gewesen wäre. Die Aktivlegitimation muss deshalb auch ohne die Einwilligung der Rabig (Schweiz) AG gegeben sein.

6. Vertragsqualifikation

- 37 Der Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten [K-2] ist im Wesentlichen der folgende: Die Rabig Verarbeitungssysteme GmbH übernimmt das Wissen des Konsortiums, wie das Zusammenhaften bzw. Anhaften bestimmter Beilagen für das Verlagswesen verhindert werden kann. Das Konsortium erhält dafür von der Beklagten eine finanzielle Entschädigung.
- 38 Unabhängig von der Qualifikation des Vertrags kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung [K-2] gültig zustande gekommen ist. Die Parteien haben gegenseitig übereinstimmend i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR ihren Willen erklärt. Die Gültigkeit des Vertrags wird von keiner der Parteien in Frage gestellt.
- 39 Es stellt sich die Frage, wie die Vereinbarung [K-2] inhaltlich zu qualifizieren ist. Sie könnte einen Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR darstellen. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer (hier der Kläger) zur Herstellung eines Werks und der Besteller (hier die Beklagte) zur Leistung einer Vergütung. Der Unternehmer schuldet einen objektiv überprüfbaren Erfolg. Das Werk kann auch unkörperlich sein [BGE 109 II 34, E. 3], es ist dann das Ergebnis einer immateriellen geistigen Leistung.
- 40 Für die Qualifikation der Vereinbarung [K-2] als Werkvertrag spricht, dass insbesondere die Zahlungsbedingungen für die zweite Rate in Ziff. 8 eindeutig überprüfbar festgelegt wurden [siehe Rz. 46 ff.]. Der Kläger schuldet einen messbaren Erfolg – und er erhält keine Vergütung, wenn er ihn nicht herbeiführen kann.
- 41 Die Vereinbarung [K-2] enthält aber auch Elemente, die nicht eindeutig auf den gesetzlich geregelten Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR passen. So wurde in Ziff. 9 vereinbart, dass sich die Gewährleistung des Konsortiums auf die Anwendung technisch wissenschaftlicher Sorgfalt sowie auf die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik erstreckt. Das ist ein auftragsrechtliches Element in der Vereinbarung, da das Konsortium nur für sorgfältiges Tätigwerden haftet [vgl. Art. 398 Abs. 2 OR]. Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR anzuwenden wäre jedoch nicht sachgerecht, da das Konsortium nur eine Vergütung erhält, wenn ganz bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Auch kann der Vereinbarung [K-2] nicht entnommen werden, dass sie von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann, wie das in Art. 404 OR für den Auftrag geregelt ist.

42 Es scheint daher sachgerecht, bei der Vereinbarung [K-2] von einem Innominatkontrakt mit überwiegenden werkvertraglichen Elementen auszugehen. Damit kann Werkvertragsrecht, soweit es auf die konkrete Vereinbarung passt, analog angewendet werden [HUGUENIN, OR BT, N. 602].

7. Korrekte Erfüllung des Vertrages durch den Kläger

43 In den folgenden Ausführungen wird dargelegt, dass der Kläger seine vertraglichen Pflichten vollumfänglich erfüllt hat. Die Vergütung des Klägers wird in drei Raten ausbezahlt, wobei für jede Rate bestimmte Pflichten erfüllt werden müssen [K-2, Ziff. 8].

7.1 Korrekte Erfüllung der Pflichten für die erste Rate

44 Gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung [K-2] hat der Kläger für den Erhalt der ersten Rate die Ursachen des Zusammenhaftens zu erklären sowie anhand eines Modells zu demonstrieren, wie dieses Zusammenhaften bei den Beilagen verhindert werden kann. Die Übergabe des erwähnten Wissens hat schriftlich zu erfolgen. Mit dem „Bericht zum Thema: Wie kann das Zusammenhaften von Beilagen verhindert werden?“ [K-3] hat der Kläger der Beklagten das geschuldete Wissen schriftlich übergeben. Die in Ziff. 8, „1. Rate“ der Vereinbarung [K-2] erwähnte modellhafte Demonstration fand am 15.5.2008 statt [Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts, Ziff. 15].

