

1. Passivlegitimation aus Vertrag

a) Ausgangslage

Heinz (HE) will Schadenersatz wegen entgangenen Gewinns fordern. Fraglich ist, wer Gegenpartei des HE im Rahmen des Zahnarztvertrags (Auftrag i.S.v. OR 394) ist. Die UVW kann nur als Gesellschaft passivlegitimiert sein, was in der Folge zu prüfen ist.

b) Die UVW als Gesellschaft

Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (OR 530 I). Damit die UVW als Gesellschaft gilt, müssen also drei Elemente vorliegen: eine Personenmehrheit, eine vertragliche Basis sowie eine gemeinsame Zweckverfolgung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 1 N 3).

Als Personenmehrheit gelten zwei oder mehr Personen, was in casu erfüllt ist; mit Ueli (U), Valentina (V) und Walter (W) sind drei Personen beteiligt. Die vertragliche Basis besteht in einer übereinstimmenden Willensäusserung (OR 1) zwischen ihren Mitgliedern (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 17). Im vorliegenden Fall haben sich U, V und W darüber geeinigt, dass sie ihre Zahnarztpraxen gemäss den im SV genannten Modalitäten zusammen betreiben wollen, womit ihrem Zusammenschluss eine vertragliche Basis zugrunde liegt.

Schliesslich muss mit der vertraglichen Verbindung mehrerer Personen ein gemeinsamer Zweck verfolgt werden, der mit gemeinsamen Mitteln und Kräften verfolgt wird (OR 530 I). Zweck der UVW ist es, durch gemeinschaftliche Nutzung der Einrichtungen und des Personals, durch partnerschaftlichen Betrieb eines Notfalldienstes, gemeinsame Werbung sowie einheitliches Auftreten nach aussen, einen wirtschaftlichen Mehrwert für den Einzelnen zu generieren. Dass sie intern streng nach verursachten Kosten abrechnen steht dem nicht entgegen, da die Verteilung des durch die gemeinsamen Anstrengungen Erlangten nicht zwingend gleichmässig erfolgen muss (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 76). Damit ist auch das Erfordernis des gemeinsam verfolgten Zwecks erfüllt.

Zwischenfazit: U, V und W bilden eine Gesellschaft; deren Rechtsform ist nun zu ermitteln.

c) Rechtsform der UVW

Ausser Betracht fallen AG, GmbH, Genossenschaft und Kommandit-AG, da zur Entstehung dieser Rechtsformen ein Handelsregistereintrag erforderlich wäre (ZGB 52 I, OR 643 I, 779 I, 830 sowie 764 II i.V.m. 643 I; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 68). UVW ist aber gemäss SV nicht im Handelsregister eingetragen. Damit kommt die Rechtsform der einfachen Gesellschaft, der Kollektivgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft in Frage. Eine Kommanditgesellschaft kann ausgeschlossen werden, da aus dem SV nicht hervorgeht, dass gewisse Gesellschaftler beschränkt, die anderen unbeschränkt haften (vgl. OR 594 I).

Es bleibt die Abgrenzung zwischen einfacher Gesellschaft und Kollektivgesellschaft vorzunehmen. Erstere ist eine Subsidiärform, die vorliegt, wenn die Voraussetzungen keiner anderen Rechtsform gegeben sind (OR 530 II). Eine Kollektivgesellschaft liegt immer dann – aber nicht nur (vgl. OR 553) – vor, wenn sich natürliche Personen zum Zweck vereinigen, ohne Beschränkung der Haftung ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben (OR 552 I). Die einfache Gesellschaft steht zum Betrieb eines solchen regelmässig nicht zur Verfügung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 50 ff., ferner § 12 N 27 f.). U, V und W sind natürliche Personen, es ist also zu prüfen, ob sie ein kaufmännisches Gewerbe betreiben.

Gewerbe ist jede selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit (HRegV 2 lit. b). Selbständigkeit muss in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht vorliegen; die Dauerhaftigkeit manifestiert sich über eine Organisation, welche auf die Erzielung von Erwerb durch Wiederholung gleichartiger Geschäfte gerichtet ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 36 ff.). Sowohl Selbständigkeit als auch Dauerhaftigkeit sind im Fall der UVW gegeben. Nach kaufmännischer Art geführt sind regelmässig Handels- und Fabrikationsgewerbe, der Betrieb einer Zahnarztpraxis stellt ein anderes Gewerbe dar (vgl. OR 934 I). Freie Berufe werden vom

