

Hans-Ueli Vogt* / Giulio Donati**

Die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister bei freien Berufen und landwirtschaftlichen Betrieben

Besprechung von BGE 135 III 304 und des Urteils 4A_526/2008 des Bundesgerichts vom 21. Januar 2009

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheide
 1. Vorinstanzen
 2. Erwägungen und Entscheide des Bundesgerichts
 - 2.1 Eintragungspflicht bei freien Berufen
 - 2.2 Eintragungspflicht bei landwirtschaftlichen Betrieben
- III. Bemerkungen
 1. Grundsätzliches zur Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister
 - 1.1 Der Zweck der Eintragung ins Handelsregister
 - 1.2 Die Pflicht zur kaufmännischen Buchführung
 - 1.3 Führen eines kaufmännischen Betriebs?
 - 1.4 Roheinnahmen von mindestens Fr. 100'000.–
 2. Eintragungspflicht bei freien Berufen
 - 2.1 Grundsatz der Befreiung von der Eintragungspflicht?
 - 2.2 Persönliche Beziehung als Negativkriterium des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes»
 3. Eintragungspflicht bei landwirtschaftlichen Betrieben
 - 3.1 Kein Grundsatz mehr der Befreiung von der Eintragungspflicht
 - 3.2 Erweiterter Anwendungsbereich der Eintragungspflicht
 4. Vom «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe» zu «Umsatz/Bilanzsumme/Vollzeitstellen?»

Kernsätze

1. Freiberufliche Gewerbe müssen an sich nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Sie unterliegen jedoch der Eintragungspflicht, wenn sie nach kaufmännischer Art geführt werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betrieben, der Organisation besondere Aufmerksamkeit geschenkt und nach einer optimalen Finanzierung gesucht wird.
2. Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe werden hinsichtlich der Eintragungspflicht nicht mehr nach speziellen Kriterien, sondern nach dem allgemeinen Kriterium des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes beurteilt (Änderung der Rechtsprechung).

3. Bezüglich der Eintragungspflicht von Landwirtschafts- und Gemüsebaubetrieben ist somit etwa darauf abzustellen, ob Geschäftsbeziehungen zu einem grösseren Kreis von Lieferanten und Kunden unterhalten werden, Kredit in erheblichem Ausmass beansprucht oder gewährt und Personal in einem Ausmass beschäftigt wird, dass der Betriebsinhaber die fachliche Arbeit nicht mehr selbst besorgt, sondern sich auf die Oberleitung beschränkt.

I. Sachverhalt

Das Urteil 4A_526/2008 vom 21. Januar 2009 betrifft eine Zahnarztpraxis, die vom Praxisleiter, A., zusammen mit drei weiteren Zahnärzten geführt wird. Die Praxis ist von Montag bis Samstag von 8.00 bis 20.00 Uhr geöffnet und unterhält an 365 Tagen im Jahr von 7.00 bis 21.00 Uhr einen Notfalldienst.¹ Im Februar 2008 erstattete die Staatsanwaltschaft St. Gallen Anzeige wegen mutmasslicher Verletzung der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister. Im Juli 2008 verfügte das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen die Eintragung. A. erhob Beschwerde beim Kantonsgericht St. Gallen (als der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister), jedoch erfolglos. Darauf wurde das Einzelunternehmen A. ins Handelsregister eingetragen. Gegen diese Eintragung erhob A. Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.²

Der Entscheid BGE 135 III 304 ff. betrifft den Inhaber des Einzelunternehmens «Gemüsebau A.».³ Der Betrieb beschäftigt ca. 15 Arbeitnehmer. Bestimmte Gemüsearten werden in sehr grosser Menge produziert, wobei die Produktion, abgesehen vom Verkauf an Private im eigenen Gemüseladen, an eine einzige wiederverkaufende Hauptabnehmerin abgeliefert wird.⁴ A. wurde vom Handelsregisteramt des Kantons Aargau zur Eintragung ins Handelsregister aufgefordert. Im

* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.

** Lic. iur. Giulio Donati, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt.

¹ Urteil 4A_526/2008, A.

² Urteil 4A_526/2008, B.–D.

³ BGE 135 III 304, A.

⁴ BGE 135 III 304 E. 5.3.2, S. 312.

weiteren Verlauf des Verfahrens erliess die kantonale Aufsichtsbehörde eine Verfügung, in der sie die Eintragungspflicht von A. feststellte. Eine von ihm gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies das kantonale Verwaltungsgericht ab. Dessen Urteil focht A. mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht an.⁵

II. Erwägungen und Entscheide

1. Vorinstanzen

Die Vorinstanz, das Kantonsgericht St. Gallen, bejahte im Fall des Leiters der *Zahnarztpraxis* die Eintragungspflicht. Angesichts der Art und Weise, in der die Praxis betrieben wird, hielt sie es für unabdingbar, «umsichtig zu planen, einer optimalen Finanzierung Sorge zu tragen und der Organisation der Praxis erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken». Die Rentabilität der Praxis stehe gegenüber den persönlichen Beziehungen zu den Patienten im Vordergrund.⁶

Auch im Fall des *Gemüsebaubetriebs* nahm die Vorinstanz, das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, eine Eintragungspflicht an; dies mit der Begründung, die Eintragungspflicht sei aufgrund verschiedener Indizien zu beurteilen, auch solcher, die bei Handwerksbetrieben oder freien Berufen auf eine kaufmännische Tätigkeit schliessen lassen, denn darauf, ob ein Landwirtschafts- oder aber ein Handelsbetrieb vorliegt, komme es nicht an.⁷

2. Erwägungen und Entscheide des Bundesgerichts

2.1 Eintragungspflicht bei freien Berufen

Freiberufliche Gewerbe⁸ unterliegen «an sich» *nicht* der *Eintragungspflicht*. Bei den freien Berufen steht die «persönliche Beziehung» zwischen den Parteien im Vordergrund; «dem Angehörigen eines freien Berufs wird wegen seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, weniger wegen seiner finanziellen Kreditwürdigkeit vertraut». Indessen ist denkbar, dass auch bei der Ausübung eines freien Berufes ein *kaufmännischer Betrieb* geführt wird. Dies ist dann der Fall, «wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Patienten oder Klienten in den Vordergrund tritt, indem etwa im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betrieben, der Organisation

besondere Aufmerksamkeit geschenkt, nach einer optimalen Finanzierung, nach wirkungsvoller Werbung etc. gesucht wird». Wird ein freier Beruf im Rahmen eines kaufmännischen Unternehmens ausgeübt, kann davon ausgegangen werden, dass dieses auch «einen kaufmännischen Betrieb und eine kaufmännische Buchhaltung erfordert».⁹

