



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST



NEMZETI
KÖZSZOLGÁLATI
EGYETEM
LUDOVIKA



Institut
für Östrecht
Institut für Östrecht
1048 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“

3. számú Working Paper

Working Paper Nr. 3

Thomas Schoditsch

Die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht im österreichischen Recht

(A magánjog – közjog dichotómiája
az osztrák 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:

1. Die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht und ihre Folgen
 - A. Ausgangslage
 - B. Die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht und ihre Folgen
 - C. Behördenzuständigkeit
 - D. Kompetenz zur Gesetzgebung
 - E. Fragen der Rechtsauslegung
 - F. Anwendbarkeit ausländischen Rechts
 2. Die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht
 - A. Gesetzliche Ebene
 - B. Ebene des Einzelfalls
 3. Die Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht
 - A. Begriffstransfer vom Privatrecht ins öffentliche Recht
 - B. Konstitutionalisierung des Privatrechts
 4. Zusammenfassung
- Autor dieses Working Papers

In dem Themenkreis der Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht sind drei Dinge von Relevanz:

1. die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht und ihre Folgen;
2. die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht;
3. die Wechselwirkungen zwischen den beiden Rechtsgebieten.

1. Die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht und ihre Folgen

A. Ausgangslage

Die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht stößt in Österreich auf die glückliche – oder vielmehr scheinbar glückliche – Situation, dass eine explizite gesetzliche Vorschrift zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht besteht. Sie findet sich, sozusagen als Präambel, in § 1 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB), das schon seit 1812 in Kraft steht. Diese Abgrenzungsbestimmung unseres altehrwürdigen ABGB lautet wie folgt: *„Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privatrechte und -pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das Bürgerliche Recht in demselben aus.“*¹ Zumal unser ABGB – nach dem Code civil – eines der ältesten Zivilgesetzbücher der Welt ist, pflegt es erkennbar eine etwas altmodische Sprache. Daher verwundert es wenig, dass diese Präambel inhaltlich kaum etwas hergibt und in Österreich als bloße Tautologie – frei nach dem Motto: „Das Privatrecht ist das Privatrecht“ – angesehen wird.²

Was machen Jurist*innen, wenn ihnen das Gesetz nicht wirklich viele Anhaltspunkte liefert? Sie werden kreativ und entwickeln Theorien. In Österreich hat man – ähnlich wie in Deutschland – drei zentrale Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht entwickelt: die Subjektionstheorie, die Subjektstheorie und die gemischte Theorie. Nach der **Subjektionstheorie** kommt es darauf an, ob zwischen den beteiligten Parteien eine Gleichrangigkeit („Privatrecht“) oder ein Verhältnis von Über- und Unterordnung („öffentliches Recht“) besteht.³ Nach der **Subjektstheorie** ist wiederum entscheidend, ob an einem rechtlichen Vorgang ein Rechtssubjekt in Ausübung von Hoheitsmacht tätig ist.⁴ In Österreich hat sich keine der beiden Theorien durchgesetzt, sondern wird überwiegend eine **gemischte Theorie** vertreten. Danach soll entscheidend sein, ob an einem Rechts-

¹ Schauer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (2017) § 1 Rz 1.

² Kodek in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2015) § 1 Rz 2.

³ Schauer in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1 Rz 5 f.

⁴ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 28.

verhältnis ein Rechtsträger beteiligt ist, der auf Grund seiner öffentlichen Gewalt tätig wird. Wenn ja, befinden wir uns im öffentlichen Recht; wenn nicht, dann im Privatrecht.⁵

Alle drei Theorien haben aber bestimmte Mängel, die besonders in heiklen Situationen offenbar werden. Deshalb tendiert die Judikatur dazu – ohne, dass es dafür Anhaltspunkte im Gesetz gäbe – eine **Zweifelsregel** aufzustellen, nach der ein **Sachverhalt tendenziell dem Privatrecht zuzuordnen** ist: Im Zweifel soll also ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorliegen.⁶ In dieser verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen Situation (Stichwort: „Legalitäts-Prinzip“) hilft uns aber der moderne Gesetzgeber; denn in der Praxis finden sich regelmäßig Anordnungen in konkreten verwaltungsrechtlichen Materiengesetzen, die eine Aussage darüber treffen, ob diese Angelegenheit dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.⁷

