

Das revidierte Obligationenrecht ("Handelsrecht") vom 18. Dezember 1936 im Hinblick auf das System der schweizerischen Gesetzgebung

Autor(en): **Giovanoli, Silvio**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **61 (1942)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896268>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Das revidierte Obligationenrecht („Handelsrecht“) vom 18. Dezember 1936 im Hinblick auf das System der schweizerischen Gesetzgebung

Von Dr. Silvio Giovanoli, Chur.

Geschichtliche Vorbemerkung. Die ersten Bestrebungen zur Vereinheitlichung der privaten Rechtsordnung der Schweiz (auf dem Wege des Konkordates unter Kantonen) richteten sich auf die Einführung eines gemeinsamen Wechselrechts¹⁾ (Entwurf von E. Burckhardt-Fürstenberger, von 1854)²⁾, dann auf diejenige eines gemeinsamen Handelsgesetzbuches (Entwurf von W. Munzinger, von 1863, über ein Verkehrsrecht)³⁾. Schliesslich zielte die Rechtsvereinheitlichung auf die Schaffung eines einheitlichen Obligationen- und Verkehrsrechtes ab.

Durch die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874⁴⁾ wurde das Recht der Gesetzgebung über alle auf den Handel- und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und

¹⁾ Analog zur deutschen Entwicklung. Wieland, K., Handelsrecht, 1921/1931, Bd. I, S. 36 f.; Haab, in: „Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer“, Basel 1937, S. 7 f.

²⁾ Siehe über diesen Entwurf die Zitate bei Wieland, l. c., S. 37, N. 2.

³⁾ Literaturangaben zu diesem Entwurf bei Wieland, l. c., S. 38, N. 3. Die Einräumung bezüglicher gesetzgeberischer Kompetenzen an den Bund wurde im Jahre 1866 verweigert.

⁴⁾ Art. 64, Abs. 1, welcher noch in den Volksabstimmungen vom 10. Juli 1887 und vom 19. März 1905 auf den heutigen Wortlaut ergänzt wurde.

Wechselrechts) von den Kantonen auf den Bund übertragen, was zum schweizerischen Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 führte; dieses ist zunächst am 30. März 1911 revidiert⁵⁾ worden. Nachdem der Bund ferner durch die Volksabstimmung vom 13. November 1898 das den Kantonen verbliebene Recht zur Gesetzgebung auch auf den übrigen Gebieten des Zivilrechts erhielt, ist auch das schweizerische Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907, in Kraft getreten am 1. Januar 1912, geschaffen worden. Die beiden genannten Kodifikationen sind die bedeutendsten des schweizerischen Zivil- und Handelsrechts.

Das „Bundesgesetz vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts“ stellt nur die Ergänzung der Revision von 1911 dar, nicht eine zweite Revision eines Teiles des Gesetzes vom 14. Juni 1881. Im Jahre 1911 wurden bekanntlich nur die beiden ersten Abteilungen des Obligationenrechts dem Zivilgesetzbuch angepasst, welche in der Fassung vom 30. März 1911 von den „allgemeinen Bestimmungen“ und von den „einzelnen Vertragsverhältnissen“ handeln. Die Revision der dritten Abteilung dagegen, d. h. der Titel 24—33 (Art. 552—880), enthaltend das Recht der Handelsgesellschaften, Genossenschaften⁶⁾, Wertpapiere und Geschäftsfirmen, wurde damals zurück-

⁵⁾ Diese Revision erfolgte zunächst zum hauptsächlichen Zwecke der Anpassung an das ZGB vom 10. Dezember 1907; vgl. Oser/Schönenberger, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht, Taschenausgabe, Ausgabe 1938, Einleitung zum OR, S. XX f. Die Revision des Obligationenrechts vom 30. März 1911 ging jedoch, soweit sie damals erfolgte, in zahlreichen Punkten über eine blosse „Anpassung“ des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881 an das Zivilgesetzbuch hinaus. Über die damaligen Neuerungen siehe: Oser, Das neue schweizerische Obligationenrecht, in der Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 71, S. 61 ff.

⁶⁾ Die dritte Abteilung des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881/30. März 1911 ist zwar betitelt: „Die Handelsgesellschaften, Wertpapiere und Geschäftsfirmen“, doch ist darin auch die Genossenschaft — im Titel 27 — untergebracht.

gelegt, diese dritte Abteilung inhaltlich unverändert⁷⁾ übernommen und derart das gesamte Obligationenrecht als fünfter Teil — mit besonderer Numerierung — dem ZGB angegliedert⁸⁾.

Schon im Jahre 1911 erhielt Prof. Eugen Huber den Auftrag, die ausstehende Revision der dritten Abteilung des Obligationenrechts, also des Rechtes der Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Wertpapiere und Geschäftsfirmen, vorzubereiten; Prof. Huber arbeitete dementsprechend den ersten Entwurf betreffend Revision der Titel 24—33 des Obligationenrechts, vom Dezember 1919, und den Bericht dazu, vom März 1920, aus.

Ein zweiter, von Dr. A. Hoffmann umgearbeiteter Entwurf erschien im Dezember 1923, nebst einem zweiten Bericht.

Im Jahre 1928 wurde der bundesrätliche Entwurf mit einer Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 21. Februar 1928 herausgegeben.

Das im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts mitenthaltene Wechsel- und Checkrecht beruhen auf internationaler Grundlage. Die in die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts zurückreichenden Bestrebungen⁹⁾ zur Einführung eines Wechsel-

⁷⁾ Jedoch unter Wegfall der Art. 716—719 über die Vereine, weil durch die Art. 60—79 ZGB ersetzt.

⁸⁾ Über die Gründe der Unterlassung der Revision auch der Titel 24—33 des Obligationenrechts und ihrer Anpassung an das ZGB siehe den Bericht Huber, S. 5 f.

Die wesentlichsten Ursachen lagen wohl in den kräftigen Strömungen, welche für eine Überweisung des Rechtes der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft in die Spezialgesetzgebung bestanden und in den internationalen Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Wechsel- und Checkrechts.

⁹⁾ Siehe über diese Bestrebungen der letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts die Botschaft des schweiz. Bundesrates, vom 27. Juli 1914, an die Bundesversammlung, betreffend den Beitritt der Schweiz zum Haager Abkommen über die Vereinheitlichung des Wechselrechts vom 23. Juli 1912, S. 3 f., ferner:

rechts von internationaler Geltung hatten vor dem Weltkriege von 1914—1918 zum Haager Abkommen vom 23. Juli 1912 über die Vereinheitlichung des Wechselrechts und zum Haager Entwurf gleichen Datums betreffend die „einheitliche Wechselordnung“ geführt¹⁰⁾; dieser ist den schweizerischen Verhältnissen angepasst und am 27. Juli 1914 als Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes herausgegeben worden. Nach dem ersten Weltkrieg von 1914—1918 kamen im Jahre 1930, gefördert durch den Völkerbund, drei internationale Genfer-Abkommen, vom 7. Juni 1930, betreffend das einheitliche Wechselgesetz¹¹⁾, zustande; im Jahre 1931 wurde auch das Checkrecht auf internationaler Basis in drei weiteren Genfer-Abkommen, vom 19. März 1931¹²⁾ niedergelegt. Diesen Genfer-Abkommen

Arminjon et Carry, *La lettre de change et le billet à ordre*, Paris 1938, Nr. 11 (S. 19 f.). Weitere Literatur bei Hupka: *Das einheitliche Wechselrecht der Genfer Verträge*, Wien 1934, S. 1, Note 2, Abs. 2.

¹⁰⁾ Über diese beiden Haager Abkommen vom 23. Juli 1912, deren Materialien von ausserordentlicher Bedeutung sind, und ihre Geschichte wird auf die zahlreichen Quellen- und Literaturangaben bei Hupka, l. c., S. 1, N. 2, verwiesen.

Einen Überblick bieten: Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd., Paris 1931, mit einem Supplement, Paris 1935, in Bd. II, Nr. 1308 und 1308 bis. Vgl. noch: Arminjon et Carry, l. c., Nr. 12.

¹¹⁾ Nämlich: das Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz, mit dem Text dieses Wechselgesetzes in Anlage I und den Vorbehalten zugunsten des Landesrechts in Anlage III, alle privatrechtlichen Inhaltes,

das kollisionsrechtliche Abkommen über die Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechts und das Abkommen über das Verhältnis der Stempelgesetze zum Wechselrecht.