Das Bundesgericht pflichtete der Vorinstanz in deren Schlussfolgerung bei, dass es sich bei der *Zahnarztpraxis* von A. um ein *eintragungspflichtiges kaufmännisches Unternehmen* handelt. Es hob dabei hervor, dass der branchenunüblich hohe Umsatz, der Notfalldienst, welcher nicht von A. allein betrieben werden kann, und die Anzahl der Mitarbeiter, verbunden mit den damit einhergehenden verhältnismässig hohen Lohnkosten, darauf hindeuteten, dass «der Umfang der Tätigkeit der Zahnarztpraxis den Rahmen einer auf der persönlichen Beziehung beruhenden Praxis sprengt». Unter diesen Umständen hatte die Vorinstanz das Vorliegen einer «Organisationsstruktur, die einem eintragungspflichtigen kaufmännischen Betrieb entspricht», bejahen dürfen. Das Bundesgericht betonte im Übrigen, dass die persönliche Einstellung gegenüber dem Beruf – das Anliegen, die persönliche Beziehung zu den Patienten zu pflegen, mit seinem Namen für die Qualität der Leistungen zu stehen usw. – ein Streben nach Wirtschaftlichkeit nicht ausschliesst; aus einer persönlichen Begegnung mit den Patienten muss insbesondere nicht zwingend auf ein Vertrauensverhältnis geschlossen werden, wenn die Patienten hernach von einem Mitarbeiter behandelt werden.¹⁰ Die Beschwerde von A. wurde darum abgewiesen, er blieb zu Recht im Handelsregister eingetragen.

2.2 Eintragungspflicht bei landwirtschaftlichen Betrieben

In Anwendung der bis am 31. Dezember 2007 geltenden Handelsregisterverordnung prüfte das Bundesgericht, ob das Einzelunternehmen «Gemüsebau A.» ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe sei.¹¹ Es reka-

⁵ BGE 135 III 304, A. und B.

⁶ Urteil 4A_526/2008, E. 4.3.

⁷ BGE 135 III 304 E. 4, S. 307.

⁸ Angehörige freier Berufe sind namentlich die Ärzte, Zahnärzte, Ingenieure, Architekten und Anwälte (Urteil 4A_526/2008, E. 4.2).

⁹ Zum Ganzen das Urteil 4A_526/2008, E. 4.2.

¹⁰ Zum Ganzen das Urteil 4A_526/2008, E. 4.4.2.

¹¹ Nach Art. 52 Abs. 1 aHRegV war verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder «ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» betrieb. «Zu den andern, nach kaufmännischer Art geführten Gewerben gehören diejenigen, die [...] nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern.» (Art. 53 lit. C aHRegV). Mit der neuen Handelsregisterverordnung wurde die Dreiteilung der Gewerbearten fallen gelassen; die Eintragungspflicht knüpft bei natürlichen Personen nunmehr allein daran, dass sie «ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» betreiben (Art. 36 Abs. 1 HRegV). An der Rechtslage hat sich damit – sowie mit der redaktionellen Neufassung von Art. 934 OR – nichts geändert (BGE 135 III 304 E. 3, S. 305 f.). Nach früherem wie nach geltendem Recht sind bei Einzelunternehmen im Übrigen Roheinnahmen

pitulierte zunächst verschiedene Phasen seiner Rechtsprechung:

Betriebe der bodenabhängig produzierenden Urproduktion, namentlich der Landwirtschaft, waren nach einer älteren Rechtsprechung *grundsätzlich nicht zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet*, und zwar selbst dann nicht, wenn sie über eine vorwiegend auf Selbstversorgung gerichtete Bauernwirtschaft hinausgingen und mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden waren; dies, weil die Anwendung des Handelsrechts für landwirtschaftliche Betriebe keinen Sinn habe.¹² Gemüsebaubetriebe gehörten nach dieser Rechtsprechung zur landwirtschaftlichen Urproduktion, nicht aber Baumschulbetriebe und Handelsgärtnereien.¹³ Später schränkte das Bundesgericht diesen Grundsatz ein: Ein Betrieb der landwirtschaftlichen Urproduktion war nun eintragungspflichtig, wenn mit ihm ein *Grosshandel der gewonnenen Produkte* bzw. eine *zusätzliche Handelstätigkeit* verbunden war; die generelle Ausnahme von der Eintragungspflicht bestand damit nicht mehr.¹⁴

Gemäss dieser Rechtsprechung war das Einzelunternehmen «Gemüsebau A.» dem Grundsatz nach nicht eintragungspflichtig.¹⁵ Das Bundesgericht liess jedoch die weitere Frage offen, ob ein Grosshandel mit den im Betrieb gewonnenen Erzeugnissen vorliege, und zwar wegen der Besonderheit, dass die Produktion aus dem Unternehmen – abgesehen vom Verkauf im eigenen Gemüseladen – an eine einzige wiederverkaufende Hauptabnehmerin abgeliefert wird.¹⁶

Das Bundesgericht gelangte aufgrund anderer Überlegungen zum Schluss, dass der Gemüsebaubetrieb A. ins Handelsregister einzutragen sei. Die Rechtsprechung, nach der landwirtschaftliche Betriebe grundsätzlich von der Eintragungspflicht befreit sind, gründet – so das Bundesgericht – auf einem «überholten Bild der Landwirtschaft als einer «eigentlichen (...) Bauernwirtschaft», die vorwiegend auf Selbstversorgung ausgerichtet ist» und zudem auch auf Familienbetriebe. Heute agieren Landwirte indes oftmals als Unternehmer, die «ihre Betriebe nach kaufmännischen Methoden führen, zunehmend über bedeutende und kostspielige techni-

sche Hilfsmittel verfügen und [...] eine grössere Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen». «Es rechtfertigt sich daher *nicht* mehr, *Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe* nur nach einigen *speziellen Kriterien* (namentlich bei Vorliegen eines Grosshandels mit den Erzeugnissen) der Eintragungspflicht zu unterstellen, sondern die Eintragungspflicht wie bei anderen Betrieben, namentlich solchen des Handwerks sowie Baumschulen oder Handelsgärtnereien, danach zu beurteilen, ob nach den gesamten Umständen des Einzelfalls ein bedeutendes Gewerbe vorliegt, das [...] nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert (...).»¹⁷ Bei dieser Beurteilung sind der Zweck des Handelsregisters zu berücksichtigen, der darin besteht, «im Interesse der Geschäftstreibenden und des Publikums im Allgemeinen die kaufmännischen Betriebe und die sie berührenden, rechtserheblichen Tatsachen allgemein bekannt zu machen, sowie die Wirkungen des Eintrags, die, abgesehen von den an den Eintrag anknüpfenden Publizitätswirkungen, hauptsächlich in der Verschaffung des Firmenrechtes und Firmenschutzes bestehen sowie in der Konkurs- und Wechselbetriebsfähigkeit und der Unterwerfung unter die Buchführungspflicht». Daraus ergeben sich als Kriterien zur Prüfung der Eintragungspflicht: «Geschäftsbeziehungen zu einem grösseren Kreis von Lieferanten und Kunden, die Beanspruchung und Gewährung von Kredit in erheblichem Ausmass sowie die Beschäftigung von Personal, insbesondere wenn dies in einem Ausmass erfolgt, dass der Betriebsinhaber die fachliche Arbeit nicht selbst besorgt und sich auf die kaufmännische und technische Oberleitung beschränkt».¹⁸

