

**Nr. 15    Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht;  
Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen  
Bedeutung der Unterscheidung**

In: "Aspekte der Rechtsentwicklung" Festschrift zum 50. Geburtstag von  
Arthur Meier-Hayoz, Zürich (Schulthess) 1972

**S. 1-14**

---

**Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht;  
Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen  
Bedeutung der Unterscheidung**

**I. Ausgangspunkt und Fragestellung**

Der seinem Systembedürfnis nachgebende Jurist pflegt das Privatrecht einzuteilen in *Zivilrecht oder Bürgerliches Recht* einerseits, *Handelsrecht* andererseits, ähnlich wie er den Stoff der gesamten Rechtsordnung in öffentliches Recht und Privatrecht zu gruppieren pflegt. Diesen beiden Gegensatzbildungen ist es gemeinsam, daß die Wissenschaft über die Grenzziehung, die Bildung des Unterscheidungskriteriums, bisher keine *communis opinio* herbeizuführen vermochte, dieser Umstand jedoch das Fortleben der Unterscheidung keineswegs gehindert hat. Indessen muß auffallen, daß die Gegenüberstellung von Privatrecht und öffentlichem Recht auch dem juristischen Anfänger, gelegentlich sogar dem Nicht-Juristen, verständlich ist. Umgekehrt mag gerade der junge Jurist, der noch geneigt ist, Recht mit Gesetz, Rechtswissenschaft mit Gesetzeskunde zu verwechseln, die innere Berechtigung und Notwendigkeit der Untergruppierung des Privatrechts in Zivil- und Handelsrecht bezweifeln. Er wird überlegen, daß Zivil- wie Handelsrecht kodifiziertes Recht (in der Schweiz überdies sogar zur Hauptsache in ein und demselben Gesetzgebungswerk kodifiziertes Recht) darstellt, das zwischen gleichgeordneten Personen deren Rechtsbeziehungen regeln und Interessenausgleich schaffen soll. Da eine Verschiedenheit der Normstruktur der beiden Rechtsbereiche nicht ersehen werden kann, mag er zu schließen geneigt sein, daß der Dualismus eine nur pragmatisch-äußerlich begründete Stoffgruppierung oder gar bloß ein alter Zopf sei.

Die gegebenen Verhältnisse hinsichtlich der Rechtsquellenlage sei hier als bekannt vorausgesetzt: In den kontinentaleuropäischen Ländern und den deren Rechtstradition übernehmenden Staaten ist das Privatrecht

wenigstens dem Grundsatz nach kodifiziertes Recht; außer in der Schweiz und in Italien ist das Handelsrecht indessen nicht in der Zivilrechts-Kodifikation, sondern in einer gesonderten Handelsrechts-Kodifikation geregelt, wobei teilweise im Lauf der Zeit Sondergebiete herausgelöst und in Spezialgesetze übergeführt wurden, wie das Aktienrecht in Deutschland (Aktiengesetz des Jahres 1937, das neben das GmbH-Gesetz trat, das von Anfang an, d. h. seit 1892, verselbständigt war). Allenthalben, d. h. in Ländern mit gesondertem Handelsgesetzbuch wie auch in der Schweiz oder Italien, wo das System des Code unique verwirklicht ist, bestehen außerhalb der Gesamt- oder Handelsrechtskodifikationen Spezialerlasse für zahlreiche Bereiche, die traditionellerweise zum Handelsrecht gerechnet werden; es sei hier lediglich an die verschiedenen Sparten des Immaterialgüter- oder Wettbewerbsrechts erinnert, die in der Regel nicht im Gesetzbuch, sondern in Spezialgesetzen ihre Normierung finden. Die Abtrennung der Handelsrechts- von der Zivilrechtskodifikation wird zunehmend abgelehnt oder wenigstens in Diskussion gezogen; die Vereinigung beider Kodifikationsbereiche in einer Gesamtkodifikation in Italien, die erst auf die Revision des Codice Civile der dreißiger Jahre (mit Inkrafttreten anno 1942) zurückgeht, vermag vielleicht einen allgemeiner verbreiteten "Trend" in Richtung unseres Schweizer Systems<sup>1</sup> zu bezeichnen<sup>2</sup>.

Im folgenden soll nicht die Streitfrage nach der Zweckmäßigkeit kodifikatorischer Scheidung von Zivil- und Handelsrecht aufgenommen werden<sup>3</sup>; der Schweizer Jurist ist mit dem ihm vertrauten System heute zufrieden und sieht keinen Anlaß, ein anderes zu wünschen. Er wird vielleicht

---

<sup>1</sup> Die Schweizer Lösung beruht weniger auf einer kodifikationspolitischen Grundsatzentscheidung (Leugnung des Dualismus Handelsrecht-Zivilrecht, Vermeidung der Schaffung eines berufständischen kaufmännischen Sonderrechts oder dergleichen), sondern dürfte durch die äußeren Umstände der Gesetzgebung bedingt sein: Die Verfassung des Jahres 1874 gab in Art. 64 dem Bund die Gesetzgebungskompetenz "über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)". Daß dann allgemeines Vertragsrecht nicht vom Handelsrecht getrennt wurde, war angesichts der Stoffbeschränkung der Kodifikation naheliegend.

<sup>2</sup> Zum Verhältnis des zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Stoffes in unserer Kodifikation wie im Ausland vgl. KARL OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht; Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher? in SJZ 50 (1954) S. 153-163.

