[AZA 1/2]
4C.218/2000/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

6. Oktober 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Klett, Rottenberg Liatowitsch und Gerichtsschreiberin
Zähner.

———

In Sachen
Hans-Joachim Schreiber, Haus Muntaluna, 7050 Arosa, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andrea Brüesch, Werkstrasse 2, 7000 Chur,

gegen

1. Ottomar Weiss, Darufen, 7317 Valens,
2. Reag Generalunternehmung AG, c/o Romano Kunz, Ottoplatz
19, 7001 Chur, Beklagte und Berufungsbeklagte, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Romano Kunz, Ottoplatz 19, 7001 Chur,

betreffend
Konsortialvertrag, Aktivlegitimation, hat sich ergeben:

A.-Am 13./15. August 1991 schlossen Hans-Joachim Schreiber (Kläger) und Ottomar Weiss (Beklagter 1) einen Konsortialvertrag über die Gründung der einfachen Gesellschaft "Weiss & Schreiber". Der Gesellschaftszweck bestand im gemeinsamen Erwerb der in Maienfeld gelegenen Grundstücke "Reben" und "Mühle", in deren Überbauung und in der Bildung von Stockwerkeinheiten, die verkauft oder allenfalls vermietet werden sollten. Der Beklagte 1 wurde mit der Geschäftsführung und Vertretung der einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten betraut, der Kläger verpflichtete sich zur Gewährung eines zinslosen Darlehens von Fr. 3'510'000.– zum Erwerb der Grundstücke und zur Finanzierung der Projekte "Reben" und "Mühle". Darüber hinaus sollten die Bauprojekte in erster Linie mit Fremdmitteln von dritter Seite und eventuell von beiden Gesellschaftern je zur Hälfte finanziert werden.
Gewinn und Verlust sollten im Übrigen ebenfalls hälftig geteilt werden, während den Gesellschaftern weitere Entschädigungen - abgesehen von der Erstattung der Auslagen - grundsätzlich nicht zustanden. Die Gesellschafter vereinbarten überdies, dass Streitigkeiten aus dem Vertrag durch einen Einzelschiedsrichter zu beurteilen seien.

Die Graubündner Kantonalbank räumte der einfachen Gesellschaft "Weiss & Schreiber" in der Folge je einen Baukredit für die Projekte "Mühle" und "Reben" ein. Nachdem die Kreditlimite von 10 Mio. Franken für das Projekt "Mühle" im Frühjahr 1994 überschritten und der Zinsausstand per 30. Juni 1994 nicht mehr gedeckt worden war, kündigte die Graubündner Kantonalbank Ende 1994 beide Baukredite. Im Zeitpunkt der Kreditkündigung war erst eines der beiden geplanten Mehrfamilienhäuser erstellt. Das andere befand sich im Rohbau, wobei der budgetierte Kostenrahmen jedoch bereits beinahe ausgeschöpft war. Es hatte noch keine Wohnung verkauft werden können.
Mit Schreiben vom 23. Dezember 1994 entzog der Kläger dem Beklagten 1 die Geschäftsführungsbefugnis und teilte mit, dass er die einfache Gesellschaft "Weiss & Schreiber" aus wichtigem Grund als aufgelöst betrachte. Der Zeitpunkt der Auflösung und die Liquidation der einfachen Gesellschaft sind Gegenstand eines Verfahren vor einem Einzelschiedsrichter mit Sitz in Bad Ragaz, welches der Kläger am 9. Juni 1995 gestützt auf die in

Ziffer 9 des Konsortialvertrages enthaltene Schiedsklausel eingeleitet hat.

Der Kläger wurde von der Graubündner Kantonalbank für die ausstehenden Schulden ins Recht gefasst. Er überwies dieser deshalb neben einer Zinszahlung vom 30. Dezember 1994 in Höhe von Fr. 234'550. 85 weitere 1'650'000.– Franken. Zusammen mit seiner Gesellschaftseinlage und weiteren von ihm bezahlten Rechnungen belief sich der Verlust des Klägers aus den gescheiterten Bauprojekten am 30. Mai 1996 auf insgesamt über 6 Mio. Franken. Während das Grundstück "Reben" Ende Juli 1995 mit Verlust verkauft werden konnte, wurden die Stockwerkeinheiten "Mühle" auf Begehren der Graubündner Kantonalbank am 19. April 1996 betreibungsamtlich versteigert, wobei ein Betrag von rund 1,8 Mio. Franken ungedeckt blieb.