Nach diesen Kriterien muss der *Gemüsebaubetrieb A.* ins Handelsregister *eingetragen* werden. «Es handelt sich dabei um einen Grossproduktionsbetrieb mit erheblichem Kapitalbedarf, der nicht nur rund 15 Angestellte beschäftigt, sondern darüber hinaus einen stellvertretenden Betriebsleiter sucht, und wegen seiner Grösse und Bedeutung klarerweise nach kaufmännischen Grundsätzen und mit einer straffen Organisation geführt werden muss. [...] [Es] kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Verkäufe an die [ständige Hauptabnehmerin] gegen Barzahlung erfolgen. Bei Verkauf auf Kredit ist indessen eine ordentliche Abrechnung nur mit einer auf Grund von Lieferscheinen geführten Buchhaltung möglich. Schon aus diesem Grund und für die Lohnabrechnung der Angestellten ist offensichtlich eine ordentliche Buchführung unerlässlich».¹⁹ Die Eintragungspflicht von A. war folglich zu bejahen und seine Beschwerde abzuweisen.

von mindestens Fr. 100'000.– vorausgesetzt (Art. 54 aHRegV bzw. Art. 36 Abs. 1 HRegV).

¹² BGE 135 III 304 E. 5.1, S. 308. Verwiesen wird auf BGE 97 I 417 E. 2, S. 420, wonach die Eintragungspflicht bei einem landwirtschaftlichen Grossbetrieb zu verneinen sei, «gleichgültig, ob sein Inhaber sich in erster Linie mit der technischen und kaufmännischen Leitung befasst und daher seine persönliche Arbeitsleistung auf dem Felde in den Hintergrund tritt», sowie auf die Urteile 2A.71/1991 vom 15. November 1991 und 2A.262/1994 vom 8. Oktober 1996.

¹³ BGE 135 III 304 E. 5.1, S. 308.

¹⁴ BGE 135 III 304 E. 5.1, S. 308 f. Das Bundesgericht verweist auf BGE 110 Ib 24 E. 2b, S. 26 f.

¹⁵ BGE 135 III 304 E. 5.2 und 5.3, S. 310.

¹⁶ Siehe BGE 135 III 304 E. 5.3.2, S. 312.

¹⁷ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁸ Zum Ganzen BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 312 ff.

¹⁹ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314 f.

III. Bemerkungen

1. Grundsätzliches zur Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister

1.1 Der Zweck der Eintragung ins Handelsregister

«Wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, dieses am Ort der Hauptniederlassung ins Handelsregister eintragen zu lassen.»²⁰ Bei der Auslegung des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» stehen *teleologische Überlegungen* im Vordergrund: Das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe» ist ein Begriff, der durch seine *Funktion* bestimmt ist, den Anwendungsbereich der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister festzulegen.²¹ Dabei besteht der Zweck der Eintragung ins Handelsregister darin, die Wirkungen einer solchen Eintragung herbeizuführen und so einen Beitrag zur Verwirklichung des Zwecks des Handelsregisters zu leisten. «Nach kaufmännischer Art» geführt ist ein Gewerbe folglich dann, wenn es angezeigt ist, dass mit Bezug auf dieses Gewerbe die Wirkungen einer Eintragung im Handelsregister eintreten und der Zweck des Handelsregisters verwirklicht wird.

Art. 1 HRegV enthält neu eine Umschreibung des *Zwecks des Handelsregisters*. Unmittelbar dient es – abgesehen von der «Konstituierung und der Identifikation von Rechtseinheiten» – der «Erfassung und Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen»,²² und zwar «im Interesse der Geschäftstreibenden und des Publikums im Allgemeinen»²³. Einzutragen sind bei Einzelunternehmen namentlich die Firma, der Sitz, die Rechtsform, der Zweck, der Inhaber und die zur Vertretung befugten Personen.²⁴ Dritten erlauben diese Informationen insbesondere Rückschlüsse darüber, wer im Zusammenhang mit der Begründung von Rechtsverhältnissen die Berechtigten und Verpflichteten in einem Unternehmen sind, wie die Eigenkapitalfinanzierung und die Haftung ausgestaltet sind und wer inwieweit für das Unternehmen Rechte und Pflichten begründen kann.

Eine Verpflichtung, all dies offenzulegen, rechtfertigt sich, wenn unter den Umständen, unter denen ein Unternehmen im Geschäftsverkehr auftritt, seine (tatsächlichen und potenziellen) Geschäftspartner und Kunden die genannten *Informationen nicht durch individuelle Abklärung beschaffen* können (obwohl sie an ihnen ein schützenswertes Interesse haben), sodass eine *zentrali-*

sierte Informationserfassung und -verbreitung – was die Leistung des Handelsregisters ist – *sinnvoll* ist. Nicht gerechtfertigt ist eine zentralisierte Informationserfassung und -verbreitung namentlich in zwei Konstellationen:

Erstens dann, wenn die Geschäftspartner und Kunden sich die *Informationen zu Rechtsform, Haftung, Vertretung etc.* direkt und zudem einfacher *beim Unternehmen selber beschaffen* können als durch Konsultation des Handelsregisters. Aus dieser Folgerung aufgrund des Zwecks des Handelsregisters ergeben sich etliche der Kriterien, welche die Rechtsprechung zur Frage der Eintragungspflicht entwickelt hat. So spricht der Umstand, dass ein Unternehmen nur wenige Geschäftspartner oder Kunden hat, gegen eine Eintragungspflicht, denn mit einem solchen Unternehmen gestaltet sich der Informationsaustausch einfacher und er kann zudem spezifischer sein als mit einem Unternehmen mit Tausenden von Geschäftsbeziehungen. Das Bundesgericht hat im Urteil zum Gemüsebaubetrieb A. die Bedeutung dieses Gesichtspunkts erkannt, indem es die «Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen zu einem grösseren Kreis von Lieferanten und Kunden» als ein Indiz für ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe bezeichnet hat.²⁵ Und es ist just dieser Gesichtspunkt, der dem Bundesgericht bei seiner Argumentation Schwierigkeiten verursacht hat, hat der Gemüsebaubetrieb A. doch lediglich *eine* ständige, wiederverkaufende Hauptabnehmerin (daneben aber freilich auch die Kunden des eigenen Gemüseladens).²⁶ Im Übrigen nimmt auch das Kriterium der «Beanspruchung [...] von Kredit in erheblichem Ausmass»²⁷ Bezug auf eine grössere Zahl von Geschäftspartnern; angesprochen sind hier die Bedingungen und Möglichkeiten der Beschaffung von Informationen über die Rechtszuständigkeit beim Vermögen und über die Haftungsordnung.

