

- 975 a. Die vollendete Eintragung der Zweigniederlassung bezweckt namentlich, diejenigen Personen, welche mit einem Geschäft durch dessen Zweigniederlassung verkehren, «an Ort und Stelle» über Geschäft und Zweigniederlassung zu orientieren (Nr. 1089).
- b. Das kaufmännische Geschäft (Art. 934 Abs. 1 OR) ist so beschaffen, daß nach der Wertung von Gesetz und Verordnung ein ausgeprägtes öffentliches Informationsbedürfnis hinsichtlich des Geschäftes besteht (vgl. StenBull NR 1934, S. 784); dieses Bedürfnis nach Information rechtfertigt die Eintragungsbedürftigkeit des Geschäftes nach Art. 934 Abs. 1 OR. Das nicht kaufmännische Geschäft (Art. 934 Abs. 2 OR) ist demgegenüber so beschaffen, daß zwar ein Informationsbedürfnis besteht, aber in vermindertem Maße, weshalb sich nur (aber immerhin) die bloße Eintragungsfähigkeit nach Art. 934 Abs. 2 OR rechtfertigt (vgl. StenBull. NR 1934, S. 784).
- 976 Bildet nun die Zweigniederlassung Bestandteil eines kaufmännischen Geschäftes, so besteht das ausgeprägte Informationsbedürfnis auch für jene Personen, welche mit dem Geschäft durch dessen Zweigniederlassung verkehren. Sie haben ein ausgeprägtes Interesse daran, «an Ort und Stelle» nicht nur über das Geschäft als Ganzes orientiert zu werden, sondern auch über die Zweigniederlassung, welche einen Bestandteil des Geschäftes bildet (Nr. 618) und durch die sie mit dem Geschäft verkehren. Dieses ausgeprägte Bedürfnis nach Information rechtfertigt die Eintragungsbedürftigkeit der Zweigniederlassung.
- 977 Bildet die Zweigniederlassung hingegen Bestandteil eines Geschäftes, das nicht nach kaufmännischer Art geführt wird, so besteht das verminderte Informationsbedürfnis auch bei jenen Personen, die mit dem Geschäft durch dessen Zweigniederlassung verkehren. Dieses verminderte Bedürfnis rechtfertigt nur (aber immerhin), daß die eintragbare Zweigniederlassung bloß eintragungsfähig ist.
- 978 2. Eindeutig scheint sodann **Art. 935 Abs. 2 OR** zu sein. Er bestimmt: «Die schweizerischen Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande» (Nr. 878) «sind einzutragen, und zwar in derselben Weise wie diejenigen schweizerischer Firmen . . .»; «les succursales . . . sont tenues de se faire inscrire»; «le succursali . . . sono tenute a farsi iscrivere». Und doch muß zum richtigen Verständnis auch dieser Vorschrift auf die *Entstehungsgeschichte* zurückgegriffen werden:
- 979 Obwohl sich *das alte Obligationenrecht* mit den «Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande» (Nr. 878) nicht befaßte, waren unter seiner Herrschaft auch derartige Zweigniederlassungen eintragbar (vgl. BGE 15 580; 45 II 270 ff.; Kreisschreiben 1898; *Stampa*, Nr. 66)<sup>359</sup>. Mit Rücksicht darauf bestimmte
- <sup>359</sup> Die revidierte VO II (Anm. 357) bestimmt ausdrücklich: «Zweigniederlassungen von Firmen, deren Hauptsitz im Ausland ist, werden an dem Orte eingetragen, wo sich tatsächlich eine geschäftliche Niederlassung mit selbständiger geschäftlicher Vertretung befindet» (Art. 11 Abs. 2).

der erste (Revisions-)Entwurf (1919), daß «die Eintragung der Filialen einer ausländischen Firma . . . unter den gleichen Vorschriften» stehe, «wie sie für schweizerische Firmen aufgestellt sind» (Art. 929 Abs. 1). Auch diese Zweigniederlassungen sollten somit, sofern eintragbar, entweder eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig sein, und zwar in analoger Weise wie die Zweigniederlassungen von Geschäften mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Art. 927 f. des Entwurfes). Die beiden nachfolgenden Entwürfe (1923 und 1928) beschränkten sich auf die Bestimmung, daß «auch die schweizerischen Zweigniederlassungen von Firmen, deren Hauptsitz im Auslande ist», «der Eintragungspflicht unterliegen» (Art. 922 bzw. 918). Gemeint war die «Eintragungspflicht», wie sie für bestimmte Geschäfte mit schweizerischem «Hauptsitz» bestand (Entwurf 1923, Art. 921; zum Entwurf 1928 vgl. Nr. 968). Diese Vorschrift hob die für den schweizerischen Geschäftsverkehr bedeutsame «Eintragungspflicht» (die Eintragungsbedürftigkeit) heraus, ohne das «bloße Recht» (die bloße Eintragungsfähigkeit) auszuschließen<sup>360</sup>. Sie diente als Grundlage für die endgültige Bestimmung in Art. 935 Abs. 2 OR, wonach «die schweizerischen Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande» einzutragen sind (Nr. 978).

980 Die endgültige Bestimmung in Art. 935 Abs. 2 OR gibt in verkürzter Form den Gedanken wieder, den die Art. 922 und 918 Abs. 2 der Entwürfe 1923 bzw. 1928 enthielten (Nr. 979). Interpretieren wir die Bestimmung auf diesem Hintergrund, so besagt die Vorschrift «die schweizerischen Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande sind einzutragen . . .», daß eintragbare Zweigniederlassungen auch derartiger Geschäfte eintragungsbedürftig sind («tenues de se faire inscrire»), sofern die Voraussetzung der Eintragungsbedürftigkeit vorliegt, wie sie analog für Zweigniederlassungen von Geschäften mit schweizerischem «Hauptsitz» (Art. 935 Abs. 1 OR) gilt: sofern also die Geschäfte, um deren Zweigniederlassungen es sich handelt, nach kaufmännischer Art geführt werden (Nr. 971)<sup>361</sup>. In dieser Weise interpretiert, bringt Art. 935 Abs. 2 implicite zum Ausdruck, daß es auch eintragbare Zweigniederlassungen von Geschäften mit «Hauptsitz» im Ausland gibt, die nicht eintragungsbedürftig, somit bloß eintragungsfähig

<sup>360</sup> So wird denn auch in Bericht II (S. 680 ff.) und in ProtExpK 1924/25 das Vorkommen bloß eintragungsfähiger Zweigniederlassungen einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland offen gelassen. In ProtExpK (S. 680 ff.) ist zwar nur von der eintragungsbedürftigen Zweigniederlassung eines derartigen Geschäftes die Rede. Doch wird an keiner Stelle gesagt, bloß eintragungsfähige Zweigniederlassungen seien hier im Unterschied zu den «Firmen» mit «Hauptsitz» in der Schweiz ausgeschlossen. Dieser wichtige Unterschied wäre, wenn beabsichtigt, zweifellos erwähnt worden.

<sup>361</sup> Vgl. auch *His*, N. 80 zu Art. 934 OR.

sind (Nr. 961 f.)<sup>362</sup>. Bloß eintragungsfähig sind eintragbare Zweigniederlassungen nicht kaufmännischer Geschäfte.

- 981 Würde demgegenüber *Art. 935 Abs. 2 OR* «wörtlich» ausgelegt, so wären «die schweizerischen Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande» (*Art. 935 Abs. 2; Nr. 878*), sofern eintragbar, immer auch eintragungsbedürftig<sup>363</sup>. Das würde alternativ ein Zweifaches bedeuten: Entweder eine Ausdehnung der Eintragungsbedürftigkeit auf Zweigniederlassungen, die bei analogen «schweizerischen» Geschäften bloß eintragungsfähig sind; oder eine Beschränkung der Eintragbarkeit auf Zweigniederlassungen, die bei analogen «schweizerischen» Geschäften eintragungsbedürftig sind. Weder das eine noch das andere rechtfertigt sich.
- 982 Was die Ausdehnung der Eintragungsbedürftigkeit im besonderen betrifft, so ist ein möglicher Grund hiefür bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1135) ersichtlich, die nicht ausnahmsweise von einer juristischen Person des schweizerischen Privatrechts betrieben wird (Nr. 931). Hier besteht zum vorneherein ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Eintragung, das sich nicht aus der Beschaffenheit des Geschäftes herleitet (Nr. 1147; demgegenüber Nr. 1156). Dieses Interesse bildet jedoch keinen *genügenden* Grund, die Eintragungsbedürftigkeit auszudehnen: schon gar nicht bei den weitem Zweigniederlassungen desselben Geschäftes, bei denen ein gesteigertes Interesse an der Eintragung nicht mehr gegeben ist (Nr. 1153).
- 983 3. Was die **speziellen Eintragungsvorschriften** (Nr. 504 f.) betrifft, so bestimmen auch sie, *wo* die Zweigniederlassungen einzutragen sind und daß die Eintragung «unter Bezugnahme auf die Eintragung der Hauptniederlassung» (Nr. 918) zu erfolgen hat. Der Ausdruck «Zweigniederlassungen sind einzutragen» bedeutet wiederum nicht, daß die Zweigniederlassungen eingetragen werden *müssen* (vgl. anlog Nr. 972).
- 984 Ob die in den speziellen Eintragungsvorschriften geordneten Zweigniederlassungen eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig sind, bestimmt sich in der

<sup>362</sup> Derartige Zweigniederlassungen, die auch in der Praxis anerkannt sind (vgl. *Gautschi*, N. 7a zu Art. 460 OR), wurden in der Botschaft 1928 und in der Berichterstattung vor National- und Ständerat weder erwähnt noch ausgeschlossen (vgl. Botschaft S. 306; StenBull. NR 1934, S. 782 ff.; 1936, S. 1485 ff.; StR 1932, S. 58 f.; 1936, S. 541). Botschaft und einige Berichte, die sich mit der Zweigniederlassung von «Firmen» mit «Hauptsitz» im Ausland befassen, erwähnen zwar nur die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung (Botschaft, S. 306; StenBull. NR 1934, S. 784; StR 1936, S. 541; vgl. aber StenBull. NR 1936, S. 1485; StR 1932, S. 58 f.). Daraus läßt sich indessen nicht die Folgerung ziehen, der Gesetzgeber habe «bloß eintragungsfähige» Zweigniederlassungen von «Firmen» mit «Hauptsitz» im Ausland ausschließen wollen.

<sup>363</sup> In diesem Sinne z. B. E. *Schucany*, N. 1 zu Art. 642 OR.

gleichen Weise wie nach dem allgemeinen Art. 935 OR<sup>364</sup>: danach, ob das Geschäft, dem die Zweigniederlassung zugehört, nach kaufmännischer Art geführt ist oder nicht<sup>365</sup>. Daß diese Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften des schweizerischen Privatrechts betrieben werden, rechtfertigt keine Sonderregelung. Dasselbe gilt, wenn der Geschäftsinhaber ein schweizerischer Verein, eine schweizerische Stiftung oder eine schweizerische Personengesellschaft ist, für deren Zweigniederlassungen spezielle Eintragungsvorschriften nicht bestehen.

985 4. Die **Bestimmungen der Handelsregisterverordnung** (Art. 69—77) schließlich sind so gefaßt, daß sie sowohl auf eintragungsbedürftige wie auf bloß eintragungsfähige Zweigniederlassungen zutreffen. Sie enthalten keine Vorschrift, derzufolge die eintragbare Zweigniederlassung immer eintragungsbedürftig wäre. Das gilt namentlich auch für Art. 69 HRegV, wonach «nur Zweigniederlassungen von Gewerben in das Handelsregister eingetragen werden» können (vgl. dazu Nr. 668). Er wurde absichtlich so formuliert, daß er die Möglichkeit bloß eintragungsfähiger Zweigniederlassungen nicht ausschloß<sup>366</sup>.

## 2) Das Kriterium

986 Das Kriterium, ob eine eintragbare Zweigniederlassung eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig ist (Nr. 962), liegt nach dem Gesagten **im Geschäft**, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 618).

987 Von diesem Geschäft, welches im Handelsregisterrecht meistens als Gewerbe bezeichnet wird (Nr. 528 f.), steht zunächst fest, daß es für Dritte und gegen Entgelt produziert (Nr. 530 ff.). Es kann, muß aber nicht, nach kaufmännischer Art geführt sein (Nr. 668).

988 1. Ist das Geschäft der Zweigniederlassung ein **kaufmännisches Geschäft**, «ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» (Art. 934 Abs. 1 OR), so erweist sich die **Zweigniederlassung als eintragungsbedürftig**; gleichgültig, ob das Geschäft seinen «Hauptsitz» (Nr. 865 f.) im In- oder im Ausland hat (vgl. Nr. 971 f. und 980); gleichgültig auch, von wem es betrieben wird (vgl. Nr. 983 f.). Welche Gewerbe (Geschäfte) nach kaufmännischer Art geführt werden, ergibt sich im einzelnen aus Art. 52—56 HRegV. Nach Art. 54 HRegV sind bestimmte Gewerbe «von der Eintragungspflicht befreit, wenn ihre jährliche Roheinnahme die Summe von Fr. 100 000.— nicht erreicht». Als Ausführungsbestimmung der Gesetzesvorschrift kann Art. 54 HRegV

<sup>364</sup> Vgl. W. Linsi, S. 103 f.

<sup>365</sup> Vgl. W. Linsi, S. 104 Anm. 7.

<sup>366</sup> Vgl. die Bemerkungen zu Art. 69 HRegV im Bericht zum Revisionsentwurf für die Handelsregisterverordnung vom 8. 2. 1937.

«gar keinen anderen Sinn haben als den, daß diese nicht eintragungspflichtigen Gewerbe nicht zu den . . . nach kaufmännischer Art geführten Gewerben gerechnet werden sollen» (ZBJV 50, 1914, S. 215; vgl. auch ZBJV 49, 1913, S. 371)<sup>367</sup>. Damit ein Geschäft «nach kaufmännischer Art geführt» ist, bedarf es somit in gewissen Erscheinungsformen einer minimalen jährlichen Roheinnahme.

989 Nach dem Gesagten schöpft die Zweigniederlassung ihre *Eintragungsbedürftigkeit aus der Beschaffenheit des ganzen zusammengesetzten Geschäftes*. Ob die Zweigniederlassung selbst eintragungsbedürftig wäre (Art. 52—56 HRegV), wenn sie als Geschäft (nicht als Bestandteil eines Geschäftes) betrieben würde, ist unerheblich. In keinem Falle muß sie daher über eine bestimmte jährliche Roheinnahme verfügen<sup>368</sup> (a.A.: BGE 68 I 111; 56 I 126; SJZ 28, 1931/32, S. 281 f.)<sup>369</sup>, weshalb auch geschäftliche Leistungseinheiten im weiten Sinne (Nr. 622 ff.) eintragungsbedürftige Zweigniederlassungen sein können. Auch ist für die Eintragungsbedürftigkeit nicht erforderlich, daß die Zweigniederlassung selbst eines kaufmännischen Betriebes oder einer geordneten (gesonderten) Buchhaltung bedarf (a. A.: BGE 68 I 111). Nach BGE 79 I 76 bildet das Bedürfnis einer gesonderten (Filial-)Buchhaltung ein notwendiges Merkmal der Zweigniederlassung (vgl. Nr. 801). Das Bundesgericht mag dieses Bedürfnis als Voraussetzung der Eintragungsbedürftigkeit angesehen, es aber ungenau als Merkmal der Zweigniederlassung bezeichnet haben.

990 2. Ist das **Geschäft** der Zweigniederlassung dagegen **nicht nach kaufmännischer Art geführt** (Art. 934 Abs. 2 OR), weil es z. B. eine im betreffenden Fall erforderliche Roheinnahme von Fr. 100 000.— nicht erreicht (Nr. 988), so erweist sich die **Zweigniederlassung als bloß eintragungsfähig**. Dabei macht es wiederum keinen Unterschied, ob sich der «Hauptsitz» im In- oder Ausland befindet (vgl. Nr. 971 f. und 980), und wer die Zweigniederlassung betreibt (vgl. Nr. 983 f.).

991 3. Ob im Einzelfall ein Geschäft dieser oder jener Art vorliegt (Nr. 990 oder 988), beurteilt sich stets nach schweizerischem Recht. Und zwar beurteilt es sich unter **Einbezug des ganzen zusammengesetzten Geschäftes**, zu dem auch die Zweigniederlassung gehört. Wichtig ist dies namentlich dann, wenn beim Entscheid auf die jährliche Roheinnahme abzustellen ist (Art. 54 HRegV).

992 Bei der *Errechnung der nach Art. 54 HRegV maßgeblichen Roheinnahme des Geschäftes* bildet die durch eine Zweigniederlassung erzielte Roheinnahme einen

<sup>367</sup> Vgl. demgegenüber Th. *Guhl*, S. 734 und die Formulierung bei *His*, N. 33 zu Art. 944 OR.

<sup>368</sup> Vgl. Th. *Jordi*, S. 69.

<sup>369</sup> Anderer Ansicht auch: F. *Diebold*, S. 57; *His*, N. 29 f. zu Art. 935 OR; W. *Linsi*, S. 104; *Sieglwart*, N. 31 zu Art. 642 OR; W. *von Steiger*, N. 4 zu Art. 782 OR.

Summanden; gleich wie die (mögliche) Roheinnahme jeder andern Leistungseinheit, die mit der Zweigniederlassung zum Geschäft verbunden ist.

993 Diese Addition der Roheinnahmen rechtfertigt sich dadurch, daß hier das Geschäft aus mehreren Leistungseinheiten besteht. Sie erfolgt nicht gestützt auf Art. 56 HRegV. Denn:

994 *Art. 56 HRegV* beschlägt nicht den Fall, da ein Geschäftsinhaber ein *zusammengesetztes* Geschäft betreibt, sondern *zwei Geschäfte nebeneinander*: als Leistungseinheiten, die nicht dauernd und unbeschränkt miteinander verbunden sind (z. B. BGE 70 I 205 ff.).

995 4. In der Definition des Bundesgerichts wird die **Zweigniederlassung als kaufmännischer Betrieb** bzw. als «*établissement commercial*» umschrieben (Nr. 516 f.). Darunter läßt sich alternativ ein Zweifaches verstehen:

996 — daß die Zweigniederlassung *Bestandteil eines nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes* ist. Verwendet das Bundesgericht den Ausdruck «*kaufmännischer Betrieb*» bzw. «*établissement commercial*» in diesem Sinne, so trifft die Definition zwar zu auf die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung (Nr. 988), mit der sich das Gericht in den betreffenden Entscheiden zu befassen hatte. Doch paßt die Definition nicht auf die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung (Nr. 990).

997 — daß die Zweigniederlassung nicht nur Bestandteil eines nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes ist, sondern *ihrerseits «nach kaufmännischer Art geführt»* wird: derart, daß sie auch getrennt vom Geschäft eintragungsbedürftig wäre. Versteht das Bundesgericht die Definition in diesem zweiten Sinne, so ist sie auch für die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung unpassend (vgl. Nr. 989).

#### **dd. Die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung im besonderen**

998 Die eintragungsbedürftige (auch «*eintragungspflichtige*»): BGE 56 I 365) Zweigniederlassung *kann und muß eingetragen werden* (Nr. 962): Die Eintragung der im Zusammenhang mit dieser Zweigniederlassung eintragbaren Grundsachverhalte (Nr. 958) ist «*vorgeschrieben*» (vgl. Nr. 417 ff.). Der Geschäftsinhaber ist zur Anmeldung verpflichtet.

999 Nachstehend befassen wir uns zunächst mit der Anmeldungspflicht (Nr. 1000 ff.), darauf mit der Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung (Nr. 1002 ff.). Dann sprechen wir von der Wirkung der rechtswidrig unterbliebenen Eintragung (Nr. 1005 f.) und von der Eintragungsbedürftigkeit minderen Grades (Nr. 1007 ff.). Schließlich handeln wir vom Zeitpunkt, der für die Feststellung der Eintragungsbedürftigkeit maßgebend ist (Nr. 1011 f.).

## 1) Anmeldungspflicht

- 1000 Den Geschäftsinhaber, der eine eintragungspflichtige Zweigniederlassung betreibt, trifft — als Eintragungs-Subjekt (Nr. 822) — eine **Pflicht zur ordnungsgemäßen Anmeldung** (Nr. 418, vgl. BGE 56 I 373 E. 6; 81 I 156; 89 I 408 f.), die er gegebenenfalls (Art. 72 Abs. 1 HRegV<sup>369a</sup>) durch registerrechtlich zuständige Vertreter (Nr. 818) zu erfüllen hat. Diese Vertreter sind ihrerseits verpflichtet, die Zweigniederlassung für den Geschäftsinhaber anzumelden (Nr. 418). Keine Anmeldungspflicht trifft hingegen die (rechtsunfähige) Zweigniederlassung selbst. Ungenau daher Art. 935 Abs. 2 des französischen und italienischen OR-Textes, wonach die (eintragungspflichtigen) Zweigniederlassungen gehalten sind, sich eintragen zu lassen (Nr. 978; vgl. auch BGE 89 I 411 Ziff. 5).
- 1001 Der **Registerführer hat zur Erfüllung der Anmeldungspflicht anzuhalten** (Art. 941 OR); er hat zur Anmeldung aufzufordern (Art. 57 Abs. 1 HRegV), sobald er vom Bestand einer eintragungspflichtigen Zweigniederlassung erfährt (Nr. 419; vgl. z. B. BGE 81 I 156; 89 I 408 f.); sei es durch eigene Nachforschungen, amtliche Mitteilung (z. B. BGE 68 I 109) oder durch Anzeige Dritter (z. B. BGE 79 I 71; 89 I 408 f.). Die amtliche Aufforderung zur Anmeldung entfällt, wenn die Anmeldung «freiwillig» erfolgt; alsdann wird das Eintragsverfahren durch Anmeldung eingeleitet, sonst durch Aufforderung zur Anmeldung. «Nötigenfalls» (Art. 941 OR) ist der Registerführer verpflichtet, die Zweigniederlassung von Amtes wegen, ohne Anmeldung, einzutragen.

## 2) Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung

- 1002 Die Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung entsteht gestützt auf Art. 57 und 58 HRegV, welche Artikel sich zwar nicht auf die Zweigniederlassung beziehen (vgl. Art. 57 Abs. 1 HRegV), aber dennoch (analog) anwendbar sind (vgl. BGE 89 I 407 ff.; 79 I 70 ff.). Die Pflicht *setzt stets eine amtliche Aufforderung zur Anmeldung voraus* (Nr. 420). Bei erfolgloser Aufforderung kommt es zu einem Verfahren vor kantonaler Aufsichtsbehörde und eventuell vor Bundesgericht, sofern nicht Art. 57 Abs. 4 HRegV zur Anwendung gelangt (Nr. 420).
- 1003 Die *Aufsichtsbehörde* ordnet die Eintragung an, wenn eine eintragungspflichtige Zweigniederlassung vorliegt (vgl. z. B. BGE 79 I 71; 81 I 156; 89 I 408). Dadurch entsteht die Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung; es sei denn, der Entscheid werde mit erfolgreicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten (Art. 58 HRegV und Nr. 420).
- 1004 Gelangt Art. 57 Abs. 4 HRegV zur Anwendung, so wird der Registerführer auch *ohne Entscheid einer übergeordneten Instanz* zur Eintragung ohne Anmeldung verpflichtet (Nr. 420).

<sup>369a</sup> Vgl. dazu Anm. 137.

### 3) Wirkung der rechtswidrig unterbliebenen Eintragung

- 1005 Die Verletzung der Anmeldungspflicht ist sanktioniert durch Ordnungsbußen (Art. 943 OR), aber auch durch die **negative Publizitätswirkung** (Art. 933 Abs. 2 OR, dazu Nr. 474 ff.). Unterbleibt die Eintragung der eintragungsbedürftigen Zweigniederlassung, so sind die Grundsachverhalte, welche Gegenstand der vorgeschriebenen Eintragung bilden (Nr. 1096 ff.), rechtswidrig nicht eingetragen. Mit Bezug auf diese Sachverhalte greift die erwähnte Wirkung Platz: Gutgläubige Dritte, die im Vertrauen auf den Nicht-Bestand der nicht eingetragenen Sachverhalte mangelhafte Rechtshandlungen vornehmen, werden zu Lasten des anmeldungspflichtigen Geschäftsinhabers (vgl. Nr. 480 und 1000) geschützt (Nr. 474 ff.); und zwar auch dann, wenn sie den Bestand der Sachverhalte trotz fehlender Eintragung hätten erkennen können (Nr. 476).
- 1006 Sind die rechtswidrig nicht eingetragenen Sachverhalte auf einem andern Registerblatt des Geschäftsinhabers (z. B. auf dem Registerblatt der schweizerischen Haupteintragung) aufgezeichnet, so tritt die negative Publizitätswirkung in *Konflikt mit der positiven Publizitätswirkung* (Nr. 449 ff.), die sich mit der Eintragung auf dem andern Registerblatt (und der entsprechenden Publikation im Handelsamtsblatt) verbindet. In diesem Konfliktfall geht die negative Publizitätswirkung nur (aber immer) dann vor, wenn die mangelhaften Rechtshandlungen im Zusammenhang mit der nicht eingetragenen Zweigniederlassung stehen.

### 4) Eintragungsbedürftigkeit minderen Grades

- 1007 Die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung kann und muß eingetragen werden (Nr. 962). Eintragungsbedürftigkeit setzt Eintragbarkeit voraus. *Eine Zweigniederlassung, die nicht eintragbar ist, kann nicht eintragungsbedürftig sein.* Dies gilt auch für eine Zweigniederlassung, die nur deshalb nicht eintragbar ist, — weil eine Haupteintragung, die für die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung vorausgesetzt ist, nicht besteht (Nr. 858 ff.); — weil die Geschäftsfirma, die der Inhaber verwendet, nicht als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden kann (Nr. 854 f.; im einzelnen: Nr. 1416 ff., 1462 ff. und 1493).
- 1008 Ist eine Zweigniederlassung aus einem dieser beiden Gründe nicht eintragbar und nur deshalb nicht eintragungsbedürftig, so liegt allerdings eine Eintragungsbedürftigkeit minderen Grades vor. Den Inhaber trifft danach nur (aber immerhin) eine **aufgeschobene Pflicht, die Zweigniederlassung eintragen zu lassen.** Zunächst und vor allem ist er verpflichtet, die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung herbeizuführen, indem er die fehlende Haupteintragung vornehmen läßt bzw. die Geschäftsfirma verändert oder — wo dies möglich ist — **Zusätze bestimmt**, mit denen die Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden

kann (vgl. Nr. 1429 ff. und 1481 ff.). Verletzt er die Pflicht, die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung herbeizuführen, so rechtfertigt es sich, daß die negative Publizitätswirkung (Nr. 1005) eintritt, obwohl die nicht eingetragene Zweigniederlassung nicht voll eintragungsbedürftig ist.

- 1009 Das Gesagte gilt nicht ohne Ausnahme. *Keine Eintragungsbedürftigkeit minderen Grades* liegt vor, wenn die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung nur durch Veränderung einer ausländischen Geschäftsfirma hergestellt werden könnte (vgl. Nr. 1466 und 1468 f.; vgl. aber Nr. 1481 ff.); oder durch die Herbeiführung einer möglichen Haupteintragung im Ausland. Das schweizerische Recht kann den Inhaber nicht verpflichten, seine ausländische Geschäftsfirma zu verändern oder eine Eintragung im Ausland herbeizuführen. Unterläßt er das eine oder das andere, so ist die Zweigniederlassung ohne Rechtsnachteil für den Inhaber nicht eingetragen.
- 1010 Steht indessen im Einzelfall fest, daß «die Firma zu Recht besteht» (Nr. 881), so scheint es uns richtig, daß die Zweigniederlassung eingetragen wird, obwohl eine im Ausland mögliche Haupteintragung nicht vorgenommen wurde<sup>370</sup>. Die kantonale Aufsichtsbehörde soll hier den Registerführer in analoger Anwendung des Art. 31 HRegV zur Eintragung ermächtigen. Diese Ermächtigung heilt den Mangel der Eintragbarkeit. Doch gilt dies nur für den Fall, da die Zweigniederlassung bei gegebener Eintragbarkeit eintragungsbedürftig ist. Hier würde es unter der genannten Voraussetzung dem öffentlichen Interesse widersprechen, bliebe die Zweigniederlassung mangels ausländischer Haupteintragung nicht eingetragen.

#### 5) Der für die Feststellung der Eintragungsbedürftigkeit maßgebliche Zeitpunkt

- 1011 Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Zweigniederlassung eingetragen werden muß, ist nach Lehre und Rechtsprechung auf die Verhältnisse im **Zeitpunkt** abzustellen, **da die Aufforderung zur Anmeldung erging**<sup>371</sup>. Ist die Zweigniederlassung in diesem Zeitpunkt eintragungsbedürftig, so hat die Eintragung zu erfolgen, auch wenn nachträglich eine Voraussetzung der Eintragungsbedürftigkeit entfällt; namentlich, wenn die Zweigniederlassung nicht mehr eintragbar ist. Diese herrschende Meinung vermag nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen (vgl. z. B. BGE 56 I 370 ff.). Folgende Fragezeichen seien gesetzt:

<sup>370</sup> Vgl. F. Diebold, S. 60.

<sup>371</sup> Vgl. F. Diebold, S. 61; Th. Jordi, S. 69; BGE 76 I 155; 81 I 157; 89 I 412.

Vgl. ferner den grundlegenden BGE 57 I 146 ff. sowie BGE 58 I 206, 250, 255; 61 I 48; 62 I 109; 84 I 189; 91 I 140: alles Entscheide, die vom Zeitpunkt der amtlichen Aufforderung ausgehen, sich aber nicht auf die Zweigniederlassung beziehen.

Der Auffassung, wonach der Zeitpunkt der amtlichen Aufforderung maßgeblich ist, entspricht es, bei freiwilliger Anmeldung einer Zweigniederlassung (ohne Aufforderung) auf den Zeitpunkt dieser Anmeldung abzustellen (vgl. *Stampa*, Nr. 15).

- 1012 — Ist eine Zweigniederlassung im genannten Zeitpunkt zwar eintragungspflichtig, geht sie in der Folge aber unter, so gilt es nach herrschender Meinung dennoch eine Zweigniederlassung einzutragen, obwohl keine solche mehr besteht (vgl. BGE 76 I 155). Im Ergebnis liegt alsdann eine unwahre Eintragung vor (Nr. 412), da mit der Zweigniederlassung auch deren Bestand eingetragen wird (Nr. 1157 f.). Das aber widerspricht dem Wahrheitsprinzip des Handelsregisterrechts (Nr. 487 f.). Zudem ist die vollendete Eintragung mit einem ursprünglichen Löschungsgrund belastet (vgl. BGE 76 I 155): die Zweigniederlassung muß, sobald eingetragen, wieder gelöscht werden. Der Eintragungsvorgang erweist sich daher als sinnlos<sup>372</sup>; dies wenigstens im Regelfall:
- 1013 — Mit dem Sinn, eine Zweigniederlassung einzutragen, die nach vollendeter Eintragung wieder zu löschen ist, befaßt sich BGE 76 I 155. Darin wird die Eintragung trotz anschließender Löschung als sinnvoll erachtet, weil sie die Konkursfähigkeit ihres Inhabers begründe. Zu überzeugen vermag dieses Argument, wenn überhaupt, nur für den Fall, den BGE 76 I 155 zu beurteilen hatte: Wenn der Geschäftsinhaber, der die Zweigniederlassung betreibt, in der Schweiz noch nicht konkursfähig ist, weil einefähigkeitsbegründende Eintragung bis dahin fehlt. In allen andern Fällen (z. B. im Falle des BGE 89 I 412) sticht das bundesgerichtliche Argument ins Leere.

#### ee. Die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung im besonderen

- 1014 Die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung *kann, muß aber nicht*, eingetragen werden (Nr. 962): Die Eintragung der im Zusammenhang mit dieser Zweigniederlassung eintragbaren Grundsachverhalte (Nr. 962) ist nicht «vorgeschrieben» (Nr. 424). Eine **Anmeldungspflicht entfällt** (Nr. 425). Das Eintragungsverfahren wird durch eine Anmeldung eingeleitet. Ohne ordnungsgemäße Anmeldung hat die Eintragung zu unterbleiben (vgl. aber Art. 31 HRegV).
- 1015 Nimmt indessen der Registerführer (möglicherweise auf Anzeige Dritter hin) an, eine bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung sei eintragungspflichtig, *so fordert er auch hier zur Anmeldung auf* (vgl. Nr. 426 und 1001). Erfolgt eine ordnungsgemäße Anmeldung, so greift der Eintragungsvorgang Platz. Bleibt die Anmeldung aus, so kommt es zum Verfahren vor Aufsichtsbehörde und, eventuell, vor Bundesgericht (Nr. 426 und 1002); es sei denn, Art. 54 Abs. 4 HRegV finde Anwendung.
- 1016 Aufsichtsbehörde und Bundesgericht entscheiden richtigerweise auf Nicht-Eintragung. Entscheiden sie auf Eintragung, so liegt ein Fehlentscheid vor, der den Registerführer zur Eintragung ohne Anmeldung verpflichtet (Nr. 426).

<sup>372</sup> Nach einem in anderem Zusammenhang ergangenen, unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid liegt es denn auch nicht im öffentlichen Interesse, «daß eine Eintragung vorgenommen und veröffentlicht werde, die unter Umständen schon nach kurzer Zeit . . . wieder gelöscht werden müßte» (vgl. das Zitat in SAG 38, 1966, S. 30).

1017 Findet Art. 57 Abs. 4 HRegV Anwendung, so ist der Registerführer ebenfalls verpflichtet, die Zweigniederlassung ohne Anmeldung einzutragen (Nr. 426).

#### d. DIE FORMELLE VORAUSSETZUNG DES EINTRAGUNGS- VORGANGES

- 1018 Ist eine Zweigniederlassung eintragbar (Nr. 958), so ist sie geeignet, ins Handelsregister eingetragen zu werden. Entweder kann und muß sie eingetragen werden (Nr. 998). Oder sie kann, muß aber nicht, zur Eintragung gelangen (Nr. 1014). Damit sie zu Recht eingetragen wird, ist eine weitere, formelle Voraussetzung erforderlich.
- 1019 Diese *formelle Voraussetzung* des Eintragungsvorganges besteht alternativ: in einer ordnungsgemäßen Anmeldung (vgl. aber Art. 31 HRegV) oder in der Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung (Nr. 408).
- 1020 Die **Anmeldung** bildet die ordentliche formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges sowohl bei eintragungsbedürftigen (Nr. 998) als auch bei bloß eintragungsfähigen Zweigniederlassungen (Nr. 1014).
- 1021 *Bei eintragungsbedürftigen Zweigniederlassungen* besteht eine Anmeldepflicht (Nr. 1000): somit eine Pflicht, die formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges herbeizuführen. Wird diese Pflicht trotz amtlicher Aufforderung nicht erfüllt, so entsteht richtigerweise die Pflicht des Registerführers zur Eintragung ohne Anmeldung (Nr. 1002 ff.). Damit ist die außerordentliche Voraussetzung des Eintragungsvorganges gegeben. Die Zweigniederlassung wird von Amtes wegen eingetragen.
- 1022 *Bei bloß eintragungsfähigen Zweigniederlassungen* besteht keine Anmeldepflicht (Nr. 1014). Bleibt die Anmeldung aus, so wird die Zweigniederlassung, obwohl eintragbar, nicht eingetragen (Nr. 1014). Es sei denn, der Registerführer nehme an, die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung sei eintragungsbedürftig. Alsdann kann auch hier eine Pflicht zur Eintragung ohne Anmeldung entstehen: entweder gestützt auf einen Fehlentscheid übergeordneter Instanzen oder aufgrund des Art. 57 Abs. 4 HRegV (Nr. 1016 f.). Trifft dies zu, so ist eine außerordentliche Voraussetzung des Eintragungsvorganges gegeben. Die Zweigniederlassung wird von Amtes wegen eingetragen, obwohl sie bloß eintragungsfähig ist.
- 1023 Die **Pflicht zur Eintragung ohne Anmeldung** setzt eine erfolglose Aufforderung zur Anmeldung voraus (Nr. 1002 und 1015 ff.). Eine Pflicht des Registerführers, die Zweigniederlassung zum vorneherein, ohne Aufforderung zur Anmeldung, von Amtes wegen einzutragen (Nr. 421), besteht in keinem Falle. Das Eintragungsverfahren wird daher immer durch eine Anmeldung oder eine Aufforderung zur Anmeldung eingeleitet.

## F. Die Wirkungen der Eintragung

- 1024 Die Eintragung der Zweigniederlassung ist eine Neueintragung (Nr. 811): eine Eintragung von Grundsachverhalten, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung interessieren (Nr. 811). Bei der Frage nach ihren Wirkungen unterscheiden wir zwischen dem Eintragungsvorgang (Nr. 1025 ff.) und der vollendeten Eintragung (Nr. 1029 ff.).

### a. WIRKUNGEN DES EINTRAGUNGSVORGANGES

- 1025 Das Eintragen der Zweigniederlassung bewirkt, daß im Ergebnis Grundsachverhalte im Hauptregister eingetragen sind (vgl. Nr. 428). Die Grundsachverhalte kommen auf einem neu eröffneten Registerblatt zur Eintragung. Das Eintragen der Zweigniederlassung hat daher zur Folge, daß ein neues Registerblatt im Hauptregister eröffnet wird (vgl. Nr. 429).
- 1026 Dieses neue Registerblatt wird dem Geschäftsinhaber zugeteilt, über den die genannten Grundsachverhalte zur Eintragung gelangen (Nr. 822). Es ist dazu bestimmt, sämtliche Grundsachverhalte und Folgetatsachen aufzunehmen, die im Zusammenhang mit einer Zweigniederlassung eingetragen werden (Nr. 1096 ff., 1165 ff. und 1192 ff.). Mit Rücksicht auf diese Zweckbestimmung des Registerblattes bezeichnen wir es auch als *Registerblatt der Zweigniederlassung*, bleiben uns aber bewußt, daß es in Wirklichkeit ein Registerblatt des Geschäftsinhabers ist, der als Inhaber der Zweigniederlassung das Eintragungs-Subjekt bildet (Nr. 822). Er ist Eintragungs-Subjekt (Nr. 347) auch dann, wenn auf dem betreffenden Registerblatt in einem spätern Zeitpunkt Änderungs-Eintragungen vorgenommen werden oder die Zweigniederlassung gelöscht wird.
- 1027 Untersteht die vorausgesetzte Haupteintragung (Nr. 858 ff.) schweizerischem Recht (Nr. 948), so tritt das *Registerblatt der Zweigniederlassung zum früher eröffneten «Registerblatt der Haupteintragung» hinzu*. Der Geschäftsinhaber hat alsdann mindestens zwei Hauptregister-Blätter im schweizerischen Handelsregister: 1. ein Blatt, auf dem die Grundsachverhalte der Haupteintragung (unter Einschluß der durch Änderungs-Eintragung aufgezeichneten Folgetatsachen) eingetragen sind; 2. ein Registerblatt für die Sachverhalte der Zweigniederlassung (vgl. BGE 56 I 376 a. E.).
- 1028 Werden mehrere Zweigniederlassungen eines Geschäftsinhabers eingetragen, so erhält der Geschäftsinhaber für jede Zweigniederlassung ein eigenes Registerblatt.

## b. WIRKUNGEN DER VOLLENDETEN EINTRAGUNG (Übersicht)

- 1029 Mit der vollendeten Eintragung einer Zweigniederlassung (Nr. 812) können sich verschiedene Wirkungen verbinden: zunächst die deklaratorische und konstitutive Wirkung (Nr. 1030 und 1032); dann auch die positive Publizitätswirkung und die beweisverstärkende Wirkung nach Art. 9 ZGB (Nr. 1066 und Nr. 1069). Heilend wirkt die Eintragung grundsätzlich nicht (Nr. 1071, vgl. aber Nr. 1076).

### c. DEKLARATORISCHE WIRKUNG

- 1030 Die deklaratorische Wirkung (Nr. 431 ff.) haben wir allgemein als *Hauptwirkung der vollendeten Eintragung* bezeichnet (Nr. 431). Das gilt auch für die Neu-eintragung jeder Zweigniederlassung. Die im Hauptregister vollzogene Eintragung von Grundsachverhalten, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung interessieren (Nr. 1096 ff.), bewirkt, daß diese *Grundsachverhalte sowie der Umstand, daß sie eingetragen sind, dauernd kundgegeben* werden (Nr. 431). Kundgegeben wird namentlich auch der Grundsachverhalt, wonach die Zweigniederlassung besteht (Nr. 1157 f.).
- 1031 Die Kundgabe geschieht einerseits durch die im Hauptregister vollzogene Eintragung selbst (Nr. 432), anderseits durch den Registerführer (Nr. 433). Sie wird in jedem Fall ergänzt durch eine Publikation im Handelsamtsblatt (Nr. 434; Nr. 816), die regelmäßig schon vor Abschluß des Eintragungsvorganges Platz greift (Nr. 816).

### d. KONSTITUTIVE WIRKUNG

- 1032 Die konstitutive Wirkung (Nr. 436 ff.) kommt allgemein in zwei Arten vor: als konstitutive Wirkung im engen und im weiten Sinne (Nr. 437 ff.). Die Eintragung der Zweigniederlassung wirkt in aller Regel nur im weiten Sinne konstitutiv.

#### aa. Grundsätzlich keine konstitutive Wirkung im engen Sinne

- 1033 Die Grundsachverhalte, auf die sich die Eintragung einer Zweigniederlassung bezieht, bestehen unabhängig von ihrer Eintragung, weshalb die Eintragung der Zweigniederlassung *nicht konstitutiv im engen Sinne* wirkt (Nr. 438). Dies gilt namentlich auch für den Sachverhalt, wonach die Zweigniederlassung besteht (Nr. 1157 f.). Die Zweigniederlassung ist eine Leistungseinheit, kein Rechtsverhältnis. Sie schöpft ihren Bestand nicht aus der Eintragung (vgl. BGE 8 161; 34 I 702; 50 II 511; ZSR 43, 1924, S. 232)<sup>373</sup>: weder ihren Bestand als Leistungs-

<sup>373</sup> Unrichtig Alfr. *Wieland* in ProtExpK 1924/25, S. 678: «Läßt eine Bank ihre am Orte des Sitzes befindlichen Kassen nicht als Zweigniederlassungen eintragen, so sind eben diese Kassen keine Filialen.»

einheit noch als qualifizierte Leistungseinheit, welche die Merkmale einer Zweigniederlassung aufweist.

- 1034 Vom Gesagten gibt es immerhin eine *Ausnahme*. Sie beschlägt das nichtkaufmännische Prokuraverhältnis (Art. 458 Abs. 3 OR), das durch Eintragung auch auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung entstehen kann. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Prokuraverhältnis als Grundsachverhalt eingetragen wird oder als Folgetatsache (mittels Änderungs-Eintragung, Nr. 1162 ff.). Hier wirkt die *Änderungs-Eintragung* konstitutiv, dort die *Neueintragung*. Ist der betreffende Prokurist bereits im Register einer schweizerischen Haupteintragung (als Vertreter für das ganze Geschäft) eingetragen (Nr. 953), so wird die Prokura durch Eintragung bei der Zweigniederlassung nicht ursprünglich begründet, in seinem Bestande aber «bestätigt». Über den Eintritt der Wirkung: Nr. 441 ff.

#### **bb. Konstitutive Wirkung im weiten Sinne**

- 1035 Die konstitutive Wirkung im weiten Sinne (Nr. 439), die sich mit der Eintragung einer Zweigniederlassung verbinden kann, beruht teils auf Bundesrecht, teils auf kantonalem Recht (Nr. 1036 ff. und Nr. 1048). Von ihr zu unterscheiden sind Rechtswirkungen, die sich an den *Bestand* der Zweigniederlassung, nicht an deren Eintragung knüpfen (Nr. 1049 ff.). Weder aus dem Bestand der Zweigniederlassung noch aus ihrer Eintragung folgt, daß die Zweigniederlassung rechtsfähig ist (Nr. 1063 ff.).

##### *1) Konstitutive Wirkung im weiten Sinne gestützt auf Bundesrecht*

- 1036 Gestützt auf Bundesrecht können sich mit der vollendeten (Nr. 812) und rechts-erheblichen (Nr. 816) Eintragung einer Zweigniederlassung verschiedene Rechtsfolgen verbinden, die Gegenstand einer konstitutiven Wirkung im weiten Sinne bilden. So: die (ordentliche) Konkursfähigkeit (Nr. 1037 ff.); ein bundesrechtlicher Gerichtsstand (Nr. 1040 ff.); der firmenrechtliche Schutz der Geschäftsfirma (Nr. 1045 ff.) und ein Eintragungsort für Eigentumsvorbehalte (Nr. 1047).

##### **a) Konkursfähigkeit**

- 1037 Die Ausstattung des Geschäftsinhabers mit (ordentlicher) Konkursfähigkeit (Nr. 2020) ist «*eine der wichtigsten Wirkungen*», die sich mit der Eintragung einer Zweigniederlassung verbindet (vgl. BGE 76 I 155; 79 III 15 ff.).

- 1038 Mit dieser Eintragungs-Wirkung befassen wir uns eingehend im Vierten Teil (in Nr. 2019 ff.). Sie **ergibt sich aus Art. 39 SchKG** und beschlägt die in Nr. 2027 ff. aufgezählten Geschäftsinhaber. Ihr Eintritt wird auf den ersten Werktag nach der Publikation im Handelsamtsblatt bezogen (Nr. 2032), meistens also auf einen Zeitpunkt vor Abschluß des Eintragungsvorganges (vgl. Nr. 443 und 816).

1039 Meistens besteht die *Konkursfähigkeit eines Geschäftsinhabers schon vor der Eintragung einer bestimmten Zweigniederlassung*; sie gründet namentlich in einer schweizerischen Haupteintragung (Nr. 939) oder in der Eintragung einer andern Zweigniederlassung (vgl. dazu Nr. 2030). Die zusätzliche Eintragung einer Zweigniederlassung bildet hier zum vorneherein nur einen zusätzlichen Rechtsgrund der Konkursfähigkeit (Nr. 2030). Anders verhält es sich bei der *Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung eines Geschäftes mit «Hauptsitz» im Ausland* (Nr. 923 und 1135), das nicht ausnahmsweise von einer juristischen Person des schweizerischen Privatrechts betrieben wird (Nr. 931). Hier entfällt eine schweizerische Haupteintragung (Nr. 879); und die Eintragung einer andern Zweigniederlassung des betreffenden Geschäftes besteht nicht. Durch die Eintragung dieser Zweigniederlassung wird daher die Konkursfähigkeit des Geschäftsinhabers in aller Regel ursprünglich begründet<sup>374</sup>. Außerdem begründet sie möglicherweise auch die Konkursfähigkeit bestimmter Mitglieder bzw. Vorstandsmitglieder des Geschäftsinhabers (vgl. dazu Nr. 2036 ff.). Die Eintragung jeder andern Zweigniederlassung kann dagegen zum vorneherein nur die bestehende Konkursfähigkeit des Geschäftsinhabers, als zusätzlicher Rechtsgrund, «bestätigen».

#### b) Gerichtsstand von Bundesrechts wegen

1040 Nach den speziellen Eintragungsvorschriften, die sich auf Zweigniederlassungen schweizerischer Kapitalgesellschaften und Genossenschaften beziehen (Nr. 504 f.), begründet die Eintragung einer Zweigniederlassung einen besondern Gerichtsstand (BGE 76 I 161), der ohne Rücksicht auf das kantonale Recht maßgebend ist (vgl. BIZüR 10, 1911, Nr. 46, S. 102). Der *Gerichtsstand* besteht von Bundesrechts wegen *am Orte der Zweigniederlassung*, d. h. am eingetragenen «Sitz»-Ort. Und zwar besteht er «für Klagen aus ihrem Geschäftsbetrieb» (Nr. 505), die sich gegen den Inhaber richten (vgl. BGE 74 II 246). Im Vierten Teil (in Nr. 1960 ff.) werden wir auf Einzelfragen im Zusammenhang mit diesem Gerichtsstand eintreten. Hier sei nur auf folgende Punkte hingewiesen:

1041 Der Gerichtsstand nach Bundesrecht ist nach dem eindeutigen Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen (Nr. 505) eine **Folge der Eintragung**<sup>375</sup> und bildet daher Gegenstand einer konstitutiven Eintragungswirkung (vgl. demgegenüber noch Art. 625 Abs. 2 aOR). Diese konstitutive Wirkung hängt von einem Zweifachen ab:

<sup>374</sup> Doch kann auch hier die Konkursfähigkeit des Geschäftsinhabers bereits vor der Eintragung der betreffenden Zweigniederlassung bestehen. Sei es gestützt auf eine Eintragung nach Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2—4bis SchKG. Oder gestützt auf die schweizerische Eintragung eines andern Geschäftes, das der Inhaber betreibt, bzw. einer Zweigniederlassung dieses Geschäftes.

<sup>375</sup> Vgl. z. B. E. Steiner, SAG 12, 1939/40, S. 214.

- 1042 1. Vom Bestand einer schweizerischen Zweigniederlassung im Sinne des Handelsregisterrechts. Der Gerichtsstand von Bundesrechts wegen ist eine Rechtsfolge, die sich mit der Eintragung einer tatsächlich bestehenden (schweizerischen) Zweigniederlassung verbindet. Die Eintragung, obwohl keine Zweigniederlassung besteht, bewirkt nach Bundesrecht keinen Gerichtsstand (vgl. aber Nr. 1292)<sup>376</sup>. Umgekehrt knüpft sich der bundesrechtliche Gerichtsstand auch nicht an die Zweigniederlassung ohne Eintragung (offengelassen in BGE 98 Ib 104). Dies ist zu betonen gegenüber der herrschenden Lehrmeinung, welche die konstitutive Wirkung der Eintragung in diesem Punkte verneint<sup>377</sup>.
- 1043 2. Davon, daß der Inhaber der Zweigniederlassung eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ist. Das geltende Obligationenrecht sieht die gerichtsstandsbegründende Wirkung der Eintragung nur für Zweigniederlassungen schweizerischer Kapitalgesellschaften und Genossenschaften vor. Es rechtfertigt sich, ihnen Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften gleichzustellen (vgl. z. B. BGE 98 Ib 103 f.; BGE 90 II 197), bei denen das Bedürfnis nach einem besonderen Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort der Zweigniederlassung noch ausgeprägter ist. Eine analoge Anwendung auf Zweigniederlassungen anderer Inhaber (z. B. natürlicher Einzelpersonen oder rechtsfähiger Personengesellschaften) ist hingegen abzulehnen<sup>378</sup>. Gegen eine solche Anwendung spricht der Umstand, «daß bei der Revision des OR der Gerichtsstand der Zweigniederlassung, der im aOR allein für die AG (aOR 625) vorgesehen war, nur auf die GmbH und die Genossenschaft übertragen wurde»<sup>379</sup>. De lege ferenda scheint es uns angebracht, die gerichtsstandsbegründende Wirkung mit der Eintragung jeder Zweigniederlassung zu verbinden.
- 1044 Zum Zeitpunkt, da die gerichtsstandsbegründende Wirkung eintritt, siehe Nr. 441 ff. Verändert sich der Gegenstand der ursprünglichen Eintragung, indem bei der Zweigniederlassung Änderungs-Eintragungen vorgenommen werden, so bleibt dies ohne Einfluß auf den begründeten Gerichtsstand. Besteht kein Gerichtsstand nach Bundesrecht, so kann am «Sitz»-Ort der Zweigniederlassung dennoch ein besonderer Gerichtsstand für Klagen aus ihrem Geschäftsbetrieb bestehen. Dies nach kantonalem Recht (Nr. 1057 ff.).

<sup>376</sup> Vgl. *Siewart*, N. 34 zu Art. 642 OR; demgegenüber *F. Diebold*, S. 101.

<sup>377</sup> So: *F. Diebold*, S. 100 f.; *L. Schumacher*, S. 94; *W. von Steiger*, N. 8 zu Art. 782 OR; *Siewart*, N. 34 zu Art. 642 OR; *Schucany*, N. 5 zu Art. 642 OR. Gleicher Ansicht wie wir: *Janggen/Becker*, N. 8 f. zu Art. 782 OR, der diese Rechtslage allerdings als «unlogisch» bezeichnet; ferner: *Gautschi*, N. 4c zu Art. 460 OR.

<sup>378</sup> Vgl. demgegenüber *F. Vischer*, Bemerkungen, S. 56; *Gautschi*, N. 4c zu Art. 460 OR.

<sup>379</sup> *L. Schumacher*, S. 94.

### c) Schutz der Geschäftsfirma

- 1045 Mit der Eintragung der Zweigniederlassung wird auf deren Registerblatt die (schweizerische oder ausländische) Geschäftsfirma des Inhabers eingetragen: als Geschäftsfirma und — gegebenenfalls mit Zusätzen — auch als Zweigniederlassungs-Firma (Nr. 1159 ff.; im einzelnen: Nr. 1381 ff.). Wie wir im Dritten Teil (in Nr. 1511 ff.) zeigen werden, genießt die derart eingetragene Geschäftsfirma den **Ausschließlichkeits-Schutz nach schweizerischem Firmenrecht**. Die Eintragung der Zweigniederlassung wirkt insofern konstitutiv, als sie den firmenrechtlichen Schutz der eingetragenen Geschäftsfirma begründet.
- 1046 Von praktischer *Bedeutung* ist diese Eintragungswirkung *nur insoweit, als die betreffende Geschäftsfirma nicht schon kraft einer andern Eintragung firmenrechtlich geschützt ist*. Gelangt in einem spätern Zeitpunkt eine veränderte Geschäftsfirma zur Eintragung, so bezieht sich der Schutz künftig auf diese Geschäftsfirma, so daß auch die entsprechende Änderungs-Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung konstitutiv wirkt (im einzelnen: Nr. 1519, 1526a und 1527). Ob der Ausschließlichkeits-Schutz auch der Geschäftsfirma eines Vereins, einer Stiftung oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gewährt wird, ist unklar (vgl. dazu Nr. 1360).

Beizufügen ist, daß sich aus der Eintragung der Zweigniederlassung nicht nur ein firmenrechtlicher Schutz der Geschäftsfirma herleiten kann, sondern auch ein *Schutz nach Markenrecht* (vgl. dazu Nr. 1536).

### d) Eintragungsort für Eigentumsvorbehalte

- 1047 Der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache ist nach Art. 715 ZGB nur dann wirksam, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsamt zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist. Unter Wohnort ist der (Wohn-)Sitz des Erwerbers zu verstehen (vgl. BGE 87 III 30 f.). Befindet er sich in der Schweiz, so kann der Eigentumsvorbehalt nur am Orte dieses (Wohn-)Sitzes wirksam eingetragen werden, nicht auch am Ort einer Zweigniederlassung, die der Erwerber allenfalls betreibt (vgl. BGE 42 II 11 ff.). Befindet sich der (Wohn-)Sitz des Erwerbers im Ausland, so ist die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes in der Schweiz ausgeschlossen; es sei denn, der Erwerber betreibe eine Geschäftsniederlassung in der Schweiz.
- 1047a Trifft das letztere zu, so kann der Eigentumsvorbehalt nach Art. 1 Abs. 1 der bundesgerichtlichen VO über die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes vom 19. Dezember 1910 am Orte der Geschäftsniederlassung eingetragen werden. *Eintragbar ist der Eigentumsvorbehalt, gestützt auf diese Bestimmung, namentlich auch am Orte eines schweizerischen Zweigbetriebes; vorausgesetzt, daß der Zweig-*

*betrieb als Zweigniederlassung eingetragen ist.* Diese Voraussetzung, die in der Literatur als selbstverständlich angenommen wird<sup>380</sup>, ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmung, wohl aber aus dem Zweck, dem die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes dient. Nach ihrem Hauptzweck soll sie «den Eigentumsvorbehalt für Drittpersonen, die mit dem Erwerber in Verkehr treten und ihm Kredit gewähren wollen, erkennbar . . . machen und diese Personen damit vor Irrtümern über die wirkliche Vermögenslage des Erwerbers . . . bewahren» (BGE 96 II 171; vgl. auch 93 III 111). Dritte sollen «unter allen Umständen vor Täuschungen über die Kreditwürdigkeit des Käufers» bewahrt werden (BGE 42 II 15). Diesem Zwecke würde nun aber die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes am Orte irgendeines nicht eingetragenen Zweigbetriebes nicht genügen. Denn: an welchen Orten der Erwerber nicht eingetragene Zweigbetriebe betreibt, ist nicht mit derjenigen Leichtigkeit festzustellen, die zur raschen und sicheren Orientierung Dritter über die Zusammensetzung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist. Für die angestrebte Publizität ist nur dann hinreichend Gewähr geboten, wenn die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes **einzig** am Orte eines als Zweigniederlassung eingetragenen Zweigbetriebes, und zwar am eingetragenen «Sitz»-Ort (vgl. BGE 45 II 273; 87 III 31) zugelassen wird. Die **Eintragung der Zweigniederlassung eines Inhabers mit (Wohn-)Sitz im Ausland begründet daher einen Eintragungsort für Eigentumsvorbehalte am eingetragenen «Sitz»-Ort.** Vorbehalten bleibt allerdings der Sonderfall, da die Zweigniederlassung Bestandteil eines Geschäftes bildet, das — obwohl der Inhaber seinen (Wohn-)Sitz im Ausland hat — nach Art. 934 OR eingetragen ist. Trifft dies zu, so ist der Eigentumsvorbehalt, auch wenn er im «Verkehr mit der Zweigniederlassung» entstand, am eingetragenen «Hauptsitz»-Ort aufzuzeichnen, nicht am «Sitz»-Ort der Zweigniederlassung.

- 1047b Möglicherweise betreibt ein Inhaber mit (Wohn-)Sitz im Ausland *mehrere Zweigniederlassungen*, die in der Schweiz eingetragen sind. Abgesehen vom soeben erwähnten Sonderfall befindet sich am eingetragenen «Sitz»-Ort jeder Zweigniederlassung ein Eintragungsort für Eigentumsvorbehalte. Es fragt sich, ob ein Eigentumsvorbehalt, damit er wirksam ist, am «Sitz»-Ort jeder dieser Zweigniederlassungen eingetragen werden muß. Diese mehrmalige Eintragung wäre dazu angetan, den erstrebten Eintragungszweck optimal zu verwirklichen. Dennoch neigen wir zur Ansicht, daß die Eintragung am «Sitz»-Ort *einer* Zweigniederlassung genügen kann. Den Dritten, die sich über die Vermögenslage des Inhabers orientieren wollen, ist es zuzumuten, daß sie sich am «Sitz»-Ort jeder eingetragenen Zweigniederlassung über allfällige Eigentumsvorbehalte orientieren.

<sup>380</sup> Vgl. z. B. *Haab/Simonius/Scherrer*, Zürcher Kommentar zum Sachenrecht, N. 55 zu Art. 716, Zürich 1953; *Leemann*, Berner Kommentar zum Sachenrecht, N. 32 zu Art. 715, Bern 1920; *F. Schwarzenbach*, Der Eigentumsvorbehalt, Diss. Zürich 1967, S. 59.

2) *Konstitutive Wirkung im weiten Sinne gestützt auf kantonales Recht*

- 1048 Zur konstitutiven Wirkung, die auf Bundesrecht beruht, treten konstitutive Wirkungen im weiten Sinne (Nr. 439), welche sich aus kantonalem Rechte herleiten. Je nach dem anwendbaren Recht kann die Eintragung der Zweigniederlassungen ein Vielfaches zur Folge haben: zum Beispiel die Zuständigkeit eines Handelsgerichts, das Recht zur Teilnahme an Submissionen, die Börsenfähigkeit des Geschäftsinhabers usw.

3) *Rechtswirkungen der Zweigniederlassung, nicht ihrer Eintragung*

- 1049 Von der konstitutiven Wirkung der Eintragung zu unterscheiden sind die Rechtswirkungen, die sich an den bloßen Bestand einer Zweigniederlassung knüpfen. Die Rechtsfolgen, welche Gegenstand dieser Wirkung bilden, setzen keine Eintragung voraus. Zu ihnen gehören namentlich: Die Pflicht zur Bestellung eines schweizerischen Filialleiters (Nr. 1050 ff.), der besondere Erfüllungsort, der kantonalrechtliche Gerichtsstand und der Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG (Nr. 1057 ff.).

a) *Pflicht zur Bestellung eines schweizerischen Filialleiters für die Zweigniederlassung des Art. 935 Abs. 2 OR*

- 1050 Art. 935 Abs. 2 OR, der «schweizerische Zweigniederlassungen von Firmen mit Hauptsitz im Auslande» (Nr. 878) behandelt, schreibt vor: «Für solche Zweigniederlassungen muß ein Bevollmächtigter mit Wohnsitz in der Schweiz und mit dem Rechte der geschäftlichen Vertretung bestellt werden.»
- 1051 Der «Bevollmächtigte» des Art. 935 Abs. 2 OR ist ein Geschäftsführer (vgl. StenBull. NR 1936, S. 1485), der die Zweigniederlassung leitet: ein Filialleiter<sup>381</sup>. Wer eine Zweigniederlassung nach Art. 935 Abs. 2 OR betreibt, ist somit verpflichtet, einen Filialleiter mit schweizerischem Wohnsitz (oder kurz: einen schweizerischen Filialleiter) zu bestimmen (vgl. aber Nr. 1052). Wird die Zweigniederlassung von mehreren Leitern gemeinsam geführt, so genügt es, wenn *einer* dieser Leiter in der Schweiz domiziliert ist. Der schweizerische Filialleiter muß zur «geschäftlichen Vertretung» berechtigt sein: bevollmächtigt, den Inhaber im Geschäftskreis der Zweigniederlassung (Nr. 952) zu vertreten. Eine bloße Handlungsvollmacht genügt (Kreisschreiben 1937, S. 821)<sup>382</sup>. Die Vollmacht kann auch kollektiv erteilt werden; vorausgesetzt, daß die Person, welche sich mit dem schweizerischen Filialleiter in die Vollmacht teilt, ihrerseits in der Schweiz domiziliert ist<sup>383</sup>.

<sup>381</sup> Vgl. *Gautschi*, N. 7 zu Art. 460 OR.

<sup>382</sup> Art. 935 Abs. 2 des französischen OR-Textes ist insofern zu eng gefaßt: Kreisschreiben 1937, S. 821; vgl. demgegenüber *F. Diebold*, S. 87 ff., und *Gautschi*, N. 5d zu Art. 460 OR.

<sup>383</sup> Vgl. *Gautschi*, N. 7a zu Art. 460 OR.

- 1052 Der schweizerische Filialleiter nach Nr. 1051 bildet **kein Begriffsmerkmal der Zweigniederlassung** (vgl. StenBull. StR 1936, S. 541) und wird in der Praxis des Bundesgerichts auch nicht als solches verstanden (vgl. BGE 89 I 413: «il est en soi sans intérêt, . . . que le chef demeure à l'étranger»)<sup>384</sup>. Vielmehr setzt die Pflicht zur Bestellung des schweizerischen Filialleiters eine Zweigniederlassung im Sinne des Art. 935 Abs. 2 OR gerade voraus. Sie ist eine *Rechtsfolge dieser Zweigniederlassung*. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Zweigniederlassung, sofern eintragbar, eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig ist (Nr. 962). Wird die Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Auslande allerdings von einer juristischen Person des schweizerischen Privatrechts betrieben (Nr. 931), so entfällt die umschriebene Pflicht. Auf diesen Ausnahmefall ist die behandelte Vorschrift des Art. 935 Abs. 2 so wenig zugeschnitten wie auf die Zweigniederlassung des Art. 935 Abs. 1 OR.
- 1053 Wird die Pflicht zur Bestellung eines schweizerischen Filialleiters (mit dem Recht zur geschäftlichen Vertretung) nicht erfüllt, so fragt sich, ob die betreffende Zweigniederlassung dennoch eintragbar ist. Art. 935 Abs. 2 OR, der vom Entwurf 1928 abweicht (vgl. Art. 918 des Entwurfes und Botschaft 1928, S. 306), wurde so formuliert, daß die Erfüllung der Pflicht **keine Eintragbarkeits-Voraussetzung** bildet (vgl. StenBull. NR 1936, S. 1485)<sup>385</sup>. Die Zweigniederlassung ist auch dann eintragbar (Nr. 958), wenn der genannte Filialleiter nicht bestellt ist. Es sei denn, die Eintragung widerspreche dem öffentlichen Interesse und scheitere deshalb an einer allgemeinen Eintragbarkeits-Voraussetzung (Nr. 413; Nr. 853):
- 1054 Dem *öffentlichen Interesse* widerspricht eine Eintragung schon dann, wenn die Nicht-Eintragung im öffentlichen Interesse liegt. Das kann vorliegend zutreffen. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:
- 1055 a. Die Zweigniederlassung ist, sofern eintragbar, *bloß eintragungsfähig* (Nr. 962). Dem öffentlichen Interesse entspricht es hier, daß die Eintragung verweigert und der Inhaber dadurch gezwungen wird, seine Pflicht zur Bestellung des schweizerischen Filialleiters zu erfüllen. Die Zweigniederlassung ist nicht eintragbar, bis der vorgeschriebene Filialleiter bestellt ist.
- 1056 b. Die Zweigniederlassung ist, sofern eintragbar, *eintragungsbedürftig* (Nr. 962), nicht bloß eintragungsfähig. Hier überwiegt das öffentliche Interesse an der Eintragung jenes an der Durchsetzung der umschriebenen Pflicht. Dies namentlich dann, wenn es sich um die erste schweizerische Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland handelt (Nr. 1135), die nicht ausnahmsweise von einer juristischen Person des schweizerischen Privatrechts betrieben wird (Nr. 931). Die Zweigniederlassung ist daher eintragbar, auch wenn der vorgeschriebene Filialleiter nicht bestellt wurde.

<sup>384</sup> Demgegenüber rev. VO II, Art. 11 Abs. 2, zit. in Anm. 357.

<sup>385</sup> Offenbar anderer Ansicht: *His*, N. 42 zu Art. 935 OR.

b) Gesetzlicher Erfüllungsort, kantonalrechtlicher Gerichtsstand und Betreibungs-  
ort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG

- 1057 Die schweizerische Zweigniederlassung des Handelsregisterrechts ist ein (qualifizierter) Zweigbetrieb (Nr. 632). Am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes und damit auch einer Zweigniederlassung befindet sich möglicherweise:
- 1058 — ein gesetzlicher Erfüllungsort für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes (dazu Nr. 1760 ff.).
- 1059 — ein kantonalrechtlicher Gerichtsstand für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes (dazu Nr. 1964 ff.).
- 1060 — ein Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes (dazu Nr. 2044 ff.).
- 1061 Der gesetzliche Erfüllungsort, der am «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes bestehen kann (Nr. 1058), knüpft sich an den Bestand dieses Zweigbetriebes. Ist der betreffende Zweigbetrieb eine registerrechtliche Zweigniederlassung, so knüpft er sich an den Bestand des Zweigbetriebes Zweigniederlassung. Er ist keine Folge der Eintragung: nicht Gegenstand einer Eintragungswirkung. Dasselbe gilt für den kantonalrechtlichen Gerichtsstand (Nr. 1059 und 1965) sowie für den Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG (Nr. 1060 und 2063).

4) Keine Rechtsfähigkeit trotz Eintragung

- 1062 Von der Zweigniederlassung haben wir festgestellt, daß sie rechtsunfähig ist (Nr. 672). Daran ändert ihre Eintragung nichts. Die **Eintragung stattet die Zweigniederlassung nicht mit Rechtsfähigkeit aus** (vgl. BGE 15 580, 50 II 510, 90 II 196 f., 98 Ib 103).
- 1063 *Auch die eingetragene Zweigniederlassung ist somit unfähig, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.* Daraus folgt ein Vielfaches:
- 1064 Insbesondere ist auch die eingetragene Zweigniederlassung nicht vermögensfähig (vgl. BIZÜR 25, 1926, S. 195). Sie ist ferner nicht parteifähig: weder im schweizerischen Betreibungsverfahren (Nr. 2009 ff.) noch im schweizerischen Zivilprozeß (Nr. 1949 f.; vgl. BGE 90 II 197; zu Unrecht offengelassen für das kantonale Recht in BGE 68 I 115). Sachurteile können sich nur «der Form nach» (BGE 81 I 60) an Zweigniederlassungen richten.
- 1065 Aus der fehlenden Rechtsfähigkeit ergibt sich ohne weiteres die *fehlende Handlungsfähigkeit* auch der eingetragenen Zweigniederlassung. Die durch ihre bevollmächtigten Mitarbeiter begründeten Rechte und Pflichten sind Rechte und Pflichten des Geschäftsinhabers, der die Zweigniederlassung betreibt (vgl. BIZÜR 25, 1926, S. 195). Auch ist die Zweigniederlassung weder prozeßfähig (Nr. 1949 f.; ungenau: ZBJV 91, 1955, S. 402), noch ist sie betreibungsfähig (Nr. 2009 ff.)<sup>386</sup>.

<sup>386</sup> Vgl. auch *Weiß*, Einleitung, N. 477.

#### e. POSITIVE PUBLIZITÄTSWIRKUNG (Art. 933 Abs. 1 OR)

- 1066 Der vollendeten (Nr. 812) und rechtserheblichen (Nr. 816) Eintragung einer Zweigniederlassung eignet immer auch die positive Publizitätswirkung, wie wir sie in Nr. 449 ff. umschrieben haben: **Dritte, die in Unkenntnis der eingetragenen und im Handelsamtsblatt publizierten Grundsachverhalte mangelhafte Rechtshandlungen vornehmen, können sich nicht auf ihren guten Glauben berufen** (Nr. 456). Dasselbe gilt, wenn sich die Unkenntnis auf das Eingetragensein der Sachverhalte bezieht (Nr. 456). Gegenüber dem Inhaber der eingetragenen Zweigniederlassung können Dritte z. B. nicht einwenden, sie hätten die eingetragene Beschränkung einer Vertretungsbefugnis auf den Geschäftskreis der Zweigniederlassung nicht gekannt (vgl. Art. 460 Abs. 3 und 718 Abs. 2 OR); oder sie hätten — trotz entsprechender Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung — nicht gewußt, daß ein Vertreter (z. B. ein Prokurist oder ein Verwaltungsratsmitglied) nur kollektiv zeichnungsberechtigt sei.
- 1067 Wird der Gegenstand der vollendeten Eintragung nachträglich modifiziert, so verbindet sich die *positive Publizitätswirkung* (Nr. 1066) auch *mit der entsprechenden Änderungs-Eintragung* (Nr. 1162 ff.). Die Unkenntnis der durch Änderungs-Eintragung aufgezeichneten und publizierten Folgetatsachen wird nicht geschützt; so wenig wie die Unkenntnis ihres Eingetragenseins.
- 1068 Die positive Publizitätswirkung beginnt am ersten Werktag nach der Veröffentlichung der entsprechenden Sachverhalte im Handelsamtsblatt (Nr. 454).

#### f. BEWEISVERSTÄRKENDE WIRKUNG (Art. 9 ZGB)

- 1069 Die vollendete (Nr. 812) und rechtserhebliche (Nr. 816) Eintragung der Zweigniederlassung begründet schließlich eine widerlegbare **Vermutung dafür, daß es die eingetragenen Grundsachverhalte tatsächlich gibt** (vgl. Art. 9 ZGB). Der vollendeten Eintragung der Zweigniederlassung kommt somit eine beweisverstärkende Wirkung zu (vgl. dazu Nr. 458 ff.). Eine gleiche Wirkung verbindet sich auch mit der vollendeten und rechtserheblichen Änderungs-Eintragung (Nr. 1162 ff.). Demnach bezieht sich die Vermutung des Art. 9 ZGB sowohl auf Grundsachverhalte wie auf Folgetatsachen, die durch Änderungs-Eintragung aufgezeichnet werden. Dies gilt unmittelbar nur (aber immerhin) für die eingetragenen tatsächlichen Verhältnisse (Nr. 460), zu denen auch der Bestand der Zweigniederlassung gehört (Nr. 1157 f.)<sup>387</sup>. Mittelbar gilt es auch für die eingetragenen

<sup>387</sup> Vgl. W. Linsi, S. 109.

rechtlichen Verhältnisse, indem der Bestand der Tatsachen vermutet wird, aus denen sich die Rechtsverhältnisse herleiten (Nr. 460). Erfolgt die Publikation der Grundsachverhalte oder Folgetatsachen vor Abschluß des Eintragungsvorganges (Nr. 816 und 1167), so wird die beweisverstärkende Wirkung Dritten gegenüber auf den ersten Werktag nach der Veröffentlichung zurückbezogen (Nr. 462).

- 1070 Möglicherweise steht der *eingetragene Sachverhalt in Widerspruch zu den Sachverhalten, wie sie auf einem andern Registerblatt des Geschäftsinhabers* (z. B. auf dem Registerblatt der schweizerischen Haupteintragung) *aufgezeichnet sind*. Als dann wird die beweisverstärkende Wirkung dieser Eintragung durch die Wirkung jener Eintragung aufgehoben und umgekehrt. Es besteht keine Vermutung: weder für den Bestand dieser noch jener Sachverhalte.

### g. GRUNDSÄTZLICH KEINE HEILENDE WIRKUNG

- 1071 Die Eintragung der Zweigniederlassung erzeugt, wie einleitend gesagt, grundsätzlich keine heilende Wirkung (Nr. 444):
- 1072 Insbesondere hat die Eintragung nicht etwa zur Folge, daß eine nicht bestehende Zweigniederlassung zur Zweigniederlassung wird. Dies schon deshalb nicht, weil die Zweigniederlassung eine tatsächliche Erscheinung darstellt: eine Leistungseinheit, keine Rechtsfolge, bei der sich die Mängel im Rechtsgrund beheben ließen. Daraus folgt: **im Handelsregister können «Zweigniederlassungen» eingetragen sein, obwohl in Wirklichkeit keine Zweigniederlassung besteht**; sei es, daß einzelne, sei es, daß alle Merkmale einer Zweigniederlassung fehlen, so daß im Extremfall überhaupt keine Leistungseinheit vorliegt. Bei einer derartigen Eintragung gilt das Folgende:
- 1073 1. Die Zweigniederlassung ist zu *löschen*: gleichgültig, ob sie bei Abschluß des Eintragungsvorganges noch bestanden hat oder nicht (Nr. 1211 und 1229).
- 1074 2. *Der gute Glaube Dritter*, die auf den Bestand der eingetragenen Zweigniederlassung vertrauen, wird geschützt (Nr. 1292). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Zweigniederlassung *a.* überhaupt nie bestanden hat; ob sie *b.* bestanden hat, aber noch vor Abschluß des Eintragungsvorganges weggefallen ist; oder ob sie *c.* erst nach Abschluß des Eintragungsvorganges wegfiel.
- 1075 3. Der Nicht-Bestand der eingetragenen Zweigniederlassung hindert nicht, *die Konkursfähigkeit* ihres Inhabers aus der Eintragung abzuleiten (vgl. Nr. 1037 ff.). Diese Konkursfähigkeit verbindet sich stets mit dem formellen Tatbestand der Eintragung (Nr. 2033). Dasselbe gilt für die Konkursfähigkeit von Verbands- und Vorstandsmitgliedern, die sich gegebenenfalls mit der Eintragung einer Zweigniederlassung verbindet (Nr. 2043).

- 1076 Der Grundsatz, wonach die Eintragung einer Zweigniederlassung keine heilende Wirkung entfaltet, gilt nicht ohne Ausnahme. Eine **Ausnahme besteht für den Betreibungsort** nach Art. 50 Abs. 1 SchKG.
- 1077 Dieser Betreibungsort verbindet sich, unter bestimmten Voraussetzungen, mit dem Bestand einer schweizerischen Geschäftsniederlassung. Er ist die Rechtsfolge dieser Geschäftsniederlassung, die auch ein Zweigbetrieb sein kann (Nr. 1060). Ist die Geschäftsniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen, so fällt der Betreibungsort nach BGE 68 III 150 «bei Aufgabe des betreffenden Geschäftsbetriebes nicht ohne weiteres dahin. Er bleibt bestehen, wenn und solange die Geschäftsniederlassung . . . eingetragen ist . . .». Mit andern Worten: hier wirkt die Eintragung heilend (Nr. 444). Der Rechtsmangel (die fehlende Geschäftsniederlassung) kann nicht geltend gemacht werden. Die Rechtsmangelfolge (fehlender Betreibungsort) entfällt. Und zwar entfällt sie ohne weiteres, ohne daß sich Dritte, die den Inhaber der angeblichen Niederlassung betreiben, auf ihren guten Glauben berufen müßten. Der gute Glaube bildet nach BGE 68 III 150 f. keine Voraussetzung der umschriebenen Wirkung. BGE 68 III 151 nimmt zu Unrecht auf BGE 62 I 18 Bezug, wo es nicht um eine heilende Wirkung geht, sondern um Gutgläubensschutz.
- 1078 Das Gesagte gilt auch dann, wenn die fragliche Geschäftsniederlassung ein Zweigbetrieb und als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Die Eintragung der Zweigniederlassung wirkt somit (ausnahmsweise) heilend. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Zweigbetrieb schon bei Abschluß des Eintragungsvorganges weggefallen war oder erst nachträglich weggefallen ist. Gleichgültig ist auch, ob der Gegenstand der vollendeten Eintragung durch Änderungs-Eintragung (Nr. 1162 ff.) modifiziert wurde oder nicht.

### G. Zweck der Eintragung

- 1079 Bei der Frage nach dem Zweck einer Eintragung ist zu unterscheiden zwischen dem Zweck des Eintragungsvorganges und dem Zweck der vollendeten Eintragung (Nr. 466).
- 1080 Wir befassen uns mit dem Zweck der *vollendeten* Eintragung einer Zweigniederlassung (Nr. 812), sind uns aber bewußt, daß dieser Zweck zugleich auch der Fernzweck des Eintragungsvorganges ist (Nr. 466). Dessen Nahzweck besteht in der vollendeten Eintragung selbst.
- 1081 Der Zweck jeder vollendeten Eintragung kann unterschieden werden: in einen *objektiven* und einen *subjektiven* (Nr. 467). Nachstehend erörtern wir zunächst den objektiven Zweck (Nr. 1082 ff.); dann den subjektiven (Nr. 1093 ff.).

## a. DER OBJEKTIVE EINTRAGUNGSZWECK

- 1082 Die vollendete Eintragung dient — allgemein — als Anknüpfungstatbestand für irgendwelche Rechtswirkungen (Nr. 468). Vor allem aber bezweckt sie *die öffentliche Klarstellung von Verhältnissen, deren Kenntnis für die am Rechtsverkehr Beteiligten bedeutsam ist* (Nr. 468). Verfolgt wird dieser Zweck mit Rücksicht auf den privaten, und zwar rechtsgeschäftlichen Verkehr in der Schweiz (Nr. 468). Als Mittel der Klarstellung dient die Kundgabe der genannten Verhältnisse (Nr. 469). Je nach den Verhältnissen, die kundgegeben und damit klargestellt werden, unterscheiden wir zwischen einem Klarstellungszweck im engen Sinne und einem erweiterten Klarstellungszweck (Nr. 469).
- 1083 Das Gesagte gilt auch für die Eintragung der Zweigniederlassung. Im einzelnen besprechen wir den Klarstellungszweck, und zwar zunächst im engen Sinne:

### aa. Klarstellungszweck im engen Sinne

- 1084 Dieser Zweck besteht allgemein in der *Klarstellung der eingetragenen Sachverhalte* (Nr. 471). Ihm dient auch die vollendete Eintragung einer Zweigniederlassung (Nr. 812): Die im Zusammenhang mit einer Zweigniederlassung eingetragenen Grundsachverhalte (Nr. 812) sollen kundgegeben und dadurch klargestellt werden (vgl. Nr. 472). Die Kundgabe erfolgt einerseits durch die im Hauptregister vollzogene Eintragung selbst, andererseits durch den Registerführer (Nr. 1031). Sie wird ergänzt durch einmalige Publikation im Handelsamtsblatt (Nr. 472 und 816).
- 1085 Der umschriebene Klarstellungszweck ist allen Eintragungen gemeinsam, insofern genereller Art. *Individualisiert* wird er durch den Zweck, dem die Klarstellung der eingetragenen Sachverhalte dient. Dieser Zweck ist bei verschiedenen Eintragungen verschieden:
- 1086 Bei der Eintragung einer Zweigniederlassung richtet sich der Zweck der Klarstellung auf die **Information von Personen (und Verbänden), die mit einem bestimmten Geschäft durch dessen Zweigniederlassung verkehren** (vgl. *Stampa*, Nr. 61; *W. Lemp*, S. 78 f.). Diese Personen sollen gewissermaßen «*an Ort und Stelle*» über Verhältnisse informiert werden, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung interessieren. Dazu gehören namentlich:
- 1087 — Verhältnisse, welche das zusammengesetzte Geschäft, dem die Zweigniederlassung zugehört (Nr. 618), in seiner Ganzheit berühren. An der Kenntnis derartiger Verhältnisse ist den genannten Personen deshalb gelegen, weil die Zweigniederlassung einen Bestandteil des ganzen Geschäftes bildet (Nr. 618). Die Eintragung der Zweigniederlassung soll sie daher «*an Ort und Stelle*» über das Geschäft ins Bild setzen, mit dem sie durch die Zweigniederlassung verkehren (vgl. *Stampa*, Nr. 61; *W. Lemp*, S. 78 f.).

- 1088 — Verhältnisse, welche gerade die Leistungseinheit Zweigniederlassung innerhalb des Geschäftes (Nr. 618) berühren. Auch über die Zweigniederlassung als solche soll deren Eintragung «an Ort und Stelle» orientieren.
- 1089 Fassen wir zusammen, so dient die vollendete Eintragung einer Zweigniederlassung der Klarstellung der eingetragenen Grundsachverhalte (Nr. 1064); dies mit dem Zwecke, einen bestimmten Personenkreis (Nr. 1086) «an Ort und Stelle» über Verhältnisse zu informieren, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung wissenswert sind (Nr. 1086), namentlich aber über das zusammengesetzte Geschäft als Ganzes (Nr. 1087) und über die Leistungseinheit Zweigniederlassung innerhalb des Geschäftes (Nr. 1088). In diesem individualisierten Klarstellungszweck (Nr. 1085) besteht **der objektive Hauptzweck der vollendeten Eintragung** einer Zweigniederlassung. Aus ihm ergibt sich ein Mehrfaches. Zum Beispiel, daß sich die Eintragung einer Zweigniederlassung (auch der Eintragungsvorgang) auf Grundsachverhalte zu beziehen hat, die im Zusammenhang mit dieser Zweigniederlassung interessieren; vor allem auf solche, welche über das Geschäft als Ganzes Auskunft geben und über dessen Bestandteil, die Zweigniederlassung.
- 1090 Die *Verwirklichung des erwähnten Klarstellungszweckes* setzt voraus, daß Zweigniederlassungen überhaupt eingetragen werden (vgl. Nr. 473). Die positive Publizitätswirkung (Nr. 1066 ff.) dient dem Geschäftsinhaber als Anreiz zur Anmeldung; dasselbe mag für die konstitutive Wirkung (Nr. 1032 ff.) gelten, namentlich für den bewirkten Firmenschutz (Nr. 1045). Bestimmte Zweigniederlassungen sind außerdem eintragungsbedürftig (Nr. 962); sie bilden Gegenstand einer Anmeldepflicht (Nr. 1000), deren Verletzung durch Ordnungsbußen sanktioniert ist und die negative Publizitätswirkung auslöst (Nr. 1005).

#### **bb. Der erweiterte Klarstellungszweck**

- 1091 Er besteht, allgemein, in der *Klarstellung von Rechtsfolgen*, welche Gegenstand einer konstitutiven Wirkung im weiten Sinne bilden (Nr. 489). Auch diesem erweiterten Klarstellungszweck dient die vollendete Eintragung der Zweigniederlassung.
- 1092 Durch die Eintragung der Zweigniederlassung *werden klargestellt*: die Konkursfähigkeit nach Nr. 1037 ff., der Gerichtsstand von Bundesrechts wegen (Nr. 1040 ff.), der firmenrechtliche Schutz der Geschäftsfirma (Nr. 1045 ff.) sowie die Rechtsfolgen nach kantonalem Recht (Nr. 1048). Die Klarstellung geschieht durch Kundgabe dieser Rechtsfolgen (vgl. Nr. 490). Doch geschieht deren Kundgabe bloß mittelbar: durch Kundgabe des Umstandes, daß die Sachverhalte eingetragen sind, an deren Eintragung sie sich knüpfen (vgl. Nr. 490 f.; Nr. 1030).

## b. DER SUBJEKTIVE EINTRAGUNGSZWECK

- 1093 Er besteht im Zweck, den irgendwelche Personen mit der vollendeten Eintragung einer Zweigniederlassung verfolgen (vgl. Nr. 467). Dieser Zweck kann übereinstimmen mit dem objektiven Eintragungszweck, muß es aber nicht.
- 1094 *Dritte*, welche die Eintragung einer Zweigniederlassung durch Anzeige verlangen (Nr. 1001), tun dies z. B. im Hinblick auf die gerichtsstands begründende Wirkung der betreffenden Eintragung (Nr. 1040 ff.); oder deswegen, weil sie den Inhaber der Zweigniederlassung, dem die Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG mangels einer fähigkeitsbegründenden Eintragung bisher fehlt, auf dem Wege des Konkurses betreiben möchten (vgl. Nr. 1037 ff.).
- 1095 *Der Geschäftsinhaber*, der die Zweigniederlassung betreibt, bezweckt mit deren Eintragung z. B. den firmenrechtlichen Schutz seiner Geschäftsfirma (Nr. 1045 ff.); die Berechtigung, an kantonalen Submissionen teilnehmen zu können (Nr. 1048); die Erlangung der Börsenfähigkeit (Nr. 1048) usw.

## H. Gegenstand der Eintragung

- 1096 Die (Neu-)Eintragung einer Zweigniederlassung bezieht sich auf ein ganzes Bündel von Grundsachverhalten, die im Hauptregister auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung aufgezeichnet werden (Nr. 1025 ff.). Aus dem objektiven Hauptzweck der vollendeten Eintragung haben wir abgeleitet, daß es sich um solche Sachverhalte handeln muß, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung interessieren (Nr. 1089). Diese Sachverhalte erörtern wir nachstehend im einzelnen. Und zwar besprechen wir sie als Gegenstand der Eintragung im ersten Sinne (des Eintragungsvorganges), durch die sie Gegenstand auch der Eintragung im zweiten Sinne werden: der vollzogenen — und im Ergebnis — der vollendeten Eintragung (Nr. 812). Mit dem Gegenstand dieser Eintragung befassen sich die Art. 71 und 75 HRegV.

### a. EINTRAGUNGS-GEGENSTAND NACH ART. 71 HRegV (bei Zweigniederlassungen «einer Firma, deren Hauptsitz sich in der Schweiz befindet»)

- 1097 Art. 71 HRegV behandelt *Zweigniederlassungen eines «schweizerischen Unternehmens»* (Marginalie): «einer Firma, deren Hauptsitz sich in der Schweiz befindet» (Text). Er enthält eine Ausführungsbestimmung zu Art. 935 Abs. 1 OR, die auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Zweigniederlassung des Art. 935 Abs. 1 (Nr. 894) von einer Kapitalgesellschaft oder von einer Genossenschaft des schweizerischen Privatrechts betrieben wird und daher speziellen Eintragungsvorschriften untersteht (Nr. 504 f.). Der Zusammenhang mit Art. 935 Abs. 1 legt klar, daß die «Firma» des Art. 71 HRegV wiederum ein zusammengesetztes Geschäft ist, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 612 und 863).

Der durch die örtliche Konzentration der Gesamt-Leitungstätigkeit bestimmte Schwerpunkt des Geschäftes (der «Hauptsitz», Nr. 865 f.) liegt auf schweizerischem Staatsgebiet. Dieses Geschäft kann, muß aber nicht, von einer natürlichen Einzelperson betrieben sein (Nr. 896 und 922). Der Ausdruck «Firma» ist daher nicht nur als «Einzelfirma» verstanden, wozu die Worterklärung des Art. 10 Abs. 2 HRegV verleiten könnte, sondern als Geschäft überhaupt, gleichgültig, wer es betreibt.

- 1098 Bei Zweigniederlassungen der umschriebenen Geschäfte vollzieht sich die Haupteintragung (Nr. 858 ff.) in der Schweiz (Nr. 948). Davon geht Art. 71 HRegV aus. Er enthält einen ganzen Katalog von Grundsachverhalten, die Gegenstand der Eintragung bilden.

**aa. Die einzelnen Grundsachverhalte,**

- 1099 die nach Art. 71 HRegV zur Eintragung gelangen, behandeln wir in *der* Reihenfolge, wie sie in lit. a—g des Artikels aufgezählt sind:

*1) «Die rechtliche Natur der Hauptniederlassung, ihre Firma und ihr Sitz»: Art. 71 lit. a HRegV*

- 1100 Den Ausgangspunkt des Art. 71 lit. a bildet die Ansicht, daß im Zusammenhang mit einer Zweigniederlassung Sachverhalte interessieren, welche die als Leistungseinheit verstandene Hauptniederlassung (Nr. 870 ff.) beschlagen. Dieser *Ausgangspunkt ist falsch gewählt*. Denn erstens gibt es auch Zweigniederlassungen ohne Hauptniederlassung (Nr. 693). Und zweitens interessieren im Zusammenhang mit einer Zweigniederlassung nicht Angaben nur über eine mögliche Hauptniederlassung, sondern über das ganze zusammengesetzte Geschäft, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 1097). Art. 71 lit. a kann daher nicht wörtlich angewendet werden, sondern nur sinngemäß. Aufzuzeichnen sind danach:

- 1101 *1. Die «rechtliche Natur» des Geschäftes*, um dessen Zweigniederlassung es sich handelt. Sie bestimmt sich nach der rechtlichen Qualifikation des Geschäftsinhabers. Einzutragen ist, ob dieser eine natürliche Einzelperson darstellt<sup>388</sup> oder eine bestimmte juristische Person (ein Verein, eine Stiftung, eine Aktiengesellschaft usw.) oder eine bestimmte Personengesellschaft (eine Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft).

- 1102 *2. Die «Firma des Geschäftes»*. Einzutragen ist, unter welchem Namen der Geschäftsinhaber das Geschäft betreibt, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört: somit die Geschäftsfirma, die Firma für das ganze Geschäft (Nr. 1310).

<sup>388</sup> das Geschäft also eine Einzelfirma ist.

Eine Geschäftsfirma führen auch der Verein, die Stiftung und die öffentliche Verbandsperson, sofern sie die Inhaber eines Geschäftes sind (Nr. 1323).

1103 3. Der «Sitz» des Geschäftes. Einzutragen ist der Ort des geschäftlichen «Hauptsitzes» (Nr. 865 f.). Wird das Geschäft von einer Kollektiv- oder einer Kommanditgesellschaft des schweizerischen Privatrechts betrieben, so fällt dieser Ort mit dem (Wohn-)Sitz-Ort der Gesellschaft zusammen (Nr. 904). Bei juristischen Personen des schweizerischen Privatrechts braucht dies nicht der Fall zu sein (Nr. 905). Fallen «Hauptsitz»-Ort und Ort des (statutarischen) Sitzes auseinander, so ist der letztere einzutragen.

2) «Die Feststellung, daß die Hauptniederlassung im Handelsregister ihres Sitzes eingetragen ist»: Art. 71 lit. b HRegV

1104 Die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung eines Geschäftes mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 1097) setzt eine schweizerische Haupteintragung voraus (Nr. 948 f.). Art. 71 lit. b bezweckt, daß der Bestand dieser Voraussetzung geprüft und durch die Eintragung für jedermann bestätigt wird. Doch ist der Ausgangspunkt der Bestimmung wiederum falsch gewählt:

1105 Art. 71 lit. b geht davon aus, daß die Haupteintragung in der Eintragung der Leistungseinheit Hauptniederlassung besteht (Nr. 890). Indessen gibt es Zweigniederlassungen ohne Hauptniederlassung (Nr. 693). Und außerdem besteht hier die Haupteintragung in der Eintragung des ganzen zusammengesetzten Geschäftes nach Art. 934 OR (Nr. 883 f.) bzw. in der Eintragung des Geschäftsinhabers nach verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften (Nr. 914 f.). Art. 71 lit. b kann daher wiederum «nur» sinngemäß angewendet werden (vgl. Nr. 1100). Seinem Sinne entspricht es, den Sachverhalt aufzuzeichnen, daß die richtig verstandene Haupteintragung vorliegt. Dieser festgestellte Sachverhalt ist die «Feststellung», welche Gegenstand der Eintragung bildet. Das Wort «Feststellung» hat in Art. 71 lit. b den Sinn von «Festgestelltem».

3) «Firma und Sitz der Zweigniederlassung»: Art. 71 lit. c HRegV

1106 1. Die «Firma der Zweigniederlassung». Sie ist der Name, unter dem der Geschäftsinhaber den Geschäfts-Teil Zweigniederlassung betreibt (Nr. 1384). Dieser Name wird neben der Geschäftsfirma (der Firma für das ganze Geschäft) eingetragen (Nr. 1102).

1107 2. Der «Sitz der Zweigniederlassung». Art. 71 lit. c verlangt die Eintragung des «Sitzes» und meint damit den «Sitz»-Ort, der den Eintragungsort bildet (Nr. 823 ff.). Dieser befindet sich grundsätzlich am Orte der Leitung (Nr. 827; vgl. aber Nr. 829 und 847).

4) «Die Natur des Geschäftes oder der Zweck der Gesellschaft»: Art. 71 lit. d HRegV

- 1108 Beim «Geschäft», dessen Natur nach dem richtig interpretierten Art. 71 lit. d einzutragen ist, handelt es sich um das zusammengesetzte Geschäft, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 618). «Natur» besagt hier nicht: «rechtliche Natur» (Nr. 1101). Vielmehr bedeutet das Wort: *Art des Geschäftes, von seiner Aufgabe* (dem unmittelbaren Betriebszweck, Nr. 14) *her betrachtet*. Durch den Charakter der Betriebsaufgabe (z. B. Fabrikation von Schuhen, Verkauf von Fischereiartikeln, Bau von Schwimmbecken) wird die Geschäftsnatur im Sinne des Art. 71 lit. d bestimmt. Bei der Zweigniederlassung ist daher aufzuzeichnen, welcher Aufgabe das ganze Geschäft dient. Bei gegliederter Gesamtaufgabe (Nr. 678) sind alle Aufgabenteile (z. B. Handel mit Fischereiartikeln *und* Bau von Schwimmbecken; oder Schuhhandel *und* Kühlschranksfabrikation) aufzuführen.
- 1109 Wird das Geschäft von einer Gesellschaft betrieben, so ist nach Art. 71 lit. d der *Zweck der Gesellschaft* einzutragen. Gemeint ist der unmittelbare statutarische Gesellschaftszweck. Dieser Zweck (z. B. Forschung auf dem Gebiete der Kybernetik, Fabrikation von Apparaten, Vertrieb von Lehrmitteln) bestimmt immer auch die Aufgabe und damit die Natur des Geschäftes, das die Gesellschaft betreibt; dies zumindest in genereller Weise.

5) «Besondere Bestimmungen, die nur für die Zweigniederlassung gelten»: Art. 71 lit. e HRegV

- 1110 Diese «besondern Bestimmungen» sind *Sachverhalte, die gerade die Zweigniederlassung innerhalb des zusammengesetzten Geschäftes beschlagen*<sup>389</sup>; z. B. die «Firma der Zweigniederlassung» (Nr. 1106), deren «Sitz»-Ort (Nr. 1107) usw. Während aber diese (und andere) Sachverhalte von Art. 71 HRegV herausgegriffen und als Eintragungs-Gegenstand konkret umschrieben werden, überläßt es Art. 71 lit. e der Praxis, weitere (nicht konkret umschriebene) Sachverhalte zum Eintragungs-Gegenstand zu erheben.
- 1111 Art. 71 lit. e enthält somit eine *Generalklausel*, die — wenn auch nicht ausdrücklich — auf das Ermessen des Rechtsanwendenden verweist. Welche Sachverhalte nach Art. 71 lit. e eingetragen werden, entscheidet sich nach Recht und Billigkeit: nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Entspricht es im Einzelfall dem Bedürfnis des Verkehrs, daß ein Sachverhalt dem Publikum klargestellt wird, so gelangt dieser Sachverhalt nach Art. 71 lit. e zur Eintragung. Er ist seiner Art

<sup>389</sup> Art. 71 lit. e HRegV bezeichnet sie wohl deswegen als «Bestimmungen», weil sie vom Geschäftsinhaber (bzw. von seinen Organen oder Hilfspersonen) für die Zweigniederlassung festgelegt und damit «bestimmt» werden.

nach geeignet, Eintragungs-Gegenstand zu sein, obwohl er in Art. 71 HRegV nicht konkret umschrieben wird.

- 1112 Eine abschließende Aufzählung der Sachverhalte, die unter Art. 71 lit. e HRegV fallen, ist nach dem Gesagten ausgeschlossen. Immerhin kann aber allgemein festgehalten werden, daß es *in jedem Falle gerechtfertigt* ist, die folgenden Grund-sachverhalte gestützt auf Art. 71 lit. e einzutragen:
- 1113 1. Die *Aufgabe der Zweigniederlassung* (Nr. 657). Jede Zweigniederlassung erfüllt ihre eigene Betriebsaufgabe innerhalb des Gesamtbetriebes Geschäft. Diese Aufgabe ist somit ein Sachverhalt, der gerade die Zweigniederlassung beschlägt. Er wird richtigerweise im Handelsregister eingetragen. Einzutragen ist, in welcher Tätigkeit die Aufgabe der Zweigniederlassung und damit ihr unmittelbarer Betriebszweck (Nr. 657) besteht: z. B. «Fabrikation von Elektromotoren» (während sich das Geschäft als Ganzes z. B. mit der Herstellung von Aufzügen und Rolltreppen befaßt). Oder: «Einkauf landwirtschaftlicher Produkte» (während sich das Geschäft als Ganzes z. B. dem Lebensmittelhandel widmet). Oder: «Handel mit Schuhen» (wobei sich durchaus auch das Geschäft als Ganzes dem Schuhhandel widmen kann).
- 1114 2. Der *Filialleiter*. Im Handelsregister einzutragen ist, wem die Leitung der Zweigniederlassung obliegt. Umfaßt die Leitungsinstanz der Zweigniederlassung mehrere Leiter (Nr. 659), so hat sich der Hinweis auf sämtliche Leiter zu beziehen.
- 1115 Daß die Sachverhalte der Nr. 1113 f. in Art. 71 HRegV nicht ausdrücklich erwähnt werden, erachten wir als Mangel dieser Bestimmung. Hinsichtlich des Filialleiters wird in *Stampa*, Nr. 56, gesagt, die Eintragung der Filiale diene vor allem dazu, dem Publikum bekanntzumachen, wer zur Leitung der Filiale ermächtigt sei. Der Verfasser des Art. 71 HRegV mag von der Ansicht ausgegangen sein, diesem Zwecke genüge die Eintragung nach Art. 71 lit. f HRegV, was in Wirklichkeit nicht zutrifft (vgl. Nr. 1120).
- 6) «*Die Vertreter der Zweigniederlassung, gegebenenfalls deren Beschränkung auf den Geschäftskreis derselben, und die Art der Führung der Unterschrift*»: Art. 71 lit. f HRegV
- 1116 Die Zweigniederlassung ist rechtsunfähig (Nr. 672) und bleibt es auch nach ihrer Eintragung (Nr. 1062 f.). Daher kann sie nicht vertreten werden. Die «Vertreter der Zweigniederlassung» sind direkte Vertreter des Geschäftsinhabers, der die Zweigniederlassung betreibt: sie sind bevollmächtigt, für den Geschäftsinhaber Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Geschäftskreis seiner Zweigniederlassung (Nr. 952) gehören. Auf welche Rechtshandlungen innerhalb dieses Geschäftskreises ihre Vollmacht sich erstreckt, ergibt sich aus dem Inhalt der Vollmacht (Nr. 954 a. E.). So ist die Vollmacht des Direktors sachlich unbegrenzt, während jene des Prokuristen den sachlichen Begrenzungen des Art. 459 OR

unterliegt, namentlich dem Verbot der Veräußerung und Belastung von Grundstücken.

1117 Art. 71 lit. f befaßt sich mit den erwähnten Vertretern; er nennt drei Sachverhalte, die Gegenstand der Eintragung bilden:

a) «Die Vertreter der Zweigniederlassung»

1118 Einzutragen gilt es danach, *wer berechtigt ist, den Geschäftsinhaber im Geschäftskreis der Zweigniederlassung (Nr. 952) direkt zu vertreten*: sei es als zeichnungsberechtigtes Verwaltungsmitglied einer juristischen Person, als Kollektivgesellschafter, Komplementär, Direktor (auch als General- und Vizedirektor), als Prokurist, nicht aber als Handlungsbevollmächtigter<sup>390</sup> oder als Handelsreisender. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich die betreffende Vertretungsbefugnis auf den Geschäftskreis der Zweigniederlassung beschränkt (Nr. 954) oder nicht. Die Eintragung bei der Zweigniederlassung erfaßt somit auch solche Vertreter, die zu Rechtshandlungen im Geschäftskreis des ganzen Geschäftes befugt und im Register der schweizerischen Haupteintragung aufgeführt sind (Nr. 951)<sup>391</sup>; ferner Personen, die den Geschäftsinhaber, wenn auch nicht im ganzen Geschäft, so doch im Geschäftskreis mehrerer Niederlassungen vertreten können.

1119 Die «Vertreter der Zweigniederlassung» werden unter Hinweis auf ihre Vertretungsbefugnis und unter Angabe der in Art. 40 HRegV genannten «Personalien» auf Tagebuch- und Hauptregister-Blatt der Zweigniederlassung aufgeführt. Damit wird eingetragen, daß die betreffenden *Vertretungsverhältnisse (z. B. Prokura-verhältnisse) für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung* bestehen. Ist der Geschäftsinhaber eine natürliche Person, so kann er im Geschäftskreis der Zweigniederlassung in eigenem Namen rechtsgeschäftlich handeln. Er ist kein «Vertreter der Zweigniederlassung». Dennoch soll auch er, und zwar als Geschäftsinhaber, unter den «Vertretern der Zweigniederlassung» aufgeführt werden, damit Dritte über die «Macht» zur Vornahme verbindlicher Rechtsgeschäfte im Geschäftskreis der Zweigniederlassung umfassend orientiert sind.

1120 In aller Regel sind die «Vertreter der Zweigniederlassung» nicht nur zur Vertretung nach außen berechtigt. Vielmehr sind sie auch ermächtigt (und verpflichtet), *Geschäftsführung nach innen* zu besorgen, und zwar in führender Funktion, ausgestattet mit Befehlsgewalt. Doch brauchen sie sich nicht als Filialleiter zu qualifizieren<sup>392</sup>: Sei es, daß sie organisatorisch nicht Mitarbeiter der Zweignieder-

<sup>390</sup> Vgl. bereits Th. Jordi, S. 77; C. Wieland, ZSR 43, 1924, S. 232.

<sup>391</sup> Vgl. Naymark, S. 159 Anm. 1; W. Linsi, S. 113 Anm. 42; ZBGR 1941, S. 143.

<sup>392</sup> Vgl. demgegenüber W. von Steiger, N. 2 zu Art. 782 OR, wonach die «Vertreter» des Art. 71 lit. f HRegV Leiter der Zweigniederlassung sind, mit der Ermächtigung zu selbständigem Geschäftsabschluß.

lassung sind, sondern Träger einer übergeordneten Befehlsinstanz (vgl. Nr. 785); sei es, daß sie im Befehlsweg der Zweigniederlassung einer untergeordneten Instanz, nicht der Leitungsinstanz, zugehören. Schon aus diesem Grunde läßt sich der Eintragung nach Art. 71 lit. f nicht zwingend entnehmen, wer die Zweigniederlassung leitet. Zudem ist denkbar, daß der Filialleiter über eine Vollmacht (z. B. eine bloße Handlungsvollmacht) verfügt, die ihn nicht befähigt, nach Art. 71 lit. f HRegV eingetragen zu werden.

b) «deren Beschränkung auf den Geschäftskreis» der Zweigniederlassung

- 1121 Die «Vertreter der Zweigniederlassung», die nach Art. 71 lit. f HRegV eingetragen werden, sind berechtigt, für den Geschäftsinhaber im Geschäftskreis der Zweigniederlassung zu handeln (Nr. 1118). Soweit sich ihre Vertretungsbefugnis auf diesen Geschäftskreis der Zweigniederlassung *beschränkt* (Nr. 1118), ist nach Art. 71 lit. f auch die Beschränkung einzutragen.
- 1122 Möglicherweise beschränkt sich die Vertretungsbefugnis eines Vertreters auf *mehrere* Niederlassungen: auf die einzutragende Zweigniederlassung und mindestens eine andere Niederlassung innerhalb des Geschäftes (Nr. 1118). Auch diese erweiterte Beschränkung gilt es aufzuzeichnen; vorausgesetzt, daß die andere Niederlassung in der Schweiz eingetragen ist.
- 1123 Die Vertreter, deren Vertretungsbefugnis sich auf eine oder mehrere Niederlassungen innerhalb des Geschäftes beschränkt, werden bei der schweizerischen Haupteintragung richtigerweise nicht aufgeführt (Nr. 953).

c) «Die Art der Führung der Unterschrift»

- 1124 Eingetragen wird danach, ob die «Vertreter der Zweigniederlassung», die der Eintragungsvorschrift des Art. 71 lit. f unterstehen (Nr. 1118), *einzel*n oder (nur) *kollektiv* ermächtigt sind, den Geschäftsinhaber im Geschäftskreis der Zweigniederlassung zu vertreten. Bei einer Kollektiv-Ermächtigung wird eingetragen, welche Vertreter gemeinsam zu handeln haben. Eintragbar ist auch die «halbseitige» Prokura, z. B. gemeinschaftlich mit einem allein zeichnungsberechtigten Direktor.

7) «Das Geschäftslokal»: Art. 71 lit. g HRegV

- 1125 Das Geschäftslokal im Sinne des Art. 71 lit. g ist eine Räumlichkeit (eine «Lokalität»), in der die Zweigniederlassung zumindest einen Teil ihrer Tätigkeit entfaltet. Dort ist die Zweigniederlassung «erfaßbar»; dort kann sie gewissermaßen «adressiert» werden. Einzutragen sind: Gemeinde, Straße und Haus des Geschäftslokals.
- 1126 Verfügt die Zweigniederlassung über mehrere Lokalitäten in der Schweiz, so ist maßgebend das Lokal, in dem sich die oberste schweizerische Befehlsstelle innerhalb der Zweigniederlassung dauernd befindet.

## **bb. Systematisch geordnet,**

- 1127 lassen sich die Grundsachverhalte, welche nach dem richtig interpretierten Art. 71 HRegV zur Eintragung gelangen, dreifach unterteilen. Zu unterscheiden sind:
- 1128 1. *Sachverhalte, die über das zusammengesetzte Geschäft orientieren, dem die Zweigniederlassung zugehört* (Nr. 618). Dazu zählen: die «rechtliche Natur» und die «Firma des Geschäftes» (Nr. 1101 und Nr. 1102); dessen Aufgabe bzw. der Zweck der Gesellschaft (Nr. 1108 f.); der «Sitz»-Ort des Geschäftes, an dessen Stelle gegebenenfalls der Ort des statutarischen Sitzes eingetragen wird (Nr. 1103).
- 1129 2. *Sachverhalte, welche über die Zweigniederlassung als solche orientieren. Dazu zählen: Die «Firma der Zweigniederlassung»* (Nr. 1106), deren «Sitz»-Ort (Nr. 1107); die «besondern Bestimmungen» nach Art. 71 lit. e HRegV (Nr. 1110 ff.); die Angaben über die «Vertreter der Zweigniederlassung» (Nr. 1116 ff.)<sup>393</sup> und deren Geschäftslokal (Nr. 1125 f.).
- 1130 3. *Der registereigene Sachverhalt* (Nr. 353), daß die zum Eintragen der Zweigniederlassung vorausgesetzte Haupteintragung besteht (Nr. 1104 f.).

## **cc. Verglichen mit dem Zweck der Eintragung,**

- 1131 ergibt sich, daß der umschriebene Eintragungs-Gegenstand *dem objektiven Hauptzweck gerecht* wird, dem die vollendete Eintragung der Zweigniederlassung dient (Nr. 1089). Zur Eintragung gelangen Sachverhalte, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung interessieren; namentlich solche, die über Geschäft und Zweigniederlassung Auskunft geben.
- 1132 Was die Sachverhalte betrifft, welche wir der ersten Gruppe (Nr. 1128) zugeteilt haben, so vermitteln sie ein **unvollständiges Bild über das Geschäft**, dem die Zweigniederlassung zugehört. Denkbar wäre, daß sich das Eintragen einer Zweigniederlassung auf sämtliche Sachverhalte zu beziehen hätte, die Gegenstand einer Geschäftseintragung nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften bilden (Nr. 906 ff.). Damit würde eine umfassende Orientierung über das Geschäft auch bei der Zweigniederlassung erreicht. Von dieser Lösung, die unter dem alten Obligationenrecht angestrebt wurde, kann jedoch abgesehen werden (vgl. demgegenüber Nr. 1143 ff.). Denn bei der Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 1097) besteht bereits eine schweizerische Haupteintragung (Nr. 1098), welche über das Geschäft eingehend Auskunft gibt. Mit Rücksicht darauf genügt es den Bedürfnissen des schweizerischen Ge-

<sup>393</sup> Möglicherweise wird danach eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis auf mehrere Niederlassungen eingetragen (Nr. 1122). Dieser Sachverhalt orientiert indirekt auch über Vertretungsverhältnisse in verbundenen Leistungseinheiten.

schäftsverkehrs, daß sich die Eintragung auf die in Nr. 1128 erwähnten Sachverhalte und damit «auf das Notwendigste» bezieht<sup>394</sup>. Wer sich um weitere Angaben kümmert, kann im Register der schweizerischen Haupteintragung Einsicht nehmen. Außerdem kann er beim Registerführer der Zweigniederlassung über alle Sachverhalte Auskunft verlangen, die auf dem Registerblatt der Haupteintragung aufgezeichnet sind (so: Kreisschreiben 1937, S. 820).

**b. EINTRAGUNGS-GEGENSTAND NACH ART. 75 HRegV (bei der Zweigniederlassung «einer Firma, deren Hauptsitz sich im Ausland befindet»)**

1133 Im Unterschied zu Art. 71 bezieht sich Art. 75 HRegV auf die *Zweigniederlassung «eines ausländischen Unternehmens»* (Marginalie): einer «Firma, deren Hauptsitz sich im Ausland befindet» (Text). Er enthält eine Ausführungsbestimmung zu Art. 935 Abs. 2 OR. Die «Firma» ist daher wiederum ein zusammengesetztes Geschäft, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 614 und 878). Der durch die örtliche Konzentration der Gesamt-Leitungstätigkeit bestimmte Schwerpunkt des Geschäftes (der «Hauptsitz») liegt auf fremdem Staatsgebiet (Nr. 878). Betrieben wird das Geschäft von einer natürlichen Einzelperson oder von einem Verband. Das Wort «Firma» hat somit auch hier nicht nur die Bedeutung von «Einzelfirma», sondern von Geschäft überhaupt, gleichgültig, wer dessen Inhaber ist (vgl. Nr. 1097 a. E.).

1134 Art. 75 HRegV beruht auf der Annahme, daß sich die Haupteintragung (Nr. 858 ff.) bei der Zweigniederlassung eines Geschäftes mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1133), wenn überhaupt, im Ausland vollzieht (vgl. Art. 75 Abs. 2). Er unterscheidet zwischen der *ersten* (schweizerischen) Zweigniederlassung dieses Geschäftes und *weitere* Zweigniederlassungen (Art. 75 Abs. 1 und 3 HRegV).

**aa. Die erste schweizerische Zweigniederlassung und weitere Zweigniederlassungen**

1135 Die *erste* schweizerische Zweigniederlassung einer «Firma» (eines Geschäftes) mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1133) qualifiziert sich dadurch, daß sie in einem Zeitpunkt eingetragen wird, da in der Schweiz noch keine andere Zweigniederlassung des betreffenden Geschäftes eingetragen ist. War früher eine Zweigniederlassung dieses Geschäftes eingetragen, wurde sie aber gelöscht, so bildet die nächste Zweigniederlassung des Geschäftes, welche in der Schweiz zur Eintragung gelangt, wiederum eine «erste» Zweigniederlassung.

1136 *Weitere* Zweigniederlassungen dagegen werden eingetragen, nachdem bereits eine andere Zweigniederlassung desselben Geschäftes in der Schweiz eingetragen ist.

<sup>394</sup> Vgl. F. von Steiger, ZBJV 73, 1937, S. 311.

- 1137 Ob eine «erste» oder eine «weitere» Zweigniederlassung vorliegt, entscheidet sich somit
- 1138 — *nicht* nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern ihrer Eintragung. In der Formulierung des Art. 75 Abs. 3 HRegV schlägt allerdings die Ansicht durch, daß die «weiteren» Zweigniederlassungen nicht nur später *eingetragen*, sondern auch später *errichtet* werden. Diese Ansicht orientiert sich am Idealfall, wonach die schweizerischen Zweigniederlassungen eines Geschäftes in der Reihenfolge ihrer Entstehung zur Eintragung gelangen.
- 1139 — *nicht* danach, ob es sich um die «erste» Zweigniederlassung eines Geschäftsinhabers handelt, sondern eines *Geschäftes*. Betreibt ein Geschäftsinhaber zwei zusammengesetzte Geschäfte, so ist die Zweigniederlassung jedes Geschäftes, die zuerst zur Eintragung gelangt, eine «erste» Zweigniederlassung nach Art. 75 Abs. 1 HRegV.
- 1140 Nachstehend besprechen wir zunächst den Eintragungs-Gegenstand bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung «einer Firma, deren Hauptsitz sich im Ausland befindet» (Nr. 1133). Dabei stellen wir ab auf den Fall, in dem — wie Art. 75 HRegV annimmt (Nr. 1134) — eine schweizerische Haupteintragung fehlt. Vgl. demgegenüber Nr. 1155 ff.

**bb. Eintragungs-Gegenstand bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung**  
(Art. 75 Abs. 1 HRegV)

- 1141 Die Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1135) muß — wie sich Art. 75 Abs. 1 HRegV ausdrückt — «nach Form und Inhalt der Eintragung einer schweizerischen Haupteintragung entsprechen». Wir befassen uns vor allem mit dem Inhalt bzw. dem Gegenstand der Eintragung.
- 1142 Da bei den Zweigniederlassungen, auf die Art. 75 HRegV inhaltlich zugeschnitten ist, eine schweizerische Haupteintragung fehlt (Nr. 1134), soll sich nach dem Grundgedanken des Art. 75 Abs. 1 die Eintragung der ersten Zweigniederlassung (Nr. 1135) inhaltlich nach dem Eintragungs-Gegenstand einer schweizerischen Haupteintragung (Nr. 939) richten. Diesen Grundgedanken nehmen wir auf, abstrahieren aber von der Formulierung des Art. 75 Abs. 1, die aus der unrichtigen Annahme fließt, die schweizerische Haupteintragung bestehe in der Eintragung der als Leistungseinheit verstandenen Hauptniederlassung (Nr. 890). Mit Rücksicht auf diese Formulierung ist Art. 75 Abs. 1 wiederum nur sinngemäß anzuwenden (vgl. auch Nr. 1100 und 1104 f.). Seinem Sinn entspricht es, diejenigen Grundsachverhalte einzutragen, die Gegenstand einer richtig verstandenen Haupteintragung in der Schweiz wären.

1) Sachverhalte, die Gegenstand einer schweizerischen Haupteintragung wären

- 1143 Bei der Eintragung der ersten Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1135) ist es *so zu halten, wie wenn das zusammengesetzte Geschäft, dessen Bestandteil die Zweigniederlassung bildet* (Nr. 1133), *nach Art. 934 OR eingetragen würde*. Es gilt, diejenigen Sachverhalte aufzuzeichnen, welche Gegenstand einer Geschäftseintragung nach Art. 934 OR wären.
- 1144 Ist der Geschäftsinhaber allerdings eine juristische Person oder eine Personengesellschaft des ausländischen Rechts, so rechtfertigt es sich, die *verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften, die für schweizerische Verbände gelten* (Nr. 896 ff.), *analog anzuwenden*<sup>395</sup>. Alsdann verhält es sich hinsichtlich des Eintragungsgegenstandes so, wie wenn der ausländische Geschäftsinhaber als Verein, Stiftung, Gesellschaft oder Genossenschaft des schweizerischen Privatrechts eingetragen würde (vgl. Nr. 898 ff.)<sup>396</sup>. Handelt es sich beim Geschäftsinhaber um einen Verband, der im schweizerischen Recht nicht seinesgleichen hat (z. B. BGE 90 II 193 f.), so gilt es, jene Eintragungsvorschriften anzuwenden, welche dem genannten Gebilde am ehesten entsprechen (vgl. ZBJV 39, 1903, S. 242; 67, 1931, S. 324). Dabei können auch Vorschriften aus verschiedenen Artikeln zur Anwendung gelangen. In jedem Falle aber ist der Geschäftsinhaber nach seiner ausländischen Bezeichnung zu benennen (z. B. «Public company limited by shares»: *Stampa*, Nr. 66), nicht nach einem verwandten schweizerischen Verband.
- 1145 Umfaßt die Eintragung der ersten Zweigniederlassung den erwähnten Eintragungs-Gegenstand, so sind im *Ergebnis* Sachverhalte eingetragen, die 1. über das Geschäft orientieren, dem die Zweigniederlassung zugehört, und dies 2. in umfassender Weise tun (vgl. demgegenüber Nr. 1132). Das erste entspricht dem objektiven Hauptzweck der vollendeten Eintragung, wonach die Eintragung vor allem auch über das Geschäft der Zweigniederlassung Auskunft zu geben hat (Nr. 1089). Das zweite rechtfertigt sich deshalb, weil eine schweizerische Haupteintragung fehlt, die es dem Publikum erlauben würde, sich in einem schweizerischen Register umfassend über das zusammengesetzte Geschäft zu informieren (vgl. demgegenüber Nr. 1132). Ist der Geschäftsinhaber ein ausländischer Verband, so scheint es uns gerechtfertigt, daß außerdem auch Sachverhalte eingetragen werden und im Ergebnis eingetragen sind, die nur und gerade mit Bezug auf den Verband als solchen interessieren (Nr. 902).

<sup>395</sup> Vgl. z. B. *Weiß*, Einleitung, N. 473.