45 Der Kläger hat somit sämtliche Pflichten für die erste Rate erfüllt. Dies wurde seitens der Beklagten nie bestritten

7.2. Korrekte Erfüllung der Pflichten für die zweite Rate

46 Gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung [K-2] muss für die zweite Rate ein erfolgreicher Test an der Anlage der Beklagten durchgeführt werden. Die Demonstration ist erfolgreich, wenn mindestens 90 Prozent der Produkte von mindestens 5'000 Produkten mit den in Ziff. 4.1 und 4.4 der Vereinbarung genannten Eigenschaften störungsfrei verarbeitet werden können. Dabei müssen die Leistungsdaten der UniDrum erreicht werden.

47 Am 3.11.2008 wurde ein Test mit den genannten Eigenschaften durchgeführt. Die Leistungsdaten der UniDrum wurden bei der Durchführung dieses Tests erreicht [Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts, Ziff. 3]. Des Weiteren ist dem Testbericht [K-7] unter Ziff. 7.2 zu entnehmen, dass die gekühlten Beilagen nicht zusammenhafteten, wobei die Anlage mit ihrer maximalen Leistung von 50'000 Beilagen pro Stunde gefahren werden konnte. Der Kläger hob diese Tatsache in seinem Schreiben an die Beklagte vom

16.11.2008 [K-8] hervor und hielt zudem fest, dass mehr als 5'000 Produkte bearbeitet wurden.

- 48 Die verarbeiteten Produkte hatten die in Ziff. 4.1 und 4.4. der Vereinbarung [K-2] beschriebenen Eigenschaften. Die Beklagte selbst hat die Produkte zur Verfügung gestellt. Der Kläger kam ihr sogar entgegen, indem er eingewilligt hat, für die Durchführung des Tests die sich am schlechtesten zu verarbeitende Papiersorte zu verwenden. [K-7, Ziff. 4, „Anmerkungen“, Nr. 1].
- 49 Bei der Fehlerauswertung sind nur Störungen zu berücksichtigen, die auf das Zusammen- bzw. Anhaften der Beilagen zurückzuführen sind [K-2, Ziff. 8, „2. Rate“]. Die von der Beklagten in B-1 beschriebenen Probleme (schwaches Druckbild, Schwitzwasser, Vereisung) sind nicht in der Vereinbarung aufgeführt, weshalb sie bei der Fehlerauswertung nicht zu berücksichtigen waren.
- 50 Von der Beklagten wird behauptet, das Problem des An- bzw. Zusammenhaftens der Beilagen sei am Tag der Durchführung des Tests schlicht nicht vorhanden gewesen [Einleitungsantwort, Ziff. 5]. Gemäss Testbericht vom 4.11.2008 hat die Störung aber bestanden [K-7, Ziff. 4, „Anmerkungen“, Punkt 2].
- 51 Aus diesen Gründen hat der Kläger seine Pflichten für die zweite Rate erfüllt.

7.3 Korrekte Erfüllung der Pflichten für die dritte Rate

- 52 Die Verteilung der Pflichten auf die drei Raten ist so konzipiert, dass den Kläger für den Erhalt der dritten Rate keine eigentlichen vertraglichen Pflichten mehr treffen [K-2, Ziff. 8].
- 53 Der Kläger hat das Wissen, das es zur Durchführung des unter Ziff. 8, „3. Rate“ der Vereinbarung [K-2] erwähnten Tests braucht, bereits zur Verfügung gestellt und zusätzlich seine Mithilfe bezüglich der Durchführung für diese Versuche angeboten. Er hat somit sämtliche von ihm geschuldeten „Pflichten“ für die dritte Rate erbracht.

8. Schuldnerverzug der Beklagten

- 54 Im Folgenden wird dargelegt, weshalb die Verweigerung der Beklagten, die technische Lösung an ihren Anlagen zu erproben [vgl. Ziff. 8, K-2], zu Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR führt. Für den Eintritt von Schuldnerverzug müssen die vier folgenden Voraussetzungen erfüllt sein [zum Ganzen HUGUENIN, OR AT, N. 646 ff.].

