

<b>§ 8</b>	<b>Obligationenrecht und öffentliches Recht</b>	79
I.	Abgrenzung des Geltungsbereichs der schuldrechtliche Grundsätze gegenüber dem öffentlichen Recht	79
	1. Bedeutung der Abgrenzung	79
	2. Kriterien der Grenzziehung	80
II.	Anwendung obligationenrechtlicher Grundsätze im öffentlichen Recht	82

## § 8 Obligationenrecht und öffentliches Recht

### Literatur

N. ACHTENBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986 p. 8 ff.;

R. BECHTOLD, Die positivrechtliche Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in Frankreich, Diss. Freiburg i. Br. 1969; M. BULLINGER, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968; R. DIDISHEIM, La notion de droit civil fédéral, Diss. Lausanne 1973; P. FLÜCKIGER, Das Zivilrecht als Rechtsquelle des Verwaltungsrechts, in Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 91<sup>bis</sup> (1955) p. 137 ff.; Z. GIACOMETTI, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924; F. GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956; H. HUBER, Das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart, ZBJV 98 (1962), p. 169 ff.,

M. LEUTHOLD, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Rechtssachen, Diss. ZH 1970; P. MOOR, Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in Mélanges H. Zwahlen, Lausanne 1977, p. 145 ff.; P. R. MÜLLER, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich/St. Gallen 1970; NAWIASKY, Der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, ZBl. 43 (1942), p. 193; K. RAMSTEIN, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. BE 1959;

R. A. RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in Basler FS zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a. M.; M. USTERI, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, in Annuario di Diritto Comparato etc., Vol. XXXVIII, Rom 1964.

### I. Abgrenzung des Geltungsbereichs der schuldrechtlichen Grundsätze gegenüber dem öffentlichen Recht

#### 1. Bedeutung der Abgrenzung

Die kontinentalen Rechtsordnungen beruhen auf einer weitestgehend durchgeführten Zweiteilung in Privatrecht und öffentliches Recht. Die Abgrenzung der beiden Rechtsbereiche entscheidet einmal über die *Anwendbarkeit der obligationenrechtlichen Grundsätze*, da das Obligationenrecht als Bestandteil der Zivilrechtskodifikation primär nur für privatrechtliche Verhältnisse Geltung besitzt<sup>1</sup>. Zum anderen

---

<sup>1</sup> Vgl. aus der neueren Judikatur aus dem Bereich der Abgrenzung der Geltung des Privatrechts gegenüber öffentlichrechtlichen Normen etwa: BGE 107 II 46 (Zulässigkeit der Errichtung eines Grundpfandes bei einem im Privateigentum stehenden, jedoch der Öffentlichkeit dienenden Spital); BGE 109 II 77 (Kiesausbeutungskonzession: Privatrechtlicher Vertrag oder öffentlichrechtlicher Hoheitsakt?); BGE 101 III 183 und 102 II 46-52 (Der Betrieb eines Spitals wird als «hoheitliche Staatstätigkeit», nicht «gewerbliche Verrichtung» aufgefasst und - fragwürdigerweise - die Beziehung zwischen Patient und Arzt bzw. Krankenhaus als öffentlichrechtliche qualifiziert); zur Frage der Haftung des Kantons nach Grundsätzen seines Beamten-Haftungsrechts für ärztliche Tätigkeit an von ihm betriebenen Kliniken BGE 111 II 150, BGE 112 Ib 335. - Vgl. auch unten Anm. 3 und dort zit. BGE 102 Ib 315.

bezeichnet die Grenzlinie der beiden Disziplinen die *Schranken der Gesetzgebungskompetenz der Kantone*: Nicht nur ist gemäss BV 64 der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts zuständig, sondern er hat diese Kompetenz durch Erlass der Zivilrechtskodifikation abschliessend ausgeübt, so dass die Kantone (ausdrückliche Vorbehalte zugunsten kantonaler Gesetzgebungskompetenz vorbehalten<sup>2</sup>) privatrechtlich nicht legisferieren dürfen, während ihnen im Bereich des öffentlichen Rechts (unter Vorbehalt expliziter Kompetenzen des Bundes) Gesetzgebungshoheit verbleibt. Schliesslich ist die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht auch entscheidend für den zur Verfügung stehenden *Rechtsweg* und das anzuwendende Verfahren<sup>3</sup>.

