

Überkommene und andere Gedanken zu Art. 934 OR

Prof. Dr. Peter Gauch, Freiburg

Inhalt

- I. Grundsätzliches
- II. Einfaches und zusammengesetztes Geschäft
- III. Der Ort der Geschäftseintragung
- IV. Geschäftseintragung des Art. 934 OR und Eintragung eines Verbandes
- V. Eintragung eines Geschäftes mit ausländischem Inhaber
- VI. Einfache Gesellschafter als Inhaber eines Geschäftes

Art. 934 OR enthält die allgemeinste Eintragungsvorschrift des schweizerischen Handelsregisterrechts. Er lautet:

«*Wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, seine Firma am Orte der Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen*» (Abs. 1).

«*Wer unter einer Firma ein Geschäft betreibt, das nicht eintragungspflichtig ist, hat das Recht, sie am Orte der Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen*» (Abs. 2).

Diese Vorschrift greife ich heraus, um meinem Kollegen und Freund *Walter R. Schluop* die Geburtstagsgabe zu bereiten. Es handelt sich um einen theoretisch-systematischen Beitrag, worin ich überkommene und andere Gedanken zu Art. 934 OR äussere. Zum Teil stütze ich mich hiebei auf meine eigene Habilitationsschrift¹. Insofern verstosse ich gegen das ungeschriebene Verbot der Wiederholung. *Walter Schluop* wird mir den Verstoss gewiss verzeihen, wenn er weiss, dass ich mit meinem Beitrag nochmals für jene reiche Zeit danken möchte, in der er mich als zuteiliger Nationalfonds-Pate nicht nur auftragsgemäss kontrollierte, sondern immer wieder mit Rat und Tat ermutigte. Mein Beitrag ist so etwas wie ein Stück Erinnerung an den Beginn einer Freundschaft; zugleich ist er aber auch Ausdruck meiner Verehrung für einen akademischen Lehrer, der mir durch seinen Einsatz für den Schüler zum Vorbild wurde. In der Hoffnung auf die Nachsicht des Lehrers wage ich mich nun mit dem vorliegenden Artikel unter die Schar der Gratulanten. Zunächst (I.) befasse ich mich mit dem «Grundsätzlichen», dann (II.–VI.) mit einigen Einzelfragen².

¹ *P. Gauch*, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974.

² Wertvolle Anregungen und Hinweise verdanke ich Herrn *Eduard Achermann* vom eidgenössischen Amt für das Handelsregister. Die Mitarbeiter dieses Amtes sind immer wieder zum Gedankenaustausch bereit. Das ist so selbst-

I. Grundsätzliches

Die erste grundsätzliche Frage, die sich stellt, ist

1. die Frage nach dem Adressaten des Art. 934 OR. Wie der Artikel selber zum Ausdruck bringt, richtet er sich an *jedermann*, der ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Abs. 1) oder ein anderes («nicht eintragungspflichtiges») Geschäft (Abs. 2) betreibt (vgl. BGE 56 I 376 und 57 I 321 f. zu Art. 865 aOR). Der Vorschrift unterstehen also nicht nur natürliche Personen, wie von einem Teil der Lehre angenommen wird³. Nicht nur «Einzelfirmen» sind kaufmännische Gewerbe oder andere Geschäfte im Sinne des Art. 934 OR (daher zu eng: Art. 10 Abs. 1 lit. a HRegV). So hat das Bundesgericht z. B. auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit kaufmännischem Gewerbe der Bestimmung des Art. 52 Abs. 1 HRegV (= Art. 934 Abs. 1 OR) unterstellt (BGE 80 I 383 ff.).

Einschränkend ist allerdings beizufügen: Art. 934 OR kommt nur dann zur Anwendung, wenn ihm keine besonderen Eintragungsbestimmungen vorgehen. Praktische Bedeutung hat diese Einschränkung für juristische Personen sowie für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften des schweizerischen Privatrechts (dazu IV.).

2. Art. 934 Abs. 1 OR spricht von «Gewerbe», Art. 934 Abs. 2 von «Geschäft». *Geschäft und Gewerbe* im Sinne des Art. 934 OR sind identische Begriffe, stimmen also inhaltlich überein⁴. Jedes Geschäft ist ein Gewerbe und umgekehrt.

Wer ein Geschäft (Gewerbe) «betreibt» (Art. 934 OR), ist Geschäftsinhaber. Er ist Inhaber einer *Leistungseinheit, die für Dritte und gegen Entgelt Sachgüter oder*

verständlich nicht, wenn man an das bisweilen gestörte Verhältnis zwischen Theorie und Praxis denkt. Die Theoretiker meinen, «dass die Praxis zu wenig theoretisch, die Praktiker, dass die Theorie zu wenig praktisch sei» (*R. v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Nachdruck 1975, S. 100).

³ Z. B. *His*, Berner Kommentar, 1940, N 66 zu Art. 934 OR; demgegenüber richtig: *R. Patry*, in: Schweiz. Privatrecht VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S. 131 und 132.

⁴ So auch: *A. Meier-Hayoz*, SAG 45, 1973, S. 9; *His*, zit. in Anm. 3, N 13 zu Art. 934 OR (demgegenüber N 92 zu Art. 934 OR); BGE 39 II 42 und die Bemerkungen zu Art. 69 HRegV im Bericht zum Revisionsentwurf vom 8. 2. 1937 für die Handelsregisterverordnung; ferner bereits *U. Stampa*, zit. in Anm. 26, Nr. 74. Anderer Meinung offenbar: *R. v. Graffenried*, Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, Diss. Bern 1952, S. 17.

Dienstleistungen produziert. In dieser Leistungseinheit⁵ (dem «Betrieb»: BGE 70 I 207; Art. 52 Abs. 2 HRegV) besteht das Geschäft (das Gewerbe) des Art. 934 OR. Durch sie entfaltet der Inhaber «eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit» (Art. 52 Abs. 3 HRegV). Diese Tätigkeit wird in der Definition des Art. 52 Abs. 3 HRegV herausgegriffen und – pars pro toto – an die Stelle des ganzen Geschäftes gesetzt. Zur weiteren Klärung sind vier Punkte anzufügen:

- Das Geschäft ist dem Gesagten zufolge eine Erscheinungsform der Leistungseinheit. Jede *Leistungseinheit* (auch das Geschäft) besteht in einer Produktionseinheit (z.B. einer Fabrik, einer Werkstatt, einem Reisebüro, einem Handelsbetrieb). In ihr sind verschiedene Produktionsfaktoren zur Produktion von Sachgütern oder Dienstleistungen (!) verbunden. Sie bildet eine Einheit von Sachen und Arbeitskräften, die an, mit oder in diesen Sachen arbeiten. Möglicherweise ist der Inhaber zugleich die einzige Arbeitskraft.
- Das Geschäft des Art. 934 OR ist eine *nicht-staatliche Leistungseinheit*, die von ihrem Inhaber in der Weise betrieben wird, dass die *Rechtsverhältnisse mit den Leistungsempfängern privatrechtlicher Natur* sind. Nicht-staatlich ist das Geschäft in dem Sinne, als es niemals den Staat (Bund, Kanton oder Gemeinde) zum Inhaber hat. Der Staat selbst betreibt keine Geschäfte nach Art. 934 OR. Wohl aber können andere juristische Personen des öffentlichen Rechts (also nicht nur «Private») Inhaber eines Geschäftes und damit Adressaten des Art. 934 OR sein (vgl. BGE 80 I 183ff.; 57 I 315ff.; VEB 16, 1942/43, Nr. 2; HRegV Art. 10 Abs. 1 lit. k)⁶. Doch gilt auch für die Leistungseinheit einer öffentlichen Verbandsperson die Regel: Sie ist nur dann ein Geschäft (Gewerbe) nach Art. 934 OR, wenn die Rechtsverhältnisse zwischen Inhaber und Leistungsempfänger dem privaten (nicht öffentlichen) Recht unterstehen. Diese Einschränkung ergibt sich daraus, dass das Handelsregister nach seinem Zwecke dazu bestimmt ist, dem privatrechtlichen Verkehr zu dienen⁷.

⁵ Der Begriff «Leistungseinheit», wie er hier verstanden wird, ist jüngerer Ursprungs. Verwendet wird er z.B. auch von *Walter R. Schlupe*, *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation*, Referate des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1973, S. 251.

⁶ Nach der Ausdrucksweise der Handelsregisterverordnung handelt es sich hiebei um «Institute auf Rechnung öffentlicher Gemeinwesen» (Art. 10 lit. k HRegV). Diese Bezeichnung ist wenig präzise, mag sie auch zunächst von Bundesrat (*U. Stampa*, zit. in Anm. 26, S. 154f.) und Bundesgericht (BGE 57 II 321) verwendet worden sein.

⁷ Vgl. BGE 57 I 321; *His*, zit. in Anm. 3, N 7f. zu Art. 927 OR; *W. Schmid*, SJZ 49, 1953, S. 91.

– Die «*wirtschaftliche Tätigkeit*», die der Inhaber durch die Leistungseinheit seines Geschäftes entfaltet, besteht in deren Produktionstätigkeit. Sie erfolgt rechtlich «selbständig», d.h. auf Rechnung und Gefahr des Inhabers («à ses risques et périls»: BGE 91 I 143)⁸. Und zwar erfolgt sie gegen Entgelt: auf der Basis von Leistung und Gegenleistung. Denn das Geschäft produziert im Hinblick auf dauernden Erwerb (Art. 52 Abs. 3 HRegV), somit im Hinblick auf wiederkehrende Gegenleistungen Dritter. Nicht erforderlich ist, dass die Produktion der Gewinnerzielung dient (BGE 56 I 127; 61 I 308; 80 I 384; BBl 1904 I S. 430f.)⁹.

– Das Geschäft (Gewerbe) des Art. 934 OR mag als *Unternehmen* (auch Unternehmung oder franz.: «*entreprise*») bezeichnet werden¹⁰. Wer diese in Art. 934 OR nicht verwendete Bezeichnung bevorzugt, der muss sich allerdings eines Zweifachen bewusst bleiben:

Erstens: Was ein Geschäft (Gewerbe) im Sinne des Art. 934 OR ist, das bestimmt sich durch Auslegung dieses Artikels, unter Einbezug des Art. 52 HRegV, der ihn präzisiert (vgl. Abs. 3). Irgendwelche allgemeine Unternehmensbegriffe sind untauglich, um die Merkmale des Geschäftes nach Art. 934 OR zu bestimmen.