<sup>3</sup> Vgl. dazu neben der von OFTINGER a.a.O. zitierten Literatur die Arbeit von PETER RAISCH, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert; DERSELBE, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965.

sogar unsere Konzeption dem Ausland zur Nachahmung empfehlen wollen und könnte diese Empfehlung mit dem Hinweis stützen, daß die Einheitskodifikation nicht nur Abgrenzungsprobleme, sondern eigentliche materiellrechtliche Unebenheiten zu vermeiden vermag, die sich aus einer Doppelkodifikation ergeben<sup>4</sup>. Im ganzen ist die Bedeutung des Vorliegens einer einheitlichen oder dualistischen Kodifizierung überschätzt worden. Es sollen hier auch keineswegs Probleme der Abgrenzung des Handelsrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten (dem übrigen Privatrecht einerseits, dem öffentlichen Recht – etwa in dem heute als "Wirtschaftsrecht" bezeichneten Bereich<sup>5</sup> – andererseits) oder des Anwendungsbereichs handelsrechtlicher Sonderregelungen im schweizerischen Recht (etwa die Bedeutung des Begriffs des Kaufmanns in Art. 104 Abs. 3, des kaufmännischen Verkehrs in Art. 190 Abs. 2 und Art. 191 Abs. 2 OR) aufgeworfen werden. Es geht um die Frage, ob das Verständnis des Zivilrechts und des Handelsrechts als zweier gesonderter Rechtsbereiche und die Unterscheidung entsprechender getrennter wissenschaftlicher Disziplinen in der Zukunft noch gerechtfertigt sei.

Um die Schlußfolgerung vorwegzunehmen: Der Schreibende glaubt, daß die Aufrechterhaltung des heutigen Dualismus und die Bewußtmachung der methodischen Besonderheiten von Zivilrecht einerseits, Handelsrecht andererseits sowohl für Wissenschaft wie Praxis notwendig ist. Wie so oft ist auch hier Verständnis der Gegenwart und Erkenntnis der Anforderungen der Zukunft nur mit einem Blick in die Vergangenheit zu gewinnen. Es sei daher zuerst nach dem Ursprung der Gegensatzbildung gefragt (Abschnitt II); die Geschichte des Handelsrechts soll dann einige diese Disziplin auszeichnende Merkmale zu isolieren und zu erklären helfen (Abschnitt III) und schließlich einige Schlußfolgerungen ermöglichen (Abschnitt IV).

## II. Die Geschichte des Dualismus Zivilrecht-Handelsrecht

In grober Vereinfachung der geschichtlichen Verhältnisse, wie sie sich nur der Nicht-Historiker erlauben darf, könnte man sagen, daß unser heutiges

---

<sup>4</sup> Derartige Unebenheiten werden etwa sichtbar bei FERDINAND MELICHAR, Die Auslegung des HGB in Deutschland und in Österreich, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Stuttgart, 147 (1965) S. 280-303.

<sup>5</sup> Zum Begriff des "Wirtschaftsrechts" vgl. WALTER SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht? in Festschrift für W. Hug, Bern 1968, S. 25-95.

kontinentales *Zivilrecht* seine charakteristische Formung und Ausprägung von der (romanistisch orientierten, zur Hauptsache an den juristischen Fakultäten beheimateten) *Rechtswissenschaft* erhalten hat, während das *Handelsrecht* überwiegend von der kaufmännischen *Praxis ausgebildetes Recht* darstellt, das erst im nachhinein wissenschaftlich bearbeitet wurde.

Wenn der Ursprung disziplinärer Aussonderung des Handelsrechts aus dem übrigen Privatrecht im unterschiedlichen und anders gearteten Beitrag der Wissenschaft an dessen Ausbildung gesehen wird, muß die historische Betrachtung bis zu den Anfängen der modernen Rechtswissenschaft zurückverfolgt werden, der Wissenschaft vom neuentdeckten Corpus juris der *Glossatoren* und der ihnen nachfolgenden *Kommentatoren*. Es mögen sich hier vereinzelt wissenschaftliche Stellungnahmen finden, die heute als handelsrechtlich klassifiziert würden; im großen wird man nicht fehlgehen mit der Annahme, daß diese Epoche der Wissenschaft für handelsrechtliche Probleme wenig Interesse gezeigt hat. Im Vordergrund steht die Bearbeitung der römischen Quellen, und diese schweigen sich auf weiten Strecken heutigen Handelsrechts aus. Dem antiken römischen Recht haften die Züge der bäuerlichen Ursprünge bis zum Ende seiner rund tausendjährigen Geschichte an. "Alles in allem bildet sich ein schmiegsam geformtes allgemeines Privatrecht heraus, das für ein 'Handelsrecht' als Sonderrecht der Kaufleute kein Bedürfnis offen läßt<sup>6</sup>." Zwar finden sich in den Pandekten Vorbilder für mittelalterliches und neuzeitliches Seerecht (die als Muster späterer Regelungen der "havarie große" dienende Lex Rhodia de iactu, Dig. 14,2; die Regeln über die Haftung des Schiffseigners usw.), zwar finden sich hier die Grundzüge des Rechts der Personengesellschaften. Dagegen fehlt ein brauchbarer Ansatz für die Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und überhaupt die Figur der juristischen Person; für kaufmännische Vertretungsverhältnisse scheint angesichts der Sklavenwirtschaft kein Bedürfnis bestanden zu haben (die Regel: "alteri stipulari nemo potest" stellt sich vielmehr in der Folge der Stellvertretung entgegen, vgl. dazu unten Abschnitt IV; der heutige "Prokurist" empfängt nur seinen Namen aus lateinischer Tradition und ist dem römischen Recht gänzlich fremd), und erst recht fehlen Firmenschutz, kaufmännische Berufsregister usw., nicht zu sprechen von den verschiedenen Zweigen modernen Immaterialgüterrechts. – Soweit sich aus der Zeit der Glossatoren und Kommentatoren Urkunden mit handelsrechtlichem

