



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST



NEMZETI
KÖSZOLGÁLATI
EGYETEM
LUDOVIKA



Institut
für Östrecht
Institut für Östrecht
1135 Budapest, József Attila u. 106.

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“

1. számú Working Paper

Working Paper Nr. 1

Herbert Küpper

Die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Rechtsvergleichung

(A magánjog – közjog dichotómiája
a jogösszehasonlításban)

März 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:

Einleitung

1. Die Aufgabe der Rechtsvergleichung

1.1. Vergleichbarkeit nur von Ähnlichem?

1.1.1. Klassische Rechtsvergleichung: Vergleich nur von Ähnlichem

1.1.2. Klassische Rechtsvergleichung: Privatrecht und öffentliches Recht als per se Unähnliches

1.2. Vergleichbarkeit als Funktion des Vergleichszwecks

1.3. Rechtsfamilien als Ergebnis eines Ähnlichkeitsvergleichs

2. Die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

3. Synthese: Die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Rechtsvergleichung

4. Was bedeutet das für unsere Forschungswerkstatt?

Literaturverzeichnis

Autor dieses Working Papers

Einleitung

Das Wesen der Rechtsvergleichung besteht – sehr vereinfachend gesprochen¹ – darin, rechtliche Phänomene in mehreren Rechtsordnungen zu identifizieren, zu beschreiben und miteinander zu vergleichen. Das grundlegende Erkenntnisinteresse liegt in einem ersten Schritt darin, Phänomene herauszuarbeiten, deren Vergleich eine Aussagekraft besitzt. Es sollen also nicht Äpfel mit Birnen verglichen werden, weil ein solcher Vergleich kaum sinnvolle Aussagen produziert. Das Erkenntnisinteresse des zweiten und wichtigeren Schritts liegt darin, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Phänomenen aus mehreren Rechtsordnungen zu erkennen, eventuelle Gründe zu benennen und hieraus Schlussfolgerungen zu ziehen.

Für die Rechtsvergleichung sind die verschiedenen Rechtsordnungen und die rechtlichen Phänomene darin zunächst etwas Vorgefundenes. Das primäre Interesse der Rechtsvergleichung besteht in der Erkenntnis der Unterschiede und Gemeinsamkeiten. Es ist also ein im Wesentlichen theoretisches Erkenntnisinteresse. Diese Erkenntnisse können je nachdem, welche Schlussfolgerungen beabsichtigt sind, auch in der Praxis zur Fortentwicklung einer oder mehrerer der verglichenen Rechtsordnungen dienen, etwa indem sich der Gesetzgeber an ausländischen Vorbildern orientiert oder ein Gericht ausländische Entscheidungen als Inspiration für seine eigene Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits verwendet. Dieses rechtsgestaltende Interesse liegt aber schon jenseits der Rechtsvergleichung im (str)engen Sinn. Die eigentliche Rechtsvergleichung will erkennen, nicht gestalten.

Zu den in verglichenen Rechtsordnungen vorgefundenen Phänomenen gehört auch – soweit in der konkreten Rechtsordnung vorhanden – die Grobgliederung des gesamten oder jedenfalls fast gesamten Rechtsstoffs in die beiden Bereiche „Privatrecht“ und „öffentliches Recht“. Die Funktion dieser Grobgliederung kann von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschieden sein. So kann sie in der einen Rechtsordnung der wissenschaftlichen Orientierung dienen, während sie in einer anderen Rechtsordnung normativen Charakter trägt und mit konkreten Rechtsfolgen einhergeht, etwa mit der Zurverfügungstellung von Rechtsbehelfen oder mit Rechtswegzuweisungen. Diese verschiedenen Funktionen können ihrerseits Gegenstand eines Vergleichs sein, wie dies etwa in unserer Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland“ der Fall ist. Auch die exakte Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht kann von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschieden sein. Die genaue Abgrenzung der zwei Rechtsmassen kann in der Rechtsvergleichung als Material zur Erforschung und

¹ Eine eingehendere Auseinandersetzung mit Aufgaben und Zwecken der Rechtsvergleichung erfolgt unter Punkt 1.
Seite 3. oldal

zum Vergleich verwendet werden. Auch dies ist ein Aspekt des Forschungsinteresses unserer Forschungswerkstatt.

Da die Rechtsvergleichung, wie gesehen, ein Erkenntnisinteresse, aber – jedenfalls in ihrer „reinen“ Form – kein Gestaltungsinteresse hat, nimmt sie die Funktionen und die Grenzziehung, die eine konkrete Rechtsordnung der Dichotomie Privatrecht – öffentliches Recht zuweist, als gegeben hin und untersucht sie als ein solches Datum.

Die Rechtsvergleichung kann aber auch für ihre eigenen Zwecke definieren, was sie unter „Privatrecht“ und „öffentlichem Recht“ versteht. Erstens kann eine solche eigenständige, von konkreten Rechtsordnungen abstrahierende Definition der Rechtsvergleichung als Ordnungsmuster dienen, um die vorgefundenen Rechtsordnungen nach einem Kriteriensystem zu gliedern, das von der konkreten Rechtsordnung abstrahiert und somit im Idealfall für alle untersuchten Rechtsordnungen gleich ist. Das kann der Rechtsvergleichung helfen, vergleichbare Phänomene zu identifizieren, d.h. festzustellen, was Äpfel und was Birnen sind. Zweitens kann die Unterscheidung von Privat- und öffentlichem Recht bei der Vergleichung der einzelnen rechtlichen Phänomene einen Bezugsrahmen zur Verfügung stellen, um die vorgefundenen Phänomene zu erfassen. Das kann über ein bloßes Ordnungsmuster zur Orientierung für den Vergleich hinausgehen und das tertium comparationis bilden, das den Maßstab des Vergleichens darstellt.

In der Folge wird zunächst untersucht, was genau die Aufgaben der Rechtsvergleichung sind und worauf sich ihr Erkenntnisinteresse im Einzelnen richtet. Im Anschluss daran folgt eine Diskussion, welche Funktionen und Aufgaben die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht in einer Rechtsordnung einschließlich ihrer Rechtswissenschaft einnehmen kann. In einem letzten Schritt werden beide Untersuchungen aufeinander bezogen und hieraus das genuin Rechtsvergleichende der genannten Dichotomie entwickelt.

1. Die Aufgabe der Rechtsvergleichung

Was ist die Aufgabe der Rechtsvergleichung? Oder besser: Was sind die Aufgaben der Rechtsvergleichung? Wir müssen hier von Aufgaben im Plural sprechen, denn die eine Aufgabe gibt es in der Rechtsvergleichung nicht. Das rechtsvergleichende Erkenntnisinteresse kann sich auf viele verschiedene Aspekte richten.