Zweitens: Durch die Gleichstellung von Geschäft (Art. 934 OR) und Unternehmen wird kein rechtlicher Unternehmensbegriff gewonnen, der über das Handelsregisterrecht hinaus für sämtliche Rechtsgebiete allgemeine Bedeutung hätte. Ein einheitlicher Unternehmensbegriff ist dem schweizerischen Recht überhaupt fremd. Soweit das Gesetz den Begriff in einzelnen Bestimmungen verwendet, muss dessen Inhalt durch Auslegung der jeweils anwendbaren Rechtsätze ermittelt werden¹¹. Im übrigen ist der Begriff

⁸ Das gilt, was hier pro memoria anzufügen ist, auch für die Produktionstätigkeit der Zweigniederlassung (Art. 935 OR). Auch sie ist eine rechtlich selbständige Tätigkeit des Inhabers, auf dessen Rechnung und Gefahr sie geschieht. Schon deshalb kann die Zweigniederlassung nicht als Beispiel dafür dienen, «dass man auch eine rechtlich abhängige Tätigkeit als Gewerbe im Sinne des Art. 52 Abs. 3 HRegV ansehen kann» (so aber: *R. Patry*, zit. in Anm. 3, S. 74). Dazu kommt, dass die Zweigniederlassung gar kein Geschäft (Gewerbe) im Sinne der Art. 934 OR/52 HRegV ist, sondern Bestandteil eines solchen (vgl. hinten im Text).

⁹ Zu den Einzelheiten vgl. die Ausführungen bei *Meier-Hayoz/Forstmoser*, *Grundriss des Schweiz. Gesellschaftsrechts*, 2. Aufl., Bern 1976, S. 107ff., und *R. Patry*, zit. in Anm. 3, S. 72ff.; ferner das *Kreisschreiben* des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 7.6.1937, BBl 1937, II, S. 817f.

¹⁰ Vgl. z.B. *R. Patry*, zit. in Anm. 3, S. 70ff.; ferner auch die Randtitel zu Art. 71 und 75 HRegV.

¹¹ Vgl. dazu auch *Walter R. Schlupe*, *Mitbestimmung?*, Zürich 1971, S. 12: «... Dieses technische Verfahren ver-

rechtlich nicht festgelegt. Er ist vielmehr unmittelbar aus den Lebensverhältnissen zu gewinnen; und zwar derart, dass für die einzelnen Rechtsfragen, die sich im «Unternehmensrecht» de lege lata oder de lege ferenda stellen, vom jeweils richtigen Phänomen ausgegangen wird¹². Nicht die Bildung eines einheitlichen Unternehmensbegriffes tut der Rechtswissenschaft not¹³, sondern die richtige Erfassung der Lebenswirklichkeit und der damit zusammenhängenden Rechtsfragen.

3. *Geschäftsinhaber* kann nur sein, wer rechtsfähig ist. Entweder ist er eine natürliche Person oder ein rechtsfähiger Verband: eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft.

Rechtsfähige Personengesellschaften sind nach schweizerischem Recht: die Kollektivgesellschaft (Art. 552ff. OR) und die Kommanditgesellschaft (Art. 594ff. OR)¹⁴, nicht aber die einfache Gesellschaft (Art. 530ff. OR). Die einfache Gesellschaft als solche fällt als Inhaberin eines Geschäftes ausser Betracht.

Vom Geschäftsinhaber klar zu unterscheiden ist das Geschäft, das der Inhaber betreibt. Zwar gehört das

unmöglich, einen durchgängigen Rechtsbegriff 'Unternehmen' zu gewinnen, weil Sinn, Zweck und Zusammenhang der in Frage stehenden Normen je eigenständige Unternehmensbegriffe zeitigen müssen. Gewiss wird man in diesen einzelnen Ausprägungen einen gemeinsamen Kern erkennen können. Allein darauf kommt es gerade nicht an, weil der Rechtsanwender die fragliche Norm anzuwenden und nicht nach einem allgemeinen Unternehmensbegriff zu fahnden hat».

¹² Vgl. auch *Walter R. Schlupe*, zit. in Anm. 11, S. 8: «Wer von der Unternehmung handelt, hat es zunächst nicht mit einem Rechtsbegriff, sondern mit einer *Erscheinung der Lebenswelt* zu tun. Eine phänomenologische Betrachtung erweist, was gemeint ist...».

¹³ Dies, obwohl die Versuche der Lehre, einen einheitlichen Rechtsbegriff «Unternehmen» zu prägen, kaum mehr überblickbar sind (*Walter R. Schlupe*, zit. in Anm. 11, S. 14, mit zahlreichen Nachweisen).

¹⁴ Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, für Schaden haften, vor Gericht klagen oder verklagt werden (Art. 562, 567 Abs. 3, 602 und 603 OR), wobei sie selber (also nicht die Gesellschafter) Träger der betreffenden Rechte und Pflichten sind (demgegenüber BGE 99 III 2 mit Verweisungen). Mit andern Worten: sie sind Rechtssubjekte (vgl. BGE 56 III 135) mit selbständiger Persönlichkeit gegenüber Dritten (*Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweiz. OR, 6. Aufl., Zürich 1972, S. 535. Anderer Meinung z.B.: BGE 53 I 127; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 61, die aber immerhin einräumen, dass die genannten Gesellschaften in gewissen Bereichen so behandelt werden, wie wenn sie rechtsfähig wären). Trotz ihrer Rechtsfähigkeit sind diese Gesellschaften jedoch keine juristischen Personen im Sinne des Gesetzes (Art. 52ff. ZGB).

Geschäft einer (natürlichen oder juristischen) Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft. Selber aber ist es weder Person noch Personengesellschaft. Überhaupt ist es nicht rechtsfähig. Und es braucht auch de lege ferenda nicht mit Rechtsfähigkeit ausgestattet zu werden, wenn es nur darum gehen soll, den Geschäftsgläubigern in der Zwangsvollstreckung eine vorzugsweise Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen zu sichern¹⁵. Ist eine solche Bevorzugung tatsächlich erwünscht, so genügt eine einfache Gesetzesbestimmung, wonach sich die Geschäftsgläubiger in der Zwangsvollstreckung gegen den Inhaber aus den Aktiven des Geschäftsvermögens zum voraus befriedigen können, wie es z.B. die Pfandgläubiger aus dem Pfand tun können.

4. Nach Art. 934 OR ist der Geschäftsinhaber verpflichtet (Abs. 1) oder zumindest berechtigt (Abs. 2), seine «Firma» in das Handelsregister eintragen zu lassen. Diese Eintragung der «Firma» ist eine *Geschäftseintragung*:

Mit der «Firma», auf die sich die Eintragung nach Art. 934 OR bezieht, ist nicht der blosse Firmenname (die Geschäftsfirma im Sinne der Art. 944ff. OR) gemeint, sondern das Geschäft überhaupt¹⁶. *Eingetragen wird ein ganzes Bündel von Sachverhalten* (von tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen), *die mit Bezug auf das Geschäft im Verkehr interessieren*. In der Eintragung dieser Sachverhalte besteht die Eintragung des Geschäftes (der «Firma»), die Art. 934 OR vorschreibt (Abs. 1) oder erlaubt (Abs. 2). Sie ist denn auch gemeint mit dem Ausdruck «Eintragung einer Firma», den die Marginalie zu Art. 934-936 OR verwendet.

Im Hauptregister (Art. 12 HRegV) erfolgt die so verstandene Geschäftseintragung auf einem Registerblatt, das dem Geschäftsinhaber (und nur diesem) zugeteilt ist (vgl. Art. 13 Abs. 1 HRegV). Daraus erklärt sich die häufig gebrauchte Redewendung, wonach der Geschäftsinhaber gemäss Art. 934 OR verpflichtet oder berechtigt ist, «sich» in das Handelsregister eintragen zu lassen (vgl. z.B. Art. 52 Abs. 1 HRegV).

5. Der *Gegenstand der Geschäftseintragung* nach Art. 934 OR besteht dem Gesagten zufolge in Sachverhalten, die mit Bezug auf das Geschäft interessieren. Um welche Sachverhalte es sich handelt, wird in Art. 934 OR jedoch nicht gesagt. Überhaupt enthält das positive Handelsregisterrecht (Gesetz und Verordnung) keine Einzelbe-

¹⁵ Vgl. zu diesem Postulat *R. Patry*, zit. in Anm. 3, S. 120.

¹⁶ *His*, zit. in Anm. 3, N 6ff. zu Art. 934 OR; unrichtig daher die französische Übersetzung des Art. 934 OR (*His*, a.a.O.).

stimmung, welche die nach Art. 934 einzutragenden Sachverhalte zusammenfassend aufzählen würde (vgl. demgegenüber noch Art. 27 der HRegV von 1890). Das ist zweifellos ein Mangel des positiven Rechts, der umso mehr auffällt, als für andere Eintragungen (z.B. Eintragungen von Gesellschaften¹⁷ oder Zweigniederlassungen¹⁸) der Eintragungsgegenstand in Gesetz oder Verordnung «katalogmässig» umschrieben wird.

Trotz dieses Mangels steht für die Praxis¹⁹ fest, dass jedenfalls die folgenden Sachverhalte zum Gegenstand der Geschäftseintragung gehören: Inhaber des Geschäftes samt Personalangaben (Art. 40 HRegV); Geschäftsfirma (Art. 944ff. OR) und Enseigne (Art. 48 HRegV); Geschäftssitz und Geschäftslokal(e) (Art. 42 HRegV); Natur des Geschäftes (Art. 42 HRegV); Vertretungsverhältnisse (Zeichnungsberechtigte, z.B. Art. 458 OR) und allenfalls weitere Sachverhalte nach Art. 20 Abs. 2 HRegV²⁰.

6. Der *Eintragungsgrund*, von dem Art. 934 OR ausgeht und der die Geschäftseintragung innerlich rechtfertigt, liegt im Bestand eines Geschäftes. Wird das Geschäft (Gewerbe) nach kaufmännischer Art geführt (Art. 53–56 HRegV), so ist der Inhaber nach Art. 934 OR zur Eintragung verpflichtet (Abs. 1), sonst nur berechtigt (Abs. 2). *Pflicht und Recht zur Geschäftseintragung* nach Art. 934 OR bestehen indessen bloss dann, wenn drei zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der gesetzlich bestimmte Eintragungsort muss in der Schweiz liegen. Er befindet sich am Hauptsitz des Geschäftes; in Art. 934 OR wird er als «Ort der Hauptniederlassung» bezeichnet (dazu III.).
- Das Geschäft muss in der Schweiz nach aussen in Erscheinung treten. Denn für das schweizerische Registerrecht besteht kein Anlass, sich mit einem Geschäft zu befassen, das in der Schweiz keinerlei Tätigkeit nach aussen entfaltet²¹.

