



OLIVER KÄLIN

## Der Niederlassungskonkurs

### I. Einleitung

Der Begriff *Niederlassungskonkurs* bezeichnet die General-  
 exekution einer Geschäftsniederlassung in der Schweiz, wo-  
 bei die Geschäftsniederlassung einem im Ausland domizi-  
 lierten<sup>1</sup> Unternehmensträger gehört (Art. 50 Abs. 1 SchKG).<sup>2,3</sup>

OLIVER KÄLIN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

Der Aufsatz stützt sich auf das Manuskript des Vortrags, den  
 der Autor an der St.Galler SchKG-Tagung vom 17. September  
 2015 gehalten hat.

<sup>1</sup> Nach HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, in: Louis Dallèves/Bénédict  
 Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Pour-  
 suite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la pour-  
 suite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175  
 de la Loi fédérale sur le droit international privé*, Basel 2005,  
 Art. 50 N 2, N 14, ist nicht das ausländische Domizil massge-  
 bend, sondern das Fehlen eines schweizerischen Sitzes oder  
 Wohnsitzes.

<sup>2</sup> Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, Entscheid vom  
 22. Juli 2010, BZ.2010.10, Erw. 4 = BLSchK 2011, 154 ff.;  
 ERNST F. SCHMID, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel  
 Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über  
 Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl.,  
 Basel 2010, Art. 50 N 26 f.; PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsber-  
 ger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt  
 Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), *Zürcher Kom-  
 mentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das  
 Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*,  
 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 1 N 10 ff., Art. 166  
 N 106; VINCENT JEANNERET/BENNO STRUB, in: Daniel Hunkeler  
 (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014, Vor  
 Art. 46–55 N 18; WERNER NUSSBAUM, *Das schweizerische in-  
 ternationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom  
 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und  
 sein Umfeld in Europa*, Schweizer Studien zum interna-  
 tionalen Recht, Band 63, Zürich 1989, 13; wobei es sich bei  
*Niederlassungskonkurs* um eine Abkürzung handelt für den –  
 umständlich auszusprechenden – Begriff *Geschäftsniederlas-  
 sungskonkurs* (siehe aber GERHARD SCHAFFROTH, *Zweignieder-  
 lassung, Geschäftsniederlassung, kaufmännisches Gewerbe  
 und Vertragsschluss-Gerichtsstand, Voraussetzungen, Begrif-  
 fe und Rechtsfolgen de lege lata et ferenda*, Basler Diss., ohne  
 Angabe des Verlagsorts, 1990, 63 ff., der in seiner Arbeit stets  
*Geschäftsniederlassungs-Konkurs* verwendet).

Im Folgenden werden vier Schwerpunkte gesetzt: Zunächst  
 wird der *Geschäftsniederlassungsbegriff* geklärt. Dieser ist aus  
 praktischen Gründen gegenüber der Haupt- und der Zweig-  
 niederlassung abzugrenzen. Nach Art. 39 SchKG führt der  
 Handelsregistereintrag dazu, dass der eingetragene Schuld-  
 ner der Konkursbetreibung unterliegt. Eine Pflicht zur Ein-  
 tragung ins Handelsregister gilt indessen nur für die Haupt-  
 und für die Zweigniederlassung (Art. 934 und Art. 935 OR).

Weiter ist zu untersuchen, was mit *Verbindlichkeiten  
 auf Rechnung der Geschäftsniederlassung* in Art. 50 Abs. 1  
 SchKG gemeint ist.

Aufgrund des ausländischen Schuldnerdomizils liegt  
 beim Niederlassungskonkurs regelmässig ein internatio-  
 nales Verhältnis vor.<sup>4</sup> Dies bedeutet, dass Art. 50 Abs. 1  
 SchKG auf Binnensachverhalte keine Anwendung findet.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Z.B. ist der amerikanische Finanzdienstleister American  
 Express Company in der Schweiz – neben einer Holdingge-  
 sellschaft und der Personalvorsorgestiftung für Schweizer  
 Mitarbeiter – nur mit Zweigniederlassungen vertreten (die  
 der American Express International Inc. gehören [www.  
 zefix.ch, November 2015]). Ein Beispiel eines Niederlassungs-  
 konkurses ist der Konkurs über die Zweigniederlassung der  
 Kaupthing Bank Luxembourg S.A. (www.zefix.ch, November  
 2015) im Nachgang der Verstaatlichung der Kaupthing Bank  
 in Island während der Finanzkrise 2008.

<sup>4</sup> Zum Begriff des internationalen Verhältnisses BGE 131 III  
 76 Erw. 2.3 (einen «über den schweizerischen Rechtsraum  
 hinausreichenden Bezug»); BGE 140 III 115 Erw. 3 (inter-  
 nationales Verhältnis bei Sitz oder Wohnsitz einer Partei  
 im Ausland); siehe VOLKEN, ZK IPRG (FN 2), Art. 1 N 10 ff.;  
 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, IPRG/LugÜ, Bundesgesetz über  
 das Internationale Privatrecht, Lugano Übereinkommen und  
 weitere Erlasse, Zürich 2015, Art. 1 N 1 ff.; ANTON K. SCHNY-  
 DER/PASCAL GROLIMUND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter  
 Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), *Basler  
 Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013,  
 Art. 1 N 2 ff.

<sup>5</sup> JEANNERET/STRUB, *Kurzkommentar SchKG* (FN 2), Art. 50 N 2, mit  
 Verweis auf BGE 34 I 413 Erw. 1; HANS FRITZSCHE/HANS UL-  
 RICH WALDER-BOHNER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach  
 schweizerischem Recht*, Band I, Allgemeine Lehren, Das

Somit ist nachstehend auch auf das Verhältnis zwischen Art. 50 Abs. 1 SchKG und Art. 166 IPRG einzugehen. Zum Schluss folgen Ausführungen über die Zustellung der Betreuungsurkunden.

## II. Geschäftsniederlassung

### 1. Eigentumsverhältnisse

Umgangssprachlich wird verschiedentlich von den Rechten und Pflichten eines Unternehmens gesprochen. Rechtlich trifft diese Formulierung nicht zu: Nicht das Unternehmen, sondern der *Unternehmensträger* ist das Rechtssubjekt und an den Forderungen berechtigt (z.B. an den Geldforderungen gegenüber Kunden oder an der Forderung auf Überlassung der gemieteten Geschäftsräume); ebenso ist der Unternehmensträger aus den Schulden verpflichtet (z.B. aus den Geldschulden gegenüber Lieferanten oder aus Lohnschulden).<sup>6</sup> Der Unternehmensträger ist auch Inhaber aller Rechte: Ihm gehören die Immaterialgüterrechte sowie das Eigentum an Produktionsmitteln und am Anlagevermögen.<sup>7</sup> Existiert eine Geschäftsniederlassung, gehört auch sie dem Unternehmensträger.<sup>8</sup>

### 2. Bedeutung von Art. 50 Abs. 1 SchKG

Wie in der Einleitung erwähnt, betrifft Art. 50 Abs. 1 SchKG internationale Verhältnisse. Der Schuldner hat Sitz im Ausland und stellt den Bezug zur Schweiz durch seine Geschäftsniederlassung auf schweizerischem Territorium her. Die Frage, was eine Geschäftsniederlassung ist, richtet sich indessen trotz internationalem Sachverhalt nach Schweizer Recht.<sup>9</sup> Weder im SchKG noch in einem anderen Gesetz wird jedoch definiert, was eine Geschäftsniederlassung ist.

In der Literatur werden dazu zwei Auffassungen vertreten: Nach der Mindermeinung ist mit der Geschäftsniederlassung eine Zweigniederlassung im Sinne

von Art. 935 Abs. 2 OR gemeint.<sup>10</sup> Nach der herrschenden Meinung, welcher sich auch das Bundesgericht anschliesst,<sup>11</sup> geht der Begriff der Geschäftsniederlassung über den Begriff der Zweigniederlassung hinaus.<sup>12</sup> Die beiden Auffassungen stimmen darin überein, dass eine Zweigniederlassung regelmässig eine Geschäftsniederlassung nach Art. 50 Abs. 1 SchKG darstellt.<sup>13</sup> Der Inhalt der beiden Begriffe wird dadurch aber nicht geklärt, da das Gesetz auch die Zweigniederlassung nicht definiert.<sup>14</sup>

### 3. Zweigniederlassungsbegriff

Mangels einer gesetzlichen Definition hat sich das Bundesgericht bereits in frühen Entscheiden zu den Merkmalen der Zweigniederlassung geäußert.<sup>15</sup> Die bundes-

<sup>10</sup> FRITZSCHE/WALDER, Band I (FN 5), § 11 Rz. 14; JEAN-DANIEL MARTZ, Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG, unter Mitberücksichtigung ihrer kollisionsrechtlichen Stellung im Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Berner Diss., Gmülingen 1995, 126; SCHAFFROTH, Diss. (FN 2), 56 f.

<sup>11</sup> Das Bundesgericht hat den Begriff der Geschäftsniederlassung bislang nicht definiert, in BGE 114 III 6 Erw. 1.d = Pra 77 (1988) Nr. 206 771 f. aber entschieden, dass die beiden Begriffe *Zweigniederlassung* und *Geschäftsniederlassung* nicht identisch sind und für das Vorliegen einer Geschäftsniederlassung ein Handelsregistereintrag nicht nötig ist.

<sup>12</sup> SCHÜPBACH, CR LP (FN 1), Art. 50 N 10; SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 8; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 632, Rz. 2062; FRANÇOIS DIEBOLD, Les succursales suisses d'entreprises étrangères, Freiburger Diss., Lausanne 1958, 106 § 146; BLSchK 2010, 217 (Commission de surveillance Genève); LGVE 1975 Nr. 263; GVP 2003 Nr. 90; in diesem Sinn auch CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158, 4. Aufl., Zürich 1997/2001, Art. 50 N 3; für ein weites Verständnis auch AUGUST LENZI, Die Betreibungsstände nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Zürcher Diss., Däniken bei Olten 1934, 88: «Es liegt im Interesse der Gläubigerschaft, unter dem Begriff der Geschäftsniederlassung möglichst jede Tätigkeit eines Ausländers in der Schweiz, wodurch dieser hier irgendwelche Verpflichtungen eingehen kann, zu erfassen.»; missverständlich in diesem Zusammenhang BGE 107 III 53 Erw. 5 = Pra 71 (1982) Nr. 47 112, wo das Bundesgericht – wahrscheinlich irrtümlich – davon ausgeht, dass stets ein Handelsregistereintrag nötig ist: «un établissement d'une société anonyme ne peut exister sans inscription au registre du commerce. Faute d'une telle inscription faite spontanément par la débitrice ou provoquée par la créancière, il ne saurait y avoir de for de poursuite au sens de l'art. 50 al. 1 LP à Lausanne.»

<sup>13</sup> Was unbestritten ist (SCHMID, BSK SchKG I [FN 2], Art. 50 N 7; GAUCH, Zweigbetrieb [FN 8], Rz. 570 ff.; JEANNERET/STRUB, Kurzkomm. SchKG [FN 2], Art. 50 N 4).