¹²⁾ Diese Abkommen betreffend das Checkrecht haben ebenfalls das einheitliche (materielle) Checkgesetz, Kollisionsnormen und das Fiskalrecht zum Gegenstande.

trat auch¹³⁾ die Schweiz bei¹⁴⁾, ¹⁵⁾, und sie hat sie, im Rahmen der bezüglichen Vorbehalte des Landesrechts, ihrer Gesetzgebung angepasst. Der Bundesrat legte, mit Datum vom 27. Oktober 1931, der Bundesversammlung eine Botschaft betreffend die Genfer-Abkommen über die Vereinheitlichung des Wechselrechts und des Checkrechts vor, sowie eine Nachtragsbotschaft vom 12. Februar 1932 zur Revision des Obligationenrechts, betreffend die Anpassung des Wechsel- und Checkrechts an die Genfer-Abkommen.

Auf den oben erwähnten Grundlagen ist das am 1. Juli 1937 in Kraft¹⁶⁾ getretene Bundesgesetz vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts entstanden.

I.

Eine Betrachtung des Gesetzes vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts (Handels- und Wechselrecht)¹⁷⁾ und

¹³⁾ Nicht beide Abkommen sind von den gleichen Staaten ratifiziert worden.

Aufzählung derjenigen Staaten, welche die Abkommen über das Wechselrecht ratifizierten, bei Hupka, l. c., S. 6, N. 1 (13 Staaten bis 1. September 1934), sowie bei Arminjon et Carry, l. c., S. 591 (18 Staaten bis zum 25. November 1936).

¹⁴⁾ Ratifikationsbeschlüsse vom 7. und 8. Juli 1932. Diese Ratifikation erfolgte unter der Bedingung der Annahme des Bundesgesetzes über die Revision der Titel 24—33 des Obligationenrechts.

¹⁵⁾ Die als Bedingung des Inkrafttretens der Wechselrechtsabkommen erforderliche Ratifikation durch mindestens sieben Staaten, von denen drei ständig im Völkerbundsrat vertreten sind, wurde mit dem 3. Oktober 1933 erfüllt, so dass die Abkommen gemäss Art. 15 neunzig Tage später, d. h. am 1. Januar 1934, in Kraft traten.

¹⁶⁾ Mit Ausnahme des Abschnittes über die Anleiheobligationen, Art. 1157—1182, zweiter Abschnitt des 34. Titels.

¹⁷⁾ Das Wechselrecht zählen wir hier nicht dem „Handelsrecht“ zu und nennen es daher separat. Diese Unterscheidung liegt jedenfalls der BV, Art. 64, Abs. 1, zugrunde; siehe den

betreffend unsere Handelsgesetzgebung überhaupt kann nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass die Schweiz kein besonderes Handelsgesetzbuch besitzt. Diese Tatsache ist in zwei hauptsächlichen Ursachen begründet:

Der eine Grund, auf den Goldschmidt, Münzinger und Wieland¹⁸⁾ hingewiesen haben, liegt darin, dass die zur Zeit der Vereinheitlichung des schweizerischen Verkehrs- und Handelsrechtes bestehenden ausländischen Kodifikationen keine für schweizerische Verhältnisse geeignete Grundlage abgaben. So trotz allen Einflüssen auf unser Recht vor allem nicht das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, entstanden in den Jahren 1857—61 und auch nicht der Code de Commerce français, vom 15. September 1807.

Der erwähnte Grund hätte jedoch für sich allein nicht genügt¹⁹⁾, die Schaffung eines besondern, schweizerischen Handelsgesetzbuches zu verhindern. Vielmehr waren in der Schweiz die Verhältnisse, welche die Voraussetzung eines eigenen Handelsgesetzbuches gebildet hätten, nicht gegeben. Bei der grossen Zersplitterung des Privatrechts in viele kantonale Rechte war man, wie wir gesehen haben (oben, nach Note 4), wohl zufrieden, zunächst wenigstens die Rechtsverhältnisse des Handels- und Mobiliarverkehrs

Wortlaut: „Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts“. Die Untersuchung darüber, ob es grundsätzlich richtig ist, das Wechselrecht nicht dem eigentlichen Handelsrecht zuzuzählen und somit separat anzuführen, fällt nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

Siehe im Sinne von BV Art. 64, Abs. 1: Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923, Vorwort, S. V und auf S. 4. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 57, Ziff. 1. So im Ergebnis auch von Tuhr, Allgem. Teil des schweiz. Obligationenrechts, I, S. 3.

Vgl. dagegen: Thaller-Percerou, l. c., Bd. I, Nr. 11 in fine und 12, und Ehrenberg, in seinem Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I, S. 4.

¹⁸⁾ Wieland, l. c., S. 40 und die dortigen Zitate in N. 12.

¹⁹⁾ Wieland, l. c., bezeichnet ihn als „äusseren“ Grund für „ausschlaggebend“.

(mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts) auf eidgenössischem Boden einheitlich ordnen zu können (OR vom 14. Juni 1881)²⁰⁾. Das Eintreten auf die Frage der Schaffung von zweierlei Gesetzbüchern des Privatrechts, einem allgemeinen bürgerlichen Recht, und dazu noch einem speziellen Handelsgesetzbuch, hätte damals die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Privatrechts nur hemmen können. Die Frage nach der Spezialgesetzgebung auf dem Gebiete des Handelsrechts musste sich aber früher oder später stellen; dies erfolgte denn auch in verhältnismässig kurzer Zeit nach der Einführung des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881.

Schon in seiner Botschaft an die Bundesversammlung, vom 3. März 1905, betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einföhrungsbestimmungen schlug der Bundesrat die Anfügung des ganzen revidierten Obligationenrechts an das Zivilgesetzbuch nur mit Ausnahmen vor. Die Titel über die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft sollten der Spezialgesetzgebung vorbehalten werden; sodann war bezüglich des Wechselrechtes²¹⁾, eventuell auch des Checkrechtes, die Regelung auf internationalem Boden²²⁾ reserviert. Die soeben erwähnte Ausnahmebehandlung der Abschnitte betreffend das Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht sollte gemäss der bundesrätlichen Botschaft vom

²⁰⁾ Daneben sind besonders noch das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881, in Kraft getreten am 1. Januar 1882, und das Bundesgesetz betreffend Zivilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874, in Kraft getreten am 1. Januar 1876, als Voretappen auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Privatrechts zu nennen.

²¹⁾ Siehe hier oben, N. 17.

²²⁾ Vgl. hiez u das Referat von Prof. Carl Wieland an der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins von 1904, in der Zeitschr. f. Schweiz. R., N. F., Bd. 23, S. 503 ff.: „Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechtes im Hinblick auf ein einheitliches internationales Wechselrecht.“

3. März 1905 deswegen Platz greifen, weil sich diese Materien schon damals in starker, steter Entwicklung und Umbildung befanden. Besonders aber fand man, eine Abspaltung des Rechtes der Aktiengesellschaft und desjenigen der Genossenschaft in eine Spezialgesetzgebung würde der Entwicklung eines spezifisch schweizerischen Rechtes förderlich sein²³). Die Ausscheidung des Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrechts und daneben auch diejenige des Wechsel- und Checkrechts aus dem Gesetzbuche wurden nicht nur vom Bundesrat, sondern auch von den Referenten des Schweizerischen Juristenvereins²⁴) und verschiedenen Begutachtern befürwortet.

Im Prinzip aber stand schon die erwähnte bundesrätliche Botschaft vom 3. März 1905, wie es in ihrem Titel: „Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes . . .“ gesagt war, auf dem Boden der Einheit des gesamten Privatrechts und damit eines einzigen Gesetzbuches, aus dem man nicht alle Bestimmungen des Handelsrechts ausschliessen wollte, sondern nur bestimmte Teile davon.

Die von der Bundesversammlung im Jahre 1907 eingesetzte grosse Expertenkommission und, gestützt auf ihre Stellungnahme, der Bundesrat in seiner Vorlage vom 19. Oktober 1909 hielten zwar dafür, es sei nur das revidierte Obligationenrecht in seinen Titeln 1—23 (bis und mit der einfachen Gesellschaft) dem Zivilgesetzbuch als fünfter Teil anzufügen. Die Titel 24—33, welche Gegenstand der Revision vom 18. Dezember 1936 bilden, sollten einfach als nichtrevidiertes, altes Obligationenrecht (von

²³) Botschaft des Bundesrates, vom 3. März 1905, S. 8. Vgl. dazu noch das Referat von Prof. Rehfoos an den Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins vom Jahre 1904, betreffend die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechts, in Zeitschr. f. Schweiz. R., N. F., Bd. 23, S. 567 ff. und besonders die an das Korreferat anschliessende Diskussion.