8.1 Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit

- 55 Zunächst wird festgestellt, dass die Beklagte eine vertragliche Pflicht nicht erfüllt hat. Die Vereinbarung zwischen dem Konsortium und der Beklagten [K-2] statuiert in Ziff. 8 die Voraussetzungen für die Bezahlung der dritten Rate. Die vereinbarte Leistung besteht in einer „möglichst raschen“ Prüfung der technischen Lösung durch die Beklagte. Diese hat es unterlassen, die erforderlichen Tests durchzuführen.
- 56 Die Schuldnerin gerät nur in Schuldnerverzug, wenn sie nicht leistet, obwohl sie leisten könnte. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beklagte die Tests nicht hätte durchführen können. Die dafür benötigten technischen Vorrichtungen waren noch installiert. Somit hat die Leistungsmöglichkeit der Beklagten bestanden.

8.2 Fälligkeit der Forderung

- 57 Eine Forderung ist dann fällig, wenn der Gläubiger ihre Erfüllung fordern darf [BGE 129 III 535 ff, E. 3]. Die Parteien haben vereinbart, die technische Lösung sei „möglichst rasch“ zu erproben. Dies setzt der Beklagten zwar keine auf den Tag genaue Frist, zeigt aber, dass mit dem Test nicht unnötig lange zugewartet werden soll. Es ist in solchen Fällen zu vermuten, dass die Leistung sogleich gefordert werden kann [BSK OR-WIEGAND, N. 4 zu Art. 102].
- 58 Nach dem erfolgreichen Testversuch vom 3.11.2008 hätte die Beklagte bereits am 5.11.2008 mit der Durchführung der weiteren Tests beginnen können. Sie hat jedoch nichts dergleichen getan und liess auch die folgenden Monate untätig verstreichen. Die Forderung des Klägers ist damit fällig geworden.

8.3 Kein Leistungsverweigerungsrecht

- 59 Der Beklagten steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR nicht zur Verfügung. Das Konsortium hat, wie oben unter Rz. 53 dargelegt, die technische Lösung, die erprobt werden soll, geliefert. Für die Erfüllung der dritten Rate trifft das Konsortium keine vertraglich geschuldete Pflicht mehr.
- 60 Da die Beklagte keine Einrede wegen Zahlungsunfähigkeit nach Art. 83 OR erhoben hat, ist von ihrer Zahlungsfähigkeit auszugehen.

8.4 Fazit

- 61 Es sind alle Voraussetzungen erfüllt, die für den Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR bestehen. Der Gläubiger muss den Schuldner gemäss Art. 102 Abs. 1 OR durch Mah-

nung in Verzug setzen. Die Mahnung ist eine unmissverständliche Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu erbringen [BGE 129 III 535, E. 3]. Der Kläger hat dies spätestens in seinem Schreiben vom 10.4.2009 [K-18] getan, in welchem er die Beklagte „letztmals zur Durchführung der Tests bis 14.5.2009“ aufgefordert hat.

8.5 Wirkungen des Schuldnerverzugs

- 62 Die Rechte von Art. 103 bis 109 OR stehen dem Kläger wahlweise zur Verfügung. Art. 107 bis 109 OR kommen nach dem Gesetzeswortlaut jedoch nur bei vollkommen zweiseitigen Verträgen in Betracht. Die Möglichkeiten müssen auch bei nicht vollkommen zweiseitigen Verträgen offen stehen, wenn der Gläubiger ein schützenswertes Interesse daran hat, sie in Anspruch zu nehmen. Ein solches Interesse liegt immer dann vor, wenn der Schuldner mit einer vertraglichen Hauptpflicht im Verzug ist [HUGUENIN, OR AT, N. 679].
- 63 Die möglichst rasche Erprobung der technischen Lösung an ihren Anlagen ist eine vertragliche Hauptpflicht der Beklagten. Die Durchführung ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Vereinbarung als Ganze erfüllt werden kann. Führt die Beklagte die Tests nicht durch, erhält der Kläger den gesamten dritten Teil der Vergütung nicht. Er hat deshalb ein schwerwiegendes schützenswertes Interesse daran, dass die Beklagte die Tests durchführt.
- 64 Über ihr ungerechtfertigtes Untätigbleiben hinaus hat die Beklagte auch jeden Kontakt mit dem Kläger verweigert, den dieser zur Klärung allfälliger Probleme immer wieder angestrebt hat [vgl. K-12, K-13, K-14]. Der Kläger trägt somit keinerlei Verantwortung dafür, dass die technische Lösung nach dem Test vom 3.11.2008 noch immer nicht erprobt wurde. Dem Kläger müssen darum die Rechtsbehelfe von Art. 107 bis 109 OR zur Verfügung stehen.
- 65 Der Gläubiger muss dem Schuldner nach Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung setzen. Hier liegt jedoch eine Ausnahme nach Art. 108 Ziff. 2 OR vor, wonach keine Nachfristsetzung erforderlich ist, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass eine solche nutzlos wäre. Die Beklagte hat am 25.1.2009 erklärt, sie sei nicht gewillt, mittels weiterer Tests Erkenntnisse zu liefern [K-16]. Damit hat sie klar gemacht, dass sie ihre vertragliche Pflicht nicht erfüllen wird.
- 66 Der Gläubiger hat somit gemäss Art. 107 Abs. 2 OR die Wahl zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt. Der Kläger fordert von der Beklagten aufgrund