Auf Anzeige des Klägers eröffnete die Staatsanwaltschaft Graubünden am 5. Dezember 1995 gegen den Beklagten 1 sowie zwei weitere Personen, welche für Architektur- und Bauleitungsarbeiten in den Projekten "Mühle" und "Reben" verantwortlich gewesen waren, eine Strafuntersuchung wegen Betrugs und weiterer Delikte. Die Strafkammer des Kantonsgerichts von Graubünden sprach den Beklagten 1 mit Urteil vom 28./29. Juni 1999 der mehrfachen Veruntreuung gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB sowie der ungetreuen Geschäftsführung gemäss Art. 159 Abs. 1 aStGB schuldig und verurteilte ihn zu einem Jahr Gefängnis, unter der Gewährung des bedingten Strafvollzuges mit einer Probezeit von zwei Jahren.

B.-Auf Ersuchen des Klägers erliess der Pretore del Distretto di Lugano mit Verfügung vom 5. April 1995 gegen die Reag Generalunternehmung AG (Beklagte 2) einen Arrestbefehl auf der Liegenschaft "Casa Farfalla" der Arrestschuldnerin in Corona/TI, einem Bankkonto, einer Forderung aus Vermietung der "Casa Farfalla" sowie dem Wohnungsinventar und zwei Personenwagen zur Sicherung einer Forderung von Fr. 800'000.– nebst Zins zu 5% seit 26. Januar 1996. Die Forderung gegen die Beklagte 2 begründete der Kläger im Wesentlichen damit, dass der Beklagte 1 seine Doppelstellung als Geschäftsführer der einfachen Gesellschaft "Weiss & Schreiber" einerseits und als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Reag AG anderseits dazu missbraucht habe, den Baukreditkonten der einfachen Gesellschaft ungerechtfertigt Mittel zu entziehen und über Scheintransaktionen mit der Reag AG wieder sich persönlich zufliessen zu lassen. Die Beklagte 2 hafte ihm daher neben dem Beklagten 1 solidarisch und in vollem Umfang für den bei ihm, dem Kläger, eingetretenen Schaden. Am 12. September 1997 wies der Pretore eine Arresteinsprache der Beklagten 2 ab und am 18. Februar 1998 wurde die Arrestlegung vom Tribunale d'appello rechtskräftig bestätigt.

Der Kläger meldete die Arrestprosequierungsklage am 18. September 1997 fristgerecht beim Vermittleramt des Kreises Chur an und reichte nach erfolgloser Sühneverhandlung beim Bezirksgericht Plessur Klage ein mit folgenden Rechtsbegehren:
"1. Es sei festzustellen, dass der Beklagte 1 (Ottomar

Weiss) an den Forderungen gegen die Beklagte 2 (Reag
Generalunternehmung AG) gemäss Rechtsbegehren 2. nicht
berechtigt ist, insbesondere, dass er nicht Mit-Gläubi- ger dieser Forderungen ist.

2. Es sei die Beklagte 2 (Reag Generalunternehmung AG) zu
verpflichten, dem Kläger einen Betrag von CHF 742'555.– zuzüglich Zinsen zu 5%
seit auf

a) 22.06.1992 165'000.– b) 01.02.1993 9'375.– c) 10.05.1993 81'180.–

d) 09.07.1993 54'000.– e) 16.12.1993 80'000.– f) 03.11.1993 233'000.–

g) 03.11.1993 120'000.– Total 742'555.– zu zahlen.

3. Eventuell zu 1. und 2.: Es sei die Beklagte 2 zu
verpflichten, die Beträge gemäss Rechtsbegehren 2.,
soweit sie nicht schon gemäss Rechtsbegehren 2. dem

Kläger alleine zugesprochen werden, an Herrn Dr. Walter
Locher, Rechtsanwalt in St. Gallen, Einzelschiedsrich- ter gemäss Konsortialvertrag 13./15. August 1991, allenfalls an eine andere, vom Präsidenten des Kantons-

gerichts St. Gallen zu bestimmende Person, zwecks Ver- teilung gemäss Schieds- oder Gerichtsentscheid oder Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten 1

(ehemals einfache Gesellschaft Weiss und Schreiber) zu
zahlen.. ”

Das Bezirksgericht Plessur trat mit Urteil vom 17. August 1999 auf Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens nicht ein und wies Ziffer 2 und 3 des Begehrens ab.