<sup>14</sup> BGE 117 II 85 Erw. 3; ROBERT PATRY, Grundlagen des Handelsrechts, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, achter Band, erster Halbband, Basel und Stuttgart 1976, 94; EDUARD HIS, Berner Kommentar, Obligationenrecht, vierte Abteilung, Titel XXX–XXXII, Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Art. 927–964, Bern 1940, Art. 935 N 1.

<sup>15</sup> BGE 117 II 85 Erw. 3; BGE 108 II 122 = Pra 71 (1982) Nr. 239; BGE 76 I 150 Erw. 2 = Pra 39 (1950) Nr. 135 408; BGE 68 I 107 Erw. 3; BGE 56 I 664 Erw. 5; BGE 50 II 507; BGE 18 I 431 Erw. 3.

Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. Aufl., Zürich 1984, § 11 Rz. 14.

<sup>6</sup> Zur Abgrenzung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger etwa JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 1 Rz. 53.

<sup>7</sup> ROLF H. WEBER, Juristische Personen, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, vierter Teilband, Einleitung und Personenrecht, Basel 1998, 19, spricht von subjektiven Herrschaftsrechten an Objekten im Sinne des Sachenrechts und an Immaterialgütern.

<sup>8</sup> PETER GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts, Freiburger Habil., Zürich 1974, Rz. 1604 (Zweigbetrieb als rechtsunfähiger Bestandteil des Gesamtbetriebs).

<sup>9</sup> SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 5; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 330; JEANNERET/STRUB, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 50 N 4; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP/PJA 1995, 259–284, 272.

gerichtliche Rechtsprechung nennt im Wesentlichen zwei Elemente, ein physisches und ein organisatorisches, und lässt sich wie folgt zusammenfassen:

(1) *Physisch* besteht die Zweigniederlassung aus einem geschlossenen Betrieb,<sup>16</sup> der auf vom Unternehmensträger zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln beruht,<sup>17</sup> sich in einer von der Hauptniederlassung getrennten Lokalität befindet<sup>18</sup> und wo das Personal dauernd<sup>19</sup> eine gleichartige<sup>20</sup> Tätigkeit ausübt.

(2) *Organisatorisch* muss die Zweigniederlassung eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit aufweisen.<sup>21</sup> Sie muss so organisiert sein, dass ihr Betrieb jederzeit ohne eingreifende Neuorganisation selbständig weiterbestehen könnte.<sup>22</sup> Dies bedingt, dass die Zweigniederlassung über eine eigene Organisation und eigenes Personal verfügt.<sup>23</sup> An deren Spitze soll eine Leitung<sup>24</sup> stehen, die nach aussen Rechtsgeschäfte abschliessen und ausführen kann und nach innen eine gewisse Entscheidungsfreiheit besitzt. Die Entscheidungsfreiheit muss so weit gehen, dass die Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs gewährleistet ist und die Zweigniederlassung für den Umkreis ihrer Geschäftstätigkeit handelnd auftreten kann; dies, ohne Anfragen um Genehmigung bei der Hauptnie-

derlassung und ohne bis in alle Einzelheiten festgesetzte Regeln befolgen zu müssen.<sup>25</sup>

#### 4. Geschäftsniederlassungsbegriff, zivilprozessualer Begriff der Niederlassung und Zweigbetrieb

Im Gegensatz zum Zweigniederlassungsbegriff hat sich das Bundesgericht zu den Merkmalen einer Geschäftsniederlassung bislang kaum geäußert; unbestritten aber ist, dass der Begriff der Geschäftsniederlassung über den Begriff der Zweigniederlassung hinausgeht.<sup>26</sup>

Der Gesetzgeber verwendet einen Niederlassungsbegriff auch in der Zivilprozessordnung: Art. 12 ZPO bestimmt, dass für Klagen «aus dem Betrieb einer geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung oder einer Zweigniederlassung» neben dem Domizil des Beklagten alternativ die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig sind. Im Gegensatz zu Art. 50 Abs. 1 SchKG verwendet Art. 12 ZPO einen Zweigniederlassungs- und einen Niederlassungsbegriff.<sup>27</sup>

Für den Begriff der Zweigniederlassung ist man sich einig, dass dieser im handelsrechtlichen Sinn zu verstehen ist, also im Verständnis von Art. 935 OR und von Art. 109 ff. HRegV.<sup>28</sup> Diese Auffassung galt bereits unter dem im Wortlaut mit Art. 12 ZPO identischen<sup>29</sup> Art. 5 aGestG.<sup>30</sup>

Einigkeit besteht auch hinsichtlich des Niederlassungsbegriffs. Dieser bezeichnet zum einen die Hauptniederlassung, zum anderen eine Geschäftsstelle ausserhalb der Hauptniederlassung, den sogenannten *Zweigbetrieb*.<sup>31</sup> Der Begriff der Niederlassung geht somit

<sup>16</sup> LEONIE SCHUMACHER, Gerichtsstand und Betreibungsort der Geschäftsniederlassung, Zürcher Diss., ohne Angabe des Verlagsorts, 1956, 20; siehe SCHAFROTH, Diss. (FN 2), 25 f.

<sup>17</sup> Die Zweigniederlassung kann daher nicht aus einer Abteilung bestehen (GAUCH, Zweigbetrieb [FN 8], Rz. 641), da eine Abteilung als nicht in sich geschlossene Leistungseinheit nur zusammen mit verbundenen Leistungseinheiten ein sinnvolles Ganzes ergibt (GAUCH, Zweigbetrieb [FN 8], Rz. 638).

<sup>18</sup> KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 331; MARTZ, Diss. (FN 10), 6 f.

<sup>19</sup> HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 24; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 593.

<sup>20</sup> HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 5.

<sup>21</sup> ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldvertragsrechts, Bern 1911, 182 Fn. 33; HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 10 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 331; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 24 Rz. 7, Rz. 10 f. Eine Abhängigkeit der Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung bleibt jedoch bestehen (siehe SCHUMACHER, Diss. [FN 16], 14 f.).

<sup>22</sup> HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 12; MANFRED KÜNG, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VIII, 1. Abteilung, Handelsregister und Geschäftsfirmer, 1. Teilband, Das Handelsregister, Art. 927–943, Bern 2001, Art. 935 N 13. Nach GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 724 ff., manifestiert sich die Eigenständigkeit der Zweigniederlassung nach aussen in einer örtlichen Trennung vom Gesamtbetrieb (Hauptniederlassung) und einem unmittelbaren Marktzugang (d.h. dass die Zweigniederlassung selbständig am Markt auftritt).

<sup>23</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht (FN 21), § 24 Rz. 10.

<sup>24</sup> Zur Betriebsleitung verstanden als Leitungsinstanz GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 30 (bisweilen eine Gruppeninstanz, stets eine Stelle mit Befehlsgewalt, die verschiedene Produktionsfaktoren des Betriebs verbindet); zur Betriebsleitung verstanden als Leitungstätigkeit siehe GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 31, siehe auch Rz. 29.

<sup>25</sup> SCHUMACHER, Diss. (FN 16), 16 ff.

<sup>26</sup> Siehe die Nachweise vorne in den FN 11 und 12.

<sup>27</sup> Die Tatsache, dass Art. 12 ZPO nach Art. 2 ZPO und im Gegensatz zu Art. 50 Abs. 1 SchKG auf Binnensachverhalte Anwendung findet (siehe Botschaft ZPO, BBl 2006 7258; siehe auch BGE 131 III 76 Erw. 2.3 [zum aGestG]), ist für die Frage der Begriffsklärung zu vernachlässigen.

<sup>28</sup> BERNHARD BERGER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 12 N 21; URS FELLER/JÜRGEN BLOCH, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 12 N 12.

<sup>29</sup> Botschaft ZPO, BBl 2006 7263.

<sup>30</sup> THOMAS MÜLLER, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 5 N 21; BERNHARD BERGER, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 5 N 26; siehe DOMINIK INFANGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), mit Kommentierung von Art. 30 Abs. 2 BV, Basel 2001, Art. 5 N 11 f.

<sup>31</sup> BERGER, BK ZPO I (FN 28), Art. 12 N 15; FRANZ SCHENKER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2010, Art. 12 N 9; BERGER, GestG-Kommentar (FN 30), Art. 5

weiter als derjenige der Zweigniederlassung, ebenso wie der Begriff der Geschäftsniederlassung über den Begriff der Zweigniederlassung hinausgeht.

Der Zweigbetrieb weist eine betriebliche Eigenständigkeit auf, die sich sowohl gegen aussen wie auch gegen innen zeigt.<sup>32</sup> Die *äusserliche Eigenständigkeit* zeigt sich in einer örtlichen Trennung gegenüber dem Gesamtbetrieb, z.B. durch die Nähe zum Kunden.<sup>33</sup> Ein weiteres äusseres Merkmal ist der unmittelbare Marktzugang des Zweigbetriebs, d.h. dass der Zweigbetrieb selbständig auf dem Markt in Erscheinung tritt.<sup>34</sup> Dieses Erscheinungsbild manifestiert sich beispielsweise darin, dass für die Korrespondenz des Zweigbetriebs ein besonderer Briefkopf besteht,<sup>35</sup> der Zweigbetrieb über Telefon- und Telefaxanschlüsse<sup>36</sup> (und heute Homepage) verfügt oder dass der Zweigbetrieb unter einer Firma betrieben wird, die Zusätze zur Firma des Unternehmensträgers enthält.<sup>37</sup> Die *innere Eigenständigkeit* des Zweigbetriebs zeigt sich als Eigenständigkeit in der Aufgabe, in der Leitung und in der Organisation.<sup>38</sup> Dies bedeutet, dass der Zweigbetrieb selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen könnte (eigenständige Aufgabe),<sup>39</sup> dass die Leitung des Zweigbetriebs diesen nach dem Ergebnis der eigenen Willensbildung führt (eigenständige Leitung)<sup>40</sup> und dass der Zweigbetrieb organisatorisch in sich geschlossen ist (eigenständige Organisation).<sup>41</sup>

Werden die Merkmale des Zweigbetriebs hinsichtlich seiner inneren und äusseren Eigenständigkeit mit den Merkmalen der Zweigniederlassung verglichen,<sup>42</sup> stellt man fest, dass eine klare Abgrenzung nicht möglich ist. Wie der Zweigbetrieb ist auch die handelsrechtliche Zweigniederlassung gegen aussen und gegen innen eigenständig und gehört dem Unternehmensträger.

