



Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Dr. Michael Ritscher, Felix B. Haessig und Diego Brüesch sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Urteil vom 16. Oktober 2012

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

C. _____ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Kläger (act. 1 S. 2):

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der einfachen Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____, CHF 213'650.00 nebst Zins zu 5% seit 1. August 2011 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der einfachen Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____, CHF 2'971.00 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2011 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der einfachen Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____, CHF 1'616.00 nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2012 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der einfachen Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____, CHF 10'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2011 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der einfachen Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____, CHF 8'039.00 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2011 zu bezahlen.
6. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes Z._____ definitive Rechtsöffnung in der Höhe der Klageforderungen nebst Zins zu 5% gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1, 2, 4 und 5 zu erteilen.
7. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes Z._____ definitive Rechtsöffnung in der Höhe der Klageforderungen nebst Zins zu 5% gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 zu erteilen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten (act. 9 S. 2)

"Die Klage sei wegen fehlender Aktivlegitimation vollumfänglich abzuweisen."

1. Sachverhalt: Ausgangspunkt

1.1. Die beiden Kläger sowie C._____ unterzeichneten am 15. August 2009 einen mit "Koproduktionsvereinbarung" überschriebenen Vertrag (act. 4/7), welcher die gemeinsame Produktion des Filmes W._____ nach dem Drehbuch des Klägers 2 und D._____ regeln sollte. Die beiden Kläger und C._____ bezeichneten sich als "Koproduzenten". Es sei hier namentlich auf die folgenden Bestimmungen des Vertrages hingewiesen:

1.1.1. Die drei Koproduzenten sollten ihre Leistungen unentgeltlich erbringen und zu je einem Drittel am "Koproduzentenanteil" des Gewinns beteiligt sein (Ziff. 3).

1.1.2. Die Koproduzenten sahen sodann vor, dass sie sich "über die Art und Weise der Produktion des Filmes, insbesondere über die Besetzung der Rollen" einigen würden. Die "ausführende Produktion" sollte der C._____ AG, d.h. der Beklagten, in Auftrag gegeben werden, wobei diese "Nutznießerin der Koproduzenten-Success-Gelder aus dem Film" werden sollte (Ziff. 4.1.).

1.1.3. Mit jedem Mitarbeitenden sollte "ein schriftlicher Vertrag" abgeschlossen werden, der auf jeden Fall die "vollständige Rechteabtretung an die C._____ AG" regeln sollte (Ziff. 4.4.).

1.1.4. Die beiden Kläger sollten die "Verfilmungsrechte am Werk (Theaterstücke) und am Drehbuch zu 'Wer stirbt zuletzt' in die Koproduktion" einbringen. Sämtliche Rechte am Film sollten den drei Koproduzenten zu je einem Drittel gehören (Ziff. 6.).

1.1.5. Der Vertrag sollte mit der Unterzeichnung in Kraft treten und bis zum 31. Dezember 2009 "dauern". Wenn die Dreharbeiten vor dem 31. Dezember 2009 begonnen haben sollten, werde der Vertrag zu einem solchen "mit unbeschränkter Dauer".

1.1.6. Vorgesehen war sodann, dass die Koproduzenten "zur einfachere Abwicklung des Projektes eine Gesellschaft gründen" könnten (Ziff. 7.2.).

1.2. Die Beklagte, die "C._____ AG Film- und Fernsehproduktionen", ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in V._____. Sie bezweckt *"Herstellung und Vertrieb von Filmen, insbesondere Fernseh-, Spiel- Dokumentar-, Industrie- und Werbefilmen"*. Ihr Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift ist C._____. Die Kläger bezeichnen die Beklagte als "Familien-AG" und weisen darauf hin, dass die drei Töchter C._____'s Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesellschaft seien (act. 1 Rz 29); die Beklagte bestreitet das nicht.

1.3. Am 29. September 2009 schlossen die drei "Koproduzenten" einerseits und die Beklagte andererseits einen "Werkvertrag" (act. 4/4). Mit diesem beauftragten die Koproduzenten die Beklagte "mit der Herstellung des Filmwerkes" (Ziff. 2), und zwar gemäss Drehbuch, wobei der "Endentscheid" bei C._____ liege. Der Vertrag wurde von C._____ zweimal unterzeichnet, und zwar einerseits als Koproduzent und andererseits namens der Beklagten.