<sup>396</sup> Vgl. aber BJM 1960, S. 61, Ziff. 56: «Die Gesellschafter und ihre Stammanteile sind bei Filialen französischer und deutscher GmbH nicht einzutragen und nicht zu publizieren, in Gegensatz zu Art. 781 OR, da sie an den ausländischen Hauptsitzen auch nicht publiziert werden.» Die Begründung dieser Ansicht ist *nicht schlüssig*. Wäre sie schlüssig, so könnten bei den Zweigniederlassungen ohne Haupteintragung (Nr. 937 f.) überhaupt keine Sachverhalte eingetragen werden.

- 1146 Wenden wir das Gesagte auf die *Vertreter des Geschäftsinhabers* an, so wird bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung eingetragen, wer berechtigt ist, den Geschäftsinhaber z. B. als Verwaltungsmitglied, Gesellschafter, Direktor oder Prokurist im Geschäftskreis des ganzen Geschäftes direkt zu vertreten (vgl. Nr. 951 ff.). Auf Handlungsbevollmächtigte und Handelsreisende kann sich die Eintragung auch hier nicht beziehen (vgl. Nr. 951)<sup>397</sup>.
- 1147 Vom umschriebenen Eintragungs-Gegenstand aus betrachtet, kann gesagt werden: Die **Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung** einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland **ersetzt eine schweizerische Haupteintragung** (Nr. 939). Schon mit Rücksicht darauf besteht an der Eintragung dieser Zweigniederlassung zum vorneherein *ein gesteigertes öffentliches Interesse*. Dieses Interesse verstärkt sich dadurch, daß mit der Eintragung der betreffenden Zweigniederlassung die schweizerische Konkursfähigkeit ihres Inhabers<sup>398</sup> in aller Regel ursprünglich begründet (nicht nur bestätigt) wird (Nr. 1039).
- 1148 Die «Haupteintragungs-Funktion», welche die Eintragung der erwähnten Zweigniederlassung von ihrem Gegenstand her erfüllt, wird unterstrichen durch die Formvorschrift des Art. 75 Abs. 1 HRegV. Die Eintragung der Zweigniederlassung soll auch hinsichtlich ihrer *Form* einer schweizerischen Haupteintragung entsprechen<sup>399</sup>. Daraus folgt für die Anmeldung der Zweigniederlassung, daß zur Abgabe der Anmeldungserklärung dieselben Personen registerrechtlich zuständig sind (Nr. 396) wie bei einer entsprechenden schweizerischen Haupteintragung. Art. 72 Abs. 1 HRegV kommt nicht zur Anwendung<sup>400</sup>.
- 1149 Mit Rücksicht auf die umschriebene «Haupteintragungs-Funktion» rechtfertigt es sich, daß bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung die Eintragung, Löschung und Sitzverlegung jeder weiteren Zweigniederlassung vorgemerkt wird. Art. 76 HRegV ist analog anzuwenden. In dieser Betrachtungsweise werden wir bestärkt durch die systematische Stellung des Art. 76.

<sup>397</sup> Vgl. C. Wieland, ZSR 43, 1924, S. 232.

<sup>398</sup> Eventuell auch die Konkursfähigkeit von Mitgliedern oder Vorstandsmitgliedern dieses Inhabers (Nr. 1039).

<sup>399</sup> Daß diese Haupteintragung in Art. 75 Abs. 1 HRegV zu Unrecht als Eintragung der Hauptniederlassung verstanden und bezeichnet wird, haben wir bereits dargetan (Nr. 1142).

<sup>400</sup> Vgl. His, N. 49 zu Art. 935 OR, und Weiß, Einleitung, N. 473. Bei Zweigniederlassungen juristischer Personen ausländischen Rechts ist somit die Verwaltung zur Abgabe der Anmeldungserklärung (im Namen des Geschäftsinhabers) zuständig. Besteht diese aus mehreren Personen, so hat der Präsident oder sein Stellvertreter sowie der Sekretär oder ein zweites Mitglied der Verwaltung die Anmeldung zu unterzeichnen (Art. 22 Abs. 2 HRegV).

2) Sachverhalte, die über die Leistungseinheit Zweigniederlassung als solche orientieren

- 1150 Gesetz den Fall, die Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung beschränkte sich auf den umschriebenen Eintragungs-Gegenstand (Nr. 1143 ff.), so würde sie im Ergebnis zwar umfassend über das Geschäft orientieren, dem die Zweigniederlassung zugehört, nicht aber über die Zweigniederlassung als solche. Das jedoch widerspräche dem objektiven Hauptzweck der Eintragung, wonach die Eintragung auch über die Verhältnisse der Zweigniederlassung selbst Auskunft zu geben hat (Nr. 1096). Daß dem bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland anders sein sollte als bei andern Zweigniederlassungen, ist nicht einzusehen. Das Fehlen einer schweizerischen Haupteintragung rechtfertigt zwar eine umfassende Orientierung über das Geschäft als Ganzes (Nr. 1145). Es rechtfertigt aber keineswegs, daß die Orientierung über die Zweigniederlassung selbst entfällt.
- 1151 Aus diesem Grunde hat sich die *Eintragung der genannten Zweigniederlassung auch auf Sachverhalte zu erstrecken, welche über die Zweigniederlassung als solche Auskunft geben* (Nr. 1088). Wir erachten es als richtig, die betreffende Zweigniederlassung in dieser Beziehung gleich zu behandeln wie die Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 1097 ff.). Daraus folgt, daß die Sachverhalte der Nr. 1129 auch hier einzutragen sind<sup>401</sup>. Das entspricht dem richtig interpretierten Art. 75 Abs. 1 HRegV, der für die erste schweizerische Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland den Eintragungs-Gegenstand erweitern, nicht einschränken will<sup>402</sup>.
- 1152 Dem Gesagten zufolge ist bei der ersten Zweigniederlassung unter anderem auch einzutragen, wer den Geschäftsinhaber als zeichnungsberechtigtes Verwaltungsmitglied usw.<sup>403</sup> im Geschäftskreis der Zweigniederlassung direkt vertritt (Nr. 1118). Die nach Nr. 1143 ff. erfaßten Vertreter, deren Vertretungsbefugnis sich auf das ganze Geschäft und damit auch auf die Zweigniederlassung erstreckt, sind allerdings nicht nochmals aufzuführen. Zusätzlich einzutragen sind dagegen die Vertreter, deren Befugnis sich auf den Geschäftskreis der Zweigniederlassung

<sup>401</sup> Was die Zweigniederlassungs-Firma im besondern betrifft, vgl. Nr. 1159 ff.

<sup>402</sup> Wird Art. 75 Abs. 1 HRegV derart verstanden, so erlaubt er auch die Eintragung des Sachverhalts, wonach eine vorausgesetzte Haupteintragung im Ausland besteht (Nr. 1130). War eine Haupteintragung nicht vorausgesetzt (Nr. 937 f.), so entfällt die Eintragung dieses Sachverhaltes.

<sup>403</sup> Nicht aber als Handlungsbevollmächtigter oder Handelsreisender (vgl. Nr. 1118).

beschränkt<sup>404</sup>, wobei es auch den Sachverhalt dieser Beschränkung einzutragen gilt (vgl. Nr. 1121)<sup>405</sup>.

### cc. Eintragungs-Gegenstand bei weitem Zweigniederlassungen (Art. 75 Abs. 3 HRegV)

- 1153 Was die weitem Zweigniederlassungen einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland (Nr. 1136) betrifft (vgl. z. B. BGE 89 I 407 ff.), so verweist Art. 75 Abs. 3 auf Art. 71 HRegV. Eingetragen werden danach **dieselben Grundsachverhalte wie bei der Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» in der Schweiz** (Nr. 1097 ff.)<sup>406</sup>. Die Ausrichtung des Eintragungs-Gegenstandes nach einer schweizerischen Haupteintragung ist nicht erforderlich und entfällt. Zwar besteht auch hier, wie Art. 75 Abs. 3 HRegV voraussetzt (Nr. 1134), keine schweizerische Haupteintragung. Doch erfüllt die bereits vollzogene Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung die Publizitäts-Funktion der Haupteintragung (Nr. 1143 ff.). Ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Eintragung, wie es bei der *ersten* schweizerischen Zweigniederlassung vorliegt (Nr. 1147), ist nicht mehr gegeben. Und was die registerrechtliche Zuständigkeit zur Abgabe der Anmeldungserklärung betrifft, so richtet sie sich nach Art. 72 Abs. 1 HRegV<sup>407</sup>.
- 1154 Wenden wir das Gesagte auf die *Vertretungsverhältnisse* an, so wird bei jeder *weitem* Zweigniederlassung eingetragen, wer berechtigt ist, den Geschäftsinhaber als zeichnungsberechtigtes Verwaltungsmitglied usw.<sup>408</sup> im Geschäftskreis dieser Zweigniederlassung direkt zu verstehen (Nr. 1118); gleichgültig, ob sich die Vertretungsbefugnis auf diese Zweigniederlassung beschränkt oder nicht. Beschränkt sich die Befugnis auf den Geschäftskreis der betreffenden Zweigniederlassung, so wird auch diese Beschränkung eingetragen (Nr. 1121)<sup>409</sup>. Dasselbe gilt für eine Beschränkung auf mehrere Zweigniederlassungen; vorausgesetzt, daß die andere(n) Zweigniederlassung(en), auf die sich die beschränkte Vertretungsmacht auch noch bezieht, in der Schweiz bereits eingetragen wurde(n); Nr. 1122. Die zuletzt genannte Beschränkung kann bei der *ersten* schweizerischen Zweignieder-

<sup>404</sup> Ob eine Vertretungsbefugnis auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung gültig beschränkt ist, beurteilt sich nach materiellem Recht (Anm. 350). Welches Recht zur Anwendung kommt (das schweizerische oder das ausländische), ist eine Frage des internationalen Privatrechts (dazu Nr. 1652).

<sup>405</sup> Ist der Geschäftsinhaber eine natürliche Einzelperson, so gilt das in Nr. 1119 Gesagte auch hier.

<sup>406</sup> Was die «rechtliche Natur» des Geschäftes (Nr. 1101) betrifft, so ist auch hier der Geschäftsinhaber nach seiner ausländischen Bezeichnung zu benennen (vgl. Nr. 1144).

<sup>407</sup> Vgl. G. Weiß, Einleitung, N. 473.

<sup>408</sup> Nicht aber als Handlungsbevollmächtigter oder Handelsreisender (vgl. Nr. 1118).

<sup>409</sup> Vgl. Anm. 404.

lassung nur durch Änderungs-Eintragung aufgezeichnet werden, da im Zeitpunkt ihrer Eintragung noch keine andere Zweigniederlassung desselben Geschäftes eingetragen ist.

**c. AUSNAHMSWEISE ANWENDUNG DES ART. 71 HRegV AUF DIE  
«ZWEIGNIEDERLASSUNG EINER FIRMA, DEREN HAUPTSITZ SICH  
IM AUSLAND BEFINDET» (Art. 75 HRegV)**

1155 Wird die Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland (Art. 75 HRegV, Nr. 1133) ausnahmsweise von einer juristischen Person des schweizerischen Privatrechts betrieben (Nr. 931), so vollzieht sich die Haupteintragung doch in der Schweiz (Nr. 931). Auf diesen Sonderfall ist Art. 75 HRegV nicht zugeschnitten (vgl. Nr. 1134) und daher nicht anwendbar. *Vielmehr rechtfertigt es sich, Art. 71 HRegV anzuwenden*, der bei der Umschreibung des Eintragungsgegenstandes davon ausgeht, daß sich die Haupteintragung in der Schweiz vollzieht (Nr. 1098). Einzutragen sind die in Nr. 1099 ff. umschriebenen Grundsachverhalte. Auch bei der ersten Zweigniederlassung des betreffenden Geschäftes (Nr. 1135) ist es so zu halten, wie wenn die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischem «Hauptsitz» (Nr. 1097) eingetragen würde. Das gilt nicht nur für den Gegenstand, sondern ebenfalls für die «Form» der Eintragung (Art. 75 Abs. 1 HRegV), weshalb die in Art. 72 Abs. 1 HRegV genannten Personen zur Anmeldungserklärung zuständig sind: gleichgültig, ob es sich um die erste oder um eine weitere Zweigniederlassung des Geschäftes handelt.

1156 Mit Rücksicht auf die schweizerische Haupteintragung, die im vorliegenden Sonderfall Platz greift, besteht kein gesteigertes öffentliches Interesse an der Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung (vgl. demgegenüber Nr. 1147), obwohl diese Zweigniederlassung Bestandteil eines Geschäftes mit «Hauptsitz» im Ausland ist.

**d. DER BESTAND DER ZWEIGNIEDERLASSUNG ALS  
EINTRAGUNGS-GEGENSTAND**

1157 Weder nach dem Wortlaut des Art. 71 noch nach demjenigen des Art. 75 HRegV wird bei der (Neu-)Eintragung der Zweigniederlassung aufgezeichnet, daß die Zweigniederlassung, die den Grund der Eintragung bildet, tatsächlich besteht. Dennoch ist der Bestand dieser Zweigniederlassung ein Grundsachverhalt, der zur Eintragung gelangt und schließlich in Tagebuch und Hauptregister eingetragen ist:

1158 Im *Tagebuch* wird eingetragen, daß die betreffende Zweigniederlassung von ihrem Inhaber (z. B. der Aktiengesellschaft Y in Z) errichtet wurde: daß sie somit errichtet ist und daher besteht. Die Errichtung der Zweigniederlassung bildet

auch Gegenstand der Publikation im Handelsamtsblatt. Im *Hauptregister* gelangt die Errichtung der Zweigniederlassung nicht ausdrücklich zur Eintragung. Indem aber Grundsachverhalte im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung ausdrücklich eingetragen werden, wird implizite auch der Sachverhalt aufgezeichnet, daß die Zweigniederlassung, die den Grund dieser Eintragung bildet, tatsächlich besteht. Dieser Grundsachverhalt interessiert im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung als solcher (Nr. 1088).

#### e. VON DER EINTRAGUNG DER GESCHÄFTS- UND ZWEIGNIEDERLASSUNGS-FIRMA IM BESONDERN

- 1159 Mit jeder Zweigniederlassung wird sowohl die Geschäftsfirma des Inhabers als auch die Zweigniederlassungs-Firma eingetragen. Eingetragen wird, unter welchem Namen der Geschäftsinhaber das Geschäft als Ganzes betreibt (die Geschäftsfirma, Nr. 1307 ff.); und welchen Namen er beim Betriebe des Geschäftsteiles Zweigniederlassung verwendet (die Zweigniederlassungs-Firma, Nr. 1384). **Beide Firmennamen bilden somit Gegenstand der Eintragung.** Sei es, daß Art. 71 HRegV zur Anwendung kommt (Nr. 1097 ff. und 1155); oder Art. 75 Abs. 3, der auf Art. 71 HRegV verweist (Nr. 1153 ff.); oder aber Art. 75 Abs. 1 HRegV (Nr. 1141 ff.).
- 1160 Ist Art. 75 Abs. 1 HRegV anwendbar, so kommen einerseits die Sachverhalte zur Eintragung, die Gegenstand einer schweizerischen Haupteintragung wären (Nr. 1143), wozu in jedem Falle die Geschäftsfirma des Inhabers gehört. Andererseits sind Sachverhalte einzutragen, die über die Leistungseinheit Zweigniederlassung innerhalb des Geschäftes orientieren (Nr. 1150 f.), namentlich die Zweigniederlassungs-Firma.
- 1161 Die Geschäftsfirma des Inhabers ist entweder eine schweizerische oder eine ausländische Geschäftsfirma; je nachdem, ob sie hinsichtlich ihrer Bildung schweizerischem oder ausländischem Recht untersteht (dazu: Nr. 1325 ff. und 1391). Die Zweigniederlassungs-Firma, die neben der Geschäftsfirma zur Eintragung gelangt, richtet sich nach schweizerischem Firmenrecht: nach Art. 952 OR. Damit befassen wir uns eingehend im Dritten Teil. Dort werden wir zeigen, daß diese Zweigniederlassungs-Firma insofern mit der Geschäftsfirma des Inhabers übereinstimmt, als sie sich von ihr, wenn überhaupt, nur durch freiwillige, eventuell obligatorische Zusätze unterscheidet. Daraus folgt, daß die schweizerische oder ausländische Geschäftsfirma des Inhabers auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung nicht nur als Geschäftsfirma (als Firma für das ganze Geschäft) eingetragen wird. Vielmehr wird sie — gegebenenfalls mit Zusätzen — auch als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen: als Name, unter dem der Geschäftsinhaber die betreffende Zweigniederlassung betreibt. Zum Ganzen vgl. ausführlich die Nr. 1381 ff. Zur Rechtslage bei Mehrsprachigkeit der Geschäftsfirma im besondern: Nr. 1414 und 1455.

## 5. Änderungs-Eintragungen

- 1162 Ist die (Neu-)Eintragung der Zweigniederlassung vollendet (Nr. 812), die Zweigniederlassung also eingetragen (Nr. 813), so kann sich der Gegenstand der betreffenden Gesamteintragung (Nr. 350) nachträglich verändern: dadurch, daß Änderungs-Eintragungen vorgenommen werden.
- 1163 Die Änderungs-Eintragung ist eine Eintragungsart, gleich wie die (Neu-)Eintragung (Nr. 811) und die Löschung der Zweigniederlassung (Nr. 1192). Bald verstehen wir sie als Eintragungsvorgang, der sich über zwei Stufen hinzieht (Nr. 330 ff.; Nr. 363); bald als vollzogene, eventuell vollendete, Eintragung (Nr. 334 ff.; Nr. 363); schließlich auch als Gegenstand der Eintragung in diesem und jenem Sinne (Nr. 337; Nr. 364).
- 1164 Nachstehend befassen wir uns zunächst mit den Sachverhalten, die Gegenstand einer Änderungs-Eintragung bei Zweigniederlassungen bilden können (Nr. 1165 ff.). Dann sprechen wir vom Änderungsverfahren (Nr. 1181 ff.); darauf von den Wirkungen der Änderungs-Eintragung (Nr. 1188 ff.); und schließlich von der Wirkung der rechtswidrig unterbliebenen Änderungs-Eintragung (Nr. 1190 ff.).

### A. Gegenstand der Änderungs-Eintragung

- 1165 Gegenstand der Änderungs-Eintragung sind immer Folgetatsachen der ersten Art (Nr. 362): entweder «Änderungen» im Sinne des Art. 937 OR (Nr. 365 ff.) oder Sachverhalte, die nicht in «Änderungen» bestehen (Nr. 369 ff.):

#### a. DIE «ÄNDERUNG» DES ART. 937 OR

- 1166 Die «Änderung» des Art. 937 OR qualifiziert sich als *nachträgliche Veränderung eines eingetragenen Sachverhaltes* (Nr. 365); hier: eines Sachverhaltes, der auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung eingetragen ist. Verändert hat sich z. B. der Sachverhalt, wonach eine bestimmte Person zur Vertretung des Geschäftsinhabers im Geschäftskreis der Zweigniederlassung berechtigt ist. Oder es hat sich die eingetragene «Natur des Geschäftes» bzw. «der Zweck der Gesellschaft» verändert. Als Folgetatsache eingetragen wird der Wegfall des bisher eingetragenen Sachverhaltes; gegebenenfalls auch der neue Sachverhalt (z. B. der neue Gesellschaftszweck), der an die Stelle des bisherigen Sachverhaltes getreten ist (vgl. dazu Nr. 367). Besteht die Veränderung im Wegfall der eingetragenen Zweigniederlassung, deren Bestand implicite eingetragen ist (Nr. 1157), so liegt ein Lösungsgrund vor (Nr. 1229), kein Grund für eine Änderungs-Eintragung.
- 1167 Eine *Besonderheit*, auf die wir hier pro memoria hinweisen, besteht *hinsichtlich der eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma*. Den Inhaber trifft möglicherweise die Pflicht, diese Zweigniederlassungs-Firma zu verändern und eine veränderte Firma zur Eintragung anzumelden (vgl. dazu Nr. 1213 ff. und 1249 ff.).

## b. SACHVERHALTE, DIE NICHT IN «ÄNDERUNGEN» BESTEHEN

- 1168 Auch bei Zweigniederlassungen kann sich die Änderungs-Eintragung auf Folgetatsachen beziehen, die keine Veränderungen eingetragener Sachverhalte («Änderungen» im Sinne des Art. 937 OR) darstellen (Nr. 369). Zu diesen Folgetatsachen gehören namentlich: 1. Der Nicht-Bestand eines Sachverhaltes, der durch Neu- oder Änderungs-Eintragung wahrheitswidrig aufgezeichnet worden war (Nr. 370). Dieser Nicht-Bestand wird als Folgetatsache eingetragen: mittels Änderungs-Eintragung nach Art. 38 Abs. 2 HRegV. Es sei denn, es liege ein Lösungsgrund vor, weil die Zweigniederlassung selbst nicht besteht (Nr. 1220); oder ein Grund für eine «Berichtigung» nach Art. 8 Abs. 2 und 3 HRegV, weil die «Unrichtigkeit» auf einem Versehen der Registerbehörden beruht. 2. Die Sachverhalte, welche Gegenstand einer Änderungs-Eintragung nach Nr. 1248 bilden. 3. Die Konkursöffnung, die Auflösung einer Gesellschaft oder Genossenschaft und der Abschluß eines Nachlaßvertrages.

Mit den zuletzt genannten Sachverhalten befassen wir uns im einzelnen:

### aa. Konkursöffnung über den Inhaber einer Einzelfirma; Auflösung einer Gesellschaft infolge Konkurses; Abschluß eines gerichtlichen Nachlaßvertrages mit Vermögensabtretung

- 1169 Diese Sachverhalte hat der Registerführer nach Art. 64 HRegV *mittels Änderungs-Eintragung aufzuzeichnen*: unter Einschluß anderer Tatsachen, die mit Konkursöffnung und Nachlaßvertrag zusammenhängen. Die «Gesellschaft» des Art. 64 ist eine Handelsgesellschaft oder Genossenschaft (Art. 939 OR). Dem konkursiten Einzelkaufmann stellt Art. 100 HRegV den konkursiten Verein gleich, sofern dieser (latent<sup>410</sup>) eintragungsbedürftig ist. Konkurs und Nachlaßvertrag sind als Institute des schweizerischen Rechts verstanden: als schweizerischer Konkurs und Nachlaßvertrag. «Wird eine besondere Konkursverwaltung eingesetzt», so ist auch sie nach Art. 64 Abs. 1 HRegV einzutragen.

- 1170 Art. 64 HRegV spricht, gleich wie Art. 939 OR, nur von *einem* Registerführer. Er nimmt Bezug auf den Registerführer, in dessen Register das Geschäft des Schuldners nach Art. 934 OR bzw. die Handelsgesellschaft oder Genossenschaft nach verbandsbezogenen Vorschriften (Nr. 897 ff.) eingetragen ist. Betreibt der betreffende Konkurs- oder Nachlaß-Schuldner eine in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung, so fragt es sich, ob die **Sachverhalte des Art. 64 HRegV auch bei der Zweigniederlassung einzutragen** sind. Die Frage ist zu bejahen. Liegt es doch im öffentlichen Interesse (Art. 20 Abs. 2 HRegV), daß Dritte, welche mit dem Geschäft des Schuldners durch dessen Zweigniederlassung verkehren (Nr. 1086), auf dem Registerblatt dieser Zweigniederlassung über die Sachverhalte des Art. 64 HRegV orientiert werden. Die Sachverhalte des Art. 64 sind daher nicht

<sup>410</sup> Vgl. sinngemäß Nr. 963.

nur auf dem Registerblatt der schweizerischen Haupteintragung aufzuzeichnen, sondern auch bei jeder eingetragenen Zweigniederlassung des Konkurs- oder Nachlaß-Schuldners. Es sei denn, es liege hinsichtlich der Zweigniederlassung ein Lösungsgrund vor: weil die Zweigniederlassung z. B. nicht mehr besteht (Nr. 1229); oder weil die Löschung einer bloß eintragungsfähigen Zweigniederlassung ordnungsgemäß angemeldet ist (Nr. 1275 ff.).

1171 Gegenüber dem Gesagten ist auf *zwei Sonderfälle* hinzuweisen:

1172 1. Der Schuldner, der in der Schweiz in Konkurs gerät, betreibt hier eine *eingetragene Zweigniederlassung ohne schweizerische Haupteintragung* (Nr. 939). Weder ist sein Geschäft nach Art. 934 OR eingetragen noch besteht eine verbandsrechtliche Eintragung (Nr. 906 ff.). Die Änderungs-Eintragung nach Art. 64 Abs. 1 HRegV ist nur, aber immerhin, bei der eingetragenen Zweigniederlassung vorzunehmen. Sind mehrere Zweigniederlassungen des betreffenden Schuldners in der Schweiz eingetragen, so hat die Änderungs-Eintragung bei jeder Zweigniederlassung zu erfolgen; immer vorausgesetzt, daß für die einzelne Zweigniederlassung kein Lösungsgrund besteht. Ist der Schuldner, um den es hier geht, eine Handelsgesellschaft oder Genossenschaft, so ist er stets eine Gesellschaft oder Genossenschaft ausländischen Rechts. Alsdann liegt zugleich der zweite Sonderfall vor:

1173 2. Der Schuldner, der nach schweizerischem Recht in Konkurs gerät, ist eine *Handelsgesellschaft oder Genossenschaft ausländischen Rechts*. Durch Konkurs nach schweizerischem Recht wird die ausländische Gesellschaft oder Genossenschaft nicht aufgelöst. Einzutragen ist nur die Konkurseröffnung, nicht die Auflösung infolge Konkurses. Diese Änderungs-Eintragung erfolgt bei jeder eingetragenen Zweigniederlassung und, wenn ausnahmsweise eine schweizerische Haupteintragung besteht (Nr. 922), zunächst und vor allem bei dieser.

1174 Der Registerführer einer schweizerischen Haupteintragung nimmt die Änderungs-Eintragung nach Art. 64 HRegV vor, sobald ihm die Folgetatsachen amtlich mitgeteilt sind: vom Konkursrichter, der Liquidationskommission oder vom Konkursamt, dem die Mitteilung hinsichtlich der besondern Konkursverwaltung obliegt. Außerdem hat der Registerführer der Haupteintragung die *Mitteilung der Folgetatsachen an den Registerführer jeder eingetragenen Zweigniederlassung* weiterzuleiten (Art. 73 Abs. 1 HReg<sup>411</sup>), damit dieser seinerseits eine Änderungs-Eintragung vornimmt.

1175 Betreibt der konkursite Schuldner zwar eine oder mehrere eingetragene Zweigniederlassungen, jedoch ohne schweizerische Haupteintragung (Nr. 1172), ist es

<sup>411</sup> Zu Art. 73 Abs. 1 HRegV vgl. Anm. 415. — Ist der Registerführer der Haupteintragung identisch mit dem Registerführer einer Zweigniederlassung, so entfällt die Weiterleitung.

so zu halten, wie wenn die Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung (Nr. 1135) die Haupteintragung wäre. Der Registerführer dieser Zweigniederlassung hat die vom Konkursrichter bzw. Konkursamt mitgeteilten Sachverhalte einzutragen und sie gegebenenfalls dem Registerführer jeder weiteren (eingetragenen) Zweigniederlassung mitzuteilen<sup>412</sup>.

- 1176 Die durch Konkursrichter, Liquidationskommission oder Konkursamt mitgeteilten Sachverhalte werden vom Registerführer zum vorneherein *von Amtes wegen eingetragen*, ohne Aufforderung zur Anmeldung (Art. 64 HRegV). Das muß auch dann gelten, wenn die Mitteilung indirekt, durch den Registerführer der Haupteintragung (Nr. 1174) bzw. der ersten schweizerischen Zweigniederlassung (Nr. 1175), erfolgt.
- 1177 Art. 64 Abs. 2 HRegV bezeichnet die Mitteilung der Liquidationskommission als Anmeldung, obwohl sie in Wirklichkeit eine amtliche Mitteilung ist, gleich wie die Mitteilung des Konkursrichters (Nr. 395).

#### **bb. Auflösung, aber nicht infolge Konkurses**

- 1178 Wird eine Gesellschaft oder Genossenschaft des schweizerischen Privatrechts zwar aufgelöst, aber nicht infolge Konkurses, so kommt Art. 64 HRegV nicht zur Anwendung. Doch wird auch diese Auflösung «als Änderung behandelt» (Art. 33 Abs. 1 HRegV): d. h. mittels Änderungs-Eintragung aufgezeichnet (vgl. Art. 574 Abs. 2, 619, 737, 770 Abs. 2, 821, 912 OR). Dabei entspricht es wiederum dem öffentlichen Interesse (Art. 20 Abs. 2 HRegV), die betreffende **Änderungs-Eintragung bei eingetragenen Zweigniederlassungen ebenfalls vorzunehmen**; es sei denn, es liege für die Zweigniederlassung ein Lösungsgrund vor (Nr. 1205 ff.). Dritte, die mit dem Geschäft einer aufgelösten Gesellschaft oder Genossenschaft durch deren Zweigniederlassung verkehren (Nr. 1086), sollen auf dem Registerblatt dieser Zweigniederlassung über die Auflösung ihres Geschäftspartners orientiert werden.
- 1179 Mit der Eintragung der Auflösung wird immer auch eingetragen, wer zur Liquidation der Gesellschaft oder Genossenschaft bevollmächtigt ist (vgl. Art. 583 Abs. 3, 619, 740 Abs. 2, 770 Abs. 2, 823, 912 f. OR). Diese «Eintragung der Liquidatoren» gilt es auch bei der Zweigniederlassung vorzunehmen.
- 1180 Die Auflösung aus andern Gründen als infolge Konkurses wird vom Registerführer der Zweigniederlassung nicht zum vorneherein von Amtes wegen eingetra-

<sup>412</sup> Art. 73 Abs. 1 HRegV kommt analog zur Anwendung, vgl. Anm. 415 a. E. — Bei Identität der Registerführer entfällt die Mitteilung.

gen, auch wenn ihm der Sachverhalt vom Registerführer der Haupteintragung amtlich mitzuteilen ist (Art. 73 Abs. 1 HRegV<sup>413</sup>).

## B. Das Änderungsverfahren

- 1181 Die als Vorgang verstandene Änderungs-Eintragung (Nr. 1163) bildet Bestandteil eines umfassenden Eintragungsverfahrens (Nr. 382). Dieses Verfahren bezeichnen wir als Änderungsverfahren.
- 1182 Was wir vom Eintragungsverfahren im allgemeinen gesagt haben (Nr. 382 ff.), gilt auch für das Änderungsverfahren bei Zweigniederlassungen. Folgendes sei herausgegriffen:
- 1183 *I. Die Einleitung* des Verfahrens (Nr. 383) erfolgt grundsätzlich durch Anmeldung oder amtliche Aufforderung zur Anmeldung (Art. 60 HRegV<sup>414</sup>). Die amtliche Aufforderung kann auch auf einer Anzeige Dritter (Art. 57 Abs. 2 HRegV) beruhen (Art. 60 Abs. 3, 62 Abs. 2 HRegV und Anm. 138 dazu); oder auf einer amtlichen Mitteilung, namentlich nach Art. 73 Abs. 1 HRegV<sup>415</sup>. Möglicherweise entfallen sowohl Anmeldung wie Aufforderung zur Anmeldung; dann, wenn der Registerführer die Änderungs-Eintragung zum vorneherein von Amtes wegen vor-

<sup>413</sup> Vgl. Anm. 415.

<sup>414</sup> Art. 60 HRegV findet auch dann Anwendung, wenn der Grund der Änderungs-Eintragung nicht darin besteht, daß die «Eintragung im Handelsregister mit den Tatsachen nicht mehr überein»-stimmt (Anm. 137); oder anders ausgedrückt: wenn der Gegenstand der Änderungs-Eintragung nicht eine «Änderung» im Sinne des Art. 937 OR darstellt (Nr. 1166).

<sup>415</sup> Art. 73 Abs. 1 HRegV bestimmt: «Von einer Änderung über die Hauptniederlassung, die zugleich eine Änderung im Register einer Zweigniederlassung nach sich zieht, hat der Registerführer am Hauptsitz, sofern die Filiale in einem andern Registerbezirk eingetragen ist, dem Registeramt dieser Filiale Kenntnis zu geben.»

Zum richtigen Verständnis dieses Artikels ist das folgende zu beachten:

— mit «Registerführer am Hauptsitz» ist der Registerführer gemeint, dessen Register die schweizerische Haupteintragung enthält (Nr. 939).

— die schweizerische Haupteintragung kann sich, muß sich aber nicht am «Hauptsitz» des Geschäftes befinden, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 915). Insofern ist Art. 73 Abs. 1 zu eng formuliert.

— «Änderungen über die Hauptniederlassung» sind Folgetatsachen, die auf dem Registerblatt der Haupteintragung mittels Änderungs-Eintragung aufgezeichnet werden. In der Formulierung des Art. 73 Abs. 1 schlägt die irrtümliche Ansicht durch, die Haupteintragung bestehe in der Eintragung der Hauptniederlassung (vgl. Nr. 890).

— eine «Änderung . . ., die zugleich eine Änderung im Register der Zweigniederlassung nach sich zieht», ist eine Folgetatsache, die es auch bei der Zweigniederlassung mittels Änderungs-Eintragung aufzuzeichnen gilt.

Besteht keine schweizerische Haupteintragung, so ist Art. 73 Abs. 1 analog auf den Registerführer anzuwenden, dessen Register die Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung einer «Firma» mit «Hauptsitz» im Ausland enthält (Nr. 1135 und 1143 ff.).

zunehmen hat, ohne vorherige Aufforderung zur Anmeldung (Nr. 421). Eine derartige Eintragungspflicht des Registerführers besteht z. B. in den Fällen der Nr. 1176. Nicht zum vorneherein von Amtes wegen einzutragen hat dagegen der Registerführer die Folgetatsachen allein schon deswegen, weil sie ihm vom Registerführer der Haupteintragung mitgeteilt wurden (Art. 73 Abs. 1 HRegV).

1184 Was die *Anmeldung der Änderungs-Eintragung im einzelnen* betrifft, so ist sie eine Erklärung des Geschäftsinhabers (des Eintragungs-Subjektes, Nr. 822), der die Zweigniederlassung betreibt; ihr Kern besteht in der Willenserklärung, die betreffende Folgetatsache (Nr. 1165) sei einzutragen (Nr. 392). Wer zur Abgabe der Anmeldungserklärung registerrechtlich zuständig ist (Nr. 396), ergibt sich aus Art. 72 Abs. 1 HRegV<sup>416</sup>: entweder ist der Inhaber persönlich und allein zuständig (lit. a); oder es sind andere berufen, die Anmeldungserklärung, als registerrechtlich zuständige Vertreter (Nr. 396), für den Inhaber einzureichen (Art. 72 Abs. 1 lit. b und c<sup>417</sup>).

1185 *Anmeldungsberechtigt* (Nr. 402) ist der Geschäftsinhaber, der die eingetragene Zweigniederlassung betreibt. Sein Recht auf Eintragung setzt voraus, daß die Folgetatsache, welche Gegenstand der verlangten Änderungs-Eintragung bildet, eintragbar ist (Nr. 405 ff.). Trifft dies zu, so dürfte die Folgetatsache immer auch eintragungsbedürftig sein (vgl. namentlich Art. 937 OR hinsichtlich der «Änderung»). Den Inhaber trifft alsdann eine *Anmeldungspflicht* (Nr. 417 f.): eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Anmeldung der Änderungs-Eintragung, die er gegebenenfalls durch die registerrechtlich zuständigen Vertreter (Nr. 1184) zu erfüllen hat. Diese Vertreter sind ihrerseits zur Abgabe der Anmeldungserklärung für den Geschäftsinhaber verpflichtet (Nr. 418). Keine Anmeldungspflicht besteht dann, wenn der Registerführer die Änderungs-Eintragung zum vorneherein von Amtes wegen vorzunehmen hat (Nr. 1183).

<sup>416</sup> Art. 72 Abs. 1 HRegV bezeichnet für jede «Anmeldung betreffend die Zweigniederlassung» dieselben Personen als registerrechtlich zuständig; gleichgültig, ob es sich um eine Neu-, eine Änderungs- oder eine Löschungs-Eintragung handelt.

Art. 72 bezieht sich auf Zweigniederlassungen von «Firmen» mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 818). Doch haben wir bei der Neueintragung festgestellt, daß er grundsätzlich auch auf Zweigniederlassungen von «Firmen» mit «Hauptsitz» im Ausland anwendbar ist (Nr. 818). Dies gilt auch bei Änderungs- und Löschungs-Eintragungen, und zwar ausnahmslos. Die Sonderregelung, die bei der Eintragung einer Zweigniederlassung nach Art. 75 Abs. 1 HRegV Platz greift (Nr. 1148), ist weder dem Wortlaut dieses Artikels noch der Sache nach auf spätere Änderungs- und Löschungs-Eintragungen zugeschnitten. <sup>417</sup> Art. 72 Abs. 1 HRegV wird ergänzt durch Art. 25 HRegV. Diese Bestimmung ist unseres Erachtens auch bei Zweigniederlassungen anzuwenden. Bei den «eingetragenen Unterschriftsberechtigten», von denen der Artikel spricht, muß es sich alsdann um Unterschriftsberechtigte handeln, die gerade im Register der betroffenen Zweigniederlassung eingetragen sind.

- 1186 2. Das Änderungsverfahren kann sich ausweiten zu einem **Verfahren vor kantonaler Aufsichtsbehörde und vor Bundesgericht** (Nr. 384)<sup>418</sup>. Dies namentlich dann, wenn der Registerführer erfolglos zur Anmeldung der Änderungs-Eintragung aufgefordert hat (Art. 60 Abs. 2 und 3 HRegV<sup>419</sup>). Oder wenn er die Vornahme einer angemeldeten Änderungs-Eintragung verweigert (Nr. 404).
- 1187 3. Bevor der Registerführer den Eintragungsvorgang einleitet, hat er in beschränktem Umfang zu prüfen, ob die Voraussetzungen hiezu gegeben sind (Nr. 385). Seiner Prüfung folgt die **Nachprüfung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister** (Nr. 386). Genehmigt dieses die Änderungs-Eintragung, so veranlaßt es deren Publikation im Handelsamtsblatt (Nr. 386). Nachprüfung, Genehmigung und Publikation erfolgen in aller Regel vor Abschluß des Eintragungsvorganges: bevor die Änderungs-Eintragung im Hauptregister vollzogen und damit vollendet ist (Nr. 387). Ohne vorausgehende oder nachträgliche Genehmigung ist eine vollendete Änderungs-Eintragung nicht rechtserheblich (Nr. 388).

### C. Wirkungen der Änderungs-Eintragung

- 1188 Als Vorgang verstanden, bewirkt die Änderungs-Eintragung, daß deren Gegenstand im Ergebnis auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung aufgezeichnet ist (Nr. 428). Diese vollendete Änderungs-Eintragung wirkt ihrerseits vor allem deklaratorisch (Nr. 431 ff.). Außerdem verbindet sich mit der vollendeten und rechtserheblichen Änderungs-Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung die positive Publizitätswirkung des Art. 933 Abs. 1 OR (Nr. 1067), die beweiserstärkende Wirkung des Art. 9 ZGB (Nr. 1069), möglicherweise auch eine konstitutive Wirkung (Nr. 1034 und 1046).
- 1189 Was die «Änderung» des Art. 937 OR (Nr. 1166) im besondern betrifft, so bewirkt deren Eintragung immer auch, daß der bisher eingetragene Sachverhalt nicht mehr eingetragen ist (negative Registerstands-Wirkung, Nr. 448). Damit erlöschen die Rechtswirkungen, die mit dem Eingetragensein dieses Sachverhaltes verbunden waren. Insofern eignet der Eintragung einer «Änderung» eine Beendigungswirkung, gleich wie der Löschung (Nr. 1282). Dasselbe gilt, wenn der ursprüngliche Nicht-Bestand eines Sachverhaltes durch Änderungs-Eintragung nach Art. 38 Abs. 2 HRegV eingetragen wird (Nr. 1168 und 448).

<sup>418</sup> Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen die Änderungs-Eintragung erhoben, so kann aus dem Änderungsverfahren außerdem ein Verfahren vor Zivilgericht entstehen (Nr. 385 und Anm. 141).

<sup>419</sup> Zu Art. 60 HRegV vgl. Anm. 137. Die Aufforderung ergeht möglicherweise auf eine Anzeige Dritter hin. Art. 57 Abs. 2 HRegV ist auch hier anzuwenden (Anm. 138).

## D. Wirkung der rechtswidrig unterbliebenen Änderungs-Eintragung

- 1190 Unterbleibt eine «vorgeschriebene» Änderungseintragung, so greift die **negative Publizitätswirkung** nach Art. 933 Abs. 2 OR Platz (dazu: Nr. 474 ff.). Die bei der Zweigniederlassung rechtswidrig nicht eingetragene Folgetatsache kann gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden; auch dann nicht, wenn der Gutgläubige die Folgetatsache hätte erkennen können (Nr. 476). Bezieht sich die unterbliebene Änderungs-Eintragung auf den Nicht- oder Nicht-mehr-Bestand (den Wegfall) eines eingetragenen Sachverhaltes, so wird durch die negative Publizitätswirkung der gute Glaube an den Bestand des eingetragenen, aber unwahren Sachverhaltes geschützt (Nr. 482 f.): z. B. an die Vollmacht eines Vertreters, für den Geschäftsinhaber im Geschäftskreis der Zweigniederlassung rechtsgeschäftlich zu handeln. Dieser Gutgläubensschutz besteht nur (aber immerhin) zu Lasten des für die Änderungs-Eintragung anmeldungspflichtigen Geschäftsinhabers (Nr. 480 und 1185).
- 1191 Ist der rechtswidrig nicht eingetragene Sachverhalt auf einem andern Registerblatt des Geschäftsinhabers eingetragen, so tritt der in Nr. 1006 umschriebene *Konflikt zwischen der negativen und der positiven Publizitätswirkung* auch hier ein. In diesem Konfliktfall geht die negative Publizitätswirkung nur (aber immer dann) vor, wenn die mangelhafte Rechtshandlung, für die der Gutgläubensschutz beansprucht wird, im Zusammenhang mit derjenigen Zweigniederlassung steht, bei der die Änderungs-Eintragung rechtswidrig unterblieb.

## 6. Die Löschung der Zweigniederlassung (Löschungs-Eintragung)

- 1192 Der Ausdruck «Löschung der Zweigniederlassung» (vgl. Marginalie zu Art. 77 HRegV) ist wiederum ein verkürzter, juristischer Fachausdruck, gleich wie der Ausdruck «Eintragung einer Zweigniederlassung» (Nr. 522). Mit diesem Ausdruck befassen wir uns zuerst (Nr. 1193 ff.). Darauf sprechen wir vom Lösungsverfahren (Nr. 1201 ff.), dann von den Lösungsgründen (Nr. 1205 ff.), den Wirkungen der Löschung (Nr. 1279 ff.) und schließlich von der Wirkung einer rechtswidrig unterbliebenen Lösungs-Eintragung (Nr. 1287 ff.).

### A. Der Ausdruck

- 1193 Der Ausdruck «Löschung der Zweigniederlassung» besagt alternativ ein Zweifaches:
- 1194 1. *Entweder* bezeichnet der Ausdruck einen Eintragungs-, und zwar einen **Löschungsvorgang** (Nr. 375). Eingetragen wird die Folgetatsache, daß die Zweig-

niederlassung nicht mehr eingetragen ist. Oder ausführlich gesagt: daß sämtliche Sachverhalte, die über den Geschäftsinhaber auf dem Registerblatt seiner Zweigniederlassung (Nr. 1026) bisher eingetragen waren, auf dem entsprechenden Hauptregister-Blatt nicht mehr eingetragen sind (vgl. Nr. 372); gleichgültig, ob sie als Grundsachverhalte oder mittels Änderungs-Eintragung aufgezeichnet worden waren. Damit wird die Zweigniederlassung, wie wir sagen, gelöscht.

- 1195 Die so verstandene Lösungs-Eintragung ist zweistufig (Nr. 376). Zunächst vollzieht sie sich im Tagebuch, dann im Hauptregister: auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung. Auf diesem Hauptregister-Blatt, das dem Geschäftsinhaber für dessen Zweigniederlassung zugeteilt ist (Nr. 1026), wird der bisherige Gesamteintrag mit roter Tinte schräg durchstrichen und mit einem schwarzen horizontalen Strich abgeschlossen (Nr. 376).
- 1196 2. *Oder* der Ausdruck bezeichnet eine **vollzogene Lösungs-Eintragung** (Nr. 378): sei es im Tagebuch oder im Hauptregister. Die im Hauptregister vollzogene Lösung ist *vollendet* (Nr. 379): Auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung findet sich die Folgetatsache eingetragen, daß die Zweigniederlassung nicht mehr eingetragen ist (Nr. 1194). Nicht aber, daß die bisher eingetragenen Sachverhalte (z. B. der Sachverhalt, wonach es die betreffende Zweigniederlassung tatsächlich gibt, Nr. 1157) nicht oder nicht mehr bestehen (vgl. Nr. 380).
- 1197 Nach Abschluß des Lösungsvorganges enthält das Registerblatt der Zweigniederlassung auch eine Erklärung dafür, weshalb der Registerführer die Lösungs-Eintragung vorgenommen hat. Der für den Registerführer maßgebliche Lösungsgrund bildet richtigerweise Gegenstand einer akzessorischen Aufzeichnung, die der Registerführer mit der Lösungs-Eintragung von Amtes wegen verbindet (Nr. 381). Eine Pflicht, die Aufzeichnung dieses Lösungsgrundes anzumelden, besteht nicht <sup>420</sup>.
- 1198 Die Lösung der Zweigniederlassung in diesem oder jenem Sinne (Nr. 1194 oder Nr. 1196) kommt in zwei Erscheinungsformen vor: als **relative** oder als **absolute Lösung**:
- 1199 — *Relativ* ist die Lösung dann, wenn die Zweigniederlassung zwar auf dem bisherigen Registerblatt gelöscht, jedoch zum Ersatz in einem andern schweizerischen Handelsregister eingetragen wird bzw. wurde. Diese relative Lösung greift in zwei Fällen Platz: 1. Wenn die Zweigniederlassung zum vorneherein in einem falschen (nicht «zuständigen») Register eingetragen war. 2. Wenn die eingetragene Zweigniederlassung ihren «Sitz» in einen andern schweizerischen Registerbezirk verlegt hat. Art. 49 HRegV gilt es analog anzuwenden.
- 1200 — *Absolut* ist die Lösung in allen andern Fällen. Im folgenden befassen wir uns mit dieser absoluten Lösung.

<sup>420</sup> Wird der Ausdruck «Lösung der Zweigniederlassung» als Eintragung im dritten Sinne verstanden, so bezeichnet er die Folgetatsache, welche Gegenstand der Lösungs-Eintragung bildet (vgl. Nr. 337).

## B. Das Lösungsverfahren

- 1201 Die (absolute) Löschung der Zweigniederlassung, verstanden als Lösungsvorgang (Nr. 1194), bildet, wie jeder Eintragungsvorgang, *Teil eines umfassenden Eintragungsverfahrens* (Nr. 382). Dieses Eintragungsverfahren bezeichnen wir, mit Rücksicht auf den Gegenstand der Eintragung, als Lösungsverfahren.
- 1202 Was wir vom Eintragungsverfahren im allgemeinen gesagt haben (Nr. 382 ff.), trifft im besondern auch zu auf das **Verfahren zur Löschung der Zweigniederlassung**:
- 1203 Das gilt zunächst für die *Einleitung* des Verfahrens (Nr. 383): sie erfolgt durch eine Anmeldung der Lösungs-Eintragung oder durch eine amtliche Aufforderung zur Anmeldung (vgl. Nr. 1259, 1260 und 1276). Ausnahmsweise können sowohl Anmeldung wie amtliche Aufforderung entfallen; dann, wenn die Zweigniederlassung zum vorneherein von Amtes wegen zu löschen ist (Nr. 1261).
- 1204 Sodann gilt das Gesagte auch für die *Ausweitung des Verfahrens* (Nr. 384; vgl. Nr. 1258, 1260 und 1277)<sup>421</sup>; für die *Prüfung* durch den Registerführer (Nr. 385); und für die *Nachprüfung* beim Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (Nr. 386). Genehmigt das Eidgenössische Amt die Lösungs-Eintragung, so veranlaßt es deren *Publikation* im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Nr. 386); die Publikation hat sich auch auf den Lösungsgrund zu beziehen, von dem der Registerführer ausgegangen ist (vgl. z. B. *Stampa*, Nr. 62). Nachprüfung, Genehmigung und Publikation erfolgen in der Regel *vor*, ausnahmsweise *nach* Abschluß des Lösungsvorganges (Nr. 387). Durch vorausgehende oder nachträgliche Genehmigung wird die vollendete Lösungs-Eintragung (Nr. 1196) rechtserheblich (Nr. 388).

## C. Die Lösungsgründe

- 1205 Das Löschen der Zweigniederlassung setzt, wie jeder Lösungsvorgang, einen Lösungsgrund voraus: einen *Grund, der die Löschung rechtfertigt*. Mit Rücksicht auf die mit der Löschung verbundene Registerstands-Wirkung (Nr. 1281) besteht dieser Lösungsgrund in einem Tatbestand, der es rechtfertigt, daß die Zweigniederlassung in Zukunft nicht mehr eingetragen ist.
- 1206 Die Lösungsgründe kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Einem subjektiven Lösungsgrund (Nr. 1275 ff.) stehen die objektiven Lösungsgründe gegenüber:

<sup>421</sup> Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen die Löschung erhoben, so kann aus dem Lösungsverfahren außerdem ein Verfahren vor Zivilgericht entstehen (Nr. 385 und Anm. 141).

## a. DIE OBJEKTIVEN LÖSCHUNGSGRÜNDE

- 1207 Ihnen ist ein Zweifaches gemeinsam: Erstens rechtfertigen sie die Löschung bei jeder Zweigniederlassungs-Art. Zweitens bestehen sie nicht in einer bloßen Willenserklärung des Inhabers, wonach die Zweigniederlassung, die er betreibt, zu löschen sei. Vgl. demgegenüber Nr. 1275.
- 1208 Zwei Arten objektiver Lösungsgründe sind zu unterscheiden: ursprüngliche und nachträgliche. Zunächst befassen wir uns mit den ursprünglichen (Nr. 1209 ff.), dann mit den nachträglichen (Nr. 1225 ff.). Darauf sprechen wir von den Folgen der objektiven Lösungsgründe (Nr. 1256 ff.).

### aa. Ursprüngliche (objektive) Lösungsgründe

- 1209 Sie bestehen bereits in dem Augenblick, da die Eintragung der Zweigniederlassung vollendet und rechtserheblich wird (Nr. 816), weshalb sie das Löschen der soeben eingetragenen Zweigniederlassung rechtfertigen (vgl. demgegenüber Nr. 1225). *Gemeinsam ist ihnen, daß eine Zweigniederlassung zu Unrecht eingetragen wurde:* sei es, daß die Zweigniederlassung nicht eintragbar war; sei es, daß die formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges nicht vorlag.

#### 1) Formell richtige Eintragung einer nicht eintragbaren Zweigniederlassung

- 1210 Eine nicht eintragbare Zweigniederlassung wurde formell richtig eingetragen. Das **Fehlen einer Eintragbarkeits-Voraussetzung** (Nr. 832 ff.) **bildet einen ursprünglichen Lösungsgrund**, obwohl dies im positiven Handelsregisterrecht für die Zweigniederlassung nicht gesagt wird. Im einzelnen ist zu bemerken:
- 1211 I. Ein ursprünglicher Lösungsgrund der genannten Art liegt vor, wenn einer der folgenden Fälle gegeben ist:
- wenn eine Zweigniederlassung eingetragen wurde, obwohl gar keine Zweigniederlassung im Sinne des schweizerischen Handelsregisterrechts bestand (vgl. Nr. 833 ff.).
  - wenn eine Zweigniederlassung zwar bestand, nicht aber eine schweizerische Zweigniederlassung (vgl. Nr. 842 ff.).
  - wenn die Zweigniederlassung eines ausländischen, in der Schweiz aber nicht anerkannten Verbandes eingetragen wurde (vgl. Nr. 850 ff.). Folgt man, was die Anerkennung betrifft, richtigerweise der Inkorporationstheorie (Nr. 851), so erlangt dieser Lösungsgrund allerdings keine praktische Bedeutung.
  - wenn eine Zweigniederlassung eingetragen wurde, obwohl ein Sachverhalt, der damit notwendigerweise zur Eintragung gelangte, rechts- oder sittenwidrig ist (vgl. Nr. 854 f.; vgl. aber Nr. 1212 ff.).
  - wenn eine Zweigniederlassung eingetragen wurde, obwohl die Eintragung öffentlichen Interessen widerspricht (vgl. Nr. 856 f.).

— wenn eine Zweigniederlassung eingetragen wurde, obwohl eine vorausgesetzte Haupteintragung fehlt (vgl. Nr. 858 ff.; vgl. aber Nr. 1010).

- 1212 2. Wurde eine **Zweigniederlassung eingetragen, obwohl ein Sachverhalt, der damit notwendigerweise zur Eintragung gelangte, rechts- oder sittenwidrig ist**, so liegt nach dem Gesagten ein ursprünglicher Lösungsgrund vor. Dies gilt allerdings nicht ohne Ausnahmen:
- 1213 Eine *erste Ausnahme* beschlägt den Fall, da die eingetragene Zweigniederlassungs-Firma nicht den anwendbaren öffentlichen Vorschriften entspricht. Ein Lösungsgrund liegt grundsätzlich nicht vor. Vielmehr ist der Inhaber verpflichtet, die Zweigniederlassungs-Firma zu verändern und eine veränderte Zweigniederlassungs-Firma eintragen zu lassen. Der Registerführer hat hiezu aufzufordern. Nötigenfalls wird der Wortlaut der Zweigniederlassungs-Firma durch die kantonale Aufsichtsbehörde festgesetzt. Zur Anwendung kommt Art. 61 HRegV<sup>422</sup>. Immerhin gilt es, auf zwei *Sonderfälle* hinzuweisen:
- 1214 — Die eingetragene Zweigniederlassungs-Firma enthält eine ausländische Geschäftsfirma, die dem schweizerischen Ordre public widerspricht (Nr. 1466). Die

<sup>422</sup> Im einzelnen sind folgende Tatbestände denkbar:

1. Die Zweigniederlassungs-Firma enthält eine Geschäftsfirma, die nicht übereinstimmt mit der wirklichen (schweizerischen oder ausländischen) Geschäftsfirma des Inhabers (vgl. Nr. 1161). Der Inhaber ist verpflichtet, die unrichtig gebildete Zweigniederlassungs-Firma der wirklichen Geschäftsfirma anzupassen und eine entsprechende Änderungsintragung anzumelden.
2. Die Zweigniederlassungs-Firma enthält obligatorische Zusätze, die sie enthalten müßte, nicht (vgl. dazu Nr. 1476 ff.). Der Inhaber ist verpflichtet, der Zweigniederlassungs-Firma die fehlenden Zusätze beizufügen und eine entsprechende Änderungsintragung anzumelden.
3. Die Zweigniederlassungs-Firma enthält freiwillige Zusätze, die entweder an sich unzulässig sind (vgl. Nr. 1425 und 1474) oder den allgemeinen Grundsätzen der Firmenbildung widersprechen (vgl. Nr. 1427 und 1474). Der Inhaber ist verpflichtet, die Zweigniederlassungs-Firma durch Entfernung oder Veränderung der entsprechenden Zusätze zu verändern und eine entsprechende Änderungsintragung anzumelden.
4. Die Zweigniederlassungs-Firma, die mit der Zweigniederlassung eingetragen wurde, enthält eine schweizerische Geschäftsfirma, die den öffentlichen Firmenbildungsvorschriften des schweizerischen Rechts nicht entspricht (vgl. Nr. 1417). Diese Geschäftsfirma bildet immer auch Gegenstand einer schweizerischen Haupteintragung (vgl. Nr. 1405). Der Inhaber ist verpflichtet, zunächst die Geschäftsfirma auf dem Registerblatt der Haupteintragung zu verändern, anschließend die Zweigniederlassungs-Firma auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung. Zur Änderungsintragung auf dem Registerblatt der Haupteintragung wird er richtigerweise vom Registerführer der Haupteintragung aufgefordert. Dieser teilt dem Registerführer der Zweigniederlassung die vorgenommene Änderungsintragung mit (Art. 73 Abs. 1 HRegV). Der Registerführer der Zweigniederlassung fordert seinerseits zur Anmeldung der veränderten Zweigniederlassungs-Firma auf.

Zweigniederlassung ist zu löschen, sofern der Inhaber die Zweigniederlassungs-Firma nicht freiwillig verändert. Denn die Veränderung der Zweigniederlassungs-Firma setzt hier eine Änderung der ausländischen Geschäftsfirma voraus, da jede Zweigniederlassungs-Firma die Geschäftsfirma des Inhabers enthalten muß (Nr. 1161). Die Änderung einer ausländischen Geschäftsfirma kann aber nach schweizerischem Recht weder verlangt noch erzwungen werden (vgl. Nr. 1009).

- 1215 — Die Zweigniederlassung ist bloß eintragungsfähig, nicht eintragungsbedürftig. Der Inhaber hat es hier in der Hand, statt eine veränderte Geschäftsfirma anzumelden, die Zweigniederlassung löschen zu lassen (vgl. Nr. 1275 ff.).
- 1216 Eine *zweite Ausnahme* betrifft folgenden Fall:  
Die Rechtswidrigkeit beschlägt das Gebiet des materiellen Privatrechts und ist — weil nicht offensichtlich und unzweideutig — der Kognitionsbefugnis des Registerführers entzogen (Nr. 385 f.). Mangels richterlichen Urteils hatte sich die fehlende Eintragbarkeit nicht aktualisiert (Nr. 855). Die Zweigniederlassung wurde daher zu Recht eingetragen. Ein Lösungsgrund im hier verstandenen Sinne liegt nicht vor. Wer wegen Verletzung seiner Rechte Einspruch gegen die vollzogene Eintragung erhebt, ist vielmehr an den Richter zu weisen (Art. 32 Abs. 1 HRegV). Das richterliche Verfahren kann, muß aber nicht, zur Löschung führen.
- 1217 Von Bedeutung ist das Gesagte namentlich dann, wenn die als Zweigniederlassungs-Firma eingetragene und verwendete Geschäftsfirma — trotz allenfalls beigefügter Zusätze — private Rechte Dritter verletzt (dazu: Nr. 1418 ff., 1467 ff. und 1493). Der angerufene Richter entscheidet hier auf «Löschung oder Änderung» der Firma (Art. 67 HRegV). Dieser Entscheid verpflichtet den Inhaber, die Zweigniederlassungs-Firma zu verändern und (gegebenenfalls durch registerrechtlich zuständige Vertreter) in verändertem Wortlaut zur Eintragung anzumelden (Art. 67 HRegV)<sup>423</sup>. Die erforderliche Veränderung setzt eine Veränderung der Geschäftsfirma voraus, sofern die Verletzung nicht schon durch Beifügung freiwilliger Zusätze entfällt (Nr. 1429 und 1481 ff.).
- 1218 Führt der Inhaber allerdings eine ausländische Geschäftsfirma (vgl. z. B. BGE 90 II 192 ff.), so kann er in der Schweiz nicht dazu verhalten werden, seine Geschäftsfirma zu verändern. Läßt sich die Verletzung nicht durch Zweigniederlassungs-Zusätze beheben (Nr. 1217), so wird er durch den richterlichen Entscheid verpflichtet, die Zweigniederlassung löschen zu lassen, sofern er die Geschäftsfirma nicht freiwillig verändert. Ist eine Zweigniederlassung bloß eintragungsfähig, so hat es der Inhaber in jedem Falle in der Hand, die erforderliche Veränderung zu umgehen, indem er die Zweigniederlassung löschen läßt (vgl. Nr. 1275 ff.).
- 1219 **3. Kein Lösungsgrund liegt vor, wenn mit einer eintragbaren Zweigniederlassung bestimmte Grundsachverhalte wahrheitswidrig eingetragen wurden. Die**

<sup>423</sup> «wenn nicht der Richter den Registerführer zur unmittelbaren Änderung anweist» (Art. 67 HRegV).

Zweigniederlassung ist nicht zu löschen. Vielmehr gilt es, eine Änderungs-Eintragung (evtl. eine «Berichtigung») vorzunehmen (Nr. 1168).

1220 Hat der Registerführer allerdings eine Zweigniederlassung eingetragen, die in Wirklichkeit nicht besteht, so ist ein ursprünglicher Lösungsgrund gegeben (Nr. 1211). Zwar ist auch hier der Bestand der Zweigniederlassung wahrheitswidrig eingetragen (vgl. Nr. 1157). Doch bildet der Bestand der Zweigniederlassung eine Eintragbarkeits-Voraussetzung, ohne welche die Eintragung nicht Platz greifen kann (Nr. 833).

1221 4. Der ursprüngliche Lösungsgrund entfällt, wenn die fehlende Eintragbarkeits-Voraussetzung nachträglich doch noch eintritt.

## 2) Formeller Mangel des Eintragungsvorganges

1222 Eine Zweigniederlassung wurde eingetragen, obwohl die formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges (Nr. 1018 ff.) nicht gegeben war. Dieser **formelle Mangel des Eintragungsvorganges bildet einen ursprünglichen Lösungsgrund**; gleichgültig, ob die Zweigniederlassung eintragbar war oder nicht.

1223 Ein ursprünglicher Lösungsgrund der erwähnten Art liegt vor:  
— wenn der Registerführer die Zweigniederlassung ohne Anmeldung eingetragen hat, obwohl keine Pflicht zur Eintragung ohne Anmeldung bestand (vgl. Nr. 1019).  
— wenn der Registerführer die Zweigniederlassung gestützt auf eine Anmeldung eingetragen hat, die mangelhaft war (Nr. 399)<sup>424</sup>.

1224 Was den zuletzt genannten Lösungsgrund betrifft, so ist ein Doppeltes beizufügen:

— Hat die Aufsichtsbehörde im Falle des Art. 31 HRegV den Registerführer ermächtigt, die Eintragung trotz mangelhafter Anmeldung vorzunehmen, so liegt kein Lösungsgrund vor. Der Mangel wurde durch die Ermächtigung geheilt. Die Zweigniederlassung ist formell richtig eingetragen.

— Der Lösungsgrund entfällt, wenn der Registerführer in analoger Anwendung des Art. 31 HRegV ermächtigt wird, die vollendete Eintragung trotz mangelhafter Anmeldung aufrechtzuerhalten. Oder wenn der Mangel dadurch behoben wird, daß z. B. fehlende Unterschriften oder Belege (Art. 31 HRegV) nach Abschluß des Eintragungsvorganges doch noch beigebracht werden <sup>425</sup>.

<sup>424</sup> Es sei denn, die Anmeldung wäre nur deshalb mangelhaft gewesen, weil sie eine erforderliche Wissenserklärung nicht enthalten hatte (Nr. 399 und Anm. 123). Ist der Registerführer dennoch zur Eintragung geschritten, wobei er die notwendigen Kenntnisse (Nr. 394) aus andern Quellen schöpfte, so liegt kein Lösungsgrund vor.

<sup>425</sup> Vgl. demgegenüber *His*, N. 27 zu Art. 932 und den dort zitierten Entscheid *Stampa*, Nr. 21.

## bb. Nachträgliche (objektive) Lösungsgründe

- 1225 Sie entstehen nachträglich: *nachdem* die Zweigniederlassung rechtserheblich eingetragen ist (Nr. 816 a. E.). Demnach beschlagen sie eine Zweigniederlassung, die zu Recht eingetragen wurde: die Zweigniederlassung war eintragbar (Nr. 831 ff.) und die formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges (Nr. 1018 ff.) hatte vorgelegen.
- 1226 Diese Lösungsgründe bestehen *im nachträglichen Wegfall einer Eintragbarkeits-Voraussetzung* (Nr. 832 ff.). Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Mit ihnen befassen wir uns nachstehend im einzelnen (Nr. 1227 ff.). Darauf sprechen wir von den nachträglichen Lösungsgründen und dem positiven Handelsregisterrecht (Nr. 1253 ff.).

### 1) Nachträgliche Lösungsgründe im einzelnen

- 1227 Die nachträglichen Lösungsgründe bestehen, wie gesagt, im nachträglichen Wegfall einer Eintragbarkeits-Voraussetzung. Die Voraussetzung entfällt, nachdem die Zweigniederlassung rechtserheblich eingetragen ist.
- 1228 Zu den nachträglichen Lösungsgründen würde an sich auch der Sachverhalt gehören, wonach ein ausländischer Verband, der die eingetragene Zweigniederlassung betreibt, nachträglich in der Schweiz nicht mehr anerkannt wird (vgl. Nr. 850). Folgt man indessen der Inkorporationstheorie (Nr. 851), so erlangt dieser Lösungsgrund keine praktische Bedeutung. Im folgenden lassen wir ihn deshalb außer acht. Zu behandeln bleibt:

#### a) Der nachträgliche Wegfall der Zweigniederlassung

- 1229 Nachträglich (Nr. 1225) **weggefallen ist die eingetragene Zweigniederlassung selbst**. Darin besteht der praktisch wichtigste Lösungsgrund. Verschiedene *Fälle* sind zu unterscheiden:
- 1230 1. Die Zweigniederlassung ist *als Leistungseinheit untergegangen*, indem sie ihre Produktionstätigkeit, den «Geschäftsbetrieb», eingestellt hat (vgl. z. B. BGE 93 I 717 und 98 Ib 100)<sup>426</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob nur *sie* die Produktionstätigkeit eingestellt hat oder das ganze zusammengesetzte Geschäft, dem sie als Bestandteil zugehört. Gleichgültig ist auch, aus welchem Grund die Einstellung der Produktionstätigkeit erfolgte: ob freiwillig oder erzwungenermaßen, z. B. durch behördliches Verbot oder infolge Konkurses.
- 1231 Die bloß vorübergehende Einstellung der Tätigkeit (z. B. während einer stillen Saison, während eines Umbaus usw.) bildet keinen Lösungsgrund<sup>427</sup>. Kein Lösungsgrund ist auch der bloße Beschluß, die Zweigniederlassung aufzuheben.

<sup>426</sup> Vgl. F. Diebold, S. 70; Naymark, S. 164, Ziff. 1 und 2.

<sup>427</sup> Vgl. analog His, N. 40 zu Art. 938.

- 1232 2. Die Zweigniederlassung besteht zwar als Leistungseinheit des bisherigen Inhabers weiter, doch hat sie ihre *Qualifikation als Zweigniederlassung verloren*. Zum Beispiel hat sie ihren Betriebscharakter eingebüßt, indem sie zu einer bloßen Abteilung wurde (vgl. Nr. 634 ff.). Die Feststellung dieses Lösungsgrundes kann sich im Einzelfall schwierig gestalten, da die Übergänge vom Betrieb zur Abteilung fließend sind (Nr. 146). Was wir in Nr. 837 ff. gesagt haben, gilt sinngemäß auch hier.
- 1233 3. Die Zweigniederlassung wurde *einem andern Geschäft als Zweigniederlassung integriert*. Damit ist die bisherige Zweigniederlassung untergegangen; entstanden ist eine neue Zweigniederlassung.
- 1234 4. Die Zweigniederlassung wurde *von einem andern Inhaber übernommen*, der sie nicht mehr als Zweigniederlassung betreibt<sup>428</sup>.
- 1235 5. Das ganze zusammengesetzte *Geschäft ist, unter Einschluß der Zweigniederlassung, auf einen andern Inhaber übergegangen*, wodurch sich die Identität von Geschäft und Zweigniederlassung verändert hat<sup>429</sup>. Das Geschäft eines andern Inhabers ist ein anderes Geschäft. Das gilt auch für die Zweigniederlassung, die Bestandteil des Geschäftes bildet. Die bisherige Zweigniederlassung ist untergegangen<sup>430</sup>.
- 1236 6. Der *Inhaber der Zweigniederlassung ist weggefallen*<sup>431</sup>. Der Einzelinhaber ist verstorben; der Verband wurde liquidiert. Ist ein Verband, der die Zweigniederlassung betreibt, erst in Liquidation getreten, so bildet diese Auflösung an sich noch keinen Lösungsgrund.

<sup>428</sup> Vgl. *Stampa*, Nr. 14.

<sup>429</sup> Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

— das Geschäft wurde dem «andern» Inhaber verkauft, verpachtet oder zur Nutznießung übertragen;

— der bisherige Inhaber wurde dem «andern» Inhaber inkorporiert (*Fusion*, *His*, N. 33 zu Art. 937 OR);

— der «andere» Inhaber ist aus der Fusion des bisherigen Inhabers mit weiteren Geschäftsinhabern neu entstanden (*His*, N. 33 zu Art. 937 OR);

— der «andere» Inhaber ist durch Umwandlung des bisherigen Inhabers entstanden (*His*, N. 4 zu Art. 937 OR; vgl. aber Anm. 430). Hat der bisherige Geschäftsinhaber mit einem andern Geschäftsinhaber fusioniert, so ist immer auch ein Fall der Nr. 1233 gegeben.

<sup>430</sup> Wandelt sich ein Geschäftsinhaber um (z. B. eine Kollektiv- in eine Kommanditgesellschaft), so wird angenommen, der bisherige Inhaber bestehe trotz der Umwandlung fort, falls dessen «wirtschaftliche Identität . . . nach außen erhalten» bleibt (*His*, N. 34 zu Art. 937 OR). Hier gehen Geschäft und Zweigniederlassung nicht auf einen «andern» Inhaber über. Es liegt kein Lösungsgrund vor, auch nicht für die Zweigniederlassung. Vielmehr hat die Umwandlung eine Änderungs-Eintragung zur Folge. Bei der Zweigniederlassung ist jedenfalls die «rechtliche Natur» des Geschäftes (Nr. 1101) zu ändern.

<sup>431</sup> Vgl. *U. Luchsinger*, S. 46; *Siegwart*, N. 45 zu Art. 642 OR.

b) Der nachträgliche Wegfall der Verbindung mit schweizerischem Staatsgebiet

- 1237 Nachträglich (Nr. 1225) **weggefallen ist die Verbindung mit schweizerischem Staatsgebiet, aus welcher die Zweigniederlassung ihren schweizerischen Charakter schöpft** (vgl. Nr. 842 ff.). Dieser Wegfall bildet einen objektiven Lösungsgrund. Wiederum sind verschiedene *Fälle* zu unterscheiden:
- 1238 1. Die Zweigniederlassung hat ihre *Produktionstätigkeit ins Ausland verlegt*; sei es gänzlich oder zur Hauptsache (vgl. Nr. 844).
- 1239 2. Die Zweigniederlassung hat *aufgehört, auf dem schweizerischen Markte regelmäßig selbständig, und zwar rechtsgeschäftlich* (nicht nur tatsächlich), *aufzutreten* (vgl. Nr. 845).
- 1240 3. Die Zweigniederlassung hat ihren *«Sitz»-Ort ins Ausland verlegt*, so daß sich der Ort ihrer Leitung im Ausland befindet (vgl. Nr. 846).
- 1241 In jedem der drei Fälle hat die Zweigniederlassung ihren *Charakter als «schweizerische» Zweigniederlassung eingebüßt* (vgl. Nr. 843 ff.), weshalb ein Lösungsgrund vorliegt. Wurde im Einzelfall allerdings nur und gerade der *«Sitz»-Ort ins Ausland verlegt*, so kann es sich rechtfertigen, die Zweigniederlassung weiterhin wie eine *«schweizerische» Zweigniederlassung zu behandeln*. Das in Nr. 847 Gesagte gilt sinngemäß.

c) Der nachträgliche Wegfall der Haupteintragung

- 1242 Nachträglich (Nr. 1225) **weggefallen ist eine schweizerische oder ausländische Haupteintragung, die für das Eintragen der Zweigniederlassung vorausgesetzt war** (vgl. Nr. 858 ff.). Die schweizerische Haupteintragung (Nr. 939) wird vielfach zum vorneherein von Amtes wegen gelöscht, ohne Aufforderung zur Anmeldung. Zum Beispiel dann, wenn über den Geschäftsinhaber, dessen Zweigniederlassung eingetragen ist, das schweizerische Konkursverfahren abgeschlossen wurde (vgl. Art. 939 Abs. 3 OR, Art. 66 HRegV). Vgl. ferner auch Art. 68 HRegV.
- 1243 Kein Lösungsgrund besteht allerdings in folgenden *Ausnahmefällen*:
- 1244 1. An die Stelle der bisherigen Haupteintragung ist eine andere Eintragung (in einem andern Registerbezirk oder in einem andern Staat) getreten, die dem Erfordernis einer Haupteintragung wiederum genügt.
- 1245 2. Eine ausländische Haupteintragung ist weggefallen. Das anwendbare ausländische Recht läßt keine neue Eintragung zu, die dem Erfordernis einer Haupteintragung genügen würde. Doch ist notorisch, daß *«die Firma» nach wie vor «zu Recht besteht»* (vgl. Nr. 937 f.).
- 1246 3. Eine ausländische Haupteintragung ist bei einer eintragungsbedürftigen Zweigniederlassung (Nr. 963) weggefallen. Eine entsprechende Neueintragung greift nicht Platz, obwohl sie nach dem anwendbaren ausländischen Recht möglich wäre. Die Aufsichtsbehörde ermächtigt den Registerführer, die Eintragung der Zweigniederlassung aufrechtzuerhalten, nachdem sie festgestellt hat, daß *«die Firma» immer noch «zu Recht besteht»* (vgl. sinngemäß Nr. 1010).

- 1247 *Kein Lösungsgrund* entsteht auch dann, wenn nicht die *Haupteintragung* wegfällt, sondern die nach Art. 75 Abs. 1 HRegV vollzogene *Eintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung*. Diese Eintragung ersetzt zwar eine schweizerische *Haupteintragung*, jedoch nur vom *Eintragungs-Gegenstand* her (Nr. 1147). Sie ist selber keine *Haupteintragung*. Entfällt sie, so verwirklicht sich ein Grund für eine *Änderungs-Eintragung*:
- 1248 *Betreibt der Geschäftsinhaber eine weitere Zweigniederlassung desselben Geschäftes*, so gilt es, bei dieser *Zweigniederlassung* den *Eintragungs-Gegenstand* zu verändern: derart, daß im Ergebnis dieselben Sachverhalte eingetragen sind, die beim *Eintragen einer ersten schweizerischen Zweigniederlassung* nach Art. 75 Abs. 1 HRegV eingetragen werden (Nr. 1141 ff.). Bei einer Mehrzahl weiterer *Zweigniederlassungen* hat sich diese *Änderungs-Eintragung* auf *eine* der *Zweigniederlassungen* zu beziehen.

d) Die nachträgliche Rechtswidrigkeit des Eintragungs-Gegenstandes

- 1249 *Nachträglich weggefallen ist die Rechtmäßigkeit des Eintragungs-Gegenstandes. Einer der Sachverhalte, die bei eingetragener Zweigniederlassung notwendigerweise eingetragen sind, wurde rechts- oder (sitten-)widrig* (vgl. Nr. 854). Damit hat sich ein *Lösungsgrund* verwirklicht. Doch gilt dies nicht ohne Ausnahmen:
- 1250 *Eine erste Ausnahme* beschlägt den Fall, da die eingetragene *Zweigniederlassungs-Firma* nicht mehr den anwendbaren öffentlichen Vorschriften entspricht. Das in Nr. 1213 ff. Ausgeführte gilt hier sinngemäß. Grundsätzlich liegt kein *Lösungsgrund* vor, indem Art. 61 HRegV zur Anwendung kommt; vgl. aber sinngemäß Nr. 1214 f.
- 1251 *Eine zweite Ausnahme* betrifft den Fall, da die eingetretene *Rechtswidrigkeit* das Gebiet des materiellen Privatrechts beschlägt und nicht offensichtlich und unzweideutig ist. Ein *Lösungsgrund* im hier verstandenen Sinne liegt nicht vor. Wer wegen Verletzung seiner privaten Rechte Einspruch gegen die betreffende *Eintragung* erhebt, ist an den Richter zu weisen (Art. 32 Abs. 1 HRegV). Von Bedeutung ist dies namentlich dann, wenn die als solche eingetragene und verwendete *Zweigniederlassungs-Firma* — trotz beigefügter Zusätze — *nachträglich private Rechte Dritter verletzt*. Was in Nr. 1216 ff. ausgeführt wurde, gilt hier sinngemäß.

e) Der nachträgliche Widerspruch mit dem öffentlichen Interesse

- 1252 *Nachträglich (Nr. 1225) weggefallen ist die Vereinbarkeit der Eintragung mit dem öffentlichen Interesse* (vgl. Nr. 856). Die vollendete *Eintragung* beginnt, dem öffentlichen Interesse zu widersprechen. Trifft dies zu, so liegt ein *Lösungsgrund* vor.

## 2) Die nachträglichen Lösungsgründe und das positive Handelsregisterrecht

- 1253 Die nachträglichen Lösungsgründe werden im Gesetz überhaupt nicht erwähnt. Und die Handelsregisterverordnung befaßt sich nur mit zwei Anwendungsfällen:
- 1254 1. Mit dem Tatbestand, wonach der «Geschäftsbetrieb» der Zweigniederlassung aufgehört hat (Art. 77 Abs. 1 und 2 lit. b HRegV), die Produktionstätigkeit der Zweigniederlassung also eingestellt wurde (Nr. 1230).
- 1255 2. Mit dem Tatbestand, wonach die schweizerische Haupteintragung weggefallen ist (Nr. 1242). Der einschlägige Art. 77 Abs. 2 lit. a HRegV ist ungenau formuliert, da er — wie die Verordnung überhaupt — von der Voraussetzung ausgeht, die Haupteintragung bestehe in der Eintragung der Hauptniederlassung (Nr. 890).

### cc. Die Folgen objektiver Lösungsgründe

- 1256 Liegt ein objektiver Lösungsgrund vor, so ist die Lösungs der Zweigniederlassung gerechtfertigt. Es gilt, was folgt:
- 1257 1. Die in Nr. 1194 umschriebene **Folgetatsache**, das «Nicht-mehr-Eingetragensein» der Zweigniederlassung, **ist eintragbar** (Nr. 409). Auch dann, wenn Schulden, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung zulasten ihres Inhabers entstanden waren, noch ungedeckt sind. Der Gläubiger kann nicht verlangen, daß die Lösungs unterbleibe, bis er bezahlt oder sichergestellt ist (vgl. BGE 98 Ib 103 ff. und BlZüR 25, 1926, Nr. 128; ferner auch BlZüR 27, 1928, Nr. 18)<sup>432</sup>; auch dann nicht, wenn der Inhaber eine natürliche Person mit Wohnsitz im Ausland oder ein ausländischer Verband ist. Das gilt selbst für das Gemeinwesen als Gläubiger ungedeckter Steuerschulden<sup>433</sup>. Zwar kann die Lösungs der Zweigniederlassung die Steuereinzugs erschweren und deshalb fiskalischen Interessen des Staates widersprechen. Diese Interessen sind jedoch keine öffentlichen im Sinne des Art. 38 Abs. 1 HRegV (Nr. 413). Eine *Ausnahme* gilt, kraft positiver Vorschrift, für die Wehrsteuer. Nach Art. 122 Abs. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 9. Dezember 1940 dürfen «Filialen ausländischer Unternehmungen im Handelsregister erst dann gelöscht werden, wenn sie ihrer Pflicht zur Entrichtung der Wehrsteuer durch Zahlungs oder Sicherheitsleistung genügt haben». Die zuständige kantonale Wehrsteuerverwaltung kann gegen die Lösungs Einspruch erheben, wenn die genannte Voraussetzung nicht erfüllt ist (Art. 122 Abs. 2—4 des Beschlusses).

<sup>432</sup> Anderer Ansicht für bestimmte Zweigniederlassungen: das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, zitiert in BGE 76 I 156.

<sup>433</sup> Vgl. demgegenüber F. *Diebold*, S. 71, § 87: «Toutefois la radiation n'est pas opérée si l'Administration cantonale des Contributions s'y oppose.» *Diebold* selber bezweifelt allerdings, ob es richtig ist, die Lösungs von der Zustimmung der Steuerbehörden abhängen zu lassen. Das Bundesgericht hat die Frage in BGE 76 I 156 ff. offengelassen.

Aus dieser Sondervorschrift läßt sich keine allgemeine Regel für andere Schulden ableiten, namentlich nicht zugunsten privater Gläubiger (vgl. BGE 98 Ib 106). Für die folgenden Ausführungen klammern wir sie aus.

- 1258 2. Der Inhaber der eingetragenen (evtl. bisherigen oder bloß angeblichen) Zweigniederlassung hat ein **Anmeldungsrecht**: ein Recht auf Löschungs-Eintragung (Nr. 402): darauf, daß der zuständige Registerführer die mit ordnungsmäßiger Anmeldung (Nr. 399) verlangte Löschung vornimmt. Dieses Recht ist auf dem Beschwerdeweg durchsetzbar, der bis zum Bundesgericht führen kann (Nr. 404). Wer zur Abgabe der Anmeldungserklärung registerrechtlich zuständig ist (Nr. 396), ergibt sich aus Art. 72 Abs. 1 HRegV<sup>434</sup>. Entweder ist der Inhaber allein und persönlich zuständig (Art. 72 Abs. 1 lit. a); oder es sind andere berufen, die Anmeldungserklärung, als registerrechtliche Vertreter (Nr. 396), für den Inhaber einzureichen (lit. b und c).
- 1259 3. Die eintragbare Folgetatsache (Nr. 1257) ist *eintragungsbedürftig* (Nr. 417). Den Inhaber der Zweigniederlassung trifft eine **Anmeldungspflicht** (Nr. 417 f., vgl. aber Nr. 1261). Er hat die Löschungs-Eintragung ordnungsgemäß anzumelden, gegebenenfalls durch die registerrechtlich zuständigen Vertreter (Nr. 1258). Diese Vertreter sind ihrerseits auch anmeldungspflichtig: verpflichtet, die Anmeldung für den Inhaber zu erklären (Nr. 418).
- 1260 Der Registerführer hat zur Erfüllung der Anmeldungspflicht anzuhalten (Art. 941 OR). Er hat zur Anmeldung aufzufordern, sobald er — z. B. auf eine Anzeige «von dritter Seite» hin<sup>435</sup> — vom Vorliegen eines Löschungsgrundes erfährt. Notfalls ist er verpflichtet, die Zweigniederlassung von Amtes wegen, ohne Anmeldung, zu löschen (Art. 941 OR). Diese Pflicht zur Löschung ohne Anmeldung entsteht im Verfahren nach Art. 60 HRegV<sup>436</sup>. Sie setzt eine erfolglose Aufforderung zur Anmeldung voraus und gründet im Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde, die auf Löschung erkennt; der Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 60 Abs. 3 HRegV; zum Ganzen Nr. 419 f.).
- 1261 4. **Ausnahmsweise hat der Registerführer den Löschungsvorgang zum vorneherein von Amtes wegen einzuleiten**, ohne vorerst zur Anmeldung der Löschungs-Eintragung aufzufordern. Das Verfahren nach Art. 60 HRegV kommt nicht zur Anwendung. Eine Pflicht, die Löschung der Zweigniederlassung anzumelden (Nr. 1259), besteht grundsätzlich nicht (vgl. aber Nr. 1263 a. E. und 1269).

<sup>434</sup> Vgl. dazu Anm. 416.

<sup>435</sup> Art. 57 Abs. 2 HRegV ist auch im Bereiche des Art. 60 HRegV anwendbar (Anm. 137).

<sup>436</sup> Art. 60 HRegV ist auch dann anwendbar, wenn der Löschungsgrund nicht darin besteht, daß «die Eintragung im Handelsregister mit den Tatsachen nicht mehr übereinstimmt» (Anm. 137).

- 1262 Diese Rechtslage verwirklicht sich dann, wenn entweder ein ursprünglicher Lösungsgrund nach Nr. 1222 vorliegt oder eine Ausnahme nach Art. 77 Abs. 2 HRegV gegeben ist (Nr. 1263 ff. und Nr. 1265 ff.):
- 1263 *a.* Liegt ein *ursprünglicher Lösungsgrund nach Nr. 1222* vor, so rechtfertigt sich ein *Vorgehen in analoger Anwendung des Art. 8 Abs. 2 und 3 HRegV*<sup>487</sup>. Die zu Unrecht erfolgte Eintragung beruht hier auf einem Versehen des Registerführers, der die Zweigniederlassung eingetragen hat, obwohl die formelle Voraussetzung des Eintragungsvorganges nicht gegeben war. Der formelle Mangel ist ohne weiteres mit Sicherheit feststellbar. Der Registerführer hat die Zweigniederlassung von Amtes wegen zu löschen, ohne vorerst zur Anmeldung der Lösungs-Eintragung aufzufordern. Dabei scheint es uns richtig zu sein, wenn er nur mit Ermächtigung der kantonalen Aufsichtsbehörde zur Löschung schreitet. Wenngleich die umschriebene Lösungs-Eintragung ohne vorherige Aufforderung zur Anmeldung Platz greift, dürfte eine Anmeldungspflicht zumindest dort bestehen, wo der Inhaber der Zweigniederlassung die formell unrichtige Eintragung veranlaßt hat.
- 1264 *Anders verhält es sich beim ursprünglichen Lösungsgrund nach Nr. 1210.* Er ist nicht ohne weiteres mit Sicherheit feststellbar<sup>488</sup>. Erforderlich ist vielmehr eine gründliche Abklärung der Sachlage, damit die Zweigniederlassung nicht irrtümlicherweise gelöscht wird. Schon mit Rücksicht darauf rechtfertigt sich ein Vorgehen nach Art. 60 HRegV (vgl. aber Nr. 1269). In dieser Ansicht werden wir bestätigt durch Art. 38 Abs. 2 HRegV. Er verweist auf Art. 60 HRegV, wenn sich «nach Vollzug der Eintragung heraus»-stellt, daß ein Grund für eine Änderungs- oder Lösungs-Eintragung vorliegt, weil die Eintragung den Anforderungen des Art. 38 Abs. 1 HRegV nicht entspricht.
- 1265 *b. Art. 77 Abs. 2 HRegV* zerfällt in zwei Abschnitte: in lit. a und in lit. b.
- 1266 *aa.* Nach *Art. 77 Abs. 2 lit. a* hat der Registerführer die Zweigniederlassung zum vorneherein von Amtes wegen zu löschen, wenn ein nachträglicher Lösungsgrund im Wegfall der schweizerischen Haupteintragung besteht (Nr. 1242 ff.)<sup>489</sup>. Seinem Wortlaut nach betrifft Art. 77 Abs. 2 lit. a Zweigniederlassungen von
- <sup>487</sup> Art. 8 Abs. 3 HRegV ist nicht *wörtlich* anwendbar: er befaßt sich nur mit der Korrektur von «Schreibfehlern» und andern (inhaltlichen) «Unrichtigkeiten», nicht mit der Löschung einer Gesamteintragung, die zu Unrecht erfolgte.
- <sup>488</sup> Es sei denn, die fehlende Eintragbarkeits-Voraussetzung bestehe darin, daß eine schweizerische Haupteintragung, obwohl vorausgesetzt, nicht vorgelegen hat (vgl. dazu Nr. 1269).
- <sup>489</sup> Zu der von lit. a verwendeten Formulierung, «laut welcher die Hauptniederlassung gelöscht worden ist», vgl. Nr. 1255.

Geschäften mit «Hauptsitz» in der Schweiz. Sachlich ist er zugeschnitten auf Zweigniederlassungen mit schweizerischer Haupteintragung (Nr. 939); er kommt auch dann zur Anwendung, wenn trotz ausländischem «Hauptsitz» eine schweizerische Haupteintragung besteht (Nr. 931).

- 1267 Dem Registerführer der Zweigniederlassung wird der umschriebene Lösungsgrund vom Registerführer der schweizerischen Haupteintragung<sup>440</sup> amtlich mitgeteilt<sup>441</sup>. Eine Anmeldungspflicht hinsichtlich der Zweigniederlassung entfällt; auch dann, wenn es für die Zweigniederlassung noch andere Lösungsgründe (nicht nur den Wegfall der Haupteintragung) gibt.
- 1268 Ist die schweizerische Haupteintragung noch nicht weggefallen, liegt aber ein Lösungsgrund für die Haupteintragung *und* für die Zweigniederlassung vor, so besteht hinsichtlich der Zweigniederlassung keine Anmeldungspflicht. Eine Anmeldungspflicht (z. B. der Erben eines Geschäftsinhabers, Art. 938 OR) besteht hier, wenn überhaupt, einzig mit Bezug auf die schweizerische Haupteintragung. Nach gelöschter Haupteintragung wird die Zweigniederlassung ohne weiteres von Amtes wegen gelöscht, sobald der Lösungsgrund dem Registerführer der Zweigniederlassung amtlich mitgeteilt ist (Nr. 1267).
- 1269 Art. 77 Abs. 2 lit. a befaßt sich nur mit dem *nachträglichen* Wegfall einer schweizerischen Haupteintragung. Er ist analog anzuwenden, wenn ein ursprünglicher Lösungsgrund deshalb vorliegt, weil die Zweigniederlassung zwar formell richtig eingetragen wurde, eine vorausgesetzte schweizerische Haupteintragung jedoch nicht bestand (Nr. 1211)<sup>442</sup>. Stellt der Registerführer in diesem Fall (der sich praktisch kaum verwirklichen dürfte) das Fehlen der schweizerischen Haupteintragung fest, so hat er die Zweigniederlassung zum vorneherein von Amtes wegen zu löschen, ohne vorerst zur Anmeldung der Lösungs-Eintragung aufzufordern. Das schließt die in Nr. 1259 umschriebene Anmeldungspflicht nicht aus. Diese Pflicht ist hier gerechtfertigt, da der Lösungsgrund dem Registerführer der Zweigniederlassung nicht amtlich mitgeteilt wird (vgl. demgegenüber Nr. 1267).
- 1270 *bb. Art. 77 Abs. 2 lit. b* HRegV beschlägt seinem Wortlaut nach Zweigniederlassungen von Geschäften mit «Hauptsitz» im Ausland. Anders als lit. a ist er sachlich für Zweigniederlassungen ohne schweizerische Haupteintragung bestimmt: für Zweigniederlassungen, bei denen sich die Haupteintragung, wenn überhaupt (Nr. 937 f.), im Ausland zu vollziehen hatte (Nr. 885 und 929 f.);

<sup>440</sup> Bei diesem Registerführer handelt es sich nicht notwendigerweise um den Registerführer des «Hauptsitzes», wie Art. 77 Abs. 2 lit. a HRegV annimmt (vgl. Nr. 915 und 931).

<sup>441</sup> Die Mitteilung entfällt, wenn der Registerführer der Haupteintragung mit dem Registerführer einer Zweigniederlassung identisch ist.

<sup>442</sup> Fehlte es außerdem an der formellen Voraussetzung des Eintragungsvorganges (Nr. 1222), so gilt das in Nr. 1263 Gesagte.

- namentlich deswegen, weil der Inhaber der Zweigniederlassung eine ausländische Verbandsperson oder Personengesellschaft ist bzw. war<sup>443</sup>.
- 1271 Ist «amtlich» (d. h. vom zuständigen Registerführer) festgestellt, daß ein nachträglicher Lösungsgrund besteht, weil der «Geschäftsbetrieb» einer derartigen Zweigniederlassung aufgehört hat, so wird die betroffene Zweigniederlassung nach Art. 77 Abs. 2 lit. b in *zwei Fällen* von Amtes wegen gelöscht:
- 1272 — Wenn «die Hauptniederlassung der Aufforderung des Registerführers zur Löschung der Zweigniederlassung nicht nachkommt» (*Fall 1*). Was diesen Fall betrifft, so wird die Zweigniederlassung nicht zum *vorneherein* von Amtes wegen gelöscht, sondern erst nach erfolgloser Aufforderung zur Anmeldung<sup>444</sup>. Eine Ausnahme (Nr. 1261 f.) liegt nicht vor. Zur Anwendung kommt Art. 60 HRegV, wie es der Regel entspricht (Nr. 1260).
- 1273 — Wenn «die Hauptniederlassung . . . selbst erloschen ist» (*Fall 2*). Trifft dies zu, so wird die Zweigniederlassung ohne schweizerische Haupteintragung (1270), deren «Geschäftsbetrieb» aufgehört hat (1271), nach Art. 77 Abs. 2 lit. b ohne weiteres (zum *vorneherein* von Amtes wegen) gelöscht.
- 1274 Nach dem Zweckgedanken dieser Bestimmung erübrigt sich eine Aufforderung zur Anmeldung, sofern der anmeldungspflichtige Inhaber (Nr. 1259) selber untergegangen ist<sup>445</sup>. Die Formulierung des Art. 77 Abs. 2 lit. b beruht auf der Annahme, dies treffe immer dann zu, wenn die Hauptniederlassung, das «Hauptgeschäft» (Art. 28 aHRegV), weggefallen sei. Doch gibt es erstens Zweigniederlassungen ohne Hauptniederlassung (Nr. 693); und zweitens kann der Inhaber (z. B. eine Verbandsperson ausländischen Rechts) den Untergang der möglichen Hauptniederlassung durchaus «überleben». Die auf Fall 2 bezogene Bestimmung ist deshalb bloß sinngemäß anwendbar; derart, daß die amtliche Löschung ohne Aufforderung *nur*, aber auch *immer*, dann Platz greift, wenn der Inhaber der betreffenden Zweigniederlassung untergegangen ist. Hier rechtfertigt es sich, die Zweigniederlassung, auf die sich Art. 77 Abs. 2 HRegV bezieht (Nr. 1270), in

<sup>443</sup> Betreibt der ausländische Verband eine Zweigniederlassung mit schweizerischer Haupteintragung (Nr. 922), so kommt Art. 77 Abs. 2 *lit. a*, nicht *lit. b*, HRegV zur Anwendung (vgl. aber Anm. 446). Dasselbe gilt, wenn trotz ausländischem «Hauptsitz» eine schweizerische Haupteintragung vorgenommen wurde (Nr. 931), weil es sich beim Inhaber der Zweigniederlassung um eine juristische Person des schweizerischen Privatrechts handelt(e).

<sup>444</sup> Diese Aufforderung richtet sich an den anmeldungspflichtigen Geschäftsinhaber (Nr. 1259) und gegebenenfalls auch an die registerrechtlich zuständigen Vertreter, die an seiner Stelle die Anmeldungserklärung einzureichen haben (Nr. 1259). Die Formulierung des Art. 77 Abs. 2 lit. b HRegV, wonach die Hauptniederlassung aufgefordert wird, ist ungenau.

<sup>445</sup> Hier liegt «objektive Unmöglichkeit der Bebringung einer Anmeldung» vor; dazu *His*, N. 22 zu Art. 938 OR.

jedem Falle zum vorneherein von Amtes wegen zu löschen<sup>446</sup>. Eine Anmeldepflicht besteht nicht.

b. DER SUBJEKTIVE LÖSCHUNGSGRUND (für die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung)

- 1275 Der subjektive Lösungsgrund beschlägt die bloß eintragungsfähige, nicht aber die eintragungsbedürftige Zweigniederlassung (Nr. 962 f.). Subjektiv ist er insofern, als er in der **Willenserklärung des Inhabers besteht, die von ihm betriebene Zweigniederlassung sei zu löschen**. Diese Willenserklärung bildet hier für sich allein den Lösungsgrund.
- 1276 Die Willenserklärung des Inhabers, die den Lösungsgrund bildet, ist als Kern einer ordnungsgemäßen Anmeldung (Nr. 392 und 399) an den Registerführer der Zweigniederlassung zu richten; gegebenenfalls durch die registerrechtlich zuständigen Vertreter (Nr. 1258). Der Registerführer hat die verlangte Löschung vorzunehmen. Denn das Eingetragensein der bloß eintragungsfähigen Zweigniederlassung hängt vom Willen ihres Inhabers ab. Entfällt dieser Eintragungswille, so rechtfertigt sich die Löschung und die damit verbundene Registerstandswirkung (Nr. 1281).
- 1277 Mit andern Worten: die Folgetatsache «Nicht-mehr-Eingetragensein» (Nr. 1194) ist bei bloß eintragungsfähigen Zweigniederlassungen jederzeit und voraussetzungslos eintragbar. Der Inhaber der Zweigniederlassung hat hinsichtlich dieser Folgetatsache ein Anmeldeungsrecht (Nr. 402), ohne daß sich ein objektiver Lösungsgrund verwirklicht (Nr. 1207 ff.). Er hat ein jederzeitiges Recht auf Lösungs-Eintragung (Nr. 402), welches auf dem Beschwerdeweg durchsetzbar ist (Nr. 404).
- 1278 Das umschriebene Recht auf Löschung besteht *auch dann*, — wenn die Zweigniederlassung im Zeitpunkt ihrer Eintragung noch eintragungsbedürftig war, es aber jetzt nicht mehr ist<sup>447</sup>.

<sup>446</sup> Diese Regel, die wir aus Art. 77 Abs. 2 lit. b HRegV ableiten, beschlägt Zweigniederlassungen *ohne* schweizerische Haupteintragung (Nr. 1270).

Bei Zweigniederlassungen *mit schweizerischer Haupteintragung* führt der Wegfall des Geschäftsinhabers zur Löschung der Haupteintragung, was ohne weiteres auch die Löschung der Zweigniederlassung nach sich zieht (Nr. 1266 f.). Ist der weggefallene Geschäftsinhaber ein ausländischer Verband (Nr. 922), so rechtfertigt es sich, die schweizerische Haupteintragung (Nr. 922) zum vorneherein von Amtes wegen zu löschen. Dasselbe gilt, wenn der Inhaber eine natürliche Person ist, deren Erbfolge ausländischem Recht untersteht.

<sup>447</sup> Vgl. *Hts*, N. 46 zu Art. 938 OR.

— wenn die bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung ohne Anmeldung eingetragen wurde (Nr. 1022)<sup>448</sup>.

— wenn Schulden, die im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung zulasten ihres Inhabers entstanden waren, noch ungedeckt sind (vgl. analog Nr. 1257); vorbehalten bleibt die Sonderbestimmung für die Wehrsteuer (Nr. 1257 a. E.).

## D. Die Wirkungen der Löschungs-Eintragung

- 1279 Wie jeder Eintragungsvorgang, so bewirkt auch das Löschen der Zweigniederlassung, daß im Ergebnis der Eintragungs-Gegenstand im Hauptregister eingetragen ist (Nr. 428). Mit dieser vollendeten Löschungs-Eintragung verbinden sich ihrerseits verschiedene Wirkungen:
- 1280 1. Zunächst eine **deklaratorische Wirkung** (Nr. 431 ff.). Kundgegeben wird die eingetragene Folgetatsache (Nr. 1196), sowie der Umstand, daß sie eingetragen ist (Nr. 431). Die Kundgabe erfolgt durch die vollendete Eintragung selbst und durch den Registerführer (Nr. 432 f.). Sie wird ergänzt durch die Publikation im Handelsamtsblatt (Nr. 434; Nr. 1204) und begleitet von der Kundgabe des für den Registerführer maßgeblichen Lösungsgrundes (vgl. Nr. 1197).
- 1281 2. Sodann verbindet sich mit der vollendeten und rechtserheblichen Löschungs-Eintragung eine **negative Registerstands-Wirkung** (Nr. 446 ff.). Bewirkt wird, daß die entsprechenden Sachverhalte auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung nicht mehr eingetragen sind. Die Folgetatsache, welche Gegenstand der Löschungs-Eintragung bildet (Nr. 1194), wird durch diese Löschungs-Eintragung zugleich hervorgebracht (Nr. 477). Eine Wiedereintragung der gelöschten Zweigniederlassung in analoger Anwendung des Art. 51 Abs. 2 HRegV ist ausgeschlossen (BGE 98 Ib 105).
- 1282 3. Aus der negativen Registerstands-Wirkung (Nr. 1281) leitet sich eine **Beendigungswirkung** ab. Beendet werden die Rechtswirkungen, die sich mit dem Eingetragensein der bisher eingetragenen Sachverhalte verknüpft hatten, soweit sie bei der Löschungs-Eintragung noch bestehen: die konstitutive Wirkung (Nr. 1032 ff.; Nr. 1188), die positive Publizitätswirkung (Nr. 1066 ff.; Nr. 1188), die beweiserstärkende Wirkung (Nr. 1069 ff.; Nr. 1188) und die heilende Wirkung (Nr. 1076 ff.). Was die konstitutive Wirkung im besondern betrifft, so entfallen die durch das Eingetragensein der Sachverhalte bewirkten Rechtsfolgen: das nichtkaufmännische Prokuraverhältnis (Nr. 1034), die Konkursfähigkeit (Nr. 1037 ff.; vgl. aber Nr. 1283), der Gerichtsstand von Bundesrechts wegen (Nr. 1040 ff.), der Firmenschutz (Nr. 1045 ff.) und der Eintragungsort für Eigentumsvorbehalte (Nr. 1047 ff.);

<sup>448</sup> Weil der Registerführer annahm, die Zweigniederlassung sei eintragungsbedürftig.

immer vorausgesetzt, daß diese Verhältnisse weder aus einem andern Grunde bereits erloschen sind noch gestützt auf eine andere Eintragung fort dauern. Der bundesrechtliche Gerichtsstand am «Sitz»-Ort einer Zweigniederlassung (Nr. 1040 ff.) entfällt nach der Auffassung des Bundesgerichts allerdings nicht für solche Forderungen, für die er vor deren Löschung begründet wurde; vielmehr überdauert er für diese Forderungen die Löschung der Zweigniederlassung (BGE 98 Ib 104). Dieser Auffassung, wonach hier der einmal begründete Gerichtsstand trotz Wegfalls seiner Voraussetzung (der Eintragung der Zweigniederlassung) fortbesteht, können wir uns (abgesehen vom Fall einer perpetuatio fori nach Eintritt der Rechtshängigkeit) nicht anschließen. Sie widerspricht allgemeinen Grundsätzen, wie sie z. B. für den Gerichtsstand am Wohnsitz des Schuldners gelten. Vor allem aber führt sie dazu, daß ein Schuldner für die betreffenden Forderungen noch Jahre nach der Löschung seiner Zweigniederlassung an deren früherem «Sitz»-Ort eingeklagt werden kann; in einem Zeitpunkt vielleicht, da er mit diesem Ort überhaupt nicht mehr verbunden ist. Das ist eine Rechtslage, die in keiner Weise zu befriedigen vermag; und die — entgegen BGE 98 Ib 104 — auch nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß sie es im Einzelfall dem böswilligen Schuldner verunmöglicht, sich durch Löschung seiner Zweigniederlassung dem bundesrechtlichen Gerichtsstand an deren «Sitz»-Ort zu entziehen. Ein Unterfangen übrigens, das bei eintragungsbedürftigen Zweigniederlassungen schon insofern erschwert ist, als deren Löschung nicht im Belieben des Inhabers liegt, sondern einen objektiven Lösungsgrund (Nr. 1207 ff.) voraussetzt.

- 1283 *Rechtsgrund* der umschriebenen Beendigungswirkung bildet die vollendete und rechtserhebliche Löschung, im Zusammenspiel mit der negativen Registerstandswirkung (Nr. 1281). Der Eintritt der Beendigungswirkung wird indessen auf einen andern Zeitpunkt bezogen: Dritten gegenüber tritt sie ein am ersten Werktag nach der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt (Nr. 1280; Art. 932 Abs. 2 OR). Erfolgt die Veröffentlichung vor Abschluß des Lösungsvorganges (Nr. 1204), so rechtfertigt es sich, die Beendigungswirkung auf diesen Zeitpunkt zurückzubeziehen. Eine *Sonderregelung* gilt hinsichtlich der Konkursfähigkeit (Nr. 1037): sie entfällt grundsätzlich erst sechs Monate nach der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt (Art. 40 SchKG und Nr. 2034 f. dazu).
- 1284 *Weitere Beendigungswirkungen* verbinden sich mit der Löschung der Zweigniederlassung nicht. Namentlich wird durch die Löschung nicht etwa die Zweigniederlassung selbst aufgehoben (vgl. BGE 34 I 702). Denn die Zweigniederlassung besteht unabhängig von ihrer Eintragung (Nr. 1033), weshalb sie die Löschung überdauern kann. Mit ihr überdauern auch die Wirkungen, die sich an den *Bestand* der Zweigniederlassung knüpfen (Nr. 1049 ff.).
- 1285 4. Schließlich hat die vollendete und rechtserhebliche Lösungs-Eintragung auch eine **positive Publizitätswirkung** (Nr. 449 ff.) zur Folge, die ihrerseits auf den

ersten Werktag nach der Publikation im Handelsamtsblatt bezogen wird (Nr. 454). Dritte, die in Unkenntnis der eingetragenen und publizierten Folgetatsache (wonach die Zweigniederlassung nicht mehr eingetragen ist, Nr. 1196) mangelhafte Rechtshandlungen vornehmen, können sich nicht auf ihren guten Glauben berufen (vgl. Nr. 456); es sei denn, der Gegeninteressent habe zum guten Glauben Anlaß gegeben (vgl. Nr. 456 a. E.). Eine derartige Publizitätswirkung dürfte sich auch mit der akzessorischen Aufzeichnung des Lösungsgrundes (Nr. 1197) verbinden. Einschränkend ist aber beizufügen, daß diese Aufzeichnung nicht besagt, der betreffende Lösungsgrund bestehe oder habe bestanden; sondern einzig: der Registerführer sei vom betreffenden Lösungsgrund ausgegangen (vgl. Nr. 381).

- 1286 5. Eine konstitutive (Nr. 436 ff.) oder heilende (Nr. 444 f.) Wirkung verbindet sich mit der vollendeten Lösungs-Eintragung nicht. Was die beweisverstärkende Wirkung betrifft (Nr. 458), so ist sie bei der Lösungs-Eintragung gegenstandslos, da die Folgetatsache, die Gegenstand einer rechtserheblichen und vollendeten Löschung bildet, immer auch besteht. Beweisverstärkend könnte allenfalls die akzessorische Aufzeichnung des Lösungsgrundes wirken. Auch diese Wirkung wäre praktisch ohne Bedeutung, da mit der akzessorischen Aufzeichnung lediglich eingetragen wird, daß der Registerführer vom aufgezeichneten Lösungsgrund ausgegangen ist (Nr. 1285).

#### E. Wirkung der rechtswidrig unterbliebenen Lösungs-Eintragung

- 1287 Unterbleibt die Löschung der Zweigniederlassung, obwohl sich ein objektiver Lösungsgrund verwirklicht hat, so erhebt sich die Frage, ob die negative Publizitätswirkung Platz greift, die Art. 933 Abs. 2 OR ordnet (Nr. 474 ff.): die Frage also, ob Art. 933 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt.
- 1288 1. Zu verneinen ist die Frage mit Bezug auf die Folgetatsache: das «Nicht-mehr-Eingetragensein» der Zweigniederlassung (Nr. 1194).
- 1289 Zwar kann diese Folgetatsache, welche Gegenstand der unterbliebenen Lösungs-Eintragung bildet, vor erfolgter Lösungs-Eintragung niemandem entgegengehalten werden; dies jedoch deswegen, weil es sie vor der Lösungs-Eintragung gar nicht gibt (Nr. 1281); nicht gestützt auf die negative Publizitätswirkung (Nr. 481). Die negative Publizitätswirkung setzt gerade voraus, daß ein nicht eingetragener Sachverhalt in Wirklichkeit besteht (Nr. 481). Das aber ist vorliegend nicht der Fall (vgl. auch Nr. 484).
- 1290 2. Zu verneinen ist die Frage auch hinsichtlich des Lösungsgrundes, welcher Gegenstand der akzessorischen Aufzeichnung bildet (Nr. 1197). Dies schon deswegen, weil es mit Bezug auf die akzessorische Aufzeichnung keine Anmeldepflicht gibt (vgl. Nr. 480). Sodann wird mit der akzessorischen Aufzeichnung nicht eingetragen, daß dieser oder jener Lösungsgrund besteht; sondern: daß der

Registerführer die Löschungs-Eintragung aus diesem oder jenem Grunde vorgenommen hat (Nr. 1285). Einen Grund für die vorgenommene Löschung gibt es indessen bei unterbliebener Löschungs-Eintragung noch nicht. Auch mit Rücksicht darauf ist für die negative Publizitätswirkung, welche den Bestand des nicht eingetragenen Sachverhaltes voraussetzt, kein Platz.

- 1291 3. Kommt Art. 933 Abs. 2 OR weder mit Bezug auf den Löschungs-Gegenstand zur Anwendung (Nr. 1288) noch hinsichtlich des für den Registerführer maßgeblichen Löschungsgrundes (Nr. 1290), so ist er bei rechtswidrig unterbliebener Löschungs-Eintragung dennoch *anwendbar, wenn auch nur analog*:
- 1292 Sind auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung unwahre Sachverhalte eingetragen, weil eine erforderliche Löschungs-Eintragung unterblieb, so kann der Nicht- oder Nicht-mehr-Bestand dieser Sachverhalte einem Dritten nur dann entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, daß er ihm bekannt war (vgl. dazu Nr. 484). **Das Vertrauen Dritter in den Bestand der eingetragenen Sachverhalte wird somit geschützt** (vgl. Nr. 485, vgl. aber Nr. 1294). Geschützt wird namentlich auch das Vertrauen darauf, daß es die eingetragene Zweigniederlassung gibt (vgl. BGE 62 I 18 f.; BIZÜR 15, 1916, Nr. 160). Bedeutsam ist dies insbesondere hinsichtlich der Gerichtsstandswirkung, die sich nach Bundes- oder kantonalem Recht mit der Eintragung bzw. dem Bestand der Zweigniederlassung verbindet (Nr. 1040 und Nr. 1059).
- 1293 Der umschriebene Gutgläubensschutz ist die Rechtsfolge der unterbliebenen Löschungs-Eintragung (vgl. Nr. 485). Er besteht *zulasten des anmeldungspflichtigen Geschäftsinhabers* (Nr. 484 und Nr. 1259); und zwar gleichgültig, ob der gutgläubige Dritte den Nicht-(mehr-)Bestand der eingetragenen Sachverhalte hätte erkennen können oder nicht (Nr. 484). Dem gutgläubigen Dritten kann z. B. der Nicht-(mehr-)Bestand der eingetragenen Zweigniederlassung nicht entgegengehalten werden, wenn er den Inhaber gestützt auf bundes- oder kantonale gerichtliche Gerichtsstandsbestimmungen am eingetragenen «Sitz»-Ort der Zweigniederlassung ins Recht faßt (vgl. BGE 62 I 18 f.; BIZÜR 15 Nr. 160; L. Schumacher, S. 24).
- 1294 Hat sich ein objektiver *Löschungsgrund* verwirklicht, *ohne daß eine Pflicht entstand, die Löschung der Zweigniederlassung anzumelden* (z. B. Nr. 1267 f. und 1273 f.), so wird das Vertrauen Dritter in den Bestand der auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung eingetragenen Sachverhalte *nicht geschützt* (vgl. Nr. 480). Dies immerhin mit einer Ausnahme. Besteht die Anmeldungspflicht deswegen nicht, weil zugleich ein Löschungsgrund für die schweizerische Haupteintragung vorliegt (Nr. 1268), so rechtfertigt es sich, den guten Glauben Dritter **zulasten des Inhabers zu schützen**, sofern dieser verpflichtet ist, die Löschung der Haupteintragung anzumelden. Denn durch Verletzung dieser Anmeldungspflicht hat er

veranlaßt, daß auch die Zweigniederlassung nicht gelöscht wurde. Dem Inhaber sind gegebenenfalls dessen Erben gleichzustellen.

- 1295 Ist der Nicht- oder Nicht-mehr-Bestand des fraglichen Sachverhaltes (Nr. 1292) auf einem andern Registerblatt des Inhabers eingetragen, so stellt sich auch hier die Frage nach dem *Verhältnis zwischen der positiven und der negativen Publizitätswirkung* (vgl. bereits Nr. 1006 und 1191). Die negative Publizitätswirkung geht nur (aber immer dann) vor, wenn die mangelhafte Rechtshandlung, für welche der Gutgläubensschutz beansprucht wird, im Zusammenhang mit der rechtswidrig nicht gelöschten Zweigniederlassung steht.

#### IV. REGISTERRECHTLICHE GLEICHBEHANDLUNG VON ZWEIG- UND HAUPTNIEDERLASSUNG

- 1296 Die Hauptniederlassung des Handelsregisterrechts, die auch als Hauptunternehmen, Hauptgeschäft, Hauptgeschäftsbetrieb und dergleichen bezeichnet wird (Nr. 871), ist eine Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes (Nr. 870 f.). Sie ist indessen kein Zweigbetrieb. Vielmehr ist sie ein Hauptbetrieb, «leicht daran zu erkennen, daß von ihr aus die Oberleitung der zusammengesetzten Unternehmung ausgeübt wird» (Nr. 872). Ihre Leitungsinstanz befaßt sich zugleich mit der Gesamtleitung: dem Leiten des ganzen Geschäftes (Nr. 872).
- 1297 In jedem Geschäft gibt es, wenn überhaupt, *nur eine* Hauptniederlassung. Besteht *keine* Hauptniederlassung (Nr. 875), so können alle Betriebe innerhalb des Geschäftes Zweigniederlassungen sein (Nr. 697).
- 1298 Nach Art. 934 f. OR werden *Geschäfte* und *Zweigniederlassungen* eingetragen (Nr. 863; Nr. 811). Für bestimmte Zweigniederlassungen gelten spezielle Eintragungsvorschriften (Nr. 504 f.). Die Geschäftseintragung nach Art. 934 OR vollzieht sich «am Ort der Hauptniederlassung» (Nr. 869 ff.): am «Sitz»-Ort dieser Niederlassung, der zugleich auch «Hauptsitz»-Ort des Geschäftes ist (Nr. 872). *Die Eintragung der Hauptniederlassung selbst wird im Obligationenrecht nicht vorgesehen.* Dies erachten wir als Mangel, den es bei der Rechtsanwendung zu beheben gilt:
- 1299 Ist eine Leistungseinheit nur deshalb keine Zweigniederlassung, weil ihre Betriebsleitung zugleich auch die Gesamt-Leitungstätigkeit ausübt, so rechtfertigt es sich, diese Hauptniederlassung registerrechtlich gleich zu behandeln wie eine Zweigniederlassung: **Die Hauptniederlassung ist, wie eine Zweigniederlassung, an ihrem «Sitz»-Ort eintragbar** (Nr. 823 ff.), entweder eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig (vgl. Nr. 962)<sup>449</sup>, sofern die Voraussetzungen der Eintragbarkeit

gegeben sind, wie sie für die Zweigniederlassung gelten (Nr. 832 ff.). Vorausgesetzt ist namentlich: Der Bestand einer Hauptniederlassung, die — von der Trennung zwischen Betriebsleitung und Gesamtleitung abgesehen (Nr. 691) — sämtliche Merkmale einer Zweigniederlassung aufweist (Nr. 833); ferner die Verbindung mit schweizerischem Staatsgebiet (Nr. 842 ff.); die vollzogene Haupteintragung (Nr. 858 ff.) usw. Zur Eintragung gelangen die gleichen Grundsachverhalte wie bei einer Zweigniederlassung. An dieser Eintragung besteht dasselbe öffentliche Interesse (Art. 20 Abs. 2 HRegV) wie an der Eintragung einer Zweigniederlassung. Daß sich die Leitung der Hauptniederlassung zugleich mit der Gesamt-Leitungstätigkeit befaßt, vermag daran nichts zu ändern. Dieser Unterschied zur Zweigniederlassung ist — vom Zweck und von den Wirkungen der Eintragung her gesehen — unerheblich.

- 1300 Aus der erforderlichen Verbindung mit schweizerischem Staatsgebiet (Nr. 1299) folgt, daß sich der «Sitz» einer eintragbaren Hauptniederlassung in der Schweiz befindet. Da ihr «Sitz» mit dem «Hauptsitz» des ganzen Geschäftes zusammenfällt (Nr. 1298), ist sie stets *Bestandteil eines Geschäftes mit «Hauptsitz» in der Schweiz*. Die vorausgesetzte Haupteintragung besteht auch hier in der Eintragung des zusammengesetzten Geschäftes nach Art. 934 OR (Nr. 861 ff. und 922) oder in einer verbandsrechtlichen Eintragung ihres Inhabers, welche die Geschäftseintragung mitenthält (Nr. 894 ff.). Die Geschäftseintragung nach Art. 934 OR erfolgt am «Sitz»-Ort der betreffenden Hauptniederlassung (Nr. 1298). Dieser Umstand bildet die Erklärung dafür, daß die Eintragung der Hauptniederlassung im Obligationenrecht nicht vorgesehen ist; doch bildet er keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Haupt- und Zweigniederlassung. Wird nämlich die Hauptniederlassung wie eine Zweigniederlassung eingetragen, so gelangen Sachverhalte zur Eintragung, die nicht nur über das eingetragene Geschäft orientieren, sondern zusätzlich auch über die Leistungseinheit Hauptniederlassung innerhalb des Geschäftes (vgl. Nr. 1089; 1127 ff.). Zudem kann die Geschäftseintragung ja auch Bestandteil einer verbandsrechtlichen Eintragung bilden, die sich nicht am «Hauptsitz» des Geschäftes und damit am «Sitz» der Hauptniederlassung zu vollziehen braucht, wenn der Geschäftsinhaber eine juristische Person ist (Nr. 905 und 911 f.).

- 1301 Die Grundsachverhalte, die bei einer Hauptniederlassung eingetragen werden, bestimmen sich nach dem richtig interpretierten Art. 71 HRegV (dazu: Nr. 1097 ff.), wobei die Hauptniederlassung als solche zu bezeichnen ist. Überhaupt sind alle registerrechtlichen Vorschriften, die sich auf die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit «Hauptsitz» in der Schweiz beziehen, auf die umschriebene Hauptniederlassung analog anzuwenden. Was wir von der Neueintragung der Zweig-

<sup>449</sup> Je nachdem, ob das zusammengesetzte Geschäft ein nach *kaufmännischer* Art geführtes Gewerbe ist oder nicht (vgl. Nr. 988 und 990).

niederlassung, von der Änderungs-Eintragung und der Löschung gesagt haben, gilt für die genannte Hauptniederlassung sinngemäß.