Wie bereits kurz dargelegt, kann man die rechtsvergleichende Tätigkeit in zwei Schritte unterteilen: erstens in die Identifizierung von Phänomenen, deren Vergleich aussagekräftige Erkenntnisse erwarten lässt, und zweitens in den eigentlichen Vergleich, d.h. die Feststellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen diesen Phänomenen in mehreren Rechtsordnungen.

1.1. Vergleichbarkeit nur von Ähnlichem?

Eine der Kernfragen der Rechtsvergleichung liegt darin zu erkennen, welche Rechtsphänomene sinnvoll verglichen werden können. Ist es eine Voraussetzung, dass die zu vergleichenden Phänomene hinreichend ähnlich sind? Oder sind aussagekräftige Erkenntnisse vielmehr dann zu erwarten, wenn die Phänomene ein Mindestmaß an Verschiedenheit aufweisen?

1.1.1. Klassische Rechtsvergleichung: Vergleich nur von Ähnlichem

Ein klassischer Standpunkt der Rechtsvergleichung war es, dass nur der Vergleich hinreichend ähnlicher Phänomene sinnvoll sei. Dem ist zuzugeben, dass es in der Tat wenig Sinn macht, die strafrechtlichen Vorschriften über den Diebstahl in Deutschland mit dem ungarischen kollektiven Arbeitsrecht zu vergleichen, und dass andererseits der Vergleichswert von Vorschriften über die Zulässigkeit der Berufung etwa im österreichischen und im niederländischen Zivilprozess auf der Hand liegt. Dennoch ist die Ansicht, dass Ähnlichkeit die Voraussetzung sinnvoller Vergleiche ist, zu eng.

Heute ist die Lösung das „tertium comparationis“. Ein Vergleich ist dort sinnvoll, wo ein sinnvolles tertium comparationis, d.h. ein sinnvoller Vergleichsmaßstab oder eine sinnvolle Vergleichsfrage, formuliert werden kann. Bisweilen wird das tertium comparationis auch als der gemeinsame Nenner bezeichnet, auf den der Vergleich sich bezieht. Ohne ein tertium comparationis ist ein Vergleich, der mehr als nur Beschreibungen nebeneinander stellt, logisch wohl nicht möglich². Ein solches tertium comparationis ist in der Tat zwischen dem Diebstahlstatbestand im Strafrecht eines Staates und dem kollektiven Arbeitsrecht eines anderen Staates wohl nicht auszumachen. Dennoch zeigt die moderne Rechtsvergleichung, dass Ähnlichkeit keine Voraussetzung für eine produktive Vergleichbarkeit ist. Hierauf wird unter Punkt 1.2. näher eingegangen.

² Fekete, 2011, S. 131-132; Knapp, 1978; van Reenen, 1995.

1.1.2. Klassische Rechtsvergleichung: Privatrecht und öffentliches Recht als per se Unähnliches

In der klassischen Rechtsvergleichung wurde aus dem Erfordernis der Ähnlichkeit die Schlussfolgerung abgeleitet, dass ein Vergleich privatrechtlicher Phänomene einerseits und öffentlich-rechtlicher Phänomene andererseits nur ausnahmsweise zu sinnvollen Aussagen führen könne. Diese Ansicht wurde v.a. von privatrechtlichen Rechtsvergleichern³ bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts vertreten⁴. Hinzu kam, dass gerade die privatrechtlichen Rechtsvergleicher auch bezweifelten, dass das öffentliche Recht verschiedener Staaten hinreichend ähnlich sei, um Vergleiche zu erlauben. Die Dichotomie zwischen Privatrecht einerseits und öffentlichem Recht andererseits wurde mithin als eine der Grenzziehungen formuliert, deren Überschreiten in der Rechtsvergleichung zumindest nicht zielführend sei.

Auch diese Schlussfolgerung ist überholt. Da die dogmatische Zuordnung konkreter Rechtsmaterien und -regelungen zum Privat- oder öffentlichen Recht in den einzelnen Rechtsordnungen durchaus voneinander abweicht, würde ein rechtsvergleichendes Ähnlichkeitskriterium als „Brandmauer“ zwischen Privatrecht einerseits und öffentlichem Recht nur Sinn ergeben, wenn sie ihrerseits von den Zufälligkeiten einzelstaatlicher Dogmatik abstrahierte und einen für alle Rechtsordnungen gleichermaßen anzuwendenden Maßstab formulierte. Ein Beispiel: In einigen Rechtsordnungen wie der deutschen gilt das Verfahrensrecht per se als öffentliches Recht, weshalb auch das Zivilverfahrensrecht zum öffentlichen Recht gezählt wird, während andere Rechtsordnungen wie die französische den dienenden Charakter des Verfahrensrechts gegenüber dem jeweiligen materiellen Recht betonen und daher das Zivilverfahrensrecht tendenziell dem Privatrecht zuordnen⁵. Eine rechtsvergleichende „Brandmauer“, die die Zuordnung aus der jeweiligen Rechtsordnung übernähme, müsste zu dem absurden Ergebnis kommen, dass ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem französischen Zivilprozess keine sinnvollen Ergebnisse erwarten ließe, weil das deutsche Zivilprozessrecht öffentliches Recht und das französische Zivilprozessrecht Privatrecht sei. Als weiteres Beispiel seien die der öffentlichen Hand zustehenden Eigentumsrechte genannt. Diese sind im deutschen Recht stets zivilrechtlicher Natur⁶, während im französischen Recht bestimmte Eigentumsobjekte einem öffentlich-rechtlichen Rechtsregime unterstehen, dem *domaine public*⁷. Auch hier würde eine schematische

³ Dass hier das generische Maskulin verwendet wird, dient alleine stilistischen Zwecken, um den Text lesbar zu halten. Selbstverständlich betreiben nicht nur Männer, sondern Personen aller Geschlechter Rechtsvergleichung.

⁴ Kischel, 2015, S. 37-41.

⁵ Guimezanes, 1999, S. 28-29, 320-326.

⁶ Daran ändern auch landesrechtliche Besonderheiten wie das öffentliche Eigentum an Deichen gemäß dem hamburgischen Deichordnungsgesetz nichts: Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 18.12.1968, 1 BvR 638, 673/64 und weitere, BVerfGE 24, 367.

⁷ Guimezanes, 1999, S. 109-110.