²⁴) Protokoll der Jahresversammlung vom 22. und 23. August 1904, von La Chaux-de-Fonds.

1881) fortbestehen und somit ein separates Dasein führen. Die Bundesversammlung fand jedoch, dass „es richtiger sei, das OR in allen Teilen so wie es als Ganzes Jahrzehnte in Kraft gestanden hatte, als einheitliche Ordnung des gesamten obligationenrechtlichen Verkehrs in einem und demselben Gesetz, zu belassen“ (Bericht Huber, S. 6), darin inbegriffen also die Bestimmungen des „Handelsrechtes“. So kam es, dass auch die nichtrevidierten Titel 24—33, enthaltend das Recht der Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Wertpapiere und Geschäftsfirmen inhaltlich unverändert²⁵⁾ aus dem Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 übernommen und dem Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 einfach als dritte Abteilung des das „Obligationenrecht“ beschlagenden fünften Teils angegliedert wurden. Damit war aber die Frage nach der Schaffung eines besonderen Handelsgesetzbuches neben dem Zivilgesetzbuch schon zur Hälfte entschieden. Prof. Eugen Huber stellte sich denn auch im Bericht vom März 1920 zum Entwurf I vom Dezember 1919 auf den Standpunkt, die Angliederung der zu revidierenden Materie an das Obligationenrecht verdiene vor dem Erlass von Spezialgesetzen den Vorzug; dies deswegen, weil es richtiger sei, „an der Einheit des OR, so wie es in der Schweiz sich eingelebt habe, festzuhalten“, also die im Jahre 1911 geschaffene dritte Abteilung des Obligationenrechts, allerdings in revidierter Gestalt, beizubehalten (Bericht, S. 8). Dies entsprach der Struktur des OR vom 14. Juni 1881, welche bereits ein nicht nur für Kaufleute geltendes, also allgemeines Verkehrsrecht darstellte.

Im zweiten Bericht über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts, erstattet im Dezember 1923 von Dr. Hoffmann zum Entwurf II, wurde

²⁵⁾ D. h. lediglich unter Wegfall der Art. 716—719; siehe hier oben, Note 7.

die von Prof. Huber noch behandelte Möglichkeit des Erlasses von „Spezialgesetzen“ gerade noch berührt. Nur erwähnt wurde ebenso die Frage der „Spezialgesetzgebung“, wie sie in der bundesrätlichen Botschaft vom 3. März 1905 aufgeworfen war, ohne dass der Bundesrat sich über die Art dieser „Spezialgesetzgebung“ — besonderes Handelsgesetzbuch oder Einzelgesetze über bestimmte Teile des Handelsrechts — ausgesprochen hätte. Die „Vorbemerkungen“ Dr. Hoffmanns enthalten gar keine Erörterung der Frage nach der besonderen Handelsgesetzgebung, sondern es wird in denselben von der Einheit des gesamten Privatrechtes im Sinne der Vereinigung des „Zivil-“ und des „Handelsrechtes“ implicite ausgegangen (vgl. Bericht Hoffmann, S. 7 f.). Nur²⁶⁾ bei der Behandlung des Rechtes der Genossenschaft wurden die Fragen ihrer Verweisung in ein Spezialgesetz, des Erlasses von Spezialgesetzen und einer „Spezialgesetzgebung“ auf dem Gebiete des Handelsrechts überhaupt, noch kurz gestreift und verneinend gelöst (S. 99/100). Dr. Hoffmann hielt dafür, die schon bei der Behandlung des ersten Teils des revidierten Obligationenrechts erörterten Gründe, welche gegen die Schaffung einer Spezialgesetzgebung sprächen, wären nach wie vor „sachentscheidend“. Bei dieser, auch im Entwurfe II getroffenen, jeder Art von Spezialgesetzgebung abholden Lösung verblieb es in dem vom Bundesrate mit Botschaft vom 21. Februar 1928 den eidgenössischen Räten vorgelegten Gesetzesentwurf, welcher den auf der Grundlage²⁷⁾ des Entwurfes II gepflogenen Beratungen der Expertenkommission folgte. Die Bundesversammlung änderte an dieser Vereinigung der „handelsrechtlichen“ Gesetzgebung und des Wechselrechts mit den übrigen Materien des

²⁶⁾ Abgesehen von der Behandlung der Bestimmungen betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen, Bericht Hoffmann, S. 153.

²⁷⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 6, Ziff. 6.

Privatrechts²⁸⁾, d. h. dem Zivilgesetzbuch und den unterm 30. März 1911 revidierten Teilen des Obligationenrechts nichts. So wurde in der Schweiz die Einheit des Privatrechts am 18. Dezember 1936 erneut zur gesetzlichen Regelung erhoben.

II.

Anlässlich der Revision des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936 hätte sich noch immer Gelegenheit zur Schaffung eines besonderen schweizerischen Handelsgesetzbuches geboten. Die revidierten Materien enthalten ja den Hauptteil des sogenannten Handelsrechts. Ein besonderes Handelsgesetzbuch wurde aber nicht geschaffen, und es sind bei der Revision vom 18. Dezember 1936 nicht einmal Spezialgesetze entstanden, sondern das Handelsrecht wurde, wie oben ausgeführt ist, erneut mit dem bürgerlichen Recht im gleichen Gesetzbuche vereinigt.

Diese Ablehnung einer förmlichen Spezialbehandlung der handelsrechtlichen Materien im allgemeinen System des Privatrechts ist ausser der schweizerischen Gesetzgebung auch dem englischen und amerikanischen Rechtssystem eigen²⁹⁾. Allerdings muss dabei bemerkt werden, dass die Analogie keine vollkommene ist, indem England und Amerika bekanntlich kein umfassendes Gesetzbuch, sondern nur Gewohnheitsrecht und Spezialgesetze kennen. Immerhin ist die erwähnte Annäherung des schweizerischen Rechtssystems an die Systeme Englands und Amerikas noch insoweit von Interesse, als die Schweiz sonst auf

²⁸⁾ Bemerkt sei, dass die Materie des „Handelsrechts“ ja auch zahlreiche Bestimmungen umfasst, welche dem öffentlichen Recht angehören. Diese Bemerkung trifft — wenn auch in geringerem Masse — ebenfalls auf das Zivilgesetzbuch (i. e. S.) zu. Diese Fragen sind hier nicht zu behandeln.

²⁹⁾ Siehe hiezu: Thaller-Perceyrou, l. c., Bd. I, Nr. 53, Note 2, auf S. 48, und besonders Vivante, Trattato di diritto commerciale, 5. Aufl., Mailand 1922—1926, Bd. I, § 1, Note 12 (S. 9).

dem Gebiete des Handelsrechts dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch der Jahre 1857—61 und oft auch dem Code de Commerce français von Jahre 1807 folgt.

Die Charakteristik des schweizerischen Rechtssystems der Vereinigung des Handels- und des bürgerlichen Rechts liegt m. E. nicht so sehr in der „Einheit des Privatrechts“³⁰⁾ als in der Tendenz zur Ablehnung der Schaffung eines Sonderrechtes für „Kaufleute“ und eines solchen mit Bezug nur auf „Handelssachen“³¹⁾.

Die Ursachen, welche das schweizerische Rechtssystem bedingt haben, sind verschiedener Art. Eine Ursache liegt in der oben geschilderten historischen Entwicklung. Die Schweiz ist und bleibt Unterschieden, welche Sonderrechte bringen, abhold. Welche Rolle ein solcher Grund in der Schweiz spielt, mag erhellen, wenn man bedenkt, dass die Schaffung besonderer Handelsgesetzbücher von berufener Seite schon der Herbeiführung eines „Klassenrechts“ gleichgestellt wurde³²⁾. Wenn auch dieses Urteil etwas weitgehend gewesen sein mag und in den späteren Jahren gemildert wurde³³⁾, so kann ihm doch ein gewisser innerer Kern von Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Die Resultate, welche in der Schweiz auf dem Gebiete des Handelsrechts von der Ablehnung eines Sondergesetzbuches als einem vermeintlichen Klassenrecht erhofft wurden, sind aber weitgehend eine reine Fiktion geblieben. Was zunächst die Meinung anbelangt (siehe hier oben S. 7 ff.), nach welcher diese Ablehnung einer Sondergesetzgebung die Entwicklung eines spezifisch schweizerischen Rechts begünstigen würde, so ist eine solche Meinung irrig. In dieser Beziehung genügt der Hinweis

³⁰⁾ Siehe über diese „Einheit“: Vivante, l. c., § 1, betitelt: „L'unità del diritto privato“.

