



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST



NEMZETI
KÖZSZOLGÁLATI
EGYETEM
LUDOVIKA



Institut
für Östrecht

Institut für Östrecht
1049 Budapest, József u. 104

Összehasonlító jogi kutatóműhely:

„Jogi határvidékek: a magánjog és a közjog érintkezési pontjai
hibrid jogterületeken“

Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt:

„Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht
und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“

2. számú Working Paper

Working Paper Nr. 2

Alexander Hellgardt

Die Dichotomie von Privatrecht und Öffentlichem Recht im deutschen Recht

(A magánjog – közjog dichotómiája a német jogban)

April 2024

A „Magánjog és közjog a közép-európai jogrendszerekben“ c.

nyitó workshopon (2024.3.12.) tartott előadás írásbeli változata

Schriftliche Fassung des Vortrags auf dem Eröffnungsworkshop „Privatrecht und
öffentliches Recht in den Rechtsordnungen Mitteleuropas“ (12.3.2024)

Inhaltsverzeichnis:

I. Das Wesen der Dichotomie

1. Formale Abgrenzung
2. Materiale Abgrenzung

II. Entstehung der Dichotomie

1. Rechtstheoretische Grundlagen
2. Rechtshistorische Entwicklung

III. Funktionen der Dichotomie

1. Rechtswegabgrenzung
2. Rechtsdurchsetzungsabgrenzung
3. Disziplinenabgrenzung
4. Abgrenzung materieller Werte

IV. Durchbrechen der Dichotomie

1. Kontrolle von Aufsichtsbehörden durch Zivilgerichte
2. Regulierung durch Privatrecht

V. Zukunft der Dichotomie

Autor diese Working Papers

I. Wesen der Dichotomie

Die Aufteilung des Rechts in einen staatsrechtlichen Teil und einen Teil, der die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten betrifft, findet sich bereits im klassischen römischen Recht.¹ Heutzutage wird der Unterscheidung zwischen den Teilrechtsordnungen aber eine grundlegende Bedeutung zugesprochen,² die weitreichender sei als andere rechtliche Abgrenzungen, etwa diejenige zwischen gesetzlichen und vertraglichen Pflichten, zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung oder zwischen Verbrechen und Vergehen. In allen diesen Fällen handelt es sich – ebenso wie bei der Abgrenzung der Teilrechtsordnungen – zunächst einmal um eine nach formalen Kriterien zu bestimmende Unterscheidung von Rechtsregeln. Die Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht wurde dadurch zu einer Dichotomie,³ dass die Abgrenzung mit materialen Zuschreibungen aufgeladen wurde. Um diesen Prozess in Kürze darzustellen, soll zunächst (unter 1.) knapp auf die formale Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht eingegangen werden. Anschließend wird (unter 2.) beispielhaft gezeigt, welche Wertungen mit dieser Abgrenzung verbunden werden.

1. Formale Abgrenzung

Formale Abgrenzungen, also solche, die an rein äußere Kriterien anknüpfen, bilden die Grundlage, um zu definieren, was überhaupt Öffentliches Recht und was Privatrecht ist. Insoweit werden heute in Deutschland im Wesentlichen drei Abgrenzungstheorien vertreten.

Nach der klassischen Interessentheorie, die auf *Ulpian* zurückgeht,⁴ gehören zum Öffentliches Recht solche Normen, die öffentlichen Interessen bzw. staatlichen Interessen dienen, die Normen des Privatrechts sind dagegen solche, die privaten Interessen dienen. Nach dieser für eine formale Abgrenzungstheorie recht anspruchsvollen Unterscheidung muss man bei jeder Norm analysieren, wessen Interessen sie (schwerpunktmäßig) dient. Problematisch sind dabei solche Normen, die sowohl öffentliche als auch private Interessen berücksichtigen.⁵

¹ So insbesondere die auf *Ulpian* zurückgehende Interessentheorie; dazu Fn. 4.

² Stellvertretend *H. Roth*, *Juristenzeitung (JZ)* 2016, 1134, 1139. Klassisch *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, S. 123: „In der Tat ist die Unterscheidung privaten und öffentlichen Rechts im Rechtsbegriff selber verankert.“ Kritisch zum kategorischen Charakter der Unterscheidung aber z.B. *Krüper*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Bd. 79 (2019), 43, 48 ff., 68.

³ Der Ausdruck „Dichotomie“ bezeichnet die Kategorisierung von zwei Objekten der gleichen Art, die einander ohne Schnittmenge gegenüberstehen, aber dennoch aufgrund bestimmter Merkmale als zusammengehörig wahrgenommen werden; <https://de.wikipedia.org/wiki/Dichotomie> (abgerufen am 27.03.2024).

⁴ D. 1, 1, 1, 2: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.“

⁵ Siehe nur *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 21. Aufl. 2024, § 3 Randnummer (Rn.) 11.

Demgegenüber stellt die Subordinationstheorie (teilweise auch Subjektionstheorie) darauf ab, ob eine Norm zu einem Über-Unterordnungsverhältnis zwischen den beteiligten Rechtssubjekten führt. Ist dies der Fall, zählt die entsprechende Norm zum Öffentlichen Recht; geht die Norm dagegen von einem Gleichordnungsverhältnis der Beteiligten aus, handelt es sich um Privatrecht.⁶ Problematisch an dieser Theorie ist, dass es auch zwischen Privaten Ungleichheiten geben kann, die inzwischen sogar rechtlich – etwa im Verbraucherschutzrecht – erfasst werden, ohne dass die entsprechenden Normen deshalb dem Öffentlichen Recht zugeordnet werden könnten. Andersherum kennt § 54 Verwaltungsverfahrensgesetz für den Bund und die Länder (VwVfG) den sog. „öffentlich-rechtlichen Vertrag“, der auf einer Gleichordnung der Beteiligten beruht, aber trotzdem ausweislich seines Namens Teil des Öffentlichen Rechts ist.