„Brandmauer“ entlang der Linie Privatrecht – öffentliches Recht zu dem unzutreffenden Ergebnis mangelnder Vergleichbarkeit des öffentlichen Sachenrechts kommen.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch innerhalb der Großgebiete Privatrecht und öffentliches Recht die Zuordnung einer konkreten Rechtsfrage schwanken kann. So würde man die Regeln über die Schenkung in kontinentalen Rechtsordnungen im Vertragsrecht suchen und finden. In angelsächsischen Rechtsordnungen hingegen zählen nur entgeltliche Rechtsgeschäfte als Verträge, weshalb die Schenkung dort eher sachenrechtlich eingeordnet wird. Sogar innerhalb einer Rechtsordnung treten solche Schwankungen auf. Im ungarischen Recht etwa ist die Frage der Beweisanforderung grundsätzlich eine Frage des (Zivil-)Verfahrensrechts, in Einzelfällen wie im Deliktsrecht aber im materiellen Recht, d.h. im BGB, geregelt und daher als materiell-rechtlich eingestuft.

Angesichts der starken Abweichungen zwischen den und selbst innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen müsste eine Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die den Rechtsstoff in den zu vergleichenden Rechtsordnungen nach rechtsvergleichender Ähnlichkeit ordnen soll, von den einzelnen Rechtsordnungen und ihren Kategorisierungen abstrahieren und somit selbst zum *tertium comparationis* werden. Dies ist für eine „Brandmauer“ jedoch gedanklich kaum möglich, denn im Ergebnis würde eine „objektive“, von einzelstaatlichen Rechtsordnungen abstrahierende Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nur die Präferenz für eine der beiden vorgefundenen Lösungen bedeuten. In unserem verfahrensrechtlichen Beispiel bedeutet das, dass eine „objektive“ Zuordnung des Zivilverfahrensrechts sich entweder von der deutschen oder der französischen Dogmatik überzeugen ließe und deren Lösung jeweils auch auf andere Rechtsordnungen anwenden oder, als dritte Möglichkeit, neben dem Privat- und dem öffentlichen Recht eine dritte Kategorie des Verfahrensrechts entwickeln würde, um zur Vergleichbarkeit des französischen und des deutschen Zivilprozesses zu kommen.

Hinzu kommt, dass die rechtsvergleichende Forschung in etlichen Fällen sehr tief in die betrachtete Rechtsordnung eindringen und viel Wissen über diese erlangen müsste, um ein dort gegebenes Rechtsphänomen in das von ihr entwickelte „objektive“ System von Privatrecht und öffentlichem Recht einordnen zu können. In dieser Phase ist aber bereits so viel Wissen über das zu vergleichende Rechtsphänomen vorhanden, dass die Entscheidung über die Sinnhaftigkeit eines Vergleichs mit einem Rechtsphänomen einer anderen Rechtsordnung ohne die Etikettierung als „Privatrecht“ oder „öffentliches Recht“ vorgenommen werden kann.

Wie aus diesen kurzen Argumenten ersichtlich ist, ist die Unterscheidung zwischen Privatrecht einerseits und öffentlichem Recht andererseits selbst im Rahmen der klassischen komparatistischen Theorien nicht geeignet, vergleichbarkeitsfördernde Ähnlichkeit und vergleichbarkeitsfeindliche Unähnlichkeit festzustellen.

1.2. Vergleichbarkeit als Funktion des Vergleichszwecks

Der Rechtsvergleichung werden heute viele Aufgaben oder Zwecke zugeschrieben. So soll die Kenntnis eines ausländischen Rechts dem besseren Verständnis des eigenen Rechts dienen, z.B. weil dadurch die unbewussten Selbstverständlichkeiten des eigenen Denkens offen gelegt und damit relativiert werden. Das ist einer der Gründe, warum die Rechtsvergleichung ein Bestandteil der juristischen Ausbildung ist. Zweitens soll die Kenntnis des Rechts der anderen Partei oder Parteien in bilateralen oder multilateralen Verhältnissen die rechtliche Kommunikation und den Rechtsverkehr erleichtern. Das betrifft den wissenschaftlichen Austausch, aber auch die praktische Kommunikation etwa bei der Lösung eines Rechtsfalls oder der Schaffung gemeinsamer Strukturen z.B. innerhalb der EU. Drittens kann der Vergleich mit ausländischen rechtlichen Lösungen der Fortentwicklung des eigenen Rechts dienen, sowohl auf normativer Ebene bei der Gesetzgebung als auch im Einzelfall bei der Erarbeitung einer gerichtlichen Entscheidung; im letzteren Fall unterstützt die Rechtsvergleichung die Auslegung und ggf. die richterliche Fortentwicklung des eigenen Rechts. Ein Unterfall der Rechtsvergleichung für die Zwecke der Gesetzgebung ist die Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung, in deren Rahmen mehrere Gesetzgeber ihre eigenen Regelungen einander angleichen wollen. Das setzt naturgemäß die Kenntnis von allen anzuleichenden Rechtsordnungen voraus. Im Völkerrecht ist die Rechtsvergleichung in gewissem Rahmen eine Rechtsquelle, denn die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ i.S.v. Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs lassen sich in erster Linie, vielleicht sogar ausschließlich im Wege der (wertenden) Rechtsvergleichung ermitteln. Dasselbe gilt innerhalb der EU für die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten in der Staatshaftung gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV. Und schließlich gibt es auch noch die Rechtsvergleichung ohne weiterführenden Zweck, als „l’art pour l’art“, einfach aus wissenschaftlicher Neugier, die keiner weiteren Begründung bedarf.

Der Vielzahl der Aufgaben und Zwecke entspricht eine Vielzahl an Methoden der Rechtsvergleichung. Im Mittelpunkt der heutigen Rechtsvergleichung steht die funktionale Rechtsvergleichung, nach der ein lebensweltliches Problem formuliert wird. Das Rechtsvergleichende besteht darin, die zu vergleichenden Rechtsordnungen daraufhin zu untersuchen, wie sie das gegebene lebensweltliche

Problem lösen⁸. Der Vorteil ist, dass der lebensweltliche Ausgangspunkt als solcher unabhängig von den Strukturen der einzelnen Rechtsordnungen ist, z.B. unabhängig davon, ob das Rechtsproblem dem Privat- oder öffentlichen Recht oder einem davon verschiedenen Koordinatensystem zugeordnet wird. Der Ausgangspunkt lebensweltliches Problem lenkt den rechtsvergleichenden Blick auf die Stelle, an der die gegebene Rechtsordnung die Lösung bereit hält. Eine echte funktionale Rechtsvergleichung setzt allerdings einen holistischen Blick auf die gesamte Rechtsordnung voraus, denn ein- und dasselbe Problem kann in verschiedenen Rechtsordnungen an sehr unterschiedlichen Stellen geregelt sein. So kann sich die (faktische) Zulässigkeit einer Abtreibung in der einen Rechtsordnung primär aus dem Strafrecht ergeben, in einer anderen Rechtsordnung primär aus den sozialrechtlichen Regeln über die Kostentragung für den Eingriff und in einer dritten aus dem ärztlichen Standesrecht, welches vielleicht von der Ärztekammer formuliert wird oder überhaupt nur gewohnheitsrechtlichen Charakter trägt.