- 1302 Wenden wir Art. 71 HRegV auf die Hauptniederlassung an, so wird bei deren Eintragung unter anderem aufgezeichnet, wer berechtigt ist, den Geschäftsinhaber als zeichnungsberechtigtes Verwaltungsmitglied, Prokurist usw. (Nr. 1118) im Geschäftskreis der Hauptniederlassung direkt zu vertreten; gleichgültig, ob sich die Vertretungsmacht auf diesen Geschäftskreis beschränkt (vgl. Nr. 954) oder nicht (vgl. Nr. 1118). Im letzten Fall ist auch die Beschränkung auf den Geschäftskreis der Hauptniederlassung einzutragen (vgl. Nr. 1121)<sup>450</sup>. Die Eintragung dieser Beschränkung wird für die im schweizerischen Gesellschaftsrecht erwähnten «Vertreter einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft» ausdrücklich vorgesehen (Art. 718 Abs. 2, 764 Abs. 2, 814 Abs. 1 und 899 Abs. 2 OR). Sie vollzieht sich richtigerweise auf dem Registerblatt der Hauptniederlassung, nicht bei der Haupteintragung. Bei der Haupteintragung sollen Vertreter, deren Vertretungsbefugnis auf den Geschäftskreis einer oder mehrerer Leistungseinheiten innerhalb eines Geschäftes beschränkt ist, nicht aufgeführt werden (Nr. 953). Beschränkt sich die Vertretungsmacht auf mehrere Niederlassungen innerhalb des Geschäftes, so gilt das in Nr. 1122 Gesagte auch hier.

<sup>450</sup> Ob eine derartige Beschränkung vorliegt, ist eine Frage des materiellen Rechts, nicht des Handelsregisterrechts. Die Vertretungsbefugnis, die nach schweizerischem Recht auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung rechtsgültig beschränkt werden kann, ist auch auf den Geschäftskreis einer Hauptniederlassung beschränkbar (Anm. 352).

## Dritter Teil

### Der Zweigbetrieb im schweizerischen Firmenrecht

#### I. EINLEITUNG

- 1303 Im Ersten Teil unserer Arbeit haben wir die Lebenserscheinung Zweigbetrieb umschrieben (Nr. 1—302). Im Zweiten Teil haben wir gesprochen vom Zweigbetrieb im Handelsregisterrecht (Nr. 303—1302) und dabei festgestellt, daß die Zweigniederlassung des Handelsregisterrechts ein qualifizierter Zweigbetrieb ist (Nr. 632).
- 1304 Im vorliegenden Dritten Teil befassen wir uns mit firmenrechtlichen Fragen. Wir handeln *vom Zweigbetrieb im Firmenrecht*. Zunächst sprechen wir von der Geschäftsfirma im allgemeinen (Nr. 1306 ff.); dann von der Geschäftsfirma und der Firma des Zweigbetriebes (Nr. 1381 ff.); schließlich vom Zweigbetrieb und der Geschäftsfirma (Nr. 1503 ff.). Die allgemeinen Ausführungen über die Geschäftsfirma dienen als Grundlegung für die auf den Zweigbetrieb bezogenen Erörterungen. Alle Darlegungen beziehen sich auf das schweizerische Firmenrecht.
- 1305 Das schweizerische Firmenrecht wird geordnet im einunddreißigsten Titel des Obligationenrechts («Die Geschäftsfirmer», Art. 944—956 OR). Weitere firmenrechtliche Bestimmungen enthält die Handelsregisterverordnung (Art. 44—47 HRegV). Ergänzt wird das Firmenrecht insbesondere durch das Namens-, Wettbewerbs- und Markenrecht. Die einschlägigen Vorschriften dieser Rechtsgebiete werden in unsere Ausführungen miteinbezogen.

#### II. VON DER GESCHÄFTSFIRMA IM ALLGEMEINEN

- 1306 Zunächst sprechen wir vom Begriff der Geschäftsfirma (Nr. 1307 ff.). Dann von der Geschäftsfirma und andern Kennzeichen (Nr. 1312 ff.). Darauf behandeln wir verschiedene Arten der Geschäftsfirma (Nr. 1321 ff.). Und schließlich sprechen wir von der Ordnung der Geschäftsfirma im schweizerischen Recht (Nr. 1331 ff.).

##### 1. Begriff der Geschäftsfirma

- 1307 Die Geschäftsfirma ist nach schweizerischem Recht eine besondere *Erscheinungsform des Namens überhaupt*. Sie ist der Name, unter dem eine natürliche Person

oder ein Verband ein Geschäft betreibt; unter dem ein Geschäftsinhaber im Verkehr auftritt, Rechte erlangt und sich verpflichtet.

- 1308 Oder anders ausgedrückt: Die Geschäftsfirma ist ein Geschäftsname (BGE 93 II 259); sie ist **Name eines Geschäftsinhabers** (vgl. BGE 17 650; 74 II 226; 80 II 140; BIZÜR 41, 1942, S. 82), und zwar gerade und nur in dieser Eigenschaft: als Inhaber eines bestimmten Geschäftes<sup>451</sup>. Sie bildet ein Kennzeichen, das im Geschäftsverkehr auf den Geschäftsinhaber hinweist (vgl. BGE 91 II 19), ihn von andern unterscheidet (vgl. BGE 25 II 37; 87 I 309; 95 I 279), individualisiert (vgl. BGE 25 II 37)<sup>452</sup>. In dieser Individualisierung des Geschäftsinhabers besteht der gesetzgeberische Zweck, der sich mit dem Institut Geschäftsfirma verbindet<sup>453</sup>.
- 1309 Das *Geschäft*, das unter einer bestimmten Geschäftsfirma betrieben wird, deckt sich mit dem Geschäft (dem Gewerbe) des Handelsregisterrechts (Nr. 530 ff.). Es ist eine private Leistungseinheit, die für Dritte und gegen Entgelt produziert (Nr. 530 und 532). Entweder ist es ein einfaches Geschäft oder ein zusammengesetztes Geschäft (Nr. 534). Im zweiten Fall besteht es aus mehreren (mindestens zwei) Leistungseinheiten ein und desselben Inhabers, die in ihrer Verbindung die größere Leistungseinheit Geschäft ergeben, selber aber keine Geschäfte, sondern Geschäfts-Teile sind (Nr. 536). Hier ist das Geschäft, um mit dem Bundesgericht zu sprechen, «ein Unternehmen . . ., das mehrere Betriebsstätten umfaßt» (BGE 94 I 615). Für alle diese «Betriebsstätten» wird, wie das Bundesgericht als selbstverständlich annimmt (vgl. BGE 94 I 614 f.), die Geschäftsfirma ihres Inhabers verwendet: z. B. die Firma «Carl Walder» für zwei Metzgereien (BGE 54 II 124). Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Geschäft ein Verbands-Geschäft ist (betrieben von einem Verband) oder ein Einzel-Geschäft (betrieben von einer natürlichen Einzelperson).
- 1310 Die Geschäftsfirma ist somit stets «**Firma für das ganze Geschäft**»<sup>454</sup>; Name, den sich der Geschäftsinhaber für den Betrieb des ganzen Geschäftes, unter Einschluß aller Leistungseinheiten, zugelegt hat. Und zwar ist sie Firma nicht nur für das ursprüngliche, sondern für das jeweils ganze Geschäft, das im Laufe der

<sup>451</sup> Vgl. F. v. Steiger, Firmenrecht, S. 7; L. Schumacher, S. 13.

<sup>452</sup> Übereinstimmend für das deutsche Recht: H. C. Nipperdey, S. 199. Das Verständnis der Geschäftsfirma als Individualisierungs-Merkmal des Geschäftsinhabers, nicht des Geschäftes, ist nach Nipperdey «heute völlig unstrittig» (S. 199, Anm. 22). Vgl. auch G. Esch, S. 235 ff., auf S. 236. Demgegenüber A. Kraft, S. 4: «Eine einheitliche Auffassung über das Wesen der Firma existiert nicht».

<sup>453</sup> Vgl. Y. Genre, S. 6 f.

<sup>454</sup> Vgl. auch O. Denzler, S. 125. Anderer Ansicht für das deutsche Recht: H. C. Nipperdey, S. 195 ff., insbesondere S. 196.

Zeit sich verändern, z. B. von einem einfachen zu einem zusammengesetzten Geschäft werden kann (vgl. dazu Nr. 942 ff.).

- 1311 Die so verstandene Geschäftsfirma ist zu unterscheiden von andern Kennzeichen, die im Geschäftsverkehr verwendet werden:

## 2. Geschäftsfirma und andere Kennzeichen

- 1312 Zu diesen andern Kennzeichen gehören namentlich: die Geschäftsbezeichnung, die Enseigne und die Marke.
- 1313 Die **Geschäftsbezeichnung** ist Kennzeichen eines Geschäftes, nicht eines Geschäftsinhabers<sup>455</sup>. Und zwar ist sie ein Kennzeichen, mit dem sich das positive Recht nicht befaßt<sup>456</sup>.
- 1314 Die Geschäftsfirma haben wir demgegenüber als Name des Geschäftsinhabers umschrieben. Ihrem juristischen Begriffe nach ist sie keine Geschäftsbezeichnung, sondern Kennzeichen des Geschäftsinhabers (vgl. BGE 17 517; 18 144; BIZüR 41, 1942, S. 82). In der Praxis allerdings übernimmt sie regelmäßig die Funktion auch einer Geschäftsbezeichnung, indem sie als Kennzeichen des Geschäftes verwendet und verstanden wird<sup>457</sup>. Diese Funktion ist derart in den Vordergrund gerückt<sup>458</sup>, daß manche Autoren die Geschäftsfirma als Geschäftsbezeichnung verstehen: entweder nur als Geschäftsbezeichnung<sup>459</sup> oder als Geschäftsbezeichnung und als Name des Geschäftsinhabers zugleich<sup>460</sup>.
- 1315 Die **Enseigne** ist nach schweizerischem Recht Kennzeichen eines Geschäftslokals (vgl. Art. 48 HRegV), nicht eines Geschäftsinhabers oder Geschäftes<sup>461</sup>.
- 1316 Die Geschäftsfirma, die ihrem Wesen nach Kennzeichen des Geschäftsinhabers ist, kann die Funktion auch einer Enseigne übernehmen, indem sie ganz oder teilweise zur Bezeichnung des Geschäftslokals verwendet wird (vgl. BGE 91 II 19 f.).

<sup>455</sup> Vgl. auch H. C. Nipperdey, S. 199 f.

<sup>456</sup> Zwar verwendet das Bundesgesetz über die Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923 den Ausdruck (Geschäfts-) Bezeichnung, doch in einem untechnischen Sinne: Im Sinne einer nicht eingetragenen Geschäftsfirma (Art. 3 und 4).

<sup>457</sup> Vgl. Y. Genre, S. 7.

<sup>458</sup> Vgl. Y. Genre, S. 7.

<sup>459</sup> Vgl. R. v. Graffenried, S. 48 f.; J. Grünbaum, S. 56; Jost Hartmann, S. 19; M. Schapira, S. 103; für das deutsche Recht vgl. auch A. Kraft, S. 4.

<sup>460</sup> Vgl. W. Diener, S. 14; für das deutsche Recht vgl. auch A. Kraft, a.a.O.

<sup>461</sup> Vgl. auch R. Gsell, S. 41; demgegenüber H. Amberg, S. 17 f.

- 1317 Die **Marke**<sup>462</sup> ist nach schweizerischem Recht Kennzeichen eines Produkts<sup>463</sup>: ein bildlich geschlossenes Zeichen<sup>464</sup>, auf öffentlich angebotener Ware<sup>465</sup> oder deren Verpackung angebracht und geeignet, das gezeichnete Gut von Waren gleicher oder anderer Gattung zu unterscheiden<sup>466</sup>. Die Unterscheidung der Ware bildet wesentliche Aufgabe der Marke<sup>467</sup>. Nach herrschender Meinung hat die Marke außerdem «auf die Herkunft der damit ausgestatteten Ware aus einem bestimmten Geschäft»<sup>468</sup> hinzuweisen<sup>469</sup>. In diesem Herkunftshinweis besteht nach BGE 78 II 172 sogar der Hauptzweck der Marke. Im Vorentwurf 1968 für ein neues Bundesgesetz betreffend den Schutz der Marken ist dieser Zweck nicht mehr aufgeführt (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Entwurfes<sup>470</sup>).
- 1318 Auch die Funktion einer Marke kann die Geschäftsfirma übernehmen<sup>471</sup>, indem sie — obwohl ihrem Wesen nach Kennzeichen des Geschäftsinhabers — als Marke verwendet wird (vgl. Art. 1 Ziff. 1 MSchG; z. B. BGE 77 II 324 ff.).
- 1319 Die als Marke verwendete Geschäftsfirma (Nr. 1318) bildet nach der Botschaft zum Markenschutzgesetz die «natürlichste Marke»<sup>472</sup>. Sie ist eine Marke, eine «Firmenmarke»<sup>473</sup>, und rechtlich als Marke zu behandeln. Analoges gilt für die Geschäftsfirma in der Funktion einer Geschäftsbezeichnung (Nr. 1314) oder Enseigne (Nr. 1316). Der Gebrauch der Geschäftsfirma als Kennzeichen, nicht aber als Kennzeichen des Geschäftsinhabers, ist ein **firmenfremder Gebrauch der**

<sup>462</sup> Aus der zahlreichen Literatur zum Markenrecht vgl. vor allem: B. von Büren, Kommentar, S. 107 ff.; H. David, Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1960; E. Matter, Kommentar zum BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, Zürich 1939; W. Schluep, Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.

<sup>463</sup> Vgl. *His*, N. 19 zu Art. 944 OR.

<sup>464</sup> das heißt: mit einem Blick erfassbar. Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 107; W. Schluep, Markenrecht, S. 29.

<sup>465</sup> Waren in diesem Sinne sind bewegliche Sachen unter Einschluß der in Art. 1 Ziff. 2 MSchG besonders aufgeführten «Erzeugnisse». «Grundstücke als solche können nicht Zeichenobjekte sein, wohl aber Sachen, die erst durch den Einbau Bestandteile des Grundstücks geworden sind» (W. Schluep, Markenrecht, S. 30 f.). Zur Frage, ob auch Dienstleistungen mögliche Markenobjekte sind, vgl. W. Schluep, S. 31. Im Vorentwurf 1968 (Art. 1 Abs. 1) wird die Frage bejaht.

<sup>466</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 107; Y. Genre, S. 15; W. Schluep, Markenrecht, S. 14.

<sup>467</sup> Vgl. Botschaft zum MSchG, BBl 1879 III, S. 726.

<sup>468</sup> P. Mathys, SJZ 65, 1969, S. 102.

<sup>469</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 107; Y. Genre, S. 15; P. Mathys, SJZ 65, 1969, S. 102; W. Schluep, Markenrecht, S. 32; K. Spoendlin, SJZ 65, 1969, S. 1. Vgl. demgegenüber z. B. A. Troller, Der gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948, S. 61 f.

<sup>470</sup> Vgl. dazu: P. Mathys, SJZ 65, 1969, S. 101 ff. und K. Spoendlin, SJZ 65, 1969, S. 1 ff.

<sup>471</sup> Vgl. Y. Genre, S. 8.

<sup>472</sup> BBl 1879 III, S. 725.

<sup>473</sup> Vgl. W. Schluep, Markenrecht, S. 14.

**Geschäftsfirma.** Wo wir diesen Firmengebrauch meinen, weisen wir in unserer Arbeit ausdrücklich darauf hin.

- 1320 Im übrigen verstehen wir unter Gebrauch (bzw. Verwendung) der Geschäftsfirma immer den *firmenmäßigen Gebrauch*: als Kennzeichen des Geschäftsinhabers. Dies auch dann, wenn wir — verkürzt — vom Gebrauch der Geschäftsfirma für eine bestimmte Leistungseinheit (ein Geschäft, einen Zweigbetrieb, eine Zweigniederlassung oder eine Hauptniederlassung) sprechen. Diese verkürzte Redewendung bedeutet, daß der Geschäftsinhaber beim Betrieb der betreffenden Leistungseinheit seine Geschäftsfirma als Individualisierungsmerkmal für sich selbst verwendet.

### 3. Arten der Geschäftsfirma

- 1321 Die Geschäftsfirma, die Kennzeichen des Geschäftsinhabers ist (Nr. 1308), kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Folgende Arten seien herausgegriffen:
- 1322 **1. Einzelfirma und Verbandsfirma.** Die *Einzelfirma* (Art. 946 Abs. 1 OR) ist die Geschäftsfirma einer natürlichen Einzelperson. Träger der *Verbandsfirma* ist dagegen ein Verband: eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (Nr. 539). Verbände ohne Rechtsfähigkeit (z. B. einfache Gesellschaften) fallen als Inhaber eines Geschäftes außer Betracht (Nr. 540) und tragen zum vornehmerein keine Geschäftsfirma.
- 1323 Als Geschäftsfirma betrachten wir auch den Namen, unter dem der Verein, die Stiftung oder die öffentliche Verbandsperson ein Geschäft betreibt<sup>474</sup>. Zwar spricht das positive Recht nur vom «Namen», nicht von der Geschäftsfirma eines Vereins und einer Stiftung (Art. 47, 97 und 101 HRegV); außerdem ist unklar, ob der Geschäftsname (Nr. 1308) der genannten Verbandsperson den Schutz nach schweizerischem Firmenrecht genießt (vgl. Nr. 1360). Dies aber ändert nichts am Charakter des betreffenden Namens als Geschäftsfirma (vgl. demgegenüber BGE 83 II 255).
- 1324 **2. Eingetragene und nicht eingetragene Geschäftsfirma.** Jene ist in einem schweizerischen Handelsregister, und zwar auf einem Hauptregister-Blatt, eingetragen; diese nicht. Auch der nicht eingetragene Geschäftsname («le nom commercial non inscrit», BGE 90 II 199) stellt eine Geschäftsfirma im Sinne des schweizerischen Rechtes dar<sup>475</sup>. Das gilt für die ausländische Geschäftsfirma so gut als wie für die schweizerische. So spricht Art. 946 OR ausdrücklich von der *eingetragenen* Firma, was darauf hinweist, daß es auch nicht eingetragene Ge-

<sup>474</sup> Zum Verein vgl. A. Heini, in: SchwPR II, S. 536. Demgegenüber z. B. His, N. 29 zu Art. 944 OR.

<sup>475</sup> Vgl. H. Weisbrod, S. 96 f.; demgegenüber M. Hunzinger, S. 1.

schäftsfirmen gibt. Ferner kann die Verwendung einer nicht eingetragenen Geschäftsfirma «unbefugter Gebrauch einer Firma» im Sinne des Art. 956 Abs. 2 OR sein (vgl. BGE 40 II 131). Und als «bisherige Firma» nach Art. 953 Abs. 2 OR gilt auch eine nicht eingetragene Geschäftsfirma (Nr. 1566).

- 1325 **3. Schweizerische und ausländische Geschäftsfirma.** Diese Unterscheidung stellt ab auf die Rechtsordnung, nach der sich eine Geschäftsfirma in der Schweiz richtet; der die Bildung (auch *Umbildung*) einer Geschäftsfirma nach schweizerischem IPR untersteht (vgl. BGE 91 II 125)<sup>476</sup>.
- 1326 *Die schweizerische Geschäftsfirma* untersteht hinsichtlich ihrer Bildung dem schweizerischen Firmenrecht. Seine Vorschriften über die Firmenbildung beruhen auf dem Prinzip der Eintragung<sup>477</sup>. Erst durch die Eintragung der schweizerischen Geschäftsfirma, in Anwendung des Art. 934 OR oder verbandsbezogener Vorschriften (Nr. 896 ff.), wird deren Bildung auch formell abgeschlossen. Mit ihrer Eintragung wird die schweizerische Geschäftsfirma zu einer *Geschäftsfirma im formellen oder technischen Sinne*<sup>478</sup>. Das Bundesgericht spricht von einer Geschäftsfirma im Rechtssinne (vgl. BGE 40 II 604; 66 II 263; 79 II 309). Doch ist diese Bezeichnung ungenau, weil auch die schweizerische Geschäftsfirma, die nicht eingetragen ist, tatsächlich aber gebraucht wird, eine Geschäftsfirma im Sinne des schweizerischen Rechts darstellt (Nr. 1324). Sie ist eine Geschäftsfirma im materiellen oder untechnischen Sinne.
- 1327 *Die ausländische Geschäftsfirma* untersteht, was ihre Bildung betrifft, ausländischem Recht. Sie wird, wenn sie nach dem zuständigen Auslands-Recht gebildet ist, auch in der Schweiz anerkannt (vgl. BGE 91 II 125). Das bedeutet, daß sie in der Schweiz verwendet werden darf, auch wenn sie den schweizerischen Vorschriften nicht entspricht<sup>479</sup>. Vorbehalten bleiben der schweizerische *Ordre public*<sup>480</sup> sowie vorgehende Rechte Dritter in der Schweiz<sup>481</sup>.
- 1328 *Das anwendbare Recht* bestimmt sich je nach Geschäftsinhaber verschieden. Ist der Inhaber ein *Verband*, so richtet sich die Geschäftsfirma nach dem Personalstatut des Verbandes (BGE 91 II 125)<sup>482</sup>: der Rechtsordnung des Gründungsstaates, wenn wir richtigerweise der Inkorporationstheorie folgen (Nr. 851). Verbände, die nach ausländischem Recht bestehen (und in der Schweiz anerkannt sind), führen somit eine ausländische Geschäftsfirma. Schweizerische Verbände hingegen führen eine schweizerische Geschäftsfirma. Dabei macht es keinen Unterschied, wo sich der «Hauptsitz» des vom Verband betriebenen Geschäftes

<sup>476</sup> Ein anderes Unterscheidungsmerkmal verwendet A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 336.

<sup>477</sup> Vgl. M. Hunzinger, S. 22 und BGE 40 II 604.

<sup>478</sup> Vgl. A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 337; C. P. Wiedemann, S. 663.

<sup>479</sup> Vgl. G. Weiß, Einleitung N. 463 und dort Zitierte; BGE 37 II 374.

<sup>480</sup> Vgl. G. Weiß, zit. in Anm. 479.

<sup>481</sup> Vgl. BGE 83 II 335 und Nr. 1444 dazu.

<sup>482</sup> Vgl. G. Weiß, Einleitung, N. 463; F. Vischer, in SchwPR I, S. 576.

befindet. — Ist der Geschäftsinhaber dagegen eine *natürliche Person*, so richtet sich die Geschäftsfirma nach dem «Hauptsitz» des Geschäftes; gleichgültig, welches der Heimat- oder Wohnsitz-Staat des Geschäftsinhabers ist.

1329 Den geschäftlichen «Hauptsitz» verstehen wir wiederum als tatsächlichen Schwerpunkt des Geschäftes, bestimmt durch die örtliche Konzentration der obersten Leitungstätigkeit (Nr. 865 f.). Er ist zu unterscheiden vom (Wohn-)Sitz des Geschäftsinhabers (Nr. 868).

1330 **4. Kaufmännische und nichtkaufmännische Geschäftsfirma.** Diese Einteilung stellt darauf ab, ob der Firmenträger unter der betreffenden Geschäftsfirma ein nach kaufmännischer Art geführtes Geschäft betreibt oder nicht. Ein kaufmännisches Geschäft (Nr. 988) ist nicht erforderlich, damit eine Geschäftsfirma im Sinne des schweizerischen Rechts vorliegt (vgl. Art. 934 Abs. 2 OR)<sup>483</sup>. Die Bezeichnung der Geschäftsfirma als kaufmännischer Name<sup>484</sup>, bzw. als Name eines Kaufmanns oder eines kaufmännischen Subjektes<sup>485</sup>, erweist sich daher als zu eng.

#### **4. Die Geschäftsfirma im schweizerischen Recht**

1331 Nachdem wir die Geschäftsfirma dem Begriffe nach bestimmt, von andern Kennzeichen des Geschäftsverkehrs abgegrenzt und in verschiedenen Erscheinungsformen aufgeführt haben, sprechen wir von ihrer Ordnung im schweizerischen Recht.

1332 Zunächst handeln wir von der Beschränkung der Firmenfreiheit im allgemeinen (Nr. 1333 ff.); dann von den «allgemeinen Grundsätzen» der Firmenbildung im besonderen (Nr. 1336 ff.); und schließlich vom Schutz der Geschäftsfirma (Nr. 1344 ff.).

##### **A. Beschränkung der Firmenfreiheit im allgemeinen**

1333 Die Freiheit, eine Geschäftsfirma nach eigenem Gutdünken zu bilden und die einmal gebildete Geschäftsfirma weiterzuführen, ist nach schweizerischem Recht in doppelter Weise eingeschränkt:

1334 Eine erste Schranke bilden **öffentlich-rechtliche Bestimmungen des Firmenrechts**, denen der Wortlaut einer schweizerischen Geschäftsfirma zu entsprechen hat. Entweder schreiben sie konkret vor, welche Bestandteile eine bestimmte Geschäftsfirma enthalten muß (Art. 945 Abs. 1 und 2, 947 Abs. 1 und 3, 949 Abs. 2,

<sup>483</sup> Demgegenüber A. *Hartmann*, S. 63.

<sup>484</sup> Vgl. B. v. *Büren*, Kommentar, S. 102, N. 3.

<sup>485</sup> Vgl. z. B. Jost *Hartmann*, S. 19; vgl. auch Th. *Guhl*, S. 741.

950 Abs. 2 OR) oder nicht enthalten darf (Art. 945 Abs. 3, 947 Abs. 4 OR). Oder sie verlangen die Anpassung der gebildeten Geschäftsfirma an veränderte Verhältnisse (Art. 948 Abs. 1 und 953 Abs. 2 OR; vgl. aber Art. 948 Abs. 2, 947 Abs. 2 und 954 OR). Oder sie statuieren *allgemeine Grundsätze* (Art. 949 Abs. 1 und 950 Abs. 1 OR), die für alle Geschäftsfirmen gleichermaßen gelten: Täuschungsverbot, Wahrheitsgebot, Schutz des öffentlichen Interesses, Bewilligungspflicht für bestimmte Bezeichnungen und Reklameverbot. Mit diesen allgemeinen Grundsätzen der Firmenbildung, die auch auf die Geschäftsfirma eines Vereins oder einer Stiftung (Nr. 1323) anzuwenden sind<sup>486</sup>, befassen wir uns nachstehend im einzelnen (Nr. 1336 ff.). Zunächst aber sprechen wir von der zweiten Schranke der Firmenfreiheit:

- 1335 Die zweite Schranke bilden **private Rechte Dritter**, die durch den Gebrauch der Geschäftsfirma nicht verletzt werden dürfen: z. B. das Ausschließlichkeits-Recht nach Art. 946, 951 und 956 OR; das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB; das Namensrecht nach Art. 29 ZGB; und schließlich das Recht auf ein Verhalten der andern nach Treu und Glauben<sup>487</sup> im Wettbewerb, das durch unlauteren Wettbewerb verletzt wird<sup>488</sup>.

## B. Allgemeine Grundsätze der Firmenbildung im besonderen

- 1336 Die allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung (auch Firmenumbildung), die wir in Nr. 1334 erwähnt haben, sind die folgenden:

### a. TÄUSCHUNGSVERBOT, WAHRHEITSGEBOT UND SCHUTZ DES ÖFFENTLICHEN INTERESSES

- 1337 Diese Grundsätze ergeben sich aus Art. 944 Abs. 1 OR. Den Hauptgrundsatz bildet das *Täuschungsverbot*<sup>489</sup>. Aus ihm fließt das *Wahrheitsgebot*<sup>490</sup>, wonach die Geschäftsfirma der Wahrheit entsprechen muß (Art. 944 Abs. 1)<sup>491</sup>. Ergänzt

<sup>486</sup> Vgl. R. v. *Graffenried*, S. 19 f. Zur Bewilligungspflicht nationaler, territorialer und regionaler Bezeichnungen für Vereine vgl. Art. 47 HRegV.

<sup>487</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 115.

<sup>488</sup> Eine neuere Lehre will demgegenüber den unlauteren Wettbewerb nicht als Verletzung subjektiver Rechte verstehen, sondern als bloßen Verstoß gegen «objektive Verhaltensnormen». Vgl. K. *Troller*, S. 30 und dort Zitierte.

<sup>489</sup> Y. *Genre*, S. 45.

<sup>490</sup> Vgl. W. *Diener*, S. 40 f.; Y. *Genre*, S. 47; *His*, N. 60 zu Art. 944 OR; J. *Hoffmann*, S. 18.

<sup>491</sup> Täuschungsverbot und Wahrheitsgebot haben sich in verschiedenen Einzelbestimmungen niedergeschlagen (z. B. Art. 945 Abs. 3, 947 Abs. 4, 948 Abs. 1 und 950 Abs. 2 OR). In andern Bestimmungen werden die beiden Grundsätze durchbrochen (Art. 947 Abs. 2, 948 Abs. 2, 954 OR); vgl. dazu W. *Diener*, S. 65 ff. Keine Durchbrechung der beiden Grundsätze enthält Art. 953 Abs. 2 OR. Die darin geordnete Nachfolgefirma (Nr. 1565 f.) ist nicht unwahr und gibt zu keinen Täuschungen Anlaß (Nr. 1568).

werden Täuschungsverbot und Wahrheitsgebot durch das ungeschriebene Prinzip der Firmenklarheit<sup>492</sup>. Danach soll die Geschäftsfirma nicht nur täuschende, namentlich unwahre Angaben vermeiden, sondern das Publikum positiv aufklären, «mit wem es im geschäftlichen Verkehr zu tun hat»<sup>493</sup>.

- 1338 Das Täuschungsverbot beschlägt unmittelbar die einzelne Geschäftsfirma. Ihr Inhalt darf zu keinen Täuschungen Anlaß geben (Art. 944 Abs. 1 OR). Eine *Täuschungsgefahr* besteht aber *auch dann, wenn mehrere Geschäftsfirmen für ein und dasselbe Geschäft verwendet* werden<sup>494</sup>. Die Verwendung (und Eintragung) mehrerer Geschäftsfirmen für den Betriebe *eines* Geschäftes ist, in analoger Anwendung des umschriebenen Täuschungsverbotes, schon gestützt auf die damit verbundene Täuschungsgefahr ausgeschlossen<sup>495</sup>. Überdies setzt das positive schweizerische Recht die «Einzigkeit» der Geschäftsfirma als selbstverständlich voraus. In seinen Vorschriften spricht es immer nur von *einer* Geschäftsfirma (z. B. «die Firma einer Kollektivgesellschaft», «ihre Firma», «die bisherige Firma»; Art. 947, 949, 950 und 953 Abs. 2 OR). Schließlich erlaubt Art. 39 HRegV, eine Geschäftsfirma in mehreren Sprachen zu fassen und einzutragen; doch müssen alle Fassungen «inhaltlich übereinstimmen». Erlaubt ist die Mehrsprachigkeit *einer* Geschäftsfirma; ausgeschlossen sind Firmen-Fassungen, die inhaltlich, nicht nur sprachlich, voneinander abweichen: somit mehrere Geschäftsfirmen.

<sup>492</sup> Vgl. W. Diener, S. 39.

<sup>493</sup> L. Eberle, S. 7; vgl. auch W. Diener, S. 39 f.

Ausfluß der Firmenklarheit sind die Art. 945 Abs. 1 und 2, 947 Abs. 1 und 3, 949 Abs. 2 OR.

Wahrheitsgebot und Prinzip der Firmenklarheit bilden, zusammengefaßt, das sogenannte «System der Firmenwahrheit» (vgl. ProtExpK 1924/25, S. 690 ff.; Botschaft 1928, S. 307; W. Diener, S. 39 f.; R. Gsell, S. 40, § 6).

<sup>494</sup> Vgl. dazu z. B. A. Kraft, S. 38; H. C. Nipperdey, S. 208, der die Täuschungsgefahr zwar anerkennt, jedoch nicht als so groß, wie sie üblicherweise hingestellt werde. Im gleichen Sinne: G. Esch, S. 237.

Eine gewisse Täuschungsgefahr besteht auch dann, wenn ein Einzel-Inhaber zwei Geschäfte unter verschiedenen Geschäftsfirmen betreibt (vgl. A. Kraft, S. 38). Dennoch ist dies nach herrschender Meinung zulässig (vgl. z. B. His, N. 3 zu Art. 945 OR; Th. Jordi, S. 8). Wohl deshalb, weil hier das Ausmaß der Täuschungsgefahr sehr viel geringer ist als bei der Führung mehrerer Geschäftsfirmen für *ein* Geschäft (vgl. A. Kraft, S. 39); und weil die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des betreffenden Geschäftsinhabers unzumutbar beschnitten würde, hätte er für verschiedene Geschäfte gleichlautende Geschäftsfirmen zu führen (vgl. A. Kraft, S. 39 f.).

<sup>495</sup> Vgl. M. Schapira, S. 99 ff. Für Deutschland bejahen die in Anm. 452 zitierten Autoren neuerdings die Zulässigkeit mehrerer Geschäftsfirmen für *ein* Geschäft, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen. Diese Ansicht wird von der in Deutschland herrschenden Lehre nach wie vor abgelehnt (vgl. die Zitate bei A. Kraft, S. 1, Anm. 4).

1339 Täuschungsverbot und Wahrheitsgebot dienen, wie die allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung überhaupt, dem *Schutz des öffentlichen Interesses*<sup>496</sup>. Der in Art. 944 Abs. 1 OR ausdrücklich genannte Grundsatz, wonach die Geschäftsfirma «keinen öffentlichen Interessen» zuwiderlaufen darf, ist im Sinne einer Generalklausel zu verstehen (vgl. dazu ProtExpK 1924/25, S. 695 f.). Unter diese Klausel fallen z. B. unsittliche Bezeichnungen, die gegen das religiöse, sittliche oder nationale Empfinden verstoßen<sup>497</sup>. Sie dürfen in einer Geschäftsfirma nicht enthalten sein.

#### b. BEWILLIGUNGSPFLICHT FÜR NATIONALE, TERRITORIALE UND REGIONALE BEZEICHNUNGEN

1340 Nach Art. 45 f. HRegV, die sich auf Art. 944 Abs. 2 OR stützen, sind nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen in einer Geschäftsfirma *verboten*; es sei denn, das Eidgenössische Amt für das Handelsregister bewillige ihre Verwendung. Die *Bewilligung* muß erteilt werden, wenn «besondere Umstände» (Art. 45 Abs. 1 HRegV) vorliegen (BGE 92 I 301; 94 I 561): wenn ein schützenswertes Interesse an der Führung einer derartigen Bezeichnung gegeben ist. Ob dies zutrifft (vgl. dazu BGE 96 I 611 f.), beurteilt sich «nach Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB; BGE 92 I 301, 93 I 564). Keiner Bewilligung bedarf die territoriale und regionale, nicht aber nationale (BGE 92 I 299 f.), Bezeichnung des Sitzes in substantivischer Form (Art. 46 Abs. 3 HRegV).

1341 Als *nationale* Bezeichnung gilt jeder Hinweis auf einen Staat (BGE 91 I 215), auch auf einen ausländischen Staat (z. B. «American Automobile Service»: BGE 91 I 212 ff.). *Territorial* ist eine Bezeichnung, die auf einen geographischen Raum Bezug nimmt (BGE 86 I 247; 96 I 611, z. B. «romand»), selbst wenn dieser nicht im schweizerischen Staatsgebiet liegt (z. B. «Eurotreuhand», BGE 86 I 247 f.). *Regionale* Bezeichnungen weisen auf eine staatliche oder überstaatliche Region hin (z. B. «Oberwallis», BGE 98 Ib 300). Der Ausdruck «international» fällt nicht unter Art. 45 f. HRegV und ist daher nicht bewilligungspflichtig (vgl. BGE 87 I 307; 93 I 564; 95 I 279)<sup>498</sup>.

1342 Die Bewilligung zur Führung nationaler, territorialer und regionaler Bezeichnungen ist *immer zu verweigern*, wenn die betreffenden Bezeichnungen in der Geschäftsfirma gegen Täuschungs- und Reklameverbot verstoßen (vgl. BGE 72 I 360; 86 I 248; 91 I 216; 92 I 302; 94 I 561; 98 Ib 199). Auch gilt es, den Staat vor Mißbrauch seines Namens zu schützen (BGE 72 I 360) sowie dessen Bürger gegen Verletzung ihres nationalen Empfindens (BGE 92 I 302; 94 I 561).

<sup>496</sup> Vgl. Y. *Genre*, S. 47.

<sup>497</sup> Vgl. B. v. *Büren*, Kommentar, S. 129, N. 72.

<sup>498</sup> Anderer Ansicht: Jul. *Hartmann*, S. 224; *His*, N. 122 zu Art. 944 OR; F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 20.

Das letztere allerdings nur dann, wenn nationale Bezeichnungen gerade auf den schweizerischen Staat hinweisen<sup>499</sup>.

### c. REKLAMEVERBOT

- 1343 Es beschlägt «*Bezeichnungen, die nur der Reklame dienen*». Sie dürfen nicht in eine Geschäftsfirma aufgenommen werden (Art. 44 Abs. 1 HRegV). Unerlaubt sind Geschäftsfirmen oder deren Bestandteile allerdings nicht schon dann, wenn sie werbewirksam sind. Das Verbot des Art. 44 Abs. 1 HRegV, das zum Täuschungsverbot und Wahrheitsgebot hinzutritt, beschlägt einzig «marktschreierische» Bezeichnungen<sup>500</sup>, die «großsprecherisch» wirken (BGE 69 I 133). Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt. Doch schöpft Art. 44 Abs. 1 HRegV seine Geltungskraft aus dem Wesen der Geschäftsfirma. Die Geschäftsfirma, die nach dem gesetzgeberischen Zweck der Individualisierung des Geschäftsinhabers dient (Nr. 1308), wird zweckwidrig verwendet, wenn sie Bezeichnungen enthält, die «nur der Reklame dienen» (ähnlich: BGE 95 I 279).

### C. Schutz der Geschäftsfirma

- 1344 Die *Bildung* der Geschäftsfirma untersteht entweder schweizerischem oder ausländischem Recht: je nachdem, wo sich das Personalstatut bzw. der geschäftliche «Hauptsitz» ihres Trägers befindet (vgl. Nr. 1328). Was den *Schutz* der Geschäftsfirma betrifft, so richtet er sich *nach dem Recht des Schutzlandes*: des Staates, in dessen Gebiet die Geschäftsfirma geschützt werden soll<sup>501</sup>.
- 1345 In der *Schweiz* wird die Geschäftsfirma in verschiedener Weise geschützt:

#### a. FIRMENRECHTLICHER SCHUTZ

- 1346 Dieser Schutz beruht auf den Artikeln 946, 951 und 956 OR. Die genannten Bestimmungen sind gemeinsam auszulegen (vgl. z. B. BGE 76 II 86; 79 II 310). Sie beziehen sich auf die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragene schweizerische Geschäftsfirma (Nr. 1326). Der firmenrechtliche Schutz der Geschäftsfirma setzt eine vollendete (Nr. 335) und rechtserhebliche (Nr. 388) Ein-

<sup>499</sup> Ergänzt werden die Art. 45 f. HRegV durch das Verbot, Wappen und Hoheitszeichen sowie die Worte «Rotes Kreuz» und «Genfer Kreuz» in Geschäftsfirmen zu verwenden. Das Verbot ist in besonders Bundesgesetzen zum Schutze dieser Zeichen enthalten. Vgl. das BG zum Schutz öffentlicher Wappen vom 5. Juni 1931 (Art. 17); das BG betreffend den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes vom 14. April 1910 (Art. 1 f.).

<sup>500</sup> Vgl. M. Hunzinger, S. 38.

<sup>501</sup> Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 562 (für den Schutz nach Namensrecht) und S. 576 (für die Geschäftsfirma der juristischen Person überhaupt); A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 338 f.

tragung voraus<sup>502</sup>. Geschützt wird nach dem Wortlaut der Firmenschutzbestimmungen: die Geschäftsfirma eines einzelnen Geschäftsinhabers, einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft (vgl. dazu Nr. 1360).

- 1347 Der firmenrechtliche Schutz der Geschäftsfirma ist **Schutz gegen Verwechslungsgefahr**<sup>503</sup>; dagegen, daß ein anderer eine verwechselbare Geschäftsfirma verwendet (vgl. BGE 88 II 373; 90 II 201; 92 II 97; 93 II 46; 94 II 129; 95 II 458; 95 II 570; 97 II 235); sei es eine gleiche, sei es eine bloß ähnliche Geschäftsfirma<sup>504</sup>.
- 1348 Um Verwechslungsgefahr zu vermeiden und damit auch das Publikum vor Irreführung zu schützen (BGE 88 II 373; 93 II 44), steht die in der Schweiz eingetragene Geschäftsfirma, und nur sie (vgl. BGE 66 II 263; 90 II 199; 93 I 567), ihrem Träger zu ausschließlichem Gebrauche zu (Art. 956 Abs. 1 OR; vgl. auch die Marginalien zu Art. 946 und 951 OR). Dieses **Ausschließlichkeits-Recht** besagt, daß ein anderer Firmenträger verpflichtet ist, seine Geschäftsfirma von der eingetragenen deutlich zu unterscheiden (vgl. Art. 946 Abs. 2 und 951 Abs. 2 OR): derart, daß eine Verwechslungsgefahr nicht besteht. Mit Rücksicht auf das umschriebene Ausschließlichkeits-Recht sprechen wir auch von *Ausschließlichkeits-Schutz*. Der Schutz beschlägt nicht nur die kaufmännische Geschäftsfirma (Nr. 1330)<sup>505</sup>. Auch der Träger einer nichtkaufmännischen Geschäftsfirma hat ein Interesse, «um seiner Persönlichkeit und seiner gesamten Geschäftsinteressen willen» (BGE 97 II 235) vor Verwechslungen bewahrt zu bleiben; ganz zu schweigen vom Interesse der Öffentlichkeit am Schutz gegen Irreführung.
- 1349 Der firmenrechtliche Ausschließlichkeits-Schutz (Nr. 1348) besteht nur für einen bestimmten **Schutzraum**, der sich — nach der Anwendbarkeit der schweizerischen

<sup>502</sup> Nach Art. 956 Abs. 1 OR bezieht sich der Schutz auf die «eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte» Geschäftsfirma. Die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt verbindet sich ohne weiteres mit der Eintragung der Geschäftsfirma, weshalb der Hinweis auf die Veröffentlichung in Art. 956 Abs. 1 OR keine eigenständige Bedeutung hat.

<sup>503</sup> Vgl. auch L. Eberle, S. 29; R. v. Graffenried, S. 21 und 51; His, N. 4 zu Art. 946 OR; M. Hunzinger, S. 61.

<sup>504</sup> Durch diesen Schutz sollen Verwechslungen zwischen den beteiligten Firmenträgern vermieden werden (vgl. BGE 93 II 44). Verwechselt werden Firmenträger dann, wenn der eine für den andern gehalten wird (vgl. BGE 80 II 145). In einem weitern Sinne aber auch schon dann, wenn Dritte der Ansicht sind, die Firmenträger seien wirtschaftlich oder rechtlich miteinander verbunden (vgl. BGE 90 II 202). Der firmenrechtliche Schutz richtet sich auch gegen eine Geschäftsfirma, die den Eindruck einer derartigen Verbindung erweckt (vgl. BGE 59 II 163; 88 II 294; 90 II 201 f.; 93 II 44; 95 II 459). Diese Geschäftsfirma ist stets mitverstanden, wenn wir von einer verwechselbaren Geschäftsfirma sprechen. Dadurch erweitert sich der Begriff der Verwechselbarkeit über seine unmittelbare Bedeutung hinaus (vgl. sinngemäß B. v. Büren, Kommentar, S. 132 oben).

<sup>505</sup> a.A. B. v. Büren, Kommentar, S. 104: «Nichtkaufmännische Unternehmen... genießen den Firmenschutz nicht...»

Firmenschutzbestimmungen — zum vorneherein nicht über das Gebiet der Schweiz hinaus erstreckt<sup>506</sup>. Bei seiner Festlegung innerhalb der Schweiz sind zwei Gruppen von Geschäftsfirmen zu unterscheiden:

- 1350 Zur *ersten Gruppe* gehört die Geschäftsfirma der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft und auch jene der GmbH, sofern sie keine Personennamen enthält. Der Schutzraum erstreckt sich bei dieser ersten Gruppe auf das ganze Gebiet der Schweiz (Botschaft 1928, S. 308), auch gegenüber Geschäftsfirmen der zweiten Gruppe<sup>507</sup>. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, welche den nach Art. 956 Abs. 1 OR örtlich unbegrenzten Schutz für diese Geschäftsfirmen örtlich einschränken würde.
- 1351 Zur *zweiten Gruppe* gehören: die Geschäftsfirma der natürlichen Person; jene der Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaft; sowie jene der GmbH, sofern sie Personennamen enthält. Der nach Art. 956 Abs. 1 OR unbegrenzte Schutzraum wird für diese Geschäftsfirmen durch die Art. 946 Abs. 1 und 951 Abs. 1 OR auf ein Teil-Gebiet der Schweiz beschränkt (vgl. BGE 36 II 39)<sup>508</sup>: Sie dürfen von einem andern Geschäftsinhaber nur, aber immerhin, «*an demselben Orte*» nicht verwendet werden. Bei diesem Orte handelt es sich um den Eintragungsort (vgl. Art. 946 Abs. 3 OR)<sup>509</sup>, an dem die Geschäftsfirma eingetragen wurde (BGE 79 II 311), unter Einbezug des dazugehörigen begrenzten Wirtschaftsraumes<sup>510</sup>. Der Eintragungsort (Nr. 823) befindet sich, wenn die Geschäftsfirma nach Art. 934 OR eingetragen ist (Nr. 1326), am Orte des geschäftlichen «Hauptsitzes» (Nr. 1329; vgl. Nr. 869)<sup>511</sup>. Wurde die Geschäftsfirma — als Firmenname eines schweizerischen Verbandes — nach verbandsbezogenen Vorschriften eingetragen (Nr. 1326), so befindet er sich am (Wohn-)Sitz (Nr. 826) des Verbandes (Nr. 903), der bei Personengesellschaften mit dem «Hauptsitz» des Geschäftes zusammenfällt (Nr. 904). Dieser Sitz- und Eintragungsort, auf den sich hier der Ausschließlichkeits-Schutz beschränkt, wird in BGE 79 II 310 als «Ort der Niederlassung» bezeichnet. Anders ist der Eintragungsort in BGE 36 II 40 verstanden: nämlich als Registerbezirk, dessen Register die Geschäftsfirma enthält<sup>512</sup>.

<sup>506</sup> Vgl. demgegenüber C. Wieland, ZSR 43, 1924, S. 239. Nach seiner Ansicht besteht eine «Ausnahme . . . , wenn von einer inländischen Firma gegen eine andere inländische Firma wegen mißbräuchlicher Verwendung im Ausland geklagt wird». Denn: «Der Schutz, den das Inland gewährt, darf nicht durch Verlegung der rechtswidrigen Benützung ins Ausland umgangen werden.» Dieser Ansicht, die sich auf ausländische Lehrmeinungen abstützt, ist nicht beizupflichten.

<sup>507</sup> Vgl. demgegenüber ZBJV 86, 1950, S. 80.

<sup>508</sup> Vgl. dazu ProtExpK 1924/25, S. 723 f.

<sup>509</sup> Vgl. auch B. v. Büren, Kommentar, S. 34, N. 94; R. Gsell, S. 66.

<sup>510</sup> Vgl. dazu A. Hartmann, S. 67, Anm. 11; His, N. 19 zu Art. 946 OR; M. Hunzinger, S. 90.

<sup>511</sup> Vgl. auch His, N. 18 zu Art. 946 OR.

<sup>512</sup> Ebenso R. Gsell, S. 68; C. P. Wiedemann, S. 412.

- 1352 Die Beschränkung des Schutzraumes auf den Eintragungsort (Nr. 1351) gilt nicht im Verhältnis zu den Geschäftsfirmen der ersten Gruppe<sup>513</sup>, die sich nach Art. 951 Abs. 2 OR von jeder in der Schweiz eingetragenen Geschäftsfirma deutlich zu unterscheiden haben<sup>514</sup>. Werden aber die Geschäftsfirmen der zweiten Gruppe gegenüber jenen der ersten im ganzen Gebiet der Schweiz geschützt und umgekehrt (Nr. 1350), so spielt die Beschränkung des Schutzraumes nur insoweit, als sich Geschäftsfirmen der zweiten Gruppe gegenüberstehen. Ist dies nicht der Fall, so erstreckt sich der Schutzraum der Geschäftsfirmen auf das ganze Gebiet der Schweiz.
- 1353 Die Schutzbestimmungen des schweizerischen Firmenrechts, die sich auf die schweizerische Geschäftsfirma beziehen (Nr. 1346), sind sinngemäß auch auf ausländische Geschäftsfirmen (Nr. 1327) anzuwenden<sup>515</sup>. Im Schutzland Schweiz (Nr. 1344) werden **ausländische Geschäftsfirmen**, die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, richtigerweise wie eingetragene schweizerische Geschäftsfirmen geschützt<sup>516</sup>. Umgekehrt richtet sich hier der firmenrechtliche Schutz der eingetragenen Geschäftsfirma auch gegen ausländische Geschäftsfirmen.
- 1354 Das Gesagte gilt selbst dann, wenn der Träger der ausländischen Geschäftsfirma, die Objekt oder Ziel des schweizerischen Ausschließlichkeits-Schutzes ist, in der Schweiz nicht seinesgleichen hat (da er z. B. eine liechtensteinische Treuhandgesellschaft ist). *Der Schutzraum, der für oder gegen eine ausländische Geschäftsfirma besteht*, ist nach Nr. 1349 ff. zu bestimmen. Dabei muß die ausländische

<sup>513</sup> Vgl. L. Eberle, S. 28; M. Hunzinger, S. 94; BIZÜR 8, 1909, S. 330; BIZÜR 45, 1946, S. 178.

<sup>514</sup> Diese Unterscheidungspflicht besteht auch für die Geschäftsfirma einer Aktiengesellschaft mit Personennamen. Ungenau daher die Formulierung in BGE 95 II 458: «Dans le cas de la société anonyme, la raison sociale qui ne contient pas de noms de personnes doit se distinguer de toute autre raison déjà inscrite en Suisse». Ebenso BGE 95 II 569. Richtig formuliert BGE 94 II 129: «Die Firma der Aktiengesellschaft muß sich von jeder in der Schweiz bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden».

<sup>515</sup> Und zwar unabhängig davon, ob 1. die Auslands-Firmen im Staate, nach dessen Recht sie gebildet sind, ebenfalls geschützt werden (a.A. C. Wieland, ZSR 43, 1924, S. 240); und ob 2. schweizerische Geschäftsfirmen in diesem Auslands-Staat Schutz genießen. Vgl. A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 339. Ausländische Geschäftsfirmen, die dem schweizerischen Ordre public widersprechen, werden allerdings nicht geschützt. Hier fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse (Nr. 1443).

<sup>516</sup> Im Ergebnis gleicher Ansicht: A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 339, Ziff. 3. Danach ist jede Geschäftsfirma, die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen wurde, ein «schweizerischer» Handelsname und als solcher nach schweizerischem Firmenrecht zu schützen. Das gilt auch für Geschäftsfirmen, die hinsichtlich ihrer Bildung ausländischem Recht unterstehen und nach unserer Terminologie (die von jener Trollers abweicht, vgl. a.a.O., S. 336) ausländische Geschäftsfirmen sind und es trotz ihrer Eintragung in der Schweiz bleiben.

Geschäftsfirma, je nach ihren Merkmalen, der ersten oder zweiten Gruppe zugeordnet werden (Nr. 1350 oder 1351).

- 1355 Das Ausschließlichkeits-Recht innerhalb des Schutzraumes besteht gegenüber eingetragenen und nicht eingetragenen Geschäftsfirmen. Dieses **Ausschließlichkeits-Recht entfällt**, wenn die andere Geschäftsfirma nach Wettbewerbs- oder Namensrecht vorgeht (vgl. Nr. 1362 ff. und Nr. 1368 ff.). Auch ein *Vorgehen nach Firmenrecht* ist möglich: dann, wenn die andere Geschäftsfirma ihrerseits in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und sich ihr Schutzraum mit jenem der gegnerischen Geschäftsfirma überschneidet. Hier gilt:
- 1356 Stoßen zwei *eingetragene Geschäftsfirmen* in ihrem gemeinsamen Schutzraum zusammen (vgl. z. B. BGE 93 II 40 ff.), so siegt, wenn sie sich nicht deutlich unterscheiden, grundsätzlich die «ältere Firma» (Art. 946 Abs. 1 OR; BGE 93 II 44, 97 II 155); d. h. hier: diejenige Geschäftsfirma, die früher eingetragen wurde (vgl. BGE 85 II 329). Maßgebend ist somit die *Priorität der Eintragung* (vgl. BGE 36 II 39; vgl. aber Nr. 1358). Sie bestimmt sich nach dem Datum der Eintragung in das Tagebuch<sup>517</sup>. Das Ausschließlichkeits-Recht, das eine vollendete und rechtserhebliche Eintragung voraussetzt (Nr. 1346), wird auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen<sup>518</sup>.
- 1357 Ob sich zwei Geschäftsfirmen **deutlich**, d. h. derart **unterscheiden**, daß keine Verwechslungsgefahr besteht (Nr. 1348), beurteilt sich nach ihrem Gesamteindruck, der durch einzelne hervorstechende Firmenbestandteile bestimmt sein kann (vgl. BGE 77 II 324; 82 II 341; 92 II 97; 94 II 129; 95 II 458; 95 II 569 f.; 97 II 155)<sup>519</sup>. Werden Geschäftsfirmen im gleichen Orts-Gebiet oder im gleichen Personenkreis verwendet, so erhöht sich die Verwechslungsgefahr und damit die Anforderung an deren Unterscheidbarkeit (vgl. BGE 63 II 25; 76 II 87 f.; 97 II 155 und 235). In potenziertem Maße gilt dies, wenn die Geschäftsinhaber konkurrieren (vgl. BGE 73 II 115 f.; 76 II 87 f.; 90 II 201; 93 II 44; 94 II 129; 95 II 458 f.; 97 II 155 und 235; demgegenüber BGE 85 II 329). Das Wettbewerbsverhältnis bildet daher ein wichtiges Kriterium bei der Frage, ob zwei Geschäftsfirmen verwechselbar sind<sup>520</sup>, wengleich es nach herrschender Meinung keine Voraussetzung des firmenrechtlichen Schutzes ist (vgl. BGE 59 II 161; 73 II 117 f.; 93 II 44)<sup>521</sup>.

<sup>517</sup> Vgl. A. Hartmann, S. 64, Anm. 2; His, N. 2 ff. zu Art. 946; M. Hunzinger, S. 96.

<sup>518</sup> Vgl. demgegenüber R. v. Graffenried, S. 16.

<sup>519</sup> Vgl. dazu auch F. v. Steiger, Firmenrecht, S. 64; A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 338; BIZÜR 45, 1946, S. 178 f.

<sup>520</sup> Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. auch Y. Genre, S. 90 f. Vgl. ferner R. v. Graffenried, S. 22; A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 340.

<sup>521</sup> Vgl. auch B. v. Büren, Kommentar, S. 104, N. 10; R. v. Graffenried, S. 21; M. Hunzinger, S. 76. Anderer Ansicht neuerdings: Y. Genre, passim und M. Pedrazzini, S. 299 ff., dazu BGE 97 II 236 f.

1358 Geschäftsfirmen, die sich zunächst genügend unterscheiden, können diese Unterscheidbarkeit nachträglich einbüßen und miteinander kollidieren, wenn der eine Firmenträger mit dem andern in Wettbewerb tritt (vgl. BGE 73 II 115 f.) oder auch nur das örtliche Tätigkeitsgebiet seines Geschäftes derart erweitert, daß er im Gebiet des andern Firmenträgers tätig wird. Wer diese Kollision herbeiführt, kann sich nicht auf die Priorität der Eintragung berufen; er hat mit seiner Geschäftsfirma in jedem Falle zu weichen (vgl. BGE 73 II 116)<sup>522</sup>.

1359 Der Gebrauch einer verwechselbaren Geschäftsfirma (Nr. 1347 und Anm. 504), der das Ausschließlichkeits-Recht eines andern Firmenträgers verletzt, ist **unbefugter Firmengebrauch** nach Art. 956 Abs. 2 OR (vgl. BGE 88 II 178; 93 II 46)<sup>523</sup>. Dazu gehört auch das Eintragen oder Eingetragensein einer Geschäftsfirma (vgl. BGE 88 II 178; 92 II 101; 93 II 46; 93 II 259), die dazu bestimmt ist, im Geschäftsverkehr verwendet zu werden. Der beeinträchtigte Firmenträger kann mit der Firmenklage nach Art. 956 Abs. 2 verlangen, daß dieser Firmengebrauch unterbleibt<sup>524</sup>. «Um Verletzungen . . . schon auf dem Verwaltungswege vorzubeugen»<sup>525</sup>, hat der Registerführer, gestützt auf Art. 955 OR<sup>526</sup>, die Eintragung einer Geschäftsfirma zu verweigern, die zum vorneherein mit der geschützten Geschäftsfirma eines andern kollidiert. Seine Kognitionsbefugnis beschränkt sich jedoch auf Fälle, in denen die Kollision offensichtlich und unzweideutig ist (vgl. Nr. 385), was nach verbreiteter Meinung voraussetzt, daß die einzutragende Geschäftsfirma mit einer früher eingetragenen völlig übereinstimmt (vgl. BGE 55 I 191)<sup>527</sup>. Fehlt es an dieser Eindeutigkeit der Kollision, so hat der Registerführer die Eintragung vorzunehmen; es sei denn, der Richter, an den Dritteinsprecher nach Art. 32 Abs. 2 HRegV zu weisen sind, untersage die Eintragung.

<sup>522</sup> Vgl. auch B. v. Büren, Kommentar, S. 146, N. 111.

<sup>523</sup> Unbefugter Firmengebrauch im Sinne des Art. 956 Abs. 2 OR und damit Grund zur Firmenklage ist nach herrschender Ansicht nicht nur der Gebrauch einer Geschäftsfirma, die das Ausschließlichkeits-Recht eines andern verletzt (vgl. BGE 40 II 131; 51 II 505; 93 II 259; M. Hunzinger, S. 33; F. v. Steiger, Firmenrecht, S. 62; demgegenüber: BGE 34 II 120; BIZür 27, 1928, S. 97). Jeder Verstoß gegen firmenrechtliche Bestimmungen legitimiere den dadurch beeinträchtigten Firmenträger zur Firmenklage (vgl. BGE 73 II 181; R. v. Graffenried, S. 19; A. Hartmann, S. 69 und dort Zitierte). Folgen wir der herrschenden Ansicht, so wird der firmenrechtliche Schutz der eingetragenen Geschäftsfirma über das Gebiet des Ausschließlichkeits-Schutzes hinaus erweitert.

<sup>524</sup> Bei Verschulden kann er außerdem Schadenersatz verlangen (Art. 956 Abs. 2 OR; vgl. z. B. BJM 1958, S. 27 d).

<sup>525</sup> Jul. Hartmann, S. 221.

<sup>526</sup> Art. 955 OR stellt einen Anwendungsfall des Art. 940 Abs. 1 OR dar.

<sup>527</sup> Vgl. auch M. Hunzinger, S. 87 und 102 ff.; Jost Hartmann, S. 45. Anderer Ansicht: His, N. 35 zu Art. 946 OR.

1360 Die Schutzbestimmungen des schweizerischen Firmenrechts beziehen sich nach ihrem Wortlaut nicht auf die *Geschäftsfirma eines Vereins, einer Stiftung oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts* (Nr. 1323; vgl. Nr. 1346). Ob diesen Geschäftsfirmen der Ausschließlichkeits-Schutz dennoch gewährt werden soll, ist unklar<sup>528</sup>. Jedenfalls scheint es uns gerechtfertigt, den Schutz *gegen* die betreffenden Geschäftsfirmen zu gewähren. Bei der Bestimmung des Schutzraumes sind diese Geschäftsfirmen wie jene der Aktiengesellschaften zu behandeln<sup>529</sup>, somit der ersten Gruppe zuzuordnen (Nr. 1350). Demnach haben sie sich von jeder in der Schweiz eingetragenen Geschäftsfirma deutlich zu unterscheiden (Nr. 1352); und falls sie geschützt werden, erstreckt sich der Schutzraum auf das ganze Gebiet der Schweiz (Nr. 1350).

## b. SCHUTZ AUSSERHALB DES FIRMIENRECHTS

1361 Der Schutz der Geschäftsfirma in der Schweiz beschränkt sich nicht auf den firmenrechtlichen Schutz (Nr. 1346 ff.). Hinzu treten vielmehr der Schutz nach Wettbewerbs- und Namensrecht (Nr. 1362 ff. und Nr. 1368 ff.). Auch wird die Geschäftsfirma mittelbar nach Markenrecht geschützt (Nr. 1375 ff.).

### aa. Schutz nach Wettbewerbsrecht (UWG)

1362 Er ist wiederum Schutz gegen Verwechslungsgefahr, jedoch unter dem **Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs** (vgl. BGE 79 II 314; 90 II 199; 91 II 124 f.; 93 II 46; 98 II 60 und 68)<sup>530</sup>. Dieser Schutz basiert auf Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG<sup>531</sup> (vgl. BGE 77 II 327 f.; 90 II 201; 93 II 46)<sup>532</sup>. Er setzt ein Zweifaches voraus:

1363 — erstens ein *Wettbewerbsverhältnis* zwischen den beteiligten Firmenträgern<sup>533</sup>. Der Schutz der Geschäftsfirma nach Wettbewerbsrecht richtet sich gegen Konkurrenten. Wer nicht konkurriert, kann keinen unlauteren Wettbewerb begehen, auch nicht durch Verwendung einer verwechselbaren Geschäftsfirma.

<sup>528</sup> Was den Verein und die Stiftung betrifft, vgl. die Ansichten in BGE 83 II 255; 90 II 464; SJZ 15, 1918/19, S. 300; bei Th. *Guhl*, S. 735; A. *Hartmann*, S. 64 f.; *His*, N. 32 zu Art. 944 OR; M. *Hunzinger*, S. 123; F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 45 f.; L. *Siegmund*, ZSR 16, 1897, S. 712 f.; C. P. *Wiedemann*, S. 394 ff.

<sup>529</sup> Vgl. M. *Hunzinger*, S. 57.

<sup>530</sup> Vgl. dazu B. v. *Büren*, Kommentar, S. 104 f., N. 11 und 13.

<sup>531</sup> Wonach unlauteren Wettbewerb begeht, wer «Maßnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken und Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen». Eine derart unlautere Maßnahme kann nun in der Verwendung einer verwechselbaren Geschäftsfirma bestehen (vgl. BGE 85 II 332; 90 II 201 f.; 93 II 46), wobei der Begriff der Verwechselbarkeit nach BGE 90 II 262 auch hier im erweiterten Sinne zu verstehen ist (vgl. Anm. 504).

<sup>532</sup> Vgl. dazu B. v. *Büren*, Kommentar, S. 99 ff.

<sup>533</sup> Vgl. M. *Pedrazzini*, S. 300.

1364 — zweitens ein Wettbewerbsverhältnis *gerade in der Schweiz*<sup>534</sup>. Denn: Das schweizerische UWG kommt nur, aber immer dann zur Anwendung, wenn sich unlauterer Wettbewerb in der Schweiz ereignet (vgl. BGE 79 II 314). Unlauterer Wettbewerb kann sich aber nur an *einem* Ort ereignen: dort, «wo die Konkurrenten aufeinanderstoßen»<sup>535</sup>; am Orte der wettbewerbsmäßigen Interessenkollision<sup>536</sup>: «wo der eine versucht, sein Produkt an den potentiellen Kunden des andern zu bringen und sich dabei unlauterer Mittel bedient»<sup>537</sup>. Dieser Deliktort ist einzig möglicher Anknüpfungsort im internationalen Wettbewerbsrecht<sup>538</sup> (vgl. demgegenüber BGE 91 II 123 f.<sup>539</sup>). Der Schutz nach schweizerischem UWG setzt daher voraus, daß der unlauter Handelnde mit seinem Gegner in der *Schweiz* konkurriert: daß ein Wettbewerbsverhältnis in der *Schweiz* besteht.

1365 Der Schutz der Geschäftsfirma nach schweizerischem Wettbewerbsrecht bietet nach dem Gesagten: **Schutz gegen konkurrenzmäßige Verwechslungsgefahr in der Schweiz**<sup>540</sup>. Verwenden zwei Geschäftsinhaber, soweit sie in der Schweiz konkurrieren (vgl. BGE 91 II 128 f.), verwechselbare Geschäftsfirmen (vgl. BGE 85 II 333; 93 II 46; 95 II 572), so hat diejenige Geschäftsfirma zu weichen, deren Gebrauch im schweizerischen Wettbewerb gegen Treu und Glauben verstößt, somit unlauterer Wettbewerb ist (vgl. BGE 85 II 332; 91 II 125). Für welche der beiden Geschäftsfirmen dies zutrifft, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. BGE 91 II 129). Als *Regel* halten wir fest, daß 1. die ältere Geschäftsfirma der jüngeren vorgeht (vgl. BGE 85 II 332; 93 II 46); d. h. hier die Geschäftsfirma, die in der Schweiz zuerst bekannt war (vgl. BGE 40 II 605)<sup>541</sup>. Es sei denn, 2., der Träger dieser Geschäftsfirma habe das Wettbewerbsverhältnis in der Schweiz verursacht; alsdann geht die andere Geschäftsfirma vor, auch wenn sie die jüngere ist (vgl. BGE 85 II 333)<sup>542</sup>. Diese Regel kann im Einzelfall durchbrochen werden, wenn besondere Umstände eine andere Schutzlage rechtfertigen (vgl. BGE 91 II 129 ff.).

<sup>534</sup> Vgl. A. Troller, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 274.

<sup>535</sup> K. Troller, S. 117.

<sup>536</sup> Vgl. K. Troller, *passim*; F. Vischer, in SchwPR I, S. 695 f.: «als Deliktort ist derjenige Ort zu betrachten, an dem die wettbewerbsmäßige Interessenüberschneidung stattfindet».

<sup>537</sup> K. Troller, S. 112, vgl. auch S. 115.

<sup>538</sup> Vgl. dazu die reich dokumentierte, überzeugende Arbeit von K. Troller. Vgl. auch F. Vischer, a.a.O., S. 696.

<sup>539</sup> wo das Bundesgericht auch für das Wettbewerbsrecht immer noch die Ubiquitätstheorie vertritt, indem es sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort als Delikt- und möglichen Anknüpfungsort gelten läßt. Dazu F. Vischer, a.a.O., S. 696, Anm. 15.

<sup>540</sup> Vgl. auch A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 339.

<sup>541</sup> Maßgeblich ist also nicht die Eintragung in der Schweiz, wie das die BGE 85 II 332 und 93 II 46 anzunehmen scheinen.

<sup>542</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 145 f., N. 108 ff.

- 1366 Der Schutz nach Wettbewerbsrecht setzt keine Eintragung in einem schweizerischen Handelsregister voraus (BGE 90 II 199)<sup>543</sup>. Er beschlägt auch Geschäftsfirmen von Vereinen (BGE 83 II 255), Stiftungen und öffentlichen Verbandspersonen. Ferner bezieht er sich auch auf ausländische Geschäftsfirmen (Nr. 1327)<sup>544</sup>, sofern sie in der Schweiz verwechselt werden können<sup>545</sup>, was voraussetzt, daß sie hier bekannt sind (vgl. BGE 79 II 314; 90 II 199; 91 II 123)<sup>546</sup>. Er greift gegen eingetragene (vgl. BGE 85 II 333) und nicht eingetragene Geschäftsfirmen Platz und läßt die Art und Weise des Firmengebrauchs mitüberprüfen (vgl. BGE 77 II 327; 85 II 332). Daß eine Geschäftsfirma firmenrechtlich zulässig ist, hindert nicht, daß ihr Gebrauch gegen das UWG verstößt (BGE 79 II 182; 85 II 330; 90 II 196)<sup>547</sup>.
- 1367 Der wettbewerbsrechtliche Schutz der Geschäftsfirma konkretisiert sich in den *Klageansprüchen* nach Art. 2 UWG; namentlich im Unterlassungsanspruch (lit. b), der den eigens erwähnten Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes (lit. c) mitumfaßt (vgl. sinngemäß BGE 88 II 178). Verstößt die gegnerische Geschäftsfirma nicht nur gegen das UWG, sondern auch gegen das firmenrechtliche Ausschließlichkeits-Recht (Nr. 1348), so ist «das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb . . . neben den Normen des Firmenrechts anwendbar» (BGE 93 II 46 und dort zitierte Entscheide; vgl. auch BGE 95 II 572). Der Verletzte hat alsdann einen Unterlassungsanspruch sowohl nach UWG als auch nach Art. 956 Abs. 2 OR.

### bb. Schutz nach Namensrecht

- 1368 Er ist Schutz der Geschäftsfirma in ihrer Eigenschaft als Name des Geschäftsinhabers (Nr. 1308; vgl. BGE 98 II 67). Er beruht auf Art. 29 ZGB, der den ersten Anwendungsfall des generellen Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB darstellt (vgl. BGE 95 II 486). Schutz der Geschäftsfirma nach Namensrecht ist somit **Persönlichkeitsschutz** (vgl. BGE 90 II 199; 95 II 486; 98 II 67)<sup>548</sup>. Geschützt wird die Geschäftsfirma der natürlichen Person<sup>549</sup>. Ihr gleichzustellen ist, gestützt auf Art. 53 ZGB, die Geschäftsfirma der juristischen Person (vgl. BGE

<sup>543</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 105, N. 13; *His*, N. 64 zu Art. 956 OR.

<sup>544</sup> Und zwar unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit im Staate ihrer Bildung bzw. von der Schutzfähigkeit schweizerischer Geschäftsfirmen im betreffenden Auslands-Staat. Vgl. Anm. 515 mit entsprechendem Zitat. Vorausgesetzt ist indessen auch hier, daß die ausländische Geschäftsfirma dem schweizerischen Ordre public entspricht (Nr. 1443 und Anm. 515).

<sup>545</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 25, N. 60.

<sup>546</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 104, N. 11.

<sup>547</sup> Vgl. R. v. Graffenried, S. 110 f.

<sup>548</sup> Vgl. auch J. Grossen, in SchwPR II, S. 339; *Hafter*, N. 1 zu Art. 29 ZGB; *Tuor/Schnyder*, S. 83.

<sup>549</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 102, N. 3.

42 II 317 f.; 79 II 315; 80 II 140; 95 II 486), auch wenn es sich um die Geschäftsfirma eines Vereins, einer Stiftung oder einer öffentlichen Verbandsperson handelt (Nr. 1323). Eine Eintragung der zu schützenden Geschäftsfirma in einem schweizerischen Handelsregister ist nicht vorausgesetzt<sup>550</sup>.

- 1369 Der Schutz der Geschäftsfirma nach schweizerischem Namensrecht richtet sich gegen Bestreitung und Anmaßung (Art. 29 Abs. 1 und 2 ZGB) in der Schweiz.
- 1370 Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist der **Schutz gegen Namensanmaßung**: gegen die Beeinträchtigung des Firmenträgers dadurch, daß ein anderer dessen Geschäftsfirma in der Schweiz unbefugt gebraucht (vgl. BGE 80 II 284); sei es die Geschäftsfirma überhaupt oder deren Hauptbestandteil (vgl. BGE 90 II 319); sei es im gleichen oder in einem täuschend ähnlichen Wortlaut (vgl. BGE 80 II 284; 95 II 487); sei es für eine Sache<sup>551</sup> oder sei es für sich selbst (vgl. BGE 95 II 487), insbesondere als schweizerische oder ausländische Geschäftsfirma. Maßgebend ist die *Priorität der Namensführung*. Wem die Priorität zusteht, der kann eine später verwendete (auch eingetragene) Geschäftsfirma verdrängen, selbst wenn seine eigene Geschäftsfirma in der Schweiz nicht eingetragen ist (vgl. BGE 90 II 315 ff.).
- 1371 Der durch Namensanmaßung beeinträchtigte Firmenträger ist in seinem subjektiven Namensrecht verletzt; er kann auf Unterlassung der Anmaßung klagen<sup>552</sup>; *der Klageanspruch besteht subsidiär zur Firmenklage nach Art. 956 Abs. 2 OR* (vgl. BGE 90 II 464)<sup>553</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die zu schützende Geschäftsfirma nach schweizerischem oder nach zuständigem Auslands-Recht gebildet<sup>554</sup> und ob sie eine kaufmännische oder nichtkaufmännische Geschäftsfirma ist (Nr. 1330).
- 1372 Namensrechtlich geschützt wird nach dem Gesagten die **Geschäftsfirma** auch **einer juristischen Person**. Doch ist hinzuweisen auf den Unterschied gegenüber dem bürgerlichen Namen einer natürlichen Person, den sein Träger gegebenenfalls auch als Geschäftsfirma verwendet. Anders als bei diesem Namen beruht die namensrechtliche Schutzfähigkeit bei der Geschäftsfirma einer juristischen Person auf deren Gebrauch (vgl. dazu BGE 79 II 315; vgl. sinngemäß BGE 88 II 31)<sup>555</sup>. Ihr Schutz nach schweizerischem Namensrecht setzt voraus, daß sie

<sup>550</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 105, N. 13.

<sup>551</sup> Z. B. als Geschäftsbezeichnung, Enseigne, Marke oder Zeitschriftentitel. Vgl. dazu auch *Tuor/Schnyder*, S. 84.

<sup>552</sup> und — wenn die Voraussetzungen gegeben sind — auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.

<sup>553</sup> So auch B. v. Büren, Kommentar, S. 104, N. 12.

<sup>554</sup> Was den Schutz der ausländischen Geschäftsfirma anbelangt, so wird er wiederum unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit im Bildungs-Staat bzw. von der Schutzfähigkeit einer schweizerischen Geschäftsfirma in diesem Staat gewährt (vgl. Anm. 515 und 544). Vorbehalten ist auch hier der schweizerische Ordre public (Nr. 1443 und Anm. 515).

<sup>555</sup> Vgl. auch B. v. Büren, Kommentar, S. 103.

in der Schweiz nennenswert gebraucht wird (vgl. BGE 79 II 315)<sup>556</sup>. Und der namensrechtliche Schutzraum bestimmt sich nach dem örtlichen Anwendungsgebiet der Geschäftsfirma in der Schweiz: somit nach dem schweizerischen Geschäftsbereich der juristischen Person (vgl. BGE 79 II 315; 90 II 199 f. und 320); eine Namensanmaßung fällt daher «völlig außer Betracht», wenn sich jemand in einem andern Bereich die gleiche Geschäftsfirma beilegt (vgl. BGE 79 II 315). Was die Priorität der Namensführung betrifft (Nr. 1370), so ist maßgeblich die Namensführung der juristischen Person in der Schweiz (vgl. BGE 90 II 320).

1373 Besteht die Geschäftsfirma einer natürlichen Person nicht in ihrem bürgerlichen Namen (z. B. «Maison Universimpex», BGE 92 II 112), so gilt das Gesagte sinngemäß.

1374 Der namensrechtliche Schutz der Geschäftsfirma *ergänzt den Schutz nach Firmenrecht* (vgl. BGE 95 II 486). Er wird seinerseits *ergänzt durch den generellen Persönlichkeitsschutz* nach Art. 28 ZGB (vgl. BGE 95 II 486 ff.)<sup>557</sup>; dieser steht natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen zu (vgl. BGE 95 II 488), kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Verletzung von Persönlichkeitsrechten weder firmen- noch namensrechtlich erfaßbar ist (BGE 97 II 159).

### cc. Mittelbarer Schutz nach Markenrecht

1375 «Die schweizerischen Geschäftsfirmen, welche als Marken gebraucht werden, genießen», nach Art. 2 MSchG, «mit der Eintragung in das Handelsregister den Schutz des Gesetzes.» Ein Dreifaches gilt es zu beachten:

1376 — Der markenrechtliche Schutz beschlägt die *als Marke gebrauchte Geschäftsfirma*: die Firmenmarke (Nr. 1318 f.). Geschützt wird die Geschäftsfirma nicht in ihrer Eigenschaft als Kennzeichen des Geschäftsinhabers (Nr. 1308), sondern in ihrer möglichen Funktion als Marke (Nr. 1318): wenn sie tatsächlich als Marke gebraucht wird (vgl. BGE 93 II 49), sei es in ihrem vollen Wortlaut oder sei es in ihren wesentlichen Elementen<sup>558</sup>. In diesem Sinne handelt es sich um einen mittelbaren Schutz der Geschäftsfirma.

1377 — Der markenrechtliche Schutz beschlägt die (als Marke gebrauchte) *schweizerische Geschäftsfirma*. Schweizerisch nach Art. 2 MSchG ist eine Geschäfts-

<sup>556</sup> Nicht erforderlich ist dagegen Verkehrsgeltung; es sei denn, es handle sich um eine ursprünglich nicht unterscheidungskräftige Kennzeichnung. Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 103.

<sup>557</sup> Das Verhältnis zwischen Art. 28 und 29 ZGB wird bald so, bald anders aufgefaßt: vgl. z. B. J. Grossen, in SchwPR II, S. 339 ff. mit Tuor/Schnyder, S. 84. Einige der Tatbestände, die wir unter Art. 29 Abs. 2 ZGB subsumiert haben, werden von andern Autoren nach Art. 28 ZGB behandelt: vgl. z. B. J. Grossen, in SchwPR II, S. 340 f. und His, N. 69 ff. zu Art. 956 OR.

<sup>558</sup> Vgl. W. Schluep, Markenrecht, S. 163; A. Troller, Der gewerbliche Rechtsschutz, S. 66.

firma, deren Bildung schweizerischem Recht untersteht (Nr. 1326), auch wenn der Firmenträger eine schweizerische Verbandsperson ist, die ihren geschäftlichen «Hauptsitz» (Nr. 1329) im Ausland hat<sup>559</sup>. Die ausländische Geschäftsfirma (Nr. 1327) wird durch Eintragung in ein schweizerisches Handelsregister nicht zu einer schweizerischen Firma<sup>560</sup>.

1378 — Der markenrechtliche Schutz beschlägt die (als Marke gebrauchte) *eingetragene Geschäftsfirma*. Vorausgesetzt ist die Eintragung in einem schweizerischen Handelsregister (vgl. BGE 93 II 49).

1379 — Der markenrechtliche Schutz der Geschäftsfirma greift nur dann Platz, wenn die Geschäftsfirma, von der markenrechtlichen Hinterlegung (Art. 4 MSchG) abgesehen, «allen . . . Vorschriften genügt, die das Gesetz an den markenrechtlichen Schutz knüpft»<sup>561</sup>.

1380 *Ausländische Geschäftsfirmen* (Nr. 1327), die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen sind und als Marken gebraucht werden, genießen nach dem Gesagten den *Schutz nach schweizerischem Markenrecht nicht*. Eine analoge Anwendung von Art. 2 MSchG scheint uns mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut der Bestimmung (die von *schweizerischen* Geschäftsfirmen spricht) ausgeschlossen. Der markenrechtliche Schutz der ausländischen, in der Schweiz aber eingetragenen Geschäftsfirma kann indessen «auf dem Umweg über Art. 2 PVUE<sup>562</sup>» erlangt werden<sup>563</sup>.

### III. GESCHÄFTSFIRMA UND FIRMA DES ZWEIGBETRIEBES

1381 Die *Geschäftsfirma ist «Firma für das ganze Geschäft»*: Name, den sich der Geschäftsinhaber für den Betrieb des ganzen Geschäftes beigelegt hat (Nr. 1310). Dieses Geschäft setzt sich möglicherweise aus verschiedenen Leistungseinheiten zusammen, die in ihrer Verbindung das ganze Geschäft ergeben (Nr. 1309).

1382 Die Leistungseinheit, die Bestandteil eines zusammengesetzten Geschäftes bildet (Nr. 1381), kann ein Zweigbetrieb sein, wie wir ihn im Ersten Teil als Lebens-

<sup>559</sup> Vgl. aber *W. Schluep*, Markenrecht, S. 162 f.: «Schweizerische Geschäftsfirmen sind Firmen der Unternehmungen, die ihren Hauptsitz in der Schweiz haben». Da hier indes nicht klar hervorgeht, was unter «Hauptsitz» verstanden wird, muß offen bleiben, ob diese Ansicht mit unserer Meinung im Ergebnis übereinstimmt oder nicht.

<sup>560</sup> Anderer Ansicht: *A. Troller*, GRUR Ausl. 1957, S. 339: «der Eintrag macht den ausländischen Handelsnamen zur schweizerischen Firma».

<sup>561</sup> *W. Schluep*, Markenrecht, S. 163. Vgl. auch BGE 43 II 95; 78 II 460; 89 I 303; 93 II 49.

<sup>562</sup> Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911, im Haag am 6. November 1925, in London am 2. Juni 1934.

<sup>563</sup> *W. Schluep*, Markenrecht, S. 163; *A. Troller*, Der gewerbliche Rechtsschutz, S. 67.

erscheinung umschrieben haben (Nr. 1 ff.). Dieser Zweigbetrieb gehört alsdann zu einem Gesamtbetrieb (Nr. 74), der die Merkmale eines Geschäftes (Nr. 1309) aufweist. Der Name, unter dem ihn der Geschäftsinhaber betreibt, bildet die Firma des Zweigbetriebes. Der Ausdruck «*Firma des Zweigbetriebes*» ist mithin eine verkürzte Redewendung. Sie bezeichnet nicht den Namen des Zweigbetriebes. Vielmehr bezeichnet sie den Namen, unter dem der Geschäftsinhaber durch seinen Zweigbetrieb im Verkehr auftritt, Rechte erlangt und sich verpflichtet.

1383 Da der genannte Zweigbetrieb (Nr. 1382) Bestandteil eines Geschäftes bildet, stellt sich ohne weiteres die *Frage nach dem Verhältnis zwischen der Geschäftsfirma und der Firma des Zweigbetriebes*. Dieses Verhältnis wird durch die folgenden Erörterungen klargestellt. Darin befassen wir uns mit der Firma des Zweigbetriebes, den ein Geschäftsinhaber (als Bestandteil seines Geschäftes) in der Schweiz betreibt. Maßgebend für unsere Betrachtung ist das schweizerische Firmenrecht.

1384 Das schweizerische Firmenrecht enthält über die Firma des Zweigbetriebes keine allgemeine Vorschrift. Doch befaßt es sich in Art. 952 OR mit der *Firma der Zweigniederlassung*. Sie ist der Name, unter dem der Geschäftsinhaber die Zweigniederlassung betreibt. Bei dieser Bestimmung, dem Art. 952 OR, setzen wir ein:

### **1. Art. 952 OR: Allgemeine Bemerkungen**

1385 Art. 952 OR wird in Art. 70 HRegV wiederholt. Seinem *Wortlaut* nach bestimmt er: «Zweigniederlassungen müssen die gleiche Firma führen wie die Hauptniederlassung; sie dürfen jedoch ihrer Firma besondere Zusätze beifügen, sofern diese nur für die Zweigniederlassung zutreffen» (Abs. 1). «Die Firma der Zweigniederlassung eines Unternehmens, dessen Sitz sich im Ausland befindet, muß überdies den Ort der Hauptniederlassung, den Ort der Zweigniederlassung und die ausdrückliche Bezeichnung als solche enthalten» (Abs. 2).

1386 Bei der Anwendung des Art. 952 OR sind *fünf Punkte* zu beachten, die sich aus einer richtigen Auslegung ergeben:

1387 I. Art. 952 bezieht sich unausgesprochen auf die in einem schweizerischen Handelsregister *eingetragene Zweigniederlassung* (Nr. 813)<sup>564</sup>. Unmittelbar schreibt er vor, unter welcher Firma diese Zweigniederlassung zu führen ist. Mittelbar bestimmt er dadurch, welche Zweigniederlassungs-Firma auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung (Nr. 1026) zur Eintragung gelangt (vgl. Botschaft 1928, S. 310)<sup>565</sup>. Denn die Firma der eingetragenen Zweigniederlassung bildet einen

<sup>564</sup> Vgl. H. Hilbig, S. 43; F. Vischer, in SchwPR I, S. 577.

<sup>565</sup> Vgl. auch Jul. Hartmann, S. 220 und die Formulierung in Art. 11 rev. VO II (zit. in Anm. 357), der inhaltlich in Art. 952 OR übernommen wurde (vgl. Botsch. 1928, S. 310).

Eintragungs-Gegenstand, auf den sich die Eintragung jeder Zweigniederlassung bezieht; auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung ist sie nebst der Geschäftsfirma einzutragen (Nr. 1159 ff.).

1388 2. Der *Begriff der Zweigniederlassung*, den Art. 952 OR verwendet, stimmt überein mit dem entsprechenden Begriff des Handelsregisterrechts (vgl. dazu Nr. 512 ff.)<sup>566</sup>. Das ergibt sich schon daraus, daß nur die Zweigniederlassung des Handelsregisterrechts eingetragen werden kann. Diese Zweigniederlassung, die auch Zweigniederlassung nach Art. 952 OR ist, qualifiziert sich als Bestandteil eines Geschäftes, als Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes (Nr. 618). Und zwar ist sie ein Zweigbetrieb innerhalb eines Gesamtbetriebes Geschäft (667 f.), der sich dadurch auszeichnet, daß er regelmäßig selbständig, und zwar rechtsgeschäftlich, auf dem Markte in Erscheinung tritt (Nr. 751).

1389 3. Der Anwendungsbereich des Art. 952 OR beschränkt sich auf die *schweizerische Zweigniederlassung*, wie sie in Nr. 842 ff. umschrieben wurde. Denn nur diese Zweigniederlassung ist eintragbar (Nr. 842). Art. 952 OR aber bezieht sich auf die eingetragene Zweigniederlassung, was Eintragbarkeit voraussetzt.

1390 4. Der *Begriff der Hauptniederlassung*, wie ihn Art. 952 OR verwendet, stimmt überein mit dem Begriff in Art. 934 OR (dazu Nr. 870 ff.). Die Hauptniederlassung ist, wie die Zweigniederlassung (Nr. 1388), eine Leistungseinheit innerhalb eines zusammengesetzten Geschäftes (Nr. 871). Doch ist sie kein Zweigbetrieb, sondern ein *Hauptbetrieb* (Nr. 93). Jeder Hauptbetrieb innerhalb eines Geschäftes ist eine Hauptniederlassung und umgekehrt. Gegenüber dem Zweigbetrieb zeichnet sich der Hauptbetrieb dadurch aus, daß sich seine Leitungsinstanz zugleich auch mit der Leitung des Gesamtbetriebes befaßt, dem er als Teil-Einheit zugehört (Nr. 93). Ist er ein Hauptbetrieb innerhalb eines *Geschäftes*, mithin eine Hauptniederlassung, so befaßt sich seine Leitungsinstanz mit der Leitung des ganzen Geschäftes (Nr. 872). Sein «Sitz» fällt daher örtlich zusammen mit dem «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 872), der vom (Wohn-)Sitz des Geschäftsinhabers zu unterscheiden ist (Nr. 870). Die so verstandene Hauptniederlassung bildet einen häufigen, nicht aber notwendigen Bestandteil des zusammengesetzten Geschäftes; es gibt auch zusammengesetzte Geschäfte ohne Hauptniederlassung (Nr. 875).

1391 5. Die *Zweigniederlassung des Art. 952 OR* kommt in drei Erscheinungsformen vor: als Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischer Geschäftsfirma; als Zweigniederlassung eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma; und als Zweigniederlassung eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma, aber schweizerischer Geschäftseintragung.

1392 Die zuletzt genannte Einteilung legen wir den nachstehenden Erörterungen zugrunde. Wir sprechen von der Firma der ersten, der zweiten und der dritten Zweigniederlassungs-Art (Nr. 1393 ff.; Nr. 1439 ff.; Nr. 1488 ff.). In einem Ex-

<sup>566</sup> Vgl. z. B. F. Diebold, S. 77 ff.; Jost Hartmann, S. 69 ff.; His, N. 1 zu Art. 952 OR.

kurs treten wir abschließend auch auf die Firma der Hauptniederlassung ein (Nr. 1495 ff.).

## **2. Firma der Zweigniederlassung bei einem Geschäft mit schweizerischer Geschäftsfirma**

- 1393 Das Geschäft, um dessen Leistungseinheit es sich bei dieser Zweigniederlassung handelt, wird von seinem Inhaber unter einer schweizerischen Geschäftsfirma (Nr. 1326) betrieben. Entweder gehört es einem schweizerischen Verband (Fall 1) oder es ist ein Einzel-Geschäft (Nr. 1309) mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Fall 2). In beiden Fällen untersteht die Bildung der Geschäftsfirma dem schweizerischen Recht (Nr. 1328).
- 1394 Vom umschriebenen Geschäft steht fest, daß es im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein kann oder muß; sei es nach Art. 934 OR (Fall 2; vgl. Nr. 906) oder nach verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften (Fall 1; vgl. Nr. 896 ff.). Diese schweizerische Geschäftseintragung, die im Fall 1 in einer verbandsrechtlichen Eintragung mitenthalten ist (Nr. 902 und 906 ff.), bildet die Haupteintragung, ohne welche die Zweigniederlassung des betreffenden Geschäftes nicht eintragbar ist (Nr. 859 ff.).
- 1395 Mit der Eintragung des Geschäftes (Nr. 1394) wird auch die Geschäftsfirma des Inhabers eingetragen. Eintragbar ist nur *eine* Geschäftsfirma (Nr. 1338). Da es sich hier um eine schweizerische Geschäftsfirma handelt, hat ihr Wortlaut den Vorschriften des schweizerischen Rechts zu entsprechen. Durch die Eintragung wird die Bildung der schweizerischen Geschäftsfirma formell abgeschlossen (Nr. 1326). Die eingetragene Geschäftsfirma ist eine Firma im formellen Sinne (Nr. 1326). Nachstehend befassen wir uns zunächst mit dieser Geschäftsfirma und der Firma des Zweigbetriebes im allgemeinen (Nr. 1396 ff.), dann mit der Geschäftsfirma und der Firma der Zweigniederlassung im besonderen (Nr. 1399 ff.).

### **A. Schweizerische Geschäftsfirma und Firma des Zweigbetriebes im allgemeinen**

- 1396 Die schweizerische Geschäftsfirma im formellen Sinne, die nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Vorschriften eingetragen ist (Nr. 1395), bildet Gegenstand der *Firmengebrauchspflicht*, wie sie in Art. 2 der Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht sanktioniert wird<sup>567</sup>. Der Inhaber des betreffenden Geschäftes hat die eingetragene Geschäftsfirma (z. B. «Desinfecta

<sup>567</sup> Bundesgesetz betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923.

AG, Zürich»; «Eva Durrer, Ittigen») für den ganzen Geschäftsbetrieb in der Schweiz 1. zu gebrauchen, und zwar 2. unverändert<sup>568</sup>. Setzt sich das Geschäft aus verschiedenen Leistungseinheiten zusammen (Nr. 1381), so sind die in der Schweiz betriebenen Einheiten, da sie Bestandteile des Geschäftes bilden, unter der eingetragenen Geschäftsfirma zu führen; dies auch dann, wenn es sich bei ihnen um Zweigbetriebe handelt. Für diese Zweigbetriebe ist die schweizerische Geschäftsfirma unverändert zu verwenden. Oder anders ausgedrückt: die **Firma des Zweigbetriebes** (Nr. 1382) **hat übereinzustimmen mit der eingetragenen Geschäftsfirma**. Dabei gilt es, was folgt, zu beachten:

1397 — Besteht die eingetragene Geschäftsfirma zu Unrecht, weil sie den öffentlichen Vorschriften widerspricht, welche die Firmenfreiheit beschränken (Nr. 1334), so muß sie verändert werden (vgl. dazu Art. 61 HRegV). Verletzt ihr Gebrauch private Rechte Dritter (Nr. 1335), so können die verletzten Dritten auf Unterlassung des unbefugten Firmengebrauchs, auch für den Zweigbetrieb, klagen. Eine derartige Verletzung liegt namentlich dann vor, wenn die eingetragene Geschäftsfirma mit der Geschäftsfirma eines andern kollidiert, die ihr gegenüber nach schweizerischem Firmen-, Wettbewerbs- oder Namensrecht geschützt wird (Nr. 1344 ff.)<sup>569</sup>. Die Kollision kann gerade durch den Zweigbetrieb verursacht sein (Nr. 1537 ff.).

1398 — Betreibt der Geschäftsinhaber einen Zweigbetrieb im Ausland, z. B. in Rovaniemi, so bestimmt sich der hierfür zulässige Firmenname nach dem zuständigen Auslands-Recht. Den Namen, den der Geschäftsinhaber für seinen ausländischen Zweigbetrieb zu verwenden hat, darf er auch gebrauchen, wenn er durch diesen Zweigbetrieb in der Schweiz auftritt. Vorbehalten bleibt der schweizerische Ordre public.

<sup>568</sup> Vgl. dazu Th. *Guhl*, S. 748; H. *Weisbrod*, S. 95; F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 77. Diese Firmengebrauchspflicht ist im Obligationenrecht nicht ausdrücklich statuiert. Doch versteht sie sich von selbst, da sonst die Vorschriften über die Bildung einer Geschäftsfirma sinnlos wären. Zudem würde sich die strafrechtliche Sanktion erübrigen, bestände die Pflicht nicht. Daß nach Art. 2 der Strafbestimmungen (Anm. 567) der Täter straflos bleibt, wenn eine Täuschung nicht beabsichtigt war und außerdem eine erhebliche Täuschung nicht bewirkt werden konnte, ändert nichts am Bestande dieser Pflicht (a. M. *Hunzinger*, S. 20).

<sup>569</sup> Bei der Kollision mit einer firmen- oder namensrechtlich geschützten Geschäftsfirma wird das Ausschließlichkeits- bzw. das subjektive Namensrecht des andern Firmenträgers verletzt (Nr. 1359 und 1370).

Was die Kollision mit einer wettbewerbsrechtlich geschützten Geschäftsfirma betrifft, so besteht sie dann, wenn der Gebrauch der eigenen Geschäftsfirma im Verhältnis zur Geschäftsfirma des andern unlauteren Wettbewerb darstellt, somit im Wettbewerbsverhältnis gegen Treu und Glauben verstößt. Auch durch unlauteren Wettbewerb werden nach BGE 83 II 335 ff. vorgehende Rechte Dritter verletzt (vgl. demgegenüber Anm. 488). Verletzt wird dabei das Recht des andern auf ein Verhalten nach Treu und Glauben (Nr. 1335). Aus diesem Grundrecht fließt das Recht auf Unterlassung täuschenden Verhaltens, das Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG, auf den sich der wettbewerbsrechtliche Schutz der Geschäftsfirma abstützt (Nr. 1362), untersagt.

## B. Schweizerische Geschäftsfirma und Firma der Zweigniederlassung im besonderen

1399 Die (schweizerische) Zweigniederlassung (Nr. 1388 f.) ist stets ein Zweigbetrieb (Nr. 1388). Es gibt Zweigniederlassungen, die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen sind; und solche, die (zu Recht oder Unrecht) nicht eingetragen sind.

### a. FIRMA DER NICHT EINGETRAGENEN ZWEIGNIEDERLASSUNG

1400 Über die Firma der nicht eingetragenen (schweizerischen) Zweigniederlassung (Nr. 1399) enthält das schweizerische Firmenrecht keine Vorschrift (zu Art. 952 OR vgl. Nr. 1387). Was hinsichtlich dieser Zweigniederlassungs-Firma gilt, ergibt sich aus dem Charakter der Zweigniederlassung als Zweigbetrieb innerhalb eines Geschäftes (Nr. 1388). Gehört sie zu einem Geschäft mit schweizerischer Geschäftsfirma, so kann auf Nr. 1396 ff. verwiesen werden: Die Zweigniederlassung eines in der Schweiz eingetragenen Geschäftes (Nr. 1394) muß in der Schweiz unter der Geschäftsfirma betrieben werden, die Gegenstand der schweizerischen Geschäftseintragung bildet. Diese Geschäftsfirma ist beim Betriebe der Zweigniederlassung unverändert zu gebrauchen.

1401 Ist die Zweigniederlassung indessen selber eingetragen, so richtet sich ihre Firma nach Art. 952 OR.

### b. FIRMA DER EINGETRAGENEN ZWEIGNIEDERLASSUNG (Art. 952 OR)

1402 Art. 952 OR beschlägt die eingetragene (schweizerische) Zweigniederlassung (Nr. 1386 ff.). Auf die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischer Geschäftsfirma (Nr. 1393) findet der erste Absatz Anwendung. Dessen Inhalt läßt sich in zwei Stichworte fassen: 1. Gleiche Firma wie die Hauptniederlassung (Nr. 1403 ff.); 2. Freiwillige Zusätze (Nr. 1422 ff.).

#### aa. «Gleiche Firma wie die Hauptniederlassung»

1403 Eingetragene Zweigniederlassungen (Nr. 1387) müssen nach Art. 952 Abs. 1 OR «die gleiche Firma führen wie die Hauptniederlassung». Dieser Satz ist so formuliert, wie wenn Haupt- und Zweigniederlassung rechtsfähige Subjekte und Träger eines Firmennamens wären. Firmenträger ist in Wirklichkeit der Geschäftsinhaber (eine natürliche Person oder ein Verband), der Haupt- und Zweigniederlassung als Leistungseinheiten innerhalb seines Geschäftes betreibt (Nr. 1388 und 1390). An *ihn* richtet sich Art. 952 Abs. 1 OR: *Er* muß nach Art. 952 Abs. 1 den Geschäfts-Teil Zweigniederlassung unter der gleichen Firma führen wie den

Geschäfts-Teil Hauptniederlassung. Um was für eine Firma es sich dabei handelt, wird in Art. 952 Abs. 1 OR nicht gesagt. Doch kann **mit der «gleichen Firma» nichts anderes gemeint sein als die Geschäftsfirma**: die Firma für das ganze Geschäft (Nr. 1310), dem Haupt- und Zweigniederlassung als Bestandteile zugehören und die in der Literatur auch als «Hauptsitz-Firma» bezeichnet wird<sup>570</sup>. Diese Geschäftsfirma des Inhabers ist beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung zu verwenden. Darin besteht der Sinngehalt, den Art. 952 Abs. 1 OR mit der «Forderung» nach Gleichheit der Firma ausdrücken will und von dem bei der Anwendung der Vorschrift auszugehen ist. Daß der Gesetzgeber diesen Sinngehalt mit dem Hinweis auf die Firma der Hauptniederlassung ausdrückt, mag sich aus folgender Tatsache erklären: Vielfach betreibt ein Geschäftsinhaber unter seiner Geschäftsfirma zunächst eine einzige Leistungseinheit, die in einem späteren Zeitpunkt mit einer Zweigniederlassung verbunden und als Hauptniederlassung weitergeführt wird (vgl. Nr. 941 ff.). Die Geschäftsfirma, die er bereits für die Hauptniederlassung verwendet, soll er auch für die Zweigniederlassung gebrauchen, die nun, zusammen mit der Hauptniederlassung, das ganze Geschäft bildet.

1404 Die Richtigkeit der gegebenen Interpretation wird bestätigt durch den Hinweis auf Art. 865 aOR. Wer «unter einer Firma» ein Geschäft betrieb (Abs. 2), war danach<sup>571</sup> befugt, diese Geschäftsfirma am Orte der Zweigniederlassung eintragen zu lassen (Abs. 3). Auch Art. 865 aOR ging somit davon aus, die eingetragene Zweigniederlassung sei unter der Geschäftsfirma zu betreiben, die der Inhaber als Firma für das ganze Geschäft verwendet.

1405 Den richtig interpretierten Art. 952 Abs. 1 OR (Satz eins) gilt es nun auf die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischer Geschäftsfirma (Nr. 1393) anzuwenden. Von dieser Zweigniederlassung steht fest, daß sie erst eingetragen wird, nachdem das Geschäft und damit auch die Geschäftsfirma in der Schweiz eingetragen ist (Nr. 1394 f.). Die **schweizerische Geschäftsfirma** (Nr. 1326), welche Gegenstand der vorausgesetzten Haupteintragung (der Geschäftseintragung in der Schweiz) bildet, **muß** nach dem Sinngehalt des Art. 952 Abs. 1 OR und in Übereinstimmung mit der in Nr. 1396 umschriebenen Firmengebrauchspflicht **auch für den Betrieb der eingetragenen** (schweizerischen) **Zweigniederlassung verwendet werden**. Sie ist daher, wenn die Zweigniederlassung zur Eintragung gelangt, auf deren Registerblatt als Zweigniederlassungs-Firma einzutragen. Von diesem Registerblatt wurde gesagt, daß es die Zweigniederlassungs-Firma nebst der Geschäftsfirma enthalten muß (Nr. 1387). Die Geschäftsfirma ist somit zweimal einzutragen: *I.* als Geschäftsfirma: als Name, den der Geschäftsinhaber für den Betrieb des ganzen Geschäftes verwendet (Nr. 1310);

<sup>570</sup> Vgl. z. B. Jost *Hartmann*, S. 69; Jul. *Hartmann*, S. 220.

<sup>571</sup> unter bestimmten Voraussetzungen.

und 2. als Zweigniederlassungs-Firma: als Name, den der Geschäftsinhaber beim Betriebe des Geschäfts-Teiles Zweigniederlassung verwendet (Nr. 1384).

- 1406 Die umschriebene Rechtslage (Nr. 1405) besteht auch dann, wenn einer der folgenden **Einzelfälle** vorliegt:  
— wenn das Geschäft keine Hauptniederlassung umfaßt (Nr. 1390): ein Fall, den der Gesetzgeber bei der Formulierung des Art. 952 Abs. 1 OR nicht beachtet hat.
- 1407 — wenn das Geschäft eine Hauptniederlassung umfaßt, die ihrerseits in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und unter einer eingetragenen Hauptniederlassungs-Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma enthält (vgl. dazu Nr. 1494 ff.). Diese Zusätze zur Geschäftsfirma sind für die Zweigniederlassungs-Firma unbeachtlich.
- 1408 — wenn die Geschäftsfirma bereits gebildet und im Register der Haupteintragung aufgezeichnet war, als die Leistungseinheit Zweigniederlassung entstand. Dem Wesen der Geschäftsfirma als Firma des Geschäftsinhabers für das jeweils ganze Geschäft (Nr. 1310) widerspricht es nicht, daß sie auch für die nachträglich entstandene Zweigniederlassung verwendet wird; selbst dann nicht, wenn diese Zweigniederlassung das ursprüngliche Geschäft verändert, indem das Geschäft z. B. von einem einfachen zu einem zusammengesetzten wird (vgl. Nr. 941 ff.); oder indem es, bereits zusammengesetzt, eine weitere Leistungseinheit erhält. Erweist sich die Geschäftsfirma mit Rücksicht auf das veränderte Geschäft allerdings als täuschend, eventuell unwahr, so gilt das in Nr. 1417 Gesagte.
- 1409 — wenn die Geschäftsfirma der Haupteintragung eine echte oder eine unechte Nachfolgefirma darstellt (Nr. 1566), die sich der Inhaber für ein übernommenes Geschäft gewählt hat (Nr. 1565 ff.). Auch diese Nachfolgefirma ist als Zweigniederlassungs-Firma einzutragen und zu verwenden: sei es, daß die Zweigniederlassung als Bestandteil des übernommenen Geschäftes mitübernommen wurde; sei es, daß sie nachträglich, in Weiterentwicklung des Geschäftes, entstand. Wird jedoch das übernommene Geschäft durch die nachträgliche Entstehung der Zweigniederlassung derart verändert, daß die «Kontinuität» des Geschäftes nicht mehr gewahrt und deshalb eine Weiterführung der Nachfolgefirma unzulässig ist (Nr. 1584), so gilt das in Nr. 1417 Gesagte.
- 1410 — wenn die Zweigniederlassung von einem andern Geschäftsinhaber übernommen wurde, der die übernommene Leistungseinheit seinerseits als Geschäft, unter einer Geschäftsfirma, betrieben hatte. Als Zweigniederlassungs-Firma einzutragen ist auch hier die bisherige Geschäftsfirma des Übernehmers, nicht eine Nachfolgefirma (vgl. dazu Nr. 1573 ff.)<sup>572</sup>; Art. 952 Abs. 1 derogiert Art. 953 Abs. 2 OR. Das gilt um so mehr, wenn die übernommene Leistungseinheit vom früheren Inhaber nicht als Geschäft, sondern als Geschäfts-Teil betrieben wurde

<sup>572</sup> Vgl. demgegenüber für das deutsche Recht: G. Esch, S. 87.

(vgl. dazu Nr. 1585 ff.). Eine andere Frage allerdings ist die, ob in einem freiwilligen Zweigniederlassungs-Zusatz auf den früheren Inhaber hingewiesen werden kann (vgl. Nr. 1426).

- 1411 — wenn die Geschäftsfirma Name eines Vereins, einer Stiftung oder einer Verbandsperson ist (Nr. 1323).
- 1412 — wenn es sich um eine nichtkaufmännische Geschäftsfirma handelt (Nr. 1330).
- 1413 — wenn die Geschäftsfirma nationale, territoriale oder regionale Bezeichnungen enthält, die bewilligt werden mußten (Nr. 1340 ff.). Die Bewilligung gilt für den Betrieb des ganzen Geschäftes, auch für die Zweigniederlassung. Eine nochmalige Bewilligung ist nicht erforderlich, wenn die Geschäftsfirma mit den bewilligten Bezeichnungen als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen wird<sup>573</sup>.
- 1414 — wenn die Geschäftsfirma der Haupteintragung mehrsprachig gefaßt ist (Art. 39 HRegV). Sie kann in den verschiedenen Fassungen auch als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden. Werden nicht alle Fassungen als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen, so darf der Geschäftsinhaber die eingetragene Zweigniederlassung lediglich unter den eingetragenen Firmen-Fassungen betreiben.
- 1415 — wenn das Geschäft, um dessen Zweigniederlassung es geht, von einer Verbandsperson des schweizerischen Privatrechts betrieben wird, seinen «Hauptsitz» aber im Ausland hat (Nr. 931). Die Geschäftsfirma dieser Verbandsperson richtet sich — trotz ausländischem «Hauptsitz» — nach schweizerischem Recht: dem Recht des Personalstatuts (Nr. 1328). Betreibt die Verbandsperson eine Hauptniederlassung (Nr. 1390) im Ausland, so ist denkbar, daß die Hauptniederlassung nach dem anwendbaren Auslands-Recht nicht unter der schweizerischen Geschäftsfirma ihres Inhabers betrieben wird. Dennoch ist als Firma der schweizerischen Zweigniederlassung die schweizerische Geschäftsfirma einzutragen und zu verwenden; nicht die Firma, unter welcher der Geschäftsinhaber die ausländische Hauptniederlassung betreibt. Das entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Art. 952 Abs. 1 OR, wohl aber seinem Sinngehalt.
- 1416 Als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen wird nach dem Gesagten die schweizerische Geschäftsfirma, die das Registerblatt der Haupteintragung (Nr. 1027) ausweist. Nun gibt es aber zwei Fälle, in denen die schweizerische Geschäftsfirma nicht als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden kann:
- 1417 *Erster Fall:* Die schweizerische Geschäftsfirma der Haupteintragung widerspricht den öffentlichen Vorschriften, welche die *Firmenfreiheit* beschränken (Nr. 1334). Trifft dies zu, so darf die Geschäftsfirma, da sie rechtswidrig gebildet ist, nicht als Zweigniederlassungs-Firma verwendet werden, obwohl sie Gegenstand der Haupteintragung bildet<sup>574</sup>. Der Registerführer der Zweigniederlassung, der dies-

<sup>573</sup> Vgl. *His*, N. 5 zu Art. 952 OR.

<sup>574</sup> Der Haupteintragung kommt also in diesem Sinne keine «Rechtskraft» zu.

bezüglich prüfungspflichtig ist (vgl. Art. 955 OR), hat die Eintragung zu verweigern, und zwar die Eintragung der Zweigniederlassung überhaupt (Nr. 854). Die Zweigniederlassung ist nicht eintragbar: so lange nicht, bis die Geschäftsfirma auf dem Registerblatt der Haupteintragung derart verändert ist, daß sie mit den betreffenden Vorschriften übereinstimmt.

- 1418 *Zweiter Fall:* Die schweizerische Geschäftsfirma verletzt, wenn sie für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung verwendet wird (Nr. 1320), *private Rechte Dritter* (Nr. 1335). Zum Beispiel kollidiert sie mit der Geschäftsfirma eines andern Firmenträgers, die ihr gegenüber nach schweizerischem Firmen-, Wettbewerbs- oder Namensrecht geschützt wird (dazu Nr. 1344 ff.)<sup>575</sup>. Sei es, daß die Kollision nur und gerade dann besteht, wenn die Geschäftsfirma für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird, der Zweigbetrieb also einziger Konfliktgrund ist (Nr. 1550). Oder sei es, daß die Kollision ohnehin besteht, auch ohne Verwendung der Geschäftsfirma für den betreffenden Zweigbetrieb, der Zweigbetrieb also zusätzlicher Konfliktgrund ist (Nr. 1551).
- 1419 In diesem zweiten Fall stehen der Eintragung der Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma, und damit der Eintragung der Zweigniederlassung überhaupt, *private Rechte Dritter* entgegen. Doch aktualisiert sich hier das Fehlen der Eintragbarkeit grundsätzlich nur auf Entscheid des Zivilrichters hin, der — von Dritten angerufen — die Eintragung untersagt. Denn: privaten Rechten Dritter hat der Registerführer (bzw. das Eidgenössische Amt für das Handelsregister) von sich aus, ohne Urteil des Richters, nicht Nachachtung zu verschaffen; es sei denn, sie würden offensichtlich und unzweideutig verletzt (Nr. 385 f.). Eine derart eindeutige Verletzung ist hier, wenn überhaupt, nur hinsichtlich des firmenrechtlichen Ausschließlichkeits-Rechtes denkbar (vgl. Nr. 1359)<sup>576</sup>; in keinem Falle aber mit Bezug auf das subjektive Namensrecht oder das Recht auf ein Verhalten nach Treu und Glauben im Wettbewerb (vgl. ProtExpK 1924/25, S. 705)<sup>577</sup>. Dritte, deren private Einsprachen die Kognitionsbefugnis des Registerführers übersteigen, sind an den Richter zu weisen (Nr. 1359).
- 1420 Ist die Zweigniederlassung mit Rücksicht auf *private Rechte Dritter* aktuell nicht eintragbar (Nr. 1419), so kann sie erst eingetragen werden, wenn die Geschäftsfirma auf dem Registerblatt der Haupteintragung verändert ist: derart, daß sie, für die Zweigniederlassung gebraucht, die betreffenden Rechte nicht mehr verletzt.
- 1421 Das Gesagte bedarf einer Präzisierung hinsichtlich der freiwilligen Zusätze, welche die Zweigniederlassungs-Firma zur Geschäftsfirma enthalten kann. Diese Zusätze besprechen wir nachstehend, wobei wir auf die erforderliche Präzisierung in Nr. 1429 ff. zurückkommen werden.

<sup>575</sup> Vgl. Anm. 569.

<sup>576</sup> Vgl. *His*, N. 24 ff. zu Art. 953 OR.

<sup>577</sup> Vgl. Nr. 1335 und Anm. 569.

## bb. Freiwillige Zusätze

- 1422 Wird die schweizerische Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen und als eingetragene Zweigniederlassungs-Firma verwendet (Nr. 1405 ff.), so können ihr freiwillige Zusätze beigefügt sein; z. B. «Desinfecta AG, Zürich, *Filiale Bern*» (BlZüR 43, 1944, S. 365).
- 1423 Mit den freiwilligen Zusätzen befaßt sich der zweite Satz des Art. 952 Abs. 1 OR. Diese Zusätze **dürfen, müssen aber nicht**, mit der Geschäftsfirma **eingetragen werden**, wenn sie auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung als Zweigniederlassungs-Firma zur Eintragung gelangt. Ihre Eintragung hängt ab vom Willen des Geschäftsinhabers, der die Zweigniederlassung betreibt. Sind aber die Zusätze einmal eingetragen, so *dürfen und müssen sie verwendet werden*. Die Zweigniederlassungs-Firma, die der Geschäftsinhaber alsdann zu gebrauchen hat, besteht aus der Geschäftsfirma (der Firma für das ganze Geschäft) und den beigefügten Zusätzen. *Freiwillig* ist somit die *Eintragung* der «freiwilligen» Zusätze, *nicht aber deren Gebrauch*, wenn sie eingetragen sind. In diesem Sinne muß die ungenau formulierte Bestimmung im zweiten Satz des Art. 952 Abs. 1 OR verstanden werden.
- 1424 Läßt der Träger einer schweizerischen Geschäftsfirma eine Zweigniederlassungs-Firma eintragen, die freiwillige Zusätze zu seiner Geschäftsfirma enthält, so wird er nach dem Gesagten berechtigt und verpflichtet, die Zweigniederlassung unter der Geschäftsfirma mit Zusätzen zu betreiben. *Recht und Pflicht zum Gebrauch der eingetragenen Zusätze durchbrechen die Firmengebrauchspflicht*, wie wir sie in Nr. 1396 umschrieben haben. Die Geschäftsfirma kommt zwar auch hier zur Anwendung, aber verändert, nämlich mit Zusätzen. In diesem Sinne gilt das Erfordernis der Übereinstimmung von Geschäftsfirma und Firma des Zweigbetriebes (Nr. 1396) *nicht*, wenn der Zweigbetrieb eine eingetragene Zweigniederlassung ist.
- 1425 Was die **Auswahl der freiwilligen Zusätze** durch den Inhaber der Zweigniederlassung betrifft, so enthält Art. 952 Abs. 1 OR eine einzige Beschränkung: Die Zusätze müssen so beschaffen sein, daß sie «nur für die Zweigniederlassung zutreffen», nicht für das Geschäft als Ganzes: z. B. «Verkaufsstelle Bern»<sup>578</sup>, «Filiale Winterthur»<sup>579</sup>, «Zweiggeschäft»<sup>580</sup>, «Verkaufsbureau Basel»<sup>581</sup>. Unzulässig wäre es, im Zweigniederlassungs-Zusatz z. B. auf einen Geschäftszweig hinzuweisen, dem sich das Geschäft als Ganzes widmet.

<sup>578</sup> Vgl. Jost *Hartmann*, S. 69, Anm. 1.

<sup>579</sup> Vgl. F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 47; *His*, N. 10 zu Art. 952 OR.

<sup>580</sup> Vgl. F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 48.

<sup>581</sup> Vgl. Jul. *Hartmann*, S. 220.

- 1426 In umschriebenem Rahmen ist der Geschäftsinhaber grundsätzlich frei, die Zusätze zu bestimmen, die er seiner Geschäftsfirma beifügen will. Er kann, muß jedoch nicht<sup>582</sup>, die Worte «Zweigniederlassung», «Filiale» oder «succursale» verwenden<sup>583</sup>. Zum Hinweis auf einen früheren Inhaber im freiwilligen Zweigniederlassungs-Zusatz: Nr. 1576 und 1586.
- 1427 In jedem Falle aber hat sich der Geschäftsinhaber an die «allgemeinen Grundsätze» der Firmenbildung zu halten, welche das schweizerische Firmenrecht mit Blick auf die Geschäftsfirma statuiert (Nr. 1336 ff.). Diese kommen richtigerweise auch auf die freiwilligen Zusätze bei Zweigniederlassungs-Firmen zur Anwendung<sup>584</sup>. Die Zweigniederlassungs-Zusätze müssen daher wahr sein (Nr. 1337); überhaupt dürfen sie keine Täuschung verursachen (Nr. 1337); sie dürfen keinen öffentlichen Interessen widersprechen (Nr. 1339), nicht reklamehaft wirken (Nr. 1343) und keine bewilligungspflichtige, aber nicht bewilligte Bezeichnung enthalten (Nr. 1340 ff.). Nicht bewilligungspflichtig ist die territoriale und regionale Bezeichnung des Zweigniederlassungs-«Sitzes» in substantivischer Form (z. B. «Filiale Bern»). Art. 46 Abs. 3 HRegV, auf den wir uns abstützen, kommt analog zur Anwendung. Unmittelbar bezieht er sich auf den (Wohn-)Sitz des Geschäftsinhabers (vgl. BGE 92 I 300); bzw. auf den «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 1329), wenn der Geschäftsinhaber eine natürliche Einzelperson ist.
- 1428 Welche Sprache der Geschäftsinhaber für die freiwilligen Zusätze verwenden will, bleibt ihm überlassen. Er kann die Zusätze auch in mehreren Sprachen zur Eintragung bringen (z. B. «Zweigniederlassung Freiburg» und «succursale de Fribourg»). Art. 39 HRegV ist sinngemäß anzuwenden.
- 1429 Die freiwilligen Zusätze, mit denen eine schweizerische Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden soll, können von **Bedeutung sein für die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung**. Ist es doch denkbar, daß die schweizerische Geschäftsfirma, wenn sie ohne Zusätze für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung gebraucht wird (Nr. 1320), private Rechte Dritter verletzt (Nr. 1418); daß diese Verletzung, vor allem eine Kollision mit einer fremden Geschäftsfirma (Nr. 1539 ff.), aber entfällt, wenn der Geschäftsfirma bestimmte freiwillige Zusätze beigefügt sind<sup>585</sup>. Nr. 1418—1420 gilt es daher wie folgt zu präzisieren:
- 1430 — Bei der Frage, ob private Rechte Dritter der Verwendung der Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma, und damit der Eintragung der Zweigniederlassung überhaupt, entgegenstehen (Nr. 1418 ff.), sind die freiwilligen Zusätze mitzuberechnen, mit denen die Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen und verwendet werden soll. Wird eine Verletzung infolge der beigefügten Zusätze vermieden (Nr. 1429), so ist die Zweigniederlassung mit der betreffenden Zweigniederlassungs-Firma eintragbar. Das gilt namentlich dann, wenn die beigefügten Zusätze eine Kollision mit der geschützten Geschäftsfirma eines

<sup>582</sup> Vgl. *His*, N. 11 zu Art. 952 OR.

<sup>584</sup> Vgl. *His*, N. 11 zu Art. 952 OR.

<sup>583</sup> Vgl. *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 48.

<sup>585</sup> Vgl. auch, *His*, N. 7 und 9 zu Art. 952 OR.

andern verhindern (Nr. 1552 ff.). Maßgeblich ist einzig, daß *die für die Zweigniederlassung verwendete* Geschäftsfirma nicht mit der andern Geschäftsfirma kollidiert; kollidiert sie zwar mit der andern Geschäftsfirma, nicht aber beim Gebrauche für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung (Nr. 1559), so wird dadurch die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung nicht aufgehoben.

- 1431 — Eine Veränderung der auf dem Registerblatt der Haupteintragung aufgezeichneten Geschäftsfirma (Nr. 1420) erweist sich nur dann als unumgänglich, wenn sich eine Verletzung der privaten Rechte Dritter auch durch Beifügung freiwilliger Zusätze nicht vermeiden läßt. Andernfalls kann der Geschäftsinhaber, der die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung herbeiführen will, statt die Geschäftsfirma zu verändern, entsprechende Zusätze bestimmen, mit denen die Geschäftsfirma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden soll<sup>586</sup>.
- 1432 Enthält die eingetragene Zweigniederlassungs-Firma *keine freiwilligen* Zusätze zur schweizerischen Geschäftsfirma, so ist diese Geschäftsfirma für die betreffende Zweigniederlassung ohne Zusatz zu verwenden. Die Zweigniederlassungs-Firma deckt sich alsdann mit der Geschäftsfirma: der Firma für das ganze Geschäft, dem die Zweigniederlassung zugehört.

