

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka, Tübingen

Mohr Siebeck

18^{61.} Jahrgang
15. September 2006
Seiten 869–924

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. mult. Dr. h.c. **Walter Leisner**, Universität Erlangen

Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht

Der Beitrag prüft kritisch die Theorien zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht und kommt zu dem Ergebnis, dass ein grundsätzlich-durchgehendes Kriterium fehlt und deshalb von allgemeinen Abgrenzungstheorien Abschied genommen werden muss.

I. Eine erstarnte Diskussion

1. Fragen und Vorgehen der Untersuchung

Die Unterscheidung der beiden Groß-Bereiche des Rechts ist, so scheint es doch, von fundamentaler Wichtigkeit für Praxis wie Wissenschaft: Täglich stellt sie sich Bürgern, Behörden und Gerichten als Problem in zahllosen Fällen. Die Antwort entscheidet verfahrensrechtlich über den Rechtsweg (etwa § 40 VwGO), insbesondere bei vertraglichen Vereinbarungen (vgl. § 54 VwVfG), materiellrechtlich über Qualität, und damit Gewicht, gegenüberstehender, u.U. untereinander abzuwägender öffentlicher und/oder privater Interessen¹.

Die Bedeutung reicht bis in die normativen Höhen des Verfassungsrechts, vor allem grundsätzlich in einer (möglichen) Drittwirkung der Grundrechte²; weithin wird ja der Schutz, den die Freiheitsrechte gewähren, unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob er gegen öffentlichrechtliche Eingriffe (i. w. S.) sichert oder gegen einen privatrechtlich gleichgeordneten Rechtsgenossen. Also muss doch das Recht, so scheint es, schon deshalb zuverlässige Unterscheidungskriterien bieten, wenn sich diese Notwendigkeit nicht sogar aus der Verfassung ergeben sollte. Immerhin regelt diese ja in Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg gegen die „öffentliche Gewalt“ und spricht damit ein herkömmliches Kriterium des Öffentlichen Rechts an³. Ähnliches gilt für die „ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“, die „in der Regel“ Beamten zu übertragen sind⁴.

¹ Zu dieser Problematik vgl. grds. *Walter Leisner*, *Der Abwägungsstaat*, 1994.

² Vgl. f. Viele *Canaris*, in: FS für *Leisner*, 1999, S. 346 ff.; *Walter Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960.

³ Dieses „formelle Hauptgrundrecht“ wird allerdings, erstaunlicher Weise, in der Abgrenzungsdiskussion nicht vertiefend behandelt, vgl. f. Viele zu dieser Verfassungsbestimmung *P. M. Huber*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 429 ff.

Die Rechtswissenschaft unterscheidet die beiden Großgebiete des Rechts seit weit über einem Jahrhundert durchgehend in der Forschung und ihrer Lehre an den Hochschulen. Politik und Allgemeinheit folgen ihr darin – unkritisch im vollen Wortsinn: Die „Politik“ hat bisher keine all-gemeingültige gesetzliche Definition des „Öffentlichen Rechts“ hervorgebracht. Die „Allgemeinheit“, insbesondere die Rechtssuchenden, verwenden den Begriff allenfalls mit Blick auf die Kompetenzen der Staatsorgane, wenn sie mit ihm überhaupt etwas verbinden – obwohl die „Privatisierungen“, also das Umschalten vom „Öffentlichen“ ins „Private“, eine der größten Rechtsentwicklungen der Gegenwart, weithin konsensgetragen sind.

Die Studierenden der Rechte schließlich begegnen zwar überall „Vertretern des Öffentlichen“ oder des „Privaten Rechts“, können diese Begriffe aber allenfalls über die Materieneinteilungen der Vorlesungsverzeichnisse konkretisieren, wobei sie überdies zunehmend auf „Gemengematerien“ stoßen – Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, „Europarecht“. Fragen sie nach allgemein-dogmatischen Abgrenzungskriterien – die sie in zahllosen Falllösungen zu behandeln haben, bei Meidung negativer Benotung –, so treffen sie auf ein verwirrendes Geflecht von „Theorien“; einer von ihnen müssen sie sich „begründet“ anschließen, am besten einer Kombination von möglichst vielen, welche ihre „Wissenschaft“ immer noch weiter differenziert⁵. Von einer einheitlichen Meinung sind die Autoren hier aber weit entfernt. Die Rechtsprechung bietet wenig Hilfe; sie schwankt ebenfalls, lässt sich für nahezu jede Variation von Theorien anführen.

Im Folgenden wird denn auch nicht versucht, dieses juristische Labyrinth in all seinen Gedankengängen zu durchschreiten. Vielmehr sollen hier zunächst (angesichts einer weithin erstarnten Diskussion), die Abgrenzungsbemühungen der sog. „Subjekts-“ und „Interesstheorie“ einer kritischen Überprüfung unterzogen werden. Sie führen, in Ver-

⁴ Der Begriff „hoheitliche Befugnisse“ mag im Einzelnen umstritten sein (vgl. *Jachmann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* [Fn. 3], Art. 33 Rn. 35 m. Nachw.), er weist aber jedenfalls auf eines der möglichen Abgrenzungskriterien zwischen privatem und öffentlichem Recht hin.

⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden neuerdings vor allem die wohldokumentierten und sorgfältigen Überblicke bei *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, Stand Jan. 2003, § 40, Rn. 287 ff.; *Ehlers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Stand Juli 2005, § 40, Rn. 220 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl., 2005, § 40, Rn. 11 ff.

weisungen und Kombinationen, letztlich aber stets zu einem (weiteren) Kriterium, auf dem sie letztlich alle beruhen: Es ist dies das Abgrenzungsmerkmal einer „einseitigen Gestaltung“ im öffentlichen Recht, gestützt auf den Einsatz der „Hoheitsgewalt“. Auch dies lässt sich aber, in seiner „einseitigen Durchsetzungskraft“, nur schwer abgrenzen von Formen privatrechtlicher Gewalt. Dies führt dann wohl dazu, dass der einfache Gesetzgeber jeweils die Zuordnung bestimmt, mit vor allem formalen Rechtswegfolgen. (Nähe zur) „Verwaltungsaktlichkeit“ kann dabei allenfalls als Orientierung dienen.

2. Entwicklung und gegenwärtiger Zustand der Diskussion

Die Erörterungen um die Abgrenzung der rechtlichen Großbereiche sind durch eine eigenartige Entwicklung geprägt: Ihr Ausgangspunkt im 19. Jahrhundert ist heute kaum mehr bewusst, kurz nach 1945 sind sie im Sinne einer Theorie akzentuiert worden, der Subjektstheorie, aus deren Kanal sie sich verzweigen, den sie aber nicht mehr verlassen konnten. Die Unklarheiten, ja Widersprüche dieser Lehre waren bereits in der Vergangenheit angelegt; sie gewährte aber einer wenig systematischen Gesetzgebung und einer an diese gebundenen Rechtsprechung die gewünschte, vielleicht erforderliche „Offenheit der Unbestimmtheit“, in der sie sich entfalten und sich der dogmatischen Illusion einer theoretischen Grundlegung hingeben konnten, welche durch wissenschaftliche Autoritäten gesichert schien⁶. So erklärt sich, dass die Diskussion sich neuerdings vor allem in Einzelprobleme hinein bewegt, wie etwa Fragen des Hausrechts von Behörden⁷, Wettbewerb zwischen öffentlicher Hand und Privaten⁸, allenfalls noch der Abgrenzung zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Verträgen⁹. Zu den grundlegenden Fragen ergaben sich hier meist nur mehr marginale Beiträge. Die bereits „klassischen“ Abgrenzungstheorien werden auch in den seltener werdenden, allgemeineren Untersuchungen des Verhältnisses zwischen öffentlichem und privatem Recht, soweit ersichtlich ohne Grundsatzkritik, in immer neuen Nuancierungen und Kombinationen weitertradiert¹⁰. Erst neuerdings regt sich deutliches Unbehagen, in welchem den „Theorien“ grundsätzliche Tautologie vorgehalten wird¹¹.

Pure Tautologie findet sich jedenfalls dort, wo von „Zuordnung von Rechtsverhältnissen oder Rechtssubjekten“ zu Normen des öffentlichen oder privaten Rechts die Rede ist¹², oder gar von einer „Zuordnungstheorie“ gesprochen wird¹³, ohne dass sogleich gefragt würde, weshalb denn eine solche Zuordnung erfolge; denn sie beschreibt nur die Tatsache einer (angeblich notwendigen) Unterscheidung, nicht aber deren Kriterien. Bei der Suche nach diesen letzteren, um die al-

lein es geht, ist die Diskussion nicht nur im Ergebnis, sondern auch im Vorgehen weitgehend festgefahren: Zunächst werden regelmäßig die sog. „Interessentheorie“ und die „Subordinationstheorie“ behandelt, sodann wird die Subjektstheorie¹⁴ in einer ihrer Spielarten zugrunde gelegt. Diese Reihenfolge wird hier im Folgenden umgekehrt, denn es gilt zu zeigen, dass gerade die Subjektstheorie, die noch am häufigsten vertretene, nichts anderes bieten kann als Tautologien.