## 2. Kriterien der Grenzziehung

Obwohl überall in der einen oder anderen Form anzutreffen und offenkundig in der Sachlogik des Rechts freiheitlich-zivilisierter Staaten begründet, lässt sich die Grenzziehung nicht nach einem formallogischen, eindeutigen Kriterium bestimmen, sondern nur näherungsweise paraphrasieren<sup>4</sup>. Die seit alters angebotenen formalen Begriffsbestimmungen können jede für sich keine absolute Geltung beanspruchen, sind aber als Instrumente der Beschreibung des Gegensatzes in ihrer Gesamtheit heranzuziehen, wie die Entscheidung des Einzelfalles meist mit der Berufung auf eine der verschiedenen Begriffsbestimmungen zu erfolgen pflegt.

Hier zu nennen sind die folgenden Theorien<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Solch *echte (konstitutive) Vorbehalte* i. S. von ZGB 5 sind etwa ZGB 466, 616 und 828 (das Bundesrecht enthält eine Regelung, von der die Kantone durch Erlass von Privatrechtsnormen abweichen können) oder ZGB 59/III und 697, 740 oder OR 56/III (das Bundesrecht regelt das Problem nicht, d. h. ohne Schaffung von kantonalem Privatrecht besteht eine Lücke). Demgegenüber stellen Bestimmungen wie ZGB 702 oder 705 *unechte (lediglich deklaratorische) Vorbehalte* dar, die an der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kanton nichts ändern. Vgl. hierzu H. DESCHENAUX, in SPR II, p. 38-45; F. GYGI, Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Zivilrechts (BV 64), ZSR 95 (1976), 1. Halbband, p. 343 ff.; DERS., Die Verfassungsgrundlagen des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Obligationenrecht, 1883-1983, Bern und Stuttgart 1984; P. CARONI, Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV, Basel und Frankfurt/Main 1986.

<sup>3</sup> So trat in BGE 102 Ib 314 ff. das Bundesgericht auf eine verwaltungsrechtliche Klage nicht ein, da die Beziehungen zwischen dem Mieter eines in einem Bahnhof installierten Schliessfaches und den SBB privatrechtlicher Natur und die Haftungsansprüche gegen die SBB von den Zivilgerichten zu entscheiden seien. - Das Innenverhältnis zwischen solidarisch haftenden Steuerschuldnern untersteht öffentlichem Recht, eine Regressforderung ist keine Zivilrechtsstreitigkeit i. S. von OG 44-46 und eine Berufung mithin unzulässig: BGE 108 II 490 ff. Vgl. weiterhin BGE 110 II 221 ff., 109 II 77, 79 II 432 und dortige Hinweise.

<sup>4</sup> Zum Grundsätzlichen der Begriffsbestimmung vgl. vorne § 4/I/1 und BUCHER, zit. § 4 Anm. 3.

<sup>5</sup> Vgl. insbesondere die Zusammenstellung bei H. HUBER, ZGB 6 N. 119 ff.; IMBODEN/RHINOW, Band I, p. 4 f.

- *Interessentheorie* altherwürdigen Ursprungs im Römischen Recht: «*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*» (Dig. 1, 1, 1, 2, Inst. 1, 1, 4) besagt, dass öffentliches Recht das nach staatlichen Interessen, Privatrecht das nach den Interessen der beteiligten Privaten ausgerichtete Recht sei.
- Die *Subjektionstheorie* oder *Subordinationstheorie* bezeichnet als öffentliches Recht jene Rechtssätze, welche die Beziehungen des (untergeordneten) Bürgers zu der (übergeordneten) Staatsgewalt regeln, während das Privatrecht die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten normiert. Eine Spielart dieser Begriffsbildung ist die *Subjektstheorie*, die als öffentlich-rechtlich jene Rechtsbeziehungen bezeichnet, bei denen auf der einen Seite der Staat (sc. der hoheitlich auftretende Staat) beteiligt ist.
- Nach der (heute als überholt geltenden) *Fiskustheorie* ist der Staat in bezug auf vermögenswerte Ansprüche des Bürgers gegen ihn dem Privatrecht unterstellt<sup>6</sup>.
- Die *Funktionstheorie* stellt darauf ab, ob mit der fraglichen Rechtsbeziehung öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden (öffentliches Recht), während die *Rechtsformentheorie* darauf abstellt, ob die zu regelnde Rechtsbeziehung in Form hoheitlichen Erlasses oder aber rechtsgeschäftlicher Form festgelegt wird.
- Grundsätzliche Einsicht eröffnet die (bisher nicht hinreichend ausgewertete) Theorie von WALTER BURCKHARDT, wonach Rechtsbeziehungen, die von den Beteiligten nach freiem Belieben gehandhabt werden können, privatrechtliche sind, während die nach zwingenden (rechtsstaatlichen) Gesichtspunkten zu orientierende Gestaltung der Verhältnisse für das öffentliche Recht kennzeichnend wäre<sup>7</sup>. In Weiterführung dieser Theorie könnte man als privatrechtlich all jene Rechtsbeziehungen bzw. Rechtsnormen bezeichnen, die schliesslich in (nach freiem Belieben auszuübende) subjektive Rechte der Beteiligten ausmünden (dazu oben § 4/II), während das öffentliche Recht durch die den Beteiligten verliehenen Kompetenzen (die pflichtgemäss wahrzunehmen sind) charakterisiert wäre.