### cc. Ergebnis

- 1433 Fassen wir zusammen, was wir über die Firma der eingetragenen Zweigniederlassung bei einem Geschäft mit schweizerischer Geschäftsfirma festgestellt haben, so ergibt sich:
- 1434 *Die Zweigniederlassungs-Firma* (Nr. 1384), *die der Inhaber der eingetragenen Zweigniederlassung zu gebrauchen hat*, besteht entweder aus der schweizerischen Geschäftsfirma allein (Fall 1); oder sie besteht aus der schweizerischen Geschäftsfirma, der freiwillige Zusätze nach Art. 952 Abs. 1 OR beigefügt sind (Fall 2). Ob das eine (Fall 1) oder das andere (Fall 2) zutrifft, hängt davon ab, ob die Zweigniederlassungs-Firma auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung freiwillige Zusätze zur Geschäftsfirma enthält oder nicht. Enthält sie freiwillige Zusätze, so ist die Geschäftsfirma beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung *mit* diesen Zusätzen zu verwenden (Nr. 1423). Enthält sie keine Zusätze, so ist die Geschäftsfirma auch beim Betriebe der Zweigniederlassung ohne Zusätze zu gebrauchen (Nr. 1432).
- 1435 *Beide Fälle* (Nr. 1434) stimmen darin überein, daß der Geschäftsinhaber beim Betriebe seiner Zweigniederlassung *richtigerweise die Geschäftsfirma verwendet*; sei es *mit* oder *ohne* Zusätze. Das deckt sich mit dem, was wir über das Wesen der Geschäftsfirma ausgeführt haben:

<sup>586</sup> Vgl. *His*, N. 26 zu Art. 953 OR.

- 1436 Von der Geschäftsfirma haben wir gesagt, daß sie *Firma für das ganze Geschäft* sei (Nr. 1310). Sie ist Name des Geschäftsinhabers, den dieser für den ganzen Geschäftsbetrieb, somit auch für den Betrieb des Geschäfts-Teiles Zweigniederlassung gewählt hat (Nr. 1310). Die freiwilligen Zusätze, die im zweiten Fall zur Geschäftsfirma hinzukommen, stellen *weitere Kennzeichen des Geschäftsinhabers* dar. Sie bilden gewissermaßen den Zunamen, den der Geschäftsinhaber dem Hauptnamen Geschäftsfirma beifügt, wenn er durch den betreffenden Geschäfts-Teil im Verkehr auftritt. Zusammen mit der Geschäftsfirma individualisieren sie den Geschäftsinhaber beim Betriebe der Zweigniederlassung (vgl. z. B. BGE 62 I 20 a. E.). Die Pflicht, diese eingetragenen Zusätze der Geschäftsfirma beizufügen (Nr. 1434), beschränkt sich auf den firmenmäßigen Gebrauch der Geschäftsfirma (Nr. 1320): als Individualisierungsmerkmal des Geschäftsinhabers beim Betriebe der Zweigniederlassung. Sie hindert den Geschäftsinhaber nicht, die Geschäftsfirma ohne Zusätze als Enseigne für das Geschäftslokal der Zweigniederlassung zu verwenden (Nr. 1315 f.); oder sie als Marke für Waren zu gebrauchen (Nr. 1317 f.), die durch die Zweigniederlassung produziert bzw. angeboten werden.
- 1437 Von der Geschäftsfirma haben wir des weitern gesagt, daß sie regelmäßig auch die *Funktion einer Geschäftsbezeichnung* übernimmt (Nr. 1314). In dieser Funktion bezeichnet sie nicht den Geschäftsinhaber, sondern das Geschäft, und zwar das Geschäft als Ganzes, unter Einschluß aller Leistungseinheiten. Wird die Geschäftsfirma für die eingetragene Zweigniederlassung mit Zusätzen verwendet (z. B. «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern»), so kann auch diese Zweigniederlassungs-Firma die Funktion einer Geschäftsbezeichnung erfüllen. Nur bezeichnet sie nicht das ganze Geschäft, sondern den Geschäfts-Teil Zweigniederlassung. Die Geschäftsfirma innerhalb der Zweigniederlassungs-Firma («Desinfecta AG, Zürich») weist alsdann auf die Zugehörigkeit der Zweigniederlassung zum ganzen Geschäft hin, während die Zusätze («Filiale Bern») die Zweigniederlassung von den übrigen Leistungseinheiten des Geschäftes abheben.
- 1438 Abschließend gilt es darauf hinzuweisen, daß der Zweigbetrieb Zweigniederlassung *vom Konzernbetrieb zu unterscheiden* ist. Der Konzernbetrieb (Nr. 70) bildet zwar, wie die Zweigniederlassung, Bestandteil einer größeren Wirtschaftseinheit. Er ist Bestandteil eines Konzerns (Nr. 70). Doch ist er, im Unterschied zum Zweigbetrieb Zweigniederlassung (Nr. 673), rechtlich selbständig, wenn auch nur im uneigentlichen Sinne (Nr. 71 und 217). Er ist nicht Bestandteil eines Geschäftes, das ein Geschäftsinhaber unter Einschluß aller Leistungseinheiten betreibt (Nr. 675). Vielmehr wird er von einem eigenen Inhaber, einer «eigenen» Konzernperson betrieben (Nr. 217). Mit Rücksicht darauf kann er unter einer völlig verschiedenen Geschäftsfirma betrieben werden wie die übrigen Konzernbetriebe desselben Konzerns. Daher braucht die eingetragene Geschäftsfirma einer schweizerischen Tochtergesellschaft (z. B. «Möbel- und Teppich-Discount-Haus

AG», BGE 93 II 256) die schweizerische Geschäftsfirma einer Muttergesellschaft (z. B. «Möbel-Pfister AG», BGE 93 II 256) auch dann nicht zu enthalten, wenn beide Gesellschaften Betriebe betreiben, die zu einem Konzern verbunden sind. Das schließt nicht aus, daß in beiden Geschäftsfirmen übereinstimmende Firmenbestandteile verwendet werden, um die wirtschaftlichen und rechtlichen Verbindungen zum Ausdruck zu bringen (z. B. «AG für industrielle Elektronik AGIE Losone bei Locarno» und «AGIE Verkauf Schweiz»; BGE 92 I 293).

### 3. Firma der Zweigniederlassung bei einem Geschäft mit ausländischer Geschäftsfirma

- 1439 Das Geschäft, um dessen Leistungseinheit es sich bei dieser Zweigniederlassung handelt, wird von seinem Inhaber unter ausländischer Geschäftsfirma betrieben (Nr. 1327). Entweder gehört es einem ausländischen Verband (Fall 1); oder es ist ein Einzel-Geschäft (Nr. 1309) mit «Hauptsitz» (Nr. 1329) im Ausland (Fall 2). In beiden Fällen richtet sich die Geschäftsfirma des Inhabers nach ausländischem Recht: nach dem Recht des ausländischen Personalstatuts (Fall 1) oder nach dem Recht am geschäftlichen «Hauptsitz»-Ort (Fall 2); vgl. Nr. 1328.
- 1440 Das umschriebene Geschäft kann in der Schweiz grundsätzlich nicht eingetragen werden, weshalb die Eintragung der Zweigniederlassung *keine schweizerische Haupteintragung* voraussetzt. Eine Ausnahme bildet der seltene Fall, in dem ein Geschäft mit «Hauptsitz» in der Schweiz von einer ausländischen Verbandsperson betrieben wird (Nr. 922). Diesen Sonderfall behandeln wir in einem speziellen Abschnitt (Nr. 1488). Im folgenden klammern wir ihn aus.
- 1441 Zunächst sprechen wir von der ausländischen Geschäftsfirma und der Firma des Zweigbetriebes im allgemeinen (Nr. 1442 ff.); dann von der ausländischen Geschäftsfirma und der Firma der Zweigniederlassung im besonderen (Nr. 1445 ff.).

#### A. Ausländische Geschäftsfirma und Firma des Zweigbetriebes im allgemeinen

- 1442 Richtet sich eine Geschäftsfirma nach ausländischem Recht, so ist der Geschäftsinhaber berechtigt, die nach dem zuständigen Auslands-Recht gebildete Geschäftsfirma auch in der Schweiz zu verwenden (Nr. 1327). Er kann unter dieser Geschäftsfirma entweder nur gelegentlich in der Schweiz auftreten; er kann unter der Auslands-Firma aber auch eine Leistungseinheit in der Schweiz betreiben, die Bestandteil seines Geschäftes, eventuell ein Zweigbetrieb ist. **Der Zweigbetrieb in der Schweiz wird zu Recht unter der ausländischen Geschäftsfirma betrieben**, auch wenn diese den schweizerischen Vorschriften nicht entspricht (vgl. BGE 37 II 374). *Vorbehalten* bleiben allerdings:

- 1443 1. *Der schweizerische Ordre public* (Nr. 1327). Dieser Vorbehalt erlangt nur (aber immerhin) dann praktische Bedeutung, wenn der Zweigbetrieb in ein schweizerisches Handelsregister eingetragen werden soll (vgl. Nr. 1466). Oder wenn vom Träger der Geschäftsfirma deren Schutz nach schweizerischem Recht verlangt wird; ausländische Geschäftsfirmen, die dem schweizerischen Ordre public nicht entsprechen, werden nicht geschützt; hier fehlt es am schutzwürdigen Interesse<sup>587</sup>.
- 1444 2. *Private Rechte Dritter* (Nr. 1327). Eine nach dem zuständigen Auslands-Recht gültig gebildete Geschäftsfirma «verleiht ihrem Inhaber nicht die Befugnis, sich ihrer in der Schweiz selbst dann zu bedienen, wenn sie hier vorgehende Rechte anderer Personen verletzt» (BGE 83 II 335). Die verletzten Dritten können auf Unterlassung des verletzenden Firmengebrauchs klagen.

#### B. Ausländische Geschäftsfirma und Firma der Zweigniederlassung im besonderen

- 1445 Die (schweizerische) Zweigniederlassung (Nr. 1388 f.), die eine Erscheinungsform des Zweigbetriebes darstellt (Nr. 1388), ist entweder im Schweizerischen Handelsregister eingetragen oder aber nicht eingetragen. Zunächst befassen wir uns wiederum mit der Firma der nicht eingetragenen Zweigniederlassung, über die das Gesetz keine Vorschrift enthält (Nr. 1400).

##### a. FIRMA DER NICHT EINGETRAGENEN ZWEIGNIEDERLASSUNG

- 1446 Gehört die nicht eingetragene (schweizerische) Zweigniederlassung zu einem Geschäft mit ausländischer Geschäftsfirma (Nr. 1439), so gilt das in Nr. 1442 ff. Gesagte auch für sie: Als Zweigbetrieb dieses Geschäftes darf sie in der Schweiz, wenn auch mit Vorbehalt, unter der Geschäftsfirma betrieben werden, die ihr Inhaber nach zuständigem Auslands-Recht gebildet hat.
- 1447 Ist die schweizerische Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen, so bestimmt sich ihre Firma nach Art. 952 OR.

##### b. FIRMA DER EINGETRAGENEN ZWEIGNIEDERLASSUNG (Art. 952 OR)

- 1448 Auf die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma (Nr. 1439) sind beide Absätze des Art. 952 OR anwendbar (vgl. aber Nr. 1492). Deren Inhalt läßt sich in zwei Stichworte fassen: 1. Gleiche Firma wie die Hauptniederlassung (Nr. 1449 ff.); 2. Freiwillige und obligatorische Zusätze (Nr. 1471 ff.).

<sup>587</sup> Vgl. Anm. 515, 544 und 554.

aa. «Gleiche Firma wie die Hauptniederlassung»

- 1449 Eingetragene Zweigniederlassungen (Nr. 1387) müssen nach Art. 952 Abs. 1 OR «die gleiche Firma führen wie die Hauptniederlassung». Interpretieren wir diese Vorschrift richtig, so muß die eingetragene (schweizerische) Zweigniederlassung unter der Geschäftsfirma betrieben werden, die der Inhaber als Firma für das ganze Geschäft verwendet, dem die Zweigniederlassung als Bestandteil zugehört (Nr. 1403). Das gilt auch für die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma (Nr. 1439). **Die nach zuständigem Auslands-Recht gebildete Geschäftsfirma** (z. B. «Mondial Trust reg.», BGE 90 II 193; «The American Express Company, Incorporated Hartford & New York», BGE 91 I 217; «Eurobel Handels GmbH», BGE 93 I 563) **ist für den Betrieb der eingetragenen Zweigniederlassung zu gebrauchen** (vgl. BGE 93 I 563)<sup>588</sup>. Sie wird daher, wenn die Zweigniederlassung zur Eintragung gelangt, auf deren Registerblatt nicht nur als Geschäftsfirma (als Firma für das ganze Geschäft) eingetragen, sondern auch als Zweigniederlassungs-Firma (als Name, den der Geschäftsinhaber beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung gebraucht); vgl. Nr. 1387 und 1405 a. E.
- 1450 Die umschriebene Rechtslage besteht auch dann, wenn einer der folgenden **Einzel-fälle** vorliegt:
- 1451 — wenn das Geschäft keine Hauptniederlassung umfaßt (Nr. 1390).
- 1452 — wenn das Geschäft eine Hauptniederlassung (Nr. 1390) im Ausland umfaßt, die der Geschäftsinhaber, nach dem zuständigen Auslands-Recht, nicht unter der unveränderten Geschäftsfirma betreibt. Daß hier dennoch die ausländische Geschäftsfirma (und nicht die abweichende Firma der Hauptniederlassung) als Firma der Zweigniederlassung eingetragen wird, entspricht zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinngehalt des Art. 952 Abs. 1 OR.
- 1453 — wenn die ausländische Geschäftsfirma bereits gebildet war, als die Zweigniederlassung entstand.
- 1454 — wenn die Zweigniederlassung von einem andern Geschäftsinhaber übernommen wurde, der sie als Geschäft oder Geschäfts-Teil betrieben hatte. Als Zweigniederlassungs-Firma einzutragen und zu verwenden ist auch hier die bisherige Auslands-Firma des Übernehmers, nicht eine Nachfolgefirma (vgl. sinngemäß Nr. 1410). Zur Frage, ob in einem freiwilligen Zweigniederlassungs-Zusatz auf den früheren Inhaber hingewiesen werden kann, siehe Nr. 1576 und 1586.
- 1455 — wenn der Geschäftsinhaber nach zuständigem Auslands-Recht für ein und dasselbe Geschäft mehrere inhaltlich verschiedene Geschäftsfirmen nebeneinander verwendet, nicht nur eine Geschäftsfirma in mehreren Sprachen<sup>589</sup>. Als Zweigniederlassungs-Firma einzutragen und zu verwenden ist *eine* der mehreren

<sup>588</sup> Vgl. dazu auch L. Eberle, S. 47; Jost Hartmann, S. 71; H. Hilbig, S. 43; F. Vischer, in SchwPR I, S. 577; SJZ 25, 1928/29, S. 315.

<sup>589</sup> Vgl. dazu die in Anm. 452 zitierten Autoren.

Geschäftsfirmen. Bei Mehrsprachigkeit *einer* Geschäftsfirma können mehrere inhaltlich übereinstimmende Fassungen eingetragen werden. Für die eingetragene Zweigniederlassung hat der Inhaber nur die eingetragenen Fassungen zu gebrauchen.

- 1456 — wenn die Geschäftsfirma nach zuständigem Auslands-Recht zwar grundsätzlich eine Firma für das ganze Geschäft ist, der Geschäftsinhaber aber einzelne Leistungseinheiten innerhalb des Geschäftes (z. B. Zweigniederlassungen) ausnahmsweise unter einem völlig verschiedenen Namen betreiben kann.
- 1457 — wenn die Auslands-Firma keine Geschäftsfirma im Sinne des zuständigen Auslands-Rechts ist; weil z. B. als Geschäftsfirmen im Rechtssinne nur kaufmännische Geschäftsfirmen gelten, das in Frage stehende Geschäft aber kein kaufmännisches Geschäft darstellt; oder weil der Geschäftsinhaber eine natürliche Einzelperson ist, natürliche Einzelpersonen nach zuständigem Auslands-Recht aber keine Geschäftsfirmen im Rechtssinne führen <sup>590</sup>.
- 1458 — wenn die Geschäftsfirma nach der Lehre des betreffenden Auslands-Staates als Geschäftsbezeichnung (Nr. 1313), nicht als Name des Geschäftsinhabers aufgefaßt wird.
- 1459 — wenn der Träger der ausländischen Geschäftsfirma ein Verein, eine Stiftung oder eine Verbandsperson des öffentlichen Rechtes ist (vgl. Nr. 1323); oder wenn er ein Verband ist, der in der Schweiz nicht seinesgleichen hat (vgl. z. B. BGE 90 II 192 ff.)<sup>591</sup>.
- 1460 — wenn die ausländische Geschäftsfirma im entsprechenden Auslands-Staat nicht eingetragen ist.
- 1461 — wenn die ausländische Geschäftsfirma den Vorschriften des schweizerischen Rechtes nicht entspricht (BGE 37 II 374). Vorbehalten bleiben allerdings auch hier (vgl. Nr. 1443 f.): 1. der schweizerische Ordre public; 2. vorgehende Rechte Dritter. Mit diesen Vorbehalten befassen wir uns im einzelnen:
- 1462 Zunächst zum **Vorbehalt des schweizerischen Ordre public** <sup>592</sup>. Er greift namentlich in folgenden Fällen ein:
- 1463 — wenn die *Auslands-Firma täuscht*, vor allem, weil sie unwahr ist (vgl. Nr. 1337)<sup>593</sup>. Zum Beispiel weist sie auf einen Verband hin, obwohl der Geschäftsinhaber eine natürliche Einzelperson ist, oder umgekehrt. Oder sie weist auf eine Personengesellschaft (z. B. eine Kollektivgesellschaft) hin, während es sich beim

<sup>590</sup> Vgl. für das französische Recht: W. Diener, S. 71 f.

<sup>591</sup> Vgl. auch His, N. 14 zu Art. 952 OR.

<sup>592</sup> Vgl. statt vieler: H. Hilbig, S. 43; A. F. Schnitzer, Handbuch I, S. 327; F. Vischer, in SchwPR I, S. 577; Weiß, Einleitung, N. 474; ProtExpK 1924/25, S. 722. Vgl. demgegenüber A. Mamelok, S. 300.

<sup>593</sup> Vgl. H. Hilbig, S. 43; F. Vischer, in SchwPR I, S. 577. Anderer Ansicht noch: Schw. Bl. für handelsrechtliche Entscheidungen, 12, 1893, S. 103; W. v. Steiger, ZBJV 67, 1931, S. 323.

- Firmenträger in Wirklichkeit um eine Kapitalgesellschaft handelt<sup>594</sup>. Oder sie enthält den Ausdruck «allgemeine», obwohl sich das Geschäft, das unter ihr geführt wird, nicht als Großbetrieb qualifiziert (vgl. BJM 1960, S. 59 f., Nr. 45).
- 1464 — wenn die Auslands-Firma *ausgesprochen reklamehafter Natur* ist (Nr. 1343)<sup>595</sup>, *unsittliche Bezeichnungen* enthält, oder sonstwie den *öffentlichen Interessen* zuwiderläuft, die es zu schützen gilt (Nr. 1339)<sup>596</sup>.
- 1465 — wenn die Auslands-Firma *nationale, territoriale oder regionale Bezeichnungen* enthält, die nach Art. 45 f. HRegV verboten sind (Nr. 1340 ff.; z. B. «Eurobel Handels GmbH», BGE 93 I 563; «The American Express Company», BGE 91 I 217)<sup>597</sup>. Dieses Verbot kann durch eine Bewilligung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister aufgehoben werden, und zwar auch für ausländische Geschäftsfirmen (vgl. BGE 93 I 563 ff.). Da die betreffenden Geschäftsfirmen nach ausländischem Recht bereits gültig bestehen und meistens bekannt sind, haben ihre Firmenträger ein gesteigertes Interesse an der Bewilligung. Dieses gesteigerte Interesse ist zu berücksichtigen bei der Frage, ob «besondere Umstände» eine Bewilligung rechtfertigen (vgl. Nr. 1340). Weisen nationale Bezeichnungen in einer Auslands-Firma auf einen ausländischen Staat hin (z. B. «The American Express Company»), so hat sich die Bewilligungsbehörde bei ihrem Entscheid weder von den Interessen des fremden Staates, noch von nationalen Empfindungen der betreffenden Bürger leiten zu lassen. Dem Schutz dieser Werte dient das Verbot nationaler Bezeichnungen nicht (vgl. Nr. 1342). Anders verhält es sich, wenn der Hinweis auf den schweizerischen Staat erfolgt.
- 1466 Widerspricht die nach zuständigem Auslands-Recht gebildete Geschäftsfirma dem schweizerischen Ordre public, so darf sie nicht als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen und verwendet werden. Die Zweigniederlassung ist alsdann überhaupt nicht eintragbar (vgl. Nr. 854 und BGE 93 I 563). Die Eintragbarkeit fehlt so lange, bis der Zweigniederlassungs-Inhaber seine ausländische Geschäftsfirma (die Firma für das ganze Geschäft) derart verändert hat, daß sie mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar ist. Darin besteht ein grundlegender Unterschied zur Rechtslage in Deutschland. Widerspricht eine ausländische Geschäftsfirma den Vorschriften des deutschen HGB, so kann für die deutsche Zweigniederlassung eine von der Auslands-Firma abweichende Firmenbezeichnung verwendet werden<sup>598</sup>.
- 1467 Der zweite Vorbehalt (Nr. 1461) beschlägt **vorgehende Rechte Dritter**. Er betrifft den Fall, da die Auslands-Firma, für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung ge-

<sup>594</sup> Vgl. F. Diebold, S. 81.

<sup>595</sup> F. Vischer, in SchwPR I, S. 577; vgl. auch F. Diebold, S. 81; H. Hilbig, S. 43; F. v. Steiger, Firmenrecht, S. 49.

<sup>596</sup> Vgl. W. v. Steiger, ZBJV 67, 1931, S. 323.

<sup>597</sup> Vgl. F. Diebold, S. 81; F. v. Steiger, Firmenrecht, S. 49. Anderer Ansicht: W. v. Steiger, ZBJV 67, 1931, S. 323.

<sup>598</sup> Vgl. H. C. Nipperdey, S. 203.

braucht, private Rechte anderer verletzt. Zum Beispiel deswegen, weil sie beim Gebrauch für den betreffenden Zweigbetrieb (Nr. 1320) mit einer fremden Geschäftsfirma kollidiert, die ihr gegenüber nach schweizerischem Firmen-, Wettbewerbs- oder Namensrecht geschützt wird (vgl. BGE 90 II 200; vgl. auch Nr. 1539 ff.)<sup>599</sup>. Diese Kollision mag nur und gerade dann bestehen, wenn die Auslands-Firma für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird, der Zweigbetrieb also einziger Konfliktgrund ist (Nr. 1550); oder sie mag ohnehin bestehen, auch ohne Verwendung der Geschäftsfirma für den Zweigbetrieb; derart, daß der Zweigbetrieb einen zusätzlichen Konfliktgrund bildet (Nr. 1551).

- 1468 Verletzt die Auslands-Firma, für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung gebraucht, private Rechte Dritter, so ist sie nicht als Zweigniederlassungs-Firma eintragbar<sup>600</sup>; die Zweigniederlassung ist alsdann überhaupt nicht eintragbar. Doch gilt das in Nr. 1419 Gesagte auch hier: Das Fehlen der Eintragbarkeit aktualisiert sich grundsätzlich nur auf Entscheid des Zivilrichters hin, der — von Dritten angerufen — die Eintragung untersagt.
- 1469 Ist die Zweigniederlassung mit Rücksicht auf private Rechte Dritter aktuell nicht eintragbar (Nr. 1468), so kann sie nicht eingetragen werden: so lange nicht, bis ihr Inhaber seine Auslands-Firma geändert hat; derart, daß sie, für die Zweigniederlassung gebraucht, die betreffenden Rechte nicht mehr verletzt.
- 1470 Das Gesagte bedarf einer Präzisierung mit Rücksicht auf die Zusätze, welche die Zweigniederlassungs-Firma zur Geschäftsfirma enthält. Diese Zusätze besprechen wir nachstehend, wobei wir in Nr. 1481 ff. auf die erforderliche Präzisierung zurückkommen werden.

#### **bb. Freiwillige und obligatorische Zusätze**

- 1471 Die ausländische Geschäftsfirma, die als Firma der eingetragenen Zweigniederlassung dient (Nr. 1449 ff.), bildet nur den Kern dieser Zweigniederlassungs-Firma. Hinzu treten bestimmte Zusätze. Nach Art. 952 OR ist zwischen freiwilligen und obligatorischen Zusätzen zu unterscheiden.
- 1472 *1. Freiwillige Zusätze.* Mit ihnen befaßt sich der zweite Satz des Art. 952 Abs. 1 OR. Sie *dürfen, müssen aber nicht*, mit der Geschäftsfirma eingetragen werden, wenn diese auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung als Zweigniederlassungs-Firma zur Eintragung gelangt; *sind* sie eingetragen, so *dürfen und müssen* sie der Geschäftsfirma beigelegt sein, die der Inhaber für die eingetragene Zweigniederlassung verwendet. Vgl. dazu Nr. 1423.
- 1473 Der zweite Satz des Art. 952 Abs. 1 OR bezieht sich *auch* auf die *Zweigniederlassung eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma* (Nr. 1439). Auch die

<sup>599</sup> Vgl. dazu, namentlich zur Verletzung vorgehender Rechte Dritter durch unlauteren Wettbewerb: Anm. 569 und W. v. Steiger, ZBJV 67, 1931, S. 324.

<sup>600</sup> Vgl. schon A. Mamelok, S. 300.

Geschäftsfirma nach zuständigem Auslands-Recht kann somit, wenn sie als Firma einer schweizerischen Zweigniederlassung eingetragen und als eingetragene Zweigniederlassungs-Firma gebraucht wird, mit freiwilligen Zusätzen nach Art. 952 Abs. 1 OR versehen sein (vgl. BGE 90 II 200; 93 I 563).

- 1474 *Als freiwillige Zusätze geeignet* sind Bezeichnungen, die «nur für die Zweigniederlassung zutreffen». Was wir in Nr. 1425—1428 gesagt haben, gilt sinngemäß auch hier. Namentlich unterstehen nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen der Bewilligungspflicht, sofern es sich nicht um territoriale oder regionale Bezeichnungen des Zweigniederlassungs-«Sitzes» handelt (Nr. 1427). Bewilligungspflichtig wäre somit der Zusatz «schweizerische Zweigniederlassung». Was die Zulässigkeit einer derartigen Bezeichnung der Zweigniederlassung betrifft, kann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Geschäftsfirma von Tochtergesellschaften verwiesen werden (vgl. BGE 92 I 298 ff. und 94 I 559 ff.). Die darin entwickelten Grundsätze sind mutatis mutandis auch vorliegend anwendbar.
- 1475 Enthält die eingetragene Zweigniederlassungs-Firma keine freiwilligen Zusätze zur ausländischen Geschäftsfirma, so ist diese Geschäftsfirma für die betreffende Zweigniederlassung nur mit den obligatorischen Zusätzen zu verwenden<sup>601</sup>.
- 1476 **2. Obligatorische Zusätze.** Mit ihnen befaßt sich Art. 952 Abs. 2 OR. Sie *müssen der Geschäftsfirma beigelegt sein*, wenn diese als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen und als eingetragene Zweigniederlassungs-Firma gebraucht wird<sup>601</sup>. Freiwillig ist weder ihre Eintragung noch ihr Gebrauch (vgl. demgegenüber Nr. 1472).
- 1477 Art. 952 Abs. 2 OR bezieht sich seinem Wortlaut nach auf «Zweigniederlassungen eines Unternehmens, dessen Sitz sich im Ausland befindet»: d. h. eines Geschäftes mit «Hauptsitz» im Ausland (Art. 935 Abs. 2 OR; Nr. 878). Die *Bestimmung soll der Umgehung des schweizerischen Firmenrechts entgegenwirken*<sup>602</sup>. Zur Anwendung kommt sie daher nur auf Zweigniederlassungen eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma (Nr. 1439). Sie findet keine Anwendung, wenn die Bildung der Geschäftsfirma schweizerischem Recht untersteht. Das gilt selbst dann, wenn der «Hauptsitz» eines Geschäftes (Nr. 1329), das unter schweizerischer Geschäftsfirma (Nr. 1326) betrieben wird, im Ausland liegt. Diesen Fall hat der Gesetzgeber bei der Formulierung des Art. 952 Abs. 2 OR übersehen; er ist dort gegeben, wo ein Geschäft mit ausländischem «Hauptsitz» von einer schweizerischen Verbandsperson betrieben wird (Nr. 931 und 1328).

<sup>601</sup> Ob allerdings die Verletzung auch dieser Pflicht durch Art. 2 der Strafbestimmungen (Anm. 567) sanktioniert ist, erweist sich mit Rücksicht auf dessen enge Tatbestandsumschreibung zumindest als fraglich. Eine sinngemäße Anwendung des Art. 2 würde am Analogieverbot nach Art. 1 des Strafgesetzbuches scheitern.

<sup>602</sup> Vgl. dazu L. Eberle, S. 46 f.; Jost Hartmann, S. 71.

- 1478 *Drei obligatorische Zusätze* muß die Zweigniederlassungs-Firma zur ausländischen Geschäftsfirma enthalten. Sie haben nach Art. 952 Abs. 2 OR hinzuweisen: — auf den ausländischen «*Ort der Hauptniederlassung*», der mit dem geschäftlichen «*Hauptsitz*»-Ort zusammenfällt (Nr. 1390). Auf diesen «*Hauptsitz*»-Ort muß die Zweigniederlassungs-Firma selbst dann verweisen, wenn das betreffende Geschäft keine Hauptniederlassung umfaßt (Nr. 1390). Handelt es sich um ein Verbands-Geschäft (Nr. 1309), dessen «*Hauptsitz*»-Ort sich vom (Wohn-)Sitz-Ort des Inhabers (z. B. einer Aktiengesellschaft) unterscheidet, so rechtfertigt es sich, auf den (Wohn-)Sitz-Ort des Verbands hinzuweisen, nicht auf den Ort des geschäftlichen «*Hauptsitzes*». Ist der verlangte Verweis in der ausländischen Geschäftsfirma (der Firma für das ganze Geschäft) bereits enthalten, so braucht er nicht in einem Zusatz wiederholt zu werden<sup>603</sup>. Der entsprechende Zusatz entfällt.
- 1479 — auf den «*Ort der Zweigniederlassung*». Gemeint ist der «*Sitz*»-Ort der Zweigniederlassung, der den Eintragungsort bildet (vgl. Nr. 823 ff.). Zum Beispiel: «*The American Express Company, Incorporated Hartford & New York, Filiale Luzern*» (BGE 91 I 217).
- 1480 — auf den *Zweigniederlassungs-Charakter* der Leistungseinheit, die unter der Zweigniederlassungs-Firma betrieben wird. Dieser Hinweis mußte nach Art. 11 Abs. 2 der rev. VO II in einer der schweizerischen Landessprachen abgefaßt sein. Das gilt nach *F. Diebold*<sup>604</sup> auch de lege lata, obwohl Art. 952 Abs 2 OR eine entsprechende Bestimmung nicht enthält. Dem ist zuzustimmen<sup>605</sup>. Denn der Hinweis auf den Zweigniederlassungs-Charakter ist nur dann sinnvoll, wenn er in der Schweiz verstanden wird.
- 1481 3. Die obligatorischen und gegebenenfalls auch freiwilligen Zusätze, mit denen die Auslands-Firma als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen wird, können von **Bedeutung sein für die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung**; sie können verhindern, daß die Auslands-Firma, für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung gebraucht, private Rechte Dritter verletzt (vgl. sinngemäß Nr. 1429). Vor allem können sie verhindern, daß die für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung verwendete Auslands-Firma mit der geschützten Geschäftsfirma eines andern kollidiert (vgl. BGE 90 II 201 und Nr. 1552 ff.). Was wir in Nr. 1467—69 ausgeführt haben, gilt es daher wie folgt zu präzisieren:
- 1482 — Die obligatorischen und gegebenenfalls auch freiwilligen Zusätze sind mitzuberücksichtigen bei der Frage, ob die Auslands-Firma, für die Zweigniederlassung gebraucht, private Rechte Dritter verletzt (Nr. 1467). Entfällt die Verletzung, namentlich eine Kollision mit einer fremden Geschäftsfirma, infolge der beigefügten Zusätze (vgl. BGE 90 II 201), so ist die Zweigniederlassung mit der entsprechenden Zweigniederlassungs-Firma eintragbar (vgl. sinngemäß Nr. 1430).

<sup>603</sup> Vgl. *F. Diebold*, S. 78.

<sup>604</sup> S. 80.

<sup>605</sup> Anderer Ansicht: *Jost Hartmann*, S. 70 Anm. 7; *Jul. Hartmann*, S. 220.

1483 — Die genannte Verletzung entfällt möglicherweise schon deswegen, weil der Auslands-Firma *obligatorische* Zusätze beigefügt sind<sup>606</sup>. Denkbar ist aber auch, daß sie nur dann entfällt, wenn ihr bestimmte *freiwillige* Zusätze beigefügt werden; oder daß sie *überhaupt nicht* entfällt, auch nicht durch Beifügung freiwilliger Zusätze<sup>607</sup>. Im letzten Fall hat der Geschäftsinhaber keine andere Wahl, als die Geschäftsfirma zu ändern, falls er die Eintragbarkeit der Zweigniederlassung herbeiführen will (Nr. 1469; BGE 90 II 201). Im zweiten Fall kann er, statt seine Geschäftsfirma zu ändern, auch die erforderlichen Zusätze beifügen.

### cc. Ergebnis

1484 Fassen wir zusammen, was wir über die Firma der eingetragenen Zweigniederlassung bei einem Geschäft mit ausländischer Geschäftsfirma gesagt haben, so ergibt sich:

1485 Die *Zweigniederlassungs-Firma* (Nr. 1384), die der Inhaber der eingetragenen Zweigniederlassung zu gebrauchen hat, besteht entweder aus der ausländischen Geschäftsfirma und den obligatorischen Zusätzen nach Art. 952 Abs. 2 OR (Fall 1); oder sie besteht aus der ausländischen Geschäftsfirma, den obligatorischen Zusätzen nach Art. 952 Abs. 2 und freiwilligen Zusätzen nach Art. 952 Abs. 1 OR (Fall 2). Ob das eine (Fall 1) oder das andere (Fall 2) zutrifft, hängt davon ab, ob die Zweigniederlassungs-Firma auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung nebst den obligatorischen Zusätzen auch freiwillige Zusätze enthält oder nicht. Enthält sie freiwillige Zusätze, so ist die Geschäftsfirma beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung mit diesen freiwilligen und den obligatorischen Zusätzen zu verwenden (Nr. 1472 und 1476). Enthält sie keine freiwilligen Zusätze, so ist die Geschäftsfirma nur, aber immerhin, mit den obligatorischen Zusätzen zu gebrauchen (Nr. 1475).

1486 *Beide Fälle* (Nr. 1485) stimmen darin überein, daß der Geschäftsinhaber beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung seine *Geschäftsfirma verwenden* muß: den Namen, den er sich nach ausländischem Recht für den Betrieb des Geschäftes gewählt hat. Diesem Namen sind in jedem Falle weitere Kennzeichen

<sup>606</sup> Vgl. L. Eberle, S. 47 f. Nach seiner Ansicht sind infolge der obligatorischen Zusätze «Streitigkeiten zwischen der Filiale eines ausländischen Unternehmens und einem schweizerischen Geschäft . . . wegen der Möglichkeit von Verwechslungen so gut wie ausgeschlossen». «Das ergibt sich daraus, daß durch die obligatorische Beifügung der . . . verlangten Zusätze immer ein genügender Unterschied zwischen den Firmen geschaffen wird» (S. 48).

Die Meinung, wonach durch die obligatorischen Zusätze «immer ein genügender Unterschied» geschaffen wird, teilen wir nicht. Sie ist übrigens auch durch die Praxis widerlegt (vgl. BGE 90 II 192 ff.).

<sup>607</sup> Vgl. A. Mamelok, S. 300.

beizufügen: obligatorische, bzw. obligatorische und freiwillige Zusätze. Zusammen mit der Geschäftsfirma individualisieren sie den Geschäftsinhaber beim Betriebe der eingetragenen Zweigniederlassung. Die Pflicht, die Geschäftsfirma *mit* den eingetragenen (obligatorischen, bzw. obligatorischen *und* freiwilligen) Zusätzen zu verwenden (Nr. 1485), beschränkt sich auch hier auf den firmenmäßigen Gebrauch der Geschäftsfirma für den Betrieb der Zweigniederlassung (vgl. Nr. 1436). Über die Funktion der Geschäftsfirma und der Zweigniederlassungs-Firma als Geschäftsbezeichnung vgl. sinngemäß Nr. 1437.

- 1487 Abschließend gilt es wiederum auf den Unterschied hinzuweisen, der zwischen dem Zweigbetrieb Zweigniederlassung (als Geschäfts-Teil) und dem *Konzernbetrieb* besteht (vgl. dazu Nr. 1438). Der Konzernbetrieb kann von seinem Inhaber unter einer Geschäftsfirma betrieben werden, die von den Geschäftsfirmen für verbundene Konzernbetriebe völlig abweicht (Nr. 1438). Deshalb muß die eingetragene Geschäftsfirma einer schweizerischen Tochtergesellschaft die ausländische Geschäftsfirma einer Muttergesellschaft nicht enthalten, auch wenn es sich bei beiden Gesellschaften um Konzernpersonen ein und desselben Konzerns handelt. Das schließt nicht aus, daß in beiden Geschäftsfirmen übereinstimmende Firmenbestandteile verwendet werden (vgl. z. B. BGE 92 I 298).

#### **4. Firma der Zweigniederlassung bei einem Geschäft mit ausländischer Geschäftsfirma, aber schweizerischer Geschäftseintragung**

- 1488 Bis anhin sind wir davon ausgegangen, daß Geschäfte mit ausländischer Geschäftsfirma (Nr. 1439) in der Schweiz nicht eingetragen werden (vgl. Nr. 1440). Von dieser Regel gibt es eine seltene Ausnahme, die hier vermerkt werden soll. Sie betrifft den Fall, da ein **Geschäft mit «Hauptsitz» in der Schweiz von einer ausländischen Verbandsperson betrieben** wird (vgl. dazu Nr. 922). Diese Verbandsperson ist verpflichtet oder nur berechtigt, ihr Geschäft nach Art. 934 Abs. 1 bzw. Abs. 2 OR eintragen zu lassen, sofern die Eintragbarkeits-Voraussetzungen vorliegen (Nr. 922). Die schweizerische Geschäftseintragung nach Art. 934 OR bildet hier die Haupteintragung, ohne die eine Zweigniederlassung des betreffenden Geschäftes in der Schweiz nicht eingetragen werden kann (Nr. 922). Sie beschlägt unter anderem auch die Geschäftsfirma der Verbandsperson.
- 1489 Diese Geschäftsfirma richtet sich nach ausländischem Recht, dem Recht des Personalstatuts (Nr. 1328); auch wenn sie für den Betrieb des Geschäftes in der Schweiz verwendet wird. Die nach zuständigem Auslands-Recht gebildete Geschäftsfirma ist, falls das Geschäft nach Art. 934 OR zur Eintragung gelangt, als Geschäftsfirma einzutragen. Doch findet die Herrschaft des ausländischen Rechts ihre Grenzen am schweizerischen Ordre public und entbindet den Geschäfts-

inhaber nicht von der Pflicht, auf vorgehende Rechte Dritter in der Schweiz Rücksicht zu nehmen (Nr. 1327; sinngemäß Nr. 1461 ff.). In jedem Falle hat die einzutragende Auslands-Firma auf den ausländischen (Wohn-)Sitz der Verbandsperson hinzuweisen. Damit soll der Auslands-Charakter der Verbandsperson klar gestellt werden. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Täuschungsverbot (Nr. 1337), das über die Ordre public-Klausel auch für ausländische Geschäftsfirmen gilt (vgl. Nr. 1462 f.).

- 1490 Ist die ausländische Geschäftsfirma nach Art. 934 OR eingetragen, so untersteht die Verbandsperson für das Gebiet der Schweiz der Firmengebrauchspflicht nach schweizerischem Recht. Es verhält sich gleich, wie wenn eine *schweizerische* Geschäftsfirma eingetragen wäre (Nr. 1396). Zweigbetriebe des Geschäftes sind in der Schweiz unter der unveränderten, eingetragenen Geschäftsfirma zu betreiben. Das gilt auch für schweizerische Zweigniederlassungen.
- 1491 Ist indessen die Zweigniederlassung selber eingetragen, so richtet sich ihre Firma nach Art. 952 OR. Auch die eingetragene Zweigniederlassung ist danach unter der Geschäftsfirma zu betreiben, die Gegenstand der Geschäftseintragung (der Haupteintragung) nach Art. 934 OR bildet (vgl. sinngemäß Nr. 1403 ff.). Diese Geschäftsfirma wird auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung nicht nur als Geschäftsfirma (als Firma für das ganze Geschäft), sondern auch als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen (vgl. sinngemäß Nr. 1405). Doch kann sie, wenn sie als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen und als eingetragene Zweigniederlassungs-Firma verwendet wird, mit freiwilligen Zusätzen nach Art. 952 Abs. 1 (zweiter Satz) versehen sein (vgl. sinngemäß Nr. 1422 ff.). Die eingetragenen Zweigniederlassungs-Zusätze müssen der Geschäftsfirma beigefügt werden, wenn sie beim Betriebe der Zweigniederlassung firmenmäßig gebraucht wird<sup>608</sup>. Enthält die eingetragene Zweigniederlassungs-Firma keine freiwilligen Zusätze zur Geschäftsfirma, so ist die Geschäftsfirma für die betreffende Zweigniederlassung ohne derartige Zusätze zu gebrauchen.
- 1492 Ob der Geschäftsfirma obligatorische Zusätze nach Art. 952 Abs. 2 OR beizufügen sind (Nr. 1476), scheint uns fraglich. Jedenfalls kommt Art. 952 Abs. 2 OR seinem Wortlaut nach nicht zur Anwendung, da sich hier der geschäftliche «Hauptsitz» in der Schweiz, nicht im Ausland befindet (vgl. Nr. 1477). Und was die Umgehung des schweizerischen Firmenrechts betrifft, die durch Art. 952 Abs. 2 OR verhindert werden soll (Nr. 1477), so wird ihr bereits bei der Haupteintragung entgegengewirkt: insofern, als die dort einzutragende Auslands-Firma auf den ausländischen Wohnsitzort hinzuweisen hat (Nr. 1489).

<sup>608</sup> Ob die Verletzung dieser Pflicht durch Art. 2 der Strafbestimmungen sanktioniert wird, erweist sich allerdings als fraglich. Vgl. sinngemäß Anm. 601.

- 1493 Möglicherweise widerspricht die ausländische Geschäftsfirma, obwohl nach Art. 934 OR auf dem Registerblatt der Haupteintragung aufgezeichnet, dem schweizerischen *Ordre public*; oder sie verletzt, für die Zweigniederlassung gebraucht, private Rechte Dritter. Für den ersten Fall verweisen wir auf Nr. 1417; für den zweiten Fall auf Nr. 1418 mit der Präzisierung in Nr. 1429 ff.

## 5. Firma der Hauptniederlassung (Exkurs)

- 1494 Bei der Hauptniederlassung des Firmenrechts handelt es sich um die *gleiche Erscheinung wie bei der Hauptniederlassung des Handelsregisterrechts* (Nr. 1390). Zwar bildet sie, gleich wie die registerrechtliche Zweigniederlassung, Bestandteil eines Geschäftes: eine Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes. Doch ist sie im Unterschied zur Zweigniederlassung kein Zweigbetrieb. Vielmehr ist sie ein Hauptbetrieb innerhalb des Geschäftes, indem sich ihre Leitung zugleich mit dem Leiten des ganzen zusammengesetzten Geschäftes befaßt (Nr. 1390); im einzelnen: Nr. 870 ff.
- 1495 Die *Firma der Hauptniederlassung* (die Hauptniederlassungs-Firma) ist der Name, unter dem der Geschäftsinhaber diesen Hauptbetrieb als Bestandteil seines Geschäftes betreibt. Daß sich die Leitungsinstanz des Hauptbetriebes Hauptniederlassung zugleich mit der Gesamtleitung des Geschäftes befaßt, unterscheidet ihn unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten nicht vom Zweigbetrieb innerhalb eines Geschäftes. Was wir über die Geschäftsfirma und die Firma des Zweigbetriebes im allgemeinen ausgeführt haben, trifft daher auch für die Firma der Hauptniederlassung zu:
- 1496 Für die in der Schweiz betriebene Hauptniederlassung hat der Inhaber die Geschäftsfirma (die Firma für das ganze Geschäft) zu verwenden, die nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. sinngemäß Nr. 1396 und Nr. 1490). Führt der Geschäftsinhaber eine ausländische Geschäftsfirma, die in der Schweiz nicht eingetragen ist, so darf er die betreffende Hauptniederlassung dennoch unter der ausländischen Geschäftsfirma betreiben (vgl. sinngemäß Nr. 1442).
- 1497 Ist die *Hauptniederlassung* allerdings *in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen*, so richtet sich ihre Firma nach Art. 952 OR. Art. 952 OR befaßt sich mit der Firma der eingetragenen Zweigniederlassung und schreibt indirekt vor, welche Zweigniederlassungs-Firma zur Eintragung gelangt (vgl. Nr. 1387). Auf die Hauptniederlassung ist er analog anzuwenden.
- 1498 Die *Eintragung einer Hauptniederlassung* wird vom Obligationenrecht zwar nicht vorgesehen (Nr. 1298). Doch haben wir festgestellt, daß es sich unter bestimmten

Umständen rechtfertigt, die Hauptniederlassung registerrechtlich wie eine Zweigniederlassung zu behandeln (Nr. 1296 ff.). Zur Eintragung gelangen die gleichen Sachverhalte wie bei der Zweigniederlassung (Nr. 1299): unter anderem die Geschäftsfirma (die Firma für das ganze Geschäft) und die Firma der Hauptniederlassung (Nr. 1496). Vorausgesetzt ist in jedem Fall, daß es sich um eine schweizerische Hauptniederlassung handelt und die Haupteintragung vollzogen ist (Nr. 1299).

1499 Der «Sitz» einer schweizerischen Hauptniederlassung befindet sich in der Schweiz (Nr. 1300). Da ihr «Sitz» mit dem «Hauptsitz» des Geschäftes zusammenfällt (Nr. 1390), ist die eintragbare Hauptniederlassung stets Bestandteil eines Geschäftes mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 1300). Dieses Geschäft wird *in aller Regel von einer natürlichen Einzelperson oder von einem schweizerischen Verband betrieben*. Die Geschäftsfirma richtet sich hier nach schweizerischem Recht (Nr. 1328). Die vorausgesetzte Haupteintragung vollzieht sich in der Schweiz: nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Vorschriften (Nr. 1300). Gegenstand dieser Eintragung bildet immer auch die schweizerische Geschäftsfirma des Inhabers. Diese Geschäftsfirma ist, in analoger Anwendung des Art. 952 Abs. 1 OR, für die eingetragene Hauptniederlassung zu verwenden (vgl. sinngemäß Nr. 1403 ff.). Sie wird auf dem Registerblatt der Hauptniederlassung nicht nur als Geschäftsfirma (als Firma für das ganze Geschäft), sondern auch als Hauptniederlassungs-Firma eingetragen (vgl. sinngemäß Nr. 1405). Der Geschäftsfirma, die als Hauptniederlassungs-Firma einzutragen und als eingetragene Hauptniederlassungs-Firma zu verwenden ist, können freiwillige Zusätze nach Art. 952 Abs. 1 OR beigelegt sein, die nur für die Hauptniederlassung zutreffen (vgl. sinngemäß Nr. 1422 ff.). Was wir in Nr. 1402—1438 ausgeführt haben, gilt *mutatis mutandis* auch hier.

1500 *Ausnahmsweise* wird das Geschäft mit «Hauptsitz» in der Schweiz (dem die eintragbare Hauptniederlassung zugehört) *von einer ausländischen Verbandsperson betrieben* (Nr. 1488). Die Geschäftsfirma richtet sich hier nach ausländischem Recht, dem Recht des ausländischen Personalstatuts (Nr. 1328), wogegen die vorausgesetzte Haupteintragung (Nr. 1498) in einer Geschäftseintragung nach Art. 934 OR besteht (vgl. sinngemäß Nr. 1488). Diese Geschäftseintragung bezieht sich auch auf die Auslands-Firma (Nr. 1488 f.). Die nach Art. 934 OR eingetragene Auslands-Firma wird auf dem Registerblatt der Hauptniederlassung wiederum als Geschäftsfirma (als Firma für das ganze Geschäft) und, gegebenenfalls mit freiwilligen Zusätzen, als Hauptniederlassungs-Firma eingetragen. Das in Nr. 1488 ff. Ausgeführte gilt *mutatis mutandis* auch hier. Namentlich dürften sich obligatorische Zusätze im Sinne des Art. 952 Abs. 2 OR erübrigen, obwohl die Geschäftsfirma nach ausländischem Recht gebildet ist (vgl. sinngemäß Nr. 1492).

- 1501 Die *Hauptniederlassungs-Firma* (Nr. 1496), die der *Geschäftsinhaber* für die *eingetragene Hauptniederlassung* zu verwenden hat, besteht somit: entweder aus der (schweizerischen oder ausländischen) *Geschäftsfirma*; oder aus dieser *Geschäftsfirma* mit freiwilligen Zusätzen. Ob das eine oder das andere zutrifft, hängt davon ab, ob die *Hauptniederlassungs-Firma* auf dem Registerblatt der *Hauptniederlassung* freiwillige Zusätze zur *Geschäftsfirma* enthält oder nicht. Enthält sie freiwillige Zusätze, so ist die *Geschäftsfirma* beim Betriebe der *Hauptniederlassung* mit den eingetragenen Zusätzen zu verwenden, wobei sich diese Pflicht auch hier auf den firmenmäßigen Gebrauch der *Geschäftsfirma* beschränkt (vgl. Nr. 1436).
- 1502 Wie die *Zweigniederlassung*, so ist auch die *Hauptniederlassung vom Konzernbetrieb* zu unterscheiden, der unter einer *Geschäftsfirma* betrieben werden kann, die sich von den *Geschäftsfirmen* für verbundene *Konzernbetriebe* völlig unterscheidet (Nr. 1438 und 1487).

#### IV. ZWEIGBETRIEB UND GESCHÄFTSFIRMA

- 1503 In den bisherigen Ausführungen haben wir uns mit der *Geschäftsfirma* und der *Firma* des *Zweigbetriebes* befaßt. Außerdem sind wir auf die *Firma* der *Hauptniederlassung* eingetreten. Im folgenden setzen wir den *Zweigbetrieb* als solchen in Beziehung zur *Geschäftsfirma*. Zunächst sprechen wir von seinem Einfluß auf die Bildung der *Geschäftsfirma* (Nr. 1504 ff.); darauf handeln wir vom *Zweigbetrieb* und dem Schutze der eigenen und einer fremden *Geschäftsfirma* (Nr. 1510 ff. und 1537 ff.); und schließlich vom *Zweigbetrieb* und der *Nachfolgefirma* (Nr. 1564 ff.).

##### 1. Zweigbetrieb und Bildung der Geschäftsfirma

- 1504 Als Bestandteil eines Geschäftes (Nr. 1382) kann der *Zweigbetrieb* von Bedeutung sein für die Bildung (auch *Umbildung*) der *Geschäftsfirma*, die der *Geschäftsinhaber* für das betreffende Geschäft verwendet. Namentlich kann der *Zweigbetrieb* (oder eine Mehrheit von *Zweigbetrieben*) von **Bedeutung sein für die Zulässigkeit der Geschäftsfirma**: Er kann bewirken, daß eine bestimmte *Geschäftsfirma* mit einem bestimmten Inhalt nach schweizerischem Rechte verwendet werden darf. Dies soll an einigen Beispielen aufgezeigt werden:
- 1505 1. Die *Geschäftsfirma* enthält einen *Hinweis auf einen Geschäftszweig* (etwa «Automobile Service», BGE 91 I 213) und damit eine Angabe über die «Natur des Unternehmens» (Art. 944 OR). Diesem *Geschäftszweig* widmet sich der *Inhaber* (z. B. eine *Aktiengesellschaft*) möglicherweise gerade und nur in einem *Zweigbetrieb* seines Geschäftes. Dennoch ist der *Hinweis* zulässig. Und zwar selbst

- dann, wenn andere Betriebe innerhalb seines Geschäftes andersartige Aufgaben erfüllen, die in der Geschäftsfirma nicht genannt werden. Daran ändert sich auch nichts, wenn zu diesen andern Betrieben gegebenenfalls ein Hauptbetrieb (Nr. 1390) gehört.
- 1506 Vorbehalten bleibt immerhin der Fall, da der auf die Tätigkeit des Zweigbetriebes beschränkte Hinweis «eine ganz nebensächliche Tätigkeit unter Verschweigung des Hauptzweckes» hervorhebt (vgl. BGE 91 I 218). Hier wirkt der betreffende Hinweis in der Geschäftsfirma täuschend und ist daher unerlaubt (Nr. 1337).
- 1507 2. Die Geschäftsfirma enthält das Wort «Zentrale», z. B. «Schweizerische Prospektzentrale» (BGE 82 I 43), oder «Uhrenzentrale Solothurn in R.» (SAG 18, 1945/46, S. 212). Dieses Wort in der Geschäftsfirma ist unter dem Gesichtspunkt von Täuschungs- und Reklameverbot (Nr. 1337 und 1343) unter anderem dann zulässig, «wenn der Träger der Firma über ein Unternehmen verfügt, das mehrere Betriebsstätten zusammenfaßt» (vgl. BGE 82 I 47 und 94 I 615). Eine Mehrheit von Zweigbetrieben innerhalb eines Geschäftes kann somit der Grund dafür sein, daß der Geschäftsinhaber in seiner Geschäftsfirma den erwähnten Ausdruck verwenden darf.
- 1508 3. Die Geschäftsfirma enthält den (nicht bewilligungspflichtigen, Nr. 1341) Ausdruck «international», z. B. «International Bank of Berne» (BGE 95 I 277) oder «Internationale Asbiton A.G.» (BGE 87 I 309). Diese Bezeichnung kann unter dem Gesichtspunkt von Täuschungs- und Reklameverbot gerade deswegen zulässig sein, weil das betreffende Geschäft in mehreren Staaten Zweigbetriebe unterhält (vgl. BGE 87 I 307; 95 I 279). Die Führung des bewilligungspflichtigen (Nr. 1340 f.) Ausdrucks «europäisch» (z. B. «Europäische Treuhandgesellschaft» oder «Eurotreuhand», BGE 86 I 243) erachtet das Bundesgericht dagegen nicht schon dann als gerechtfertigt, wenn das Geschäft «sich durch Zweigniederlassungen in mehreren europäischen Staaten zu betätigen gedenkt» (BGE 86 I 249). Denn diese territoriale Bezeichnung (Nr. 1341) erweckt den Eindruck, «que l'entreprise qui s'en sert revêt un caractère officiel ou semi-officiel» (BGE 93 I 564; vgl. auch BGE 86 I 249 f.). Sinngemäß muß dies auch für die nationale Bezeichnung «schweizerisch» gelten, z. B. «Schweizerische Wäsche-Industrie» (BGE 72 I 361), «Schweizerische Wohnbaugenossenschaft» (BGE 92 I 304), «Schweizerische Prospektzentrale» (BGE 82 I 43). Diese bewilligungspflichtige, nationale Bezeichnung ist nicht schon deswegen gerechtfertigt, weil das Geschäft mehrere Zweigbetriebe in der ganzen Schweiz umfaßt oder umfassen soll (vgl. dazu BGE 72 I 360; 82 I 45; 92 I 307).
- 1509 Welchen Einfluß der Zweigbetrieb auf die Bildung einer ausländischen Geschäftsfirma hat, bestimmt sich nach dem zuständigen Auslands-Recht; auch dann, wenn der Zweigbetrieb in der Schweiz betrieben wird.

## 2. Zweigbetrieb und Schutz der eigenen Geschäftsfirma

1510 Der Zweigbetrieb kann, wie wir gesehen haben, die Bildung der Geschäftsfirma beeinflussen. Beeinflussen kann er aber auch den *Schutz* der eigenen Geschäftsfirma, d. h. der Geschäftsfirma seines Inhabers.

### A. Zweigbetrieb und Schutz der eigenen Geschäftsfirma nach schweizerischem Firmenrecht

1511 Der Zweigbetrieb *als solcher* ist kein Grund dafür, daß die Geschäftsfirma seines Inhabers nach schweizerischem Firmenrecht geschützt wird (vgl. Nr. 1346 ff.). Anders verhält es sich mit der *Eintragung* des Zweigbetriebes in einem schweizerischen Handelsregister: mit seiner Eintragung als Zweigniederlassung. Zunächst befassen wir uns mit der Zweigniederlassung und dem firmenrechtlichen Schutz einer schweizerischen Geschäftsfirma:

#### a. ZWEIGNIEDERLASSUNG UND FIRMENRECHTLICHER SCHUTZ EINER SCHWEIZERISCHEN GESCHÄFTSFIRMA

1512 Die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischer Geschäftsfirma (Nr. 1393) wird in der Schweiz erst eingetragen, nachdem das Geschäft nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Vorschriften eingetragen wurde (Nr. 1394). Diese schweizerische Geschäftseintragung, die gegebenenfalls in einer verbandsrechtlichen Eintragung mitenthalten ist (Nr. 1394), bildet hier die Haupteintragung (Nr. 1394). Sie bezieht sich auch auf die schweizerische Geschäftsfirma (Nr. 1395), weshalb sie den Ausschließlichkeits-Schutz der Geschäftsfirma nach Art. 946, 951 und 956 OR begründet (Nr. 1346). Geschützt wird jedenfalls die Geschäftsfirma einer natürlichen Einzelperson, einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft.

1513 Wird nun auch die *Zweigniederlassung* des betreffenden Geschäftes eingetragen, so gelangt die durch die Haupteintragung geschützte Geschäftsfirma nochmals zur Eintragung. Auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung wird sie als Firma für das ganze Geschäft und, mit allfälligen Zusätzen, als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen (Nr. 1405 und 1422 ff.). Die firmenrechtlichen Schutzbestimmungen sind unseres Erachtens auch auf diese Eintragung anzuwenden, obwohl deren systematische Stellung eine derartige Anwendung nicht nahelegen. Daraus folgt: Die **Eintragung der Zweigniederlassung wirkt konstitutiv für den firmenrechtlichen Schutz** der auf ihrem Registerblatt eingetragenen **schweizerischen Geschäftsfirma**. Sie begründet den firmenrechtlichen Schutz dieser Geschäftsfirma. Ohne praktische Bedeutung ist diese Wirkung allerdings für die Geschäftsfirmen, die wir in Nr. 1349 ff. der ersten Gruppe zugeordnet haben. Durch die Haupteintragung werden sie bereits auf dem ganzen Gebiet der Schweiz geschützt,

auch am Eintragungsort einer Zweigniederlassung, der vom Haupteintragungs-Ort verschieden ist (vgl. BGE 36 II 38 ff.).

- 1514 **Praktische Bedeutung** hat unsere Ansicht dagegen für die Geschäftsfirmen der zweiten Gruppe (Nr. 1351). Kraft ihrer Aufzeichnung auf dem Registerblatt der Haupteintragung (Nr. 1512) werden diese Geschäftsfirmen, gegenüber Geschäftsfirmen der gleichen Gruppe (vgl. Nr. 1352), nur am Ort der Haupteintragung (des «Hauptsitzes» bzw. des Wohnsitzes) geschützt (vgl. Nr. 1351). *Wird nun an einem andern Ort eine Zweigniederlassung eingetragen, so erweitert sich dieser Schutzraum.* Die Geschäftsfirma wird künftig auch am Eintragungsort der Zweigniederlassung, an deren «Sitz»-Ort (Nr. 825), geschützt. Das gilt z. B. für die Geschäftsfirma «Erwin Murer, Baugeschäft». Kraft ihrer Aufzeichnung auf dem Registerblatt der Haupteintragung wird sie z. B. in Beckenried geschützt. Durch die Eintragung einer Zweigniederlassung in Luzern erweitert sich der firmenrechtliche Schutzraum auf Luzern.
- 1515 Dem Gesagten ist ein Mehrfaches beizufügen:
- 1516 — Der Schutz, der sich im erweiterten Schutzraum aus der Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung herleitet, beschlägt die Geschäftsfirma, wie sie für die betreffende Zweigniederlassung zu verwenden ist: d. h. mit den allenfalls eingetragenen Zweigniederlassungs-Zusätzen nach Art. 952 Abs. 1 OR (Nr. 1422 ff. und 1434). Diese Zusätze sind mitzuberücksichtigen bei der Frage, ob sich eine bestimmte andere Geschäftsfirma deutlich genug unterscheidet, damit keine Verwechslungsgefahr besteht.
- 1517 — Die Priorität der Eintragung (Nr. 1356) bestimmt sich im erweiterten Schutzraum nach der Eintragung der Zweigniederlassung, nicht nach der Haupteintragung. Das Ausschließlichkeits-Recht wird auch hier auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in dem die Eintragung in das Tagebuch stattfand (vgl. Nr. 1356).
- 1518 — Nimmt man mit BGE 36 II 40 an, der auf den Ort beschränkte Schutzraum erstreckt sich auf den ganzen Registerbezirk (Nr. 1351), so erweitert die Eintragung der Zweigniederlassung den Schutzraum nur dann, wenn sie in einem andern Registerbezirk erfolgt; und zwar erweitert sie ihn auf diesen andern Registerbezirk.
- 1519 Die auf dem Registerblatt der Haupteintragung und der Zweigniederlassung eingetragene Geschäftsfirma (Nr. 1512 und 1513) wird in einem spätern Zeitpunkt womöglich verändert, so daß eine *veränderte Geschäftsfirma* auf beiden Registerblättern zur Eintragung gelangt. An Stelle der ursprünglichen Geschäftsfirma wird künftig die veränderte Geschäftsfirma geschützt. Dieser Schutz der veränderten Geschäftsfirma verbindet sich mit der Änderungs-Eintragung, die in diesem Sinne konstitutiv wirkt. Und zwar verbindet er sich auch mit der Änderungs-Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung.

Doch ist die schützende Wirkung, die sich an die zuletzt genannte Eintragung knüpft, wiederum nur dann von praktischer Bedeutung, wenn eine Geschäftsfirma der zweiten Gruppe (Nr. 1351) in Frage steht. Was in Nr. 1514 ff. ausgeführt wurde, gilt hier *mutatis mutandis*.

- 1520 Abschließend soll darauf hingewiesen werden, daß der Eintragung einer Zweigniederlassung die Eintragung einer Hauptniederlassung gleichzustellen ist, mit der die Geschäftsfirma als Firma für das ganze Geschäft und, mit allfälligen Zusätzen, als Hauptniederlassungs-Firma eingetragen wird (Nr. 1497 ff.).

## b. ZWEIGNIEDERLASSUNG UND FIRMENRECHTLICHER SCHUTZ EINER AUSLÄNDISCHEN GESCHÄFTSFIRMA

- 1521 Die Schutzbestimmungen des schweizerischen Firmenrechts beziehen sich unmittelbar auf schweizerische Geschäftsfirmen (Nr. 1346). Doch rechtfertigt es sich, den firmenrechtlichen Ausschließlichkeits-Schutz auch Geschäftsfirmen zu gewähren, die nach zuständigem Auslands-Recht gebildet, in der Schweiz aber eingetragen sind (Nr. 1353)<sup>609</sup>. Kann sich der Firmenträger auf die Pariser Verbandsübereinkunft (PVUE) berufen<sup>610</sup>, so hat er auf diesen Schutz Anspruch aus Staatsvertragsrecht (vgl. BGE 79 II 307 ff.)<sup>611</sup>. Doch wird der Schutz auch hier nur dann gewährt, wenn die Geschäftsfirma in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. BGE 79 II 307 ff.; 90 II 197 f.; 98 II 59; demgegenüber noch BGE 37 II 49; 52 II 397; 76 II 86). Eine Eintragung im Ausland vermag die schweizerische Eintragung nicht zu ersetzen (vgl. BGE 90 II 198 f.; 98 II 59).

- 1522 *In aller Regel bietet die Zweigniederlassung die einzige Möglichkeit, eine nach ausländischem Recht gebildete Geschäftsfirma auch in der Schweiz einzutragen.* Mit der Zweigniederlassung wird die Auslands-Firma als Firma für das ganze Geschäft und, mit entsprechenden Zusätzen, als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen (vgl. Nr. 1387 und 1448 ff.). Diese Eintragung begründet, wenn wir das in Nr. 1521 Gesagte berücksichtigen, den Ausschließlichkeits-Schutz (Nr. 1348) der ausländischen Geschäftsfirma nach schweizerischem Firmenrecht<sup>612</sup>. Die

<sup>609</sup> Vorausgesetzt, daß sie dem schweizerischen Ordre public nicht widersprechen (Nr. 1443 und Anm. 515). Ein solcher Widerspruch sollte nicht gegeben sein, wenn die Geschäftsfirma in der Schweiz eingetragen ist (vgl. Nr. 1463 ff. und 1489).

<sup>610</sup> Vgl. Anm. 562.

<sup>611</sup> Vgl. Art. 8 der PVUE in Verbindung mit Art. 2 und 3. Was diese Bestimmungen verlangen, ist im schweizerischen nationalen Recht verwirklicht. Der Schutz des Handelsnamens wird hier «In- und Ausländern» gleichermaßen gewährt. Vgl. A. Troller, GRUR Ausl. 1957, S. 340.

<sup>612</sup> Vgl. G. Weiß, Einleitung, N. 474.

**Eintragung der Zweigniederlassung wirkt somit konstitutiv für den firmenrechtlichen Schutz der auf ihrem Registerblatt eingetragenen ausländischen Geschäftsfirma.** Dabei gilt es, ein Mehrfaches zu beachten:

- 1523 — Die Auslands-Firma wird in der Schweiz so geschützt, wie sie für die betreffende Zweigniederlassung zu verwenden ist: d. h. mit den eingetragenen obligatorischen und eventuell auch freiwilligen Zusätzen (Nr. 1471 ff. und 1485). Diese Zusätze sind mitzuberücksichtigen bei der Frage, ob sich eine andere Geschäftsfirma genügend unterscheidet (Nr. 1348).
- 1524 — Der Ausschließlichkeits-Schutz greift in der Schweiz auch dann Platz, wenn der Firmenträger ein Verband ist, der in der Schweiz nicht seinesgleichen hat. Ist der Firmenträger allerdings ein Verein, eine Stiftung oder eine juristische Person öffentlichen Rechts, so hängt der Schutz seiner Geschäftsfirma davon ab, ob die Geschäftsfirmen derartiger Verbandspersonen nach schweizerischem Firmenrecht überhaupt schutzfähig sind (dazu Nr. 1360).
- 1525 — Der örtliche Schutzraum, auf den sich der schweizerische Ausschließlichkeits-Schutz der Auslands-Firma erstreckt, greift nicht über das Gebiet der Schweiz hinaus. Entspricht die ausländische Geschäftsfirma einer Geschäftsfirma der zweiten Gruppe nach Nr. 1349 ff., so beschränkt sich ihr Schutzraum — gegenüber Geschäftsfirmen der gleichen Gruppe (Nr. 1352) — auf den Ort der Eintragung<sup>613</sup> (vgl. Nr. 1351, Nr. 1354 und BGE 79 II 310 f.), der sich hier am «Sitz» der Zweigniederlassung befindet (Nr. 825). Gelangt eine weitere Zweigniederlassung an einem andern Ort zur Eintragung, so wird die Geschäftsfirma auch am Eintragungsort dieser Zweigniederlassung geschützt: der Schutzraum erweitert sich.
- 1526 — Die Priorität der Eintragung (Nr. 1356) bestimmt sich nach der entsprechenden Eintragung in der Schweiz, nicht im Ausland.
- 1526a — Wird in einem spätern Zeitpunkt eine veränderte Geschäftsfirma auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung eingetragen, so bezieht sich der firmenrechtliche Schutz künftig auf diese veränderte Firma. Sie wird an Stelle der ursprünglichen Geschäftsfirma geschützt. Die schützende Wirkung verbindet sich alsdann mit der Änderungs-Eintragung, die in diesem Sinne konstitutiv wirkt.
- 1527 *Ausnahmsweise gelangt die ausländische Geschäftsfirma auch nach Art. 934 OR zur Eintragung* (Nr. 1488 f.). Diese Eintragung begründet den Ausschließlichkeits-Schutz nach Firmenrecht (vgl. Nr. 1521), sofern die Geschäftsfirma nach schweizerischem Firmenrecht überhaupt schutzfähig ist (vgl. Nr. 1524). Entspricht die eingetragene Auslands-Firma einer Geschäftsfirma der zweiten Gruppe nach Nr. 1349 ff., so beschränkt sich ihr Schutzgebiet — gegenüber Geschäftsfirmen der gleichen Gruppe (Nr. 1352) — auf den entsprechenden Eintragungsort (Nr. 1351 und 1354), der sich hier am «Hauptsitz» des Geschäftes befindet (Nr. 922).

<sup>613</sup> und zwar unter Einbezug des dazugehörigen, begrenzten Wirtschaftsraumes (vgl. Nr. 1351).

Wird an einem andern Ort eine Zweigniederlassung eingetragen, so erweitert sich der Schutzraum. Mit der Zweigniederlassung gelangt die Geschäftsfirma nochmals (als Firma für das ganze Geschäft und, mit allfälligen Zusätzen, als Zweigniederlassungs-Firma) zur Eintragung (Nr. 1491 f.). Diese Eintragung begründet den Ausschließlichkeits-Schutz auch am Eintragungsort der Zweigniederlassung: d. h. an deren «Sitz»-Ort. Das in Nr. 1514 ff. Gesagte gilt hier sinngemäß. Sinngemäß gilt auch, was wir in Nr. 1519 über die spätere Änderungs-Eintragung gesagt haben.

## B. Zweigbetrieb und Schutz der eigenen Geschäftsfirma nach schweizerischem Wettbewerbsrecht

- 1528 Die Geschäftsfirma wird in der Schweiz nicht nur nach Firmenrecht, sondern auch nach Wettbewerbsrecht geschützt (Nr. 1362 ff.), und zwar unabhängig von ihrer Eintragung in einem schweizerischen Handelsregister (Nr. 1366).
- 1529 Dieser Schutz nach UWG beschlägt auch *ausländische Geschäftsfirmen*, die nach zuständigem Auslands-Recht gebildet wurden (Nr. 1366); gleichgültig, ob sie in der Schweiz eingetragen sind oder nicht<sup>614</sup>. Wer sich auf die Pariser Verbands-übereinkunft (PVUE)<sup>615</sup> berufen kann, hat auf den umschriebenen Schutz wiederum Anspruch aus Staatsvertragsrecht (vgl. BGE 90 II 199; 91 II 123; 98 II 59)<sup>616</sup>. Doch wird der Schutz in jedem Falle nur dann gewährt, wenn die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht gegeben sind. Vorausgesetzt ist namentlich, daß die zu schützende Geschäftsfirma in der Schweiz bekannt ist (Nr. 1366). Diese Voraussetzung ist sicher immer erfüllt, wenn der Geschäftsinhaber unter seiner Geschäftsfirma einen Zweigbetrieb betreibt, der auf dem schweizerischen Markte nennenswert in Erscheinung tritt. Handelt es sich beim betreffenden Zweigbetrieb um eine eingetragene Zweigniederlassung und ist die Geschäftsfirma in der Schweiz nur als Zweigniederlassungs-Firma, mit entsprechenden Zusätzen (Nr. 1471 ff.) bekannt, so wird sie zusammen mit diesen Zusätzen geschützt. Das bedeutet, daß bei der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im schweizerischen Wettbewerb vorliege, die eingetragenen Zweigniederlassungs-Zusätze mitzuberücksichtigen sind.
- 1530 Das schweizerische UWG schützt die schweizerische und ausländische Geschäftsfirma nur (aber immerhin) gegen *konkurrenzmäßige Verwechslungsgefahr in der Schweiz* (Nr. 1365). Der Geschäftsinhaber, dessen Geschäftsfirma nach schweizerischem Wettbewerbsrecht geschützt werden soll, muß daher mit dem geg-

<sup>614</sup> Dies immerhin unter Vorbehalt des schweizerischen Ordre public (Nr. 1443 und Anm. 544).

<sup>615</sup> Vgl. Anm. 562.

<sup>616</sup> Vgl. Anm. 611.

nerischen Firmenträger in der Schweiz konkurrieren (Nr. 1364). Dieses Wettbewerbsverhältnis, dessen Erfordernis auch durch die Pariser Verbandsvereinbarung nicht aufgehoben wird, kann aufgrund eines Zweigbetriebes bestehen, den der Geschäftsinhaber als Bestandteil seines Geschäftes in der Schweiz betreibt, und der hier gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigt und sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet wie das Geschäft oder ein Geschäfts-Teil des andern<sup>617</sup>. Daß der Geschäftsinhaber auch durch die übrigen Leistungseinheiten seines Geschäftes (nicht nur durch den betreffenden Zweigbetrieb) mit dem Gegner konkurriert, ist für den wettbewerbsrechtlichen Schutz seiner Geschäftsfirma nicht erforderlich. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich seine Geschäftsfirma nach schweizerischem oder nach ausländischem Recht richtet (Nr. 1325 ff.).

- 1531 Ist der Zweigbetrieb, auf dem das vorausgesetzte Wettbewerbsverhältnis beruht (Nr. 1530), als Zweigniederlassung eingetragen, so wird die Geschäftsfirma seines Inhabers nur so geschützt, wie sie für die Zweigniederlassung zu verwenden ist: d. h. mit den jeweils eingetragenen Zweigniederlassungs-Zusätzen (Nr. 1434, 1485 und 1491 f.). Diese Zusätze sind wiederum mitzuberücksichtigen bei der Frage, ob die Geschäftsfirma des Konkurrenten verwechselbar ist (Nr. 1365).

### C. Zweigbetrieb und Schutz der eigenen Geschäftsfirma nach schweizerischem Namensrecht

- 1532 Die Geschäftsfirma wird in der Schweiz nicht nur nach Firmen- und Wettbewerbsrecht geschützt, sondern auch nach Namensrecht (Nr. 1368 ff.). Bedeutsam ist der *Schutz gegen Namensanmaßung* in der Schweiz (Nr. 1370). Dieser Schutz besteht subsidiär zum firmenrechtlichen Ausschließlichkeits-Schutz (Nr. 1371). Er beschlägt die Geschäftsfirma einer natürlichen und juristischen Person (Nr. 1368), auch wenn sie nach ausländischem Recht gebildet ist (Nr. 1371).
- 1533 Die *Geschäftsfirma einer juristischen Person* wird indessen namensrechtlich nur insoweit geschützt, als sie in der Schweiz in Gebrauch steht (Nr. 1372)<sup>618</sup>. Gleiches gilt für die Geschäftsfirma einer natürlichen Person, soweit sie von ihrem bürgerlichen Namen abweicht (Nr. 1373). Diese Einschränkung bedeutet ein Doppeltes:
- 1534 *I.* Der namensrechtliche Schutz der genannten Geschäftsfirma in der Schweiz setzt voraus, daß sie hier nennenswert gebraucht wird (Nr. 1372). *Die Ingebrauchnahme kann gerade durch einen Zweigbetrieb in der Schweiz erfolgen*, für den der Geschäftsinhaber seine Geschäftsfirma verwendet. Bedeutsam ist dies insbesondere bei ausländischen Geschäftsfirmen (Nr. 1327). Die nach zuständigem

<sup>617</sup> Vgl. B. v. Büren, Kommentar, S. 19, N. 45 ff. Der Abnehmerkreis bestimmt sich hypothetisch; es kommt nicht darauf an, wer Ware bereits abnimmt, sondern wer sie wahrscheinlich abnehmen wird (B. v. Büren, a.a.O. N. 47).

<sup>618</sup> und die ausländische Geschäftsfirma dem schweizerischen Ordre public nicht widerspricht (Nr. 1443 und Anm. 554).

Auslands-Recht gebildeten Geschäftsfirmen werden nach schweizerischem Namensrecht ebenfalls geschützt (Nr. 1532). Auf diesen Schutz hat, wer sich auf die Pariser Verbandsübereinkunft (PVUE)<sup>619</sup> berufen kann, Anspruch aus Staatsvertragsrecht (vgl. BGE 90 II 199)<sup>620</sup>. Der Anspruch besteht in jedem Falle nur dann, wenn die Schutzbedingungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind (vgl. BGE 79 II 307 ff.). Dazu gehört hier die Ingebrauchnahme der Geschäftsfirma in der Schweiz, die — wie gesagt — durch einen Zweigbetrieb erfolgen kann.

- 1535 2. Der namensrechtliche Schutzraum der genannten Geschäftsfirma (Nr. 1533) bestimmt sich in der Schweiz nach ihrem örtlichen Anwendungsgebiet, somit nach dem örtlichen Geschäftsbereich des Firmenträgers (Nr. 1372). *Durch die Verwendung der Geschäftsfirma für einen Zweigbetrieb kann dieser Schutzraum erweitert werden:* Dann, wenn der Zweigbetrieb den örtlichen Geschäftsbereich des Firmenträgers ausdehnt und dessen Geschäftsfirma in ein Gebiet trägt, in dem sie bis anhin noch nicht verwendet wurde. Für die Priorität der Namensführung im betreffenden Gebiet (Nr. 1370) ist maßgeblich der Zeitpunkt der dort erfolgten Ingebrauchnahme der Geschäftsfirma.

#### D. Zweigbetrieb und mittelbarer Schutz der eigenen Geschäftsfirma nach schweizerischem Markenrecht

- 1536 Mittelbar, nämlich in ihrer allfälligen Funktion als Marke, wird die Geschäftsfirma auch nach schweizerischem Markenrecht geschützt (Nr. 1375 ff.). Der Schutz beschränkt sich auf eingetragene schweizerische Geschäftsfirmen (Nr. 1377 f.). Ausländische Geschäftsfirmen, die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, genießen den markenrechtlichen Schutz als Firmenmarke nur, aber immerhin, «auf dem Umweg über Art. 2 PVUE» (Nr. 1380). Für den Schutz dieser Geschäftsfirmen kann der Zweigbetrieb von Bedeutung sein; wenn auch nicht der Zweigbetrieb als solcher, so doch dessen Eintragung als Zweigniederlassung. Wird der Zweigbetrieb eines Geschäftes mit ausländischer Geschäftsfirma in einem schweizerischen Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragen, so gelangt die nach zuständigem Auslands-Recht gebildete Geschäftsfirma zur Eintragung: als Firma für das ganze Geschäft und, mit entsprechenden Zusätzen, als Zweigniederlassungs-Firma (Nr. 1387 und 1448 ff.). Damit aber wird eine Voraussetzung für den markenrechtlichen Schutz der Geschäftsfirma geschaffen. Ausländische Geschäftsfirmen, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, können markenrechtlichen Schutz nur durch ihre Eintragung als Marke erlangen<sup>621</sup>.

<sup>619</sup> Vgl. Anm. 562.

<sup>620</sup> Vgl. Anm. 611.

<sup>621</sup> Vgl. A. Troller, Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, S. 67.

### 3. Zweigbetrieb und Schutz einer fremden Geschäftsfirma

- 1537 Im Abschnitt zuvor haben wir gesprochen vom Zweigbetrieb und seinem Einfluß auf den Schutz der eigenen Geschäftsfirma: der Geschäftsfirma seines Inhabers. Im folgenden setzen wir den Zweigbetrieb in Beziehung zum Schutz einer *fremden* Geschäftsfirma: der Geschäftsfirma eines andern Firmenträgers.
- 1538 Zunächst behandeln wir Fälle, in denen der Zweigbetrieb die Geschäftsfirma seines Inhabers in Konflikt bringt mit der Geschäftsfirma eines andern Firmenträgers, die ihr gegenüber nach schweizerischem Firmen-, Wettbewerbs- oder Namensrecht geschützt wird (Nr. 1539 ff.). Darauf sprechen wir vom möglichen Wegfall dieses Konflikts (Nr. 1552 ff.). Und schließlich fassen wir das Gesagte zusammen (Nr. 1560 ff.).
- A. Konflikt der eigenen Geschäftsfirma mit der Geschäftsfirma eines andern, verursacht durch den Zweigbetrieb
- 1539 Der Zweigbetrieb kann die eigene Geschäftsfirma (Nr. 1537) auf verschiedene Weise in Konflikt bringen mit der Geschäftsfirma eines andern Firmenträgers:
- 1540 1. Fünf **typische Konfliktfälle** sind zu unterscheiden und im einzelnen zu behandeln:
- 1541 a. Der Zweigbetrieb trägt den Gebrauch der eigenen verwechselbaren (Nr. 1347 f.) Geschäftsfirma in den firmenrechtlichen Schutzraum einer andern Geschäftsfirma (vgl. Nr. 1349 ff.; 1514 ff.; 1525; 1527), wo sie bis anhin noch nicht zur Anwendung kam. Dadurch gerät die Geschäftsfirma seines Inhabers in Konflikt mit der firmenrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern (vgl. Nr. 1346 ff. und 1511 ff.). Die für den Zweigbetrieb im fremden Schutzraum gebrauchte Geschäftsfirma verletzt das Ausschließlichkeits-Recht des Gegners (Nr. 1348); sie hat firmenrechtlich zu weichen, was an zwei *Beispielen* gezeigt werden soll:
- 1542 — Der Einzelkaufmann W. Baldegger, dessen Geschäftsfirma am geschäftlichen «Hauptsitz» in Abtwil eingetragen ist, beginnt in Freiburg tätig zu sein, indem er dort — unter seiner Geschäftsfirma — einen Zweigbetrieb betreibt. Durch diesen Zweigbetrieb kollidiert seine Geschäftsfirma mit der in Freiburg eingetragenen und geschützten Geschäftsfirma «W. Baldegger», die ein anderer Geschäftsinhaber verwendet. Die Geschäftsfirma des andern geht in Freiburg selbst dann vor, wenn die verwechselbare Geschäftsfirma in Abtwil länger eingetragen ist. Denn die Priorität der Eintragung (Nr. 1356) erweist sich als maßgeblich nur innerhalb des eigenen Schutzraumes, der sich hier — im Verhältnis zur Geschäftsfirma in Freiburg — auf Abtwil beschränkt (vgl. Nr. 1351 f.).
- 1543 — Eine ausländische Gesellschaft beginnt auf dem schweizerischen Markte tätig zu werden, indem sie hier — unter ihrer Auslands-Firma — einen Zweigbetrieb

eröffnet. Dadurch gerät sie in Konflikt mit einer verwechselbaren Geschäftsfirma, die in der Schweiz eingetragen und firmenrechtlich geschützt ist; sei es, weil sich deren Schutzraum gegenüber der ausländischen Geschäftsfirma auf das ganze Gebiet der Schweiz erstreckt; oder auf ein Teil-Gebiet, in dem der betreffende Zweigbetrieb in Erscheinung tritt. Die in der Schweiz eingetragene Geschäftsfirma geht firmenrechtlich vor, selbst wenn die ausländische Geschäftsfirma im Ausland eingetragen und die ausländische Eintragung älter ist als die schweizerische.

1544 *b.* Der Zweigbetrieb führt die Geschäftsfirma seines Inhabers in das örtliche Tätigkeitsgebiet eines andern Firmenträgers und bewirkt dadurch, daß die genügende Unterscheidbarkeit zur firmenrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern entfällt (vgl. Nr. 1358). Die Geschäftsfirma, unter der er im Tätigkeitsgebiet des andern Firmenträgers betrieben wird, verletzt dessen Ausschließlichkeits-Recht (Nr. 1348). Firmenrechtlich hat sie zu weichen; dies selbst dann, wenn sie ihrerseits in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, ja sogar länger eingetragen ist als die Geschäftsfirma des andern (vgl. Nr. 1358).

1545 *c.* Der Zweigbetrieb erweitert den örtlichen Geschäftsbereich seines Inhabers und bewirkt, daß dessen Geschäftsfirma auch in diesem erweiterten Geschäftsbereich verwendet wird. Dadurch gerät die Geschäftsfirma in Konflikt mit der namensrechtlich geschützten, gleichen oder täuschend ähnlichen Geschäftsfirma eines andern Firmenträgers (vgl. Nr. 1368 ff. und 1532 ff.); derart, daß dessen Namensrecht verletzt wird (Nr. 1370 f.). Was vorliegt, ist der Tatbestand der *Namensanmaßung, verursacht durch den Zweigbetrieb*. Zum Beispiel beginnt eine ausländische Verbandsperson, die in der Schweiz bislang nicht in Erscheinung getreten ist, unter ihrer Auslands-Firma einen Zweigbetrieb im schweizerischen Geschäftsbereich einer andern Verbandsperson zu betreiben, die dort die Priorität der Namensführung für eine gleiche oder täuschend ähnliche ausländische oder schweizerische Geschäftsfirma hat (vgl. Nr. 1372). Die ausländische Gesellschaft muß mit ihrer Geschäftsfirma, die sie für den Zweigbetrieb verwendet, namensrechtlich weichen; selbst wenn sie im Ausland länger in Gebrauch steht als die andere Geschäftsfirma in der Schweiz.

1546 *d.* Der Zweigbetrieb begründet ein Wettbewerbsverhältnis zwischen seinem Inhaber und dem Träger einer eingetragenen Geschäftsfirma, wodurch die Geschäftsfirma, unter der er betrieben wird, in Konflikt gerät mit der firmenrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern (vgl. Nr. 1346 ff. und 1511 ff.); deshalb, weil das Wettbewerbsverhältnis die *genügende Unterscheidbarkeit der Geschäftsfirmen aufhebt* (vgl. Nr. 1357 f.). Die für den Zweigbetrieb gebrauchte Geschäftsfirma verletzt wiederum das Ausschließlichkeits-Recht des Gegners (Nr. 1348); sie hat firmenrechtlich zu weichen; selbst dann, wenn sie in einem

schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, ja sogar länger eingetragen ist als die Geschäftsfirma des Gegners (vgl. Nr. 1358).

- 1547 e. Der Zweigbetrieb begründet ein Wettbewerbsverhältnis zwischen seinem Inhaber und dem Träger einer verwechselbaren Geschäftsfirma, wodurch der Gebrauch der Geschäftsfirma, unter der er betrieben wird, *gegen das schweizerische UWG* verstößt.
- 1548 Wir denken an den Fall, da zwei Geschäftsinhaber zwar verwechselbare (ausländische oder schweizerische) Geschäftsfirmen verwenden, sich zunächst aber nicht konkurrenzieren: entweder überhaupt nicht oder nicht in der Schweiz. — Konkurrerieren sie überhaupt nicht, so ist unlauterer Wettbewerb zum vorneherein und *gänzlich* ausgeschlossen. Keine der beiden Geschäftsfirmen wird nach UWG geschützt, auch wenn beide in der Schweiz verwendet werden (Nr. 1363). — Konkurrerieren sie, aber nicht in der Schweiz, so ist unlauterer Wettbewerb in der Schweiz ausgeschlossen: das schweizerische UWG kommt nicht zur Anwendung (Nr. 1364)<sup>622</sup>. Das trifft z. B. dann zu, wenn zwei schweizerische Aktiengesellschaften durch ihre Zweigbetriebe in Porsgrunn konkurrieren; oder wenn eine schweizerische GmbH durch ihren Zweigbetrieb mit einer liechtensteinischen Treuhandgesellschaft in Eastbourne wetteifert. Unlauterer Wettbewerb geschieht hier, wenn überhaupt, im Ausland (vgl. Nr. 1364)<sup>623</sup>. Anwendbar ist ausländisches, nicht schweizerisches Recht. Ein anderer Entscheid wäre nur dann denkbar, wenn man sich mit dem Bundesgericht auf den Standpunkt der Ubiquitätstheorie stellen würde (vgl. BGE 91 II 123 f. und Anm. 539 dazu).
- 1549 Tritt nun der eine der beiden Geschäftsinhaber durch einen Zweigbetrieb, für den er seine verwechselbare (ausländische oder schweizerische) Geschäftsfirma verwendet, mit dem andern Geschäftsinhaber in der Schweiz in Wettbewerb, so entsteht konkurrenzmäßige Verwechslungsgefahr in der Schweiz; das schweizerische UWG kommt zur Anwendung (Nr. 1365). Der Geschäftsinhaber, der durch seinen Zweigbetrieb das schweizerische Wettbewerbsverhältnis begründet hat, muß mit seiner (ausländischen oder schweizerischen) Geschäftsfirma im schweizerischen Wettbewerb weichen (vgl. z. B. ZBJV 63, 1927, S. 464); unabhängig davon, ob er sie in der Schweiz bereits früher verwendet hat, gegebenenfalls sogar länger

<sup>622</sup> Vgl. auch B. v. Büren, Kommentar, S. 22, N. 53: «Für das Verhalten unserer Exportindustrien auf fremden Märkten gilt... fremdes, nicht schweizerisches Recht. Unzutreffend die deutsche Praxis, die verlangt hat, der deutsche Gewerbetreibende habe seinen Wettbewerb auch im Ausland nach deutschem Recht zu führen.» Vgl. auch A. Troller, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 274. Demgegenüber: C. Wieland, ZSR 43, 1924, S. 239.

<sup>623</sup> Dies trifft auch zu, wenn bestimmte Vorbereitungshandlungen (z. B. das Bedrucken von Briefpapier mit der verwechselbaren Geschäftsfirma) an einem andern Ort, z. B. in der Schweiz, erfolgte (vgl. K. Troller, S. 117 f.).

als der andere Geschäftsinhaber (vgl. Nr. 1365). Möglich ist immerhin, daß besondere Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise eine andere Schutzlage rechtfertigen (vgl. Nr. 1365 a. E.).

1550 2. Alle fünf Konfliktsfälle (Nr. 1540 ff.) stimmen darin überein, daß der **Zweigbetrieb einziger Konfliktgrund** ist; in dem Sinne, als die eigene Geschäftsfirma (Nr. 1537) mit der Geschäftsfirma des andern nur und gerade deswegen kollidiert, weil sie für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird (Nr. 1320): im firmenrechtlichen Schutzraum der fremden Geschäftsfirma (Nr. 1541 ff.), im Tätigkeitsgebiet des andern Firmenträgers (Nr. 1544), im erweiterten Geschäftsbereich (Nr. 1545) oder im Wettbewerbsverhältnis, das der Zweigbetrieb begründet hat (Nr. 1546 und 1547 ff.).

1551 Der Zweigbetrieb kann aber auch ein **zusätzlicher Konfliktgrund** sein: dann, wenn die Geschäftsfirma des Zweigbetriebs-Inhabers, für den Zweigbetrieb gebraucht, zwar mit einer geschützten Geschäftsfirma kollidiert; wenn die Kollision mit dieser Geschäftsfirma aber ohnehin besteht, nicht nur deswegen, weil die Geschäftsfirma für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird. Zum *Beispiel* gebraucht ein Geschäftsinhaber seine verwechselbare Geschäftsfirma (Nr. 1347) im firmenrechtlichen Schutzraum einer andern Geschäftsfirma (Nr. 1349), die dort die Priorität der Eintragung hat; zusätzlich beginnt er im betreffenden Schutzraum einen Zweigbetrieb unter seiner verwechselbaren Geschäftsfirma zu betreiben. Oder ein Geschäftsinhaber verletzt das subjektive Namensrecht eines andern Firmenträgers, weil er eine gleiche oder täuschend ähnliche Geschäftsfirma mitgebraucht (Nr. 1370); zusätzlich beginnt er, diese Geschäftsfirma für einen Zweigbetrieb zu verwenden: derart, daß das Namensrecht des andern Firmenträgers verletzt wird. Oder ein Geschäftsinhaber verstößt gegen das UWG, weil er eine verwechselbare Geschäftsfirma im schweizerischen Wettbewerb unlauter mitgebraucht (Nr. 1364 f.); zusätzlich beginnt er, diese Geschäftsfirma auch für einen Zweigbetrieb zu verwenden, mit dem er den Träger der geschützten Geschäftsfirma wiederum in der Schweiz konkurrenziert. — Verwendet ein Geschäftsinhaber seine Geschäftsfirma für mehrere Zweigbetriebe, so kann die Geschäftsfirma bei jedem Zweigbetrieb mit einer bestimmten fremden Geschäftsfirma kollidieren. Alsdann ist jeder Zweigbetrieb ein zusätzlicher Konfliktgrund.

## B. Wegfall des Konflikts

1552 Die fünf Konfliktsfälle, die wir aufgezeigt haben (Nr. 1540 ff.), entfallen möglicherweise, wenn der Zweigbetrieb, der den Konfliktgrund bildet (Nr. 1550), als Zweigniederlassung eingetragen und unter der eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma betrieben wird. Vorausgesetzt ist, daß die eingetragene und für den Zweigbetrieb gebrauchte Zweigniederlassungs-Firma freiwillige oder/und obliga-

torische Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1434, Nr. 1485 und 1491 f.). Diese **Zweigniederlassungs-Zusätze können** unter Umständen den **Konflikt beseitigen**, der mit der fremden Geschäftsfirma besteht:

- 1553 *Im ersten Fall* (Nr. 1541) können die Zusätze bewirken, daß die Geschäftsfirma, wie sie für den Zweigbetrieb verwendet wird, nicht verwechselbar ist mit der firmenrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern Firmenträgers. Dessen Ausschließlichkeits-Recht bleibt alsdann unverletzt. Die Geschäftsfirma als solche (ohne Zweigniederlassungs-Zusätze) ist zwar nach wie vor verwechselbar. Doch wird sie im Schutzraum der fremden Geschäftsfirma nicht verwendet. Dort wird ihr Träger durch den Zweigbetrieb tätig. Für den Zweigbetrieb aber verwendet er die Geschäftsfirma mit Zweigniederlassungs-Zusätzen, die sich infolge dieser Zusätze genügend unterscheidet.
- 1554 *Im zweiten Fall* (Nr. 1544) können die Zusätze bewirken, daß die Geschäftsfirma, wie sie für den Zweigbetrieb verwendet wird, mit der Geschäftsfirma des andern Firmenträgers auch dann nicht verwechselbar ist, wenn sie im gleichen Tätigkeitsgebiet zur Anwendung kommt. Das Ausschließlichkeits-Recht des andern Firmenträgers bleibt wiederum unverletzt. In dessen Tätigkeitsgebiet ist der Zweigbetriebs-Inhaber durch den Zweigbetrieb tätig. Für den Zweigbetrieb aber verwendet er die nicht verwechselbare Geschäftsfirma mit Zweigniederlassungs-Zusätzen. Die Geschäftsfirma als solche (ohne Zweigniederlassungs-Zusätze), die verwechselbar wäre, würde sie im Tätigkeitsgebiet des andern Firmenträgers verwendet, kommt dort nicht zur Anwendung.
- 1555 *Im dritten Fall* (Nr. 1545) können die Zusätze bewirken, daß sich die Geschäftsfirma, wie sie für den Zweigbetrieb im erweiterten Geschäftsbereich verwendet wird, von der namensrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern genügend unterscheidet. Das Namensrecht des andern Firmenträgers bleibt alsdann unverletzt. Im erweiterten Geschäftsbereich, in dem der Gebrauch der Geschäftsfirma als solche (ohne Zweigniederlassungs-Zusätze) das Namensrecht des andern verletzen würde, ist der Geschäftsinhaber durch seinen Zweigbetrieb tätig. Für diesen aber verwendet er die Geschäftsfirma mit den unterscheidenden Zusätzen.
- 1556 *Im vierten Fall* (Nr. 1546) können die Zusätze bewirken, daß sich die Geschäftsfirma, wie sie für den Zweigbetrieb verwendet wird, auch im Konkurrenzverhältnis genügend unterscheidet von der firmenrechtlich geschützten Geschäftsfirma des andern Firmenträgers. Das Ausschließlichkeits-Recht dieses Firmenträgers bleibt unverletzt. Mit ihm konkurriert der Zweigbetriebs-Inhaber durch den Zweigbetrieb. Für den Zweigbetrieb aber verwendet er die Geschäftsfirma mit Zweigniederlassungs-Zusätzen, die infolge dieser Zusätze nicht verwechselbar ist mit der Geschäftsfirma des Konkurrenten. Die Geschäftsfirma als solche (ohne Zweigniederlassungs-Zusätze), die im Wettbewerb verwechselbar wäre, wird für den Zweigbetrieb nicht gebraucht.
- 1557 *Im fünften Fall* (Nr. 1547) schließlich können die Zusätze bewirken, daß die Geschäftsfirma, wie sie für den Zweigbetrieb verwendet wird, nicht verwechselbar

ist mit der Geschäftsfirma des Konkurrenten. Die Verwendung der Geschäftsfirma verstößt alsdann nicht gegen das UWG. Denn in schweizerischem Wettbewerb steht der Zweigbetriebs-Inhaber mit dem Zweigbetrieb. Für den Zweigbetrieb aber verwendet er die nicht verwechselbare Geschäftsfirma mit Zusätzen. Soweit er die verwechselbare Geschäftsfirma als solche (ohne Zweigniederlassungs-Zusätze) gebraucht, konkurriert er nicht mit dem andern Firmenträger: entweder überhaupt nicht oder nicht in der Schweiz. Konkurriert er unter der verwechselbaren Geschäftsfirma im Ausland, so kommt ausländisches Recht zur Anwendung.

- 1558 *In allen fünf Fällen* bewirken die beigefügten Zweigniederlassungs-Zusätze, daß der Konflikt mit der fremden Geschäftsfirma, wenn überhaupt, *gänzlich* entfällt. Denn der Zweigbetrieb ist hier der *einzigste Konfliktgrund* (Nr. 1550). Dieser Konfliktgrund wird aber durch die beigefügten Zusätze aufgehoben. Die Geschäftsfirma des Zweigbetriebs-Inhabers kollidiert mit der fremden Geschäftsfirma weder beim Gebrauch für den Zweigbetrieb, noch beim übrigen Gebrauch (z. B. beim Gebrauch für einen andern Zweigbetrieb). Daß sie auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung nicht nur als Zweigniederlassungs-Firma (mit entsprechenden Zusätzen) aufgezeichnet wird, sondern — ohne Zusätze — auch als Firma für das ganze Geschäft (Nr. 1405, 1449 und 1491), ändert am Gesagten nichts. Denn die derart aufgezeichnete Geschäftsfirma ist nicht dazu bestimmt, in dieser Form für den Zweigbetrieb Zweigniederlassung verwendet zu werden.
- 1559 Ist der Zweigbetrieb *nicht der einzige Konfliktgrund* (Nr. 1551), so können beigefügte Zweigniederlassungs-Zusätze zwar verhindern, daß die Geschäftsfirma, wie sie für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird, mit der andern Geschäftsfirma kollidiert. Soweit die Kollision auf dem übrigen Gebrauch der Geschäftsfirma (z. B. für einen andern Zweigbetrieb) beruht, wird sie durch die betreffenden Zweigniederlassungs-Zusätze nicht aufgehoben.

### C. Zusammenfassung

- 1560 Fassen wir das Gesagte zusammen, so steht fest: Der Zweigbetrieb kann die Geschäftsfirma seines Inhabers in Konflikt bringen mit der Geschäftsfirma eines andern, die ihr gegenüber nach schweizerischem Firmen-, Wettbewerbs- oder Namensrecht geschützt wird (Nr. 1539 ff.).
- 1561 Entweder ist der Zweigbetrieb der *einzigste Konfliktgrund*: Die Kollision mit der fremden Geschäftsfirma besteht nur und gerade deswegen, weil der Inhaber die eigene Geschäftsfirma für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet (Nr. 1550). Trifft dies zu, so kann der Konflikt mit der fremden Geschäftsfirma *gänzlich* entfallen, wenn der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung eingetragen und unter einer eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma betrieben wird (Nr. 1558).

- 1562 Oder der Zweigbetrieb ist ein *zusätzlicher Konfliktgrund*: Die Kollision mit der fremden Geschäftsfirma besteht ohnehin, zusätzlich aber auch deswegen, weil die Geschäftsfirma des Inhabers für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird (Nr. 1551). Wird dieser Zweigbetrieb als Zweigniederlassung eingetragen und unter einer eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma des Inhabers betrieben, so entfällt der Konflikt, wenn überhaupt, nur mit Bezug auf den Firmengebrauch für diesen Zweigbetrieb (vgl. Nr. 1559).
- 1563 Was wir über den Zweigbetrieb als möglichen Konfliktgrund ausgeführt haben, gilt in gleicher Weise für jede Leistungseinheit innerhalb eines Geschäftes, namentlich auch für einen *Hauptbetrieb* (Nr. 1390). Auch der Hauptbetrieb eines Geschäftes kann die Geschäftsfirma, die der Inhaber für ihn verwendet (Nr. 1320), in Konflikt bringen mit der geschützten Geschäftsfirma eines andern. Und auch er ist alsdann entweder der einzige oder ein zusätzlicher Konfliktgrund. Je nachdem kann der Konflikt mit der fremden Geschäftsfirma gänzlich oder nur beschränkt entfallen, wenn der Hauptbetrieb als Hauptniederlassung eingetragen und unter einer eingetragenen Hauptniederlassungs-Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1497 ff.).

#### 4. Zweigbetrieb und Nachfolgefirma

- 1564 Bisher haben wir gesprochen vom Zweigbetrieb und der Bildung der Geschäftsfirma. Ferner vom Zweigbetrieb und vom Schutz der eigenen bzw. fremden Geschäftsfirma. Abschließend setzen wir den Zweigbetrieb in Beziehung zur Nachfolgefirma nach schweizerischem Recht, und zwar zur Zulässigkeit dieser Nachfolgefirma. Zunächst befassen wir uns mit der Nachfolgefirma im allgemeinen.

##### A. Die Nachfolgefirma im allgemeinen

- 1565 Die Nachfolgefirma ist eine qualifizierte Geschäftsfirma. Als solche ist sie stets Firma für das ganze Geschäft (Nr. 1310). Mit ihr befaßt sich Art. 953 Abs. 2 OR<sup>624</sup>:
- 1566 Art. 953 Abs. 2 OR richtet sich an natürliche Personen und Verbände, die hinsichtlich der Firmenbildung dem schweizerischen Rechte unterstehen. Für sie bestimmt er: «Wer ein Geschäft übernimmt» (Art. 953 Abs. 1), «darf ... mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der früheren Inhaber oder ihrer Erben die bisherige Firma weiterführen, sofern in einem Zusatz das Nachfolgeverhältnis zum Ausdruck gebracht und der neue Inhaber genannt wird.»

<sup>624</sup> Vgl. dazu: W. *Diener*, S. 69 ff.; Jul. *Hartmann*, S. 229 ff.; *His*, N. 1 ff. zu Art. 953 OR; J. *Hoffmann*, passim; F. v. *Steiger*, Firmenrecht, S. 49 ff.

Mit der «bisherigen Firma» ist die Geschäftsfirma gemeint, die der frühere Inhaber verwendet hatte; gleichgültig, ob sie in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen war oder nicht (vgl. BGE 93 I 567 f.)<sup>625</sup>. Wird sie vom neuen Inhaber nach Art. 953 Abs. 2 OR weitergeführt, so liegt eine **echte Nachfolgefirma** vor (z. B. «Confektion Adolf Meyer, Inhaber G. Riesen»; oder «Gottfr. Gennheimer & Co., Nachfolger Max Weber-Gennheimer & Co.», vgl. BGE 85 II 327). Der Kern dieser Nachfolgefirma besteht in der Geschäftsfirma des früheren Inhabers («Confektion Adolf Meyer, . . .»)<sup>626</sup>. Im Zusatz wird auf das Nachfolgeverhältnis hingewiesen und der neue Inhaber genannt («. . ., Inhaber G. Riesen»). Ist der Erwerber weder eine natürliche Einzelperson noch eine Personengesellschaft, so kann die «zusätzliche» Namensnennung unterbleiben; und das Nachfolgeverhältnis braucht nicht in einem besonderen Zusatz ausgedrückt zu werden (BGE 73 II 119 ff.: z. B. «G. Hunziker & Co. Ins AG»)<sup>627</sup>.

- 1567 Statt eine echte Nachfolgefirma zu verwenden, kann der Übernehmer eines Geschäftes seine Geschäftsfirma nach wie vor im Sinne des Art. 874 aOR gestalten und auf die frühere Geschäftsfirma lediglich in einem Zusatz verweisen (z. B. «G. Riesen, vormals Confektion Adolf Meyer»)<sup>628</sup>. Die derart gebildete Geschäftsfirma bezeichnen wir als **unechte Nachfolgefirma**, weil die bisherige Geschäftsfirma nicht den Firmenkern bildet<sup>629</sup>. Die Befugnis zu ihrer Verwendung, die das Einverständnis des bisherigen Inhabers bzw. seiner Erben voraussetzt, läßt sich schon aus Art. 944 Abs. 1 OR ableiten<sup>630</sup>, ist aber auch in der weitergehenden Befugnis zur Führung einer echten Nachfolgefirma mitenthalten.
- 1568 Das Recht zur Führung einer echten oder unechten Nachfolgefirma schwächt die grundsätzliche Nichtübertragbarkeit einer Geschäftsfirma ab. Indessen durchbricht es weder den Grundsatz des Täuschungsverbotes im allgemeinen, noch den Grundsatz der Firmenwahrheit. Nur innerhalb dieser beiden Grundsätze (Nr. 1337) wird dem *Interesse an der Firmenbeständigkeit* Rechnung getragen<sup>631</sup>: dem Interesse daran, «que le changement survenu à la tête de l'entreprise n'entraîne pas une perte de la clientèle» (BGE 93 I 568).

<sup>625</sup> Anderer Ansicht: *His*, N. 7 zu Art. 953 OR; *J. Hoffmann*, S. 53; *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 51.

<sup>626</sup> Vgl. *W. Diener*, S. 70 f.

<sup>627</sup> Vgl. auch *W. Diener*, S. 70 f.; *His*, N. 26 zu Art. 953 OR; *J. Hoffmann*, S. 73.

<sup>628</sup> Vgl. *Jul. Hartmann*, S. 230; *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 51.

<sup>629</sup> Vgl. dazu *L. Siegmund*, ZSR 16, 1897, S. 715.

<sup>630</sup> Vgl. *W. Diener*, S. 57 ff.; *His*, N. 17 zu Art. 953 OR.

<sup>631</sup> Anders verhält es sich mit der Nachfolgefirma nach deutschem Recht (§ 22 HGB). Vgl. dazu *H. C. Nipperdey*, S. 206 f.

## B. Zweigbetrieb und Zulässigkeit der Nachfolgefirma

1569 Die Zulässigkeit einer echten oder unechten Nachfolgefirma (Nr. 1566 f.) bedingt ein Mehrfaches. *Vorausgesetzt ist namentlich, daß ein Geschäft (nicht nur ein Geschäfts-Teil) übernommen wird*<sup>632</sup>, *um als Geschäft (nicht als Geschäfts-Teil) weiterbetrieben zu werden*<sup>633</sup>. Von diesem Tatbestand gibt es drei Abweichungen, die im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb interessieren:

### a. ÜBERNOMMEN WIRD EIN ZWEIGBETRIEB INNERHALB EINES GESCHÄFTES, NICHT DAS GANZE GESCHÄFT

1570 Der Übernehmer (z. B. G. Riesen), der hier den übernommenen Zweigbetrieb als Geschäft weiterführt, ist *nicht befugt, die Geschäftsfirma des bisherigen Zweigbetriebs-Inhabers* («Confektion Adolf Meyer») *in einer echten oder unechten Nachfolgefirma zu verwenden*<sup>634</sup>. Denn die Fortführung der bisherigen Geschäftsfirma würde den falschen Eindruck erwecken, gewechselt habe der Inhaber des ganzen Geschäftes; der Übernehmer habe das ganze Geschäft des bisherigen Inhabers erworben, während sich die Übernahme in Wirklichkeit nur auf den Zweigbetrieb bezieht<sup>635</sup>. Art. 953 OR macht denn auch, gleich wie Art. 874 aOR, die Zulässigkeit einer Nachfolgefirma ausdrücklich davon abhängig, daß ein *Geschäft* übergeht. Wird nur ein *Geschäfts-Teil* übernommen, so ist eine Nachfolgefirma ausgeschlossen; gleichgültig, ob dieser Geschäfts-Teil ein Hauptbetrieb ist (Nr. 1390); oder ob er, wie wir hier annehmen, einen Zweigbetrieb darstellt.

1571 War der übernommene Zweigbetrieb *als Zweigniederlassung eingetragen*, so ändert sich nichts an der dargestellten Rechtslage. Wurde die Zweigniederlassung jedoch unter einer Geschäftsfirma mit Zweigniederlassungs-Zusätzen geführt (z. B. «Confektion Adolf Meyer, Filiale Bern»), so fragt es sich, ob nicht diese Zweigniederlassungs-Firma in einer Nachfolgefirma weitergeführt werden kann (z. B. «Confektion Adolf Meyer, Filiale Bern, Inhaber G. Riesen»; oder: «G. Riesen, vormals Confektion Adolf Meyer, Filiale Bern»). Eine derart gebildete Nachfolgefirma hat der Gesetzgeber weder in Art. 953 OR, noch in Art. 874 aOR vorgesehen. Die Frage ist zu verneinen<sup>636</sup>. Nach Ansicht von *F. v. Steiger* könnte der Übernehmer allerdings wie folgt firmieren: «G. Riesen, vormals Filiale Bern von Confektion Adolf Meyer»<sup>637</sup>.

<sup>632</sup> Vgl. dazu Art. 953 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 874 aOR und BIZÜR 41, 1942, S. 83.

<sup>633</sup> Vgl. dazu *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 55.

<sup>634</sup> Vgl. *W. Schluep*, Markenrecht, S. 184; *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 53.

<sup>635</sup> Vgl. auch *W. Schluep*, a.a.O.

<sup>636</sup> Vgl. demgegenüber *J. Hoffmann*, S. 79 f. und — für das deutsche Recht — *H. C. Nipperdey*, S. 201.

<sup>637</sup> *F. v. Steiger*, Firmenrecht, S. 53. Vorausgesetzt ist auch hier das Einverständnis des früheren Inhabers bzw. seiner Erben.

1572 Das Verbot einer Nachfolgefirma bei Übernahme nur eines *Zweigbetriebes* (Nr. 1570) schließt nicht ohne weiteres aus, daß mit dem Zweigbetrieb die als Marke gebrauchte Geschäftsfirma, die *Firmenmarke* (Nr. 1318 f.), übergeht<sup>638</sup>. Wird nämlich eine Geschäftsfirma als Marke gebraucht, so untersteht sie in dieser Funktion dem Markenrecht (Nr. 1319), auch was ihre Übertragbarkeit betrifft<sup>639</sup>. Zum Fortbestand einer Marke ist danach nicht erforderlich, daß der Erwerber das Geschäft, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dient (Art. 11 Abs. 1 MSchG), in seinem ganzen Umfange miterwirbt (BGE 83 II 326)<sup>640</sup>. Namentlich kann eine Marke, wenn sich das Geschäft auf mehrere Länder erstreckt, nach Art. 11 Abs. 1 MSchG mit dem auf die Schweiz bezüglichen Geschäfts-Teil übertragen werden. Besteht dieser Geschäfts-Teil in einem Zweigbetrieb, so ist die Firmenmarke mit dem Zweigbetrieb übertragbar<sup>641</sup>; es sei denn, der Gebrauch der Marke durch den Erwerber ermögliche eine Täuschung des Publikums (Art. 11 Abs. 1 MSchG), was insbesondere dann der Fall wäre, wenn der Veräußerer die betreffende Geschäftsfirma nach wie vor in der Schweiz gebrauchen würde<sup>642</sup>. Mit der Übertragung verliert hier die als Marke gebrauchte Geschäftsfirma ihre Qualifikation als Firmenmarke; der Erwerber muß sie daher in das Markenregister eintragen lassen, wenn sie weiterhin als Marke geschützt sein soll (vgl. Art. 4 und 16 MSchG)<sup>643</sup>.

**b. ÜBERNOMMEN WIRD EIN GESCHÄFT. DAS ÜBERNOMMENE  
GESCHÄFT WIRD NICHT ALS GESCHÄFT WEITERBETRIEBEN,  
SONDERN ALS ZWEIGBETRIEB INNERHALB EINES GESCHÄFTES**

1573 Für das Geschäft, dem hier das übernommene Geschäft als Zweigbetrieb (und damit als Geschäfts-Teil) eingegliedert wird, darf der Übernehmer *weder eine echte noch eine unechte Nachfolgefirma verwenden*<sup>644</sup>. Ihrer Formulierung nach ist die Nachfolgefirma für Fälle bestimmt, in denen bei einem fortbestehenden Geschäft nur und gerade der Inhaber («la tête de l'entreprise», BGE 93 I 568) wechselt. Käme sie vorliegend zur Anwendung, so würde sie den falschen Eindruck erwecken, die eingetretene Veränderung beschränke sich auf den umschriebenen Wechsel: der Träger der Nachfolgefirma habe sein ganzes Geschäft vom früheren Inhaber erworben. Diese Täuschung gilt es zu verhindern. Zu verhindern gilt es aber auch eine Umgehung der ordentlichen Firmenbildungsvorschriften: derart, daß ein Geschäftsinhaber, um eine bekannte Geschäftsfirma zu

<sup>638</sup> Zur Frage der grundsätzlichen Übertragbarkeit einer Firmenmarke vgl. W. *Schluep*, Markenrecht, S. 183, der die Frage richtigerweise bejaht.

<sup>639</sup> W. *Schluep*, a.a.O.

<sup>640</sup> Vgl. dazu auch W. *Schluep*, Markenrecht, S. 177 ff.

<sup>641</sup> Vgl. auch A. *Troller*, Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, S. 158.

<sup>642</sup> Vgl. W. *Schluep*, a.a.O., S. 182.

<sup>643</sup> Vgl. W. *Schluep*, a.a.O., S. 181.

<sup>644</sup> Vgl. demgegenüber, für das deutsche Recht: H. C. *Nipperdey*, S. 199 f.

verwenden, zu seinem Geschäft ein anderes hinzuerwirbt und die zu *einem* Geschäft verschmolzenen Geschäfte unter einer Nachfolgefirma betreibt.

- 1574 Mag der bisherige Inhaber noch so einverstanden sein: Dem Übernehmer ist es nach dem Gesagten verwehrt, sein Geschäft unter einer Nachfolgefirma zu betreiben, obwohl es das übernommene Geschäft als Zweigbetrieb umfaßt. Schon gar nicht darf er für sein Geschäft eine *Nachfolgefirma neben der bisherigen Geschäftsfirma* verwenden<sup>645</sup>: so, daß die beiden Geschäftsfirmen beim Betriebe des ganzen Geschäftes (abwechslungsweise oder gleichzeitig) gebraucht werden. Denn für ein und dasselbe Geschäft ist nach schweizerischem Recht nur *eine* Geschäftsfirma zugelassen (Nr. 1338).
- 1575 Ausgeschlossen ist aber auch, daß der Übernehmer eine *Nachfolgefirma gerade und nur für das als Zweigbetrieb weitergeführte Geschäft* verwendet, während er für die übrigen Geschäfts-Teile nach wie vor seine bisherige Geschäftsfirma gebraucht. Hier käme er, wenn die bisherige Geschäftsfirma im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, in Konflikt mit der in Nr. 1396 umschriebenen Firmengebrauchspflicht. Ganz zu schweigen davon, daß eine derartige Verwendung dem Wesen der Geschäftsfirma als Firma für das ganze Geschäft widerspräche (Nr. 1310); und daß, wollte der Übernehmer den betreffenden Zweigbetrieb als Zweigniederlassung eintragen lassen, die Nachfolgefirma nicht als Zweigniederlassungs-Firma eingetragen werden könnte (Art. 952 Abs. 1 OR und Nr. 1410 dazu).
- 1576 Wird der betreffende Zweigbetrieb allerdings als Zweigniederlassung eingetragen, so ist es nach der richtigen Ansicht von F. v. Steiger zulässig, im freiwilligen Zusatz der Zweigniederlassungs-Firma auf die frühere Geschäftsfirma hinzuweisen (z. B. «G. Riesen, Filiale Bern, vormals Confektion Adolf Meyer»; oder «Bahnhofapotheke Ott & Cie., Bern, Filiale Münchenbuchsee, vormals Drogerie Aellen»)<sup>646</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um die Zweigniederlassung eines Geschäftes mit schweizerischer oder mit ausländischer Geschäftsfirma handelt (Nr. 1393; Nr. 1439). In jedem Falle muß aber der Hinweis auf die frühere Geschäftsfirma so gefaßt sein, daß sein Bezug auf die eingetragene Zweigniederlassung deutlich zum Ausdruck kommt<sup>647</sup>. Die Berner Zweigniederlassung dürfte in unserem Beispiel nicht unter der Firma «G. Riesen, vormals Confektion Adolf Meyer» betrieben werden. Denn diese Zweigniederlassungs-Firma würde den falschen Eindruck erwecken, das ganze Geschäft, nicht nur die Zweigniederlassung, sei früher unter der Geschäftsfirma «Confektion Adolf Meyer» betrieben worden.

<sup>645</sup> Vgl. demgegenüber, für das deutsche Recht: H. C. Nipperdey und G. Esch, *passim*.

<sup>646</sup> Vgl. F. v. Steiger, *Firmenrecht*, S. 55.

<sup>647</sup> und der frühere Inhaber bzw. dessen Erben hätten selbstverständlich einverstanden zu sein.