Neben der in der Praxis dominierenden funktionalen Methode gibt es etliche weitere Methodiken und Herangehensweisen. Diese reagieren teilweise auf behauptete oder reale Schwächen der funktionalen Methode, teilweise schaffen sie Herangehensweisen im Fall von Forschungsfragen, für die die funktionale Rechtsvergleichung nicht gut geeignet ist⁹.

Wenn man die heute angewandten Methoden auf das Wesentliche reduziert, dann besteht die Rechtsvergleichung darin, dass ein im Hinblick auf die Forschungsfrage relevantes „tertium comparationis“ – beispielsweise eine lebensweltliche Fragestellung oder ein rechtsstrukturelles Problem – formuliert wird und daraufhin konkrete Rechtsordnungen im Hinblick auf dieses tertium comparationis untersucht werden. Dieses tertium comparationis wird in der zeitgenössischen Rechtsvergleichung ausschließlich im Hinblick auf das Forschungsinteresse formuliert. Dieses Forschungsinteresse kann, wie der Blick auf die möglichen Aufgaben und Zwecke von Rechtsvergleichung gezeigt hat, sehr unterschiedliche Formen annehmen. Es führt mithin zu sehr unterschiedlichen Forschungsfragen und zu sehr unterschiedlichen tertium comparationis. Ähnlichkeit im klassischen Sinn spielt hierbei keine Rolle mehr: Wenn das tertium comparationis in sich für sinnvoll erachtet wird, können im Ergebnis sehr verschiedene Rechtsordnungen oder sehr verschiedene Teile der betroffenen Rechtsordnungen oder in sich sehr verschiedene Rechtsphänomene untersucht werden, etwa das Strafrecht in der einen, das Sozialrecht in der zweiten und das ärztliche Standesrecht in der dritten, um bei dem Beispiel der

⁸ Zweigert / Kötz, 1996, S. 32-48; im historischen Kontext Fekete, 2011, S. 130-159.

⁹ De Cruz, 1999, S. 213-240; Kischel, 2015, S. 108-120; Wieser, 2020, S. 56-63.

faktischen Zulässigkeit einer Abtreibung zu bleiben. Das Verbindende ist heute nicht mehr die Ähnlichkeit der Ausgangsrechtsordnungen, sondern die Betroffenheit durch die Forschungsfrage.

1.3. Rechtsfamilien als Ergebnis eines Ähnlichkeitsvergleichs

Die bisherigen Ausführungen betreffen die Mikrovergleichung, d.h. den Einzelvergleich. Das ist sicherlich der praktisch wichtigere und häufigere Teil der Rechtsvergleichung. Daneben kennt die Rechtsvergleichung auch noch den Makrovergleich oder typisierenden Vergleich. Auch auf dieser höheren Aggregationsebene stellt sich die Frage, wie sie sich zur Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht verhalten kann.

Ein Resultat der klassischen Makrorechtsvergleichung, die Wert auf Ähnlichkeit legte, war die Klassifizierung der Rechtsordnungen dieser Welt in verschiedene Rechtsfamilien. Rechtsordnungen, die als hinreichend ähnlich diagnostiziert werden (und ggf. auch auf eine gemeinsame Abstammung zurückgeführt werden können), werden zu einer Familie zusammengefasst, die anderen Rechtsfamilien gegenübergestellt wird. Jedermann ist die Unterteilung in kontinentaleuropäische und common law-Rechtsordnungen bekannt. Die Zugehörigkeit der zu vergleichenden Rechtsordnungen zu derselben Rechtsfamilie sollte für deren Ähnlichkeit und damit grundsätzlich bessere Vergleichbarkeit sprechen.

Gegen Rechtsfamilien als ordnendes Prinzip innerhalb der Makrorechtsvergleichung werden viele Einwände erhoben. Hier seien drei genannt.

Erstens: Eurozentrismus. Die Aufmerksamkeit der Makrorechtsvergleichung erschöpft sich regelmäßig in den europäischen Rechtsordnungen einschließlich der von Europa nach Übersee exportierten Rechte. Damit bilden die sog. kontinentaleuropäische und die sog. angelsächsische Rechtsfamilie sowie die aus Elementen beider entstandenen sog. hybriden Rechtsordnungen den Mittelpunkt aller gängigen wissenschaftlichen Behandlungen von Rechtsfamilien. Bereits die Frage, ob die sozialistischen Rechte ein Teil der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie waren oder eine eigene Rechtsfamilie bildeten, zählte seinerzeit als Exotikum¹⁰. Außereuropäische Rechtsordnungen werden überhaupt nicht behandelt oder nur oberflächlich zu nichtssagenden Rechtsfamilien („ostasiatischer

¹⁰ Küpper, 2005, S. 28-38; Péteri, 2010, S. 198-202.

Rechtskreis“, „religiöse Rechtsordnungen“ etc.) zusammengefasst¹¹. Diesen Eurozentrismus überzeugend zu durchbrechen ist nur wenigen Autoren gelungen.

Zweitens: Privatrechtszentrismus. Die gängigen Einteilungen Rechtsfamilien, insbesondere die Unterscheidung zwischen kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Rechtsordnungen, beruhen auf der gefühlten Ähnlichkeit im Privatrecht. Würde man Rechtsfamilien nach der Ähnlichkeit im öffentlichen Recht bilden, kämen vollkommen andere Rechtsfamilien zu Stande – wobei eine Rechtsfamilieneinteilung auf der Grundlage des Verfassungsrechts wieder andere Resultate hervorbrächte als eine solche auf der Grundlage des Verwaltungsrechts¹². Die Einteilung in konkrete Rechtsfamilien spiegeln also immer nur einen Bruchteil der Rechtsordnungen wider.