von Art. 107 Abs. 2 OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung und damit die Bezahlung von CHF 500'000 inkl. Verzugszinsen. Dieser Betrag entspricht dem positiven Interesse des Klägers – er soll unter Einbezug des Verspätungsschadens so gestellt werden, als wäre der Vertrag korrekt erfüllt worden. Das positive Interesse ist nur geschuldet, wenn den Schuldner ein Verschulden trifft [HUGUENIN, OR AT, N. 690]. Dies ist unproblematisch, da es die Beklagte vorsätzlich unterlassen hat, ihre vertragliche Pflicht zu erfüllen.

67 Somit ist der Kläger aufgrund von Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt, die Bezahlung von CHF 500'000 inkl. Verzugszinsen zu fordern.

9. Unzulässigkeit des „Rücktritts“ der Beklagten

68 Am 25.1.2009 hat die Beklagte den Rücktritt vom Vertrag erklärt sowie die Rückzahlung der beiden geleisteten Raten von insgesamt CHF 500'000 innerhalb von zehn Tagen gefordert [K-16]. In den folgenden Ausführungen wird dargelegt, dass die Beklagte weder zu diesem Rücktritt noch zur Rückforderung der Beträge berechtigt war.

9.1 Keine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

69 Die Vereinbarung [K-2] ist gemäss Ziff. 10 ab Unterzeichnungsdatum zwei Jahre gültig und somit befristet. Nach Ablauf dieser Zeit sind die Vertragsparteien in der weiteren Verwendung des unter die Vereinbarung fallenden Wissens frei. Weil Ziff. 10 hauptsächlich die Verwendung dieses Wissens beinhaltet, sind diesbezüglich die gleichen Elemente wie beim Lizenz-/Know-how-Vertrag anwendbar. Lehre und Rechtsprechung anerkennen bei diesem Innominatkontrakt die analoge Anwendung von Art. 545 Abs. 2 OR [zum Ganzen HUGUENIN, OR BT, N. 1487]. Demnach kann die Auflösung des Vertrages vor Ablauf der Vertragsdauer *aus wichtigen Gründen* verlangt werden. Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn einer Partei das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist

70 Weil die Rücktrittserklärung der Beklagten vor Ablauf der zweijährigen Laufzeit des Vertrages erfolgte [vgl. Daten von K-2 und K-16], hat die Beklagte für eine gültige Kündigung einen wichtigen Grund zu liefern. Sie sieht ihn darin, dass der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, die vereinbarte „Lösung“ zu liefern, womit die Grundlage für die Vereinbarung nicht gegeben sei [K-16]. Wie unter Rz. 43 ff. dargelegt wurde, hat der Kläger jedoch die vereinbarte Lösung geliefert.

71 *Eventualiter*: Sollte das Gericht die Auffassung vertreten, der Sachverhalt habe sich wie von der Beklagten in K-16 ausgeführt abgespielt, macht der Kläger geltend, die von der

Beklagten genannten Gründe seien nicht als wichtig zu klassifizieren. Das Kriterium der Unzumutbarkeit der Weiterführung zeigt, dass die ausserordentliche Kündigung *ultima ratio* ist. Die Beklagte müsste zuerst die anderen im Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfe nutzen, bevor sie eine ausserordentliche Kündigung geltend machen könnte.

- 72 Auch die Tatsache, dass die Beklagte zur Fortführung des Vertrages „nicht weiter gewillt“ ist, genügt nicht als Grund, zumal persönliche Elemente im Vertragsverhältnis keine wesentliche Rolle spielen.