---

<sup>6</sup> MAX KASER, Das römische Privatrecht, Abt. I, 2. A. München 1971, S. 178.

Inhalt finden, dürften diese der Beeinflussung durch Wissenschaft entbehren, was auch von den allenfalls vorhandenen gesetzesähnlichen Erlassen oberitalienischer Stadtrechte gelten dürfte<sup>7</sup>. Das eine große Rolle spielende kanonische Zinsverbot, dessen Nachwirkungen wir noch in unserer Gült erkennen (Gült als Verkörperung nicht eines verzinslichen Kapitalanspruchs, sondern vielmehr eines Rentenanspruchs, deshalb bis zum LEG die grundsätzliche Unkündbarkeit seitens des Gläubigers, Art. 850 Abs. 2 ZGB), kann man höchstens als "negatives Handelsrecht" bezeichnen.

Das "Gesetz, nach dem sie angetreten", sollte die (Zivil-)Rechtswissenschaft auch die folgenden Jahrhunderte bis hinein ins neunzehnte beherrschen. Die "zünftige" Rechtswissenschaft, wie sie an den Universitäten gepflegt wird, scheint in der Wahl ihrer Forschungs- und Lehrgebiete viel eher durch den Sachbereich der Pandekten bestimmt als durch die Bedürfnisse des praktischen juristischen Alltags. Die rechtlichen Probleme des Handels werden den Niederungen der Alltagspraxis zugerechnet und akademischer Erörterung nicht für würdig befunden; es herrscht anscheinend die Auffassung, daß die Kaufmannschaft die ihr gut scheinenden und genehmen Regeln selbst aufstellen und auftretende Streitigkeiten auch selbst erledigen solle. Die Verbannung des Handelsrechts von den Universitäten findet in Deutschland erst im Verlauf des 19. Jahrhunderts ein Ende. Bezeichnenderweise sind es die germanistischen Vertreter der historischen Rechtsschule, die sich dieser Disziplin erstmals annehmen: Einerseits sind auch die Germanisten im traditionellen Universitätsbetrieb ursprünglich akademische Außenseiter, die sich Respektabilität erst erkämpfen müssen und sich gegenüber ihren romanistischen Kollegen nur mühsam durchsetzen; andererseits können die Germanisten aufgrund ihres Lehrgebietes dem Handelsrecht neuartige Impulse verleihen: die ganze moderne Körperschaftslehre hat in der germanistischen Rechtstradition oder dem, was die Germanisten als germanistische Körperschaftstradition aufgefaßt haben, ihre Wurzeln<sup>8</sup>.

Selbstverständlich wird das hier gezeichnete Bild einer erst im Verlauf des vergangenen Jahrhunderts einsetzenden Handelsrechtswissenschaft einiger Korrekturen bedürfen. Die Geschichte des Handelsrechts ist bis heute

---

<sup>7</sup> Beispiele bei HATTENHAUER/BUSCHMANN, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, München 1967, Nr. 24 und 25, S. 74 f.

<sup>8</sup> Dazu EUGEN BUCHER, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: Festgabe für Wolfhart Bürgi, Zürich 1971, S. 39-64, besonders S. 41 f.

nicht geschrieben, sondern nur in Ansätzen skizziert<sup>9</sup>. Auch dies ein bezeichnendes Phänomen: Die Handelsrechtswissenschaft ist im Verhältnis zur Zivilrechtswissenschaft viel jünger, und die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, besonders der jüngeren Neuzeit, steckt noch in ihren Anfängen (während die Forschungen zur Rezeptionsgeschichte als der Geschichte des Zivilrechts heute einen beachtlichen Stand erreicht haben). Die Vorstellung einer erst im 19. Jahrhundert einsetzenden Handelsrechtswissenschaft wird man durch den Hinweis auf frühere wissenschaftliche oder wenigstens systematische Darstellungen des Handelsrechts in einigen Werken von anscheinend hohem Rang korrigieren, müssen: Es wird für Italien genannt der "Tractatus de mercatura seu mercatore" des BENVENUTO STRACCA (Venedig 1553) und der "Tractatus de commerciis et cambio" des SIGISMUNDUS SCACCIA (Rom 1618), für Frankreich "Le parfait négociant" von JACQUES SAVARY (Amsterdam 1726). Wie weit STRACCA und SCACCIA "zünftige" Wissenschaftler im Sinne von Universitätsgelehrten waren, entzieht sich meiner Kenntnis. SAVARY war Kaufmann, nicht Jurist. Bezeichnenderweise geht seinem Tractat weit voraus der Erlaß der von ihm entscheidend mitbestimmten und nach ihm oft "Code Savary" genannten "Ordonnance des négociants et marchands" des Jahres 1673<sup>10</sup>; besonders deutlich tritt zutage, daß handelsrechtliche Regelung ohne Vorbereitung durch die Wissenschaft aus der Praxis herauswachsen kann. Im Gegensatz zu SAVARY ist im deutschsprachigen Bereich der Verfasser der (neben dem Kommentar zum Lübecker Stadtrecht von MEVIUS, 1642) einzigen nennenswerten Darstellung des Handelsrechts vor den Autoren des 19. Jahrhunderts, IOHANNUS MARQUARD (Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari, Frankfurt 1662), Inhaber eines juristischen Doktorhuts; er dürfte indessen keine akademische Lehrtätigkeit ausgeübt haben; er wurde in der Folge Bürgermeister von Lübeck. Die Situation in Deutschland kann mit den Worten GOLDSCHMIDT's umrissen werden: "Die Literatur des Deutschen Handelsrechts bis in die ersten Jahrzehnte des neunzehnten Jahrhunderts ist überaus dürftig"

