

Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Betriebe in das Handelsregister

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.5848/2008 vom 13. März 2009

i.S. A (Beschwerdeführer) gegen die Justizabteilung des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (DVI) (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Thomas Steininger und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Übersicht
2. Gemüsebaubetrieb ein «anderes Gewerbe»
3. Bisherige Praxis des Bundesgerichts
4. Rechtfertigung einer prinzipiellen Ausnahme

III. Bemerkungen

1. Handelsregister
 - 1.1 Funktion
 - 1.1.1 Publizitätsfunktion
 - 1.1.2 Anknüpfungs- und Rechtsdurchsetzungsfunktion
 - 1.2 Rechtliche Grundlagen
 - 1.3 Eintragungspflicht
2. Ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe»
 - 2.1 Gewerbe
 - 2.2 Kaufmännische Art
 - 2.3 Gewinnabsicht
3. Bisherige Praxis der Ausnahme landwirtschaftlicher Betriebe
 - 3.1 Ausnahmekategorien
 - 3.2 Betriebe der «Urproduktion»
 - 3.3 Gemüsegärtnerei als Betrieb der Landwirtschaft
 - 3.4 Kritische Würdigung der bisherigen Rechtsprechung
 - 3.5 Abkehr des Bundesgerichts von der bisherigen Praxis
4. Übrige Ausnahmekategorien
 - 4.1 Freie Berufe
 - 4.2 Handwerkliche Kleinbetriebe
5. Tauglichkeit des Kriteriums «geordnete Buchführung»

IV. Schlussbetrachtungen

I. Sachverhalt

Das Handelsregisteramt des Kantons Aargau forderte A (Beschwerdeführer) am 28. August 2007 auf, seine Einzelfirma «Gemüsebau A» bis am 16. September 2007 zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Der Beschwerdeführer weigerte sich, dieser Aufforderung Folge zu leisten.

Am 26. September 2007 überwies der Handelsregisterführer die Angelegenheit an die Justizabteilung des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (DVI) als kantonale Aufsichts-

behörde (Beschwerdegegner). A weigerte sich weiterhin, die verlangte Anmeldung vorzunehmen. In der Folge erliess das DVI am 7. April 2008 eine Verfügung, in der es feststellte, dass A, Gemüsebau, in B eintragungspflichtig sei, und den Handelsregisterführer beauftragte, die Eintragung ins Handelsregister zu veranlassen.

Gegen diese Verfügung gelangte A an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, welches die Beschwerde mit Urteil vom 3. November 2008 abwies.

In der Folge beantragte A mit Beschwerde in Zivilsachen, dieses Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass keine Pflicht zum Eintrag ins Handelsregister bestehe.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Übersicht

Zu Beginn äussert sich das Bundesgericht zu den Eintretensvoraussetzungen, insbesondere zur Frage, ob gegen einen solchen öffentlich-rechtlichen Entscheid eine Beschwerde in Zivilsachen zulässig sei. Die Zulässigkeit wird mit Verweis auf Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG bejaht.¹ Auch das Vorliegen eines vermögensrechtlichen Anspruchs, welcher den Streitwert von CHF 30 000.– erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), betrachtet das Gericht als gegeben. Da die Beschwerde zudem form- und fristgerecht eingereicht worden ist, trat das Bundesgericht darauf ein.²

Die Vorinstanz beurteilte die Streitsache nach den Bestimmungen der HRegV vom 7. Juni 1937 (folgend aHRegV), da das Handelsregisteramt des Kantons Aargau das Eintragungsverfahren am 28. August 2007 eröffnet habe. Dies war nach Meinung des Bundesgerichts richtig und blieb auch unbestritten. Der Fall wäre nach der Bestimmung über die Eintragungspflicht in Art. 36 der neuen HRegV ohnehin nicht anders zu beurteilen. Ob die alte oder neue Fassung von Art. 934 OR anwendbar ist, sei ebenfalls nicht von Belang, da trotz redaktioneller Verschiedenheit materiell keine Unterschiede bestünden.³

Im Folgenden setzt sich das Bundesgericht intensiv mit dem Begriff des «anderen, nach kaufmänni-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ BGer 4A.584/2008 Erw. 1.

² BGer 4A.584/2008 Erw. 1.1 und 1.2.

³ BGer 4A.584/2008 Erw. 3.

scher Art geführten Gewerbes» (Art. 52 Abs. 3 lit. c aHRegV) [2], seiner bisherigen Praxis bzgl. der Ausnahme landwirtschaftlicher Betriebe von der Eintragungspflicht [3] und der Frage, ob eine solche Ausnahme noch zeitgemäss sei [4], auseinander.

2. Gemüsebaubetrieb ein «anderes Gewerbe»

Zur Eintragung ins Handelsregister ist nach Art. 934 Abs. 1 aOR verpflichtet, wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt.⁴ Als Gewerbe ist eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu betrachten.⁵ Nach Art. 53 lit. c aHRegV gehören zu den andern, nach kaufmännischer Art geführten Gewerben diejenigen, die nicht Handelsgewerbe (nach lit. a) oder Fabrikationsgewerbe (nach lit. b) sind, jedoch nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern. Wenn ihre jährlichen Roheinnahmen die Summe von CHF 100 000.– nicht erreichen, sind sie von der Eintragungspflicht befreit.⁶ Die Merkmale «kaufmännische Betriebsführung», «geordnete Buchführung» und «Minimalroheinnahmen» müssen kumulativ erfüllt sein, was nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sei, so das Bundesgericht.⁷

Gemäss Bundesgericht sei vorliegend unbestritten, dass A ein «anderes» Gewerbe im Sinne von Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 lit. c aHRegV mit einem CHF 100 000.– übersteigenden jährlichen Umsatz führe. Die Voraussetzungen für eine Eintragungspflicht würden insoweit bestehen. Der Streit drehe sich einzig um die Frage, ob es sich dabei um ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe im Sinne von Art. 934 OR und Art. 53 lit. c aHRegV handle.⁸

Die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht festgehalten, dass der Gemüsebaubetrieb des Beschwerdeführers rund 15 Arbeitnehmende beschäftige und ein stellvertretender Betriebsleiter gesucht werde. Daher und aufgrund der Betriebsgrösse sei davon auszugehen, dass der Jahresumsatz über CHF