Bundesgericht in langjähriger Praxis an sich als nicht kaufmännisch qualifiziert (BGE 100 Ib 345, 346 f. Erw. 1). Dies aber nur solange, als die für diese Berufe charakteristische persönliche Vertrauensbeziehung im Zentrum der Tätigkeit steht. Sobald die Tätigkeit nach modernen unternehmerischen Grundsätzen ausgeübt wird und die persönliche Vertrauensbeziehung dadurch in den Hintergrund tritt, untersteht sie den Regeln des kaufmännischen Gewerbes (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 47). Im vorliegenden Fall tritt UVW nach aussen weitgehend einheitlich auf, insbesondere durch einheitlichen Briefkopf und gemeinsame Werbung (Gelbe Seiten, Homepage), was der Akquisition weiterer Patienten und damit der Erzielung höherer Gewinne dient. Ausserdem bieten sie Dienstleistungen wie Dentalhygiene-Trainings und Zahn-Bleaching an, welchen der klassische Charakter der zahnärztlichen Arzt-Patienten-Beziehung fehlt. Der 24h-Notfalldienst erfordert Planung und Koordination, die über das bei einer Einzelpraxis übliche Mass hinausgeht, zudem dient er als weitere Ertragsquelle. Schliesslich beschäftigt UVW laut SV zwölf Angestellte und erzielt Umsätze von CHF 3 Mio. – Zahlen, die auf eine unternehmerische Tätigkeit hindeuten. Aufgrund all dessen ist die Tätigkeit der UVW als Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes zu betrachten, was auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGer 4A_526/2008 v. 21. Januar 2009).

Da UVW ein kaufmännisches Gewerbe betreiben, bilden sie eine Kollektivgesellschaft gemäss OR 552 I; der Handelsregistereintrag ist in diesem Fall deklaratorisch (OR 552 II). Eine Kollektivgesellschaft kann unter ihrer eigenen Firma Verbindlichkeiten eingehen (OR 562). Aufgrund des Umstands, dass HE nicht spezifisch mit einem der drei Zahnärzte in Verbindung treten wollte, sondern auf eine Annonce hin telefonisch den Kontakt mit der UVW gesucht hat, ist die Gegenpartei des Zahnarztvertrags die UVW. Es ist davon auszugehen, dass die Person, welche den Anruf entgegennahm, die Gesellschaft zumindest als Handlungsbevollmächtigte i.S.v. OR 462 I wirksam vertreten hat.

Fazit: HE kann gegen die Kollektivgesellschaft UVW aus Vertrag vorgehen.

2. Passivlegitimation aus unerlaubter Handlung

a) Vorgehen gegen Hans

Hans (HA) ist, da er den falschen Zahn ankreuzte, dem HE aus OR 41 I zu Schadenersatz verpflichtet. Die Voraussetzungen sind aufgrund der Aufgabenstellung (handelsrechtliche Fragen) nicht näher zu thematisieren, liegen aber wohl vor.

b) Vorgehen gegen Ueli

Sofern in Us sofortigem zur Tat Schreiten eine pflichtwidrig unsorgfältige Handlung liegt, welche adäquat kausal für den Schaden des HE war, kann dieser ihn aufgrund OR 41 I in Anspruch nehmen. Das Verschulden ist aber m.E. wohl zu verneinen, da U grundsätzlich nicht jede Handlung eines ausgebildeten Assistenzarztes nachzuprüfen hat.

c) Vorgehen gegen UVW

Sofern der Exkulpationsbeweis nicht gelingt, ist UVW auch aufgrund OR 55 I verpflichtet (Hans ist Hilfsperson). Zu prüfen ist auch, ob Hans die UVW durch seine unerlaubte Handlung (mit)verpflichtet hat. Dies ist zu verneinen: ZGB 55 II ist nicht anwendbar, weil die Kollektivgesellschaft keine juristische Person ist; OR 567 III ist dem Wortlaut nach nur auf Gesellschafter anwendbar, eine Ausweitung auf Prokuristen wird in der Lehre zwar mehrheitlich bejaht (BSK OR II-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 566 N 14, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008), da HA aber wohl nicht Prokurist, sondern Handlungsbevollmächtigter ist, hat er UVW mit seiner unerlaubten Handlung HE gegenüber nicht haftbar gemacht.

Fazit: Da zwischen vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüchen regelmässig Anspruchskonkurrenz besteht, kann HE aus Delikt gegen HA, und nach Massgabe von OR 55 I auch gegen UVW vorgehen; U haftet ihm nach hier vertretener Ansicht nicht, bejahte man aber eine unerlaubte Handlung stünde er HE auch zur Verfügung, überdies hätte er diesfalls als Gesellschafter aufgrund OR 567 III auch UVW aus Delikt verpflichtet.