- 1577 Die umschriebene Rechtslage widerspricht vielfach dem *Interesse des Übernehmers an der Firmenbeständigkeit* (Nr. 1568). Dieses Interesse kann gewahrt werden:
- 1578 — wenn ein Einzel-Inhaber das übernommene Geschäft *neben* seinem bisherigen Geschäft weiterbetreibt. Alsdann darf er für sein bisheriges Geschäft die bisherige Geschäftsfirma verwenden. Außerdem ist es zulässig, für das übernommene Geschäft eine Nachfolgefirma zu gebrauchen <sup>648</sup>.
- 1579 — wenn das Geschäft durch eine Tochtergesellschaft übernommen und als Konzernbetrieb (Nr. 70) unter einer Nachfolgefirma betrieben wird <sup>649</sup>.
- 1580 — nicht aber, wenn der Übernehmer das übernommene Geschäft als Hauptbetrieb (Nr. 1390) innerhalb seines Geschäftes weiterbetreibt. Die Verwendung einer Nachfolgefirma ist hier ausgeschlossen. Es verhält sich gleich wie in den Fällen, in denen das übernommene Geschäft dem Geschäft des Übernehmers als Zweigbetrieb eingegliedert wird (vgl. Nr. 1573 f.).
- 1581 Abschließend ist auf ein Zweifaches hinzuweisen:
- 1582 1. Das Verbot einer Nachfolgefirma beim beschriebenen Geschäftsübergang schließt keineswegs aus, daß die als Marke gebrauchte Geschäftsfirma, *die Firmenmarke* (Nr. 1319), nach Art. 11 Abs. 1 MSchG auf den Übernehmer übertragbar ist. Es gilt auch hier das in Nr. 1572 Gesagte: Daß sich die Übertragbarkeit der Firmenmarke nach Markenrecht beurteilt <sup>650</sup>. Und daß der Erwerber die erworbene Firmenmarke ins Markenregister eintragen lassen muß, um sie als schutzfähige Marke zu erhalten; deswegen, weil hier die Qualifikation als Firmenmarke mit der Übertragung erlischt. Anders wäre es, wenn die Geschäftsfirma des Veräußerers in einer eingetragenen Nachfolgefirma weitergeführt würde.
- 1583 2. Für das übernommene Geschäft, das der Übernehmer als Geschäft (nicht nur als Geschäfts-Teil) weiterbetreibt, darf eine Nachfolgefirma verwendet werden; vorausgesetzt natürlich, daß der bisherige Inhaber bzw. dessen Erben einverstanden sind (Nr. 1566 f.). Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn sich das übernommene Geschäft nachträglich verändert, indem es z. B. nachträglich zu einem zusammengesetzten Geschäft wird.
- 1584 Durch die *nachträgliche Veränderung des übernommenen Geschäftes* erlischt das Recht zur Führung der Nachfolgefirma nicht, sofern die Eigenart, die «Kontinuität»<sup>651</sup> des Geschäftes dennoch gewahrt bleibt <sup>652</sup>. Eine Umgehung der Firmenbildungsvorschriften muß hier nicht verhindert werden (vgl. demgegenüber

<sup>648</sup> was nach H. C. Nipperdey «keine Lösung des Problems» darstellen soll (S. 214). Vgl. auch A. Kraft, S. 20. Zum Ganzen auch Anm. 494.

<sup>649</sup> was nach G. Esch «den wirtschaftlichen Bedürfnissen kaum voll gerecht» wird (S. 236). Vgl. auch A. Kraft, S. 20 f.

<sup>650</sup> Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Übertragung einer Firmenmarke vgl. Anm. 638.

<sup>651</sup> H. C. Nipperdey, S. 198.

<sup>652</sup> Vgl. J. Hoffmann, S. 69 f.; für das deutsche Recht vgl. H. C. Nipperdey, a.a.O.

Nr.1573). Und die Täuschungsgefahr (Nr. 1573) ist insofern verringert, als jedermann weiß, daß sich ein Geschäft (auch ein übernommenes) im Laufe der Zeit zwangsläufig verändert. Wollte man anders entscheiden, so wäre das Recht zur Führung einer Nachfolgefirma mit Rücksicht auf die dem Geschäft innewohnende Tendenz zur Veränderung zum vorneherein illusorisch. Außerdem würden bedeutende Werte zerstört, die sich der Inhaber durch die Führung der Nachfolgefirma *selbst* erworben hat.

**c. ÜBERNOMMEN WIRD EIN ZWEIGBETRIEB, NICHT EIN GANZES GESCHÄFT. DER ÜBERNEHMER GLIEDERT DEN ÜBERNOMMENEN ZWEIGBETRIEB SEINEM EIGENEN GESCHÄFT ALS ZWEIGBETRIEB EIN**

- 1585 Für das Geschäft, dem hier der übernommene Zweigbetrieb als Zweigbetrieb eingegliedert wird, darf der Übernehmer die Geschäftsfirma des bisherigen Zweigbetriebs-Inhabers weder in einer echten noch in einer unechten Nachfolgefirma verwenden. Keine andere Rechtslage besteht dann:
- 1586 — wenn der übernommene Zweigbetrieb *als Zweigniederlassung eingetragen* war. Wird er vom neuen Inhaber wiederum als Zweigniederlassung eingetragen, so kann in konsequenter Weiterführung der von *F. v. Steiger* vertretenen Ansicht (Nr.1571 und 1576) im freiwilligen Zweigniederlassungs-Zusatz auf den früheren Inhaber hingewiesen werden. Die Zweigniederlassungs-Firma muß alsdann lauten: «G. Riesen, Filiale Bern, vormals Filiale (oder Zweigniederlassung) von Confektion Adolf Meyer.»
- 1587 — wenn der übernommene Zweigbetrieb dem Geschäft des Übernehmers als *Hauptbetrieb* (Nr. 1390) eingegliedert wird.
- 1588 Ob mit dem Zweigbetrieb die als Marke gebrauchte Geschäftsfirma, die *Firmenmarke*, übertragbar ist, beurteilt sich auch hier nach Markenrecht (vgl. Nr. 1572 und 1582).

# Der Zweigbetrieb im schweizerischen Schuldrecht unter Einschluß des Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrechts

### I. EINLEITUNG

- 1589 Wir haben bisher gesprochen vom Zweigbetrieb als Lebenserscheinung (Erster Teil, Nr. 1ff.), vom Zweigbetrieb im Handelsregisterrecht (Zweiter Teil, Nr. 303 ff.) und vom Zweigbetrieb im Firmenrecht (Dritter Teil, Nr. 1303 ff.). Im vorliegenden Vierten Teil sprechen wir *vom Zweigbetrieb im schweizerischen Schuldrecht unter Einschluß des Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrechts*, wobei wir auch kollisionsrechtliche Fragen mitberücksichtigen. Das Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht ordnet und ermöglicht die Durchsetzung der Forderung<sup>653</sup>, weshalb wir das Schuldrecht unter Einschluß dieser Rechtsgebiete behandeln.
- 1590 Als **Ausgangspunkt** der folgenden Erörterungen dient *die Obligation*. Wir sprechen von der Entstehung der Obligation (Nr. 1597 ff.), von ihrer Erfüllung (Nr. 1732 ff.) und von ihrem Erlöschen (Nr. 1780 ff.). Ferner sprechen wir vom Übergang von Forderungen und Schulden (Nr. 1874 ff.), vom Vertragsübergang (Nr. 1916 ff.) und von der Durchsetzung der Forderung (Nr. 1940 ff.). Mit der Durchsetzung der Forderung gelangen wir vom Schuldrecht in das Gebiet des Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrechts. — Alle diese Erörterungen erfolgen mit Rücksicht auf den Zweigbetrieb, wie wir ihn im Ersten Teil umschrieben haben.
- 1591 Der so verstandene **Zweigbetrieb** kann (muß aber nicht) eine Zweigniederlassung des schweizerischen Handelsregisterrechts sein (Nr. 632). Als Zweigniederlassung ist er gegebenenfalls in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen (Nr. 812 f.) und wird alsdann unter einer eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma betrieben, die möglicherweise Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (dazu Nr. 1381 ff.).
- 1592 In jedem Falle ist der Zweigbetrieb eine *rechts- und handlungsunfähige Leistungseinheit* (Nr. 76), mag er auch in der Schweiz als Zweigniederlassung eingetragen sein (Nr. 1062 ff.). Er bildet stets Bestandteil eines Gesamtbetriebes, dem er als örtlich getrennter Gliedbetrieb (Nr. 105) integriert ist (Nr. 74 und 667). Innerhalb des Gesamtbetriebes, der eine Wirtschaftseinheit darstellt, ist der Zweigbetrieb

<sup>653</sup> Vgl. dazu A. Favre, S. 9 f., und M. Kummer, Zivilprozeß, S. 2.

— im Unterschied zur bloßen Abteilung — eine eigenständige Größe. Er ist ein Betrieb innerhalb eines Betriebes; doch ist er auch im uneigentlichen Sinne rechtlich unselbständig (Nr. 77): *Alle Betriebe seines Gesamtbetriebes werden von ein und demselben Inhaber betrieben* (Nr. 77): vom Inhaber des Gesamtbetriebes. Dieser Inhaber betreibt den Gesamtbetrieb unter Einschluß all seiner Zweigbetriebe; gegebenenfalls auch unter Einschluß eines Hauptbetriebes. Der **Hauptbetrieb** (Nr. 193), der mit zum Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes gehören kann, nicht aber muß (Nr. 194), zeichnet sich gegenüber dem Zweigbetrieb dadurch aus, daß sich seine Leitungsinstanz zugleich mit dem Leiten des ganzen Gesamtbetriebes befaßt (Nr. 93). Handelt es sich beim Gesamtbetrieb um ein Geschäft im Sinne des Handelsregisterrechts, so ist der Hauptbetrieb eine registerrechtliche Hauptniederlassung (Nr. 869 ff.), die registerrechtlich gleich zu behandeln ist wie die Zweigniederlassung (Nr. 1296 ff.).

1593 Der **Gesamtbetriebs-Inhaber**, der den Zweigbetrieb als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt (Nr. 1592), ist entweder eine natürliche Einzelperson, eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (z. B. eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft des schweizerischen Rechts, Nr. 539). Den Sonderfall, wonach der Gesamtbetrieb einer Mehrheit von Personen gehört, die ihn (z. B. als einfache Gesellschaft) gemeinsam betreiben, klammern wir für die folgenden Betrachtungen wiederum aus (vgl. schon Nr. 78). Denn erstens ist er selten. Und zweitens wirft er keine für den Zweigbetrieb spezifischen Probleme auf.

1594 Vergleichsweise werden wir bei unsern Darlegungen immer wieder auf den **Konzernbetrieb** zu sprechen kommen, der im Ersten Teil dem Zweigbetrieb gegenübergestellt wurde (Nr. 213 ff.). Auch dieser Konzernbetrieb ist eine rechts- und handlungsunfähige Leistungseinheit (Nr. 71). Gleich wie der Zweigbetrieb bildet er Bestandteil, Gliedbetrieb eines Gesamtbetriebes (Nr. 213), und zwar des Konzerns (Nr. 70), der sich ebenfalls als wirtschaftliche Einheit qualifiziert. Im Unterschied zum Zweigbetrieb gehört der Konzernbetrieb indessen zu einem Gesamtbetrieb ohne Inhaber. Es gibt keinen Inhaber, der den Gesamtbetrieb Konzern unter Einschluß all seiner Konzernbetriebe betreibt. Vielmehr wird jeder Konzernbetrieb von einem eigenen Inhaber, einer eigenen Konzernperson, betrieben (Nr. 217).

1595 **Konzernpersonen** sind im Normalfall, von dem wir ausgehen, juristische Personen. Auf ihrer Verbindung beruht die Wirtschaftsgemeinschaft Konzern (Nr. 218). Die Konzernpersonen betreiben, selber verbunden, die zum Konzern verbundenen Betriebe, wobei es bei jedem Konzern auch Konzernpersonen ohne Konzernbetriebe geben kann (Nr. 218). Trotz der bestehenden Verbindungen sind die Konzernpersonen *rechtlich selbständige Subjekte mit je eigenem Rechtskreis* (Nr. 217); auch dann, wenn die eine Konzernperson von der andern kapitalmäßig völlig beherrscht wird (vgl. dazu BGE 59 I 277; 81 II 459; 85 II 114). Dieses

Trennungsprinzip kann allerdings im Einzelfall durchbrochen werden. Der Durchbrechung dient die Institution des Durchgriffs<sup>654</sup>.

1596 **Durchgriff** bedeutet: Nichtanerkennung der rechtlichen Verschiedenheit verschiedener Rechtsträger<sup>655</sup>; derart, daß deren rechtliche Selbständigkeit Dritten gegenüber unbeachtlich bleibt. Auf den Konzern bezogen, gibt der so verstandene Durchgriff Dritten die Möglichkeit, von der rechtlichen Trennung verschiedener Konzernpersonen abzusehen und im Rechtsstreit gewissermaßen von der einen (namentlich einer herrschenden) auf eine andere (namentlich eine beherrschte) Konzernperson «durchzugreifen». Ein derartiger Durchgriff rechtfertigt sich nach schweizerischem Recht nur in Ausnahmefällen<sup>656</sup>, und zwar im Rahmen des Art. 2 ZGB<sup>657</sup> und des Umgehungsverbotes<sup>658</sup>: Falls es einem Dritten gegenüber offenbar rechtsmißbräuchlich ist, wenn die eine Konzernperson sich auf die rechtliche Verschiedenheit von einer andern Konzernperson beruft (vgl. dazu BGE 72 II 76; 81 II 455); oder falls die eine Konzernperson die andere zur Umgehung gesetzlicher oder auch staatsvertraglicher Vorschriften mißbraucht. Hier hat der Richter von der rechtlichen Trennung zwischen den beteiligten Konzernpersonen abzusehen. Diese Durchbrechung des Trennungsprinzips kann nur zugunsten

<sup>654</sup> Der Durchgriff ist ein junges, noch keineswegs gefestigtes Rechtsinstitut, ausgebildet nicht so sehr an Konzerntatbeständen als am Tatbestand der «gewöhnlichen» Einmann-gesellschaft (vgl. E. *Rehbinder*, S. 88 und 91).

Zur reichhaltigen Literatur, die sich mit dem Durchgriff befaßt, vgl. S. *Caflisch*, S. 201, Anm. 2; *Merz*, N. 286 zu Art. 2 ZGB. Im einzelnen heben wir heraus: M. *Gutzwiller*, in SchwPR II, S. 447; R. *Isay*, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910, S. 87 ff.; W. *Müller-Freienfels*, Zur Lehre vom sogenannten «Durchgriff» bei juristischen Personen im Privatrecht, in AcP 156, 1957, S. 522 ff.; R. *Serick*, Rechtsform und Realität der juristischen Person, Berlin und Tübingen 1955; *derselbe*, Durchgriffsprobleme, Karlsruhe 1959; G. *Weiß*, Einleitung, N. 342 ff.

<sup>655</sup> Vgl. E. *Rehbinder*, S. 108.

<sup>656</sup> In keinem Falle aber aufgrund unkontrollierbarer Billigkeitserwägungen, mögen sie sich noch so sehr auf wirtschaftliche Gegebenheiten abstützen.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die dem Richter die Möglichkeit zugesteht, «ein Urteil, das sich logisch als zwingend erwiesen hat, allein aufgrund wirtschaftlicher, utilitaristischer Überlegungen zu modifizieren», befreit ihn letztlich von der Bindung an das Gesetz; sie ist für das schweizerische Recht abzulehnen (S. *Caflisch*, S. 181 f.). Damit soll nicht etwa einer lebensfremden Rechtsprechung das Wort geredet sein. Der Richter hat das Gesetz auf die Sachverhalte anzuwenden, wie sie wirklich sind, und daher zunächst die Wirklichkeit zu erfassen. In diesem Sinne mag auch für ihn der Satz von *Gurvitch* gelten, wonach der Jurist keinen einzigen Schritt mehr tun kann, ohne zugleich die Arbeit des Soziologen zu machen (zit. bei W. *Baldegger*, Vormundschaftsrecht und Jugendfürsorge, Diss. Freiburg 1970, S. 97).

<sup>657</sup> Vgl. z. B. S. *Caflisch*, S. 223; *Merz*, N. 287 ff. zu Art. 2 ZGB; E. *Tobler*, S. 37.

<sup>658</sup> Vgl. S. *Caflisch*, S. 244; G. *Capitaine*, ZSR 62, 1943, S. 40a, 45a, 191a. Zur Gesetzesumgehung im allgemeinen vgl. namentlich *Merz*, N. 88 zu Art. 2 ZGB. Im Gegensatz zu einer verbreiteten Meinung hängt die Gesetzesumgehung nicht vom Rechtsmißbrauch ab (vgl. H. *Deschenaux*, in SchwPR II, S. 158). Sie ist nicht beim Rechtsmißbrauch einzuordnen (vgl. *Merz*, N. 93 zu Art. 2 ZGB), weshalb wir sie gesondert erwähnen.

Dritter, nicht zugunsten der beteiligten Konzernpersonen erfolgen (vgl. sinn- gemäß BGE 72 II 77; demgegenüber BGE 75 I 340).

Als *ersten Punkt* behandeln wir nachstehend den Zweigbetrieb und die Entstehung der Obligation.

## II. ZWEIGBETRIEB UND ENTSTEHUNG DER OBLIGATION

1597 Obligationen können aus verschiedenen Gründen entstehen, namentlich aus *Vertrag*, aus *ungerechtfertigter Schädigung* und *ungerechtfertigter Bereicherung*. An diese Hauptarten der Entstehungsgründe halten wir uns im folgenden. Wir sprechen vom Zweigbetrieb und der Entstehung von Obligationen aus Vertrag (Nr. 1598 ff.), aus ungerechtfertigter Schädigung (Nr. 1656 ff.) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (Nr. 1718 ff.).

### 1. Zweigbetrieb und Obligationen aus Vertrag

1598 Der Vertrag, aus dem Obligationen entstehen, ist ein *Schuldvertrag*. Wie jeder Vertrag fällt auch er — wenn schweizerisches Recht zur Anwendung kommt — in den Anwendungsbereich des Art. 1 OR.

1599 Nachstehend gehen wir von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes aus. Einleitend befassen wir uns mit der *Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung* von Schuldverträgen mit disnationalen Elementen:

1600 Die Frage stellen wir für das schweizerische IPR. Danach ist in erster Linie maßgeblich das von den Parteien gültig vereinbarte Recht (vgl. BGE 91 II 46 ff.; 93 II 381; 94 II 360)<sup>659</sup>. Fehlt eine derartige Vereinbarung, die auch noch im Prozeß getroffen werden kann (BGE 79 II 295; 91 II 445), so greift eine objektive Anknüpfung Platz, wonach im allgemeinen dasjenige Recht maßgeblich ist, zu dem der Vertrag in der engsten räumlichen Beziehung steht (vgl. BGE 78 II 78 und 94 II 360)<sup>660</sup>. Bei dieser Lokalisierung kann der *Zweigbetrieb* im Einzelfall durchaus eine Rolle spielen: Etwa dann, wenn für die Bestimmung des auf die

<sup>659</sup> Vgl. dazu im einzelnen: A. F. Schnitzer, in Festschrift Schönenberger, Freiburg 1968, S. 400 ff.; Schönenberger/Jäggi, Allgem. Einleitung, N. 243 ff.; W. Stauffer, ZBJV 89, 1953, S. 377 ff.; F. Vischer, in SchwPR I, S. 666 ff.; derselbe, Int. Vertragsrecht, S. 21 ff.; derselbe, in SJZ 52, 1956, S. 117 ff. Zum Verhältnis *Rechtswahl und Vertragsfreiheit*: B. Schnyder, S. 82.

<sup>660</sup> Diese Beziehung wird durch die den Vertragstyp charakterisierende Leistung hergestellt. Vgl. dazu im einzelnen: A. F. Schnitzer, (zit. in Anm. 659), S. 387 ff.; Schönenberger/Jäggi, Allgem. Einleitung, N. 213 ff.; F. Vischer, in SchwPR I, S. 663 ff. und 672 ff.; derselbe, Int. Vertragsrecht, S. 89 ff.

betreffende Vertragsart anwendbaren Rechts auf den «Ort der gewerblichen Niederlassung» einer Vertragspartei abgestellt wird<sup>661</sup> oder auf deren Wohn- bzw. Geschäftssitz<sup>662</sup>. Hier wird das Recht am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 131 f.), z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung, maßgeblich sein, falls der Vertrag zum Geschäftskreis eines Zweigbetriebes gehört, den die betreffende Vertragspartei betreibt<sup>663</sup>.

1601 Ist schweizerisches Recht auf den konkreten Vertrag anwendbar, so unterstehen Vertragsschluß und -wirkungen insgesamt dem schweizerischen Recht (vgl. BGE 78 II 74)<sup>664</sup>; wenn auch unter Vorbehalt einzelner Sonderfragen, wie Geschäftsfähigkeit und Vertretung, die sich nach speziellem Recht beurteilen (vgl. BGE 78 II 86)<sup>665</sup>.

1602 Nach *Art. 1 des schweizerischen Obligationenrechts* ist «zum Abschluß eines Vertrages . . . die übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien erforderlich»<sup>666</sup>. Das gilt namentlich auch für Schuldverträge, aus denen Obligationen entstehen. Der Vertragstatbestand besteht auch hier im Austausch übereinstimmender Willenserklärungen verschiedener Parteien. Zwei Elemente greifen wir für unsere Erörterungen heraus: 1. Die Willenserklärungen verschiedener Parteien (Nr. 1603 ff.); und 2. den Austausch der Willenserklärungen (Nr. 1621 ff.).

<sup>661</sup> So: bei gleichförmigen Massenverträgen (Formularverträgen). Hier gilt das Recht «am Orte der gewerblichen Niederlassung» derjenigen Vertragspartei (namentlich einer Versicherungsgesellschaft), welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen für ihre Verträge verwendet. Dazu *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung, N. 254 und die dort zitierten BGE.

<sup>662</sup> So etwa beim ordentlichen Fahrniskauf, beim verzinslichen Darlehen und beim Werkvertrag. Hier wird abgestellt auf den Wohn-, bzw. Geschäftssitz derjenigen Vertragspartei, welche die typische Hauptleistung verspricht. Dazu *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 266, 280, 288 und die jeweils zitierten BGE.

<sup>663</sup> Vgl. dazu F. *Vischer*, Int. Vertragsrecht, S. 113: «Ist der Vertrag von der Zweigniederlassung abgeschlossen, so ist diese für die Anknüpfung maßgeblich». Ferner A. F. *Schnitzer*, Handbuch des Int. Handels-, Wechsel- und Scheckrechts, Zürich/Leipzig 1938, S. 207: «Im Zweifel ist auf Geschäfte zwischen Kunden und Zweigniederlassung das Recht der Zweigniederlassung maßgeblich.»

Was im besondern den *Arbeitsvertrag* betrifft, so gilt grundsätzlich das Recht am Arbeitsort des Arbeitnehmers (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 283 ff.). Dies auch dann, wenn der Arbeitnehmer in einem Zweigbetrieb des Arbeitgebers tätig ist. Immerhin sind zwei Sonderfälle hervorzuheben: 1. «Bei leitenden Angestellten, z. B. beim Leiter einer Filiale, spricht vieles für das Recht am Wohnort des Arbeitgebers bzw. am Hauptsitz des Unternehmens» (*Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., N. 284, S. 104/105; vgl. auch H. *Hilbig*, S. 43). 2. Für Mitarbeiter eines Zweigbetriebes, die ständig in mehreren Rechtsgebieten tätig sind (wie z. B. Reisende), ohne daß ein überwiegender Arbeitsort vorhanden wäre, muß das Recht am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) maßgeblich sein. Vgl. sinngemäß *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., N. 284, S. 105.

<sup>664</sup> *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 257.

<sup>665</sup> Vgl. dazu im einzelnen: *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 257; F. *Vischer*, Int. Vertragsrecht, S. 147 ff.

<sup>666</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 68 ff. zu Art. 1 OR.

Zusätzlich werden wir 3. von der Willenserklärung durch Vertreter sprechen (Nr. 1640 ff.).

## A. Willenserklärungen verschiedener Parteien

1603 Der Vertragstatbestand, aus dem Obligationen entstehen, erfordert nach Art. 1 OR übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Parteien. *Mindestens zwei Parteien*, die ihren Willen persönlich oder durch Vertreter (Nr. 1640) erklären, müssen sich am Vertragsschluß beteiligen. Als Vertragspartei kommt nur ein *Rechtssubjekt* (natürliche Einzelperson oder rechtsfähiger Verband) in Frage. Nachstehend sprechen wir zunächst von den Verhältnissen beim Zweigbetrieb (Nr. 1604 ff.); darauf ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1616 ff.).

### a. VERHÄLTNISSSE BEIM ZWEIGBETRIEB

1604 Der Zweigbetrieb ist eine rechtsunfähige Leistungseinheit (Nr. 1592); er ist ein rechtsunfähiger Bestandteil eines Gesamtbetriebes. Als solcher ist er kein Rechtssubjekt; selbst dann nicht, wenn er als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und gegebenenfalls unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591).

1605 Somit fällt der *Zweigbetrieb als Vertragspartei außer Betracht*, und zwar sowohl gegenüber Dritten (Nr. 1606) als auch innerhalb des Gesamtbetriebes (Nr. 1613):

1606 *1. Der Zweigbetrieb kann mit Dritten* (z. B. Lieferanten, Kunden, Arbeitnehmern) **keine Verträge schließen**; mag er auch als Zweigniederlassung eingetragen und unter einer Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma des Inhabers betrieben sein (Nr. 1591). Ungenau ist daher die Ausdrucksweise, wonach «Gläubiger . . . mit der Filiale . . . kontrahiert haben» (BGE 15 581).

1607 Aber auch der Gesamtbetrieb, dem der Zweigbetrieb als Bestandteil zugehört (Nr. 1592), ist rechtsunfähig (Nr. 76) und als Vertragspartei ungeeignet. Dasselbe gilt für den Hauptbetrieb, der gegebenenfalls mit zum Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes gehört (Nr. 1592). **Dritte können Verträge nur mit dem Inhaber des Gesamtbetriebes schließen**. Er ist einzig möglicher Vertragspartner auf seiten des Gesamtbetriebes, dem der Zweigbetrieb integriert ist. Er betreibt den Gesamtbetrieb unter Einschluß all seiner Betriebe (Nr. 1592). Den Vertrag mit einem Dritten kann er auch durch vertretungsberechtigte Mitarbeiter eines Zweigbetriebes vereinbaren.

1608 *Schuldverträge, die Mitarbeiter verschiedener Zweigbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes im Namen ihres Inhabers schließen, berechtigen und verpflichten*

ten auf seiten des Gesamtbetriebes ein und denselben Inhaber: den Inhaber des Gesamtbetriebes. Gleiches gilt auch für Schuldverträge, die durch Mitarbeiter eines Hauptbetriebes (Nr. 1592) geschlossen werden. Berechtig und verpflichtet wird stets der Inhaber, der den Gesamtbetrieb unter Einschluß all seiner Betriebe betreibt. Dies auch dann, wenn der betreffende Inhaber Ausländer ist oder ein in der Schweiz anerkannter ausländischer Verband (Nr. 851 f.).

- 1609 Im zuletzt genannten Fall richtet sich indessen die **Rechts- und Geschäftsfähigkeit des Inhabers nach ausländischem Recht**: dem Recht des Heimatstaates, wenn der Inhaber Ausländer ist; dem Recht des Personalstatuts, wenn es sich beim Inhaber um einen Verband ausländischen Rechts handelt. An dieser Rechtslage vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Inhaber den Vertrag gegebenenfalls durch Mitarbeiter eines Zweigbetriebes in der Schweiz vereinbart; oder daß der Vertragsabschluß im übrigen schweizerischem Recht untersteht (vgl. BGE 78 II 86).
- 1610 In diesem Zusammenhang ist hinzuweisen auf den *Vorbehalt des Art. 7b NAG*, wonach sich ein handlungsunfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, nicht auf seine Handlungsunfähigkeit berufen kann, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit des Vertragsabschlusses handlungsfähig gewesen wäre<sup>667</sup>. Ein Zweifaches ist zu bemerken:
- 1611 — Der Vorbehalt bezieht sich auf handlungsunfähige Ausländer, die in der Schweiz rechtsgeschäftlich tätig sind. Seine Anwendung setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft in der Schweiz abgeschlossen wird<sup>668</sup>, und zwar durch den *persönlich* anwesenden Ausländer, nicht durch Vertreter<sup>669</sup>. Somit kommt Art. 7b NAG nicht zur Anwendung, wenn ein handlungsunfähiger Ausländer Rechtsgeschäfte durch Mitarbeiter seines Zweigbetriebes in der Schweiz tätigt. Seine Vertragspartner werden nicht nach Art. 7b NAG geschützt. Selbst dann nicht, wenn der betreffende Zweigbetrieb als Zweigniederlassung eingetragen und die handelnden Vertreter auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung aufgezeichnet sind.
- 1612 — Der Vorbehalt bezieht sich *nicht auf ausländische Verbände*, deren Rechts- und Geschäftsfähigkeit sich z. B. auf die in der Gründungsurkunde verliehenen «special powers» beschränkt. Auf juristische Personen und Personengesellschaften

<sup>667</sup> Vgl. dazu statt vieler: F. Vischer, Int. Vertragsrecht, S. 169 ff. Bezüglich der *Wechselfähigkeit* vgl. Art. 1086 OR und F. Vischer, a.a.O., S. 171. Hinsichtlich der *Rechtsfähigkeit des Ausländers* ist zu beachten, daß die in Art. 11 Abs. 1 ZGB enthaltene Bestimmung, wonach jedermann rechtsfähig ist, universelle Bedeutung hat. Abweichende Auffassungen im ausländischen Recht können vor dem inländischen Ordre public nicht standhalten. Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 556.

<sup>668</sup> Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 565.

<sup>669</sup> Vgl. Beck, Komm. zum Schlußtitel des ZGB, Berner Kommentar, Bern 1932, N. 18 zu Art. 7b NAG. Vgl. auch G. Weiß: «Art. 7b NAG dient dem Schutz des direkten Verkehrs von Mensch zu Mensch» (Einleitung, N. 460).

ist Art. 7b NAG weder nach seinem Wortlaut noch sinngemäß anwendbar<sup>670</sup>. Wer mit einem ausländischen Verband kontrahiert, weiß, mit wem er es zu tun hat<sup>671</sup>; er kann sich über den Umfang der Geschäftsfähigkeit seines Vertragspartners orientieren. Art. 7b NAG kommt auch dann nicht zur Anwendung, wenn der ausländische Verband einen Zweigbetrieb in der Schweiz betreibt und gegebenenfalls sogar durch Mitarbeiter einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung handelt<sup>672</sup>.

- 1613 2. Auch innerhalb des Gesamtbetriebes kommt der rechtsunfähige Zweigbetrieb nicht als Vertragspartei in Frage; so wenig wie ein möglicher Hauptbetrieb, mit dem er zum Gesamtbetrieb verbunden ist (Nr. 1592). Zudem werden die verschiedenen Betriebe seines Gesamtbetriebes vom gleichen Inhaber (einer natürlichen Person oder einem rechtsfähigen Verband) betrieben (Nr. 1592), so daß innerhalb des Gesamtbetriebes ein Vertragsabschluß auch zwischen verschiedenen Betriebsinhabern ausgeschlossen ist. Daraus folgt: **Abmachungen, welche Mitarbeiter verschiedener Betriebe des gleichen Gesamtbetriebes untereinander treffen**, sind hier zum vorneherein keine Verträge. Das gilt zum Beispiel für die Abmachung, daß der eine Zweigbetrieb für den andern bestimmte Produkte produziert; daß er vom andern bestimmte Produkte bezieht; oder daß er Waren eines Hauptbetriebes einlagert, für sie wirbt oder sie auf den Markt bringt (vgl. dazu Nr. 84). Derartige Abmachungen lassen keinerlei Obligationen entstehen. Doch gilt es immerhin ein Doppeltes zu beachten:
- 1614 — In vielen Gesamtbetrieben werden *Zweigbetriebe wie Rechtssubjekte behandelt*; sie treten im Verhältnis zu andern Betrieben des Gesamtbetriebes wie Gläubiger und Schuldner auf. Die Abmachungen ihrer Mitarbeiter werden intern als «Verträge» (z. B. Lieferungsverträge, Darlehensverträge usw.) bezeichnet, aus denen buchhalterische «Forderungen» und «Schulden» der beteiligten Betriebe erwachsen (Nr. 138). Diese «Verträge» unterstehen betriebsinternen Anweisungen und Vorschriften, die den Vorschriften des Gesetzes durchaus parallel laufen oder auf sie verweisen können, nicht aber müssen.
- 1615 — Mag den umschriebenen Abmachungen auch der Vertragscharakter fehlen, so besagt dies keineswegs, daß sie ohne rechtliche Bedeutung sind. Sie sind *innerhalb des Gesamtbetriebes rechtswirksam*; zwar nicht deswegen, weil verschiedene Willenserklärungen übereinstimmen; sondern deswegen, weil die Mitarbeiter der beteiligten Betriebe im Rahmen ihrer Zuständigkeit tätig sind. Es handelt sich

<sup>670</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 146; *W. Niederer*, in *Gutzwiller/Niederer*, Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht, Freiburg 1951, S. 131; *A. F. Schnitzer*, Handbuch I, S. 282 f.; *W. von Steiger*, in *ZBJV* 67, 1931, S. 253 und 315 f.; *G. Weiß*, Einleitung, N. 460. Demgegenüber z. B. *F. Vischer*, in *SchwPR* I, S. 575 f.; *A. Mamelok*, S. 91; *M. Luchsinger*, S. 460.

<sup>671</sup> *W. Niederer* (zit. in Anm. 670), S. 131.

<sup>672</sup> Vgl. dazu *Beck* (zit. in Anm. 668), Vorbem. vor Art. 7b NAG, N. 24; vgl. auch *H. Hilbig*, S. 51 ff.

bei den getroffenen Abmachungen um je einseitige Verfügungen, die im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung des Gesamtbetriebes aufeinander abgestimmt sind<sup>673</sup>.

#### b. VERGLEICH MIT DEN VERHÄLTNISSEN BEIM KONZERNBETRIEB

1616 Ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran, so ergibt sich was folgt:

1617 *Gleich wie der Zweigbetrieb* ist auch der Konzernbetrieb rechtsunfähig (Nr. 1594) und als Vertragspartei ungeeignet. Dasselbe gilt für den Gesamtbetrieb Konzern (Nr. 70). Verträge können weder mit dem Konzernbetrieb, noch mit dem Konzern, dem er zugehört, vereinbart werden. Insofern besteht Übereinstimmung mit den Verhältnissen beim Zweigbetrieb (Nr. 1604 ff.).

1618 *Anders als beim Zweigbetrieb* gibt es beim Konzernbetrieb keinen Inhaber, der den Gesamtbetrieb unter Einschluß all seiner Betriebe betreibt (Nr. 1594). Jeder Konzernbetrieb wird vielmehr von einer eigenen Konzernperson betrieben (Nr. 1594 f.), die als Vertragspartei in Frage kommt. Daraus folgt ein Zweifaches:

1619 — Schuldverträge, die Mitarbeiter verschiedener Konzernbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern *mit außenstehenden Dritten* vereinbaren, berechtigen und verpflichten, wenn sie im Namen des Betriebsinhabers geschlossen werden, nicht *einen* Inhaber des Gesamtbetriebes Konzern, sondern *verschiedene* Konzernpersonen (vgl. demgegenüber Nr. 1608). Schuldner und Gläubiger wird nur diejenige Konzernperson, in deren Namen der Vertrag geschlossen wird; nicht auch eine andere Konzernperson, welche diese (erste) Konzernperson z. B. kapitalmäßig beherrscht oder von ihr beherrscht wird<sup>674</sup>. Immerhin kann die andere Konzernperson (z. B. eine Muttergesellschaft) die Vertragspflicht der verbundenen Konzernperson (z. B. einer Tochtergesellschaft) durch obligatorisches Sicherungsgeschäft verstärken<sup>675</sup>.

<sup>673</sup> Zum Ganzen vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 68 zu Art. 1 OR.

<sup>674</sup> Vgl. z. B. S. *Caflisch*, S. 209 f., und E. *Tobler*, S. 40. Vorbehalten bleiben natürlich Fälle, in denen der Vertrag zugunsten einer andern Konzernperson geschlossen wird und Art. 112 Abs. 2 OR anwendbar ist.

<sup>675</sup> Die Verstärkung erfolgt in der Weise, daß sich die andere Konzernperson durch (ursprüngliche oder nachträgliche) Schuldmitübernahme, durch Garantievertrag oder Bürgschaft mitverpflichtet. Diese *Mitverpflichtung* der andern Konzernperson (namentlich einer Muttergesellschaft) gründet möglicherweise *in einer ungewollten Erklärung*: Dann, wenn sich die betreffende Konzernperson durch ihre Vertreter ungewollt, d. h. ohne Erklärungs- und Täuschungsabsicht, so *verhält*, daß der Vertragspartner der verbundenen Konzernperson (z. B. einer Tochtergesellschaft) in guten Treuen annehmen darf, es liege die wirkliche Erklärung einer Schuldmitübernahme oder ein wirkliches Garantieleistungs-Versprechen nach Art. 111 OR vor. Diese ungewollte Erklärung, durch die «der Anschein einer persönlichen Haftung» erweckt wird, ist alsdann gemäß

1620 — Abmachungen zwischen Mitarbeitern verschiedener Konzernbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern können sich durchaus als Verträge qualifizieren, geschlossen im Namen der Konzernpersonen, denen die Konzernbetriebe gehören (vgl. demgegenüber Nr. 1613). Denn: Konzernpersonen ein und desselben Konzerns sind auch untereinander als Vertragsparteien geeignet; selbst dann, wenn die eine Konzernperson die andere kapitalmäßig völlig beherrscht

der Vorstellung des Dritten wirksam (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 419 zu Art. 1 OR). Sie gilt als Offerte, bei der nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Die Konzernperson, der die ungewollte Erklärung zuzurechnen ist, wird nach der beim Vertragspartner der verbundenen Konzernperson (z. B. der Tochtergesellschaft) erweckten Vorstellung verpflichtet.

*Im einzelnen gilt es vier Punkte herauszuheben:*

1. Eine *Bürgschaftsverpflichtung* kann aus einer ungewollten Erklärung kaum jemals entstehen, da hier die Formvorschrift des Art. 493 OR gilt.
2. In aller Regel setzt eine ungewollte Erklärung des umschriebenen Inhaltes voraus, daß die betreffende Konzernperson (durch ihre Vertreter) *in irgendeiner Form an den Vertragsverhandlungen der verbundenen Konzernperson beteiligt* ist. Die Vertreter einer Muttergesellschaft erklären z. B. dem Vertragspartner der Tochtergesellschaft: «es werde die Politik der Muttergesellschaft sein, die Tochtergesellschaft ausreichend zu finanzieren»; «die Muttergesellschaft sei selber am Vertragsabschluß interessiert»; «die Interessen der Tochtergesellschaft seien auch die Interessen der Muttergesellschaft»; oder «die Muttergesellschaft stehe hinter der Tochtergesellschaft» usw.
3. Ist das Fehlen des Erklärungswillens für den Vertragspartner der verbundenen Konzernperson erkennbar, so daß er eine wirkliche Erklärung der andern Konzernperson nicht in guten Treuen annehmen darf, so kann sich sein Schutz im Einzelfall dennoch rechtfertigen (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 420 zu Art. 1 OR). *Weiß er indessen um das Fehlen des Erklärungswillens*, so liegt keine ungewollte Erklärung vor: Eine Leistungspflicht der andern Konzernperson entsteht selbst dann nicht, wenn der Vertrag im Vertrauen auf deren subsidiäre Leistungsbereitschaft eingegangen wird. Das Vertrauen auf die subsidiäre Leistungsbereitschaft einer andern Konzernperson (z. B. der Muttergesellschaft), *das sogenannte «Konzernvertrauen»*, bildet nach schweizerischem Recht keinen selbständigen Entstehungsgrund für Obligationen; so wenig wie die bloße Tatsache der Mitwirkung einer andern Konzernperson an den Vertragsverhandlungen (vgl. *E. Tobler*, S. 41). Doch kann die Vertrauensbeziehung zu einer Muttergesellschaft derart ausgeprägt und offenbar sein, daß sie sich erklären muß, soll nicht beim Vertragspartner der Tochtergesellschaft die schutzwürdige Vorstellung eines stillschweigenden Garantieleistungs-Versprechens erweckt werden.
4. *Von der ungewollten Erklärung zu unterscheiden* sind folgende Tatbestände: *a.* Die eine Konzernperson erweckt beim Vertragspartner der verbundenen Konzernperson bewußt, jedoch ohne Geschäfts- und Erklärungswillen, die Vorstellung einer Schuldmitübernahme oder eines Garantieleistungs-Versprechens. Es liegt ein Fall von *Mentalreservation* vor (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 304 und 418 zu Art. 1 OR). *b.* Die eine Konzernperson handelt als Vertreter der verbundenen Konzernperson und schließt den Vertrag im Namen der verbundenen Konzernperson. Dabei täuscht sie den Vertragspartner der vertretenen Konzernperson über geschäftswesentliche Sachverhalte, namentlich über die Kreditwürdigkeit der betreffenden Konzernperson. Hier stellt sich die Frage nach einer *Haftung aus culpa in contrahendo*.

(vgl. dazu BGE 59 I 278). Aus Schuldverträgen, die sie durch ihre Vertreter (Nr. 1640) untereinander schließen, entstehen Obligationen, welche sie verbinden<sup>676</sup>.

## B. Austausch der Willenserklärungen

- 1621 Der Vertragstatbestand, aus dem Obligationen entstehen, verlangt nach Art. 1 OR des weitern, daß die (übereinstimmenden) Willenserklärungen der verschiedenen Parteien *ausgetauscht* werden. Dieser Austausch der Willenserklärungen setzt voraus, daß jeder Erklärende Adressat der andern Erklärung ist; derart, daß Gegenseitigkeit der Willenserklärungen vorliegt. Die Annahme (das Akzept) hat sich an den Antragsteller zu richten; und der Akzeptant, der die Annahme erklärt, muß Adressat der vorausgegangenen Offerte sein.
- 1622 Nachstehend besprechen wir den erforderlichen Erklärungsaustausch mit Rücksicht auf die Verhältnisse beim Zweigbetrieb (Nr. 1623 ff.), wobei wir vergleichsweise wiederum die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heranziehen (Nr. 1637 ff.).

### a. VERHÄLTNISSE BEIM ZWEIGBETRIEB

- 1623 Der rechtsunfähige Zweigbetrieb fällt als Vertragspartei und damit als Antragsteller und Akzeptant außer Betracht (Nr. 1605). Mögliche Vertragspartei ist indessen der Inhaber des Zweigbetriebes: der Gesamtbetriebs-Inhaber, der den Zweigbetrieb als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt (Nr. 1592 f.). Er erklärt den Antrag bzw. die Annahme persönlich oder durch zuständige Vertreter, gegebenenfalls durch Mitarbeiter eines Zweigbetriebes. Er kann Antragsteller sein oder Akzeptant:

<sup>676</sup> Diese Konzernverträge dienen vielfach als (zusätzliche) Konzernierungsmittel. Entweder werden sie «freiwillig» geschlossen oder auf Befehl einer übergeordneten Instanz, namentlich der Konzernspitze (Nr. 70), hin. *Auch bei «befohlenem» Vertragsabschluß liegt ein Vertrag vor*, gleich wie bei Vertragsabschluß in Erfüllung einer privaten oder öffentlichen Kontrahierungspflicht (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 527 ff. zu Art. 1 OR und B. *Schnyder*, S. 69 ff.). Denn das Vertragsverhältnis ist auch hier vom Willen der (vertretenen) Parteien getragen. Der Befehl bildet nur (aber immerhin) ein Motiv für den Vertragsabschluß und gegebenenfalls für die Bestimmung des Vertragsinhaltes (vgl. sinngemäß *Schönenberger/Jäggi*, N. 536 zu Art. 1 OR). Daß er eine Übereinstimmung der Parteiwillen bewirkt, spricht nicht *gegen*, sondern *für* den Vertragstatbestand, der ja nur bei *übereinstimmenden* Willenserklärungen gegeben ist (vgl. demgegenüber *Schönenberger/Jäggi*, N. 68 zu Art. 1 OR).

## aa. Der Inhaber des Gesamtbetriebes als Antragsteller

- 1624 Erklärungsaustausch setzt *Gegenseitigkeit* der Willenserklärungen voraus (Nr. 1621). Damit befassen wir uns zunächst (Nr. 1625 ff.). Darauf sprechen wir vom *Abschluß* des Erklärungsaustausches (Nr. 1627 ff.).

### 1) *Gegenseitigkeit der Willenserklärungen*

- 1625 Ist der Inhaber eines Gesamtbetriebes Antragsteller, so muß sich die Annahmeerklärung des Offert-Adressaten an *ihn* richten, damit gegenseitige Willenserklärungen vorliegen. Folgender *Fall* interessiert in diesem Zusammenhang:
- 1626 Mitarbeiter eines Zweigbetriebes, die für den Gesamtbetriebs-Inhaber offerieren, verwenden eine *Zweigniederlassungs-Firma, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält* (Nr. 1591). Sie offerieren z. B. für die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern». Antragsteller ist auch hier der Gesamtbetriebs-Inhaber, der in der Offerte mit seiner Zweigniederlassungs-Firma bezeichnet wird. Diese Bezeichnung kann, muß aber nicht, in der Adresse der Annahmeerklärung verwendet werden. Gegenseitigkeit der Willenserklärungen ist auch dann gegeben, wenn sich die Annahmeerklärung des Offert-Adressaten z. B. an die «Desinfecta AG, Zürich» oder an die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Solothurn» richtet. Denn hinter all diesen Bezeichnungen steht ein und dasselbe Rechtssubjekt: der Inhaber des Gesamtbetriebes: die Desinfecta AG, Zürich, die bald mit ihrer Geschäftsfirma bezeichnet wird, bald mit dieser, bald mit jener Zweigniederlassungs-Firma (vgl. dazu Nr. 1436). Führt die verschiedenartige Bezeichnung in Antrag und Annahme zu einem Vertrags-Dissens, so bestimmt sich die Rechtslage nach der geltenden Dissens-Ordnung (dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 364 ff. zu Art. 1 OR).

### 2) *Abschluß des Erklärungsaustausches* (namentlich auch Zugang der Annahmeerklärung)

- 1627 Die Vertragswirkung verbindet sich mit dem *Abschluß des Erklärungsaustausches*. Sie setzt voraus, daß der Austausch der gegenseitigen Willenserklärungen abgeschlossen ist (Nr. 1628) oder zumindest als abgeschlossen gilt (Nr. 1629).
- 1628 Abgeschlossen *ist* der Erklärungsaustausch, wenn die an den Antragsteller gerichtete Annahmeerklärung vollendet ist; d. h.: sobald der Adressat den Inhalt der Annahmeerklärung zur Kenntnis genommen hat, sei es persönlich oder durch zuständige Vertreter (Nr. 1640). Wird der Antrag des Gesamtbetriebs-Inhabers durch bevollmächtigte Mitarbeiter (z. B. den Leiter) eines Zweigbetriebes erklärt, so ist die Annahmeerklärung mit der Kenntnisnahme ihres Inhaltes durch diese Vertreter abgeschlossen; aber auch mit der Kenntnisnahme durch den Inhaber persönlich oder durch andere zuständige Vertreter, z. B. durch den zum Abschluß oder zur Entgegennahme der Annahmeerklärung bevollmächtigten Leiter eines andern Zweigbetriebes.

- 1629 Als abgeschlossen *gilt* der Erklärungsaustausch, wenn die an den Antragsteller, hier den Gesamtbetriebs-Inhaber, gerichtete Annahme dem Adressaten zugegangen ist; gleichgültig, ob die Annahmeerklärung vollendet wird oder nicht (Nr. 1628). Die **Frage des Zuganges** stellt sich bei Annahmeerklärungen, die mittelbar (unter Abwesenden) und mit Hilfe eines (unpersönlichen) Erklärungsträgers<sup>677</sup> (z. B. eines Schriftstückes) erfolgen. Deren Wirksamkeit hängt nach der für die Willenserklärung geltenden Empfangstheorie<sup>678</sup> nicht von deren Vollendung ab. Der Zugang genügt<sup>679</sup>. Er besteht darin, daß der Erklärungsträger (hier der Annahmeträger) in den Machtbereich des Adressaten gelangt; und zwar derart, daß die Erklärung nach dem mutmaßlichen Gang der Dinge vollendet wird, indem ihr Inhalt dem Adressaten bzw. seinem zuständigen Vertreter zur Kenntnis gelangt<sup>680</sup>. Hauptbeispiele des Zuganges sind:
- 1630 1. Der *Einwurf in den Briefkasten*<sup>681</sup>. Der Inhaber eines Gesamtbetriebes unterhält in aller Regel verschiedene Briefkästen, z. B. einen Briefkasten für jeden Zweigbetrieb. Gelangt ein *Annahmeträger* (Nr. 1629) in den Briefkasten eines Zweigbetriebes, so kommt er in den Machtbereich des Inhabers. Es stellt sich die Frage, ob die an den Inhaber gerichtete Annahmeerklärung damit zugegangen ist. Die Frage ist zu bejahen, falls ein Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes (z. B. ein Zweigbetriebs-Leiter) zum Abschluß des Rechtsgeschäftes oder zumindest zur Entgegennahme der Annahmeerklärung berechtigt ist. Denn hier wird die Annahmeerklärung nach dem mutmaßlichen Gang der Dinge vollendet (Nr. 1629). Anders verhält es sich dann, wenn kein Mitarbeiter des Zweigbetriebes über Vertretungsmacht verfügt, so daß die Vollendung der Annahmeerklärung eine Übermittlung des Annahmeträgers bzw. des Erklärungsinhaltes (der Annahme) an eine andere Stelle des Gesamtbetriebes (z. B. an den Leiter eines verbundenen Haupt- oder Zweigbetriebes) voraussetzt. Trifft dies zu, so verwirklicht sich der Zugang mit dem Einwurf des Annahmeträgers in den Briefkasten des Zweigbetriebes grundsätzlich nicht; jedenfalls dann nicht, wenn die erforderliche Übermittlung auf postalischem Weg oder durch Fernmeldung (Telephon, Telegraph, Telex) erfolgen muß.
- 1631 Dem Briefkasten eines Zweigbetriebes gleichzustellen sind dessen *Postfach* und *Fernschreiber*. Der Zugang der Annahmeerklärung, deren Träger in das Postfach des Zweigbetriebes gelangt, ist unter denselben Voraussetzungen zu bejahen wie beim Einwurf des Annahmeträgers in den Briefkasten des Zweigbetriebes.

<sup>677</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 136 zu Art. 1 OR.

<sup>678</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 404 zu Art. 1 OR; von *Tuhr/Sieglwart*, S. 159 ff.; *H. Dilcher*, Der Zugang von Willenserklärungen, in *AcP*, 154, 1955, S. 120 ff.

<sup>679</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 404 zu Art. 1 OR; zu den Ausnahmen vgl. a.a.O., N. 405.

<sup>680</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 137 zu Art. 1 OR.

<sup>681</sup> *Schönenberger/Jäggi*, N. 137 zu Art. 1 OR; vgl. auch *B. von Büren*, OR, S. 16; *H. Dilcher* (zit. in Anm. 678), S. 128.

Sinngemäß gilt dies auch dann, wenn die Annahmeerklärung durch den Fernschreiber des Zweigbetriebes aufgezeichnet wird.

- 1632 2. Die Übergabe an einen Angestellten des Empfängers in dessen Geschäftslokal<sup>682</sup>, sofern der Angestellte zur Weiterleitung geeignet ist<sup>683</sup>. Zu den geeigneten Angestellten gehören auch qualifizierte Mitarbeiter eines Zweigbetriebes, den der Gesamtbetriebs-Inhaber (und Antragsteller) betreibt: z. B. höheres Büro- oder Ladenpersonal. Wird ihnen der *Annahmeträger im Lokal des Zweigbetriebes übergeben*, so verwirklicht sich der Zugang, wenn 1. ein Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes zum Abschluß des Rechtsgeschäftes oder zumindest zur Entgegennahme der Annahmeerklärung berechtigt ist; und wenn 2. der Empfänger des Annahmeträgers zur Weiterleitung an den bevollmächtigten Mitarbeiter gewillt und hiezu urteilsfähig ist. Hier wird die Annahmeerklärung nach dem mutmaßlichen Lauf der Dinge vollendet (Nr. 1629). Anders verhält es sich dann, wenn kein Mitarbeiter des Zweigbetriebes über entsprechende Vertretungsmacht verfügt, so daß die Vollendung der Annahmeerklärung eine Übermittlung an eine andere Stelle innerhalb des Gesamtbetriebes voraussetzt. Trifft dies zu, so verwirklicht sich der Zugang mit der Übergabe des Annahmeträgers im Geschäftslokal des Zweigbetriebes grundsätzlich nicht; jedenfalls dann nicht, wenn die erforderliche Übermittlung auf postalischem Weg oder durch Fernmeldung erfolgen muß. Es verhält sich in dieser Beziehung gleich wie im Falle, da der Annahmeträger in den Briefkasten des Zweigbetriebes gelangt (Nr. 1630).

#### **bb. Der Inhaber des Gesamtbetriebes als Akzeptant**

- 1633 Erklärungsaustausch setzt, wie gesagt, Gegenseitigkeit der Willenserklärungen voraus. Diese *Gegenseitigkeit liegt vor, wenn der Inhaber eines Gesamtbetriebes einen an ihn gerichteten Antrag gegenüber dem Antragsteller annimmt*. Folgender Fall interessiert in diesem Zusammenhang:
- 1634 In der Adresse des Antrags wird der Gesamtbetriebs-Inhaber mit seiner Geschäftsfirma bezeichnet. Der Antrag richtet sich z. B. an die «Desinfecta AG, Zürich». Angenommen wird er von Mitarbeitern eines Zweigbetriebes, und zwar unter einer eingetragenen Zweigniederlassungs-Firma, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591). Die Mitarbeiter des Zweigbetriebes erklären z. B. Annahme für die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern». Dies steht dem Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht entgegen. Gleiches würde gelten, wenn der Antrag an die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern» gerichtet wäre und für die «Desinfecta AG, Zürich» oder für die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Solothurn» angenommen würde. Denn Adressat des Antrages und Akzeptant ist in all diesen Fällen ein und dasselbe Rechtssubjekt: der Gesamtbetriebs-Inhaber: die Desinfecta AG, Zürich, die bald so, bald anders bezeichnet wird; bald mit ihrer Geschäftsfirma, bald mit der einen Zweigniederlassungs-Firma, bald mit der an-

<sup>682</sup> *Schönenberger/Jäggi*, N. 137 zu Art. 1 OR; vgl. auch B. von Büren, OR, S. 16.

<sup>683</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 409 zu Art. 1 OR.

dem (vgl. dazu Nr. 1626). Kommt es infolge der verschiedenartigen Bezeichnungen zu einem Vertrags-Dissens, so bestimmt sich die Rechtslage nach der geltenden Dissens-Ordnung (vgl. sinngemäß Nr. 1626 a. E.).

- 1635 Möglicherweise quittiert der Inhaber des Gesamtbetriebes den an ihn gerichteten Antrag mit Stillschweigen. *Stillschweigen auf einen Antrag* kann als Annahmeerklärung, gerichtet an den Antragsteller, gelten:
- 1636 So «*gilt*» nach Art. 6 OR «*der Vertrag*» unter bestimmten Umständen «als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird». Erfolgt der Antrag mittelbar und unter Verwendung eines unpersönlichen Erklärungsträgers (Nr. 1629), so setzt die umschriebene Wirkung lediglich voraus, daß der Antrag dem Adressaten zugeht (vgl. Nr. 1629); nicht, daß die Antragsklärung vollendet wird. *Dem Inhaber eines Gesamtbetriebes kann der Antrag auch dadurch zugehen, daß der Erklärungsträger in den Briefkasten eines seiner Zweigbetriebe gelangt oder dem Mitarbeiter eines Zweigbetriebes in dessen Lokal übergeben wird.* Was in Nr. 1630 ff. gesagt wurde, gilt sinngemäß. Der Zugang verwirklicht sich mit dem Einwurf des Erklärungsträgers in den Briefkasten des Zweigbetriebes bzw. mit dessen Übergabe im Geschäftslokal grundsätzlich nur dann, wenn ein Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes zum Vertragsabschluß oder zur Entgegennahme der Offerte berechtigt ist.

#### b. VERGLEICH MIT DEN VERHÄLTNISSEN BEIM KONZERNBETRIEB

- 1637 Wie der Zweigbetrieb, so fällt auch der rechtsunfähige Konzernbetrieb (Nr. 1594) als Antragsteller und Akzeptant außer Betracht. *Möglicher Antragsteller und Akzeptant ist indessen der Inhaber des Konzernbetriebes:* Die Konzernperson, welche den Konzernbetrieb betreibt (Nr. 1594). Jeder Konzernbetrieb innerhalb des Konzerns wird von einem besonderen Inhaber, einer Konzernperson mit eigenem Rechtskreis, betrieben (Nr. 1594 f.). — Daraus folgt ein Zweifaches:
- 1638 1. Anträge, die Mitarbeiter eines Konzernbetriebes für ihren Betriebsinhaber (eine Konzernperson, Nr. 1595) stellen, müssen *diesem* Inhaber gegenüber angenommen werden. Die für den Erklärungsaustausch vorausgesetzte **Gegenseitigkeit fehlt immer, wenn sich die Annahme des Offert-Adressaten an eine andere Konzernperson desselben Konzerns richtet.** Umgekehrt fehlt die Gegenseitigkeit auch dann, wenn der an eine Konzernperson gerichtete Antrag für eine andere Konzernperson angenommen wird. Die Tatsache, daß der Konzern, gleich wie der Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes, eine wirtschaftliche Einheit bildet (Nr. 1594), ändert nichts an diesem Sachverhalt<sup>684</sup>.

<sup>684</sup> Wohl kann diese Tatsache aber von Bedeutung sein, wenn unter den Parteien *streitig* wird:

1. ob als Adressat einer Annahmeerklärung die *offerierende* Konzernperson (z. B. eine Muttergesellschaft) zu gelten hat, obwohl die Annahme ihrem Wortlaut nach an eine

1639 2. Ist eine Konzernperson Antragsteller und erfolgt die an sie gerichtete Annahme des Offert-Adressaten unter Verwendung eines unpersönlichen Erklärungsträgers, so gilt der Erklärungsaustausch nur dann als abgeschlossen (Nr. 1629), wenn die Annahmeerklärung gerade *ihr* zugegangen ist. Der **Zugang** setzt voraus, daß der Annahmeträger in *ihren* Machtbereich gelangt; und zwar *derart*, daß die Erklärung nach dem *mutmaßlichen Lauf der Dinge vollendet wird* (vgl. Nr. 1629). Gelangt der Annahmeträger in den Briefkasten oder in die Hände von Mitarbeitern eines verbundenen Konzernbetriebes, so ist der Zugang zu verneinen. Denn damit gelangt er nicht in den Machtbereich der *adressierten* Konzernperson, sondern in jenen einer *andern* Konzernperson, welche den verbundenen Konzernbetrieb betreibt. Im Einzelfall allerdings ist möglich, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen innerhalb des Konzerns der Machtbereich der «andern» Konzernperson (z. B. einer Tochtergesellschaft) in Wirklichkeit zum Machtbereich des Adressaten (z. B. einer Muttergesellschaft) gehört. Auch wenn dies zutrifft, ist der Zugang grundsätzlich zu verneinen. Zwar gelangt hier der Annahmeträger in den Machtbereich der adressierten Konzernperson; für den Regelfall aber nicht auf eine Weise, daß die Erklärung nach dem mutmaßlichen Lauf der Dinge vollendet wird.

### C. Willenserklärung durch Vertreter

1640 Der Vertragstatbestand besteht im Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Für sie gilt, wie für Willenserklärungen überhaupt, daß sie vielfach durch (direkte) Vertreter abgegeben bzw. entgegengenommen werden: sei es durch Gelegenheitsvertreter oder durch ständige Vertreter. Wir befassen uns mit den *ständigen Vertretern*, unter Ausschluß der bürgerlichen Stellvertretung. Zu ihnen gehören auch solche, die befugt sind, als *Organ einer juristischen Person* oder als *Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft* für ihren Verband zu

*verbundene* Konzernperson (z. B. eine Tochtergesellschaft) gerichtet ist. Hat, entgegen dem Wortlaut, die offerierende Konzernperson als Adressat der Annahmeerklärung zu gelten, so liegen gegenseitige Willenserklärungen vor.

2. ob als Adressat eines Antrages nicht die im Antrag *bezeichnete* Konzernperson, sondern eine bestimmte *andere* Konzernperson zu gelten hat. Trifft letzteres zu, so liegen gegenseitige Willenserklärungen nur dann vor, wenn diese andere Konzernperson annimmt.

3. ob als Adressat eines Antrages nicht die im Antrag bezeichnete Konzernperson *allein* zu gelten hat, sondern *jede* Konzernperson des betreffenden Konzerns: in dem Sinne, daß der Antragsteller erklärt, er sei zum Vertragsabschluß mit irgendeiner der verschiedenen Konzernpersonen bereit. Im zweiten Falle liegen gegenseitige Willenserklärungen vor, wenn irgendeine der mehreren Konzernpersonen annimmt.

Alle drei Streitfragen lassen sich im konkreten Einzelfall nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips entscheiden (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N. 192 zu Art. 1 OR). Maßgeblich ist der objektive Sinn des äußern Erklärungsvorganges (dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 195 f. zu Art. 1 OR), den es unter Mitberücksichtigung des Konzernstatbestandes zu ermitteln gilt. Der Durchgriff (Nr. 1596) braucht nicht bemüht zu werden.

handeln (unklar: BGE 98 II 219). Sie verfügen — wie gewillkürte Vertreter — über Vertretungsmacht (vgl. z. B. BGE 95 II 448). Sie sind berechtigt, Dritten gegenüber mit Wirkung für einen andern (den Verband) zu handeln<sup>685</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb stellen sich zunächst kollisionsrechtliche Fragen:

#### a. KOLLISIONSRECHTLICHE FRAGEN

- 1641 Ständige Vertreter, die ein Gesamtbetriebs-Inhaber für den Betrieb seines Gesamtbetriebes einsetzt, können sein: *gewillkürte Vertreter*, zu denen das schweizerische Recht auch Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handelsreisende zählt. Ferner: Vertreter, die ihre Vertretungsmacht aus ihrer Stellung als *Organ oder Gesellschafter* des Inhabers und damit aus der innern Verbandsordnung schöpfen. Kollisionsrechtlich sind die beiden Kategorien von Vertretern auseinanderzuhalten.
- 1642 1. Was die **gewillkürten Vertreter** betrifft, so beurteilt das Bundesgericht die Frage, ob eine Vollmacht überhaupt erteilt wurde, grundsätzlich nach dem Recht am Wohnsitz des Vertretenden (vgl. aber Nr. 1643 f.); den Umfang der Vollmacht bestimmt es nach dem Recht, an dem die Vollmacht ihre Wirkung entfaltet, d. h. tatsächlich ausgeübt wird (vgl. BGE 88 II 193 und 199)<sup>686</sup>. Mit guten Gründen will dagegen *F. Vischer* die Entstehung, den Umfang und die Beendigung der Vollmacht einem *einheitlichen* Statut unterwerfen<sup>687</sup>. Seiner Ansicht schließen wir uns an. Im folgenden stellen wir uns die Frage nach dem Vollmachtenstatut im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb:
- 1643 Sind gewillkürte *Vertreter als Mitarbeiter* (z. B. Leiter) eines *Zweigbetriebes* in dessen Geschäftsbereich für den Inhaber rechtsgeschäftlich tätig, so muß *das Recht am Orte des Zweigbetriebes als Vollmachtenstatut* gelten<sup>688</sup>. Nach diesem Recht beurteilt sich:
- 1644 — die Frage, ob dem angeblichen Vertreter überhaupt eine Vollmacht erteilt wurde (vgl. BGE 46 II 494)<sup>689</sup>.
- 1645 — die Frage, ob die Vollmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäftes noch besteht oder ob sie in diesem Zeitpunkt erloschen ist.
- 1646 — die Frage nach dem Umfang der Vollmacht: danach, ob der Vertreter allein oder nur kollektiv zeichnungsberechtigt ist (subjektiver Umfang) und welche

<sup>685</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 83.

<sup>686</sup> In Übereinstimmung mit dieser Praxis: *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O.

<sup>687</sup> Vgl. *F. Vischer* in SchwPR I, S. 685 f. und (ausführlicher) in Int. Vertragsrecht, S. 229 ff.

<sup>688</sup> Vgl. *F. Vischer*, in SchwPR I, S. 685; vgl. dazu auch *H. Hilbig*, S. 42; *G. Weiß*, Einleitung, N. 476; *W. von Steiger*, ZBJV 67, 1931, S. 326.

<sup>689</sup> Gleicher Meinung auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 157.

Rechtsgeschäfte er mit Wirkung für den Inhaber tätigen kann (sachlicher Umfang). Einschränkend ist beizufügen, daß der sachliche Umfang der Vertretungsmacht in keinem Falle weiter reicht als die Geschäftsfähigkeit des vertretenen Inhabers, die sich nach eigenem Statut richtet (vgl. Nr. 1609).

1647 — die Frage nach der Form der Vollmacht<sup>690</sup>. Wahlweise genügt indessen auch die Form des Rechtes am Orte der Vollmachterteilung oder am Gebrauchsort<sup>691</sup>.

1648 Die umschriebene Anknüpfung am Orte des Zweigbetriebes rechtfertigt sich zweifellos dann, wenn der Vertreter, der als Mitarbeiter des Zweigbetriebes handelt, seine Vertretungsmacht im Lande des Zweigbetriebes ausübt (vgl. BGE 46 II 494), so daß sich Wirkungsort der Vollmacht und Ort des Zweigbetriebes im gleichen Rechtsgebiet treffen. Übt der Vertreter seine Vertretungsmacht in einem andern Staate aus, so ist — wenn wir der richtigen Ansicht von F. Vischer folgen — dennoch das Recht am Orte des Zweigbetriebes anzuwenden<sup>692</sup>. Hält man es dagegen mit BGE 49 II 73 und *Schönenberger/Jürgi*<sup>693</sup>, so richtet sich zumindest der Umfang der Vollmacht nach dem Recht des andern Staates.

1649 Bisweilen werden *Rechtsgeschäfte* für den Inhaber eines Gesamtbetriebes, die den *Geschäftskreis eines Zweigbetriebes beschlagen, von gewillkürten Vertretern* (z. B. Prokuristen) *getätigt, die organisatorisch nicht zu den Mitarbeitern dieses Zweigbetriebes gehören*. Verkehrsrücksichten gebieten, auch hier am Orte des Zweigbetriebes anzuknüpfen, falls nach außen nicht erkennbar ist, daß der handelnde Vertreter nach der innern Organisation des Gesamtbetriebes kein Mitarbeiter des Zweigbetriebes ist. Schwieriger erweist es sich, die richtige Anknüpfung zu treffen, wenn die innere Organisation dem Dritten bekannt ist. Im Hauptfall, da der betreffende Vertreter als Mitglied der Gesamtleitung (Nr. 65) handelt, dürfte auf das Recht am «Hauptsitz»-Ort abzustellen sein, wo sich die Gesamt-Leitungstätigkeit vollzieht und sich daher der tatsächliche Schwerpunkt des Gesamtbetriebes befindet (vgl. Nr. 865 ff.).

1650 2. Die Vertretungsmacht, über die **Organe einer juristischen Person und Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft** als solche verfügen, gründet in der innern Ordnung des Verbandes. Richtigerweise wird sie dem *Personalstatut des vertretenen Verbandes* unterstellt (vgl. z. B. BGE 95 II 448)<sup>694</sup>. Das Personal-

<sup>690</sup> Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 686.

<sup>691</sup> Vgl. *Schönenberger/Jürgi*, a.a.O., N. 158.

<sup>692</sup> F. Vischer in SchwPR I, S. 685, und (ausführlicher) in Int. Vertragsrecht, S. 231 f.

<sup>693</sup> Allgemeine Einleitung, N. 164 f.

<sup>694</sup> Vgl. auch W. von Steiger, in Schw.Jahrb. f. Int. Recht, 14, 1957, S. 28; A. F. Schnitzer, Handbuch II, S. 671. Anderer Ansicht z. B. G. Grassmann (S. 458 f.), der nur dann auf das Personalstatut abstellt, wenn nicht das Statut des Hauptgeschäftes oder das Vornahmestatut für den Dritten günstiger ist.

statut entscheidet: 1. Über den *Bestand* der Vertretungsmacht: darüber, ob der (angebliche) Vertreter jemals berechtigt war und immer noch berechtigt ist, als Organ oder Gesellschafter für den Verband zu handeln. 2. Über den *Umfang* der Vertretungsmacht: darüber, ob der betreffende Vertreter allein oder nur kollektiv zeichnungsberechtigt ist (subjektiver Umfang); ferner darüber, welche Rechtsgeschäfte er mit Wirkung für den Verband tätigen kann (sachlicher Umfang). Der sachliche Umfang der Vertretungsmacht kann (muß aber nicht) so weit reichen wie die Geschäftsfähigkeit des Verbandes, die sich ihrerseits nach dem Personalstatut richtet (vgl. Nr. 1609). Die Geschäftsfähigkeit bildet nur, aber immerhin, die äußerste Grenze der Vertretungsmacht.

1651 *Bei ausländischem Personalstatut des Verbandes beurteilen sich somit Bestand und Umfang der Vertretungsmacht nach ausländischem Recht. Dies selbst dann, wenn die betreffenden Vertreter als Mitarbeiter eines schweizerischen Zweigbetriebes handeln*<sup>695</sup>. Ja sogar dann, wenn sie auf dem Registerblatt einer schweizerischen Zweigniederlassung aufgezeichnet sind. Das schließt nicht aus, daß gutgläubige Dritte, die sich hier auf den Bestand der in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr bestehenden Vertretungsmacht verlassen, in ihrem guten Glauben nach schweizerischem Recht geschützt werden (vgl. dazu Nr. 1190 und Nr. 1292).

1652 3. Die Frage, ob der gute Glaube Dritter an den Bestand der Vertretungsmacht eines Organs, Gesellschafters oder gewillkürten Vertreters geschützt wird, ist zu unterscheiden von der Frage, ob diese Vertretungsmacht nach dem im Einzelfall anwendbaren Recht überhaupt (noch) besteht. Unseres Erachtens rechtfertigt es sich, den **Gutgläubensschutz** dem Recht desjenigen Staates zu unterstellen, in dem der Vertreter seine (angebliche) Vertretungsmacht ausübt. Dieses Recht bestimmt darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der gute Glaube an den Bestand einer nach anwendbarem Recht nicht oder nicht mehr bestehenden Vertretungsmacht geschützt wird; derart, daß sich der Vertretene gegenüber dem gutgläubigen Dritten nicht auf die fehlende Vertretungsmacht berufen kann. Gleiches gilt für den Gutgläubensschutz, wenn sich der Dritte darauf verläßt, die Vertretungsmacht eines bestimmten Vertreters (z. B. eines Kollektivgesellschafters oder Prokuristen) weise denjenigen Umfang auf, den sie nach dem anwendbaren Recht (z. B. dem Personalstatut des vertretenen Verbandes) ordentlicherweise hat. Die Frage, ob das Vertrauen in den ordentlichen (gesetzlich umschriebenen, typisierten) Umfang der Vertretungsmacht geschützt wird, beurteilt sich wiederum nach dem Recht am Handlungsort des Vertreters. Dieses Recht entscheidet darüber, ob und wann der Vertretene einem gutgläubigen Dritten entgegenhalten kann, die Vertretungsmacht des Vertreters sei gegenüber ihrem ordentlichen Umfang in subjektiver oder sachlicher Hinsicht eingeschränkt. Mit einer möglichen Beschränkung sachlicher Art befassen wir uns nachstehend im einzelnen.

<sup>695</sup> Anderer Ansicht: z. B. *Siegwart*, Einleitung, N. 378.

## b. BESCHRÄNKUNG DER VERTRETUNGSMACHT AUF DEN GESCHÄFTSKREIS EINES ZWEIGBETRIEBES

- 1653 Die Vertretungsmacht, über die der ständige Vertreter eines Gesamtbetriebs-Inhabers als Organ, Gesellschafter oder gewillkürter Vertreter verfügt, kann im Einzelfall auf den Geschäftskreis eines Zweigbetriebes beschränkt sein. Die **Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese sachliche Beschränkung besteht**, entscheidet das anwendbare Recht: das Recht, nach dem sich der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt. Dieses Recht entscheidet namentlich darüber, ob sich die Vertretungsmacht eines bestimmten Vertreters überhaupt auf den Geschäftskreis eines Zweigbetriebes beschränken läßt. Was *das schweizerische Recht* betrifft, so sieht es ausdrücklich vor, daß die Vertretungsbefugnis des Prokuristen auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung beschränkbar ist (Art. 460 OR). Eine gleiche Vorschrift enthält das OR für die im Gesellschaftsrecht umschriebenen «Vertreter einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft» (Art. 718 Abs. 2, 764 Abs. 2, 814 Abs. 1 und 899 Abs. 2), zu denen auch Direktoren dieser Verbände gehören. Vertritt ein Direktor eine rechtsfähige Personengesellschaft (vgl. Anm. 351), so gilt dasselbe wie für die Prokura. Nicht im umschriebenen Sinne beschränkbar ist dagegen die Vertretungsmacht eines Kollektivgesellschafters und Komplementärs<sup>696</sup>; wohl aber eines Handlungsbevollmächtigten (Art. 462 OR) und Handelsreisenden (Art. 463 OR), wieweil dies im positiven Recht nicht ausdrücklich gesagt wird.
- 1654 Von der Frage, ob die Vertretungsmacht eines bestimmten Organs, eines Gesellschafters oder eines gewillkürten Vertreters auf den Geschäftskreis eines Zweigbetriebes beschränkbar und im Einzelfall tatsächlich auch beschränkt ist, muß unterschieden werden: *die Frage, ob diese Beschränkung einem Dritten entgegengehalten werden kann*, der in Nichtkenntnis der Beschränkung auf den weitergehenden Umfang vertraut, den die betreffende Vertretungsmacht nach dem anwendbaren Recht ordentlicherweise hat. Diese **Frage des Gutgläubensschutzes** beantwortet sich nach dem Recht des Landes, in dem der Vertreter seine Vertretungsmacht ausübt (Nr. 1652). Handelt der Vertreter in der Schweiz, so kommt, was den Gutgläubensschutz betrifft, schweizerisches Recht zur Anwendung; gleichgültig, ob sich der Umfang der Vertretungsmacht nach schweizerischem Recht bestimmt oder nach ausländischem Recht (z. B. dem Personalstatut einer ausländischen Aktiengesellschaft). Nach den Grundsätzen, die das schweizerische Vertretungsrecht beherrschen, ist der gute Glaube Dritter im umschriebenen Falle zu schützen (vgl. z. B. Art. 459 f. und 718 Abs. 2 OR); es sei denn, der Dritte könne sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, weil er es an der gebotenen Aufmerksamkeit fehlen ließ (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Dieser Ausschluß des Gut-

<sup>696</sup> Vgl. *Hartmann*, N. 3 zu Art. 555 und N. 12 zu Art. 564 OR; Th. *Jordi*, S. 62.

glaubensschutzes greift immer Platz, wenn die Beschränkung der Vertretungsmacht sich auf den Geschäftskreis einer schweizerischen Zweigniederlassung bezieht und auf deren Registerblatt in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. Art. 460, Art. 718 Abs. 2 und 899 Abs. 2 OR)<sup>696a</sup>. Hier wirkt sich die positive Publizitätswirkung der Eintragung nach Art. 933 Abs. 1 OR aus (vgl. Nr. 449 ff. und 1066). Die *Eintragung der Zweigniederlassung in der Schweiz eröffnet die Möglichkeit, die Beschränkung der Vertretungsmacht auf deren Geschäftskreis gegenüber jedermann wirksam zu machen*, auch wenn sich deren Umfang nach ausländischem Recht bestimmt. Diese Möglichkeit besteht indessen nur hinsichtlich solcher Vertreter, die überhaupt in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen werden können, somit nicht in bezug auf Handlungsbevollmächtigte und Handelsreisende.

- 1655 Im Sinne einer Präzisierung ist beizufügen: *Die in der Schweiz eingetragene Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung kann Dritten nicht entgegengehalten werden, wenn sie in Wirklichkeit nicht besteht*; sei es, daß die Vertretungsmacht nach dem anwendbaren Recht überhaupt nicht auf den Geschäftskreis der Zweigniederlassung beschränkbar ist; oder sei es, daß sie zwar beschränkbar, aber nicht beschränkt ist.

## **2. Zweigbetrieb und Obligationen aus ungerechtfertigter Schädigung**

- 1656 Aus ungerechtfertigter Schädigung können nach schweizerischem Privatrecht *Schadenersatzpflichten bzw. -forderungen* entstehen<sup>697</sup>. Die Pflicht, Schadenersatz zu leisten, ist eine Schuld, für die auch das Wort «Haftung» gebraucht wird. Wer haftet, hat nach der Terminologie, die wir in diesem Zusammenhang verwenden, für den Schaden eines andern einzustehen; er hat dessen Schaden auszugleichen. Zu einer weitern Bedeutung des Wortes «Haftung» siehe Nr. 2000.
- 1657 Mit Bezug auf den Zweigbetrieb interessiert die Haftung des Inhabers für schädigendes Verhalten von Hilfspersonen, Organen oder geschäftsführenden Gesellschaftern. Davon wollen wir im folgenden sprechen. Wir gehen aus von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts und befassen uns einleitend mit der *Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung* von Schadenfällen mit disnationalen Elementen.
- 1658 Die Frage stellen wir für das schweizerische IPR. Zwei Grundsätze sind festzuhalten: 1. Erfolgt die Schädigung in funktionellem Zusammenhang mit einem

<sup>696a</sup> Daß sich der Ausschluß des Gutglaubensschutzes mit der Eintragung der Beschränkung im Handelsregister verbindet, wird von Art. 460 OR zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber doch als selbstverständlich vorausgesetzt.

<sup>697</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 186, Ziff. 2.1.

Sonderverhältnis<sup>698</sup> zwischen Schädiger und Geschädigtem<sup>699</sup>, so kommt dasjenige Recht zur Anwendung, dem das Sonderverhältnis<sup>700</sup> untersteht (vgl. z. B. BGE 89 II 214 ff.)<sup>701</sup>. 2. In den übrigen Fällen bestimmt sich das anwendbare Recht — von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>702</sup> — nach dem Deliktort (vgl. BGE 51 II 328; 66 II 167; 76 II 111)<sup>703</sup>.

1659 Steht die Schädigung im Zusammenhang mit dem *Zweigbetrieb* des Geschädigten oder des auf Schadenersatz Belangten, so vermag dies am Gesagten nichts zu ändern. Maßgeblich sind die genannten Grundsätze; gleichgültig, ob der betreffende Zweigbetrieb im In- oder Ausland betrieben wird.

1660 *Nachstehend* sprechen wir zunächst vom Zweigbetrieb und der Haftung des Inhabers für schädigendes Verhalten von Hilfspersonen (Nr. 1661 ff.); darauf vom Zweigbetrieb und der Haftung des Inhabers für schädigendes Verhalten von Organen oder geschäftsführenden Gesellschaftern (Nr. 1697 ff.).

#### A. Zweigbetrieb und Haftung des Inhabers für schädigendes Verhalten von Hilfspersonen

1661 Die Haftung für (ungerechtfertigte) Schädigung durch Hilfspersonen wird im schweizerischen Obligationenrecht durch die Art. 55 und 101 OR geordnet<sup>704</sup>. Beide Artikel enthalten, wie z. B. Art. 41 und 97 OR, materielle Haftungsnormen: Vorschriften, die festlegen, wann ein bestimmter Schaden eine Haftung zur Folge hat. *Art. 101 OR* bildet die Sondernorm; *Art. 55 OR* die allgemeine Norm, die

<sup>698</sup> Zum Begriff des Sonderverhältnisses: *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 113; Sonderverhältnisse «bestehen aus Rechten, die aktuell sind und einen besonderen, auf konkrete Umstände bezogenen Inhalt haben (. . . z. B. das Recht eines Kranken auf Leistung bestimmter Dienste durch den von ihm beauftragten Arzt)». *Funktioneller Zusammenhang* mit dem Sonderverhältnis liegt vor, wenn die Schädigung in Abwicklung des Sonderverhältnisses erfolgt; nicht aber, wenn das Sonderverhältnis nur Anlaß der Schädigung bildet.

<sup>699</sup> Zum Beispiel durch Nicht- oder Schlechterfüllung des vertraglich Geschuldeten.

<sup>700</sup> Namentlich ein Vertragsverhältnis.

<sup>701</sup> Vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 357; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 691.

<sup>702</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 327 f.; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 696 ff.

<sup>703</sup> Vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., N. 326; F. *Vischer*, a.a.O., S. 688. «Deliktort» ist grundsätzlich sowohl der Handlungs- wie der Erfolgsort (vgl. BGE 76 II 111; vgl. aber Nr. 1364). Liegen diese Orte — bei Distanzdelikten — auseinander, so hat der Geschädigte die Wahl, den maßgeblichen «Deliktort» dadurch zu bestimmen, daß er den Schädiger nach dem einen oder dem andern Recht belangt (vgl. BGE 87 II 115; 95 II 90).

<sup>704</sup> Vgl. dazu A. *Keller*, S. 116, 126, 317 f.; P. *Portmann*, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht; R. *Steinbrüchel*, Diss. Zürich 1947.

nur dann zur Anwendung kommt, wenn nicht Art. 101 OR anzuwenden ist<sup>705</sup>. Zunächst befassen wir uns — unter dem Gesichtspunkt des Zweigbetriebes — mit Art. 101 OR (Nr. 1662 ff.); dann mit Art. 55 OR (Nr. 1678 ff.). Schließlich ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1694 ff.).

#### a. ZWEIGBETRIEB UND HAFTUNG DES INHABERS NACH ART. 101 OR

- 1662 Nach *Art. 101 OR* hat, «wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson . . . vornehmen läßt, dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht» (Abs. 1). Es sei denn, die Haftung wäre «durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben worden» (Abs. 2; vgl. aber Abs. 3).
- 1663 *Hilfsperson* nach Art. 101 OR ist, wer an Stelle des an einem Sonderverhältnis Beteiligten handelt<sup>706</sup>; gleichgültig, ob er zum Beteiligten in einem Subordinationsverhältnis steht oder nicht (vgl. demgegenüber Nr. 1679). Schädigt er den andern Beteiligten in funktionellem Zusammenhang (BGE 92 II 18) mit diesem Sonderverhältnis, d. h. in dessen Abwicklung<sup>707</sup>, so greift die Haftung nach Art. 101 OR Platz<sup>708</sup>. Derjenige, für den die Hilfsperson handelt, hat für den Schaden nach Art. 101 OR einzustehen<sup>709</sup>.
- 1664 *Der Zweigbetrieb* ist eine Leistungseinheit, die Bestandteil eines Gesamtbetriebes bildet (Nr. 1592). Er gehört dem Inhaber des Gesamtbetriebes (Nr. 1593), ist aber

<sup>705</sup> Vgl. dazu P. Jäggi, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, S. 194 f.

<sup>706</sup> Zum Begriff des Sonderverhältnisses vgl. Anm. 698.

<sup>707</sup> Vgl. P. Jäggi, a.a.O., S. 188.

<sup>708</sup> Vgl. P. Jäggi, a.a.O., S. 194. Entgegen der herrschenden Ansicht nimmt P. Jäggi allerdings an, daß Art. 101 OR auch dann zur Anwendung kommt, wenn nicht der Partner des Sonderverhältnisses, sondern ein außenstehender Dritter geschädigt wird. In diesem Punkte können wir uns P. Jäggi nicht anschließen; vielmehr folgen wir der herrschenden Lehre, z. B. von Tuhr/Siegwart, II, S. 551; Oser/Schönenberger, N. 13 zu Art. 101 OR; Becker, N. 18 zu Art. 101 OR; P. Portmann, S. 44. Wird ein Außenstehender, wenn auch in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis (an dem er nicht beteiligt ist), geschädigt, so kann sich der Geschädigte, wenn überhaupt, auf Art. 55 OR, nicht auf Art. 101, berufen. Im übrigen ist gleichgültig:

1. ob das Sonderverhältnis ein Vertragsverhältnis ist oder nicht. So: P. Jäggi (zit. in Anm. 705), passim. Die herrschende Meinung bezieht demgegenüber Art. 101 OR stets auf Schädigungen in Abwicklung eines Vertragsverhältnisses. So etwa: B. von Büren, OR, S. 394 ff.; A. Keller, S. 318 ff.; P. Portmann, S. 42 ff.; vgl. auch BGE 98 II 293.

2. ob die Schädigung in Abwicklung des Sonderverhältnisses durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht erfolgt oder in Verletzung einer relativen Pflicht, die einzig wegen dieses Sonderverhältnisses besteht. So: P. Jäggi (zit. in Anm. 705), passim.

<sup>709</sup> Besondere Bestimmungen enthält Art. 399 OR für den Beauftragten, der die Besorgung eines Geschäftes einem Dritten übertrug. Von dieser Bestimmung sehen wir im folgenden ab.

*keine Hilfsperson des Inhabers.* Auch dann nicht, wenn er als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Hilfspersonen nach Art. 101 OR können dagegen Mitarbeiter des Zweigbetriebes sein.

- 1665 **Handeln Mitarbeiter eines Zweigbetriebes** an Stelle des an einem Sonderverhältnis beteiligten Inhabers und schädigen sie in funktionellem Zusammenhang mit diesem Sonderverhältnis (namentlich einem Vertragsverhältnis<sup>710</sup>) den andern Beteiligten, so **haftet der Inhaber nach Art. 101 OR** (vgl. Nr. 1663). Dies trifft z. B. dann zu, wenn Mitarbeiter des Zweigbetriebes die vom Inhaber versprochene Ware in gesundheitsschädlichem Material versenden, so daß der Vertragspartner erkrankt und dadurch geschädigt wird<sup>711</sup>. Oder wenn sie eine Leistungspflicht des Inhabers schlecht erfüllen, indem sie Waren falscher Qualität liefern, wodurch der Vertragspartner des Inhabers geschädigt wird. Oder wenn sie die vom Inhaber geschuldete Leistung überhaupt verunmöglichen, so daß der Partner einen Nichterfüllungs-Schaden (Art. 97 Abs. 1 OR) erleidet<sup>712</sup>.
- 1666 Die umschriebene *Haftung des Inhabers nach Art. 101 OR greift auch Platz:*
- 1667 — wenn der Zweigbetrieb im Ausland betrieben wird oder einer ausländischen Verbandsperson oder Personengesellschaft gehört; immer vorausgesetzt, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, weil das Sonderverhältnis, in dessen Zusammenhang der Beteiligte geschädigt wird, schweizerischem Recht untersteht (Nr. 1658 f.)<sup>713</sup>.
- 1668 — wenn der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (Nr. 1591); oder wenn umgekehrt eine derartige Eintragung (zu Recht oder Unrecht) fehlt.
- 1669 — wenn weder die schadenstiftenden Mitarbeiter (die Hilfspersonen) ein Verschulden trifft<sup>714</sup>; noch den Inhaber bzw. seine Organe oder geschäftsführenden Gesellschafter<sup>715</sup>.
- 1670 — wenn der Zweigbetrieb von einer öffentlichen Verbandsperson des schweizerischen Rechts betrieben wird und der Schaden im Zusammenhang mit einem privaten, nicht hoheitlichen, Sonderverhältnis erfolgt.
- 1671 *Die Haftung des Inhabers nach Art. 101 OR entfällt:*
- 1672 — wenn die schadenstiftenden Mitarbeiter Organe oder geschäftsführende Gesellschafter des Inhabers sind. Diese Personen bilden keine Hilfspersonen im Sinne des Art. 101 OR. Für sie haftet der Inhaber über Art. 55 ZGB (dazu Nr. 1698 ff.);

<sup>710</sup> Vgl. dazu Anm. 708, Ziff. 1.

<sup>711</sup> Der Schaden erfolgt hier in Verletzung einer allgemeinen Pflicht (Anm. 708, Ziff. 2): der Pflicht, rechtswidrige Körperverletzungen zu unterlassen.

<sup>712</sup> Der Schaden erfolgt hier in Verletzung einer relativen Pflicht (Anm. 708, Ziff. 2).

<sup>713</sup> Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 704; demgegenüber BGE 22 486.

<sup>714</sup> Vgl. A. Keller, S. 319; anderer Ansicht: B. von Büren, OR, S. 395.

<sup>715</sup> Vgl. A. Keller, S. 319.

bzw. über Art. 567 Abs. 3 und 603 OR, der auf Art. 567 Abs. 3 verweist (dazu Nr. 1710 ff.).

- 1673 — wenn der Inhaber eine natürliche Einzelperson und selber Mitarbeiter eines Zweigbetriebes ist und als solcher eine schädigende Handlung vornimmt.
- 1674 — wenn der Inhaber nachweist, daß ihm selber kein Verschulden vorgeworfen werden könnte, falls er selber so gehandelt hätte wie der schadenstiftende Mitarbeiter des Zweigbetriebes, die Hilfsperson (vgl. BGE 92 II 19; 92 II 239). Bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften ist dieser Nachweis mit Bezug auf die Organe bzw. die geschäftsführenden Gesellschafter zu erbringen.
- 1675 — wenn die Haftung rechtsgeschäftlich, und zwar gültig, ausgeschlossen wurde (Art. 101 Abs. 2 und 3 OR).
- 1676 *Fassen wir zusammen:* Der Inhaber eines Gesamtbetriebes hat, wenn schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, für schädigendes Verhalten von Zweigbetriebs-Mitarbeitern nach Art. 101 OR einzustehen. Vorausgesetzt, daß der erforderliche Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis gegeben ist (Nr. 1665) und die Haftung nach Art. 101 OR nicht aus einem der in Nr. 1671 genannten Gründe entfällt.
- 1677 Das Gesagte gilt sinngemäß, wenn die Schädigung durch Mitarbeiter eines *Hauptbetriebes* erfolgt, der gegebenenfalls mit zum Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes gehört (Nr. 1592).

## b. ZWEIGBETRIEB UND HAFTUNG DES INHABERS NACH ART. 55 OR

- 1678 Nach *Art. 55 OR* haftet der Geschäftsherr «für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen und geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre».
- 1679 *Hilfspersonen*, für deren Verhalten man nach Art. 55 OR einzustehen hat, sind Arbeitnehmer oder andere Personen, die nach Art eines Arbeitnehmers in einem Subordinationsverhältnis stehen<sup>716</sup>. «Ausschließlich für das Verhalten solcher Hilfskräfte haftet man nach Art. 55 OR, denen gegenüber man Weisungsbefugnis hat»<sup>717</sup>. Oder anders ausgedrückt:
- 1680 *Wer die Herrschaft hat, hat die Haftung:* er haftet als Geschäftsherr nach Art. 55 OR für das schädigende Verhalten der Weisungsunterworfenen; und zwar bei den Verrichtungen, die sie unter seiner Herrschaft, im Rahmen seiner Weisungs-

<sup>716</sup> Vgl. A. Keller, S. 119.

<sup>717</sup> B. von Büren, OR, S. 253; vgl. auch BGE 84 II 382 f.

befugnis, vornehmen. Immer vorausgesetzt, daß nicht Art. 101 OR zur Anwendung kommt: daß die Schädigung also nicht in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis erfolgt, an dem der Geschäftsherr und der Geschädigte beteiligt sind (vgl. dazu Semjud. 78 1956, S. 554); mag ein derartiges Verhältnis auch der Anlaß der Schädigung sein<sup>718</sup>.

- 1681 *Der Zweigbetrieb* ist auch nach Art. 55 OR *keine Hilfsperson des Inhabers*, der den Gesamtbetrieb betreibt. Hilfspersonen des Inhabers nach Art. 55 OR können dagegen Mitarbeiter des Zweigbetriebes sein. Zum Inhaber des Gesamt- und Zweigbetriebes stehen sie in einem Subordinationsverhältnis, das sich in den Weisungen aktualisiert, die ihnen über den Befehlsweg des Gesamtbetriebes (Nr. 99) zugehen.
- 1682 Verursachen *Mitarbeiter eines Zweigbetriebes* bei ihrer Aufgabenerfüllung einen Schaden, so hat **der Inhaber des Gesamt- und Zweigbetriebes nach Art. 55 OR einzustehen**. Namentlich dann, wenn der Schaden im Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis erfolgt. Nicht aber in *funktionellem* Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis, an dem der Inhaber *und* der Geschädigte beteiligt sind; in diesem Falle ist Art. 101 OR anzuwenden. Art. 55 OR dagegen greift z. B. Platz, wenn der im Zweigbetrieb beschäftigte Ausläufer einen Passanten verletzt, den er auf einem Botengang mit seinem Fahrrad umfährt. Oder wenn ein Monteur des Zweigbetriebes, der in der Wohnung eines Kunden Reparaturen auszuführen hat, eine Sache stiehlt, die er nicht zu reparieren hat<sup>719</sup>. Oder wenn ein Packer des Zweigbetriebes die vom Käufer bestellte Ware in gesundheitsschädlichem Material versendet, wodurch ein Angestellter des Käufers geschädigt wird.
- 1683 Die umschriebene *Haftung des Inhabers nach Art. 55 OR greift auch dann Platz*:  
1684 — wenn der Zweigbetrieb im Ausland betrieben wird oder wenn er einer ausländischen Verbandsperson oder Personengesellschaft gehört; immer vorausgesetzt, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, weil sich der «Deliktort» in der Schweiz befindet (Nr. 1658 f.)<sup>720</sup>.
- 1685 — wenn der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (Nr. 1591); oder wenn umgekehrt eine derartige Eintragung (zu Recht oder Unrecht) fehlt.
- 1686 — wenn weder die schadenstiftenden Mitarbeiter (die Hilfspersonen) ein Verschulden trifft; noch den Inhaber bzw. dessen Organe oder geschäftsführenden Gesellschafter (vgl. BGE 56 II 287; 90 II 90; 95 II 107; 97 II 223).

<sup>718</sup> Vgl. P. Jäggi (zit. in Anm. 705), S. 194 f.

<sup>719</sup> Vgl. P. Jäggi, a.a.O., S. 195. Die Haftung des Geschäftsherrn würde für diesen Fall von der herrschenden Meinung verneint; vgl. P. Portmann, S. 69 und dort Zitierte.

<sup>720</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 332; F. Vischer, SchwPR I, S. 699; demgegenüber BGE 22 486.

- 1687 — wenn der Inhaber des Zweigbetriebes eine öffentliche Verbandsperson des schweizerischen Rechtes ist; vorausgesetzt, daß die Schadenzufügung bei «gewerblichen» Verrichtungen im Sinne des Art. 61 Abs. 2 OR erfolgt<sup>721</sup>.
- 1688 *Die Haftung des Inhabers nach Art. 55 OR entfällt:*
- 1689 — wenn der Schaden zwar durch Mitarbeiter des Zweigbetriebes angerichtet wird, aber bei Verrichtungen für Dritte, deren Weisungsbefugnis sie hinsichtlich dieser Verrichtungen unterstellt sind. Zum Beispiel werden Mitarbeiter eines Zweigbetriebes einem Dritten «ausgemietet»<sup>722</sup>, sei es ausnahmsweise oder deswegen, weil die Überlassung von Arbeitskräften an Dritte gerade Aufgabe des Zweigbetriebes bildet. Soweit die «ausgemieteten» Arbeitskräfte der Weisungsbefugnis des Dritten, nicht des Inhabers, unterstehen, sind sie Hilfspersonen des Dritten, nicht des Inhabers (vgl. aber BGE 77 II 312).
- 1690 — wenn die schadenstiftenden Mitarbeiter Organe oder geschäftsführende Gesellschafter des Inhabers sind. Diese Personen sind keine Hilfspersonen im Sinne des Art. 55 OR. Für sie haftet der Inhaber über Art. 55 ZGB bzw. über Art. 567 Abs. 3 und 603 OR (vgl. sinngemäß Nr. 1672).
- 1691 — wenn der Inhaber eine natürliche Einzelperson und selber Mitarbeiter eines Zweigbetriebes ist und als solcher einen Schaden anrichtet.
- 1692 — wenn der Inhaber den in Art. 55 vorgesehenen Entlastungsbeweis erbringt, wonach er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Verhütung des Schadens angewendet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (Nr. 1678). Ist er eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, so gilt die Sorgfalt seiner Organe bzw. der geschäftsführenden Gesellschafter als eigene Sorgfalt<sup>723</sup>. Sind den schadenstiftenden Mitarbeitern weitere Hilfspersonen übergeordnet, so mißlingt der Sorgfaltsbeweis nach herrschender Meinung, wenn die übergeordneten Hilfspersonen unsorgfältig waren<sup>724</sup>. Eine andere Ansicht vertritt, mit guten Gründen, P. Portmann<sup>725</sup>.
- 1693 *Fassen wir zusammen:* Der Inhaber eines Gesamtbetriebes hat, wenn schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, gestützt auf Art. 55 OR für den Schaden einzustehen, den Zweigbetriebs-Mitarbeiter bei ihrer Aufgabenerfüllung verursachen. Vorausgesetzt, daß die Schädigung nicht in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis erfolgt, an dem der Inhaber und der Geschädigte beteiligt sind (Nr. 1680); und daß außerdem die Haftung nach Art. 55 OR nicht

<sup>721</sup> Vgl. dazu B. von Büren, OR, S. 290 f. Der Begriff der «gewerblichen» Verrichtung ist umstritten: vgl. z. B. B. von Büren, S. 291 und die dort zitierte Judikatur; vgl. ferner auch A. Keller, S. 27. Zum Ganzen auch P. Portmann, S. 108 ff.

<sup>722</sup> Vgl. dazu A. Keller, S. 118 f.; Chr. Grand, Leiharbeitsverhältnisse im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1960.

<sup>723</sup> Vgl. P. Portmann, S. 40.

<sup>724</sup> Vgl. P. Portmann, S. 72 und dort Zitierte.

<sup>725</sup> S. 73 f.

aus einem der in Nr. 1688 genannten Gründe entfällt. Das Gesagte gilt sinngemäß, wenn die Schädigung durch Mitarbeiter eines *Hauptbetriebes* erfolgt, der gegebenenfalls mit zum Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes gehört (Nr. 1592).

### c. VERGLEICH MIT DEN VERHÄLTNISSEN BEIM KONZERNBETRIEB

1694 Ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran, so ergibt sich:

1695 1. *Gleich wie der Zweigbetrieb* ist auch der Konzernbetrieb selber nicht Hilfsperson seines Inhabers, einer Konzernperson (Nr. 1594): weder nach Art. 101 noch nach Art. 55 OR. Als Hilfspersonen einer Konzernperson kommen dagegen die Mitarbeiter des Konzernbetriebes in Frage, sofern sie nicht als Organe der betreffenden Konzernperson handeln.

1696 2. *Anders als der Zweigbetrieb* gehört der Konzernbetrieb zu einem Gesamtbetrieb ohne Inhaber, da jeder Konzernbetrieb von je einem andern Inhaber betrieben wird (vgl. Nr. 1594). In diesem Konzernatbestand gründet **eine für den Konzern, nicht aber für den Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes spezifische Streitlage**: Der mögliche Streit darüber, welche von mehreren Konzernpersonen für das schädigende Verhalten von Mitarbeitern eines Konzernbetriebes nach Art. 101 oder 55 OR einzustehen hat. Dieser Streit kann namentlich dann entstehen, wenn Mitarbeiter eines Konzernbetriebes nicht von dessen Inhaber (z. B. einer Tochtergesellschaft) angestellt sind, sondern von einer andern Konzernperson (z. B. einer Muttergesellschaft). Oder wenn sie zwar vom Inhaber ihres Konzernbetriebes angestellt, aber ab und zu auch in einem andern Konzernbetrieb und damit für eine andere Konzernperson tätig sind. Erfolgt die Schädigung in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis zwischen einer Konzernperson und dem Geschädigten, so hat die am Verhältnis beteiligte Konzernperson nach Art. 101 OR für den Schaden einzustehen<sup>726</sup>. Fehlt dieser Zusammenhang, so daß eine Haftung nach Art. 55 OR Platz greift, so haftet diejenige Konzernperson, unter deren unmittelbarer Herrschaft der Schaden angerichtet wird<sup>727</sup>.

<sup>726</sup> Gleichgültig ist dabei, ob die schadenstiftenden Arbeitskräfte bei ihr angestellt sind oder nicht.

<sup>727</sup> An praktischen *Beispielen* soll dies verdeutlicht werden:

I. Mitarbeiter eines Konzernbetriebes, angestellt von ihrem Betriebsinhaber (der eigenen Konzernperson), sind ausnahmsweise in einem fremden Konzernbetrieb und damit für eine fremde Konzernperson tätig. Dabei schädigen sie einen Dritten. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: a. Bei ihren Verrichtungen im fremden Konzernbetrieb bleiben die betreffenden Arbeitskräfte der eigenen Betriebsleitung und damit der eigenen Konzernperson unterstellt. Im unmittelbaren Herrschaftsverhältnis zur eigenen Konzernperson richten sie den Schaden an. Diese Konzernperson hat für den Schaden nach Art. 55 OR

## B. Zweigbetrieb und Haftung des Inhabers für schädigendes Verhalten von Organen und geschäftsführenden Gesellschaftern

1697 Zunächst setzen wir den Zweigbetrieb in Beziehung zur Organhaftung der juristischen Person (Nr. 1698 ff.); dann zur Haftung der rechtsfähigen Personengesellschaft für schädigendes Verhalten der geschäftsführenden Gesellschafter (Nr. 1710 ff.); und schließlich ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1716 ff.).

### a. ZWEIGBETRIEB UND ORGANHAFTUNG DES INHABERS, DER EINE JURISTISCHE PERSON IST

1698 Nach *Art. 55 Abs. 2 ZGB* werden **schädigende Organhandlungen** («sonstiges Verhalten» der Organe) **der juristischen Person als eigenes Verhalten zugerechnet**. Anwendungsfälle dieser Bestimmung enthalten die *Art. 718 Abs. 3; 814 Abs. 4 und 899 Abs. 3 OR* <sup>728</sup>.

1699 Im Sinne der erwähnten Zurechnung kann man sagen, die juristische Person «hafte» für das schädigende Verhalten ihrer Organe. Doch genügt dieses *Zurechnungsprinzip* nicht, um im Einzelfall eine wirkliche Haftung (eine Schadenersatzpflicht) der juristischen Person zu begründen <sup>729</sup>. Vielmehr bedarf es der *Ergänzung durch materielle Haftungsnormen* (wie z. B. *Art. 41 und 97 OR*). Werden die darin umschriebenen Haftungsvoraussetzungen (z. B. verschuldete

einzustehen, obwohl die schadenstiftenden Arbeitskräfte den Schaden bei Verrichtungen in einem fremden Konzernbetrieb stiften. *b.* Bei ihren Verrichtungen im fremden Konzernbetrieb sind die schadenstiftenden Mitarbeiter der fremden Betriebsleitung und damit der fremden Konzernperson unterstellt. Die Verrichtungen im fremden Konzernbetrieb erfolgen im unmittelbaren Herrschaftsverhältnis zur fremden Konzernperson, welche hinsichtlich dieser Verrichtungen weisungsbefugt ist. Die fremde Konzernperson hat für den Schaden nach *Art. 55 OR* einzustehen. Die eigene Konzernperson trifft keine Haftung. Ihre unmittelbare Herrschaft ist hinsichtlich der fraglichen Verrichtungen durchbrochen, selbst dann, wenn ihre Betriebsleitung im konzerninternen Befehlsweg eine übergeordnete Instanz bildet.

2. Mitarbeiter eines Konzernbetriebes, angestellt von einer fremden Konzernperson, schädigen bei ihren Verrichtungen im Konzernbetrieb einen Dritten, und zwar unter der Leitung des betreffenden Konzernbetriebes. Nach *Art. 55 OR* einzustehen hat nicht die fremde Konzernperson, um deren Arbeitnehmer es sich handelt, sondern der Inhaber des Konzernbetriebes, unter dessen unmittelbarer Herrschaft die Schädigung erfolgte. Zu ihm stehen die schadenstiftenden Mitarbeiter bei den betreffenden Verrichtungen in einem Subordinationsverhältnis nach der Art von Arbeitnehmern (vgl. Nr. 1679).

<sup>728</sup> Vgl. dazu *Janggen/Becker*, N. 3 zu *Art. 812 OR*; N. 30 f. zu *Art. 814 OR*; *K. Otfinger*, II, S. 482; *P. Portmann*, S. 24.

Der Ausdruck «unerlaubte Handlungen», welche diese Bestimmungen verwenden, ist in einem weiten Sinne zu verstehen, der alle widerrechtlichen Schädigungen (auch sogenannte Vertragsverletzungen) einschließt.

<sup>729</sup> Vgl. dazu *P. Portmann*, S. 32 f.

rechtswidrige Schädigung) durch Organe in dieser Eigenschaft verwicklicht, so aktualisiert sich die Organhaftung der juristischen Person. Sie hat, da ihr das Organverhalten als eigenes Verhalten zugerechnet wird, für den entstandenen Schaden einzustehen.

- 1700 Was den *Organbegriff* betrifft, so ist er in diesem haftpflichtrechtlichen Zusammenhang weit zu fassen<sup>730</sup>. Er erstreckt sich nicht nur auf die gesetzlich notwendigen und statutarischen Organe, wie Mitgliederversammlung, Vorstand, Kontrollstelle (vgl. BGE 87 II 187). Vielmehr erfaßt er alle Personen, die an der Geschäftsführung teilnehmen, indem sie dauernd<sup>731</sup>, in selbständiger Weise, wichtige Entscheide treffen (vgl. BGE 81 II 226 f.; 87 II 188) und derart an der Bildung des Verbandswillens teilhaben (vgl. BGE 81 II 227); gleichgültig, ob sie zeichnungsberechtigt sind oder nicht (vgl. BGE 72 II 66)<sup>732</sup>.
- 1701 Wenden wir das Gesagte auf den Zweigbetrieb einer juristischen Person an, so steht zunächst fest, daß der **Zweigbetrieb als solcher kein Organ der juristischen Person** ist. Vom Zweigbetrieb haben wir aber gesagt, daß er begriffsnotwendig eine selbständige Leitung besitzt, welche den Betrieb im wesentlichen nach den Ergebnissen eigener Willensbildung führt (Nr. 123). Der Leiter des Zweigbetriebes trifft daher dauernd, in selbständiger Weise, wichtige Entscheide und nimmt derart «in leitender Stellung» (BGE 68 II 301) an der Willensbildung der juristischen Person teil (Nr. 1700). Er gehört zu den «personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise» (BGE 61 II 342); er hat maßgebenden Anteil an der Realisierung des Gesellschaftszweckes (BGE 72 II 66). Dies alles, obwohl sich seine Entscheidbefugnis, soweit seine Stellung als Zweigbetriebs-Leiter in Frage steht, nur auf einen Teil des Gesamtbetriebes erstreckt, dem der Zweigbetrieb als Bestandteil zugehört (Nr. 1592).
- 1702 Mit Rücksicht auf diese Stellung innerhalb des Gesamtbetriebes muß der **Leiter des Zweigbetriebes als Organ der juristischen Person** betrachtet werden, welche den Zweigbetrieb innerhalb ihres Gesamtbetriebes betreibt (vgl. z. B. ZBJV 72, 1936, S. 224)<sup>733</sup>. Und zwar nicht nur dann, wenn er auch an der Leitung des Gesamtbetriebes teilhat (Nr. 130)<sup>734</sup>; oder wenn er zu den gesetzlich vorgeschriebenen oder statutarischen Organen gehört. Für seine schädigenden Handlungen

<sup>730</sup> Vgl. dazu B. von Büren, OR, S. 399 f.; M. Gutzwiller, in SchPR II, S. 488 ff.; A. Keller, S. 88 ff.; K. Oftinger, II, S. 105; P. Portmann, S. 17 ff.

<sup>731</sup> Vgl. B. von Büren, OR, S. 400.

<sup>732</sup> Als Organe wurden z. B. anerkannt: ein verantwortlicher Redaktor einer Tageszeitung (BGE 72 II 66), der Direktor einer Bank (BGE 68 II 301), der Sekretär eines Verbandes (BGE 48 II 7).

<sup>733</sup> Vgl. auch M. Gutzwiller, in SchwPR II, S. 491; W. Kreis, Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936, S. 40.

<sup>734</sup> Vgl. demgegenüber P. Portmann, S. 30 f.; F. von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1946, S. 305.

haftet der Inhaber nicht nach Art. 101 oder 55 OR (Nr. 1662 und 1678). Vielmehr haftet er, wenn überhaupt, gestützt auf die umschriebene Organhaftung (Nr. 1699); gleichgültig, ob die Schädigung in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis zwischen dem Inhaber und dem Geschädigten erfolgt oder nicht (vgl. Nr. 1663 und Nr. 1680).

1703 **Im einzelnen** ist auf das Folgende hinzuweisen:

— Umfaßt die Leitungsinstanz des Zweigbetriebes mehrere Leiter (Nr. 130), so bildet sie ein *Kollektivorgan*. «Bei Kollektivorganen kommt . . . nicht bloß der Personenmehrheit als solcher Organqualität zu, sondern jedem einzelnen Mitglied»<sup>735</sup>. Jeder Betriebsleiter als solcher und die Gesamtheit der Leiter sind somit Organe.

1704 — Nicht nur Leiter, sondern auch Mitarbeiter des Zweigbetriebes, die der Zweigbetriebsleitung *unterstellt* sind, können sich als Organe qualifizieren. Als Organe zu betrachten wären z. B. die Ingenieure beim Tatbestand des BGE 87 II 188, auch wenn sie der Leitung eines Zweigbetriebes unterstünden.

1705 — Ob ein Zweigbetrieb *im In- oder Ausland betrieben* wird, hat keinen Einfluß auf die Organqualität seiner Mitarbeiter, namentlich seiner Leiter.

1706 — Keinen Einfluß auf diese Organqualität hat auch die *Eintragung* oder Nicht-Eintragung des Zweigbetriebes in einem schweizerischen Handelsregister; oder der Umstand, daß der Zweigbetrieb als eingetragene Zweigniederlassung unter einer Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma des Inhabers betrieben wird (Nr. 1591).

1707 — Der Inhaber des Zweigbetriebes ist möglicherweise eine *juristische Person ausländischen Rechts*. Die Frage, ob diesem Inhaber das schädigende Verhalten seiner Organe als eigenes Verhalten zuzurechnen ist, beschlägt die «Struktur der juristischen Person» und müßte daher «logisch gesehen», «dem Personalstatut zugeordnet» sein<sup>736</sup>, das die Handlungsfähigkeit der Verbandsperson beherrscht (vgl. BGE 95 II 448). Ist auf den Schadenfall schweizerisches Recht anwendbar, wie wir hier annehmen (Nr. 1657), so rechtfertigt es sich, diese (Vor-)Frage dennoch nach schweizerischem Recht zu entscheiden und Art. 55 Abs. 2 ZGB auch auf ausländische Verbandspersonen zu beziehen. Denn: Art. 55 Abs. 2 ZGB «ist so sehr Teil des schweizerischen ordre public, daß es nicht angeht, in dieser sozial und wirtschaftlich bedeutungsvollen Frage auf das Personalstatut . . . abzustellen»<sup>737</sup>. Kommt aber Art. 55 Abs. 2 ZGB zur Anwendung, so scheint es uns richtig, auch den Organbegriff, wie ihn dieser Artikel versteht (Nr. 1700), auf

<sup>735</sup> P. Portmann, S. 30.

<sup>736</sup> Vgl. F. Vischer, in SchwPR I, S. 575.

<sup>737</sup> G. Weiß, Einleitung, N. 462; vgl. dazu auch W. Niederer, Beiträge (zit. in Anm. 670), S. 131; Oser/Schönenberger, Allgem. Einleitung, N. 147; demgegenüber A. Mamelok, S. 94.

die ausländische Verbandsperson anzuwenden<sup>738</sup>. Als deren Organe gelten daher ebenfalls die Leiter eines Zweigbetriebes (vgl. Nr. 1701 f.).

1708 — Denkbar ist auch, daß der Inhaber des Zweigbetriebes eine *öffentliche Verbandsperson des schweizerischen Rechtes* darstellt. Auch sie trifft die Organhaftung nach Art. 55 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit den materiellen Haftungsbestimmungen des Zivilrechtes<sup>739</sup>; vorausgesetzt ist allerdings, daß die Schädigung in Ausübung einer «gewerblichen» Verrichtung im Sinne des Art. 61 Abs. 2 OR erfolgt<sup>740</sup>. Die Organe sind dabei gleich zu bestimmen wie bei juristischen Personen des Privatrechts<sup>741</sup>, so daß auch hier den Leitern des Zweigbetriebes Organqualität zukommt (vgl. Nr. 1701 f.).

1709 — Erfolgt schließlich die Schädigung durch den Leiter nicht eines Zweigbetriebes, sondern eines *Hauptbetriebes*, den eine juristische Person als Bestandteil ihres Gesamtbetriebes betreibt (Nr. 1592), so gilt folgende Besonderheit: Die Leitungsinstanz des Hauptbetriebes fällt begriffsnotwendig zusammen mit der Leitung des Gesamtbetriebes (Nr. 1592). Die Leiter des Hauptbetriebes sind daher immer auch Leiter des Gesamtbetriebes. Ihre Organqualität ergibt sich schon aus ihrer Stellung als Gesamtbetriebs-Leiter.

#### b. ZWEIGBETRIEB UND HAFTUNG DES INHABERS, DER EINE RECHTSFÄHIGE PERSONENGESELLSCHAFT IST, FÜR SCHÄDIGENDES VERHALTEN DER GESCHÄFTSFÜHRENDE GESELLSCHAFTER

1710 Rechtsfähige Personengesellschaften, nicht aber juristische Personen, sind nach schweizerischem Recht: *die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft* (Nr. 539).

1711 Jede dieser Gesellschaften «haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen<sup>742</sup>, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht» (Art. 567 Abs. 3 OR, auf den auch Art. 603 OR verweist)<sup>743</sup>. *Schädigendes Verhalten der geschäftsführenden Gesellschafter*<sup>744</sup> wird danach der Gesell-

<sup>738</sup> Die Frage, wer Organ der ausländischen Verbandsperson ist, entscheidet sich daher in diesem Zusammenhang nicht, wie es der Regel entspräche (F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 575), nach dem Personalstatut dieser Verbandsperson.

<sup>739</sup> Vgl. B. von Büren, OR, S. 290.

<sup>740</sup> Vgl. dazu B. von Büren, OR, S. 291 ff. Zum Ganzen vgl. auch P. *Portmann*, S. 108 ff.

<sup>741</sup> Vgl. P. *Portmann*, S. 119.

<sup>742</sup> Der Ausdruck «unerlaubte Handlung» ist auch hier in einem weiten Sinne zu verstehen (vgl. dazu Anm. 728).

<sup>743</sup> Vgl. dazu H. J. *Halbheer*, Die Haftung der Personengesellschaft aus unerlaubter Handlung ihrer Mitglieder, Diss. Zürich 1956.

<sup>744</sup> Zu ihnen rechnet P. *Portmann*, S. 99, auch Kommanditäre, denen durch den Gesellschaftsvertrag, in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung, die Befugnis eingeräumt wird, rein intern an der Geschäftsführung teilzunehmen; nicht aber Kommanditäre, die sich nur, gestützt auf einen Dienstvertrag, für die Gesellschaft betätigen.

schaft als eigenes Verhalten zugerechnet<sup>745</sup>; gleich wie schädigende Organhandlungen der juristischen Person (vgl. BGE 66 II 254)<sup>746</sup>. In diesem Sinne «haftet» die Gesellschaft für das betreffende Verhalten. Ob eine Haftung aber tatsächlich eintritt, beurteilt sich wiederum nach materiellen Haftungsnormen. Was wir in Nr. 1699 ausgeführt haben, gilt hier sinngemäß.

- 1712 Wenden wir das Gesagte auf den Zweigbetrieb einer rechtsfähigen Personengesellschaft an, so ergibt sich was folgt: **Mitarbeiter eines Zweigbetriebes**, namentlich deren Leiter, können **geschäftsführende Gesellschafter** des Inhabers, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, sein. Für den Schaden, den sie bei ihrer Aufgabenerfüllung anrichten, haftet die betreffende Gesellschaft alsdann nicht nach Art. 55 und 101 OR (Nr. 1662 und 1678), sondern über Art. 567 Abs. 3 bzw. 603 OR, in Verbindung mit materiellen Haftungsnormen, wie z. B. Art. 41 oder 97 OR (vgl. Nr. 1711). Dabei ist unerheblich, ob der Schaden in funktionellem Zusammenhang mit einem Sonderverhältnis zwischen der Personengesellschaft und dem Geschädigten erfolgt oder nicht (vgl. Nr. 1663 und 1680).
- 1713 Für **schädigendes Verhalten anderer Mitarbeiter** des Zweigbetriebes, die nicht geschäftsführende Gesellschafter sind, kommt dagegen nur eine Haftung nach Art. 55 oder 101 OR in Betracht. Denn: Wer nicht geschäftsführender Gesellschafter ist, «kann a priori nur Hilfsperson sein, für deren Handlungen die Gesellschaft allenfalls nach Art. 55 oder 101» eintreten muß<sup>747</sup>. Das gilt auch für den Leiter eines Zweigbetriebes, dem wir, auf die juristische Person bezogen, die Organqualität zusprechen (Nr. 1702). Art. 55 ZGB kommt weder unmittelbar noch sinngemäß zur Anwendung<sup>748</sup>; so wenig, wie sich eine derartige Anwendung rechtfertigt, wenn der Inhaber eine natürliche Einzelperson ist.
- 1714 Ob der Zweigbetrieb im In- oder im Ausland betrieben wird, hat keinen Einfluß auf die umschriebene Rechtslage. Ohne Einfluß ist auch die Eintragung oder Nicht-Eintragung des Zweigbetriebes in einem schweizerischen Handelsregister (Nr. 1591). Wird der Zweigbetrieb *von einer rechtsfähigen Personengesellschaft ausländischen Rechts betrieben*, so sind auch ihr die schädigenden Handlungen der geschäftsführenden Gesellschafter als eigenes Verhalten zuzurechnen; immer vorausgesetzt, daß sich die Schadenfolge nach schweizerischem Rechte richtet. Das in Nr. 1707 Ausgeführte gilt hier sinngemäß.

<sup>745</sup> Vgl. P. Portmann, S. 96 und 98 f.

<sup>746</sup> Die geschäftsführenden Gesellschafter haben funktionell die gleiche Bedeutung wie die Organe juristischer Personen. Vielfach werden sie daher auch als Organe bezeichnet (z. B. bei Th. Guhl, S. 535). Es dient aber der Klarheit, diesen terminus technicus hier nicht zu verwenden.

<sup>747</sup> P. Portmann, S. 98; vgl. demgegenüber R. Steinbrüchel, S. 31.

<sup>748</sup> Vgl. dazu P. Portmann, S. 97 f.

1715 Was über den Zweigbetrieb gesagt wurde, gilt in gleicher Weise auch für den *Hauptbetrieb* (Nr. 1592), der gegebenenfalls mit zum Gesamtbetrieb der Personengesellschaft gehört. Für schädigendes Verhalten auch seiner Mitarbeiter hat die Personengesellschaft nur (aber immer) dann über Art. 567 Abs. 3 bzw. 603 OR einzustehen, wenn es sich um geschäftsführende Gesellschafter handelt. Trifft dies nicht zu, so greift, wenn überhaupt, eine Haftung nach Art. 55 oder 101 OR Platz.

