

§ 2 Stellung des Schuldrechts in der Schweizerischen Privatrechts- gesetzgebung; Gegensatz Zivilrecht-Handelsrecht	8
I. Zu den Rechtsquellen	8
1. Privatrecht als Bundesrecht	8
2. Die Stellung des OR in der Zivilrechtskodifikation	8
3. Aufbau des OR	10
4. Aufbau des Allgemeinen Teils	11
II. Gegensatz Zivilrecht-Handelsrecht im allgemeinen	11
1. Zum Begriff und Sachbereich des Handelsrechts	11
2. Einordnung des Handelsrechts im Ausland und in der Schweiz	12
3. Abgrenzung der Bereiche Zivilrecht-Handelsrecht	12
III. Bedeutung und Herkunft der Unterscheidung Zivilrecht-Handelsrecht	13

§ 2 Stellung des Schuldrechts in der Schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung; Gegensatz Zivilrecht -Handelsrecht

I. Zu den Rechtsquellen

1. Privatrecht als Bundesrecht

Der Bund ist, seit der Ergänzung von Art. 64 BV in der Volksabstimmung vom 13. November 1898, zur Gesetzgebung in allen Bereichen des Privatrechts befugt. Da der Erlass der Zivilrechtskodifikation (ZGB und OR) die Vermutung begründet, dass die entsprechende Gesetzgebungskompetenz durch den Bund erschöpfend ausgeübt worden sei, verbleibt den Kantonen im Bereich des Privatrechts grundsätzlich keine Gesetzgebungskompetenz. Kantonales Privatrecht ist ausser Kraft gesetzt und dürfte auch im Falle einer Gesetzeslücke nicht ergänzend angewendet werden. Die Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Sinne von BV 64 entscheidet darüber, ob eine kantonrechtliche Norm (als öffentlich-rechtliche) zulässig (ZGB 6/I) oder (als privatrechtliche) bundesrechtswidrig und infolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts ungültig ist¹.

Der Grundsatz umfassender Kodifizierung des Privatrechts auf Bundesebene kann allerdings nicht rein durchgeführt werden; in verschiedenen Zusammenhängen muss die Regelung einer Frage den Kantonen überlassen bleiben, was in der (bloss deklaratorischen) Bestimmung von ZGB 5/I festgehalten wird².

2. Die Stellung des OR in der Zivilrechtskodifikation

a) ZGB im engeren und weiteren Sinn

Das Bundesprivatrecht ist grundsätzlich in der schweizerischen *Privatrechtskodifikation* (ZGB und OR) enthalten. Diese wird durch eine Reihe von Sondergesetzen

¹ Vgl. die BGE zu Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BV; zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht bzw. der Bestimmung der den Kantonen verbleibenden Gesetzgebungskompetenz H. HUBER, Berner Komm., Einleitungsartikel, ZGB 6; zur Frage der Methode der Abgrenzung Privatrecht - öffentliches Recht vgl. BUCHER, Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht, «Rechtstheorie», Bd. 1, Berlin 1970, p. 23 ff., bes. p. 30 f., 33, und unten § 8/I/2.

² Vgl. zum vorbehaltenen kantonalen Recht P. LIVER, Berner Komm. Einleitungsartikel, ZGB 5; DESCHENAUX, SPR II, p. 38 ff.; M. JAGMETTI, SPR I, p. 239-351.

ergänzt³, die allerdings bloss ausnahmsweise die im Allgemeinen Teil des OR enthaltenen vertragsrechtlichen Grundsätze modifizieren⁴.

Das OR vom 30. März 1911 trägt den Titel «Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)». Daraus erhellt die Doppeldeutigkeit des Begriffs «Zivilgesetzbuch»: Während das ZGB i. e. S. die vier Teile Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht umfasst, muss als ZGB i. w. S. die Gesamtheit von ZGB i. e. S. und OR verstanden werden.