³¹⁾ Vivante, l. c.

³²⁾ Vivante, l. c., Bd. I, S. 12 ff.

³³⁾ Siehe den hier unten, Note 47 zitierten Artikel Vivantes.

auf das nunmehrige, durch das Gesetz vom 18. Dezember 1936 eingeführte Wechsel- und Checkrecht des revidierten Obligationenrechts; diese Materien sind nicht auf einer national-schweizerischen Basis geregelt worden. Vor allem aber beweist die Tatsache der Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in unser einheitliches Privatrecht, dass die Vereinigung des Handels- und des Zivilrechts in ein und demselben Gesetzbuch die Geltendmachung fremder Einflüsse nicht hindert. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine ausgesprochen ausländische Schöpfung³⁴⁾. Daneben tragen auch weitere einzelne Rechtsinstitute oder ihre Neuregelung im Gesetz vom 18. Dezember 1936 den Stempel ausländischer Herkunft. Das Verlangen nach Einführung der Rechtsfigur des Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung³⁵⁾ deutet nicht darauf hin, dass die weitere Entwicklung des schweizerischen „Handelsrechts“ eine nationalere sein wird als dies mit Bezug auf das revidierte Gesetz vom 18. Dezember 1936 der Fall ist; auch das Institut des Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung ist ausländischer³⁶⁾ Prägung. Eine verschiedene Rechtsentwicklung als die beschriebene, ausländischen Einflüssen stets zugängliche, wäre denn auch dem Handelsrecht, welchem das Streben

³⁴⁾ Und zwar im wesentlichen des deutschen Rechts. Siehe Wieland, Handelsrecht, Bd. II, S. 267, Ziff. 2. Haab, in der hier oben, Note 1, zitierten Publikation, S. 31. Carry, *La responsabilité limitée du commerçant individuel*, Genf 1928, S. 13f.

³⁵⁾ Siehe Carry, in der hievon in Note 34 zitierten Abhandlung.

³⁶⁾ Wir erinnern insbesondere an Pisko's Entwurf, erschienen im Jahre 1910.

Siehe betreffend diesen Entwurf: Carry, l. c., S. 26.

Siehe noch Liechtensteinisches Zivilgesetzbuch. Das Personen- und Gesellschaftsrecht, vom 20. Januar 1926, Art. 834 bis 896: Die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung, und darüber: Carry, l. c., S. 26 ff.

Zur ganzen Frage der beschränkten Haftung des Einzelkaufmanns vgl. ausser der zitierten Arbeit von Carry: Wieland, l. c., Bd. II, S. 385 ff. (§ 124).

nach Universalität ein Kennzeichen ist, fremd³⁷⁾. Es sei hier also die Tatsache festgehalten, dass die Ablehnung einer besonderen, separaten Handelsgesetzgebung auch das Eindringen ausländischer Rechtsinstitute und sonstiger ausländischer Einflüsse ins Handelsrecht nicht zu verhindern vermöchte.

Eine andere als die soeben behandelte Frage ist es, ob das Gesetz vom 18. Dezember 1936 neben gewissen ausländischen Einflüssen besondere Merkmale aufweist, welche dem schweizerischen Rechtssystem eigen sind.

Ausser der erwarteten Förderung einer besonderen schweizerischen Rechtsentwicklung bedingte eine weitere Ursache unser Rechtssystem. Man hoffte, mit der Vereinigung beider Rechte — des Handels- und des allgemeinen bürgerlichen Rechtes — in einem einzigen Gesetzbuche die Schwierigkeiten umgehen zu können, welche die „so sehr kontroverse Abgrenzung des Handelsrechts vom allgemein bürgerlichen Obligationenrecht“ (Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905, S. 7) — und natürlich auch vom gesamten übrigen Privatrecht! — verursacht. Trotz der Ablehnung der Sondergesetzgebung auf dem Gebiete des Handelsrechts ist man aber auch in der Schweiz um die Verwendung von dem speziellen Handelsrecht eigenen und für seine Abgrenzung gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Rechte grundlegenden Begriffen nicht herumgekommen.

Diese für die Abgrenzung des Handelsrechts vom allgemeinen bürgerlichen Recht grundlegenden Begriffe des Handelsrechts, die man auch im schweizerischen Rechtssystem nicht ignorieren konnte, sind insbesondere diejenigen des „kaufmännischen Gewerbes“ und des „Kaufmanns“. Auch das vereinigte Privatrechtbuch der Schweiz hat diese Begriffe übernehmen müssen und damit, entgegen den gehegten Erwartungen, der grossen Kontroverse betreffend die Abgrenzung des allgemeinen

³⁷⁾ Vgl. hiezu: Ehrenberg, in seinem Handbuch, Bd. I, S. 5 ff.

bürgerlichen Rechtes vom speziellen Handelsrecht, trotz der Vereinigung der beiden Teile in einem Gesetzbuch, Aufnahme gewähren müssen. In dieser Beziehung hat somit die Vereinigung des Handelsrechts mit dem Zivilrecht nicht das erhoffte Ergebnis gebracht.

Das schweizerische Obligationenrecht, fünfter Teil des Zivilgesetzbuches, enthält demgemäss in einer Anzahl von Bestimmungen tatsächlich dem Kaufmanne eigenes Sonderrecht und Sonderrecht mit Bezug nur auf das Handelsgewerbe. Diese Tatsache ist zwar im revidierten Gesetz vom 18. Dezember 1936 nicht neu, sondern die meisten der betreffenden Bestimmungen waren schon zuvor im Obligationenrecht vom 14. Juni 1881/30. März 1911 enthalten. Nachfolgend seien diese Gesetzesbestimmungen erwähnt:

Gemäss OR Art. 957 obliegt die Pflicht zu kaufmännischer Buchführung demjenigen, welcher verpflichtet ist, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Eintragungspflichtig ist aber der Kaufmann (OR Art. 934, H.Reg.Ver. vom 7. Juni 1937, Art. 52 ff.). Die Bestimmung des Begriffes „Kaufmann“ ist somit zur Feststellung der Eintragungspflicht unerlässlich. Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht fallen zusammen. Dabei ist es nicht die Eintragung, welche die Kaufmannseigenschaft nach sich zieht, sondern umgekehrt begründet die Eigenschaft als Kaufmann die Pflicht zur Eintragung. Hierüber lässt der Text des Gesetzes m. E. keinen Zweifel zu: Art. 934, Abs. 1: „Wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, seine Firma... in das Handelsregister eintragen zu lassen“³⁸⁾. Die

³⁸⁾ Wir gehen daher nicht ganz damit einig, wenn Haab sich dahin ausdrückt, der Handelsregisterverordnung obliege „die Umschreibung der Eintragungspflicht und damit die Bestimmung der Kaufmannseigenschaft (Vollkaufmann)“; (siehe in der hier oben N. 1 zitierten Publikation, S. 37). Ähnlich wie Haab drückt sich Fehr aus: siehe Zeitschr. f. das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 104 (1937) S. 288.

Kaufmannseigenschaft zieht nun ausser der Eintragungspflicht noch weitere, bestimmte Folgen nach sich, so die erwähnte Pflicht zu kaufmännischer Buchführung und mit dem Eintrag die Konkursfähigkeit³⁹⁾, also Sonderrecht des Kaufmannes.

Solches Sonderrecht des Kaufmannes, d. h. die Anknüpfung von Rechtsfolgen an den Begriff des Kaufmannes, findet sich schon im Zivilgesetzbuch und zwar im Sachenrecht; dieses knüpft also gewisse Folgen an den Begriff des Kaufmanns.

In Art. 895 ZGB wird das Retentionsrecht bekanntlich in ein allgemeines, bürgerliches Retentionsrecht und in ein solches der Kaufleute geschieden. Der hier wichtige Begriff der „Kaufleute“ ist dem Handelsrecht zu entnehmen⁴⁰⁾.