Schließlich stellt die Subjektstheorie darauf ab, wer Adressat einer Norm ist. Nach der klassischen Form der Subjektstheorie adressiert Öffentliches Recht ausschließlich den Staat bzw. Hoheitsträger.⁷ Diese Theorie führt in Einzelfällen zu zweifelhaften Ergebnissen. So wäre demnach etwa das Aneignungsrecht des Fiskus bezüglich aufgegebener Grundstücke Öffentliches Recht, weil § 928 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) allein den Staat berechtigt. Die Aneignung erfolgt aber nach § 928 Abs. 2 Satz 2 BGB durch Eintragung ins Grundbuch und damit in klassisch privatrechtlicher Form. Diese Probleme vermeidet die heute herrschende sog. modifizierte Subjektstheorie. Ihr zufolge gehören zum Öffentlichen Recht nur solche Normen, die Hoheitsträger „als solche“ – also in ihrer hoheitlichen Funktion – adressieren.⁸

Im vorliegenden Zusammenhang muss nicht entschieden werden, welche der Theorien am überzeugendsten ist; die Schnittmenge zwischen ihnen ist ohnehin sehr groß. Vielmehr soll das Augenmerk darauf gelegt werden, dass bei allen Theorien gemeinsames Merkmal der Abgrenzung die besondere Rolle des Staates ist. Was Privatrecht ist, bestimmt sich negativ in Abgrenzung zu den Angelegenheiten, die öffentliche Interessen berühren, auf staatlicher Überordnung oder überhaupt auf einer Involvierung des Staates oder anderer Hoheitsträger beruhen. Damit bestimmt die Art der Staatsorganisation und insbesondere auch das Ausmaß indirekter Staatstätigkeit – etwa die Frage, ob kommunale öffentliche Einrichtungen wie Schwimmbäder oder Bibliotheken hoheitlich oder durch Gesell-

⁶ In diese Richtung der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte (GmS-OGB), veröffentlicht in der Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen BGHZ Bd. 97, 312, 314; 102, 280, 283 (jeweils in Kombination mit der Subjektstheorie) sowie GmS-OGB BGHZ 108, 284, 286.

⁷ *Wolff*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 76 (1950/51), 205 ff.

⁸ Grundlegend *Bachof*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 1, 9–15; *Bettermann*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, 513, 515 f.

schaften des Privatrechts betrieben werden – den Umfang des Privatrechts respektive des Öffentlichen Rechts. Die Privatisierungswelle in den 1990er Jahren führte etwa dazu, dass durch die Fusion der Staatsbahnen Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn zur Deutschen Bahn AG zum 1. Januar 1994 sich die Rechtsverhältnisse der Fahrgäste zur Bahn von öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen zu privatrechtlichen Verträgen änderten.

2. Materiale Abgrenzung

Die zunächst wertfreie Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht wird zu einer Dichotomie stilisiert, indem die beiden Teilrechtsordnungen mit unterschiedlichen materiellen Werten aufgeladen werden. Dadurch erhält die Zuordnung von Normen zum Öffentlichen Recht oder Privatrecht eine Bedeutung, die nicht mehr rein technisch eine Teilrechtsordnung bezeichnet, sondern mit inhaltlichen Aussagen verbunden ist. Welche Werte und Aussagen das sind, ist aber wiederum stark vom jeweiligen politischen System abhängig.

In Deutschland wurde das BGB bei seiner Entstehung Ende des 19. Jahrhunderts zum Hort der Freiheit stilisiert.⁹ Der Hintergrund war die im Laufe des 19. Jahrhunderts vollzogene Überwindung des Feudalismus, die insbesondere zum Konzept des ungeteilten Eigentums führte, d.h. des Eigentums, das der Privatperson in vollem Umfang an einer Sache zustand und nicht mit dinglichen oder anderen Berechtigungen übergeordneter Feudalherren oder staatlicher Stellen belastet war.¹⁰ Daraus ergab sich ein Gegensatz zum monarchischen Staatswesen. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde in der Bundesrepublik dann immer stärker die Privatautonomie als zentrales Wesensmerkmal des Privatrechts betont.¹¹ Demgegenüber gelten in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung das Demokratieprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz als zentrale Werte des Öffentlichen Rechts.

⁹ Dies wird etwa deutlich anhand der Worte von *Rudolf Sohm* bei der ersten Lesung des BGB am 05.02.1896 im Reichstag: „Unser Entwurf wird bürgerliches Recht bringen: Freiheit des Eigentums, – unentbehrlich für uns alle. Von dieser Freiheit leben wir. Unsere ganze öffentliche und sittliche Freiheit, die wir als Einzelpersonlichkeit besitzen, das kostbarste Rechtsgut, das wir alle haben, wird uns durch das Privateigentum, das freie Privateigentum, allein ermöglicht. [...] Freies Eigentum! Endlich sind wir dazu gekommen. Das neunzehnte Jahrhundert hat es uns auf allen Gebieten gebracht. Es wird die Grundlage der ferneren Entwicklung sein.“; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, IX. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/1897, Erster Band, S. 758 (B).

¹⁰ Zu den Hintergründen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 122-127.

¹¹ Die Betonung der Privatautonomie ist entgegen der allgemeinen Annahme keine Tradition des 19. Jahrhunderts, sondern eine Nachkriegsentwicklung. Prägnant *Mayer-Maly*, in: Festschrift Kramer, 2004, S. 21, 25: „Nimmt man aber ältere Lehrbücher zur Hand, so stellt sich heraus, dass das Lob der Privatautonomie erst seit 1945 gesungen wird.“ Ausführlich zum Ganzen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 529–539.