Dennoch scheint der Begriff des Zweigbetriebs, wie derjenige der Geschäftsniederlassung, über den Begriff der Zweigniederlassung hinauszugehen. Das Bundesgericht hat zur Abgrenzung festgehalten, dass die Anforderungen, welche an eine Zweigniederlassung gestellt werden, bei einem Zweigbetrieb nicht alle erfüllt zu sein brauchen.<sup>43</sup> Der Vergleich der Merkmale der Zweigniederlassung mit den Merkmalen des Zweigbetriebs lässt

indes nicht erkennen, welche Merkmale der Zweigniederlassung weggelassen werden können und trotzdem von einem Zweigbetrieb gesprochen werden kann. Im Ergebnis verbleibt allein der Handelsregistereintrag als klares Unterscheidungsmerkmal zwischen der Zweigniederlassung und der zivilprozessualen Niederlassung.<sup>44</sup>

Gleiches gilt für den Unterschied zwischen Zweigniederlassung und Geschäftsniederlassung. Die Geschäftsniederlassung wird in der Literatur ebenfalls als Zweigbetrieb beschrieben: Nach SCHMID und nach STAEHELIN handelt es sich bei der Geschäftsniederlassung um eine private Leistungseinheit, die in der Schweiz Sachgüter oder Dienstleistungen für Dritte gegen Entgelt produziert.<sup>45</sup> Die abstrakte Bezeichnung *Leistungseinheit*<sup>46</sup> fasst zusammen, was die Geschäftsniederlassung ist: eine abgeschlossene Geschäftseinheit des Unternehmensträgers mit einer weitgehenden Eigenständigkeit. SCHÜPBACH und JEANNERET/STRUB halten dafür, dass die Geschäftsniederlassung eine Betriebsstätte oder Leistungseinheit sei, die dem Schuldner zur Ausübung einer nicht nur vorübergehenden wirtschaftlichen Tätigkeit dient, wobei sich der Schuldner gewisser menschlicher und anderer Ressourcen bedient.<sup>47</sup> Mit dem Wort *Betriebsstätte*

<sup>44</sup> GAUCH fügt dem Unterscheidungskriterium des Handelsregistereintrags ein weiteres hinzu, das des *unmittelbaren Marktzuganges*. Der unmittelbare Marktzugang stelle ein Wesensmerkmal der Zweigniederlassung dar, nicht aber des Zweigbetriebs (GAUCH, Zweigbetrieb [FN 8], Rz. 739, Rz. 119). Verstanden wird darunter ein selbständiges In-Erscheinung-Treten auf dem Markt, das entweder ein tatsächliches sein kann, indem der Zweigbetrieb dem Markt Güter zuführt oder entzieht, oder ein rechtliches, indem der Zweigbetrieb Rechtsgeschäfte für den Unternehmensträger abschliesst (GAUCH, Zweigbetrieb [FN 8], Rz. 116 ff.). Es stellt sich aber die Frage, ob nicht auch dann von einem (tatsächlichen) Marktzugang gesprochen werden kann, wenn der Zweigbetrieb seine Produktion allein für den Unternehmensträger erbringt und dadurch indirekt auf dem Markt auftritt. Nach hier vertretener Auffassung sind die Merkmale des Zweigbetriebs und der Zweigniederlassung bis auf den Handelsregistereintrag dieselben.

<sup>45</sup> SCHMID, BasK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 9; STAEHELIN, AJP/PJA 1995 (FN 9), 273 («private Produktionseinheit»).

<sup>46</sup> Beispielsweise stellt das Luzerner Obergericht in LGVE 1975 Nr. 263 zwar auf den Begriff der Leistungseinheit ab, begründet seinen Entscheid, ob eine italienische Gesellschaft eine Geschäftsniederlassung in Luzern habe, aber mit äusseren Merkmalen und schliesst aus diesen, dass das Luzerner Betriebsbüro das notwendige Mass an Eigenständigkeit hinsichtlich Aufgabe, Leitung und Organisation besitzt.

<sup>47</sup> SCHÜPBACH, CRLP (FN 1), Art. 50 N 8; JEANNERET/STRUB, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 50 N 5 mit Verweis auf Art. 2 lit. f des UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. JEANNERET/STRUB verweisen zudem auf Art. 2 lit. h der europäischen Insolvenzverordnung (InsolvenzVO = Verordnung [EG] Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren), wo die Niederlassung definiert wird als «jeden Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt.»; siehe BISchK 2012, 24 (Medizinpersonal); siehe auch WERNER VON STEIGER, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, achter Band, erster Halbband, Basel und Stuttgart 1976, 93.

N 19 f.; INFANGER, BSK GestG (FN 30), Art. 5 N 16 (Geschäftsstelle).

<sup>32</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 103 ff.; BGE 117 II 85 Erw. 4.a; siehe BGE 77 I 121 Erw. 2; MÜLLER, Komm. GestG (FN 30), Art. 5 N 18.

<sup>33</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 105, Rz. 107.

<sup>34</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 116.

<sup>35</sup> BGE 101 Ia 39 Erw. 4 (zur Frage, ob ein Zweigbetrieb vorliegt); BISchK 2012, 24 (Praxis für Schönheitschirurgie).

<sup>36</sup> BISchK 2012, 24 (Telefonbucheintrag).

<sup>37</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 104.

<sup>38</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 120.

<sup>39</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 121, Rz. 61, Rz. 13.

<sup>40</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 123.

<sup>41</sup> GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 133, Rz. 42; a.M. KÜNG, BKOR (FN 22), Art. 934 N 32, wonach eine rechtliche oder wirtschaftliche Selbständigkeit nicht erforderlich ist.

<sup>42</sup> Siehe vorne im vorangehenden Titel.

<sup>43</sup> BGE 77 I 121 Erw. 2; BGE 68 I 107 Erw. 3.

wird das äussere Erscheinungsbild angesprochen. KREN KOSTKIEWICZ und SCHUMACHER weisen auf die äusseren Einrichtungen hin, die für den Betrieb des Geschäfts notwendig sind und als sichtbare Zeichen für das Vorhandensein der Geschäftsniederlassung sprechen (z.B. eine Fabrik, Büro- oder Verkaufsräumlichkeiten).<sup>48</sup>

Die handelsrechtliche Zweigniederlassung, die betriebsrechtliche Geschäftsniederlassung und die zivilprozessuale Niederlassung weisen letztlich die gleichen physischen und organisatorischen Merkmale auf. Die Abgrenzung erfolgt somit durch den Handelsregistereintrag, welcher die Geschäftsniederlassung und die Niederlassung zur Zweigniederlassung werden lässt.

## 5. Hauptniederlassungsbegriff

Nach Art. 934 Abs. 1 OR muss ein Unternehmensträger am Ort der Hauptniederlassung ins Handelsregister eingetragen werden, sofern er ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt. Die Hauptniederlassung ist der Ort, wo sich die Geschäftsleitung hauptsächlich aufhält oder wo sie ihren festen Standort hat und von wo aus das Tagesgeschäft des Unternehmens geführt wird.<sup>49</sup> Indem Art. 934 OR auf den Ort der Hauptniederlassung abstellt, ist die physische Präsenz des Unternehmensträgers massgebend und nicht der statutarische Sitz.<sup>50</sup> Zum Sitz bestimmt Art. 56 ZGB für juristische Personen, dass sich dieser dort befindet, wo die Verwaltung geführt wird, sofern es die Statuten nicht anders regeln.<sup>51</sup> Der Ort der Hauptnieder-

lassung und der Sitz des Unternehmensträgers müssen also nicht übereinstimmen.

In der Lehre wird zu Recht vertreten, dass der Begriff der Geschäftsniederlassung sowohl die Hauptniederlassung wie auch die Zweigniederlassung umfasst.<sup>52</sup> Das bedeutet, dass ein Unternehmensträger mit statutarischem Sitz im Ausland, der in der Schweiz aber seine Hauptniederlassung unterhält, nach Art. 50 Abs. 1 SchKG am Ort der Hauptniederlassung betrieben werden kann.<sup>53</sup> Der Begriff der Geschäftsniederlassung dient somit als Oberbegriff für die Haupt- und die (im Handelsregister eingetragene wie auch die nicht eingetragene) Zweigniederlassung.

## 6. Ergebnis

Das physische Erscheinungsbild der handelsrechtlichen Zweigniederlassung, der betriebsrechtlichen Geschäftsniederlassung und der zivilprozessualen Niederlassung wird als Zweigbetrieb bezeichnet. Ob ein Zweigbetrieb eine handelsrechtliche Zweigniederlassung darstellt, eine betriebsrechtliche Geschäftsniederlassung oder eine zivilprozessuale Niederlassung, ist anhand des bestehenden oder fehlenden Handelsregistereintrags zu entscheiden. Entsprechend kann für die Frage, ob eine Geschäftsniederlassung nach Art. 50 Abs. 1 SchKG vorliegt, oder eine Niederlassung nach Art. 12 ZPO, auf die physischen und organisatorischen Begriffsmerkmale der handelsrechtlichen Zweigniederlassung abgestellt werden.<sup>54</sup>

Weder Zweigniederlassungen noch Niederlassungen oder Geschäftsniederlassungen sind demnach: (1) Warenlager,<sup>55</sup> Lagerhäuser, Magazine, Speicher; (2) Schiffswerften, Eisenbahnstationen, Kraftwerkstationen, Tankstellen; (3) Liegenschaften;<sup>56</sup> (4) ohne ge-

<sup>48</sup> KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 332; SCHUMACHER, Diss. (FN 16), 8; zum Begriff des Geschäftsbetriebs ebd., 9: objektive Seite des Geschäftsbetriebs (die äusseren Einrichtungen) und subjektive Seite (die Tätigkeit, die den Inhalt der geschäftlichen Betätigung bildet); siehe auch GVP 2003 Nr. 90 (Restaurant als Geschäftsniederlassung).

<sup>49</sup> Siehe SCHUMACHER, Diss. (FN 16), 7: Die Hauptniederlassung «ist der Ort der obersten Leitung des Unternehmens, und wo die den Inhalt der wirtschaftlichen Tätigkeit bildenden Geschäfte abgeschlossen werden.»; siehe auch IVO SCHWANDER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 12 N 4; INFANGER, BSK GestG (FN 30), Art. 5 N 17; MÜLLER, Komm. GestG (FN 30), Art. 5 N 12; FELLER/BLOCH, Kommentar ZPO (FN 28), Art. 12 N 5; KÜNG, BK OR (FN 22), Art. 934 N 34.

<sup>50</sup> Für die Zweigniederlassung gilt nach Art. 935 Abs. 1 OR, dass sie ebenfalls an ihrem Sitz ins Handelsregister einzutragen ist. Mit dem Sitz der Zweigniederlassung ist indessen ihr Geschäftssitz gemeint, d.h. der Ort, wo sich die Geschäftsleitung der Filiale befindet (HIS, BK OR [FN 14], Art. 935 N 32).

<sup>51</sup> BGE 56 I 364 Erw. 6: «Vielmehr müssen Hauptniederlassung, Zweigniederlassung und Sitz auseinandergelassen werden. An letzterem, dem statutarischen Domizil der Aktiengesellschaft, wird sich zwar vielfach auch der Hauptgeschäftsbetrieb befinden. Indessen muss dies durchaus nicht so sein, indem nach herrschender Auffassung eine juristische Person im Gegensatz zu den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (...) ihren Sitz vollkommen frei wählen kann (...); er braucht also nicht mit dem örtlichen Mittelpunkt des Geschäftsbetriebes im Einklang zu sein, sondern kann in den Statuten beliebig

bestimmt werden, auch wenn er mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt.»