Auf Berufung des Klägers hin bestätigte das Kantonsgericht von Graubünden mit Urteil vom 15. Februar 2000 den angefochtenen Entscheid. Mit dem erstinstanzlichen Gericht verneinte das Kantonsgericht die Aktivlegitimation des Klägers.

C.-Mit eidgenössischer Berufung verlangt der Kläger die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Er macht geltend, die Vorinstanz habe mit der Verneinung der Aktivlegitimation verkannt, dass seine Ansprüche auf verschiedenen Rechtstiteln beruhten, die ihm alternativ und kumulativ zur Verfügung stünden.

Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

D.- Auf die staatsrechtliche Beschwerde des Klägers ist mit Urteil von heute nicht eingetreten worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Antrag auf Rückweisung der Sache genügt im vorliegenden Fall, da dem angefochtenen Urteil keine hinreichenden Feststellungen entnommen werden können, die es dem Bundesgericht ermöglichen würden, im Falle der Gutheissung der Berufung ein Sachurteil zu fällen (BGE 125 III 412 E. 1b S. 414).

Aus der Begründung der Berufung ergibt sich allerdings nicht, inwiefern die Vorinstanz durch die Verneinung eines Feststellungsinteresses des Klägers und die Bestätigung des Nichteintretensentscheides der ersten Instanz auf das klägerische Rechtsbegehren 1 Bundesrechtsnormen verletzt haben soll (Art. 55 lit. b und c OG). Auf die Berufung ist daher nur insoweit einzutreten, als sie sich sinngemäss gegen die Abweisung der Klage in deren Begehren 2 und 3 richtet.

2.- Die Vorinstanz hat dem Kläger die Aktivlegitimation im Wesentlichen mit der Begründung abgesprochen, durch die vom Kläger behaupteten Handlungen der Beklagten 2 sei die einfache Gesellschaft des Klägers und des Beklagten 1 geschädigt, weshalb die entsprechenden Forderungen dem Kläger und dem Beklagten 1 gesamthänderisch zuständen, solange die Gesellschaft nicht liquidiert ist. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe verkannt, dass ihm aus verschiedenen Rechtstiteln alternativ und kumulativ Ansprüche gegen die Beklagte zustünden.

a) Nach Art. 544 Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, den Gesellschaftern nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags gemeinschaftlich. Sofern vertraglich nichts Anderes bestimmt ist, sind daher die Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu gesamter Hand berechtigt mit der Wirkung, dass sie nur gemeinsam, gegebenenfalls durch Stellvertreter, darüber verfügen können (BGE 119 Ia 342 E. 2a S. 345; von Steiger, Die Personengesellschaften, SPR VIII/1, S. 381; Siegwart, Zürcher Kommentar, N 9/13 zu Art. 544 OR; Pestalozzi/Wettenschwiler, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 544 OR; Tercier, Les contrats spéciaux, N 5710, S. 696; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht,

8. Aufl. , N 16 f., S. 256; Engel, Contrats de droit suisse, 2. Aufl. , S. 720; Guhl/Koller/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. , S. 673). Zum Gesellschaftsvermögen gehören insbesondere auch Forderungen, welche der einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten aus Delikt zustehen (vgl. Siegwart, a.a.O., N 1 zu Art. 544 OR).
Sie können nur von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend gemacht werden, wenn sie mangels anderer vertraglicher Regelungen den Gesellschaftern gesamthänderisch zustehen.