Werden diese unterschiedlichen Wertungen, die mit den Teilrechtsordnungen (innerhalb einer bestimmten Staats- und Gesellschaftsordnung) verbunden sind, in einen Gegensatz gebracht, entsteht daraus die Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht. Paradigmatisch dafür ist ein Ausspruch des früheren Bundesverfassungsrichters *Paul Kirchhof*, wonach das Privatrecht das Recht der Freiheit und damit der Gesellschaft sei, wenn es um staatliche Aufgaben geht, beginne dagegen das Öffentliche Recht.¹²

II. Entstehung der Dichotomie

Im Folgenden soll untersucht werden, welche rechtstheoretischen Grundannahmen der Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht zugrunde liegen (unter 1.) und wie sich diese Unterscheidung in groben Zügen historisch in Deutschland entwickelt hat (unter 2.).

1. Rechtstheoretische Grundlagen

Bereits bei der formalen Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht hat sich die Rolle des Staates als entscheidend erwiesen.¹³ Sie ist aber nicht nur für die formale Unterscheidung wichtig, sondern bildet auch inhaltlich eine wichtige Determinante des Verhältnisses von Öffentlichem Recht und Privatrecht.

Die entscheidende Voraussetzung für die moderne Unterteilung des Rechts in Privatrecht und Öffentliches Recht war die Entwicklung des staatlichen Gewaltmonopols im Laufe des 18. Jahrhunderts. In der Naturrechtslehre des Mittelalters wurde etwa das Strafrecht weitgehend noch zum Privatrecht gezählt, ebenso wie etwa das Zwangsvollstreckungs- und Prozessrecht.¹⁴ Wenn nicht nur der Staat, sondern auch Private – etwa der Familienvater gegenüber Frau und Kindern, der Herr gegenüber dem Knecht, der Lehnsherr gegenüber dem Vasallen usw. – legitimerweise Gewalt ausüben darf, kann es auch ein vorstaatliches Strafrecht geben, wie es heutzutage etwa noch in Form von Blutrache in manchen Gesellschaften propagiert wird.¹⁵ Erst die Begrenzung legitimer Gewaltausübung auf den Staat

¹² *P. Kirchhof*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2007), S. 83, 86: „[D]as Privatrecht [ist] – als Recht der Freiheit – das Recht der Gesellschaft, nicht des Staates. Sein Wirkungsbereich endet grundsätzlich dort, wo die staatliche Aufgabe beginnt.“

¹³ Siehe oben I.1.

¹⁴ *Schröder*, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 961, 963–966.

¹⁵ Zum Umgang des heutigen deutschen Strafrechts mit dem Phänomen „Blutrache“ siehe *Hörnle*, *Kultur, Religion, Strafrecht – Gutachten C zum 70. Deutschen Juristen-Tag, 2014*, S. C 99–C 101 mit weiteren Nachweisen.

und die Forderung nach einer rudimentären Begrenzung derselben haben die Voraussetzungen geschaffen, um die moderne Unterteilung in Öffentliches Recht und Privatrecht hervorzubringen.¹⁶

Die geistesgeschichtlichen Wurzeln für die moderne deutsche, auf dem staatlichen Gewaltmonopol aufbauende Unterscheidung finden sich insbesondere bei *Immanuel Kant*. Seinen Privatrechtsbegriff entwickelte *Kant* in der „Metaphysik der Sitten“. Dort wird das Privatrecht als das „Recht vom äußeren Mein und Dein“¹⁷ bezeichnet. Laut *Kant* geht es also beim Privatrecht um die Abgrenzung von Freiheitssphären. Der Clou liegt darin, dass sich diese Abgrenzung nach *Kant* durch die Vernunft a priori erkennen lässt (dies ist das, was er als „Naturrecht“ bezeichnet).¹⁸ Aus dem Privatrecht im natürlichen – vorstaatlichen – Zustand folgt bei *Kant* das „Postulat des öffentlichen Rechts“: „du sollst im Verhältnisse eines unvermeidbaren Nebeneinanders mit allen anderen aus jenem heraus in einen rechtlichen Zustand, d.i. den einer austeilenden Gerechtigkeit übergehen.“¹⁹

In diesen sehr verkürzt dargestellten Grundlagen der *Kantischen* Privatrechtstheorie finden sich ein paar sehr wirkmächtige Grundaussagen. So etwa die grundlegenden Funktionsbeschreibungen, wonach das Privatrecht der Freiheitsabgrenzung dient, das öffentliche Recht dagegen der Verteilungsgerechtigkeit. Darin klingt schon die Dichotomie in der oben zitierten Form an,²⁰ der zufolge allein das Öffentliche Recht der Erfüllung von Staatsaufgaben (Verteilungsgerechtigkeit) diene, während das Privatrecht ein Reich der Freiheit bilde.²¹ Eine weitere wichtige Weichenstellung besteht darin, dass das Privatrecht als vorstaatlich und allein durch die Vernunft erkennbar konzipiert wird. In diesem Sinne hatte wenige Jahre vorher *Schlosser* den Zivilrechtsgesetzgeber als denjenigen beschrieben, welcher die Verhältnisse so erklärt, dass alle Menschen dasselbe verstehen, also als denjenigen, der die Dinge und Verhältnisse nicht *macht*, sondern lediglich *wiedergibt*.²²

¹⁶ *Schröder*, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 961, 967–973; *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 41, 55–57.

¹⁷ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI, 1797/1907, S. 245.

¹⁸ Vgl. *Kant*, Zum Ewigen Frieden, AA, Bd. VIII, 1795/1923, S. 372.

¹⁹ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI, 1797/1907, S. 307.

²⁰ Vgl. bei Fn. 12.

²¹ Zur Rezeption der *Kantischen* Rechtslehre im späten 18. und 19. Jahrhundert *Schröder*, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 961, 968–970.