---

<sup>9</sup> Zur Geschichte des Handelsrechts vgl. LEVIN GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891, und, für vorliegende Zwecke wichtiger, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, 2. A. Stuttgart 1875; PAUL REHME, Geschichte des Handelsrechts, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts von V. Ehrenberg, Bd. I, Stuttgart 1913, S. 28-325; RUDOLF MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, 3. A. Tübingen 1928, S. 29 f.; zur neueren Geschichte der Wissenschaft des Handelsrechts auch STINTZING/LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbbd. Text, München / Berlin 1910, S. 619-639, 938-951.

<sup>10</sup> Hinweise vorab nach MÜLLER-ERZBACH, a.a.O. S. 34-35.

und weiter: "Dazu war das Handelsrecht von der wissenschaftlichen Pflege auf den Deutschen Universitäten völlig ausgeschlossen, nicht allein ohne besonderen Lehrstuhl, sondern meist gar nicht oder doch nur äußerst dürftig, gelegentlich als ein Theil des *usus modernus pandectarum*, später als Theil des Deutschen Privatrechts behandelt, und auch die technische Bildung des Kaufmannsstandes war vor Gründung der Handelsakademien eine wesentlich empirische"<sup>11</sup>. Andere (bessere) Verhältnisse dürften nur im Wechselrecht geherrscht haben, worüber da und dort Vorlesungen bestanden haben mögen und dessen sich auch höchst reputierte Wissenschaftler wie POTHIER in Frankreich und HEINECCIUS in Deutschland literarisch angenommen haben<sup>12</sup>.

Zusammenfassend wird man bei der Feststellung bleiben dürfen, daß das Handelsrecht dadurch gekennzeichnet ist, daß es, anders als das Zivilrecht, in seiner Entwicklung nicht von der Rechtswissenschaft der Universitäten bestimmt worden ist, sondern sich als "*autonomes Handelsrecht*" eigengesetzlich, nach den Bedürfnissen der Praxis, entwickelt hat. Auch der Gesetzgeber, wenn er sich des Handelsrechts annimmt, greift nicht hoheitlich normierend in die Rechtsbeziehungen der Kaufleute ein; vielmehr dürften es im Normalfall die Kaufleute selber gewesen sein, die sich ihre Regeln geben<sup>13</sup>, dies wenigstens so lange, als die Gegenstände des privatrechtlichen Handelsrechts in Frage stehen und es sich nicht um – nach modernem Verständnis – öffentlich-rechtliche Zunft-, Gewerbe- und Polizeiordnungen handelt.

Die Bedeutung des Gegenbegriffs des "Zivilrechts" als eines Rechtsbereichs, der wesensmäßig von einer romanistisch orientierten Universitätswissenschaft geprägt wurde, läßt sich anhand der Bedeutung des Begriffs "Civil Law" im angloamerikanischen Rechtskreis illustrieren. Darunter wird weder "Zivilrecht" im Gegensatz zum Handelsrecht, noch im Gegensatz

---

<sup>11</sup> GOLDSCHMIDT, Handbuch, S. 49. – Zur wissenschaftlichen Vernachlässigung des Handelsrechts vgl. auch RAISCH, Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 47 f.; indirekt ANDREAS B. SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in ZRG, romanistische Abt., Bd. 42 (1921) S. 578 ff. bzw. in "Rechtsgeschichte und Gegenwart", Gesammelte Schriften von A. B. Schwarz, Karlsruhe 1960, S. 1 ff. (Zusammenstellung verschiedener Privatrechtssysteme, S. 590 ff. bzw. 9 ff., wo handelsrechtliche Gegenstände fast ganz fehlen).

<sup>12</sup> POTHIER, *Traité du contrat de change* (1763), und HEINECCIUS, *Elementa iuris cambialis*, posthum veröffentlicht, 2. A. 1748 (Angaben nach MÜLLER-ERZBACH, S. 35/36). Zur neueren Geschichte des Wechselrechts vgl. neuerdings LUTZ SEDATIS, über den Ursprung der Wechselstrenge, Berlin 1967.