b) Der Kläger beruft sich zunächst auf Art. 41 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 722 OR und bringt vor, er habe im kantonalen Verfahren prozessgerecht dargetan, dass ihn der Beklagte 1 durch eine Reihe von Scheintransaktionen mit der Beklagten 2 geschädigt habe. Der Kläger bestreitet dabei nicht, dass diese Transaktionen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens getätigt wurden, wie die Vorinstanz im angefochtenen Urteil in Übereinstimmung mit den klägerischen Sachbehauptungen im kantonalen Verfahren feststellt. Da aber der Beklagte 1 als Mitgesellschafter im Zusammenwirken mit der Beklagten 2 als deren Verwaltungsrat die Transaktionen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens getätigt habe, vertritt der Kläger die Ansicht, er allein als übriger Gesellschafter habe gegen den schädigenden Gesellschafter Schadenersatzansprüche.
Er beruft sich dabei auf BGE 110 II 339 E. 1 und 2 (recte 100 II 339) und BGE 99 II 315 E. 5 S. 321. In diesen Urteilen ging es um die - deliktischen und vertraglichen - Ansprüche, welche die übrigen Gesellschafter gegen den geschäftsführenden Gesellschafter auf Grund der Art. 549, 538 und 540 OR haben, somit um das interne Verhältnis unter den Gesellschaftern. Der Kläger hat im hier zur Beurteilung stehenden Rechtsbegehren 2 jedoch eine Forderung gegenüber der Beklagten 2 eingeklagt, die ihrerseits am Gesellschaftsverhältnis nicht beteiligt ist. Inwiefern in diesem Verhältnis gegenüber Dritten eine Ausnahme für die Legitimation gemacht werden könnte (vgl. BGE 119 Ia 342 E. 2a S. 345), legt der Kläger nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. An Forderungen gegenüber an der einfachen Gesellschaft unbeteiligten Dritten sind vielmehr alle Gesellschafter gemeinsam aktivlegitimiert, sofern sie im Gesellschaftsvertrag nichts Anderes vereinbart haben.

c) Der Kläger bringt an sich zutreffend vor, dass jeweils konkret zu prüfen ist, wer durch eine unerlaubte Handlung (unmittelbar) geschädigt ist. Er stellt jedoch nicht in Abrede, dass durch die von den Beklagten begangenen deliktischen Handlungen die einfache Gesellschaft geschädigt ist. Der Kläger bestreitet ebenfalls nicht, dass das Gesellschaftsvermögen mangels anderer Vertragsabrede im Gesamteigentum der Gesellschafter steht. Unter diesen Umständen ist bis zur Liquidation der einfachen Gesellschaft entgegen der Ansicht des Klägers davon auszugehen, dass Träger der Forderung beide Gesellschafter zu gesamter Hand sind. Dies schliesst im externen Verhältnis zur Beklagten 2 aus, den Schaden, der im nicht liquidierten Gesellschaftsvermögen entstanden ist, nur dem einen Gesellschafter zuzurechnen. In BGE 78 IV 24, auf den sich der Kläger beruft, ging es um die Forderung eines Gesellschafters gegen den Mitgesellschafter, nicht wie hier um eine Forderung gegen den am Delikt mitwirkenden Nicht-Gesellschafter. Die Begründung, mit welcher der Kläger darzutun versucht, dass die Forderung der Gesellschafter zu gesamter Hand dem am Delikt beteiligten Mitgesellschafter nicht zustehe, ist zwar für die internen gegenseitigen Ansprüche der
Gesellschafter und insbesondere im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft von Bedeutung, im Verhältnis zu Dritten ist sie jedoch unerheblich.

d) Eine direkte Schädigung durch die Beklagte 2 vermag der Kläger auch unter Berufung auf Art. 41 Abs. 2 OR und aus culpa in contrahendo nicht zu begründen. Die Ausführungen zur Sittenwidrigkeit oder Treuwidrigkeit der Transaktionen, mit denen die Beklagte 2 zusammen mit dem Beklagten 1 das Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft schädigte, vermögen nichts daran zu ändern, dass der Kläger durch diese Transaktionen nicht unmittelbar in seinem Vermögen geschädigt worden ist, sondern dass sich dadurch der Wert seiner Berechtigung am Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft vermindert hat. Individuell berechtigt sind die Gesellschafter an Zinsen, Gewinnanteilen, Honoraren, festen Bezügen und am Liquidationsanteil (Siegwart, a.a.O. N 18 zu Art. 544 OR), nicht aber an Forderungen aus unerlaubten Handlungen, durch die das Vermögen der einfachen Gesellschaft geschädigt worden ist. Die Vorinstanz hat die Aktivlegitimation des Klägers an den von ihm eingeklagten Forderungen aus Schädigung der nicht liquidierten einfachen Gesellschaft bundesrechtskonform verneint.