9.2 Kein „Rücktritt“ nach Art. 377 OR

- 73 Die Beklagte kann die von ihr bezahlten Beträge *nicht* gestützt auf Art. 377 OR zurückfordern. Art. 377 OR ist bei Dauerwerkverträgen nicht unmittelbar und im Regelfall auch nicht sinngemäss anwendbar [GAUCH, N. 597]. Auch bei Anwendung von Art. 377 OR könnte die Beklagte sich aus folgenden Gründen nicht darauf berufen.

9.2.1 Kein „Rücktritt“, weil zweites Werk schon vollendet

- 74 Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit sowie gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Dieser „Rücktritt“ ist indessen nach dem Wortlaut von Art. 377 OR nur möglich, solange das Werk unvollendet ist.
- 75 Wie unter Rz. 43 ff. ausgeführt, hatte der Kläger bis zum 25.1.2009 sämtliche Pflichten aus der Vereinbarung erfüllt und somit alle am Werk geschuldeten Arbeiten ausgeführt. Deshalb ist das Beendigungsrecht der Beklagten nach Art. 377 OR erloschen.

9.2.2 Eventualiter: Volle Schadloshaltung des Klägers

- 76 Falls ein Rücktritt möglich ist, soll der Unternehmer vermögensmässig so gestellt werden, als ob der Vertrag sowohl von Seiten des Bestellers als auch von ihm selbst korrekt erfüllt worden wäre [GAUCH, N. 547].
- 77 I.c. könnte die Beklagte die bereits von ihr bezahlten Beträge nicht zurückfordern. Vielmehr müsste sie dem Kläger die dritte Rate vergüten und ihm den Verspätungsschaden ersetzen, d.h. CHF 500'000 zuzüglich Verzugszinsen.

9.2.3 Eventualiter: Vergütung der bereits geleisteten Arbeit

- 78 Es handelt sich bei Art. 377 OR eigentlich um ein Kündigungs- und nicht um ein Rücktrittsrecht [BGE 117 II 273, E. 4; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, N. 11 zu Art. 377]. Eine

Kündigung zieht die Auflösung des Vertrages mit Wirkung *ex nunc* nach sich. Dies hat zur Folge, dass bereits erbrachte Leistungen nicht zurückgefordert werden können und bereits getätigte Aufwendungen (auch Vorbereitungshandlungen) vergütet werden müssen [BGE 131 III 314, E. 2.3.1; GAUCH, N. 536].

- 79 Der Kläger hat für das geschuldete Werk für die zweite Rate u.a. Kälteversuche durchgeführt [K-5], der Beklagten Vorschläge bezüglich Kühlung der Beilagen unterbreitet [K-6] und Vorschläge bezüglich der weiteren Vorgehensweise gemacht [K-12]. Alle diese Tätigkeiten zusammen stellen (neben dem umstrittenen Test) einen erheblichen Teil des geschuldeten zweiten Werks dar.
- 80 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, Art. 377 OR komme zur Anwendung und der Kläger sei nicht voll schadlos zu halten, so macht der Kläger geltend, dass die Beklagte nur einen Teilbetrag der zweiten Rate zurückfordern kann. Schliesslich hat der Kläger Anspruch auf Vergütung für die von ihm bis zum 25.1.2009 umfangreich getätigten Arbeitsaufwendungen.

9.2.4 Eventualiter: Kein „Rücktritt“ bezüglich des ersten Werkes

- 81 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, der Kläger sei nicht schadlos zu halten und die von ihm getätigten Dispositionen genügen weder für eine ganze noch eine teilweise Fertigstellung des zweiten zu erbringenden Werkes, so beantragt der Kläger, den für die erste Rate erhaltenen Betrag von CHF 250'000 zu behalten. Unter Rz. 44 wurde die Erfüllung sämtlicher geschuldeter klägerischer Pflichten für die erste Rate erläutert. Da das erste Werk fertig erstellt worden ist, ist Art. 377 OR diesbezüglich nicht anwendbar.

9.3 Keine Sachgewährleistung

- 82 Es wird dargelegt, dass die Beklagte die Rechtsbehelfe der werkvertraglichen Sachgewährleistung i.S.v. Art. 367 ff. OR *nicht* zur Verfügung stehen.
- 83 Voraussetzungen für die Anwendung der Sachgewährleistungsnormen sind u.a. die mangelhafte Ablieferung des Werks, das fristgerechte Erheben einer substantiierten Mängelrüge und das Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes [HUGUENIN, OR BT, N. 636].