Drittens: mangelnder Erkenntnisgewinn. Danach produziert die Einteilung in Rechtsfamilien keinen wissenschaftlichen Mehrwert. Sie vermittelt nicht mehr Kenntnisse, als notwendig sind, um eine konkrete Rechtsordnung in eine gegebene Rechtsfamilie einordnen zu können. Zuzugeben ist der Rechtsfamilienlehre allerdings, dass sie eine Orientierung bietet, indem sie die genannten notwendigen Kenntnisse unter ein vereinfachtes Etikett subsummiert.

2. Die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist ein Produkt des römischen Rechts, genauer gesagt der römischen Rechtswissenschaft. Die Frage beschäftigte die römische Juristerei spätestens seit der Kaiserzeit. Auf Ulpian geht die griffige Definition zurück, dass öffentliches Recht bei Rechtsfragen, die das öffentliche Interesse (*res publica*) berühren, und Privatrecht bei Rechtsfragen, die Individualinteressen (*res privata*) berühren, vorliegt¹³. Damit hatten Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eine brauchbare Unterscheidung zwischen beiden Rechtsstoffen. Im weiteren Verlauf der Rechtsgeschichte kamen andere Abgrenzungskriterien hinzu. Heute hat die sog. Interessentheorie von Ulpian vor allem rechtshistorische Bedeutung.

Zu beachten ist, dass die Unterscheidung zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht in dieser Form nur in den Rechtsordnungen der europäischen Rechtskultur (einschließlich ihrer überseeischen Ableger) von Bedeutung ist. Nur sie haben die Grobgliederung des Rechtsstoffs in die zwei

¹¹ Als Beispiel sei nur de Cruz, 1999, S. 203-211, genannt. Eine genauere Auseinandersetzung mit außereuropäischen Rechtskulturen findet am ehesten noch in Einzelfallstudien statt, für die als Beispiel nur Puder, 2023, genannt sei.

¹² Grote, 2001; Wieser, 2020.

¹³ Ulpian, Digesten, 1.1.1.2.

Felder Privatrecht und öffentliches Recht aus dem römischen Recht rezipiert. Im Hinblick auf Rechtsordnungen, die diese Unterscheidung nicht entwickelt haben, sondern ihren Rechtsstoff anders gliedern¹⁴, wäre sie ein Überstülpen. Es kommt allerdings immer wieder vor, dass Rechtsvergleicher aus einer (europäisch geprägten) Rechtskultur, die diese Unterscheidung kennt und vielleicht sogar auf ihr beruht, die Kategorien „Privatrecht“ und „öffentliches Recht“ auch auf andere Rechtsordnungen anwenden¹⁵. Wenn man sich davor hütet, die betrachteten Rechtsordnungen zu deformieren, kann die Anwendung dieser europäischen Kategorien auf andere Rechtsordnungen im Zuge der Rechtsvergleichung in einem gewissen Rahmen hilfreich sein. Selbst wenn die angewandte Kategorisierung in Privat- und öffentliches Recht der betrachteten Rechtsordnung fremd ist, kann sie dem Rechtsvergleicher, der sie verinnerlicht hat, dabei helfen, den vorgefundenen Rechtsstoff nach ihm bekannten Maßstäben zu ordnen und so einen besseren Überblick zu gewinnen. Bei diesem rechtsvergleichenden Vorgehen sollte man sich allerdings immer darüber bewusst sein, dass die angewandten Kategorien nicht die der betrachteten Rechtsordnung sind und damit über eine erste Orientierung hinaus in der Regel keine Aussagekraft besitzen dürften, ja beim tiefer gehenden Blick in die Details möglicherweise erkenntnisbringende Perspektiven verstellen kann.

In den Rechtskulturen, in denen die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht von Bedeutung ist, d.h. im Wesentlichen in den europäisch geprägten Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen und der angelsächsischen¹⁶ (Zivil-)Rechtsfamilien¹⁷, kann diese Unterscheidung zwei Zwecken dienen. Erstens kann sie eine rein theoretische sein, ein Produkt der Rechtswissenschaft, das dieser hilft, den Rechtsstoff zu durchdringen, zu systematisieren und für die Anwendung und die Lehre aufzubereiten. In diesem Sinn hat Ulpian die genannte erste überlieferte Definition dieser Dichotomie entwickelt. Zweitens kann die Unterscheidung Anknüpfungspunkt für konkrete

¹⁴ So ist, um nur ein Beispiel zu nennen, das klassische japanische Recht, das auf das 7. Jh. zurückgehende sog. ritsuryō, gegliedert in Strafrecht (ritsu: 律) und Verwaltungsrecht (ryō: 令), während es – hierin seinem chinesischen Vorbild folgend – das durchaus vorhandene Privatrecht als nicht relevant ignoriert und davon absieht, dafür eine weitere Kategorie zu schaffen: Oda, 2003, S. 12-14.

¹⁵ Zur Gefahr des „rechtskulturellen Imperialismus“ in der Rechtsvergleichung Kischel, 2015, S. 51-53.

¹⁶ Auch den Rechtsordnungen des common law ist die kategoriale Gliederung des Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht nicht so fremd, wie oft behauptet wird. Sie handhaben diese Kategorie nur anders als die Rechtsordnungen des kontinentaleuropäischen Rechts: Bingham, 1992, S. 523; de Smith / Brazier, 1998, S. 3-6, 503-507; Kischel, 2015, S. 345-378.

¹⁷ Zur Problematik der Rechtsfamilien s.o. Punkt 1.3.

Rechtsfolgen sein, etwa wenn Rechtswegzuweisungen die Begriffe „Privatrecht/Zivilrecht/bürgerliches Recht“¹⁸ oder – häufiger – „öffentliches Recht“¹⁹ verwenden.