100 000.– liege. Weiter stehe fest, dass im Betrieb vorwiegend Tomaten, Gurken und Salate in sehr grossen Mengen produziert und in den Handel gebracht würden. Die Grösse des Betriebs und die intensive Nutzung der Produktionsfläche erforderten zweifellos eine straffe Betriebsorganisation. Der Beschwerdeführer räume denn auch selber ein, dass sein Betrieb eine geordnete Buchhaltung erfordere.⁹

3. Bisherige Praxis des Bundesgerichts

Betriebe der bodenabhängig produzierenden Urproduktion wurden nach älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der Eintragungspflicht ausgenommen. Immerhin habe das Bundesgericht in BGE 97 I 417¹⁰ ausgeführt, dass insbesondere Betriebe der Landwirtschaft eintragungspflichtig seien, wenn sie mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden seien oder sonstwie nach kaufmännischer Art geführt würden und daher unter Art. 53 lit. c aHRegV fielen. Im gleichen Entscheid¹¹ hielt es jedoch an seiner bisherigen Praxis fest, landwirtschaftliche Betriebe von der Eintragungspflicht auszunehmen, selbst wenn sie über eine «vorwiegend auf Selbstversorgung gerichtete Bauernwirtschaft» hinausgingen und von ihrer Grösse her nach kaufmännischen Grundsätzen geführt sowie buchhalterisch erfasst werden müssten und sie mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden seien, da die Anwendbarkeit des Handelsrechts für sie keinen Sinn habe.

Nach konstanter Rechtsprechung treffe es sodann auch zu, dass Gemüsebaubetriebe der landwirtschaftlichen Urproduktion zugerechnet würden. Dies gelte selbst dann, wenn in einem solchen Betrieb besondere technische Einrichtungen wie Gewächshäuser oder ein Kühlhaus verwendet und in den Gewächshäusern teilweise Freilandpflanzen kultiviert würden, welche nicht Bestandteile des Bodens seien. Die Urproduktion müsse allerdings vorherrschend bleiben.¹² Nicht zur Landwirtschaft gerechnet würden hingegen Baumschulbetriebe und Handelsgärtnereien, mit denen eine markantere kaufmännische Tätigkeit verfolgt werde. Deren Erzeugnisse seien von

⁴ Ebenso nach Art. 52 Abs. 1 aHRegV.

⁵ Art. 52 Abs. 3 aHRegV.

⁶ Art. 54 aHRegV.

⁷ Das BGer verweist an dieser Stelle auf seine eigene Rechtsprechung (BGE 130 III 707 Erw. 4.3; Urteil 2A.210/1992 vom 26. November 1993 Erw. 3).

⁸ BGer 4A.584/2008 Erw. 4.

⁹ BGer 4A.584/2008 Erw. 5.3.2.

¹⁰ BGE 97 I 417 Erw. 2, S. 418 f.

¹¹ BGE 97 I 417 Erw. 2, S. 419 f.

¹² Das BGer verweist an dieser Stelle auf BGE 97 I 417 Erw. 3a sowie auf BGE 78 I 63 Erw. 3, S. 68 f.

Anfang an für einen Verkauf an eine breite Kundschaft bestimmt.^{13/14}

Das Bundesgericht hat jedoch in einem späteren Entscheid¹⁵ – in Anlehnung an verschiedene Lehrmeinungen – die Voraussetzungen einer Eintragungspflicht von Landwirtschaftsbetrieben in das Handelsregister teilweise neu umschrieben. Landwirtschaftsbetriebe blieben hiernach normalerweise ausserhalb des Handelsrechts und unterlägen daher nicht der Buchführungspflicht. Dies gelte jedoch nicht unbegrenzt. Ein Landwirtschaftsbetrieb stelle ein eintragungs- und damit buchführungspflichtiges Handelsgewerbe dar, wenn mit ihm ein Grosshandel der gewonnenen Produkte bzw. wenn er mit einer zusätzlichen Handelstätigkeit verbunden werde. Eine Eintragungspflicht bestehe ausserdem, wenn der Landwirtschaftsbetrieb nur ein Nebengewerbe eines dem gleichen Inhaber gehörenden und seiner Natur nach eintragungspflichtigen (Haupt-)Gewerbes darstellt (vgl. Art. 56 aHRegV). Am Grundsatz, dass Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe von der Eintragungspflicht prinzipiell befreit sind, wurde somit festgehalten. Die generelle Ausnahme von der Eintragungspflicht wurde jedoch aufgegeben.¹⁶

4. Rechtfertigung einer prinzipiellen Ausnahme

Die Rechtsprechung, wonach Landwirtschafts- und Gemüsebaubetriebe von der Pflicht zur Eintragung befreit sind, sei gemäss Bundesgericht historisch zu verstehen und gründe auf einem überholten Bild der Landwirtschaft als einer «eigentlichen (...) Bauernwirtschaft», die vorwiegend auf Selbstversorgung¹⁷ und auf Familienbetriebe ausgerichtet ist. Diese komme ohne oder mit wenigen fremden Arbeitskräften aus. Dieses Bild stimme heute in vielen Fällen nicht mehr mit der Realität überein. Die Landwirte würden oft als eigentliche Unternehmer agieren, deren Handeln sich grundsätzlich nicht von anderen eintragungspflichtigen Gewerbetreibenden unterscheiden würde. Es rechtfertige sich somit nicht mehr, diese Betriebe der Urproduktion nur nach ein-

gen speziellen Kriterien (Vorliegen eines Grosshandels mit den Erzeugnissen) der Eintragungspflicht zu unterstellen. Die Eintragungspflicht sei vielmehr wie bei anderen Betrieben danach zu beurteilen, ob nach den gesamten Umständen des Einzelfalls ein bedeutendes Gewerbe vorliege, das im Sinne von Art. 53 lit. c aHRegV nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordere.¹⁸

III. Bemerkungen

1. Handelsregister

1.1 Funktion

1.1.1 Publizitätsfunktion

Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Entscheiden mit dem Handelsregister und seiner Funktion auseinandergesetzt: «Le but du registre du commerce est de faire connaître au public et aux créanciers, de manière claire, la situation et le régime de responsabilité de maisons de commerce soumises à l'inscription à ce registre (...)»¹⁹