Eine zweite Konstellation, in der sich eine zentralisierte Erfassung und Verbreitung von Informationen zu Rechtsform, Haftung, Vertretung etc. nicht rechtfertigt, ist dadurch gekennzeichnet, dass sich Dritte angesichts der Natur des Geschäfts, welches das Unternehmen betreibt, und der Umstände, unter denen dies geschieht, vor allem für die *Fähigkeiten und Kenntnisse* des Leistungserbringers interessieren und ihm, was die geschäftlichen und rechtlichen Belange betrifft, *vertrauen*. Das trifft herkömmlicherweise für die freien Berufe und die landwirtschaftlichen Betriebe zu.²⁸

²⁰ Art. 934 Abs. 1 OR; siehe auch Art. 36 Abs. 1 Satz 1 HRegV.

²¹ Siehe zu einer weiteren Funktion – Bestimmung des Anwendungsbereichs der Buchführungspflicht – hinten III.1.2.

²² Art. 1 HRegV.

²³ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313.

²⁴ Art. 38 HRegV.

²⁵ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314.

²⁶ Siehe BGE 135 III 304 E. 5.3.2, S. 312: «Ob darin ein Grosshandel mit den im Betrieb gewonnenen Erzeugnissen im Sinne der Rechtsprechung gesehen werden kann, ist fraglich, kann indessen offen bleiben, da die Eintragungspflicht unabhängig davon zu bejahen ist.»

²⁷ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314.

²⁸ Siehe hierzu im Einzelnen hinten III.2.2.

1.2 Die Pflicht zur kaufmännischen Buchführung

Die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister ist nicht die einzige Rechtsfolge, die an ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» anschliesst; eine weitere ist die Pflicht zur kaufmännischen Buchführung.²⁹ Somit sind auch aus dem Zweck der Buchführungspflicht im Rahmen einer teleologischen Auslegung Einsichten über das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe» zu gewinnen. Aus der Anknüpfung zweier unterschiedlicher Rechtsfolgen an einen einheitlichen Begriff ergeben sich indessen Probleme, sind doch die Zwecke der Buchführungs- und der Eintragungspflicht nicht die genau gleichen. Dies führt in der Tendenz zu einer extensiven Auslegung des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes». Auch wenn ein Unternehmen im Lichte des Zwecks der Eintragungspflicht nicht ins Handelsregister eingetragen werden müsste, so muss es dies gleichwohl, wenn der Gesichtspunkt der Buchführungspflicht dafür spricht. Davon geht auch das Bundesgericht aus, wenn es darauf abstellt, ob «ein bedeutendes Gewerbe vorliegt, das [...] nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert»³⁰ (sodass, wie zu ergänzen ist,³¹ die gesetzlichen Buchführungsvorschriften zur Anwendung kommen sollen).

Der Zweck der Vorschriften über die Buchführung ist es sicherzustellen, dass die Unternehmen in der Lage sind, «die Vermögenslage des Geschäftes und die mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen»³². Die Personen, die mit dem Unternehmen in Kontakt treten, sollen die Gewissheit haben, dass das Unternehmen seine Geschäftsbücher so führt, dass es jederzeit den Überblick

über seine Vermögens- und Ertragsverhältnisse hat, um so gewährleisten zu können, dass es seine Verbindlichkeiten erfüllen kann.³³ Auf die Umstände, unter denen das Unternehmen im Geschäftsverkehr auftritt, namentlich auf die Zahl seiner tatsächlichen oder potenziellen Geschäftskontakte, kommt es im Lichte des Zwecks der Buchführungspflicht nicht an: Bereits *ein* bedeutender Gläubiger kann über Ansprüche verfügen, die für die Anwendung der Buchführungsvorschriften und folglich für ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe sprechen.

Im Fall des *Gemüsebaubetriebs A.* hat das Bundesgericht entscheidend auf die Notwendigkeit einer kaufmännischen Buchführung abgestellt und von ihr auf ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe geschlossen: «Bei Verkauf auf Kredit ist [...] eine ordentliche Abrechnung nur mit einer auf Grund von Liefer Scheinen geführten Buchhaltung möglich. Schon aus diesem Grund und für die Lohnabrechnung der Angestellten ist offensichtlich eine ordentliche Buchführung unerlässlich».³⁴ Damit entledigte sich das Bundesgericht des Problems, das ihm die Tatsache bereitete, dass der Gemüsebaubetrieb A. nur *eine* ständige Hauptabnehmerin hat – ein Umstand, der angesichts des Zwecks der Eintragung ins Handelsregister gegen eine Eintragungspflicht gesprochen hätte.

1.3 Führen eines kaufmännischen Betriebs?

Ausser auf den Zweck der Eintragung ins Handelsregister sowie jenen der Buchführungspflicht soll es für die Frage, ob ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe vorliegt, auch darauf ankommen, ob im konkreten Fall die Führung eines «kaufmännischen Betriebs» erforderlich sei.³⁵ Dass ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe eines ist, das (nebst einer geordneten Buchführung) einen «kaufmännischen Betrieb» erfordert, ist eine Tautologie und wohl als Appell an die Evidenz («*you know it when you see it*») zu verstehen.³⁶ Der

²⁹ Art. 957 Abs. 1 OR: «Wer verpflichtet ist, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, ist gehalten, diejenigen Bücher ordnungsgemäss zu führen und aufzubewahren, die nach Art und Umfang seines Geschäftes nötig sind, um die Vermögenslage des Geschäftes und die mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen.» An diese Vorschrift knüpft wiederum die Pflicht zur Erstellung einer Bilanz und einer Erfolgsrechnung, also die Pflicht zur Rechnungslegung an (siehe Art. 958 Abs. 1 OR).

³⁰ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313 (Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich auch das Urteil 4A_526/2008, E. 4.2: Wenn ein freiberufliches Gewerbe als kaufmännisches Unternehmen geführt wird, kann davon ausgegangen werden, dass «dieses auch einen kaufmännischen Betrieb und eine kaufmännische Buchhaltung erfordert». Die frühere Handelsregisterverordnung hatte den Zusammenhang zwischen Eintragungs- und Buchführungspflicht noch angesprochen, indem sie die «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe» definierte als Gewerbe, die «nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern» (Art. 53 lit. C aHRegV).