Worin liegt nun aber die Bedeutung dieser Abgrenzung? Für Österreich sind fünf Aspekte zu nennen, die im Folgenden behandelt werden sollen:

1. die Frage der Rechtsautonomie,
2. die Frage der Behördenzuständigkeit,
3. die Frage der Gesetzgebungskompetenz,
4. Auslegungsfragen sowie
5. die Frage der Anwendbarkeit ausländischen Rechts.⁸

B. Umfang der Rechtsautonomie

Zunächst ist der Umfang der Rechtsautonomie der betroffenen Rechtssubjekte als ganz grundlegender Punkt anzusprechen. Im Regelfall verfügen die Parteien im Privatrecht über eine große Gestaltungsautonomie, sodass das österreichische **Privatrecht überwiegend dispositiv** ausgestaltet ist. Natürlich gibt es auch Ausnahmen von dieser Regel: etwa zum Schutz Schwächerer im Bereich des Konsumentenschutzrechts oder im Mietrecht; oder wenn der Schutz öffentlicher Interessen angesprochen ist (siehe etwa die sehr beschränkte Dispositivität im Kindschaftsrecht). Im öffentlichen Recht hingegen haben wir fast ausschließlich zwingendes Recht, sodass es kaum Gestaltungsspielraum gibt.⁹ Das ist auch sinnvoll, denn das Recht soll Willkür so weit wie möglich verhindern. Damit be-

⁵ Schauer in Kletečka/Schauer^{1,02} § 1 Rz 7; Kletečka in Koziol/Welser (Hrsg), Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2021) Rz 21 ff; P. Bydlinski, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil⁹ (2023) Rz 1/2.

⁶ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 20 f; RIS-Justiz RS0045456.

⁷ Schauer in Kletečka/Schauer^{1,02} § 1 Rz 15; vgl 1 Ob 44/92, EvBl 1993/194.

⁸ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 5 ff.

⁹ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 Rz 14 f.

steht im österreichischen Recht ein großer Unterschied im Umfang der Autonomie zwischen dem privatrechtlichen Bereich einerseits und dem öffentlich-rechtlichen Bereich andererseits.¹⁰

C. Behördenzuständigkeit

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsgebieten liegt in der Behördenzuständigkeit, die eine verfassungsrechtliche Frage anspricht. Kraft unserer Verfassung sind in Österreich für die **Vollziehung des Privatrechts** die **Gerichte** iSd Art. 82 ff B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz 1920) zuständig – also Gerichte mit der verfassungsrechtlichen Garantie von Weisungsfreiheit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit. Im öffentlichen Recht sind in Österreich in erster Instanz hingegen ausschließlich Verwaltungsbehörden zuständig, während Gerichte erst ab dem Rechtsmittelverfahren vorgesehen sind – und auch das erst seit rund zehn Jahren. Der Hintergrund für diese rezente Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ist kein politischer; vielmehr hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Österreich scharf wegen der Verletzung von Art. 6 EMRK („fair-trial“-Gebot) kritisiert.

Diese unterschiedlichen Zuständigkeiten sind vor allem im Prozessrecht relevant und ziehen dort gravierende Folgen nach sich. Wird nämlich ein öffentlich-rechtlicher Anspruch vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht, liegt eine **Unzulässigkeit des Rechtswegs** i.S.v. § 1 JN (Jurisdiktionsnorm) vor.¹¹ Dies hat zur Folge, dass diese Unzulässigkeit in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen wahrzunehmen ist und zur Zurückweisung der Klage führt. Ist eine Entscheidung ergangen, ist sie als nichtig aufzuheben. Zudem gibt es einen wesentlichen verfassungsrechtlichen Unterschied, der bereits kurz angesprochen wurde. Gerichte genießen die Verfassungsgarantie der Weisungsfreiheit und bilden daher ein völlig autonom agierendes System. Verwaltungsbehörden hingegen sind nach österreichischem Recht weisungsgebunden. Gerichte und Behörden haben mithin unterschiedliche Spielräume bei der Rechtsanwendung, sodass man auch auf der Ebene der Vollziehung ein unterschiedliches Maß an Autonomie feststellen kann.