<sup>13</sup> Vgl. dazu GOLDSCHMIDT, Handbuch S. 39.

zum öffentlichen Recht verstanden (beide Gegensatzbildungen spielen im englischsprachigen Rechtskreis ohnehin eine ganz untergeordnete Rolle). "Civil law-countries" sind die Länder des kontinentaleuropäischen Rechtskreises, deren Besonderheit in den Augen des angloamerikanischen Juristen in ihrer Beeinflussung durch das römische Recht besteht; "civil law" ist für diesen nichts anderes als römisches (oder wenigstens "romanistisches") Recht, hier "ius civile" pars pro toto genommen<sup>14</sup>. Diese englische Sprachbedeutung von Zivilrecht als römisches oder romanistisch beeinflusstes Recht führt uns zurück auf den Kontinent und zur Frage, was denn bei uns die ursprüngliche Bedeutung dieses Terminus gewesen sei. Auch hier wäre eine historische Sonderuntersuchung fällig. Zu vermuten steht, daß der Begriff schillernd ist und jedenfalls gelegentlich auch den Gegensatz zu "ius publicum" bedeuten kann. Überwiegend, und jedenfalls immer dann, wenn er dem Handelsrecht gegenübergestellt wird, hat er keine andere Wortbedeutung als im Common-Law-Rechtskreis: Zivilrecht ist römisches Recht, wie es an den Universitäten gelehrt wird oder dann Recht, das sachlich in den von den Digesten umschriebenen Bereich fällt und wissenschaftlich bearbeitet wird. Zivilrecht ist demnach Recht des "civis Romanus", nicht Recht des Bürgers im Gegensatz zum Kaufmann als dem Nichtbürger, wie der Schweizer Jurist das "zivil" im Zivilgesetzbuch zu verstehen geneigt ist, damit aus dieser Bezeichnung eine Übersetzung des "Bürgerlichen Gesetzbuches" machend, die in der Schweiz mit ihrer Einheitskodifikation keinen rechten Sinn hätte.

### **III. Versuch der Herausstellung einiger Besonderheiten des Handelsrechts**

Der geschichtliche Rückblick bringt zwangsläufig einige Züge des Handelsrechts ins Bewußtsein, die dieses vom Zivilrecht unterscheiden und ihre Erklärung (und teilweise: ihre Rechtfertigung) durch die Tradition finden. Handelsrecht hat sich *autonom* entwickelt, d. h. unabhängig von der Wissenschaft, die gesagt hätte, wie die handelsrechtlichen Verhältnisse aufgrund

---

<sup>14</sup> Der angloamerikanische Jurist ist geneigt, die Bedeutung der Übernahme römischer materiellrechtlicher Prinzipien in den kontinentalen Ländern zu überschätzen. Er verkennt dagegen im allgemeinen gänzlich, daß unser Recht – im Gegensatz zum angloamerikanischen Praktikerrecht – *Wissenschaftsrecht* ist; ebenso ignoriert er die Bedeutung der Aufklärungsphilosophie, wo auch die Durchkodifizierung der kontinentalen Rechtsordnungen ihren geistesgeschichtlichen Ursprung hat.



der Quellen geregelt sein müssen, und dann in der kodifikatorischen Ära unabhängig vom Gesetzgeber, der zwar die Verhältnisse zu regeln vorgibt, praktisch aber zum Teil lediglich vorgefundene, vorkodifikatorische Ordnungsverhältnisse niederlegt oder aber dort, wo er selbständig und gegen bisher Geübtes ordnen will, sich sehr oft nicht durchzusetzen vermag. Dabei muß hier die Frage offenbleiben, ob diese Besonderheit der Autonomie des Handelsrechts durch die kontinentale Rechtsgeschichte veranlaßt ist, die bis in die neuere Neuzeit hinein handelsrechtliche Probleme wissenschaftsjuristischer Behandlung und Ordnung nicht für würdig befunden und damit diesen Bereich selbständiger Wucherung überlassen hat, oder ob viel eher diese Besonderheit in der Sache selbst begründet liegt und der Handel wesensmäßig sich seine Wege auch juristisch selber bahnt und nicht nach von außen kommender Rechtsregel fragt.

Die Autonomie handelsrechtlicher Entwicklung, die sich während Jahrhunderten darin äußerte, daß differenzierte Rechtsinstitute sich ohne wissenschaftsjuristische oder gar gesetzliche Grundlage entwickeln konnten (das gilt in der Frühzeit für den Wechsel wie in der jüngeren Vergangenheit für die Herausbildung kaufmännischer Formen juristischer Personen, insbesondere der Aktiengesellschaft), äußert sich in einer Ära durchkodifizierten Rechts vor allem in Entwicklungen *adversus legem*, in der Herausbildung von *consuetudo abrogatoria*. Derartige Erscheinungen kommen zwar in allen Rechtsbereichen vor und sind anscheinend auch durch einen energischen Gesetzgeber nicht zu verhindern; sie sind aber im Zivilrecht doch nicht entfernt so ausgeprägt wie im Handelsrecht. Ein eindeutiges, wenn auch praktisch nicht sehr bedeutsames Beispiel stellte die Praxis der Firmenbildung der AG dar, die bereits vor der Revision und entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 612 aOR die Aufnahme von Personennamen zuließ. Die vorherrschende, auch vom Bundesgericht vertretene Auffassung, wonach die Bilanz einer AG den Anforderungen an Bilanzwahrheit genüge, wenn sie bloß keine Aktiven über-, Passiven unterbewerte, während die bilanzmäßige Bildung stiller Reserven ohne jede Schranke zulässig sei, dürfte nicht ganz den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechen. Einmanggesellschaften werden vom Gesetzgeber zwar nicht geradezu verboten, aber man hat Grund zur Annahme, daß die Regelung von Art. 625 OR mehr ein Ausdruck gesetzgeberischer Resignation (d. h. der Einsicht in sein Unvermögen, die Dinge anders als im geschehenen Sinn zu regeln) denn selbständigen Ordnungswillens sei. Am eindrucklichsten wurde wohl die Autonomie handelsrechtlicher Entwicklung durch die Praxis der Zulassung von "*Kartellvereinen*"

