

<b>§ 1</b>	<b>Gegenstand und Funktion des OR; dessen Stellung im schweizerischen Privatrecht</b>	3
I.	OR als Ordnung schuldrechtlicher Beziehungen	3
II.	Schuldrecht im Verhältnis zu anderen Disziplinen des Privatrechts	4
III.	Insbesondere das Verhältnis Schuldrecht-Sachenrecht	5

## § 1 Gegenstand und Funktion des OR, dessen Stellung im schweizerischen Privatrecht

### I. OR als Ordnung schuldrechtlicher Beziehungen

1. Das Obligationenrecht regelt die privatrechtlichen, zwischen gleichgeordneten Bürgern bestehenden Rechtsbeziehungen, deren Wesen darin besteht, dass mindestens der eine (der Gläubiger) vom anderen (dem Schuldner) ein bestimmtes Verhalten (ein Tun oder Unterlassen, Erbringen von Sach- oder Geldleistungen) fordern kann. Durch diese Rechtsbeziehungen werden keine objektiven Verhaltensvorschriften begründet, sondern die Verhaltenspflicht des Schuldners hat ihre Wurzeln im Willen des seine Rechte geltend machenden Gläubigers<sup>1</sup>.

2. Nicht nur stellt das Obligationenrecht keine objektiven Verhaltensvorschriften auf, auch die Durchsetzung schuldrechtlicher Beziehungen wird nicht von Amtes wegen betrieben, sondern hängt vom Willen des Berechtigten und dessen allfälliger Klage ab. Der Private ist sodann bei der Ausübung der ihm zustehenden Rechte grundsätzlich (d. h. unter Vorbehalt expliziter Schutznormen und des Rechtsmissbrauchsverbots von ZGB 2) frei, d. h. kann seine Entscheidung nach persönlichem Belieben («willkürlich») und ohne Verpflichtung auf höhere Gesichtspunkte treffen. Das Schuldrecht ist daher zum vornherein nicht geeignet, in durchgreifender Weise öffentliche Interessen wahrzunehmen. Soweit bei den (vertraglich begründeten) Schuldverhältnissen nicht bloss deren Durchsetzung, sondern bereits deren Entstehung vom Willen der Parteien abhängt, kann auch auf dieser Stufe der Gesetzgeber nur in beschränktem Umfang materiale Gerechtigkeit anstreben und muss auf die Fähigkeit des Bürgers, für sich selber zu sorgen, vertrauen. Wo der Gesetzgeber bei einzelnen Vertragsverhältnissen (besonders Arbeits- und Mietvertrag) es nicht dabei bewenden lassen kann, wird die Grenze der Möglichkeiten der Privatrechtsgesetzgebung erreicht, und es lässt sich das Einfließen öffentlich-rechtlicher Elemente nicht vermeiden. Der in diesem Buch behandelte *Allgemeine Teil* des Obligationenrechts, der Vorschriften aufstellt, die nicht bloss bei einzelnen Typen von Verträgen, sondern bei sämtlichen Verträgen anwendbar sein sollen, kann infolge der Abstraktheit der zu erlassenden Normen nur ausnahmsweise einen Schutz des Schwächeren versuchen, da auf der gegebenen Abstraktionsstufe im allgemeinen weder Schutzbedürfnisse erkannt noch Schutzmöglichkeiten verwirklicht werden können<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu unten § 4/II zum Begriff des subjektiven Rechts, dessen richtiges Verständnis erst das Erfassen der Natur privatrechtlicher Pflichten ermöglicht.

<sup>2</sup> Dies ist auch der Grund, weshalb die gesetzgeberischen Bestrebungen, die einen Schutz des wirtschaftlich oder intellektuell Schwächeren bezwecken (Revision des Bürgschafts-, Miet- und Arbeitsrechts, Novelle über den Abzahlungskauf usw.), sich ausserhalb des Allgemeinen Teils finden. Lediglich die rechtliche Erfassung der «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» hat ihren Sitz im Allgemeinen Teil (dazu unten § 10/XIV).