Die *Rechtsprechung* ist gekennzeichnet durch einen *Methodenpluralismus*, d. h. sie entscheidet nicht nach einem einzigen der genannten Kriterien, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, sondern «prüft ... in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird»<sup>8</sup>. Dennoch kommt in der bundesgerichtlichen

---

<sup>6</sup> Die Fiskustheorie findet auch heute noch ihren Niederschlag bei der Auslegung von OG 42 (Bundesgericht als einzige Instanz in «zivilrechtlichen Streitigkeiten»): BGE 107 11 Ib 157 E. 1 (Staatshaftung), 96 II 341.

<sup>7</sup> Vgl. dazu W. BURCKHARDT, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl., Zürich 1943, p. 17 ff.; *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, § 8, p. 170 ff.; *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Zürich 1948, § 12, p. 136 ff.

<sup>8</sup> BGE 109 Ib 149.

Rechtsprechung der Subordinationstheorie eine vorrangige Bedeutung zu<sup>9</sup>.

## II. Anwendung obligationenrechtlicher Grundsätze im öffentlichen Recht<sup>10</sup>

Sind obligationenrechtliche Bestimmungen (z. B. über Willensmängel, Kondiktion, Solidarität, Regress, Verzugszinse, Verjährung) auch im öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone anwendbar? Eine Grundlage innerhalb des Privatrechts selbst (etwa entsprechend ZGB 7) besteht nicht; eine direkte Anwendung setzt daher im fraglichen Bereich eine entsprechende Verweisungsnorm des öffentlichen Rechts voraus. Fehlt eine solche, kommt nur eine analoge Anwendung des OR in Frage, und dies erst dann, wenn nicht das öffentliche Recht (z. B. durch explizite Regeln in verwandten Gesetzgebungsbereichen) näherliegende Anhaltspunkte bietet<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> BGE 109 Ib 152; IMBODEN/RHINOW, p. 5.

<sup>10</sup> Der gegenläufige Vorgang, d. h. Einflussnahme öffentlichrechtlicher Grundsätze auf das Obligationenrecht (insbesondere bei der Auslegung und Lückenfüllung), wird von der Theorie der «Drittwirkung der Grundrechte» postuliert. Aus der deutschen Nachkriegs-Literatur stammend, in der Schweiz vorab von J. P. MÜLLER und P. SALADIN vertreten, hat sie bisher keinerlei fassbare, oder dann unheilvolle, Ergebnisse gezeitigt; in BGE 111 II 249, wo diese These vom Bundesgericht erstmals zur Diskussion gestellt und ihr folgend das Bestehen eines «Streikrechts» angenommen wird, ist dieser Versuch misslungen: Zwar wird den Arbeitnehmern ein «Streikrecht» zuerkannt (wobei nicht gesagt wird, was dieser aus der Verfassung bezogene «Topos» privatrechtlich bedeuten soll), im Ergebnis jedoch zu ihren Ungunsten entschieden; offen bleibt, ob nicht, ohne das Abstellen auf Verfassungsprinzipien (d. h. nur durch Erwägung der an sich massgeblichen Privatrechtsgrundsätze), das Resultat für die Arbeiter günstiger ausgefallen wäre. Jedenfalls ist Verwirrung die Folge des Verfassungsarguments (dazu BUCHER in recht 1987, p. 9-18). In SJZ 1987, p. 37-47 wird sodann gezeigt, dass auch die von den beiden genannten Autoren angeführten weiteren Beispiele nicht zu halten sind. Vgl. weiterhin BUCHER in ZSR 1987, Bd. II, p. 622-626.

Die Darstellung des Diskussionsstandes durch J. P. MÜLLER in Kommentar BV (1987), Einleitung zu den Grundrechten (vor Art. 4) N. 58-72 verzeichnet die Realitäten: Einerseits wird tatsachenwidrig das Bild einer von allgemeinem Konsens getragenen und in den praktischen Auswirkungen bedeutsamen Theorie entwickelt, andererseits werden die gegen seine Thesen erhobenen sachlichen Einwände unterdrückt (z. B. Nichterwähnung des oben genannten Aufsatzes in recht 1987, p. 9 ff. wie der dortigen Argumente, aber auch anderer kritischer Autoren: SUZETTE SANDOZ in SJZ 1987, p. 214/215); vor allem fehlt die Erwähnung, dass die II. Zivilabteilung, kurz nach dem «Streikurteil» ihrer Schwesterabteilung (BGE 111 II 249), sich deutlich von der Lehre der Drittwirkung distanziert: BGE 111 II 337 E. 5 (dazu auch BUCHER in SJZ, a.a.O., p. 46 und Anm. 49).