³¹ Siehe KARL KÄFER: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VIII/2/1: Grundlagen [der kaufmännischen Buchführung] und Kommentar zu Art. 957 OR (Bern 1981), Art. 957 OR, N 63.

³² Art. 957 Abs. 1 OR.

³³ Siehe etwa KÄFER (Fn. 31), Grundlagen, N 6.9, und Art. 957 OR, N 65; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. Aufl., Bern 2007), § 8 N 9.

³⁴ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314 f.

³⁵ So das Urteil 4A_526/2008, E. 4.2: «Wird ein freier Beruf [...] als kaufmännisches Unternehmen geführt, kann davon ausgegangen werden, dass dieses auch einen kaufmännischen Betrieb und eine kaufmännische Buchhaltung erfordert»; siehe auch Art. 53 lit. C aHRegV: «Zu den andern, nach kaufmännischer Art geführten Gewerben gehören diejenigen, die nicht Handels- oder Fabrikationsgewerbe sind, jedoch nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern.»

³⁶ Das machen auch die vom Bundesgericht in BGE 135 III 304 ff. verwendeten Formulierungen deutlich: Es besteht «kein Zweifel», dass der Gemüsebaubetrieb A. zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet ist; er muss schon wegen seiner Grösse und Bedeutung «klarerweise» nach kaufmännischen Grundsätzen geführt werden; eine ordentliche Buchführung ist «offensichtlich» unerlässlich (E. 5.4, S. 314 f.).

Hinweis auf den «kaufmännischen Betrieb» macht im Übrigen aber deutlich, dass es bei der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister nicht nur auf die Herstellung handelsregisterlicher Publizität oder eine geordnete Buchführung ankommt, sondern – unabhängig davon – auch auf die Art und Weise, wie das *Unternehmen organisiert* ist und *geführt* wird,³⁷ und namentlich auf seine *Grösse*. Einige der Kriterien, welche die Rechtsprechung zur Konkretisierung des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» verwendet, sind hauptsächlich mit dem Vorliegen eines «kaufmännischen Betriebs» zu erklären; so die «Grösse und Bedeutung» des Unternehmens, die dafür spricht, dass es «nach kaufmännischen Grundsätzen und mit einer straffen Organisation geführt werden muss».³⁸ Auch das Kriterium der Beschäftigung von Personal in einem grösseren Ausmass³⁹ folgt zumindest teilweise aus der Überlegung, dass derjenige, der einen grösseren Betrieb führt und ihn entsprechend organisiert, schon allein deswegen ins Handelsregister eingetragen werden muss.⁴⁰

1.4 Roheinnahmen von mindestens Fr. 100'000.–

Im Rahmen der Bemühungen, das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe» und damit die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister durch teleologische Auslegung zu konkretisieren, spielt die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens – ausgedrückt durch die eine oder andere betriebswirtschaftliche Grösse – eine Rolle. Das gibt Anlass zur Frage, was das Verhältnis zwischen dem «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe» und dem Erfordernis von «Roheinnahmen von mindestens 100'000 Franken»⁴¹ ist. Wenn eine der beiden Voraussetzungen der Eintragungspflicht eines Einzelunternehmens die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens betrifft, leuchtet nicht ohne weiteres ein, auch das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe» entscheidend als Aussage über betriebswirtschaftliche Grösse zu interpretieren. Allein, die fixe Betragsgrenze ist als Erheblichkeitskriterium zu verstehen, während, wenn die Schwelle überschritten ist und ein erheblicher Fall vorliegt, die Prüfung unter dem Gesichtspunkt des kaufmännischen Gewerbes erfolgt, wo ein besonders hoher Umsatz noch einmal ins Gewicht fällt. So hat im Urteil betreffend die Zahnarztpraxis von A. der «bran-

chenunüblich hohe Umsatz» gegen eine auf der persönlichen Beziehung beruhende Praxis gesprochen.⁴²

Überdies besteht das Erfordernis der Roheinnahmen von mindestens Fr. 100'000.– im Gesetz (Art. 934 Abs. 1 OR) nicht, sodass es bei der Auslegung des gesetzlichen Begriffs des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes keine Rolle spielen kann. Und schliesslich gilt die Voraussetzung der Roheinnahmen von mindestens Fr. 100'000.– nach der neuen Handelsregisterverordnung nur noch für die Einzelunternehmen, der Begriff des kaufmännischen Gewerbes ist jedoch bei den Personengesellschaften der gleiche; auch darum kann es bei der Auslegung des allgemeinen gesetzlichen Kriteriums auf die Umsatzgrenze nicht ankommen.

2. Eintragungspflicht bei freien Berufen

2.1 Grundsatz der Befreiung von der Eintragungspflicht?

Das Bundesgericht hat sich in einer jahrzehntelangen Praxis am Grundsatz orientiert, dass freiberufliche Gewerbe *«an sich» nicht zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet* sind. Denn dem Angehörigen eines freien Berufes wird wegen seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, weniger wegen seiner finanziellen Kreditwürdigkeit vertraut. Diesen Grundsatz scheint das Gericht in seinem Urteil betreffend die Zahnarztpraxis von A. zu bestätigen.⁴³ Ebenso hat das Bundesgericht aber stets deutlich gemacht – und dies vorliegend bestätigt –, dass es Ausnahmen gibt: «wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Patienten oder Klienten in den Vordergrund tritt»⁴⁴. Auf den Gegenstand oder Zweck der im Rahmen eines kaufmännischen Gewerbes verfolgten Tätigkeit kommt es dann nicht an.⁴⁵

Ob man heute noch von einer grundsätzlichen Befreiung der freiberuflichen Gewerbe von der Eintragungspflicht sprechen kann, bleibe dahingestellt.⁴⁶ Jedenfalls

³⁷ Das Bundesgericht spricht vom «Vorliegen einer Organisationsstruktur, die einem eintragungspflichtigen kaufmännischen Betrieb entspricht» (Urteil 4A_526/2008, E. 4.4.2).

³⁸ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314.

³⁹ Betreffend den Gemüsebaubetrieb A. hebt das Bundesgericht hervor, dass dieser nicht nur 15 Angestellte beschäftigt, sondern dass darüber hinaus auch ein stellvertretender Betriebsleiter gesucht wird (BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314).

⁴⁰ Das Kriterium der Beschäftigung von Personal ist im Übrigen aber eines, das auch in einem funktionellen Zusammenhang zum Zweck der Eintragung ins Handelsregister steht; siehe dazu hinten III.2.2.

⁴¹ Art. 36 Abs. 1 Satz 1 HRegV.

⁴² Urteil 4A_526/2008, E. 4.4.2.