3. «Obligare» heisst binden; Obligation ist das rechtliche Gebunden- oder Verpflichtetsein, und dies vorab zu einer Leistung. Obligation ist das Schulden, Obligationenrecht kann gleichbedeutend sein mit «Schuldrecht» (so vorab die Terminologie des deutschen BGB)<sup>3</sup>.

Diese Begriffe sind allerdings doppeldeutig. Der Begriff des Schuldrechts insbesondere i. S. des BGB ist auf die gesamthafte schuldrechtliche Beziehung der Parteien ausgerichtet, während der Begriff Obligation vorab die aus diesem sich ergebende einzelne Verpflichtung im Auge hat (dazu unten § 4/V).

## II. Schuldrecht im Verhältnis zu anderen Disziplinen des Privatrechts

Schuldrechtliche (obligatorische) Beziehungen können in den verschiedensten Lebensbereichen entstehen; die Einheit des Schuldrechts ergibt sich weder aus einer Typizität der geregelten Lebensvorgänge noch aus seiner wirtschaftlichen Funktion. Das Schuldrecht wird primär durch die von ihm geregelte Rechtsfolge charakterisiert, die «obligatorische» Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner. Da Forderungs- und Schuldbeziehungen indessen in sämtlichen Bereichen des Privatrechts angetroffen werden, ist das Obligationenrecht durch das Negativmerkmal gekennzeichnet, dass keine Sondervorschriften des Zivilgesetzbuches oder des Handelsrechts vorliegen, die, bezogen auf spezifische Sondertatbestände, nach eigenen Regeln schuldrechtliche Beziehungen entstehen lassen.

Soweit in anderen Bereichen des Privatrechts die Entstehung von obligatorischen Beziehungen geregelt wird, gehen die entsprechenden Regeln als *leges speciales* vor; das OR hat als Generalnorm zurückzutreten. Immerhin kommt ihm subsidiäre Bedeutung zu; es ist anzuwenden, soweit ein nicht durch Sondernorm ausgeschlossener Anwendungstatbestand vorliegt. In zahlreichen Zusammenhängen finden obligationenrechtliche Regeln analoge («entsprechende») Anwendung; insbesondere sind vertragsrechtliche Grundsätze auf sonstige rechtsgeschäftliche Tatbestände zu übertragen. Dies ist in der Bestimmung von ZGB Art. 7 festgehalten, welche allerdings zu eng gefasst ist.

In privatrechtlichen Spezialbereichen sind in weitem Umfang vertragliche Abmachungen zulässig, die vermutungsweise obligationenrechtlichen Grundsätzen unterliegen. Die Verfügungen des *Sachenrechts* gehorchen sachenrechtlichen Grundsätzen, beruhen aber regelmässig auf obligationenrechtlich geregelten Verpflichtungsgeschäften (dazu vgl. unten § 4/VIII). Das *Erbrecht* hindert nicht schuldrechtliche Verträge über die Nachlassteilung unter Miterben, wie auch auf den Teilungsvertrag,

---

<sup>3</sup> Ausser beträcht bleibt hier der wertpapierrechtliche Begriff der Obligation, d. h. die Schuldverschreibung, deren korrespondierendes Recht in einem Wertpapier verkörpert ist.

Erbschaftsvertrag oder die Handhabung von Vermächtnissen weitgehend die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze anwendbar sind. - Im *Gesellschaftsrecht* kommen ebenfalls schuldrechtliche Beziehungen vor, ohne dass das Gesellschaftsrecht, insbesondere bei Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, auf schuldrechtliche Beziehungen zwischen den beteiligten Personen reduziert werden dürfte; dieses ist vielmehr durch die Entstehung eines mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten «Organismus» charakterisiert, dessen eigengesetzliche Verfassung die Geschicke der juristischen Person wie die Ansprüche der Beteiligten bestimmt. Den dabei entstehenden Rechtsbeziehungen können sich (vertraglich oder deliktisch begründete) schuldrechtliche Beziehungen überlagern.

Unter *familienrechtlichen Gesichtspunkten* wird in Sonderbereichen die Vertragsfähigkeit der einzelnen Partner im Verhältnis zu Dritten eingeschränkt: Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten beim Abzahlungskauf (OR 226 b) oder beim Eingehen einer Bürgschaft (OR 494). Das revidierte Familienrecht sieht weitere Einschränkungen vor (rev. Art. 169, 178, 230), hebt aber die Beschränkung des früheren Art. 177 ZGB auf.