Von den „Kaufleuten“ handelt ferner ausdrücklich Art. 104, Abs. 3 OR. In dieser Bestimmung wird bezüglich des mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug befindlichen Schuldners bestimmt, „unter Kaufleuten“ können für die Zeit, wo der übliche Bankdiskonto am Zahlungsort fünf vom Hundert übersteigt, die Verzugszinse zu diesem höheren Zinsfusse berechnet werden⁴¹⁾.

Auch das vereinigte, allgemein bürgerliches und Handelsrecht enthaltende Gesetzbuch kommt somit nicht ohne den Kaufmannsbegriff aus. Damit sind aber auch im Gesetzssystem des einheitlichen Privatrechtsgesetzbuches allen Kontroversen, welche über die Unterscheidung zwischen dem Kaufmann und dem sonstigen bürgerlichen Rechtssubjekt und über die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister entstanden, Tür und Tor geöffnet.

³⁹⁾ Sch.K.Ges. Art. 39 und 40. Art. 39 ist durch das Gesetz vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts ebenfalls revidiert worden.

⁴⁰⁾ Vgl. Wieland, Komm. zu ZGB Art. 895, Note 4 und die dortigen Zitate.

Siehe noch Leemann, zu ZGB Art. 895, N. 51.

⁴¹⁾ Zur Auslegung dieser Gesetzesbestimmung siehe: Oser/Schönenberger, ad OR Art. 104, Note 7.

Die Ablehnung der Sondergesetzgebung auf dem Gebiete des Handelsrechts in der Schweiz hat somit keinen Gewinn durch Vermeidung von Kontroversen über die Abgrenzung des Handelsrechts gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht gebracht. Die Frage der Abgrenzung bleibt in gleichem Masse bestehen.

Ebensowenig wie der Begriff des Kaufmanns ist natürlich derjenige des kaufmännischen Gewerbes dem vereinigten schweizerischen Privatrechtsbuche fremd. Denn, Voraussetzung der oben erwähnten Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (OR Art. 934), d. h. der Kaufmannseigenschaft, ist ein Gewerbebetrieb⁴²⁾. Das vereinigte Privatrecht kommt somit nicht nur um die subjektive Abgrenzung des Begriffes Kaufmann, sondern auch um die objektive Bestimmung des kaufmännischen Gewerbebetriebes mit allen ihren in der Lehre des Handelsrechts bekannten Schwierigkeiten nicht herum. Wie soll da die Vereinigung des Handelsrechts mit dem allgemein bürgerlichen Zivilrecht in einem und demselben Gesetzbuche hinsichtlich der Abgrenzung dieser beiden Materien noch Vorteile bieten?

Es lassen sich auch im schweizerischen Recht eine ganze Anzahl von Bestimmungen nennen, welche die „so sehr kontroverse“ Abgrenzung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht zur notwendigen Voraussetzung haben.

Zunächst ist der handelsrechtliche Gehalt von ZGB Art. 895 mit dem Erfordernis des Vorhandenseins eines „Kaufmanns“ noch nicht erschöpft. In ZGB Art. 895, Abs. 2, wird ausser dem erwähnten Erfordernis des Verkehrs „unter Kaufleuten“ als weitere Voraussetzung des kaufmännischen Retentionsrechtes verlangt, dass die Forderung, zu deren Befriedigung retiniert wird, „aus . . . geschäftlichem Verkehr herrühre“. Dieser „geschäftliche“ Verkehr ist nichts anderes als derjenige aus kaufmännischem Gewerbebetrieb, womit die Frage der

⁴²⁾ OR Art. 934, H.Reg.Ver. Art. 52 ff.; Fehr, l. c.

Abgrenzung des Handelsrechts vom allgemeinen bürgerlichen Recht in ZGB Art. 895 erneut gestellt ist⁴³), da ja bestimmt werden muss, was unter kaufmännischem Gewerbebetrieb zu verstehen sei. „Nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“ ist insbesondere in einer ganzen Reihe weiterer Gesetzesbestimmungen des vereinigten Privatrechts als Begriff enthalten, nämlich im Obligationenrecht in den Artikeln:

458 (kaufmännische Prokura);

552 (Regelfall der Kollektivgesellschaft, Begriff);

594 (Regelfall der Kommanditgesellschaft, Begriff);

und dem bereits erwähnten Art. 934 OR (Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister); vgl. H.Reg.Ver. Art. 52ff.

„Kaufmännischer Verkehr“, d. h. also Verkehr aus dem Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes, ist weiter erfordert in OR Art. 190, 215 und 313.

In OR Art. 190 sind Sonderregeln bezüglich des Verzuges des Verkäufers in der Lieferung beim sogenannten kaufmännischen Fixgeschäft des Fahrniskaufes aufgestellt.

Art. 215 OR enthält eine weitere Bestimmung betreffend den „kaufmännischen Verkehr“ beim Fahrniskauf, d. h. die Schadenersatzpflicht des Käufers bei Zahlungsverzug.

Diese beiden Gesetzesbestimmungen betreffen den sogenannten Handelskauf des Handelsrechts.

Art. 313, Abs. 2, OR bezieht sich auf das Darlehen und bestimmt dessen Verzinslichkeit „im kaufmännischen Verkehre“ auch beim Fehlen einer bezüglichen Parteiabrede.

Es handelt sich in den genannten drei Gesetzesbestimmungen beim darin erwähnten „kaufmännischen Verkehr“ um das gleiche, allen gemeinsame Erfordernis. Demgemäss pflegen denn auch die Autoren bezüglich der Umschreibung des in Frage stehenden Erfordernisses des

⁴³) Dem schweiz. OR liegt das sogenannte subjektive System der Abgrenzung des Handelsrechts zugrunde. Vgl. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 50.

kaufmännischen Verkehrs von einem Gesetzesartikel auf den andern zu verweisen⁴⁴⁾. Es ist hier nicht der Ort, die Merkmale⁴⁵⁾ dieses im Gesetze genannten „kaufmännischen Verkehrs“ zu bestimmen; es sei lediglich festgehalten, dass auch in den weiterhin erwähnten drei Bestimmungen des Obligationenrechts wiederum die schwierige Abgrenzung des Handelsrechts vom allgemeinen bürgerlichen Privatrecht in Frage steht⁴⁶⁾.

Auch die „kaufmännische Übung“ ist dem schweiz. OR natürlich geläufig. In dieser Beziehung sei verwiesen auf die Art. 212, Abs. 3 (Bestimmung des Kaufpreises beim Fahrniskauf, Vorbehalt der „besonderen kaufmännischen Übungen . . .“), Art. 314, Abs. 3 (Vorbehalt von „kaufmännischen Zinsberechnungen“ beim Darlehen); die kaufmännische Übung spielt wohl auch eine Rolle bei der Bestimmung des Umfanges der kaufmännischen Prokura (OR Art. 459: Ermächtigung zur Vornahme aller Rechtshandlungen, „die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann“); ähnlich verhält es sich mit der Handlungsvollmacht (OR Art. 462: Vollmacht zur Vornahme „aller Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.“).

Im schweizerischen Recht ist es also auch erforderlich, die Grenzen zwischen dem Handelsrecht und dem Zivilrecht zu ziehen, was anhand der zahlreichen, hier oben angegebenen Gesetzesbestimmungen festgestellt werden kann. Fragen wir uns nun, wie es mit der nach den zahl-

⁴⁴⁾ So verweisen Oser/Schönenberger, N. 2 zu OR, Art. 313, hinsichtlich des „kaufmännischen Verkehrs“ auf die Bemerkungen zu Art. 190; ebenso in N. 3 zu OR Art. 215. Gleich: Becker, zu OR Art. 313 und 314, Note 3.

⁴⁵⁾ Siehe über diese Merkmale: Becker, l. c., ad Art. 190, N. 3; Oser/Schönenberger, zu OR Art. 190, N. 7—9; v. Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, S. 3; Hafner, zu alt OR Art. 234, N. 1.