⁴³ Siehe das Urteil 4A_526/2008, E. 4.2; sodann BGE 130 III 707 E. 4.2, S. 711; vgl. auch BGE 124 III 363 E. II.2.b, S. 365, wo jedoch nicht von einer grundsätzlichen Befreiung von der Eintragungspflicht die Rede ist; siehe auch Fn. 46.

⁴⁴ Urteil 4A_526/2008, E. 4.2; nahezu gleich BGE 124 III 363 E. II.2.b, S. 365.

⁴⁵ Siehe BGE 130 III 707 E. 4.2, S. 711.

⁴⁶ Im Urteil 4A_526/2008 beginnt das Bundesgericht seine Ausführungen mit der Feststellung, dass die freien Berufe «an sich» nicht der Eintragungspflicht unterliegen (E. 4.2). In BGE 135 III 304 ff. hält es indessen fest, dass die Rechtsprechung eine «entsprechende Wendung» – die Wendung weg von einer Beurteilung nach speziellen Kriterien hin zum allgemeinen Kriterium des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes – «auch im Zusammenhang mit der Frage der Eintragungspflicht der Angehörigen von freien Berufen vollzogen» habe (E. 5.4, S. 313); siehe auch das Urteil 4A_66/2008 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2008, E. 2.2. Siehe zum Ganzen auch RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER: Handelsregisterrecht. Entwicklungen 2008/09, in: njus.ch (Bern 2009), 63 f.

haben die Veränderungen der letzten Jahrzehnte in der Art und Weise, wie freiberufliche Gewerbe betrieben werden, dazu geführt, dass die *Eigenheiten der freiberuflichen Tätigkeit* gegenüber jenen eines kaufmännischen Betriebs mehr und mehr *in den Hintergrund getreten* sind. Was das Bundesgericht über die landwirtschaftlichen Betriebe gesagt hat (Landwirte als «eigentliche Unternehmer» usw.)⁴⁷, gilt auch für viele freie Berufe.⁴⁸

2.2 Persönliche Beziehung als Negativkriterium des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes»

Gesichtspunkte, die dafür sprechen, dass bei der Ausübung eines freiberuflichen Gewerbes «*das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Patienten oder Klienten in den Vordergrund tritt*», sind etwa die Tatsachen, dass «im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betrieben, der Organisation besondere Aufmerksamkeit geschenkt, nach einer optimalen Finanzierung, nach wirkungsvoller Werbung etc. gesucht wird».⁴⁹ Zu nennen ist auch die «Beschäftigung von Personal [...] in einem Ausmass [...], dass der Betriebsinhaber die fachliche Arbeit nicht selbst besorgt und sich auf die kaufmännische und technische Oberleitung beschränkt».⁵⁰

Die (vermeintliche) Sonderbehandlung der freien Berufe, aber auch ihre Eintragungspflicht im Fall eines «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» ergibt sich aus dem *Zweck der Eintragung ins Handelsregister* und dem der *Buchführungspflicht*. Die Auftraggeber (Klienten, Patienten etc.) sind hier typischerweise nicht oder nicht hauptsächlich an den sich aus dem Handelsregister vor allem ergebenden Informationen über Rechtsform, Haftung, Vertretung etc. interessiert; in den rechtlichen Belangen begegnen sie ihrer Informationsasymmetrie mit Vertrauen gegenüber dem Leistungserbringer. Viel mehr sind sie an den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten des Leistungserbringers interessiert, und sie sind zudem, was dessen «fachliche Arbeit» betrifft, in der Lage, die gewünschten Informationen durch individuelle Abklärung vom Leistungserbringer zu erlangen. Eine zentrale Erfassung und Verbreitung von Informationen, wie sie im Handelsregister festgehalten werden, ist darum nicht angezeigt. Die Auftraggeber vertrauen

im Fall einer typischen freiberuflichen Tätigkeit aufgrund der «persönlichen Beziehung» sodann auch auf eine einwandfreie Honorarabrechnung und Regelung sonstiger finanzieller Verhältnisse, sodass es ihnen nicht wesentlich darauf ankommt, dass der Leistungserbringer seine Geschäftsbücher nach kaufmännischen Grundsätzen führt.

Wird das freiberufliche Gewerbe demgegenüber in einer Art und Weise betrieben, auf welche die beschriebenen *Eigenheiten nicht (mehr) zutreffen* (weil die eigentlichen Fachleute «sich auf die kaufmännische und technische Oberleitung beschränkt[en]» und «nach Wirtschaftlichkeit [streben]»), so sollen den (bereits bestehenden und den potenziellen) Auftraggebern die handelsregisterlichen Informationen von Amtes wegen zur Verfügung gestellt werden. Denn in dem Masse, in dem den Klienten, Patienten etc. das Unternehmen und nicht mehr der einzelne Freiberufler gegenübertritt, stehen für sie nicht mehr Informationen über die Fähigkeiten und Kenntnisse der Fachpersonen im Vordergrund, sondern solche über das Unternehmen (Person des Berechtigten und Verpflichteten, Haftung, Vertretung etc.).⁵¹ Mit der Spezialisierung der Dienstleistungen und der Differenzierung der Rollen rückt die Organisation anstelle des Individuums ins Zentrum des Interesses. Eine zentrale Erfassung und Verbreitung bestimmter rechtserheblicher Informationen über die Organisation ist angezeigt, das Unternehmen ist zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet.

All dies zeigt: Die «Sonderbehandlung» der freien Berufe («an sich» nicht eintragungspflichtig) ist keine echte; sie gründet nicht auf speziellen Kriterien, sondern ist das Ergebnis einer teleologischen Auslegung des allgemeingültigen Kriteriums eines «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes». Sollte das Bundesgericht dereinst – gleich wie bei den landwirtschaftlichen Betrieben – erklären, es gebe keine Sonderbehandlung der freien Berufe mehr, so würde sich darum gegenüber der heutigen Rechtslage im Prinzip nichts ändern: Freiberufliche Gewerbe, wenn als solche betrieben, *sind* keine nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR.⁵²

⁴⁷ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313.

⁴⁸ So für die grösseren Anwaltskanzleien bereits BGE 124 III 363 E. II.2.b, S. 365 f.

⁴⁹ Urteil 4A_526/2008, E. 4.2.

⁵⁰ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 314 (nicht betreffend einen freien Beruf, sondern den Gemüsebaubetrieb A.). Auch in seinem Urteil betreffend die Zahnarztpraxis von A. stellt das Bundesgericht auf die Anzahl der Mitarbeiter ab und zieht daraus den Schluss, «dass der Umfang der Tätigkeit der Zahnarztpraxis den Rahmen einer auf der persönlichen Beziehung beruhenden Praxis sprengt» (Urteil 4A_526/2008, E. 4.4.2); siehe auch BGE 100 Ib 345 E. 2, S. 347, und E. 3, S. 348.

⁵¹ Siehe im Zusammenhang mit der Anwaltstätigkeit BGE 124 III 363 E. II.2.b, S. 366: «Vielfach tritt auch die persönliche Beziehung zwischen Anwalt und Klient und damit eines der für die Sonderbehandlung freier Berufe typischen Elemente in den Hintergrund [...]. Das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient wird dergestalt entpersonalisiert, anstelle des individuellen Vertrauensanwalts tritt – mindestens in komplexeren Sachverhalten – regelmässig ein Team von Anwälten, in welchem der jeweilige Spezialist für einen Teilaspekt des Problems die Lösung generiert.» Das schliesst nicht aus, dass ein Klient mit einem *einzelnen* Anwalt einer kaufmännisch geführten Anwaltskanzlei einen Mandatsvertrag abschliesst (gerade wegen dessen Fähigkeiten und Kenntnissen oder einer persönlichen Beziehung), doch ändert dies nichts an der Eintragungspflicht der betreffenden Anwaltskanzlei (vgl. BGE 124 III 363 E. II.2.d, S. 367 f.).

⁵² Siehe aber auch hinten III.3.2.

3. Eintragungspflicht bei landwirtschaftlichen Betrieben

3.1 Kein Grundsatz mehr der Befreiung von der Eintragungspflicht

Mit Bezug auf landwirtschaftliche Betriebe hat das Bundesgericht im Urteil zum Gemüsebaubetrieb A. die frühere *Sonderbehandlung aufgegeben*: «Es rechtfertigt sich [...] nicht mehr, Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe nur nach einigen speziellen Kriterien [...] der Eintragungspflicht zu unterstellen». ⁵³ Das ist eine Änderung der Rechtsprechung (auch wenn das Bundesgericht sie nicht als solche ausweist). Das Bundesgericht hat die tatsächlichen Grundlagen, die den Gewerbetypus des Landwirtschafts- oder Gemüsebaubetriebs kennzeichneten und die Sonderbehandlung rechtfertigten, als «überholt» bezeichnet: eine vorwiegend auf Selbstversorgung ausgerichtete Bauernwirtschaft, ausgerichtet überdies auf Familienbetriebe mit nur wenigen fremden Arbeitskräften.

Die Sonderbehandlung der landwirtschaftlichen Betriebe war – jedenfalls im Ansatz – teleologisch begründet, nämlich mit dem Zweck der Eintragung ins Handelsregister und dem der kaufmännischen Buchführung. Die Aussage, für die Landwirtschaft habe die «Anwendung des Handelsrechts keinen Sinn» ⁵⁴, brachte genau dies zum Ausdruck. Ähnlich wie bei den freien Berufen wurde die Eintragungspflicht mit der Begründung verneint, dass vor allem die persönlichen Fähigkeiten des Inhabers eines landwirtschaftlichen Betriebs entscheidend seien; der Landwirt vermöge im Übrigen den Überblick über seine finanziellen Verhältnisse zumeist auch ohne eigentliche Buchhaltung zu bewahren, weshalb die mit der Handelsregistereintragung verbundene Buchführungspflicht ebenfalls nicht zwingend bestehen müsse. ⁵⁵ Treffen diese Annahmen zur Geschäftstätigkeit von Landwirten nicht mehr zu (weil, wie erwähnt, die tatsächlichen Grundlagen der Landwirtschaft sich verändert haben), so ist – allemal aufgrund einer teleologischen Auslegung des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» – eine zentrale Erfassung und Verbreitung rechtserheblicher Informationen über den Landwirt als «eigentlichen Unternehmer» und somit eine Eintragung ins Handelsregister angezeigt. ⁵⁶

Dass es für die landwirtschaftlichen Betriebe fortan keine Sonderbehandlung mehr gibt, heisst indessen nicht, dass nicht bei der Anwendung des allgemeinen Kriteriums («nach kaufmännischer Art geführtes Ge-

werbe») die *Eigenheiten der Geschäftstätigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes* berücksichtigt werden könnten: Wo die «persönlichen Fähigkeiten des Betriebsinhabers» ⁵⁷ für die Führung der Geschäfte entscheidend sind, fehlt (nach wie vor) die sachliche Rechtfertigung für eine zentrale Erfassung und Verbreitung von Informationen zur Rechtsform, Haftung und Vertretung des landwirtschaftlichen Betriebs; und wenn er mit wenig Kapital auskommt und nur bescheidene Lohnkosten anfallen, dann bedarf es (nach wie vor) keiner kaufmännischen Buchführung. In diesen Fällen gelangt man – gleich wie bei den freien Berufen – auch ohne Sonderbehandlung einer bestimmten Gewerbeart zum Schluss, dass kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe vorliegt und darum keine Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister besteht.

3.2 Erweiterter Anwendungsbereich der Eintragungspflicht

Dennoch wird die Auflösung der Sonderkategorie der landwirtschaftlichen Betriebe, verbunden mit ihrer unmittelbaren Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, in der Tendenz zu einem grösseren Anwendungsbereich der Eintragungspflicht führen. Dies einerseits deshalb, weil die Sonderkategorie auch Betriebe umfasste, bei denen die Selbstversorgung neben dem Verkauf der Erzeugnisse an Dritte nur noch eine untergeordnete Rolle spielte; ⁵⁸ unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des kaufmännischen Gewerbes werden solche Betriebe – selbstverständlich nur aufgrund einer Beurteilung des konkreten Einzelfalls – neu eintragungs- (und buchführungspflichtig sein. ⁵⁹ Insofern war die bisherige Sonderbehandlung der landwirtschaftlichen Betriebe eine echte, teleologisch nicht zu begründende Sonderbehandlung. Andererseits bedeutet die unmittelbare Subsumtion unter das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe», dass dieses zum Anknüpfungspunkt sowohl für die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister als auch die Buchführungspflicht wird. Damit können Gesichtspunkte für eine Eintragung sprechen, die primär den Aspekt der geordneten Buchführung betreffen; so im Gemüsebaubetrieb-Urteil die wirtschaftliche Grösse, der Kapitalbedarf und die Zahl der Angestellten. ⁶⁰

⁵³ BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313.

⁵⁴ BGE 78 I 63 E. 3, S. 68.

⁵⁵ BGE 135 III 304 E. 5.1, S. 309 f., Bezug nehmend auf das Urteil 2A.71/1991 vom 15. November 1991, E. 5 und 6.

⁵⁶ Vgl. hierzu auch FLORIAN ZIHLER: Praxisänderung des Bundesgerichts bei der handelsregisterrechtlichen Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Einzelunternehmer, Reprax 3/2009, III. C..

⁵⁷ Urteil 2A.71/1991 vom 15. November 1991, E. 5 und 6 (zitiert nach BGE 135 III 304 E. 5.1, S. 309).

⁵⁸ Siehe BGE 135 III 304 E. 5.4, S. 313.

⁵⁹ So z.B. der Betrieb, um den es in BGE 97 I 417 E. 3b, S. 422, ging: «Im vorliegenden Fall spricht der Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Erzeugnisse nicht im Detailhandel, sondern Grossabnehmern verkauft, für die Gleichstellung seiner Gärtnerei mit einem Landwirtschaftsbetrieb, obwohl es sich um durchschnittlich 25 Abnehmer handelt, die in kurzen Abständen beliefert werden.»

⁶⁰ Siehe zum hier angesprochenen Problem allgemein vorn III.1.2; siehe im Übrigen zu einigen praktischen Konsequenzen der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ZIHLER (Fn. 56), IV. C.

4. Vom «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe» zu «Bilanzsumme/Umsatz/Vollzeitstellen»?

Mit der neuen Handelsregisterverordnung sind die Sonderkategorien von Unternehmen gemäss Art. 53 lit. A und B aHRegV (Handelsgewerbe und Fabrikationsgewerbe) aufgehoben worden; es gibt nur noch das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe». Auch spielen die Roheinnahmen von Fr. 100'000.– nur noch bei den Einzelunternehmen, nicht mehr bei den Personengesellschaften eine Rolle. Und in letzter Zeit hat die Rechtsprechung, wie gezeigt, die jahrzehntelang unter dem Dach des «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes» aufrechterhaltenen Sonderkategorien der landwirtschaftlichen Betriebe und der freien Berufe im Ergebnis abgeschafft; auch in der Rechtsanwendung durch die Gerichte gibt es nur noch das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe». Es besteht somit insgesamt eine Tendenz zur einheitlichen Behandlung der verschiedenen Gewerbearten.⁶¹ Dabei spielt bei der Beurteilung des konkreten Einzelfalls die (wirtschaftliche) Grösse des Unternehmens eine wichtige Rolle.⁶² Die gewerbeneutrale Ordnung und die (wenn auch vage und nicht alleinige) Bezugnahme auf betriebswirtschaftliche Grössen geben Anlass zur Frage, ob es nicht richtig wäre, die *Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister* und die *Buchführungspflicht ausschliesslich* von der Erreichung bestimmter *wirtschaftlicher Kennzahlen* abhängig zu machen. Zu denken wäre an eine Regelung, die an die in anderen Zusammenhängen verwendeten Grössen des Umsatzes, der Bilanzsumme und der Anzahl Vollzeitstellen anknüpft.⁶³ Dabei würde es dem Ziel ei-

ner einfachen und klaren Regelung entsprechen, möglichst im gesamten Handelsrecht den gleichen untersten Schwellenwert zu verwenden, bei dessen Überschreitung ein Unternehmen «ins Handelsrecht eintritt». Bereits *de lege lata* könnte das «nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe» im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR auf Verordnungsstufe mittels der genannten betriebswirtschaftlichen Kennzahlen definiert werden – vorausgesetzt, man erachtet die damit verbundene Konkretisierung und Simplifizierung als zulässig im Rahmen des Gesetzesvollzugs.⁶⁴ Die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister könnte, anknüpfend an die Voraussetzungen der ordentlichen Revision bzw. eines Verzichts auf eine eingeschränkte Revision,⁶⁵ wie folgt umschrieben werden: «Natürliche Personen, die ein Gewerbe betreiben, sind verpflichtet, dieses ins Handelsregister eintragen zu lassen, wenn sie damit während eines Jahres zwei der nachstehenden Grössen überschreiten: 1. Bilanzsumme von 2 Millionen Franken; Umsatzerlös von 4 Millionen Franken; 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.» Für die Personengesellschaften sollte die gleiche Regelung gelten. Die erstmalige Erfassung müsste, was die Bilanzsumme und den Umsatz betrifft, auf einer Schätzung basieren.⁶⁶

Mit einer solchen Regelung würde eine *Regelungstechnik* im allgemeinen Handelsrecht verwendet, die sich in den letzten Jahren zunächst im Gesellschaftsrecht etabliert hat (Konzernrechnungslegung), von dort aus, materiell betrachtet, zu einer Regelungstechnik des allgemeinen Handelsrechts geworden ist (Revision, Umstrukturierungen) und mit der Revision des Rechnungslegungsrechts auch formell im allgemeinen Handelsrecht Einzug halten wird. Die Einsichten, die man im Gesellschaftsrecht über eine differenzierende Regulierung handelsrechtlicher Materien auf der Basis des Kriteriums «Bilanzsumme/Umsatz/Vollzeitstellen» gewonnen hat, würden mit einer entsprechenden Regelung der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister in einen Kernbereich des Handelsrechts, das Handelsregisterrecht, importiert.

⁶¹ Siehe zur Gleichbehandlung aller Gewerbearten auch den Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (HRegV), Vernehmlassungsentwurf vom 28. März 2007 (verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1399/Bericht.pdf>, zuletzt besucht am 7. August 2009), S. 12.

⁶² Siehe zu den verschiedenen Kriterien, die alle, direkt oder indirekt, auf die Grösse des Unternehmens Bezug nehmen, vorn III.1.1., III.1.3., III.1.4., III.2.2. und III.3.1.

⁶³ Zu erwähnen sind die folgenden Regelungen: Befreiung von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung, wenn zwei der folgenden drei Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden: Bilanzsumme von Fr. 10 Mio., Umsatzerlös von Fr. 20 Mio., 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 663e Abs. 2 OR); Pflicht, die Jahresrechnung ordentlich prüfen zu lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden: Bilanzsumme von Fr. 10 Mio., Umsatzerlös von Fr. 20 Mio., 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR); gleiche Regelung zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der «Rechnungslegung für grössere Unternehmen» gemäss dem Entwurf des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (Bundesblatt 2008, 1751 ff.), Art. 961; Sondervorschriften im Fusionsgesetz für kleine und mittlere Unternehmen, die unter anderem dadurch definiert sind, dass sie in den zwei letzten Geschäftsjahren zwei der nachfolgenden Grössen nicht überschritten haben: Bilanzsumme von Fr. 20

Mio., Umsatzerlös von Fr. 40 Mio., 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 2 lit. e FusG).

⁶⁴ Siehe Art. 182 BV. Art. 929 Abs. 1 OR stellt keine Delegationsnorm mit Bezug auf die Eintragungspflicht dar. Ablehnend gegenüber einer entsprechenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung ZIHLER (Fn. 56), IV. B.

⁶⁵ Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 727a Abs. 2 OR.

⁶⁶ Vgl. Art. 36 Abs. 2 HRegV.