### III. Insbesondere das Verhältnis Schuldrecht-Sachenrecht

1. Schuldrecht und Sachenrecht stehen in der Kodifikationsgeschichte in einem engen Zusammenhang, und auch heute ist sachliche Berührung festzustellen. Die «Kodifikationen der ersten Generation», d. h. der französische Code Civil und das österreichische ABGB, ordnen das Vertragsrecht in das Sachenrecht ein, dies offenkundig bestimmt durch die Feststellung, dass die praktisch bedeutsamsten Verträge auf Übertragung des Sacheigentums (Kauf, Schenkung) oder Sachüberlassung (Miete, Hinterlegung) gerichtet sind<sup>4</sup>. - Der heutige Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht ist vor allem durch den Umstand begründet, dass sachenrechtliche Verfügungen regelmässig einen obligationenrechtlichen Vertrag als tragendes «Grundgeschäft» voraussetzen<sup>5</sup>.

2. Das Schuldrecht wird durch die Figur des gegen einen bestimmten Schuldner gerichteten *Forderungsrechts* charakterisiert, das Sachenrecht durch die Figur des *dinglichen Rechts*, das sich (als Eigentumsrecht, Pfandrecht o. dgl.) gegen jedermann richtet, gerade deshalb aber nur negativen (negatorischen, d. h. abwehrenden) Anspruchsinhalt haben kann<sup>6</sup>. - Der durch das Verleihen dinglicher Rechte verfolgte Zweck des Sachenrechts ist wesensmässig derjenige einer *Sachzuordnung* (die

---

<sup>4</sup> Vgl. die Hinweise zur Systemgeschichte unten § 2/I/2/b.

<sup>5</sup> Vgl. dazu unten § 4/VIII.

<sup>6</sup> Zu der Verschiedenartigkeit der Struktur des Grundelementes des persönlichen Forderungsrechts bzw. des dinglichen Rechts vgl. unten § 4/III.

Berechtigten können kraft ihrer Befugnis zum Ausschluss aller Nichtberechtigten die Sache beherrschen, nutzen, über sie verfügen), und zwar einer Sachzuordnung als Dauerzustand. Demgegenüber haben schuldrechtliche Verträge häufig Sachleistungen zum Gegenstand, wobei hier nicht Sachbeherrschung als statischer Zustand, sondern der dynamische Vorgang der Sachübertragung Zweck der Regelung ist. Gegenstand des Sachenrechts ist die Sachherrschaft als solche, während die Regelung der Übertragung dieser Sachherrschaft (wenigstens auf der Stufe der Verpflichtungsgeschäfte; vgl. dazu unten § 4/VIII) dem Schuldrecht überlassen ist.

3. Der romanistischen Tradition folgend, die aufgrund der im antiken Römischen Recht durchgreifenden prozessualen Trennung der *actiones in rem* und *actiones in personam* zu einer strengen Trennung der dinglichen und persönlichen Rechte gelangt, werden heute in ZGB und OR (wie auch in BGB und ABGB) die dinglichen und die persönlichen Rechte, und dementsprechend Schuld- und Sachenrecht, unterschieden: *Schuldrechtliche Verträge entfalten keinerlei dingliche Wirkungen*, d. h. mit dem Abschluss eines Kaufvertrages wird nicht auch bereits Eigentum an der Kaufsache übertragen, sondern lediglich eine Übereignungspflicht des Verkäufers begründet. Umgekehrt setzt die Gültigkeit eines Veräußerungsgeschäfts die - erst für die Erfüllung notwendige - sachenrechtliche Verfügungsmacht (Eigentum) des Veräußerers nicht voraus. - Die entgegengesetzte Lösung ist *im Rechtskreis des französischen Code Civil*<sup>7</sup> und *im anglo-amerikanischen Rechtskreis*<sup>8</sup> verwirklicht.