Das Handelsregister soll mithin dazu beitragen, im kaufmännischen Verkehr Vertrauensschutz und Verkehrssicherheit zu gewährleisten. Tatsachen, welche für Dritte erheblich sind, werden amtlich festgestellt und publiziert. Die Publizitätsfunktion ist somit von zentraler Bedeutung. Personen und Unternehmen, welche an einem kaufmännischen Unternehmen und dessen Trägerschaft ein Interesse haben, sollen auf diese Weise Kenntnis von den nötigen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen erlangen. Besonders interessieren hierbei die Offenlegung von Haftungs- und Vertretungsverhältnissen²⁰ sowie Individualisierungsmerkmale wie Firma, Sitz und Zweck einer Gesellschaft.²¹ Im Vordergrund steht eine Informationsaufbereitung. Hier kommt dem Handels-

¹³ Unter Verweis auf BGE 97 I 417 Erw. 2, S. 419 und BGE 81 I 78 Erw. 2, S. 80.

¹⁴ BGE 4A.584/2008 Erw. 5.1.

¹⁵ Das BGE verweist hier auf BGE 110 Ib 24 Erw. 2b, S. 26.

¹⁶ BGE 4A.584/2008 Erw. 5.1.

¹⁷ Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf BGE 78 I 63 Erw. 3, S. 68.

¹⁸ BGE 4A.584/2008 Erw. 5.4.

¹⁹ BGE 108 II 122, S. 129.

²⁰ *Manfred Küng/Clemens Meisterhans*, Handbuch des Handelsregisters, Band 1, Kriegstetten 1993, S. 35; *Robert Patry*, Grundlagen des Handelsrechts, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, VIII/1, Basel 1976, S. 122.

²¹ *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, N. 8/9.

register faktisch eine Monopolstellung zu.²² Das Handelsregister besitzt eine positive Publizitätswirkung, welche sich im Umstand zeigt, dass sich Dritte nicht darauf berufen können, einen Eintrag nicht gekannt zu haben. Eintragungspflichtiges, welches jedoch nicht eingetragen wurde, kann Dritten nur entgegeng gehalten werden, wenn bewiesen werden kann, dass der Dritte dieses gekannt hat (negative Publizität).²³

Um die Publizitätsfunktion zu erfüllen, muss das Handelsregister öffentlich sein. Es ist daher jedermann erlaubt, ohne Nachweis eines besonderen Interesses, die Einträge und Belege im Register einzusehen.²⁴ Es besteht ein allgemeines Recht auf Einsicht und auf Ausstellung von Auszügen, welches sich aus der Publizität des Registers ableitet.²⁵ Die Öffentlichkeit wird verstärkt durch die Publikation der wichtigen Informationen im SHAB.²⁶

1.1.2 Anknüpfungs- und Rechtsdurchsetzungsfunktion

Das Handelsregister verfolgt neben der Publizität noch Nebenzwecke. An die Eintragung werden bestimmte Rechtsfolgen geknüpft (Anknüpfungszweck), wie etwa ein erhöhter Firmenschutz oder die Unterstellung unter die Konkursbetreibung.²⁷ Für Aktiengesellschaft, Kommandit-AG, GmbH sowie Genossenschaft ist der Eintrag zudem konstitutiv für das Entstehen der Gesellschaft.²⁸

Der Registerführer verfügt über eine (wenn auch) beschränkte Prüfungskognition und unterstützt somit die Einhaltung des Rechts (Rechtsdurchsetzungsfunktion).²⁹

1.2 Rechtliche Grundlagen

Auf Gesetzesstufe finden sich die Regelungen im Obligationenrecht im dreissigsten Titel (Art. 927–943 OR). Hiernach ist die Führung des Handelsregisters Sache der Kantone. Jeder Kanton führt ein eigenes, wobei es ihm unbenommen ist, das Register

auch bezirksweise zu führen.³⁰ Auch die Vorschriften bezüglich der Öffentlichkeit des Registers, der Anmeldung und der Belege finden sich in diesem Titel.³¹ Für den Registerführer und seinen direkten Vorgesetzten wird eine Verschuldenshaftung vorgesehen,³² die Pflichten des Ersteren³³ festgehalten und auch die Grundzüge der Eintragung³⁴ statuiert. Zudem findet sich mit Art. 929 OR eine *Delegationsnorm* zugunsten des Bundesrates, welche die rechtliche Grundlage für die Handelsregisterverordnung bildet. Der Bundesrat erlässt «Vorschriften über die Einrichtung, die Führung und die Beaufsichtigung des Handelsregisters sowie über das Verfahren, die Anmeldung zur Eintragung, die einzureichenden Belege und deren Prüfung, den Inhalt der Eintragungen, die Gebühren und die Beschwerdeführung».³⁵

Art. 934 OR äussert sich direkt zur Eintragungspflicht. Hiernach ist derjenige verpflichtet, seine Firma am Ort der Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen, der «ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt» (Abs. 1). Das Gesetz statuiert keine Ausnahmen und delegiert lediglich das Erlassen «näherer Vorschriften» an den Bundesrat.³⁶ Auf den ersten Blick deutet nichts auf den gesetzgeberischen Willen hin, gewisse Wirtschafts- oder Gewerbebezüge von den Vorschriften des Art. 934 OR auszunehmen.

1.3 Eintragungspflicht

Eine Eintragungspflicht kann ohne Weiteres für diejenigen Gesellschaftsformen bejaht werden, bei welchen die Entstehung an die Eintragung geknüpft ist,³⁷ wie bspw. die AG, die GmbH oder die Genossenschaft. Eintragungspflichtig sind überdies die

²² Küng/Meisterhans (Fn. 20), S. 35.

²³ Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, N. 167.

²⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 14/15.

²⁵ BGE 109 II 478 f. Erw. 3c, S. 480/481.

²⁶ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 16.

²⁷ Meier-Hayoz / Forstmoser (Fn. 21), N. 11/12.

²⁸ Von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 23), N. 166; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 68.

²⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 13.

³⁰ Art. 927 OR.

³¹ Art. 930 OR.