Deutlich wird dies vor allem bei Betrachtung der Instanzenzüge: Je nachdem, ob ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zuständig ist, kommt es zu unterschiedlichen Instanzenzügen. Sie führen zu **drei unterschiedlichen** – aber gleichrangigen – **Höchstgerichten**: dem Obersten Gerichtshof (OGH), dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH) und schließlich dem Verfassungsgerichtshof (VfGH).

¹⁰ Schauer in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1 Rz 4.

¹¹ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 6 f; Kletečka in Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 17.

Während der Oberste Gerichtshof der Hüter des Privatrechts ist, sind für das öffentliche Recht der Verwaltungsgerichtshof und der Verfassungsgerichtshof zuständig; der VwGH für einfache Rechtswidrigkeit und der VfGH für jene Rechtswidrigkeiten, die den Grad der Verfassungswidrigkeit erreichen („grobe Schnitzer“). Österreich kennt also kein „Superverfassungsgericht“ – wie etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, das auch auf zivilrechtliche Angelegenheiten einwirken kann. Vielmehr ist in Österreich jedes Höchstgericht in seinem Aufgabenbereich und für die einheitliche Rechtsauslegung in seinem Kompetenzfeld alleine zuständig.¹² Dies führt nicht selten zu Eigenarten in den unterschiedlichen Rechtsbereichen, weil die Gerichtshöfe unterschiedliche Auslegungsstile pflegen.

D. Kompetenz zur Gesetzgebung

Auch der dritte wesentliche Unterschied, die Gesetzgebungskompetenz, ist aus einem verfassungsrechtlichen Blickwinkel zu betrachten. In der verfassungsrechtlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern bildet das **Privatrecht eine ausschließliche Kompetenz des Bundes**, während im Bereich des öffentlichen Rechts eine gemischte Kompetenz besteht. In dieser können sowohl der Bund als auch die Länder gesetzgebend tätig werden. Dabei ist die spezielle Materie – wie etwa das Baurecht, der Naturschutz oder die Familienfürsorge – ausschlaggebend.¹³ Wird zu Unrecht in eine Kompetenz eingegriffen, hat dies die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Folge – wenn z.B. ein Land ein Gesetz mit privatrechtlichem Inhalt erlässt. Zur Sanierung dieser Verfassungswidrigkeit ist der VfGH berufen. Dieser Verpflichtung kommt er nach, indem er das Gesetz aufhebt.

E. Fragen der Rechtsauslegung

Der vierte Themenbereich, die Auslegungsfragen, ist ebenso ein fundamentales Kriterium für die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Im **Privatrecht** ist seit der Einführung des ABGB im Jahre 1812 ausdrücklich eine **Rechtsfortbildung insbesondere durch Analogie** zulässig. Die relevante Norm – § 7 ABGB – hat seither fast revolutionären Charakter. Dies unter anderem aufgrund des Umstandes, dass bis zur Einführung des § 7 ABGB richterliche Rechtsfortbildung in Österreich streng untersagt war. Ein Zweifelsfall musste dem Landesfürsten vorgelegt werden, der dann mit seiner Kommission eine Entscheidung traf, welche für das richterliche Organ bindende Wir-

¹² Grundlegend dazu *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht (2019) 205; näher *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 5 (1929) 30 (59 f).