Diese Situation ist bedingt durch die Entstehungsgeschichte: Bei der Schaffung des ZGB bestand das OR bereits als selbständiges Gesetz. Eine organische Einfügung wurde zeitweise erwogen, jedoch preisgegeben zugunsten der Erhaltung der bisherigen Kodifikation in formaler Selbständigkeit. Diese ist sinnvoll, weil sie die Verschiedenheit der Entstehung und des historischen Hintergrundes bewussthält. Im übrigen müssen beide Teile als einheitliches Privatrechtsgesetzbuch verstanden werden, deren Einzelteile sich inhaltlich ergänzen (Einleitungsartikel, ZGB 1-10, Handlungsfähigkeit, ZGB 12-19 usw. sind für das OR bedeutsam, dessen Allgemeiner Teil für das gesamte Zivilrecht-, vgl. ZGB 7 und dazu unten § 7).

b) Hinweis zur Systemgeschichte

Alle gesetzlichen Einteilungen des Stoffes des Privatrechts sind letztlich von den *Institutionen des Gaius* mit ihrer dreiteiligen Gliederung in Personenrecht, Sachenrecht und Aktionenrecht beeinflusst⁵. Personen- und Familienrecht setzen die Tradition des «ius ad personas pertinens» fort, während das Obligationenrecht ursprünglich als Bestandteil des «ius ad res pertinens» verstanden wird und sich nur allmählich aus dem Sachenrecht herauslöst⁶.

Ein gegenüber dem CC und dem ABGB eigenständiges System schuf J. C. BLUNTSCHLI im Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853-1855 (PGB). Die von ihm entwickelte zweckmässige Reihenfolge der verschiedenen Teile (Personen-, Familien-, Sachen-, Obligationen- und Erbrecht) wurde bei Einführung des ZGB grundsätzlich beibehalten und lediglich das Erbrecht vor das Sachenrecht

³ Vgl. die Zusammenstellung der bundesprivatrechtlichen Sondergesetze bei SCHÖNENBERGER / JÄGGI, p. 17 f.

⁴ Wichtigstes Beispiel ist das Sonderrecht für die Versicherungsverträge; vgl. BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1.

⁵ «Omne (autem) ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones» (GAIUS I, 8, Inst. 1, 2, 12).

⁶ Die Verbindung des Obligationenrechts mit dem Sachenrecht ist noch sichtbar in den natur-rechtlichen Kodifikationen: Der französische CC regelt das Vertragsrecht im 3. Buch «Des différentes manières dont on acquiert la propriété», während das ABGB die Forderungsrechte als «persönliche Sachenrechte» versteht, die den «dinglichen Sachenrechten» gegenübergestellt sind.

gerückt⁷, womit insbesondere dem OR eine gesonderte Existenz erhalten werden konnte⁸.

3. Aufbau des OR

Das OR gliedert den Stoff in fünf Abteilungen, diese in durchlaufend numerierte 34 Titel und diese wiederum je nach Bedarf in Abschnitte.

Abteilungen:

1. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183)
2. Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551)
3. Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft (Art. 552-926)
4. Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung (Art. 927-964)
5. Die Wertpapiere (Art. 965-1186)

Grundeinheit ist wie in der ganzen Bundesgesetzgebung der *Artikel*⁹.

Der in vorliegendem Buch behandelte Stoff ist in der *1. Abteilung* (Art. 1-183) normiert (die das Recht der ausservertraglichen Schädigung betreffenden Art. 41-61 bleiben ausser betracht). Unter dem Blickwinkel des Vertragsrechts betrachtet, nennt man diese 1. Abteilung den «*Allgemeinen Teil*» (sc. des OR). Ihm tritt der «*Besondere Teil*» (2. Abteilung, Art. 184-551) an die Seite, dessen Vorschriften im Rahmen des Vertragsrechts kumulativ neben den Vorschriften des Allgemeinen Teils berücksichtigt werden müssen. Von den Bestimmungen der 2. Abteilung würden im Grunde die Art. 419-424 über die Geschäftsführung ohne Auftrag («quasi-vertraglicher» Schuldgrund) in den «Allgemeinen Teil» gehören; deren Verweisung in den Besonderen Teil hängt mit der Überlegung zusammen, dass die Geschäftsführung als ein «quasi-Auftragsverhältnis» in den Zusammenhang des Auftragsrechts zu stellen sei.

⁷ Dies war angeblich schon die ursprüngliche Absicht Bluntschlis gewesen. Vgl. BAUHOFFER, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-55, ZSR 46 (1927), p. 78.

⁸ Dem Aufbau des BGB (Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht) liegt das sogenannte Pandektensystem zugrunde, wobei allerdings gegenüber diesem Schuld- und Sachenrecht umgestellt sind. Vgl. A. B. SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in Rechtsgeschichte und Gegenwart, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 13, 1960, p. 1 ff.