<sup>52</sup> BLUMENSTEIN, Handbuch (FN 21), 182; SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 10; LENZI, Diss. (FN 12), 89; vgl. KÜNG, BK OR (FN 22), Art. 934 N 33 («Eine Geschäftsniederlassung kann Hauptniederlassung oder Zweigniederlassung sein»).

<sup>53</sup> A.M. ZR 94 (1995) Nr. 61 Erw. II.3.2 betreffend den ausländischen Wohnsitz des Schuldners, der als Einzelunternehmer im Handelsregister eingetragen ist: Das Konkursgericht verneinte den Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG am Ort des Geschäftssitzes (d.h. der Schweizer Hauptniederlassung). Dies scheint indessen im Gegensatz zu BGE 78 I 117 = Pra 41 (1953) Nr. 104 zu stehen, wo es um einen in Frankreich lebenden Franzosen ging, der als unbeschränkt haftender Teilhaber einer schweizerischen Kommanditgesellschaft im Handelsregister eingetragen war. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Franzose in Genf auf Konkurs betrieben werden kann.

<sup>54</sup> Ebenso KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 330, die dafür hält, für die Bestimmung des Begriffs der Geschäftsniederlassung den Terminus der Zweigniederlassung im Sinne von Art. 935 Abs. 2 OR heranzuziehen; gl.M. auch JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG I (FN 12), Art. 50 N 3.

<sup>55</sup> A.M. wohl ZR 1909 Nr. 157.

<sup>56</sup> ZR 1909 Nr. 157; anders aber die Bewirtschaftung einer Liegenschaft für einen im Ausland wohnenden Besitzer, Pächter oder Nutzniesser (Lenzi, Diss. [FN 12], 88).

schäftliche Leitung: Hilfsgeschäfte, Ausgabe- und Empfangsstellen für den Zahlungsverkehr, Versandstätten, Werkstätten, technische Büros, Laboratorien, Heimindustriebetriebe.<sup>57</sup> Unklar ist die Qualifikation bei Verkaufsbüros. Die herrschende Meinung qualifiziert sie als Geschäftsniederlassungen,<sup>58</sup> was in aller Regel zutrifft, da ein Verkaufsbüro über eine eigene Leitung verfügt. Fehlt eine solche, wie dies z.B. bei einer ständigen Verkaufsstelle für Konzert- oder Theaterkarten der Fall sein dürfte, liegt eine Geschäftsniederlassung vor.

### III. Verbindlichkeiten auf Rechnung der Geschäftsniederlassung

Ein Betreibungsort am Domizil der Geschäftsniederlassung besteht nach Art. 50 Abs. 1 SchKG nicht für alle Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers, sondern nur für solche, die «auf Rechnung» der Geschäftsniederlassung eingegangen wurden. Dies bedarf der Erläuterung in zweifacher Hinsicht: Zum einen ist zu klären, was mit *Verbindlichkeiten* gemeint ist, zum anderen ist zu untersuchen, was die Formulierung *auf Rechnung der Geschäftsniederlassung* bedeutet.

#### 1. Verbindlichkeiten als Schulden

Der Begriff der *Verbindlichkeiten* ist ein Oberbegriff aus dem Buchführungsrecht, der die Schulden samt den Rückstellungen in einer Bilanz bezeichnet.<sup>59</sup> Da Verbindlichkeiten auch Rückstellungen umfassen, ist der Begriff für die Verwendung in Art. 50 Abs. 1 SchKG nicht geeignet: Nur Schulden können betrieben werden, Rückstellungen nicht.

Auch der Begriff der Rückstellungen stammt aus dem Buchführungsrecht und bezeichnet zum einen nicht bargeldwirksame Aufwandsbuchungen, deren Anlass in der Rechnungsperiode liegt und einen künftigen Mittelabfluss ohne zurechenbaren Gegenwert erwarten lässt; zum andern bezeichnen Rückstellungen die Fremdkapitalposition in der Bilanz, die sich auf eine Schätzung des künftigen Mittelabflusses stützt.<sup>60</sup> Nachdem der Schuldner Rückstellungen ohne Zutun eines Gläubigers bildet und sie keine betreibbare Forderung darstellen, verwendet

der Gesetzgeber den Begriff *Verbindlichkeiten* in Art. 50 Abs. 1 SchKG – ebenso wie beispielsweise in Art. 97 Abs. 1 und in Art. 102 OR<sup>61</sup> – im Sinne von *Schulden*.

#### 2. Hinreichender Zusammenhang mit der Geschäftsniederlassung

Art. 50 Abs. 1 SchKG erfasst nicht alle Schulden, sondern nur diejenigen, die *auf Rechnung der Geschäftsniederlassung* eingegangen worden sind. Nicht gemeint ist, dass die Geschäftsniederlassung selbst Verpflichtungen einget. Die Geschäftsniederlassung ist – ebenso wie die Zweigniederlassung<sup>63,64</sup> – nicht rechtsfähig<sup>65</sup> und kann entsprechend keine Rechte oder Pflichten begründen. Gemeint sind vielmehr Schulden des im Ausland domizilierten Unternehmensträgers.<sup>66</sup> Schulden gelten als auf

<sup>61</sup> ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, Bern 2000, Art. 102 N 50.

<sup>62</sup> MARTZ, Diss. (FN 10), 128; SCHAFROTH, Diss. (FN 2), 57: «Eine Verbindlichkeit kann damit gar nicht auf Rechnung (in diesem Sinn) einer Zweigniederlassung lauten.»

<sup>63</sup> BGE 139 III 278 Erw. 2.2 (nicht publiziert) = BGER 4A\_27/2013 Erw. 2.2; BGE 120 III 11 Erw. 1.a = Pra 83 (1994) Nr. 279 924; ZR 113 (2014) Nr. 26; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht (FN 21), § 24 Rz. 12; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 331; KÜNG, BK OR (FN 22), Art. 935 N 29; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 1592.

<sup>64</sup> Nach Art. 2 lit. a Ziff. 14 HRegV handelt es sich bei der Zweigniederlassung um eine *Rechtseinheit*. Den Begriff der Rechtseinheit verwendet die HRegV im Hinblick auf die Frage, welche Organisationsformen sich ins Handelsregister eintragen müssen, ohne sich zur Rechtspersönlichkeit zu äussern, und als Oberbegriff, um den Verordnungstext zu straffen und verständlicher zu machen (NICHOLAS TURIN, in: Rino Siffert/Nicholas Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung [HRegV], Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV], Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2013, Art. 2 N 3); siehe den Hinweis bei MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 2 N 8, wonach der Begriff der Rechtseinheit erst durch die HRegV eingeführt wurde.

<sup>65</sup> Die Rechtsfähigkeit kommt den Menschen (Art. 11 Abs. 1 ZGB) und den juristischen Personen (Art. 53 ZGB) zu (siehe AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1–10, Das Personenrecht, Art. 11–89, 2. Aufl., Zürich 1930, Art. 52 N 1), sowie in beschränktem Umfang etwa der Kollektivgesellschaft.

<sup>66</sup> SCHÜPBACH, CR LP (FN 1), Art. 50 N 15; SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 11; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 329. Die Geschäftsniederlassung muss im Zeitpunkt der Betreibung, d.h. im Moment des Absendens des Betreibungsbegehrens, noch bestehen (BGE 5A\_695/2010 Erw. 2). Bei einem Schweizer Unternehmensträger begründet die Geschäftsniederlassung keinen Betreibungsort, sondern der Schuldner ist nach Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG an seinem Sitz oder Wohnsitz zu betreiben (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 10 Rz. 26; FRITZSCHE/WALDER, Band I [FN 5], § 11 Rz. 13).

<sup>57</sup> Die Liste orientiert sich an der Aufzählung von HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 13; siehe auch SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 7.

<sup>58</sup> KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 332; SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 9; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG I (FN 12), Art. 50 N 3; a.M. HIS, BK OR (FN 14), Art. 935 N 13 (Verkaufsstätten).

<sup>59</sup> KARL KÄFER, Berner Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, 1. Teilband, Grundlagen und Artikel 957 OR, Bern 1981, Art. 957 N 239; PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 342; siehe auch Art. 960 OR.

<sup>60</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung (FN 59), Rz. 1001, Rz. 1003; KARL KÄFER, Berner Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, 2. Teilband, Artikel 958–964 OR, Bern 1981, Art. 958 N 552.

Rechnung der Schweizer Geschäftsniederlassung eingegangen, wenn sie einen hinreichenden Zusammenhang mit der Geschäftsniederlassung aufweisen.<sup>67</sup> Ein hinreichender Zusammenhang besteht, wenn eine Schuld gegenüber der Geschäftsniederlassung «effektiv und originär» begründet wird.<sup>68</sup> Nicht abgestellt wird auf den Rechtsgrund der Schuld und damit auch nicht auf die Rechtsnatur des Anspruchs (vertraglich/ausservertraglich).<sup>69</sup>

Für vertragliche Ansprüche gegen den Unternehmensträger besteht regelmässig ein Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG, wenn die Geschäftsniederlassung im Vertrag, aus dem die Forderung stammt, als Partei behandelt wird.<sup>70</sup> Dies ist der Fall, wenn das Vertragsdokument die Geschäftsniederlassung – trotz fehlender Rechtsfähigkeit – als Partei aufführt.<sup>71</sup> Ebenso wird ein genügender Zusammenhang angenommen, wenn die Forderung aus einem Vertrag stammt, der von für die Niederlassung tätigen Personen abgeschlossen wurde.<sup>72</sup> Beispiele sind (1) Lieferantenforderungen für an die Geschäftsniederlassung gelieferte Güter (wie Einrichtungsgegenstände, Produktionsgeräte, Hard- und Software) oder für zugunsten der Geschäftsniederlassung erbrachte Dienstleistungen (wie Buchhaltung [sofern die Geschäftsniederlassung über eine solche verfügt], Reinigungsdienste, EDV-Wartungsarbeiten); (2) Forderungen von Kunden, die ein Produkt des Unternehmensträgers an der Geschäftsniederlassung erworben oder an der Geschäftsniederlassung eine Dienstleistung bestellt haben; (3) Forderungen aus Arbeitsverträgen von Arbeitneh-

mern, deren Arbeitsort<sup>73</sup> sich am Ort der Geschäftsniederlassung befindet.<sup>74,75</sup>

Für ausservertragliche Ansprüche gegen den Unternehmensträger wird Art. 50 Abs. 1 SchKG einen Betreuungsort selten begründen. Ein hinreichender Zusammenhang des ausservertraglichen Anspruchs mit der Geschäftsniederlassung bestünde bei deliktischen Handlungen durch Personal der Geschäftsniederlassung, z.B. bei Schadenersatzforderungen aus einem Unfall mit einem Geschäftsfahrzeug, das zur Geschäftsniederlassung gehört.<sup>76</sup> Zu den ausservertraglichen Ansprüchen gehören auch Steuerforderungen.<sup>77</sup>

Gleiches gilt für das Zivilprozessrecht: Art. 12 ZPO begründet einen Gerichtsstand am Ort der Niederlassung für alle Forderungen des Klägers unabhängig der Rechtsnatur.<sup>78</sup> Voraussetzung ist indessen – wie für den Betreuungsort nach Art. 50 Abs. 1 SchKG – dass die einzuklagende Forderung einen hinreichenden Zusammenhang mit der Niederlassung aufweist.<sup>79</sup> Wie im Betreibungsrecht, das eine *effektive und originäre Begründung* der Schuld gegenüber der Geschäftsniederlassung verlangt, betrifft auch Art. 12 ZPO nur diejenigen Schulden, die der Unternehmensträger in *unmittelbarer Beziehung* zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung eingeht.<sup>80</sup> Der Begriff des unmittelbaren Zusammenhangs ist nach einhelliger

<sup>67</sup> BLUMENSTEIN, Handbuch (FN 21), 182; Forderungen mit «einem Bezug zur Geschäftsniederlassung» verlangte das St. Galler Kantonsgericht in GVP 2010 Nr. 127 Erw. 4. c; von einer *funktionalen Beziehung* spricht MARTZ, Diss. (FN 10), 128; DIEBOLD, Diss. (FN 12), 109 f. § 156 («en rapport étroit»).