1.4. Die Dreharbeiten dauerten vom 20. September bis zum 25. Oktober 2009 (vgl. 4/15 S. 3). Der Film gelangte am 30. November 2010 in die Kinos (act. 1 Rz 9 und 11).

2. Sachverhalt: Konkrete Differenz

2.1. Nach der Sachdarstellung der Kläger soll sich die Beklagte im Rahmen der finanziellen Auseinandersetzung auf den Standpunkt gestellt haben, sie habe Produktionskosten für den produzierten Film gehabt, welche den vereinbarten Werklohn überstiegen. Aus diesem Grunde habe sie die Herausgabe der Einnahmen aus dem Kinoverleih verweigert. Diese Gelder möchten die Kläger im vorliegenden Prozess von der Beklagten erhältlich machen (act. 1 Rz 12).

2.2. Am 17. Januar 2012 wandte sich der Kläger 1 brieflich sowohl an die Beklagte als auch an C._____ (act. 4/9). Er wies darauf hin, dass die "einfache Gesellschaft B._____, Dir und Mir nachfolgend 'EG ABC._____'") am 22. Dezember 2011 gegen die Beklagte ein Betreibungsbegehren gestellt habe und dass die Beklagte darauf Rechtsvorschlag erhoben habe. Die Einfache Gesellschaft müsse nun über das weitere Vorgehen entscheiden. Am 24. Januar 2012 finde eine Ge-

sellschafterversammlung der Einfachen Gesellschaft statt mit dem einzigen Traktandum:

"Prozesseinleitung gegen die C._____ AG Film- und Fernsehproduktion betreffend strittige Forderungsansprüche".

Dieser Beschluss zähle zu den aussergewöhnlichen Geschäftsführungsmassnahmen gemäss Art. 535 Abs. 3 OR und bedürfe grundsätzlich der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Als "federführendes Organ" der Beklagten sei C._____s persönliche Interessen "beim zu fällenden Beschluss ... direkt und in besonderer Weise betroffen". Bei einer Gefahr der Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen seien indessen die Ausstandsregeln gemäss dem Recht der Körperschaften analog abwendbar. Die beiden Kläger forderten daher C._____ auf, "bei der bevorstehenden Gesellschafterversammlung in den Ausstand zu treten". Sollte C._____ seine Zustimmung zur Klageerhebung verweigern, so sähen die Kläger darin, "eine pflichtwidrige Verletzung und Verweigerung Deiner Treuepflicht". Die Verweigerung der Zustimmung zur Klage "wäre somit für uns unbeachtlich".

Die Beklagte und C._____ liessen in der Folge am 20. Januar 2012 mitteilen, dass C._____ der "geplanten Einleitung einer Klage" gegen die Beklagte nicht zustimme (act. 4/8).

2.3. Am 24. Januar 2012 unterzeichneten die beiden Kläger ein Protokoll betreffend einen "*Beschluss der einfachen Gesellschaft Koproduzenten Dr. iur. A._____, B._____, und C._____*" (act. 4/3). Die beiden Kläger wurden im Protokoll als anwesend, C._____ als abwesend vermerkt. Im Protokoll wird darauf hingewiesen, dass C._____ bezüglich des zu treffenden Beschlusses "in einem direkten Interessenkonflikt" stehe. C._____ habe mit Schreiben seines Anwaltes vom 20. Januar 2012 mitgeteilt, dass er der geplanten Einleitung der Klage gegen den Beklagte nicht zustimme. Wenn eine solche Zustimmung pflichtwidrig verweigert werde, könne der geschäftsführende Gesellschafter die geplante Handlung trotzdem durchführen. Die Gegenstimme bzw. die Verweigerung C._____s sei unter den gegebenen Umständen unbeachtlich. Die Gesellschafter der Einfachen

Gesellschaft beschliessen daher "einstimmig", gegen die Beklagte Klage einzureichen. Mandatiert mit der Prozessführung werde Rechtsanwältin X._____.