9.3.1 Kein mangelhaftes Werk bei Ablieferung

- 84 Ein Werkmangel liegt vor, wenn das gelieferte Werk von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht [BGE 4A_424/2009, E. 4.6; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, N. 9

zu Art. 368]. Der Kläger hat das Werk für die zweite Rate entsprechend der vertraglichen Vereinbarung geliefert [vgl. Rz. 46 ff.]. Somit lag bei der Ablieferung mangels Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit kein mangelhaftes Werk vor.

- 85 *Eventualiter*: Sollte das Gericht der Meinung sein, der Kläger habe das vereinbarte zweite Werk mangelhaft geliefert, so sei vom Gericht festzustellen, dass der Kläger das erste Werk mängelfrei geliefert hat [vgl. Rz. 44].

9.3.2 *Eventualiter*: Keine korrekt erhobene Mängelrüge

- 86 Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werks dessen Beschaffenheit zu prüfen, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Der Besteller hat den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Durch die Mängelrüge, welche sachgerecht substantiiert zu erheben ist [HK OR-HUBER/SCHWENDENER, N. 8 zu Art. 367], muss der Unternehmer abschätzen können, bezüglich welcher Punkte und in welchem Umfang das Werk bemängelt wird [BSK OR I-ZINDEL/PULVER, N. 18 zu Art. 367].
- 87 Die Beklagte äussert in der „Internen Mitteilung“ [B-1, „Zusammenfassend“, Ziff. 1] lediglich, es sei beim Testversuch am 3.11.2009 „keine nachhaltige Wirkung erreicht“ worden. Im Fazit hält die Beklagte fest, das Testergebnis sei unzureichend, weshalb der Erfolg als bescheiden zu beurteilen sei. Der Kläger kann mittels dieser Informationen nicht abschätzen, inwiefern der Test hätte anders gestaltet werden sollen, weil die Beklagte dies nicht explizit zum Ausdruck bringt. Insofern weist die „Interne Mitteilung“ keine genügende Substantiierung auf.

9.3.3 *Eventualiter*: Ausschluss von Rückzahlung durch Vertrag und Gesetz

- 88 Eine weitere Voraussetzung für die Anwendung der Sachgewährleistungsnormen ist das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Gemäss Art. 370 Abs. 2 OR gilt ein Werk als stillschweigend genehmigt, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt. Vorliegend hat die Beklagte die Mängelrüge nicht substantiiert erhoben. Sie hat das Werk damit stillschweigend genehmigt, womit ein gesetzlicher Ausschlussgrund der Sachgewährleistung vorliegt.
- 89 Ziff. 8 der Vereinbarung [K-2] ist zu entnehmen, dass eine Rückzahlung bereits bezahlter Beträge ausgeschlossen ist. Damit ist die Rückzahlung auch vertraglich ausgeschlossen worden.

10. Ablehnung des gegnerischen Begehrens auf Verrechnung

90 Die Beklagte macht in Ziff. 13 der Einleitungsantwort vom 10.9.2009 geltend, dass sie für den Fall allfälliger bestehender Forderungen des Klägers verrechnungsweise Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen verlangt. Zu klären ist, ob die Verrechnungsforderung der Beklagten gegen den Kläger begründet ist.

10.1 Voraussetzungen der Verrechnung

91 Mit der Verrechnung nach Art. 120 bis 126 OR ermöglicht das Gesetz die wechselseitige Tilgung gleichartiger Forderungen in dem Umfang, in dem sie sich decken [SCHWENZER, N. 77.01]. Es sind zwei Personen beteiligt: diejenige, die die Initiative ergreift und die Verrechnungserklärung abgibt (Verrechnender; i.c. die Beklagte), und die Gegenpartei (Verrechnungsgegner; i.c. der Kläger) [SCHWENZER, N. 77.02]. Es müssten *kumulativ* die folgenden Voraussetzungen gegeben sein, damit die Beklagte ein Recht zur Verrechnung hat.

10.1.1 Bestand der Forderungen

92 Beide, die Verrechnungsgegnerin und der Verrechnende, müssen über wirksame und gültige Forderungen verfügen [HUGUENIN, OR AT, N. 853].