<sup>68</sup> KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 334; SCHMID, BSK SchKG I (FN 2), Art. 50 N 12; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht, Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, BLSchK 1993, 1–22, 12; NUSSBAUM, Insolvenzrecht (FN 2), 20.

<sup>69</sup> BGE 47 III 14 Erw. 2; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi de 11 avril 1889, texte en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997, Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 50 N 27; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 334; LENZI, Diss. (FN 12), 92.

<sup>70</sup> Möglicherweise fraglich, wenn es sich um einen Schuldübernahmevertrag handelt, auf dem die Geschäftsniederlassung als Partei aufgeführt wird (siehe KREN KOSTKIEWICZ, BLSchK 1993 [FN 68], 12, Fn. 78; NUSSBAUM, Insolvenzrecht [FN 2], 20).

<sup>71</sup> Siehe BGE 120 III 11 = Pra 83 (1994) Nr. 279 (fehlerhafte Parteibezeichnung: Geschäftsniederlassung anstatt Unternehmensträger); nicht nach Art. 50 Abs. 1 SchKG, sondern nach Abs. 2 kommt ein Betreuungsort in Frage, wenn der vereinbarte Erfüllungsort in der Schweiz liegt (siehe FRITZSCHE/WALDER, Band I [FN 5], § 11 Rz. 16; JEANNERET/STRUB, Kurzkomm SchKG [FN 5], Art. 50 N 12).

<sup>72</sup> BERGER, GestG-Kommentar (FN 30), Art. 5 N 36.

<sup>73</sup> Zur Definition ROLAND MÜLLER/CÉLINE HOFER/MANUEL STENGEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP/PJA 2015, 564–578, 565, ferner mit dem Hinweis, dass bei einem Unternehmensträger mit mehreren Betrieben ohne abweichende Vereinbarung davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis nur für einen bestimmten Betrieb begründet wurde.

<sup>74</sup> FELLER/BLOCH, Kommentar ZPO (FN 28), Art. 12 N 20; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, 3. Aufl., Zürich 1997, § 3 N 12; siehe das Beispiel in BLSchK 2011, 154 ff. (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen).

<sup>75</sup> Wobei bei einem innerschweizerischen Sachverhalt der Gerichtsstand nach Art. 12 ZPO alternativ zum Gerichtsstand nach Art. 34 ZPO besteht (BGE 129 III 31 Erw. 3.2 [zu Art. 5 GestG]).

<sup>76</sup> Art. 12 ZPO alternativ zu Art. 38 ZPO (MÜLLER, Komm. GestG [FN 30], Art. 5 N 28; BERGER, GestG-Kommentar [FN 30], Art. 5 N 37).

<sup>77</sup> Siehe die Liste bei KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 334.

<sup>78</sup> Bereits BGE 37 I 41; BERGER, BK ZPO I (FN 28), Art. 12 N 32; FELLER/BLOCH, Kommentar ZPO (FN 28), Art. 12 N 19, N 20, N 23; SCHWANDER, ZPO Komm. (FN 49), Art. 12 N 9; BERGER, GestG-Kommentar (FN 30), Art. 5 N 37.

<sup>79</sup> SCHENKER, SHK ZPO (FN 31), Art. 12 N 14 (Zusammenhang); FELLER/BLOCH, Kommentar ZPO (FN 28), Art. 12 N 19, und BERGER, BK ZPO I (FN 28), Art. 12 N 29 (hinreichender Zusammenhang); DOMINIK INFANGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 12 N 21 (unmittelbare Beziehung zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung); MÜLLER, Komm. GestG (FN 30), Art. 5 N 26; BERGER, GestG-Kommentar (FN 30), Art. 5 N 34.

<sup>80</sup> INFANGER, BasK ZPO (FN 79), Art. 12 N 21; BERGER, GestG-Kommentar (FN 30), Art. 5 N 36; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 74), § 3 N 12.

Meinung weit auszulegen.<sup>81</sup> Ein weites Begriffsverständnis muss auch für den hinreichenden Zusammenhang in Art. 50 Abs. 1 SchKG gelten. Die Abweichung im Wortlaut, dass Art. 50 Abs. 1 SchKG von Schulden «auf Rechnung» der Geschäftsniederlassung spricht und Art. 12 ZPO von Klagen «aus dem Betrieb» der Geschäftsniederlassung, ist eine bloss sprachliche Divergenz und bleibt ohne rechtliche Auswirkungen.

#### IV. Niederlassungskonkurs und Art. 39 Abs. 1 SchKG

##### 1. Wahl der Betreibungsart

Nach Erhalt des Fortsetzungsbegehrens entscheidet das Betreibungsamt über die Betreibungsart (Art. 38 Abs. 3 SchKG). Wählt es die falsche Betreibungsart, ist die Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamts nichtig.<sup>82</sup> Um festzustellen, ob der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, stellt das Betreibungsamt auf Art. 39 Abs. 1 SchKG ab, welcher die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner abschliessend<sup>83</sup> aufzählt.

##### 2. Begriff des Niederlassungskonkurses als Paradoxon

###### 2.1. Auslegung

Der Begriff *Niederlassungskonkurs* scheint darauf hinzudeuten, dass Niederlassungen der Konkursbetreibung unterliegen. Dies, obschon die Liste in Art. 39 Abs. 1 SchKG weder die Geschäftsniederlassung noch die Zweigniederlassung nennt.

Für die *Zweigniederlassung* geht das Bundesgericht von der Konkursbetreibung aus.<sup>84</sup> Ebenso der Bundesrat in der Botschaft zum IPRG<sup>85</sup> und verschiedene Autoren.<sup>86</sup>

Für die *Geschäftsniederlassung* unterscheiden die Mehrheit der Autoren und das Bundesgericht danach, ob es sich um eine im Handelsregister eingetragene Geschäftsniederlassung (und damit um eine Zweigniederlassung) handelt oder um eine nicht eingetragene Geschäftsniederlassung. Während die eingetragene Geschäftsniederlassung der Konkursbetreibung unterliegt, wird die Betreibung gegen eine nicht eingetragene Geschäftsniederlassung mittels Pfändung fortgesetzt.<sup>87</sup> Die Mindermeinung geht davon aus, dass auch eine nicht im Handelsregister eingetragene Geschäftsniederlassung auf Konkurs betrieben werden kann.<sup>88</sup>

Art. 39 Abs. 1 SchKG sind diese Unterscheidungen nicht zu entnehmen. Obschon der Handelsregistereintrag ein massgebendes Kriterium darstellt, das darüber entscheidet, ob ein Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt,<sup>89</sup> bewirkt der Handelsregistereintrag für sich allein die Konkursbetreibung nicht. Ein Schuldner unterliegt nur dann der Konkursbetreibung, wenn er – nach dem Wortlaut der Bestimmung – *in einer der in Ziff. 1 bis Ziff. 14 genannten Eigenschaften* im schweizerischen<sup>90</sup> Handelsregister eingetragen ist.<sup>91</sup>

<sup>81</sup> BERGER, BK ZPO I (FN 28), Art. 12 N 30; SCHENKER, SHK ZPO (FN 31), Art. 12 N 15; FELLER/BLOCH, Kommentar ZPO (FN 28), Art. 12 N 19; MÜLLER, Komm. GestG (FN 30), Art. 5 N 27; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomm. ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 12 N 17.

<sup>82</sup> BGE 120 III 105 Erw. 1 = Pra 85 (1996) Nr. 20 (anders verhält es sich, wenn eine Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet wird, anstelle der von Art. 41 Abs. 1 SchKG vorgesehenen Betreibung auf Pfandverwertung [vgl. dazu BGE 140 III 180 Erw. 5.1.4 = Pra 103 [2014] Nr. 113 904]); BGE 101 III 18 Erw. 1.a; BLUMENSTEIN, Handbuch (FN 21), 160; JENT-SØRENSEN, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 40 N 3.

<sup>83</sup> FRITZSCHE/WALDER, Band I (FN 5), § 10 Rz. 10; GILLIÉRON, Commentaire (FN 69), Art. 39 N 16; ACOCELLA, BSK SchKG I (FN 2), Art. 39 N 3; AMONN/WALTHER, SchKG (FN 66), § 9 Rz. 3; BLUMENSTEIN, Handbuch (FN 21), 158.

<sup>84</sup> BGE 114 III 6 Erw. 1.b = Pra 77 (1988) Nr. 206 770; BGE 107 III 53 Erw. 4.e = Pra 71 (1982) Nr. 47 111; BGE 93 I 716 Erw. 1.b = Pra 57 (1968) Nr. 118 425; BGE 79 III 13 Erw. 2 und 3; BGE 40 III 123 Erw. 2; BGER 5P.327/1999 Erw. 4.a.

<sup>85</sup> BBl 1983 I 451, wo vom «Niederlassungskonkurs des Artikels 50 SchKG» die Rede ist.

<sup>86</sup> FRITZSCHE/WALDER, Band I (FN 5), § 11 Rz. 15; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 2085, Rz. 2114 ff.; DIEBOLD, Diss. (FN 12), 113.