⁹ Im Gegensatz dazu in Deutschland, Österreich und vielen Kantonen der *Paragraph* (§). - Im *englischen Sprachbereich* herrscht die «*section*» («sec.») vor, neben den in bestimmten Zusammenhängen ebenfalls vorkommenden *Paragraphen* und «*articles*».

4. Aufbau des Allgemeinen Teils

Die Gliederung des Rechtsstoffes ist auf den Begriff der *Obligation* ausgerichtet¹⁰. Dieser liefert Anlass zu folgenden Einteilungen: In einer *ersten Stufe* werden drei Gruppen gebildet: Entstehung, Wirkung und Erlöschen der Obligationen (1. Titel, Art. 1-67, 2. Titel, Art. 68-113, 3. Titel, Art. 114-142). Auf der untergeordneten *zweiten Stufe* ist vor allem die Einteilung der ersten Gruppe von Interesse; hier werden die Gründe der Entstehung durch *Vertrag* (OR 1-40), durch *unerlaubte Handlung* (OR 41-61) und aus *ungerechtfertigter Bereicherung* (OR 62-67) unterschieden, womit eine abschliessende Darstellung möglicher Grundlagen obligationenrechtlichen Verpflichtetwerdens erreicht werden soll¹¹. Hinzu treten die zahllosen einzelnen Entstehungsgründe von Obligationen, die vorab im ZGB vorgesehen sind und als «obligationes ex lege» bezeichnet werden mögen.

Die Leistungsfähigkeit der vom Gesetzgeber gewählten Systematisierung ist (wie jede andere denkbare) beschränkt; bereits die 4. und 5. Titel («Besondere Verhältnisse bei Obligationen», OR 143-163, und «Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme», OR 164-183) entziehen sich dem Schema. Die *Erfüllung der Obligationen* (2. Titel, OR 68-96) stellt den Hauptfall ihrer Erlöschung dar, welche erst im 3. Titel behandelt wird. Die Bedeutung der Erfüllungsregeln beschränkt sich im wesentlichen auf die vertraglich begründeten Obligationen (dazu unten § 18/I).

II. Gegensatz Zivilrecht - Handelsrecht im allgemeinen

1. Zum Begriff und Sachbereich des Handelsrechts

«Handelsrecht» ist begrifflich mehrdeutig (und damit auch die Komplementärgrösse Zivilrecht). Als Kriterien kommen in Betracht: Handelsrecht als Gegenstand eines Handelsgesetzes (in welchem Fall es in der Schweiz wie auch in Italien kein Handelsrecht gäbe) - als Sonderrecht der Kaufleute (subjektives System, wie es in der deutschen Gesetzgebung im Vordergrund steht) - als Sonderrecht für bestimmte

¹⁰ Der Gesetzgeber, hier bestimmt von WALTER MUNZINGER, folgt dabei einer Tradition, die aus dem Vernunftrecht der Aufklärung stammt und die vor allem in der Rechtstradition sämtlicher Länder des romanischen Sprachkreises als bestimmender Faktor weiterlebt. Weitere Hinweise bei BUCHER, Einfluss franz. CC, bes. p. 165-175.

¹¹ Als weiterer Entstehungsgrund wäre die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zu nennen (OR 419-424); dazu auch oben Ziff. 3. Diese positivrechtlichen Anspruchsgrundlagen werden durch die von Lehre und Rechtsprechung geschaffenen Figuren der *faktischen Vertragsverhältnisse* und der *culpa in contrahendo* (dazu unten §§ 16 und 17) ergänzt.

Geschäftstypen (objektives Kriterium, im Rechtskreis des französischen Code Civil vorherrschend) - als empirische Auffassung des auf Verhältnisse des Handels und der Kaufleute Bezug nehmenden Rechts - als ein historisch vom Zivilrecht getrennt gewachsener Rechtszweig (vgl. unten Ziff. III).

2. Einordnung des Handelsrechts im Ausland und in der Schweiz

Frankreich kennt seit je neben dem Code Civil einen Code de Commerce, der Gesellschaftsrecht, Wechselrecht sowie «faillite» (Konkursrecht) und Handelsgerichtsbarkeit regelt. Beeinflusst vom französischen Vorbild haben *Spanien, Portugal, die lateinamerikanischen Staaten* und ursprünglich *Italien* ihr Handelsrecht in einem gesonderten Gesetzbuch kodifiziert. In *Deutschland* bestand lange vor dem BGB ein Handelsgesetzbuch (ausgearbeitet in den fünfziger Jahren, 1871 zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ADHGB geworden), dessen revidierte Fassung als «HGB» gleichzeitig mit dem BGB in Kraft trat und seit 1939 auch für *Österreich* Geltung hat. *Italien* besass ursprünglich das französische System (Codice di commercio); seit 1942 vereinigt der neue Codice civile - gleich dem ZGB i. w. S. - das Zivil- und das Handelsrecht (Konzeption des Code unique, Codice unico).

Der Verzicht des *schweizerischen Gesetzgebers* auf eine Ausgliederung des Handelsrechts in einem gesonderten Handelsgesetzbuch ist nicht Ausdruck bewussten Gestaltungswillens, vielmehr die Folge der politischen Zeitumstände, die für eine Vereinheitlichung des gesamten Privatrechts noch nicht reif waren, während von der Sache her zu recht festgestellt werden musste, dass eine auf das Handelsrecht beschränkte Vereinheitlichung unbefriedigend gewesen wäre. Folge davon war eine auf das Schuldrecht und das Handelsrecht beschränkte, diese Gebiete jedoch verbindende Kodifikation (das OR von 1881/83), welche Verbindung aufzuheben später kein Anlass mehr bestand¹².

3. Abgrenzung der Bereiche Zivilrecht - Handelsrecht

In Grobeinteilung kann man neben dem ZGB i. e. S. die erste und zweite Abteilung des OR (Art. 1-183, 184-551) zum Zivilrecht, den Rest (3. bis 5. Abteilung) zum Handelsrecht zählen, ungefähr so die Grenzziehung der universitären Disziplinen.

In Abweichung von diesem Schema müssen bereits in der ersten und zweiten Abteilung etwa die folgenden Normbereiche streng genommen ganz oder teilweise zum Handelsrecht gerechnet werden:

a) *Sonderbestimmungen für Kaufleute* in OR 104/III (Verzugszins), 117 (Kontokorrent), 190/91 (Verzug des Verkäufers), 215 (Käuferverzug), 313/II, 314 (Darlehenszins), 124/III, 212/III (vorbehaltene kaufmännische Übung).

¹² Vgl. weiterhin BUCHER, ZSR (1983), p. 265 f., Einfluss franz. CC, p. 143 ff.

b) *Kaufmännisches Unternehmensrecht* in OR 458-465 (Prokura und andere kaufmännische Vertretungsverhältnisse, die systematisch nicht zu den «Vertragsverhältnissen» gehören).

c) *Handelsrechtlich ausgerichtete Vertragstypen*, besonders Verlagsvertrag (Art. 380-393), Kreditbrief und Kreditauftrag (Art. 407-411), Mäklervertrag (Art. 412-418), Agenturvertrag (Art. 418 a-v), Kommission und Speditionsvertrag (Art. 425-439), Anweisung (Art. 466-471), Hinterlegungsvertrag (Art. 472-491).

d) Traditionellerweise wird in der Schweiz wie in Deutschland das *Recht der einfachen Gesellschaft* (OR 530-551, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts gemäss BGB §§ 705-740), obwohl zum Zivilrecht gehörend, aufgrund seiner Funktion als Grundlage der handelsrechtlichen Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), vorab im Handelsrecht erörtert.

Wesentliche Teile des Handelsrechts (insbesondere das Immaterialgüterrecht i. w. S.) finden sich in Spezialgesetzen (Patent-, Marken-, Muster- und Modell-, Urheberrechtsgesetz, Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Kartellgesetz etc.). -Im Bereich der Zwangsvollstreckung ist der Konkurs als handelsrechtliche Sonderform zu verstehen.

III. Bedeutung und Herkunft der Unterscheidung Zivilrecht -Handelsrecht

Die gegenwärtige Unterscheidung von Zivilrecht und Handelsrecht ist nicht primär durch äussere Umstände oder praktische Rücksichten gerechtfertigt; es liegt ein echter Strukturgegensatz vor, der durch die Verschiedenheit der historischen Grundlagen der beiden Disziplinen bedingt ist und in der Schweiz, trotz der Vereinigung beider Gebiete in einem «code unique», nicht weniger den Charakter der beiden Gebiete bestimmt¹³.

Zivilrecht ist, auf eine vereinfachte Formel gebracht, *Wissenschaftsrecht*, das seit der Entstehung der Universitäten dort nicht nur gelehrt, sondern auch entwickelt wird. Der an den Rechtsfakultäten ursprünglich vermittelte Gegenstand ist weniger ein geltendes oder sich in der Praxis durchsetzendes Recht, als vielmehr das theoretische Anschauungsmodell eines Idealrechts. Der zugrunde liegende Rechtsstoff ist ursprünglich das den Digesten zu entnehmende antike Römische Recht¹⁴.

¹³ Vgl. dazu BUCHER, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, Festschrift für A. Meier-Hayoz, Zürich 1972, p. 1-14.

¹⁴ Im Lauf der Jahrhunderte sind freilich immer Schwankungen festzustellen zwischen einer mehr historischen oder aber freieren Auffassung, die dann die praktischen Bedürfnisse oder deduktiv gewonnenen Gerechtigkeitsüberlegungen einbezieht. Überwiegend *historisch* die Schule der Glossatoren und in späteren Reaktionen besonders die sogenannte elegante Jurisprudenz bzw. der *mos gallicus* und im 19. Jahrhundert die historische Rechtsschule; *freier* gegenüber den römischen Quellen vor allem die von den Kommentatoren («Postglossatoren») begründete Tradition und in unterschiedlichem Ausmass sämtliche Zweige der Rechtslehre der Aufklärungszeit bzw. der «*usus modernus pandectarum*».

Unerachtet des wechselnden Ausmasses historischer Treue gegenüber den römischen Quellen blieb während mehr als eines halben Jahrtausends, d. h. bis ins 19. Jahrhundert hinein, der Sachbereich des von den Rechtsfakultäten bearbeiteten und gelehrten Rechts unverändert derjenige der Pandekten Justinians. Dieser Zusammenhang mag die herkömmliche Bezeichnung «Zivilrecht» erklären: Es ist die Disziplin, die sich auf das «ius civile» (hier pars pro toto verstanden als Bezeichnung für das Römische Recht schlechthin) bezieht oder sich doch in dem von den Pandekten erfassten inhaltlichen Bereich bewegt¹⁵.

Die wichtigsten Sachgebiete des heutigen Handelsrechts, insbesondere das kaufmännische Unternehmensrecht, das Gesellschaftsrecht und das Immaterialgüterrecht, haben im Pandektenrecht kaum Ansätze einer Regelung, weshalb sich die «offizielle» Wissenschaft, eben jene des Zivilrechts, mit diesen Gegenständen nicht beschäftigte, sondern diese dem Wildwuchs der Praxis überliess. Erst im Verlauf des 19. Jahrhunderts bildet sich eine Handelsrechtswissenschaft heraus, die im Lehrbetrieb der Fakultäten Aufnahme findet und hier von den germanistischen Vertretern der historischen Rechtsschule (die einerseits ebenfalls akademische «new-comers» sind und andererseits vom Standpunkt der germanistischen Tradition einen Beitrag zur Entwicklung des Faches - vor allem im Gesellschaftsrecht - leisten können) betreut wird.

Das «Gesetz, nach dem sie angetreten», bestimmt den Charakter der beiden Disziplinen: Durchgearbeitet und zu einem hohen Grad der Differenziertheit der Lösungen und der Rechtssicherheit gelangt das Zivilrecht (dies wenigstens in jenen Bereichen, die sich in einer auch durch die Kodifizierung nicht gebrochenen Tradition weiterentwickeln, wie dies insbesondere für das Schuldrecht zutrifft), umgekehrt in einem Zustand grösserer Bewegung und Unbestimmtheit in Einzelfragen, begrifflich weniger differenziert und dogmatisch weniger durchgebildet das Handelsrecht. Diese Eigentümlichkeiten verlangen Berücksichtigung in der wissenschaftlichen Methode.

¹⁵ Dass sich der Begriff «Zivilrecht» ausgehend von der Vorstellung des römischen bzw. in romanistischer Tradition stehenden universitären Wissenschaftsrechts entwickelt hat, wird im englischen Sprachgebrauch deutlich, wo unter «civil Law» ein in der Überlieferung des Römischen Rechts stehendes Recht, ebenjenes der «civil-law-countries», verstanden wird, die in der Sicht des anglo-amerikanischen Juristen durch Abhängigkeit vom Römischen Recht charakterisiert sind.