3. Prozessgeschichte

3.1. Mit Klageschrift vom 22. Mai 2012 machten die beiden Kläger die oben vermerkten Rechtsbegehren gegen die Beklagte anhängig (act. 1). Die Klagebegehren Ziff. 1-6 haben Leistungsklagen zum Gegenstand; mit ihnen wird die Zahlung bestimmter Geldsummen *an die "einfache Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____"* verlangt. Ohne dass zuvor das Prozessthema beschränkt worden wäre, nahm die Beklagte mit ihrer Klageantwortschrift einzig zur Frage Stellung, ob die beiden Kläger aktivlegitimiert seien. Sie stellte den prozessualen Antrag, es sei das Verfahren auf die Frage der Aktivlegitimation zu beschränken; eventuell sei der Beklagten eine Frist zur Ergänzung der Klageantwort anzusetzen. In der Sache verlangt die Beklagte die Abweisung der Klage "wegen fehlender Aktivlegitimation".

3.2. Mit Schriftsatz vom 24. August 2012 überliessen die Kläger die Frage der Beschränkung des Prozessthemas "dem Ermessen des Gerichts" (act. 11, insbesondere S. 3). Ferner verkündeten sie dem C._____ den Streit (act. 11 S. 2). In der Folge wurde durch Verfügung vom 27. August 2012 von der erwähnten Streitverkündung Vormerk genommen. Ferner wurde das Verfahren einstweilen auf die Frage beschränkt, ob die beiden Kläger aktivlegitimiert seien. Bezüglich dieses beschränkten Prozessthemas wurde sodann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 7 ff.).

3.3. Ihre Rechtschriften zum beschränkten Prozessthema im Sinne von Art. 225 ZPO erstatteten die Parteien am 7. und 24. September 2012 (act. 14 und 18). In der Folge wurden sie durch Verfügung vom 26. September 2012 angefragt, ob sie im Sinne von Art. 233 ZPO auf eine Hauptverhandlung zum beschränkten Prozessthema verzichten möchten (act. 19). Mit Eingaben vom 1. bzw. 2. Oktober 2012 verzichteten die Parteien auf eine Hauptverhandlung zum beschränkten Prozessthema (act. 21 f.). Gemäss Art. 233 ZPO entfällt daher die Hauptverhandlung.

4. Materielle Beurteilung

4.1. Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so müssen sie gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO gemeinsam klagen oder beklagt werden. Beteiligen sich bei einer notwendigen Streitgenossenschaft nicht sämtliche Streitgenossen, so führt dies zu einer Klageabweisung mangels Aktivlegitimation (Borla-Geier, DIKE-Kommentar, N. 7 zu Art. 70 ZPO): In diesem Sinne bilden die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft eine notwendige Streitgenossenschaft, gehören doch gemäss Art. 544 Abs. 1 OR "*Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind*", den "*Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages*". Die berechtigten Gesellschafter haben daher gemeinsam als Kläger aufzutreten, es wäre denn, ein Gesamthänder habe von vornherein auf den von den übrigen Gesamthändlern geltend gemachten Anspruch verzichtet (Borla-Geier, DIKE-Kommentar, N. 20 - 23 zu Art. 70 ZPO). Bei notwendiger Streitgenossenschaft richtet sich das Urteil schliesslich an alle Streitgenossen (Stahelin/Schweizer, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, N. 55 zu Art. 70 ZPO).

4.2. Ausser Frage steht, dass sich die beiden Kläger sowie C._____ durch die "Koproduktionsvereinbarung" vom 15. August 2009 zu einer einfachen Gesellschaft verbunden haben, indem die vertragsmässige Verbindung der drei Koproduzenten im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR "die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln" zum Ziele hat. Beide Parteien – und namentlich auch die beiden Kläger – sehen das denn auch so. Zum Gesellschaftsvermögen gehören, wie erwähnt, gemäss Art. 544 OR insbesondere auch Forderungen, welche der einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten zustehen. Entsprechende Ansprüche können – unter Vorbehalt abweichender Regelungen – nur von allen Gesellschaftern gemeinsam als notwendige "aktive" Streitgenossenschaft geltend gemacht werden (BGE 137 II 455 = Pra 101 (2012) Nr. 19, BGE 119 Ia 342 E. 2a S. 345; BGer 4A_275/2010 vom 11. August 2010 mit Hinweisen).