<sup>87</sup> Nicht explizit BGE 79 III 13 Erw. 3 a.E. = Pra 42 (1953) Nr. 61 191 f. («Die Ansicht, auch ohne solchen [gemeint ist der Handelsregistereintrag] lasse sich die Zulässigkeit einer Konkursbetreibung gegen eine ausländische Gesellschaft aus einem in der Schweiz unterhaltenen Filialbetriebe ableiten, ist mit der in den Art. 39 und Art. 40 SchKG getroffenen Ordnung nicht vereinbar.»); HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Konkursrecht, Arrest, Miete und Pacht, Paulianische Anfechtung, Nachlassvertrag und Notstundung, Besondere Ordnungen, Zürich 1993, § 36 Rz. 16; VISCHER, ZK IPRG (FN 2), Art. 160 N 20; ACOCELLA, BSK SchKG I (FN 2), Art. 39 N 17; GILLIÉRON, SchKG I (FN 69), Art. 39 N 17; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 335; JENT-SØRENSEN, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 39 N 13; DANIEL STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss., Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Band 45, Basel und Frankfurt am Main 1989, 103; STAEHELIN, AJP/PJA 1995 (FN 5), 278.

<sup>88</sup> SCHAFFROTH, Diss. (FN 2), 60; wohl auch DIEBOLD, Diss. (FN 12), 113.

<sup>89</sup> So bereits in der Botschaft zur ersten Version des SchKG: «Unser System, das für die im Handelsregister eingetragenen den Weg des Konkurses als die gesetzliche Betreibungsart vorsieht» (BBl 1886 II 48); ACOCELLA, BSK SchKG I (FN 2), Art. 39 N 7; JENT-SØRENSEN, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 39 N 1; siehe auch BGE 79 III 13 Erw. 3.

<sup>90</sup> ACOCELLA, BSK SchKG I (FN 9), Art. 39 N 7; JENT-SØRENSEN, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 39 N 1; die Kompetenz zur Führung der Handelsregisterämter obliegt nach Art. 3 HRegV den Kantonen; zu den Bedeutungen des Ausdrucks «Handelsregister» (Gesamtregister, Einzelregister, Kantonalregister) siehe GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 309 ff., Rz. 320 ff.

<sup>91</sup> Aus diesem Grund unterliegen beispielsweise die eingetragenen Organe von Handelsgesellschaften nicht der Konkursbetreibung, sondern der Betreibung auf Pfändung (FRITZSCHE/WALDER, Band I [FN 5], § 10 Rz. 10).



## 2.2. Diskussion

Wenn die Geschäfts- und die Zweigniederlassung im Katalog von Art. 39 Abs. 1 SchKG nicht aufgeführt werden, stellt sich die Frage, ob sie trotzdem der Konkursbetreibung unterliegen.

Die herrschende Meinung bejaht dies. Nicht der rechts- und parteiunfähige Zweigbetrieb gerate in Konkurs, sondern dessen Inhaber: Der Eintrag im schweizerischen Handelsregister bewirke die Konkursfähigkeit des ausländischen Unternehmensträgers, unabhängig davon, ob er an seinem Sitz in einem Handelsregister eingetragen sei.<sup>92</sup>

Zwei Gründe sprechen gegen diese Auffassung. Einerseits das Territorialitätsprinzip,<sup>93</sup> andererseits der Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 SchKG:

(1) Ein ausländischer Schuldner kann im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 SchKG in der Schweiz betrieben werden; einen Konkurs über den ausländischen Schuldner kann ein Schweizer Gericht aufgrund des Territorialitätsprinzips aber nicht eröffnen. Der ausländische Schuldner steht an seinem (ausländischen) Domizil weiterhin aufrecht, auch wenn in der Schweiz ein Konkursdekret ausgesprochen würde. Das Schweizer Konkursdekret müsste im Ausland am Domizilort des Schuldners anerkannt werden. Dies ist kaum denkbar, nachdem das (anerkenntbare) Hauptinsolvenzverfahren im internationalen Verhältnis in aller Regel am Sitzort stattfinden muss.<sup>94</sup> Ein schweizerisches Konkursdekret entfaltet im Ausland somit keine Wirkung und könnte nur die Niederlassung betreffen.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> BGer 5P.327/1999 Erw. 4. a («La faillite relative à la succursale n'est en effet pas dirigée contre elle, mais contre son détenteur»); VISCHER, ZK IPRG (FN 2), Art. 160 N 20; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 2116, mit Hinweis auf eine ausländische Aktiengesellschaft, Rz. 2026; STAEHELIN, Diss. (FN 87), 102 f., mit Verweis auf BGE 79 III 13 Erw. 3 und auf BGE 76 I 150 Erw. 1 = Pra 39 (1950) Nr. 135 407 f.; MARTZ, Diss. (FN 10), 131 f.

<sup>93</sup> Zum Territorialitätsprinzip JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Insolvenzrecht, Stämpfli-Skript, Bern 2013, Rz. 38 ff.; BLUMENSTEIN, Handbuch (FN 21), 553 f.; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 1188 ff.; MÖCKLI, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 1 N 5.

<sup>94</sup> Dazu KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Insolvenzrecht (FN 93), Rz. 67 ff. (COMI [«center of main interest»]; Rechtsprechungshinweise); siehe Art. 166 Abs. 1 IPRG: «Ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist»; siehe auch Art. 3 Abs. 1 EuInsVO (Verordnung [EG] Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren): «Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmässigen Sitzes ist.»

<sup>95</sup> Damit geht einher, dass der Niederlassungskonkurs nur dasjenige Vermögen erfasst, das der Niederlassung zuzurechnen ist (KREN KOSTKIEWICZ, SchKG [FN 9], Rz. 335; JEANNERET/STRUB, Kurzkomm. SchKG [FN 2], Art. 50 N 10); a.M., wonach der Niederlassungskonkurs auch sonstiges Vermögen des Schuldners in der Schweiz betrifft: SCHMID, BSK SchKG I

Auf die übrigen Vermögenswerte, wie z.B. diejenigen an der Hauptniederlassung des Schuldners im Ausland, können die Schweizer Behörden nicht zugreifen.

(2) Art. 39 Abs. 1 SchKG setzt die Eintragung in einem Schweizer Handelsregister voraus.<sup>96</sup> Ein im Ausland domizilierter Unternehmensträger erfüllt diese Voraussetzung nicht.

Verschiedene Autoren verweisen darauf,<sup>97</sup> dass Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG in Klammern Art. 934 und Art. 935 OR nennt. Dort geht es zwar um die Zweigniederlassung, Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG selbst handelt indessen vom Inhaber des Einzelunternehmens.<sup>98</sup> Somit stellt sich die Frage, wie der Verweis auf Art. 934 und Art. 935 OR zu verstehen ist.

Ein Vergleich der in Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1–14 SchKG in Klammern genannten OR-Bestimmungen ergibt, dass die Verweise nicht einheitlich erfolgen. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verweist für den Kollektivgesellschafter auf Art. 554 OR. Dieser bestimmt den Ort, wo die Kollektivgesellschaft ins Handelsregister einzutragen ist. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG verweist für den Kommanditär auf Art. 596 OR, der neben dem Eintragungsort (Abs. 1) zudem eine Regelung über Eintragungsmodalitäten bei einer Sacheinlage enthält (Abs. 3). Art. 39 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG verweist für das Verwaltungsmitglied der Kommandit-AG auf Art. 765 OR, dessen Abs. 2 bestimmt, dass unbeschränkt haftende Mitglieder ins Handelsregister einzutragen sind. Zusammengefasst verweisen Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2–4 SchKG auf Bestimmungen im OR, in denen es um die Eintragung der natürlichen Person (Kollektivgesellschafter, Kommanditär und unbeschränkt haftendes Mitglied der Kommandit-AG) ins Handelsregister geht.

Bei den Gesellschaften und den juristischen Personen verhält es sich anderes: Die Verweise in den Klammern von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 6 bis Ziff. 14 SchKG betreffen jeweils die gesetzlichen Begriffsdefinitionen.

Nochmals anders ist es beim Einzelunternehmen: Art. 934 und Art. 935 OR, auf die Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG verweist, betreffen weder die Eintragung des Einzelunternehmens noch beziehen sie sich auf eine gesetzliche Begriffsdefinition (welche für das Einzelunternehmen im OR fehlt).<sup>99</sup>

(FN 2), Art. 50 N 27; GAUCH, Zweigbetrieb (FN 8), Rz. 2127, Rz. 2156; STAEHELIN, Diss. (FN 87), 105.

<sup>96</sup> Siehe die Nachweise vorne in FN 90.

<sup>97</sup> ACOCELLA, BSK SchKG I (FN 2), Art. 39 N 17; VINCENT JEANNERET, Cross-border insolvency: la situation de la succursale de droit suisse, in: Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (Hrsg.), Insolvenze, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle 2000, 171–185, 176; STAEHELIN, Diss. (FN 87), 103; FRITZSCHE/WALDER, Band I (FN 5), § 11 Rz. 13.

<sup>98</sup> Der Gesetzgeber hat den Begriff der Einzelfirma im OR per 1. Januar 2008 durch den Begriff des Einzelunternehmens ersetzt (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002, 3240). Das SchKG wurde nicht angepasst.

<sup>99</sup> Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht (FN 21), § 26 Rz. 4, mit dem Hinweis, dass das Einzelunternehmen im Übrigen vom Gesetz kaum erwähnt wird.

Art. 934 Abs. 1 OR erwähnt das Einzelunternehmen nicht, sondern nur das nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe. Obschon das Gewerbe als Unternehmen oder Geschäft verstanden werden kann,<sup>100</sup> bleibt Art. 934 OR eine allgemeine Norm, die für jeden Unternehmens-träger gilt.<sup>101</sup> Art. 934 OR umschreibt in Abs. 1 die Pflicht und in Abs. 2 OR das Recht, ein Gewerbe ins Handelsregister einzutragen.<sup>102</sup> Auf eine bestimmte Rechtsform bezieht sich Art. 934 OR aber nicht. Aus dem Verweis auf Art. 934 OR ist für die Betreibungsart der Zweigniederlassung somit keine Erkenntnis abzuleiten. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sagt nur, dass ein im Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen<sup>103</sup> der Konkursbetreibung unterliegt.

Damit verbleibt die Frage, ob aus dem Verweis in Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG auf Art. 935 OR eine Konsequenz abzuleiten ist. Allein vom Wortlaut her könnte der Verweis so verstanden werden, dass ein im Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen mit einer Zweigniederlassung in der Schweiz am Ort dieser Zweigniederlassung auf Konkurs betrieben werden kann. Dies ist aber nicht der Fall, nachdem die Aufzählung der Betreibungs-orte in Art. 46 ff. SchKG abschliessend erfolgt.<sup>104</sup> Nach Art. 46 Abs. 2 SchKG ist ein im Schweizer Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen am Sitz zu betreiben.

Bei Art. 935 OR handelt es sich somit, gleich wie bei Art. 934 OR, um eine allgemeingültige Regel, wonach der Unternehmensträger eine Zweigniederlassung ins Handelsregister eintragen muss. Für die Frage, ob eine Geschäfts- oder eine Zweigniederlassung der Konkursbetreibung unterliegt, ergibt sich auch aus Art. 935 OR keine Folgerung.

Ein Vergleich mit der ersten Fassung des SchKG von 1886 zeigt, dass der damalige Art. 49 Ziff. 1 im Wesentlichen mit der heutigen Fassung von Art. 39 Abs. 1 SchKG übereinstimmt: Bereits damals wurde auf das Eintragsrecht und die Eintragungspflicht verwiesen.<sup>105</sup> So-

mit ist auch aus der Gesetzgebungshistorie für die Frage, ob eine Geschäfts- oder eine Zweigniederlassung der Konkursbetreibung unterliegt, keine Erkenntnis abzuleiten.