10.1.1.1 Forderung des Klägers

93 Der Kläger fordert CHF 500'000 von der Beklagten. Es stellt sich die Frage, ob dies eine wirksame und gültige Forderung darstellt. Die Vereinbarung der Parteien ist (wie unter Rz. 52 f. dargelegt) so konzipiert, dass eine Leistungspflicht bezüglich der Erfüllung der dritten Rate nur noch seitens der Beklagten besteht. Der Kläger hat alle Pflichten, die es für die Vergütung der dritten Rate braucht, erbracht. Dies führt, wie unter Rz. 54 ff. begründet, zu einem Schuldnerverzug der Beklagten, woraus dem Kläger gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ein Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von CHF 500'000 erwächst. Somit ist eine wirksame und gültige Forderung des Klägers zu bejahen.

10.1.1.2 Nichtbegründete Forderung der Beklagten

94 Die Beklagte fordert die Rückzahlung der bereits geleisteten CHF 500'000 aufgrund ihres Vertragsrücktritts vom 25.1.2009 [K-16]. Sie begründet ihren Rücktritt und somit die Forderung damit, dass der Kläger seine Pflichten gemäss Vereinbarung nicht erfüllt hat. Eine Rückzahlung wird vom Kläger vollumfänglich zurückgewiesen – es besteht keine Verrechnungsforderung, wie im Folgenden gezeigt wird.

10.1.1.2.1 Forderung bezüglich der ersten Rate

95 Der Kläger hat, wie unter Rz. 46 ff. ausgeführt, seine Pflichten für die erste Rate zweifelsohne erfüllt. Dies wurde seitens der Beklagten nie bestritten. Somit kann die Beklagte keine Forderung bezüglich der ersten Rate geltend machen.

10.1.1.2.2 Forderung bezüglich der zweiten Rate

96 Gemäss Ziff. 8 der Vereinbarung [K-2] muss der Kläger einen erfolgreichen Test an der Anlage durchführen. Unter Rz. 47 ff. wurde bereits dargelegt, dass dieser durchgeführt wurde und somit die bezahlten CHF 250'000 geschuldet waren und nicht zurückgefordert werden können.

97 *Eventualiter*: Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte eine Forderung geltend machen kann, so ist davon auszugehen, dass es sich bei diesem Forderungsanspruch nur um einen Anspruch bezüglich der zweiten Rate handeln kann, da eine Forderung bezüglich der ersten Rate ausgeschlossen werden kann [Rz. 95].

98 Bezüglich der zweiten Rate könnte die Beklagte höchstens geltend machen, dass die Zahlung ungewollt und somit fälschlicherweise erfolgte. Jedoch hat die Beklagte dies nicht sofort angezeigt. Die Zahlung der zweiten Rate erfolgte am 15.1.2009. Der Einspruch, die Zahlung sei ungewollt freigegeben worden, erfolgte tatsächlich erst am 10.9.2009 in der Einleitungsantwort. Die zeitliche Differenz zwischen der Zahlung und dem Einspruch bezüglich der zweiten Rate lässt den Eindruck erwecken, dass die Beklagte das Argument der versehentlichen Zahlung als blosser Behauptung verwendet, um eine Forderung gegenüber dem Kläger geltend zu machen.

10.1.2 Fälligkeit der Verrechnungsforderung

99 Die Verrechnungsforderung, d.h. die Forderung des Verrechnenden, muss laut Art. 120 Abs. 1 OR fällig sein, damit die Erfüllung durch Verrechnung durchgesetzt werden kann. Entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR reicht es aus, wenn die Verrechnungsforderung fällig ist; bei der Hauptforderung genügt es hingegen, wenn sie erfüllbar ist [BSK OR I-PETER, N. 4 zu Art. 120].

100 Die Hauptforderung, d.h. die Forderung des Klägers, muss erfüllbar sein, was jedoch bei Geldschulden praktisch immer der Fall ist [BUCHER, § 24/IV, S.437]. Gemäss Ziff. 8, „3. Rate“ der Vereinbarung [K-2] handelt es sich bei der Forderung um einen Geldbetrag. Die Erfüllbarkeit der Hauptforderung ist somit zu bejahen.

101 Die Verrechnungsforderung muss fällig sein. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss. Wie unter Rz. 94 ff. bereits dargelegt, kann die Beklagte keine Verrechnungsforderung geltend machen.