4.3. Die Kläger anerkannten mit ihrem Brief an die Gegenpartei vom 17. Januar 2012 (act. 4/9) mit gutem Grund, dass die Erhebung einer Klage im Sinne von Art. 535 Abs. 3 OR "über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte" hinausgeht und daher dafür die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist (in diesem Sinne auch Fellmann, in Berner Kommentar, N. 87 zu Art. 535 OR), d.h. nicht nur die Einwilligung der beiden Kläger, sondern auch jene von C._____. Dennoch glauben die Kläger auf die Zustimmung C._____'s zur Prozessführung verzichten zu können, weil bei qualifizierten Interessenkollisionen die Stimme des betreffenden Gesellschafters unbeachtlich und bei der Berechnung des erforderlichen Quorums daher nicht mitzuzählen sei (act. 1 Rz 23-28, act. 11 Rz 9 - 14, act. 14 S. 3 ff.).

4.3.1. Die "Koproduktionsvereinbarung", mit der die einfache Gesellschaft begründet wurde, sieht für den Fall von Meinungsverschiedenheiten oder Interessengegensätzen keine Konfliktregelung vor. Zurückzugreifen ist daher einzig auf das Gesetz. Weigert sich, wie hier, ein Streitgenosse bei der Klageerhebung mitzuwirken, dann ergibt sich aus dem materiellen Recht, wie der Konflikt gelöst werden muss. So kann z. B. für die Gemeinschaft der Erben gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ein Erbenvertreter bestellt werden (vgl. dazu BGE 125 III 219). Für die einfache Gesellschaft sieht das Gesetz eine derartige Lösung allerdings nicht vor.

4.3.2. Unbestritten ist, dass die Beklagte eine "Familien-AG" der Familie von C._____ ist und dass C._____ diese Aktiengesellschaft beherrscht. Wenn sich nun aus der Sicht der Gesamthandschaft bzw. der einfachen Gesellschaft die Frage stellt, ob gegen die Beklagte ein Prozess zu führen sei, dann sind damit in der Tat die wirtschaftlichen Interessen C._____'s tangiert, und zwar nicht grundsätzlich anders, wie wenn C._____ selber ins Recht gefasst würde. In der Lehre wird die Frage aufgeworfen, ob in derartigen Fällen nicht auch für das Recht der einfachen Gesellschaft die Regeln über die Stimmrechtsausschlüsse bei Körperschaften heranzuziehen seien (für die Aktiengesellschaft vgl. Art. 695 Abs. 1 OR; für die GmbH vgl. Art. 806a Abs. 1 OR; für den Verein vgl. Art. 68 ZGB). So bejaht Fellmann (Berner Kommentar, N. 76 und 78 zu Art. 534 OR) einen Ausschluss

des betroffenen Gesellschafters vom Stimmrecht für Beschlüsse betreffend die Einleitung eines Rechtsstreites gegen ihn selber, erachtet einen solchen Ausschluss aber als fraglich für Beschlüsse über Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter und einer mit ihm verwandten Person. Handschin/Vonzun (in Zürcher Kommentar, N. 84 zu Art. 534-535 OR) weisen zu Recht darauf hin, dass ein persönliches Interesse eines Gesellschafters an der Beschlussfassung noch nicht zu seinem Ausschluss vom Stimmrecht führen kann, bejahen aber einen Ausschluss vom Stimmrecht beim Vorliegen "qualifizierter Interessenkollisionen" (a.a.O., N. 85). Sie nehmen solche Situationen an bei Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Gesellschafter oder nahen Verwandten einerseits und der Gesellschaft anderseits.