Wenn aber die Verweise in Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG auf Art. 934 und auf Art. 935 OR nicht darauf schliessen lassen, dass eine Geschäfts- oder eine Zweigniederlassung auf Konkurs betrieben werden kann, und wenn die Geschäfts- und die Zweigniederlassung im Katalog von Art. 39 Abs. 1 SchKG nicht aufgeführt sind, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Konkursbetreibung.

Mit diesem Ergebnis stimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 50 Abs. 2 SchKG überein: Das Bundesgericht hat entschieden, dass am Betreibungsort des Spezialdomizils eine Konkursöffnung – auch eine nach Art. 192 SchKG ohne vorgängige Betreibung – unzulässig ist.<sup>106</sup> Der Systematik von Art. 50 SchKG entsprechend ist davon auszugehen, dass die Bestimmung – wie die Marginale sagt – nur den Betreibungsort bestimmt und eine Konkursöffnung weder am Ort der Geschäftsniederlassung noch am Ort des Spezialdomizils ermöglicht.

Um die Zweigniederlassung der Konkursbetreibung zu unterstellen, wäre eine Gesetzesänderung nötig und Art. 39 Abs. 1 SchKG müsste erweitert werden. Der Einleitungssatz könnte belassen werden (*«Die Betreibung wird auf dem Weg des Konkurses, und zwar als <Ordentliche Konkursbetreibung> [Art. 159–176] oder als <Wechselbetreibung> [Art. 177–189] fortgesetzt, wenn der Schuldner in einer der folgenden Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist:»*). Zu ergänzen wäre der Katalog von Art. 39 Abs. 1 SchKG um eine 15te Ziffer, beispielsweise wie folgt: *«oder über eine Zweigniederlassung eines Schuldners mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland nach den Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 SchKG.»* Um auch die (nicht im Handelsregister eingetragene) Geschäftsniederlassung der Konkursbetreibung zu unterstellen, wäre eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 39 Abs. 1 SchKG nötig und die Voraussetzung des Handelsregister-eintrags für die Konkursbetreibung müsste aufgegeben werden.

### 2.3. Folgen

Die Folgen der Pfändungsbetreibung sind zweifach: Zum einen betroffen ist das Betreibungsamt, das nach dem Fortsetzungsbegehren zuständig bleibt und die Pfändung vollziehen muss (Art. 89 SchKG). Bei der Konkursbetreibung endet die Zuständigkeit des Betreibungsamts mit der Konkursandrohung (Art. 159 SchKG) und der allfälligen Aufnahme eines Güterverzeichnisses (Art. 163 SchKG).

Zum anderen betroffen sind die Gläubiger. Während die Konkursöffnung veröffentlicht wird (Art. 176 SchKG), ist das bei einer Pfändung nicht der Fall. Zwar besteht während dreissig Tagen nach dem Pfändungs-

<sup>100</sup> KÄFER, BK OR I (FN 59), Art. 957 N 45 f.; PETRA RIHAR, Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht, Diss., Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band 17, Zürich/Basel/Genf 2007, 13.

<sup>101</sup> HIS, BK OR (FN 14), Art. 934 N 3 f.

<sup>102</sup> KÜNG, BK OR (FN 22), Art. 934 N 11; MARTIN K. ECKERT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 934 N 1.

<sup>103</sup> Der Handelsregistereintrag ist erforderlich bei einem Umsatz von über Fr. 100'000 pro Jahr (Art. 36 Abs. 1 HRegV).

<sup>104</sup> KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 277.

<sup>105</sup> Art. 49 Ziff. 1 SchKG 1886 lautete: «Als Inhaber einer Einzel-firma (O. 865, Abs. 2 und 4)» (Botschaft zum SchKG 1886, BBl 1886 II 93), wobei die Bestimmung auf Art. 865 Abs. 2 und 4 des OR vom 14. Juni 1881 verwies. Art. 865 Abs. 2 OR 1881 lautete: «Wer unter einer Firma ein Geschäft betreibt, ist befugt, dieselbe in das Handelsregister des Ortes, wo er seine Hauptniederlassung hat, eintragen zu lassen.»; Art. 865 Abs. 4 OR 1881 lautete: «Wer ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich am Orte seiner Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen. Hat er an einem anderen Orte eine Zweigniederlassung, so ist auch an diesem die

Eintragung vorzunehmen.» (Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, BBl 1881 III 308).

<sup>106</sup> BGE 107 III 53 = Pra 71 (1982) Nr. 47.

vollzug die Möglichkeit einer Anschlusspfändung für diejenigen Gläubiger, die ein Fortsetzungsbegehren stellen können (Art. 110 SchKG). Nachdem die dreisig-tägige Frist nicht öffentlich bekannt wird, führt dies dazu, dass der Gläubiger, der die Pfändung erwirkt, besser gestellt ist<sup>107</sup> (weil er das Pfändungssubstrat höchstens mit Gläubigern derselben Gläubigergruppe teilen muss) als der Gläubiger, der die Konkursöffnung durchsetzt (und der letztlich mit allen übrigen Gläubigern an der Verteilung teilnimmt).

### 3. Verhältnis von Art. 50 Abs. 1 SchKG zu Art. 166 IPRG

Art. 166 IPRG handelt von der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets.<sup>108</sup> Er verweist in Abs. 2 für den Fall, dass der ausländische Unternehmensträger eine Zweigniederlassung in der Schweiz besitzt, auf Art. 50 Abs. 1 SchKG. Um das Verhältnis von Art. 166 IPRG zu Art. 50 Abs. 1 SchKG zu klären, sind zwei Sachverhalte anzunehmen: Im einen Sachverhalt befindet sich der ausländische Unternehmensträger im Konkurs, im anderen Sachverhalt ausser Konkurs.

#### 3.1. Konkursiter ausländischer Unternehmensträger

Wird über einen im Ausland domizilierten Unternehmensträger der Konkurs eröffnet,<sup>109</sup> können sowohl die ausländische Konkursverwaltung wie auch ein Gläubiger<sup>110</sup> das ausländische Konkursdekret in der Schweiz anerkennen lassen.<sup>111</sup>

Die Rechtsfolge der Anerkennung besteht darin, dass das Gericht einen sogenannten Mini- oder Hilfskonkurs<sup>112</sup> eröffnet.<sup>113</sup> Dieser Hilfskonkurs umfasst das gesamte Vermögen des ausländischen Konkursiten in der Schweiz.<sup>114</sup> Dazu gehören auch die Aktiven und Passiven einer schweizerischen Niederlassung<sup>115</sup>.<sup>116</sup> Die Eröffnung eines Minikonkurses erfasst somit die Schweizer Geschäfts- oder Zweigniederlassung. Dies stellt eine Ausnahme zur Erkenntnis vorne dar, wonach die Vermögenswerte einer Schweizer Geschäfts- oder Zweigniederlassung nur der Vollstreckung durch Pfändung unterliegen. Auslösendes Element des (Mini)Konkurses ist indessen nicht die Eintragung der Zweigniederlassung im Handelsregister, sondern das ausländische Konkursdekret. Entsprechend stellt der Minikonkurs eine Form der Rechtshilfe dar.<sup>117</sup> Die Geschäfts- oder Zweigniederlassung in der Schweiz bildet einen Vermögenswert des ausländischen Schuldners ungeachtet dessen, ob ein Handelsregistereintrag besteht.

#### 3.2. Aufrecht stehender ausländischer Unternehmensträger

Befindet sich der ausländische Unternehmensträger ausser Konkurs, kommen die Bestimmungen des IPRG nicht zur Anwendung.<sup>118</sup> Massgebend bleibt Art. 50 Abs. 1 SchKG, auf den Art. 166 Abs. 2 IPRG verweist. Wie die vorstehende Untersuchung ergeben hat, unterliegt eine schweizerische Geschäfts- oder Zweigniederlassung in diesem Fall der Betreuung auf Pfändung.

<sup>107</sup> «Windhundprinzip» oder «first come, first served» (KREN KOSTKIEWICZ, SchKG [FN 9], Rz. 795, Rz. 49); siehe FRITZSCHE/WALDER, Band I (FN 5), § 27 Rz. 8.

<sup>108</sup> Zum Begriff des Konkursdekrets etwa die Besprechung eines unpublizierten Entscheids des Zürcher Konkursgerichts von IVO SCHWANDER, Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Sachen-, Gesellschafts- und Konkursrecht, SZIER 2000, 345–390, passim, insb. 375 ff.; HANS HANISCH, Die Vollstreckung von ausländischen Konkurserkennnissen in der Schweiz, AJP/PJA 1999, 17–30, 18.

<sup>109</sup> Wobei als Konkursverfahren alle Gesamtverfahren zur kollektiven Gläubigerbefriedigung gelten, die unter Wahrung der Gläubigergleichbehandlung den Beschlag und die Verwertung des Schuldnervermögens zum Gegenstand haben und durch ein Gericht oder eine analoge Behörde kontrolliert werden (KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Insolvenzrecht [FN 93], Rz. 213). Ob der ausländische Schuldner der Konkursbetreuung unterliegt, beurteilt sich nach dem Recht des Staates, in dem der Konkurs eröffnet wird (Botschaft IPRG, BBl 1983 I 45).

<sup>110</sup> Dabei handelt es sich um einen Gläubiger im ausländischen Konkursverfahren (VOLKEN, ZK IPRG [FN 2], Art. 166 N 67; BERTI/MABILLARD, BSK IPRG [FN 4], Art. 166 N 22).

<sup>111</sup> Zuständig ist nach Art. 167 Abs. 1 und 2 IPRG das zuerst angerufene Gericht an einem Ort, an dem sich schuldnerisches Vermögen befindet. Die Anerkennungsvoraussetzungen sind in Art. 166 Abs. 1 lit. a bis c IPRG geregelt (Vollstreckbarkeit des Dekrets im ausländischen Erlassstaat, kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG und Gegenrecht des ausländischen Staates (neu betreffend die Niederlande BGE 141 III 222 [Gegenrecht bejaht]); ausführlich FELIX ZILTENER/ANDREA SPÄTH, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, 37–91, passim).

<sup>112</sup> Auch: IPRG-Konkurs (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, einschliesslich der Übereinkommen zum internationalen Kinderschutz, Bern 2013, Rz. 65; KREN KOSTKIEWICZ, OFK IPRG [FN 4], Art. 166 N 19).

<sup>113</sup> Siehe ZR 94 (1995), Nr. 59 Erw. III.2; siehe auch ZR 94 (1995) Nr. 62 Erw. III.1.

<sup>114</sup> Siehe Art. 170 Abs. 1 IPRG; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 9), Rz. 1192.

<sup>115</sup> Obschon Art. 166 Abs. 2 IPRG nur von der Zweigniederlassung spricht und die Geschäftsniederlassung nicht erwähnt, ist mit dem Begriff der Zweigniederlassung auch die Geschäftsniederlassung gemeint, nachdem die Bestimmung auf Art. 50 Abs. 1 SchKG verweist (BERTI/MABILLARD, BSK IPRG [FN 4], Art. 166 N 45; siehe VOLKEN, ZK IPRG [FN 2], Art. 166 N 106).

<sup>116</sup> VOLKEN, ZK IPRG (FN 2), Art. 166 N 116; siehe BERTI/MABILLARD, BSK IPRG (FN 4), Art. 166 N 46.

<sup>117</sup> VOLKEN, ZK IPRG (FN 2), Art. 172 N 5; siehe HANISCH, AJP/PJA 1999 (FN 108), 27; siehe auch ALEXANDER BRUNNER, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP/PJA 1995, 3–24, 20.

<sup>118</sup> Dies aus dem Grund, dass sich das IPRG nur mit dem Tatbestand des Konkurses befasst, der im Ausland eröffnet wird (VOLKEN, ZK IPRG [FN 2], Art. 166 N 9).

#### 4. Ergebnis

Eine Geschäfts- oder Zweigniederlassung eines im Ausland domizilierten Unternehmensträgers unterliegt der Betreuung auf Pfändung. Der Niederlassungskonkurs findet im Gesetz und insbesondere in Art. 39 SchKG keine Stütze. Dies gilt selbst dann, wenn eine Konkursöffnung im konkreten Fall einer Pfändungsbetreibung vorzuziehen wäre: beispielsweise im Fall der Zweigniederlassung einer Bank<sup>119</sup> (aufgrund der Vielzahl von Gläubigern). Eine konkursamtliche Verwertung der Aktiven der Zweig- oder der Geschäftsniederlassung ist jedoch im Rahmen des Minikonkurses möglich, wenn über den Unternehmensträger im Ausland der Konkurs eröffnet wurde. Ebenfalls möglich ist eine Liquidation nach den Bestimmungen des Konkurses im Fall eines Organisationsmangels (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR).

### V. Die Zustellung der Betreuungsurkunden

#### 1. Allgemein

Für den im Ausland domizilierten Schuldner stellt sich die Frage, ob Betreuungsurkunden<sup>120</sup> betreffend Forderungen, die einen hinreichenden Zusammenhang mit der Schweizer Geschäfts- oder Zweigniederlassung aufweisen, an die Adresse der Niederlassung zugestellt werden können, oder ob die Urkunden am ausländischen Domizil zugestellt werden müssen.

Die Zustellung der Betreuungsurkunden an im Ausland domizilierte Schuldner ist in Art. 66 Abs. 3 SchKG geregelt. Die Zustellung erfolgt durch die Vermittlung der ausländischen Behörden oder durch die Post, sofern Staatsverträge bestehen oder der Empfängerstaat zustimmt.<sup>121</sup> Art. 50 Abs. 1 SchKG, der einen Betreuungsort in der Schweiz vorsieht, geht aber vor. LENZI hält mit Verweis auf Art. 66 SchKG dafür, dass wenn der Schuldner nicht am Betreuungsort wohnt, die Betreuungsurkunden der von ihm bezeichneten Person oder in dem von ihm bestimmten Lokal abgegeben werden können. Ist die Geschäftsniederlassung im Handelsregister eingetragen, wird im Eintrag regelmässig ein Vertreter bezeichnet, der die Urkunden entgegennehmen kann. Ist kein Vertreter

bezeichnet oder die Geschäftsniederlassung nicht eingetragen, ist der tatsächliche Leiter zur Entgegennahme der Urkunden bevollmächtigt.<sup>122</sup> Ist auch der Leiter nicht vor Ort, kommt der Ersatztatbestand von Art. 65 Abs. 2 SchKG zur Anwendung und die Urkunden können an irgendeinen Angestellten in den Geschäftsräumen der Niederlassung übergeben werden.<sup>123</sup>

Wird in den Geschäftsräumen niemand angetroffen und hat der Schuldner weder einen Bevollmächtigten<sup>124</sup> noch einen Zustellungsempfänger bezeichnet, ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um eine Zweigniederlassung handelt oder um eine nicht im Handelsregister eingetragene Geschäftsniederlassung.

#### 2. Verwaiste Zweigniederlassung

Verfügt eine Zweigniederlassung weder über einen im Handelsregister eingetragenen Vertreter noch über Personal, liegt ein Organisationsmangel vor (Art. 935 Abs. 2 OR und Art. 160 Abs. 2 IPRG). Das Handelsregisteramt – von sich aus oder auf Hinweis des Betreibungsamts – setzt dem Unternehmensträger zunächst eine dreissigtägige Frist, um den Mangel zu beheben (Art. 941 OR, Art. 154 Abs. 1 HRegV). Kommt der Unternehmensträger dieser Aufforderung nicht nach, kann das Handelsregisteramt dem Gericht in analoger Anwendung von Art. 731b Abs. 1 OR beantragen, dass es dem Unternehmensträger eine Frist zur Behebung des Mangels ansetzt und, je nach mutmasslich vorhandenen Vermögenswerten, die konkursamtliche Liquidation oder die Löschung androht.<sup>125</sup> Die Zustellung der Androhung erfolgt am Domizil der Zweigniederlassung, allenfalls durch Publikation im Amtsblatt (Art. 152 Abs. 3<sup>bis</sup>, Art. 153 Abs. 1, Art. 153a Abs. 3, Art. 153 Abs. 2 lit. b und Art. 154 Abs. 2<sup>bis</sup> HRegV). Die Ernennung eines Sachwalters als die milde-re Massnahme nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR wäre vom

<sup>119</sup> Dazu das vorne in FN 3 erwähnte Beispiel der Zweigniederlassung der Kaupthing Bank Luxembourg S.A.

<sup>120</sup> Gemeint sind Urkunden, in denen der Schuldner unter Androhung einer bestimmten Rechtsfolge aufgefordert wird, den Gläubiger zu befriedigen (KREN KOSTKIEWICZ, SchKG [FN 9], Rz. 409; BLUMENSTEIN, Handbuch [FN 21], 220).

<sup>121</sup> Massgebend ist vor allem das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 (SR 0.274.131) sowie die Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (SR 0.274.12); sind beide Abkommen anwendbar, verdrängt das HUe65 das HUe54 (KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rechtshilfe [FN 112], Rz. 201); siehe weitere Hinweise, auch auf die Rechtsprechung, bei ANGST, BSK SchKG I (FN 9), Art. 66 N 17.

<sup>122</sup> LENZI, Diss. (FN 12), 93; nach ANGST, BSK SchKG I (FN 9), Art. 66 N 14, sind Betreuungsurkunden dem Schuldner nach Art. 64 und Art. 65 SchKG in der Schweiz an der Geschäfts- oder Zweigniederlassung zuzustellen. Art. 64 und Art. 65 SchKG lassen sich aber nicht ohne weiteres auf eine Geschäfts- oder Zweigniederlassung übertragen: Art. 64 SchKG fällt weg, da es sich bei der Niederlassung um keine natürliche Person handelt, der die Betreuungsurkunden an ihrem Wohn- oder Arbeitsort übergeben werden können. Art. 65 Abs. 1 SchKG ist nicht auf die Niederlassung zugeschnitten.

<sup>123</sup> Siehe MYRIAM GEHRI, Kurzkomm. SchKG (FN 2), Art. 65 N 7, mit Hinweisen; siehe auch BGE 69 III 33.

<sup>124</sup> Zur Domizilhalterin als Bevollmächtigte BGE 119 III 57.

<sup>125</sup> BGE 4A\_147/2015 Erw. 2; ZR 113 (2014) Nr. 27; ZR 113 (2014) Nr. 26 Erw. 2, Erw. 9; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR), Gibt es nach dem richterlichen Auflösungsbeschluss noch einen Weg zurück ins (Wirtschafts-) Leben?, BLSchK 2012, 41–50, passim, insb. 42 f.; Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 29. Januar 2014 (Geschäfts-Nr. HE130331-O); Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 6. Mai 2013 (Geschäfts-Nr. HE130020-O); Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 4. März 2013 (Geschäfts-Nr. HE120319-O); Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 4. Januar 2013 (Geschäfts-Nr. HE120211-O).

Gericht dann zu prüfen, wenn im Zusammenhang mit der Zweigniederlassung laufende Geschäfte abzuschliessen wären.

### 3. Verwaiste Geschäftsniederlassung

Im Fall einer (im Handelsregister nicht eingetragenen) Geschäftsniederlassung kommen die Bestimmungen der Handelsregisterverordnung nicht zur Anwendung. Entsprechend ist eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nicht ohne weiteres zulässig. Zur Anwendung kommt vielmehr Art. 66 Abs. 3 SchKG, der eine Zustellung ins Ausland vorsieht, wobei die völkerrechtlichen Verträge zu berücksichtigen sind.<sup>126</sup> Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ist zwar ebenfalls möglich (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 1 oder Ziff. 3 SchKG), kommt aber erst als ultima ratio in Betracht.<sup>127</sup> Allerdings ist eine öffentliche Bekanntmachung, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 66 Abs. 4 SchKG erfüllt sind, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.<sup>128</sup>

Nachdem die Zustellung in andere Länder unter Umständen Monate in Anspruch nimmt,<sup>129</sup> kann der ausländische Schuldner dadurch, dass er seine Geschäftsniederlassung in der Schweiz nicht ins Handelsregister einträgt, das Betreibungsverfahren wesentlich verzögern. De lege ferenda wäre daher eine gesetzliche Regelung wünschenswert, welche die betreibungsrechtliche Gleichbehandlung von Zweig- und Geschäftsniederlassung bewirkt.

<sup>126</sup> Im Vordergrund steht das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 (HZUe65, SR 0.274.131); zu den bilateralen Abkommen mit Deutschland siehe die Übersicht bei KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, *Insolvenzrecht* (FN 93), Rz. 187 ff.

<sup>127</sup> KREN KOSTKIEWICZ, *SchKG* (FN 9), Rz. 454, mit Hinweis auf BGE 129 III 556 Erw. 4 = Pra 93 (2004) Nr. 13 61; ANGST, *BSK SchKG I* (FN 2), Art. 66 N 20; GILLIERON, *Commentaire* (FN 69), Art. 66 N 68.

<sup>128</sup> Binnen 10 Tagen, nachdem der Betriebene von der öffentlichen Zustellung Kenntnis erhalten hat (BGE 75 III 81 Erw. 2; BGE 64 II 40; FRITZSCHE/WALDER, *Band I* [FN 5], § 14 Rz. 27 Fn. 57).

<sup>129</sup> BGE 129 III 556 Erw. 4 = Pra 93 (2004) Nr. 13 61 (eine Dauer von 5 bis 15 Monaten ist nicht unangemessen; Hinweis auf Brasilien [9 Monate], auf Mexiko [10 Monate], Kolumbien [4 bis 12 Monate] und auf Nicaragua [12 Monate]).