### c. VERGLEICH MIT DEN VERHÄLTNISSEN BEIM KONZERNBETRIEB

1716 Inhaber eines Konzernbetriebes ist eine Konzernperson (Nr. 1594). Gehen wir davon aus, daß es sich bei der Konzernperson um eine juristische Person handelt (Nr. 1595), so können die Mitarbeiter des Konzernbetriebes Hilfspersonen oder Organe (Nr. 1700) sein. Im zweiten Fall hat die Konzernperson für deren Handlungen, wenn überhaupt, gestützt auf die Organhaftung einzustehen (vgl. Nr. 1699).

1717 *Anders als der Zweigbetrieb* ist der Konzernbetrieb im uneigentlichen Sinne rechtlich selbständig, indem jeder Konzernbetrieb des Konzerns von je einer andern Konzernperson betrieben wird (Nr. 1594). Mitarbeiter eines Konzernbetriebes, die Organe ihrer Konzernperson (z. B. einer Muttergesellschaft) sind, können Organe auch einer andern Konzernperson desselben Konzerns (z. B. einer Tochtergesellschaft) sein. Handeln sie im Einzelfall für die andere Konzernperson, so hat *diese* für die schädigenden Organhandlungen einzustehen<sup>749</sup>. Möglicherweise handeln die betreffenden Mitarbeiter im Einzelfall aber auch als Hilfspersonen einer andern Konzernperson. Zum Beispiel handeln sie an Stelle der an einem Sonderverhältnis beteiligten andern Konzernperson und schädigen dabei den Partner des Sonderverhältnisses. Die andere Konzernperson hat für den Schaden einzustehen, und zwar nach Art. 101 OR, sofern die schadenstiftenden Mitarbeiter nicht auch ihre Organe sind.

### 3. Zweigbetrieb und Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung

1718 Aus ungerechtfertigter Bereicherung können nach schweizerischem Privatrecht *Bereicherungsansprüche* entstehen<sup>750</sup>. Damit befassen sich die Art. 62 ff. OR, auf die verschiedene Einzelbestimmungen in ZGB und OR verweisen (z. B. Art. 39 Abs. 3, 119 Abs. 2, 249, 421 Abs. 1, 508 Abs. 3 OR; Art. 94, 726 Abs. 3; 727 Abs. 3

<sup>749</sup> Die erste Konzernperson (die Muttergesellschaft) trifft keine Haftung. Auch dann nicht, wenn sie die betreffenden Organe als ihre Vertreter in die Verwaltung der andern Konzernperson delegiert hat (Art. 707 Abs. 3 OR). Vgl. S. *Caflisch*, S. 264.

<sup>750</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 186, Ziff. 2.2.

ZGB). «Eine eigene Figur»<sup>751</sup> ist der Wechsel- und Check-Bereicherungsanspruch (Art. 1052 und 1143 Ziff. 14 OR)<sup>752</sup>, den wir hier nur pro memoria erwähnen.

- 1719 Im folgenden sprechen wir vom *Zweigbetrieb und der ungerechtfertigten Bereicherung* (Nr. 1721 ff.). Dann ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1727 ff.). Bei diesen Erörterungen gehen wir wiederum davon aus, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Was die *kollisionsrechtliche Behandlung* der ungerechtfertigten Bereicherung betrifft, so findet sich für das schweizerische IPR der letzte Stand der Rechtsprechung in BGE 78 II 389 dargelegt (vgl. auch BGE 80 II 71 und 93 II 377). Auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts hat danach ein *Zweigbetrieb* bzw. dessen «Sitz-»Ort so wenig Einfluß wie der (Wohn-)Sitz oder geschäftliche «Hauptsitz» des Bereichererten oder Entreicherten<sup>753</sup>.
- 1720 Eine Besonderheit gilt für den «eigenartigen» Bereicherungsanspruch nach Wechsel- und Checkrecht (Nr. 1718), auf den wir hier nochmals zurückkommen. Anwendbar ist, kraft positiver Bestimmung der Art. 1093 und 1142 OR, das Recht am (Wohn-)Sitz des Bereicherten. Hat der Bereicherte seinen (Wohn-)Sitz im Ausland, betreibt er aber einen Zweigbetrieb mit «Sitz» in der Schweiz, so ist dessen ungeachtet ausländisches, nicht schweizerisches, Recht anzuwenden.

## A. Zweigbetrieb und ungerechtfertigte Bereicherung

- 1721 Die ungerechtfertigte Bereicherung, die möglicher Rechtsgrund eines Bereicherungsanspruchs und damit einer Obligation bildet, besteht in einem Vermögensvorteil<sup>754</sup>; und zwar in einem ungerechtfertigten *Vorteil* «aus dem Vermögen eines andern» (Art. 62 Abs. 1 OR). Bereichert kann nur der Träger eines Vermögens sein. Gegen ihn richtet sich der Bereicherungsanspruch. Anspruchsberech-

<sup>751</sup> B. von Büren, OR, S. 314.

<sup>752</sup> Er «ist vom bürgerlichen Bereicherungsanspruch streng zu trennen»: B. von Büren, a.a.O.

<sup>753</sup> Vielmehr bestimmt sich das anwendbare Recht wie folgt (BGE 78 II 389): Erfolgt 1. die Bereicherung aufgrund eines (auch nur vermeintlichen oder nachträglich aufgelösten) Sonderverhältnisses zwischen den Beteiligten (Anm. 698), so entscheidet das Statut des vorbestandenen Sonderverhältnisses (die Rechtsordnung, welche dieses Rechtsverhältnis, z. B. ein Vertragsverhältnis, beherrscht) über den Bereicherungsanspruch. Liegt 2. eine selbständige Wertverschiebung (nicht aufgrund eines vorbestandenen Sonderverhältnisses) vor, so ist das Recht anzuwenden, aus dem sich der Erwerb ergibt.

Vgl. dazu auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 351 ff.; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 700 f. Ferner: G. *Balastèr*, Die ungerechtfertigte Bereicherung im IPR, Diss. Zürich 1955. E. G. *Glienke*, Die international-privatrechtliche Behandlung von Ausgleichsansprüchen wegen ungerechtfertigter Vermögensverschiebung, Diss. Bern 1965.

<sup>754</sup> Vgl. B. von Büren, OR, S. 295.

tigt ist der Entreicherte: der Träger des Vermögens, aus dem der Vorteil stammt (BGE 87 II 20); somit wiederum ein Vermögensträger.

1722 *Der Zweigbetrieb* ist rechtsunfähig (Nr. 1592) und damit nicht Träger eines Vermögens; auch dann nicht, wenn er in einem schweizerischen Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragen wurde (Nr. 1064). Das sogenannte **Vermögen des Zweigbetriebes** ist beim Zweigbetrieb konzentriertes Betriebsvermögen; es ist Teil eines rechtlich einheitlichen Gesamtbetriebs-Vermögens, das dem Inhaber des Gesamtbetriebes (einer natürlichen Person oder einem rechtsfähigen Verband) gehört, der den Zweigbetrieb als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt (Nr. 87). Dasselbe gilt für das sogenannte Vermögen des Hauptbetriebes (Nr. 193), der gegebenenfalls mit zum betreffenden Gesamtbetrieb gehört (Nr. 1592). Aus alledem ergibt sich:

1723 *1. Ungerechtfertigter Vorteil im Vermögen eines Zweigbetriebes* (Nr. 1722) begründet, wenn überhaupt, einen Bereicherungsanspruch nicht gegen den rechtsunfähigen Zweigbetrieb (z. B. die eingetragene Zweigniederlassung), sondern gegen den Betriebsinhaber: den Inhaber des Gesamtbetriebes, um dessen Zweigbetrieb es sich handelt (Nr. 1593). Bereichert ist er z. B. deswegen, weil in seinem Zweigbetrieb eine fremde Sache verarbeitet wurde (Art. 726 ZGB); weil ein Kunde irrtümlich eine Nichtschuld auf das Postcheckkonto des Zweigbetriebes (Nr. 104) einbezahlt hat; oder weil der Erlös aus rechtswidrigem Verkauf anvertrauten Gutes in das Vermögen eines Zweigbetriebes floß. Der Bereicherungsanspruch richtet sich gegen diesen Inhaber, selbst wenn für den Zweigbetrieb eine besondere Bilanz geführt wird (Nr. 142), in der sich der ungerechtfertigte Vorteil buchhalterisch niederschlägt. Ein und derselbe Inhaber ist passivlegitimiert für alle Bereicherungsansprüche, die sich aus ungerechtfertigten Vorteilen in den Vermögen verschiedener Zweigbetriebe seines Gesamtbetriebes ergeben. Dieser Inhaber ist auch passivlegitimiert, wenn sich der ungerechtfertigte Vorteil im Vermögen nicht eines Zweigbetriebes, sondern eines Hauptbetriebes (Nr. 1592) seines Gesamtbetriebes findet.

1724 Der Bereicherungsanspruch beschränkt sich grundsätzlich auf die noch vorhandene Bereicherung (Art. 64 OR). Fließt ein *ungerechtfertigter Vorteil aus dem Vermögen eines Zweigbetriebes in das Vermögen eines andern Betriebes* (Haupt- oder Zweigbetriebes), so entfällt die Bereicherung nicht, sofern es sich um Betriebe ein und desselben Gesamtbetriebes handelt. Der Inhaber des Gesamtbetriebes, dem die Vermögen beider Betriebe gehören, ist nach wie vor bereichert. Gegenüber dem entreicherten Dritten kann sich der Inhaber nicht auf Art. 64 OR berufen. Er kann die Rückerstattung nicht verweigern, da nur eine betriebsinterne Vermögensverschiebung stattgefunden hat, nicht eine Verschiebung von einem Rechtssubjekt auf das andere. Die genau gleiche Rechtslage besteht natür-

lich dann, wenn der ungerechtfertigte Vorteil aus dem Vermögen eines Hauptbetriebes in das Vermögen eines Zweigbetriebes innerhalb desselben Gesamtbetriebes gelangt.

1725 **2. Der ungerechtfertigte Vermögensvorteil eines Dritten kann aus dem Vermögen eines Zweigbetriebes (Nr. 1722) stammen.** Zum Beispiel erfolgt eine rechtsgrundlose Zuwendung aus diesem Teil-Vermögen; oder Produkte eines Zweigbetriebes, die einem Dritten anvertraut sind, werden einem gutgläubigen Erwerber veräußert. Der Bereicherungsanspruch aus dieser Wertverschiebung steht nicht dem rechtsunfähigen Zweigbetrieb als solchem (z. B. einer eingetragenen Zweigniederlassung) zu, sondern dem Betriebsinhaber: dem Inhaber des Gesamtbetriebes, der den Zweigbetrieb betreibt und um dessen Vermögen es sich beim Vermögen des Zweigbetriebes handelt (Nr. 1722). Stammen ungerechtfertigte Vermögensvorteile Dritter aus den Vermögen verschiedener Zweigbetriebe eines Gesamtbetriebes, so ist bei entstehenden Bereicherungsansprüchen ein und derselbe Betriebsinhaber aktivlegitimiert: der Inhaber des Gesamtbetriebes, der die betreffenden Zweigbetriebe betreibt. Dieser Inhaber ist auch aktivlegitimiert, wenn der Vermögensvorteil eines Dritten aus dem Vermögen nicht eines Zweigbetriebes, sondern eines Hauptbetriebes seines Gesamtbetriebes stammt.

1726 **3. Wertverschiebungen aus dem Vermögen eines Zweigbetriebes in das Vermögen eines andern Betriebes (Haupt- oder Zweigbetriebes) lassen keine Bereicherungsansprüche entstehen,** wenn es sich um Betriebe ein und desselben Gesamtbetriebes handelt. Die derart verschobenen Werte befinden sich nach wie vor im rechtlich einheitlichen Gesamtbetriebs-Vermögen, das dem Inhaber des betreffenden Gesamtbetriebes gehört (Nr. 1722). *Betriebsintern* können sich aus derartigen Verschiebungen allerdings Bereicherungsansprüche ergeben, die jedoch nur buchhalterischer Natur und keine Forderungen im Rechtssinne sind (Nr. 138). Diese buchhalterischen Ansprüche unterstehen nicht den Regeln des Obligationenrechts. Genau die gleiche Rechtslage besteht wiederum dann, wenn eine Verschiebung aus dem Vermögen eines Hauptbetriebes in das Vermögen eines Zweigbetriebes desselben Gesamtbetriebes erfolgt.

## B. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

1727 Auch der Konzernbetrieb ist rechts- und damit vermögensunfähig (Nr. 1594). Das sogenannte **Vermögen des Konzernbetriebes** (Nr. 233) ist *Betriebsvermögen seines Inhabers, einer Konzernperson* (Nr. 1595). Ein rechtlich einheitliches Gesamtbetriebs-Vermögen fehlt beim Konzern (Nr. 233), obwohl dieser eine finanzwirtschaftliche Einheit bildet (Nr. 240 ff.). Im Konzern gibt es vielmehr verschiedene Vermögen, die verschiedenen Konzernpersonen gehören (Nr. 233). Das

Vermögen jedes Konzernbetriebes gehört einer andern Konzernperson. Daraus folgt:

1728 **1. Ungerechtfertigter Vorteil im Vermögen eines Konzernbetriebes** begründet, wie beim Zweigbetrieb (Nr. 1723), einen (möglichen) Bereicherungsanspruch gegenüber dem Betriebsinhaber, nicht gegenüber dem rechtsunfähigen Konzernbetrieb. Und zwar begründet er einen Anspruch nur gegen den Inhaber des betreffenden Konzernbetriebes, nicht gegen eine andere Konzernperson desselben Konzern; es sei denn, im Einzelfall rechtfertigt sich ein Durchgriff (Nr. 1596). Von Durchgriffsfällen abgesehen, sind daher *verschiedene* Inhaber passivlegitimiert, wenn ungerechtfertigte Vermögensvorteile in die Vermögen verschiedener Konzernbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern gelangen (vgl. demgegenüber Nr. 1723).

1729 Anders als beim Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes (Nr. 1724) entfällt die Bereicherung, wenn *der ungerechtfertigte Vorteil aus dem Vermögen des einen Konzernbetriebes in das Vermögen eines andern Betriebes innerhalb desselben Gesamtbetriebes Konzern* gelangt; derart, daß an Stelle der ursprünglich bereicherten Konzernperson eine zweite Konzernperson bereichert wird<sup>755</sup>. Die ursprünglich bereicherte Konzernperson kann dem entreicherten Dritten die Rückerstattung unter den Voraussetzungen des Art. 64 OR verweigern, sofern sich nicht ein Durchgriff rechtfertigt (Nr. 1596)<sup>756</sup>. Fraglich ist nur, ob sich der Bereicherungsanspruch des Dritten in diesem Falle gegen die zweite Konzernperson richtet<sup>757</sup>.

<sup>755</sup> Dies setzt voraus, daß die Vermögensverschiebung rechtswirksam und unentgeltlich erfolgt und keine Bereicherungsansprüche zugunsten der ersten Konzernperson entstehen läßt.

<sup>756</sup> Die Möglichkeit des Durchgriffs soll hier pro memoria erwähnt sein. Praktisch wird sie keine große Bedeutung haben. Denn: Sind die Voraussetzungen des Art. 64 OR nicht erfüllt (weil die erste Konzernperson schlechtgläubig war oder doch mit der Rückerstattung rechnen mußte), so braucht der Durchgriff nicht bemüht zu werden. Sind die Voraussetzungen hingegen erfüllt, so dürfte sich ein Durchgriff in den seltensten Fällen rechtfertigen. Siehe immerhin E. *Tobler*, S. 71 f.

<sup>757</sup> Aus der obligatorischen Beschaffenheit des Bereicherungsanspruchs folgt an sich, daß sich der Anspruch, wenn überhaupt, nur gegen die erstbereicherte Konzernperson richtet (vgl. dazu B. *von Büren*, OR, S. 306 f.; *von Tuhr/Sieewart*, S. 429). Denn es gilt der Satz, «daß die Obligationen nur Ansprüche verschaffen gegen den unmittelbaren Gegner und daß sie also keineswegs wandern auf dem Wege, den der Obligationsgegenstand nimmt» (B. *von Büren*, OR, S. 307).

Indessen wird in der Literatur (z. B. *von Tuhr/Sieewart*, S. 429 f.) ein Bereicherungsanspruch auch gegen denjenigen gewährt, der den Vermögensvorteil vom Bereicherten unentgeltlich erwirbt: Gestützt auf ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit sei er dem Entreicherten gegenüber zur Rückerstattung verpflichtet, falls sich der Erstbereicherte auf Art. 64 OR berufen könne. Wer dieser Ansicht folgt, gewährt im vorliegenden Fall dem entreicherten Dritten ohne weiteres einen Bereicherungsanspruch gegenüber der zweiten Konzernperson. Wer ihr nicht folgt, ist auf den Durchgriff (Nr. 1596) verwiesen, falls er die zweite Konzernperson zur Rückerstattung verpflichten will.

1730 2. Stammen ungerechtfertigte **Vermögensvorteile Dritter aus den Vermögen verschiedener Konzernbetriebe** ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern, so sind bei entstehenden Bereicherungsansprüchen verschiedene Betriebsinhaber aktiv-legitimiert. Dies im Unterschied zu den Verhältnissen beim Zweigbetrieb (Nr.1725).

1731 3. **Wertverschiebungen vom Vermögen eines Konzernbetriebes in das Vermögen eines andern Betriebes** innerhalb ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern sind möglicher Entstehungsgrund echter, nicht nur buchhalterischer Bereicherungsansprüche. Dies im Unterschied zu den Verhältnissen beim Zweigbetrieb (Nr. 1726).

### III. ZWEIGBETRIEB UND ERFÜLLUNG DER OBLIGATION

1732 Die Erfüllung der Obligation besteht in der örtlich und zeitlich richtigen Bewirkung der geschuldeten Leistung<sup>758</sup>. Mit Blick auf den Zweigbetrieb sprechen wir von der geschuldeten Leistung, vom Erfüllungsort und von der Erfüllungszeit (Nr. 1733 ff.; Nr. 1754 ff. und Nr. 1772 ff.). Außerdem handeln wir vom Zweigbetrieb und der Anrechnung einer Zahlung bei mehreren Schulden (Nr. 1776 ff.).

#### 1. Zweigbetrieb und geschuldete Leistung

1733 Jede geschuldete Leistung besteht in einem Verhalten zugunsten des Gläubigers, namentlich in einem Tun oder Unterlassen. Das geschuldete Tun ist entweder eine Dienst- oder eine Sachleistung.

1734 Welche Leistung geschuldet wird, beurteilt sich nach dem Inhalt der Forderung. Nur wenn die Leistung dem Forderungsinhalt entspricht, wird erfüllt. Was aber nach dem Inhalt der Forderung zu leisten ist, bestimmt sich im schweizerischen IPR *kollisionsrechtlich* nach dem Schuldstatut: der Rechtsordnung, welche die betreffende Obligation beherrscht<sup>759</sup>. Daran ändert sich nichts, wenn die Obligation dem Geschäftsbetrieb eines *Zweigbetriebes* entstammt, den der Schuldner oder Gläubiger betreibt. Maßgeblich ist das Schuldstatut; gleichgültig, ob der Zweigbetrieb im In- oder Ausland betrieben wird.

1735 Wir gehen von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes aus. Unter dem Gesichtspunkt des *Zweigbetriebes* sprechen wir von der geschuldeten Sach- und Dienstleistung (Nr. 1736 ff.) sowie vom geschuldeten Unterlassen (Nr. 1744 ff.). Abschließend ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1750 ff.).

<sup>758</sup> Vgl. B. von Büren, OR, S. 442.

<sup>759</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 358; F. Vischer, in SchwPR I, S. 702.

## A. Zweigbetrieb und geschuldete Sach- und Dienstleistung

- 1736 Der Zweigbetrieb ist, wirtschaftlich gesehen, eine Leistungseinheit, die Sachgüter oder/und Dienstleistungen produziert (Nr. 167). Diese Sachgüter und Dienste bilden das Ergebnis der im Zweigbetrieb entfalteten Produktionstätigkeit (vgl. Nr. 15). Sie können Gegenstand einer Leistung sein, die der Inhaber des Gesamtbetriebes, um dessen Zweigbetrieb es sich handelt, einem Dritten schuldet. **Zwei Rechtslagen** sind zu unterscheiden:
- 1737 1. Entweder bildet die *Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Zweigbetrieb*, nach dem Inhalt der Forderung, *ein Merkmal der geschuldeten Leistung*. Die Forderung richtet sich auf Leistung bestimmter Sachgüter oder Dienste aus der Produktion nur und gerade *dieses* Zweigbetriebes. Nur Sachgüter oder Dienste, welche *dieser* Zweigbetrieb produziert, sind geschuldet. Durch Leistung von Sachgütern oder Diensten aus der Produktion eines andern Betriebes wird die Obligation nicht erfüllt, auch wenn der andere Betrieb, sei es als Hauptbetrieb (Nr. 1592) oder als Zweigbetrieb, dem gleichen Gesamtbetrieb zugehört.
- 1738 Forderungen mit derartigem Inhalt entstehen, wenn überhaupt, durch Vertrag. Zum Beispiel verpflichtet sich eine italienische Gesellschaft, den französischen Vertragspartner durch ihren Zweigbetrieb in Paris zu beraten. Oder der Inhaber des Gesamtbetriebes verpflichtet sich, einen Forschungsauftrag in einem amerikanischen Zweigbetrieb zu erledigen. Oder er verpflichtet sich, Sachgüter (z. B. Uhren) zu liefern, die in einem Zweigbetrieb in der Schweiz hergestellt werden.
- 1739 2. Oder die *Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Zweigbetrieb* bildet, nach dem Inhalt der Forderung, *kein Merkmal der geschuldeten Leistung*. Zwar richtet sich die Forderung auf Leistung bestimmter Sachgüter oder Dienste, wie sie der betreffende Zweigbetrieb produziert; nicht aber auf Leistung von Sachgütern oder Diensten aus der Produktion nur und gerade dieses Zweigbetriebes. Die Obligation ist erfüllbar auch durch die Leistung von Sachgütern oder Diensten, die ein anderer Betrieb produziert. Immerhin kann erforderlich sein, daß die Sachgüter oder Dienste, wenn auch nicht aus dem betreffenden Zweigbetrieb, so doch aus irgendeinem Betrieb innerhalb des schuldnerischen Gesamtbetriebes stammen. Dies ist dann der Fall, wenn deren Herkunft aus dem *Gesamtbetrieb* nach dem Inhalt der Forderung ein Merkmal der geschuldeten Leistung bildet.
- 1740 Der Gläubiger hat vielfach ein bedeutendes **Interesse** daran, **Sachgüter oder Dienste aus der Produktion eines bestimmten Zweigbetriebes** innerhalb des schuldnerischen Gesamtbetriebes **zu erhalten**. Zum Beispiel deswegen, weil er am entsprechenden Ursprungszeichen interessiert ist. Oder weil er nur die Mitarbeiter dieses Zweigbetriebes kennt und nur in sie genügendes Vertrauen besitzt, um Beratungsdienste entgegenzunehmen. Oder weil der Zweigbetrieb über ausgewiesene Fachkräfte verfügt, welche die Qualität der erwarteten Forschungsergebnisse garantieren. Oder weil die Sachgüter, die der betreffende Zweigbetrieb pro-

- duziert, besser oder verkäuflicher sind als gleichartige Produkte aus einem andern Zweigbetrieb innerhalb desselben Gesamtbetriebes.
- 1741 Umgekehrt kann auch der Schuldner, der den Gesamtbetrieb betreibt, daran interessiert sein, **nur Sachgüter oder Dienste aus der Produktion eines bestimmten Zweigbetriebes leisten zu müssen**. Zum Beispiel, weil die Produktionskapazität der übrigen Betriebe ausgeschöpft ist. Oder weil der betreffende Zweigbetrieb mit besonders niedrigen Produktionskosten produziert, was bei der Preisgestaltung einkalkuliert wurde. Oder weil der Zweigbetrieb im Land des Gläubigers produziert, weshalb die Hindernisse des zwischenstaatlichen Güterausstausches entfallen (vgl. Nr. 109). Oder weil der Zweigbetrieb auf die Produktion der betreffenden Güter spezialisiert ist.
- 1742 Wird zwischen den Vertragsparteien streitig, ob die Leistung von Sachgütern oder Diensten aus der Produktion eines bestimmten Zweigbetriebes geschuldet ist, so ist die *Rechtslage durch Auslegung der ausgetauschten Willenserklärungen, unter Anwendung des Vertrauensprinzips*, zu ermitteln. Dabei kann ins Gewicht fallen, daß sich die Offerte ausdrücklich auf Sachgüter oder Dienstleistungen dieses Zweigbetriebes bezog. Oder daß der Vertrag durch Mitarbeiter dieses Zweigbetriebes, eventuell unter einer besondern Zweigniederlassungs-Firma, geschlossen wurde. Oder daß dem Gläubiger oder Schuldner das Interesse der Gegenpartei an der Leistung oder am Erhalt von Produkten gerade dieses Zweigbetriebes bekannt war. Oder daß der Gläubiger bis anhin immer Produkte dieses Zweigbetriebes erhielt.
- 1743 *Zusammenfassend* halten wir fest: Bestimmte Sachgüter oder Dienste, die ein Zweigbetrieb produziert, können Gegenstand einer Leistung sein, die der Gesamtbetriebs-Inhaber einem Dritten schuldet. Entweder bildet die Herkunft der geschuldeten Güter aus dem betreffenden Zweigbetrieb ein Merkmal der geschuldeten Leistung (Nr. 1737) oder nicht (Nr. 1739). Im ersten, nicht aber im zweiten Fall wird die Obligation nur dann erfüllt, wenn die geleisteten Güter aus der Produktion des betreffenden Zweigbetriebes stammen. Sinngemäß gilt das Gesagte auch für einen *Hauptbetrieb*, der gegebenenfalls mit zum Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes gehört (Nr. 1592). Auch Sachgüter und Dienste, welche dieser Hauptbetrieb produziert, können Gegenstand einer vom Inhaber geschuldeten Leistung sein. Und auch hier ist es möglich, daß die Herkunft der Güter aus dem betreffenden Betrieb ein Merkmal der geschuldeten Leistung bildet. Trifft dies zu, so wird die Obligation nicht erfüllt, wenn entsprechende Güter z. B. aus der Produktion eines Zweigbetriebes geleistet werden.

## B. Zweigbetrieb und geschuldetes Unterlassen

- 1744 Das geschuldete Unterlassen besteht in einem Nicht-Tun. Dem Schuldner sind, nach dem Inhalt der Forderung, bestimmte Handlungen untersagt. Bedeutsam in

diesem Zusammenhang sind namentlich das *Wettbewerbs-, Belieferungs- und Bezugsverbot*: das Verbot, einen andern zu konkurrenzieren, bestimmte Produkte an bestimmte Abnehmer zu liefern oder von bestimmten Produzenten zu beziehen. Belieferungs- und Bezugsverbot bilden meistens die negative Seite einer ausschließlichen Belieferungs- bzw. Abnahmepflicht.

- 1745 Das vertragliche **Wettbewerbs-, Belieferungs- und Bezugsverbot** kann den Inhaber eines Gesamtbetriebes treffen. Dieses *Verbot, das den Inhaber des Gesamtbetriebes trifft*, erstreckt sich in aller Regel auf den Gesamtbetrieb als Ganzes, unter Einschluß all seiner Betriebe, namentlich auch all seiner Zweigbetriebe. Maßgebend ist der durch Vertragsauslegung ermittelte Forderungsinhalt.
- 1746 Nach dem maßgeblichen Forderungsinhalt kann sich das Verbot ausnahmsweise aber auch auf einen einzelnen bzw. eine Mehrzahl einzelner Betriebe innerhalb des Gesamtbetriebes beschränken. Namentlich ist dies denkbar hinsichtlich des Belieferungs- und Bezugsverbotes. Zum Beispiel ist der Inhaber verpflichtet, nur Produkte eines *bestimmten* Zweigbetriebes (z. B. eines Zweigbetriebes in Amerika) ausschließlich an den Vertragspartner zu liefern und somit die Belieferung anderer Abnehmer nur mit Produkten dieses Zweigbetriebes zu unterlassen. Oder er ist verpflichtet, den Strom nur für einen *bestimmten* Zweigbetrieb beim Vertragspartner zu beziehen und somit nur den Strombezug für diesen Zweigbetrieb bei andern Stromerzeugern zu unterlassen.  
Folgende Fälle sind im einzelnen zu untersuchen:
- 1747 Das *Verbot erstreckt sich auf den Gesamtbetrieb als Ganzes*. Trifft dies zu, was im Zweifelsfalle zu vermuten ist, so wird die Obligation nur dann erfüllt, wenn der verpflichtete Inhaber die verbotenen Handlungen mit Bezug auf den ganzen Gesamtbetrieb, unter Einschluß aller Zweigbetriebe, unterläßt. Wettbewerb, Belieferung oder Bezug durch irgendeinen Zweigbetrieb, gegebenenfalls auch durch einen Hauptbetrieb (Nr. 1592), stellt hier eine Vertragsverletzung dar.
- 1748 Das *Verbot erstreckt sich nur und gerade auf einen Hauptbetrieb (Nr. 1592) innerhalb des Gesamtbetriebes*. Hier wird die Obligation schon dann erfüllt, wenn der Inhaber die verbotenen Handlungen hinsichtlich dieses Hauptbetriebes unterläßt. Nimmt er die Handlungen durch einen Zweigbetrieb vor, so liegt darin keine Vertragsverletzung.
- 1749 Das *Verbot beschränkt sich auf einen einzelnen Zweigbetrieb innerhalb des Gesamtbetriebes*. Die Obligation wird nur (aber auch immer) dann erfüllt, wenn der Inhaber die verbotenen Handlungen hinsichtlich dieses Zweigbetriebes unterläßt: wenn er durch diesen Zweigbetrieb nicht in Wettbewerb tritt, wenn er die Produkte dieses Zweigbetriebes nicht an die «verpönten» Abnehmer liefert bzw. für diesen Zweigbetrieb keine Erzeugnisse von «verpönten» Produzenten bezieht. Sinngemäß gilt dies, wenn sich das Verbot auf mehrere Zweigbetriebe innerhalb des Gesamtbetriebes erstreckt, nicht aber auf den Gesamtbetrieb als Ganzes (z. B. nicht auch auf einen Hauptbetrieb).

### C. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1750 Auch der Konzernbetrieb ist — wirtschaftlich gesehen — eine Leistungseinheit, die Sachgüter oder/und Dienstleistungen produziert, gleich wie der Zweigbetrieb.
- 1751 Bestimmte **Sachgüter oder Dienste, die der Konzernbetrieb produziert**, können Gegenstand einer Leistung sein, die der Inhaber des Konzernbetriebes (eine Konzernperson, Nr. 1594 f.) einem Dritten schuldet. Wie beim Zweigbetrieb (Nr. 1736 ff.) sind *zwei Rechtslagen* zu unterscheiden: Entweder bildet, nach dem Inhalt der Forderung, die Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Konzernbetrieb ein Merkmal der geschuldeten Leistung oder nicht. Im ersten Fall kann die Obligation einzig dann erfüllt werden, wenn Sachgüter oder Dienste gerade aus dem betreffenden Konzernbetrieb geleistet werden. Denn das geschuldete Verhalten besteht hier in der Leistung von Sachgütern oder Diensten aus diesem Konzernbetrieb.
- 1752 Was **das geschuldete Unterlassen** betrifft, so ist bedeutsam, daß jeder Konzernbetrieb innerhalb des Konzerns von je einer eigenen Konzernperson betrieben wird (Nr. 1594). Ein vertragliches Wettbewerbs-, Belieferungs- oder Bezugsverbot erstreckt sich *unmittelbar* immer nur auf den Konzernbetrieb der *verpflichteten* Konzernperson, nicht auf den Gesamtbetrieb Konzern unter Einschluß all seiner Betriebe (vgl. demgegenüber Nr. 1745). Das geschuldete Verhalten, durch das die Obligation erfüllt wird, besteht in der Nicht-Vornahme der untersagten Handlungen durch den betreffenden Konzernbetrieb.
- 1753 *Mittelbar* allerdings kann sich das Verbot doch auch auf den Konzernbetrieb einer *verbundenen* Konzernperson erstrecken. Nämlich dann, wenn der verpflichteten Konzernperson nach dem durch Vertragsauslegung ermittelten Forderungsinhalt nicht nur die direkte Vornahme der verbotenen Handlungen (durch den eigenen Konzernbetrieb) untersagt ist. Sondern auch eine indirekte Vornahme: dadurch, daß sie die Vornahme der Handlungen durch den Konzernbetrieb einer verbundenen Konzernperson (namentlich einer Tochtergesellschaft) veranlaßt oder fördert<sup>760</sup>, so daß der Konzernbetrieb der verbundenen Konzernperson in Wettbewerb tritt, die «verpönten» Abnehmer mit Produkten dieses Konzernbetriebes beliefert bzw. Erzeugnisse für diesen Konzernbetrieb von «verpönten» Produzenten bezogen werden. Darin kann im Einzelfall eine Vertrags-

<sup>760</sup> Vgl. dazu E. Reh binder, S. 162 ff. und 276 ff.

umgehung liegen, die mit dem Wortlaut oder Sinn des Vertrages unvereinbar ist und daher eine Nichterfüllung der Obligation darstellt<sup>761</sup>.

## 2. Zweigbetrieb und Erfüllungsort

1754 Die Leistung hat, damit die Obligation erfüllt wird, auch örtlich dem Inhalt der Forderung zu entsprechen<sup>762</sup>. *Den Ort, an dem der Schuldner zu leisten hat, bezeichnen wir als Erfüllungsort*<sup>763</sup>. Wir befassen uns mit dem Erfüllungsort bei Forderungen, die sich auf ein Tun richten. Dabei gehen wir davon aus, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt.

Was die kollisionsrechtliche Frage betrifft, so richtet sich der Erfüllungsort im schweizerischen IPR nach dem Schuldstatut der zu erfüllenden Forderung: der Rechtsordnung, welche die betreffende Obligation beherrscht<sup>764</sup>. Daran ändert sich nichts, wenn die Obligation aus dem Geschäftsbetrieb eines *Zweigbetriebes* stammt, den der Schuldner oder Gläubiger im In- oder Ausland betreibt.

1755 Nach schweizerischem Recht erfolgt die *Bestimmung des Erfüllungsortes* alternativ in zweifacher Weise: durch den Parteiwillen oder durch Gesetz. Mit Blick auf den Zweigbetrieb sprechen wir zunächst vom vereinbarten Erfüllungsort (Nr. 1756 ff.); dann vom gesetzlichen Erfüllungsort (Nr. 1760 ff.); und schließlich ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1771).

<sup>761</sup> Trifft dies zu, so hat der Gläubiger einen Unterlassungs- und allenfalls auch einen Schadenersatzanspruch gegen die verpflichtete Konzernperson, ohne daß — entgegen verbreiteter Meinung — die Durchgriffslehre bemüht werden müßte (so: S. *Caflisch*, S. 253, und E. *Rehbinder*, S. 112). Der Durchgriff (Nr. 1596) ist nur, aber immerhin von Bedeutung, wenn der Gläubiger gegen die nichtverpflichtete Konzernperson vorgehen will (S. *Caflisch*, S. 253, und E. *Rehbinder*, S. 111; vgl. z. B. sinngemäß BGE 71 II 272 ff.).

<sup>762</sup> Vgl. B. von *Büren*, OR, S. 444.

<sup>763</sup> Vgl. in gleichem Sinne: B. von *Büren*, OR, S. 444 ff.; R. *Meier*, Der Erfüllungsort nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1919, S. 3; *Oser/Schönenberger*, N. 1 zu Art. 74 OR; von *Tuhr/Siegiwart*, S. 476; BGE 88 II 435.

<sup>764</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 358. Nach früher geltender Lehre und Rechtsprechung wurde das Schuldstatut des Vertrages vielfach am Erfüllungsort der für den ganzen Vertrag charakteristischen Leistung angeknüpft (*Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 237; vgl. z. B. von *Tuhr/Siegiwart*, S. 476; BGE 52 II 435). — Dient der Erfüllungsort zur Festlegung des Schuldstatuts, so «erweist sich in der Regel als unausweichlich und kann als herrschende Praxis angesehen werden», diesen Erfüllungsort «nach inländischem Recht, somit der *lex fori*» zu bestimmen (J. *Küng*, Zahlung und Zahlungsort im internationalen Privatrecht, Diss. Freiburg 1970, S. 76; vgl. auch von *Tuhr/Siegiwart*, S. 476 Anm. 6 und BGE 44 II 417).

## A. Zweigbetrieb und vereinbarter Erfüllungsort (Art. 74 Abs. 1 OR)

- 1756 Nach Art. 74 Abs. 1 OR wird «der Ort der Erfüllung . . . durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schließenden Willen der Parteien bestimmt». In erster Linie maßgeblich ist danach der Erfüllungsort, wie er zwischen den Parteien vereinbart wurde. Sei es ausdrücklich; oder sei es stillschweigend, indem sich der vereinbarte Erfüllungsort aus den Umständen ergibt. *Mit Rücksicht auf den Zweigbetrieb sind mannigfache Fälle denkbar:*
- 1757 *Ausdrücklich vereinbart* kann z. B. sein, daß die Geldforderung eines Gesamtbetriebs-Inhabers, die aus dem Geschäftsbetrieb seines amerikanischen Zweigbetriebes stammt, am «Sitz»-Ort seines deutschen Zweigbetriebes zu erfüllen ist; oder an seinem (Wohn-)Sitz (Nr. 826) in Zürich; oder an seinem geschäftlichen «Hauptsitz» in Paris. Oder daß eine Forderung auf Übertragung von Ware, die sich gegen den betreffenden Inhaber richtet und aus dem Geschäftsbetrieb seines deutschen Zweigbetriebes entstanden ist, am «Sitz»-Ort seines amerikanischen Zweigbetriebes zu erfüllen ist; sei es, daß an diesem Erfüllungsort die Ware übertragen werden muß; oder daß sie von dort aus an einen Bestimmungsort in Uruguay zu übersenden ist.
- 1758 *Stillschweigend vereinbart* wird der Erfüllungsort z. B. dann, wenn der genannte Gesamtbetriebs-Inhaber einen Techniker für seinen Zweigbetrieb in Amerika engagiert; oder wenn er einen Betriebsberater mit der Untersuchung seines deutschen Zweigbetriebes beauftragt. Der Techniker hat die geschuldete Arbeit am zugewiesenen Arbeitsplatz im amerikanischen (nicht im deutschen) Zweigbetrieb zu leisten; und der Betriebsberater hat die Betriebsuntersuchung im deutschen (nicht im amerikanischen) Zweigbetrieb durchzuführen.
- 1759 *Als Bestandteil der Form vorgeschrieben* ist die «willentliche» Bestimmung des Erfüllungsortes beim Wechsel, Check und bei wechselähnlichen Wertpapieren (Art. 991 Ziff. 5, 1096 Ziff. 4, 1100 Ziff. 4, 1147, 1151 f. OR). Als Erfüllungsort kann hier z. B. auch der «Sitz»-Ort eines schuldnerischen Zweigbetriebes bestimmt werden.

## B. Zweigbetrieb und gesetzlicher Erfüllungsort (Art. 74 Abs. 2 OR)

- 1760 Fehlt ein (auch stillschweigend) vereinbarter Erfüllungsort, so kommen die dispositiven Bestimmungen des Gesetzes zur Anwendung. Anwendbar ist die allgemeine Vorschrift des Art. 74 Abs. 2 OR, sofern nicht spezielle Gesetzesbestimmungen vorgehen (z. B. Art. 477 OR; 861 ZGB; Art. 22 VVG).
- 1761 Wir befassen uns mit *Art. 74 Abs. 2 OR*. Danach gelten «folgende Grundsätze»:
- 1762 1. **Geldschulden** sind an dem Orte zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Er-

füllung seinen Wohnsitz hat» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR; vgl. aber Art. 74 Abs. 3 OR)<sup>765</sup>; wo sich der Gläubiger im Rechtssinne «befindet» (Nr. 826).

- 1763 Diese Regel ist bestimmt und mag richtig sein für Fälle, in denen die Geldschuld aus dem «privaten» Verkehr des Gläubigers entstand. Entstand sie aber aus dessen Geschäftsbetrieb, so kann sie nicht genügen. Der Zusammenhang mit dem Geschäft verlangt, daß der Erfüllungsort mit dem Geschäft in Beziehung gebracht wird. Ist das Geschäft ein Gesamtbetrieb und stammt die *Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes*, so muß der «Sitz-»Ort dieses Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) als Erfüllungsort gelten<sup>766</sup>; namentlich, wenn es sich um eine in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung handelt. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR ist in diesem Sinne durch Lückenfüllung zu ergänzen.
- 1764 Eine Besonderheit gilt, wenn der Inhaber *ein eigenes Postcheck- oder Bankkonto für den Zweigbetrieb* unterhält (vgl. Nr. 104 und 755) und dies auf Briefköpfen, Fakturen usw. bekanntgibt. Damit erklärt er seine Zustimmung, daß Geldforderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes durch Überweisung auf das betreffende Konto erfüllbar sind und daß er die erfolgte Überweisung als der Sache und dem Orte nach richtige Leistung des Geschuldeten anerkennt (vgl. dazu BGE 55 II 201).
- 1765 2. «Wird **eine bestimmte Sache geschuldet**, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR).
- 1766 Diese Regel, die dem alten HGB (Art. 324) entnommen ist, kann sich nach *von Tuhr/Siegwart* «nur auf den Fall beziehen», da sich die bestimmte Sache, eine Species-Sache, «mit Wissen beider Parteien an einem andern Ort, als am Wohnort des Schuldners befand»<sup>767</sup>. Interpretieren wir Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR in dieser Weise, so gilt als *primärer* Erfüllungsort: der beiden Parteien bekannte Standort der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses. Als *subsidiärer* Erfüllungsort: der Ort des schuldnerischen (Wohn-)Sitzes (Nr. 1762) bei Vertragsabschluß.
- 1767 Der subsidiäre Erfüllungsort am (Wohn-)Sitz des Schuldners ist wiederum zugeschnitten auf Forderungen aus dem «privaten» Verkehr des Schuldners. Stammt die Forderung dagegen aus dem schuldnerischen Geschäftsbetrieb, so bedarf es einer Lückenfüllung. Der Zusammenhang mit dem Geschäft verlangt auch hier, daß der Erfüllungsort in Beziehung mit diesem Geschäft steht. Ist das Geschäft ein Gesamtbetrieb und stammt die *Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes*, namentlich einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung, so rechtfertigt es sich, den «Sitz-»Ort des Zweigbetriebes bei Vertragsabschluß als Erfüllungsort anzuerkennen; indessen nur als subsidiären Erfüllungsort (Nr. 1766),

<sup>765</sup> Einen instruktiven Rechtsvergleich bietet J. *Küng* (zit. in Anm. 764), S. 69 ff.

<sup>766</sup> Vgl. dazu F. *Diebold*, S. 120 f.; ferner auch *Siegwart*, N. 33 zu Art. 642 OR und W. *von Steiger*, N. 7 zu Art. 782 OR.

<sup>767</sup> *von Tuhr/Siegwart*, S. 479. Etwas abweichend: *Oser/Schönenberger*, N. 16 zu Art. 74 OR.

der dann Platz greift, wenn sich die Sache bei Vertragsabschluß nicht mit Wissen beider Parteien an einem andern Ort befand: z. B. in einem vom «Sitz-»Ort verschiedenen Geschäftslokal des Zweigbetriebes; oder am «Sitz-»Ort eines andern Zweigbetriebes oder eines Hauptbetriebes (Nr. 1592); oder an einem Ort außerhalb des Gesamtbetriebes. Befand sich die Sache mit Wissen beider Parteien an einem andern Ort, so gilt der den Parteien bekannte Standort der Sache als Erfüllungsort.

- 1768 3. «**Andere Verbindlichkeiten** sind an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR): wo sich der Schuldner im Rechtssinne «befand» (Nr. 1762).
- 1769 Diese Regel betrifft namentlich die nicht auf Geld gerichtete Gattungsschuld<sup>768</sup>. Sie ist eine Regel «von schwächster Bindungskraft»<sup>769</sup>, zugeschnitten auf Fälle, in denen die Forderung aus dem «privaten» Verkehr des Schuldners entstand. Bestenfalls hier bietet sie eine Lösung, die lebensnah sein könnte.
- 1770 Entstehen die «anderen Verbindlichkeiten» dagegen aus dem Geschäftsbetrieb des Schuldners, so rechtfertigt es sich wiederum, den Erfüllungsort in Beziehung zum schuldnerischen Geschäft zu bringen. Ist das schuldnerische Geschäft ein Gesamtbetrieb und stammt die *Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes*, namentlich einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung, so muß auch hier auf den «Sitz-»Ort des Zweigbetriebes abgestellt werden<sup>770</sup>. Dieser «Sitz-»Ort zur Zeit der Forderungsbegründung gilt richtigerweise als Erfüllungsort. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR ist in diesem Sinne durch Lückenfüllung zu ergänzen.

### C. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1771 Während alle Zweigbetriebe eines Gesamtbetriebes demselben Inhaber gehören, wird jeder Konzernbetrieb eines Konzerns von je einem eigenen Inhaber, einer besondern Konzernperson, betrieben (Nr. 1594). In aller Regel steht hier der Erfüllungsort einer Forderung zugunsten oder zulasten einer Konzernperson, wenn überhaupt, in Beziehung zu *ihrem* Konzernbetrieb, nicht aber zum Konzernbetrieb einer andern Konzernperson desselben Konzerns. Doch ist bei einem vereinbarten Erfüllungsort auch etwas anderes denkbar: daß z. B. eine Konzernperson (etwa eine Muttergesellschaft) am Ort eines Konzernbetriebes zu erfüllen hat, den eine andere Konzernperson (etwa eine Tochtergesellschaft) betreibt; oder daß ihr umgekehrt an diesem Ort zu erfüllen ist. Denkbar ist auch, daß sich der Erfüllungsort nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR am Ort eines Konzernbetriebes befindet, den die schuldnerische Konzernperson nicht selber betreibt. Dann, wenn

<sup>768</sup> Vgl. von Tuhr/Sieewart, S. 479.

<sup>769</sup> B. von Büren, OR, S. 445.

<sup>770</sup> Vgl. Diebold, S. 120; Th. Jordi, S. 44 f.; W. Linsi, S. 95 f.; W. von Steiger, N. 7 zu Art. 782 OR; Sieewart, N. 33 zu Art. 642 OR; von Tuhr/Sieewart, S. 479, Anm. 30.

sich die geschuldete Species-Sache mit Wissen beider Parteien bei Vertragsabschluß an diesem Orte befand (vgl. Nr. 1765 f.).

### 3. Zweigbetrieb und Erfüllungszeit

- 1772 Auch zeitlich hat die Leistung des Schuldners dem Schuldinhalt zu entsprechen (Nr. 1732). Auf die Frage der Erfüllungszeit findet *kollisionsrechtlich* wiederum das Schuldstatut Anwendung<sup>771</sup>: also schweizerisches Recht, wenn die Obligation vom schweizerischen Recht beherrscht wird. Dies gilt allerdings nicht ohne Ausnahme. Vernünftigerweise muß auf gesetzliche Bestimmungen und Gepflogenheiten Rücksicht genommen werden, welche die Erfüllungshandlung an Orte ihrer Vornahme in zeitlicher Hinsicht einschränken<sup>772</sup>. Diese Rechtslage gilt unverändert auch dann, wenn der *Ort der Erfüllungshandlung mit einem Zweigbetrieb in Beziehung* steht. Oder wenn er, was vergleichsweise erwähnt sei, in Beziehung steht zu irgendeinem Konzernbetrieb.
- 1773 Nehmen wir zum *Beispiel* den Fall, da die **Erfüllungshandlung am «Sitz-»Ort eines Zweigbetriebes** (Nr. 131) vorzunehmen ist.
- 1774 Liegt dieser «Sitz-» und Erfüllungsort *im Ausland* (z. B. in Barcelona), so bestimmen die dort herrschenden Verhältnisse, ob die Erfüllung, bei fehlender Vereinbarung, an einem bestimmten Tag (z. B. an einem Sonntag oder an einem staatlich anerkannten Feiertag) oder zu einer bestimmten Zeit während des Tages (z. B. um 23 Uhr abends) vorgenommen werden kann oder nicht. Die Art. 78 und 79 OR kommen nicht zur Anwendung, auch wenn die Obligation dem schweizerischen Schuldstatut untersteht oder wenn sie in der Schweiz z. B. aus dem Geschäftsbetrieb eines schweizerischen Zweig- oder Hauptbetriebes (Nr. 1592) entstanden ist.
- 1775 Anwendbar sind die Art. 78 f. OR dagegen, wenn der «Sitz-»Ort des Zweigbetriebes, an dem die Erfüllungshandlung vorzunehmen ist, *in der Schweiz* liegt. Dabei ist gleichgültig, ob die Obligation dem schweizerischen Schuldstatut untersteht oder nicht. Maßgebend sind die Verhältnisse gerade am betreffenden Ort; namentlich, was die staatlich anerkannten Feiertage (Art. 78 OR) und die ordentliche Geschäftszeit (Art. 79 OR) betrifft. Entsteht die Forderung eines Dritten z. B. aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes in Zürich, ist sie aber am «Sitz-»Ort eines verbundenen Betriebes in Beckenried zu erfüllen, so ist auf die dort bestehenden Verhältnisse, nicht auf die Verhältnisse in Zürich, abzustellen.

<sup>771</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 358.

<sup>772</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 359.

#### 4. Zweigbetrieb und Anrechnung einer Zahlung bei mehreren Schulden

- 1776 Hat ein Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er nach schweizerischem Recht befugt, bei einer bestimmten Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Art. 86 Abs. 1 OR): welche der Obligationen also (ganz oder teilweise) erfüllt werden soll. Unterbleibt eine solche Erklärung des Schuldners, so bestimmt sich die Anrechnung nach der Erklärung des Gläubigers (Art. 86 Abs. 2 OR) oder «nach Gesetzesvorschrift» (Art. 87 OR).
- 1777 Die Erklärung des Schuldners kann auch eine *stillschweigende* sein. *Im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb interessieren zwei Tatbestände:*
- 1778 **1. Der Schuldner der mehreren Forderungen ist Inhaber eines Gesamtbetriebes** (Nr. 1592 f.). Er betreibt einen Gesamtbetrieb unter Einschluß verschiedener Zweigbetriebe. Eine bestimmte Schuld stammt aus dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Zweigbetriebes. Der Inhaber leistet dem Gläubiger der mehreren Forderungen eine Zahlung, ohne ausdrücklich zu erklären, an welche Schuld die Zahlung anzurechnen sei. Doch wird der Zahlungsbetrag durch einen Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes (z. B. durch dessen Leiter) in dieser Eigenschaft überbracht; oder der Betrag wird unter der für den betreffenden Zweigbetrieb verwendeten Firma einbezahlt, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591); bezahlt wird z. B. für die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern» oder für «The American Express Company, Incorporated Hartford & New York, Filiale Luzern». Dieses Zahlungsverhalten beinhaltet in aller Regel die stillschweigende Erklärung, daß die Zahlung an diejenige Schuld anzurechnen sei, die gerade aus diesem Zweigbetrieb entstand. Wird zwischen Gläubiger und Schuldner streitig, ob eine stillschweigende Erklärung des genannten Inhaltes vorliegt, so entscheidet das Vertrauensprinzip.
- 1779 **2. Der Inhaber eines Gesamtbetriebes ist — umgekehrt — Gläubiger der mehreren Forderungen.** Eine bestimmte Forderung, die ihm zusteht, stammt aus dem Geschäftsbetrieb eines seiner Zweigbetriebe. Der Schuldner leistet dem Inhaber eine Zahlung, ohne ausdrücklich zu sagen, an welche Forderung sie anzurechnen sei. Doch wird der Zahlungsbetrag im Geschäftslokal des betreffenden Zweigbetriebes übergeben; oder er wird auf ein Postcheck- oder Bankkonto dieses Zweigbetriebes (Nr. 104) überwiesen; oder der Adressat der Zahlung wird mit der Firma des betreffenden Zweigbetriebes bezeichnet, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält; zum Beispiel richtet sich die Zahlung an die «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern». Dieses Zahlungsverhalten beinhaltet in aller Regel die stillschweigende Erklärung, daß die Zahlung an diejenige Forderung anzurechnen sei, die gerade aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes entstand. Dies gilt namentlich dann, wenn die derart vorgenommene Zahlung an dem

für die betreffende Forderung allein gültigen Erfüllungsort erfolgt. Wird zwischen Gläubiger und Schuldner streitig, ob eine stillschweigende Erklärung des genannten Inhaltes vorliegt, so entscheidet wiederum das Vertrauensprinzip<sup>773</sup>.

#### IV. ZWEIGBETRIEB UND ERLÖSCHEN DER OBLIGATION

- 1780 Obligationen können aus mannigfachen Gründen erlöschen: Namentlich durch Erfüllung<sup>774</sup>, Übereinkunft, Neuerung, Vereinigung, nachträgliche Leistungsunmöglichkeit, Verrechnung und Verjährung. Aber auch dadurch, daß ein Vertragsverhältnis aufgelöst wird.
- 1781 Was den Zweigbetrieb und die Erfüllung betrifft, so haben wir davon in Nr. 1732 ff. gesprochen. Die Übereinkunft (Art. 115 OR) gibt, auf den Zweigbetrieb bezogen, zu keinen weiteren Bemerkungen Anlaß. Dasselbe gilt für die Vereinigung (Art. 118 OR); hier ist höchstens zu erwähnen, daß eine Vereinigung auch dadurch zustandekommen kann, daß der Zweigbetrieb von einem Dritten übernommen wird, der Schuldner oder Gläubiger des bisherigen Inhabers ist (vgl. dazu Nr. 1899 ff.).
- 1782 Im einzelnen gilt es dagegen zu besprechen: den Forderungsuntergang infolge Neuerung (Nr. 1783 ff.), nachträglicher Leistungsunmöglichkeit (Nr. 1793 ff.), Verrechnung (Nr. 1808 ff.), Verjährung (Nr. 1823 ff.) und Auflösung des Vertragsverhältnisses (Nr. 1848 ff.).

##### 1. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang infolge Neuerung

- 1783 Mit der Neuerung befassen sich im schweizerischen Obligationenrecht die Art. 116 f. *Die Neuerung* besteht in der Tilgung einer alten Schuld (bzw. Forderung) durch Begründung einer neuen (Art. 116 Abs. 1). Sie umfaßt drei Elemente: eine alte Forderung, eine neue und die Vereinbarung, die alte durch die neue zu ersetzen<sup>775</sup>. Schweizerisches Recht kommt auf diesen Forderungsuntergang *kolli-sionsrechtlich* zur Anwendung, wenn die alte Forderung schweizerischem Recht untersteht. Maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist — allgemein gesagt — das Schuldstatut der alten Forderung (BGE 73 II 102 ff.)<sup>776</sup>.

<sup>773</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 181 und 191 f. zu Art. 1 OR.

<sup>774</sup> Durch Erfüllung erlöschen allerdings nur einfache, nicht dauernde Verbindlichkeiten. Vgl. dazu P. *Gauch*, S. 4 ff.

<sup>775</sup> Vgl. *Oser/Schönenberger*, N. 2 zu Art. 116.

<sup>776</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 365; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 704. Die neue Schuld kann durchaus einem andern Recht unterstehen.

1784 *Im folgenden* sprechen wir vom Zweigbetrieb und der Neuerung im allgemeinen (Nr. 1785 f.); dann vom Zweigbetrieb und der Neuerung im Kontokorrentverkehr (Nr. 1787 ff.); und schließlich ziehen wir vergleichsweise die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1790 ff.).

#### A. Zweigbetrieb und Neuerung im allgemeinen

1785 Selbstverständlich können auch Forderungen, die aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes stammen (sei es des Schuldners oder des Gläubigers) durch Neuerung getilgt werden. **Irgendwelche Besonderheiten sind nicht zu verzeichnen.** Namentlich setzt die Neuerungs-Wirkung nicht voraus, daß die neue Forderung im Geschäftsbetrieb des gleichen Zweigbetriebes (z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung) begründet wird; oder daß bei der Begründung der neuen Forderung Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes mitwirken.

1786 Auch was *die kollisionsrechtliche Frage* nach der Bestimmung des anwendbaren Rechtes betrifft, bringt der Zweigbetrieb keine Besonderheiten. Maßgeblich ist das Schuldstatut der alten Forderung (Nr. 1783), mag diese auch aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes stammen, den der Schuldner oder Gläubiger im In- oder Ausland betreibt. Immerhin ist auf den Sonderfall in Nr. 1789 hinzuweisen.

#### B. Zweigbetrieb und Neuerung im Kontokorrentverkehr

1787 Den *Hauptfall der Neuerung* nach schweizerischem Recht bildet die Anerkennung des gezogenen Saldos im Kontokorrentverkehr (Art. 117 Abs. 2 OR). Das zwischen dem Inhaber eines Gesamtbetriebes (Nr. 1592 f.) und einem Dritten bestehende *Kontokorrentverhältnis kann sich auf den Gesamtbetrieb als Ganzes beziehen*<sup>777</sup>. Es kann sich aber auch *auf einen seiner Zweigbetriebe beschränken*: z. B. auf die in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung einer ausländischen Bank.

1788 Das letztere ist dann der Fall, wenn nach dem Willen der Parteien nur die aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes entstehenden Forderungen und Gegenforderungen in den Kontokorrent einzustellen sind. Auch hier hat die Anerkennung des gezogenen Saldos eine Neuerung nach Art. 117 Abs. 2 OR zur Folge. Die **Beschränkung des Kontokorrentverkehrs auf den Zweigbetrieb** bildet keinen Grund, von der Regel des Art. 117 Abs. 2 abzuweichen. Eine eigene Regel kann sich in diesem Sonderfall allerdings für die *kollisionsrechtliche Bestimmung des anwendbaren Rechts* ergeben:

1789 Folgen wir *Schönenberger/Jäggi*<sup>778</sup>, so gelten die Verpflichtungen beider Vertragsteile im Kontokorrentverkehr mit einer Bank «am Sitz der Bank» gelegen.

<sup>777</sup> Zum Wesen des Kontokorrentvertrages: BGE 53 II 336 ff.

<sup>778</sup> Zit. in Anm. 776.

Sie unterliegen, was die Neuerung durch Anerkennung des Saldos betrifft, dem dort geltenden Recht. In konsequenter Weiterführung dieser Ansicht scheint es uns richtig, *auf den «Sitz-»Ort des Zweigbetriebes abzustellen, wenn sich das Kontokorrentverhältnis auf eine «Bankfiliale» beschränkt* und die laufende Rechnung an deren «Sitz-»Ort geführt wird.

### C. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1790 Während beim Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes alle Betriebe ein und demselben Inhaber gehören, wird jeder Konzernbetrieb eines Gesamtbetriebes Konzern von je einem andern Inhaber betrieben (Nr. 1594). An jedem Konzern sind mehrere Konzernpersonen beteiligt (Nr. 1595). Daraus folgt: *Anders als beim Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes*
- 1791 — ist beim Konzern eine Neuerung mit Gläubiger- und Schuldnerwechsel<sup>779</sup> auch *innerhalb* des Gesamtbetriebes möglich: Derart, daß an der neu begründeten Forderung, die an die Stelle der alten tritt, eine andere Konzernperson als bisher als Gläubiger oder Schuldner beteiligt ist.
- 1792 — kann ein Dritter, der mit verschiedenen Betrieben des Gesamtbetriebes Konzern verkehrt, *verschiedene Kontokorrentverhältnisse zu verschiedenen Inhabern* unterhalten, bei denen die Anerkennung des Saldos eine Neuerung nach Art. 117 Abs. 2 OR bewirkt. Das Kontokorrentverhältnis mit dem Inhaber eines Konzernbetriebes erstreckt sich nie auf den Gesamtbetrieb Konzern als Ganzes (vgl. demgegenüber Nr. 1787).

## 2. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang infolge nachträglicher Leistungsunmöglichkeit

- 1793 Wird eine geschuldete Leistung dauernd unmöglich<sup>780</sup>, sei es objektiv oder subjektiv<sup>781</sup>, *so erlischt nach schweizerischem Recht die Forderung*<sup>782</sup>. Entweder

<sup>779</sup> Vgl. dazu *Oser/Schönenberger*, N. 10 zu Art. 116; *von Tuhr/Siegwart*, S. 629. Klar auseinanderzuhalten ist diese Neuerung vom Schuldner- und Gläubigerwechsel bei einer fortbestehenden Forderung; dazu Nr. 1874 ff.

<sup>780</sup> Unmöglichkeit der Leistung bedeutet «Nichtleistenkönnen» des Schuldners. Diesen Unmöglichkeitsbegriff verwenden die Art. 97 und 119 OR. Seiner Ausdehnung auf Tatbestände, in denen die Leistung möglich, aber «unerschwinglich» ist (z. B. BGE 57 II 534; 82 II 338), stimmen wir nicht zu. Die «Unerschwinglichkeit» will ein «Nichtleisensollen» begründen, das sich auf Unzumutbarkeit stützt. Sie hat nichts zu tun mit «Nichtleistenkönnen». Zum Ganzen: P. *Gauch*, S. 119 und dort Zitierte.

<sup>781</sup> Vgl. dazu H. R. *Barth*, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. Zürich 1957, S. 37 ff.; P. *Gauch*, S. 122; *von Tuhr/Siegwart*, S. 534; BGE 82 II 338. Vgl. demgegenüber B. *von Büren*, OR, S. 390; H. *Deschenaux*, ZSR 61, 1942, S. 537a.

<sup>782</sup> Das gilt auch für die nachträgliche Unmöglichkeit einer geschuldeten Dauerleistung. Dazu P. *Gauch*, S. 120.

erlischt sie überhaupt (Art. 119 Abs. 1 OR). Oder sie erlischt in ihrer ursprünglichen Form, indem an ihre Stelle ein Schadenersatzanspruch tritt (Art. 97 Abs. 1 OR). Unmöglich werden kann praktisch nur ein geschuldetes Tun, nicht ein Dulden oder Unterlassen<sup>783</sup>.

- 1794 *Im folgenden* sprechen wir vom Zweigbetrieb und der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit (Nr. 1795 ff.), wobei wir vergleichsweise die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heranziehen (Nr. 1805 ff.). Auch hier gehen wir von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes aus. Was *die kollisionsrechtliche Behandlung* der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit betrifft, so ist nach schweizerischem IPR auf das Schuldstatut der betreffenden Forderung abzustellen<sup>784</sup>. Schweizerisches Recht kommt zur Anwendung, wenn die Forderung materiell vom schweizerischen Recht beherrscht wird; mag die Forderung auch aus einem ausländischen *Zweigbetrieb* des Schuldners oder Gläubigers stammen; oder mag die Leistung in Beziehung stehen zu einem ausländischen Zweigbetrieb des Schuldners.

#### A. Zweigbetrieb und nachträgliche Leistungsunmöglichkeit

- 1795 Vom Zweigbetrieb haben wir gesagt, daß er Sachgüter oder/und Dienstleistungen produziert; und daß Sachgüter oder Dienste, welche der Zweigbetrieb produziert, möglicher Gegenstand einer Leistung bilden, die der Inhaber des betreffenden Gesamtbetriebes einem Dritten schuldet (Nr. 1736).
- 1796 Denkbar ist nun, daß die **Produktion** der entsprechenden Güter **im Zweigbetrieb unmöglich** wird. Und zwar dauernd: derart, daß der Wegfall des Produktionshindernisses ausgeschlossen oder zumindest nicht abzusehen ist. Zum Beispiel wird der Betrieb durch behördliche Anordnung eingestellt. Oder die Produktion der betreffenden Güter im Zweigbetrieb wird behördlich verboten. Oder die Produktionsstätte wird zerstört. Oder geschuldete Urprodukte, die der Zweigbetrieb (z. B. ein «Steinbruch») gewinnen soll, kommen am Gewinnungsort des Zweigbetriebes nicht mehr vor (vgl. sinngemäß BGE 57 II 508 ff.).
- 1797 Verwirklicht sich ein derartiger *Produktionsausfall im Zweigbetrieb*, so fragt es sich, ob deswegen eine Leistungsunmöglichkeit eintritt, die zum Untergang der Forderung führt. **Zwei Fälle** sind zu unterscheiden:
- 1798 *1. Die Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Zweigbetrieb bildet nach dem Inhalt der Forderung ein Merkmal der geschuldeten Leistung*

<sup>783</sup> Vgl. dazu P. Gauch, S. 122.

<sup>784</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 363; F. Vischer, in SchwPR I, S. 705.

(Nr. 1737). Geschuldet sind bestimmte Sachgüter oder Dienste gerade und nur dieses Zweigbetriebes. **Mit dem Produktionsausfall im Zweigbetrieb** (Nr. 1796 f.) **tritt hier Leistungsunmöglichkeit ein** (vgl. sinngemäß BGE 57 II 508 ff.), welche die Forderung erlöschen läßt; bei geschuldeten Sachgütern allerdings nur in dem Umfang, als nicht ein greifbarer Vorrat entsprechender Güter aus der Produktion des Zweigbetriebes und damit zumindest eine teilweise Leistungsmöglichkeit besteht<sup>785</sup>.

1799 Die umschriebene Rechtslage ändert sich nicht, *wenn ein anderer Betrieb innerhalb desselben Gesamtbetriebes gleichartige und -wertige Sachgüter oder Dienste produziert oder produzieren kann*; dies obwohl auch der andere Betrieb (z. B. ein Hauptbetrieb, Nr. 1592) dem schuldnerischen Inhaber gehört. Denn geschuldet sind Sachgüter oder Dienste des betreffenden Zweigbetriebes, nicht eines andern Betriebes innerhalb des Gesamtbetriebes. Auch wenn der Inhaber entsprechende Güter oder Dienste eines andern Betriebes leisten könnte, ist er daher nicht in der Lage, das *Geschuldete* zu leisten. Immerhin stellt sich hier die Frage, ob die Berufung des Inhabers auf Leistungsunmöglichkeit nicht rechtsmißbräuchlich ist; und ob es nicht rechtsmißbräuchlich ist, wenn der Gläubiger die Annahme der angebotenen Leistung aus der Produktion eines andern Betriebes (an Erfüllungsstatt) verweigert. Die Frage, welche das Gebiet des Art. 2 ZGB beschlägt, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden, unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage beider Parteien (vgl. Nr. 1740 f.).

1800 2. Die *Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Zweigbetrieb bildet nach dem Inhalt der Forderung kein Merkmal der geschuldeten Leistung* (Nr. 1739). Geschuldet sind zwar bestimmte Sachgüter oder Dienste, die der betreffende Zweigbetrieb produziert, so daß die Obligation durch Leistung von Sachgütern oder Diensten aus der Produktion dieses Zweigbetriebes erfüllbar ist. Doch sind nicht Sachgüter oder Dienste gerade und nur dieses Zweigbetriebes geschuldet, weshalb die Obligation auch mit der Leistung von Sachgütern oder Diensten aus der Produktion eines andern Betriebes erfüllt werden kann. **Der Produktionsausfall im Zweigbetrieb führt hier nicht notwendigerweise zur Leistungsunmöglichkeit**; und zwar bei geschuldeter Sachleistung selbst dann nicht, wenn kein greifbarer Vorrat an entsprechenden Gütern aus der Produktion des Zweigbetriebes besteht (vgl. demgegenüber Nr. 1798). *Der Inhaber kann dennoch in der Lage sein, das Geschuldete zu leisten*:

<sup>785</sup> Mit der Frage der Teilunmöglichkeit befassen sich weder Art. 97 noch Art. 119 OR. Bei einfachen Sachleistungspflichten, um die es sich in diesem Zusammenhang in aller Regel handelt, ist mit B. von Büren (OR, S. 389) anzunehmen, daß der Schuldner leisten muß, was er noch leisten kann; daß es aber auf die Lage des Einzelfalles ankommt, ob dem Gläubiger die Annahme der Teilleistung zumutbar ist. Über die Lösung der Frage bei Dauerleistungspflichten: P. Gauch, S. 129 f.

- 1801 So ist *Leistungsmöglichkeit grundsätzlich zu bejahen, wenn ein anderer Betrieb innerhalb desselben Gesamtbetriebes entsprechende Sachgüter oder Dienste produziert oder produzieren kann*. Damit ist der Inhaber des Gesamtbetriebes imstande, das Geschuldete zu leisten; gleichgültig, ob es sich beim andern Betrieb um einen Hauptbetrieb (Nr. 1592) oder ebenfalls um einen Zweigbetrieb handelt. Vorbehalten bleiben immerhin Fälle, in denen die Leistung an einem andern Hindernis scheitert: z. B. an einer (dauernden) Ausfuhr- oder Einfuhrsperre, an der Unmöglichkeit des Transports usw.
- 1802 *Fehlt dagegen die Produktionsmöglichkeit auch in einem andern Betrieb desselben Gesamtbetriebes, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:*
- 1803 — Nach dem Inhalt der Forderung bildet die Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem Gesamtbetrieb des schuldnerischen Inhabers ein Merkmal der geschuldeten Leistung (vgl. Nr. 1739 a. E.). Geschuldet sind Sachgüter oder Dienste gerade und nur dieses Gesamtbetriebes. Mit dem Produktionsausfall im Zweigbetrieb tritt hier Leistungsunmöglichkeit ein, welche die Forderung erlöschen läßt. Bei Sachgütern allerdings nur in dem Umfang, als nicht ein greifbarer Vorrat an geschuldeten Gütern besteht.
- 1804 — Die Herkunft aus dem Gesamtbetrieb des schuldnerischen Inhabers bildet kein Merkmal der geschuldeten Leistung. Der Produktionsausfall im Zweigbetrieb kann, muß aber nicht, eine Leistungsunmöglichkeit bewirken. Keine Leistungsunmöglichkeit liegt vor, wenn der Inhaber die geschuldeten Sachgüter bei einem außenstehenden Dritten beschaffen bzw. die geschuldeten Dienste durch einen außenstehenden Dritten leisten kann.

## B. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1805 Auch Sachgüter oder Dienste, die ein *Konzernbetrieb* produziert, können Gegenstand einer Leistung sein, die der Inhaber (eine Konzernperson) einem Dritten schuldet (Nr. 1751). Wird die *Produktion* der betreffenden Güter *im Konzernbetrieb dauernd unmöglich*, so sind bei der Frage nach der Leistungsunmöglichkeit wiederum *zwei Fälle* zu unterscheiden:
- 1806 1. Die *Herkunft der Sachgüter oder Dienste aus dem betreffenden Konzernbetrieb bildet ein Merkmal der geschuldeten Leistung* (Nr. 1751). Der Produktionsausfall im Konzernbetrieb führt — gleich wie beim Zweigbetrieb (Nr. 1798) — zur Leistungsunmöglichkeit, welche die Forderung erlöschen läßt; bei geschuldeten Sachgütern in dem Umfang, als nicht ein Vorrat besteht.
- 1807 2. Die *Herkunft aus dem betreffenden Konzernbetrieb bildet kein Merkmal der geschuldeten Leistung* (Nr. 1751). Der Produktionsausfall im Konzernbetrieb führt — gleich wie beim Zweigbetrieb (Nr. 1800) — nicht notwendigerweise zur Leistungsunmöglichkeit. Anders als beim Zweigbetrieb (Nr. 1801) ist Leistungsmöglichkeit aber nicht grundsätzlich zu bejahen, wenn ein anderer Betrieb des-

selben Gesamtbetriebes (hier: des Konzerns) entsprechende Sachgüter oder Dienste produziert oder produzieren kann. Denn der andere Betrieb gehört einer andern Konzernperson (Nr. 1594). Und die Möglichkeit der andern Konzernperson, die geschuldeten Sachgüter oder Dienste in ihrem Konzernbetrieb zu produzieren, bedeutet nicht auch Möglichkeit der verpflichteten Konzernperson, die geschuldete Leistung zu bewirken. Es sei denn, die leistungspflichtige Konzernperson wäre in der Lage, dem Gläubiger die geschuldeten Sachgüter oder Dienste aus dem Konzernbetrieb der andern Konzernperson zu verschaffen. Namentlich deswegen, weil sie (z. B. als Muttergesellschaft) über den konzerninternen Befehlsweg faktische Gewalt über den Konzernbetrieb der andern Konzernperson (z. B. einer Tochtergesellschaft) ausübt<sup>786</sup>.

### 3. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang durch Verrechnung

- 1808 Forderungen können durch Verrechnung (ganz oder teilweise) untergehen. Wir befassen uns mit der Verrechnung durch *einseitige* Willenserklärung des Schuldners, nicht durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Diese «einseitige» Verrechnung untersteht im schweizerischen Obligationenrecht den Vorschriften der Art. 120 ff. Ihre Grundvoraussetzung besteht in der *Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen* (Art. 120 Abs. 1 OR; vgl. z. B. auch BGE 85 II 113): Der Schuldner, der verrechnen will, muß zugleich Gläubiger seines Gläubigers sein.
- 1809 *Im folgenden* sprechen wir vom Zweigbetrieb und der Verrechnung (Nr. 1811 ff.), wobei wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heranziehen (Nr. 1819 ff.). Wiederum gehen wir von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes aus und fragen uns zunächst nach der *kollisionsrechtlichen Behandlung* von Verrechnungsfällen mit disnationalen Elementen.
- 1810 Die Frage stellen wir für das schweizerische IPR. Danach beurteilen sich die Zulässigkeit und die Voraussetzung der Verrechenbarkeit nach schweizerischem Recht, wenn die Forderung des Verrechnungsgegners (die Passivforderung) schweizerischem Recht untersteht (vgl. BGE 77 II 190; 81 II 177)<sup>787</sup>. Maßgeblich ist das schweizerische Schuldstatut der Passivforderung. Daß diese Forderung dem Geschäftsbetrieb eines *Zweigbetriebes* in der Schweiz entstammt, ist — für

<sup>786</sup> Hier ist es richtig, die schuldnerische Konzernperson nach wie vor als zur Leistung verpflichtet zu erachten. Sie kann sich die geschuldeten Sachgüter aus dem fremden Konzernbetrieb beschaffen bzw. die fremde Konzernperson anweisen, die geschuldeten Dienste an ihrer Stelle zu leisten. Auf die rechtliche Selbständigkeit der andern Konzernperson kommt es dabei nicht an. Entscheidend für die Frage der Leistungsunmöglichkeit ist die faktische Gewalt, so daß der Durchgriff (Nr. 1596) nicht bemüht zu werden braucht (vgl. dazu auch E. *Rehbinder*, S. 203).

<sup>787</sup> Vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 366; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 705.

sich genommen — kein Grund, schweizerisches Recht anzuwenden. Umgekehrt steht es der Anwendung schweizerischen Rechtes nicht entgegen, wenn die betreffende Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland entstanden ist.

#### A. Zweigbetrieb und Verrechnung

- 1811 Der Zweigbetrieb ist rechtsunfähiger Bestandteil eines Gesamtbetriebes, dessen Inhaber sämtliche Leistungseinheiten des Gesamtbetriebes betreibt, zu denen möglicherweise auch ein Hauptbetrieb gehört (Nr. 1592). Als rechtsunfähige Leistungseinheit kann der Zweigbetrieb nicht Schuldner und nicht Gläubiger sein; so wenig, wie der rechtsunfähige Hauptbetrieb, der möglicherweise mit zum Gesamtbetrieb gehört (Nr. 1592).
- 1812 Der **Zweigbetrieb kann somit weder verrechnen, noch kann gegen ihn verrechnet werden**; selbst dann nicht, wenn er als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und gegebenenfalls unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591).
- 1813 Das Gesagte gilt sinngemäß auch für den Hauptbetrieb, der mit zum Gesamtbetrieb des Inhabers gehören kann (Nr. 1592). Doch bezieht es sich nur auf wirkliche Forderungen, nicht auf interne Forderungen buchhalterischer Art (Nr. 138). So kann die buchhalterische Forderung eines Zweigbetriebes durchaus «verrechnet» werden mit der buchhalterischen Gegenforderung eines verbundenen Betriebes (z. B. eines Hauptbetriebes oder eines andern Zweigbetriebes). Diese *Verrechnung innerhalb des Gesamtbetriebes ist indessen keine Verrechnung im Rechtssinne, sondern ein buchhalterischer Vorgang*, bedeutsam für das interne Rechnungsverhältnis im Gesamtbetrieb. Sie untersteht zum vorneherein nicht den Regeln des Obligationenrechts, sondern betriebsinternen Vorschriften und Anweisungen, die den Regeln des Obligationenrechts parallel laufen können, nicht aber müssen.
- 1814 Als Gläubiger und Schuldner (im Rechtssinne) fällt der Zweigbetrieb, wie gesagt, außer Betracht. Gläubiger und Schuldner kann dagegen **der Inhaber des Gesamtbetriebes** sein, der den Zweigbetrieb als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt (Nr. 1592 f.). Aus dem Geschäftsbetrieb mehrerer Zweigbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes entstehen auf seiten des Gesamtbetriebes Forderungen und Schulden des Gesamtbetriebs-Inhabers (z. B. einer Aktiengesellschaft). Was die Verrechnung betrifft, so interessiert in diesem Zusammenhang folgender
- 1815 *Tatbestand*: A ist Schuldner des B. Er ist Inhaber eines Gesamtbetriebes mit verschiedenen Zweigbetrieben, z. B. mit Zweigbetrieben in Zürich und in Barcelona. Seine Schuld (und damit die Forderung des B) stammt aus dem Geschäftsbetrieb seines Zweigbetriebes in Zürich. B ist seinerseits Schuldner des A. Seine

Schuld (und damit die Forderung des A) stammt aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes, den A in Barcelona betreibt. — Obwohl hier Schuld und Forderung des A *verschiedenen* Zweigbetrieben seines Gesamtbetriebes entstammen, liegen *gegenseitige* Forderungen vor. A ist Schuldner und zugleich Gläubiger des B. Jeder der beiden kann nach schweizerischem Recht seine Schuld (ganz oder teilweise) durch Verrechnung tilgen, sofern die übrigen Voraussetzungen der Verrechenbarkeit gegeben sind. Dies auch dann, wenn für die Zweigbetriebe gesondert bilanziert wird (Nr. 142). Oder allgemein ausgedrückt: Die Gegenseitigkeit und Verrechenbarkeit verschiedener Forderungen nach Art. 120 OR ist nicht deshalb zu verneinen, weil sie verschiedenen Zweigbetrieben eines Gesamtbetriebes entstammen.

1816 *Der Tabbestand läßt sich erweitern:* in dem Sinne, daß auch B Inhaber eines Gesamtbetriebes ist und daß auch seine Schuld und Forderung dem Geschäftsbetrieb verschiedener Zweigbetriebe seines Gesamtbetriebes entstammen. Seine Forderung gründet z. B. im Geschäftsverkehr zwischen seinem Zweigbetrieb in Hongkong mit dem Zweigbetrieb des A in Barcelona; und seine Schuld gründet im Geschäftsverkehr zwischen seinem Zweigbetrieb in Brig und dem Zweigbetrieb des A in Zürich. Auch das ändert nichts an der Gegenseitigkeit und Verrechenbarkeit der Forderungen nach schweizerischem Recht (vgl. BIZüR 37, 1938, Nr. 67, und BGE 63 II 387 f.).

1817 Eine Verrechnung nach Art. 120 ff. OR kann nach dem Gesagten auch dann Platz greifen, wenn Forderung und Gegenforderung aus dem Geschäftsbetrieb *verschiedener* Zweigbetriebe eines Gesamtbetriebs-Inhabers stammen; gleichgültig, ob dieser Sachverhalt nur auf der einen Seite zutrifft (Nr. 1815) oder auf beiden Seiten (Nr. 1816).

1818 Das Gesagte gilt in gleicher Weise, wenn einer der beteiligten Betriebe nicht ein Zweigbetrieb, sondern ein *Hauptbetrieb* innerhalb des Gesamtbetriebes ist (Nr. 1592). Die Forderung des Gesamtbetriebs-Inhabers stammt z. B. aus dem Geschäftsbetrieb seines Hauptbetriebes in Luzern; die Gegenforderung stammt aus dem Zweigbetrieb, den der Gesamtbetriebs-Inhaber in Barcelona betreibt. Auch hier ist Gegenseitigkeit der Forderungen durchaus gegeben; die Forderungen können verrechnet werden, sofern die übrigen Voraussetzungen der Verrechenbarkeit ebenfalls vorliegen.

## B. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

1819 Ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran, so ergibt sich:

1820 *1. Zwar kann auch der rechtsunfähige Konzernbetrieb weder Gläubiger noch Schuldner sein. Gleich wie der Zweigbetrieb (Nr. 1812) kann er nicht verrechnen; noch kann gegen ihn verrechnet werden. Als Gläubiger und Schuldner kommen*

dagegen die Konzernpersonen in Betracht, welche die verschiedenen Konzernbetriebe des Konzerns betreiben (Nr. 1594 f.). Und zwar auch untereinander. Ihre gegenseitigen Forderungen sind *wirkliche* Forderungen und lassen sich, wenn schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (Nr. 1810), nach den Vorschriften der Art. 120 ff. OR verrechnen. Diese **Verrechnung innerhalb des Gesamtbetriebes Konzern** ist eine Verrechnung im Rechtssinne; nicht nur ein buchhalterischer Vorgang wie die Verrechnung innerhalb des Gesamtbetriebes, dem der Zweigbetrieb zugehört. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verrechnungswirkung eintritt, bestimmt sich daher nach Gesetz, nicht nach betriebsinternen Anweisungen und Vorschriften (vgl. demgegenüber Nr. 1813).

- 1821 2. Aus dem Geschäftsbetrieb verschiedener Konzernbetriebe ein und desselben Gesamtbetriebes Konzern entstehen auf seiten des Konzerns Forderungen und Schulden nicht eines Inhabers, der den Gesamtbetrieb Konzern betreibt; vielmehr entstehen **Forderungen und Schulden verschiedener Konzernpersonen**, welche die verschiedenen Konzernbetriebe betreiben (vgl. demgegenüber Nr. 1814). Eine Forderung der Konzernperson A, die aus ihrem Konzernbetrieb entstand, kann sich z. B. gegen den Schuldner C richten; und der Schuldner C kann umgekehrt eine Forderung gegenüber der Konzernperson B haben, die aus deren Konzernbetrieb entstand. Obwohl die verbundenen Konzernbetriebe ein und demselben Gesamtbetrieb zugehören (Nr. 1594), fehlt es hier an der für die Verrechnung nach Art. 120 OR vorausgesetzten Gegenseitigkeit der Forderungen (Nr. 1808). Gestützt auf Art. 120 OR kann somit weder A noch B gegenüber C verrechnen; was allerdings nicht ausschließt, daß die Verrechenbarkeit im Einzelfall durch Forderungsabtretung (von A auf B) herbeigeführt wird<sup>788</sup> oder sich aus einer vereinbarten Konzernverrechnungsklausel ergibt<sup>789</sup>. Ebenfalls nicht

<sup>788</sup> So daß B, vom Erfordernis der Gegenseitigkeit aus betrachtet, gegenüber C verrechnen kann (vgl. dazu von *Tuhr/Siegiwart*, S. 636).

<sup>789</sup> *Konzernverrechnungsklauseln* finden sich vielfach in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Konzernpersonen (vgl. dazu namentlich E. *Rehbinder*, S. 414 ff., und *Pfeiffer/Franken*, in NJW 1960, S. 1977 ff.). Sie kommen in *zwei Arten* vor: Entweder gestatten sie einer Konzernperson, ihre eigene Forderung mit einer Forderung ihres Schuldners, die sich gegen eine andere Konzernperson richtet, zu verrechnen (erste Art). Oder sie gestatten einer Konzernperson, eine Forderung ihres Gläubigers durch Aufrechnung mit einer Forderung zu tilgen, die einer andern Konzernperson dem Gläubiger gegenüber zusteht (zweite Art). Mit E. *Rehbinder* (der sich allerdings mit deutschem Recht befaßt) sind wir der Ansicht, daß solche Verrechnungsklauseln gültig vereinbart werden können: derart, daß die vertragsschließende Konzernperson ein vertragliches (Gestaltungs-)Recht auf Verrechnung erhält (E. *Rehbinder*, S. 414 ff.). *Im einzelnen* gilt es folgende Punkte herauszuheben: 1. Gehört eine Konzernverrechnungsklausel zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die vom Verrechnungsgegner global übernommen wurden, so ist sie in aller Regel deshalb ungültig, weil sie sich nicht mit der Eigenart des betreffenden Vertrages oder Vertragstyps begründen läßt (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, N. 508 zu Art. 1 OR). 2. Die Verrechnung im Konkurs des Verrechnungsgegners

kann C, gestützt auf Art. 120 OR, die Forderung des A durch Aufrechnung mit seiner Forderung gegenüber B tilgen; es sei denn, es rechtfertige sich ausnahmsweise ein Durchgriff (Nr. 1596)<sup>790</sup>. Allgemein ausgedrückt, bedeutet das:

- 1822 *Forderungen aus verschiedenen Konzernbetrieben, die einen Dritten berechtigen und verpflichten, sind nicht deshalb nach Art. 120 OR gegenseitig und verrechenbar, weil die betreffenden Konzernbetriebe zu ein und demselben Konzern gehören.* Umgekehrt haben wir gesagt, daß die Gegenseitigkeit und Verrechenbarkeit verschiedener Forderungen nicht deshalb zu verneinen ist, weil sie verschiedenen Zweigbetrieben eines Gesamtbetriebes entstammen (Nr. 1814 ff.).

#### 4. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang durch Verjährung

- 1823 Die Verjährung ist nach schweizerischem Recht (Art. 127 ff. OR) ein materielles, kein prozessuales Institut (vgl. BGE 75 II 66 f.). Sie bewirkt einen *Forderungsuntergang minderen Grades*, in dem Sinne, daß die verjährte Forderung nurmehr bedingt klagbar ist: unter der Bedingung, daß der beklagte Schuldner nicht die Verjährungseinrede erhebt (vgl. Art. 142 OR). Diese Wirkung tritt ein, sobald die Verjährung durch Ablauf der Verjährungsfrist vollendet ist.

- 1824 Nach Art. 135 OR kann der Verjährungsvorgang unterbrochen werden; derart, daß die Verjährung — allenfalls mit einer verlängerten Frist — neu zu laufen beginnt (Art. 137 Abs. 1 und 2 OR). Mit dieser *Verjährungsunterbrechung* wollen wir uns im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb befassen (Nr. 1826 ff.), wobei wir vergleichsweise auf die Verhältnisse beim Konzernbetrieb hinweisen (Nr. 1845 ff.). Wiederum gehen wir aus von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts und fragen uns zunächst nach der *kollisionsrechtlichen Behandlung* von Fällen mit disnationalen Elementen:

setzt nach Art. 213 SchKG Gegenseitigkeit der Forderung voraus. Eine Verrechnung gestützt auf eine der genannten Verrechnungsklauseln dürfte hier ausgeschlossen sein.

3. Verrechnet eine Konzernperson gestützt auf eine Klausel der ersten Art, so wird die Schuld einer andern Konzernperson getilgt. Dies wird auch ohne Einverständnis der andern Konzernperson möglich sein; und zwar in sinngemäßer Anwendung des allgemein anerkannten Rechtssatzes, wonach eine Schuld von einem Dritten auch ohne Wissen und Willen des Schuldners erfüllt werden kann (*von Tuhr/Siegwart*, S. 462).

4. Verrechnet eine Konzernperson gestützt auf eine Klausel der zweiten Art, so verfügt sie über die Forderung der andern Konzernperson (vgl. dazu *von Tuhr/Siegwart*, S. 635). Vorausgesetzt ist hier in jedem Fall eine Ermächtigung der andern Konzernperson (vgl. auch E. *Rehbinder*, S. 415).

<sup>790</sup> Namentlich deswegen, weil die Berufung des Verrechnungsgegners A auf seine rechtliche Selbständigkeit im Verhältnis zu B offenbar rechtsmißbräuchlich ist (Nr. 1596). Ein derartiger Rechtsmißbrauch ist aber nicht schon darum zu bejahen, weil beide Konzernbetriebe zum gleichen Konzern gehören; oder weil eine der beiden Konzernpersonen (A oder B) die andere (B oder A) kapitalmäßig beherrscht (vgl. dazu sinngemäß BGE 85 II 111 ff.).

1825 Die Frage stellen wir für das schweizerische IPR. Danach wird die Verjährung richtigerweise dem Schuldstatut der betroffenen Forderung unterstellt (vgl. z. B. BGE 59 II 358; 66 II 236 f.; 75 II 65 f.; 83 II 47)<sup>791</sup>, und zwar unter Einschluß der Unterbrechung und ihrer Folgen<sup>792</sup>. Dies auch dann, wenn die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines *Zweigbetriebes* stammt, den der Gläubiger oder Schuldner im In- oder Ausland betreibt.

#### A. Zweigbetrieb und Unterbrechung der Verjährung

1826 Nach Art. 135 OR wird die Verjährung unterbrochen: durch Forderungsanerkennung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger (Ziff. 1) oder durch bestimmte Rechtsverfolgungs-Handlungen des Gläubigers gegen den Schuldner (Ziff. 2). Bevor wir uns einzelnen Unterbrechungsgründen zuwenden, gilt es, eine allgemeine Vorbemerkung anzubringen:

##### a. ALLGEMEINE VORBEMERKUNG

1827 Der Zweigbetrieb bildet Bestandteil eines rechtlich einheitlichen Gesamtbetriebes (Nr. 77). Aus dem Geschäftsbetrieb verschiedener Betriebe dieses Gesamtbetriebes entstehen auf seiten des Gesamtbetriebes Forderungen und Schulden *eines* Inhabers: des Gesamtbetriebs-Inhabers (Nr. 1592 f.). Wird der Gesamtbetriebs-Inhaber Schuldner, so kann die Verjährung nach Art. 135 OR nur unterbrochen werden, wenn *er* die Forderung gegenüber dem Gläubiger anerkennt; oder wenn sich die Rechtsverfolgungs-Handlungen des Gläubigers gegen *ihn* richten. Wird der Gesamtbetriebs-Inhaber Gläubiger, so gilt dasselbe, wenn auch mit umgekehrtem Vorzeichen.

##### b. ZWEIFBETRIEB UND EINZELNE UNTERBRECHUNGSGRÜNDE

1828 Von den Unterbrechungsgründen, welche Art. 135 OR nennt, interessieren im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb vor allem die folgenden:

1829 *I. Die Forderungsanerkennung des Schuldners* (Art. 135 Ziff. 1 OR). Sie unterbricht ohne weiteres die Verjährung (vgl. aber Art. 1070 OR); gleichgültig, ob sie ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erfolgt (vgl. BGE 57 II 388); gleichgültig auch, ob sie durch den Schuldner persönlich erfolgt oder durch Vertreter (auch Organe). Ist der *Schuldner Inhaber eines Gesamtbetriebes* (Nr. 1592 f.), so muß auch die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines seiner Zweigbetriebe von *ihm*, persönlich oder durch Vertreter, anerkannt werden (Nr. 1827). Nicht er-

<sup>791</sup> Vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 368; von *Tuhr/Siegiwart*, S. 655; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 706.

<sup>792</sup> Vgl. A. F. *Schnitzer*, Handbuch II, S. 668; *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 370; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 706.

forderlich, wohl aber genügend für den Eintritt der Unterbrechungs-Wirkung ist, daß der Inhaber die Forderung durch Mitarbeiter gerade des betreffenden Zweigbetriebes (z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung) anerkennt.

- 1830 **2. Die Betreuung des Schuldners von seiten des Gläubigers** (Art. 135 Ziff. 2 OR). Sie unterbricht die Verjährung im Umfang des in Betreuung gesetzten Forderungsbetrages (vgl. BGE 60 II 203). Ist der *Schuldner Inhaber eines Gesamtbetriebes*, so tritt diese Unterbrechung namentlich auch dann ein:
- 1831 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Betreuung am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes aufgehoben wird, an dem für die betreffende Forderung ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht (dazu Nr. 2044 ff.).
- 1832 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Betreuung am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes aufgehoben wird, an dem kein Betreuungsort besteht: entweder überhaupt kein Betreuungsort oder kein Betreuungsort für die betreffende Forderung. Vorausgesetzt ist hier allerdings, daß der Zahlungsbefehl dem schuldnerischen Inhaber zugestellt und nicht auf Beschwerde hin aufgehoben wird. Zum Ganzen vgl. BGE 83 II 50 gegenüber BGE 57 II 463<sup>793</sup>.
- 1833 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Betreuung im Ausland aufgehoben wird: an einem Betreuungsort nach ausländischem Recht und in einem ausländischen Verfahren. Und zwar auch dann, wenn die Forderung, für die der Inhaber z. B. an seinem ausländischen (Wohn-)Sitz (Nr. 826) betrieben wird, aus dem Geschäftsbetrieb seines Zweigbetriebes in der Schweiz stammt. Oder wenn der Gläubiger gegen einen Inhaber mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz am «Sitz»-Ort seines ausländischen Zweigbetriebes vorgeht.
- 1834 *In all diesen Fällen* unterbricht die vom Gläubiger angehobene Betreuung die Verjährung für den in Betreuung gesetzten Forderungsbetrag. Es sei denn, das Betreibungsbegehren wäre nichtig (vgl. BGE 53 II 207; 71 II 154 f.)<sup>794</sup>, gegebenenfalls (Nr. 1833) nach ausländischem Recht. Ist das nicht der Fall und nimmt die Betreuung ihren Lauf, so beginnt mit jedem Betreibungsakt die Verjährung von neuem (Art. 138 Abs. 2 OR).

- 1835 **3. Die Klage des Gläubigers gegen den Schuldner** (Art. 135 Ziff. 2 OR). Sie unterbricht die Verjährung. Die unterbrechende Wirkung verbindet sich mit der Klageanhebung. Doch setzt sie voraus, daß die Klage «in gültiger Form» und beim zuständigen Richter aufgehoben wird; derart, daß der Richter materiell auf sie eintritt (vgl. BGE 85 II 509 f.)<sup>795</sup>. Ist der *Schuldner Inhaber eines Gesamtbetriebes*, so tritt die Verjährungsunterbrechung namentlich auch dann ein:

<sup>793</sup> Vgl. auch B. von Büren, OR, S. 433, und W. Schönenberger, SJZ 49, 1953, S. 235.

<sup>794</sup> Vgl. auch B. von Büren, OR, S. 433. Zur Frage, ob Art. 139 OR analog anzuwenden ist: BGE 71 II 155 und 71 III 172.

<sup>795</sup> Vgl. auch B. von Büren, OR, S. 435.

- 1836 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Klage am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes aufgehoben wird, an dem für sie ein Gerichtsstand besteht (dazu Nr. 1959 ff.). Gleichgültig, ob 1. der beklagte Inhaber ein Schweizer oder Ausländer bzw. ein schweizerischer oder ausländischer Verband ist; ob es sich 2. um einen «gesetzlichen Gerichtsstand» nach Bundes- oder kantonalem Recht handelt (Nr. 1960 ff.) oder um einen staatsvertraglich stipulierten, vereinbarten, durch Einlassung begründeten oder verzeigten Gerichtsstand (Nr. 1981); und ob 3. die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammt oder nicht.
- 1837 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Klage an seinem schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort (Nr. 826) aufgehoben wird, an dem für sie ein Gerichtsstand besteht. Und zwar auch dann, wenn die eingeklagte Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes stammt, den der beklagte Inhaber im In- oder Ausland betreibt (vgl. Nr. 1972 f. und Nr. 1982).
- 1838 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Klage am ausländischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes aufgehoben wird, an dem für sie ein Gerichtsstand nach ausländischem Recht besteht (vgl. z. B. Nr. 1982)<sup>796</sup>. Gleichgültig, ob der dort beklagte Inhaber seinen (Wohn-)Sitz im In- oder Ausland hat. Gleichgültig auch, ob das Urteil in der Schweiz anerkannt und gegebenenfalls vollstreckt wird oder nicht (vgl. dazu Nr. 1982 ff.)<sup>797</sup>.
- 1839 — wenn die gegen den Inhaber gerichtete Klage an seinem ausländischen (Wohn-)Sitz aufgehoben wird, wo für sie ein Gerichtsstand nach ausländischem Recht besteht<sup>798</sup>. Und zwar auch dann, wenn die eingeklagte Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes stammt, den der Inhaber im In- oder Ausland betreibt. Gleichgültig, ob das Urteil in der Schweiz anerkannt und gegebenenfalls vollstreckt wird oder nicht (vgl. Nr. 1838)<sup>799</sup>.
- 1840 *In all diesen Fällen* hat die vom Gläubiger angehobene Klage verjährungsunterbrechende Wirkung für den eingeklagten Forderungsbetrag. Es sei denn, der zwar örtlich zuständige Richter weise die Klage mangels einer andern Voraussetzung (z. B. mangels sachlicher Zuständigkeit) zurück, ohne materiell auf sie einzutreten. Alsdann wird die Verjährung nicht unterbrochen, ihr Ablauf aber unter den Voraussetzungen des Art. 139 OR für einen Zeitraum von 60 Tagen gehemmt (vgl. dazu BGE 85 II 510; 89 II 311)<sup>800</sup>. Tritt der Richter materiell auf die Klage ein, so wird die Verjährung durch richterliche Verfügung und Parteihandlungen im Sinne des Art. 138 OR immer wieder unterbrochen.

<sup>796</sup> Maßgeblich ist einzig die Zuständigkeit nach ausländischem Recht. Vgl. A. F. Schnit-  
zer, Handbuch II, S. 668.

<sup>797</sup> Vgl. F. Kallmann, in SJZ 50, 1954, S. 89; A. F. Schnit-  
zer, Handbuch II, S. 668 f.; F.  
Vischer, in SchwPR I, S. 706. Anderer Ansicht: Becker, N. 2 zu Art. 139 OR; W. Schö-  
nenberger, SJZ 49, 1953, S. 236.

<sup>798</sup> Vgl. Anm. 796.

<sup>799</sup> Vgl. die in Anm. 797 Zitierten.

<sup>800</sup> Vgl. auch von Tuhr/Siegwart, S. 672 f., und E. Steiner, in SJZ 57, 1961, S. 43 ff.

- 1841 4. Die **Eingabe im Konkurs des Schuldners** (Art. 135 Ziff. 2 OR). Sie unterbricht die Verjährung der vom Gläubiger eingegebenen Forderung im geltend gemachten Betrag. Ist der *Schuldner Inhaber eines Gesamtbetriebes*, so kann sich diese Wirkung auch verbinden:
- 1842 — mit der Eingabe der Forderung im schweizerischen «Konkurs eines Zweigbetriebes» (Nr. 2114 ff.).
- 1843 — mit der Eingabe im ausländischen Konkurs des Inhabers; mag auch die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines schuldnerischen Zweigbetriebes in der Schweiz (z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung) stammen.
- 1844 — mit der Eingabe im schweizerischen Konkurs des Inhabers, der an einem schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort eröffnet wurde; mag auch die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines schuldnerischen Zweigbetriebes im Ausland stammen (vgl. Nr. 2069).

#### B. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1845 Aus dem Geschäftsbetrieb verschiedener Konzernbetriebe ein und desselben Konzerns entstehen — auf seiten des Konzerns — Forderungen und Schulden nicht *eines* Inhabers, sondern *verschiedener* Konzernpersonen (Nr. 1821; vgl. demgegenüber Nr. 1827).
- 1846 Entsteht die *Forderung zulasten einer Konzernperson*, so kann die Verjährung nur dann unterbrochen werden, wenn *diese* Konzernperson die Forderung anerkennt (Art. 135 Ziff. 1 OR); oder wenn sich die Rechtsverfolgungs-Handlungen des Gläubigers gegen *diese* Konzernperson richten. Die Anerkennung durch eine andere Konzernperson (z. B. durch die Muttergesellschaft) unterbricht die Verjährung nicht. Ebensowenig wird die Verjährung unterbrochen durch Rechtsverfolgungs-Handlungen (wie Klage oder Betreibung), die sich gegen eine andere Konzernperson richten. Der Umstand, daß der Konzern — gleich wie der Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes — eine wirtschaftliche Einheit bildet (Nr. 1594), vermag an dieser Rechtslage nichts zu ändern. Vorbehalten bleiben allerdings die Fälle, in denen sich ausnahmsweise ein Durchgriff rechtfertigt (Nr. 1596).
- 1847 Entsteht die *Forderung zugunsten einer Konzernperson*, so wird die Verjährung nur dann unterbrochen, wenn der Schuldner die Forderung *dieser* (nicht einer andern Konzernperson) gegenüber anerkennt; und wenn die Rechtsverfolgungs-Handlungen gegen den Schuldner von *ihr* (nicht von einer andern Konzernperson) ausgehen. Auch an dieser Rechtslage vermag die wirtschaftliche Einheit des Konzerns nichts zu ändern. Sie kann allerdings von Bedeutung sein, wenn im Streitfall die Richtung einer Anerkennung (der Adressat der Anerkennungserklärung) nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln ist.

## 5. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang infolge Auflösung eines Vertragsverhältnisses

- 1848 Von den Untergangsgründen für einzelne Forderungen zu unterscheiden sind Gründe, welche mittelbar oder unmittelbar zur *Auflösung eines Vertragsverhältnisses* führen. Mit der Vertragsauflösung, erfolge sie ex nunc oder ex tunc<sup>801</sup>, erlischt in jedem Fall die typische Hauptleistungs-Forderung im Vertrag<sup>802</sup> sowie eine allfällige Gegenforderung des Hauptleistungs-Schuldners. Andere Rechte bzw. Pflichten<sup>803</sup> können die Auflösung überdauern und bilden alsdann Inhalt eines zwar aufgelösten, aber noch nicht erloschenen Vertragsverhältnisses.
- 1849 *Im folgenden* sprechen wir zunächst vom Zweigbetrieb und vom Forderungsuntergang infolge Vertragsauflösung im allgemeinen (Nr. 1850 f.); dann vom Zweigbetrieb und von einzelnen Auflösungsgründen (Nr. 1852 ff.); schließlich verweisen wir zum Vergleich auf die Verhältnisse beim Konzernbetrieb (Nr. 1871 ff.).

### A. Zweigbetrieb und Forderungsuntergang infolge Vertragsauflösung im allgemeinen

- 1850 Was das Verhältnis zwischen Vertragsauflösung und Forderungsuntergang betrifft (Nr. 1848), so gibt der Zweigbetrieb *zu keinen Bemerkungen Anlaß*. Das gilt auch für die Mehrzahl der (Vertrags-)Auflösungsgründe, die das schweizerische Recht kennt. Mit einzelnen Auflösungsgründen wollen wir uns indessen unter dem Gesichtspunkt des Zweigbetriebes befassen. Zunächst aber stellen wir die Frage nach der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts:
- 1851 Nach welchem Recht sich die Vertragsauflösung richtet, beurteilt sich *kollisionsrechtlich* nach dem Vertragsstatut. Bei schweizerischem Vertragsstatut kommt schweizerisches Recht zur Anwendung. Auch dann, wenn das Vertragsverhältnis in irgendeiner Beziehung steht zu einem *Zweigbetrieb* im Ausland. Zum Beispiel deswegen, weil die Mietsache in einem ausländischen Zweigbetrieb verwendet wird; oder weil der Arbeitnehmer in einem ausländischen Zweigbetrieb tätig ist; oder weil die versprochene Kaufsache in einem ausländischen Zweigbetrieb produziert wird usw.

<sup>801</sup> Die Vertragsauflösung ex tunc wird auch als Vertragsaufhebung bezeichnet. Wir verwenden für beide Auflösungsarten den Ausdruck Vertragsauflösung.

<sup>802</sup> Wie z. B. die Forderung auf Übertragung der Kaufsache, auf Arbeitsleistung, auf Gebrauchsüberlassung usw.

<sup>803</sup> Zum Beispiel Abwicklungspflichten, vertragliche Restanzpflichten und nachvertragliche Pflichten. Vgl. dazu P. *Gauch*, S. 203 ff.

## B. Zweigbetrieb und einzelne Auflösungsgründe

- 1852 Die Auflösungsgründe, auf die wir im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb eintreten wollen, sind: die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit eines Vertragspartners (Nr. 1854 ff.), der vertragswidrige Gebrauch der Mietsache (Nr. 1859 ff.), der Tod des Mieters (Nr. 1863 ff.), der Tod des Arbeitgebers (Nr. 1866 ff.), der wichtige Grund beim Arbeitsverhältnis (Nr. 1867 ff.) und der Annahmeverzug des Arbeitgebers (Nr. 1870).
- 1853 Diese Auflösungsgründe wirken mit einer Ausnahme (Nr. 1866) mittelbar. Sie lassen ein Auflösungsrecht (Kündigungs- oder Rücktrittsrecht) zugunsten einer Vertragspartei entstehen, mit dessen Ausübung das Vertragsverhältnis aufgelöst wird. Dies gilt auch für die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit eines Vertragspartners:

### a. DIE NACHTRÄGLICHE ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT DES VERTRAGSPARTNERS

- 1854 Sie bildet unter bestimmten Voraussetzungen einen *mittelbaren Auflösungsgrund* zugunsten der andern Vertragspartei: sei es nach dem allgemeinen Art. 83 OR<sup>804</sup>; sei es nach speziellen Bestimmungen des OR (Art. 266<sup>805</sup>; 316 Abs. 1<sup>806</sup> und 337a).
- 1855 Dieser Auflösungsgrund wirkt selbstverständlich auch dann, wenn der **Inhaber eines Zweigbetriebes**, somit ein Gesamtbetriebs-Inhaber (Nr. 1592), **Vertragspartner ist und zahlungsunfähig** wird. Seine Zahlungsunfähigkeit im hier verstandenen Sinne tritt ein, wenn seine *gesamten* Geldmittel nicht mehr ausreichen, um seinen fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen<sup>807</sup>. Nicht schon dann, wenn die bei einem Zweigbetrieb konzentrierten Geldmittel nicht genügen, um die fälligen Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes (z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung) zu decken.

<sup>804</sup> Art. 83 OR ist auch auf Dauerverträge anwendbar. Doch wandelt sich hier nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung das vorgesehene Rücktrittsrecht (Art. 83 Abs. 2 OR) in ein Kündigungsrecht um. Zum Ganzen vgl. P. *Gauch*, S. 96 f.

<sup>805</sup> Nach dem Wortlaut des Art. 266 OR ist es der Konkurs des Mieters, der das Auflösungsrecht des Vermieters entstehen läßt. Dem Inhalt der Bestimmung nach knüpft sich jedoch das entstehende Auflösungsrecht nicht an den Konkurs als solchen, sondern an die durch den Konkurs manifestierte Zahlungsunfähigkeit des Mieters. Dazu P. *Gauch*, S. 105 und, zum Verhältnis zwischen Art. 266 und 83 Abs. 2 OR, S. 107 f.

<sup>806</sup> Das Recht, die Aushändigung des Darlehens nach Art. 316 Abs. 1 OR zu verweigern, ist ein Rücktrittsrecht (vgl. P. *Gauch*, S. 100). Dieses Rücktrittsrecht steht dem Darlehensgeber nach Art. 316 Abs. 2 auch dann zu, wenn der Darlehensnehmer vor Vertragsabschluß zahlungsunfähig geworden ist. Zum Verhältnis zwischen Art. 316 und Art. 83 Abs. 2 OR vgl. P. *Gauch*, S. 104 f.

<sup>807</sup> Vgl. P. *Gauch*, S. 93.

- 1856 Demonstriert wird die Zahlungsunfähigkeit des Gesamtbetriebs-Inhabers namentlich durch den **Konkurs** (Art. 83 Abs. 1 OR). Fällt der Gesamtbetriebs-Inhaber in Konkurs, so ist ohne weiteres Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, die seinen Vertragspartner unter den Voraussetzungen der anwendbaren Bestimmungen (Art. 83 bzw. 266, 316 Abs. 1 und 337a OR) zur Vertragsauflösung berechtigt. Dies gilt auch:
- 1857 — wenn über einen Gesamtbetriebs-Inhaber mit (Wohn-)Sitz im Ausland der Konkurs am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes eröffnet wird (dazu Nr. 2114 ff.). Auch bei diesem «*Konkurs des Zweigbetriebes*» (Nr. 2116) rechtfertigt es sich, ohne weiteres Zahlungsunfähigkeit des konkursiten Gesamtbetriebs-Inhabers anzunehmen. Sind die übrigen Voraussetzungen ebenfalls gegeben, so können die Vertragspartner des Gesamtbetriebs-Inhabers zur Vertragsauflösung schreiten; und zwar unabhängig davon, ob ihre Verträge in Zusammenhang mit dem betreffenden Zweigbetrieb stehen oder nicht. So berechtigt die durch den «*Konkurs des Zweigbetriebes*» manifestierte Zahlungsunfähigkeit des Inhabers auch solche Arbeitnehmer zur Vertragsauflösung nach Art. 337a OR, die nicht im betreffenden Zweigbetrieb tätig sind. Oder sie berechtigt den Vermieter zur Vertragsauflösung nach Art. 266 OR; gleichgültig, ob das dem Gesamtbetriebs-Inhaber vermietete Objekt (z. B. ein Geschäftslokal) für den betreffenden Zweigbetrieb verwendet wird oder nicht.
- 1858 — wenn der *Gesamtbetriebs-Inhaber im Ausland in Konkurs* gerät. Die durch den ausländischen Konkurs manifestierte Zahlungsunfähigkeit des Inhabers berechtigt auch solche Vertragspartner zur Vertragsauflösung nach den anwendbaren Bestimmungen, deren Verträge in Zusammenhang mit einem Zweigbetrieb in der Schweiz stehen. Zum Beispiel können sich auch Arbeitnehmer in diesem Zweigbetrieb auf Art. 337a OR berufen. Oder es können sich Vermieter auf Art. 266 OR stützen, obwohl das dem Inhaber vermietete Objekt (z. B. ein Geschäftslokal) für einen Zweigbetrieb in der Schweiz verwendet wird.

#### b. DER VERTRAGSWIDRIGE GEBRAUCH DER MIETSACHE

- 1859 Er ist ein mittelbarer Auflösungsgrund, der nach Art. 261 Abs. 2 OR ein Recht des Vermieters zur sofortigen Vertragsauflösung entstehen läßt. Dieses Recht setzt in aller Regel eine *fruchtlose Abmahnung* voraus<sup>808</sup>. Die Abmahnung hat sich an den Mieter zu richten. Auch dann, wenn der Mieter Inhaber eines Gesamtbetriebes ist, der das **Mietobjekt für einen Zweigbetrieb verwendet** (z. B. ein Geschäftslokal). *Richtiger Adressat der vorausgesetzten Abmahnung* ist hier der Gesamtbetriebs-Inhaber, nicht etwa ein Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes. Abmahnungen, die sich an Mitarbeiter des Zweigbetriebes persönlich richten, sind

<sup>808</sup> Es sei denn, der Mieter füge durch offenbar mißbräuchliches Verhalten der Mietsache dauernden Schaden zu (Art. 261 Abs. 2 OR); oder aus seinem Verhalten gehe sonstwie hervor, daß sich eine Abmahnung als unnütz erweisen würde. Dazu P. *Gauch*, S. 139.

keine Abmahnungen im Sinne des Art. 261 Abs. 2 OR. *Im einzelnen* ist ein Mehrfaches zu beachten:

- 1860 — Mitarbeiter eines Zweigbetriebes können (z. B. als Prokuristen) passiv vertretungsberechtigt sein. Die dem Wortlaut nach an sie gerichtete Abmahnung hat alsdann als Abmahnung, gerichtet an den vertretenden Gesamtbetriebs-Inhaber, zu gelten.
- 1861 — Wird der Zweigbetrieb unter einer Zweigniederlassungs-Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma des Inhabers betrieben, so ist für die Wirksamkeit der Abmahnung nicht verlangt, daß der adressierte Inhaber mit dieser Zweigniederlassungs-Firma (z. B. «Desinfecta AG, Zürich, Filiale Bern») bezeichnet wird.
- 1862 — Nicht verlangt für die Wirksamkeit der Abmahnung ist, daß die Abmahnung dem Inhaber über den betreffenden Zweigbetrieb zugestellt wird.

### c. DER TOD DES MIETERS

- 1863 Er ist nach Art. 270 OR ein mittelbarer Auflösungsgrund für Mietverträge, die mindestens auf ein Jahr fest geschlossen wurden. Er läßt ein außerordentliches Auflösungsrecht zugunsten der Erben und des Vermieters entstehen.
- 1864 In diesem Zusammenhang stellt sich die *Frage, ob sich* das außerordentliche **Auflösungsrecht des Vermieters auch auf Mietverträge mit einem Gesamtbetriebs-Inhaber über das Geschäftslokal eines Zweigbetriebes** (z. B. einer in der Schweiz eingetragenen Zweigniederlassung) *bezieht*. Kann der Vermieter, gestützt auf Art. 270 OR, das betreffende Mietverhältnis auflösen, wenn der Gesamtbetriebs-Inhaber, der eine natürliche Person ist, stirbt? Wir neigen zu einer *negativen Antwort*. Denn: 1. ist es zweifelhaft, ob das Auflösungsrecht des Vermieters nach Art. 270 überhaupt für den Sonderfall bestimmt ist, da die Mietsache in einem Geschäftslokal (z. B. auch im Geschäftslokal eines Hauptbetriebes, Nr. 1592) besteht<sup>809</sup>. Und 2. steht fest, daß dieses Auflösungsrecht auf Fälle zugeschnitten ist, in denen es dem Vermieter, vom Gebrauch der Sache her, auf die Person des Mieters ankommt<sup>810</sup>. Bei Mietverträgen über das Geschäftslokal eines Zweigbetriebes ist dies in aller Regel nicht der Fall.

<sup>809</sup> Bei der Miete von Geschäftslokalen steht das mögliche Interesse des Vermieters an der vorzeitigen Vertragsauflösung bei Tod des Mieters in aller Regel in keinem Verhältnis zum Interesse der Erben an der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Die vorzeitige Vertragsauflösung zwingt hier die Erben, den im betreffenden Geschäftslokal eingerichteten Betrieb kurzfristig zu verlegen oder vorübergehend oder dauernd einzustellen. Diese Wirkung der vorzeitigen Vertragsauflösung gefährdet die Vermögensinteressen der Erben in einer Weise, welche das Auflösungsrecht des Vermieters nach Art. 270 in höchstem Grade als ungerechtfertigt erscheinen läßt. Die Annahme liegt daher nahe, das betreffende Auflösungsrecht sei für die Miete von Geschäftslokalen, als einem Sonderfall der Miete überhaupt, gar nicht gewollt.

<sup>810</sup> Deswegen, weil der Mieter — nach Meinung der Parteien — am Gebrauch der ihm anvertrauten Mietsache in eigener Person teilhat, indem er sie persönlich (eventuell

- 1865 Was dagegen das außerordentliche **Auflösungsrecht der Erben** betrifft, so ist es unseres Erachtens *auch für Mietverträge über das Geschäftslokal eines Zweigbetriebes gegeben*, den der Verstorbene betrieb. Denn: Das Auflösungsrecht der Erben nach Art. 270 OR besteht aus sozialpolitischen Gründen; aus Gründen, die in den Erben selber liegen. Die Erben sollen nicht gezwungen sein, ein überflüssig oder finanziell untragbar gewordenes Vertragsverhältnis auszuhalten<sup>811</sup>. Nach dieser ratio legis ist ihr außerordentliches Auflösungsrecht auch auf Fälle zugeschnitten, in denen das Mietobjekt ein Geschäftslokal, gegebenenfalls eines Zweigbetriebes, ist.

#### d. DER TOD DES ARBEITGEBERS

- 1866 Er ist nach Art. 338a Abs. 2 OR ein unmittelbarer Auflösungsgrund, der ohne weiteres (ohne Erklärung) zur Auflösung des Vertragsverhältnisses führt. Jedoch nur dann, *wenn «das Arbeitsverhältnis wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebers eingegangen worden ist»*<sup>812</sup>: Wenn sich mit andern Worten der Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung derart nach der Person des Arbeitgebers richtet, daß ein Wechsel in seiner Person den Leistungsinhalt erheblich verändert<sup>813</sup>. Für *Arbeitsverhältnisse mit Mitarbeitern eines Zweigbetriebes* dürfte dies kaum jemals zutreffen. Namentlich ist eine derartige Konnexität zwischen Arbeitsleistung und Person des Arbeitgebers nicht schon deswegen anzunehmen, weil der Arbeitnehmer im Zweigbetrieb Leitungsfunktionen ausübt. Obwohl der Leiter eines Zweigbetriebes zum Arbeitgeber in einem qualifizierten Vertrauensverhältnis steht, richtet sich der Inhalt seiner Arbeitsleistung nicht in der umschriebenen Art nach der Person des Arbeitgebers. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Individualität des Arbeitgebers Anlaß zum Vertragsabschluß sein mochte<sup>814</sup>.

#### e. DER WICHTIGE GRUND BEIM ARBEITSVERHÄLTNIS

- 1867 Er bildet nach Art. 337 OR einen mittelbaren Auflösungsgrund für jedes Arbeitsverhältnis. Aus wichtigem Grund kann sowohl der Arbeitgeber als auch der Ar-

zusammen mit Hilfspersonen, wie Familienangehörigen) verwendet. Hier soll sich der Vermieter beim Tod des Mieters frei entscheiden können, ob er die Mietsache auch den Erben überlassen will. Darin liegt der Zweck seines Auflösungsrechtes. Vgl. P. Gauch, S. 70 f.

<sup>811</sup> Vgl. P. Gauch, S. 67 f.

<sup>812</sup> Zu den restlichen Fällen: Art. 338a Abs. 1 OR.

<sup>813</sup> Vgl. dazu P. Gauch, S. 73.

<sup>814</sup> Vgl. dazu P. Gauch, S. 73, Anm. 1. Hat die Individualität des Arbeitgebers den Arbeitnehmer zum Vertragsabschluß bestimmt (z. B. wurde der Vertrag vom Arbeitnehmer nur deswegen geschlossen, weil der Arbeitgeber sein Bruder, Freund oder Vater war), so ist immerhin denkbar, daß der Tod des Arbeitgebers einen stillschweigend vereinbarten Auflösungsgrund bildet.

beitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Das gilt auch dann, wenn der *Arbeitnehmer in einem Zweigbetrieb des Arbeitgebers tätig* ist. Hier stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag aus wichtigem Grunde auflösen kann, wenn ihm die Arbeitsleistung im betreffenden Zweigbetrieb unzumutbar wird. Und ob — umgekehrt — der Arbeitgeber ein Auflösungsrecht aus wichtigem Grunde hat, wenn es für ihn unzumutbar ist, den Arbeitnehmer weiterhin im betreffenden Zweigbetrieb zu beschäftigen.