¹³ *Schauer* in *Kletečka/Schauer*^{1,02} § 1 Rz 8.

kung hatte. Demgegenüber eröffnet § 7 ABGB dem Gerichtsorgan die Freiheit, Recht fortbilden zu können.¹⁴ Zudem hat die genannte Norm präkonstitutionellen Charakter; es ist sozusagen vorverfassungsrechtlich zulässig, schafft aber auch neue methodische Grenzen im Bereich des Privatrechts. Anders verhält es sich im **öffentlichen Recht**, in welchem in Österreich ein **Analogieverbot** herrscht, das auf das Legalitätsprinzip iSd Art. 18 Bundes-Verfassungsgesetz zurückgeführt werden kann.

Der Hintergrund dessen kann in der Person des bekannten Rechtspositivisten *Hans Kelsen* gefunden werden, welcher als Schöpfer der österreichischen Verfassung von 1920 gilt. Denn für die Wiener Schule des Rechtspositivismus war demokratisch nicht legitimierte Rechtschöpfung ausgeschlossen. Ziel war es, im Bereich der öffentlichen Verwaltung eine Willkürschränke vorzusehen. Ein Bestandteil davon war die strenge Gesetzesbindung mit dem daraus abgeleiteten Analogieverbot im öffentlichen Recht.¹⁵

Kelsen hat den Bereich des Zivilrechts nur marginal berücksichtigt, was ein strukturelles Thema darstellt: In Österreich beachten die Zivilrechtler nur teilweise das öffentliche Recht und vice versa. Was das Analogieverbot angeht, hat sich die Praxis im öffentlichen Recht seit *Kelsen* ein wenig gelockert. Formell erkennt die Judikatur zwar das Analogieverbot noch an, inhaltlich greift sie aber zu einer Art „Trick“ und bedient sich der „*intrasystematischen Rechtsentwicklung*“,¹⁶ die einer der Analogie sehr ähnliche Ergebnisse produziert. Im Endeffekt ist das öffentlich-rechtliche Analogieverbot also bereits sehr durchweicht.

F. Anwendbarkeit ausländischen Rechts

Im fünften Abgrenzungspunkt, der Anwendbarkeit ausländischen Rechts, besteht folgender Unterschied. In privatrechtlichen Angelegenheiten haben **Gerichte ausländisches Recht von Amts wegen** anzuwenden, was § 1 des Gesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) ausdrücklich vorgibt. Hierbei ist das Bundesministerium für Justiz den Gerichten mit Rechtsgutachten zum ausländischen Recht behilflich. Dieses System funktioniert von außen betrachtet im Großen und Ganzen gut. Im **öffentlichen Recht** hingegen ist im Regelfall **keine Anwendung ausländischen Rechts** vorgesehen. Österreichische Behörden gehen schlichtweg davon aus, dass für sie ausländisches Recht nicht von Bedeutung ist.¹⁷

¹⁴ Näher dazu *Schoditsch*, Grundrechte 125 ff.

¹⁵ Näher *Schoditsch*, Grundrechte 180 ff.

¹⁶ Beispielhaft etwa VfGH VfSlg 19.698/2012.

¹⁷ *Kodek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1 ABGB Rz 11; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*^{1.02} § 1 Rz 11.

Zusammenfassend weist das österreichische Recht für die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht rechtstheoretische Unterschiede hinsichtlich des Gestaltungsspielraums, verfassungsrechtliche Unterschiede hinsichtlich der Behördenzuständigkeiten und der Gesetzgebungskompetenzen sowie echte Auswirkungen im Einzelfall hinsichtlich der Frage des Auslegungsstils und der Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf.

2. Die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht

Die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht betrifft in Österreich zwei Ebenen; einerseits die gesetzliche Ebene und andererseits die Einzelfall-Ebene.

A. Gesetzliche Ebene

Auf der gesetzlichen Ebene sollen folgende zwei **Beispiele für die Vermischung von öffentlichem Recht und Privatrecht** genannt werden: der Konsumentenschutz und das Arbeitsrecht.

Im Bereich des **Konsumentenschutzes** hat das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) eine besondere Bedeutung. Es wird durch drei Elemente charakterisiert: Es gibt ein zumindest wirtschaftliches Über- und Unterordnungsverhältnis der beteiligten Parteien, es hat weitgehend zwingenden Charakter – man kann nur in engem Umfang von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen – und es sieht Verwaltungsstrafen vor. Unter Berücksichtigung aller Unterschiede zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die bereits behandelt wurden, müsste das KSchG in Österreich dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Dem ist aber nicht so. Das KSchG ist zweifellos ein privatrechtliches Gesetz, dessen Streitfälle vor den Zivilgerichten verhandelt werden. Systematisch ist dies auch stimmig, weil es inhaltlich vor allem um die Zulässigkeit bestimmter Vertragsklauseln oder die Ergänzung einzelner Vertragsbestimmungen geht.¹⁸

Ein zweites Beispiel ist das **Arbeitsrecht**. Dieses steht in Österreich sinnbildlich für eine Zersplitterung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in nur einem Rechtsbereich. Die Materie ist nicht in einem Gesetzbuch geregelt, sondern in einer fast unüberschaubaren Anzahl von kleinen Sondergesetzen, die man nur als Arbeitsrechtler*in vollständig erfassen kann.¹⁹ Strukturell geht es darum, dass das kollektive Arbeitsrecht tendenziell dem öffentlich-rechtlichen Segment zugeordnet wird – etwa

¹⁸ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 49.

¹⁹ Schauer in Kletečka/Schauer^{1,02} § 1 Rz 3.

das Arbeitszeitrecht. Das individuelle Arbeitsrecht, in dem es um die Zulässigkeit konkreter Einzelvereinbarungen geht – etwa um Konkurrenzklauseln und ähnliches – wird hingegen dem zivilrechtlichen Bereich zugeordnet. Bemerkenswert ist, dass es gerade im kollektiven Arbeitsrecht, mit den Kollektivverträgen, ein essentielles Institut gibt, das so ähnlich wie die Tarifverträge in Deutschland funktioniert. Kollektivverträge werden von Gewerkschaften bzw. öffentlichen Interessensvertretungen ausgehandelt und wirken für alle Beteiligten in einem bestimmten Arbeitsbereich, und zwar sogar, wenn sie nicht Mitglied in einer Gewerkschaft sind, rechtsverbindlich und werden wie schuldrechtliche Verträge abgeschlossen. In Österreich gilt hierfür der Leitsatz: „Abschluss wie ein Vertrag, Wirkung wie ein Gesetz“. Dieser veranschaulicht die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht auf gesetzlicher Ebene und hat eine gewaltige praktische Bedeutung, weil die Kollektivverträge das Mindestentgelt in einem Beschäftigungssektor regeln.

B. Ebene des Einzelfalls

Auf der Einzelfall-Ebene soll die Problematik anhand des Beispiels der Enteignung eines Grundstücks aufgezeigt werden. Enteignungen kommen in Österreich nicht selten vor – etwa bei der Errichtung von öffentlichen Gebäuden, neuen Bahntrassen oder öffentlichen Verkehrsmitteln. Enteignungen sind systematisch in einem ersten Schritt als staatlicher Hoheitsakt ausgestaltet, bei dem der Betroffene einen Bescheid erhält, gegen den er Rechtsmittel einlegen kann. Sobald der Bescheid rechtskräftig geworden ist, kann der Betroffene im Zivilverfahren einen Entschädigungsanspruch in Form eines Schadenersatzanspruchs wegen der Enteignung geltend machen, dessen Höhe durch die Gerichte festgesetzt wird. Die Enteignung erfolgt somit in einem zweistufigen Verfahren; der Enteignungsbescheid wird von einer Verwaltungsbehörde ausgestellt, während die Schadenersatzleistung durch Gerichte festgesetzt wird.²⁰

²⁰ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 29.

3. Die Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

Zu den Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht sollen zwei Hinweise gegeben werden.