<sup>11</sup> Aus der Praxis BGE 112 Ia 260 ff.; 105 Ib 11 ff., 97 V 153. Unmittelbarer auf Privatrecht zurückgreifend BGE 95 I 263 und 105 Ia 211 f. E. c: «Ob ein öffentlichrechtlicher Vertrag an einem Willensmangel leide, ist unter Heranziehung der Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurteilen. Diese finden ausserhalb des Privatrechts zwar keine direkte Anwendung, doch ist auf sie als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze insoweit abzustellen, als sich die Regelung auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als sachgerecht erweist.» - Zu bedenken ist sodann, dass gelegentlich eine berechtigte Erwartung der beteiligten Kreise auf Übertragung privatrechtlicher Grundsätze bestehen mag.

Privatrechtliche Regeln, die kraft expliziter Verweisung oder analogieweise im öffentlichen Recht angewendet werden, haben in diesem ihren Geltungsgrund und werden damit zu öffentlichrechtlichen Regeln. Dies ist insbesondere auch im Verfahrensrecht zu berücksichtigen<sup>12</sup>.

*Beispiele aus der Praxis:*

- die privatrechtliche *Haftungsbestimmung* von OR 58 (Werkeigentümerhaftung) findet nach einhelliger Auffassung auch auf im Gemeingebrauch stehende Sachen öffentlichrechtlicher Körperschaften direkte Anwendung<sup>13</sup>. Eine schlüssige dogmatische Begründung ist allerdings nicht ersichtlich. Der Ursprung dürfte in der *Fiskustheorie* liegen, wonach vermögenswerte Ansprüche des Bürgers gegen den Staat vom Privatrecht geregelt werden<sup>14</sup>.
- *Immissionen*, die von öffentlichen Anlagen (Schiessplätzen, Nationalstrassen etc.) ausgehen, unterstehen nach herrschender Auffassung neben den enteignungsrechtlichen Vorschriften mindestens zum Teil den privatrechtlichen Haftungsgrundsätzen von ZGB 679/684: Ergeben sich aus der Art der Nutzung eines öffentlichen Werkes übermässige Einwirkungen auf die benachbarten Liegenschaften, so ist das Enteignungsrecht massgebend, wenn die Immissionen überhaupt nicht oder nur mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand vermieden werden können. Wird aber geltend gemacht, die Immissionen seien auch bei einem bestimmungsgemässen Betrieb der im öffentlichen Interesse liegenden Anlage (leicht) vermeidbar<sup>15</sup>, so ist der Zivilrichter zur Beurteilung nach ZGB 679/684 zuständig. Dieser Dualismus zwischen Privatrecht/öffentlichem Recht bzw. v. a. zwischen Zivilrichter/Enteignungsrichter vermag allerdings kaum zu befriedigen.

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa BGE 79 II 432, mit zahlreichen Hinweisen. - Aus der Literatur vgl. insbesondere M. USTERI, a.a.O.

<sup>13</sup> Mängel *öffentlicher Strassen* sind praktisch besonders bedeutsam; vgl. BGE 108 II 185, 106 II 204, 102 II 344; 96 II 341 E. 2a. - Ansprüche gegen den Staat sind hier im Zivilprozess geltend zu machen. Zu beachten ist im übrigen, dass die in diesem Zusammenhang von der Praxis statuierten Sorgfalts- und Unterhaltungspflichten vielleicht über den privatrechtlichen Normgehalt hinausgehen. Vgl. aus der Lit.: H. LANZ, Haftung des Staates als Eigentümer von Werken, Diss. ZH 1958, p. 18-36; OFTINGER/STARCK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Auflage, Zürich 1987, p. 162 ff., 232 ff.; MEIER-HAYOZ, ZGB 664 N. 89-95.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. BGE 96 II 341 E. 2a: «Certes, la responsabilité encourue par les cantons du fait de leurs routes relèverait plutôt du droit public. C'est en vue de prévenir d'éventuelles lacunes de ce droit que le Tribunal fédéral admet le recours à l'art. 58 CO.»

<sup>15</sup> BGE 107 Ib 388 f. mit Hinweisen.