³² Art. 928 OR.

³³ Art. 940 f. OR.

³⁴ Art. 934 f. OR.

³⁵ Art. 929 Abs. 1 OR.

³⁶ Art. 936 OR.

³⁷ Hierzu zählen insbesondere die AG (Art. 643 Abs. 1 OR), die Kommandit-AG (Art. 764 Abs. 2 OR), die GmbH (Art. 783 Abs. 1 OR), die Genossenschaft (Art. 838 Abs. 1 OR), die nicht-kaufmännische Kommandit- und Kollektivgesellschaft (Art. 595 und 553 OR), die selbständige Stiftung (Art. 52 Abs. 2 ZGB e contrario), die SICAV (Art. 36 ff. KAG) sowie die SICAF (Art. 110 KAG). Vgl. hierzu BSK OR II-Eckert, Art. 934 N. 2.

kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 552 Abs. 2, Art. 594 Abs. 3 OR), der Verein, welcher ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (Art. 61 Abs. 2 ZGB) sowie Zweigniederlassungen (Art. 935 OR).³⁸

Nicht eintragungsfähig ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die einfache Gesellschaft.³⁹ Allerdings können die einzelnen Mitglieder der einfachen Gesellschaft als Einzelunternehmen eingetragen werden. Zudem werden einfache Gesellschaften, die nur aus natürlichen Personen bestehen und aufgrund des Betriebes eines kaufmännischen Unternehmens eintragungspflichtig wären, in Kollektivgesellschaften umgedeutet und als solche eingetragen.⁴⁰

Vorliegend handelt es sich um ein Einzelunternehmen. Art. 934 Abs. 1 OR gilt ebenso für diese. Auch natürliche Personen, welche ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, sind zur Eintragung verpflichtet, sofern sie die von Art. 36 Abs. 1 HRegV statuierte Grenze von CHF 100 000.– Jahresumsatz überschreiten. Mithin wäre auch A grundsätzlich eintragungspflichtig, sofern er diese Kriterien erfüllt.

2. Ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe»

2.1 Gewerbe

Als Gewerbe gilt eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit.⁴¹ Um dem Begriff der Selbständigkeit zu genügen, muss nach herrschender Lehre entweder wirtschaftliche oder rechtliche Selbständigkeit vorliegen. Wirtschaftliche Selbständigkeit ist bspw. bei einer Zweigniederlassung gegeben. Rechtlich selbständig ist die 100% Tochtergesellschaft in einem Konzernverhältnis. Die Praxis tendiert zudem zu einer eher lockeren Handhabung und bejaht im Zweifelsfall meist die Selbständigkeit.⁴² Auch das Erfordernis des dauernden Erwerbs ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung rasch erfüllt. In BGE 84 I 187 ff. wird bspw. ein Zeitraum von knapp drei Monaten als genügend erachtet. Ein Gewerbe, so das Bundesgericht, bestehe

aus einer organisierten Tätigkeit, die auf eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften gerichtet sei. Der zeitlichen Begrenztheit komme somit keine entscheidende Bedeutung zu, wenn sie nicht zum Vornherein eine Wiederholung ausschliesse:⁴³ «(...) la durée n'est pas un élément déterminant; elle ne sert qu'à définir la nature de l'activité; si la notion de l'entreprise suppose une certaine durée, c'est seulement parce que celle-ci est impliquée par la répétition des actes de commerce et l'exigence d'une organisation.»⁴⁴ Wichtiger als eine bestimmte Dauer ist somit das Vorhandensein einer gewissen Organisation für die wirtschaftliche Tätigkeit.⁴⁵

2.2 Kaufmännische Art

Das Handelsrecht weist den Beziehungen der Unternehmung mit Drittpersonen eine grössere Bedeutung zu als das Zivilrecht. Die Erheblichkeit und Häufigkeit solcher Aussenbeziehungen spielen daher eine wichtige Rolle bei der Beurteilung, ob die Anwendung des Handelsrechts gerechtfertigt erscheint oder nicht.⁴⁶ Es ist mithin nicht jedes Gewerbe einzutragen, sondern lediglich dasjenige, auf welches das Handelsrecht passt, das sogenannte «kaufmännische» Gewerbe.

Die alte Handelsregisterverordnung strukturierte in Art. 53 aHRegV den Begriff des kaufmännischen Gewerbes rudimentär. Hiernach existieren drei Kategorien: «Handels-, Fabrikations- sowie anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe». Handelsgewerbe waren auf den *Austausch von Waren oder Dienstleistungen* fokussiert, ohne die Handelsware dabei wesentlich zu verändern (lit. a), während die Fabrikationsgewerbe Rohstoffe und andere Waren mittels Maschinen oder anderer technischer Hilfsmittel zum *Zweck der Herstellung oder Veredelung bearbeiteten* (lit. b). Lit. c, «Andere(r) nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe», fungierte schliesslich als Auffangkategorie für Gewerbe, welche den Handels- und Fabrikationsgewerben in wirtschaftlicher Hinsicht gleichkamen und wegen ihres Umfangs eine Geschäftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen benötigen. Als Beispiele gelten hierfür Theater,

³⁸ BSK OR II-Eckert, Art. 934 N. 2.

³⁹ BGE 79 I 181.

⁴⁰ BGE 73 I 311.

⁴¹ Art. 2 lit. b HRegV.

⁴² Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 38/39.

⁴³ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 40.

⁴⁴ BGE 104 Ib 261, Erw. 2.

⁴⁵ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 42.

⁴⁶ Patry (Fn. 20), S. 77.

Kinos, Spitäler, Privatschulen oder aber auch umfangreiche Handwerksbetriebe.⁴⁷

Erfordert der Betrieb eine geordnete Buchhaltung nach kaufmännischen Grundsätzen, erreicht der Geschäftsgang mit anderen Worten eine gewisse Intensität und Komplexität, so ist von einem kaufmännischen Unternehmen im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR auszugehen.⁴⁸ Die Schwelle ist hierfür tendenziell eher tief anzusetzen, da ein Gewerbe, welches begriffsnotwendig eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, nur in ganz seltenen Fällen ohne ordentliche Buchführung auskommen dürfte.