Der erste Zweck der Dichotomie, die theoretische Gliederung der Masse des Rechts, um die Erkenntnis dieses Rechts zu fördern, ähnelt dem Erkenntnisinteresse der Rechtsvergleichung: die Erschließung des Inhalts der Rechtsordnung mithilfe ihrer Systematisierung. Als wissenschaftliches Ordnungsprinzip hat die Unterscheidung zwischen den genannten Kategorien in den letzten Jahrzehnten allerdings an Bedeutung verloren. Während die klassische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts noch ganze Rechtsgebiete pauschal dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuordnen konnte, ist dies immer weniger der Fall. Insbesondere der Ausbau des Sozialstaats hat zu starken öffentlich-rechtlichen Elementen im Privatrecht geführt, und umgekehrt hat die neoliberale Zurückdrängung des Staates das Eindringen privatrechtlicher Elemente in den klassischen öffentlich-rechtlichen Bereich gefördert. Rechtsgebiete wie z.B. das Arbeitsrecht oder das Kartellrecht sind weder als Ganzes noch in vielen Einzelheiten eindeutig zuzuordnen. Eine eindeutige Zuordnung kann höchstens noch in Bezug auf einzelne Regelungen oder maximal kleinere Regelungskomplexe gelingen. Das bringt einerseits die Rechtslehre in solchen Rechtskulturen wie etwa die osteuropäischen einschließlich der ungarischen in Probleme, die nach wie vor die Zuordnung zum Privat- oder öffentlichen Recht schematisch am Zuschnitt der jeweiligen Gesetzgebungsakte ausrichten²⁰. Andererseits sinkt der Orientierungswert, den die Grobeinteilung in Privatrecht einerseits und öffentliches Recht andererseits früher für sich beanspruchen konnte. Wenn nur noch paragraphen- oder vielleicht sogar nur absatz- oder satzweise festgestellt werden kann, ob der Inhalt privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur oder Funktion ist, ist der Aussagewert einer solchen Zuordnung begrenzt, eben auf den konkreten Textteil des untersuchten Normativakts. Die pauschale Zuordnung großer zusammenhängender Rechtsmaterien ist vielfach nicht mehr möglich, und damit entfällt die Orientierungshilfe, die diese pauschale Zuordnung in der klassischen Rechtswissenschaft noch bieten

¹⁸ Beispiele (Hervorhebungen nicht im Original): § 1:2 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (Ungarn): „Die Rechtsvorschriften in Bezug auf *bürgerlich-rechtliche* Verhältnisse ...“; Art 191b Abs. 1 Bundesverfassung Schweiz: „Die Kantone bestellen richterliche Behörden für die Beurteilung von *zivilrechtlichen* und *öffentlich-rechtlichen* Streitigkeiten ...“. Eine weitere normative Bedeutung hat das Privatrecht bei der Bestimmung der Reichweite von Rechtshilfeabkommen in Zivilsachen; grundlegend für die Bestimmung von bürgerlichen und Wirtschaftssachen in Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Sachverhalten bei derartigen Abkommen Rechtseinheitlichkeitsbeschlusses der Kurie (des obersten ungarischen Gerichts) 8/2023. JE v. 6.11.2023, näher hierzu Küpper, 2024.

¹⁹ Beispiele (Hervorhebungen nicht im Original): § 40 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (Deutschland): „Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen *öffentlich-rechtlichen* Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ...“; § 4 Abs. 1 Verwaltungsprozessordnung (Ungarn): „Gegenstand eines Verwaltungsrechtsstreits ist die Rechtmäßigkeit der durch das *Verwaltungsrecht* geregelten ... Tätigkeit eines Verwaltungsorgans ...“; Art. 191a Abs. 2 Bundesverfassung Schweiz: „Der Bund bestellt richterliche Behörden für die Beurteilung von *öffentlich-rechtlichen* Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung“.

²⁰ Jakab / Hollán, 2005, S. 18-22.

konnte. Erschwerend kommt für EU-Mitgliedstaaten und EU-Kandidaten hinzu, dass die EU in ihrer Rechtsetzung die Scheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht überhaupt nicht mehr berücksichtigt, u.a. weil ihre Gesetzgebungskompetenzen quer zu dieser traditionellen Unterscheidung liegen.

Der zweite Zweck der Dichotomie, die normative Zuordnung von Rechtsfolgen an die Zugehörigkeit einer Rechtsnorm oder eines Rechtsstreits zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht, ist in erster Linie ein verfahrensrechtlicher: Auf die Art und Weise werden die für einen konkreten Rechtsstreit zuständigen Gerichte bestimmt. Die Bedeutung von „Privatrecht/Zivilrecht/bürgerliches Recht“ und „öffentliches Recht/Verwaltungsrecht“ als Begriffe des positiven Rechts, v.a. des Verfahrensrechts ist seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eher gewachsen, was u.a. an dem Ausbau des Rechtsschutzes gegen staatliches Handeln etwa in der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit und an der Ausdifferenzierung der Gerichtsstrukturen und Rechtswege in vielen Staaten liegt. Zwar verwenden derartige Zuständigkeitsnormen Begriffe der Rechtstheorie, nämlich „Privatrecht/Zivilrecht/bürgerliches Recht“ einerseits oder „öffentliches Recht/Verwaltungsrecht“ andererseits. Durch ihre normative Niederlegung werden diese rechtstheoretischen Begriffe zu positivem Recht, das als solches ausgelegt und angewandt werden muss. Dabei geht der rechtstheoretische Ursprung dieser Begriffe regelmäßig nicht verloren, und die Auslegung im konkreten Fall greift auf die Rechtstheorie zurück, um ihren Bedeutungsgehalt zu ermessen²¹.

3. Synthese: Die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Rechtsvergleichung

Wie verhalten sich nun Rechtsvergleichung und die Dichotomie von Privat- und öffentlichem Recht zueinander? Wie gesehen, liegt der Zweck der Rechtsvergleichung – verkürzt ausgedrückt – darin, eine fremde Rechtsordnung unter einer bestimmten Fragestellung zu erschließen und diese Erkenntnisse in Bezug zu der eigenen und/oder (einer) weiteren Rechtsordnung(en) zu setzen. Die Einzelheiten hängen von dem konkreten Erkenntnisinteresse und der sich daraus ergebenden forschungsleitenden Frage ab. Der Zweck der Zweiteilung des Rechtsstoffs in Privat- und öffentliches Recht liegt in erster Linie darin, die Masse des Rechtsstoffs grob zu gliedern und so die Orientierung darin zu erleichtern. In zweiter Linie knüpft sie an diese Orientierungsleistung an und weist ihr normativ bestimmte Rechtsfolgen zu, etwa bei der Ausgliederung der Gerichtszuständigkeiten.

²¹ Man betrachte nur in Kommentaren zur deutschen Verwaltungsgerichtsordnung die Ausführungen unter § 40 zur „öffentlich-rechtlichen“ Streitigkeit.

Der primäre Zweck der Dichotomie, nämlich die Orientierung in der Gesamtrechtsordnung zu erleichtern, ist ein Zweck, der auch für die Rechtsvergleichung fruchtbar gemacht werden kann. Schließlich bewegt sich der Rechtsvergleicher in einer ihm fremden Rechtsordnung, die er regelmäßig nicht so gut kennt wie seine eigene. In einer solchen Situation können Orientierungshilfen wie die Zuordnung eines Rechtsphänomens zum Privat- oder öffentlichen Recht die vergleichende Arbeit in dem genannten Rahmen und mit den genannten Vorbehalten erleichtern.