demonstriert. Im Lauf der Jahrzehnte hat sich die Konstituierung von Kartellen als Vereine dermaßen eingebürgert, daß ein Versuch des Bundesgerichts, zum gesetzmäßigen Zustand zurückzukehren (Miniera-Entscheid, BGE 88 II 209), gegenüber den Ansprüchen der interessierten Kreise nicht gehalten werden konnte und nach kurzer Zeit aufgegeben werden mußte (Alex Martin-Entscheid, BGE 90 II 333). Diese damit sanktionierte gesetzwidrige (sympathischerweise offen als solche deklarierte) Praxis soll hier nicht befürwortet werden; sie ist aus grundsätzlichen Erwägungen der Gesetzestreue bedenklich<sup>15</sup> und auch rechtspolitisch nicht in dieser weitgehenden Form erwünscht. Aber sie wird, wenn nicht entschuldigt, so doch in ihrer Folgerichtigkeit einseitig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß hier seit eh und je im Gesellschaftsrecht wirkende Kräfte sich durchsetzen; die Geschichte der juristischen Personen ist im 18. und 19. Jahrhundert auf weiten Strecken die Geschichte der Rechtsentwicklung gegen geltende Rechtsgrundsätze, bestenfalls der Entwicklung von Rechtsinstituten außerhalb gesetzlicher Grundlagen.

Handelsrechtliche Regelungen zeigen häufig ein *Widerstreben* gegen die Erfassung mit den Instrumenten der traditionellen (*Zivilrechts-*)*Dogmatik*. Insbesondere stößt eine normative Rechtsbetrachtung hier an Grenzen bzw. erfordert eine Anpassung. Die Vorstellung, daß der Gesetzgeber menschliches Verhalten regelt, erweist sich hier als bloß bedingt richtig. Dafür drei Beispiele: Der Erwerb eigener Aktien durch eine AG wird, entgegen Art. 659 OR, sehr häufig praktiziert, ohne daß anscheinend diese Normverletzung irgendwelche Unrechtssanktionen auslösen würde. Bei Sachübernahmegründungen findet häufig genug die geplante Sachübernahme nicht die von Art. 628 Abs. 2 OR geforderte Vermerkung in den Statuten. Bei konzernmäßig verbundenen Gesellschaften ist es an der Tagesordnung, daß die Verwaltung der einen Gesellschaft zugunsten einer andern Konzerngesellschaft irgendwelche Opfer bringt (Zahlung wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Lizenzgebühren oder umgekehrt Verzicht auf angemessene Lizenzgebühren, Übernahme irgendwelcher Vermögensobjekte über oder unter ihrem Marktwert usw.), wobei die Verwaltung der ein Opfer bringenden Gesellschaft gegen die im Gesetz infolge ihrer Selbstverständlichkeit in Art. 722 OR bloß angedeutete Pflicht verstößt, allein auf das Wohl der verwalteten Gesellschaft bedacht zu sein und Drittinteressen nicht zu berücksichtigen.

---

<sup>15</sup> Dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962, N. 302 bis 310 zu Art. 1 ZGB.

Die Mißachtung der genannten eindeutigen gesetzlichen Vorschriften erfolgt nicht etwa aus unlauterer Absicht; ein "rechtswidriges" Vorgehen nach genanntem Muster kommt auch in Kreisen der Wirtschaft vor, die sich zu den besten rechnen. Sind diese Normen, die nicht beachtet werden und deren Nichtbeachtung anscheinend keine Folgen auslöst, deshalb gänzlich unwirksam? Hören sie auf, Rechtsnormen zu sein für den Juristen, der Verhaltensvorschriften, die nicht in irgendeiner Weise sanktionsbewehrt sind, nicht mehr als Rechtsnormen gelten lassen will? Die genannten Vorschriften sind sanktionsbewehrt, aber bloß sehr indirekt. Der Erwerb eigener Aktien, die Verschleierung von geplanten Sachübernahmen, schließlich die Außerachtlassung eines "gesellschaftsinternen Egoismus" der Verwaltung in Fällen konzernmäßiger Abhängigkeit, alle diese vom Gesetz dem Grundsatz nach nicht zugelassenen, wenn auch vorerst keine Unrechtsfolgen auslösenden Tatbestände werden im Konkurs<sup>16</sup> der Gesellschaft von entscheidender Bedeutung im Hinblick auf die *Verantwortlichkeit* der Verwaltungsräte, die für den Schaden der Gesellschaftsgläubiger, der diesfalls die Folge der fraglichen Verhaltensweisen sein wird, aufzukommen haben. – Wir haben den Tatbestand einer *bedingten* Sanktion vor uns; diese wird nicht durch die Normverletzung, sondern erst durch einen dadurch verursachten Schaden ausgelöst; Normverletzung ausnahmsweise nicht als hinreichende, sondern bloß als notwendige Bedingung der Sanktion. Dieser Sachverhalt kann auf das, was der Handelsrechtsdogmatiker als Gehalt der Verhaltensnorm betrachten sollte, nicht ohne Einfluß bleiben: Der normative Gehalt geht nicht dahin, daß Erwerb eigener Aktien, die Verschleierung beabsichtigter Sachübernahme oder Ausrichtung der Geschäftspolitik einer AG nach Drittinteressen schlechterdings verboten sei, sondern das Verbot gilt erst dann, wenn für Dritte die Gefahr einer Schädigung geschaffen wird. Die für die beteiligten Kreise wegleitende Vorstellung des normativen Gehalts läßt sich nach folgendem Schema strukturieren: "Innerhalb der Sachbereiche (Erwerb eigener Aktien usw.) müssen die gesetzlichen Verbotsnormen beachtet werden, wenn durch deren Verletzung Dritte zu Schaden kommen könnten, während umgekehrt alles erlaubt ist, was nicht Schaden zufügen kann." Oder noch lapidarer: "Erlaubt ist, was nicht schadet." Die Ableitung von Verhaltensmaximen von der ganz pragmatischen Überlegung her, ob "etwas passieren kann" (dem Gläubiger bzw. dem haftenden