A. Begriffstransfer vom Privatrecht ins öffentliche Recht

In Österreich nehmen wir häufig einen **Begriffstransfer vom Privatrecht in das öffentliche Recht** wahr. Das öffentliche Recht bedient sich in den Materiengesetzen zunehmend bestehender privatrechtlicher Begriffe. Vielfach funktioniert dies gut; es kann aber auch zu heiklen Situationen kommen, was am Beispiel der Lebensgemeinschaft demonstriert werden soll.

Die **Lebensgemeinschaft** ist eindeutig ein familienrechtliches Institut, das in Österreich zudem die Besonderheit aufweist, dass es nicht im Gesetz geregelt ist. Lediglich die Ehe und die eingetragene Partnerschaft sind normiert, vor der Lebensgemeinschaft verschließt der Gesetzgeber jedoch die Augen. Der einzige Anhaltspunkt zur Lebensgemeinschaft kann im Mietrechtsgesetz (MRG) gefunden werden, in welchem von einer eheähnlichen Wirtschaftsgemeinschaft gesprochen wird. Aus diesem schwachen Anhaltspunkt hat die österreichische Zivilrechtsprechung geschlussfolgert, dass eine Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft vorausgesetzt wird, damit eine Lebensgemeinschaft überhaupt vorliegen kann.²¹

Dieser sozusagen von der Judikatur definierte Begriff wird im öffentlichen Recht ganz einfach inhaltlich, ohne angepasste Definition, übernommen. Deshalb findet man den Begriff der Lebensgemeinschaft zum Beispiel auch im Sozialversicherungsrecht, wo es um die Angehörigeneigenschaft geht, im Steuerrecht, wenn es um die Gleichbehandlung von Ehegatten und Lebensgefährten untereinander geht; oder im Bereich des strafprozessualen Entschlagungsrechts, bei welchem die Familienqualität von Lebensgefährten im Mittelpunkt steht.²² Der Begriff wird zwar durchgehend verwendet, im öffentlichen Recht aber genauso wenig definiert wie im Zivilrecht. Im öffentlichen Recht bedient man sich dafür der zivilrechtlichen Judikatur auf einer subkutanen Ebene. Es stellt sich die Frage, ob das dem öffentlichen Recht bewusst ist und was passieren würde, wenn die Zivilrechtsprechung diesen Begriff auf einmal inhaltlich verändern würde. So weit ist man aber noch nicht.

²¹ Instruktiv OGH 3 Ob 35/20y, EF-Z 2020, 263 (*Gitschthaler*).

²² Näher dazu *Schoditsch* in Schoditsch (Hrsg), EheG (2023) Vor § 44 ABGB Rz 19.

B. Konstitutionalisierung des Privatrechts

Die Konstitutionalisierung des Privatrechts lässt sich als zweites, wahrscheinlich wichtigeres Phänomen im Bereich der Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht beobachten. Während der Begriffstransfer vom Zivilrecht zum öffentlichen Recht stattfindet, tritt die Konstitutionalisierung hingegen vom öffentlichen Recht ins Privatrecht auf. Hierbei handelt es sich um den **Einfluss der Grundrechte auf das bürgerliche Recht**, welcher sich in Österreich vor allem in den Bereichen des Familienrechts und des Schadenersatzrechts – etwa im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen – niederschlägt.²³ Maßgebend ist dafür vor allem die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), weil in Österreich die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) der zentrale verfassungsrechtliche Grundrechtskatalog ist. Die starke Rezeption der Judikatur des EGMR, die aufgrund dessen erfolgt, geschieht auf zwei Ebenen: einerseits auf der Ebene des Gesetzes und andererseits unmittelbar auf der Ebene der Vollziehung.