2.3 Gewinnabsicht

Eine Gewinnabsicht ist *nicht* begriffsnotwendig für einen wirtschaftlichen Erwerb. Die Absicht, Einnahmen zu generieren, die die reine Kostendeckung übersteigen, muss somit nicht zwingend vorliegen. Es genügt, «dass die organisierte, auf Dauer angelegte und die Wirtschaft beschlagende Tätigkeit einen gewissen Umsatz erzielt.»⁴⁹

3. Bisherige Praxis der Ausnahme landwirtschaftlicher Betriebe

3.1 Ausnahmekategorien

Art. 934 OR statuiert keine Ausnahmekategorien, dennoch hat die bundesgerichtliche Praxis in der Vergangenheit solche geschaffen. Gewerbetreibende dieser Kategorien werden, trotz wirtschaftlicher Tätigkeit und allenfalls bedeutendem Jahresumsatz, grundsätzlich nicht als kaufmännische Unternehmen behandelt. Eine solche prominente Kategorie bilden die Betriebe der Landwirtschaft. Daneben gelten auch Angehörige wissenschaftlicher Berufsarten, sofern es sich um herkömmliche und nicht um eine nach unternehmerischen Kriterien ausgeübte Berufspraxis handelt, sowie Handwerksbetriebe, wo die persönliche manuelle Tätigkeit des Inhabers im Vordergrund steht, als von der Pflicht befreit.⁵⁰

3.2 Betriebe der «Urproduktion»

Die traditionellen Betriebe der Landwirtschaft – so die Argumentation – würden sich durch geringe Arbeitsteilung und ein kleines Kapitalrisiko auszeichnen. Eine kaufmännische Buchführung sei daher in diesem Bereich in aller Regel nicht vonnöten.

In BGE 78 I 63 f. vom 25. Januar 1952 hält das Bundesgericht hierzu fest, dass es «von jeher» unbestritten gewesen sei, dass «Landwirtschaftsbetriebe nicht eintragungspflichtig» seien, «auch wenn ihr jährlicher Rohertrag [die damalige Umsatzgrenze von] CHF 25 000.–» übersteige. Dies ergebe sich, «obwohl die Definition des Gewerbes in Art. 52 Abs. 3 [der damaligen] HRegV dem Wortlaut nach auch auf sie zutreffen würde, aus der Natur der Landwirtschaft, die im Gegensatz zu den in Art. 934 OR aufgeführten Gewerbearten stünde. Die Anwendung des Handelsrechts auf die Landwirtschaft hätte zudem, so das Bundesgericht lapidar, «keinen Sinn».⁵¹

Im Entscheid 97 I 417 vom 30. März 1971 (Erw. 2) präzisiert das Bundesgericht hierzu jedoch, dass nach gängiger Rechtsprechung Betriebe der Urproduktion, insbesondere solche der Landwirtschaft, eintragungspflichtig seien, wenn sie mit einem Grosshandel der gewonnenen Erzeugnisse verbunden sind oder sonstwie nach kaufmännischer Art geführt werden und daher unter Art. 53 lit. c HRegV fallen würden.⁵² Unter diesem Gesichtspunkt hätte bereits das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in seiner Rechtsprechung zur alten Handelsregisterverordnung vom 6. Mai 1890 Baumschulen und Handelsgärtnereien zur Eintragung verpflichtet, davon aber landwirtschaftliche Betriebe ausgenommen. Unter Landwirtschaft werde allerdings lediglich «die eigentliche nichteintragungspflichtige Bauernschaft» verstanden, die «vorwiegend auf Selbstversorgung gerichtet» sei. Später habe das Bundesgericht – im Hinblick auf die Unterstellung unter die Kriegsgewinnsteuer – Baumschulen und Handelsgärtnereien zusammen mit der Landwirtschaft zur Urproduktion gezählt, jene Betriebe jedoch wegen der im Vordergrund stehenden kaufmännischen Tätigkeit wirtschaftlich dem eintragungspflichtigen Gewerbe gleichgestellt.⁵³

⁴⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 43.

⁴⁸ BGE 75 I 74.

⁴⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 44.

⁵⁰ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 21), N. 47.

⁵¹ BGE 78 I 63 f. Erw. 3, S. 68.

⁵² Unter Verweis auf den eben zitierten BGE 78 I 63 f. Erw. 3, S. 68.

⁵³ BGE 97 I 417 Erw. 2, S. 418/419.

Die prinzipielle Ausnahme der landwirtschaftlichen Betriebe gründet somit auf einem sehr traditionellen Bild der Agrarwirtschaft. Der Bauer, höchstens durch ein, zwei Angestellte unterstützt, produziert hiernach eine überschaubare Menge von landwirtschaftlichen Erzeugnissen, welche er vornehmlich zum Eigenbedarf nutzt. Der Rest wird ab Hof oder auf dem Wochenmarkt verkauft. Aufgrund dieses eher rudimentären Wirtschaftens sei eine Unterstellung unter das Handelsrecht völlig unverhältnismässig und nicht vonnöten. So sehr diese Argumentation auch einleuchtet, so unvereinbar erscheint sie mit der gegenwärtigen landwirtschaftlichen Situation. Wieso zudem die Urproduktion in einem «Gegensatz zu den in Art. 934 OR genannten Gewerben stehen» soll, obwohl man sie prinzipiell unter den Gewerbebegriff subsumieren kann, erscheint selbst unter dem damaligen Blickwinkel schleierhaft und vermag heute wie vor siebzig Jahren nicht zu überzeugen.