Der sekundäre Zweck der Dichotomie, nämlich die Fruchtbarmachung der Grobgliederung des Rechtsstoffs für normative Zwecke, d.h. die Festlegung von Gerichtszuständigkeiten u.ä., ist vor allem ein rechtspraktisches Interesse, und zwar ein forensisches Interesse. Es unterliegt damit anderen Schwerpunkten und inneren Gesetzmäßigkeiten als die eher theoretisch orientierte Rechtsvergleichung und kann kaum praktische Hilfestellung für die rechtsvergleichende Methode leisten. Andererseits sind derartige Vorschriften ein geeignetes Objekt für rechtsvergleichende Forschungen.

Wenn wir nun die Ziele der Rechtsvergleichung und die Zwecke der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in Beziehung zueinander setzen, ergeben sich drei Hauptperspektiven, die die Rechtsvergleichung zu dieser Unterscheidung einnehmen kann.

Erstens: *Orientierungsfunktion*

Wenn die eigene Rechtsordnung des Rechtsvergleichers auf der Dichotomie von Privat- und öffentlichem Recht beruht, ist diese dem Rechtsvergleicher bekannt, sie verleiht ihm ein Ordnungssystem, das jedenfalls theoretisch auf jede Rechtsordnung anwendbar ist und diese in Kategorien gliedert, die der Rechtsvergleicher kennt.

Hierbei muss sich die Rechtsvergleichung aber der Grenzen dieser Orientierungshilfe bewusst sein. Zunächst gibt es Rechtsordnungen, die ihren Rechtsstoff anders gliedern; für sie sind „Privatrecht“ und „öffentliches Recht“ fremde Kategorien, deren Anwendung dem Anwender Ordnungsmuster in der fremden Rechtsordnung oder deren Ähnlichkeit mit dem eigenen Recht vorspiegeln kann, obwohl diese Muster oder diese Ähnlichkeit bei „objektiver“ und bei „intrinsischer“ (von den Eigengesetzlichkeiten der jeweiligen Rechtsordnung ausgehenden) Betrachtung nicht vorliegen. Auch Rechtsordnungen, deren Rechtstheorie und vielleicht Rechtsvorschriften selbst die Dichotomie von Privat- und öffentlichem Recht anwenden, tun dies auf ihre jeweils eigene Art, sodass die Grenzziehung zwischen beiden Feldern und die Zuordnung von Rechtsphänomenen zum einen oder anderen Feld

selbst zwischen ansonsten ähnlichen Rechtsordnungen durchaus anders verlaufen kann. Auch hier darf die Rechtsvergleichung die Dichotomie als Orientierungshilfe nur sehr vorsichtig und im Bewusstsein der möglichen Fehlerquellen anwenden.

Auch eine zweite inhärente Grenze der Orientierungsfunktion der genannten Grobgliederung ist im Zuge der rechtsvergleichenden Tätigkeit zu beachten. Um ein Rechtsphänomen halbwegs verlässlich dem einen oder anderen Rechtsgebiet zuordnen zu können, muss man schon ein gewisses Verständnis von seinem Inhalt und seiner Funktion in der gegebenen Rechtsordnung haben. Dies gilt um so mehr, wenn man die Zuordnung nach den intrinsischen Kriterien der untersuchten Rechtsordnung und nicht nach denen der eigenen Rechtsordnung treffen möchte. Diese Kriterien können sehr voneinander abweichen, wie das folgende Beispiel zeigt. Die Regeln, wie ein Grundstück bebaut und die errichteten Gebäude genutzt werden dürfen, ist in Deutschland Gegenstand des Bau- und Bauleitplanungsrechts, das als besonderes Verwaltungsrecht zum öffentlichen Recht gezählt wird. In den USA hingegen ergeben sich die entsprechenden Pflichten von Gebäudeeigentümern häufig aus ihren Verträgen mit dem Verkäufer, d.h. der Immobilienentwicklungsfirma, und sind mithin privatrechtlicher Natur²². Mithin wird die Frage in Deutschland v.a. öffentlich-rechtlich durch Baurecht (Verwaltungsrecht, normativ) und in den USA vielfach privatrechtlich durch Verträge (bürgerliches Recht, privatautonom) geregelt. Um die deutschen oder US-amerikanischen Rechtsphänomene sinnvoll zuordnen zu können, muss man sie also schon bis zu einem gewissen Punkt verstanden haben. An diesem Punkt bringt ihre Einordnung in das Privat- oder öffentliche Recht regelmäßig keinen größeren weiteren Erkenntnisgewinn über ihren Inhalt oder ihre Funktion, kann aber als Kürzel die Einordnung in Gesamtzusammenhänge etwas erleichtern.

Zweitens: Rechtstheoretischer Erkenntnisgegenstand

Wie ausgeführt, ist die Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht als fundamentales Ordnungsprinzip des Rechtsstoffs auf europäisch geprägte Rechtsordnungen beschränkt, und jede dieser Rechtsordnungen formuliert die Zwecke dieser Dichotomie und ihre konkrete Grenzziehung abweichend voneinander. Diese Unterschiede und Abweichungen können miteinander verglichen werden. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Dichotomie von Privat- und öffentlichem Recht sowie im Fall des Vorhandenseins ihre genauen Funktionen, Formen, Inhalte und Grenzziehungen können daher das Erkenntnisinteresse der Rechtsvergleichung wecken und somit ein Erkenntnisgegenstand für diese sein.

²² Kischel, 2015, S. 36-37.

In diesem Fall erforscht die Rechtsvergleichung Gleichheiten und Ungleichheiten in den Rechtstheorien der für den Vergleich ausgewählten Länder. Rechtsvergleichung untersucht zwar in der Regel konkrete Rechtsphänomene. Das schließt aber nicht aus, auch Inhalte der Rechtstheorien der verschiedenen Rechtsordnungen zum Gegenstand eines Vergleichs zu machen, da auch rechtstheoretische Stellungnahmen und Meinungen einem Vergleich zugängliche Rechtsphänomene darstellen: Auch Inhalte von Rechtstheorien können ein sinnvolles *tertium comparationis* bilden. Gegebenenfalls müssen hierfür die üblichen Vergleichsmethoden, die eher für konkrete Rechtsphänomene formuliert sind, mit entsprechenden Modifikationen angewendet werden, aber dies ist „nur“ eine Frage der Methodik, nicht des Grundsätzlichen.