II. „Abgrenzungstheorien“ nach Subjekten und deren Interessen

1. Die „Subjektstheorie“

a) Entwicklung aus der Fiskustheorie

Nach der von *Hans Julius Wolff* entwickelten Subjektstheorie ist öffentliches Recht „der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist“¹⁵. Diese Theorie wird weithin als eine bahnbrechende Neuheit referiert und noch immer als solche geachtet. Dies hat seinen Grund wohl darin, dass es sich um „die traditionelle Abgrenzung“ handeln soll, seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts. *Otto Bachof* hat bereits 1978 nachgewiesen¹⁶, dass Ausgangspunkt der Subjektstheorie die Fiskustheorie war. Nachdem sie „den Staat“ (als Hoheitsträger) und den „Fiskus“ (als Vermögensmasse) als zwei verschiedene Rechtssubjekte ansah, war es von *diesem* Ansatzpunkt aus nur konsequent, alle den „Staat“ betreffenden Rechtsverhältnisse und Rechtssätze dem öffentlichen Recht zuzurechnen, da ja der „Staat“ in anderen als hoheitsrechtlichen Beziehungen qua definitione nicht in Erscheinung trat. Schon das frühe Verfassungsrecht sah als „öffentlichrechtlich“ denn auch alles an, was der Monarch „durch die Anwendung der Staatskräfte“ erwarb¹⁷. Nach dieser Fiskustheorie wurde also das öffentliche Recht nach dem Einsatz der Hoheitsgewalt in der konkreten Rechtsbeziehung bestimmt. Das Kriterium schien das des Subjekts zu sein, in Wahrheit war es aber dessen obrigkeitliche Überordnung. Am Anfang der Unterscheidung der Großbereiche des Rechts stand also eine „Subjektstheorie als Subordinationstheorie“. Nach *Paul Laband* war denn auch das öffentliche Recht „Ausfluss staatlicher Hoheitsrechte“¹⁸. *Otto Mayer* sieht noch 1924 diesen Einfluss der Fiskustheorie als prägend an¹⁹.

b) Abschottung von der Subordinationstheorie

Doch die definitiorische Verbindung von Hoheitsgewalt und Subjektstheorie schwächte sich schon im 19. Jahrhundert entscheidend ab, wohl in dem Maße, in welchem die Fiskustheorie an Einfluss verlor²⁰. *C. E. Leuthold* sieht bereits 1884 den Unterschied privat-öffentlich nur mehr „in den Rechtssubjekten, welche bei den beiderseitigen Rechtsverhältnissen be-

⁶ *H. J. Wolff* AöR 76 (1950/51), 205 ff., der sehr viel zitiert, und *Bachof*, in: Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 1 ff., der wohl zu wenig gelesen worden ist.

⁷ Vgl. etwa *Beaucamp* JA 2003, 231; *Brüning* DÖV 2003, 389.

⁸ *Brohm* NJW 1994, 281; *Fassbender* DÖV 2005, 89; *Sack* WRP 2004, 1307; *Schliesky* DVBl. 1999, 78; vgl. auch *Ipsen/Koch* JuS 1992, 809.

⁹ Vgl. f. Viele *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 54, Rn. 27 ff.

¹⁰ Vgl. für bereits weiter zurückliegende Zeit etwa *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform 1984; *Detlef Schmidt*, Die Unterscheidung zwischen Privatem und Öffentlichem Recht, 1985; zeitnäher: *Ipsen/Koch* (Fn. 8); *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, insb. S. 75 ff., 92 ff.; *Schenke*, in: Festgabe für den BGH 2000, Bd. 3, S. 45 ff.

¹¹ So etwa bei *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 11, Rn. 14 ff.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, 2005, § 67 Rn. 1 ff.

¹² Vgl. etwa *Kopp/Ramsauer* (Fn. 9) m. Nachw.; *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 225; *Kopp/Schenke* (Fn. 5), Rn. 11.

¹³ So *Hufen* (Fn. 11), Rn. 21.

¹⁴ Die „wohl am häufigsten als herrschend bezeichnete“ (*Hufen*, aaO.)

¹⁵ *Ehlers* (Fn. 5) unter Zitat von *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 22 II c; ebenso *Sodan* (Fn. 5), unter Zitat von *Wolff* (Fn. 6); beide führen eine große Zahl angesehener Autoren auf, welche sich dem anschließen.

¹⁶ Fn. 6, S. 8, vgl. insbes. dort Fn. 28; zutr. auch *Sodan*, aaO.

¹⁷ Württembergische Verfassung von 1818, Art. 2, zit. nach *Hufen* (Fn. 11), Rn. 11.

¹⁸ Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 3, 3. Aufl. 1913, S. 381.

¹⁹ Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl. 1924, S. 49 ff.

²⁰ Eine Entwicklung, die bereits *Bachof* bemerkt hat (Fn. 6), der sie aber, nur *Otto Mayers* Auflagen im Auge, zu spät ansetzt.

teiligt seien“. Bei denen „des öffentlichen Rechts ist nämlich notwendig das öffentliche (Gemein-)Wesen, als Berechtigter oder Verpflichteter beteiligt“²¹; *als was* es aber „notwendig beteiligt“ sei – nämlich als Träger, d. h. aber: unter Einsatz von Hoheitsgewalt, wie es die Fiskustheorie gesehen hatte – das wird nicht mehr ausdrücklich hinzugefügt, wie dies aber *Otto Mayer* noch 1914 und später 1924 formuliert hatte²².

Es verschwand also in der Abgrenzungsformel der Hinweis auf den Einsatz der Hoheitsgewalt, genauer: er wurde durch die Formulierung ersetzt, dass bei einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis „mindestens eine (Person) notwendigerweise die Eigenschaft hat, Träger öffentlicher Gewalt zu sein; als solche, in dieser Eigenschaft, ist sie an dem Rechtsverhältnis beteiligt.“²³ Damit traten an die Stelle des klar fassbaren Kriteriums der einseitigen Rechtsgestaltung im Über/Unterordnungsverhältnis (Hoheitsgewalt) hybride Begriffe: „als solche“ – als was aber? Worauf verweist dies? Doch wieder auf den Einsatz der Hoheitsgewalt, oder nur auf dessen Möglichkeit? Notwendig – wofür? Doch wieder zur einseitigen Gestaltung von Rechtsbeziehungen? Allgemein, oder im konkreten Fall?

Die Abschottung der Subjekts- von der Subordinationstheorie ist also, bis nach 1945, nicht einmal verbal überzeugend gelungen. Doch mit dem Wort „Subjektstheorie“ wurde sie eben versucht, zwischen Unklarheiten und Tautologien schwankend.

c) Die autoritative Lehre von Hans Julius Wolff

Seit mehr als einem halben Jahrhundert steht die gesamte Diskussion unter dem Zeichen der von *Hans Julius Wolff* entwickelten Abgrenzung, welche als klassischer Ausdruck der (älteren, formalen) Subjektstheorie gilt. Doch auch sie ist nichts als eine verkappte Subordinationstheorie. *Wolff* hat die vorstehend unter a) und b) nachgezeichnete Entwicklung dahin resümiert, dass das öffentliche Recht sich eben aus der Beteiligung eines „Trägers hoheitlicher Gewalt“ ergebe²⁴. Daran ist noch nichts originell, nichts neuartig. Die Frage, was denn nun die „Träger öffentlicher Gewalt“ seien, ob es dabei auf den konkreten Einsatz dieser Gewalt im betreffenden Rechtsverhältnis ankomme, oder nur auf die – mehr oder minder – generelle Beileihung des Trägers mit dieser, hat *Wolff* immerhin wohl, erstmals, klar gesehen. Er versucht daher eine Lösung, welche damit in der Tat die Bezeichnung „Subjektstheorie“ verdienen würde²⁵: Solche Hoheitsträger müssten notwendig durch Rechtssatz oder auf Grund Rechtssatzes durch Staatsakt errichtet sein – im Gegensatz zu den Subjekten des Privatrechts, welche aus Privatautonomie entstünden.

Dies ist jedoch ein untauglicher Definitionsversuch: Einerseits werden auch viele Rechtsträger des Privatrechts „notwendig“ durch Staatsakt errichtet, etwa wirtschaftliche Vereine (§ 22 BGB)²⁶, andererseits handeln durch oder auf Grund von Rechtssätzen errichtete juristische Personen des öffentlichen Rechts eben auch in Rechtsformen des Privatrechts. Es kommt daher nicht ganz allgemein auf Art und

Umfang der zugewiesenen (hoheitsrechtlichen) Befugnisse eines solchen öffentlichen Trägers an, sondern allein darauf, ob sie im konkret zu beurteilenden Rechtsverhältnis eingesetzt werden.

Die *Wolff*'sche Lehre, und damit die gesamte „formale Subjektstheorie“, ist also doch nichts als eine Wiederholung der seit jeher und allein geltenden Subordinationstheorie – womit noch nichts über deren Überzeugungskraft ausgesagt ist. Schwer verständlich ist allerdings, weshalb eine derartige als „Subjektstheorie“ eindeutig nur auf ein anderes Kriterium hinweisende Auffassung generationenlang als Grundlage einer der wichtigsten Unterscheidungen im Recht fortgetragen werden musste und auch heute ihre Kenntnis noch als „unabdingbar“ bezeichnet wird²⁷.

d) Die materielle Subjektstheorie

Die formelle Subjektstheorie beruht also insoweit auf einem Zirkelschluss²⁸, als sie „Hoheitsgewalt“ als (die Möglichkeit) ein(es) Handeln(s) nach öffentlichem Recht voraussetzt²⁹; hinter diesem Zirkel verbirgt sich nichts anderes als das Kriterium der Hoheitsgewalt. Soweit man dies als überholt ansieht, muss dann versucht werden, „das (Zuordnungs-)Subjekt Staat“ mit Hilfe eines anderen Kriteriums „als solches“ zu bestimmen; denn bei den Leer-Worten „als solches“ allein kann man nicht stehen bleiben³⁰. Dies führt daher zu einer „materiellen Subjektstheorie“³¹: „Der Staat“ oder ihm gleichzustellende Rechtsträger sollen nicht bestimmt werden aus Innehabung und Einsatz der einseitigen Gestaltungsgewalt, sondern aus der „Ausübung einer ihnen nach westlichem Demokratieverständnis zukommenden oder übertragenen volksvertretenden Leitungs- und Ordnungsfunktion“³². Dies ist in der Tat die einzig konsequente Abgrenzungsmöglichkeit, geht man überhaupt von einer Subjektstheorie aus: an die Stelle der (angeblich überwundenen) Subordinationstheorie muss dann die „Leitungs- und Ordnungsfunktion“ des Hoheitsträgers treten.

Nun müsste aber dieser Begriff näher, für den Einzelfall rechtlich fassbar, bestimmt werden. Dies könnte nur auf einem der folgenden Wege geschehen:

aa) Diese „Leitungs- und Ordnungsfunktion“ wird eben doch wieder aus der zu ihrer Erfüllung einzusetzenden Hoheitsgewalt definiert – dann bedeutet auch diese materielle Subjektstheorie nichts anderes als die formale, deren Defizite sie ausgleichen will, letztlich aber doch nur einen Rückgriff auf die Subordinationstheorie; „als Subjektstheorie“ leistet sie nichts³³.

bb) Das „Zuordnungsobjekt Staat“ wird bestimmt aus den Rechtssätzen, die für dasselbe ein Sonderrecht darstellen, „das im Interesse der Erfüllung öffentlicher Aufgaben das allgemeine bürgerliche Recht durch Einführung einer für den konkreten Normenkomplex geltenden rechtlichen Regelung abändert“³⁴. Diese Auffassung, welche die formale Subjektstheorie, ausdrücklich modifiziert, als „Sonderrechtstheorie“ präsentiert, beinhaltet aber wiederum nur eine durchlaufende Verweisung: diesmal zunächst auf einen

21 Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, Annalen des Deutschen Reiches 1884, 321 (346), ähnlich auch später *Holliger*, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Diss. Zürich 1904, S. 88

22 „... an welchen ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher und damit die öffentliche Gewalt selbst beteiligt ist“ (Herv. v. Verf.), *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1914, S. 16; 3. Aufl. 1924, S. 15.

23 *Lutz Richter AöR* 8 (1925), 1 (3)

24 Fn. 15.

25 *Wolff* (Fn. 6), S. 209.

26 So zutreffend *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 227.

27 *Hufen* (Fn. 11), Rn. 16.

28 So *Erichsen* Jura 1982, 537 (540).

29 *Zutr. Sodan* (Fn. 5), Rn. 305.

30 So vgl. bereits *Bachof* (Fn. 6), S. 9.

31 Vgl. die klaren Darstellungen bei *Sodan* (Fn. 5) Rn. 302ff. und *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 236ff.

32 *Sodan*, aaO.

33 So kritisch *Kopp/Schenke* (Fn. 5), § 40 Rn. 11

34 So *Kopp/Schenke* (Fn. 5), der sich dabei auf Rechtsprechung Oberster Bundesgerichte stützen will, insbesondere des *GSOGB* NJW 1986, 2359; 1990, 1527

Begriff der „öffentlichen Aufgaben“. Doch es gibt bisher gar keinen überzeugenden Begriff dieser öffentlichen Aufgaben, wenn man ihn nicht auf die „notwendigen Staatsaufgaben“ verengt, was hier aber nicht gemeint sein kann. Allenfalls sind dies dann jene Aufgaben, die der Staat im Rahmen der Verfassung zulässiger Weise übernehmen darf. Das sagt aber noch nichts darüber aus, in welchen rechtlichen Formen er sie erfüllen darf. Also führt diese Verweisung nur weiter zu den Rechtssätzen, auf Grund deren der Staat handelt, im konkreten Fall jeweils eben auf Grund von öffentlichem oder privatem Recht³⁵. Diese Sonderrechtstheorie verweist also im Ergebnis nur auf die Rechtssätze, aufgrund deren der Staat tätig wird – diese sind aber eben entweder solche des privaten oder des öffentlichen Rechts, danach lassen sie sich insoweit nicht unterscheiden.

cc) Die „Subjektstheorie als Sonderrechtstheorie“ ist aber gar keine Modifikation der „formalen“, sondern der materiellen Subjektstheorie. Als solche könnte sie als eine Weiterverweisung nicht nur auf „Staatsaufgaben“ verstanden werden, sondern auf „öffentliche Interessen“, in deren Namen der Gesetzgeber gehandelt habe. Damit aber endet sie beim Interessenkriterium der Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht, das aber doch ebenfalls „überwunden“ sein soll³⁶.

dd) In letzter Konsequenz kann im Namen der materiellen Subjektstheorie wie der modifizierten formalen Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie) immer nur eines verlangt werden: Interpretation der Normen, auf Grund deren oder in deren Rahmen irgendein Rechtsträger einem anderen gegenüber tätig wird. Handelt es sich um öffentlichrechtliche Rechtssätze – dann öffentliches Recht, gelten sie für „Jedermann“ – dann Privatrecht³⁷. Doch wann gelten sie für Jedermann? Nur wenn der Gesetzgeber dies so will. Und wann will er es nicht so? Wenn er öffentliche Interessen „unmittelbar“ verfolgt sehen will, oder ein Rechtssubjekt mit hoheitlicher Gestaltungsgewalt für den zu entscheidenden Fall ausstattet – also doch Verweisung auf die Subordinations- oder die Interessentheorie.

Fazit:

Die Subjektstheorien, in welcher Spielart immer vertreten, und einschließlich aller Formen von „Sonderrechtstheorien“, enden daher in verschleierte Verweisungen auf Theorien, welche sie überwinden wollen, oder in einem reinen Zirkel („öffentliches Recht ist, was auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen geschieht“). Von „Kombinationen“ mag man hier sprechen³⁸, doch dogmatisch liegen allenfalls Verweisungen vor – oder Tautologien.

Die Subjektstheorie ist das Ergebnis eines – noch immer – unbewältigten Abschieds von der Fiskustheorie. Von ihr muss nun endlich auch Abschied genommen werden. Das mag einer an getreues Fortbauen gewöhnten Dogmatik schwer fallen; doch sie muss erkennen, dass sie nur Unklarheiten einer generationenlangen Entwicklung weiter schleppt. Und sie sollte nicht Lösungen von einer Judikative erwarten, die hier vor allem allgemeinere Erkenntnisse auf ihre Einzelfälle anzuwenden, sie nicht primär selbst hervorzubringen hat.

³⁵ Wobei diese Sondertheorie überdies von der von ihr nicht bewiesenen These ausgeht, das „allgemeine bürgerliche Recht“ sei die Regel, das öffentliche Recht die Ausnahme.

³⁶ So übrigens bereits *Bachof* (Fn. 6), S. 20f.; indirekt auch *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 237; vgl. dazu näher im Folgenden 2.

³⁷ Deutlich so formuliert etwa bei *Ehlers*, aaO.

³⁸ *Sodan* (Fn. 5), Rn. 306

2. Die Interessentheorie

a) Endgültig überholt

Eine kritische Betrachtung der Interessentheorie kann sich weit kürzer fassen. Nahezu alles Wichtige ist in überzeugender, unwiderleglicher Form bereits gesagt³⁹: Selbst wenn es gelänge, den Begriff des öffentlichen Interesses klar fassbar als solchen zu bestimmen – quod non –, und selbst wenn sich das vielfache Gemenge privater und öffentlicher Interessenverfolgung, etwa im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, befriedigend auflösen ließe⁴⁰ – quod non –, öffentliche Belange werden heute immer weitergehend vom Staat gerade in privatrechtlichen Formen verfolgt. Dies bedarf keines Beleges. Wer die Interessentheorie zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht heute noch anwenden wollte, müsste zumindest sämtliche Erscheinungen der Organisationsprivatisierung, wenn nicht auch noch der Aufgabenprivatisierung⁴¹ einfach ignorieren – ein absurdes Verlangen. Eine Unterscheidung zwischen publice und privatim utilibus⁴² wird es zwar immer geben müssen (vgl. Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG), doch sie bietet eben keine fassbare Abgrenzung mehr zwischen publicum und privatum ius.

b) Auch nicht „eines von mehreren“ Abgrenzungskriterien

Unbewältigte Vergangenheit, durch welche die Subjektstheorie, wie dargelegt, die Abgrenzungsdogmatik belastet, wird dieser auch bei der Interessentheorie zum Problem. Die verständliche Scheu, von Hergebrachtem Abschied zu nehmen, hinter dem hier auch noch die alte Größe der Pandektistik steht, führt zu einem achtungsvollen Mit-Behandeln, Mit-Zitieren der Interessentheorie: Allein könne sie die Abgrenzung nicht tragen, aber doch – vielleicht dann – als eines der Abgrenzungskriterien zusammen mit anderen⁴³. Dem muss widersprochen werden, so schwer dem Verfasser eine solche Respektlosigkeit gegenüber einem nicht nur achtungs-, sondern liebenswerten Römischen Recht fällt: Was mit solcher „Unsicherheit“ belastet ist⁴⁴, was dem geltenden positiven Recht (Verwaltungsprivatrecht) und seiner Entwicklung (in Privatisierungen) seit Generationen und immer weiterreichend widerspricht, ist keine auch nur „mitzuzitierende“ dogmatische Grundlage für eine Abgrenzung von derartiger – jedenfalls behaupteter – Fundamentalität. In „Kombination“ mit einer anderen Theorie angewendet infiziert das Interessenkriterium diese notwendig mit ihrer vollständigen Haltlosigkeit, entwertet aber insbesondere alle Formen der Subjektstheorie. „Subsidiär“ herangezogen, nachdem andere Lehren etwa als unbehilflich erkannt worden sind, vermag sie deren Defizite nicht auszugleichen, da sie selbst keinen hinreichenden Begründungsgehalt aufweist. Und wenn in einem konkreten Fall der Gesetzgeber auch ausdrücklich „öffentliche Interessen“ verfolgt sehen wollte, so wäre damit eben noch keineswegs ausgesagt, dass er dies in Formen eines öffentlichen Rechts wünsche.

Vor solchen Erscheinungen einer „weichen, kombinierend-vermischenden Dogmatik“ sei gewarnt!

³⁹ Präzise Zusammenfassung bei *Sodan* (Fn. 5), Rn. 290 ff.

⁴⁰ Etwa über ein Überwiegenskriterium, skept. mit Recht *Sodan* (Fn. 5), Rn. 291.

⁴¹ Sie sind heute bereits in der Praxis Legion und werden sich immer weiter entwickeln.

⁴² Vgl. die in diesem Zusammenhang regelmäßig zitierte Digestenstelle 1,1,1,2.

⁴³ Vgl. f. Viele *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 222; *Kopp/Schenke* (Fn. 5); *Sodan* (Fn. 5), Rn. 292, bei dem allerdings Skepsis nicht zu übersehen ist.

⁴⁴ Zutr. *Sodan*, aaO.

III. „Einseitige Rechtsgestaltungsbefugnis“ (Subordination)

1. Fragestellung und Ausgangspunkt

Die Untersuchungen haben bisher zu einem *doppelten Ergebnis* geführt:

– Das überwiegend eingesetzte Abgrenzungsmerkmal einer, wie immer modifizierten, Subjektstheorie führt, selbst in Gestalt der Sonderrechtstheorie, doch immer nur auf das Kriterium der Subordination, also den Einsatz der Hoheitsgewalt zurück; dies war auch der ursprüngliche Abgrenzungsbegriff zwischen privatem und öffentlichem Recht.

– Wenn dieses Subordinationskriterium sich – ebenso wie alle anderen Abgrenzungsversuche, welche es ergänzen oder ersetzen sollen – als unhaltbar erweisen sollte, so gibt es keine überzeugende Möglichkeit, die beiden großen Rechtsbereiche im Wege einer allgemein-dogmatischen Abgrenzung von einander zu unterscheiden.

Dies Letztere hätte Folgen, welche nicht leicht genommen werden dürften: Die Spitze der Rechtsdogmatik verlöre sich im Nebel, der Rechtsausbildung fehlte ein fassbarer Halt; die Praxis müsste den Rechtsuchenden, kompetenzrechtlich wie inhaltlich, auf eine Behörden- oder Gerichtspraxis verweisen, die sich in ihrer Abgrenzung nicht rational begründen ließe, der also der Vorwurf der Willkür zu machen wäre⁴⁵.

Es drängt sich also immerhin die Frage auf, ob die Subordinationstheorie nicht doch zur gesuchten Abgrenzung taugt, allerdings in einem Verständnis, das nicht an neueren Entwicklungen scheitert. Für einen solchen Versuch sprechen nicht nur die andernfalls unannehmbaren Folgen, sondern vor allem auch – und gerade – die Tradition: Es hat sich ja gezeigt, dass Subordination, d. h. der Einsatz der Hoheitsgewalt in der jeweils zur Beurteilung stehenden Rechtsbeziehung, das ursprüngliche und immer wieder durch die anderen Theorien durchscheinende Kriterium war – sollte es nicht doch das durchschlagende sein?

2. Subordination: Öffentliches Recht und „private Gewalt“

Subordination ist von jeher als ein mögliches Kriterium zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht angesehen worden. Soweit ersichtlich, stimmen alle Autoren darin überein, dass „jedenfalls“ dann, wenn ein Über-/Unterordnungsverhältnis besteht, in dem sich eine Seite auf „Hoheitsgewalt“ stützen kann, eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung gegeben ist. Dies entspricht auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴⁶. Diese, wie auch weithin das Schrifttum⁴⁷, bezweifeln lediglich die ausschließliche Abgrenzungskraft dieses Kriteriums und wollen es daher durch andere Merkmale, insbesondere nach der Subjektstheorie, „ergänzen“. Dies ist wohl seit langem der Grund für die Zurechnungsschwierigkeiten zu privatem oder öffentlichem Recht, jedenfalls seit dem Aufkommen der öffentlich-rechtlichen Verträge: Hier konnte man doch, so schien es, nicht mehr von „Unterordnung unter eine Hoheitsgewalt“ sprechen.

Dieser Kritik an der Subordinationstheorie hätte nun aber auffallen müssen, dass sich die Praxis eben doch in den

weitaus meisten Fällen gerade an dieser Über-/Unterordnung orientiert. Der gesamte Rechtsunterricht, sämtliche Studierende legen – ganz selbstverständlich – „zunächst einmal“ bei ihren Falllösungen dieses Kriterium zugrunde. Vor allem aber: Die Verfassung kennt den Begriff der Öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG, und die ganz h. L. grenzt unter Hinweis auf ihn den Bereich der notwendigen Beamtenaufgaben nach Art. 33 Abs. 5 GG⁴⁸ von dem der in arbeitsrechtlichen Beziehungen zu erledigenden Obliegenheiten ab⁴⁹. Der Verfassungsgeber geht also, mit Bindungswirkung für die gesamte Rechtsordnung, davon aus, dass es

– einen Rechtsbegriff der öffentlichen Gewalt gibt, dass
– dieser mit dem der hoheitlichen Befugnisse wenn nicht übereinstimmt, so doch zusammenfallen könnte, und dass
– sich der Begriff als – sogar organisationsrechtliches – Abgrenzungskriterium durchaus eignet.

Dieser Begriff der hoheitlichen Gewalt muss aber auf sein normatives Wesen, auf seine rechtlichen Wirkungen näher untersucht werden.

