Urteilskopf

123 III 220

37. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. November 1996 i.S. S.F.M. Services Financiers & Management SA gegen Omni Holding AG in Nachlassliquidation (Berufung)
Regeste (de):
Firmenrecht (Art. 944 ff. OR, 950 OR); Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Positive Publizitätswirkung der Eintragung im Handelsregister (E. 3). Eine Aktiengesellschaft kann ihre Firma unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung frei wählen; diese Grundsätze, darunter das Täuschungsverbot, hat der Handelsregisterführer von Amtes wegen zu beachten (Art. 955 OR). Anders die Verwechslungsgefahr (Art. 944 Abs. 1 OR), die auf Begehren eines Betroffenen hin geprüft wird. Wer gegen die gesetzlichen Bestimmungen der Firmenbildung und -gebrauchspflicht verstösst, haftet dem Dritten aus Art. 41 OR (E. 4a-c). Haftung aus erwecktem Konzernverhalten (E. 4e)?

Stellt die späte Erhebung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Zivilprozess ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar? Folgen dieses Vorgehens (E. 4d).

Regeste (fr):
Raisons de commerce (art. 944 ss CO, 950 CO); abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

Effet de publicité positif de l'inscription au registre du commerce (consid. 3). Une société anonyme, sous réserve des dispositions générales sur la formation des raisons de commerce, peut former librement sa raison sociale; le préposé au registre du commerce doit observer d'office ces dispositions, au nombre desquelles figure également l'interdiction d'induire en erreur (art. 955 CO). Il en va autrement du risque de confusion (art. 944 al. 1 CO), qui n'est examiné qu'à la requête d'un intéressé. Celui qui viole les dispositions légales sur la formation des raisons de commerce et le devoir d'en user répond à l'égard du tiers en vertu de l'art. 41 CO (consid. 4a-c). Responsabilité découlant du comportement adopté par le groupe (consid. 4e)?

L'invocation tardive de moyens d'attaque et de défense en procédure civile constitue-t-elle un abus de droit? Conséquences de ce procédé (consid. 4d).

Regesto (it):
Diritto delle ditte commerciali (art. 944 segg. CO, 950 CO); abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC).

Effetto di pubblicità positivo dell'iscrizione nel registro di commercio (consid. 3). Una società anonima può scegliere liberamente la propria ditta a patto che rispetti i principi generali della formazione delle ditte; l'ufficiale del registro di commercio deve vegliare d'ufficio a che tali principi, fra i quali figura il divieto di trarre in inganno, vengano osservati (art. 955 CO). Diverso è il caso del rischio di confusione (art. 944 cpv. 1 CO), che viene esaminato solo su istanza di parte. Colui che viola le disposizioni legali sulla formazione delle ditte e sull'obbligo di farne uso risponde verso terzi giusta l'art. 41 CO (consid. 4a-c). Responsabilità per il comportamento assunto dal gruppo (consid. 4e)?

L'invocazione tardiva di mezzi offensivi e difensivi nell'ambito del procedimento civile configura un abuso di diritto? Conseguenze di questo modo di procedere (consid. 4d).

Sachverhalt ab Seite 221

BGE 123 III 220 S. 221

A.- a) Die S.F.M. Services Financiers & Management SA mit damaligem Sitz in Genf erwarb mit Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 von der Omni Holding AG und der Omni Swiss Investments B.V. in Zaandam (Niederlande) das gesamte Aktienkapital der Omni France SA sowie eine Kontokorrentforderung gegenüber dieser von sFr. 774'588.10, wofür ein Kaufpreis von sFr. 150'000.– vereinbart wurde. Mit Schreiben vom 4. Oktober 1991 und 4. Februar 1992 wurde der Omni Holding AG mitgeteilt, dass eine Tochtergesellschaft der Omni France SA, die Ets. Atlas SA, entgegen den als Vertragsgrundlage

BGE 123 III 220 S. 222

geltenden konsolidierten Jahresrechnungen mit einem wesentlich höheren Verlust zu Buche gestanden habe, weshalb der vereinbarte Kaufpreis nicht bezahlt werde. b) Mit Zahlungsbefehl vom 23. April 1993 betrieb die sich inzwischen in Nachlassliquidation befindliche Omni Holding AG die S.F.M. Services Financiers & Management SA in Bern für den Kaufpreis von Fr. 150'000.– nebst Zins. Gegenüber dem von der Betriebenen erhobenen Rechtsvorschlag erteilte der Gerichtspräsident IV von Bern am 16. August 1993 die provisorische Rechtsöffnung. Die dagegen eingereichte Appellation wies der Appellationshof des Kantons Bern mit Entscheid vom 20. September 1993 ab.

B.- Mit Klage vom 10. Dezember 1993 verlangte die S.F.M. Services Financiers & Management SA beim Handelsgericht des Kantons Bern die Aberkennung der in der Betreibung Nr. 9311845 erfassten Forderung der Omni Holding AG von Fr. 150'000.– nebst Zins. Anlässlich des ersten Hauptverhandlungstermins vom 24. März 1995 bestritt die Aberkennungsklägerin ihre Passivlegitimation in der genannten Betreibung. Mit Urteil vom 17. November 1995 wies das Handelsgericht die Aberkennungsklage ab.

C.- Die Klägerin führt eidgenössische Berufung mit dem Antrag, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und die in Betreibung gesetzte Forderung abzuerkennen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Nach den Feststellungen des Handelsgerichts hat die S.F.M. Services Financiers & Management SA am 16. März 1992 ihren Sitz von Genf nach Bern verlegt. Am 15. Mai 1992 änderte sie ihre Firmenbezeichnung in SFM & Associés SA; diese Statutenänderung wurde am 27. Juli 1992 im Handelsregister eingetragen. Am gleichen Tag ist unter der Bezeichnung S.F.M. Services Financiers & Management SA eine neue Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen worden, deren Statuten vom 15. Mai 1992 datieren und deren Sitz sich in Bern an der gleichen Adresse wie die SFM & Associés SA befindet. Die neu gegründete Aktiengesellschaft war eine 100%ige Tochtergesellschaft der SFM & Associés SA; Verwaltungsratspräsident beider Gesellschaften war Hanspeter Studer. Das Handelsgericht hat die am ersten Hauptverhandlungstermin von der Aberkennungsklägerin erstmals erhobene Einrede der fehlenden Passivlegitimation prozessual zugelassen. Hingegen hat es

die Einrede als rechtsmissbräuchlich betrachtet und die Passivlegitimation der S.F.M. Services Financiers & Management SA bejaht, obwohl die Beklagte den Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 mit der nunmehr als SFM & Associés SA firmierenden Gesellschaft geschlossen hatte. Die von der Aberkennungsklägerin gegenüber dem Aktienkauf erhobenen Einreden (Grundlagenirrtum, Täuschung, Sachgewährleistung) hat es verworfen. Das Vorliegen einer Schuldübernahme hat es verneint. Die Klägerin rügt eine bundesrechtswidrige Rechtsanwendung, die zur Missachtung ihrer fehlenden Passivlegitimation für die in Betreibung gesetzte Forderung geführt habe. Gegenstand des Berufungsverfahrens vor Bundesgericht bildet einzig die Frage der Passivlegitimation der Aberkennungsklägerin.

3. Die Klägerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 933 Abs. 1 OR vor, da aus den Eintragungen im Handelsregister ersichtlich gewesen sei, dass sie mit der früheren S.F.M. Services Financiers & Management SA, welche den Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 abgeschlossen habe, nicht identisch ist. Dies ergebe sich insbesondere aus dem eingetragenen Datum der Statuten und der Gründung. Gemäss Art. 933 Abs. 1 OR bestehe die Fiktion allgemeiner Kenntnis des Registerinhalts; zudem habe die Beklagte nachweislich ins Handelsregister Einsicht genommen. a) Die Einwendung, eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung im Handelsregister nicht gekannt zu haben, ist gemäss Art. 933 Abs. 1 OR ausgeschlossen. Dritten gegenüber wird eine Eintragung im Handelsregister mit der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt wirksam (Art. 932 Abs. 2 OR). Diese positive Publizitätswirkung beschränkt sich indes auf die eingetragenen Tatsachen, erstreckt sich demgemäss nicht auf die Schlüsse, welche daraus gezogen werden können (vgl. BGE 117 II 575 E. 5b/aa; BGE 96 II 439 E. 3b; GAUCH, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, in SAG 1976 S. 141 ff., 145). Vom Grundsatz der positiven Publizitätswirkung muss dann abgewichen werden, wenn Treu und Glauben dies gebieten (BGE 106 II 346 E. 4a S. 351). Damit bleibt die Einrede des Rechtsmissbrauchs vorbehalten, deren Bejahung nicht gegen Art. 933 Abs. 1 OR verstösst.
b) Im Handelsregisteramt Bern ist bezüglich der Klägerin lediglich vermerkt, dass sie am 27. Juli 1992 eingetragen wurde und ihre Statuten, welche dieser Eintragung zugrunde lagen, vom 15. Mai 1992 datieren. Über das Verhältnis zu jener Gesellschaft, welche am

12. Mai 1991 mit der Beklagten den Kaufvertrag abgeschlossen hatte, sind in diesem Eintrag keine direkten Aussagen enthalten. Jene Gesellschaft ist im Handelsregisteramt Bern unter anderem mit einer Sitzverlegung von Genf nach Bern (16. März 1992) sowie einer Änderung der Firma in SFM & Associés SA (27. Juli 1992) eingetragen. Die Schlüsse, die ein Dritter aus der Registereintragung der Klägerin zieht oder ziehen muss, liegen somit ausserhalb der positiven Publizitätswirkung im Sinn von Art. 933 Abs. 1 OR. Im übrigen sind die Schlussfolgerungen, welche aus der Eintragung der Klägerin im Handelsregister gezogen werden können, keineswegs so eindeutig, wie die Klägerin dies in der Berufungsschrift darzulegen sucht. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags vom 12. Mai 1991 hatte die Vertragspartnerin der Beklagten ihren Sitz in Genf. Bereits in den Schreiben vom 4. Oktober 1991 und 4. Februar 1992, also noch vor der Gründung der Klägerin, hat die Vertragspartnerin die neue Adresse in Bern angegeben, was auf eine Sitzverlegung hindeutete. Bei einer Sitzverlegung wird im Handelsregister in der Rubrik "Eintragungsdatum" einzig das Datum der Eintragung im neuen Kanton vermerkt. Dass bei der Klägerin nicht bloss eine Sitzverlegung, sondern trotz der Identität der Firmenbezeichnung eine Neugründung erfolgt ist, konnte aus ihrem Handelsregisterauszug nur

ersehen, wer weiss, dass bei einer blossen Sitzverlegung ein entsprechender Hinweis in der Rubrik "Zweck, Bemerkungen" erfolgt, oder dass auch bei einer Sitzverlegung das ursprüngliche Datum der Statuten mit allen seit der Gründung erfolgten Änderungen und nicht nur das Datum der im Zeitpunkt der Eintragung am neuen Ort geltenden Statuten vermerkt wird. Die Unachtsamkeit der Beklagten wiegt deshalb nur leicht.

4. Zu prüfen bleibt, ob das Handelsgericht, wie die Klägerin rügt, Art. 2 Abs. 2 ZGB verletzt hat, indem es die Berufung der Klägerin auf ihre fehlende Passivlegitimation bzw. die fehlende Identität mit der Vertragspartnerin der Beklagten als rechtsmissbräuchlich erachtet hat. a) Die Passivlegitimation ist ein Begriff der Sachlegitimation. Passiv legitimiert ist der materiell Verpflichtete, gegen den sich ein Anspruch richtet. Das Gegenstück ist die Aktivlegitimation. Mit der Passivlegitimation wird das Haftungssubstrat bestimmt, welches für die Befriedigung des an der Sache Berechtigten zur Verfügung steht. Wird vorliegend die Passivlegitimation der Klägerin verneint, so kann die Beklagte nicht auf deren Vermögen greifen. Der Beklagten steht es aber offen, die nunmehr unter der Bezeichnung SFM &

BGE 123 III 220 S. 225

Associés SA firmierende Aktiengesellschaft zu belangen und sich aus deren Vermögen zu befriedigen. Dieses Ergebnis ist für sich keineswegs stossend und verletzt das Gerechtigkeitsempfinden nicht, handelt es sich doch bei der letztgenannten Gesellschaft um jenes Rechtssubjekt, mit welchem die Beklagte bewusst den Vertrag vom 12. Mai 1991 geschlossen hat. Eine Unklarheit über die Person der Vertragspartnerin oder eine Verwechslungsgefahr bestanden nicht, da zu jenem Zeitpunkt allein diese Gesellschaft existierte. Damit hält der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nur dann stand, wenn die Berufung der Klägerin auf ihre fehlende Passivlegitimation unter anderen Gesichtspunkten für die Beklagte mit Nachteilen verbunden ist. Für die Abwendung dieser Nachteile müssen keine anderen zumutbaren Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, so dass ein Verstoss gegen den Art. 2 ZGB zugrundeliegenden Gedanken von Treu und Glauben vorliegt und das Ergebnis der Rechtsanwendung in stossender Weise das Gerechtigkeitsempfinden verletzt. Massgebend ist hierfür einzig das Verhalten der Klägerin sowie ihrer Organe und nicht jenes der von ihr verschiedenen Vertragspartnerin der Beklagten. Als solche andere Nachteile macht die Beklagte vor allem die Verzögerung in der Rechtsverfolgung sowie die im Zusammenhang mit der Betreibung, dem Rechtsöffnungsverfahren und der Aberkennungsklage angefallenen Kosten geltend. b) Bis zur Gründung der Klägerin war hinsichtlich der S.F.M. Services Financiers & Management SA für den Geschäftsverkehr alles klar und eindeutig. Mit der Übernahme der bis ins letzte Detail identischen Firmenbezeichnung, welche die vorbestehende Gesellschaft gleichentags durch Firmenänderung aufgegeben hatte, hat die Klägerin bei ihrer Gründung eine äusserst verwirrende Situation und ein grosses Verwechslungs- und Täuschungspotential geschaffen. Eine Erhöhung dieser Möglichkeit trat hinzu mit dem Domizil beider Gesellschaften an derselben Adresse, der Übernahme des Verwaltungsratspräsidiums in beiden Gesellschaften von Hanspeter Studer sowie ihrem zumindest ähnlichen Zweck. Unbestrittenermassen war der Klägerin bekannt, dass ihre Firmenbezeichnung bis zur Gründung von einer mit ihr verbundenen bzw. verwandten Gesellschaft verwendet worden war. Aktiengesellschaften können ihre Firma unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung frei wählen (Art. 950 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 944 Abs. 1 OR muss der Inhalt der Firma der Wahrheit entsprechen und darf weder geeignet sein, Täuschungen zu verursachen, noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen.

BGE 123 III 220 S. 226

Das Täuschungsverbot ist vor allem verletzt, wenn das Durchschnittspublikum aus der Firmenbezeichnung unzutreffende Schlüsse hinsichtlich des Sitzes oder der Natur des Unternehmens oder hinsichtlich der Art seiner

Tätigkeit zieht (vgl. BGE 117 II 192 E. 4b/aa S. 196 f.; BGE 113 II 179 E. 2; BGE 108 II 130 E. 4). Unerheblich ist, ob eine Täuschungsabsicht bestand oder die Täuschungsgefahr den handelnden Personen bewusst war (ROLAND BÜHLER, Grundlagen des materiellen Firmenrechts, Diss. Zürich 1991, S. 104 f.; ACHERMANN, Die Täuschungsgefahr im Firmenrecht, in Der Bernische Notar 1985 S. 47 ff., 50). Die Einhaltung der Grundsätze der Firmenbildung ist von den Handelsregisterführern von Amtes wegen zu beachten (Art. 955 OR). Von der Täuschungsgefahr zu unterscheiden ist die Verwechslungsgefahr. Ob sich eine neue Firma von den anderen bestehenden Firmen genügend unterscheidet (Art. 946 und 951 OR), ist eine Frage des Firmenschutzes (Art. 956 OR) und wird vom Richter lediglich auf Begehren eines Betroffenen hin geprüft (BGE 101 Ib 361 E. 5 S. 366; ROLAND BÜHLER, a.a.O., S. 100; ACHERMANN, a.a.O., S. 50; unklar ist die Abgrenzung bei HIS, Berner Kommentar, N. 93 zu Art. 944 OR). Mit ihrem Vorgehen hat die Klägerin die akute Gefahr geschaffen, dass sie von Personen, welche bereits mit der ursprünglichen S.F.M. Services Financiers & Management SA zu tun hatten, mit dieser verwechselt wird. Beeinträchtigt wurden damit die Interessen eines breiten Personenkreises. Der Firmenschutz gemäss Art. 956 OR gelangt hier von vornherein nicht zur Anwendung, da die von der Klägerin gewählte Firmenbezeichnung im Zeitpunkt ihrer Eintragung im Handelsregister nicht mehr von einem anderen Firmeninhaber beansprucht, sondern gleichzeitig gelöscht wurde (vgl. His, Berner Kommentar, N. 8 zu Art. 956 OR). In einem solchen Fall muss die geschaffene Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt von Art. 944 Abs. 1 OR Beachtung finden; nur auf diesem Weg kann das Interesse des Publikums am Schutz vor Irreführung (BGE 100 II 224 E. 2) und das öffentliche Interesse an deutlich unterscheidbaren Firmen (BGE 101 Ib 361 E. 4a am Ende) berücksichtigt werden. Ob eine Täuschungsgefahr besteht, ist nicht abstrakt, sondern anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (BGE 117 II 192 E. 4b/bb; BGE 108 II 130 E. 4; BGE 100 Ib 240 E. 5b). Die Klägerin hat keinerlei Massnahmen getroffen, um eine Verwechslung mit der früheren S.F.M. Services Financiers & Management SA zu verhindern. Vielmehr hat sie es sogar unterlassen, auf die fehlende Identität hinzuweisen, als die Beklagte sie für Ansprüche

gegenüber der anderen Gesellschaft belangte (vgl. Erwägung 4d hiernach; zur Aufklärungspflicht vgl. Merz, Berner Kommentar, N. 275 zu Art. 2 ZGB). Damit hat die Firmenwahl der Klägerin gegen das in Art. 944 Abs. 1 OR verankerte Täuschungsverbot verstossen. Dass die Firma trotz der Verwechslungsgefahr offenbar ohne Beanstandung eingetragen wurde, durfte die Klägerin nicht als Zusicherung der Rechtmässigkeit auffassen (BGE 117 II 575 E. 5b/aa am Ende; HIS, Berner Kommentar, N. 15 zu Art. 933 OR). Faktisch verletzte das Vorgehen der Klägerin auch den Grundsatz der Unübertragbarkeit der Firma (dazu GUHL/KUMMER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., 1991, S. 782; ROLAND BÜHLER, a.a.O., S. 126 ff.; missverständlich BGE 103 Ib 11 E. 2 S. 14). Dieser Grundsatz muss erst recht gelten, wenn materiellrechtlich keine Rechtsnachfolge vorliegt. Dass hinsichtlich der Übertragung der Firma zwischen den beiden Gesellschaften keine ausdrückliche Vereinbarung abgeschlossen wurde, ändert an der Unzulässigkeit des Vorgehens nichts. Hat die Klägerin gegen gesetzliche Bestimmungen über die Firmenbildung verstossen, so haftet sie aus Art. 41 OR für den Schaden, welcher Dritten aus der Verwendung der täuschenden Firma erwachsen ist. Voraussetzung dafür ist ein Verschulden, wobei auch Eventualvorsatz genügt. Schaden kann Dritten unter anderem verursacht werden, dass diese - wie die Beklagte - gestützt auf die vermeintliche Identität Ansprüche, welche ihnen gegenüber der früher so bezeichneten Gesellschaft zustehen, fälschlicherweise gegenüber der neu gegründeten Gesellschaft geltend machen. Der Schaden besteht in erster Linie aus den bis zu jenem Zeitpunkt aufgelaufenen Verfahrenskosten, an dem die fehlende Identität zweifelsfrei aufgedeckt wird. Sollte die Verzögerung der Rechtsverfolgung gegenüber der tatsächlichen Schuldnerin zu einem Ausfall führen, so ist auch der Schaden zu berücksichtigen, welcher sich aus der zwischenzeitlichen Verschlechterung ihrer Vermögenssituation ergibt. Schuldhaft ist das Verhalten der jüngeren Gesellschaft insbesondere auch, wenn sie im Fall der Belangung für Verbindlichkeiten, die nicht sie betreffen, den Gläubiger nicht unverzüglich über die fehlende Identität aufklärt. c) Aus der Funktion der Firma und dem firmenrechtlichen Täuschungsverbot fliesst auch die Firmengebrauchspflicht (BGE 103 IV 202 E. 1 mit Hinweisen; GUHL/KUMMER/DRUEY, a.a.O., S. 787; ROLAND BÜHLER,

a.a.O., S. 132 ff.). Die Verletzung der Firmengebrauchspflicht ist strafbar. Bis Ende 1994 war dies im Bundesgesetz

betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923 geregelt; seit dem 1. Januar 1995 gilt Art. 326ter StGB. Strafbar macht sich insbesondere, wer für ein im Handelsregister eingetragenes Geschäft eine Firma verwendet, die mit der im Handelsregister eingetragenen nicht übereinstimmt und die irreführen kann. Gegen diese Firmengebrauchspflicht haben sowohl die Klägerin wie auch die Vertragspartnerin der Beklagten verstossen, indem beide Gesellschaften im Geschäftsverkehr allgemein und auch in der Korrespondenz mit der Beklagten nur die im Handelsregister nicht eingetragene Abkürzung "S.FM AG" verwendeten. Unter dieser Firmenbezeichnung erfolgten die Schreiben vom 4. Oktober 1991 und 4. Februar 1992, in denen die Vertragspartnerin die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises ablehnte. Im Februar 1993 wurde unter dem Logo "S.FM Service Financier & Management" ein zweiseitiges Unternehmensprofil herausgegeben, in welchem sich die Klägerin als "S.FM S.A." bzw. "S.FM AG" bezeichnete und die nunmehrige SFM & Associés SA unzutreffenderweise als Tochtergesellschaft anführte. Unter dem genannten Kürzel hat die Klägerin im Rechtsöffnungsverfahren auch Rechtsschriften eingereicht.
Diese Verletzung der Firmengebrauchspflicht stellt ebenfalls ein widerrechtliches Verhalten dar, für welches die Klägerin der Beklagten aus Art. 41 OR haftet. Als Schaden, welcher dadurch verursacht wurde und zu ersetzen ist, kommen die gleichen finanziellen Nachteile in Betracht wie bei der Verletzung des firmenrechtlichen Täuschungsverbots (vgl. Erwägung 4b hiervor). d) Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs wirft das Handelsgericht der Klägerin hinsichtlich ihres prozessualen Verhaltens ein unzulässiges venire contra factum proprium vor. Sowohl in der vorprozessualen Korrespondenz wie auch im Rechtsmittelverfahren und in der Begründung der Aberkennungsklage habe sich die Klägerin mit dem Bestand der Forderung der Beklagten aus dem Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 materiell auseinandergesetzt, Gegenansprüche zur Verrechnung angemeldet und auch eine vergleichsweise Saldozahlung angeboten. Erst wenige Tage vor der Hauptverhandlung habe sie erstmals erklärt, bezüglich der Forderung der Beklagten nicht passivlegitimiert zu sein, und an der Hauptverhandlung vom 23. März 1995 die entsprechenden Handelsregisterauszüge eingereicht. Der Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot gelten auch im Zivilprozessrecht (BGE 111 II 62 E. 3; 107

Ia 206 E. 3a; BGE 105 II 149 E. 3, je mit Hinweisen). Betrifft der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs Vorschriften des kantonalen Prozessrechts, so kann darauf im Berufungsverfahren nicht eingetreten werden (BGE 111 II 62 E. 3 am Ende). Deshalb macht die Beklagte zu Recht nicht geltend, das Handelsgericht hätte in Abweichung von Art. 92 Abs. 1 der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (ZPO/BE), - welche Bestimmung den Parteien gestattet, die Angriffs- und Verteidigungsmittel bis und mit den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung zu ergänzen oder zu berichtigen - die sehr späte, aber immer noch rechtzeitige Bestreitung der Passivlegitimation wegen des Verstosses gegen Art. 2 ZGB prozessual gar nicht mehr zulassen dürfen. Im Bereich des Prozessrechts besteht generell wenig Raum, infolge Rechtsmissbrauchs von klaren Verfahrensvorschriften abzuweichen (BGE 107 Ia 206 E. 3b). Für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kennt das Zivilprozessrecht eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf Art. 2 ZGB entbehrlich machen. Insbesondere kann der sehr späte Zeitpunkt der massgeblichen Vorbringen durch eine Prozesspartei bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden. Bei Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Gesetzesbestimmung besteht diese

Möglichkeit, wenn das kantonale Prozessrecht die Kostenverlegung nach Unterliegen und Obsiegen nur "in der Regel" vorsieht und keine abschliessende Aufzählung der Ausnahmen enthält. Die aufgelaufenen Aufwendungen können auch unnötig verursachte Umtriebe darstellen, welche unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Verursacher aufzuerlegen sind. Im vorliegenden Fall werden von der Beklagten gerade die Prozesskosten, welche wegen der sehr spät erhobenen Einrede der fehlenden Passivlegitimation aufgelaufen sind, ins Feld geführt, um das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs darzutun. Die bernische Zivilprozessordnung sieht in Art. 58 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass vom Grundsatz der Kostenverlegung nach Unterliegen abgewichen werden kann bei Vermehrung der Prozesskosten durch unnötige Weitläufigkeiten. Dazu zählt die Praxis auch das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln (LEUCH/MARBACH/ KELLERHALS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., 1995, N. 6 zu Art. 58). Selbst wenn die hier massgebende Zivilprozessordnung keine ausdrückliche Bestimmung enthielte, auf welche sich trotz Gutheissung der Aberkennungsklage die Überbindung von Kosten an die Klägerin stützen liesse, müsste berücksichtigt werden, dass die Klägerin für die verursachten Kosten bereits aus

Art. 41 OR schadenersatzpflichtig ist (vgl. Erwägung 4b und c hiervor). Ein Kostenerstattungsbegehren der Klägerin wäre deshalb insoweit rechtsmissbräuchlich, als sie das Zugesprochene der Beklagten als Schadenersatz gleich wieder zurückerstatten müsste (MERZ, Berner Kommentar, N. 365 zu Art. 2 ZGB). Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens werden im übrigen von der Gutheissung der Aberkennungsklage nicht berührt. Das Rechtsöffnungsverfahren ist ein in sich abgeschlossenes Verfahren, und die Aberkennungsklage stellt nicht dessen Fortsetzung dar. Das Rechtsöffnungsverfahren ist eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit, während die Aberkennungsklage eine materiellrechtliche Klage mit Auswirkungen auf die hängige Betreibung darstellt (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., 1984, Bd. I, S. 230 und 269 f.). Diese im Bundesrecht verankerte unterschiedliche Rechtsnatur der Klagen schliesst eine Neuverlegung der Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens bei Gutheissung der Aberkennungsklage nach gewährter provisorischer Rechtsöffnung aus. Den Fortbestand des formell rechtskräftigen Kostenspruchs des Rechtsöffnungsverfahrens davon abhängig zu machen, dass die Aberkennungsklage nur aufgrund von Tatsachen gutgeheissen wird, die erst nach Einleitung der Betreibung eingetreten sind (so FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., S. 272), ist nicht begründet. Dem Betriebenen steht es frei, ob er sich einem gestellten Rechtsöffnungsbegehren widersetzen oder dieses unter Vorbehalt der Aberkennungsklage anerkennen will. Es ist deshalb auch sachlich gerechtfertigt, ihn mit den Folgen seines Unterliegens im Rechtsöffnungsverfahren definitiv zu belasten; eine Gutheissung der gewöhnlichen Forderungsklage des Gläubigers nach verwehrter Rechtsöffnung führt ebensowenig zu einer Neuverlegung der Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens. Sowohl die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens wie auch jene des erstinstanzlichen Verfahrens der Aberkennungsklage können somit, soweit dies aufgrund des Verhaltens der Klägerin als angezeigt erscheint, aufgrund der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ihr überbunden werden. Um diesbezüglich zu einem das Gerechtigkeitsempfinden befriedigenden Ergebnis zu gelangen, ist es also nicht erforderlich, die Einrede der fehlenden Passivlegitimation als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen. e) Die Nichtbeachtung der fehlenden Passivlegitimation wird vom Handelsgericht schliesslich damit begründet, dass der juristischen Selbständigkeit beider Gesellschaften im tatsächlichen Verhalten der Klägerin und insbesondere im Verhalten des beide Gesellschaften

beherrschenden Hanspeter Studer wenig Beachtung geschenkt worden sei. Trotz juristischer Selbständigkeit

seien die beiden Unternehmen weitgehend im Sinn eines Konzerns als eine wirtschaftliche Einheit geführt worden. Hinsichtlich der Trägerschaft von Rechten und Pflichten ist auch bei verbundenen Unternehmen von der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften auszugehen. Eine Haftung der Muttergesellschaft gegenüber den Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaften kann sich aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus erwecktem Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft ergeben (BGE 120 II 331 ff.). Die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen beruht dabei auf der gleichen allgemeinen Rechtsfigur wie die Haftung für culpa in contrahendo und ist an strenge Voraussetzungen gebunden. Der von der Muttergesellschaft geschaffene Vertrauenstatbestand bezieht sich auf die Bonität der Tochtergesellschaft sowie allenfalls deren Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit im Geschäftsgebaren (so BGE 120 II 331 E. 5a). Das den Vertrauenstatbestand begründende Verhalten kann auch erst nach dem Vertragsabschluss des Dritten mit der Tochtergesellschaft erfolgen. Die Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem Konzernverhalten begründet indes nicht eine Passivlegitimation der Muttergesellschaft anstelle oder neben jener der Tochtergesellschaft für die gegenüber letzterer bestehenden Forderungen; vielmehr haftet die Muttergesellschaft für den Schaden, welcher dem Dritten aus der treuwidrigen Enttäuschung der geweckten Erwartungen erwächst (BGE 120 II 331 E. 5a S. 336 f.). Die Klägerin ist nicht Muttergesellschaft der Vertragspartnerin der Beklagten, sondern deren Tochtergesellschaft. Dass unter besonderen Umständen auch eine Tochtergesellschaft einen Vertrauenstatbestand bezüglich ihrer Muttergesellschaft schaffen kann, ist nicht von vornherein auszuschliessen. Gegenstand der Aberkennungsklage bildet jedoch nicht ein Schaden, welcher der Beklagten aus einem solchen Vertrauenstatbestand erwachsen sein soll, sondern die Forderung der Beklagten aus dem Kaufvertrag vom 12. Mai 1991. Über einen allfälligen Anspruch aus erwecktem Konzernvertrauen könnte aus prozessualen Gründen im vorliegenden Verfahren daher gar nicht entschieden werden. Im übrigen war es klarer Wille der Vertragsbeteiligten, dass für die Forderung aus dem Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 einzig die nunmehr als SFM & Associés SA firmierende Gesellschaft haften sollte (vgl. Erwägung 4a hiervor). Sofern das spätere Verhalten der Klägerin bei Auslegung nach dem

Vertrauensprinzip nicht als Schuldübernahme bzw. Schuldbeitritt oder Garantieversprechen ausgelegt werden kann, kann auch nicht über einen angeblich erweckten anderen Vertrauenstatbestand eine unmittelbare Haftung der Klägerin für diese Forderung begründet werden. Weder eine irgendwie geartete nachträgliche Sphärenvermischung noch der Umstand, dass nach der Gründung der Klägerin die beiden Unternehmungen von den Verantwortlichen selbst als eine Einheit betrachtet wurden, vermag eine Abweichung vom klaren Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu rechtfertigen. Die im angefochtenen Urteil angeführten Entscheide des Handelsgerichts und des Bundesgerichts können am Ergebnis nichts ändern, da sich die Ausgangslage in den erwähnten Entscheiden - soweit bekannt - anders darstellte. f) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass keine Gründe bestehen, deretwegen die Berufung der Klägerin auf ihre fehlende Passivlegitimation hinsichtlich der Forderung der Beklagten aus dem Kaufvertrag vom 12. Mai 1991 als rechtsmissbräuchlich erscheint. Die Beklagte kann ihre Forderung nach wie vor gegenüber der SFM & Associés SA als klar gewollte tatsächliche Vertragspartnerin geltend machen. Es trifft zu, dass der Beklagten durch das Verhalten der Klägerin erhebliche Aufwendungen, insbesondere Prozesskosten erwachsen sind. Mit ihrem Verhalten verstiess die Klägerin in mehrfacher Hinsicht gegen gesetzliche Bestimmungen, so dass sie für den dadurch adäquat verursachten Schaden haftet. Die prozessrechtlichen Bestimmungen erlauben bereits eine teilweise Überbindung dieser Aufwendungen an die Klägerin, so dass der Beklagten insoweit gar kein Schaden entsteht; hinsichtlich der Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens liegt ein entsprechender endgültiger Kostenspruch vor. Über allfällige Schadenersatzansprüche der Beklagten kann im vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden, da einzig ihre vertragliche Forderung Gegenstand der Aberkennungsklage bildet. Das angefochtene Urteil des Handelsgerichts ist somit aufzuheben und die Aberkennungsklage der Klägerin infolge fehlender Passivlegitimation für die streitige Forderung gutzuheissen.