Drittens: *Normativer Erkenntnisgegenstand*

In manchen Staaten sind das Privatrecht und das öffentliche Recht als Begriffe positiviert, indem konkrete Rechtsvorschriften daraus Rechtsfolgen ableiten. Dasselbe gilt für völkerrechtliche Verträge, die ihren Geltungsbereich unter Berufung auf eine der beiden Rechtsmaterien definieren, etwa Rechtshilfeabkommen in bürgerlichen und Wirtschaftssachen. Auch diese Rechtsvorschriften können ihrerseits wieder miteinander verglichen werden. Sie sind ein möglicher Erkenntnisgegenstand rechtsvergleichender Tätigkeit. Anders als bei der theoretischen Unterscheidung, die unter Zweitens behandelt wurde, hat die Rechtsvergleichung hier konkrete Rechtsphänomene in Gestalt positiver Rechtsvorschriften als Ausgangspunkt und bewegt sich somit auf bekannterem Terrain.

4. Was bedeutet das für unsere Forschungswerkstatt?

In der rechtsvergleichenden Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“ ist die Forschungsfrage – oder anders ausgedrückt: das *tertium comparationis* – bereits formuliert. Es geht um die Interaktion von Elementen des Privat- und des öffentlichen Rechts in bestimmten, genau umrissenen Rechtsverhältnissen. Daher kann die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht der Forschungswerkstatt kaum noch eine weitere Orientierungshilfe bieten. Ihre Orientierungsfunktion kann sie höchstens noch in Einzelfragen entfalten.

Anders sieht es mit der zweiten Funktion der genannten Dichotomie für die Rechtsvergleichung aus: der Erkenntnisfunktion. Es ist ein Teil des Erkenntnisinteresses der Forschungswerkstatt, die Begriffe

„Privatrecht“ und „öffentliches Recht“ für die verschiedenen untersuchten Rechtsordnungen zu operationalisieren und ihre Wirkungen in konkreten Rechtsverhältnissen miteinander zu vergleichen. Die Dichotomie bildet folglich eines von mehreren Erkenntnisinteressen der Forschungswerkstatt, was – wie dargelegt – ein legitimes Erkenntnisinteresse der Rechtsvergleichung ist. Dies gilt um so mehr, als alle untersuchten Rechtsordnungen europäische sind und daher die genannte Dichotomie in ihrer Rechtstheorie und bisweilen auch in ihrer Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungspraxis verwenden. Sie ist also keine „übergestülpte“ Kategorie.

Die Dichotomie zwischen Privat- und öffentlichem Recht als normativem Erkenntnisgegenstand verweist wieder auf die Ebene der einzelnen Rechtsordnung. Auf dieser Ebene weisen z.B. Prozessordnungen bestimmte Streitigkeiten der einen oder anderen Gerichtsbarkeit zu. Insoweit sich in den Rechtsvorschriften der durch die Forschungswerkstatt untersuchten Rechtsordnungen normative Verweise auf das öffentliche oder das Privatrecht finden, werden diese integraler Bestandteil der Erforschung des einzelstaatlichen Rechts und anschließend des Vergleichs in der Forschungswerkstatt.

Insgesamt erscheint die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Rahmen der Fragestellung der Forschungswerkstatt als rechtsmethodisch sinnvoll. Die Ergebnisse dürften zwar von Rechtsordnung zu Rechtsordnung differieren, aber das heißt nicht, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden. Im Rahmen des tertium comparationis der Forschungswerkstatt sind sinnvolle Aussagen zu erwarten.

Literaturverzeichnis:

- Bingham, Thomas Henry: „There is a world elsewhere“ – The changing perspectives of English law, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 41 (1992), S. 513-529.
- De Cruz, Peter: *Comparative Law in a Changing World*, 2. Aufl., Cavendish: London 1999.
- De Smith, Stanley / Brazier, Rodney: *Constitutional and Administrative Law*, 8. Aufl., Penguin: London 1998.
- Fekete, Balázs: *A modern jogösszehasonlítás paradigmái. Kísérlet a jogösszehasonlítás történetének új értelmezésére*, Gondolat: Budapest 2011.
- Grote, Rainer: Rechtskreise im öffentlichen Recht, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 126 (2001), S. 10-59.
- Guimezanes, Nicole: *Introduction au droit français*, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden 1999.
- Jakab, András / Hollán, Miklós: Die dogmatische Hinterlassenschaft des Sozialismus im heutigen Recht: Das Beispiel Ungarn, *Jahrbuch für Ostrecht (JOR)* 2005, S. 11-40.
- Kischel, Uwe: *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck: München 2015.
- Knapp, Viktor: Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé, in: Zweigert, Konrad / Puttfarcken, Hans-Jürgen (Hrsg.): *Rechtsvergleichung*, Wiss. Buchgesellschaft: Darmstadt 1978, S. 334-344.
- Küpper, Herbert: *Einführung in die Rechtsgeschichte Osteuropas*, Studien des Instituts für Ostrecht München Bd. 54, Peter Lang: Frankfurt/Main 2005.
- Küpper, Herbert: Chronik der Rechtsentwicklung – Ungarn, Rubrik: Internationale Rechtsbeziehungen, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)* 2024, S. 45-46.
- Oda, Hiroshi: *Japanese Law*, 2. Aufl., Oxford University Press: Oxford 2003.
- Péteri, Zoltán: *Jogösszehasonlítás. Történeti, rendszertani és módszertani problémák*, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kara: Budapest 2010.
- Puder, Markus: Mischrechtsordnungen jenseits der gefühlten Gegensätzlichkeit von Common Law und Civil Law: Eine Fallstudie zum irakischen Waqf, *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung (ZfRV)* 2023, S. 266-280.
- van Reenen, T. P.: Major theoretical problems of modern comparative legal methodology: The nature and role of the tertium comparationis, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa (CISLA)* 28 (1995), S. 175-199.
- Wieser, Bernd: *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Verlag Österreich: Wien 2020.
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 1996.

Autor dieses Working Papers:

Prof. Dr. Dr. h.c. Herbert Küpper

Andrássy Universität Budapest, Lehrstuhl für Europäisches Öffentliches Recht und seine Grundlagen / Andrássy Egyetem, Budapest, Európai Közjogi Tanszék

<https://www.andrassyuni.eu/universitat/lehrstuhle/rechtswissenschaften/lehrstuhl-fur-europaisches-offentliches-recht-und-seine-grundlagen.html>

Institut für Ostrecht, Regensburg, Geschäftsführer, Wissenschaftl. Referent für ungarisches Recht / Kelet-Európai Jogi Intézet, Regensburg, Ügyvezető Igazgató, a magyar jog szakreferense

<https://www.ostrecht.de>

Mail: herbert.kuepper@andrassyuni.hu