3.3 Gemüsegärtnerei als Betrieb der Landwirtschaft

Im Entscheid 78 I 68 hielt das Bundesgericht fest, dass Gemüsekulturen «zweifellos der Urproduktion» zuzurechnen seien. Es stellte sich die Frage, ob sie innerhalb dieser eher der Landwirtschaft oder mehr, genau wie Baumschulen oder Handelsgärtnereien, dem eintragungspflichtigen Gewerbe zuzuordnen seien.⁵⁴ In einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 24. Oktober 1947 unterschied das Bundesgericht Landwirtschaftsbetriebe von Baumschulen und Gärtnereien wie folgt: Landwirtschaftsbetriebe produzieren Nahrungsmittel, wogegen die Erzeugnisse von Baumschulen und Gärtnereien von Anfang an als Handelsware gedacht seien und keinen Eigenbedarf decken würden. Diese Überlegungen auf den Gemüseanbau zu übertragen, führt zu einem zwiespältigen Ergebnis. Wohl produzieren solche Betriebe Nahrungsmittel, doch fehlt die Produktion zum Zwecke der Eigenbedarfsdeckung.⁵⁵ Nach einem späteren, ebenfalls unpublizierten Entscheid vom 22. Oktober 1948 sind Grossbetriebe des Gemüsebaus trotz marginaler Selbstversorgungszielsetzung der Landwirtschaft zuzurechnen. Als Begründung wird angeführt, dass dem Kriterium «Selbstversorgung» bis anhin schlicht zu viel Bedeutung zugemessen wurde. Auch

die Grösse des Betriebs solle für seinen Charakter unerheblich sein. Nachdem sich das Bundesgericht eingehend mit seiner früheren Rechtsprechung auseinandergesetzt hatte, entschied es in BGE 78 I 70, dass eine Gemüsekultur – wie gross sie auch immer sein mag – der Landwirtschaft zuzurechnen und somit nicht buchführungs- und eintragungspflichtig sei.⁵⁶

In BGE 97 I 417 hält das Bundesgericht weiter fest, dass Betriebe, die besondere technische Einrichtungen verwenden, so z.B. Gewächshäuser, ein Kesselhaus oder Kühllhäuser, nicht bereits deshalb ein Gewerbe betreiben. «Auch gewöhnliche Landwirtschaftsbetriebe setzen zunehmend technische Anlagen ein, deren Art und Grösse vom Betrieb abhängen, z.B. Futtersilos, Heugebläse, Motor-Jauchepumpen, Aufzüge, Melkmaschinen.» Es könne zudem nicht massgebend sein, dass es sich bei den Kulturen in den Gewächshäusern zum Teil nicht um Freilandpflanzen, mithin nicht um Bestandteile des Bodens handle.⁵⁷

3.4 Kritische Würdigung der bisherigen Rechtsprechung

Die Praxis, wonach landwirtschaftliche Betriebe und mit ihnen auch Gemüseanbaubetriebe ausgenommen werden, wurde über mehrere Entscheide hinweg stetig weiterentwickelt und ausgedehnt.

Anfänglich handelte es sich offensichtlich nicht um eine eigentliche Ausnahme von der Grundregel, sondern vielmehr um eine Fallgruppe für diejenigen Betriebe, die bereits nach Art. 934 OR nicht eintragungspflichtig sind; um eine Art «Faustregel» also: Landwirtschaftliche Betriebe sind in der Regel kleine Familienbetriebe, die hauptsächlich zur Selbstversorgung wirtschaften. Diese benötigen daher keine kaufmännische Buchführung. Sie sind mit anderen Worten also gar kein «anderes, nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» i.S.v. Art. 53 lit. c aHRegV bzw. Art. 934 Abs. 1 OR. Für solche Betriebe bestand und besteht auch noch heute kein Anlass zu einer Eintragung. Das Handelsrecht wäre für diese Betriebe in der Tat unpassend.

Dieser Hintergrund verlor sich jedoch allmählich. Ausgenommen wurden bald alle landwirtschaftlichen Betriebe allein aufgrund des Umstandes, dass

⁵⁴ BGE 78 I 63 f. Erw. 3, S. 68.

⁵⁵ BGE 78 I 63 f. Erw. 3, S. 69.

⁵⁶ BGE 78 I 63 f. Erw. 3, S. 70.

⁵⁷ BGE 97 I 417 Erw. 3a, S. 420/421.

sie Landwirtschaft betrieben. Das Verhältnis Selbstversorgung/Marktproduktion sowie die Komplexität des Betriebs wurden immer mehr fallen gelassen, obwohl gerade diese Argumente ursprünglich eine Ausnahme rechtfertigten. Aus der Fallgruppe – der «Faustregel» – «landwirtschaftliche Betriebe» wurde eine eigentliche Ausnahmekategorie, obwohl je länger je mehr eine Rechtfertigung hierfür verloren ging. Die Gruppe der ausgenommenen Betriebe wurde zusehends erweitert, obgleich sich eine Nichtanwendung des Handelsrechts immer weniger rechtfertigen liess.

3.5 Abkehr des Bundesgerichts von der bisherigen Praxis

Das Bundesgericht führt nun im vorliegenden Entscheid aus, dass das historische Bild der Landwirtschaftsbetriebe heute in vielen Fällen nicht mehr mit der Realität übereinstimme. Dem ist nach all dem oben Gesagten beizupflichten. Dass Landwirte mittlerweile eher als Unternehmer denn als autarke Selbstversorger tätig sind, ist kaum mehr von der Hand zu weisen. Ein Trend, der durch die Öffnung der Märkte und einen daraus resultierenden verstärkten Konkurrenzkampf sicherlich intensiviert wird. Wer konkurrenzfähig produzieren will, muss rationalisieren, wachsen und nicht zuletzt kaufmännisch wirtschaften, was eine saubere Buchführung unerlässlich macht. Das Handeln der modernen Landwirte unterscheidet sich somit nicht mehr grundsätzlich von anderen eintragungspflichtigen Gewerbetreibenden.

Es ist dem Bundesgericht somit zuzustimmen, dass die Eintragungspflicht bei den Betrieben der Urproduktion prinzipiell genau so wie bei anderen Betrieben zu beurteilen ist, zumal eine Spezialbehandlung weder aus dem Gesetz zu entnehmen, noch durch irgendeine Bestimmung der HRegV jemals statuiert worden ist. Einzig die jeweiligen Umstände des Einzelfalls können Klarheit darüber bringen, ob, gemessen an Art und Umfang des Unternehmens, ein kaufmännischer Betrieb und eine geordnete Buchführung notwendig sind und das Unternehmen daher aufgrund von Art. 53 lit. c aHRegV eintragungspflichtig wird.

4. Übrige Ausnahmekategorien

Wie bereits erwähnt, sind die landwirtschaftlichen Betriebe nicht die einzige Ausnahmegruppe, welche sich im Laufe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebildet hat. Im Folgenden sollen die übrigen Ausnahmekategorien untersucht und auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden.