3.- Der Kläger hält daran fest, dass er im kantonalen Verfahren prozesskonform dargetan habe, die Mit-

Berechtigung des Beklagten 1 sei erloschen. Er hält dafür, der Antrag des Beklagten 1 auf Abweisung des Eventualbegehrens 3, mit dem der Kläger die Leistung an den Einzelschiedsrichter zwecks Verteilung gemäss Schieds- oder Gerichtsentscheid oder Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten 1 verlangt habe, sei als definitiver Verzicht des Beklagten 1 zu interpretieren.
Er geht dabei selbst davon aus, die Forderung müsse "gültig eingeklagt" sein - dass er in Vertretung der Gesellschaft zur Klage ermächtigt bzw. bevollmächtigt sei, behauptet er jedoch nicht. Auch ergibt sich aus dem vom Kläger zitierten BGE 83 II 26, dass der Verzicht als Vertrag durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien zustande kommt und folglich entsprechend auszulegen ist (BGE 126 III 59 E. 5 S. 67). Inwiefern die Vorinstanz den im Berufungsverfahren allein zu prüfenden Vertrauensgrundsatz (BGE 118 II 365 E. 1 S. 365 f.) verletzt haben sollte, wenn sie den Antrag des Beklagten 1 nicht als Verzicht auslegte, ist der Berufung nicht zu entnehmen.

4.-Der Kläger bringt schliesslich vor, die Berufung der Beklagten auf seine fehlende Aktivlegitimation erfolge missbräuchlich.

a) Dass die Forderung, welche die gesamthänderisch berechtigten Gesellschafter nach den Sachvorbringen des Klägers gegen die Beklagte 2 haben, deliktischer Natur ist und der Beklagte 1 als Gesellschafter am Delikt mitgewirkt hat, ändert an der Aktivlegitimation nichts. Die Art des Rechtserwerbs kann nicht zur Begründung von Rechtsmissbrauch dienen, soweit es wie hier um die prozessuale Geltendmachung der Forderung geht.

b) Die Vorinstanz hat dargetan, dass dem Kläger rechtlich die Möglichkeit zustand, gegen den Beklagten 1 Klage auf Zustimmung oder auf Einsetzung eines Liquidators zu erheben. Der Kläger behauptet in der Berufung nicht, diese Erwägung sei bundesrechtswidrig. Er vertritt vielmehr die Auffassung, er habe rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten im kantonalen Verfahren prozessgerecht dargetan mit der Behauptung, der Beklagte 1 habe mit der von ihm wirtschaftlich beherrschten Beklagten 2 versucht, die letzten noch vorhandenen Aktiven verschwinden zu lassen. Überdies habe der Beklagte 1 das Schiedsverfahren verzögert, in welchem der Kläger die Einsetzung eines Liquidators und die Übertragung sämtlicher Aktiven an ihn beantragt habe.
Schliesslich habe der Beklagte 1 die Abweisung auch des Eventualantrags beantragt, mit dem der Kläger die Zahlung zuhanden der beiden Gesellschafter gemeinsam verlangt habe.
Der Kläger verkennt mit diesen Vorbringen, dass die Berufung auf Rechtsmissbrauch nicht dazu dienen kann, ein prozessual nutzloses Vorgehen zu honorieren, wenn ein nützliches Verfahren zur Verfügung gestanden, dieses aber nicht, nicht rechtzeitig oder nicht gehörig eingeschlagen worden ist. Aus seinen Behauptungen, die er nach der Darstellung in der Berufung im kantonalen Verfahren vorgebracht hat, ergibt sich jedoch nicht, dass er im Schiedsverfahren sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten genutzt hätte, weshalb auch der Beweis dieser Behauptungen zur Begründung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten zum Vornherein nicht ausgereicht hätte. Art. 8 ZGB ist diesbezüglich nicht verletzt. Wenn sich die Beklagten der Durchsetzung von Forderungen widersetzen, an welcher der Kläger nicht aktivlegitimiert ist, handeln sie nicht rechtsmissbräuchlich. Die Vorinstanz hat auch insofern keine Bundesrechtsnormen verletzt.

5.-Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ist demzufolge zu bestätigen.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der Kläger die Gerichtsgebühr zu tragen und den anwaltlich vertretenen Beklagten eine Parteientschädigung zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Kantonsgerichts (Zivilkammer) von Graubünden vom 15. Februar 2000 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 9'000.– wird dem Kläger auferlegt.

3.- Der Kläger hat die Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 10'000.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht (Zivilkammer) von Graubünden schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 6. Oktober 2000

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: