

DVBl

DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Bernhard Stürer, Münster/Osnabrück

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz,

Luxemburg

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Bonn

Marion Eckertz-Höfer, Leipzig

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück

Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Heidelberg

Prof. Dr. Christoph Moench, Berlin

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Leipzig

Prof. Dr. Bernhard Stürer



Heft 17
1. September 2019
Seiten 1081–1152
134. Jahrgang
Art.-Nr. 56355917
PVSt 2421

17

Themenheft

**zur 79. Jahrestagung der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer
vom 9. bis 12. Oktober 2019 in Düsseldorf**

AUS DEM INHALT

ABHANDLUNGEN

Frank-Walter Steinmeier

Empfang für die Vereinigung der Staatsräte und obersten Verwaltungsgerichte der Europäischen Union am 13.05.2019 in Schloss Bellevue S. 1081

Klaus Rennert

Dankesworte aus Anlass des Empfangs der ACA Europe durch den Herrn Bundespräsidenten im Schloss Bellevue, Berlin, am 13.05.2019 S. 1083

Jörg Berkemann

Die Geburtsjahre des BVerfG (Erster Senat) – Archivnummer B 237 S. 1084

Jan Ulrich Schröder

Das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht S. 1097

Margrit Seckelmann

Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht? S. 1107

RECHTSPRECHUNG

BVerfG, Beschl. v. 26.03.2019 – 1 BvR 673/17

Vollständiger Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien verfassungswidrig S. 1121

BVerfG, Beschl. v. 18.07.2019 – 2 BvR 1301/19

Darlegungsanforderungen hinsichtlich der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde S. 1132

BVerwG, Urt. v. 21.02.2019 – 4 C 9.18

Unterkunft für Flüchtlinge und Asylbewerber – mit Anmerkung Bernhard Stürer S. 1135

OVG NRW, Urt. v. 19.03.2019 – 4 A 1072/16

Unzulässigkeit einer Klage wegen US-Drohnen-Einsätze S. 1138

OVG NRW, Urt. v. 19.03.2019 – 4 A 1361/15

Pflicht zum Einwirken der Bundesrepublik auf US-Drohneneinsätze S. 1146

Nds. OVG, Beschl. v. 02.05.2019 – 5 ME 68/19

Rechtswidrigkeit des Abbruchs eines Berufungsverfahrens um die Besetzung einer Professorenstelle S. 1147

Carl Heymanns Verlag

Das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht

Prof. Dr. Ulrich Jan Schröder, Duisburg/Münster*

Öffentliches Recht und Privatrecht werden unterschieden, sind aber vielfach verbunden. Die Verbindungen lassen sich dogmatisch systematisieren, ein System wechselseitiger Ergänzung ist aber verfassungsrechtlich nicht geboten. Drittewirkung der Grundrechte und Verwaltungsprivatrecht sind Ausdruck einer unhintergehbaren wechselseitigen Verflechtung. Im Übrigen hat der Gesetzgeber Gestaltungsspielräume zur Kombination der Instrumente. Die Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts und die »Versubjektivierung« des öffentlichen Rechts fördern tendenziell die Verflechtungen mit dem Privatrecht.

A. Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht

Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist *kategorial*. Sie ist für das nationale Recht abschließend. *Tertium non datur*. Dieser binäre Code spiegelt die Trennung von Staat und Gesellschaft. Öffentliches Recht ist das Amts- bzw. Sonderrecht des Staates, das dessen Kompetenzen, Bindungen und Befugnisse festlegt. Das staatlich gesetzte Privatrecht dient der Entfaltung von Freiheit und stellt Rahmenbedingungen für den Rechtsverkehr unter Privaten zur Verfügung.¹ Insofern haben beide Rechtsgebiete unterschiedliche Funktionen.² Die Rede ist von zwei Rechtsgebieten oder Rechtsregimen, von Dualismus und Dichotomie. Die Unterscheidung ist prägend für die deutsche Rechtsordnung, universitäre Ausbildung, juristische Berufsbilder und rechtswissenschaftliche Teildisziplinen. Privates und öffentliches Recht lassen sich unabhängig davon unterscheiden, ob auch Zivilrechtslehre und Wissenschaft vom öffentlichen Recht kategorial unterschieden werden müssen.³

Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist *banal*. Sie enthält kaum Aussagekraft über die Eigenart der staatlichen Bindungen. Die Abgrenzung nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie kommt ohne Staatsaufgabenlehre aus.⁴ Sie ist formal und ideologisch neutral. Auch hat das öffentliche Interesse nicht unbedingt Vorrang vor privaten Belangen (was u.a. mit der Ausdehnung des Grundrechtsschutzes zu tun hat und im 19. Jahrhundert grundlegend anders gesehen wurde)⁵. Schließlich führen alleine die Einschaltung einer Behörde und deren Befugnis zur Durchsetzung von Verhaltenspflichten zu einer »Publifizierung«.⁶ Diese einfache Umpolung ist zulässig, weil der Gesetzgeber private Belange als Teil des öffentlichen Interesses schützen darf (z.B. Wettbewerber um des Wettbewerbs willen).

Die Unterscheidung ist *kein Gegensatz*. Privatrechtliche Rechtsverhältnisse verhalten sich zu öffentlich-rechtlichen wie die zweite zur dritten Dimension.⁷ Das öffentliche Interesse umfasst die Summe aller subjektiven Rechte, seien sie nun privat oder öffentlich, und ist zugleich mehr als die Summe dieser Teile. Die beiden Rechtsgebiete sind in einer staatlichen Rechtsordnung zwei Seiten einer Medaille. Das lässt sich an den Verzahnungen demonstrieren und kommt in der Formel von den wechselseitigen Auffangordnungen⁸ bzw. dem Verbund der Rechtsregime⁹ zum Ausdruck.

Die Trennung beider Rechtsgebiete ist *kontingent*. Der Verlauf der Trennlinie und sogar ihre Existenz sind keinesfalls rechtslogisch zwingend,¹⁰ sondern von Zeitgeist, Rechtskultur und Rechtsordnung abhängig. Man mag stattdessen materiell (etwa nach Art der Interessentheorie) abgrenzen oder es als Aufgabe von Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung ansehen, ein »differenziertes Gemeinrecht« zu entwickeln.¹¹ Allerdings hat die Abgrenzung in Deutschland Tradition, so dass die Kontingenz der Abgrenzung durch deren Kontinuität relativiert wird. Der wissenschaftliche Zeitgeist redet eher einer methodischen Öffnung als einer Einebnung des Unterschieds das Wort: »Governance«-Konzepte¹² oder die steuerungswissenschaftlich orientierte Neue Verwaltungsrechtswissenschaft sind zwar der Zivilrechtswissenschaft gegenüber inter- und transdisziplinär aufgeschlossen, negieren aber nicht den Unterschied.¹³

In einem höheren Sinne ist die Unterscheidung *aufgehoben*. Das Privatrecht besteht aufgrund staatlicher Autorität¹⁴ und hat keinen staatsfernen, womöglich vorstaatlichen Selbststand. Das heißt nicht, dass es öffentliches Recht ist, aber Zivilgerichte und Gerichtsvollzieher verhelfen den privatrechtlichen Ansprüchen zur Durchsetzung und wenden insofern öffentliches Recht (Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht) an, das der Ausgestaltung bzw. Verwirklichung von Privatautonomie und Justizgewährspruch dient. Sieht man den Geltungsgrund des Rechts in dessen Durchsetzbarkeit, so hat

* Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen.

1 Man kann auch das von den Privaten vereinbarte Recht unter »Privatrecht« fassen.

2 Unterschiedliche »Disziplinierungsfunktionen«. Differenzierter E. Schmidt-Aßmann, in: W. Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1997, S. 7 (26 f.).

3 Zur Frage, ob die disziplinbegründende Methode gegenstandserzeugt ist, vgl. M. Jestaedt, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 241 (267 ff.); O. Lepsius, Ius Commune 22 (1995), 282 (292 ff.).

4 Vgl. aber auch D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 50 (Tradition eines »material-werthaften Begriffs« von öffentlichem und privatem Recht).

5 Vgl. F.C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 23.

6 R. Brinktrine, »Publifizierung« des Privatrechts durch Verwaltungshandeln, 2010. Zum Begriff vgl. bereits J. W. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1919, S. 134.

7 Andere Metapher bei H. Kelsen, AÖR 31 (1913), 53 (84): Privat und öffentlich seien »Richtungsbezeichnungen wie Süd und Nord, rechts und links«.

8 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fußn. 2).

9 M. Burgi, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1. Aufl. 2006, § 18 Rdnr. 34 ff.

10 Vgl. H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 7. A.A. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 220.

11 M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75 ff. Vgl. dazu auch Ehlers (Fußn. 4), S. 41.

12 Vgl. bereits H. Ehmke, Festgabe Smend, 1962, S. 23 (45 f.).

13 A. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1. Aufl. 2006, § 1 Rdnr. 38: Es gelte, die dem deutschen Recht eigenen »Abschottungstendenzen zwischen den rechtlichen Teildisziplinen [...] ein Stück weit zu relativieren«.

14 Vgl. N. Jansen/R. Michaels, in: dies. (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, 2008, S. 15 (63 f.).