¹⁷ Statt vieler: Art. 554 und 641 OR.

¹⁸ Art. 71 HRegV; vgl. aber Art. 75 HRegV.

¹⁹ Vgl. etwa die Hauptkarte «Einzelfirmen» des Handelsregisters Aargau.

²⁰ Gehört zum Geschäft eine eingetragene Zweigniederlassung, so wird deren Eintragung, Sitzverlegung innerhalb des Registerbezirks und Löschung auf dem Registerblatt der Geschäftseintragung *vorgemerkt* (Art. 76 Abs. 1 HRegV). Die Vormerkung dient nur, aber immerhin, der geordneten Registerführung und bleibt ohne Veröffentlichung im Handelsamtsblatt (*His*, zit. in Anm. 3, N 31 zu Art. 932 OR). Sie wird daher auch als «Ordnungsnotiz» bezeichnet (z.B. *Th. Jordi*, Begriff und Rechtsstellung der Zweigniederlassung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1928, S. 71).

²¹ Vgl. *G. Weiss*, Zum schweizerischen Aktienrecht, Einleitung, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 385, Bern 1968, N 480.

- Art. 934 OR muss überhaupt anwendbar sein, was bedingt, dass keine besonderen Eintragungsbestimmungen vorgehen.

II. Einfaches und zusammengesetztes Geschäft

Das Geschäft (Gewerbe), mit dem sich die Eintragungsvorschrift des Art. 934 Abs. 1 und 2 OR befasst, ist entweder ein einfaches oder ein zusammengesetztes Geschäft:

1. *Das einfache Geschäft* besteht aus einer einzigen Leistungseinheit (z.B. einer Verkaufsstätte, einer Werkstatt, einer Tankstelle), die sich nicht aus mehreren Leistungseinheiten zusammensetzt. Möglicherweise ist es ein blosser Einmann-Betrieb.

2. *Das zusammengesetzte Geschäft* besteht aus verschiedenen Leistungseinheiten (z.B. Verkaufsstätten) *desselben Inhabers*, die verbunden sind, um fortdauernd miteinander zu wirtschaften. Sie unterstehen einer gemeinsamen Leitung (der Gesamtleitung) und bilden in ihrer Verbindung eine umfassendere Wirtschafts-(Leistungs-)einheit: das zusammengesetzte Geschäft (z.B. einen Warenhausbetrieb mit Verkaufsstätten in Zürich, Freiburg und Lengnau). Selber sind sie keine Geschäfte (Gewerbe) im Sinne des Handelsregisterrechts. Denn nach Art. 934 OR ist Geschäft (Gewerbe) stets die ganze Leistungseinheit eines Geschäftsinhabers, nicht auch der einzelne Bestandteil dieser Einheit.

3. *Auch das zusammengesetzte Geschäft fällt dem Gesagten zufolge unter die Eintragungsvorschrift des Art. 934 OR*. Liegen die Voraussetzungen vor, so muss es (Abs. 1) oder darf es (Abs. 2) in das Handelsregister eingetragen werden. Beizufügen sind folgende drei *Einzelpunkte*:

- Das zusammengesetzte Geschäft ist zu unterscheiden von zwei verwandten Tatbeständen. Es sind dies:
 - a) *Der Tatbestand des mehrfachen Geschäftsbetriebes mit einem Inhaber* (z.B. BGE 70 I 205ff.). Er besteht darin, dass ein Geschäftsinhaber verschiedene Geschäfte betreibt. Diese Geschäfte sind Leistungseinheiten, die zwar ebenfalls (wie die Leistungseinheiten des zusammengesetzten Geschäftes) dem gleichen Inhaber gehören. Doch sind sie nicht durch eine gemeinsame Gesamtleitung dauernd zu einer grösseren Wirtschaftseinheit verbunden. Art. 934 OR kommt, die übrigen Voraussetzungen unterstellt, auf jedes der Geschäfte zur Anwendung.
 - b) *Der Konzerntatbestand*. Wie beim zusammengesetzten Geschäft sind

auch hier verschiedene Leistungseinheiten unter einer gemeinsamen Gesamtleitung dauernd zu einer grösseren Wirtschaftseinheit, zum Konzern, verbunden; doch gehören die verbundenen Leistungseinheiten je verschiedenen Inhabern. Die Leistungseinheit jedes Inhabers kann ein Geschäft im Sinne des Art. 934 OR sein; der ganze Konzern hingegen ist kein Geschäft (Gewerbe), das der Eintragungsvorschrift des Art. 934 OR untersteht.²⁴

- Leistungseinheiten, die zu einem zusammengesetzten Geschäft verbunden sind, können *Zweigniederlassungen* im Sinne des Handelsregisterrechts (Art. 935 OR) sein (vgl. auch Art. 642, 782 und 837 OR). Sie müssen es aber nicht. Denn für das Vorliegen einer Zweigniederlassung sind zusätzliche Merkmale erforderlich, die sich aus dem registerrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung ergeben. Insbesondere muss die Leistungseinheit eines Geschäftes, damit sie eine Zweigniederlassung ist, «in eigenen Lokalitäten» tätig sein «und dabei eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbständigkeit» geniessen²⁵.

Somit kann gesagt werden: Nicht jede Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes ist auch eine Zweigniederlassung. Wohl aber gilt das Umgekehrte: Die Zweigniederlassung des Handelsregisterrechts ist

stets (begriffsnotwendig) eine Leistungseinheit²⁴ innerhalb eines zusammengesetzten Geschäftes, z.B. «Betriebsstätte eines Handelsgeschäftes» (BGE 79 I 74). Insofern ist sie «organischer Bestandteil eines Unternehmens»²⁵, Teil eines «einheitlichen Gewerbebetriebes» (BGE 15, 580). Als solche Teil-Einheit ist sie selber kein Geschäft (Gewerbe) im Sinne des Art. 934 OR, obwohl sie vielfach als Geschäft oder Gewerbe bezeichnet wird.²⁶ Vielmehr ist sie mit mindestens einer andern Leistungseinheit zu einem Geschäft verbunden, dessen Bestandteil sie bildet.

Nach richtiger Betrachtungsweise ist somit die Zweigniederlassung (Art. 935 OR) nicht etwa eine Leistungseinheit, die als weitere Einheit zum Geschäft (Art. 934 OR) desselben Inhabers hinzutritt. Vielmehr ist das Geschäft (Gewerbe) des Art. 934 OR das Ganze; die Zweigniederlassung des Art. 935 OR ist Teil des Ganzen. In diesem Sinne muss denn auch Art. 69 HRegV verstanden werden, wonach «nur Zweigniederlassungen von Gewerben in das Handelsregister eingetragen werden» können²⁷. Art. 69 HRegV ver-

²² Art. 934 OR richtet sich an den Inhaber des Geschäftes, setzt also voraus, dass das Geschäft (Gewerbe) einen Inhaber hat. Zum Geschäft im Sinne des Art. 934 OR gehört somit begriffsnotwendig ein Inhaber. Der Konzern als Ganzes hat nun aber gerade keinen Inhaber. Vielmehr wird jede der zum Konzern verbundenen Leistungseinheiten vom einem eigenen Inhaber betrieben.

Schon diese Überlegung bestätigt den Satz, dass der Konzern kein Geschäft im Sinne des Art. 934 OR ist. Er ist aber auch kein Geschäft (Gewerbe) im Sinne des Art. 52 HRegV, der in Abs. 3 den Geschäfts- (Gewerbe-)begriff des Art. 934 OR zwar präzisiert, jedoch den gleichen Begriff wie Art. 934 OR verwendet. Der Ansicht von *R. Patry* (zit. in Anm. 3), wonach der Konzern «ein Gewerbe im Sinne der Handelsregisterverordnung» darstellt (S. 118; vgl. auch S. 97), kann daher nicht gefolgt werden. Sie gründet wohl auf einer isolierten Betrachtung des Art. 52 Abs. 3 HRegV.

²³ Nach der Definition des Bundesgerichtes ist die Zweigniederlassung «als ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar rechtlich Teil eines Hauptunternehmens ist, von dem er abhängt, der aber in eigenen Lokalitäten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie das Hauptunternehmen ausübt und dabei eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbständigkeit geniessen» (BGE 79 I 71; vgl. neuerdings auch BGE 103 II 201). Zu dieser Definition und ihren einzelnen Elementen: *P. Gauch*, zit. in Anm. 1, Nr. 515ff.; kritisch: Nr. 696, 710f. und 995ff. Kritisch auch nachstehend Anm. 28 und 35.

²⁴ Auch das Bundesgericht geht in seiner Definition (Anm. 23) davon aus, dass es sich bei der Zweigniederlassung um eine Leistungseinheit handelt: um einen «Betrieb . . . , der eine Tätigkeit . . . ausübt» (BGE 79 I 71), un «établissement . . . , qui exerce . . . une activité» (BGE 103 II 201).

²⁵ *W. v. Steiger*, ZBJV 67, 1931, S. 322.

²⁶ So z.B. in: BGE 68 II 110; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 108; *U. Stampa*, Sammlungen von Entscheidungen des Bundesrates . . . in Handelsregistersachen, Bern 1923, Nr. 14 und 64; *ProtExpK 1924/25* (Protokoll der Expertenkommission über den II. Entwurf zu einem BG betr. die Rev. der Titel 24-33 des OR, Bern 1928), S. 675.

Pointiert anderer Meinung als hier auch *R. Patry*, zit. in Anm. 3: «Auf Grund ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit ist die Zweigniederlassung ein Gewerbe im Sinne der Handelsregisterverordnung» (S. 94). «Nach der Rechtsprechung ist . . . ihre wirtschaftliche Selbständigkeit ausreichend, um sie . . . als selbständiges Gewerbe zu qualifizieren» (S. 74). Würde diese Meinung zutreffen, so wäre Art. 935 OR überflüssig; die Zweigniederlassung unterstände einfach der Eintragungsvorschrift des Art. 943 OR. – Unterscheidet sich die Zweigniederlassung aber doch vom Geschäft oder Gewerbe des Art. 934 OR (was auf Grund ihrer Sonderregelung in Art. 935 OR evident ist), so bleibt es dabei: sie ist kein Geschäft (oder Gewerbe) im Sinne dieser Bestimmung und damit auch nicht im Sinne der Handelsregisterverordnung, die in Art. 52 den gleichen Begriff wie Art. 934 verwendet (vgl. bereits Anm. 22) und in Art. 69 die Zweigniederlassung deutlich vom Gewerbe unterscheidet («Zweigniederlassungen von Gewerben»).

²⁷ Art. 69 HRegV ist ungenau formuliert: nämlich so, als gäbe es neben Zweigniederlassungen von Gewerben (Geschäften) noch andere Zweigniederlassungen, die jedoch nicht eintragbar wären. In Wirklichkeit ist die Zweignieder-

langt, dass die Zweigniederlassung Bestandteil eines vom Inhaber betriebenen Gewerbes (Geschäftes) ist²⁸.

- Ob das zusammengesetzte Geschäft *nach kaufmännischer Art geführt* (und deshalb eintragungspflichtig) ist (Art. 934 Abs. 1 OR) oder nicht (Art. 934 Abs. 2 OR), beurteilt sich im Einzelfall unter Einbezug aller verbundenen Leistungseinheiten, zu denen auch Zweigniederlassungen gehören können. Von Bedeutung ist dies zum Beispiel dann, wenn beim Entscheid der Frage auf die jährliche Roheinnahme abgestellt werden muss (Art. 54 HRegV):

Bei der Errechnung der nach Art. 54f. HRegV massgebenden Roheinnahme des Geschäftes ist die durch eine Zweigniederlassung erzielte Roheinnahme ebenfalls mitzuzählen; gleich wie die Roheinnahme jeder andern Leistungseinheit mitzuzählen ist, die Bestandteil des Geschäftes bildet. Diese Addition rechtfertigt sich deswegen, weil das Geschäft aus mehreren Leistungseinheiten besteht. Sie erfolgt nicht gestützt auf Art. 56 HRegV, der sich mit dem andern Fall befasst, da ein Inhaber verschiedene Geschäfte (Gewerbe) nebeneinander betreibt, von denen keines die minimale Roheinnahme erreicht (vgl. z. B. BGE 70 I 207f.).

III. Der Ort der Geschäftseintragung

Bei jeder Eintragung stellt sich die Frage nach dem Eintragungsort. Denn der Eintragungsort bestimmt das Register, in das die Eintragung vorzunehmen ist. Er bildet den Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit des Registerführers. Was die Geschäftseintragung betrifft, so befindet er sich *am Ort des geschäftlichen Hauptsitzes*. Das wird in Art. 935 Abs. 1 OR gesagt, wenn auch nur in einem Nebensatz («... nachdem die Eintragung am Hauptsitz erfolgt ist»). Art. 934 OR nennt diesen Ort - zu eng - «Ort der Hauptniederlassung» (franz.: «lieu où il a son principal établissement»). Im einzelnen:

lassung des Handelsregisterrechts aber begriffsnotwendig Bestandteil eines Geschäftes und damit Zweigniederlassung eines Gewerbes.

²⁸ Dieses Geschäft, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört, kann, muss aber nicht (unrichtig: *His*, zit. in Anm. 3, N 1 zu Art. 952 OR), nach kaufmännischer Art geführt sein. Je nachdem ist die Zweigniederlassung eintragungsbedürftig oder bloss eintragungsfähig. Zu den Einzelheiten: *P. Gauch*, zit. in Anm. 1, Nr. 965ff. und 998ff.; mit kritischer Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, insbesondere auch zur Definition (Anm. 23), wonach die Zweigniederlassung ein «kaufmännischer» Betrieb ist.

1. Der *geschäftliche Hauptsitz*, an dem sich der Eintragungsort befindet, bezeichnet den tatsächlichen Schwerpunkt des Geschäftes, der bestimmt wird durch die örtliche Konzentration der obersten geschäftlichen Leitungstätigkeit. Er befindet sich dort, wo sich diese Leitungstätigkeit dauernd vollzieht: am Ort der obersten Geschäftsleitung. Dieser Ort bildet den zentralsten geographischen Beziehungspunkt des Geschäftes. Er eignet sich am besten, um «an Ort und Stelle» über Sachverhalte zu informieren, die mit Bezug auf das Geschäft im Verkehr interessieren. Es ist daher richtig, das Geschäft in jenes Register einzutragen, in dessen Bezirk es einen so verstandenen Hauptsitz hat (unklar: BGE 56 I 56ff.). Der Ort dieses Hauptsitzes bildet den Eintragungsort: auch dann, wenn er nicht mit dem Wohnsitz-Ort des Geschäftsinhabers zusammenfällt; oder wenn das Geschäft am Ort der obersten Geschäftsleitung auf dem Markte überhaupt nicht in Erscheinung tritt.

Ist das Geschäft aus mehreren Leistungseinheiten zusammengesetzt, so besteht die oberste Geschäftsleitung in der Gesamtleitung des Geschäftes. Der Hauptsitz befindet sich alsdann dort, wo das Geschäft in seiner Ganzheit geleitet wird.

Vom so verstandenen Hauptsitz des Geschäftes *zu unterscheiden* sind:

- Der *Wohnsitz* des Geschäftsinhabers. Er stellt eine Rechtsfolge dar²⁹, die in einer Rechtslage besteht: nämlich darin, dass ein Mensch oder ein Verband (hier der Geschäftsinhaber) an einem Ort gewissermassen seine rechtliche Adresse hat; dass er sich dort rechtlich «befindet»³⁰. Diese rechtliche Verbundenheit zu einem Ort ist dazu geeignet und bestimmt, als Anknüpfungsbeziehung für irgendwelche Rechtswirkungen zu dienen, die einen örtlichen Kompetenzgrund voraussetzen. Demgegenüber besteht der Hauptsitz des Geschäftes nicht in einer Rechtslage, sondern ist tatsächliche Schwerpunktsbeziehung der vom Inhaber verschiedenen Leistungseinheit.

Die Bezeichnung «*Wohnsitz*» ist zugeschnitten auf natürliche Personen (Art. 23 ZGB), wird aber auch für juristische Personen und für rechtsfähige Personengesellschaften verwendet (Art. 56 ZGB; Art. 51 HRegV; BGE 53 I 127 und 130). Statt von Wohnsitz spricht man hier häufig und treffender nur von Sitz (so z. B. auch Art. 554, 596, 640 OR). Um eine Verwechslung mit dem geschäftlichen Haupt-

²⁹ BGE 45 I 202; *Bucher*, Berner Kommentar, 1976, Vorbem. vor Art. 23 ZGB, N 1.

³⁰ *J. M. Grossen*, in: Schweiz. Privatrecht II, Basel und Stuttgart 1967, S. 345.

sitz zu vermeiden, gebrauche ich nachfolgend aber dennoch stets das volle Wort: Wohnsitz. – Die Redewendung, wonach sich der Wohnsitz hier oder dort befindet, besagt, dass die rechtliche Sitz-Beziehung zu diesem Ort besteht.

– *Untergeordnete Geschäftssitze*, wie sie an Mittelpunkten geschäftlicher Teil-Aktivitäten bestehen. Auch sie sind zu unterscheiden vom Hauptsitz des Geschäftes.

Ein derart untergeordneter Geschäftssitz ist z.B. der Sitz einer Zweigniederlassung (Art. 935 OR). Er befindet sich am Ort der Zweigniederlassungs-Leitung³¹, die der Gesamtleitung des Geschäftes unterstellt ist. Dieser Ort bildet den Eintragungsort für die Zweigniederlassung (Art. 935 OR).

2. Dem Gesagten zufolge ist das Geschäft an seinem Hauptsitz (genau: am Ort des Hauptsitzes) einzutragen: somit dort, wo sich die oberste Geschäftsleitung befindet.

Art. 934 OR bezeichnet den erwähnten Eintragungsort, wie gesagt, als Ort der *Hauptniederlassung*. Damit nimmt er Bezug auf zusammengesetzte Geschäfte. Denn die Hauptniederlassung ist – gleich wie die Zweigniederlassung – eine Leistungseinheit innerhalb eines zusammengesetzten Geschäftes³². Im Unterschied zur Zweigniederlassung wird sie in der Rechtsprechung auch als Hauptunternehmen (BGE 79 I 71), Hauptgeschäft (BGE 79 I 75), Hauptgeschäftsbetrieb (BGE 56 I 374), entreprise principale (BGE 89 I 411 f.), maison mère (BGE 76 I 157) und dergleichen bezeichnet.

Gegenüber der Zweigniederlassung zeichnet sich die Hauptniederlassung dadurch aus, dass sich ihre Betriebsleitung zugleich mit der Leitung des ganzen Geschäftes befasst. Sie ist «leicht daran zu erkennen, dass

³¹ Statt vieler: *His*, zit. in Anm. 3, N 32 zu Art. 935 OR; *Siegwart*, Zürcher Kommentar, 1945, N 43 zu Art. 642 OR; Kreisschreiben 1937, BBl 1937, II, S. 821.

³² Dass die Hauptniederlassung eine *Leistungseinheit* ist, lässt sich in verschiedener Weise begründen. So spricht zum Beispiel das Obligationenrecht von der «Vertretung der Hauptniederlassung» (Art. 718 Abs. 2, 899 Abs. 2 OR) und die Handelsregisterverordnung von ihrer «rechtlichen Natur», ihrer «Firma», ihrem «Sitz» und ihren «Personen» (Art. 71 und 77 HRegV). Von der «Firma» der Hauptniederlassung spricht auch Art. 952 OR. Alle diese Redewendungen weisen auf den Charakter der Hauptniederlassung als Leistungseinheit hin. Dasselbe gilt für die Aussage, wonach die Hauptniederlassung über ein «Tätigkeitsgebiet» und einen «Geschäftsbetrieb» verfügt (BGE 79 I 73 f.).

Dass die Hauptniederlassung nicht etwa ein Ort ist, wie z.B. *Gautschi* (Berner Kommentar, 1962, N 4a zu Art. 460 OR) annimmt, folgt schon daraus, dass Art. 934 OR vom Ort der Hauptniederlassung spricht, also Ort und Hauptniederlassung unterscheidet.

von ihr aus die Oberleitung der zusammengesetzten Unternehmung ausgeübt wird»³³. An ihrem (Sitz-) Ort befindet sich daher der Ort der obersten Geschäftsleitung (der Gesamtleitung), somit der Hauptsitz des Geschäftes.

Dieses Verständnis der Hauptniederlassung als «leitende Niederlassung» hat sich niedergeschlagen in der bundesgerichtlichen Umschreibung der Zweigniederlassung, wonach die Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung (dem Hauptunternehmen) «abhängt» (BGE 79 I 71 und Anm. 23). Auch entspricht dieses Verständnis der Betrachtungsweise von Carl Wieland, der (in der Expertenkommission zur Revision der Titel 24–33 OR) folgende Definition vorgeschlagen hatte: «Werden mehrere Geschäfte von einem einheitlichen Mittelpunkt aus geleitet, so gilt das Geschäft, von dem aus die oberste Leitung vollzogen wird, als Hauptniederlassung. Die übrigen Geschäfte gelten als Zweigniederlassungen...»³⁴. Das Wort Geschäft ist hier allerdings ungenau verwendet. Denn die sogenannten «Geschäfte» (Hauptniederlassung und Zweigniederlassungen) sind in Wirklichkeit keine Geschäfte im Sinne des Handelsregisterrechts (Art. 934 OR); vielmehr sind sie Bestandteile eines einzigen, wenn auch zusammengesetzten Geschäftes.

3. Die in Art. 934 OR enthaltene *Umschreibung des Eintragungsortes als Ort der Hauptniederlassung ist zu eng*. Denn:

– In der typischen Erscheinungsform findet sich zwar in einem zusammengesetzten Geschäft auch eine Hauptniederlassung, deren Betriebsleitung sich (wie es dem Begriff der Hauptniederlassung entspricht) zugleich mit der Gesamtleitung des ganzen Geschäftes befasst (vgl. z.B. BGE 79 I 70 ff.). Möglich und immer häufiger anzutreffen ist es aber, dass die Gesamtleitung des Geschäftes einer besonderen Stelle ausserhalb der zum Geschäft verbundenen Leistungseinheiten übertragen wird. Alsdann besteht ein *zusammengesetztes Geschäft ohne Hauptniederlassung*, da keine der verbundenen Leistungseinheiten eine Betriebsleitung hat, die zugleich das ganze Geschäft leitet³⁵. Dieser in Art. 934 OR unberücksichtigte Fall ist nicht etwa dadurch zu lösen, dass irgendeine der zum Geschäft verbundenen Leistungseinheiten (z.B. die älteste oder die personal-

³³ *Guhl/Merz/Kummer*, zit. in Anm. 14, S. 736; vgl. auch *His*, zit. in Anm. 3, N 7 zu Art. 935 OR.

³⁴ ProtExpK 1924/25 (zit. in Anm. 26), S. 673.

³⁵ Das Fehlen einer Hauptniederlassung schliesst nicht aus, dass das Geschäft doch Zweigniederlassungen im Sinne des Handelsregisterrechts umfasst. Die *Zweigniederlassung* kommt somit auch ohne *Hauptniederlassung* vor (im einzelnen: *P. Gauch*, zit. in Anm. 1, Nr. 692 ff.). Das wird vielfach übersehen. So setzt z.B. *C. Wieland* in seinem Definitionsvorschlag (Text bei Anm. 34) als selbstver-

oder umsatzmässig stärkste) als Hauptniederlassung fingiert (so aber: SAG 24, 1951/52, S. 186) und die Geschäftseintragung an ihrem Orte vorgenommen wird. Vielmehr ist auch hier die Geschäftseintragung am Ort der obersten Geschäftsleitung zu vollziehen: am Ort des Hauptsitzes.

- Dazu kommt, dass nicht jedes Geschäft auch ein zusammengesetztes Geschäft ist. Auch *einfache Geschäfte* gelangen nach Art. 934 OR zur Eintragung. Man mag hier das Geschäft selbst untechnisch als Hauptniederlassung bezeichnen (vgl. BGE 70 I 207). Sicher ist, dass die Geschäftseintragung am Orte der obersten Geschäftsleitung, am Hauptsitz, vorzunehmen ist.

4. Nach der Terminologie des Art. 934 OR gelangt das Geschäft «am Orte der Hauptniederlassung» zur Eintragung. Diese Geschäftseintragung kann verkürzt als «*Eintragung der Hauptniederlassung*» bezeichnet werden. Der Ausdruck ist eine sprachliche Kurzform für die ausführliche Redewendung «Geschäftseintragung am Orte der Hauptniederlassung». Er passt zum vornehieren nur dann, wenn überhaupt ein Geschäft mit Hauptniederlassung besteht. Und ausserdem verleitet er zur *irrtümlichen Meinung*, nach Art. 934 OR werde die Hauptniederlassung selber eingetragen, während nach Art. 935 OR die Zweigniederlassung des Geschäftes zur Eintragung gelange. In Wirklichkeit aber bezieht sich die Eintragung nach Art. 934 OR auf das ganze Geschäft, nicht nur auf die Hauptniederlassung. Eintragungsgegenstand nach Art. 934 OR bilden also Sachverhalte, die mit Bezug auf das ganze zusammengesetzte Geschäft interessieren. So werden z.B. auch jene Vertreter eingetragen, deren Vertretungsbefugnis sich auf den Geschäftskreis des ganzen Geschäftes (unter Einschluss von Haupt- und Zweigniederlassung) erstreckt.

ständig voraus, dass die Zweigniederlassung zusammen mit einer Hauptniederlassung besteht. Und nach der Definition des Bundesgerichts (Anm. 23) ist die Zweigniederlassung rechtlich Teil eines Hauptunternehmens, von dem sie abhängt. Auch danach besteht die Zweigniederlassung begriffsnotwendig zusammen mit einer als Hauptunternehmen bezeichneten Hauptniederlassung, der sie untergeordnet ist (BGE 68 I 112 unten). Die Definition berücksichtigt nur den typischen Fall und ist daher zu eng. Der verbreitete Lehrsatz, wonach es keine Zweigniederlassung ohne Hauptniederlassung gibt (z.B. BGE 50 II 511; *His*, zit. in Anm. 3, N 4 zu Art. 935 OR), hält dem Gesagten zufolge nur stand, wenn darin die Hauptniederlassung anders als in Art. 934 OR verstanden wird: z.B. als Ort der obersten Geschäftsleitung (vgl. *U. Stampa*, zit. in Anm. 26, Nr. 57) oder als Wohnsitz (z.B. Gesellschaftssitz) des Inhabers (vgl. SJZ 10, 1913/14, S. 140, Nr. 126).

Die irrtümliche Meinung, von der die Rede war, hat sich sogar in der Formulierung der geltenden Handelsregisterverordnung niedergeschlagen (vgl. z.B. Art. 71 lit. b, 75 Abs. 1, 77 Abs. 2 HRegV). Das ist verzeihlich, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber selber das Wort «Hauptniederlassung» nicht immer exakt verwendet, sondern in einzelnen Bestimmungen unter «Eintragung der Hauptniederlassung» schlicht die Eintragung einer Gesellschaft oder Genossenschaft versteht (Abs. 1 der Art. 642, 782 und 837 OR). – Wäre die erwähnte Meinung zutreffend, so würde sich die Eintragung im Handelsregister lediglich auf Bestandteile des Geschäftes (Haupt- und Zweigniederlassung) beziehen, nicht auf das ganze Geschäft. Das ganze (zusammengesetzte) Geschäft würde registerrechtlich überhaupt nicht erfasst.

IV. Geschäftseintragung des Art. 934 OR und Eintragung eines Verbandes

Jedes Geschäft, ob einfach oder zusammengesetzt, hat einen Inhaber. Geschäftsinhaber ist häufig ein rechtsfähiger Verband (eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft) des schweizerischen Privatrechts. Dieser häufige Fall führt zur Frage nach dem Verhältnis zwischen der Geschäftseintragung des Art. 934 OR und der Eintragung eines Verbandes. Zunächst zur Eintragung eines Verbandes:

A. Die Eintragung eines Verbandes

Art. 934 OR enthält die allgemeinste, nicht aber die einzige Eintragungsvorschrift des Handelsregisterrechts. Hinzu treten weitere Vorschriften, die sich insbesondere auch mit der Eintragung eines Verbandes befassen:

1. Für juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften des schweizerischen Privatrechts bestehen besondere Eintragungsvorschriften ausserhalb des allgemeinen Art. 934 OR³⁶. Diese besonderen Vorschriften (z.B. Art. 554f. und 640f. OR) knüpfen an das Dasein eines Verbandes an. Weil ein Verband (z.B. eine Aktiengesellschaft oder ein Verein) besteht, rechtfertigt es sich, dass über ihn bestimmte Sachverhalte eingetragen werden. Eintragungsgrund bildet somit (anders als bei der Geschäftseintragung des Art. 934 OR) die Existenz eines Verbandes, nicht eines Geschäftes³⁷. Mit Rücksicht dar-

³⁶ Vgl. dazu: Art. 552ff., 594ff., 640f., 764 Abs. 2, 780f., 835f. OR; Art. 52, 61, 81 ZGB; Art. 92ff., 97ff., 101ff. HRegV.

³⁷ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in einigen Fällen (Art. 61 Abs. 2 ZGB; Art. 552 Abs. 2 und 594 Abs. 3 OR) eine Pflicht zur Eintragung nur dann besteht, wenn der Verband ein *kaufmännisches Geschäft* betreibt. Der Betrieb des kaufmännischen Geschäftes ist hier nicht

auf übernehme ich die geläufige, auch vom Gesetz (z.B. Art. 553 f., 640, 780 OR) verwendete Redeweise, wonach mit der Eintragung der erwähnten Sachverhalte der Verband (z.B. die Aktiengesellschaft, der Verein) selber zur Eintragung gelangt. In diesem Sinne spreche ich von der Eintragung eines Verbandes.

2. Die Eintragung eines Verbandes (kurz: *Verbands-eintragung*) geschieht, wie gesagt, nach besonderen (verbandsbezogenen) Eintragungsvorschriften und ist insofern von der Geschäftseintragung des Art. 934 OR zu unterscheiden. Nachstehend befaße ich mich kurz mit *Subjekt, Gegenstand und Ort dieser Eintragung*. Zuerst zum Eintragungssubjekt:

- Der *Verband*, der nach besonderen Eintragungsvorschriften eingetragen wird, kann sein: eine Kapitalgesellschaft, Genossenschaft oder Stiftung, ein Verein, eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft.

Jede Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft entsteht als juristische Person gerade durch ihre Eintragung (Art. 643 Abs. 1, 764 Abs. 2, 783 Abs. 1, 830 und 838 Abs. 1 OR). Dasselbe gilt grundsätzlich für die private Stiftung (Art. 52 Abs. 2 ZGB), nicht aber für den Verein.

Der Verein besteht, auch als juristische Person, stets unabhängig von seiner Eintragung (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Betreibt er ein kaufmännisches Geschäft, so muss er (Art. 61 Abs. 2 ZGB), sonst darf er sich eintragen lassen (Art. 52 Abs. 2 und 61 Abs. 1 ZGB).

Unabhängig von der Eintragung besteht auch die rechtsfähige Kollektiv- und Kommanditgesellschaft mit kaufmännischem Geschäft; auch sie muss sich aber eintragen lassen (Art. 552 Abs. 2 und 594 Abs. 3 OR). Fehlt es hingegen am Betrieb eines kaufmännischen Geschäftes, so entsteht die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft erst durch die Eintragung im Handelsregister (Art. 553 und 595 OR).

- Die Sachverhalte, welche *Gegenstand einer Verbands-eintragung* bilden, werden in den besonderen Eintragungsvorschriften des Gesetzes und der Verordnung aufgezählt⁸⁸. Zu einem Teil sind sie so beschaffen, dass sie gerade und nur mit Bezug auf den eingetragenen Verband als solchen interessieren⁸⁹. Zum

Rechtfertigungsgrund für die Eintragung; diese rechtfertigt sich auch ohne solches Geschäft (Art. 61 Abs. 1 ZGB; Art. 553 und 595 OR). Vielmehr bildet der betreffende Geschäftsbetrieb den Grund dafür, dass die Eintragung obligatorisch ist.

⁸⁸ Vgl. Art. 554 f., 596, 641, 764 Abs. 2, 765 Abs. 2, 781, 835 f. OR; Art. 93, 97, 99, 101 und Art. 42 Abs. 1 und 2 HRegV.

⁸⁹ Hierher gehören etwa:

- das Datum der Statuten: Art. 641 Ziff. 1, 764 Abs. 2 und 781 Ziff. 1 OR; Art. 93 lit. a und 97 lit. a HRegV. Bei

grössten Teil aber interessieren sie auch (oder sogar vorwiegend) mit Bezug auf ein Geschäft, das der Verband gegebenenfalls betreibt⁹⁰. Die Verbandseintragung orientiert somit immer auch über das (mögliche) Geschäft des Verbandes. Sie beinhaltet in diesem Sinne eine Geschäftseintragung, die dem Eintragungszweck des Art. 934 OR vollauf genügt. Pointiert ausgedrückt, lässt sich daher sagen, dass mit einem Verband zugleich auch dessen Geschäft zur Eintragung gelangt.

- Der *Eintragungsort* für die Eintragung eines Verbandes befindet sich an dessen Wohnsitz (z.B. Art. 554 und 640 OR), der vom Hauptsitz eines Geschäftes begrifflich zu unterscheiden ist. Der Ort des Wohnsitzes bildet somit den geographischen Anknüpfung-

der Stiftung ist das Datum der Eintragung aufzuzeichnen (Art. 101 lit. a HRegV). Für die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft fehlt eine entsprechende Vorschrift.

- Nennwert und Art der Aktien sowie allfällige Vorzugsrechte gewisser Aktiengruppen: Art. 641 Ziff. 4 und 5; Art. 764 Abs. 2 OR.

- die Form der von einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen: Art. 641 Ziff. 9, 764 Abs. 2, 781 Ziff. 9 OR; Art. 93 f. HRegV.

⁹⁰ Hierher gehören vor allem:

- *der Name bzw. die Firma des Verbandes*: Art. 554 Ziff. 2, 596 Ziff. 3, 641 Ziff. 2, 781 Ziff. 2 OR; Art. 93 lit. b, 97 lit. b und 101 lit. b HRegV.

- *der Sitz-Ort* des Verbandes: Art. 554 Ziff. 2, 596 Ziff. 3, 641 Ziff. 2, 781 Ziff. 2 OR; Art. 93 lit. b, 97 lit. c und 101 lit. c HRegV. Nach der Terminologie dieser Bestimmungen wird der Sitz eingetragen. Gemeint ist aber der Sitz-Ort.

- *Name, Wohnort und Staatsangehörigkeit der «geschäftsführenden» Organpersonen*: z.B. Art. 641 Ziff. 8, 765 Abs. 2, 781 Ziff. 7, 836 Abs. 1 OR.

- *die Haftungsverhältnisse*: z.B. Art. 596 Abs. 2 Ziff. 2, 641 Ziff. 4 und 6, 765, 781 Ziff. 5 und 6 OR; Art. 93 lit. e und 99 HRegV. Vgl. ferner Art. 554 Ziff. 1, 596 Ziff. 1 und 781 Ziff. 4 OR. Grundlegend vorgezeichnet sind die Haftungsverhältnisse durch den Verbands-Typ (vgl. Art. 552, 594, 620, 764, 772, 828 OR).

- *die Vertretungsverhältnisse*: Art. 554 Ziff. 4, 555, 563, 596 Ziff. 5, 641 Ziff. 7 und 8, 765, 781 Ziff. 8 OR; Art. 93 lit. g, 97 lit. f und 101 lit. e HRegV.

- *der Verbandszweck* (Art. 641 Ziff. 3, 781 Ziff. 3 OR; Art. 93 lit. c, 42 Abs. 1 HRegV); bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die «Natur des Geschäftes» (Art. 42 Abs. 1 HRegV), die sich durch dessen Aufgabe (z.B. Verkauf von Lampenschirmen) bestimmt; bei den übrigen Verbänden ergibt sich die Geschäftsnatur aus dem Verbandszweck; ausgenommen beim Verein und bei der Stiftung. Betreiben Verein und Stiftung ein Geschäft, so ist es richtig, zusätzlich (zum Verbandszweck) auch die Natur des Geschäftes einzutragen.

- *das Geschäftslokal* oder das Bureau der Geschäftsführung: Art. 42 Abs. 2 HRegV.

punkt für die örtliche Zuständigkeit des Registerführers⁴¹.

Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft hat ihren Wohnsitz da, wo der tatsächliche Mittelpunkt ihres «gesellschaftlichen Lebens», ihres «geschäftlichen Betriebes» liegt⁴². Dieser Ort ist, richtig gesehen, der Ort der Verwaltung⁴³. Betreibt die Gesellschaft ein Geschäft, so besteht die Verwaltung in der obersten Geschäftsleitung. Der Eintragungsort fällt alsdann zusammen mit dem Ort des geschäftlichen Hauptsitzes⁴⁴; dies selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Denn die Sitz-Bestimmung im Gesellschaftsvertrag hat bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nur deklaratorischen Charakter.

Anders verhält es sich für Verbände mit juristischer Persönlichkeit. Nach herrschender Meinung können juristische Personen, gestützt auf Art. 56 ZGB, ihren Wohnsitz frei in den Statuten bestimmen, und zwar auch dann, wenn sie ein Geschäft betreiben. Sitz- und Eintragungsort brauchen sich daher nicht mit dem Ort des geschäftlichen Hauptsitzes zu decken⁴⁵. Dieser liegt womöglich in einem andern Registerbezirk als jener. Nur wenn es an einer statutarischen Sitz-Bestimmung fehlt, befindet sich der Wohnsitz der juristischen Person von Gesetzes wegen stets «an dem

Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird» (Art. 56 ZGB).

B. Das Verhältnis zwischen Geschäfts- und Verbandseintragung

Wer ein Geschäft mit Aussentätigkeit und Hauptsitz in der Schweiz betreibt, ist nach Art. 934 OR zur Eintragung des Geschäftes verpflichtet (Abs. 1) oder zumindest berechtigt (Abs. 2). Fraglich ist allerdings, ob die Pflicht oder das Recht zur Geschäftseintragung nach Art. 934 OR auch dann besteht, wenn das Geschäft einem Verband (einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft) des schweizerischen Privatrechts gehört. Die Frage stellt sich mit Rücksicht auf die Verbandseintragung, die das Handelsregisterrecht für diese Geschäftsinhaber vorsieht. Bei der Beantwortung sind ein Normal- und ein Sonderfall zu unterscheiden:

1. Im *Normalfall* liegt der Wohnsitz des Verbandes im gleichen Registerbezirk wie der Hauptsitz des Geschäftes, das der Verband betreibt. Der durch den Wohnsitz bestimmte Eintragungsort für die Verbandseintragung fällt zusammen mit dem Ort, wo das Geschäft nach Art. 934 OR einzutragen ist.

In diesem Normalfall steht fest, dass Art. 934 OR nicht zur Anwendung kommt. *An die Stelle der Geschäftseintragung nach Art. 934 OR tritt hier die Eintragung des Verbandes*: der juristischen Person oder der Personengesellschaft. Denn diese Eintragung beinhaltet, wie gesagt, eine Geschäftseintragung, die dem Eintragungszweck des Art. 934 OR vollauf genügt. Auch erfolgt sie im gleichen Register, das für die Eintragung des Geschäftes nach Art. 934 OR «zuständig» wäre. Eine zusätzliche Geschäftseintragung nach Art. 934 OR ist weder verlangt noch zulässig. Im einzelnen sind drei Tatbestände zu unterscheiden:

- Der Geschäftsinhaber ist eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die gerade durch ihre Eintragung entstand. Mit der Eintragung des Verbandes wurde zugleich das Geschäft eingetragen. Der Geschäftsinhaber ist weder berechtigt noch ist er verpflichtet, das eingetragene Geschäft nochmals, nach Art. 934 OR, einzutragen zu lassen.
- Der Geschäftsinhaber ist ein schweizerischer Verein, der sich eintragen lassen muss oder bloss kann: je nachdem, ob er ein kaufmännisches Geschäft betreibt oder nicht (Art. 61 Abs. 1 und 2 ZGB). Mit der Eintragung des Vereins wird zugleich auch sein Geschäft eingetragen. Die besonderen Eintragungsvorschriften derogieren den allgemeinen Art. 934 OR.

⁴¹ Vgl. z.B. Art. 554 Abs. 1, 596 Abs. 1, 640 Abs. 1, 780 Abs. 1, 835 Abs. 1 OR. Für Verein und Stiftung enthält das Gesetz zwar keine Bestimmung des Eintragungsortes; doch findet auch ihre Eintragung am Ort des (Wohn-) Sitzes statt.

⁴² *Siegwart*, Zürcher Kommentar, 1938, N 11 f. zu Art. 554-556 OR; *W. v. Steiger*, in: Schweiz. Privatrecht VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S. 485.

⁴³ *Th. Holenstein*, Der privatrechtliche Wohnsitz im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1922, S. 149.

⁴⁴ Offenbar abweichend: *Siegwart*, a.a.O., der den Wohnsitz am «Mittelpunkt der Aussentätigkeit» lokalisieren will. Ferner auch *W. v. Steiger*, zit. in Anm. 42, S. 485, nach dessen Ansicht ein «Schwerpunkt» zu bestimmen ist, «wenn die Unternehmung an verschiedenen Stellen betrieben wird (Verwaltung, Fabrikation, Vertrieb)». - Der «Schwerpunkt» ist nicht (nach irgendwelchen Kriterien, von Fall zu Fall) zu bestimmen; er ist bestimmt: durch den Ort der obersten Geschäftsleitung.

⁴⁵ Statt vieler: BGE 76 I 159; 56 I 374; 45 I 202 f. und 300; *Egger*, Zürcher Kommentar, 1930, zu Art. 56 ZGB; *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, S. 126; *Siegwart*, zit. in Anm. 31, N 21 zu Art. 626 OR; *v. Steiger*, Zürcher Kommentar, 1965, N. 17 ff. zu Art. 776 OR; vgl. auch Art. 43 HRegV. *Siegwart* (a.a.O.) schränkt die Freiheit der Sitzwahl ein, indem er sagt: «Aber irgendeine sachlich beachtenswerte tatsächliche Beziehung zwischen dem Betrieb der AG und dem von ihr als Sitz gewählten Ort muss doch bestehen»; vgl. demgegenüber BGE 56 I 374.

- Der Geschäftsinhaber ist eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft mit kaufmännischem Geschäft. Diese Gesellschaft besteht unabhängig von ihrer Eintragung, muss sich aber eintragen lassen. Mit ihrer Eintragung wird wiederum das Geschäft miteingetragen, weshalb die anwendbaren (besonderen) Vorschriften den allgemeinen Art. 934 OR derogieren.

2. Zum Normalfall hinzu tritt ein *Sonderfall*. Er besteht darin, dass der Geschäftsinhaber eine juristische Person ist, deren statutarischer Wohnsitz in einem andern Registerbezirk liegt als der Hauptsitz des Geschäftes. *Der durch den Wohnsitz bestimmte Eintragungsort für die Verbandseintragung fällt hier nicht zusammen mit dem in Art. 934 OR vorgesehenen Eintragungsort für das Geschäft*. Die juristische Person wird nicht am geschäftlichen Hauptsitz eingetragen. Ihre Eintragung erfolgt zum Beispiel in Lugano, während sich der Hauptsitz des Geschäftes in Zürich befindet.

Auch für diesen Sonderfall nimmt die herrschende Meinung an, dass die Geschäftseintragung des Art. 934 OR durch die Verbandseintragung der juristischen Person ersetzt wird: derart, dass eine zusätzliche Eintragung nach Art. 934 OR weder geboten noch zulässig ist⁴⁶.

Die herrschende Meinung führt zu einem unbefriedigenden Ergebnis⁴⁷. Das Register am geschäftlichen Hauptsitz enthält keine Eintragung des Geschäftes, obwohl es sich zur Information über das Geschäft am besten eignet und nach Art. 934 OR auch dazu bestimmt ist. Wer immer sich über das Geschäft informieren will, der muss sich an den Wohnsitz der juristischen Person begeben, welcher willkürlich durch die Statuten festgelegt und der Öffentlichkeit (ja selbst dem Registerführer am geschäftlichen Hauptsitz) oft unbekannt ist. Dieses Ergebnis lässt sich nicht etwa dadurch umgehen, dass am Hauptsitz des Geschäftes eine Zweigniederlassung eingetragen wird (BGE 56 I 375). Denn Geschäft und Zweigniederlassung sind nun einmal verschiedene Erscheinungen. Die Zweigniederlassung ist eine Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes, weshalb das Geschäft weder eine Zweigniederlassung sein noch als solche eingetragen werden kann.

3. Das geschilderte Ergebnis wird in seinen Auswirkungen zwar dadurch gemildert, dass beim eidgenössischen Amt für das Handelsregister (schriftliche und gebührenpflichtige) Auskunft über den Wohnsitz

der eingetragenen juristischen Personen verlangt werden kann (Art. 119 HRegV). Dennoch erweckt es *Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Meinung*. Und es fragt sich, ob die juristische Person im erwähnten Sonderfall (da sich ihr statutarischer Wohnsitz in einem andern Registerbezirk als der geschäftliche Hauptsitz befindet) nicht doch nach Art. 934 OR verpflichtet (Abs. 1) oder berechtigt (Abs. 2) ist, ihr Geschäft an dessen Hauptsitz eintragen zu lassen⁴⁸. Für eine solche Geschäftseintragung am Hauptsitz, die zur Verbandseintragung am Wohnsitz hinzutritt, spricht das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit⁴⁹. Zudem könnte rechtlich (hier: im Sinne einer These) wie folgt argumentiert werden:

Art. 934 OR richtet sich (wie einleitend gesagt) nicht nur an natürliche Personen, sondern an jedenmann, der ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Abs. 1) oder ein anderes Geschäft (Abs. 2) betreibt. Somit richtet er sich auch an juristische Personen mit kaufmännischem oder nicht-kaufmännischem Geschäft. Ist eine solche juristische Person allerdings am Hauptsitz des Geschäftes eingetragen (Normalfall), so wird die Geschäftseintragung des Art. 934 OR durch die Verbandseintragung ersetzt: Art. 934 OR kommt nicht zur Anwendung. Wurde dagegen die juristische Person in einem andern Register eingetragen (Sonderfall), so fehlt es an der Eintragung am geschäftlichen Hauptsitz, die Art. 934 OR vorschreibt oder erlaubt. Art. 934 OR kommt daher zur Anwendung. Die juristische Person ist alsdann zur Geschäftseintragung nach Art. 934 OR berechtigt oder verpflichtet: je nachdem, ob ihr Geschäft nach kaufmännischer Art geführt wird (Abs. 1) oder nicht (Abs. 2).

Was den Gegenstand dieser Geschäftseintragung betrifft, so enthalten Gesetz und Verordnung zwar keine Bestimmung, die den Eintragungsgegenstand für eine zusätzliche Eintragung am geschäftlichen Hauptsitz umschreiben. Eine mögliche Lösung bestände aber

⁴⁶ So z.B. *Siegwart*, zit. in Anm. 31, N 3 zu Art. 642 OR; *Th. Holenstein*, zit. in Anm. 43, S. 154ff.

⁴⁹ Vgl. z.B. *M. A. Schaub*, zit. in Anm. 47, S. 165: «En effet, le but premier du registre du commerce consiste à renseigner les tiers sur les faits de portée juridique concernant les entreprises commerciales et industrielles (RO 75 I 74 et 80 I 383). Pour que ce but soit pleinement atteint, il est donc essentiel que les intéressés puissent obtenir les renseignements désirés sur une entreprise – quelle que soit sa forme juridique – directement au bureau du registre du commerce du lieu où se trouve son principal établissement, c'est-à-dire le centre véritable de ses affaires. On ne voit pas pourquoi ce principe ne serait valable que pour les entreprises individuelles, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite.»

⁴⁶ Vgl. namentlich BGE 56 I 376; BBl 1909, S. 916ff.; *F. v. Steiger*, Zur Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister, Zürich 1937, S. 20; ebenfalls noch: *P. Gauch*, zit. in Anm. 1, Nr. 912.

⁴⁷ *M. A. Schaub*, Siège fictif et siège réel, SAG 30, 1957/58, S. 165.

darin, auf die verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften zurückzugreifen und am Hauptsitz des Geschäftes dasselbe Sachverhaltsbündel einzutragen wie am Wohnsitz der juristischen Person. Dies allenfalls unter Weglassung all jener Sachverhalte, die nur und gerade mit Bezug auf die juristische Person als solche (nicht auch mit Bezug auf das Geschäft) interessieren.

Eine Geschäftseintragung am geschäftlichen Hauptsitz, zusätzlich zur Verbandseintragung am Wohnsitz, vermöchte zwar dem Informationszweck des Handelsregisters Genüge zu tun. Örtlicher Beziehungspunkt für die Rechtswirkungen, die das Gesetz mit dem Wohnsitz verbindet, wäre aber nach wie vor der Ort des Wohnsitzes, nicht der davon verschiedene Hauptsitz-Ort. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, liessen sich vermeiden, wenn die Freiheit in der statutarischen Wahl des Wohnsitzes aufgehoben würde. De lege ferenda wäre eine Vorschrift des Inhalts denkbar (wünschbar?), wonach sich der Wohnsitz einer juristischen Person, die ein Geschäft betreibt, stets am geschäftlichen Hauptsitz befindet. De lege lata ist eine Aufhebung oder Beschränkung der freien Sitz-Wahl durch Art. 56 ZGB ausgeschlossen⁵⁰.

V. Eintragung eines Geschäftes mit ausländischem Inhaber

Die Eintragungsvorschrift des Art. 934 OR richtet sich nicht nur an Schweizer mit Wohnsitz im Inland. Vielmehr unterstehen ihr auch *natürliche Personen mit Wohnsitz im Ausland* sowie *ausländische Staatsangehörige* (vgl. dazu BGE 57 I 321f.). Auch diese Geschäftsinhaber sind verpflichtet oder berechtigt, ein Geschäft mit Aussentätigkeit und Hauptsitz in der Schweiz nach Art. 934 OR eintragen zu lassen.

Dasselbe gilt für *juristische Personen des ausländischen Rechts*. Folgt man der Inkorporationstheorie der

neueren Lehre⁵¹, so werden sie in der Schweiz selbst dann anerkannt, wenn sie ein Geschäft mit Hauptsitz in der Schweiz betreiben⁵². Tritt dieses Geschäft im schweizerischen Verkehr in Erscheinung, so ist die ausländische Verbandsperson zur Eintragung des Geschäftes verpflichtet (Abs. 1) oder berechtigt (Abs. 2)⁵³. Zur Anwendung kommt Art. 934 OR; nicht Art. 935 Abs. 2 OR, wie bisweilen zu Unrecht angenommen wird⁵⁴. Denn Art. 935 OR bezieht sich auf Zweigniederlassungen. Die Zweigniederlassung ist aber kein Geschäft (Art. 934 OR), sondern Bestandteil eines Geschäftes, mag auch der Inhaber eine juristische Person des ausländischen Rechtes sein.