---

<sup>16</sup> Ausnahmsweise, bei Schädigung von Aktionären, auch außer Konkurs; dann müßte aber das Vorgehen von Anfang an als "echt" unzulässig gelten.

Verwaltungsrat), wenn man sich über ein vom Gesetzgeber vorgezeichnetes "Verhaltensmuster" hinwegsetzt, wird sich zweifellos auch im Zivilrecht gelegentlich finden; dort ist sie indessen Ausnahme, die in der Regel auch moralisch zu verwerfen ist. Im Handelsrecht beherrscht dieser Mechanismus weite Bereiche, und es würde wohl ein Verkennen des Wesens der Sache sein, wenn man "gesetzwidriges" Verhalten nach dem Muster der genannten Beispiele per se als verwerflich betrachten wollte.

#### **IV. Folgerungen für die Handelsrechtsdogmatik**

Nach dem Gesagten ergibt sich zwangsläufig der Schluß, daß in der wissenschaftlichen Bearbeitung wie der praktischen Anwendung des Handelsrechts das Verständnis der Selbständigkeit dieses Rechtsbereiches und dessen Andersartigkeit gegenüber dem Zivilrecht bewahrt werden muß. Die so lange in den Vordergrund gestellte Frage, ob ein "Code unique" oder aber eine dualistische Kodifikation vorzuziehen sei, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung (auch das dualistische System scheint keineswegs vor einem Verkennen der wesensmäßigen Unterschiede zu bewahren). Ich glaube, daß die Handels- wie die Zivilrechtswissenschaft sich künftig zum Vorteil beider Disziplinen auf deren methodische und strukturelle Unterschiede besinnen sollte. Im folgenden seien nur einige Gesichtspunkte angedeutet:

Die Gefahren einer "Kommerzialisierung des Zivilrechts", d. h. einer Übertragung von Anforderungen, die im Handelsverkehr angemessen sind, auf nichtkaufmännische Verhältnisse, sind bisher nicht unbeachtet geblieben<sup>17</sup>. Weniger wird dagegen gesehen, daß eine gegenüber dem Gesetzgeber eigenwillige Orientierung der Praxis im Handelsrecht weniger streng zu beurteilen ist als im Zivilrecht. Die Bewußtmachung, daß der Alex Martin-Entscheid seinem Wesen nach typisch handelsrechtlich ist, wird nicht zuletzt im Interesse der Zivilistik liegen, die zu betonen hat, daß derartiges "contra-legem-Judizieren" in ihrem Bereich schlechterdings nicht anginge (und, soviel ich sehe, in diesem Ausmaß bisher auch nicht vorgekommen ist).

Die oben gezeigte verbreitete Ausrichtung der Handelspraxis nach dem Gesichtspunkt "ob etwas passieren kann", sollte von der Handelsrechtswissenschaft systematisch angegangen und auch bei der didaktischen Vermittlung des Stoffes berücksichtigt werden. Der Hinweis, daß im Konzernverhältnis

---

<sup>17</sup> Ein Beispiel die auf den "bürgerlichen" Kauf ausgedehnte Rügepflicht des Käufers (Art. 201 OR); vgl. dazu EUGEN BUCHER, Der benachteiligte Käufer, in SJZ 67 (1971) S. 1 ff.

die Hintanstellung des "gesellschaftsinternen Egoismus" nur so lange angeht, als damit nicht Gläubiger zu Schaden kommen können, dürfte für manchen in die Leitung einer Tochtergesellschaft abgeordneten Verwaltungsrat nützlich sein. Es ist dem angehenden Juristen wenig geholfen, wenn er in Lehre und Literatur die vom Gesetz für die Sachübernahmegründungen vorgesehenen Vorschriften erläutert erhält. Den Anforderungen und Anfechtungen der Handelspraxis ist er erst gewachsen, wenn er weiß, daß den gesetzlichen Vorschriften mehrheitlich nicht nachgelebt wird und zudem, wann das sich über die Regeln hinwegsetzende Vorgehen hingenommen werden kann und wann nicht.