4.3.3. Mit einem allfälligen Stimmrechtsausschluss wäre das hier sich stellende Problem aber noch nicht gelöst. Zunächst erscheint fraglich, ob trotz Ausschlusses eines Gesellschafters vom Stimmrecht überhaupt noch ein Einstimmigkeitsbeschluss im Sinne von Art. 535 Abs. 3 OR zustande kommen kann. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen bleiben. Auch die Annahme der Einstimmigkeit im Sinne von Art. 535 Abs. 3 OR bei der Beschlussfassung über eine Klageerhebung (vgl. ZK-Handschin/Vonzun, N. 87 f. zu Art. 534-535 OR) kann nämlich noch nicht bedeuten, dass der von der Beschlussfassung allenfalls zurecht ausgeschlossene Gesellschafter C._____ ohne Weiteres im vorliegenden Prozess als Kläger zu gelten hätte und damit – entgegen seinem ausdrücklichen Willen – als solcher am Verfahren teilnimmt. Dafür wäre eine entsprechende Erklärung von ihm zur Klageerhebung erforderlich, die hier gerade nicht vorliegt. Ebenso wenig ist es infolge des Gesamthandsverhältnisses aller drei Gesellschafter und der daraus folgenden notwendigen Streitgenossenschaft möglich, den beiden Klägern allein die Aktivlegitimation zuzusprechen, während der Gesellschafter C._____ nicht als Hauptpartei am Prozess teilnimmt und sich die Wirkungen des Urteils nicht auf ihn erstrecken können.

4.3.4. Die Kläger sind der Auffassung, dass C._____ der Prozessführung gegen seine Gesellschaft hätte zustimmen müssen bzw. dass die Verweigerung einer solchen Zustimmung Rechtsmissbrauch darstelle (act. 1 Rz. 34 ff., act. 14

Rz. 15). Eine solche Verpflichtung ist in der Tat keineswegs undenkbar: Sie kann sich entweder aus der vertraglichen Konstellation oder auch nach Treu und Glauben ergeben. Eine derartige Pflicht eines Gesellschafters liesse sich unter Umständen auch aus der grundlegenden Verpflichtung herleiten, "mit gemeinsamen Kräften und Mitteln" gemäss Art. 530 Abs. 1 OR den anvisierten gemeinsamen Zweck zu erreichen. Es ist dies eine auf Dauer angelegte Verpflichtung jedes einzelnen Gesellschafters (Fellmann, in Berner Kommentar, N. 524 zu Art. 530 OR). Die Zustimmung zur Prozessführung könnte gegebenenfalls namentlich auch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der einzelnen Gesellschafter abgeleitet werden (vgl. Fellmann, a.a.O., N. 588 f. zu Art. 530 OR). Gebietet die Treuepflicht eine bestimmte Handlung des Gesellschafters, dann könnte diese unter Umständen klageweise durchgesetzt werden; auf jeden Fall kann die Verletzung der Treuepflicht zu Schadenersatzansprüchen führen (Fellmann, a.a.O., N. 608 und N. 610 zu Art. 530 OR).

4.3.5. Da der einfachen Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, bilden die Gesellschafter, wie oben dargestellt, eine notwendige Streitgenossenschaft. Selbst in Konstellationen, in denen nach der Lehre nicht sämtliche Gesellschafter der einfachen Gesellschaft auf der Klägersseite auftreten müssen (z.B. bei der Geltendmachung von sog. Sozialansprüchen der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter), ist der fragliche, nicht in die Zustimmung einbezogene Gesellschafter auf der Beklagtenseite am Prozess beteiligt (vgl. BK-Fellmann, a.a.O., N. 632 zu Art. 530 OR). Dies kommt vorliegend jedoch nicht in Betracht, da sich die Forderung gegen die Beklagte richtet, sei diese auch vom Gesellschafter C. _____ massgebend beherrscht. Auf der anderen Seite führte die gerichtliche Verpflichtung eines Gesellschafters, sich aktiv als notwendiger Streitgenosse an einem Prozess zu beteiligen, zu unüberwindbaren Schwierigkeiten, weil zumindest immer dann, wenn ein Rechtsmittel – auch gegen einen Zwischenentscheid zu prüfen ist – erneut ein einstimmiges Handeln aller Streitgenossen erforderlich wäre (vgl. Art. 70 Abs. 2 ZPO). Sodann ist ohnehin nicht auszuschliessen, dass in der Sache uneinige Streitgenossen widersprüchliche Tatsachenbehauptungen aufstellen und überhaupt widersprüchliche prozessuale Handlungen vornehmen. Eine gerichtliche Verpflichtung eines einfachen Gesellschafters, sich in Nachach-

tung seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht an einem Aktivprozess zu beteiligen, erweist sich damit als unpraktikabel.