Festzuhalten ist, dass auch diese Gruppen, seien es die freien Berufe oder auch die handwerklichen Kleinbetriebe, nicht von Gesetzes wegen oder aufgrund der Handelsregisterverordnung, sondern rein aufgrund bundesgerichtlicher Rechtsprechung entstanden sind.

4.1 Freie Berufe

Zu den freien Berufen zählen insbesondere Anwälte, Ärzte, Architekten und Künstler.⁵⁸ Dass solche Einzelunternehmen nicht eintragungspflichtig sind, wurde vom Bundesgericht im Entscheid 106 Ib 315 vom 19. September 1980 festgehalten: «(...) Sauf si elles sont liées à une activité commerciale, les professions libérales ne donnent pas lieu à une inscription obligatoire au registre du commerce selon les art. 934 al. 1 CO et 52 ss. ORC (...)» Als Begründung führt das Bundesgericht aus, «celui qui exerce une profession libérale n'a donc pas l'obligation de tenir une comptabilité commerciale conformément à toutes les règles énoncées aux art. 957 ss. CO et aux usages comptables.»⁵⁹ Auch hier wird somit die geordnete Buchführung als Anknüpfungspunkt für das Vorliegen eines kaufmännischen Unternehmens angesehen. Ist eine solche nicht nötig, wie das bei freien Berufen unterstellt wird, so liegt kein kaufmännisches Unternehmen vor, und der Betrieb ist nicht im Handelsregister einzutragen. Dem ist prinzipiell zuzustimmen, doch stellt sich die Frage, ob die Aussage in dieser Absolutheit zutrifft.

Das Bundesgericht erkennt denn auch, dass dies nicht uneingeschränkt für alle freien Berufe gelten kann. Es relativiert daher seine Aussage bereits im darauffolgenden Satz: «Cela est vrai particulièrement pour les médecins, dentistes et vétérinaires qui, à la différence des avocats, des notaires ou des architectes

⁵⁸ Karl Rebsamen, Das Handelsregister, Zürich 1999, N. 85.

⁵⁹ BGE 106 Ib 315 Erw. 3c.

ne sont pas appelés à détenir des fonds appartenant à leurs clients.»⁶⁰

Die medizinischen Berufe werden ohne Zögern ausgenommen. Die Begründung, dass solche Berufe im Gegensatz zum Anwalt oder Notar kein Kundenvermögen halten und somit wohl auch keine Buchhaltung nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu führen hätten, erscheint heute – ähnlich wie die prinzipielle Verneinung einer Buchführungsnotwendigkeit für Landwirte – zweifelhaft. Gerade im Hinblick auf eine korrekte Abrechnung mit den involvierten Krankenkassen sind Ärzte auf eine geordnete Buchführung angewiesen.

Bezüglich Anwaltskanzleien und Architekturbüros ist dem Bundesgericht zuzustimmen. Diese dürften gegenwärtig kaum noch ohne eine geordnete Buchführung auskommen, gerade wenn sie die Umsatzgrenze von CHF 100 000.– überschreiten. Ein Verneinen eines kaufmännischen Gewerbes in diesen Fällen erscheint schwer verständlich und eine damit verbundene Ausnahme vom Handelsrecht als nicht adäquat.

Einleuchtend ist dagegen nach wie vor, dass die meisten Künstler keiner geordneten Buchführung bedürfen und sich daher eine Eintragungspflicht nicht rechtfertigt. Doch auch hier sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Solange der Künstler ohne professionelles Management auskommt und kein komplizierter Vermarktungsapparat existiert, dürfte kaum ein kaufmännisches Gewerbe vorliegen, das dem Handelsrecht zu unterstellen wäre. Wird allerdings die Umsatzgrenze überschritten, so wird auch hier das Bedürfnis nach einer geordneten Buchführung sehr wahrscheinlich. Eine solche würde wiederum zu einer Eintragungspflicht führen.

Mithin erscheint auch die Ausnahmekategorie der freien Berufe als nur noch bedingt den aktuellen Verhältnissen entsprechend. Wird die Umsatzgrenze von CHF 100 000.– nicht erreicht, so stellt sich die Frage nach einer Eintragung gar nicht. Wird sie allerdings überschritten, so dürfte eine ordentliche Buchführung in den meisten Fällen unumgänglich sein. Wieso in diesen Fällen keine Eintragungspflicht bestehen soll, lässt sich in den wenigsten Fällen plausibel begründen. Es wäre daher erstrebenswert, dass auch diese Ausnahmekategorie in dem heute vorliegenden Umfang aufgegeben wird.

4.2 Handwerkliche Kleinbetriebe

Auch handwerkliche Kleinbetriebe wurden bis anhin von der Eintragungspflicht ausgenommen, solange Art und Umfang keinen kaufmännischen Betrieb mit geordneter Buchführung erfordern.⁶¹ Gemäss Bundesgericht besteht die Wirkung des Handelsregisters «hauptsächlich in der Verschaffung des Firmenrechts und Firmenschutzes, in der Unterwerfung unter die kaufmännische Buchführungspflicht, die Konkurs- und Wechselbetreibung und dergleichen». Diese Folgen seien «auf das Grossgewerbe, den Grossbetrieb zugeschnitten, für den handwerklichen Kleinbetrieb dagegen weder notwendig noch wünschbar.»⁶²

Handwerkliche Betriebe sind grundsätzlich zum Fabrikationsgewerbe zu zählen. Für sie besteht daher gemäss Art. 934 Abs. 1 OR eigentlich eine Eintragungspflicht, unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine geordnete Buchführung vonnöten ist oder nicht. Das Bundesgericht schuf im Laufe seiner Rechtsprechung besagte Ausnahmekategorie der handwerklichen Kleinbetriebe, um solche Betriebe, die eigentlich eintragungspflichtig wären, jedoch aufgrund der einfachen Verhältnisse keiner geordneten Buchführung bedürften, von der Pflicht auszunehmen.