Zum Schluß als Beispiel dafür, daß das Wissen um die geschichtliche Verschiedenartigkeit der Entwicklung von Zivil- und Handelsrecht und deren daraus sich ergebende dogmatische Besonderheiten manchmal unentbehrlich ist für das Verständnis beider Bereiche, ein Hinweis auf die "bürgerliche" Stellvertretung (Art. 32 f. OR) und deren handelsrechtliches Gegenstück, die Prokura (Art. 458 f. OR). Ausgehend vom Satz "alteri stipulari nemo potest" (ausdrücklich Dig. 45,1,38,17, indirekt in anderen Stellen) wurde Stellvertretung im romanistischen Wissenschaftsrecht während Jahrhunderten grundsätzlich abgelehnt, wenn auch das Prinzip manche Abschwächung und praktische Ausschaltung erfahren hat<sup>18</sup>. In der Naturrechtslehre wurde seit GROTIUS die Stellvertretung ausgebaut und weitergehend zugelassen. In der Pandektistik des 19. Jahrhunderts ist eine gegenläufige Bewegung festzustellen, die aber die schließliche Aufnahme in die Kodifikationen (aOR und BGB) nicht verhindern konnte. Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber dem Institut der Stellvertretung, aber auch dessen Verwurzelung in der Naturrechtslehre, ist noch heute sichtbar in der grundsätzlichen Ablehnung der Anscheinsvollmacht: Die Stellvertretungswirkung wird ausgelöst durch den tatsächlichen auf Vollmachtserteilung gerichteten Willen des Geschäftsherrn, niemals aber durch den von diesem geschaffenen Rechtsschein<sup>19</sup>. Den Beweis für diese Auffassung liefert Art. 36 OR. Dort wird sichtbar, daß das Vorhandensein einer Vollmachtsurkunde (welche einen Rechtsschein in optima forma schafft) nicht das Erlöschen der Vollmacht

---

<sup>18</sup> Vgl. zur Geschichte der Stellvertretung ULRICH MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Stuttgart 1969. Daß Müller die Prokura nicht einzubeziehen braucht, illustriert die völlige Isolierung der diesbezüglichen Handelsgebräuche von der Zivilrechtsdogmatik.

<sup>19</sup> Hier wirkt noch die den menschlichen Willen zum Kernpunkt aller vertragsrechtlichen Fragen machenden Naturrechtslehre nach.

hindern kann (andernfalls der Dritte auch nicht geschädigt sein könnte und des in Art. 32 Abs. 2 OR verliehenen Ersatzanspruches nicht bedürfte).

Ganz anderen Prinzipien gehorcht die Prokura. Bei dieser kommt es auf den tatsächlichen Willen des Geschäftsherrn, vom Prokuristen vertreten zu werden, überhaupt nicht an; Vertretungswirkungen auslösendes Element ist hier der vom Geschäftsherrn (durch Eintragung im Handelsregister, aber auch durch bloße Duldung) geschaffene Rechtsschein, durch den Prokuristen vertreten werden zu wollen.

Die Besonderheiten von Zivilrecht einerseits, Handelsrecht andererseits, werden hier hübsch illustriert: Die von der Wissenschaft geprägte Stellvertretungslehre orientierte sich am römischen Recht und nachher an apriorischen naturrechtlichen Prinzipien, und theoretischen Prinzipien untergeordnet ist das Stellvertretungsrecht mit seinem Abstellen auf den internen Willen des Vertretenen auch heute noch. Die Prokura hat sich ohne Mitwirkung der Rechtswissenschaft und unbeeinflusst von normativen Ordnungsprinzipien in der Praxis herausgebildet, nach deren praktischen Anforderungen sie auch allein ausgerichtet ist: Mit dem Abstellen auf den Rechtsschein werden nicht abstrakte Rechtsprinzipien, sondern die Verkehrssicherheit verwirklicht. Die Gegenüberstellung der Entwicklung von Stellvertretung und Prokura zeigt die Getrenntheit der Entwicklung von Handelsrecht und Zivilrecht deutlich genug: In der Zivilistik konnte man sich noch im 19. Jahrhundert streiten, ob es ("bürgerliche") Stellvertretung geben könne und dürfe, dies zu einer Zeit, als im Handel seit mehreren Jahrhunderten die Prokura (oder andere diesem Muster folgende Vertretungsverhältnisse) mit ihren sehr viel weitergehenden Vertretungswirkungen sich vorgebildet fand und zum selbstverständlichen kaufmännischen Alltag gehörte<sup>20</sup>. Nicht nur läßt sich Stellvertretungsrecht einerseits, Prokura andererseits, in der geschichtlichen Gegenüberstellung leichter anschaulich machen als bei isolierter Betrachtung. Es werden durch diese geschichtliche Betrachtung und das Bewußtsein für die historische Fundierung des Gegensatzes interpretatorische Fehlleistungen vermieden, wie sich im Prospera-Entscheid des Bundesgerichtes (BGE 95 II 442) ein drastisches Beispiel findet<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Dazu BUCHER, Organschaft ..., besonders S. 45 f.

<sup>21</sup> Am Ursprung der dortigen Mißverständnisse dürfte ein Verwecheln handelsrechtlicher (in casu organschaftlicher Vertretung, die derjenigen des Prokuristen nahesteht) mit "bürgerlicher" Stellvertretung stehen. Vgl. dazu BUCHER, Organschaft ... (passim).