Auf der **gesetzlichen Ebene** geht es in Wirklichkeit um die Frage der **Normenkontrolle**. Der VfGH und der EGMR spielen dabei stark zusammen und agieren in einer Art „Kooperationsverhältnis“.²⁴ Sobald es eine Vorgabe vom EGMR gibt, die nur ungefähr in die bevorzugte Richtung geht, ist der VfGH zunehmend bereit, das in nationales Recht umzusetzen. Dies hat zur Folge, dass in den letzten 10 bis 15 Jahren verstärkt die Verfassungswidrigkeit von Zivilgesetzen festgestellt wird und diese Entwicklung auch weiterhin an Dynamik gewinnt.²⁵

Die **Ebene der Vollziehung** ist weit weniger dynamisch. Die Kernfrage dieser ist, inwieweit der OGH bei der Auslegung familienrechtlicher Bestimmungen auch die grundrechtliche Judikatur berücksichtigt. In letzter Zeit kann vermehrt die Neigung zu einer Trendwende festgestellt werden; aber es bleibt ein langer Weg.²⁶ Die Aufgabe muss sein, Überzeugungsarbeit in Richtung der Zivilrechtler zu leisten, indem man die Vorteile von der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Perspektive und der Übernahme von Wertungen aus einem fremden Rechtsgebiet aufzeigt.

²³ Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 1 ABGB Rz 45; Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, ÖJZ 1999, 741.

²⁴ Näher Schoditsch, Grundrechte 41 ff.

²⁵ Dazu Schoditsch, Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht, ÖJZ 2018, 381.

²⁶ Instruktiv etwa OGH 3 Ob 224/12f, ifamZ 2013, 70 (Pesendorfer).

4. Zusammenfassung

Abschließend lässt sich festhalten, dass drei Themenkomplexe für die Behandlung der Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht unerlässlich sind.

1.) Die **Abgrenzung** von Privatrecht und öffentlichem Recht ist besonders in heiklen Situationen trotz zahlreicher Theorien nicht immer einfach und doch von zentraler Bedeutung. Die überwiegende Dispositivität des Privatrechts und der größten Teils zwingende Charakter des öffentlichen Rechts sowie die Zuständigkeit unterschiedlicher Behörden, der verfassungsrechtliche Unterschied hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz und die Folgen bezüglich des Auslegungsstils und der Anwendbarkeit ausländischen Rechts stellen essentielle Anhaltspunkte für diese Abgrenzung dar.²⁷ Gleichzeitig untermauern sie aber die große Herausforderung in Bezug auf die Differenzierung.

2.) In letzter Zeit kann wiederholt eine **Vermischung** der beiden Rechtsgebiete festgestellt werden, welche sich teilweise auch im Gesetz niederschlägt.²⁸ Dies kann eine weitgehende Chance darstellen, es ist jedoch von zentraler Bedeutung, jeden Einzelfall unter Bedachtnahme des jeweiligen Blickwinkels sorgfältig zu bewerten. Daher empfiehlt es sich, diese Entwicklung genau zu beobachten.

3.) **Wechselwirkungen** zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht können sich einerseits in Form eines Begriffstransfers, aber auch in der korrelativen Beeinflussung von Grundrechten auf das Privatrecht zeigen. Die zunehmende Rezeption der Judikatur des EGMR sowie die anhaltende Dynamik dieser Entwicklung sind als erfreulich und notwendig zu beurteilen. Auch die Übernahme von zivilrechtlichen Begriffen in das öffentliche Recht kann durchaus Vorteile mit sich bringen. Diese sollten jedoch immer in den öffentlich-rechtlichen Kontext gebracht und bei Bedarf angepasst werden, um die positiven Aspekte nicht durch die eventuell dadurch entstehenden Negativen zu untergraben.

²⁷ Schauer in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1 Rz 8 ff.

²⁸ Schauer in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1 Rz 13.

Autor dieses Working Papers:

Assoz. Prof. mag.iur. Dr.iur. Thomas Schoditsch

Universität Graz, Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen / Grazi Egyetem, Jogtudományi Alapok Intézete

<https://homepage.uni-graz.at/de/thomas.schoditsch/>

Mail: thomas.schoditsch@uni-graz.at