4.3.6. Daran vermögen auch die Vorbringen der Kläger nichts zu ändern, der Gesellschafter C._____ habe die Mitwirkung an der Klageerhebung rechtsmissbräuchliche verweigert. Zunächst kann der Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens eines Gesellschafters der einfachen Gesellschaft nicht ohne Weiteres gegenüber der Beklagten erhoben werden. Diese ist als eigenständiges Rechtssubjekt die Beklagte im vorliegenden Verfahren, auch wenn sie vom Gesellschafter C._____ beherrscht sein mag. Genügende Anhaltspunkte für einen allfälligen Durchgriff sind weder dargetan noch ersichtlich. Im Weiteren wird dem Vorbringen des Rechtsmissbrauchs in sachlicher Hinsicht dadurch der Boden entzogen, dass die Kläger den der Klage letztlich zugrunde liegenden Werkvertrag offenbar sehenden Auges mit C._____ in seiner Doppelrolle als einfacher Gesellschafter einerseits und als Vertreter der Beklagten andererseits abgeschlossen haben (vgl. act. 4/4 S. 3). In dieser von den Klägern bewusst in Kauf genommener Konstellation liegt letztlich die Ursache des Streites über die Aktivlegitimation im hiesigen Verfahren. Dass C._____ – aus welchen Interessen auch immer (vgl. act. 9 Ziff. 4) – nun nicht bereit ist, Klage gegen die von ihm beherrschte Beklagte zu erheben, kann ihm als solches von den Klägern nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten angelastet werden.

4.4. Schliesslich ist anerkannt, dass im Rahmen der einfachen Gesellschaft jeder Gesellschafter das Recht hat, mit der "actio pro socio" von Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu erzwingen. In der "actio pro socio" ist eine *Prozessstandschaft* anzusehen, durch welche der klagende Gesellschafter in eigenem Namen Leistungen an die Gesellschaft geltend machen kann (Fellmann, in Berner Kommentar, N. 638 - 640 zu Art. 530 OR).

Durchaus nicht abwegig wäre es, eine derartige Prozessstandschaft einzelner Gesellschafter anzunehmen, wenn diese Gesellschafter gegen einen Dritten Klage erheben und es darum geht, für die Gesellschaft Ansprüche gegen diesen Dritten geltend zu machen, obwohl einzelne Gesellschafter sich diesem Ansinnen

widersetzen. So verlangen denn auch die beiden Kläger mit ihrer Klage nicht die Leistung an sich selber, sondern an die "einfache Gesellschaft, bestehend aus den Klägern und C._____". Eine solche, sich an den Mechanismus der "actio pro socio" anlehrende Klage ist im Gesetz so wenig ausdrücklich vorgesehen, wie die die "actio pro socio" selber. Es ist daher durchaus eine Überlegung wert, im vorliegenden Zusammenhang die Grundsätze der "actio pro socio" analog zuzulassen.

Indessen lehnt es das Bundesgericht bei Klagen, die sich gegen einen Dritten richten, ab, die Regeln der "actio pro socio" auch nur analog heranzuziehen. In einem im Jahre 2010 ergangenen Entscheid führte es aus, dass Meinungsverschiedenheiten unter Gesellschaftern über das Vorgehen gegen einen Dritten die Aktivlegitimation einzelner Gesellschafter auch nicht in Analogie zur "actio pro socio" zu rechtfertigen vermöchten. Dem einzelnen Gesellschafter bleibe es dagegen unbenommen, "im Stadium der internen Liquidation gegen diejenigen Gesellschafter vorzugehen, die allenfalls die Mitwirkung an einer Klage ... pflichtwidrig abgelehnt haben" (BGer 4A_275/2010, Urteil vom 11. August 2010). Es gibt keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Das führt mangels Aktivlegitimation der beiden Kläger ohne weiteres zur Abweisung der Klage.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Prozessausgang werden die beiden Kläger kosten- und entschädigungspflichtig. Bei der Bemessung der Parteientschädigung zu Gunsten der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte nicht zum ganzen Gegenstand der Klage, sondern nur zur Frage der Aktivlegitimation zu äussern hatte.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'000.00.

3. Die Kosten werden den Klägern unter Solidarhaft auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die beiden Kläger werden unter Solidarhaft verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 15'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 236'276.00.

Zürich, 16. Oktober 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Matthias-Christoph Henn