

wonach sämtliche Akten der Strafuntersuchung beizuziehen seien, ist somit ohne weiteres - auch bezüglich der nach der Hauptverhandlung vor Vorinstanz hinzugekommenen Akten - zu entsprechen.

ZF 53/93

Urteil vom 31. Oktober 1995

(Die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung und staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteilen vom 22. November 1996 abgewiesen.)

- 12**
- **Einfache Gesellschaft; Prozessführung (Art. 530 ff. OR, Art. 28 ZPO).** Die einfache Gesellschaft ist weder rechts- und parteifähig noch handlungs- und prozessfähig, sondern nur die Gesellschafter in notwendiger Streitgenossenschaft. Klagen nicht sämtliche Gesellschafter gemeinsam, ist die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen; ein nachträglicher Beitritt eines säumigen notwendigen Streitgenossen nach eingetretener Rechtshängigkeit ist im bündnerischen Prozessrecht nicht vorgesehen. Der Grundsatz der Einzelgeschäftsführung gemäss Art. 535 Abs. 2 OR umfasst nicht auch die Prozessführung (Erw. 3, 4 c und 5).
 - **Leitschein (Art. 73/74 ZPO).** Ein materiell unrichtiger Leitschein, der sämtliche Gesellschafter als Kläger aufführt, obwohl ein Gesellschafter sich am Verfahren nicht beteiligt hat und auch nicht vertreten war, ist ungültig und unbeachtlich (Erw. 4 b und c).

Aus den Erwägungen:

3. Seitens der Berufungsbeklagten wird anerkannt, dass die Baugesellschaft X eine einfache Gesellschaft darstellt und drei Gesellschafter, nämlich R., K. und T., welcher - nachdem über ihn der Konkurs eröffnet wurde - gesetzlich durch das Konkursamt vertreten wird, umfasst. Die einfache Gesellschaft ist eine Personengemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, sie ist keine juristische Person und kein Träger eigener Rechte und Pflichten; berechtigt und verpflichtet sind immer nur die einzelnen Gesellschafter (Art. 543 ff. OR). Es fehlt ihr nicht nur die Rechts- und Parteifähigkeit, sondern auch die Handlungs-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit (Meier Hayoz/Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Auflage, Bern 1993, § 8 N. 13 ff.). Sie kann unter ihrer Firma keine Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und nicht vor Gericht klagen oder verklagt werden (Honsell/Vogt/Watter, Kommentar

zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186
OR, Basel 1994, N.

6 zu Art. 530 OR). Da die einfache Gesellschaft nicht rechtsfähig ist, sondern eine Rechtsgemeinschaft darstellt und im vorliegenden Fall weder behauptet noch bewiesen wurde, die einfache Gesellschaft X stelle eine Bruchteils- oder Miteigentumsgemeinschaft dar, ist davon auszugehen, dass deren Vermögenswerte den Gesellschaftern nach den Grundsätzen der gemeinschaftlichen Berechtigung zustehen. Prozessrechtlich bedeutet die Berechtigung zur gesamten Hand, dass die drei Gesellschafter ihnen gemeinsam zustehende Forderungen und andere Rechte nur als notwendige Streitgenossenschaft einklagen können (Honsell/Vogt/Watter, a.a.O., N. 3 f. zu Art. 544 OR, PKG 1980 Nr. 2 S. 16). Wie die notwendige Streitgenossenschaft dabei prozessual vorzugehen hat, wird noch eingehender darzulegen sein (vgl. nachstehend E. 4. c).