- 1868 *Zwei Fälle* sind zu unterscheiden: 1. Der Arbeitnehmer schuldet nach dem durch Auslegung ermittelten Inhalt des Vertrages Arbeitsleistungen gerade und nur im betreffenden Zweigbetrieb, nicht in einem andern Betrieb des Gesamtbetriebes. Diese Rechtslage kann sich aus dem vereinbarten Arbeitsort, der vereinbarten Arbeitsart oder daraus ergeben, daß der Arbeitnehmer als Mitarbeiter (z. B. als Leiter) dieses, und nicht eines andern Betriebes angestellt wurde. 2. Der Arbeitnehmer hat nach dem Inhalt des Vertrages die Arbeitsleistung — bei entsprechender Anweisung — auch in einem andern Betrieb des Gesamtbetriebes zu erbringen; sei es in einem *bestimmten* andern Betrieb (z. B. in einem Zweigbetrieb am gleichen Ort oder in einem Hauptbetrieb, Nr. 1592); oder sei es in *jedem* andern Betrieb des Gesamtbetriebes.
- 1869 Im *ersten Fall* kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde auflösen, wenn ihm die Weiterarbeit im betreffenden Zweigbetrieb unzumutbar ist. Gleiches gilt für den Arbeitgeber, wenn es ihm unzumutbar ist, den Arbeitnehmer weiterhin im betreffenden Zweigbetrieb zu beschäftigen. Im *zweiten Fall* dagegen hat der Arbeitnehmer kein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund, sofern der Arbeitgeber bereit ist, die vereinbarte Arbeit im andern Betrieb des Gesamtbetriebes entgegenzunehmen; es sei denn, auch die Arbeitsleistung in diesem Betrieb erweise sich für den Arbeitnehmer als unzumutbar. Umgekehrt hat hier der Arbeitgeber nur dann ein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund, wenn es ihm unzumutbar ist, die vereinbarte Arbeit auch im andern Betrieb des Gesamtbetriebes entgegenzunehmen.

#### f. DER ANNAHMEVERZUG DES ARBEITGEBERS

- 1870 Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er nach Art. 324 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet. Was den Arbeitnehmer betrifft, so ist er bei Annahmeverzug des Arbeitgebers zur Vertragsauflösung nach Art. 95 OR berechtigt<sup>815</sup>. Handelt es sich um einen *Arbeitnehmer, der in einem Zweigbetrieb tätig ist*, so sind auch hier *zwei Fälle* zu unterscheiden: 1. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeitsleistungen gerade und nur im betreffenden Zweigbetrieb (Nr. 1868, erster Fall). Verweigert der Arbeitgeber die Annahme

<sup>815</sup> Vgl. dazu im einzelnen P. *Gauch*, S. 171.

der Arbeit in diesem Zweigbetrieb, so kommt er in Annahmeverzug; auch dann wenn er bereit ist, die Arbeitsleistung in einem andern Betrieb des Gesamtbetriebes, sei es ein Haupt- oder Zweigbetrieb, entgegenzunehmen<sup>816</sup>. 2. Der Arbeitnehmer hat die geschuldete Arbeitsleistung — bei entsprechender Anweisung — auch in einem andern Betrieb des Gesamtbetriebes zu leisten (Nr. 1868, zweiter Fall). In Annahmeverzug gerät hier der Arbeitgeber einzig dann, wenn er die Annahme der vereinbarten Arbeit auch in diesem Betrieb verweigert.

### C. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1871 Während beim Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes stets nur der betreffende Gesamtbetriebs-Inhaber als Vertragspartei in Frage kommt, können beim Gesamtbetrieb des Konzernbetriebes (Nr. 1594) verschiedene Konzernpersonen (Nr. 1595) an verschiedenen Vertragsverhältnissen beteiligt sein. Hier bedarf es daher einer zweifachen *Feststellung, die sich für den Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes erübrigt*:
- 1872 1. Die Frage nach dem Bestand eines Auflösungsgrundes ist stets im Hinblick auf die am Vertragsverhältnis beteiligte Konzernperson zu stellen. Ein Auflösungsrecht infolge nachträglicher Zahlungsunfähigkeit (Nr. 1854) besteht für den Vertragspartner einer Konzernperson z. B. nur dann, wenn *diese* Konzernperson zahlungsunfähig geworden ist; nicht auch, wenn eine verbundene Konzernperson (z. B. eine Muttergesellschaft) zahlungsunfähig wird.
- 1873 2. Ein Auflösungsrecht kann nur der am Vertragsverhältnis beteiligten Konzernperson zustehen. Die Rücktritts- oder Kündigungserklärung einer andern Konzernperson (z. B. einer Muttergesellschaft) ist zum vorneherein wirkungslos. Wirkungslos ist umgekehrt auch eine Rücktritts- oder Kündigungserklärung des Dritten, die sich nicht an die am Vertragsverhältnis beteiligte Konzernperson, sondern an eine verbundene Konzernperson richtet. Vorbehalten bleiben immerhin Fälle, in denen sich ein Durchgriff rechtfertigt (Nr. 1596).

## V. ZWEIFBETRIEB UND ÜBERGANG VON FORDERUNGEN UND SCHULDEN

- 1874 Einzelne Forderungen und Schulden aus einem Sonderverhältnis können nach schweizerischem Obligationenrecht ihre Träger wechseln; derart, daß bei fortbestehender Obligation ein Gläubiger- bzw. Schuldnerwechsel eintritt. Der so verstandene Forderungs- und Schuldübergang beruht auf Rechtsgeschäft oder Gesetz. Er ist zu unterscheiden von der Neuerung mit Gläubiger- und Schuldner-

<sup>816</sup> Diese Bereitschaft hat bestenfalls eine Verminderung der Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324 Abs. 1 OR) in Anwendung des Art. 324 Abs. 2 OR zur Folge.

wechsel (Nr. 1791); ferner vom Übergang eines Vertragsverhältnisses (dazu Nr. 1916 ff.).

1875 *Im folgenden* besprechen wir — mit Blick auf den Zweigbetrieb — zunächst den Übergang von Forderungen und Schulden im allgemeinen (Nr. 1876 ff.). Dann sprechen wir im besondern vom gesetzlichen Schuldübergang nach Art. 181 OR (Nr. 1882 ff.). Schließlich ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1910 ff.). Bei all diesen Ausführungen gehen wir davon aus, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Was *die kollisionsrechtliche Frage* betrifft, sei verwiesen auf Nr. 1880 f., Nr. 1893 f. und Nr. 1903.

## 1. Zweigbetrieb und Forderungs- bzw. Schuldübergang im allgemeinen

1876 Der rechtsunfähige Zweigbetrieb ist, wie mehrmals gesagt, unfähig, Gläubiger oder Schuldner zu sein. Eine Forderung oder Schuld kann somit weder *von ihm* noch *auf ihn* übergehen; auch dann nicht, wenn der Zweigbetrieb in einem schweizerischen Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragen ist und gegebenenfalls unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591). Überhaupt ist ein **Forderungs- oder Schuldübergang innerhalb des Gesamtbetriebes**, dem der Zweigbetrieb als Bestandteil zugehört, ausgeschlossen. Denn jeder Betrieb dieses Gesamtbetriebes wird ja vom gleichen Inhaber betrieben (Nr. 1592).

1877 Das Gesagte trifft zu für wirkliche Forderungen und Schulden. Nicht für *buchhalterische Forderungen und Schulden*, für die der Zweigbetrieb innerhalb des Gesamtbetriebes wie ein Gläubiger oder Schuldner behandelt wird (Nr. 138). Diese «Forderungen» und «Schulden», die keine Forderungen und Schulden im Rechtssinne sind, können im internen Rechnungsverhältnis des Gesamtbetriebes durchaus einem andern «Träger» zugeschrieben werden. Ein derartiger Wechsel ist indessen *kein wirklicher Gläubiger- oder Schuldnerwechsel*. Er untersteht zum vorneherein nicht den Regeln des Obligationenrechts, sondern betriebsinternen Anweisungen und Vorschriften, die den entsprechenden Regeln des Obligationenrechts parallel laufen können, aber nicht müssen. Dasselbe gilt für den Fall, da die wirkliche Forderung oder Schuld eines Inhabers, die in den Büchern des einen Zweigbetriebes verbucht ist, auf einen anderen Betrieb innerhalb des Gesamtbetriebes, einen Hauptbetrieb oder Zweigbetrieb, «übergeht», indem sie dort verbucht wird.

1878 Wird die *buchhalterische Forderung eines Zweigbetriebes von dessen Inhaber an einen außenstehenden Dritten «abgetreten»*, so qualifiziert sich die betreffende «Abtretungserklärung», wenn überhaupt, als Leistungsversprechen des Inhabers: als Versprechen, die durch die buchhalterische Forderung bezeichnete Leistung dem Dritten zu erbringen. Analoges gilt, wenn ein außenstehender Dritter die

buchhalterische Schuld eines Zweigbetriebes «übernimmt». In beiden Fällen liegt ein selbständiges Verpflichtungsgeschäft vor, keine Abtretung oder Schuldübernahme im Rechtssinne. Durch dieses Verpflichtungsgeschäft verwandeln sich die buchhalterischen Forderungen und Schulden in wirkliche Forderungen und Schulden<sup>817</sup>. Deren Träger wird auf seiten des Zweigbetriebes: der Inhaber des Gesamtbetriebes, der den Zweigbetrieb als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt.

1879 Dieser **Gesamtbetriebs-Inhaber**, dem alle Leistungseinheiten seines Gesamtbetriebes gehören (Nr. 1592), kann *Gläubiger und Schuldner im Rechtssinne sein*. Seine Forderungen und Schulden können nach schweizerischem Recht auf Dritte übergehen; von Gesetzes wegen, namentlich aber durch Rechtsgeschäft: durch Abtretung (Art. 164 OR) bzw. durch privative Schuldübernahme (Art. 175 f. OR). Dies betrifft natürlich auch *Forderungen und Schulden, die dem Inhaber aus dem Geschäftsbetrieb eines seiner Zweigbetriebe erwachsen sind*. So kann der Inhaber auch diese Forderungen unter den Voraussetzungen der Art. 164 ff. OR einem Dritten abtreten. Und seine Schulden aus dem Geschäftsbetrieb seines Zweigbetriebes können von einem Dritten mit befreiender Wirkung für den Inhaber übernommen werden: durch externen Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger nach Art. 176 OR (der seinen Grund in einer internen Schuldübernahme nach Art. 175 OR haben kann).

1880 Abtretung nach Art. 164 bzw. privative Schuldübernahme nach Art. 175 f. OR setzen voraus, daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Es stellt sich daher die *Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung* von Fällen mit disnationalen Elementen. Für das schweizerische IPR wird die Frage richtigerweise so beantwortet, daß sich das auf die Abtretung und rechtsgeschäftliche Schuldübernahme anwendbare Recht nach dem Schuldstatut der abgetretenen Forderung (vgl. BGE 95 II 113) bzw. der übernommenen Schuld bestimmt<sup>818</sup>. Ob der Zweig-

<sup>817</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 24.

<sup>818</sup> *Das Schuldstatut der abgetretenen Forderung* entscheidet über die Abtretbarkeit der Forderung, über die materiellen und formellen Voraussetzungen der Abtretung und über das Verhältnis zwischen Schuldner und Neugläubiger (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Allgem. Einleitung, N. 376 ff.; F. *Vischer*, in SchwPR I, S. 706). Was die formelle Voraussetzung der Abtretung (die Form) betrifft, so genügt allerdings auch die Beobachtung der Form nach dem Recht des Ortes, an dem die Abtretungserklärung des Gläubigers abgegeben wurde (BGE 93 II 478 f.). Das Kausalverhältnis zwischen Alt- und Neugläubiger untersteht dem eigenen Statut (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., und F. *Vischer*, a.a.O.).

Dem *Statut der übernommenen Schuld* untersteht der externe (eigentliche) Schuldübernahmevertrag und das Verhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., N. 386; anderer Ansicht F. *Vischer*, a.a.O., S. 708). Der interne Schuldübernahmevertrag, der das Motiv der externen Schuldübernahme bilden kann, untersteht dem eigenen Statut (vgl. *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., N. 385; F. *Vischer*, a.a.O., S. 708).

*betrieb*, aus dessen Geschäftsbetrieb die Forderung oder Schuld stammt, im In- oder Ausland betrieben wird, ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechtes gleichgültig.

- 1881 Ein *Sonderfall* liegt allerdings vor, wenn die Abtretung im Zusammenhang mit einer Geschäftsübernahme erfolgt (dazu Nr. 1884 ff.). Hier rechtfertigt es sich, das auf die Abtretung anwendbare Recht für alle Forderungen, die auf den Erwerber des Geschäftes übergehen sollen, einheitlich zu bestimmen, ohne Rücksicht auf das individuelle Statut der einzelnen Forderung. Wird nur der Zweigbetrieb eines Geschäftes übernommen (Nr. 1899 ff.), so ist richtigerweise das Recht am «Sitz»-Ort dieses Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) anzuwenden.

## 2. Zweigbetrieb und gesetzlicher Schuldübergang nach Art. 181 OR

- 1882 Bei der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven gehen die Geschäftsschulden nach Art. 181 Abs. 1 OR ohne weiteres, *von Gesetzes wegen* (BGE 60 II 107), auf den Erwerber über, sobald vom Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern angekündigt worden ist. Ein externer Schuldübernahmevertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger (Art. 176 OR) ist nicht erforderlich (vgl. BGE 49 II 251; 60 II 107). Doch haftet der bisherige Schuldner nach Art. 181 Abs. 2 OR noch während zwei Jahren solidarisch mit dem neuen. Erst zwei Jahre nach erfolgter Mitteilung oder Ankündigung wirkt der Schuldübergang privativ. Diese Bestimmung des Art. 181 Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung, «lorsqu'une société est liquidée par la reprise de ses actifs et passifs par une autre corporation» (BGE 87 I 304).
- 1883 *Im folgenden* sprechen wir vom gesetzlichen Schuldübergang nach Art. 181 OR: zunächst bei der Geschäftsübernahme im allgemeinen (Nr. 1884 ff.); dann bei der Übernahme eines Geschäftes mit Zweigbetrieben (Nr. 1889 ff.); bei der Übernahme nur eines Zweigbetriebes (Nr. 1899 ff.); und schließlich bei der Übernahme nur eines Hauptbetriebes (Nr. 1907 ff.).

### A. Schuldübergang bei Übernahme eines Geschäftes im allgemeinen

- 1884 Das **Geschäft des Art. 181 OR** wird im Gesetz nicht definiert. Doch besteht kein Grund, dieses Geschäft anders zu verstehen als das Geschäft des Art. 934 oder 953 OR. Es ist eine Leistungseinheit (z. B. eine mechanische Schreinerei, BGE 60 II 101; oder ein Stadtplangeschäft, BGE 79 II 292), das für Dritte und gegen Entgelt produziert. Es ist kein Vermögen im Rechtssinne. In Art. 181 OR wird es dem Vermögen denn auch ausdrücklich gegenübergestellt, indem dieser Artikel von Vermögen *oder* Geschäft spricht. Immerhin sind mit dem Geschäft bestimmte Aktiven und Passiven des Inhabers verbunden, die das Geschäftsvermögen (das Betriebsvermögen) des Inhabers bilden. Zusammen mit diesem Geschäftsver-

mögen, das im weiteren Sinne auch nicht bilanzierte Werte wie die Chancen (namentlich den goodwill und die Kundschaft) umfaßt, kann das Geschäft als «Unternehmen» bezeichnet werden (Nr. 533). Nach herrschender Lehre wird demgegenüber das Geschäft selbst als Vermögen verstanden<sup>819</sup>: als Inbegriff von Aktiv- und Passivposten<sup>820</sup>. Diese Lehre verwechselt das Geschäft mit dem dazugehörigen Geschäftsvermögen.

- 1885 *Wer ein Geschäft übernimmt* (Art. 181 OR, vgl. auch Art. 953 OR), wird neuer Inhaber des Geschäftes, an Stelle des bisherigen Inhabers (vgl. BGE 75 II 302). Durch die **Geschäftsübernahme** erhält er dingliche bzw. obligatorische Rechte, die ihm die Herrschaft über die Leistungseinheit Geschäft («la place . . . à la tête de l'entreprise», BGE 79 II 154) verschaffen; derart, daß er in die Lage kommt, die zur Leistungseinheit verbundenen Produktionsfaktoren auf eigene Rechnung und Gefahr einzusetzen (vgl. Nr. 538), somit das Geschäft, eventuell unter der bisherigen Geschäftsfirma mit Nachfolgezusatz (Art. 953 OR), weiterzubetreiben<sup>821</sup>. Diese Übernahme hat ihren Grund in einem obligatorischen Übernahmevertrag zwischen altem und neuem Inhaber (vgl. z. B. BGE 79 II 290), mit dessen Erfüllung die Herrschaft auf den Erwerber übergeht, die Geschäftsübernahme also abgeschlossen wird.
- 1886 Im *Übernahmevertrag* (Nr. 1885) wird vereinbart, welche *Aktiven* des Geschäftsvermögens dem neuen Inhaber (durch Abtretung, Besitzübertragung, Indossament, Grundbucheintragung usw.) übertragen werden sollen. Damit eine Geschäftsübernahme eintreten kann, ist vorausgesetzt, daß die Übertragung mindestens jener Rechte vereinbart wird, welche dem neuen Inhaber die Herrschaft über die Leistungseinheit Geschäft verschaffen. Einzelne Aktiven des Geschäftsvermögens dagegen können von der Übertragung ausgeschlossen werden, ohne daß dies dem Schuldübergang nach Art. 181 OR entgegensteht (vgl. BGE 79 II 291).
- 1887 Die Geschäftsübernahme setzt nach dem Gesagten stets die Übernahme von Aktiven aus dem Geschäftsvermögen voraus. Wird im Übernahmevertrag vereinbart, daß *auch Passiven des Geschäftsvermögens* («dettes de l'entreprise», BGE 79 II 155) auf den neuen Inhaber übergehen sollen, so erfolgt **die Geschäftsübernahme «mit Aktiven und Passiven»**<sup>822</sup>. Der Übernehmer, welcher diese Geschäfts-

<sup>819</sup> Vgl. z. B. G. Buchli, S. 14; A. Bühler, S. 6 f.; B. von Büren, OR, S. 352 f.; Oserl/Schönenberger, N. 5 zu Art. 181; von Tuhr/Siegrwart, S. 844.

<sup>820</sup> wie sich B. von Büren, OR, S. 353, ausdrückt.

<sup>821</sup> Vgl. R. Mezger, S. 80.

<sup>822</sup> Hier übernimmt der Erwerber das Geschäft mit dazugehörigem Geschäftsvermögen, verstanden als Sondervermögen, das aus Aktiven und Passiven besteht. So gesehen, ist die Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven ein Anwendungsfall der Vermögensübernahme überhaupt (G. Buchli, S. 51), ohne daß aber das Geschäft selber ein Vermögen ist.

übernahme unter Hinweis auf die übernommenen Passiven durch private Mitteilung oder öffentliche Auskündigung den Gläubigern kundgibt, wird von Gesetzes wegen Schuldner der intern übernommenen Verbindlichkeiten (Nr. 1882)<sup>823</sup>. Die *Kundgabe* verleiht der internen Abmachung externe Wirkung<sup>824</sup>. Stimmt sie, was den Umfang der übernommenen Passiven betrifft, mit der internen Vereinbarung nicht überein<sup>825</sup>, so ist den Gläubigern gegenüber die Kundgabe maßgeblich (vgl. BGE 60 II 104; 79 II 291): so, wie sie diese nach Treu und Glauben verstehen mußten und durften (vgl. BGE 79 II 154 und 292 f.)<sup>826</sup>.

- 1888 Eine konsequente *Weiterführung des Art. 181 OR* enthält Art. 182 für die «Vereinigung und Umwandlung von Geschäften». Darauf sei hier pro memoria verwiesen.

## B. Schuldübergang bei Übernahme eines Geschäftes mit Zweigbetrieben

- 1889 Das Geschäft des Art. 934 OR kommt in zwei Erscheinungsformen vor: als einfaches und als zusammengesetztes Geschäft (Nr. 534). Dies gilt auch für das Geschäft des Art. 181 OR. Ist es zusammengesetzt (Nr. 536), so kann es ein *Gesamtbetrieb mit Zweigbetrieben* sein.
- 1890 Trifft dies zu, so kann der **Gesamtbetrieb Geschäft als Ganzes, unter Einschluss all seiner Zweigbetriebe, übernommen** werden. Der bisherige Inhaber überträgt hier dem Erwerber (mindestens) jene Rechte des Geschäftsvermögens, die erforderlich sind, um die Herrschaft über den ganzen Gesamtbetrieb zu sichern; derart, daß der Erwerber in die Lage kommt, den Gesamtbetrieb Geschäft an Stelle des bisherigen Inhabers auf eigene Rechnung und Gefahr weiterzubetreiben (vgl. Nr. 1885 f.). Der Erwerber wird Inhaber des ganzen Gesamtbetriebes Geschäft. Er wird Inhaber jedes Betriebes, den das Geschäft umfaßt, namentlich auch jedes Zweigbetriebes.

<sup>823</sup> Die Kundgabe des Inhaberwechsels allein genügt nicht, damit — bei interner Schuldübernahme — der Schuldnerwechsel nach Art. 181 OR eintritt (anderer Ansicht offenbar BGE 75 II 302). Denn: «il doit ... ressortir clairement de l'avis que le reprenant a pris place du cédant ... comme débiteur» (BGE 79 II 155). Dies aber ist nicht der Fall, wenn sich die Mitteilung oder Auskündigung auf die Kundgabe des Inhaberwechsels beschränkt (so auch R. *Mezger*, S. 108 f.; anderer Ansicht B. *von Büren*, OR, S. 353); kann doch ein Inhaberwechsel mit oder ohne Schuldübernahme erfolgen (vgl. BGE 79 II 155).

<sup>824</sup> Ohne Kundgabe erfolgt kein Schuldübergang. Vgl. z. B. B. *von Büren*, OR, S. 353; G. *Buchli*, S. 34; BGE 49 II 250 f.; vgl. demgegenüber *Becker*, N. 6 zu Art. 181 und dort zitierte Autoren.

<sup>825</sup> Sei es, daß die Kundgabe über die interne Vereinbarung hinausgeht, sei es, daß sie hinter dieser zurückbleibt.

<sup>826</sup> Vgl. auch R. *Mezger*, S. 20.

- 1891 Vereinbaren die Parteien im Übernahmevertrag, daß auch *Passiven des Geschäftsvermögens* auf den Erwerber übergehen, so gilt das in Nr. 1887 Gesagte. Mit entsprechender Kundgabe gehen die intern übernommenen Verbindlichkeiten nach Art. 181 OR auf den Erwerber über. Und zwar **auch Verbindlichkeiten, die aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes stammen**. Denn die Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, der Bestandteil eines Geschäftes bildet, sind Passiven des ganzen Geschäftsvermögens. Gleiches gilt für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Hauptbetriebes, den der übernommene Gesamtbetrieb Geschäft neben den Zweigbetrieben umfassen kann (Nr. 1592).
- 1892 **Im einzelnen** sind folgende Punkte herauszuheben:
- 1893 — *Kollisionsrechtlich* stellt sich die Frage, ob Art. 181 OR überhaupt zur Anwendung kommt. Oder allgemeiner gesagt: Es fragt sich, welches Recht bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Geschäftsschulden mit der Übernahme des Geschäftes auf den Erwerber übergehen. In der Literatur finden sich verschiedene Antworten<sup>827</sup>. Sicher darf in diesem Zusammenhang weder auf das individuelle Statut der einzelnen Schuld<sup>828</sup> noch auf das Statut des Übernahmevertrages abgestellt werden<sup>829</sup>. Vielmehr scheint es uns richtig, am «Hauptsitz»-Ort des Geschäftes anzuknüpfen (Nr. 865)<sup>830</sup>, der mit dem «Sitz»-Ort eines möglichen Hauptbetriebes zusammenfällt (Nr. 872), aber vom (Wohn-)Sitz-Ort des Inhabers zu unterscheiden ist (Nr. 868). Liegt der «Hauptsitz»-Ort des Geschäftes (der Ort der geschäftlichen Gesamtleitung) in der Schweiz, so ist Art. 181 OR anwendbar. Liegt er im Ausland, so kommt ausländisches Recht zur Anwendung.
- 1894 Zweifelhaft ist allerdings, ob sich diese einheitliche Anknüpfung am geschäftlichen «Hauptsitz»-Ort auch für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes rechtfertigt, der als Bestandteil eines Geschäftes mitübernommen wird. Wir neigen zur Ansicht, daß hier eine separate Anknüpfung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) Platz zu greifen hat. Dort befindet sich das Zentrum der durch den Zweigbetrieb entfalteten Tätigkeit und damit — bildlich gesprochen — auch der «Sammelpunkt» der daraus entstandenen Schulden. Schon diese «natürliche» Betrachtungsweise streitet für eine separate Anknüpfung. Vor allem aber entspricht die Anknüpfung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes der begründeten Erwartung der betroffenen Gläubiger, daß sich das Schicksal ihrer Forderungen nicht nach irgendeiner (ihnen oft völlig fremden) Rechtsordnung entscheidet; sondern nach der Rechtsordnung des Staates, in dem der Zweigbetrieb, durch den sie verkehrten, seinen tatsächlichen Schwerpunkt, den «Sitz», hat.

<sup>827</sup> Vgl. dazu A. Briner, S. 75 f.

<sup>828</sup> Vgl. A. Briner, a.a.O., S. 77; A. F. Schnitzer, Handbuch II, S. 662.

<sup>829</sup> Vgl. A. Briner, S. 77.

<sup>830</sup> Vgl. A. Briner, S. 77, der auf den Geschäftssitz abstellt.

- 1895 — Vertritt man indessen den *Standpunkt einer einheitlichen Anknüpfung* am «Hauptsitz»-Ort des Gesamtbetriebes Geschäft (vgl. Nr. 1893 f.), so sind zwei Fälle zu unterscheiden:
- 1896 Liegt der «Hauptsitz»-Ort im Ausland, so findet Art. 181 OR keine Anwendung, mag es auch um Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes in der Schweiz gehen. Der Übergang auch dieser Schulden richtet sich hier nach ausländischem Recht, z. B. nach dem Recht der Vereinigten Staaten, Portugals oder Schwedens: ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis, das sich bei separater Anknüpfung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes vermeiden läßt.
- 1897 Liegt der «Hauptsitz»-Ort in der Schweiz, so ist Art. 181 OR anwendbar; auch dann, wenn es um Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland geht. Der in Art. 181 OR geordnete Schuldübergang erfaßt auch diese Schulden, sofern sie 1. intern übernommen wurden. Und sofern 2. die Übernahme den Gläubigern kundgegeben wird: sei es durch private Mitteilung; oder sei es durch öffentliche Auskündigung, welche nach ihrer Art die Vermutung begründet, daß die Kundgabe den betroffenen Gläubigern zur Kenntnis gelangt (vgl. BGE 75 II 303). Eine öffentliche Auskündigung in der Schweiz kann nicht genügen, um diese Vermutung gegenüber ausländischen Gläubigern zu begründen, deren Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland (z. B. in Südamerika) stammen.
- 1898 — Stimmt die *Kundgabe*, was den Umfang der übernommenen Passiven betrifft, nicht mit dem *internen Übernahmevertrag überein*, so gilt — wenn Art. 181 OR zur Anwendung kommt — das in Nr. 1887 Gesagte: Maßgeblich ist den Gläubigern gegenüber die Kundgabe, nicht der Übernahmevertrag. *Sollen Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Zweigbetriebes nach dem Willen der Parteien nicht auf den Erwerber übergehen, so kann dies den entsprechenden Gläubigern nur dann entgegengehalten werden, wenn sie die Kundgabe nach Treu und Glauben in diesem Sinne verstehen durften und mußten.* Dabei macht es keinen Unterschied, ob sämtliche Schulden aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes von der Übernahme ausgeschlossen wurden; oder ob der Ausschluß nur einzelne Schulden betraf. Wird ohne Einschränkung kundgegeben, daß das betreffende Geschäft «mit Aktiven und Passiven» übernommen worden sei, so dürfen und müssen die Gläubiger annehmen, daß sämtliche Passiven des Geschäftsvermögens übernommen wurden (vgl. BGE 79 II 292): unter Einschluß der Schulden aus dem Geschäftsbetrieb jedes Zweigbetriebes.

### C. Schuldübergang bei Übernahme nur eines Zweigbetriebes

- 1899 Ist das Geschäft ein Gesamtbetrieb mit Zweigbetrieben (Nr. 1889), so kann es vorkommen, daß sich der **Inhaberwechsel auf einen Zweigbetrieb beschränkt**. Die Übernahme beschlägt alsdann nicht das ganze Geschäft, sondern einen Geschäfts-Teil, den Zweigbetrieb.

- 1900 Der Inhaber des Gesamtbetriebes Geschäft verspricht und überträgt hier (mindestens) jene *Rechte, die erforderlich sind, um dem Erwerber die Herrschaft über den Zweigbetrieb zu verschaffen*; derart, daß dieser in die Lage kommt, den Zweigbetrieb (und nur ihn) an Stelle des bisherigen Inhabers auf eigene Rechnung und Gefahr zu betreiben. Meistens wird der bisherige Inhaber des Zweigbetriebes alle Aktiven versprechen und übertragen, die zum «Vermögen des Zweigbetriebes» (Nr. 87) gehören.
- 1901 Vereinbaren die Parteien im Übernahmevertrag, daß auch Passiven, die mit dem betreffenden Zweigbetrieb verbunden sind, auf den neuen Inhaber übergehen, so wird der **Zweigbetrieb «mit Aktiven und Passiven» übernommen**. Der Erwerber, welcher die Übernahme des Zweigbetriebes unter Hinweis auf die übernommenen Passiven den Gläubigern privat oder öffentlich kundgibt, wird nach Art. 181 OR zunächst solidarischer, dann alleiniger Schuldner der intern übernommenen Verbindlichkeiten (vgl. Nr. 1882). Art. 181 OR, der nur von der Übernahme eines *Geschäftes*, nicht eines Geschäfts-Teiles spricht, ist analog anzuwenden. Dies rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, daß der Zweigbetrieb ein «organischer Bestandteil» des betreffenden Geschäftes bildet<sup>831</sup>, der — ohne wesentliche Änderungen — auch selbständig weiterbestehen kann (vgl. Nr. 637). Ob er in einem schweizerischen Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragen ist (Nr. 1591), erweist sich dabei als unerheblich.
- 1902 **Im einzelnen** sind folgende Punkte herauszuheben:
- 1903 — *Kollisionsrechtlich* stellt sich wiederum die Frage nach dem anwendbaren Recht. Da hier nicht der Gesamtbetrieb Geschäft als Ganzes übernommen wird, ist zum vorneherein nicht auf den «Hauptsitz»-Ort abzustellen. Vielmehr scheint es uns richtig, am «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) anzuknüpfen. Liegt dieser Ort in der Schweiz, so ist Art. 181 OR (analog) anwendbar, auch wenn sich der «Hauptsitz»-Ort im Ausland befindet. Die Schulden aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes gehen unter den Bedingungen des Art. 181 OR auf den Erwerber über; gleichgültig, welchem Statut die einzelne Schuld untersteht und welches Statut für den Übernahmevertrag gilt.
- 1904 — Der Schuldübergang nach Art. 181 OR beschlägt *nur Schulden aus dem Geschäftsbetrieb des übernommenen Zweigbetriebes*. Schulden des Inhabers, die nicht aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes stammen, können einzig nach den Vorschriften der Art. 175 f. OR auf den Erwerber des Zweigbetriebes übergehen, auch wenn sich der Schuldnerwechsel anlässlich der Zweigbetriebs-Übernahme vollziehen soll.
- 1905 — Der Schuldübergang nach Art. 181 OR beschlägt *nur wirkliche Schulden aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes, nicht auch buchhalterische (interne) Schulden* (Nr. 138). Was die internen Schulden betrifft, so können sie vom Er-

<sup>831</sup> Vgl. B. von Büren, OR, S. 352.

werber nur in dem Sinne übernommen werden, als er sich verpflichtet, diese Schulden gegenüber dem bisherigen Inhaber zu erfüllen. Darin liegt ein selbständiges Verpflichtungsgeschäft, durch das die buchhalterischen Schulden zu wirklichen Schulden werden (Nr. 1878). Ob ein entsprechender Verpflichtungswille des Erwerbers vorliegt, ist Auslegungsfrage. Der Verpflichtungswille ist zu vermuten, wenn die internen Schulden in der Bilanz des Zweigbetriebes (Nr. 142) figurieren, die im Einzelfall Grundlage des Übernahmevertrages bildet.

- 1906 — Stimmt die *Kundgabe*, was den Umfang der übernommenen Passiven betrifft, *nicht mit dem Übernahmevertrag überein*, so gilt auch hier das in Nr. 1887 Gesagte: Den Gläubigern gegenüber maßgeblich ist die Kundgabe; und zwar so, wie die Gläubiger sie nach Treu und Glauben verstehen durften und mußten. Einschränkung ist jedoch zu bemerken: Der Schuldnerwechsel nach Art. 181 OR bezieht sich *keinesfalls auf Schulden, die nicht aus dem Geschäftsbetrieb des übernommenen Zweigbetriebes stammen* (Nr. 1904); auch dann nicht, wenn deren Übernahme kundgegeben wird; stimme nun die Kundgabe in dieser Beziehung mit dem Übernahmevertrag überein oder nicht.

#### D. Schuldübergang bei Übernahme nur eines Hauptbetriebes

- 1907 Vielfach umfaßt der Gesamtbetrieb Geschäft nebst Zweigbetrieben auch einen Hauptbetrieb (Nr. 1592). Gegenüber dem Zweigbetrieb zeichnet sich *der Hauptbetrieb* dadurch aus, daß sich seine Leitungsinstanz zugleich mit dem Leiten des ganzen Geschäftes befaßt (Nr. 1592). Auch dieser Hauptbetrieb kann womöglich einziger Gegenstand einer Übernahme sein.
- 1908 Die **Übernahme bezieht sich hier nur und gerade auf den Hauptbetrieb des Gesamtbetriebes Geschäft**. Der Geschäftsinhaber verspricht und überträgt (mindestens) jene Rechte, die erforderlich sind, um dem Erwerber die Herrschaft über den Hauptbetrieb zu verschaffen; derart, daß der Erwerber in die Lage kommt, den Hauptbetrieb (und nur ihn) an Stelle des ursprünglichen Inhabers zu betreiben (vgl. sinngemäß Nr. 1900). Der Übernehmer wird damit Inhaber des betreffenden Hauptbetriebes, nicht auch Inhaber von Zweigbetrieben, die mit dem Hauptbetrieb zum Geschäft des bisherigen Inhabers verbunden waren.
- 1909 Was über den gesetzlichen Schuldübergang bei Übernahme nur eines Zweigbetriebes gesagt wurde (Nr. 1899 ff.), gilt sinngemäß, wenn sich die Übernahme auf einen Hauptbetrieb beschränkt. Auf *einen* Punkt ist speziell hinzuweisen: Der gesetzliche Schuldübergang nach Art. 181 OR kann sich, bei Übernahme nur eines Hauptbetriebes, einzig auf Schulden aus dem Geschäftsbetrieb dieses Hauptbetriebes beziehen (vgl. Nr. 1904). Daraus folgt: *Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes können nicht nach Art. 181 OR auf den Erwerber übergehen, wenn allein der Hauptbetrieb den Inhaber wechselt*. Ein Schuldnerwechsel hinsichtlich dieser Schulden ist lediglich nach den Vorschriften der Art. 175 f. OR

möglich; auch wenn er anlässlich der Übernahme eines Hauptbetriebes erfolgen soll.

### 3. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1910 Der Konzernbetrieb ist — *gleich wie der Zweigbetrieb* — rechtsunfähiger Bestandteil eines Gesamtbetriebes (Nr. 1594). Auch für ihn gilt, wie für den Zweigbetrieb (Nr. 1876), daß Forderungen und Schulden weder *auf* ihn noch *von* ihm übergehen können.
- 1911 *Anders als der Gesamtbetrieb des Zweigbetriebes* bildet der Konzern keine rechtliche Einheit. Die verschiedenen Konzernbetriebe des Konzerns werden von verschiedenen Inhabern betrieben (Nr. 1594). Zu jedem Konzern gehören zwei oder mehrere Konzernpersonen, die Gläubiger und Schuldner wirklicher Forderungen sein können. Daraus ergibt sich für den **Forderungs- und Schuldübergang im allgemeinen**, was folgt:
- 1912 Forderungen und Schulden der einzelnen Konzernpersonen können nach schweizerischem Recht *auf Dritte* übergehen. Das gilt auch für Forderungen und Schulden, die zwischen Konzernpersonen desselben Konzerns bestehen. Auch hier ist daher die Abtretung an Dritte bzw. die Schuldübernahme durch Dritte eine Abtretung und Schuldübernahme im Rechtssinne (vgl. demgegenüber Nr. 1878).
- 1913 Die Forderungen und Schulden einer Konzernperson können aber auch *auf eine andere Konzernperson desselben Konzerns* übergehen. In diesem Sinne ist ein Forderungs- und Schuldübergang innerhalb des Gesamtbetriebes, dem der Konzernbetrieb zugehört, durchaus möglich (vgl. demgegenüber Nr. 1876). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner bzw. Gläubiger der übergehenden Forderung oder Schuld ein außenstehender Dritter oder seinerseits eine Konzernperson desselben Konzerns ist. In beiden Fällen liegt ein *wirklicher* Schuldner- oder Gläubigerwechsel vor (vgl. demgegenüber Nr. 1877), der gegebenenfalls einer konzerninternen Gewinn- bzw. Verlustverlagerung dient (vgl. Nr. 239). Dritten gegenüber bleibt dieser Wechsel allerdings unbeachtlich, falls sich ein Durchgriff rechtfertigt (Nr. 1596)<sup>832</sup>.

<sup>832</sup> Das gilt z. B. für den rechtsgeschäftlichen Gläubigerwechsel, wenn eine fiduziarische Forderungsabtretung zur Umgehung staatsvertraglicher Vorschriften erfolgt (vgl. BGE 58 II 164 ff.). Oder für den gesetzlichen Gläubigerwechsel nach Art. 507 Abs. 1 OR, wenn die Konzernperson, welche als Solidarbürge die Schuld einer andern Konzernperson beglichen hat, deren Allein- oder Hauptaktionärin ist (vgl. dazu BGE 53 II 25 ff. und 81 II 461: beides Entscheide, die sich zwar nicht auf Konzernverhältnisse beziehen, dennoch aber einschlägig sind). Die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der beiden Konzernpersonen ist im zweiten Fall rechtsmißbräuchlich (Nr. 1596), so daß es dem Mitbürgen gegenüber so zu halten ist, wie wenn die zahlende Konzernperson die eigene Schuld beglichen hätte (vgl. BGE 81 II 461, der sich zwar nicht ausdrücklich auf Art. 2 ZGB beruft, jedoch auf BGE 53 II 31 verweist, der mit «Treu und Glauben» argumentiert).

- 1914 Was den gesetzlichen **Schuldübergang nach Art. 181 OR** im besonderen betrifft, so ist eine Übernahme des Gesamtbetriebes Konzern unter Einschluß all seiner Konzernbetriebe ausgeschlossen (vgl. demgegenüber Nr. 1890). Die von Art. 181 OR vorausgesetzte Geschäftsübernahme kann sich zum vorneherein nur auf den jeweils einzelnen Konzernbetrieb beziehen. Das schließt allerdings nicht aus, daß sämtliche Konzernbetriebe eines Konzerns gleichzeitig und gestützt auf einen einheitlichen Vertrag übernommen werden.
- 1915 Als Erwerber eines Konzernbetriebes kommt auch eine andere Konzernperson desselben Konzerns (z. B. eine Muttergesellschaft) in Frage. Alsdann gehen die Geschäftsschulden der ersten Konzernperson unter den Bedingungen des Art. 181 OR auf die andere Konzernperson über. Immer vorausgesetzt, daß tatsächlich eine Geschäftsübernahme im Sinne des Art. 181 OR erfolgt, z. B. nicht «nur» eine Übernahme von Aktien. An der umschriebenen Rechtslage vermag der Konzernatbestand nichts zu ändern.

## VI. ZWEIGBETRIEB UND VERTRAGSÜBERGANG

- 1916 Vom behandelten Forderungs- und Schuldübergang zu unterscheiden ist der *Übergang eines ganzen Vertragsverhältnisses*. Unter Fortdauer des bisherigen Vertragsverhältnisses geht hier die gesamte Rechtsstellung eines Vertragspartners auf einen Neueintretenden über. Dieser tritt an die Stelle des bisherigen Vertragspartners, der aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet.
- 1917 *Im folgenden* sprechen wir vom Zweigbetrieb und dem Vertragsübergang bei Tod eines Vertragspartners (Nr. 1918 ff.), bei Handänderung der versicherten Sache (Nr. 1921 ff.) und bei der Betriebsnachfolge (Nr. 1924 ff.). Abschließend ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1937 ff.).

### 1. Zweigbetrieb und Vertragsübergang bei Tod eines Vertragspartners (Art. 560 ZGB)

- 1918 Nach dem in Art. 560 ZGB formulierten *Prinzip der Universalsukzession* tritt der Erbe (bzw. die Erbengemeinschaft) ipso iure an die Stelle des verstorbenen Vertragspartners<sup>833</sup> (vgl. den Anwendungsfall in Art. 338a Abs. 1 OR). Bildet der Tod des Vertragspartners nach dem auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Recht einen unmittelbaren Auflösungsgrund (vgl. für das schweizerische Recht z. B. Art. 338 und 338a Abs. 2 OR), so treten die Erben nur (aber immerhin) in das aufgelöste Vertragsverhältnis ein, sofern das Vertragsverhältnis nicht vollständig erloschen ist (vgl. dazu Nr. 1848).

<sup>833</sup> Vgl. dazu P. *Gauch*, S. 66.

- 1919 Das Gesagte gilt *auch beim Tode eines Gesamtbetriebs-Inhabers*, der im betreffenden Fall eine natürliche Einzelperson ist (Nr. 1593). Und zwar auch für Vertragsverhältnisse, die aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes entstanden sind. Gleichgültig, ob der betreffende Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und gegebenenfalls unter einer Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma seines Geschäftsinhabers betrieben wird oder nicht (Nr. 1591). Gleichgültig auch, ob der Zweigbetrieb im In- oder Ausland betrieben wird; und ob schließlich das fragliche Vertragsverhältnis schweizerischem oder ausländischem Recht untersteht.
- 1920 In allen Fällen tritt der Erbe nach Art. 560 ZGB an die Stelle des verstorbenen Inhabers. Vorausgesetzt natürlich, daß sich der Eintritt des Erben in ein Vertragsverhältnis *kollisionsrechtlich* nach schweizerischem Rechte richtet. Nach schweizerischem IPR ist dies dann der Fall, wenn das Erbstatut schweizerisch ist<sup>834</sup>.

## **2. Zweigbetrieb und Vertragsübergang bei Handänderung der versicherten Sache (Art. 54 VVG)**

- 1921 Nach Art. 54 VVG hat die *Handänderung* der versicherten Sache zur *Folge*, daß der *Versicherungsvertrag grundsätzlich* auf den Erwerber übergeht (Abs. 1; vgl. aber Abs. 4), wobei der Versicherer ein außerordentliches Beendigungsrecht erhält (Abs. 3).
- 1922 Als Versicherungsnehmer und Eigentümer der versicherten Sache kommt beim Gesamtbetrieb, dem der Zweigbetrieb als Bestandteil zugehört (Nr. 1592), immer nur der Gesamtbetriebs-Inhaber (eine Aktiengesellschaft, eine Kollektivgesellschaft, eine natürliche Einzelperson usw.) in Frage. Mag die *versicherte Sache* innerhalb seines Gesamtbetriebes auch *von einem Zweigbetrieb in den andern* übergehen, oder von einem Zweigbetrieb in einen Hauptbetrieb (Nr. 1592), oder umgekehrt: darin liegt keine Handänderung, die zu einem Vertragsübergang nach Art. 54 VVG führt. Selbst dann nicht, wenn der betreffende Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und gegebenenfalls unter einer Firma mit Zusätzen zur Geschäftsfirma des Inhabers betrieben wird (Nr. 1591). Ein Übergang des Versicherungsvertrages innerhalb des Gesamtbetriebes ist hier ausgeschlossen. Die Verschiebung der versicherten Sache von einem Betrieb in den andern kann indessen im Einzelfall eine «wesentliche Gefahrenerhöhung» mit sich bringen, die möglicherweise zur Auflösung des Versicherungsvertrages nach Art. 28 ff. VVG führt.

<sup>834</sup> Vgl. dazu F. Vischer, in SchwPR I, S. 639 ff.; derselbe, Int. Vertragsrecht, S. 250.

1923 *Kollisionsrechtlich* muß für die Bestimmung des auf den Vertragsübergang anwendbaren Rechts auf das Statut des Versicherungsvertrages abgestellt werden<sup>885</sup>. Bei schweizerischem Vertragsstatut kommt schweizerisches Recht (Art. 54 VVG) zur Anwendung. Dies auch dann, wenn der Gesamtbetriebs-Inhaber die von ihm versicherte Sache z. B. in einem Zweigbetrieb im Ausland verwendet; oder wenn der Versicherungsvertrag für den Gesamtbetriebs-Inhaber vom Leiter eines ausländischen Zweigbetriebes vereinbart wurde.

### 3. Zweigbetrieb und Vertragsübergang bei Betriebsnachfolge (Art. 333 Abs. 1 OR)

- 1924 «Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten und verabredet er mit diesem die Übernahme des Arbeitsverhältnisses, so geht dieses» nach Art. 333 Abs. 1 OR «mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber mit dem Tage der Betriebsnachfolge über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.»
- 1925 Die *Betriebsnachfolge* bewirkt somit nach Art. 333 Abs. 1 OR, daß *bestimmte Arbeitsverhältnisse auf den neuen Inhaber übergehen*. Und zwar Arbeitsverhältnisse, bei denen 1. die Arbeitnehmer im betroffenen Betriebe tätig sind; deren Übernahme 2. zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber vereinbart wurde; und deren Übergang 3. vom Arbeitnehmer nicht abgelehnt wird.
- 1926 *Im folgenden* greifen wir die in Nr. 1890, 1899 und 1907 genannten Fälle wieder auf und sprechen von der Betriebsnachfolge durch Übernahme eines Geschäftes mit Zweigbetrieben (Nr. 1927 ff.); dann von der Betriebsnachfolge durch Übernahme nur eines Zweigbetriebes (Nr. 1931 ff.); und schließlich von der Betriebsnachfolge durch Übernahme nur eines Hauptbetriebes (Nr. 1935 ff.).

#### A. Betriebsnachfolge durch Übernahme eines Geschäftes mit Zweigbetrieben

- 1927 Die Betriebsnachfolge, mit der sich der mögliche Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 verbindet, kann auf der Übernahme eines Geschäftes beruhen (vgl. dazu Nr. 1885).
- 1928 Ist das Geschäft, das übernommen wird, ein Gesamtbetrieb mit Zweigbetrieben (vgl. Nr. 1889), so geht die Betriebsnachfolge in den Gesamtbetrieb als Ganzes. Der Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR kann hier Arbeitsverhältnisse mit allen Arbeitnehmern beschlagen, die im Gesamtbetrieb, unter Einschluß all seiner Zweigbetriebe, tätig sind. Das bedeutet: **Vertragsverhältnisse mit Arbeitnehmern in irgendeinem Zweigbetrieb des Gesamtbetriebes können nach Art. 333**

<sup>885</sup> Vgl. dazu F. Vischer, Int. Vertragsrecht, S. 250.

**Abs. 1 OR auf den Erwerber des Gesamtbetriebes übergehen.** Auch dann, wenn der betreffende Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen wurde (Nr. 1591). Vorausgesetzt ist nur (aber immerhin), daß schweizerisches Recht zur Anwendung kommt.

- 1929 Was die kollisionsrechtliche Frage nach dem anwendbaren Recht betrifft, so steht zunächst so viel fest, daß vorliegend nicht auf das individuelle Vertragsstatut der betroffenen Arbeitsverhältnisse abgestellt werden kann<sup>886</sup>. Vielmehr ist nach einem Anknüpfungspunkt zu suchen, der im Zusammenhang steht mit dem Gesamtbetrieb Geschäft, der den Inhaber wechselt. Als geeigneter Anknüpfungspunkt bietet sich vorerst der «Hauptsitz»-Ort des Geschäftes (Nr. 865) an, der vom (Wohn-)Sitz-Ort des Inhabers zu unterscheiden ist (Nr. 868). Faßt man ihn als einheitlichen Anknüpfungspunkt auf, so bestimmt das dort geltende Recht für sämtliche Arbeitsverhältnisse, ob und unter welchen Voraussetzungen sie auf den Erwerber übergehen. Liegt der «Hauptsitz»-Ort in der Schweiz, so kommt Art. 333 OR zur Anwendung, selbst wenn der Arbeitnehmer in einem Zweigbetrieb im Ausland tätig ist. Liegt der betreffende Ort im Ausland, so ist Art. 333 Abs. 1 OR auch dann nicht anwendbar, wenn der Arbeitnehmer zu einem Zweigbetrieb in der Schweiz gehört.
- 1930 Ob diese einheitliche Anknüpfung am «Hauptsitz»-Ort des Gesamtbetriebes richtig ist, erweist sich mit Bezug auf den Zweigbetrieb als fraglich. Was die Arbeitsverhältnisse mit den Arbeitnehmern im Zweigbetrieb betrifft, so neigen wir zur Ansicht, daß sich eine *separate Anknüpfung am «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes* rechtfertigt (vgl. sinngemäß Nr. 1894). Art. 333 Abs. 1 OR kommt danach nur (aber immer) dann zur Anwendung, wenn sich der «Sitz»-Ort dieses Zweigbetriebes in der Schweiz befindet.

#### B. Betriebsnachfolge durch Übernahme nur eines Zweigbetriebes

- 1931 Die Betriebsnachfolge beschränkt sich möglicherweise auf einen Zweigbetrieb innerhalb eines Gesamtbetriebes Geschäft. Übernommen wird nur der Zweigbetrieb, nicht der Gesamtbetrieb als Ganzes (vgl. dazu Nr. 1899 f.).
- 1932 Auch mit dieser Betriebsnachfolge kann sich ein Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR verbinden. Demgegenüber wäre die Nachfolge in eine bloße Betriebsabteilung (Nr. 12 f. und 62) keine Betriebsnachfolge im Sinne des Art. 333 Abs. 1 OR.
- 1933 Beschränkt sich die Betriebsnachfolge auf einen Zweigbetrieb, eventuell auf eine in einem schweizerischen Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung (Nr. 1591), so beschlägt der mögliche Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR

<sup>886</sup> Vgl. dazu F. Vischer, in SchwPR I, S. 709; derselbe, Int. Vertragsrecht, S. 250. Anderer Ansicht offenbar: Schönenberger/Jäggi, Allgem. Einleitung, N. 388.

nicht Arbeitsverhältnisse mit irgendwelchen Arbeitnehmern des betreffenden Gesamtbetriebes. **Nur Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die** (ausschließlich oder doch zur Hauptsache) **gerade im betroffenen Zweigbetrieb** (nicht in einem andern Betrieb des Gesamtbetriebes) **tätig sind**, können nach Art. 333 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen. Vorausgesetzt ist wiederum, daß überhaupt schweizerisches Recht zur Anwendung kommt:

- 1934 Die Frage nach dem anwendbaren Recht muß *kollisionsrechtlich* auch hier unabhängig vom individuellen Vertragsstatut entschieden werden (vgl. Nr. 1929). Da sich die Betriebsnachfolge auf den Zweigbetrieb beschränkt, erscheint es in jedem Falle richtig, *auf den «Sitz» des Zweigbetriebes abzustellen*. Das am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) geltende Recht hat zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die auf den Zweigbetrieb beschränkte Betriebsnachfolge einen Übergang von Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber bewirkt. Art. 333 Abs. 1 OR kommt zur Anwendung, wenn sich der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes in der Schweiz befindet.

#### C. Betriebsnachfolge durch Übernahme nur eines Hauptbetriebes

- 1935 Vielfach umfaßt der Gesamtbetrieb Geschäft nebst Zweigbetrieben auch einen Hauptbetrieb (Nr. 1592). Die Betriebsnachfolge kann sich hier durchaus auf einen Hauptbetrieb beschränken, indem nur und gerade dieser Hauptbetrieb vom Erwerber übernommen wird (vgl. Nr. 1907 f.). Ist schweizerisches Recht anwendbar, weil sich der «Sitz»-Ort des Hauptbetriebes in der Schweiz befindet (vgl. sinngemäß Nr. 1934), so kann ein Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR Platz greifen. Dieser (mögliche) Vertragsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR beschlägt hier Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die (ausschließlich oder zur Hauptsache) gerade im betroffenen Hauptbetrieb tätig sind (vgl. sinngemäß Nr. 1933). Das bedeutet:
- 1936 **Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern in einem Zweigbetrieb gehen nicht nach Art. 333 Abs. 1 OR auf den Erwerber über, wenn sich die Betriebsnachfolge nur auf den Hauptbetrieb bezieht**; mag diese Übernahme auch zwischen dem Arbeitgeber und dem Erwerber des Hauptbetriebes vereinbart worden sein. Das schließt allerdings nicht aus, daß der Übergang eines entsprechenden Arbeitsverhältnisses dennoch zustandekommt; nämlich durch Vereinbarung, an der sich alle Parteien beteiligen: der Arbeitnehmer im Zweigbetrieb, der Arbeitgeber und der Erwerber des Hauptbetriebes.

#### 4. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

- 1937 Der Konzernbetrieb gehört, anders als der Zweigbetrieb, zu einem Gesamtbetrieb ohne Inhaber (Nr. 1594). Bei jedem Konzern gibt es verschiedene Konzernper-

sonen, welche die verschiedenen Konzernbetriebe betreiben; gegebenenfalls auch Konzernpersonen ohne Konzernbetrieb (Nr. 1595). Gehen wir davon aus, daß die Konzernperson eine juristische Person ist (Nr. 1595), so entfällt die Frage nach dem Vertragsübergang bei Tod des Konzernbetriebs-Inhabers (Nr. 1918). Es bleiben zwei Fragen:

1938 1. Die Frage nach dem **Übergang eines Versicherungsvertrages** nach Art. 54 VVG (Nr. 1921). Zwar kann auch im Gesamtbetrieb Konzern der Versicherungsvertrag nicht von einem (rechtsunfähigen) Konzernbetrieb auf den andern übergehen. Wohl aber von einer Konzernperson auf die andere. In diesem Sinne ist ein Übergang des Versicherungsvertrages innerhalb des Konzerns durchaus möglich (vgl. demgegenüber Nr. 1922). Vorausgesetzt ist nach Art. 54 VVG eine *Handänderung*. Daß die versicherte Sache vom Konzernbetrieb des Versicherungsnehmers (z. B. einer Muttergesellschaft) in den Konzernbetrieb einer andern Konzernperson (z. B. einer Tochtergesellschaft) gelangt, bildet für sich genommen, ohne Eigentümerwechsel, noch keinen Grund für den Vertragsübergang; doch kann darin eine «erhebliche Gefahrenerhöhung» liegen, die zur Auflösung des Versicherungsvertrages nach Art. 28 ff. VVG führen kann (vgl. sinngemäß Nr. 1922).

1939 2. Die Frage nach dem **Übergang von Arbeitsverhältnissen** nach Art. 333 Abs. 1 OR (Nr. 1924 f.). Auszugehen ist davon, daß die Betriebsnachfolge des Art. 333 Abs. 1 OR immer nur eine Nachfolge in den einzelnen Konzernbetrieb sein kann, nicht in den Gesamtbetrieb Konzern als Ganzes (vgl. demgegenüber Nr. 1928). Als Erwerber eines Konzernbetriebes kommen in Frage: sowohl ein außenstehender Dritter als auch eine andere Konzernperson desselben Konzerns. Findet schweizerisches Recht Anwendung, so können nach Art. 333 Abs. 1 OR Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern im betreffenden Konzernbetrieb auf den neuen Inhaber, gegebenenfalls eine andere Konzernperson, übergehen. Ein derartiger Übergang ist unter bestimmten Voraussetzungen auch dann möglich, wenn ein Arbeitnehmer zwar im betreffenden Konzernbetrieb tätig ist, jedoch aufgrund eines Arbeitsvertrages mit einer andern Konzernperson desselben Konzerns<sup>837</sup>.

<sup>837</sup> Als *Beispiel* diene ein Arbeitnehmer, der im Konzernbetrieb der Tochtergesellschaft tätig ist, jedoch im Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft steht. *Zwei Tatbestände* sind zu unterscheiden: 1. Auch die Muttergesellschaft betreibt einen Konzernbetrieb. Die Betriebsnachfolge bezieht sich auf diesen Konzernbetrieb. Ein Vertragsübergang nach Art. 333 Art. 1 OR ist ausgeschlossen, da der Arbeitnehmer nicht im übertragenen Betriebe (sondern im Betrieb der Tochtergesellschaft) tätig ist (Nr. 1925). 2. Die Betriebsnachfolge bezieht sich auf den Konzernbetrieb der Tochtergesellschaft. Nach dem Wortlaut des Art. 333 Abs. 1 OR wäre auch hier ein Vertragsübergang ausgeschlossen. Zwar wird der Betrieb des betreffenden Arbeitnehmers übertragen, jedoch nicht von seinem Vertragspartner (der Muttergesellschaft), sondern von der Tochtergesellschaft (Nr. 1925). Indessen scheint es uns gerechtfertigt, daß bei diesem konzerntypischen Tatbestand, auf den Art. 333 Abs. 1 OR nicht zugeschnitten ist, dennoch ein Vertragsübergang, in analoger Anwendung des Art. 333 Abs. 1 OR, Platz greift. Voraussetzung ist allerdings, daß die Muttergesellschaft den Übergang des Arbeitsverhältnisses mit

## VII. ZWEIGBETRIEB UND DURCHSETZUNG DER FORDERUNG

- 1940 Der Durchsetzung einer Forderung dienen in der Schweiz *das Klagerecht des Gläubigers und sein Zugriffsrecht* auf das Vermögen des Schuldners. Diese Gläubigerrechte, die zum Inhalt der Forderung gehören<sup>838</sup>, stehen auch dem Gläubiger einer Forderung zu, die materiell von einer fremden Rechtsordnung beherrscht wird. Zudem sind ausländische Staatsangehörige und Verbände in dieser Beziehung den schweizerischen Staatsangehörigen und Verbänden gleichgestellt<sup>839</sup>, selbst wo dies nicht ausdrücklich durch Staatsvertrag stipuliert ist (vgl. BGE 41 I 148)<sup>840</sup>.
- 1941 Was das Klagerecht im besondern betrifft, so besteht es im *Recht auf ein Urteil*, das den Schuldner zur Leistung verpflichtet, und überdies auf alle Maßnahmen, die das Gesetz zur *Vollstreckung* vorsieht<sup>841</sup>.
- 1942 *Nachstehend* sprechen wir vom Zweigbetrieb und dem Recht auf Urteil im schweizerischen Zivilprozeß (Nr. 1943 ff.); dann vom Zweigbetrieb und dem Recht auf Realvollstreckung (Nr. 1988 ff.); und schließlich vom Zweigbetrieb und Zugriffsrecht (Nr. 2000 ff.).

### 1. Zweigbetrieb und Recht auf ein Urteil im schweizerischen Zivilprozeß

- 1943 Das Recht auf ein Urteil im schweizerischen Zivilprozeß, das der Durchsetzung einer (privatrechtlichen) Forderung dient, *setzt voraus*, daß Gläubiger und Schuldner Partei im betreffenden Prozeß sein können. Ferner setzt es voraus, daß ein schweizerisches Gericht zur Beurteilung der Streitsache zuständig ist. Diese Zuständigkeit wiederum setzt einen schweizerischen Gerichtsstand voraus.
- 1944 *Im folgenden* sprechen wir vom Zweigbetrieb und den Prozeßparteien (Nr. 1945 ff.); dann vom Zweigbetrieb und vom Gerichtsstand (Nr. 1959 ff.); und

dem Erwerber des von der Tochtergesellschaft übertragenen Konzernbetriebes vereinbart hat und der Arbeitnehmer den Vertragsübergang nicht ablehnt.

Das unter Ziff. 1 und 2 Gesagte gilt sinngemäß, wenn der Arbeitnehmer im Konzernbetrieb der Muttergesellschaft tätig ist, jedoch aufgrund eines Arbeitsvertrages mit der Tochtergesellschaft. Oder wenn die beteiligten Konzernpersonen nicht im Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft stehen.

<sup>838</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 43—58.

<sup>839</sup> Vgl. dazu *M. Guldener*, Int. Zivilprozeßrecht, S. 11; *E. Riezler*, S. 413.

<sup>840</sup> Immerhin gilt es, die Sonderstellung der Ausländer hinsichtlich der Ausländerkaution und der unentgeltlichen Rechtspflege zu beachten. Dazu *M. Guldener*, Int. Zivilprozeßrecht, S. 15 f.

<sup>841</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 43 f.

schließlich ziehen wir vergleichsweise die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1984 ff.).

#### A. Zweigbetrieb und Prozeßparteien

- 1945 Der schweizerische Zivilrichter, von dem der Gläubiger ein Urteil verlangt, bringt schweizerisches Verfahrensrecht zur Anwendung<sup>842</sup>: Zivilprozeßrecht des Bundes oder der Kantone. Danach ist der Prozeß ein Zweiparteienverfahren zwischen Kläger und Beklagtem. Kläger oder Beklagter im schweizerischen Zivilprozeß kann sein, wer parteifähig ist:
- 1946 *Parteifähigkeit* bedeutet: Fähigkeit, in einem Prozeß Partei zu sein. Sie ist das prozessuale Abbild der Rechtsfähigkeit, Teil derselben (BGE 42 II 555)<sup>843</sup>.
- 1947 *Prozeßfähigkeit* ist demgegenüber das prozessuale Abbild der Handlungsfähigkeit. Sie ist ein Teil der Handlungsfähigkeit (BGE 42 II 556): Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete der Prozeßführung (BGE 77 II 9; 98 I 324). Und zwar ist sie die Fähigkeit einer Partei, den Prozeß selber zu führen, sei es in eigener Person oder durch selbst bestellte Vertreter.
- 1948 *Nachstehend* sprechen wir vom Zweigbetrieb als einer partei- und prozeßunfähigen Leistungseinheit (Nr. 1949 ff.). Darauf sprechen wir vom Inhaber des Zweigbetriebes als einer möglichen Prozeßpartei (Nr. 1951 ff.).

#### a. DER ZWEIFBETRIEB ALS PARTEI- UND PROZESSUNFÄHIGE LEISTUNGSEINHEIT

- 1949 Der Zweigbetrieb, Bestandteil eines Gesamtbetriebes, ist eine rechts- und handlungsunfähige Leistungseinheit (Nr. 1592). Als solche ist er *weder partei- noch prozeßfähig*. Beide Fähigkeiten gehen ihm auch dann ab: wenn er sich als Zweigniederlassung des schweizerischen Handelsregisterrechts qualifiziert (Nr. 1591)<sup>844</sup>; wenn er in dieser Eigenschaft in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. bereits Nr. 1064 f.); wenn er unter einer Zweigniederlassungs-Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma seines Inhabers enthält (Nr. 1591); oder wenn es im Prozeß um eine Forderung geht, die aus seinem Geschäftsbetrieb

<sup>842</sup> Vgl. G. Breuleux, S. 83; M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 7 f. Einzelne Fragen, z. B. jene nach der Partei- und Prozeßfähigkeit, können sich indessen nach ausländischem Rechte richten.

<sup>843</sup> Kraft ausdrücklicher Vorschrift des Bundesrechts ist allerdings — für bestimmte Klagen — auch die nicht rechtsfähige Verwaltung der AG, GmbH und Genossenschaft parteifähig (Art. 706 Abs. 1 und 3; 808 Abs. 5; 891 Abs. 1 OR). Als parteifähig behandelt die Praxis außerdem die Konkursmasse (BGE 41 III 173), die Liquidationsmasse bei Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 41 III 173) bzw. bei amtlicher Erbschaftsliquidation (BGE 48 III 2). Vgl. dazu M. Guldener, Zivilprozeß, S. 114 f., und M. Kummer, Zivilprozeß, S. 55, die jedoch beide eine von der Praxis abweichende Meinung vertreten.

<sup>844</sup> Vgl. z. B. H. Hilbig, S. 42; G. Weiß, Einleitung, N. 477.

stammt. Auch das kantonale Recht kann dem Zweigbetrieb keine Partei- und Prozeßfähigkeit verleihen (vgl. dazu BGE 42 II 555; unrichtig: BGE 68 I 115). Denn die Frage nach der Partei- und Prozeßfähigkeit wird völlig vom materiellen Recht beherrscht<sup>845</sup> und entzieht sich der Regelung durch kantonales Recht (vgl. z. B. BGE 77 II 9; 88 IV 111 ff.)<sup>846</sup>.

- 1950 **Der Zweigbetrieb kann, weil parteiunfähig, weder als Kläger noch als Beklagter am schweizerischen Zivilprozeß teilnehmen** (ungenau: BGE 63 II 383). Eine derartige Teilnahme am Prozeß wäre übrigens sinnlos, da dem *rechtsunfähigen* Zweigbetrieb jede Sachlegitimation abgeht. Das gilt auch für den Forderungsstreit: Der Zweigbetrieb kann weder Gläubiger noch Schuldner sein. Er hat zum vorneherein kein Recht auf Urteil, das einen andern zur Leistung verpflichtet. Noch hat ein anderer ein Recht auf Urteil, das den Zweigbetrieb zur Leistung verpflichtet. *Die Forderungsklage, die vom Zweigbetrieb ausgeht oder sich gegen den Zweigbetrieb richtet, müßte, wenn der Richter materiell darauf einträte, materiell abgewiesen werden.* Da die Parteifähigkeit indessen eine Prozeßvoraussetzung bildet<sup>847</sup>, weist das Gericht eine derartige Klage richtigerweise als unzulässig ab, ohne materiell darauf einzutreten<sup>848</sup>. Bis zu dieser Abweisung allerdings muß der klägerische oder der beklagte Zweigbetrieb wie eine Partei behandelt werden<sup>849</sup>.

#### b. DER INHABER DES ZWEIGBETRIEBES ALS MÖGLICHE PROZESS-PARTEI

- 1951 Der Zweigbetrieb selber ist nach dem Gesagten im schweizerischen Zivilprozeß weder partei- noch prozeßfähig. Diese Fähigkeit kommt indessen grundsätzlich dem rechtsfähigen Inhaber des Zweigbetriebes zu: dem Gesamtbetriebs-Inhaber, dem der Zweigbetrieb gehört. Er allein kommt als partei- und prozeßfähiges Subjekt in Betracht. Nicht etwa der Gesamtbetrieb, dem der Zweigbetrieb integriert ist; auch nicht ein Hauptbetrieb, der möglicherweise mit zum Gesamtbetrieb gehört (Nr. 1592). Denn: wie der Zweigbetrieb, so sind auch der Gesamt- und Hauptbetrieb rechtsunfähig (Nr. 76 und 193).
- 1952 **Die Parteifähigkeit des Gesamtbetriebs-Inhabers besteht in der Schweiz jedenfalls dann, wenn der Inhaber ein Schweizer ist.** Oder wenn er ein *rechtsfähiger Verband des schweizerischen Rechts* ist: eine juristische Person; oder eine rechts-

<sup>845</sup> Vgl. P. Schaad und F. Balmer, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 103, 1969, S. 67 bzw. 341.

<sup>846</sup> Zur Prozeßfähigkeit vgl. auch O. Lutz, Komm. zum Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, 2. Aufl. St. Gallen 1967, S. 60.

<sup>847</sup> Vgl. M. Guldener, Zivilprozeß, S. 179.

<sup>848</sup> Vgl. M. Guldener, Zivilprozeß, S. 180.

<sup>849</sup> Vgl. M. Guldener, Zivilprozeß, S. 113.

fähige Personengesellschaft (Nr. 539): Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (vgl. Art. 562 und 602 OR). Im Umfang seiner Handlungsfähigkeit ist dieser Inhaber auch **prozeßfähig**.

1953 Partei- und prozeßfähig kann in der Schweiz aber auch der Inhaber eines Gesamt- (und Zweig-)betriebes sein, der ein *Ausländer* ist; oder *ein in der Schweiz anerkannter* (Nr. 851) *ausländischer Verband*. Bei Ausländern bestimmt sich die Partei- und Prozeßfähigkeit grundsätzlich nach dem Recht des Heimatstaates<sup>850</sup>. Analoges gilt für den anerkannten ausländischen Verband. Er verfügt in der Schweiz über dieselbe Rechts- und Handlungsfähigkeit, die ihm nach ausländischem Personalstatut zukommt. Nach diesem Personalstatut bestimmt sich seine Partei- und Prozeßfähigkeit (vgl. z. B. BGE 35 II 458; 76 II 374; 79 II 90)<sup>851</sup>. An dieser Rechtslage ändert sich nichts, wenn der Verband oder die Einzelperson einen Zweigbetrieb in der Schweiz betreibt. Doch ist in anderer Hinsicht ein zweifacher Vorbehalt anzubringen: 1. Soweit der Ausländer sich nach Ortsrecht nicht auf fehlende Geschäftsfähigkeit berufen kann (Art. 7b NAG; Nr. 1610), ist auch Prozeßfähigkeit anzunehmen<sup>852</sup>. 2. Für die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen und die daraus fließende Parteifähigkeit hat Art. 11 ZGB universelle Bedeutung; abweichende Auffassungen ausländischen Rechtes scheitern am schweizerischen *Ordre public* (vgl. Anm. 667).

1954 Ein **parteilähiger Inhaber des Gesamt- (und Zweig-)betriebes** (Nr. 1953 f.) kann **im schweizerischen Zivilprozeß Partei sein**; er kann klagen oder beklagt werden; gleichgültig, ob er einen Zweigbetrieb (eventuell eine eingetragene Zweigniederlassung) in der Schweiz betreibt oder nicht. Wie er von den Parteien in seiner Eigenschaft als Kläger oder Beklagter zu bezeichnen ist, bestimmt sich nach dem anwendbaren Prozeßrecht. Die Bezeichnung des Klägers oder des Beklagten mit einer Zweigniederlassungs-Firma, die Zusätze zu seiner Geschäftsfirma enthält (z. B. «Desinfected AG, Zürich, Filiale Bern», oder «The American Express Company, Incorporated Hartford & New York, Filiale Luzern»), muß jedenfalls dann zulässig sein, wenn es um eine Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes geht.

1955 Im schweizerischen Zivilprozeß kann sich ein prozeßfähiger Inhaber auch durch den Mitarbeiter eines Zweigbetriebes vertreten lassen, z. B. durch den Leiter eines Zweigbetriebes. Diese **Vertretung durch Mitarbeiter des Zweigbetriebes** setzt nicht voraus, daß der betreffende Zweigbetrieb in der *Schweiz* (z. B. als eine in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung) betrieben wird; oder daß es im Prozeß

<sup>850</sup> Vgl. M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 12; E. Riezler, S. 413 ff.; A. F. Schnitzer, Handbuch II, S. 842.

<sup>851</sup> Vgl. M. Guldener, a.a.O., S. 11 ff.; E. Riezler, a.a.O.; A. F. Schnitzer, a.a.O.; G. Weiß, N. 461 und dort Zitierte.

<sup>852</sup> Vgl. M. Guldener, a.a.O., S. 13 f.

um Forderungen gerade aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes geht. Vorausgesetzt ist indessen eine gültige Prozeßvollmacht.

- 1956 Die *Prozeßvollmacht* ist zwar ein Institut des Prozeßrechts<sup>853</sup>. Doch kann sie Inhalt eines privaten Vertretungsverhältnisses (z. B. eines Prokura- oder Organverhältnisses) sein. Ob dies im Einzelfall zutrifft, bestimmt sich nach der Rechtsordnung, die den Umfang der fraglichen Vertretungsbefugnis umschreibt<sup>854</sup>. Möglicherweise also nach ausländischem Recht. Daran ändert sich nichts, wenn der Zweigbetrieb, dessen Mitarbeiter den Inhaber vertritt, in der Schweiz betrieben wird oder sogar (als Zweigniederlassung) in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Nach inländischem Recht, dem Prozeßrecht der *lex fori*, bestimmt sich dagegen in jedem Falle, wie der Nachweis der Prozeßvollmacht zu erbringen ist<sup>855</sup>.
- 1957 Das Recht des prozeßfähigen Inhabers, sich im Prozeß durch den Mitarbeiter eines Zweigbetriebes vertreten zu lassen, kann beschränkt sein durch das *Anwaltsrecht* der *lex fori*<sup>856</sup>. Verstößt die Vertretung durch bestimmte Mitarbeiter gegen das anwendbare Anwaltsrecht, so dürfen diese Mitarbeiter die Prozeßhandlungen für den Inhaber nicht persönlich vornehmen. Sie können aber, wenn sie hiezu ermächtigt sind, den Prozeß durch einen zulässigen Untervertreter (einen patentierten Anwalt) führen lassen.
- 1958 In den meisten Kantonen ist nur die *gewerbsmäßige Prozeßvertretung* bestimmten Personen, patentierten Anwälten, vorbehalten. Dieser Vorbehalt beschlägt nicht auch die Vertretung durch Mitarbeiter eines Zweigbetriebes, da diese den Inhaber nicht «gewerbsmäßig» vertreten. Behält das kantonale Recht auch die nicht gewerbsmäßige Prozeßvertretung patentierten Anwälten vor, so beschlägt dieser Vorbehalt jedenfalls nicht solche Mitarbeiter des Zweigbetriebes, deren Vertretungsmacht auf ihrer Organstellung bzw. ihrer Stellung als Gesellschafter beruht<sup>857</sup>.

## B. Zweigbetrieb und Gerichtsstand

- 1959 Das Recht des Gläubigers auf ein Urteil in der Schweiz (Nr. 1941) setzt einen schweizerischen Gerichtsstand voraus (Nr. 1943). Betreibt der Inhaber eines Gesamtbetriebes einen Zweigbetrieb in der Schweiz, so kann sich am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ein gesetzlicher Gerichtsstand befinden: für Klagen (auch Forderungsklagen) aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes, die sich gegen den Inhaber richten. Mit diesem Gerichtsstand befassen wir uns nachstehend im einzelnen (Nr. 1960 ff.). Darauf sprechen wir

<sup>853</sup> M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 14, Anm. 22.

<sup>854</sup> Vgl. M. Guldener, a.a.O., S. 14.

<sup>855</sup> Vgl. M. Guldener, a.a.O., S. 14.

<sup>856</sup> Vgl. M. Guldener, a.a.O., S. 14, Anm. 29.

<sup>857</sup> Vgl. M. Guldener, Zivilprozeß, S. 119 f., und M. Kummer, Zivilprozeß, S. 57 f.

vom Gerichtsstand für Forderungsklagen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland (Nr. 1982 ff.).

a. **GESETZLICHER GERICHTSSTAND AM SCHWEIZERISCHEN «SITZ»-ORT EINES ZWEIGBETRIEBES FÜR KLAGEN AUS DESSEN GESCHÄFTSBETRIEB**

1960 Dieser Gerichtsstand ist ein *besonderer* Gerichtsstand<sup>858</sup>, im Unterschied zum allgemeinen Gerichtsstand am schweizerischen (Wohn-)Sitz (Nr. 826) eines Beklagten<sup>859</sup>. Wir behandeln zunächst die Rechtsgrundlage des Gerichtsstandes (Nr. 1961 ff.); dann handeln wir von den Wirkungen des Gerichtsstandes (Nr. 1968 ff.); dann sprechen wir von den Forderungen, die gestützt auf diesen Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes eingeklagt werden können (Nr. 1975 ff.); und schließlich grenzen wir den Gerichtsstand ab von andern Gerichtsständen am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes (Nr. 1980 f.).

aa. **Rechtsgrundlage des Gerichtsstandes**

1961 Der genannte Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes gründet in kantonalem oder in Bundesrecht:

1962 1. Vom **Gerichtsstand nach Bundesrecht** haben wir bereits in Nr. 1040 gesprochen. Er beruht auf den Artikeln 642 Abs. 3, 764 Abs. 2, 782 Abs. 3 und 837 Abs. 3 OR. Er bezieht sich auf den Zweigbetrieb in der Erscheinungsform der registerrechtlichen Zweigniederlassung (Nr. 1591). An ihrem «Sitz»-Ort besteht danach ein Gerichtsstand für «Klagen aus ihrem Geschäftsbetrieb», die sich gegen den Inhaber richten. Maßgeblich ist stets der eingetragene «Sitz»-Ort.

1963 Dieser bundesrechtliche Gerichtsstand *setzt ein Mehrfaches voraus*: 1. die Eintragung der betreffenden Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister (Nr. 1041); 2. den tatsächlichen Bestand der eingetragenen Zweigniederlassung (Nr. 1042, vgl. aber Nr. 1292 f.); 3. einen ganz bestimmten Zweigniederlassungs-Inhaber (Nr. 1043).

1964 2. Auch **nach kantonalem Recht** kann am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) ein Gerichtsstand für Klagen aus dessen Geschäftsbetrieb bestehen. Und zwar für Klagen gegen den Inhaber.

<sup>858</sup> Vgl. Max *Guldener*, Zivilprozeß, S. 78; M. *Kummer*, Zivilprozeß, S. 44 f.; L. *Schumacher*, S. 4.

<sup>859</sup> Vgl. M. *Guldener*, Zivilprozeß, S. 75; M. *Kummer*, Zivilprozeß, S. 44. Dieser allgemeine Gerichtsstand ist in allen Kantonen anerkannt; vgl. F. *Balmer*, in: Referate und Mitteilungen (zit. in Anm. 845), S. 316.

1965 Die meisten kantonalen Prozeßordnungen<sup>860</sup> sehen einen Gerichtsstand der «Geschäftsniederlassung», «Zweigniederlassung», «Filiale», des «Gewerbes»<sup>861</sup> oder dergleichen<sup>862</sup> vor. *Ob ein bestimmter Zweigbetrieb eine «Geschäftsniederlassung» oder dergleichen im Sinne der kantonalen Vorschriften bildet, bestimmt sich nach dem anwendbaren kantonalen Recht, nicht nach Bundesrecht.* Daß sich der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung des Registerrechts qualifiziert, ist nicht vorausgesetzt; nicht vorausgesetzt ist namentlich auch die Eintragung in einem schweizerischen Handelsregister<sup>863</sup>.

1966 Besteht ein kantonalrechtlicher Gerichtsstand am «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes, so beschränkt auch er sich, obwohl dies nicht in allen Prozeßordnungen ausdrücklich gesagt wird<sup>864</sup>, durchwegs auf *Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes*<sup>865</sup>. Besteht kein entsprechender Gerichtsstand nach Bundesrecht (Nr. 1962), so kann er doch nach kantonalem Recht bestehen. Möglicherweise besteht er sowohl nach Bundes- wie nach kantonalem Recht. Denkbar ist aber auch, daß ein Gerichtsstand weder nach Bundes- noch nach kantonalem Recht besteht.

1967 Möglicherweise ist nach kantonalem Recht ein besonderer Gerichtsstand auch am schweizerischen «Hauptsitz»-Ort eines Geschäftes (Nr. 865) gegeben: Für

<sup>860</sup> Vgl. F. Balmer, in: Referate und Mitteilungen (zit. in Anm. 845), S. 317. Vgl. auch die Zusammenstellung bei L. Schumacher, S. 4.

<sup>861</sup> Vgl. Luzern ZPO § 38.

<sup>862</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 21 f. und S. 38 Anm. 2.

<sup>863</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 24; z. B. BIZÜR 69, 1966, Nr. 116. Der kantonalrechtliche Gerichtsstand knüpft sich somit, wenn überhaupt, an den *Bestand des Zweigbetriebes*. Er befindet sich an seinem «Sitz»-Ort (Nr. 131 f.), der gegebenenfalls auch als registerrechtlicher Eintragungsort dient (Nr. 827 f.) und nach erfolgter Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung aufgezeichnet ist (vgl. dazu L. Schumacher, S. 26 in Verbindung mit S. 7). Stimmt der eingetragene «Sitz»-Ort im Einzelfall nicht überein mit dem tatsächlichen «Sitz»-Ort, so entscheidet das kantonale Recht, welcher Ort maßgeblich ist. Jedenfalls aber wird der gutgläubige Dritte, der sich auf den eingetragenen «Sitz»-Ort verlassen hat, nach Bundesrecht geschützt (vgl. dazu Nr. 1190).

Gegenüber dem Gesagten ist auf *zwei Sonderfälle* hinzuweisen, auf die wir im folgenden nicht mehr zurückkommen werden:

— Fällt der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nicht zusammen mit dem Ort, an dem der Zweigbetrieb seine Produktionstätigkeit entfaltet, so ist, wenn wir L. Schumacher (S. 26) folgen, nach den Prozeßordnungen der meisten Kantone der Gerichtsstand dennoch am «Sitz»-Ort, nicht am Ort der Produktionstätigkeit («am Mittelpunkt des eigentlichen Geschäftsbetriebes») begründet. Eine Ausnahme soll nach L. Schumacher (a.a.O.) für die Kantone Freiburg und Aargau bestehen.

— Befindet sich der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zwar im Ausland, entfaltet dieser aber gleichwohl praktisch die gesamte Aktivität in der Schweiz, so bestimmt das kantonale Recht, ob und wo hier ein kantonalrechtlicher Gerichtsstand begründet ist.

<sup>864</sup> Vgl. z. B. Luzern ZPO § 38.

<sup>865</sup> Vgl. dazu L. Schumacher, S. 38 f.

Klagen aus dem Geschäftsbetrieb, die sich gegen den Inhaber richten. Alsdann können Klagen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, der Bestandteil des betreffenden Geschäftes ist, auch am «Hauptsitz»-Ort erhoben werden; deshalb, weil der Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes einen Teil des gesamten Geschäftsbetriebes bildet.

#### **bb. Wirkungen des Gerichtsstandes**

1968 Der bundes- oder kantonalrechtliche Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes (Nr. 1961 ff.) **begründet die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes** zur Beurteilung von Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes, die sich gegen den Inhaber richten (Nr. 1962 und 1966). Den Gläubigern dieses Inhabers erleichtert er die gerichtliche Durchsetzung von Forderungen, die aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammen. Diese Forderungen können hier grundsätzlich am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes eingeklagt werden, indem es sich bei den betreffenden Forderungsklagen um «Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes» handelt. Für sie gilt der gesetzliche Gerichtsstand am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes; immer vorausgesetzt, daß im Einzelfall nicht ein anderer Gerichtsstand von Gesetzes wegen ausschließlich vorgesehen<sup>866</sup> oder zwischen den Parteien vereinbart ist.

1969 *Im einzelnen wirkt dieser gesetzliche Gerichtsstand:*

1970 **1. International.** Der Gerichtsstand begründet die internationale Zuständigkeit des Gerichtes am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes<sup>867</sup>. Und zwar gleichgültig, ob er auf Bundes- oder auf kantonalem Recht beruht. Die betreffende Streitsache unterliegt der schweizerischen Gerichtsbarkeit, auch wenn sie Verbindungen zu verschiedenen Staaten aufweist, indem z. B. die eingeklagte Forderung materiellrechtlich einer ausländischen Rechtsordnung untersteht; oder indem der Kläger oder der Beklagte seinen (Wohn-)Sitz (Nr. 826) im Ausland hat. Daß ein am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes gefälltes Urteil im ausländischen Wohnsitz-Staat des Beklagten nicht vollziehbar ist, schließt die Zuständigkeit des schweizerischen Richters nicht aus (vgl. BGE 77 I 122).

1971 Immerhin gilt das Gesagte nur unter Vorbehalt anderslautender Staatsverträge: «Eine Klage, die unter den Staatsvertrag fällt, darf das Gericht eines Staates nur anhand nehmen, sofern seine Zuständigkeit nach Maßgabe des Staatsvertrages begründet ist»<sup>868</sup>.

<sup>866</sup> Sei es nach Bundes- oder nach kantonalem Recht. Allerdings kann kantonales Recht den Gerichtsstand nach Bundesrecht (Nr. 1962) nicht ausschließen, wohl aber umgekehrt.

<sup>867</sup> Vgl. dazu M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 31; M. Kummer, Zivilprozeß, S. 23; L. Schumacher, S. 2.

<sup>868</sup> M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 119. — Die völkerrechtlichen Regeln über die Exterritorialität bestimmter Personen und die Gerichtsfreiheit der Staaten sind in diesem Zusammenhang ohne praktische Bedeutung.

1972 **2. Interkantonal.** Der gesetzliche Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes begründet die Zuständigkeit eines bestimmten kantonalen Gerichtes für alle Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes (vgl. BGE 37 I 42). Auch wenn sich der (Wohn-)Sitz des Beklagten (Nr. 826) in einem andern Kanton befindet, kann am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes geklagt werden<sup>869</sup>. Der Kläger hat die Wahl, ob er hier oder am (Wohn-)Sitz des Gegners klagen will (vgl. BGE 70 II 285). Die Wohnsitz-Garantie des Art. 59 Abs. 1 BV<sup>870</sup>, die auch für Ausländer<sup>871</sup> sowie für juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften gilt (vgl. BGE 53 I 127), ist in diesem Sinne durchbrochen (vgl. BGE 37 I 701; 50 I 122 f.; 77 I 124; 90 I 108)<sup>872</sup>. Keine Zweifel herrschen darüber bei einem Gerichtsstand nach Bundesrecht (Nr. 1962; vgl. BGE 36 I 633 f.). Aber auch bei einem Gerichtsstand nach kantonalem Recht (Nr. 1964) ist die Wohnsitz-Garantie durchbrochen, sofern der Zweigbetrieb eine Geschäftsniederlassung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 59 BV darstellt (BGE 77 I 124; vgl. dazu BGE 10 334 f.; 18 651; 30 I 657 und 666; 34 I 701; 36 I 242; 37 I 42; 50 I 123; 53 I 127; 62 I 18). Nach dieser Rechtsprechung ist nicht erforderlich, daß es sich beim Zweigbetrieb um eine registerrechtliche Zweigniederlassung handelt (vgl. BGE 77 I 124) oder daß er gar als Zweigniederlassung eingetragen ist (ZBJV 103, 1967, S. 244).

1973 **3. Intrakantonal.** Der gesetzliche Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes begründet, auch wenn er nach Bundesrecht besteht (Nr. 1962, vgl. sinngemäß BGE 61 II 363)<sup>873</sup>, die örtliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts innerhalb des Kantons. Er regelt die innerkantonale Gerichtsstandfrage, wenn das Kantonsgebiet in regionale Gerichtssprengel aufgeteilt und für die betreffende Streitsache ein Regionalgericht (Bezirks-, Kreis- oder Amtsgericht) sachlich zuständig ist. Der innerkantonale Gerichtsstand am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ist nicht ausschließlicher Natur. Er kann im Einzelfall konkurrieren mit einem andern Gerichtsstand innerhalb des Kantons: z. B. mit dem allgemeinen Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz (Nr. 826) des Beklagten (vgl. BGE 70 II 285), mit dem besondern Gerichtsstand am «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 1967), am Entstehungsort der Forderung, am Erfüllungsort usw. Alsdann hat der Kläger die Wahl, welches Gericht er anrufen will; es sei denn, der andere Gerichtsstand scheitere an der Wohnsitz-Garantie des Art. 59 BV. Ist für die betreffende Streitsache ein einziges kantonales Gericht sachlich zuständig (z. B. das kantonale

<sup>869</sup> Vgl. dazu M. Guldener, *Zivilprozeß*, S. 58; *derselbe*, *Int. Zivilprozeßrecht*, S. 76; F. Balmer, in: *Referate und Mitteilungen* (zit. in Anm. 845), S. 317 f.; L. Schumacher, S. 26 ff.; R. Neuner, *Internationale Zuständigkeit*, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1929, S. 13.  
<sup>870</sup> Vgl. dazu statt vieler: J. F. Aubert, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Neuchâtel 1967, S. 319 ff.

<sup>871</sup> Vgl. E. Riezler, S. 265.

<sup>872</sup> Und zwar auch für natürliche Einzelpersonen, nicht nur für Verbände (vgl. z. B. BGE 37 I 41; demgegenüber *Gautschi*, N. 4c zu Art. 460 OR).

<sup>873</sup> Vgl. dazu auch F. Balmer, in: *Referate und Mitteilungen* (zit. in Anm. 845), S. 311.

Obergericht), so hat sich der Kläger an dieses Gericht zu wenden. Gleiches gilt, wenn erstinstanzlich ein Sondergericht (z. B. ein Gewerbegericht) sachlich zuständig ist (vgl. z. B. BGE 77 I 121 ff.; BIZÜR 65, 1966, Nr. 116; 43, 1944, Nr. 2 B).

- 1974 *Abschließend* ist darauf hinzuweisen, daß die örtliche Zuständigkeit des Richters am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes im Einzelfall nur (aber immer) dann besteht, wenn die *Voraussetzungen des Gerichtsstandes zur Zeit der Klageerhebung* gegeben sind<sup>874</sup>. Sind die Voraussetzungen des Gerichtsstandes in diesem Zeitpunkt nicht oder nicht mehr gegeben, so ist der Richter am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zur Beurteilung der angehobenen Klage nicht zuständig (ZBJV 103, 1967, S. 244; vgl. aber Nr. 1292 f. zum Gutgläubensschutz bei rechtswidrig unterbliebener Löschung einer Zweigniederlassung). Unzutreffend ist die in BGE 98 Ib 104 vertretene Ansicht, wonach der bundesrechtliche Gerichtsstand am «Sitz»-Ort einer Zweigniederlassung (Nr. 1962) trotz Wegfalls der für seinen Bestand vorausgesetzten Eintragung (Nr. 1963) für solche Forderungen fortbesteht, die aus dem Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung vor deren Löschung entstanden sind (im einzelnen: Nr. 1282). Entfallen indessen die Voraussetzungen des Gerichtsstandes *nach* der Klageerhebung, so entfällt die örtliche Zuständigkeit des Richters nicht<sup>875</sup>.

### cc. Am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes einklagbare Forderungen

- 1975 Der bundes- oder kantonale Gerichtsstand am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 1961 ff.) besteht gegen den Inhaber für Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes. Namentlich auch für Forderungsklagen:
- 1976 Einklagbar sind am betreffenden Ort, gestützt auf den genannten Gerichtsstand, nur (aber immerhin) **Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes** (Nr. 1968). Und zwar Forderungen, die sich gegen den Inhaber des Zweigbetriebes richten. Bei diesen Forderungen handelt es sich um «Verbindlichkeiten . . ., die mit der Geschäftstätigkeit der betreffenden Niederlassung zusammenhängen» (BGE 53 I 127); die mit dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes in einer wirtschaftlichen Zweckbeziehung stehen (vgl. BIZÜR 10, 1911, S. 102). Dazu gehören namentlich:
- 1977 — **Vertragsforderungen** im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes<sup>876</sup>. Insbesondere: Forderungen aus Verträgen, die auf Seiten des Inhabers durch Mitarbeiter des Zweigbetriebes, und zwar gerade in dieser Eigen-

<sup>874</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 26.

<sup>875</sup> Vgl. SAG 8, 1935/36, S. 63.

<sup>876</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 41 ff.

schaft, mit Kunden oder Lieferanten geschlossen wurden. Forderungen aus Verträgen, die zwar mit der Tätigkeit des Zweigbetriebes zusammenhängen, indem sie seiner Aufgabenerfüllung dienen; die aber eine Stelle außerhalb des Zweigbetriebes für den Inhaber (eventuell der Inhaber persönlich) geschlossen hat. Forderungen aus Verträgen, die der Finanzierung des Zweigbetriebes dienen. Forderungen aus Obligationen, die im Betrieb des Zweigbetriebes ausgegeben wurden (vgl. BGE 74 II 245). Forderungen aus Arbeitsverträgen, die Mitarbeiter des Zweigbetriebes mit dem Inhaber verbinden (vgl. BGE 77 I 121 ff.; 30 I 655 ff.; BIZüR 65, 1966, Nr. 116; 46, 1947, Nr. 143; 47, 1948, Nr. 80; 43, 1944, Nr. 2B). Forderungen, die sich aus der Miete von Räumlichkeiten, Maschinen usw. für den Zweigbetrieb ergeben (vgl. BGE 30 I 662 ff.).

1978 — **Schadenersatzforderungen** im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes<sup>877</sup>. Dazu gehören vor allem Ersatzforderungen für Schädigungen, die Kunden oder Lieferanten aus dem Geschäftsverkehr mit dem Zweigbetrieb erleiden (vgl. z. B. BGE 50 I 121 ff.); gleichgültig, welches der Haftungsgrund ist und ob die Schädigung durch Mitarbeiter des betreffenden Zweigbetriebes verursacht wurde (vgl. BIZüR 10, 1911, S. 102 ff.) oder nicht. Ferner alle Schadenersatzforderungen für schädigendes Verhalten von Mitarbeitern des Zweigbetriebes in dieser Eigenschaft, für das der Inhaber belangt wird (vgl. z. B. BGE 36 I 631 ff.). Des weitern Schadenersatzforderungen von Mitarbeitern des Zweigbetriebes für Schädigung im Zweigbetrieb. Ebenfalls Forderungen aus Tierhalterhaftung für Schädigung durch ein Tier, das der Inhaber für den Betrieb des Zweigbetriebes (z. B. für die Bewachung von Fabrikanlagen des Zweigbetriebes) hält. Wohl auch Schadenersatzforderungen gegen den Inhaber als Eigentümer von Werken, die dem Betrieb des Zweigbetriebes dienen. Schließlich nachbarrechtliche Ersatzforderungen nach Art. 679 ZGB, wenn der Inhaber beim Betrieb des Zweigbetriebes (z. B. durch Lärm- und Rauchimmissionen) sein Eigentumsrecht überschreitet usw. Den Schadenersatzforderungen gleichzustellen sind **Forderungen auf Leistung von Genugtuung** bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes stehen; z. B. Forderungen Dritter «wegen angeblicher Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse durch Erteilung einer ungünstigen Auskunft seitens der Filiale» (BGE 37 I 42; SJZ 8, 1912, S. 272).

1979 — **Bereicherungsansprüche** aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes<sup>878</sup>. Dazu gehören vor allem Bereicherungsansprüche, die Kunden oder Lieferanten aus dem Geschäftsverkehr mit dem Zweigbetrieb erwachsen; z. B. dadurch, daß sie eine nicht bestehende Geschäftsschuld auf das Postcheck- oder Bankkonto des Zweigbetriebes begleichen (Nr. 1723). Dann aber auch Bereicherungsansprüche, die sich auf die Verarbeitung fremder Sachen im Zweigbetrieb stützen (Nr. 1723).

<sup>877</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 42 ff.

<sup>878</sup> Vgl. L. Schumacher, S. 46.

Ferner Bereicherungsansprüche der Zweigbetriebs-Mitarbeiter im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit im Zweigbetrieb.

**dd. Abgrenzung gegenüber andern Gerichtsständen am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes**

- 1980 Der gesetzliche Gerichtsstand, der nach Bundes- oder kantonalem Recht am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes für Klagen aus dessen Geschäftsbetrieb besteht (Nr. 1975 ff.), ist zu unterscheiden von andern Gerichtsständen, die mit dem «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes zusammenfallen können.
- 1981 Am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes kann ein Gerichtsstand auch deshalb bestehen, weil er staatsvertraglich stipuliert oder von den Prozeßparteien vereinbart ist<sup>879</sup>. Oder weil der Beklagte am betreffenden «Sitz»-Ort ein Spezialdomizil verzeigt oder sich auf die dort angehobene Klage eingelassen hat<sup>879</sup>. Oder weil der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes einen Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG bildet (vgl. dazu Nr. 2052 ff.), weshalb der Gerichtsstand des Betreibungsortes begründet ist: z. B. für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG), die Kollokationsklage (Art. 148, 157 Abs. 4 und 250 SchKG) usw.<sup>880</sup>.

**b. GERICHTSSTAND FÜR FORDERUNGSKLAGEN AUS DEM GESCHÄFTSBETRIEB EINES ZWEIGBETRIEBES IM AUSLAND**

- 1982 Entsteht eine Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland, die sich gegen den Inhaber des Zweigbetriebes richtet, so kann für die entsprechende Klage dennoch ein *Gerichtsstand in der Schweiz* bestehen. Dann, wenn der Inhaber seinen (Wohn-)Sitz (Nr. 826) in der Schweiz hat. Unter Vorbehalt anderslautender Staatsverträge kann hier der Gläubiger die Forderungsklage am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des schuldnerischen Inhabers erheben (vgl. BGE 70 II 285). Klagt er am ausländischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes, so steht Art. 59 BV der Anerkennung und dem Vollzug des ausländischen Leistungsurteils in der Schweiz grundsätzlich entgegen<sup>881</sup>. Der Grundsatz gilt indessen nicht ohne Ausnahmen. Vier Ausnahmefälle sind zu unterscheiden: — der beklagte Inhaber ist kein «aufrechtstehender» Schuldner im Sinne des Art. 59 Abs. 1 BV.

<sup>879</sup> Vgl. dazu M. Kummer, *Zivilprozeß*, S. 46 f.

<sup>880</sup> Vgl. dazu M. Guldener, *Zivilprozeß*, S. 81 f.; F. Balmer, in: *Referate und Mitteilungen* (zit. in Anm. 845), S. 331.

<sup>881</sup> Vgl. J. F. Aubert (zit. in Anm. 870), S. 320; E. Riezler, S. 264; O. Coninx, *Die Bedeutung der Wohnsitzgarantie von Art. 59 der BV im internationalen Rechtsverkehr*, Diss. Zürich, 1942, S. 36.

— die Anerkennung und der Vollzug des betreffenden Urteils in der Schweiz ist nach Staatsvertragsrecht geboten<sup>882</sup>.

— der ausländische Richter am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ist nach Staatsvertragsrecht zur Beurteilung der Klage zuständig (vgl. z. B. BGE 81 I 58)<sup>883</sup>.

— der betreffende Zweigbetrieb bildet eine Geschäftsniederlassung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 59 BV<sup>884</sup>.

1983 In all diesen Ausnahmefällen steht Art. 59 BV der Anerkennung und dem Vollzug des ausländischen Urteils in der Schweiz nicht entgegen.

## C. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

1984 Ein Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb ergibt:

1985 1. Gleich wie der Zweigbetrieb (Nr. 1949) ist auch der rechts- und handlungsunfähige Konzernbetrieb im schweizerischen Zivilprozeß *weder partei- noch prozeßfähig*. Als partei- und prozeßfähiges Subjekt kommt auf seiten des Konzerns nur die einzelne Konzernperson (Nr. 1595) in Frage; auch eine ausländische Konzernperson, die in der Schweiz anerkannt ist (vgl. sinngemäß Nr. 1953). Ein Inhaber des Gesamtbetriebes Konzern, für den sich die Frage nach der Partei- und Prozeßfähigkeit stellen könnte, besteht nicht (Nr. 1594).

1986 2. Am «Sitz»-Ort eines Konzernbetriebes befindet sich kein gesetzlicher *Gerichtsstand* von Bundesrechts wegen (vgl. demgegenüber Nr. 1962 ff.). Wohl aber kann sich dort ein gesetzlicher Gerichtsstand nach kantonalem Recht befinden: Für Klagen aus seinem Geschäftsbetrieb, die sich gegen seinen Inhaber (eine Konzernperson) richten. Nicht aber für Klagen gegen eine andere Konzernperson (z. B. eine Muttergesellschaft). Das letztere schließt natürlich nicht aus, daß die andere Konzernperson am «Sitz»-Ort des fremden Konzernbetriebes deswegen klagen oder beklagt werden kann, weil ein entsprechender Gerichtsstand vereinbart, durch Einlassung begründet oder verzeigt worden ist.

1987 3. Ist der Konzernbetrieb seinerseits ein *Gesamtbetrieb mit Zweigbetrieben*, so gilt für diese das über den Zweigbetrieb im allgemeinen Gesagte.

## 2. Zweigbetrieb und Recht auf Realvollstreckung

1988 Das Recht des Gläubigers auf Realvollstreckung in der Schweiz ist ein Recht gegenüber dem Staat auf behördliche Maßnahmen, durch die entweder der

<sup>882</sup> Vgl. dazu M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 118 ff.; O. Coninx, a.a.O., S. 40.

<sup>883</sup> Vgl. dazu M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 169; O. Coninx, a.a.O., S. 40.

<sup>884</sup> Vgl. E. Riezler, S. 265.

Schuldner zur Leistung angehalten oder der Leistungserfolg unmittelbar herbeigeführt wird<sup>885</sup>. Diese Vollstreckung<sup>886</sup> untersteht im Normalfall, von dem wir ausgehen, kantonalem Recht<sup>887</sup> und erfolgt *durch kantonale Vollstreckungsbehörden im kantonalen Vollstreckungsverfahren* (vgl. aber Art. 74 ff. BZPO). Das betreffende Vollstreckungsverfahren ist zu unterscheiden vom bundesrechtlich geordneten Betreibungsverfahren, in dem der Gläubiger durch die Betreibungsbehörden sein Zugriffsrecht ausübt (Nr. 2001) und die Schuldnerhaftung sich verwirklicht (Nr. 2000). Das Betreibungsverfahren dient der «Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners»: der Verwirklichung der Schuldnerhaftung. Es bezieht sich auf Geldforderungen<sup>888</sup> (unter Einschluß von Forderungen auf Sicherheitsleistung durch Hinterlage); ferner auf andere Forderungen, die sich (z. B. nach Art. 211 SchKG) in Geldforderungen umwandeln. Für diese Forderungen ist die Realvollstreckung ausgeschlossen<sup>889</sup>.

- 1989 *Im folgenden* befassen wir uns mit der kantonalen Realvollstreckung. Und zwar befassen wir uns zunächst mit dem Zweigbetrieb und dem Vollstreckungsort (Nr. 1990 ff.); darauf mit dem Zweigbetrieb und der Vollstreckbarkeit der Forderung (Nr. 1992 ff.).

## A. Zweigbetrieb und Vollstreckungsort

- 1990 Das Recht auf kantonalrechtliche Realvollstreckung setzt voraus, daß eine kantonale Vollstreckungsbehörde zur Realvollstreckung der betreffenden Forderung örtlich zuständig ist: daß sich für sie in irgendeinem Kanton ein Vollstreckungsort

<sup>885</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 49. Die behördlichen Maßnahmen bestehen: in Ausübung psychischen Zwangs, in Ausübung unmittelbarer obrigkeitlicher Gewalt, in der Anordnung einer Ersatzvornahme durch Dritte (vgl. *M. Guldener*, *Zivilprozeß*, S. 606 f.). Zu den Sonderfällen, da der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung oder zur Entgegennahme einer Sache verpflichtet ist: *M. Guldener*, a.a.O., S. 609. Möglicherweise wandelt die Vollstreckungsbehörde die Leistungspflicht des Schuldners auch in eine Geldleistungspflicht um (vgl. *M. Guldener*, a.a.O., S. 608). Alsdann wird der Schuldner nur zu einer wertmäßigen Leistung angehalten, weshalb hier der Ausdruck «Realvollstreckung» nicht genau paßt.

<sup>886</sup> Vgl. dazu *M. Guldener*, *Zivilprozeß*, S. 596; *derselbe*, *Int. Zivilprozeßrecht*, S. 84 ff.; *derselbe*, *Zwangsvollstreckung und Zivilprozeßrecht*, ZSR 74, 1955, S. 20; *H. Pfenniger*, *Die Realexekution im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1924; *K. Siegrist*, *Probleme auf dem Gebiet der Realexekution*, Diss. Zürich 1957.

<sup>887</sup> Vgl. *H. Fritzsche*, I, S. 67, und *M. Guldener*, *Zivilprozeßrecht*, S. 596 ff.

<sup>888</sup> Dabei macht es keinen Unterschied, ob die bestehende Geldforderung zum vornehieren auf Geldleistung gerichtet war; oder ob sie zunächst eine andere Forderung war, die infolge Nichtleistung ipso iure in eine Geldforderung umgewandelt wurde; oder ob die Umwandlung in eine Geldforderung im kantonalen Vollstreckungsverfahren geschah (vgl. *Anm.* 885).

<sup>889</sup> Vgl. *M. Guldener*, *Zivilprozeß*, S. 596.

befindet. Dieser Vollstreckungsort wird *durch kantonales Recht bestimmt*<sup>890</sup>. Nach dem jeweils anwendbaren kantonalen Recht beurteilt sich auch, ob und für welche Forderungen der «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes einen Vollstreckungsort bildet. Der bundesrechtliche Gerichtsstand am «Sitz»-Ort einer Zweigniederlassung (Nr. 1962) ist nicht auch ein bundesrechtlicher Vollstreckungsort.

- 1991 Bleibt die Bestimmung des Vollstreckungsortes auch *kantonalem* Recht überlassen, so ist *im interkantonalen Verhältnis* doch Art. 59 BV zu beachten. Die Wohnsitz-Garantie des Art. 59 BV gilt auch für die Realvollstreckung; jedoch nur mit Einschränkungen<sup>891</sup>. Richtet sich z. B. die Forderung gegen den Inhaber eines Gesamtbetriebes mit (Wohn-)Sitz (Nr. 826) in einem Schweizer Kanton, so steht Art. 59 BV der Realvollstreckung am außerkantonalen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes (Nr. 131 f.) nicht entgegen; vorausgesetzt, daß die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb seines Zweigbetriebes stammt (vgl. sinngemäß Nr. 1976 ff.) und dieser Zweigbetrieb eine Geschäftsniederlassung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 59 BV ist (vgl. Nr. 1972)<sup>892</sup>.

### B. Zweigbetrieb und Vollstreckbarkeit der Forderung

- 1992 Vom Vollstreckungsort abgesehen, setzt das Recht auf Realvollstreckung in der Schweiz voraus, daß die Forderung als solche real vollstreckbar ist. Auf eine negative Voraussetzung dieser Vollstreckbarkeit haben wir in Nr. 1988 hingewiesen, wonach bestimmte Forderungen der Realvollstreckung entzogen und der Schuldbetreibung unterworfen sind. Die Vollstreckbarkeit der übrigen Forderungen ist nicht ohne weiteres gegeben; vielmehr beurteilt sich nach Bundes-, Kantons- oder Staatsvertragsrecht, ob sie vollstreckbar sind. *Vollstreckbar sind* danach *immer nur solche Forderungen, bei denen die Leistungspflicht des Schuldners in qualifizierter Weise feststeht*: durch Leistungsurteil, gerichtlichen Vergleich, Klageanerkennung usw.
- 1993 *Im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb* interessieren vor allem die folgenden vier Fälle:
- 1994 *1. Der zuständige Zivilrichter am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes verurteilt den Inhaber des entsprechenden Gesamtbetriebes zur Erfüllung einer Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes.* Das rechtskräftige Urteil muß nach Art. 61 BV in der ganzen Schweiz vollzogen werden<sup>893</sup>. Mit andern Worten ist die im Leistungsurteil «festgestellte» Forderung in jedem Kanton real

<sup>890</sup> Vgl. M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 90.

<sup>891</sup> Vgl. dazu M. Guldener, a.a.O., S. 90.

<sup>892</sup> Vgl. dazu M. Guldener, a.a.O., S. 90, Anm. 33.

<sup>893</sup> Vgl. M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 84. Zur Voraussetzung, wonach der Beklagte regelrecht vorgeladen und bei Prozeßunfähigkeit gesetzlich vertreten sein muß, vgl. denselben, S. 89 und sinngemäß Art. 81 Abs. 2 SchKG.

- vollstreckbar, in dem sich für sie ein Vollstreckungsort befindet<sup>894</sup>. Dies unabhängig davon, ob die örtliche Zuständigkeit des betreffenden Zivilrichters auf einem gesetzlichen Gerichtsstand beruht (Nr. 1961 ff.) oder auf einem staatsvertraglichen, vereinbarten, durch Einlassung begründeten oder verzeigten Gerichtsstand (Nr. 1981 ff.). Unabhängig auch davon, wo sich der (Wohn-)Sitz des beklagten Inhabers oder des Klägers befindet.
- 1995 2. *Der zuständige Zivilrichter am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort eines Gesamtbetriebs-Inhabers verurteilt diesen zur Erfüllung einer Forderung, die aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Inland oder im Ausland stammt* (vgl. Nr. 1972 f. und 1982). Auch dieses Urteil muß nach Art. 61 BV in der ganzen Schweiz vollzogen werden. Die im Leistungsurteil «festgestellte» Forderung ist in jedem Kanton real vollstreckbar, in dem sich für sie ein Vollstreckungsort befindet. Wiederum gleichgültig, ob der Kläger seinen (Wohn-)Sitz im In- oder im Ausland hat.
- 1996 3. *Der nach ausländischem Recht zuständige Zivilrichter am ausländischen «Sitz-Ort eines im Ausland betriebenen Zweigbetriebes verurteilt den betreffenden Gesamtbetriebs-Inhaber zur Erfüllung einer Forderung aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes*. Die durch das ausländische Leistungsurteil «festgestellte» Forderung kann in der Schweiz real vollstreckt werden, wenn das ausländische Urteil nach dem kantonalen Recht des Vollstreckungsortes oder nach Staatsvertragsrecht vollziehbar ist<sup>895</sup>. Das kantonale Recht gilt allerdings nur unter Vorbehalt des Art. 59 BV, wenn der schuldnerische Inhaber seinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz hat. Die Vollstreckung hat zu unterbleiben, wenn ihr die Wohnsitz-Garantie des Art. 59 BV entgegensteht (vgl. dazu Nr. 1982).
- 1997 4. *Der nach ausländischem Recht zuständige Zivilrichter am ausländischen (Wohn-)Sitz-Ort eines Gesamtbetriebs-Inhabers verurteilt diesen zur Erfüllung einer Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes in der Schweiz*. Auch hier kann die durch das ausländische Leistungsurteil «festgestellte» Forderung in der Schweiz real vollstreckt werden, wenn das ausländische Urteil nach dem kantonalen Recht des Vollstreckungsortes oder nach Staatsvertragsrecht vollziehbar ist.
- 1998 *In allen vier Fällen* (Nr. 1994—1997) kann die Realvollstreckung an einem kantonalen Vollstreckungsort natürlich nur dann verlangt werden, wenn sich die im Leistungsurteil «festgestellte» Forderung nicht auf Geldleistung richtet oder in eine Geldforderung umwandelt (Nr. 1988). Richtet sich die Forderung auf Geld-

<sup>894</sup> Die zuständige Behörde des betreffenden Kantons muß das Exequatur erteilen, wenn die Realvollstreckung nach dem anwendbaren kantonalen Recht von dieser förmlichen Vollstreckbarkeitserklärung abhängt.

<sup>895</sup> Die Vollstreckung setzt hier durchwegs eine förmliche Vollstreckbarkeitserklärung (Exequatur) voraus, und zwar bei der zuständigen Behörde des Kantons, in welcher die Vollstreckung erfolgen soll (vgl. M. Guldener, Zivilprozeß, S. 600).

leistung oder wandelt sie sich entsprechend um, so bleibt der Kläger für den Urteilsvollzug auf den Betreibungsweg verwiesen. Doch kann er sich in den ersten beiden Fällen auch im Betreibungsverfahren auf Art. 61 BV berufen, der in Art. 81 f. SchKG näher umschrieben wird (BGE 97 I 238). Im dritten und vierten Fall entscheidet auch hier das kantonale Recht, unter Vorbehalt des Art. 59 BV<sup>896</sup>, über die Vollstreckbarkeit des Urteils; es sei denn, die Vollziehbarkeit ergebe sich aus Staatsvertragsrecht.

1999 Der auf den Betreibungsweg verwiesene Gläubiger kann in der Schweiz, wenn überhaupt, auf das Vermögen des Schuldners greifen. Mit diesem Zugriffsrecht befassen wir uns nachstehend im einzelnen:

### 3. Zweigbetrieb und Zugriffsrecht auf das Vermögen des Schuldners

2000 Das Zugriffsrecht auf das Schuldnervermögen im Falle der Nichtleistung gehört in einem weitern Sinne ebenfalls zum Inhalt der Forderung. Durch seine Ausübung verwirklicht sich die Haftung des Schuldners für seine Schuld. Diese *Schuldhaftung* bedeutet Unterworfenheit des Schuldners unter die Zugriffsmacht des Gläubigers, dem nicht geleistet wird<sup>897</sup>; oder kurz gesagt: Einstehenmüssen des Schuldners für die Erfüllung seiner Schuld<sup>898</sup>. Sie bildet die Gegenseite des Zugriffsrechts.

2001 Das Zugriffsrecht des Gläubigers ist in der Schweiz grundsätzlich kein Recht auf privaten Zugriff<sup>899</sup>. Seine Ausübung hat vielmehr im bundesrechtlich geordneten *Betreibungsverfahren* zu erfolgen, mit Hilfe der zuständigen Betreibungsbehörden (unter Einschluß der Konkursorgane). Drei verschiedene Betreibungsarten sind zu unterscheiden (vgl. Art. 38 SchKG): 1. Die Betreibung auf Pfändung (Art. 88 ff. SchKG); 2. Die Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG)<sup>900</sup>; 3. Die Konkursbetreibung (Art. 159 ff. SchKG)<sup>901</sup>. Keine besondere Betreibungsart bildet der Arrest: die amtliche Beschlagnahme von Vermögenswerten des

<sup>896</sup> Vgl. dazu H. *Fritzsche*, I, S. 145.

<sup>897</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 50.

<sup>898</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 58.

<sup>899</sup> Immerhin mit der *Ausnahme*, daß der private Zugriff mit Bezug auf bestimmte Pfandgegenstände gültig verabredet sein kann (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 56). Von dieser Ausnahme sehen wir im folgenden ab.

<sup>900</sup> Eine Abart dieses Betreibungsverfahrens bildet die Betreibung von Miet- und Pachtzinsforderungen, für die ein Retentionsrecht besteht (Art. 272 ff. OR und 282 ff. SchKG).

<sup>901</sup> Alle drei Betreibungsarten umfassen ein im wesentlichen gleiches Einleitungsverfahren (Art. 67—87 SchKG; vgl. aber Art. 190 ff. SchKG: Konkursöffnung ohne Einleitungsverfahren). Die Konkursbetreibung ist entweder ordentliche Konkursbetreibung oder Wechselbetreibung (Art. 39 SchKG). An die Stelle der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs kann der Nachlaßvertrag treten (Art. 293 ff. SchKG).

Schuldners, um den Erfolg einer hängigen oder künftigen Betreuung zu sichern, wo eine besondere Gefährdung besteht oder wo es an einem inländischen Betreuungsort fehlt (vgl. BGE 59 III 176).

- 2002 Die Ausübung des Zugriffsrechts im schweizerischen Betreibungsverfahren setzt voraus, daß der Gläubiger und der Schuldner in diesem Verfahren Partei sein können. Ferner setzt sie voraus, daß für die betreffende Forderung ein Betreuungsort in der Schweiz besteht (vgl. BGE 40 III 126).
- 2003 Von den Parteien des Betreibungsverfahrens und vom Betreuungsort sprechen wir *im folgenden* unter dem Gesichtspunkt des Zweigbetriebes (Nr. 2004 ff. und 2044 ff.). Außerdem handeln wir aber auch vom Zweigbetrieb und der Konkursfähigkeit (Nr. 2019 ff.) sowie vom Haftungssubstrat (Nr. 2145 ff.). Abschließend ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 2176 ff.).

#### A. Zweigbetrieb und Parteien des Betreibungsverfahrens

- 2004 Am schweizerischen Betreibungsverfahren, in dem das Zugriffsrecht des Gläubigers ausgeübt wird, beteiligen sich, gleich wie am schweizerischen Zivilprozeß, *verschiedene Parteien*<sup>902</sup>. Partei im Betreibungsverfahren ist, wer betreibt und wer betrieben wird. Wer betreibt, ist die aktive Partei<sup>903</sup>; sie übt ihr Zugriffsrecht gegen das Vermögen eines andern aus. Wer betrieben wird, ist die passive Partei<sup>903</sup>; das Zugriffsrecht wird gegen ihr Vermögen ausgeübt.
- 2005 Der Partei- und Prozeßfähigkeit im Zivilprozeß (Nr. 1946 f.) entspricht die *Partei- und Betreuungsfähigkeit im Betreibungsverfahren* (vgl. BGE 90 III 13 f.).
- 2006 *Parteifähigkeit* bedeutet hier: Fähigkeit, im Betreibungsverfahren Partei zu sein; zu betreiben oder betrieben zu werden<sup>904</sup>.
- 2007 *Betreuungsfähigkeit* ist dagegen die Fähigkeit, am Betreibungsverfahren durch eigene Handlungen oder durch selbst gewählte Vertreter teilzunehmen<sup>905</sup>.
- 2008 *Nachstehend* sprechen wir zunächst vom Zweigbetrieb als einer partei- und betriebsunfähigen Leistungseinheit (Nr. 2009 ff.); dann vom Inhaber des Zweigbetriebes als einer möglichen Partei im Betreibungsverfahren (Nr. 2015 ff.).

<sup>902</sup> Vgl. H. Fritzsche, I, S. 52.

<sup>903</sup> Vgl. dazu E. Blumenstein, S. 145.

<sup>904</sup> Vgl. H. Fritzsche, I, S. 53.

<sup>905</sup> Vgl. H. Fritzsche, I, S. 54.

a. DER ZWEIGBETRIEB ALS PARTEI- UND BETREIBUNGSUNFÄHIGE LEISTUNGSEINHEIT

- 2009 Die Partei- und Betreuungsfähigkeit im schweizerischen Betreibungsverfahren bestimmt sich *gleich wie die Partei- und Prozeßfähigkeit im schweizerischen Zivilprozeß* (Nr. 1946 f.): nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit (vgl. BGE 37 II 593; 42 III 39; 51 III 58; 56 III 57)<sup>906</sup>. Wer im schweizerischen Zivilprozeß kraft seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit partei- und prozeßfähig ist, ist auch im schweizerischen Betreibungsverfahren partei- und betreibungsfähig<sup>907</sup>.
- 2010 Vom *Zweigbetrieb* haben wir gesagt, daß er eine rechts- und handlungsunfähige Leistungseinheit sei (Nr. 1592). Im schweizerischen Betreibungsverfahren ist er *weder partei- noch betreibungsfähig*. Dies gilt wiederum auch dann (vgl. Nr. 1949): wenn er sich als Zweigniederlassung des schweizerischen Handelsregisterrechts qualifiziert; wenn er in dieser Eigenschaft in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist; wenn er unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält; oder wenn es um eine Forderung geht, die aus seinem Geschäftsbetrieb stammt. Auch der Zweigbetrieb, an dessen «Sitz»-Ort sich ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG befindet (Nr. 2052 ff.), ist in der Schweiz nicht partei- und betreibungsfähig (Nr. 2053).
- 2011 **Der Zweigbetrieb kann, weil parteiunfähig, am schweizerischen Betreibungsverfahren weder als aktive noch als passive Partei teilnehmen.** Er kann weder betreiben, noch kann er betrieben werden. Entsprechende Betreibungshandlungen können jederzeit als nichtig angefochten oder von Amtes wegen aufgehoben werden (vgl. sinngemäß BGE 32 I 573 und 51 III 58). Abgesehen davon, würde es dem Zweigbetrieb auch an der Sachlegitimation fehlen. Da er nicht rechtsfähig ist, kann er weder Gläubiger noch Schuldner, weder aktiv- noch passivlegitimiert sein.
- 2012 Immerhin ist auf *ein Zweifaches hinzuweisen*:
- 2013 — Die Bezeichnung eines Zweigbetriebes als aktive oder passive Partei des Betreibungsverfahrens wird sich in aller Regel nur als *mangelhafte Parteibezeichnung* qualifizieren, indem in Wirklichkeit nicht der Zweigbetrieb als solcher, sondern dessen Inhaber gemeint ist. Läßt sich diese Meinung ohne weiteres erkennen und wird die andere Partei in ihren Interessen nicht gefährdet, so kann die mangelhafte Bezeichnung korrigiert werden, ohne daß eine Nichtigklärung der

<sup>906</sup> Vgl. auch H. *Fritzsche*, I, S. 52 und 54.

