

**Frage 1:** Für die Frage, wer für die Schadenersatzforderung in Anspruch genommen werden kann, ist entscheidend, wie die Gemeinschaft von Xenia (X), Yannik (Y) und Zara (Z) rechtlich zu qualifizieren ist. Sollte diese Personenvereinigung, wie es auf den ersten Blick scheint, eine gesellschaftsrechtliche Struktur aufweisen, ist das anwendbare Recht der konkreten Gesellschaftsform für die Haftung im Aussenverhältnis ausschlaggebend. Eine gesellschaftsrechtliche Struktur weist eine Personenvereinigung auf, die auf vertraglicher Grundlage beruht und auf gemeinsame Zweckverfolgung gerichtet ist (Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10.Aufl., Bern 2007, §1 N3). Die übereinstimmenden Willenserklärungen sind bei den hier in Frage stehenden Gesellschaftsformen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft nicht an eine bestimmte Form gebunden (OR 1 I). Der gemeinsame Zweck muss von den Gesellschaftern mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln angestrebt werden (OR 530 I). I.c. haben sich X, Y und Z darauf geeinigt sich zusammenzuschliessen, mit dem Zweck, gemeinsam einen „Beauty Salon“ zu betreiben. Zudem hat jeder der drei Freunde zur Erreichung ihres gemeinsamen Ziels einen geldwerten Beitrag geleistet. Damit sind alle Begriffselemente einer Gesellschaft klar gegeben. Sofern nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind, ist sie eine einfache Gesellschaft i.S.v. OR 530ff. (OR 530 II). Betreibt eine ausschliesslich aus natürlichen Personen bestehende einfache Gesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe i.S.v. OR 934 I, wird sie ipso iure zur Kollektivgesellschaft, da der einfachen Gesellschaft der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens untersagt ist (BGE 73 I 311ff.). Die Gesellschaft wird dadurch zum Handelsregistereintrag verpflichtet (Art. 552 Abs. 2 OR), dieser hat jedoch lediglich deklaratorische Wirkung. HRegV II lit. b definiert ein Gewerbe als eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Nach kaufmännischer Art geführt sind alle Gewerbe, welche wegen des Unternehmensumfanges eine Geschäftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen erfordern (Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10.Aufl., Bern 2007, §4 N43). Obwohl weder das Gesetz, noch die HRegV diesbezüglich Ausnahmen statuiert, qualifizierte die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Vergangenheit die Tätigkeit der traditionellen freien Berufe (zu denen insbesondere Anwälte, Ärzte, Architekten und Künstler gehören) regelmässig nicht als kaufmännische Unternehmen (BGE 106 Ib 315). Begründet wird dies damit, dass dem Angehörigen eines freien Berufs wegen seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten und weniger wegen seiner finanziellen Kreditwürdigkeit vertraut wird (Robert Patry, Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/I, 1976, S. 82f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird jedoch auch bei der Ausübung eines freien Berufs ein kaufmännischer Betrieb geführt, wenn die persönliche Beziehung zum Patienten oder Klienten gegenüber dem Streben nach Wirtschaftlichkeit in den Hintergrund tritt. Zur Beurteilung sind die gesamten Umstände und Bedingungen, unter denen die Tätigkeit ausgeübt wird, zu berücksichtigen (BGE 130 III 707 E. 4.3 S.712ff.). Die Frage, ob eine Kollektivgesellschaft vorliegt, richtet sich somit in erster Linie nach der individuellen Rechtsgestaltung.

X, Y und Z sind dauerhaft, organisiert und selbständig in ihrem „Beauty Salon“ tätig und erzielen mit ihrer Tätigkeit einen Umsatz von jährlich rund 500 000 Franken. Der Betrieb eines Gewerbes ist ohne Zweifel gegeben. Der Zweck ihres Zusammenschlusses geht über eine Infrastrukturgemeinschaft hinaus - erschöpft sich nicht in der gemeinsamen Bestreitung der Unkosten - arbeiten doch alle drei auf gemeinsame Rechnung im „Beauty Salon“ mit und teilen sich die Aufträge nach den jeweiligen Fähigkeiten auf. Die affectio societatis richtet sich offenbar auf umfassende und enge Zusammenarbeit. Weiter ist dem Sachverhalt zu entnehmen, dass X, Y und Z jeweils den gemeinsam erwirtschafteten Jahresgewinn berechnen und ihn untereinander aufteilen. Bei einem Jahresumsatz von rund einer halben Million Franken ist davon auszugehen, dass dafür eine Buchführung nach kaufmännischen Grundsätzen unumgänglich ist. Angesichts all dieser Indizien scheint der tatsächliche Wille der Dreien zur

Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, und als Konsequenz daraus einer Kollektivgesellschaft, gegeben zu sein. Der Kunde wendet sich gemäss Sachverhalt mit seinem Auftrag an den „Beauty Salon“ und nicht gezielt an X, Y oder Z. Diese treten also auch gegen aussen als Gemeinschaft auf. Dass die Bezeichnung „Beauty Salon“ formell nicht den Anforderungen an die Firma einer Kollektivgesellschaft genügt (OR 947 I) ist insofern nicht massgebend, als die Gesellschafter dennoch ihr Gesellschaftsverhältnis nach aussen kundgegeben haben und nicht eine stille Gesellschaft vorliegt (BGE 124 III 367).

Dass X, Y und Z Angehörige sog. freier Berufe sind, ist m.E. angesichts der tatsächlichen Umstände irrelevant. Ihr tatsächlicher Wille ist auf die Bildung einer Kollektivgesellschaft gerichtet und als solche treten sie auch gegen aussen auf. Eine Kollektivgesellschaft kann in eigenem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie klagen und verklagt werden (OR 562). Gutgläubige Dritte dürfen davon ausgehen, dass jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist, und zwar für alle Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt (OR 563 i.V.m. OR 564 I). Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass das Aufhellen von Zähnen in den üblichen Tätigkeitsbereich von Y gehört. Er hat dies schon mehrere Male gemacht, da es wohl im Leistungsangebot des „Beauty Salons“ enthalten und vom Gesellschaftszweck erfasst ist. Gemäss OR 567 hat die Gesellschaft sowohl für Rechtsgeschäfte von vertretungsbefugten Gesellschaftern, als auch für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht, einzustehen. Reicht das Gesellschaftsvermögen dazu nicht aus, haften subsidiär alle Gesellschafter persönlich und solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen. Sie können jedoch erst persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder betrieben wurde, oder der belangte Gesellschafter in Konkurs geraten ist (OR 568 I und III).

Fazit: Die Schadenersatzforderung hat sich klugerweise gegen den „Beauty Salon“ zu richten, da dieser sowohl aus Vertrag, als auch wegen unerlaubter Handlung primär haftet. X, Y und Z können erst nach erfolglosem Vorgehen gegen die Gesellschaft persönlich belangt werden. Dann jedoch haften sie alle drei persönlich und solidarisch mit ihrem gesamten Vermögen.

**Frage 2:** X, Y und Z möchten in Zukunft ihr persönliches Haftungsrisiko ausschliessen. Wie oben gezeigt, erfüllt ihre jetzige Organisation diese Anforderung nicht. Eine ausschliessliche Haftung des Gesellschaftsvermögens ist bei der AG (OR 620II) und der GmbH (OR 772 I) gegeben. Weiter möchten die Drei ihren Salon unter der Bezeichnung „Klumsy Lips & Nose“ vermarkten. Gemäss OR 947 I muss die Firma einer Kollektivgesellschaft den Nachnamen wenigstens eines Gesellschafters enthalten. Damit ist die Gesellschaftsform der Kollektivgesellschaft auch hinsichtlich der geplanten Firma ungeeignet. Sowohl die AG als auch die GmbH können unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen, allerdings muss in der Firma als notwendiger Zusatz die Rechtsform angegeben werden (OR 950). Gemäss OR 944 und HRegV 26 darf eine Firma keine Täuschungen verursachen, muss wahr sein und darf nicht gegen das öffentliche Interesse verstossen. Enthält die Firma einer Körperschaft einen Personennamen muss ein Zusammenhang zwischen der Körperschaft und dem Träger des Personennamens bestehen (Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10.Aufl., Bern 2007, §7 N48). Die Zulässigkeit bzw. Täuschungsgefahr dieser Firma wäre gegebenenfalls hinsichtlich des Bestandteils „Klumsy“ zu prüfen. Dem Ausbau des Salons und die Anstellung mehrerer Assistentinnen würde auch bei Weiterführung einer Kollektivgesellschaft rechtlich nichts im Wege stehen, der Abschluss einer persönlichen Haftung wäre jedoch sinnvoll. Angesichts der personenbezogenen Zusammenarbeit der drei Freunde, würde ich die Rechtsform der GmbH empfehlen.