10.1.3 Gegenseitigkeit der Forderungen

102 Gemäss Art. 120 Abs.1 OR muss Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen vorliegen, das heisst, die Verrechnungsforderung muss sich gegen den Verrechnungsgegner (Kläger) und die Hauptforderung gegen die Verrechnende (Beklagte) richten [GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3210].

103 Wie dem Schreiben an die Beklagte vom 23.1.2009 [K-15] zu entnehmen ist, richtet sich die Forderung von CHF 500'000 der dritten Rate gegen die Beklagte. Die Hauptforderung richtet sich somit gegen die Verrechnende. Der Verrechnenden fehlt es indes an einer Forderung, die sie gegen den Verrechnungsgegner geltend machen kann [Rz. 94 ff.].

104 *Eventualiter*: Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte eine Forderung geltend machen kann, müsste sich diese Forderung gegen den Kläger richten. Gemäss dem Schreiben der Beklagten vom 25.1.2009 [K-16] macht diese gegen das Konsortium eine Forderung von CHF 500'000 aus Nichterfüllung der Vereinbarung geltend. Der Kläger als Konsortialführer wäre Gläubiger der Verrechnungsforderung.

10.1.4 Gleichartigkeit der Forderungen

105 Nach Art. 120 Abs. 1 OR müssen beide Forderungen ihrem Gegenstand nach im Zeitpunkt der Verrechnung *gleichartig* sein [SCHWENZER, N. 77.08]. Die Forderungen sind u.a. gleichartig, wenn sich der Verrechnende und der Verrechnungsgegner gegenseitig Geldsummen schulden [Art. 120 Abs. 1 OR]. I.c. sind beide Forderungen auf eine Geldleistung in CHF gerichtet, weshalb die Gleichartigkeit gegeben wäre, wenn eine Forderung seitens der Beklagten bestünde.

10.1.5 Kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag oder Gesetz

106 Negativ ist vorausgesetzt, dass kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag [Art. 126 OR] oder durch Gesetz [Art. 125 OR] vorliegt. Da die Beklagte keine Forderung gegenüber dem Kläger geltend machen kann, erübrigt sich die Prüfung dieser Voraussetzung.

107 *Eventualiter*: Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte eine Forderung geltend machen kann, liegt weder ein Grund für den gesetzlichen Ausschluss noch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung vor.

10.1.6 Verrechnungserklärung

108 Der Schuldner der Hauptforderung muss dem Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen geben, dass er von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch macht [HUGUENIN OR AT, N. 874]. Wie bereits festgestellt, kann die Beklagte keine Forderung geltend machen, deren Verrechnung sie erklären könnte.

109 *Eventualiter*: Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte eine Forderung geltend machen kann, müsste diese dem Kläger klar zu erkennen geben, dass sie von ihrem Verrechnungsrecht Gebrauch macht. Die Beklagte macht in Ziff. 13 der Einleitungsantwort vom 10.9.2009 geltend, dass sie für den Fall allfälliger bestehender Forderungen des Klägers verrechnungsweise Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen verlangt. Somit hat die Beklagte dem Kläger ihren Verrechnungswunsch ausdrücklich zu verstehen gegeben.

10.2 Kläger ist nicht Schuldner der Verrechnungsforderung

110 Wie bereits unter Rz. 94 ff. festgehalten, hat die Beklagte keine Forderung gegenüber dem Kläger. Der Kläger ist somit nicht Schuldner der Verrechnungsforderung.

111 *Eventualiter*: Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Beklagte bezüglich der zweiten Rate eine Forderung geltend machen kann, könnte der Kläger Schuldner der Verrechnungsforderung sein, jedoch nicht von der gesamten Forderung, sondern gemäss Ziff. 8.1 des Konsortialvertrages [K-1] nur im Verhältnis zu seinem Anteil an den Arbeiten.

10.3 Fazit

112 Aus diesen Ausführungen folgt, dass die Verrechnungsforderung der Beklagten gegenüber dem Kläger nicht begründet ist, da die Beklagte keine gültige und wirksame Forderung geltend machen kann. Zwar wurden die Voraussetzungen der Verrechnung teilweise bejaht, jedoch ist dies nicht von Relevanz, da bereits unter Rz. 94 ff. ein möglicher Anspruch der Beklagten verneint wurde. Das Gericht hat das Begehren der Beklagten demzufolge abzulehnen.