---

<sup>7</sup> CC art. 711: «La propriété des biens s'acquiert et se transmet... par l'effet des obligations.» und art. 1583 für den Kauf. «Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit ... dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.» Vgl. dazu auch § 4/VIII/2.

In dieser Konzeption mögen lehensrechtliche Vorstellungen des *ius ad rem* (vgl. Hinweis im folgenden) u. dgl. weiterwirken und sich insbesondere naturrechtliche Theorien spiegeln (menschlicher Wille bzw. Vertragskonsens als entscheidendes rechtsgestaltendes Element, das im Zeitpunkt der Verpflichtung auch bereits den Soll-Zustand eintreten lässt); entscheidenden Einfluss hat wohl auch hier H. GROTIUS gehabt (vgl. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. A. Göttingen 1967, p. 293). - Dem Beispiel des CC folgen nicht alle Kodifikationen des CC-Rechtskreises (der im wesentlichen alle Länder des romanischen Sprachbereichs: - Italien, Iberische Halbinsel, Lateinamerika - umfasst). Zwar ist diese Lösung trotz der inzwischen wirksamen Einflüsse der deutschen Pandektenwissenschaft auch in Gesetzesrevisionen der jüngeren Zeit in Europa beibehalten worden: italienischer Codice Civile von 1942, art. 922 und 1376, portugiesischer Código Civil von 1966, art. 408 und 1317. Andererseits ist bemerkenswert, dass Spanien und die Länder Lateinamerikas Widerstandsfähigkeit gegenüber diesem sachlich höchst fragwürdigen Prinzip zeigen: Der Grundsatz wird geradewegs abgelehnt und durch das ZGB 714 und BGB § 929 entsprechende Traditionsprinzip ersetzt, z. B. im Código Civil *Chiles* (art. 588/I), *Spaniens* (art. 609, 1450, 1473), *Argentiniens* (art. 577: «Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.»), *Brasiliens* (art. 620) und *Columbiens* (art. 673/I und 740). Aber auch in den wenigen dem französischen Vorbild folgenden Ländern (z. B. *Perú*, CC art. 1172 f.) scheint die Tendenz zu bestehen, die Auswirkungen möglichst abzuschwächen. Vgl. auch § 4/VIII/2 mit Anm. 52. Vgl. im übrigen A. RÖTLISBERGER, *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübergang*; Diss. Bern 1982.

<sup>8</sup> Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird unterschieden zwischen Contract of Sale (oder kurz Sale), einem Kaufvertrag mit dinglichen Wirkungen, vergleichbar der französischen Konzeption, und dem *Agreement to sel*, einer lediglich obligatorisch wirkenden Verpflichtung.

Eine Verwischung der Trennung zwischen schuld- und sachenrechtlichen Beziehungen findet sich in der lehensrechtlichen Tradition mit dem «*ius ad rem*» (einem obligatorischen Anspruch auf eine Sache mit der Möglichkeit der Sachverfolgung bei Dritten) oder heute noch in der englischen «lease», einem der Miete oder Pacht ähnlichen obligatorischen Vertrag mit dinglich wirkender Befugnis der Sachnutzung (die z. B. bei Veräußerung der Mietsache oder im Konkurs des Sacheigentümers gegenüber vertragsfremden Dritten durchgesetzt werden kann).

4. Gewisse Erscheinungen des OR lassen sich nur anhand sachenrechtlicher Grundsätze verstehen. Die *Verpfändung von Forderungen* ist an sich ein schuldrechtlicher Vorgang, jedoch im Sachenrecht geregelt (ZGB 899-906). Andererseits ist die *Zession* (OR 164 ff.) nicht ganz ohne die sachenrechtliche Vorstellung des Von-Hand-zu-Hand-Gehens der Forderung ähnlich einer Sache zu verstehen. - Besondere Bedeutung erhält das Sachenrecht für schuldrechtliche Beziehungen im *Wertpapierrecht*, dessen hervortretender Mechanismus darin besteht, die Zuständigkeit zur Geltendmachung der wertpapierrechtlich verkörperten Forderung nicht nach schuldrechtlichen, sondern sachenrechtlichen Prinzipien (den dinglichen Rechten oder dem Besitz am Wertpapier) zu regeln.