Was allerdings den Eintragungsgegenstand betrifft, so rechtfertigt es sich, eine Regel zu übernehmen, wie sie auch für die Eintragung der ersten «Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens» (Art. 75 Abs. 1 HRegV) gilt: Es ist so zu halten, wie wenn der ausländische Geschäftsinhaber als juristische Person (z.B. als Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Verein) des schweizerischen Rechts eingetragen würde⁵⁵. Die entsprechenden Eintragungsvorschriften, die für schweizerische Verbände gelten, sind sinngemäss anzuwenden. Handelt es sich beim Geschäftsinhaber um eine juristi-

⁵¹ Für die Inkorporationstheorie z.B.: *M. Guldener*, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 13; *W. Niederer*, in: Gutzwiller/Niederer, Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht 1951, Freiburg 1951, S. 124ff.; *Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar, 1973, Allgem. Einleitung, N 145; *F. Vischer*, in: Schweiz. Privatrecht I, Basel und Stuttgart 1969, S. 571 und dort Zitierte; ebenso der *Entwurf BG für das internationale Privat- und Zivilprozessrecht* der Schweiz, Art. 154. Anderer Ansicht z.B. *R. Vaucher*, ZSR 86, 1967, II, S. 524 und die in BGE 102 Ia 410 zitierten Autoren.

⁵² Denn anerkannt wird ein Verband, der nach ausländischem Personalstatut gültig besteht. Nach der in der schweizerischen Lehre (entgegen der Meinung von BGE 102 Ia 410) vorherrschenden Inkorporationstheorie ist nun aber Personalstatut eines Verbandes die Rechtsordnung des Gründungsstaates (vgl. BGE 80 II 59), also nicht etwa jene des Staates, in dem sich der geschäftliche Hauptsitz befindet. – In aller Regel verlangt der Gründungsstaat, dass der statutarische Sitz der juristischen Person in seinem Hoheitsgebiete liegt. Daher ist die Inkorporationstheorie praktisch identisch mit der Theorie vom statutarischen Sitz, die auch das Bundesgericht (jedenfalls grundsätzlich) zu vertreten scheint (vgl. BGE 76 I 159; 102 Ia 410; unklar und wenig präzisiert die Einschränkung, wonach der statutarische Sitz kein «siège fictif» sein darf).

⁵³ Ohne dass sie mit dieser Geschäftseintragung zu einer juristischen Person des schweizerischen Rechts würde.

⁵⁴ Unrichtig z.B. BGE 76 I 161f.; *W. v. Steiger*, ZBJV 67, 1931, S. 309; *G. Weiss*, zit. in Anm. 21, N 480.

⁵⁵ Vgl. dazu z.B. *G. Weiss*, zit. in Anm. 21, N 473; im einzelnen: *P. Gauch*, zit. in Anm. 1, Nr. 1144.

⁵⁰ Eher anderer Meinung *M. A. Schaub*, zit. in Anm. 47, S. 166: «Si l'on veut éviter les conséquences peu satisfaisantes de l'interprétation donnée jusqu'ici à l'art. 56 CC, on devrait peut-être limiter sa portée en renonçant à tirer de cette disposition le principe d'une primauté absolue du siège statuaire. Cette primauté jouerait seulement en ce sens que le siège, même fictif, indiqué par une personne morale dans ses statuts, lui serait opposable en tout état de cause.»

sche Person, die in der Schweiz nicht ihresgleichen hat, so sind jene Vorschriften anzuwenden, welche der ausländischen Verbandsperson am ehesten entsprechen, allenfalls Vorschriften aus verschiedenen Artikeln.

VI. Einfache Gesellschafter als Inhaber eines Geschäftes

Die einfache Gesellschaft (Art. 530ff. OR) als solche kann zwar, mangels Rechtsfähigkeit, nicht Inhaberin eines Geschäftes sein.

1. Möglich ist aber, dass die *Mitglieder einer einfachen Gesellschaft ein Geschäft gemeinsam betreiben*. Inhaber dieses Geschäftes ist jedes Mitglied in Gesellschaft mit den andern.

Das in einfacher Gesellschaft betriebene Geschäft kann sogar *nach kaufmännischer Art geführt* sein⁵⁶. Das gilt allerdings dann nicht, wenn sich an der Gesellschaft nur natürliche Personen beteiligen. Denn in diesem Fall «findet das Recht der Kollektivgesellschaft Anwendung», selbst wenn «die Beteiligten von einer einfachen Gesellschaft sprechen (vgl. die Definition der Kollektivgesellschaft in OR 552 sowie BGE 73 I 311ff.)»⁵⁷. Ausgeschlossen ist hingegen eine Kollektivgesellschaft, wenn nicht alle Gesellschafter natürliche Personen sind (BGE 84 II 381).

Wird das Geschäft *nicht nach kaufmännischer Art geführt*, so entsteht eine Kollektivgesellschaft nur (aber immerhin) dann, wenn die (aus natürlichen Personen zusammengesetzte) Gesellschaft als Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird (Art. 553 OR).

2. Was die *registerrechtliche Lage* betrifft, so steht fest, dass die einfache Gesellschaft als solche weder in das Handelsregister eingetragen werden kann noch eingetragen werden muss (BGE 79 I 181)⁵⁸. Das führt von der wünschbaren Publizität her dann zu einem unbefriedigenden Ergebnis, wenn die einfachen Gesellschafter ein Geschäft betreiben, das möglicherweise sogar nach kaufmännischer Art geführt wird.

Ein Ausweg wird in BGE 79 I 179ff. gezeigt. Danach ist zwar nicht die Gesellschaft, wohl aber *der einzelne Gesellschafter verpflichtet oder berechtigt, das gemeinsam betriebene Geschäft als Geschäftsinhaber nach Art. 934 OR eintragen zu lassen*. Möglich ist also, wie das Bundesgericht sagt, «die Eintragung der Gesellschafter persönlich als Einzelfirmen» (BGE 79 I 179).

Dieser Ausweg scheint mir indessen nicht gangbar, sondern unzulässig zu sein⁵⁹. Denn eine mehrmalige Eintragung ein und desselben Geschäftes bei verschiedenen Geschäftsinhabern widerspricht der ganzen Anlage des positiven Handelsregisterrechts. Sie ist in keiner einzigen Bestimmung ausdrücklich vorgesehen oder auch nur angedeutet. Dies zu Recht; schafft sie doch eher Verwirrung als Klarheit und widerspricht so dem Klarstellungszweck der Handelsregister-Eintragung.

Einen andern Weg gehen *Meier-Hayoz/Forstmoser*. Nach ihrer Meinung kann im «Eintragungsverbot für die einfache Gesellschaft . . . mittelbar auch ein Verbot» erblickt werden, «in dieser Rechtsform ein kaufmännisches Unternehmen zu betreiben»⁶⁰. Folgt man dieser Meinung, so ist der Betrieb eines kaufmännischen Geschäftes in einfacher Gesellschaft unzulässig. Zu lösen bleibt dann allerdings die Frage nach der Rechtsfolge für jene (praktisch wichtigen) Fälle, in denen dennoch ein kaufmännisches Geschäft in einfacher Gesellschaft betrieben wird. Worin besteht die Sanktion?

3. Da der Ausweg des Bundesgerichtes nicht überzeugt und das Verbot nach *Meier-Hayoz/Forstmoser* wohl an der praktischen Durchsetzbarkeit scheitern dürfte, lohnt sich der *Versuch, die Frage nach der Eintragung neu zu stellen*.

Sicher ist die einfache Gesellschaft kein taugliches Eintragungssubjekt. Weder kann sie Inhaberin eines Geschäftes (Art. 934 OR) sein. Noch bestehen verbandsbezogene Eintragungsvorschriften, welche die einfache Gesellschaft in dieser Eigenschaft zur Eintragung zulassen. Es bleibt daher beim Satz, dass «nach geltendem Recht . . . eine einfache Gesellschaft als solche nicht im Handelsregister eingetragen werden» kann (BGE 79 II 179).

Betreiben hingegen die Gesellschafter gemeinsam ein Geschäft (Gewerbe), so fragt es sich, ob Art. 934 OR

⁵⁶ Vgl. *Walter R. Schlupe*, SAG 46, 1974, S. 99; *W. v. Steiger*, zit. in Anm. 42, S. 334.

⁵⁷ So: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 193; etwas differenzierter *W. v. Steiger*, zit. in Anm. 42, S. 334, Anm. 40: «Nur wenn sie als Einheit, unter einer Firma ein Gewerbe betreibt, wird sie zur Kollektivgesellschaft».

⁵⁸ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 125.

⁵⁹ Ebenso: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 125.

⁶⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, zit. in Anm. 9, S. 112.

nicht doch den richtigen Ansatzpunkt bietet. Richtet sich Art. 934 OR in diesem Fall nicht an alle Gesellschafter gemeinsam? Sind nicht die Gesellschafter verpflichtet (Abs. 1) oder berechtigt (Abs. 2), das gemeinsam betriebene Geschäft an dessen Hauptsitz gemeinsam eintragen zu lassen? – Eingetragen würde das Geschäft, und zwar einmal, im Hauptregister auf einem Blatt, das den Gesellschaftern gemeinsam zugeteilt wäre und sie als gemeinsame Inhaber ausweisen würde.

Was spricht dagegen? Sicher nicht der Wortlaut des Art. 934 OR. Auch nicht die Tatsache, dass die einfache Gesellschaft keine Geschäftsfirma hat. Und schon gar nicht der Eintragungsgrund, von dem Art. 934 OR ausgeht. Im Gegenteil: Grund der Eintragung nach

Art. 934 OR ist der Bestand eines Geschäftes. Weil ein Geschäft betrieben wird, rechtfertigt sich die Eintragung von Sachverhalten, welche mit Bezug auf dieses Geschäft die Öffentlichkeit interessieren. Und das rechtfertigt sich auch, wenn das Geschäft nicht einen einzigen Inhaber hat, sondern mehrere, die es in einfacher Gesellschaft betreiben.

Also ist die aufgeworfene Frage prüfenswert. Sie stellt sich allerdings nur dann, wenn sich an der Gesellschaft noch andere als natürliche Personen beteiligen. Sind nur natürliche Personen beteiligt, so liegt bei kaufmännischem Geschäftsbetrieb eine Kollektivgesellschaft vor (Art. 552 OR; vgl. oben); und bei nicht kaufmännischem Betrieb greift die Vorschrift des Art. 553 OR Platz.