<sup>907</sup> Wer in Übereinstimmung mit der Praxis auch die in Anm. 843 erwähnten (nicht rechtsfähigen) Vermögensmassen als parteifähig für den Zivilprozeß betrachtet, muß dies konsequenterweise für das Betreibungsverfahren ebenfalls tun. Vgl. z. B. H. *Fritzsche*, I, S. 53.

Betreibung Platz greift (vgl. sinngemäß BGE 31 I 529; 90 III 10 ff.; 98 III 24 ff.)<sup>908</sup>.

- 2014 — Die in einem schweizerischen Handelsregister *eingetragene Zweigniederlassungs-Firma* (Nr. 1591) ist selbst dann Name des Inhabers, wenn sie Zusätze zu seiner Geschäftsfirma enthält (Nr. 1436). Sie bezeichnet nicht den Zweigbetrieb als solchen, sondern dessen Inhaber (Nr. 1384).

#### b. DER INHABER DES ZWEIGBETRIEBES ALS MÖGLICHE PARTEI IM BETREIBUNGSVERFAHREN

- 2015 Der Zweigbetrieb selbst ist nach dem Gesagten im schweizerischen Betreibungsverfahren nicht partei- und betreibungsfähig. Diese *Fähigkeit kommt indessen grundsätzlich dem rechtsfähigen Inhaber zu*: dem Gesamtbetriebs-Inhaber, dem der Zweigbetrieb gehört. Nicht aber dem Gesamtbetrieb oder einem Hauptbetrieb, der möglicherweise mit zum Gesamtbetrieb gehört (vgl. sinngemäß Nr. 1951).
- 2016 Die **Parteifähigkeit des Inhabers im schweizerischen Betreibungsverfahren** besteht jedenfalls dann, wenn der Inhaber ein Schweizer ist oder ein rechtsfähiger Verband des schweizerischen Rechts (vgl. Nr. 1952)<sup>909</sup>. Entsprechend seiner Handlungsfähigkeit ist dieser Inhaber auch betreibungsfähig (Nr. 2007). Partei- und betreibungsfähig kann in der Schweiz aber auch ein Inhaber sein, der Ausländer ist; oder ein in der Schweiz anerkannter ausländischer Verband. Das in Nr. 1953 Ausgeführte gilt hier sinngemäß.
- 2017 Ein **parteifähiger Inhaber des Gesamt- (und Zweig-)betriebes kann im schweizerischen Betreibungsverfahren aktive oder passive Partei sein**; er kann betreiben oder betrieben werden. Gleichgültig, ob ihm ein Zweigbetrieb (eventuell eine eingetragene Zweigniederlassung) in der Schweiz gehört oder nicht. Wird er nach Art. 50 Abs. 1 SchKG am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes betrieben (Nr. 2052 ff.), so darf er in seiner Eigenschaft als passive Betreibungspartei vom Gläubiger mit einer entsprechenden Zweigniederlassungs-Firma bezeichnet werden, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591). Die Verwendung der Zweigniederlassungs-Firma, unter welcher der betriebene Inhaber

<sup>908</sup> Vgl. dazu auch P. *Schwartz*, in BLSchK 19, 1955, S. 16.

<sup>909</sup> Darunter fällt auch die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Eine solche Gesellschaft «kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen» (Art. 562 und 602 OR). Sie «haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht» (Art. 567 Abs. 3; 603 OR). Sie ist somit rechts- und handlungsfähig (Nr. 539); daher auch partei- und betreibungsfähig. Der Ansicht des Bundesgerichts, wonach hier als wahre Parteien des Betreibungsverfahrens die Gesellschafter erscheinen (vgl. z. B. BGE 42 III 39 f.), kann nicht gefolgt werden (übereinstimmend: L. *Schumacher*, S. 101). Die Art. 571 und 615 OR unterscheiden denn auch ausdrücklich zwischen dem Konkurs der Gesellschaft und dem Konkurs der Gesellschafter.

den betreffenden Zweigbetrieb führt, stellt keine mangelhafte Parteibezeichnung dar. Dasselbe gilt, wenn sich der Inhaber als aktive Partei mit einer entsprechenden Zweigniederlassungs-Firma (z. B. «The American Express Company, Incorporated Hartford & New York, Filiale Luzern») bezeichnet; vorausgesetzt, daß die in Betreibung gesetzte Forderung aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes stammt.

- 2018 Im schweizerischen Betreibungsverfahren kann sich ein betreibungsfähiger Inhaber auch durch den Mitarbeiter eines Zweigbetriebes vertreten lassen. Diese **Vertretung durch Mitarbeiter des Zweigbetriebes** setzt weder voraus, daß der betreffende Zweigbetrieb in der Schweiz geführt wird; noch daß es in der Betreibung um Forderungen gerade aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes geht. Vorausgesetzt ist indessen auch hier eine gültige Vollmacht (vgl. dazu sinngemäß Nr. 1956). Immerhin haben die Betreibungsbehörden nicht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Gläubiger-Vertreter mit gültiger Vollmacht handeln (vgl. BISchK 5, 1941, S. 72; 22, 1959, S. 109)<sup>910</sup>. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß Mitarbeiter eines Zweigbetriebes, die den Inhaber vertreten, nicht unter die «gewerbsmäßigen Vertreter» nach Art. 27 SchKG fallen.

## B. Zweigbetrieb und ordentliche Konkursfähigkeit (Art. 39 SchKG)

- 2019 Die schweizerische Betreibung, in der das Zugriffsrecht ausgeübt wird, erfolgt auf dem Wege der Pfändung, der Pfandverwertung oder des Konkurses (Nr. 2001). Die Konkursbetreibung setzt grundsätzlich voraus, daß der Betriebene nach Art. 39 SchKG konkursfähig ist.
- 2020 *Wer nach Art. 39 SchKG konkursfähig ist, unterliegt der Konkursbetreibung; und zwar einzig deswegen, weil sich die Betreibung gegen ihn richtet, ohne daß ein besonderer Umstand des Einzelfalles die Konkursbetreibung rechtfertigen müßte. Er kann und muß auf dem Wege des Konkurses betrieben werden, sofern nicht ausnahmsweise etwas anderes gilt (vgl. Art. 41, 43, 177, 230 Abs. 3 SchKG; vgl. auch Art. 7 ff. KG). Die Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG bezeichnen wir als ordentliche Konkursfähigkeit.*
- 2021 *Wer nicht nach Art. 39 SchKG konkursfähig ist, kann nicht auf dem Wege des Konkurses betrieben werden; es sei denn, besondere Umstände des Einzelfalles rechtfertigen die Konkursbetreibung auch gegen ihn. Alsdann ist er ausnahmsweise doch konkursfähig. Diese außerordentliche Konkursfähigkeit besteht in den Fällen des Art. 190 Abs. 1 und 191 SchKG; vgl. auch Art. 193 SchKG.*

<sup>910</sup> Der Betreuungsschuldner kann das Fehlen der Vollmacht nur auf dem Beschwerdeweg, also nicht durch Rechtsvorschlag, geltend machen (vgl. BGE 53 III 58 gegenüber 43 III 174).

2022 *Nachstehend* befassen wir uns mit der ordentlichen Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG, und zwar im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb. Zunächst sprechen wir vom Zweigbetrieb und der Konkursfähigkeit seines Inhabers (Nr. 2023 ff.). Dann vom Zweigbetrieb und der Konkursfähigkeit von Mitgliedern bzw. Vorstandsmitgliedern seines Inhabers (Nr. 2036 ff.).

#### a. ZWEIGBETRIEB UND ORDENTLICHE KONKURSFÄHIGKEIT SEINES INHABERS

2023 Konkursfähig nach Art. 39 SchKG ist zunächst, wer in folgender Eigenschaft in einem *schweizerischen*<sup>911</sup> Handelsregister eingetragen ist: als Inhaber einer Einzelfirma, als Kollektivgesellschaft, als Kommanditgesellschaft, als Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaft, als Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Genossenschaft oder als Verein (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 und 5—9).

2024 **Eintragung als Inhaber einer Einzelfirma oder als entsprechender Verband** (Kollektivgesellschaft usw., Nr. 2023) bedeutet nach Art. 39 SchKG, daß der betreffende Inhaber oder Verband «Subjekt» (Nr. 347) einer vollendeten und rechts-erheblichen Eintragung (Nr. 388) in einem schweizerischen Handelsregister bildet: in dem Sinne, daß «über» ihn (Nr. 348 ff.) bestimmte Grundsachverhalte (Nr. 355) unter Einschluß von Folgetatsachen der ersten Art (Nr. 362) eingetragen sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Neueintragung (Nr. 355) nach Art. 934 OR erfolgte (z. B. BGE 80 III 98); oder nach verbandsbezogenen Eintragungsvorschriften (Nr. 896 ff.; z. B. BGE 94 III 71); oder durch die Eintragung einer Zweigniederlassung, die dem Inhaber der Einzelfirma bzw. des Verbandes gehört (vgl. BGE 76 I 155 und 161; 79 III 15 ff.). Auch durch die Eintragung einer Zweigniederlassung werden Grundsachverhalte «über» den Inhaber der Zweigniederlassung (natürliche Einzelperson oder Verband) eingetragen; der Inhaber bildet das «Subjekt» dieser Eintragung (Nr. 822).

2025 Der bloße **Bestand eines Zweigbetriebes in der Schweiz** kann nach dem Gesagten **kein Grund für die (ordentliche) Konkursfähigkeit seines Inhabers** sein (vgl. auch BGE 79 III 17), selbst wenn der Inhaber in einem ausländischen Handelsregister eingetragen ist. Wird der Zweigbetrieb aber als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen, so bildet die vollendete und rechts-erhebliche Eintragung einen Rechtsgrund für die Konkursfähigkeit seines Inhabers (Nr. 2024), nicht der Zweigniederlassung selbst<sup>912</sup>. Der Inhaber der Zweigniederlassung ist immer ein Gesamtbetriebs-Inhaber, und zwar ist er ein Geschäftsinhaber (vgl. dazu Nr. 666 ff. und 673).

<sup>911</sup> Vgl. *Jaeger*, N. 4 zu Art. 39 SchKG.

<sup>912</sup> Ungenau: *G. Weiß*, Einleitung, N. 477.

- 2026 Die Eintragung der Zweigniederlassung wirkt somit konstitutiv für die (ordentliche) Konkursfähigkeit des (Geschäfts-)Inhabers, um dessen Zweigniederlassung es sich handelt; und zwar gleichgültig, ob die Zweigniederlassung eintragungsbedürftig oder bloß eintragungsfähig ist (Nr. 961 f.). *Im einzelnen sind fünf Punkte herauszuheben:*
- 2027 1. Die Konkursfähigkeit des Inhabers, gestützt auf die Eintragung seiner Zweigniederlassung in der Schweiz, *setzt voraus*, daß dieser Inhaber im schweizerischen Betreibungsverfahren parteifähig ist (vgl. dazu Nr. 2015 f.).
- 2028 Zudem setzt sie grundsätzlich voraus, daß es sich beim Inhaber um eine natürliche Person handelt oder um einen Verband nach Art. 39 SchKG: eine Kollektivgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, eine Aktien- oder Kommanditaktien-gesellschaft, eine Genossenschaft oder einen Verein (Nr. 2023). Dem Inhaber einer Einzelfirma rechtfertigt sich unseres Erachtens eine Stiftung gleichzustellen, die ein Geschäft im Sinne des Handelsregisterrechts (Nr. 530 ff.) betreibt. Ob die betreffende Einzelperson In- oder Ausländer ist, hat keinen Einfluß auf die Konkursfähigkeit; ebenso: ob der Verband nach schweizerischem oder nach ausländischem Recht besteht (vgl. BGE 79 III 13 ff.).
- 2029 Ist der Inhaber ein *Verband des ausländischen Rechts, der im schweizerischen Recht nicht seinesgleichen hat* und schon deshalb in Art. 39 SchKG nicht aufgezählt wird (z. B. eine liechtensteinische Treuhandgesellschaft), so muß er dennoch als konkursfähig betrachtet werden, wenn seine Zweigniederlassung in der Schweiz eingetragen ist. Es gibt keinen Grund, derartige Verbände nicht auch dem schweizerischen Konkurs zu unterwerfen. Die Aufzählung in Art. 39 SchKG betrachten wir in dieser Hinsicht (und mit Rücksicht auf die Stiftung) nicht als abschließend<sup>913</sup>.
- 2030 2. Die Konkursfähigkeit des Inhabers wird durch die Eintragung seiner Zweigniederlassung, wenn überhaupt, nur dann *ursprünglich begründet*, wenn es sich um die erste Eintragung «über» den Inhaber in der Schweiz handelt. Besteht «über» ihn bereits eine andere Eintragung in der Schweiz (sei es eine Haupteintragung nach Art. 934 OR oder nach verbandsbezogenen Vorschriften, Nr. 894 f. und Nr. 914; oder sei es die Eintragung einer andern Zweigniederlassung), so bildet die zusätzliche Eintragung der Zweigniederlassung zum vorneherein nur einen *zusätzlichen Rechtsgrund* der Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG. Die Konkursfähigkeit läßt sich alsdann mit jeder der mehreren Eintragungen begründen. Dasselbe gilt, wenn sich die Konkursfähigkeit des Inhabers bereits daraus ergibt, daß er als Mitglied bzw. Vorstandsmitglied eines Verbandes auf dem schweizerischen Registerblatt dieses Verbandes aufgeführt ist (Nr. 2036 ff.).
- 2031 Die Eintragung einer Zweigniederlassung, welche die Konkursfähigkeit des Inhabers im Einzelfall ursprünglich begründet, kann (muß aber nicht) der einzige

<sup>913</sup> Vgl. demgegenüber die herrschende Lehre: z. B. E. Blumenstein, S. 158; H. Fritzsche, I, S. 70; R. Joos, S. 118.

Rechtsgrund dieser Konkursfähigkeit bleiben. Sie wird zum zusätzlichen Rechtsgrund, wenn in der Folgezeit eine weitere Eintragung hinzutritt, welche für die Konkursfähigkeit des Inhabers ihrerseits konstitutiv wirkt; namentlich die weitere Eintragung einer Zweigniederlassung.

- 2032 3. Die durch die Eintragung der Zweigniederlassung (ursprünglich oder zusätzlich) begründete Konkursfähigkeit des Inhabers beruht auf einer vollendeten und rechtserheblichen Eintragung der Zweigniederlassung (Nr. 1036). Doch wird der *Eintritt der Wirkung* auf den ersten Werktag nach der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt bezogen, gegebenenfalls *zurückbezogen* (Nr. 443). So ausdrücklich Art. 39 Abs. 3 SchKG.
- 2033 4. Die Konkursfähigkeit des Inhabers, gestützt auf die Eintragung seiner Zweigniederlassung, hängt nicht von der Rechtmäßigkeit dieser Eintragung ab. Vielmehr knüpft sie sich an den *formellen Tatbestand der Eintragung* (vgl. BGE 80 III 98 mit Verweisen). Solange diese Eintragung fortbesteht, und noch sechs Monate darüber hinaus (Nr. 2034), ist der (parteifähige) Inhaber infolge der Eintragung konkursfähig. Dies selbst dann, wenn es die Zweigniederlassung niemals gab oder nicht mehr gibt; oder wenn sie zwar bestand, nicht aber eintragbar war (Nr. 958); oder wenn sie bloß eintragungsfähig war (Nr. 962), dennoch aber von Amtes wegen eingetragen wurde (Nr. 1015 ff.)<sup>914</sup>.
- 2034 5. Wird die Zweigniederlassung *gelöscht* (Nr. 1193 ff.), sei es zu Recht oder zu Unrecht (vgl. BGE 80 III 98), so entfällt der Rechtsgrund der Konkursfähigkeit, soweit er in der Eintragung der Zweigniederlassung bestand. Die Konkursfähigkeit des Inhabers erlischt, sofern sie nicht gestützt auf andere Eintragungen fortbesteht (vgl. Nr. 2030 und 1282). Die Löschungs-Wirkung tritt indessen erst sechs Monate nach der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt ein (Art. 40 SchKG). Erst auf diesen Zeitpunkt endet die durch die Eintragung der Zweigniederlassung bewirkte Konkursfähigkeit des Inhabers. Immer vorausgesetzt, daß der Inhaber als parteifähiges Subjekt noch besteht; und daß die Löschung der Zweigniederlassung nicht auf den Konkurs des Inhabers in der Schweiz zurückzuführen ist (vgl. Nr. 1230 und 1242; vgl. sinngemäß BISchK 11, 1947, S. 142).
- 2035 Aus dem *Fortbestand der Konkursfähigkeit nach Art. 40 SchKG* kann indessen nicht auf den Fortbestand eines schweizerischen Betreibungsortes geschlossen werden (vgl. BGE 39 I 424; 79 III 16; ZBK 3, 1914, S. 52 f.)<sup>915</sup>. Denn die Konkursfähigkeit besagt nur, daß das betreffende Subjekt, wenn es in der Schweiz betrieben wird, grundsätzlich auf dem Wege des Konkurses betrieben werden kann und muß (Nr. 2020). Über den Bestand eines Betreibungsortes besagt sie indessen nichts.

<sup>914</sup> Vgl. dazu *Jaeger*, N. 5 zu Art. 39 SchKG.

<sup>915</sup> Vgl. auch *R. Joos*, S. 119.

b. ZWEIGBETRIEB UND ORDENTLICHE KONKURSFÄHIGKEIT VON VERBANDS- UND VORSTANDSMITGLIEDERN SEINES INHABERS

- 2036 Konkursfähig nach Art. 39 SchKG sind auch bestimmte *Mitglieder bzw. Vorstandsmitglieder eines Verbandes*. Nämlich: wer «als Mitglied einer Kollektivgesellschaft», «als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft», «als Mitglied des Vorstandes einer Kommanditaktiengesellschaft» oder «als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung» in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2—4bis).
- 2037 Die **Eintragung, an die sich die (ordentliche) Konkursfähigkeit der genannten Mitglieder knüpft**, besteht in der Eintragung des Sachverhaltes, wonach diese Personen Mitglieder einer bestimmten Kollektivgesellschaft, unbeschränkt haftende<sup>916</sup> Mitglieder einer bestimmten Kommanditgesellschaft usw. sind. Die Eintragung erfolgt auf einem Registerblatt, das dem betreffenden Verband (als dem «Subjekt» der Eintragung, Nr. 347 ff.) in einem schweizerischen Handelsregister zugeteilt ist (vgl. Nr. 351).
- 2038 Ist die Kollektiv-, Kommandit-, Kommanditaktiengesellschaft oder GmbH Inhaberin eines Gesamtbetriebes, so bildet der bloße **Bestand eines Zweigbetriebes in der Schweiz keinen Grund für die ordentliche Konkursfähigkeit** der entsprechenden Verbands- bzw. Vorstandsmitglieder. Doch kann sich die für diese Konkursfähigkeit vorausgesetzte Eintragung mit der Eintragung des betreffenden Zweigbetriebes als schweizerische Zweigniederlassung verbinden. Dann, wenn der fragliche Verband nach ausländischem Recht besteht und der «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 865), um dessen Zweigniederlassung es geht, im Ausland liegt:
- 2039 In diesem Falle wird *die erste schweizerische Zweigniederlassung* des ausländischen Verbandes nach Art. 75 Abs. 1 HRegV eingetragen (vgl. dazu Nr. 1133 ff.). Hinsichtlich des Eintragungs-Gegenstandes verhält es sich alsdann so, wie wenn der ausländische Verband, der die Zweigniederlassung betreibt, als schweizerische Kollektiv- bzw. Kommandit-, Kommanditaktiengesellschaft oder GmbH eingetragen würde (Nr. 1144). Auf dem schweizerischen Registerblatt der betreffenden Zweigniederlassung, das dem Inhaber (hier dem ausländischen Verband) als dem «Subjekt» der Eintragung zugeteilt ist (Nr. 822), wird richtigerweise auch eingetragen, wer Mitglied der (ausländischen) Kollektivgesellschaft bzw. unbeschränkt haftendes Mitglied der Kommanditgesellschaft, Vorstandsmitglied der Kommanditaktiengesellschaft oder geschäftsführendes Mitglied der GmbH ist. **Die Neueintragung der ersten schweizerischen Zweigniederlassung wirkt daher in dem Sinne konstitutiv, als sie die (ordentliche) Konkursfähigkeit dieser Personen in der**

<sup>916</sup> Diese «Haftung» ist eine persönliche Haftung im Sinne einer Garantieleistungspflicht für Verbandsschulden.

**Schweiz begründet.** Gleiches gilt für spätere Änderungs-Eintragungen (Nr. 1162 ff.), durch die andere (evtl. zusätzliche) Personen als entsprechende Mitglieder bzw. Vorstandsmitglieder des Verbandes auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung aufgezeichnet werden. *Im einzelnen* ist auf vier Punkte hinzuweisen:

- 2040 1. Den Mitgliedern einer Kollektiv- bzw. den unbeschränkt haftenden Mitgliedern einer Kommanditgesellschaft gleichzustellen sind *unbeschränkt haftende Mitglieder eines ausländischen Verbandes, der in der Schweiz nicht seinesgleichen hat*. Werden sie in dieser Eigenschaft auf dem Registerblatt einer schweizerischen Zweigniederlassung aufgeführt (vgl. dazu Nr. 2039), so trifft auch sie die Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG. Keine Konkursfähigkeit bewirkt indessen die bloße Eintragung als Zweigniederlassungs-Leiter bzw. als «Vertreter der Zweigniederlassung», gleichgültig wem die Zweigniederlassung gehört.
- 2041 2. Die Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung kann *einzigster oder zusätzlicher Rechtsgrund für die Konkursfähigkeit* der betreffenden Personen sein. Zusätzlicher Rechtsgrund ist die Eintragung dann, wenn sich die ordentliche Konkursfähigkeit dieser Personen außerdem aus einer andern Eintragung herleitet.
- 2042 3. Die durch die Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung bewirkte *Konkursfähigkeit besteht für irgendwelche Forderungen*, auch solche privater Natur. Ein Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb der betreffenden Zweigniederlassung ist nicht erforderlich. Vgl. sinngemäß B1SchK 20, 1956, S. 12.
- 2043 4. Die durch die Eintragung auf dem Registerblatt der Zweigniederlassung bewirkte Konkursfähigkeit knüpft wiederum an den *formellen Tatbestand der Eintragung* (vgl. sinngemäß Nr. 2033). Sie tritt ein am ersten Werktag nach der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 39 Abs. 3 SchKG) und endet nach Art. 40 SchKG. Über den Bestand eines schweizerischen Betreibungs-ortes besagt sie nichts (vgl. sinngemäß Nr. 2035).

### C. Zweigbetrieb und Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG

- 2044 Die Ausübung des Zugriffsrechts im schweizerischen Betreibungsverfahren (Nr. 2001) setzt einen schweizerischen Betreibungsort voraus (Nr. 2002).
- 2045 *Der schweizerische Betreibungsort*<sup>917</sup> begründet die Zuständigkeit einer bestimmten Betreibungsbehörde zur Durchführung der Betreibung. Ob und wo sich ein derartiger Betreibungsort in der Schweiz befindet, umschreibt das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb interessiert die Bestimmung des Art. 50 Abs. 1 SchKG.
- 2046 Nach **Art. 50 Abs. 1 SchKG** können «im Ausland wohnende Schuldner, welche in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen, ... für die auf Rechnung

<sup>917</sup> Vgl. dazu A. Lenzi, passim; P. Leuthard, Ort der Betreibung, in B1SchK 17, 1953, S. 33.

- der letzteren eingegangenen Verbindlichkeiten am Sitze derselben betrieben werden».
- 2047 Der Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG verbindet sich mit einer inländischen *Geschäftsniederlassung*. Sie ist eine örtlich verknüpfte geschäftliche Leistungseinheit (Nr. 558). Sie kann sein:
- 2048 — Entweder ein *Geschäft* (Nr. 561), wobei der Geschäftsbegriff gleich zu verstehen ist wie im Handelsregisterrecht. Auch hier ist das Geschäft eine private Leistungseinheit, die für Dritte und gegen Entgelt produziert (Nr. 530 ff.).
- 2049 — Oder *Bestandteil* eines Geschäftes (Nr. 561): somit eine Leistungseinheit innerhalb eines zusammengesetzten Geschäftes (Nr. 536).
- 2050 Ist die Geschäftsniederlassung Bestandteil eines zusammengesetzten Geschäftes (Nr. 2049), so rechtfertigt sie den Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG jedenfalls dann, wenn sie sich als *Zweigbetrieb*, nicht als bloße Betriebsabteilung qualifiziert (Nr. 637 f.)<sup>918</sup>. Auch mit einem schweizerischen **Zweigbetrieb kann sich somit ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG verbinden**. Damit befassen wir uns im folgenden. Wir sprechen: *a.* vom Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes (Nr. 2052 ff.); *b.* von den Voraussetzungen dieses Betreuungsortes (Nr. 2060 ff.); *c.* vom schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes als Betreuungsort für jede Betreibungsart (Nr. 2085 ff.); *d.* vom Betreuungsort bei mehreren Zweigbetrieben in der Schweiz (Nr. 2134 ff.); *e.* von der Veränderung des «Sitz»-Ortes nach angehobener Betreuung (Nr. 2138 ff.); *f.* vom schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes als Betreuungsort zuzulasten persönlich haftender Verbandsmitglieder (Nr. 2141 ff.).
- 2051 Bei all diesen Ausführungen ist *stets ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG gemeint*; nicht ein Betreuungsort nach Art. 47 Abs. 3 SchKG, der sich praktisch nie am Orte eines Zweigbetriebes befindet.

#### a. BETREIBUNGSSORT AM SCHWEIZERISCHEN «SITZ»-ORT EINES ZWEIFBETRIEBES

- 2052 Der Betreuungsort, der sich nach Art. 50 Abs. 1 SchKG mit einem schweizerischen Zweigbetrieb verbinden kann (Nr. 2050), bildet die Rechtsfolge dieses Zweigbetriebes. Er knüpft sich an den Bestand des Zweigbetriebes. Der **Zweigbetrieb bildet die kompetenzbegründende Tatsache**. Der durch ihn begründete Betreuungsort besteht zuzulasten seines Inhabers; für Betreibungen, die sich gegen seinen Inhaber richten: den Inhaber des Gesamtbetriebes, um dessen Zweigbetrieb es sich handelt (Nr. 1592). Unerheblich ist, ob dieser Inhaber eine natürliche Einzelperson, eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft ist (Nr. 1593).

<sup>918</sup> Vgl. *Jaeger*, N. 2 zu Art. 50 SchKG.

- 2053 Der Betreuungsort bildet die einzige Rechtsfolge, die Art. 50 Abs. 1 SchKG — bei gegebenen Voraussetzungen (Nr. 2060 ff.) — mit dem Zweigbetrieb verknüpft. *Art. 50 Abs. 1 SchKG stattet den Zweigbetrieb nicht mit Rechts- und Parteifähigkeit für das Betreibungsverfahren aus* (unrichtig: ZBK 11, 1921, S. 16 und 12, 1922, S. 89). Auch besagt er nichts über die Partei- und Betreuungsfähigkeit seines Inhabers.
- 2054 Der Betreuungsort befindet sich, wenn wir Art. 50 Abs. 1 SchKG folgen, **«am Sitze» des Zweigbetriebes**. Oder genauer: an seinem «Sitz»-Ort.
- 2055 Vom «Sitz» des Zweigbetriebes haben wir allgemein gesagt, daß er sich *am Orte der Zweigbetriebs-Leitung* befinde; bzw. am Ort der nächsttieferen Stelle im Befehlsweg des Zweigbetriebes, wenn sich die oberste Leitungstätigkeit innerhalb des Zweigbetriebes ausnahmsweise nicht dauernd am gleichen Ort vollzieht (Nr. 131 ff.). Der so verstandene «Sitz» bildet auch den Sitz im Sinne des Art. 50 Abs. 1 SchKG (vgl. aber Nr. 2056 und 2066). Er markiert den zentralsten geographischen Beziehungspunkt des Zweigbetriebes (Nr. 131 f.), weshalb es sich rechtfertigt, an seinem Ort den Betreuungsort anzunehmen<sup>919</sup>. Dies um so mehr, als dieser «Sitz»-Ort auch als Eintragungsort gilt und im Handelsregister aufgezeichnet wird, falls der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung zur Eintragung gelangt (Nr. 827 ff., vgl. aber Nr. 2066). Eine andere Ansicht vertritt z. B. *R. Joos*<sup>920</sup>, der den Betreuungsort dort annimmt, «wo sich der Geschäftsverkehr hauptsächlich abspielt». Dieses Kriterium ist schon deshalb untauglich, weil sich der Geschäftsverkehr eines Zweigbetriebes gleichzeitig an mehreren Orten in gleichem Umfang abspielen kann.
- 2056 Ist der Zweigbetrieb allerdings als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen (Nr. 1591), so wird richtigerweise auf den *eingetragenen* «Sitz»-Ort abgestellt (vgl. BGE 38 I 773 und 45 II 273)<sup>921</sup>, auch wenn dieser im Einzelfall mit dem wirklichen «Sitz»-Ort nicht übereinstimmen sollte.
- 2057 Art. 50 Abs. 1 SchKG statuiert einen *schweizerischen* Betreuungsort. Er geht davon aus, daß sich der «Sitz»-Ort in der Schweiz befindet. Somit kann gesagt werden, daß der Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes liegt.
- 2058 Der Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht für **Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes**: «pour les dettes de celui-ci» (französischer Text). Die Gläubiger dieser Forderungen, die sich gegen den Inhaber richten, können verkürzt als *«Gläubiger des Zweigbetriebes»* bezeichnet werden. Der Betreuungsort, der sich zu ihren Gunsten am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes befindet, beschränkt sich nicht auf

<sup>919</sup> Gleicher Meinung: L. Schumacher, S. 68 und S. 7.

<sup>920</sup> S. 60.

<sup>921</sup> Vgl. auch Jaeger, N. 4 zu Art. 50 SchKG.

Vertragsforderungen, wie die deutsche Fassung des Art. 50 Abs. 1 SchKG nahelegt (vgl. BGE 47 III 17). Vielmehr besteht er, gleich wie der gesetzliche Gerichtsstand am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes, für alle «Verbindlichkeiten . . ., die mit der Geschäftstätigkeit der betreffenden Niederlassung zusammenhängen» (Nr. 1976), deren (angeblicher) Schuldner der Inhaber ist<sup>922</sup>. Er besteht auch für entsprechende Forderungen, die materiell von einer ausländischen Rechtsordnung beherrscht werden und gegebenenfalls im Ausland entstehen. Dagegen erstreckt er sich nicht auf Forderungen, die vom Inhaber zwar in der Schweiz begründet wurden, aber keinen Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes aufweisen (vgl. BGE 59 III 4).

- 2059 Die *Bestreitung*, daß eine Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes stammt, ist durch Rechtsvorschlag geltend zu machen (vgl. BGE 47 III 16; demgegenüber ZBK 11, 1921, S. 15 ff.).

## b. VORAUSSETZUNGEN DES BETREIBUNGORTES

- 2060 Der Betreibungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG (Nr. 2052 ff.) besteht, wie gesagt, für Forderungen aus seinem Geschäftsbetrieb, die sich gegen seinen Inhaber richten (Nr. 2058). Er knüpft sich an den Bestand des Zweigbetriebes (Nr. 2052), setzt aber ein Mehrfaches voraus:

### aa. Qualifikation des Zweigbetriebes als geschäftliche Leistungseinheit

- 2061 Vorausgesetzt ist zunächst, daß sich der Zweigbetrieb als geschäftliche Leistungseinheit qualifiziert (Nr. 2047); daß er Bestandteil eines Gesamtbetriebes ist, welcher die **Merkmale eines Geschäftes** aufweist, d. h. für Dritte und gegen Entgelt produziert (vgl. Nr. 2048 f.). Innerhalb dieses Geschäftes kann der Zweigbetrieb eine geschäftliche Leistungseinheit im engen oder im weiten Sinne sein (Nr. 562). Ob das eine oder das andere zutrifft, ist für das Vorliegen eines Betreibungsortes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG gleichgültig.
- 2062 Die umschriebene Voraussetzung trifft bei Zweigniederlassungen des schweizerischen Handelsregisterrechts immer zu (Nr. 668). Jede Zweigniederlassung ist auch eine Geschäftsniederlassung im Sinne des Art. 50 Abs. 1 SchKG. Doch ist nicht jede Geschäftsniederlassung nach Art. 50 Abs. 1 SchKG eine registerrechtliche Zweigniederlassung<sup>923</sup>. *Damit ein Betreibungsort am «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes besteht, ist nicht vorausgesetzt, daß es sich beim Zweigbetrieb um eine Zweigniederlassung im Sinne des schweizerischen Handelsregisterrechts handelt.* Zweigbetriebe, deren Mitarbeiter nicht rechtsgeschäftlich tätig sind, können zwar Geschäftsniederlassungen im Sinne des Art. 50 Abs. 1 SchKG sein; als registerrechtliche Zweigniederlassungen fallen sie indessen außer Betracht (Nr. 738 ff.).

<sup>922</sup> Vgl. F. Diebold, S. 110.

<sup>923</sup> Anderer Ansicht offenbar H. Fritzsche, I, S. 85.

2063 Schon gar nicht vorausgesetzt ist die Eintragung des Zweigbetriebes als Zweigniederlassung (vgl. BGE 98 Ib 105)<sup>924</sup>. Die Eintragung einer Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister wirkt somit nicht in dem Sinne konstitutiv, als sie einen Betreuungsort an ihrem «Sitz»-Ort zur Folge hätte (mißverständlich: BGE 38 I 773)<sup>925</sup>. Immerhin wirkt die Eintragung aber heilend (Nr. 2077).

#### bb. Schweizerischer «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes

2064 Des weitern setzt der genannte Betreuungsort (Nr. 2060) voraus, daß sich der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes in der Schweiz befindet (Nr. 2057).

2065 Befindet sich allerdings nur der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes in der Schweiz, ohne daß der Zweigbetrieb auf dem schweizerischen Märkte in Erscheinung tritt, so ist ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG nicht gerechtfertigt<sup>926</sup>. Hier «besitzt» der Schuldner keine Geschäftsniederlassung «in der Schweiz» (Art. 50 Abs. 1 SchKG).

2066 Umgekehrt rechtfertigt es sich, einen Betreuungsort in der Schweiz anzunehmen, wenn der Zweigbetrieb trotz ausländischem «Sitz»-Ort (Nr. 2055) praktisch die gesamte Aktivität auf schweizerischem Staatsgebiet entfaltet.

2067 Als schweizerischer «Sitz»- und Betreuungsort hat hier derjenige Ort zu gelten, an dem sich die oberste schweizerische Befehlsstelle innerhalb des Zweigbetriebes dauernd befindet. Ist der betreffende Zweigbetrieb eine registerrechtliche Zweigniederlassung, so gilt dieser Ort, wenn überhaupt, auch als «Sitz»- und Eintragungsort im Sinne des Handelsregisterrechts (Nr. 847).

#### cc. Ausländischer (Wohn-)Sitz des Inhabers

2068 Drittens ist für den Bestand des genannten Betreuungsortes (Nr. 2060) vorausgesetzt, daß der schuldnerische Inhaber, gegen den sich die Betreuung richtet, seinen (Wohn-)Sitz (Nr. 826) im Ausland hat (vgl. BGE 69 II 171). Gleichgültig, ob er eine natürliche Einzelperson, eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (namentlich eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) ist. Denn der Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG gilt nur «für im Ausland wohnende Schuldner». Hat der schuldnerische Inhaber seinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz (Art. 46 SchKG), so entfällt der in Art. 50 Abs. 1 vorgesehene Betrei-

<sup>924</sup> Vgl. ferner den in SAG 8, 1935/36, S. 63 zitierten BGE; ferner: F. Diebold, S. 107 f. ZBK 11, 1921, S. 17; ZBJV 76, 1940, S. 611; Jaeger/Daeniker, Praxis, N. 2 zu Art. 50 SchKG; R. Joos, S. 60.

<sup>925</sup> Unrichtig: His, N. 15 zu Art. 927 OR; F. von Steiger, SAG 13, 1940/41, S. 52.

<sup>926</sup> Vgl. E. Blumenstein, S. 182: «Voraussetzung ist also in erster Linie, daß der Schuldner in der Schweiz geschäftlich tätig ist.»

bungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes<sup>927</sup>. Und zwar auch dann: Wenn der «Sitz»-Ort dieses Zweigbetriebes nicht im (Wohn-)Sitz-Kanton des schuldnerischen Inhabers liegt (vgl. BGE 39 I 268; demgegenüber noch BGE 2, 58 ff.); wenn am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ein gesetzlicher Gerichtsstand für Klagen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes besteht (Nr. 1960 ff.)<sup>928</sup>; wenn der Inhaber am «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes, z. B. aufgrund von Art. 2 Ziff. 4 VAG (vgl. BGE 96 III 89 ff.), ein Domizil verzeigt hat, an dem er belangt werden kann<sup>929</sup>; wenn der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (vgl. BISchK 5, 1941, S. 71); oder wenn für den Zweigbetrieb eine gesonderte Buchhaltung geführt wird.

- 2069 In all diesen Fällen besteht — bei schweizerischem (Wohn-)Sitz des schuldnerischen Inhabers — kein Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG. Die Betreuung gegen den schuldnerischen Inhaber ist hier grundsätzlich am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Inhabers anzuheben und durchzuführen (Art. 46 SchKG; vgl. aber die Art. 47 und 51—53 SchKG)<sup>930</sup>, auch wenn die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammt (vgl. BGE 39 I 268; 80 III 127)<sup>931</sup>. Stammt die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes im Ausland, so gilt dennoch der allgemeine Betreibungsstand am (Wohn-)Sitz des Inhabers nach Art. 46 SchKG (vgl. BGE 81 I 60).
- 2070 Ist der schuldnerische Inhaber eine natürliche Einzelperson, so sind drei **Sonderfälle** denkbar:
- 2071 — Der Inhaber hat zwar keinen festen Wohnsitz, weder im Ausland noch in der Schweiz. Doch hat er einen Aufenthaltsort in der Schweiz, an dem er nach Art. 48 SchKG betrieben werden kann. Ein Betreuungsort am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht nicht<sup>932</sup>. Es ist in dieser Beziehung so zu halten, wie wenn der Inhaber seinen Wohnsitz in der Schweiz hätte.
- 2072 — Der Inhaber hat keinen festen Wohnsitz; noch hat er einen Aufenthaltsort in der Schweiz, an dem er nach Art. 48 SchKG betrieben werden könnte (Nr. 2073). Unter dem Gesichtspunkt des Art. 50 Abs. 1 SchKG ist es so zu halten, wie wenn der schuldnerische Inhaber seinen Wohnsitz im Ausland hätte. Ein Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes ist möglich.

<sup>927</sup> Vgl. statt vieler: F. *Diebold*, S. 106.

<sup>928</sup> Vgl. *Jaeger*, N. 3 zu Art. 46, S. 87.

<sup>929</sup> Vgl. dazu R. *Joos*, S. 54.

<sup>930</sup> Bei juristischen Personen und Personengesellschaften, die kraft verbandsbezogener Vorschriften in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen sind (Nr. 897), ist maßgeblich der eingetragene (Wohn-)Sitz-Ort (vgl. BISchK 5, 1941, S. 71).

<sup>931</sup> Vgl. F. *Diebold*, S. 106; H. *Fritzsche*, I, S. 84; *Jaeger*, N. 9 zu Art. 46 SchKG, S. 93.

<sup>932</sup> Vgl. R. *Joos*, S. 60; A. *Lenzi*, S. 87.

2073 — Der Inhaber hat zwar einen festen Wohnsitz im Ausland, kann aber nach Art. 47 SchKG am schweizerischen Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters betrieben werden. Ein Betreuungsort am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG entfällt<sup>932</sup>. Es ist in dieser Beziehung so zu halten, wie wenn der Inhaber seinen Wohnsitz in der Schweiz hätte.

#### **dd. Kein schweizerischer «Hauptsitz»**

2074 Viertens darf der Zweigbetrieb, damit der genannte Betreuungsort (Nr. 2060) besteht, nicht Bestandteil eines Geschäftes mit «Hauptsitz» in der Schweiz sein. Befindet sich der «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 865), der vom (Wohn-)Sitz des Inhabers zu unterscheiden ist (Nr. 868), in der Schweiz, so kann ein **Betreibungs-ort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG nur an diesem «Hauptsitz»-Ort** gegeben sein; auch für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des inländischen Zweigbetriebes, die sich gegen den Inhaber mit (Wohn-)Sitz im Ausland richten. Ein zusätzlicher Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes besteht nicht.

2075 Aus dem Gesagten folgt: Bei schweizerischem «Hauptsitz» des Geschäftes befindet sich der Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG, wenn überhaupt, am betreffenden «Hauptsitz»-Ort. Ist das Geschäft ein Gesamtbetrieb, das einen Hauptbetrieb umfaßt (Nr. 1592), so fällt der «Hauptsitz»-Ort notwendigerweise zusammen mit dem «Sitz»-Ort des Hauptbetriebes (Nr. 872). Der *Hauptbetrieb* ist daher zum vorneherein nicht geeignet, einen besondern Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG zu begründen.

#### **ee. Tatsächlicher Bestand des Zweigbetriebes**

2076 Fünftens setzt der Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 2060) voraus, daß dieser Zweigbetrieb tatsächlich besteht; daß er «funktioniert», indem er seine Produktionstätigkeit (Nr. 14) entfaltet. **Mit einem gewordenen oder zukünftigen Zweigbetrieb verbindet sich kein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG.** Immerhin gilt es, ein Dreifaches zu bemerken:

2077 1. Ist der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen (Nr. 1591), so wirkt die *Eintragung heilend*: ein Betreuungsort am eingetragenen «Sitz»-Ort dieser Zweigniederlassung (Nr. 2056) ist gegeben, auch wenn dessen Rechtsgrund (der betreffende Zweigbetrieb) nicht oder nicht mehr besteht (vgl. BGE 68 III 150 f. und dazu Nr. 1076 ff.). Mit der Löschung der Eintragung entfällt auch die heilende Wirkung (Nr. 1282). Ein vorübergehender Fortbestand des Betreuungsortes kann nicht aus Art. 40 SchKG abgeleitet werden<sup>933</sup>. Art. 40 SchKG ordnet die Fortdauer der durch die Eintragung bewirkten Konkursfähigkeit (Nr. 2034), nicht die Fortdauer eines Betreuungsortes (Nr. 2035).

<sup>933</sup> Anderer Ansicht: L. Schumacher, S. 69, und offenbar auch H. Fritzsche, I, S. 85.

- 2078 2. Wird die *Tätigkeit des Zweigbetriebes nach Anhebung der Betreuung eingestellt*, so hat dies, wenn eine heilende Eintragungs-Wirkung Platz greift (Nr. 2077), zum vorneherein keinen Einfluß auf die Fortsetzung des Verfahrens am bisherigen Ort (vgl. BGE 68 III 150 f.).
- 2079 In den übrigen Fällen kann die Betreuung gemäß BGE 68 III 149 ff. nur dann fortgesetzt werden, wenn sich für die betreffende Forderung (Nr. 2058) ein anderer Betreuungsort in der Schweiz findet. Das Fortsetzungsbegehren ist nach dem zitierten Entscheid an diesem Orte, z. B. an einem Arrestort, zu stellen. Gleiches gilt, wenn die heilende Wirkung der Eintragung nach Anhebung der Betreuung entfällt, weil die Eintragung gelöscht wird (Nr. 2077).
- 2080 Ist indessen die Pfändung angekündigt oder die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreuung zugestellt, so muß die Betreuung trotz Wegfall des Zweigbetriebes bzw. der heilenden Wirkung am bisherigen Orte fortgesetzt werden können. Dies folgern wir aus dem Grundgedanken des Art. 53 SchKG, wonach der einmal begründete Betreibungsstand in diesem Stadium des Verfahrens auch nach Wegfall der kompetenzbegründenden Tatsache bestehen bleibt<sup>934</sup>. Zudem erweist sich eine derartige perpetuatio fori im Interesse der Gläubiger als unbedingt erforderlich.
- 2081 3. Die *vorübergehende Einstellung der Produktionstätigkeit* (z. B. während der Sommersaison oder während eines Umbaues) läßt den Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG nicht untergehen.

#### **ff. Kein anderer Betreuungsort, der vorgeht**

- 2082 Schließlich besteht der Betreuungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (Nr. 2060) nur dann, wenn weder ein anderer *gesetzlicher* Betreuungsort vorgeht, noch ein anderer Betreuungsort (namentlich ein Betreuungsort im Ausland) durch *Staatsvertrag* vorgesehen ist.
- 2083 Ein gesetzlicher Betreuungsort, der vorgeht, ist in Art. 51 Abs. 2 SchKG enthalten (dazu Nr. 2089). Ferner auch in Art. 13 KG; betreibt der Gläubiger eine ausländische Versicherungsgesellschaft, so ist danach der schweizerische Wohnsitz-Ort des Generalbevollmächtigten Betreuungsort; besteht kein solcher, so ist das Betreibungsamt Bern zuständig<sup>935</sup>.
- 2084 Nicht aufgehoben wird der Betreuungsort des Art. 50 Abs. 1 SchKG durch *Verzeigung eines Spezialdomizils* nach Art. 50 Abs. 2. Die Verzeigung eines Spezialdomizils für eine Forderung, die nach Art. 50 Abs. 1 am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes in Betreuung gesetzt werden kann, begründet keinen Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 2 SchKG.

<sup>934</sup> Vgl. dazu H. *Fritzsche*, I, S. 81.

<sup>935</sup> Vgl. dazu R. *Joos*, S. 61; *Jaeger/Daeniker*, Praxis, N. 4 zu Art. 50 SchKG.

## c. DER SCHWEIZERISCHE «SITZ»-ORT EINES ZWEIGBETRIEBES ALS BETREIBUNGSRORT FÜR JEDE BETREIBUNGSART

2085 Sind die umschriebenen Voraussetzungen (Nr. 2060 ff.) gegeben, so ist der schweizerische «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG ein *Betriebungsort für jede Art von Betreuung, die sich gegen den Inhaber richtet*; immer unter der Bedingung, daß die Betreuungsforderung aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammt (Nr. 2058). Der Inhaber mit (Wohn-)Sitz im Ausland (Nr. 2068, vgl. aber auch Nr. 2070) kann hier am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes für die betreffenden Forderungen, je nach den Umständen, auf Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs betrieben werden (vgl. BGE 62 III 75); auch dann, wenn er gleichzeitig im Ausland betrieben wird und dort gegebenenfalls in Konkurs ist (vgl. dazu BGE 35 I 813 und BLSchK 18, 1954, S. 27)<sup>936</sup>. Nach BGE 62 III 74 ff. begründet dieser Betreuungsort hingegen nicht auch die Zuständigkeit einer schweizerischen Nachlaßbehörde zur Durchführung des Nachlaßverfahrens; auch dann nicht, wenn der Inhaber in der Schweiz ordentlich konkursfähig ist (Nr. 2020).

2086 *Im einzelnen* sind verschiedene Punkte herauszuheben. Wir besprechen sie unter den Titeln «Betreuung auf Pfandverwertung» (Nr. 2087 ff.); «Betreuung auf Pfändung» (Nr. 2090 ff.); «Arrestbetreuung» (Nr. 2104 ff.) und «Konkursbetreuung» (Nr. 2114 ff.).

### aa. Betreuung auf Pfandverwertung

2087 Richtet sich die Betreuung gegen den Inhaber des Zweigbetriebes auf Pfandverwertung (Art. 41 SchKG), so ist, was den Betreuungsort betrifft, von Art. 51 SchKG auszugehen. Er befaßt sich mit der Betreuung auf Faust- und Grundpfandverwertung:

1) *Betreuung auf Faustpfandverwertung: am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes oder am Ort der Pfandsache*

2088 Nach Art. 51 Abs. 1 SchKG kann die Betreuung für eine faustpfandgesicherte Forderung «entweder am Wohnsitz des Schuldners oder am Orte, wo sich das Pfand oder der wertvollste Teil desselben befindet, angehoben werden». Stammt die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, an dessen «Sitz»-Ort sich ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG befindet (Nr. 2085), so ist diese Bestimmung analog anzuwenden. *Die Betreuung gegen den schuldnerischen Inhaber kann nach Wahl des Gläubigers entweder am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes oder am Orte der gelegenen Pfandsache angehoben werden. Befindet sich der zuletzt genannte Ort im Ausland, so ist hier der schweizerische*

<sup>936</sup> Art. 206 SchKG findet auf diesen Fall keine Anwendung. Vgl. F. Diebold, S. 109.

«Sitz»-Ort des Zweigbetriebes der einzig mögliche Ort für die Betreibung auf Pfandverwertung; «das Verwertungsbegehren ist indessen nicht wirksam, solange der Gläubiger den Pfandgegenstand dem Betreibungsamte, sei es dem die Betreibung durchführenden, sei es einem von diesem um Rechtshilfe ersuchten, nicht vorlegt» (BGE 70 III 55).

2) *Betreibung auf Grundpfandverwertung: nur am Ort der Pfandsache*

- 2089 Nach Art. 51 Abs. 2 SchKG findet die Betreibung für grundpfandgesicherte Forderungen nur da statt, wo das verpfändete Grundstück oder der wertvollste Teil mehrerer verpfändeter Grundstücke liegt (vgl. BLSchK 32, 1968, S. 182). Diese Bestimmung gilt *auch für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, an dessen «Sitz»-Ort sich ein Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG befindet*. Die Betreibung auf Pfandverwertung gegen den schuldnerischen Inhaber findet hier nicht am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes statt. Art. 51 Abs. 2 derogiert Art. 50 Abs. 1 SchKG.

**bb. Betreibung auf Pfändung**

- 2090 Wird die am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes eingeleitete Betreibung (Nr. 2085) auf dem Wege der Pfändung fortgesetzt, so stellt sich die Frage nach der Möglichkeit eines Pfändungsanschlusses. Zu unterscheiden ist ein ordentlicher und ein privilegierter Pfändungsanschluß:

1) *Ordentlicher Pfändungsanschluß (Art. 110 SchKG)*

- 2091 Art. 110 Abs. 1 SchKG bestimmt, daß Gläubiger, welche innerhalb dreißig Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung das Pfändungsbegehren stellen, an dieser Pfändung teilnehmen; und daß die Pfändung insoweit ergänzt wird, als es zur Deckung sämtlicher Forderungen einer solchen Gläubigergruppe notwendig ist.
- 2092 Diese Vorschrift gilt auch für den Fall, da die Pfändung in einer Betreibung des Inhabers am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes erfolgt: zugunsten der «Gläubiger dieses Zweigbetriebes»; d. h. der Gläubiger, deren Forderungen gegen den Inhaber aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammen (Nr. 2058). Es stellt sich nur (aber immerhin) die **Frage, welche Gläubiger sich in der Betreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes der Pfändung anschließen können**. Zu unterscheiden sind *drei Gläubigergruppen*:
- 2093 *1. Gläubiger des Inhabers, deren Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des gleichen Zweigbetriebes stammen*, so daß auch für ihre Forderungen ein Betreibungsort am betreffenden «Sitz»-Ort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht.
- 2094 Diese «Gläubiger des Zweigbetriebes» können sich unter den Voraussetzungen des Art. 110 Abs. 1 SchKG der Pfändung anschließen.

- 2095 2. Gläubiger des Inhabers, deren Forderungen nicht aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammen, für deren Forderungen aber ein anderer Betreibungsort in der Schweiz besteht; namentlich am «Sitz»-Ort eines andern Zweigbetriebes, den der Inhaber in der Schweiz betreibt (vgl. dazu Nr. 2134).
- 2096 Was diese Gläubiger betrifft, so verweisen wir zunächst auf den grundsätzlichen Entscheid in BGE 27 I 593. Er befaßt sich mit der «Rechtsfrage, ob zum Anschluß an eine Pfändung . . . nur solche Gläubiger berechtigt seien, die ihre Betreibung beim gleichen Amte wie der erstpfindende Gläubiger eingeleitet haben bzw. gesetzlich einzuleiten hatten, oder ob diese Berechtigung auch andern Gläubigern zustehe, in der Weise, daß das Amt, das für ihre Betreibung zuständig ist, in ihrem Namen durch Requisitionsbegehren den Pfändungsanschluß zu verlangen hat».
- 2097 Die aufgeworfene Rechtsfrage wird im zitierten Entscheid mit zutreffender Begründung dahin entschieden, daß auch die «andern» Gläubiger zum Pfändungsanschluß berechtigt sind<sup>987</sup>. Diese Entscheidung rechtfertigt sich auch für den konkreten Fall, mit dem wir uns hier befassen. Die «Gläubiger eines Zweigbetriebes», die den schuldnerischen Inhaber, gestützt auf Art. 50 Abs. 1 SchKG, am «Sitz»-Ort dieses Zweigbetriebes auf Pfändung betreiben, können sich dem Anschluß anderer Gläubiger nicht deshalb widersetzen, weil deren Forderungen nicht aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes stammen (vgl. demgegenüber ZBK 11, 1921, S. 16; unklar: BGE 40 III 127). Denn:
- 2098 Die «Gläubiger des Zweigbetriebes» können in der Betreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (im erforderlichen Umfang) auf alle pfändbaren Vermögenswerte des schuldnerischen Inhabers greifen (Nr. 2149 f.), soweit sie in der Schweiz liegen (Nr. 2157 f.). Das am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zuständige Betreibungsamt hat diese Vermögenswerte zu pfänden bzw. durch das Betreibungsamt des Ortes, an dem sie liegen, pfänden zu lassen (Art. 89 SchKG). Die Pfändung beschränkt sich somit nicht notwendigerweise auf das sogenannte «Vermögen des Zweigbetriebes» (Nr. 87; vgl. Nr. 2156). Wollte man den Pfändungsanschluß zugunsten der andern Gläubiger verweigern, so liefen sie Gefahr, gegebenenfalls um das ganze in der Schweiz greifbare Haftungssubstrat des schuldnerischen Inhabers gebracht zu werden.
- 2099 Der umschriebene Pfändungsanschluß rechtfertigt sich aber auch dann, wenn im Einzelfall nur Vermögenswerte mit Pfändungsbeschlagnahme belegt sind, die zum «Vermögen des Zweigbetriebes» gehören; und wenn für eine erforderliche Ergänzungspfändung, falls überhaupt, nurmehr derartige Vermögenswerte zur Verfügung stehen. Denn das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes» ist kein Haftungssubstrat, aus dem sich die «Gläubiger dieses Zweigbetriebes» ausschließlich oder privilegiert befriedigen können (Nr. 2151).

<sup>987</sup> Gleicher Ansicht: A. Lenzi, S. 127.

2100 3. *Gläubiger des Inhabers, für deren Forderungen kein Betreibungsort in der Schweiz besteht.* Für diese Gläubiger ist eine Anschlußpfändung nach Art. 110 SchKG in jedem Falle ausgeschlossen. Sie kommen gar nicht in die Lage, ein Pfändungsbegehren zu stellen.

## 2) *Privilegierter Pfändungsanschluß* (Art. 111 SchKG)

- 2101 Der privilegierte Pfändungsanschluß nach Art. 111 SchKG erfolgt ohne vorgängige Betreibung des Schuldners. Das Recht, diese Anschlußpfändung zu verlangen, besteht nach Art. 111 SchKG zugunsten solcher Gläubiger (Ehegatten, Kinder, Mündel, Verbeiständete), denen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen die Einleitung einer selbständigen Betreibung verwehrt ist. Es soll diese Gläubiger «davor bewahren, daß sämtliche Aktiven des Schuldners von dritter Seite gepfändet werden und für sie schließlich nichts mehr übrigbleibt» (*J. Ragggenbass*, S. 21). Es fragt sich: **Ist der privilegierte Pfändungsanschluß nach Art. 111 SchKG auch in der Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zulässig?** Diese Frage wurde, soweit wir sehen, weder durch die Literatur noch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geklärt.
- 2102 Zwar hat das Bundesgericht in konstanter Praxis den privilegierten Pfändungsanschluß *bei der Prosequierung eines Ausländerarrestes abgelehnt* (vgl. z. B. BGE 36 I 148; 53 III 33; 56 III 169; 63 III 144). Zwischen der Arrestbetreibung und der Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes besteht indessen ein wesentlicher Unterschied. Während sich das Betreibungsverfahren in der Arrestbetreibung «notwendigerweise nur auf die Liquidation der *arrestierten* Objekte» bezieht (BGE 51 III 122), kann die Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zu einer umfassenden Auspfändung des Schuldners in der Schweiz führen, indem sie, soweit erforderlich, sämtliche schuldnerischen Aktiven im Inland erfaßt (vgl. Nr. 2156; vgl. auch Jaeger, N. 5 zu Art. 50 SchKG). *Diese Möglichkeit einer umfassenden Auspfändung scheint für die Zulässigkeit des privilegierten Pfändungsanschlusses auch in der Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zu sprechen.* In die gleiche Richtung weist die von *Lemp* vertretene Ansicht, wonach der privilegierte Pfändungsanschluß eines Ehegatten, der dem Zwangsvollstreckungsverbot des Art. 173 ZGB untersteht, selbst dann zulässig ist, wenn die Pfändung einen Ausländerarrest prosequiert (N. 14 zu Art. 174 ZGB). Auch steht der Wortlaut des Art. 111 SchKG dem privilegierten Pfändungsanschluß am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes nicht entgegen, indem er das Recht zur Anschlußpfändung — ohne Einschränkung — bei jeder Pfändung gewährt. Schließlich könnten sich die «Gläubiger des Zweigbetriebes» dem privilegierten Pfändungsanschluß nicht mit der Begründung widersetzen, das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes» oder sonstige Aktiven des Schuldners seien ein Haftungssubstrat, aus dem sie sich ausschließlich oder privilegiert befriedigen dürften (vgl. Nr. 2151).

2103 Trotz alledem bleibt *zweifelhaft*, ob die in Art. 111 SchKG genannten Gläubiger *tatsächlich berechtigt sind, sich in der Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes privilegiert anzuschließen*. Denn bei dieser Betreibung, bei der der Schuldner nicht nur seinen Wohnsitz, sondern auch den geschäftlichen «Hauptsitz» im Ausland hat (Nr. 2074), befindet sich im Normalfall der größte Teil des schuldnerischen Vermögens auf fremdem Staatsgebiet. Dieses Vermögen aber bleibt dem Zugriff der Pfändungsgläubiger in der Schweiz entzogen (vgl. Nr. 2157), weshalb die Gläubiger des Art. 111 SchKG bei Auspfändung des Schuldners in der Schweiz in aller Regel keinen wesentlichen Nachteil hinsichtlich der Forderungsdeckung befürchten müssen. Darin gründet der Zweifel, ob das Institut des privilegierten Pfändungsanschlusses überhaupt auf den Fall zugeschnitten ist, in dem der Schuldner am «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes auf Pfändung betrieben wird.

### cc. Arrestbetreibung

2104 Die Arrestbetreibung zeichnet sich dadurch aus, daß für die in Betreibung gesetzte Forderung Arrest gelegt ist. Was den Betreibungsort betrifft, so enthält Art. 52 SchKG eine spezielle Bestimmung. Für uns stellt sich die Frage nach der **Anwendbarkeit des Art. 52 SchKG auf Forderungen, für die nach Art. 50 Abs. 1 SchKG ein Betreibungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes besteht**. Diese Frage stellt sich zum vorneherein nur dann, wenn für derartige Forderungen in der Schweiz überhaupt Arrest gelegt werden kann. Damit haben wir uns vorab zu befassen:

#### *1) Arrestlegung für Forderungen mit Betreibungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes*

2105 Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, die sich gegen den Inhaber richten, können — bei gegebenen Voraussetzungen — nach Art. 50 Abs. 1 SchKG am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes in Betreibung gesetzt werden. Ob auch für diese Forderungen, trotz des genannten Betreibungsortes, ein Arrest möglich ist, bestimmt sich (unter Vorbehalt staatsvertraglicher Vorschriften) nach Art. 271 SchKG.

2106 Art. 271 SchKG zählt mehrere Gründe auf, die eine Arrestlegung rechtfertigen. **Zwei Arrestgründe fallen zum vorneherein außer Betracht**. Nämlich:

2107 *I. Der Arrestgrund des mangelnden festen Wohnsitzes* (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1). Er ist nicht bestimmt für Forderungen, für die der schuldnerische Inhaber, gestützt auf Art. 50 Abs. 1 SchKG, am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes betrieben werden kann (Nr. 2058)<sup>988</sup>. Ob hier der Schuldner einen festen Wohnsitz hat oder nicht, macht für den Gläubiger, der im Betreibungsverfahren auf das Vermögen des Schuldners greifen will, keinen Unterschied.

<sup>988</sup> Vgl. Jaeger, N. 8 zu Art. 271 SchKG.

- 2108 2. Der *Arrestgrund des mangelnden schweizerischen Wohnsitzes* (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4). Dieser Arrestgrund soll, mit Rücksicht auf schweizerisches Vermögen des Schuldners, die Schaffung eines schweizerischen Betreibungsortes ermöglichen; und zwar für Forderungen, für die sonst kein Betreibungsort in der Schweiz bestände (vgl. BGE 59 III 176). Nach diesem Zweck muß der Arrestgrund für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes entfallen, für die in der Schweiz ein Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht (vgl. BLSchK 4, 1940, S. 182; BIZüR 8, 1909, Nr. 157; offengelassen in BGE 68 III 151)<sup>939</sup>; nicht aber für andere Forderungen gegen den Inhaber (vgl. BIZüR 18, 1919, Nr. 50), sofern sich für sie kein Betreibungsort in der Schweiz befindet.
- 2109 Denkbar wäre dagegen eine **Arrestlegung gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SchKG**. Etwa dann, wenn der Inhaber Vermögensgegenstände ins Ausland schafft oder schaffen läßt oder einer andern Person (z. B. einer Muttergesellschaft) überträgt, um «sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen» (Ziff. 2). Oder wenn die Forderungen zulasten des Inhabers von durchreisenden Mitarbeitern des Zweigbetriebes (z. B. einem Werbeteam oder einem Handelsreisenden) begründet wurden. Handelt es sich um Forderungen, die ihrer Natur nach sofort zu erfüllen sind, so ist Art. 271 Abs. 1 Ziff. 3 anwendbar. Es ist so zu halten, wie wenn der schuldnerische Inhaber selber auf der Durchreise gewesen wäre. In dieser Auffassung werden wir bestärkt durch die Feststellung des Bundesgerichts, wonach das SchKG «weniger als irgendein anderes Gesetz . . . der bloßen Auslegung nach dem Wortsinn zugänglich» ist (BGE 56 III 171).
- 2110 Ist dem Gläubiger ein *Verlustschein* für die Forderung aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes zugestellt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5), so wird der Zweigbetrieb in aller Regel nicht mehr bestehen, eine allfällige Eintragung im Handelsregister gelöscht und der Betreibungsort am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes weggefallen sein. Immerhin sind bei bloß provisorischem Verlustschein Ausnahmen denkbar. Eine Arrestlegung wäre hier möglich.
- 2111 Hat der Gläubiger den Inhaber für die betreffende Forderung im Ausland betrieben und einen *ausländischen Verlustschein* erhalten, so berechtigt dieser nicht zur Arrestlegung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5.

2) *Art. 52 SchKG und Betreibungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes*

- 2112 Nach Art. 52 SchKG ist die Betreibung einer Forderung, für die Arrest gelegt wurde, dort anzuheben, wo sich der Arrestgegenstand befindet: d. h. *am Arrestort*

<sup>939</sup> Vgl. auch E. Blumenstein, S. 833; F. Diebold, S. 118; H. Fritzsche, II, S. 205. Dies gilt auch dann, wenn die Arrestforderung wesentlich höher ist als der Wert des beim betreffenden Zweigbetrieb konzentrierten Vermögens (vgl. demgegenüber den in BIZüR 8, 1909, Nr. 157 zitierten Entscheid).

(Art. 272 SchKG, vgl. BGE 77 III 130)<sup>940</sup>. Hat der Schuldner allerdings seinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz, so kann die Betreuung nach Wahl des Gläubigers auch am (Wohn-)Sitz des Schuldners angehoben werden (vgl. BGE 77 III 128 ff.). Was die Konkursandrohung und die Konkursöffnung betrifft, so können sie in jedem Falle nur da erfolgen, «wo ordentlicherweise die Betreuung stutzufinden hat» (Art. 52 SchKG).

- 2113 Art. 52 SchKG findet Anwendung auch auf Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes, an dessen «Sitz»-Ort sich ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG zulasten des schuldnerischen Inhabers befindet. Ist für eine derartige Forderung Arrest gelegt, so kann die Betreuung am Arrestort angehoben werden. In Weiterführung des zitierten BGE 77 III 128 scheint es uns aber richtig, den Gläubiger wählen zu lassen, ob er die **Betreuung am Arrestort oder am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes** anheben will. Jedenfalls aber ist die Betreuung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes fortzusetzen, wenn sie dort schon vor der Bewilligung des Arrestes angehoben wurde. Auch können Konkursandrohung und Konkursöffnung einzig am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes erfolgen: wo für die betreffende Forderung «ordentlicherweise die Betreuung stutzufinden hat» (Art. 52 SchKG)<sup>941</sup>.

#### **dd. Konkursbetreuung** (schweizerischer «Konkurs des Zweigbetriebes»)

- 2114 Wird am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes, als einem Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG, der Konkurs über den Inhaber eröffnet (vgl. Nr. 2085), so unterliegt dieser dem schweizerischen Konkurs, obwohl er keinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz hat (Nr. 2068). Diese Konkursöffnung, die durch den Richter erfolgt (Art. 166 und 188 f. SchKG), ist zulässig nur unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Staatsvertragsrechtes. Bedeutsam ist der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 (vgl. dazu BGE 93 I 716 ff.; ferner: BGE 15 577; 49 I 459; 54 I 44 ff.; 78 I 117 ff.)<sup>942</sup>.

- 2115 Zunächst befassen wir uns *im folgenden* mit dem Ausdruck «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116). Anschließend besprechen wir Einzelfragen im Zusammenhang mit diesem Konkurs (Nr. 2117 ff.).

#### *1) «Konkurs des Zweigbetriebes» — Terminologie*

- 2116 Der Konkurs des Inhabers am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes (Nr. 2114) kann verkürzt als schweizerischer «Konkurs des Zweigbetriebes» oder

<sup>940</sup> Vgl. auch *Jaeger*, N. 4 zu Art. 52.

<sup>941</sup> Vgl. *E. Blumenstein*, S. 189; *A. Lenzi*, S. 121; unbestimmt: *Jaeger*, N. 7 zu Art. 52 SchKG.

<sup>942</sup> Im einzelnen vgl. dazu *F. Diebold*, S. 117 f.

ähnlich bezeichnet werden (z. B. BGE 40 III 127: «Konkurs der Zweigniederlassung»; oder BGE 93 I 720: «faillite de la succursale»). Wir übernehmen diese verkürzte Ausdrucksweise. Doch bleiben wir uns bewußt, daß nicht der rechts- und parteiunfähige Zweigbetrieb (Nr. 2010 und 2053) als solcher in Konkurs gerät, sondern dessen Inhaber (z. B. eine ausländische Aktiengesellschaft, vgl. BGE 62 III 75).

## 2) Einzelfragen zum «Konkurs des Zweigbetriebes»

2117 Auf fünf Einzelfragen, die sich im Zusammenhang mit dem schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» stellen, treten wir nachstehend ein:

### a) Voraussetzung des Konkurses (Konkursfähigkeit)

2118 Der schweizerische «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116) setzt in aller Regel voraus, daß der *Inhaber* in der Schweiz ordentlich, nach Art. 39 SchKG, konkursfähig ist (vgl. Nr. 2020). Der betreffende Zweigbetrieb selbst braucht nicht als Zweigniederlassung eingetragen zu sein<sup>943</sup>; die Konkursfähigkeit des Inhabers kann sich namentlich auch aus der Eintragung eines andern Zweigbetriebes als Zweigniederlassung herleiten (vgl. Nr. 2026). Hat der Inhaber seine Zahlungen eingestellt, so erfolgt die Konkursöffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, ohne vorgängige Betreibung. Diese *Einstellung der Zahlungen* kann sich aus entsprechenden Äußerungen und Handlungen eines Zweigbetriebs-Leiters in der Schweiz ergeben. Andererseits genügt aber auch die im Ausland erfolgte Zahlungseinstellung des Inhabers, die sich insbesondere in seinem ausländischen Konkurs äußert<sup>944</sup>.

2119 Nicht vorausgesetzt ist die ordentliche Konkursfähigkeit des Inhabers, wenn die Konkursöffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 oder nach Art. 191 SchKG erfolgt. Was Art. 191 SchKG betrifft, so vermag der Schuldner selbst die Konkursöffnung zu bewirken, indem er sich beim Gericht als zahlungsunfähig erklärt. Diese Konkursöffnung auf Erklärung des Schuldners hin ist zulässig auch dann, wenn der Schuldner seinen (Wohn-)Sitz im Ausland hat, in der Schweiz aber am «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes nach Art. 50 Abs. 1 SchKG betreibbar ist<sup>945</sup>. Zuständig ist das Gericht am Betreibungsort (hier: am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes<sup>946</sup>) und — wenn mehrere Betreibungsorte nach Art. 50 Abs. 1 SchKG bestehen (Nr. 2134) — an einem dieser Betreibungsorte.

<sup>943</sup> Anderer Ansicht: F. *Diebold*, S. 107 und 113.

<sup>944</sup> Vgl. F. *Diebold*, S. 114.

<sup>945</sup> Vgl. *Jaeger*, N. 1 zu Art. 191, S. 601 oben.

<sup>946</sup> Vgl. *Jaeger*, N. 3 zu Art. 191.

- 2120 Im *Einzelfall* mag es vorkommen, daß die gegen den Inhaber am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes eingeleitete Betreuung nur deshalb nicht auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt werden kann, weil der Inhaber nicht ordentlich konkursfähig ist; daß der betreffende Inhaber aber eine **eintragbare, jedoch nicht eingetragene Zweigniederlassung** in der Schweiz betreibt, **mit deren Eintragung die vorausgesetzte Konkursfähigkeit begründet würde** (vgl. dazu Nr. 2026 ff.).
- 2121 Handelt es sich um eine *bloß eintragungsfähige Zweigniederlassung* (Nr. 962), so steht der Gläubiger, der hier den Inhaber auf Konkurs betreiben will, zum vorneherein auf verlorenem Posten; es sei denn, der Inhaber bringe die Zweigniederlassung freiwillig zur Eintragung.
- 2122 Ist die Zweigniederlassung dagegen *eintragungsbedürftig* (Nr. 962), so kann der Gläubiger die ordentliche Konkursfähigkeit «erzwingen», indem er nach Art. 57 Abs. 2 HRegV beim zuständigen Registeramt ein Eintragungsbegehren stellt. Nach erfolgter Eintragung kann die Betreuung auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt werden. Unterbleibt die Eintragung, weil in Wirklichkeit doch keine eintragungsbedürftige Zweigniederlassung besteht, so ist die Konkursbetreuung nach wie vor ausgeschlossen.
- 2123 Zweifelhaft ist einzig, ob der Betreibungsbeamte, der die Betreuung fortsetzen soll, gegebenenfalls verpflichtet ist, die Frage der Eintragungspflicht beim zuständigen Registerführer von Amtes wegen anhängig zu machen, wenn Anhaltspunkte für eine eintragungsbedürftige (aber nicht eingetragene) Zweigniederlassung vorliegen. Kann hier die Betreuung weder auf dem Wege des Konkurses noch der Pfändung fortgesetzt werden, bis über die Eintragungspflicht entschieden ist? Oder kann die Betreuung auf dem Wege der Pfändung fortgesetzt werden, ohne daß die Frage der Eintragungspflicht abgeklärt wird? Für die erste Lösung<sup>947</sup> spricht die Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der schweizerischen Kollektivgesellschaft (BGE 55 III 146 ff.; 56 III 132 ff.); namentlich das Argument, wonach es nicht angeht, daß der Schuldner durch Unterlassung einer vorgeschriebenen Eintragung die Spezialexécution zugunsten eines einzelnen Gläubigers ermöglicht und dadurch die andern Gläubiger benachteiligt (vgl. BGE 56 III 135 f.). Für die zweite Lösung, die wir als richtig erachten, spricht der Umstand, daß gerade bei einer Betreuung am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes der Gläubiger alles Interesse an einer raschen Fortsetzung des Betreibungsverfahrens hat. Ferner auch die Bestimmung des Art. 42 Abs. 2 SchKG.

#### b) Teilnahmerecht

- 2124 Für den schweizerischen Konkurs eines Schuldners gilt der **Grundsatz, daß der Konkurs alle Gläubiger in ein einheitliches Verfahren zieht**. Die Forderungen

<sup>947</sup> die der Ansicht von H. Fritzsche, I, S. 71, entspricht.

aller Gläubiger werden gegenüber der Konkursmasse fällig (Art. 208 SchKG) und können am Konkurs des Schuldners und damit, je nach ihrer Rangordnung (Art. 219 f. SchKG), auch an der Verteilung des Verwertungserlöses teilnehmen; immerhin nur so weit, als sie 1. nicht durch Grundpfand gedeckt sind (Art. 208 SchKG)<sup>948</sup> und sich 2. nach Art. 211 SchKG in eine Geldforderung umwandeln, falls sie sich nicht «von Hause aus» auf Geldleistung richten<sup>949</sup>.

- 2125 Dieser Grundsatz gilt indessen nicht für den schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116). An ihm können zum vorneherein nur solche Forderungen teilnehmen, «für die in der Schweiz ein Betreibungsort gegeben ist oder gegeben wäre, sofern der Konkurs nicht ausgebrochen wäre» (BGE 40 III 127). «Ist einem Gläubiger die selbständige Erwirkung der Zwangsvollstreckung im Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft verwehrt, so muß ihm konsequenterweise auch die Teilnahme an einem schweizerischen Konkurse versagt sein» (BGE 40 III 127)<sup>950</sup>. Dies um so mehr, als auch im schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» die ausländischen Aktiven des Inhabers nicht in die Masse fallen, obwohl hier im Regelfall der größte Teil des schuldnerischen Aktiv-Vermögens im Ausland liegt (Nr. 2158).
- 2126 Drücken wir das Gesagte positiv aus, so können am schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» folgende Forderungen teilnehmen: 1. Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes. 2. Andere Forderungen gegen den konkursiten Inhaber, sofern für sie ein selbständiger Betreibungsort in der Schweiz besteht: am «Sitz»-Ort eines andern Zweigbetriebes<sup>951</sup> (Art. 50 Abs. 1 SchKG), am verzeigten Spezialdomizil (Art. 50 Abs. 2 SchKG), am Ort der gelegenen Pfandsache (Art. 51 SchKG) oder am Arrestort (Art. 52 SchKG); vgl. dazu BGE 40 III 127 unten.
- 2127 Eine Beschränkung der Teilnahmeberechtigung auf die Forderungen der ersten Art (Nr. 2126 Ziff. 1) rechtfertigt sich nicht<sup>952</sup>; mißverständlich BGE 40 III 127 Mitte. Denn ihre Gläubiger können im «Konkurs des Zweigbetriebes» auf alle (pfändbaren) Aktiven des Inhabers greifen, soweit sie in der Schweiz liegen (Nr. 2156). Alle diese Aktiven fallen in die Konkursmasse, nicht nur die Aktiven, die zum «Vermögen des betreffenden Zweigbetriebes» (Nr. 87) gehören (Nr. 2156).

<sup>948</sup> «Nichtfällige Grundpfandrechte werden nämlich ... dem Erwerber des Grundstückes zur Zahlung überbunden ... Der ungedeckte Betrag wird dagegen als fällig betrachtet und ist, sofern die allgemeine Vermögenshaftung besteht, ... bei der Verteilung zu beachten.» H. Fritzsche, II, S. 62; vgl. Art. 135 SchKG.

<sup>949</sup> Vgl. dazu im einzelnen: H. Fritzsche, II, S. 65 ff., und P. Gauch, S. 109 ff.

<sup>950</sup> Es sei denn, aus Staatsvertragsrecht ergebe sich etwas anderes. Vgl. dazu F. Diebold, S. 117 f., der sich mit dem in Nr. 2114 zitierten Staatsvertrag mit Frankreich befaßt.

<sup>951</sup> Vgl. dazu Jaeger, N. 4 zu Art. 50 SchKG: «... und es sind in diesem Ks ... die Passiven aller Geschäftsdomizile in der Schweiz zu liquidieren.»

<sup>952</sup> Anderer Ansicht offenbar: H. Fritzsche, II, S. 10; A. Lenzi, S. 92; L. Schumacher, S. 69; ZBK 4, 1915, S. 21 f.

Das ruft ohne weiteres nach einer Teilnahme auch der übrigen Forderungen, für die in der Schweiz ein Betreibungsort besteht. Das Teilnahmerecht dieser übrigen Forderungen ist aber auch dann gegeben, wenn im Einzelfall sämtliche Vermögenswerte, die in die Konkursmasse fallen, zum aktiven «Vermögen des betreffenden Zweigbetriebes» gehören, weil keine andern Aktiven in der Schweiz greifbar sind. Ist doch das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes» kein Haftungssubstrat, aus dem sich die «Gläubiger des Zweigbetriebes» ausschließlich oder privilegiert befriedigen können (Nr. 2151; zum Ganzen vgl. auch Nr. 2132).

2128 Eine *Besonderheit* gilt für den Fall, da der konkursite Inhaber eine natürliche Einzelperson ist. Wer die privilegierte Anschlußpfändung in der Pfändungsbetreibung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zuläßt (Nr. 2101 ff.), muß *die durch Art. 111 SchKG privilegierten Forderungen* konsequenterweise auch am «Konkurs des Zweigbetriebes» teilnehmen lassen. Das gilt namentlich für die Forderungen eines Ehegatten, der dem grundsätzlichen Zwangsvollstreckungsverbot nach Art. 173 ZGB untersteht (vgl. Art. 174 ZGB).

#### c) Anwendbarkeit des Art. 206 SchKG

2129 Mit Rücksicht auf den Kreis der teilnahmeberechtigten Forderungen (Nr. 2166) muß Art. 206 SchKG auch im schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116) angewendet werden. Die betreffende Konkurseröffnung hebt alle andern Betreibungen auf, die gegen den konkursiten Inhaber in der Schweiz hängig sind; neue Betreibungen können während der Dauer des Konkurses in der Schweiz nicht angehoben werden. Vorbehalten bleiben neue Betreibungen für Forderungen, die nach Eröffnung des Konkurses entstanden sind (vgl. BGE 72 III 83 und 79 III 128).

#### d) «Konkurs des Zweigbetriebes» und ausländischer Konkurs des Inhabers

2130 Daß der ausländische Konkurs des Inhabers zur Konkurseröffnung am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG führen kann, haben wir bereits gesagt (Nr. 2118). Auf zwei weitere Punkte gilt es hinzuweisen:

2131 — Werden *die am schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» beteiligten Gläubiger nicht voll gedeckt*, so können sie, vom schweizerischen Recht aus gesehen, den erlittenen Ausfall in einer ausländischen Betreibung des Inhabers, namentlich in einem ausländischen Konkurs, geltend machen (BGE 62 III 76).

2132 — Bleibt dagegen *vom Verwertungserlös im schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» etwas übrig*, so kann der Rest, wenn der Inhaber im Ausland in Konkurs ist, an die dortige Konkursmasse abgegeben werden (BGE 40 III 127 f.). Dies ist ein weiterer Grund, der für die Teilnahmeberechtigung der in Nr. 2126 Ziff. 2 genannten Forderungen spricht.

#### e) Registerrechtliche Behandlung

- 2133 Vom Inhaber, über den der Konkurs am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes eröffnet wird, steht fest, daß er weder ein Geschäft mit «Hauptsitz» in der Schweiz betreibt (Nr. 2074) noch ein schweizerischer Verband (z. B. eine schweizerische Aktiengesellschaft oder Kollektivgesellschaft) ist (Nr. 2068). Über ihn besteht in der Schweiz zum vorneherein weder eine Geschäftseintragung nach Art. 934 OR (Nr. 906) noch eine verbandsrechtliche Eintragung (Nr. 896 ff.). Denkbar ist aber, daß er eine oder mehrere eingetragene Zweigniederlassungen in der Schweiz betreibt. Alsdann wird die Konkursöffnung richtigerweise auf dem Registerblatt jeder dieser Zweigniederlassungen eingetragen (vgl. dazu Nr. 1171 f.).

#### d. BETREIBUNGsort BEI MEHREREN ZWEIFBETRIEBEN IN DER SCHWEIZ

- 2134 Unterhält ein Inhaber mit (Wohn-)Sitz im Ausland mehrere Zweigbetriebe in der Schweiz, so befindet sich — bei gegebenen Voraussetzungen (Nr. 2060 ff.) — **am schweizerischen «Sitz»-Ort jedes Zweigbetriebes ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG<sup>958</sup>**; für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des jeweiligen Zweigbetriebes, die sich gegen den Inhaber richten (Nr. 2058).
- 2135 Das Gesagte gilt *auch dann, wenn der eine Zweigbetrieb dem andern leitungs-*  
*mäßig unterstellt ist*; derart, daß der Befehlsweg von der Gesamtleitung über die Leitung des einen Zweigbetriebes zur Leitung des andern verläuft (Nr. 100, vgl. auch Nr. 721). Es ist nicht etwa so, daß sich am «Sitz»-Ort des übergeordneten Zweigbetriebes der Betreuungsort für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb beider Zweigbetriebe befinden würde. Vielmehr bildet der «Sitz»-Ort jedes Zweigbetriebes auch hier einen Betreuungsort nur und gerade für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb dieses Zweigbetriebes. Der Gläubiger hat sich in dieser Beziehung nicht um die interne Organisation des Gesamtbetriebes Geschäft zu kümmern.
- 2136 Ist der *leitungs-*  
*mäßig übergeordnete Betrieb allerdings kein Zweigbetrieb, sondern ein Hauptbetrieb* (Nr. 1592), dessen Leitungsinstanz sich zugleich mit der Gesamtleitung des Geschäftes befaßt, so befindet sich an seinem «Sitz»-Ort notwendigerweise auch der «Hauptsitz» des Geschäftes (Nr. 872). Ist dieser «Hauptsitz»-Ort aber in der Schweiz, so ist eine Betreuung nur an diesem Orte möglich (Nr. 2074 f.).
- 2137 *Werden Betreibungen gegen den Inhaber an mehreren «Sitz»-Orten angehoben, so sind sie an mehreren Orten durchzuführen.* Dies unter **Vorbehalt des Art. 55 SchKG**. Der Konkurs gegen den nämlichen Inhaber (hier den Inhaber der ver-

<sup>958</sup> Vgl. F. Diebold, S. 106.

schiedenen Zweigbetriebe) kann danach nur an *einem* Orte eröffnet sein. Er gilt als da eröffnet, wo er zuerst rechtsgültig (BGE 45 I 51) erkannt wurde. In den zuerst erkannten «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116) werden auch die Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb der andern Zweigbetriebe mit «Sitz»- und Betreibungsort in der Schweiz einbezogen (Nr. 2126)<sup>954</sup>. Zur Frage des ordentlichen Pfändungsanschlusses vgl. Nr. 2091 ff.

#### e. VERÄNDERUNG DES «SITZ»-ORTES NACH ANGEHOBENER BETREIBUNG

- 2138 Wird der «Sitz» eines Zweigbetriebes, an dem sich ein Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG befindet, nach Anhebung der Betreibung an einen andern Ort in der Schweiz verlegt, so ist das Verfahren am neuen Orte fortzusetzen (vgl. BGE 68 III 149 f.)<sup>955</sup>.
- 2139 Ist der Zweigbetrieb in einem schweizerischen Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragen, so ist maßgeblich stets der eingetragene «Sitz»-Ort (Nr. 2056). Nur wenn ein anderer «Sitz»-Ort eingetragen wird, ist die Betreibung am neuen Orte fortzusetzen. Vgl. sinngemäß BISchK 5, 1941, S. 71.
- 2140 Ist die Pfändung angekündigt oder die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl in der Wechselbetreibung zugestellt, so wird die angehobene Betreibung trotz Veränderung des tatsächlichen oder eingetragenen «Sitz»-Ortes am bisherigen Orte fortgesetzt. Art. 53 SchKG kommt analog zur Anwendung<sup>956</sup>.

#### f. SCHWEIZERISCHER «SITZ»-ORT EINES ZWEIGBETRIEBES ALS BETREIBUNGSSORT ZULASTEN PERSÖNLICH HAFTENDER VERBANDSMITGLIEDER

- 2141 Folgen wir dem Wortlaut des Art. 50 Abs. 1 SchKG, so besteht der Betreibungsort am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes zulasten des Schuldners, der die Geschäftsniederlassung *besitzt*: somit zulasten des Inhabers. Davon sind wir ausgegangen. Wir haben gesprochen vom Betreibungsort am «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes für Betreibungen gegen dessen Inhaber.
- 2142 Der Inhaber eines Zweigbetriebes ist möglicherweise ein rechtsfähiger Verband mit Mitgliedern, die für Verbandsschulden persönlich haften (z. B. eine ausländische Kollektivgesellschaft, eine ausländische GmbH usw.). Hat er seinen (Wohn-) Sitz im Ausland, so besteht — bei gegebenen Voraussetzungen (Nr. 2060 ff.) — am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ein Betreibungsort zulasten des

<sup>954</sup> Vgl. zum Ganzen: F. *Diebold*, S. 113; *Jaeger*, N. 4 zu Art. 50 SchKG.

<sup>955</sup> Vgl. auch F. *Diebold*, S. 107.

<sup>956</sup> Anderer Ansicht: E. *Blumenstein*, S. 192.

Verbandes: für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des betreffenden Zweigbetriebes (Nr. 2058). Der «Sitz»-Ort dieses Zweigbetriebes ist hinsichtlich der betreffenden Forderungen aber auch ein **Betreibungsort gegen die Mitglieder des Verbandes**, soweit sie für die Verbandsschulden persönlich haften und ihren Wohnsitz im Ausland haben<sup>957</sup>. Diese Rechtslage anerkennt BGE 55 III 118 mit Bezug auf die Teilhaber einer deutschen offenen Handelsgesellschaft (vgl. auch ZBK 11, 1921, S. 17; 12, 1922, S. 88). Sie muß aber auch für persönlich haftende Mitglieder anderer Verbände (z. B. einer ausländischen GmbH) gelten, «damit den Gläubigern die Garantien der Betreibung am Orte der Zweigniederlassung nicht entzogen bleiben» (BGE 55 III 118). Zur Anwendung kommt Art. 50 Abs. 1 SchKG, wenn auch nur analog<sup>958</sup>.

2143 Nicht nur analog, sondern unmittelbar angewendet wird demgegenüber Art. 50 Abs. 1 SchKG von BGE 55 III 118. Dieser Entscheid nimmt Bezug auf BGE 37 I 474 und beruht auf der dort vertretenen, von uns aber nicht geteilten Ansicht, wonach die *Kollektivgesellschaft kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt sei*. Wohl ist die Kollektivgesellschaft (auch die offene Handelsgesellschaft des deutschen Rechts) keine juristische Person im Sinne des Gesetzes (BGE 37 I 474), dennoch aber rechtsfähig (Nr. 539) und ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt (vgl. BGE 56 III 135). Der Zweigbetrieb der Gesellschaft bildet daher keine «persönliche Geschäftsniederlassung der Gesellschafter» (demgegenüber BGE 37 I 474), weshalb Art. 50 Abs. 1 SchKG auch hier, nicht nur mit Bezug auf persönlich haftende Mitglieder juristischer Personen, nur analog anwendbar ist.

2144 Ob die materiellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der persönlich haftenden Mitglieder im Einzelfall gegeben sind, ist *eine materiellrechtliche Frage*, die dem Personalstatut des Verbandes untersteht und mit der Frage nach dem **Betriebungsort** nichts zu tun hat. Im Streitfall ist sie nicht von den **Betriebungsbehörden**, sondern vom Richter zu entscheiden (vgl. BGE 55 III 118). Vorliegend ist durchwegs ausländisches Recht anwendbar, da es sich stets um Mitglieder ausländischer Verbände handelt.

<sup>957</sup> Dasselbe gilt für entsprechende Verbandsmitglieder ohne festen Wohnsitz. Haben sie allerdings einen Aufenthaltsort in der Schweiz, der **Betriebungsort** nach Art. 48 SchKG ist, so entfällt der **Betriebungsort** am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes (vgl. sinngemäß Nr. 2071). Dieser **Betriebungsort** entfällt auch dann, wenn die Verbandsmitglieder am schweizerischen Wohnsitz eines gesetzlichen Vertreters nach Art. 47 SchKG betrieben werden können (vgl. sinngemäß Nr. 2073).

<sup>958</sup> Zum Fall, da eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz hat, die persönlich haftenden Gesellschafter aber im Ausland wohnen: BGE 37 I 474; 55 III 117 f.; 78 I 119.

## D. Zweigbetrieb und Haftungssubstrat

- 2145 Das Zugriffsrecht des Gläubigers ist ein *Zugriffsrecht auf das Vermögen des Schuldners* (Nr. 2000). Der Schuldner haftet nach schweizerischem Recht nicht mit seiner Person (etwa durch Schuldhaft, Art. 59 Abs. 3 BV), sondern mit den Aktiven seines Vermögens. Diese Aktiven bilden das Haftungssubstrat.
- 2146 Das Haftungssubstrat, auf das die Gläubiger im schweizerischen Betreibungsverfahren greifen können, umfaßt *grundsätzlich alle Aktiven des Schuldners*<sup>959</sup>. Sie unterliegen, im erforderlichen Umfang (Art. 97 Abs. 2 SchKG), der Pfändung und fallen im Konkurs des Schuldners in die Masse. Eine Sonderstellung nehmen dabei die Pfandgläubiger ein. Ein Pfandgläubiger darf «sich einerseits aus dem Pfand zum voraus befriedigen, unter Ausschluß der übrigen Gläubiger; andererseits darf er erst dann auf die übrigen Aktiven greifen, wenn er diesen Vorzug ausgenützt hat»<sup>960</sup>.
- 2147 Der umschriebene Grundsatz gilt nicht ohne Ausnahmen. Ein dreifacher *Vorbehalt* ist anzubringen. Vorbehalten sind: 1. die unpfändbaren Aktiven des Schuldners; sie gehören nicht zum Haftungssubstrat<sup>961</sup>; 2. die ausländischen Aktiven des Schuldners; sie gehören zwar grundsätzlich zum Haftungssubstrat, sind in der schweizerischen Betreuung aber nicht greifbar; 3. die Fälle einer ausnahmsweisen Teilhaftung für gewisse Forderungen<sup>962</sup>.
- 2148 Im folgenden sprechen wir zunächst vom Haftungssubstrat für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes (Nr. 2149 ff.); dann vom Vorbehalt ausländischer Aktiven und der Betreuung am schweizerischen «Sitz»-Ort eines Zweigbetriebes (Nr. 2157 ff.); darauf vom Zweigbetrieb und der Lokalisierung der Aktiven (Nr. 2159 ff.).

### a. HAFTUNGSSUBSTRAT FÜR SCHULDEN AUS DEM GESCHÄFTSBETRIEB EINES ZWEIGBETRIEBES

- 2149 Der Zweigbetrieb bildet Bestandteil eines Gesamtbetriebes. Dessen Inhaber betreibt den Gesamtbetrieb unter Einschluß all seiner Betriebe (Nr. 1592). Unter dem (dreifachen) Vorbehalt der Nr. 2147 hat er für seine Schulden mit all seinen Aktiven einzustehen, wenn sich seine Haftung im schweizerischen Betreibungs-

<sup>959</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 51.

<sup>960</sup> *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N. 57. Das übrige Vermögen ist dem Pfandgläubiger verschlossen, wenn der Schuldner nur mit dem Pfand haftet, was bei der Gült und Grundlast der Fall ist.

<sup>961</sup> Vgl. Art. 92 f. und 197 SchKG. Weitere Vorschriften, welche die Pfändbarkeit untersagen, enthalten das öffentliche und das Zivilrecht (dazu H. *Fritzsche*, I, S. 218 ff.).

<sup>962</sup> Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 54.

(auch Konkurs-)verfahren aktualisiert. Dies gilt auch für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb eines Zweigbetriebes.

- 2150 Für diese Schulden besteht nach schweizerischem Recht **keine Haftungsbeschränkung auf das «Vermögen des Zweigbetriebes»** (Nr. 87). Die Aktiven des beim Zweigbetrieb konzentrierten Betriebsvermögens (Nr. 87) bilden somit nicht das einzige Haftungssubstrat für die Gläubiger, deren Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zweigbetriebes stammen. Diese «Gläubiger des Zweigbetriebes» haben — wenn auch unter Vorbehalt (Nr. 2147) — Zugriff auf alle Aktiven des schuldnerischen Inhabers; namentlich haften ihnen grundsätzlich alle Aktiven des Gesamtbetriebs-Vermögens, zu dem das «Vermögen des Zweigbetriebes» als funktionell (nicht aber rechtlich) getrenntes Vermögen gehört (Nr. 87).
- 2151 Umgekehrt ist das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes» **nicht für die «Gläubiger des Zweigbetriebes»** (Nr. 2150) reserviert. Die Aktiven dieses Teil-Vermögens haften vielmehr auch andern Gläubigern des Inhabers, wobei die «Gläubiger des Zweigbetriebes» in keiner Weise privilegiert sind. Sie können sich aus den betreffenden Aktiven nicht zum voraus befriedigen, wie es z. B. die Pfandgläubiger aus dem Pfand<sup>963</sup> oder die Versicherungsnehmer aus der Kautions tun können.
- 2152 Aus dem Gesagten folgt: **Das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes» haftet weder ausschließlich noch vorzüglich den »Gläubigern des Zweigbetriebes»** (Nr. 2151); **noch haftet diesen Gläubigern ausschließlich das aktive «Zweigbetriebs-Vermögen»** (Nr. 2150). An dieser Haftungslage ändert sich nichts:
- 2153 — wenn der Zweigbetrieb zu einem Hauptbetrieb wird, indem seine Leitungsinstanz zugleich auch die Leitungstätigkeit für den Gesamtbetrieb übernimmt (Nr. 1592). Der Hauptbetrieb, den ein Inhaber als Bestandteil seines Gesamtbetriebes betreibt, ist dem Zweigbetrieb hinsichtlich der Haftungslage durchaus gleichgestellt: Das aktive «Vermögen des Hauptbetriebes» (Nr. 193) haftet weder ausschließlich noch vorzüglich den Gläubigern, deren Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Hauptbetriebes stammen. Noch haftet diesen Gläubigern ausschließlich das aktive «Hauptbetriebs-Vermögen».
- 2154 — wenn der Zweigbetrieb als Zweigniederlassung in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (Nr. 1591).
- 2155 — wenn er unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Geschäftsfirma des Inhabers enthält (Nr. 1591).
- 2156 — wenn die «Gläubiger des Zweigbetriebes» den Inhaber am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes, gestützt auf Art. 50 Abs. 1 SchKG, betreiben (Nr. 2085). Auch hier beschränkt sich das Haftungssubstrat, auf das sie in der Betreibung greifen können, nicht auf das aktive «Vermögen des Zweigbetriebes»<sup>964</sup>.

<sup>963</sup> Vgl. Nr. 2146.

<sup>964</sup> Vgl. dazu auch *Jaeger*, N. 4 zu Art. 50 SchKG, und *F. Diebold*, S. 115.

Auch die andern Vermögenswerte des Inhabers können daher mit Pfändungsbeschluss belegt werden und fallen bei Konkurseröffnung in die Konkursmasse<sup>965</sup>. Immer vorausgesetzt, daß sie in der Schweiz liegen.

#### b. VORBEHALT AUSLÄNDISCHER AKTIVEN UND BETREIBUNG AM SCHWEIZERISCHEN «SITZ»-ORT EINES ZWEIGBETRIEBES NACH ART. 50 ABS. 1 SCHKG

2157 Der Grundsatz, wonach die Gläubiger im schweizerischen Betreibungsverfahren auf alle Aktiven des Schuldners greifen können (Nr. 2146), gilt nur unter bestimmten Vorbehalten. Der wichtigste Vorbehalt betrifft die ausländischen Aktiven des Schuldners (Nr. 2147). Er gründet in der *territorialen Begrenzung der staatlichen Gewalt*<sup>966</sup> und beschlägt auch den inländischen Konkurs des Schuldners (vgl. BGE 32 I 778 und BLSchK 1, 1937, S. 23)<sup>967</sup>.

2158 Der Vorbehalt ausländischer Aktiven wirkt sich in jeder schweizerischen Betreuung aus<sup>968</sup>: *Auch in der Betreuung eines Inhabers am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes*, gestützt auf Art. 50 Abs. 1 SchKG (Nr. 2085); gleichgültig, ob der Inhaber auf Pfändung oder auf Konkurs betrieben wird. So fallen auch im schweizerischen «Konkurs des Zweigbetriebes» (Nr. 2116) nur Vermögenswerte in die Masse, die in der Schweiz liegen (vgl. BGE 62 III 75). Dies, obwohl hier regelmäßig der größte Teil des Aktiv-Vermögens, über das der Inhaber verfügt, im Ausland liegt.

#### c. ZWEIGBETRIEB UND LOKALISIERUNG DER SCHULDNERISCHEN AKTIVEN (INSBESONDERE DER FORDERUNGEN)

2159 Der Vorbehalt, wonach im schweizerischen Betreibungsverfahren nicht auf ausländische Aktiven des Schuldners gegriffen werden kann, bedingt eine Lokalisierung dieser Aktiven. Dasselbe gilt schon für das Arrestverfahren, da auch der schweizerische Arrest nur hinsichtlich schweizerischer Aktiven möglich ist (vgl. Art. 272 SchKG). Mit andern Worten stellt sich die **Frage, welche Aktiven des Schuldners exekutionsrechtlich (BGE 31 I 521) in der Schweiz liegen** und von daher arretiert, gepfändet oder zur Konkursmasse gezogen werden können. Als Grundsatz mag festgehalten werden, daß auf die tatsächliche Lage der schuld-

<sup>965</sup> In die Konkursmasse fallen auch gepfändete Vermögensstücke des Inhabers, deren Verwertung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht stattgefunden hat, und Arrestgegenstände: Art. 199 SchKG. Vgl. dagegen immerhin die Art. 201—203 SchKG.

<sup>966</sup> Vgl. H. Fritzsche, I, S. 7 und II, S. 51.

<sup>967</sup> Vgl. auch M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 179 f.; A. F. Schnitzer, Handbuch II, S. 888.

<sup>968</sup> Es sei denn, aus Staatsvertragsrecht ergebe sich im Einzelfall etwas anderes (vgl. BGE 32 I 778). Wir verweisen auf den Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 (Nr. 2114).

nerischen Vermögenswerte abzustellen ist<sup>969</sup>. Im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb ergeben sich besondere Fragen nur hinsichtlich der schuldnerischen Forderungen, die weder pfandgesichert noch in einem Wertpapier verkörpert sind. Mit diesen Forderungen wollen wir uns im einzelnen befassen:

2160 Von den genannten Forderungen, die zu den Aktiven des Schuldners gehören, kann nur im bildlichen Sinne (BGE 31 I 200), im Sinne einer Fiktion (BGE 63 III 45), gesagt werden, daß sie an einem bestimmten Orte liegen. Was die Rechtsprechung des Bundesgerichts betrifft<sup>970</sup>, so ergeben sich daraus folgende Grundsätze. Die genannten Forderungen gelten (exekutionsrechtlich) am (Wohn-)Sitz-Ort (Nr. 826) des Arrest- bzw. Betreibungsschuldners (und Forderungs-Gläubigers) gelegen. Somit liegen sie in der Schweiz, falls sich dieser Ort in der Schweiz befindet, mag auch der Drittschuldner seinen (Wohn-)Sitz im Ausland haben. Befindet sich der (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners nicht in der Schweiz, wohl aber der (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners, so liegen die Forderungen dennoch in der Schweiz: am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners<sup>971</sup>. Betreibt dieser Drittschuldner allerdings einen Zweigbetrieb in der Schweiz und gehört seine Schuld zum Geschäftsbereich dieses Zweigbetriebes (vgl. BGE 80 III 126 ff.), so liegt die Forderung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes, nicht am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners (vgl. BGE 80 III 126; vgl. auch BGE 75 III 27).

2161 Erachten wir diese Rechtsprechung des Bundesgerichts, die sich namentlich auf Arrestfälle bezieht, als grundsätzlich richtig (vgl. demgegenüber Nr. 2175), so stellen sich vier Fragen im Zusammenhang mit dem Zweigbetrieb. Und zwar stellen sie sich bei folgenden Tatbeständen:

2162 1. Der (Arrest- oder Betreibungs-)Schuldner hat seinen (Wohn-)Sitz im Ausland. Ebenso der Drittschuldner, gegen den sich die Forderung des Schuldners richtet. Doch gehört die entsprechende Schuld des Drittschuldners zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes (z. B. einer eingetragenen Zweigniederlassung), den dieser in der Schweiz betreibt. Es fragt sich, ob die Forderung des Schuldners in der Schweiz, am schweizerischen «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes, zu lokalisieren ist. Die Frage muß unseres Erachtens bejaht werden (vgl. auch ZBK 6, 1916, S. 8 ff.). Denn:

2163 Der schweizerische «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes bildet, wie sich aus den zitierten BGE 80 III 126 und 75 III 27 ergibt, durchaus einen tauglichen

<sup>969</sup> Vgl. M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 180.

<sup>970</sup> Vgl. z. B. BGE 31 I 200; 31 I 209 ff.; 31 I 520 f.; 39 I 421; 47 III 75; 52 III 2; 53 III 46 f.; 56 III 50; 56 III 230; 61 III 109; 63 III 44; 73 III 120; 75 III 26; 76 III 19; 80 III 126; 86 III 9.

<sup>971</sup> Dasselbe gilt, wenn es an einem festen oder genügend bestimmbar (Wohn-)Sitz des Schuldners fehlt: BGE 76 III 19.

Anknüpfungspunkt für die (exekutionsrechtliche) Lokalisierung der schuldnerischen Forderung (Nr. 2160 a. E.). Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß hier — anders als in den genannten Entscheiden — der (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners im Ausland liegt. Dieser Umstand steht — wie die Fälle demonstrieren, bei denen sich der (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners in der Schweiz befindet (Nr. 2160) — der Lokalisierung einer Forderung in der Schweiz keineswegs entgegen. Verhält es sich aber so, wäre es ungerechtfertigt, wollte man die Gläubiger, die in der Schweiz auf die Forderung des Schuldners greifen möchten, ins Ausland verweisen (vgl. sinngemäß BGE 31 I 200 und BGE 56 III 50).

- 2164 2. *Der (Arrest- oder Betreibungs-)Schuldner hat seinen (Wohn-)Sitz im Ausland. Seine Forderung richtet sich gegen einen Drittschuldner mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz. Dessen Schuld gehört indessen zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes, den er im Ausland betreibt.* Es fragt sich, ob hier der bundesgerichtliche Grundsatz durchschlägt, wonach bei ausländischem (Wohn-)Sitz des Schuldners die Forderung am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners liegt (Nr. 2160). Oder ob die Ausnahme von diesem Grundsatz gilt, wonach auf den «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes abzustellen ist, wenn die Schuld des Drittschuldners zum Geschäftsbereich seines Zweigbetriebes gehört (Nr. 2160 a. E.). Unseres Erachtens ist im ersten Sinne zu entscheiden. Die Ausnahme vom Grundsatz rechtfertigt sich nur für Fälle, wie sie das Bundesgericht zu beurteilen hatte: in denen der «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes ebenfalls in der Schweiz liegt.
- 2165 3. *Der (Arrest- oder Betreibungs-)Schuldner hat seinen (Wohn-)Sitz im Ausland. Seine Forderung gehört indessen zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes (z. B. einer eingetragenen Zweigniederlassung), den er in der Schweiz betreibt.* Es fragt sich, ob in diesem Falle, was die (exekutionsrechtliche) Lokalisierung der Forderung betrifft, auf den schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes abzustellen ist.
- 2166 Diese Frage ist wiederum zu bejahen. Der schweizerische «Sitz»-Ort des betreffenden Zweigbetriebes bildet einen durchaus tauglichen Anknüpfungspunkt für die Lokalisierung der Forderung, weshalb die Forderung im Interesse der Gläubiger, die in der Schweiz auf das schuldnerische Vermögen greifen wollen, an diesem Orte zu lokalisieren ist. Entschiede man anders, so würden insbesondere auch solche Gläubiger, für die am «Sitz»-Ort des fraglichen Zweigbetriebes ein Betreibungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht (Nr. 2060 ff.), in ihren Interessen gefährdet. Das für sie in der Schweiz greifbare Schuldner-Vermögen könnte im Einzelfall empfindlich geschmälert werden.
- 2167 Beim vorliegenden Tatbestand (Nr. 2165) rechtfertigt es sich nach dem Gesagten, bei der Lokalisierung der schuldnerischen Forderung auf den schweizerischen «Sitz»-Ort des schuldnerischen Zweigbetriebes abzustellen. Diese Lokalisierung der Forderung beim schuldnerischen Zweigbetrieb betrachten wir auch dann als richtig, wenn sich die Forderung gegen einen Drittschuldner mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz richtet (Nr. 2160 und 2164); oder wenn der Drittschuldner seinen

(Wohn-)Sitz zwar im Ausland hat, in der Schweiz jedoch einen Zweigbetrieb betreibt, zu dessen Geschäftsbereich die entsprechende Schuld gehört (Nr. 2162). Die Lokalisierung der Forderung am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners bzw. am schweizerischen «Sitz»-Ort seines Zweigbetriebes hat nur subsidiäre Bedeutung; für den Fall, da die Forderung in der Schweiz nicht «beim Schuldner» lokalisiert werden kann.

- 2168 4. Der (Arrest- oder Betreibungs-)Schuldner hat seinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz. Seine Forderung gehört indessen zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes, den er im In- oder Ausland betreibt. Es fragt sich, ob auch hier der bundesgerichtliche Grundsatz gilt, wonach — bei schweizerischem (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners — die Forderung an diesem schweizerischen Orte liegt (Nr. 2160). Die Frage ist zu bejahen:
- 2169 Betreibt der Schuldner den betreffenden Zweigbetrieb im Ausland, so bildet der schweizerische (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners dennoch einen tauglichen Anknüpfungspunkt für die (exekutionsrechtliche) Lokalisierung der schuldnerischen Forderung. Wiederum gebietet das Interesse der Gläubiger, namentlich jener, die den Schuldner am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort auf Pfändung oder Konkurs betreiben, daß die Forderung an diesem schweizerischen Ort zu lokalisieren ist.
- 2170 Betreibt der Schuldner den betreffenden Zweigbetrieb in der Schweiz, so könnte man versucht sein, die Forderung — in sinnemäßiger Anwendung der BGE 80 III 176 und 75 III 27 (Nr. 2160) — am schweizerischen «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes zu lokalisieren, nicht am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners. Dagegen sprechen indessen praktische Gründe, wenn man berücksichtigt, daß hier der Betreibungsort des Schuldners an seinem (Wohn-)Sitz-Ort und nicht am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes liegt.
- 2171 Die Ansicht, wonach in beiden Fällen (Nr. 2169 und 2170) die Forderung am schweizerischen (Wohn-)Sitz-Ort des Schuldners zu lokalisieren ist, hat im übrigen auch die bundesgerichtliche Feststellung für sich, daß es «als das natürlichste erscheint . . ., das Forderungsrecht als da gelegen anzusehen, wo sich der Träger desselben dauernd befindet» (BGE 31 I 211).
- 2172 Fassen wir das in Nr. 2160 ff. Gesagte zusammen, so ergibt sich für die (exekutionsrechtliche) Lokalisierung von schuldnerischen Forderungen, die weder pfandgesichert noch in einem Wertpapier verkörpert sind, folgende **Regel**:
- 2173 Hat der Schuldner (Gläubiger des Drittschuldners) seinen (Wohn-)Sitz in der Schweiz, so liegt seine gegen den Drittschuldner gerichtete Forderung an seinem (Wohn-)Sitz-Ort in der Schweiz (Nr. 2160 und Nr. 2170); und zwar auch dann, wenn die Forderung des Schuldners zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes gehört, den er im Ausland betreibt (Nr. 2169). Hat der Schuldner seinen (Wohn-)Sitz zwar im Ausland, gehört die Forderung indessen zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes, den er in der Schweiz betreibt, so gilt die Forderung am «Sitz»-Ort des Zweigbetriebes in der Schweiz gelegen (Nr. 2165 ff.). Ist weder das eine

noch das andere der Fall, so kann die Forderung dennoch in der Schweiz gelegen sein. Sie ist es dann, wenn sich der (Wohn-)Sitz-Ort des Drittschuldners in der Schweiz befindet (Nr. 2160), mag seine Schuld auch zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes gehören, den er im Ausland betreibt (Nr. 2164). Ferner auch, wenn der Drittschuldner seinen (Wohn-)Sitz zwar im Ausland hat, die betreffende Schuld indessen zum Geschäftsbereich eines Zweigbetriebes gehört, den er in der Schweiz betreibt (Nr. 2162 f.).

2174 Eine *besondere Rechtslage* besteht, falls der Schuldner eine ausländische Versicherungsgesellschaft ist. Hier lokalisiert das Bundesgericht die Forderung des Schuldners am schweizerischen Wohnsitz-Ort des Generalbevollmächtigten (vgl. BGE 53 III 47). Dies muß — in Abweichung von dem in Nr. 2165 f. Gesagten — auch dann gelten, wenn die Forderung zum Geschäftsbereich eines schuldnerischen Zweigbetriebes in der Schweiz gehört.

2175 *Die dargestellte Regel muß konsequenterweise ablehnen*, wer die in Nr. 2160 wiedergegebene Rechtsprechung des Bundesgerichts als unrichtig erachtet, weil er mit *M. Guldener* der Ansicht ist, die Frage nach der (exekutionsrechtlichen) Lokalisierung der Forderung sei «eine grundsätzliche Frage, die in allen Fällen im gleichen Sinne entschieden werden sollte ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz von Gläubiger oder Schuldner im In- oder Ausland befindet»<sup>972</sup>.

#### E. Vergleich mit den Verhältnissen beim Konzernbetrieb

2176 Ziehen wir zum Vergleich die Verhältnisse beim Konzernbetrieb heran (Nr. 1594), so sind namentlich folgende Punkte herauszuheben:

2177 1. Gleich wie der Zweigbetrieb (Nr. 2010) ist auch der (rechts- und handlungsunfähige) Konzernbetrieb im schweizerischen Betreibungsverfahren **weder partein noch betreibungsfähig**. Als partei- und betreibungsfähiges Subjekt kommt auf seiten des Konzerns nur die einzelne Konzernperson (kein Inhaber des Gesamtbetriebes Konzern) in Frage (vgl. sinngemäß Nr. 1985).

2178 2. Der Konzernbetrieb kann, wie der Zweigbetrieb (vgl. Nr. 2023 ff. und 2052), von Bedeutung sein für die ordentliche **Konkursfähigkeit** seines Inhabers und den **Betriebungsort** in der Schweiz. Dann, wenn er als Geschäft mit «Hauptsitz» in der Schweiz (Nr. 865) von einer ausländischen Konzernperson mit (Wohn-)Sitz im Ausland betrieben wird.

2179 Am betreffenden «Hauptsitz»-Ort befindet sich hier ein *Betriebungsort* nach Art. 50 Abs. 1 SchKG (vgl. Nr. 2074): für Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Konzernbetriebes, die sich gegen seinen Inhaber richten. Nicht aber für Forderungen gegen eine verbundene Konzernperson, z. B. eine Muttergesellschaft.

<sup>972</sup> Int. Zivilprozeßrecht, S. 180, Anm. 7.

Es sei denn, die verbundene Konzernperson sei ein persönlich haftendes Verbandsmitglied des Inhabers (z. B. einer GmbH); alsdann gilt das in Nr. 2141 ff. Gesagte sinngemäß.

2180 Für die ordentliche *Konkursfähigkeit* seines Inhabers (Nr. 2020) bildet der betreffende Konzernbetrieb als solcher zwar keinen Rechtsgrund; so wenig, wie der Zweigbetrieb als solcher Rechtsgrund für die *Konkursfähigkeit* seines Inhabers ist. Wird der Konzernbetrieb indessen nach Art. 934 OR als Geschäft in einem schweizerischen Handelsregister eingetragen (vgl. dazu Nr. 922), so wirkt diese Eintragung konstitutiv für die ordentliche *Konkursfähigkeit* der Konzernperson, die ihn betreibt.

2181 **3. Ein wichtiger Unterschied** zu den Verhältnissen beim Zweigbetrieb besteht **hinsichtlich des Haftungssubstrats**. Zwar bildet der Konzernbetrieb, gleich wie der Zweigbetrieb, Bestandteil eines Gesamtbetriebes, nämlich des Konzerns (Nr. 1594). Beim Konzern fehlt indessen ein rechtlich einheitliches Gesamtbetriebs-Vermögen (Nr. 233). Das sogenannte Konzern-Vermögen, das wirtschaftlich eine Einheit bildet, besteht aus den rechtlich getrennten Vermögen der verschiedenen Konzernpersonen, weshalb auch die Konzernbilanz nichts anderes ist, als ein buchhalterischer Zusammenzug von Aktiven und Passiven verschiedener Rechtsträger (vgl. Nr. 233).

2182 Für *Schulden*, die aus einem Konzernbetrieb zulasten seines Inhabers entstehen, haftet dieser Inhaber, eine Konzernperson (Nr. 1594 f.), mit den Aktiven seines (und nur seines) Vermögens. Die Gläubiger haben im schweizerischen Betreibungsverfahren kein Zugriffsrecht auf andere Aktiven des Gesamtbetriebs-Vermögens (vgl. demgegenüber Nr. 2150); mögen diese Aktiven auch in der Schweiz gelegen sein und einer Konzernperson gehören, welche die schuldnerische Konzernperson kapitalmäßig beherrscht oder von der sie beherrscht wird<sup>973</sup>.

2183 Immerhin gilt das Gesagte nicht ohne *Ausnahmen*. Ausnahmsweise können Gläubiger der einen Konzernperson auf Aktiven des Konzern-Vermögens greifen, die einer andern Konzernperson gehören. Dieser Zugriff wird ermöglicht: 1. durch ein Drittpfandverhältnis, wonach die andere Konzernperson ein Pfand für die Schuld der ersten Konzernperson bestellt hat (vgl. Art. 824 Abs. 2 ZGB)<sup>974</sup>. 2. durch eine eigene Leistungspflicht der andern Konzernperson; sei es, weil sie durch ein Sicherungsgeschäft mitverpflichtet (vgl. Nr. 1619) oder persönlich haftendes Verbandsmitglied der ersten Konzernperson ist<sup>975</sup>. 3. durch ein Anfecht-

<sup>973</sup> Vgl. S. *Caflisch*, S. 210 und 256.

<sup>974</sup> Für die Schuld der einen Konzernperson haftet hier eine andere mit einer bestimmten Sache. Es liegt eine Dritthaftung vor: eine Haftung für fremde Schuld. Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 52.

<sup>975</sup> Im Vordergrund steht hier das Recht des Gläubigers auf die Leistung der andern Konzernperson, nicht sein Zugriffsrecht auf deren Vermögen. Es handelt sich um eine mittelbare Dritthaftung zulasten der andern Konzernperson. Vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N. 52.

tungsurteil (Art. 285 ff. SchKG), in dem festgestellt wird, daß von der andern Konzernperson erworbene Vermögensgegenstände mit Beschlagsrechten gegen die erste Konzernperson belegt werden können, weil der Erwerb paulianisch anfechtbar ist (vgl. sinngemäß BGE 44 III 5)<sup>976</sup>. 4. durch das Institut des Durchgriffs (vgl. Nr. 1596)<sup>977</sup>.

- 2184 4. Ist der Konzernbetriebe seinerseits ein *Gesamtbetrieb mit Zweigbetrieben*, so gilt das über den Zweigbetrieb im allgemeinen Gesagte (Nr. 2004 ff.) auch für diese Zweigbetriebe.

<sup>976</sup> Ziel der Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) ist nur, dem Anfechtungskläger den Zugriff auf das vom Schuldner in anfechtbarer Weise veräußerte Vermögen zu verschaffen (BGE 67 III 174). Die privatrechtlichen Folgen des angefochtenen Geschäftes werden nicht schlechthin vernichtet. Aber sie werden den erfolgreichen Anfechtungsklägern gegenüber nicht beachtet: derart, daß die angefochtene Rechtshandlung einer künftigen Pfändung nicht entgegensteht; oder daß die vom angefochtenen Rechtsgeschäft betroffenen Gegenstände in die Konkursmasse einbezogen werden können (vgl. dazu H. Fritzsche, II, S. 276 und 294). Zu den Problemen des Internationalprivatrechts: C. Doka, ZSR 64, 1945, S. 331; H. Fritzsche, II, S. 293; M. Guldener, Int. Zivilprozeßrecht, S. 184 f.; BGE 41 III 318.

<sup>977</sup> Ein derartiger Haftungsdurchgriff wird sich allerdings in den seltensten Fällen rechtfertigen. Soweit die betriebsrechtliche Anfechtungsklage reicht, kommt er überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist etwa ein Durchgriff auf die Muttergesellschaft, welche die schuldnerische Konzernperson kapitalmäßig beherrscht; aber auch dies nur, wenn ihre Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit rechtsmißbräuchlich ist (Nr. 1596). Zu möglichen Fällen: S. Caflisch, S. 260; G. Weiß, Einleitung, N. 119 f.