²² *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, S. 120: „Die Civilgesetzgebung, welche wahre Gesetze giebt, berechtigt den Regenten im Grund nicht, neue Gesetze zu machen, sondern da, wie Plato richtig sagt, das Gesetz nichts anders ist, als ein Satz, der das Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind; der Mensch aber nicht immer versteht, was die Gesetze dieser Art sagen: so soll im Grund der Civilgesetzgeber nur der seyn, welcher dieses Verhältniß so erklärt, daß alle Menschen dasselbe verstehen, und seine Autorität soll sich nicht anmassen, die Dinge und deren Verhältnisse zu machen, sondern er soll nur deren Erklärung nach seiner besten Einsicht angeben; zufrieden, daß diese für Wahrheit gelten müsse!“

2. Rechtshistorische Entwicklung

Die historische Entwicklung der Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht ist eng mit der Evolution des Rechtsbegriffs verbunden und kann hier nicht im Einzelnen nachvollzogen werden.²³ Einige wichtige historischen Wegmarken sollen aber im Folgenden kurz beschrieben werden.

Wie bereits zuvor dargestellt, wurde das BGB bei seiner Entstehung zu einem Hort der Freiheit stilisiert.²⁴ Es wirkte damit wie der Abschluss oder vielleicht die „Konstitutionalisierung“ einer Gesellschaft, die sich immer stärker vom monarchischen Staatswesen entfernt hatte. In den Worten von *Stolleis* begründete die Distanzierung von Staat und Gesellschaft den „Übergang von einer nur analytischen Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht zu einer antinomisch-politischen Differenz“.²⁵ Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft lässt sich geistesgeschichtlich auf die Französische Revolution, die Rechtsphilosophie *Georg Wilhelm Friedrich Hegels* und die Gesellschaftstheorie *Lorenz von Steins*²⁶ zurückführen.²⁷ Ihren Höhepunkt nahm diese Entwicklung im 19. Jahrhundert, wo dem absolutistischen Staatswesen eine vom Staat getrennte bürgerliche Gesellschaft, die auf der formellen Gleichheit ihrer Mitglieder aufbauende „Privatrechtsgesellschaft“²⁸, gegenübergestellt wurde. Das Öffentliche Recht und das Privatrecht symbolisierten in diesem Setting zwei konträr entgegengesetzte Pole.

Der Fortbestand dieser Unterscheidung, die in einem demokratischen Rechtsstaat, der die bürgerliche Freiheit durch die Grundrechte garantiert, eigentlich obsolet wäre, lässt sich wiederum vor allem aufgrund historischer Entwicklungen erklären. So wurde während der Nazi Herrschaft die Zweiteilung der Rechtsordnung bekämpft und stattdessen ein „Gemeinschaftsrecht“ gefordert²⁹ und die Überwindung der Dichotomie von Staat und Gesellschaft durch die Errichtung einer „Diktatur des Proletariats“ war ein primäres Ziel der staatlichen Politik in der DDR.³⁰ Gerade in Abgrenzung zu diesen

²³ Siehe nur *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl. 2012, passim, der für jede historische Epoche der juristischen Methodenlehre einen eigenen Rechtsbegriff herausarbeitet.

²⁴ Siehe oben I.2. bei Fn. 9.

²⁵ *Stolleis*, in: Hoffmann- Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 41, 55.

²⁶ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821/1986, § 182, Zusatz, S. 339 f., § 260, Zusatz, S. 407; *von Stein*, *Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Bd. I, 1850, S. XXIX–XLIV.

²⁷ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, S. 109 ff.; *Conze*, ebd., S. 37 ff.

²⁸ Dieser Begriff wurde erst nachträglich geprägt durch *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75 ff.

²⁹ Siehe etwa *E. R. Huber*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZgS)* 1938, 310, 314: „Die Einheit und Ganzheit des Volkes, die es heute zu entfalten gilt, verlangt ein einheitliches Recht. Das Recht ist uns die lebendige Ordnung, in der die Gemeinschaft lebt und handelt. Alles Recht erwächst aus der Gemeinschaft; es kann nur ein Gemeinschaftsrecht geben.“

³⁰ Siehe z. B. *Bücher-Uhder/Hieblinger/Menzel*, *Staat und Recht* 12 (1963), 283, 293.

totalitären Staatsformen wurde in der jungen Bundesrepublik die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft wieder hochgehalten,³¹ und auch heute noch wird in Deutschland von der herrschenden Staatslehre die Wichtigkeit dieser angeblich verfassungsrechtlichen Grundentscheidung betont.³²

III. Funktion der Dichotomie

Sowohl die geistesgeschichtlichen Wurzeln als auch die historische Entwicklung weisen darauf hin, dass die Hochstilisierung der Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht – wie auch die formalen Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung der Teilrechtsordnungen als solche – keineswegs eine logische Notwendigkeit war oder im Rechtssystem selbst angelegt ist. Es handelt sich vielmehr um historische Pfadabhängigkeiten und logische Konsistenzen, die sehr mit der spezifischen Situation in Deutschland zusammenhängen und keineswegs unabänderlich sind.³³

Deshalb soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Funktionen die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht in der deutschen Rechtsordnung erfüllt. Dabei kann man akteursbezogen unterscheiden zwischen Konsequenzen für die Gerichte (unter 1.), Konsequenzen für die betroffenen Privaten (unter 2.) sowie Konsequenzen für die Rechtswissenschaft in formaler (unter 3.) und materialer Hinsicht (unter 4.).

1. Rechtswegabgrenzung

Die überragende praktische Bedeutung der Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht ergibt sich daraus, dass sich danach gem. § 13 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und § 40 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) die Rechtswegabgrenzung richtet. Ob eine Zivilsache

³¹ Zu diesem Aspekt siehe etwa Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973, S. 9, 33, 35–37; Canaris, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 873; Hesse, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976, S. 484, 491.

³² Di Fabio, in: VVDStRL Bd. 56 (1997), S. 235, 275 f.; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 102. EL., 2023, Art. 20 Abschn. II Rn. 50; Horn, Die Verwaltung 26 (1993), 545 ff.; Isensee, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976, S. 317 ff.; P. Kirchhof, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 83, 86; Rupp, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts (HStR), Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 26; R. Schmidt, in: Festschrift Scholz, 2007, S. 889; Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 53, 69; zurückhaltender Hesse, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976, S. 484, 488–502.

³³ Die Abgrenzung begegnet deshalb rechtsvergleichend in ganz unterschiedlichen Ausprägungen. Siehe z. B. Jurgens/van Ommen, Cambridge Law Journal (C.L.J.) 71 (2012), 172 ff. (zur Abgrenzung im englischen und niederländischen Recht) sowie insbesondere zum US-amerikanischen Recht Horwitz, 130 University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.) 1423 (1982); Kennedy, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982) einerseits, sowie Goldberg, 125 Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 1640 (2012); Oman/Solomon, 62 Duke Law Journal 1109 (2013) und Dagan, 56 American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.) 809 (2008) andererseits.

oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, entscheidet sich nach dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes anhand der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.³⁴

Daher muss jedes Gericht zunächst prüfen, ob die streitentscheidende Norm einer bei ihm erhobenen Klage zum Öffentlichen Recht oder Privatrecht gehört und, sofern die Klage vor dem falschen Gerichtszweig erhoben wurde, den Rechtsstreit gem. § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verweisen. Die Auswirkungen der Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zu einem Rechtsweg liegen weniger im materiellen Recht als im Prozessrecht. Während im Verwaltungsprozess gem. § 86 Abs. 1 VwGO der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, wird der Zivilprozess durch Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz bestimmt.³⁵

2. Rechtsdurchsetzungsabgrenzung

Aus Sicht der Rechtsunterworfenen zeigen sich die Unterschiede zwischen Öffentlichem Recht und Privatrechte bei der Rechtsdurchsetzung.³⁶ Hier geht es insbesondere um Unterschiede bei der Verfolgung eigener Rechtspositionen und bei der Verteidigung gegen unbegründete Inanspruchnahmen.

Verwaltungs- und Strafrecht³⁷ sind durch den Untersuchungsgrundsatz geprägt, die zuständige Behörde oder Staatsanwaltschaft wird regelmäßig von Amts wegen tätig (Offizialprinzip), und auch in einem eventuell anschließenden Gerichtsverfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz. Sofern also eine Privatperson Opfer einer Straftat geworden ist oder von einer Behörde gem. § 13 Abs. 2 VwVfG etwa als Nachbar oder sonst in seinen Rechten Betroffener zu einem Verwaltungsverfahren hinzugezogen wird, kann diese – wenn es sich nicht um die Ausnahmefälle eines reinen Antragsdelikts oder eines reinen Antragsverfahren i.S.v. § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG handelt – das „ob“ einer Rechtsdurchsetzung kaum beeinflussen. Auch das „wie“, die konkrete Durchführung der Verfahren, liegen im Verwaltungs- und Strafrecht maßgeblich in der Hand der Behörde, Staatsanwaltschaft bzw. des Gerichts. Eine in ihren Rechten verletzte Privatperson kann zwar Anträge stellen und sich – etwa als Nebenkläger im Strafrecht – an dem Verfahren beteiligen, eine steuernde Funktion hat sie aber nicht.

³⁴ GmS-OGB BGHZ Bd. 97, 312, 313 f. m.w.N.

³⁵ Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Auflage 2018, § 76, § 77 Rn. 8–16.

³⁶ Ausführlich *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 549–553.

³⁷ Strafrecht ist Teil des Öffentlichen Rechts im weiteren Sinne, wird aber traditionell als eigene Teilrechtsordnung behandelt. Es bezeichnet die Summe der Rechtsnormen, die für eine bestimmte Tat eine bestimmte Strafe oder Maßnahme als Rechtsfolge anordnen; *Burgi*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 18 Rn. 83.

Privatpersonen können sich insbesondere nicht dagegen wehren, dass im Straf- oder Verwaltungsrecht ihre rechtlichen Interessen jedenfalls indirekt durch den Staat gegen Dritte durchgesetzt werden, auch wenn sie dies gar nicht wollen (z.B. weil der Rechtsverletzer ein naher Angehöriger ist). Auch wer angeklagt oder gegen wen ein behördliches Verfahren geführt wird, kann nicht verhindern, dass die Staatsanwaltschaft oder Behörde bzw. das Gericht Tatsachen ermitteln, die zur eigenen Entlastung führen, ohne dass der Betroffene diese Umstände von sich aus in das Verfahren hätte einführen können, z.B. eine verminderte Schuldfähigkeit aufgrund Drogenmissbrauchs.

Dagegen herrscht im Zivilrecht der Grundsatz der Privatinitiative.³⁸ Die Rechtsdurchsetzung und auch die Verteidigung erfordern eine aktive Entscheidung des betroffenen Privaten. Allein der in seinen Rechten verletzte Private bestimmt, ob eine Rechtsdurchsetzung stattfindet, in welchem Umfang und gestützt auf welchen Sachverhalt. Sofern die Rechtsdurchsetzung außergerichtlich geschieht, gibt es keinerlei festgelegte Verfahrensregeln. Auch die Verteidigung ist im Privatrecht weitgehend in das Belieben des in Anspruch genommenen Privaten gestellt, der etwa bewusst darauf verzichten kann, die Unbegründetheit seiner Inanspruchnahme zu behaupten und zu beweisen.³⁹ Selbst neuere Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes wie die Abhilfeklage nach §§ 14 ff. Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (VDuG) erfordern, dass sich die Verbraucher zum Verbandsklageregister angemeldet und ihre Anmeldung nicht wirksam zurückgenommen haben, § 26 VDuG.

3. Disziplinenabgrenzung

Für die Rechtswissenschaft markiert die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht auch die Trennlinie zwischen der Privatrechtswissenschaft und der Wissenschaft vom Öffentlichem Recht, genauer gesagt, sie grenzt die jeweiligen Forschungsgegenstände voneinander ab.⁴⁰ Prima facie befasst sich die Privatrechtswissenschaft mit dem Privatrecht, die Wissenschaft vom Öffentlichem Recht (meist unterschieden in Staatsrechtslehre und Verwaltungs(-rechts-)wissenschaft) befasst sich mit dem Staats- und Verwaltungsrecht. Die Fächeraufteilung wird damit zu einem An-

³⁸ Ausführlich dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 560–562.

³⁹ Besonders deutlich zeigt dies das Schicksal eines falschen Geständnisses. Während ein solches im Strafprozess nicht der Verurteilung des Angeklagten zugrunde gelegt werden kann, gilt im Zivilprozess § 290 S. 1 ZPO, wonach es zum Widerruf eines Geständnisses nicht ausreicht, dass dieses nicht der Wahrheit entsprach; ein Widerruf ist vielmehr nur möglich, wenn sich der Geständige zusätzlich in einem Irrtum befunden hat. Das bewusst falsche Geständnis kann daher nicht mehr beseitigt werden und trägt eine Verurteilung.

⁴⁰ Zur gegenstandsbezogenen Einteilung von Wissenschaftsdisziplinen siehe nur *Schurz*, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 4. Aufl. 2014, S. 32.

hängsel der formalen Abgrenzungskriterien zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht,⁴¹ ohne eigenständige Bedeutung und vor allem ohne Bestandsgarantie. So lassen sich viele Themen sowohl privatrechtlich als auch verwaltungs- oder strafrechtlich regeln. Ein Beispiel sind die Bestrebungen, zu hohe Wohnungsmieten zu verhindern. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber sowohl auf das Bürgerliche Recht (§§ 556d ff. BGB), das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht [§ 291 Abs. 1 Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB), § 5 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG)] als auch das Verwaltungsrecht⁴² zurückgegriffen.

Die reine Rechtsgebietsabgrenzung ist daher keine hinreichende Grundlage, um die Eigenständigkeit von Wissenschaftsdisziplinen wie dem Privatrecht im Gegensatz zum Öffentlichen Recht zu begründen.⁴³

4. Abgrenzung materieller Werte

Stattdessen wird versucht, die systematische Eigenständigkeit der Teilrechtsordnungen und mit dieser auch der rechtswissenschaftlichen Teilfächer auf Wertungsunterschiede zu stützen.⁴⁴ So wird von vielen die Privatautonomie als Grundlage des Privatrechts und zugleich abgrenzender Faktor zum Öffentlichen Recht angesehen,⁴⁵ sie wird zur „einheitsstiftende[n] Monstranz des Privatrechts“.⁴⁶ Auf der anderen Seite steht die Behauptung, dass der Gleichheitsgrundsatz und das daraus folgende Prinzip der Antidiskriminierung allein Maximen staatlichen Handelns und damit des Öffentlichen Rechts, nicht aber des Privatrechts sein könnten.⁴⁷ Die Abgrenzung der Teilrechtsordnungen wirkt demnach

⁴¹ Zu diesen oben I.1.

⁴² Siehe dazu Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 157, 223 zur Nichtigkeit des „Berliner Mietendeckels“.

⁴³ Ausführlich *Hellgardt*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, *Zivilrechtswissenschaft*, 2024, S. 7, 12–14.

⁴⁴ Siehe auch schon oben I.2.

⁴⁵ Siehe z.B. *Auer*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2018, S. 301, 324; *Canaris*, in: *Festschrift Lerche*, 1993, S. 873, 874–887; *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 51, 54–56; *Honsell*, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)* 2015, 1, 2; *Lobinger*, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, 1999, S. 3; *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 15–18; *Mayer-Maly*, in: *Festschrift Kramer*, 2004, S. 21, 25–27; *Merz*, *Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit*, 1970, S. 1 f.; *Picker*, in: *Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 207, 214; *Reppen*, in: *Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 11, 45–49; *Rittner*, in: *Festschrift Müller-Freienfels*, 1986, S. 509, 514; *Riesenhuber*, *ZfPW* 2018, 352, 357; *Singer*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, 1995, S. 1–4; *Stürner*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 210 (2010), 105, 106–108; *Wagner*, in: *Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13, 14–18; *Zöllner*, *AcP* 188 (1988), 85, 99. Kritisch zu diesem Diskurs *Röthel*, in: *Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht*, 2017, S. 91.

⁴⁶ *Lepsius*, in: *Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute*, 2017, S. 82, 90 (dort allein mit Bezug auf die Vertragsfreiheit).

⁴⁷ Prägnant *Picker*, *JZ* 2003, 540, 543. Siehe auch *P. Kirchhof*, in: *Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft* (2007), S. 83, 86: „Der Unterschied zwischen einem grundrechtsverpflichteten Staat und einer grundrechtsberechtigten

wie eine Wasserscheide zwischen unterschiedlichen Wertsphären: Hier die Freiheit und Privatautonomie, dort Gleichheit und demokratische Repräsentation.

Obwohl diese Werte zweifellos eine wichtige Bedeutung für die jeweiligen Teilrechtsordnungen haben, ist doch fraglich, ob die exklusive Zuordnung überzeugen kann. Die Privatautonomie ist im Kern Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG), die als solche weit über das Privatrecht hinaus Bedeutung hat. Auch die eigentliche Privatautonomie, also die Freiheit zur Selbstgestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse, reicht weit über das Privatrecht hinaus.⁴⁸ Aber auch andersherum hat etwa der Gleichheitsgrundsatz durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und nicht zuletzt den Stadionverbots-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁴⁹ Einzug in das Privatrecht gehalten. Es ist daher nicht (mehr) überzeugend, einen Wertungsgegensatz zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht aufzumachen. In einem demokratischen Rechtsstaat werden Werte durch die Grundrechte und die Gesetzgebung vorgegeben. Beides sind nicht auf eine Teilrechtsordnung beschränkt, sondern betreffen sowohl Öffentliches Recht und Privatrecht. Damit lässt sich durch den Rekurs auf Werte weder die Eigenständigkeit der Rechtsgebiete noch der darauf bezogenen Wissenschaftsdisziplinen überzeugend begründen.⁵⁰

IV. Durchbrechung der Dichotomie

Es wurde gerade schon angedeutet, dass die Konsequenzen der Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht vor allem für die Rechtspraxis und die Parteien Bedeutung haben, für die Rechtswissenschaft aber weniger prononciert sind, als dies häufig angenommen wird. Dies ist nicht überraschend, wenn man sich verdeutlicht, dass die Natur der Abgrenzung höchst positivistisch ist. Abgesehen von einem Bereich höchstpersönlicher Lebensführung gibt es keine Lebenssachverhalte, die zwingend privatrechtlich geregelt werden müssten.⁵¹ Infolgedessen kommt es immer wieder zu Durchbrechungen der Dichotomie. Im Folgenden sollen zwei Erscheinungsformen genauer untersucht werden: die Vermischung von Rechtswegen (dazu unter 1.) und der Einsatz von Privatrecht zur Verhaltenssteuerung (dazu unter 2.).

Gesellschaft bleibt der Ordnungsrahmen, in dem Freiheits- und Gleichheitsgarantien, die Postulate von Amtspflicht, Gemeinwohlbindung, Unbefangenheit und Unparteilichkeit ihre Grundlage finden.“

⁴⁸ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 540–543.

⁴⁹ BVerfGE 148, 267. Kritisch zu den Kriterien des Gerichts *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 909.

⁵⁰ Zu letzterem *Hellgardt*, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow, Zivilrechtswissenschaft, 2024, S. 7, 14–17.

⁵¹ Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 550.

1. Kontrolle von Aufsichtsbehörden durch Zivilgerichte

Eine Durchbrechung der Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht liegt vor, wenn materielles Recht und Gerichtsverfahren unterschiedlichen Teilrechtsordnungen zugehören. In gewissen Grenzen ist dieses Phänomen schon in Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG und Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG angelegt, wonach die ordentlichen Gerichte (insoweit also die Zivilgerichte) über die Höhe von Entschädigungen bei öffentlich-rechtlichen Enteignungen entscheiden und als Auffanginstanz zuständig sind, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt (also hoheitlich) in seinen Rechten verletzt wird.⁵²

Neueren Datums sind Zuständigkeitsvermischungen bei der gerichtlichen Kontrolle von Aufsichtsbehörden. So übt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gemäß § 4 WpÜG die Aufsicht über Wertpapiererwerbs- und Übernahmeangebote aus, einen Teilbereich des Kapitalmarktaufsichtsrechts. Über Beschwerden gegen die von der BaFin erlassenen Verfügungen entscheidet gem. § 48 Abs. 4 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) ausschließlich das für den Sitz der Bundesanstalt in Frankfurt am Main zuständige Oberlandesgericht, also das OLG Frankfurt. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, diese Streitigkeiten seien zwar verwaltungsrechtlicher Natur, allerdings könnten die entsprechenden Fragen auch Gegenstand zivilrechtlicher Entscheidungen sein, und durch die Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten sollten divergierende Entscheidungen vermieden werden.⁵³ Es entbehrt im Hinblick auf diese Begründung nicht einer gewissen Ironie, dass der Bundesgerichtshof später zivilrechtliche Ansprüche für einen Kernbestand des Gesetzes – das sog. Pflichtangebot gem. § 35 WpÜG – umfassend abgelehnt hat.⁵⁴

Noch frappierender ist die Regelung von § 75 Abs. 4 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), der die Beschwerde gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur in Energiewirtschaftssachen den Oberlandesgerichten zuweist, während entsprechende Verfahren gegen dieselbe Behörde im Telekommunikationsrecht (vgl. § 217 Telekommunikationsgesetz – TKG), im Postaufsichtsrecht (vgl. § 26 PostG) und der Eisenbahnregulierung (vgl. § 77a Eisenbahnregulierungsgesetz – ERegG) den Verwaltungsgerichten zugewiesen sind. Zur Begründung verwies der Gesetzgeber auf das Vorbild des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das Beschwerden gegen Entscheidungen der Kartellbe-

⁵² Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG hat aber praktisch kaum einen Anwendungsbereich; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 294.

⁵³ Begründung zum Regierungsentwurf eines Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG), Bundestags-Drucksache (BT-Drucks.) Nr. 14/7034, S. 65.

⁵⁴ BGH Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2013, 939.

hörden seit jeder den Zivilgerichten zuweist (vgl. § 73 Abs. 4 und 5 GWB), und betonte den Gleichlauf mit Entscheidungen der Zivilgerichte in energiewirtschaftlichen Regulierungsstreitigkeiten.⁵⁵

Diese Beispiele zeigen, dass die Zuweisung einer Materie zu einer Teilrechtsordnung oder einem Gerichtszweig in der Praxis häufig von (zutreffenden oder unzutreffenden) Praktikabilitätserwägungen getragen ist und nicht durch „deutsche rechtskulturelle Vorstellung[en]“⁵⁶ gesteuert wird.

2. Regulierung durch Privatrecht

Schließlich ist auf ein Phänomen hinzuweisen, das zwar bereits seit Inkrafttreten des BGB bestand,⁵⁷ das aber erst seit knapp 20 Jahren wissenschaftlich aufgearbeitet wird:⁵⁸ der Einsatz von Privatrecht zu verhaltenssteuernden Zwecken im öffentlichen Interesse („Regulierung“). Traditionell wurde allein das Öffentliche Recht als Instrument staatlicher Steuerung angesehen, während das Privatrecht allein der Gewährleistung privatautonomer Selbstbestimmung dienen sollte.⁵⁹

Dieses Verständnis eines „reinen“, unpolitischen Privatrechts ist in Deutschland vor allem historisch geprägt.⁶⁰ Es traf auch im 19. Jahrhundert nur bedingt zu, ist aber vor allem seit Inkrafttreten des BGB und erst recht im 21. Jahrhundert überholt. Ein plakatives Beispiel aus neuer Zeit ist Einführung einer mietrechtlichen Privilegierung energetischer Gebäudesanierungen. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass die bei derartigen Sanierungen zu erwartenden massenhaften Mietminderungen die Vermieter abhalten würden, klimafreundliche Gebäudesanierungen durchzuführen. Zur Begründung heißt es, die Aufgabe des Mietrechts sei es, „die Ziele der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes zur bestmöglichen Entfaltung [zu] bringen“.⁶¹ Dies ist nicht mehr als Ausgleich gegenläufiger Parteiinteressen zu erklären, sondern ein eindeutiges Beispiel dafür, dass Gesetzgeber und Gerichte das Privatrecht vielfach in den Dienst öffentlicher Interessen (hier des Klimaschutzes) stellen. Die Privatrechtsklassifizierung nach *Ulpian*, aber auch viele traditionelle materielle Umschreibungen des Privatrechts werden hier durch die Rechtspraxis falsifiziert.

⁵⁵ Begründung zum Regierungsentwurf eines Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), BT-Drucks. Nr. 15/3917, S. 71.

⁵⁶ *H. Roth*, JZ 2016, 1134, 1139.

⁵⁷ Siehe etwa zur Regulierungsfunktion des Sachenrecht *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 120–154.

⁵⁸ Grundlegend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352.

⁵⁹ *Hallstein*, Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1946, 1, 2; *P. Kirchhof*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 83, 86.

⁶⁰ Dazu ausführlich *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 13–74.

⁶¹ Begründung zum Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. Nr. 17/10485, 13.

Das bedeutet nicht, dass alles Privatrecht nur noch „Regulierung“ wäre. Der Ausgleich konfligierender Interessen und die Zurverfügungstellung einer rechtlichen Infrastruktur sind und bleiben Kernaufgaben des Privatrechts. Aber die allzu holzschnittartige Gegenüberstellung von Öffentlichem Recht und Privatrecht, die zu einer Dichotomie der beiden Teilrechtsordnungen geführt hat, wird dadurch ernsthaft in Frage gestellt.

V. Zukunft der Dichotomie

Die Frage ist, ob die skizzierten Durchbrechungen dazu führen werden, dass die Dichotomie in Zukunft aufgegeben werden wird. Insoweit sind unterschiedliche Einflussfaktoren gegeneinander abzuwägen. Eine starke konservatorische Wirkung haben die universitäre Rechtslehre und die Vorgaben des Staatsexamens.⁶² Hier wird der Rechtsstoff nach Teilrechtsordnungen unterteilt und systematisiert. Dadurch entsteht ein sich selbst stabilisierendes System, das institutionell durch das Fachsü-lensystem und die juristischen Fachgesellschaften wie die Staatsrechtslehrervereinigung und die Zivilrechtslehrervereinigung abgesichert wird. Aus der deutschen Rechtswissenschaft selbst ist daher kaum eine Überwindung der Dichotomie zu erwarten.

Als zersetzender Faktor tritt aber von außen das Unionsrecht auf. Die europäische Rechtsordnung und der EuGH interagieren mit den nationalen Rechtsordnungen von 27 Mitgliedstaaten, die jeweils unterschiedliche Abgrenzungen von Öffentlichem Recht und Privatrecht vornehmen. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass das Unionsrecht von einem funktionalen Ansatz geprägt ist, der stärker auf das Ergebnis als auf die dogmatische Verortung schaut. Vor diesem Hintergrund sieht der EuGH die Rechtsdurchsetzungsinstrumente des Verwaltungsrechts und des Privatrechts als grundsätzlich äquivalent an.⁶³

Inwieweit die nationalen Beharrungskräfte oder das systemsprengende Potential des Unionsrechts die Oberhand gewinnen wird, hängt auch wesentlich vom weiteren Verlauf der Rechtsvereinheitlichung

⁶² Ausführlich *Hellgardt*, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft (ZDRW) 2020, 199.

⁶³ Europäischer Gerichtshof (EuGH), Urteil vom 06.10.2021, Rechtssache (Rs.) C-882/19, ECLI:EU:C2021:800 (Rn. 37 f.) – Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL; zuvor bereits EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 14/83, Sammlung (Slg.) 1984, 1891, 1907 (Rn. 18) – von Colson und Kamann; Urteil vom 14.07.1994, Rs. C-352/92, Slg. 1994, I-3385, I-3407 f. (Rn. 23) – Milchwerke Köln / Wuppertal; Urteil vom 08.07.1999, Rs. C-186/98, Slg. 1999, I-4883, I-4895 (Rn. 14) – Nunes; Urteil vom 15.01.2004, Rs. C-230/01, Slg. 2004, I-937, I-977 (Rn. 37) – Intervention Board for Agricultural Produce. Siehe auch *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, 2011, S. 239 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (413). Ausführlich *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 187–198.

in Europa ab. Sofern sich diese vom materiellen Recht wegverlagert,⁶⁴ wird uns die Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht im deutschen Recht bis auf weiteres erhalten bleiben.

⁶⁴ So die Prognose von *Dutta*, ZfPW 2024 (im Erscheinen).
Seite 17. oldal

Autor dieses Working Papers:

Prof. Dr. Alexander Hellgardt, LL.M. (Harvard)

Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts

<https://go.ur.de/hellgardt>

Mail: alexander.hellgardt@ur.de