4. a) Tatsache ist, dass der Leitschein vom 17. November 1993 als klägerische Parteien und als Teilnehmer an der Sühneverhandlung vom 25. Oktober 1993 die Baugesellschaft X, bestehend aus den Gesellschaftern R., K. und T., letzterer vertreten durch das Betreibungs- und Konkursamt, alle vertreten durch Dr. iur. P, anführt. Durch diese drei Gesellschafter, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, wurde der Leitschein auch innert der peremptorischen Frist beim zuständigen Bezirksgericht prosequiert. Aus dem Wortlaut des Leitscheins und der Prozesseingabe müsste demnach geschlossen werden, dass die Klage durch die richtigen Parteien, nämlich die notwendigen Streitgenossen R., K. und T., letzterer vertreten durch das Konkursamt, rechtshängig gemacht und auch prosequiert wurde. Auch müsste angenommen werden, dass die Mitglieder der notwendigen Streitgenossenschaft anlässlich der Sühneverhandlung gehörig durch einen gemeinsamen Anwalt vertreten waren. Tatsächlich wurde aber im Vermittlungsbegehren der Kläger als Partei lediglich die Baugesellschaft X als einfache Gesellschaft, bestehend aus R. und K. angeführt. Der notwendige Streitgenosse T., vertreten durch das Konkursamt, wurde nicht erwähnt. Durch das Protokoll des Vermittlers ausgewiesen und von den Parteien anerkannt ist schliesslich auch, dass an der Sühneverhandlung vom 25. Oktober 1993 lediglich die beiden Gesellschafter R. und K. teilgenommen haben, was auch bereits damals vom Vertreter der Beklagten gerügt worden ist.

b) Der Leitschein bildet nach bündnerischem Recht seit jeher die für den Richter verbindliche Grundlage des Prozesses (PKG 1990 Nr. 12 S. 56 f., PKG 1957 Nr. 27 S. 85; R. Jörger, Der Leitschein im bündnerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1960, S. 55 ff.; P Schnyder, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1985, S. 185). Die in ihm enthaltenen Angaben sind für den gesamten

Rechtsstreit massgebend. Zwar stellt der Leitschein eine Urkunde im Sinne von Art. 163 Abs. 1 ZPO dar. Als solche erbringt der Leitschein für die durch ihn bezeugten Tatsachen den vollen Beweis. Dies gilt gemäss Art. 163 Abs. 4 ZPO jedoch nur solange, als nicht, wie

es vorliegend geschehen ist, die Unrichtigkeit des Inhalts nachgewiesen wurde. Dem Vermittlungsprotokoll lässt sich zudem entnehmen, dass die Beklagte das Vorgehen der Kläger bereits anlässlich der Vermittlungsverhandlung gerügt hatte. In der Prozessantwort (S. 4) wies die Beklagte darauf hin, dass der Wortlaut des Leitscheins nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimme. Ihre Rügen erweisen sich demnach keineswegs - wie die Kläger geltend machen - als verspätet (PKG 1988 Nr. 28 S. 112 ff.). Es bleibt folglich zu prüfen, welche Folgen die Unrichtigkeit hat.

c) Art. 74 ZPO sieht vor, dass ein in formeller Hinsicht offenbar unrichtiger oder unvollständiger Leitschein vom Gerichtspräsidenten, bei welchem er hinterlegt wird, an den Vermittler zur Verbesserung zurückzuweisen ist. Ein formeller Fehler liegt beispielsweise dann vor, wenn der Leitschein leicht erkennbare Ungenauigkeiten in der Bezeichnung aufweist (PKG 1983 Nr. 11 S. 64, 1981 Nr. 9 S. 33), einen Verschiedenheit enthält (Jörger, a.a.O., S.

54) oder Angaben enthält, welche über das gemäss Art. 73 in Verbindung mit Art. 71 ZPO Erforderliche hinausgehen (PKG 1957 Nr. 27 S. 86). Im vorliegenden Fall ist aber nicht von einem formellen, sondern von einem gravierenden materiellen Mangel zu sprechen. Da die Gesellschafter R., K. und T., letzterer vertreten durch das Konkursamt, das behauptete Recht als notwendige Streitgenossen nur gemeinsam ausüben können, müssen sie es im Prozess auch gemeinsam geltend machen. Jeder Streitgenosse ist Partei seines Verfahrens; dessen Gang wird aber von sämtlichen Streitgenossen zusammen gelenkt (R. Häfliger, Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Diss. Zürich 1987,

S. 51; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 125 f.; Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 1982,

N. 1 ff. zu § 39). Ihre Prozesshandlungen sind nur insoweit beachtlich, als sie gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden (Guldener, a.a.O.,

S. 299). Art. 28 Abs. 1 ZPO sieht entsprechend vor, dass mehrere Personen, insbesondere dann, wenn sie durch das dem Streit zugrunde liegende Rechtsverhältnis gezwungen sind, gemeinsam zu klagen haben, soweit das streitige Recht ihnen gemeinsam zukommt. Im Kanton Graubünden besteht die erste, gemeinsam vorzunehmende Prozesshandlung - wenn wie im vorliegenden Fall ein Sühneverfahren vorgesehen ist - in der Anmeldung der Klage beim Vermittler (Art. 50 ZPO). Damit wird die Klage rechtshängig, es entsteht ein Prozessrechtsverhältnis und es treten damit die dem Litiskontestationsprinzip entsprechenden und in Art. 51 ZPO

festgehaltenen Wirkungen ein. Aus der den Zivilprozess beherrschenden Dispositionsmaxime folgt, dass dabei jedermann selbst bestimmt, ob, wann und in welchem Umfang er als Partei - und das selbstverständlich auch im Rahmen einer notwendigen Streitgenossenschaft - durch eine Klageeinreichung Rechte gerichtlich geltend machen und welche prozessuale Vorkehren er hierzu treffen will. Im vorliegenden Fall wurde seitens von T. offenbar bewusst kein Vermittlungsbegehren ge-

stellt. Der Wortlaut des Vermittlungsbegehrens ist jedenfalls klar und eindeutig und die Kläger haben sich denn auch nicht auf den Standpunkt gestellt, es liege ein Versehen vor. Gegen einen Irrtum spricht im übrigen auch die Tatsache, dass im Betreibungsverfahren Nr. 496/93, das diesem Prozess vorausgegangen war, als Gläubiger ebenfalls lediglich K. und R. aufgeführt wurden. In Ziffer 2 des Rechtsbegehrens wird denn auch verlangt, es sei in der genannten Betreibung die Rechtsöffnung zu gewähren. Ohne Vermittlungsbegehren wurde aber im Namen von T., bzw. dessen Konkursmasse keine Klage rechtshängig gemacht. Demnach kann auch nicht gesagt werden, es liege eine gemeinsame und übereinstimmende Prozesshandlung aller notwendigen Streitgenossen vor und T. oder dessen Konkursmasse sei Partei in einem Prozessrechtsverhältnis geworden. Ein nachträglicher Beitritt eines säumigen notwendigen Streitgenossen nach eingetretener Rechtshängigkeit sieht das Zivilprozessrecht des Kantons Graubünden - anders als etwa das zürcherische Zivilprozessrecht (vgl. Sträuli/Messmer, N. 12 zu § 39 ZPO) - nicht vor. Haben die Kläger bewusst darauf verzichtet, ihre Klage namens aller drei Gesellschafter rechtshängig zu machen, kann T demnach auch nicht unter völliger Missachtung der dargelegten Grundsätze nachträglich noch die Stellung einer Partei in einer notwendigen Streitgenossenschaft eingeräumt werden. Wenn der Leitschein T. als klägerische Partei im Rahmen einer notwendigen Streitgenossenschaft ausweist, so ist er diesbezüglich prozessual ungültig und deshalb auch nicht weiter beachtlich. Da im Falle von T. keine Klage anhängig gemacht wurde und kein gültiger Leitschein vorliegt, war mit der klägerischen Prozesseingabe vom 7. Dezember 1993 in seinem Fall auch keine Klageprosequierung verbunden. In Ermangelung einer ordnungsgemässen Klageerhebung - einer absolut notwendigen Prozessgrundlage - ist auf die Klage von T. nicht einzutreten.

5. Selbst wenn man sich zugunsten der Berufungsbeklagten auf den Standpunkt stellen würde, die Nichterwähnung von T vertreten durch das Konkursamt, sei nicht bewusst erfolgt und stelle lediglich ein Versehen dar, was ausnahmsweise die Korrektur einer materiell falschen Parteibezeichnung zulässt (vgl. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 11. Januar 1994, ZF 74/93; Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 1994 in Sachen ZF 74/93), könnte auf die Klage von T., vertreten durch das Konkursamt, nicht eingetreten werden. Nicht zu übersehen ist nämlich, dass seitens dieses Klägers auch das Vermittlungsobligatorium missachtet wurde. Die Kläger stellen sich zwar auf den Standpunkt, T. sei an der Vermittlungsver-

handlung durch die beiden anderen Gesellschafter vertreten worden. Die schriftliche Vertretungsbefugnis sei noch vor der Ausstellung des Leitscheins dem Vermittler zugestellt worden (vgl. die Ausführungen auf S. 2 der Prozesseingabe und S. 2 der Replik). Anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht Graubünden wurde geltend gemacht, R. und K. seien auf-

grund von Art. 535 OR zur Vertretung von T. ermächtigt gewesen. Diese Ausführungen sind jedoch in mehrfacher Hinsicht unzutreffend.

Gemäss Vollmacht vom 25. Oktober 1993, welche dem Vermittler

nachträglich vom klägerischen Anwalt zugestellt wurde, erteilten R., K. und die Konkursmasse T., vertreten durch das Konkursamt, Rechtsanwalt Dr. iur. P die Ermächtigung, sie in der Forderungsstreitigkeit zu vertreten. Rechtsanwalt Dr. iur. P nahm aber an der Vermittlungsverhandlung nicht teil und somit war T. durch ihn auch nicht vertreten. Inwiefern aus der genannten Vollmacht darüber hinaus hervorgehen sollte, T. habe einen anderen Gesellschafter mit der Vertretung beauftragt, ist nicht ersichtlich. So nützt es den Klägern auch nichts, wenn sie darauf hinweisen, R. und K. seien gestützt auf Art. 535 OR ermächtigt gewesen, T. zu vertreten. Art.

535 OR befasst sich lediglich mit der Geschäftsführung, wobei als dispositives Recht - soweit es sich um gewöhnliche Geschäftshandlungen handelt - der Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis gilt (Art.

535 Abs. 2 OR). Handelt es sich hingegen um aussergewöhnliche Geschäftshandlungen - und hierzu gehört namentlich auch die Ermächtigung zur Prozessführung (Becker, N. 7 zu Art. 535 OR) - ist die

Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Eine solche Einwilligung wurde weder nachgewiesen noch wäre sie überhaupt von irgendwelcher Relevanz. Der Vollmacht ist nämlich zu entnehmen, dass nicht T., sondern das Konkursamt in Vertretung von T. dem Anwalt per 25. Oktober 1993 - dem Tag der Vermittlungsverhandlung - die Vollmacht erteilte. Über T war demnach zumindest zum Zeitpunkt der Vermittlungsverhandlung der Konkurs bereits eröffnet worden. Mit der Konkurseröffnung verlor T die Verfügungsfähigkeit über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen. Ohne diese Verfügungsfähigkeit konnte er aber weder einen Prozess, der dieses Vermögen betraf, selbst weiterführen, noch konnte er jemanden mit der diesbezüglichen

Prozessführung beauftragen. Die gesetzliche Vertretung im Prozess stand nun allein der Konkursverwaltung zu (Art. 24 Ziff. 6 ZPO). Grundsätzlich hätte demnach die Konkursverwaltung als gesetzliche Vertreterin an der

Vermittlungsverhandlung entweder selbst teilnehmen oder für eine rechtsgültige Wiedervertretung sorgen müssen. Zwar hat die Konkursverwaltung denn auch einen Anwalt mit ihrer Vertretung beauftragt; dieser nahm aber wie bereits dargelegt wurde - nicht an der Vermittlungsverhandlung teil. Eine Wiedervertretung der Konkursverwaltung durch einen der anwesenden Gesellschafter wurde klägerischerseits weder behauptet noch bewiesen. So bedarf derjenige, welcher nicht für sich selbst handelt, zur Prozessführung einer schriftlichen Vollmacht. Diese ist im Sühneverfahren und bei der Einleitung der Klage dem zuständigen

Richter vorzulegen (Art. 26 ZPO). Liegt ein Gesamthandsverhältnis vor, hat der Vertreter mit einer vom Vertretenen unterzeichneten Vollmacht an der Vermittlungshandlung zu erscheinen. Nur dadurch wird das Gesamthandprinzip nicht ver-

letzt (PKG 1983 11 65 mit Verweis auf Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/2, 1981, S. 661). Dass eine solche Vollmacht vorliegt, wurde nie behauptet. Weder anlässlich der Vermittlungsverhandlung noch im späteren Verlauf des Prozesses wurde sie als Beweis vorgelegt. Somit gilt festzustellen, dass die Konkursmasse von T. anlässlich der Vermittlungsverhandlung nicht vertreten war.

Gemäss Art. 63 ZPO müssen alle Streitigkeiten, deren Beurteilung in die Kompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter, des Bezirksgerichtsausschusses oder des Bezirksgerichts fallen, durch ein Sühneverfahren vor dem Vermittleramt eingeleitet werden. Da das Vermittlungsobligatorium im Falle von T., vertreten durch das Konkursamt, nicht beachtet wurde, wäre auf seine Klage auch aus diesem Grund nicht einzutreten gewesen (vgl. PKG 1990 Nr. 12 S. 57).

6. Auch bezüglich der beiden verbleibenden Streitgenossen entspricht der Wortlaut des Leitscheins nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Immerhin wurde aber in ihrem Namen ein Vermittlungsbegehren gestellt und somit eine Klage rechtshängig gemacht. Zudem waren die beiden Gesellschafter an der Vermittlungsverhandlung vom 25. Oktober 1993 persönlich anwesend, womit sie das Vermittlungsobligatorium gehörig beachtet haben. Dem Umstand, dass sie im Vermittlungsverfahren - entgegen den Angaben im Leitschein - nicht durch ihren Anwalt vertreten wurden, kommt somit keine wesentliche Bedeutung zu. Entscheidend ist aber, dass mit K. und R.

nicht alle Streitgenossen gemeinsam geklagt haben und es ihnen demnach an der Aktivlegitimation zur Geltendmachung des gemeinschaftlichen Anspruchs fehlt (BGE 74 II 216). Ihre Klage ist folglich wegen fehlender Aktivlegitimation abzuweisen.

ZF 35/95

Urteil vom 13. Juni 1995

13 - Parteivorträge (Art. 109, Art. 115 ZPO). Die Parteien sind berechtigt, vor der ersten Instanz ihre schriftlichen Plädoyernotizen zu den Akten zugeben.

Erwägungen:

Mit Schreiben vom 3. April 1995 verlangte der Anwalt des Berufungsklägers innert der zehntägigen Frist gemäss Art. 221 ZPO, es seien die klägerischen Beilagen Nr. 34-36, nämlich das vom Gegenanwalt zu den Akten gegebene schriftliche Plädoyer, aus dem Aktenverzeichnis zu streichen.

Unter Urkunden im weitesten Sinne versteht man Gegenstände, die zum Andenken an eine Begebenheit oder als Zeichen eines Rechtes durch menschliche Tätigkeit gefertigt worden sind. Dahin gehören namentlich auch handschriftliche oder gedruckte Aufsätze, Rechnungen, Erklärungen,