⁴⁶⁾ Siehe hier oben, S. 14.

reichen, hievor aufgeführten Gesetzesbestimmungen erforderlichen Abgrenzung des Handelsrechts vom allgemeinen bürgerlichen Recht in der Schweiz steht. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass das revidierte Gesetz vom 18. Dezember 1936 verschiedene anfechtbare Regelungen enthält, welche vielleicht eher unterblieben wären, wenn man den Sonderlehren des Handelsrechts grössere Beachtung⁴⁷⁾ schenken und dieses Recht weniger unter dem Gesichtspunkte des allgemeinen bürgerlichen Privatrechts⁴⁸⁾ betrachten würde.

⁴⁷⁾ Siehe: Vivante, in der „Rivista di diritto commerciale“, Bd. 23, I (1925), S. 572—576: L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma.

⁴⁸⁾ In der Schweiz fehlt es noch immer an einer gründlichen systematischen Darstellung des gesamten schweizerischen Handelsrechts. Nur Wieland, Handelsrecht, welcher das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches bearbeitet, widmet u. a. auch dem schweizerischen Recht in seiner Eigenschaft als „Tochterrecht“ besondere Aufmerksamkeit. Demgegenüber weisen die uns umgebenden Länder, teils schon seit längerer Zeit, eine Reihe hervorragender systematischer Darstellungen des gesamten Handelsrechts auf; wir erinnern nur beispielsweise an die Werke von Vivante, Vidari, Marghieri u. a. in Italien, von Pardessus, Lyon-Caen et Renault und von Thaller in Frankreich, von Goldschmidt, Thöl, Cosack, Lehmann, Ehrenberg u. a. in Deutschland, Pisko im Lande Österreich, usw.

Abgesehen von den im Rahmen der Kommentierung des gesamten Privatrechts gehaltenen Kommentaren und den Einzelabhandlungen über beschränkte Gebiete des Handelsrechts, waren wir in der Schweiz bis zur Revision vom 18. Dezember 1936 zur Hauptsache auf die Materialien und Arbeiten zu den jeweiligen Gesetzesrevisionen angewiesen.

Eine Übersicht zum schweizerischen Handelsrecht bietet neuestens Guhl, Das Schweiz. Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechts, 2. Halbband, 2. Aufl., 1937. Siehe ferner die in Note 1 aufgeführte Publikation: Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937. Vgl. Dr. P. Graner, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937.

Der bisher unbefriedigende Zustand in der Schweiz muss nicht zuletzt auf die stete Zurückdrängung der handelsrechtlichen

Von solchen anfechtbaren Regelungen ist insbesondere die Ausdehnung der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister auf die Kleinhandwerker zu nennen, wie sie durch das revidierte Gesetz vom 18. Dezember 1936 vorgenommen wird. Nach dem bisher geltenden Recht kam nur denjenigen Handwerkern Kaufmannseigenschaft zu, welche „entweder ein Verkaufsmagazin halten oder ihr Geschäft im grossen betreiben, so dass dasselbe einer geordneten Buchführung bedarf“, (H.Reg.Ver. vom 6. Mai 1890, Art. 13, Abs. 4, Ziff. 3, lit. c). In der neuen Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 wird nun, sofern die jährliche Roheinnahme sich auf mindestens 25,000 Fr. beläuft (H.Reg.Ver. Art. 54), auch der Handwerker ohne die bisherigen Bedingungen des Vorhandenseins eines Verkaufsmagazins oder des Betriebes „im grossen“ der Eintragungspflicht unterstellt (H.Reg.Ver. Art. 52; siehe noch Art. 53, lit. C). Diese Ausdehnung der Eintragungspflicht auf die Handwerker, ohne besondere Einschränkungen ausser den sonstigen

Materien in den Rahmen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zurückgeführt werden. Obschon das Handelsrecht für sich allein, losgelöst vom Zivilrecht, nicht richtig begriffen werden kann, ist andererseits doch eine selbständigere Entwicklung des Handelsrechts als sie in der Schweiz bisher vorlag, unbedingt erforderlich. Die Revision vom 18. Dezember 1936 hat in dieser Hinsicht Besserung gebracht. Die schweizerische Literatur des Handelsrechts hat seither, in Kommentaren, Einzelabhandlungen und Zeitschriften einen beträchtlichen Aufschwung erlebt. Es seien hier folgende neueren und neuesten Kommentare besonders genannt: Siegwart, Die Personengesellschaften, Zürich 1934-1938; Die AG. und die G. m. b. H. 1939/1940, im Erscheinen begriffen; Janggen und Becker, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1939; His, Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Bern 1940; Dr. W. Hartmann, Die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, im Erscheinen begriffen, 1. Lfg. Bern 1940; Dr. E. Schucany, Komm. zum schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940. Weitere Bearbeitungen sind angekündigt. Auch die sonstige Literatur ausser den Kommentaren ist seit der Revision vom 18. Dezember 1936 im Anwachsen begriffen.

Erfordernissen der Notwendigkeit eines kaufmännischen Betriebes, geordneter Buchführung und einer Roheinnahme von minimal 25,000 Fr., ist zweifellos von der Tendenz nach möglicher Geltung gleichen Rechtes für möglichst viele Rechtssubjekte, d. h. alle sozialen Klassen, beeinflusst. In derartigen gesetzlichen Regelungen dokumentiert sich die Auffassung von der Notwendigkeit der Verbürgerlichung des Handelsrechts. Diese Tendenz nach möglicher Verbürgerlichung des Handelsrechts war zwar der schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung vor der Revision vom 18. Dezember 1936 keineswegs fremd. Das schweizerische Recht hat aber diese Tendenz anlässlich der Revision vom 18. Dezember 1936 nicht nur beibehalten, sondern teilweise noch verstärkt, wie gerade das vorliegende Beispiel zeigt; diese Einstellung des Gesetzgebers war aber, wie weiter oben⁴⁹⁾ dargelegt wurde, im Werdegang des Gesetzes eine durchaus bewusste und gewollte. Gesetzliche Regelungen wie die in Frage stehende der Ausdehnung der Eintragungspflicht ohne besondere Vorbehalte auf das Kleinhandwerk involvieren aber eine übertriebene und gefährliche Ausdehnung handelsrechtlicher Rechtssätze auf Gebiete, für welche diese nie bestimmt sein sollten; so lässt sich beispielsweise die durch die neu eingeführte Eintragungspflicht bedingte Ausdehnung der Konkursbetreibung auf den Kleinhandwerker ebensowenig rechtfertigen, wie z. B. die Anwendung des kaufmännischen Retentionsrechts in derartigen wirtschaftlichen Verhältnissen. Die in Frage stehende Regelung der Ausdehnung der Eintragungspflicht auf die Kleinhandwerker wird denn auch in Ländern, welche die Sonderrechtsgesetzgebung auf dem Gebiete des Handels kennen, abgelehnt⁵⁰⁾ oder daselbst die Notwendigkeit der Sonderbehandlung des Handwerkers nachdrücklich ver-

⁴⁹⁾ Siehe besonders hier oben, Ziff. I, auf S. 8 f.

⁵⁰⁾ Deutsch. HGB § 4. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 103, vgl. auf S. 100.

fichten⁵¹). In der Schweiz wird die erwähnte Ausdehnung der Eintragungspflicht auf die Kleinhandwerker mit Recht kritisiert⁵²). An der Berechtigung der gegen die angefochtene Regelung erhobenen Einwände ändert die Tatsache nichts, dass es sich bei der bemängelten Revision um blosses Verordnungsrecht⁵³) handelt.

Auch die Abgrenzung des Begriffes „Gewerbe“ im schweizerischen Recht ist beanstandet worden. Diese Abgrenzung entspricht nach wie vor der bisherigen schweizerischen, seit dem Jahre 1904 festgelegten Praxis⁵⁴). Diese Praxis geht dahin, dass die Gewinnabsicht kein wesentliches Erfordernis des Begriffes des Gewerbes sei. Die neue H.Reg.Ver. vom 7. Juni 1937, Art. 52, Abs. 3, begnügt sich ebenfalls mit dem Erfordernis einer „selbständigen, auf dauernden Erwerb gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit“, damit ein der Eintragungspflicht unterliegendes „Gewerbe“ vorliege. Es wird also nur verlangt, dass dauernder Erwerb angestrebt werde, die Gewinnabsicht ist aber wie bisher für die Bestimmung des „Gewerbes“ in der Schweiz nicht begriffswesentlich⁵⁵). Auch diese Auffassung der schweizerischen Praxis ist angefochten

⁵¹) Siehe Georges Ripert, *L'artisan et le commerçant*, in „Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für Carl Wieland, Basel 1934, S. 300—309.

