

# Wider die Erosion des Privatrechts durch das öffentliche Recht

Daniel Eisele  
Veranstaltung des Liberalen Instituts  
vom 22. Oktober 2018

# Einleitung

- Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht hat lange Tradition in der Rechtsgeschichte
- Schon früh wurde versucht, mit öffentlichrechtlichen Normen den Handlungsspielraum des Einzelnen einzugrenzen
- Es gibt bekanntes Beispiel in der Tragödie Antigone von Sophokles aus dem 5. Jh.v.Chr.
- Antigone wurde von König Kreon verboten, ihren Bruder Polyneikes zu begraben
- Haimon, der Verlobte von Antigone, wehrt sich gegen seinen Vater, König Kreon:
  - “Das ist kein Staat für einen nur allein.”
  - “Allein herrschst Du am besten in der Wüste.”
- Dies sind kraftvolle, unvergängliche Worte gegen die Allmacht des Staates

# Unterscheidung Privatrecht – öffentliches Recht

- Römischer Jurist Ulpian machte Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im 3. Jh.n.Chr:

*“Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.”*

- Unterscheidung betont, auf wen das Interesse des Rechts ausgerichtet ist – Staat oder Private (Interessentheorie)?
- Heute in der Praxis diverse andere Theorien ebenfalls relevant (Theorienpluralismus gemäss Bundesgericht)
- Subordinationstheorie besagt, dass öffentliches Recht auf Unterordnung von Bürger gegenüber Staat beruht, Privatrecht aber das Verhältnis von gleichrangigen Rechtssubjekten regelt
- Andere Unterscheidung sagt, dass zwingende Normen öffentliches Recht sind, dispositive Normen privates Recht (Burckhardt)

# Trennungsgedanken im 19. Jahrhundert

- Trennungsgedanke wurde vor allem im 19. Jahrhundert betont, hing stark mit liberalen Strömungen zusammen
- Privatrecht wurde als Opposition gegen Absolutismus angesehen, gab Möglichkeit zur “staatsfreien Tätigkeit” in einer “politikfreien Sphäre”
- Privatrecht galt als “Reich der Freiheit”, welches der staatlichen Bevormundung entzogen war
- Ausdruck der Betonung des Privatrechts war die Kodifizierungswelle:
  - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) in Österreich (§1: “Privat-Rechte und Pflichten der Einwohner ... unter sich selbst”)
  - Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (Bluntschli)
  - Schweizer Obligationenrecht und Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Huber)
  - Bürgerliches Gesetzbuch in Deutschland

# Relativierung im totalitären Rechtsdenken (1)

- Trendwende kam anfangs des 20. Jahrhunderts – Bedeutung des Privatrechts und Trennungsgedanke wurden relativiert
- Es kam zur “Machtergreifung des öffentlichen Rechts”
- Nationalsozialismus forderte “Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht”
- “Deutsches Gemeinrecht” soll Privatrecht ersetzen
- Postuliert wurde, dass “immer mehr Materien aus der Sphäre des Privatrechts in den Bereich des öffentlichen Rechts” hinübertreten sollen (Scheuner)
- “Autoritärer Volksstaat” beruhe auf “aktivistischer Ausdehnung staatlicher Leitung und Aufsicht über alle Lebensbereiche” (Scheuner)
- Es brauche “historische Wende”, “Vorherrschaft der Exekutive” und “über allen Einzelinteressen stehende Staatsgewalt” (Scheuner)

## Relativierung im totalitären Rechtsdenken (2)

- Orientierung des Rechts an “Gemeinwohl”, “nationalen Bedürfnissen”, “Gemeinnutz”, “Interesse der Allgemeinheit”, “Gemeininteresse” – nicht am Interesse des unbekanntes Individuums
- Entwurf eines deutschen Volksgesetzbuches von 1942 verlangte eine “von der nationalsozialistischen Weltanschauung getragene Rechtsauslegung” durch Richter
- Zivilgesetzbuch der DDR von 1976 enthielt ebenfalls starke Einschränkungen des Privatrechts und des Privateigentums
- Enge Grenzen für zivilrechtliche Verträge in der DDR
- Statuierung zahlreicher Verbote und Notwendigkeit der Vereinbarkeit mit der “sozialistischen Moral” und “Macht der Arbeiterklasse”
- Zivilgesetzbuch der DDR war primär an “wirtschaftsleitende Betriebe und Organe” gerichtet, nicht an private Firmen
- Ausrichtung auf “staatliche Versorgungspolitik”

# Privatrecht als Korrelat zur Marktwirtschaft

- In der BRD wurde nach dem 2. Weltkrieg “Wiederherstellung des Privatrechts” und des “Eigenwerts der Persönlichkeit“ postuliert (Hallstein)
- “Versorgung” in Marktwirtschaft erfolgt durch Geflecht von vertraglichen Beziehungen, nicht durch “staatliche Versorgungspolitik”
- Privatrecht erfordert Vertragsfreiheit und basiert auf freiwilligen, gleichberechtigten Bindungen
- Ermöglicht eine freie, nicht auf Unterordnung und Befehl beruhende Wirtschafts- und Sozialordnung
- Kritik von Hayek an Radbruch’s Auffassung (1930), dass Privatrecht bloss ein “vorläufig ausgesparter” und sich “immer verkleinernder Spielraum” “innerhalb des umfassenden öffentlichen Rechts” sei (Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 1973)
- Angriff auf das Privatrecht ist auch immer ein Angriff auf die Marktwirtschaft – auf das “demokratische System des Marktes”

# Notwendigkeit der Wahrung des liberalen Rechts (1)

- Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht aus liberaler Sicht weiterhin eine Notwendigkeit
- Privatrecht ist wichtige Basis für ein auf Freiheit beruhendes Zusammenleben – einer der Erfolgsgaranten für Schweiz
- Ermöglicht bessere Produkte und Dienstleistungen zu attraktiveren Konditionen – soziale Funktion des Privatrechts
- Gefahr der Erosion des Privatrechts durch immer mehr öffentlichrechtliche Normen (z.B. im Arbeitsrecht, Mietrecht, Finanzrecht)
- Schweizerisches Recht soll – entsprechend seiner Tradition – individualistisch-altruistisch, nicht kollektivistisch bleiben



## Notwendigkeit der Wahrung des liberalen Rechts (2)

- Eines der schönsten Dokumente der Rechtsgeschichte ist die Virginia Bill of Rights
- Sie wurde am 12. Juni 1776 von den Vertretern der Bevölkerung von Virginia verkündet:
  - “Alle Menschen sind von Natur aus in gleicher Weise frei und unabhängig und besitzen bestimmte angeborene Rechte, ...”
  - “... und zwar den Genuss des Lebens und der Freiheit, die Mittel zum Erwerb und Besitz von Eigentum und das Erstreben und Erlangen von Glück und Sicherheit”
- Alle diese Freiheitsrechte erfordern Privatrecht, Privateigentum und Vertragsfreiheit – basieren auf individualistischem Rechtsverständnis
- Von öffentlichem Recht grundsätzlich getrenntes Privatrecht soll Gestaltungsraum und Innovation ermöglichen und Marktordnung verwirklichen