Auch diese Kategorie erscheint in der Zwischenzeit als fragwürdig. Mit der Heraufsetzung der Umsatzgrenze von CHF 25 000.– auf CHF 100 000.– dürfte die praktische Relevanz massiv abgenommen haben. Zudem ist jede natürliche und juristische Person nach Art. 21 Abs. 1 MWSTG zur Zahlung der Mehrwertsteuer verpflichtet, die «eine mit der Erzielung von Einnahmen verbundene gewerbliche oder berufliche Tätigkeit *selbständig* ausübt, auch wenn die Gewinnabsicht fehlt, sofern ihre Lieferungen, ihre Dienstleistungen und ihr Eigenverbrauch im Inland jährlich gesamthaft CHF 75 000.– übersteigen». Mit der Steuerpflicht ist eine Buchführungspflicht von Gesetzes wegen verbunden: «Die steuerpflichtige Person hat ihre Geschäftsbücher ordnungsgemäss zu führen und so einzurichten, dass sich aus ihnen die für die Feststellung der Steuerpflicht sowie für die Berechnung der Steuer und der abziehbaren

⁶⁰ BGE 106 Ib 315 Erw. 3c.

⁶¹ *Rebsamen* (Fn. 58), N. 87.

⁶² BGE 75 I 78 Erw. 1.

Vorsteuern massgebenden Tatsachen leicht und zuverlässig ermitteln lassen (...).»⁶³

Es ist überdies höchst fraglich, ob eine solche Ausnahmekategorie, die dem klaren gesetzlichen Wortlaut widerspricht, zulässig ist. Das Handelsregister soll für Publizität sorgen und die anderen Handelsteilnehmer über die konkreten Verhältnisse unterrichten. Unseres Erachtens sollte dies für sämtliche Handwerksbetriebe gelten, sobald sie eine gewisse Relevanz, sprich Umsatz erreicht haben. Ein Raum für Ausnahmen ist daher in dieser Kategorie nicht ersichtlich.

5. Tauglichkeit des Kriteriums «geordnete Buchführung»

Wenn ein kaufmännisches Gewerbe i.S.v. Art. 934 Abs. 1 OR vorliegt, ist ein Unternehmen eintragungspflichtig. Bis anhin stellte das Bundesgericht bei der Bestimmung, ob ein kaufmännisches Gewerbe geführt wird, massgeblich auf das Vorliegen einer «geordneten Buchführung» ab. Dieses Kriterium erscheint jedoch je länger je ungenauer. Zudem führt diese Argumentation zu einem eigentlichen Zirkelchluss: Liegt eine geordnete Buchführung vor, so spricht dies für ein kaufmännisches Gewerbe, und das Unternehmen ist mithin eintragungspflichtig. Untersteht es der Eintragungspflicht, so ist es wiederum von Gesetzes wegen zur kaufmännischen Buchführung verpflichtet.

Einer in irgendeiner Form «geordneten» Buchführung kann sich bald niemand mehr entziehen. Selbst die jährliche Steuererklärung verlangt ab einer gewissen Komplexitätsstufe der Vermögensverhältnisse eine minimal geordnete Buchführung. Es kann jedoch nicht angehen, alle und jeden zu einem Handelsregistereintrag zu verpflichten. Das Handelsregister hat Publizitätsfunktion und dient vornehmlich der Transparenz im täglichen Geschäftsverkehr. Es ist schwerlich im Sinne dieser Funktion, natürliche und juristische Personen einzutragen, die kaum obligatorische Beziehungen zu Drittpersonen unterhalten. Der Umstand, eine geordnete Buchführung zu unterhalten, ist mithin kein untrügerisches Indiz mehr für das Vorhandensein wesentlicher Geschäftsaktivitäten mit Drittpersonen. Es wäre daher zu prüfen, ob nicht von der geordneten Buchführung als Indiz in

Zukunft Abstand genommen werden sollte zugunsten dieser Geschäftsaktivität.

IV. Schlussbetrachtungen

Mit dem vorliegenden Entscheid beendet das Bundesgericht eine jahrelange Entwicklung, die mit der ökonomischen Realität immer weniger vereinbar war. Ein Betrieb der Urproduktion wird nicht mehr länger von der Eintragungspflicht ins Handelsregister ausgenommen nur aufgrund des Faktums, dass er im Bereich der Landwirtschaft tätig ist. Für sämtliche Betriebe der Landwirtschaft gilt nun Art. 934 Abs. 1 OR ohne prinzipielle Einschränkungen. Ist eine geordnete Buchführung notwendig und liegt eine komplexere Organisationsstruktur vor, so sind das nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung starke Indizien für das Vorliegen eines kaufmännischen Unternehmens. Diese Indizien gelten nun auch uneingeschränkt für die Betriebe der Urproduktion, was zu begrüessen ist.

Einzelunternehmen, welche die Umsatzlimite von CHF 100 000.– pro Jahr nicht erfüllen oder aufgrund der konkreten Umstände nicht zu den kaufmännischen Betrieben gezählt werden können, sind nicht eintragungspflichtig. Dies gilt auch für die Betriebe der Urproduktion. Es besteht somit eine sehr geringe Gefahr, dass landwirtschaftliche Betriebe eintragungspflichtig werden, für die sich eine Eintragung nicht rechtfertigt.

Durch den vorliegenden Entscheid geraten nun auch die Ausnahmekategorien der freien Berufe und der handwerklichen Kleinbetriebe unter Druck. Auch hier stellt sich die Frage, inwiefern sie noch zeitgemäss sind. Gerade bei Anwaltskanzleien oder Architekturbüros erscheint eine Ausnahme im Lichte dieser Entscheidung kaum mehr vertretbar. Einzig bei freischaffenden Künstlern dürfte die Ausnahme in den meisten Fällen nach wie vor gerechtfertigt sein. Auch für die handwerklichen Kleinbetriebe rechtfertigt sich eine generelle Ausnahme nicht. Eine solche widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 934 Abs. 1 OR und steht der Publizitätsfunktion des Handelsregisters entgegen. Zudem dürfte es aufgrund der Mehrwertsteuer diesen Betrieben kaum möglich sein, ohne geordnete Buchführung auszukommen, statuiert das MWSTG doch eine eigentliche Buchführungspflicht.

⁶³ Art. 58 Abs. 1 MWSTG.