⁵²) Haab, in der hier oben, Note 1 zitierten Publikation, S. 37; ebenso Hartmann, ebendort, S. 202. His, Komm. zu Art. 934 OR, N. 52.

Abweichend: Fehr, in der hier oben, Note 38 zitierten Abhandlung, S. 288.

⁵³) Vgl. zur H.Reg.Ver. mit Bezug auf die hier diskutierte Frage noch das Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, vom 20. August 1937, an die kantonalen Aufsichtsbehörden für das Handelsregister zur Einführung der Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937, Bundesblatt Bd. 89 (1937), S. 812 ff., sub Ziff. 16 (S. 817 f.).

⁵⁴) BGE 63, I, S. 98 ff.; 56, I, S. 127 f. (E. 2).

⁵⁵) So auch das in Note 53 hievori zitierte Kreisschreiben, S. 818, oben.

worden⁵⁶⁾, ob mit Recht, ist allerdings fraglich. Wenn aber anlässlich der Revision vom 18. Dezember 1936, trotzdem sich dazu Gelegenheit geboten hätte, keine Änderung des bisherigen Standpunktes der schweizerischen Praxis erfolgte, so dürfte auch in dieser Beziehung wiederum die oppositionelle Einstellung gegen jede zu scharfe Scheidung des Handels vom übrigen bürgerlichen Verkehr mitgespielt haben.

Fassen wir das Ergebnis der vorausgehenden Untersuchungen zusammen: auch im schweizerischen System ist „der Gegensatz zwischen Handels- und Zivilrecht nicht in grösserem Umfange ausgeglichen als im französischen Code de commerce“, wie Wieland⁵⁷⁾ hervorhebt. Ausserdem kann das Streben nach übertriebener Angleichung des Handelsrechtes an das allgemeine bürgerliche Recht auch etwa zu ausgesprochenen Fehllösungen führen, wie dies das Beispiel der Ausdehnung der Eintragungspflicht in das Handelsregister auf die Kleinhandwerker zeigt.

III.

Wenn auch das schweizerische Recht, wie alle Rechtsordnungen, Fehllösungen aufweist, so sind anderseits unserm Rechtssystem bestimmte Vorzüge auch nicht abzuspochen. Die erste und oberste Rechtfertigung der Vereinigung des Handelsrechtes und des allgemeinen bürgerlichen Rechts in einer einzigen Privatrechts-Kodifikation liegt in den zahlreichen und engen Zusammenhängen, welche zwischen den beiden Rechtsmaterien bestehen. Diesen Zusammenhängen wird die Vereinigung des Handelsrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht in ein und demselben Gesetzbuche besser gerecht, als wenn die Unterbringung der handelsrechtlichen Materien in ein Spezialgesetzbuch oder in Spezialgesetze erfolgt. Die

⁵⁶⁾ Fehr, l. c., S. 288.

— A. M., im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis: His, Komm. zu OR Art. 934, N. 14.

⁵⁷⁾ Handelsrecht, Bd. I, S. 40.

Berührungspunkte zwischen dem Handelsrecht und dem allgemeinen bürgerlichen Recht können zufolge der Vereinigung naturgemäss enger geknüpft werden. Das Handelsrecht im engeren Sinn kann ja ohne die Kenntnis des allgemeinen bürgerlichen Rechtes nicht begriffen und verstanden werden⁵⁸⁾. Viele Institute des handelsrechtlichen Privatrechts finden im allgemeinen bürgerlichen Recht ihren Ursprung oder ihr Gegenstück oder sie haben gar nur im Rahmen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes Bestand. Zahlreiche handelsrechtliche Regeln sind nur Anwendungsfälle allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze. Das Handelsrecht lässt sich dermassen in mancherlei Beziehung in das allgemeine bürgerliche Recht einfügen und sich demselben anreihen, wenn auch eine vollständige Einordnung ausgeschlossen erscheint.

Einige Beispiele mögen dies dartun: So ist der Handelskauf nur ein besonderer Anwendungsfall des allgemeinen Kaufvertrages. In den Rechten der handelsrechtlichen Sondergesetzgebung ist dieser Spezialfall des Handelskaufes in eigenen Abschnitten der Handelsgesetzbücher geregelt⁵⁹⁾, während in der Schweiz die besonderen Bestimmungen über den Handelskauf im Obligationenrecht ihre natürliche Regelung und ihren Anschluss jeweilen an das allgemeine bürgerliche Kaufrecht finden⁶⁰⁾. Die kaufmännische Prokura und andere Handlungsvollmachten sodann sind „begrifflich Vollmachten, Ermächtigungen zur Stellvertretung, wie die gewöhnliche Vollmacht“⁶¹⁾, und dieselben können daher ebensogut ins Obligationenrecht⁶²⁾ statt in die handelsrechtliche Spezialgesetzgebung⁶³⁾ aufgenommen werden. Die Lehre von der Rechtsnatur der

⁵⁸⁾ Pisko, l. c., Vorwort, S. VI.

⁵⁹⁾ Siehe z. B. deutsch. HGB §§ 373 ff.

⁶⁰⁾ OR Art. 212, 215. Vgl. noch Art. 190.

⁶¹⁾ Becker, Komm., „Vorbemerkungen“ zu OR Art. 458/65, N. 1.

⁶²⁾ OR Art. 458, Abs. 1 und 2.

⁶³⁾ HGB §§ 48 und 55; AHGB §§ 41 und 45.

Handelsgesellschaften sodann gebietet zu ihrer Erfassung die Heranziehung der personenrechtlichen Bestimmungen über die sogenannten „juristischen Personen“⁶⁴⁾. Selbst die Eintragung in das Handelsregister, welches doch eine ganz typische Einrichtung des Handelsrechtes darstellt, erfolgt nicht allein um der Kaufmannseigenschaft willen, sondern wir besitzen auch die Eintragung der blossen Rechtsform halber⁶⁵⁾.

Wie im Grossen, so verhält es sich auch im Einzelnen, d. h. bezüglich der Detaillösungen: der Schuldnerverzug im kaufmännischen Verkehr kann seine Sonderbehandlung im Anschlusse an die Gesetzesbestimmungen betreffend den Verzug überhaupt, also im allgemeinen Teile des Obligationenrechts, ganz natürlich finden⁶⁶⁾. Sonderbestimmungen über die Verzinsung des kaufmännischen Darlehens sind nirgends natürlicher als den Bestimmungen über die Verzinslichkeit an die Behandlung des Darlehensvertrages selber anzuschliessen⁶⁷⁾.

Den angeführten Beispielen lassen sich noch zahlreiche andere beifügen; wenn daher Vivante⁶⁸⁾ von der Einheit des gesamten Privatrechtes gesprochen hat, so lässt sich einer solchen Ausdrucksweise nicht alle und jede Berechtigung absprechen.

Es ist noch zu bemerken, dass nicht nur das Handelsrecht ohne die Kenntnis des allgemeinen bürgerlichen Rechtes nicht begriffen und nicht gelehrt werden kann, sondern dass andererseits das allgemeine bürgerliche Recht

⁶⁴⁾ ZGB Art. 52 ff.

Siehe hiezu: Egger, 2. Aufl., Vorbem. zu ZGB Art. 52 ff., Note 15.

Vgl. die grundlegenden Ausführungen von Wieland, l. c., § 35, über die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften.

⁶⁵⁾ Wieland, l. c. (Handelsrecht), I., S. 90/91 (Ziff. 2); Ehrenberg, Handbuch, S. 18.

⁶⁶⁾ OR Art. 104, Ziff. 3; Art. 108, Ziff. 3, in Verbindung mit Art. 190.

⁶⁷⁾ OR Art. 313, Abs. 2, Art. 314, Abs. 3.

⁶⁸⁾ Trattato di diritto commerciale, I, § 1, speziell S. 23 f.

weitgehend den Einflüssen des speziellen Handelsrechtes ausgesetzt ist, was mit Rücksicht auf das Streben des gesamten modernen Verkehrs nach Raschheit, Sicherheit und daher Typenmässigkeit nicht verwundern kann. So hat sich in der Rechtsbildung die Erscheinung gezeigt, welche in der juristischen Literatur als Kommerzialisierung⁶⁹⁾ des bürgerlichen Rechtes bezeichnet wurde; diese Strömung ist nicht nur in der Schweiz durch die weiter oben beschriebene Tendenz nach Ablehnung der Schaffung von Sonderrechten mit Bezug auf bestimmte soziale Klassen⁷⁰⁾ noch begünstigt worden. Nur wenige typische Beispiele dieser Kommerzialisierung des allgemeinen bürgerlichen Rechtes seien hier genannt, so die „aus dem Handelsrecht stammende Rügepflicht des Käufers“⁷¹⁾, welche dermassen strenges Recht darstellt, dass es für den allgemeinen bürgerlichen Verkehr als zu scharf bezeichnet werden muss; ferner das Beispiel des Wechsels, der als rein handelsrechtliche Institution sich allgemeine Geltung verschafft hat und ein Instrument des allgemeinen bürgerlichen Verkehrs geworden ist⁷²⁾, dermassen, dass schon im OR vom 14. Juni 1881, Art. 720 „jeder“ als wechselfähig erklärt wurde, welcher „sich durch Verträge verpflichten kann“⁷³⁾. In gleicher Weise war im OR vom 14. Juni 1881 bezüglich der Befugnis zur Eintragung in das Handelsregister in Art. 865, Abs. 1, vorgesehen, dass, „wer sich durch Verträge verpflichten kann“, das „Recht“ hat, „sich in das Handelsregister seines Wohnortes eintragen zu lassen“. Im revidierten Obligationenrecht wird nach dem Gesetz vom 18. Dezember 1936 nun allerdings eine Einschränkung dahin gemacht, dass wenigstens zum Erwerb des „Rechts“ (richtigerweise der „Befugnis“)

⁶⁹⁾ Pisko, l. c., § 1, V, S. 5.

⁷⁰⁾ Vgl. Ripert, l. c., S. 300.

⁷¹⁾ v. Tuhr, Schweiz. Obligationenrecht (Allg. Teil), I, S. 3. — OR Art. 210.

⁷²⁾ Vgl. Ehrenberg, in seinem Handbuch, S. 18.

⁷³⁾ So ist es natürlich auch nach der Revision vom 18. Dezember 1936 geblieben. OR Art. 990.

zur Eintragung in das Handelsregister noch der Betrieb eines „Geschäftes“ „unter einer Firma“ erforderlich ist (OR Art. 934, Abs. 2); andererseits wurde aber, wie wir sahen⁷⁴⁾, bei der Revision die Eintragungspflicht durch die Ausdehnung auf das Kleingewerbe wesentlich erweitert. Wir erinnern schliesslich, als einem weiteren Beispiel der Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts, an die Gesellschaften zu nichtwirtschaftlichen Zwecken, so an die „nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft“ (OR Art. 553), die „nichtkaufmännische Kommanditgesellschaft“ (OR Art. 595), die „für andere als wirtschaftliche Zwecke“ gegründete Aktiengesellschaft (OR Art. 620, Abs. 3) und die entsprechende Kommanditaktiengesellschaft (vgl. Art. 764, Abs. 2, in Verbindung mit Art. 620, Abs. 3); alle diese zu nichtwirtschaftlichen Zwecken bestehenden Gebilde sind weitgehend Sätzen der Handelsrechtsgesetzgebung unterstellt und der handelsrechtlichen Lehre unterworfen.

Die „Einheit“ des gesamten Privatrechts mag eine Illusion sein und sie ist denn auch von ihrem ersten Verfechter, Vivante, als solche erkannt worden, mit dem Hinweis auf die autonome Entwicklung des Handelsrechtes, sowie das Weiterbestehen dieser notwendigen Autonomie⁷⁵⁾. Indessen bestehen, wie hervorgehoben wurde, zahlreiche wichtige Zusammenhänge zwischen dem zivilen Handelsrecht und dem allgemeinen bürgerlichen Privatrecht. Wenn wir das schweizerische Rechtssystem unter diesem Gesichtspunkt der zwischen den beiden Rechtsgebieten vorhandenen Zusammenhänge betrachten, so gewinnt die Tatsache der Vereinigung des Handelszivilrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht in einem einzigen (vereinheitlichten) Gesetzbuche an Bedeutung. Die schweizerische Regelung bildet den Versuch einer unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen

⁷⁴⁾ Siehe hier oben, S. 21 ff.

⁷⁵⁾ Siehe den hier oben, Note 47 zitierten Artikel, insbesondere S. 575/576.

Rechtssystems und der Gesetzestechnik interessanten Lösung. Von diesem Standpunkte aus mag es jedenfalls nicht bedauert werden, wenn es anlässlich der Gesetzesrevision vom 18. Dezember 1936 bei der bisherigen Vereinigung des privaten Handelsrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht in einem einzigen Gesetzbuch geblieben ist, stelle man sich nun zur Frage der Zweckmässigkeit⁷⁶⁾ und Berechtigung dieser Lösung wie man will. Im Auslande fand das schweizerische Rechtssystem viele Verfechter, so besonders in Italien und Frankreich. In Deutschland wird, nachdem grundsätzlich der Entschluss zur Beseitigung des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896 gefasst wurde⁷⁷⁾, neuerdings der Vereinigung des privaten Handelsrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht in einem und demselben Gesetzbuch das Wort gesprochen⁷⁸⁾; den vorgebrachten

⁷⁶⁾ Es muss hervorgehoben werden, dass das dem Zivilgesetzbuch als fünfter Teil angegliederte Obligationenrecht für sich allein nun nach der Revision vom 18. Dezember 1936 mit 1182 Artikeln sogar umfangreicher geworden ist als die ersten vier Teile zusammen (977 Artikel). Schon vor der Revision vom Jahre 1936 zählte das Obligationenrecht 880 Artikel. Dieses schon rein äussere Missverhältnis zwischen den verschiedenen Abteilungen eines Gesetzbuches muss trotz der separaten Numerierung zweifellos als eine Anomalie bezeichnet werden, welche hauptsächlich auf die Vereinigung der handelsrechtlichen Materien mit dem übrigen Zivilrecht zurückzuführen ist. Allein die dadurch anlässlich der Revision verursachte Vergrösserung des fünften Teils des ZGB beträgt wieder rund 300 (302—5 = 297) Gesetzesartikel, ohne Rücksicht auf die grössere Länge zahlreicher Bestimmungen des revidierten Gesetzes gegenüber dem vorausgehenden.

⁷⁷⁾ Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F., Bd. 58 (1939), S. 120/121.

⁷⁸⁾ Siehe besonders in den: Schriften der Akademie für deutsches Recht, Gruppe Rechtsgrundlagen und Rechtsphilosophie, Heft 7: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, Beiträge, München und Berlin 1938, den Artikel von H. C. Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts, S. 95—114, speziell S. 95, Leitsatz VII und S. 112 f., Ziff. VIII. Auch hier beruft man sich, wie seinerzeit Vivante es getan hatte, auf das Beispiel der schweizerischen Gesetzgebung.

Argumenten kann nicht alle und jede Berechtigung abgesprochen werden.

Wie die weitere Rechtsentwicklung in der Schweiz im Hinblick auf die hier behandelte Frage der Vereinigung des Handelsrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Rechte vor sich gehen wird, ist schwer zu sagen. Einstweilen bleibt es bei dem einheitlichen Gesetzbuch und es mag damit die Entwicklung für längere Zeit in gewissem Sinne abgeschlossen sein, wenn man von einem Abschluss mit Rücksicht auf die stete Entwicklung des Rechts überhaupt sprechen kann. Bei dieser Feststellung dürfen wir aber nicht vergessen, dass gerade auf dem Gebiete des Handelsrechts die schweizerische Rechtsentwicklung auch in Zukunft weitgehend ausländischen Einflüssen unterworfen sein wird. Auch sind wir es zu sehr gewohnt, bestehende Rechtssysteme, besonders die eingelebten Kodifikationen, als etwas Definitives zu betrachten. Gewiss ist die schweizerische Regelung in ihrer Art gut, und bildet einen interessanten, gesetzgeberischen Versuch; abzuwarten bleibt jedoch, ob eine spätere Entwicklung im Sinne der Beibehaltung des jetzigen einheitlichen Kodifikationssystems oder aber im Sinne einer Aufteilung des allgemeinen Zivil- und des Handelsrechtes vor sich gehen wird, wozu u. a. die stete Vermehrung der Zahl der Spezialgesetze schliesslich nötigen könnte.