Die Subordinationstheorie leidet von Anfang an unter einer Unklarheit: Unkritisch werden „Hoheitsgewalt“ und „Über-/Unterordnung“ kurzer Hand gleichgesetzt, wobei Letztere aber sehr weit gefasst wird: Hoheitsgewalt wird aufgefasst als etwas „Stärkeres“, ja „Unwiderstehliches“, wozu das Teilwort „-gewalt“ Vorschub geleistet haben mag. Dann liegt aber der Einwand nahe, im Privatrecht gebe es „doch auch Gewalt“ – wobei wiederum herkömmliche Assoziationen vor allem zur „elterlichen Gewalt“ beigetragen haben mögen, eben zu jener römisch-rechtlichen potestas, die in Frankreich mit puissance oder pouvoir übersetzt wurde, woraus dann puissance publique oder (les) pouvoir(s) public(s) werden konnte(n). All dies führt allerdings auf geistige Wurzeln zurück, die vor dem Verfassungsstaat der Neuzeit liegen und mit dessen Gerichtsgewalt, Rechtsstaatlichkeit und Hoheitsgewalt nichts gemein haben.

Die privatrechtlichen „Gewalten“, das privatrechtliche Gewaltverhältnis, welches der Subordinationstheorie vor allem entgegeng gehalten wird und die Unbehilflichkeit oder doch Unvollständigkeit dieses Abgrenzungskriteriums beweisen soll⁵⁰, zeigt somit zwar auch eine Über-/Unterordnung, ist aber von anderem normativen Wesen als die öffentliche Hoheitsgewalt. Die privatrechtlichen „Gewalten“, bis hin zum Arbeitsrecht, sind Sammelbegriffe für materiell-rechtliche Befugnisse, die sich „grundsätzlich“ durchsetzen können, stoßen sie nicht an – wiederum materiell-rechtliche – normative Schranken. Öffentliche Gewalt dagegen ist ein formal-organisationsrechtlicher Begriff; er bedeutet nur, dass der betreffende Rechtsträger seine Position allein und (letztlich) endgültig durchsetzen, behaupten kann. Er muss zu ihrer endgültigen Durchsetzung keine andere Instanz, insbesondere kein Gericht und dessen Hoheitsgewalt bemühen. Unternimmt der Bürger nichts gegen einen solchen behördlichen Verwaltungsakt, so wird dieser bestandskräftig, weitestgehend mit denselben Rechtswirkungen wie denen der Rechtskraft.

Nun aber zeigt sich dennoch sogleich die Crux der öffentlich-rechtlichen Subordinationslehre: Genau dasselbe, so lässt sich einwenden, geschieht ja auch beim Einsatz „privat(rechtlich)er Gewalt“: Die Kündigung etwa wird rechtswirksam, das vertragliche Verhalten entfaltet seine Wirkungen, geht der Betroffene dagegen nicht vor Gericht vor: „Gewalt minus Anfechtung ist Rechtswirkung“, auch im Pri-

⁴⁵ Nach dem *BVerfG*, etwa zu Art. 3 Abs. 1 GG (*E* 4, 144, 155; 51, 295, 300; 60, 16, 42), st. Rspr.

⁴⁶ *GSOGB BGH* 97, 312; *NJW* 1990, 1527.

⁴⁷ Vgl. f. viele *Kopp/Schenke* (Fn. 5), § 40, Rn. 13 m. Nachw.

⁴⁸ Vgl. Fn. 3.

⁴⁹ Siehe Fn. 4.

⁵⁰ Vgl. *Ehlers* (Fn. 5), Rn. 223 m. Nachw.

vatrecht. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht reduziert sich darauf, dass bei jenem in aller Regel meist kürzere Anfechtungsfristen vorgesehen sind, bei diesem nur ausnahmsweise, aber eben auch in wichtigen Fällen (Kündigung). Und überdies gilt ja auch im gesamten Privatrecht: Wer sich (lange Zeit) nicht gegen ein beeinträchtigendes Verhalten eines Rechtsgenossen wendet, der nimmt dieses eben hin, die *beati possidentes* haben vielleicht nicht, aber sie behalten Recht. Im öffentlichen Recht gilt dasselbe: Was nicht vor einem Verwaltungsgericht angefochten ist, wird rechtskräftig – rascher vielleicht, fristmäßig eindeutiger, aber eben auf grundsätzlich dem gleichen Weg wie im Privatrecht, bei dem lediglich das Vorgehen zu den ordentlichen Gerichten führt.

Nur noch am Rande: Die übrigen Argumente gegen die Subordinationstheorie⁵¹ schlagen allerdings nicht durch, was hier nicht mehr im Einzelnen nachgewiesen werden kann:

– *Der öffentlich-rechtliche Vertrag* kann wohl, trotz seiner Gleichordnungsformen, noch mit der hoheitlichen Über/Unterordnung in Einklang gebracht werden – über jene „Einbettungstheorie“, mit welcher ja auch schon herkömmlich manches nicht-hoheitliche Verhalten doch öffentlich-rechtlich qualifiziert wurde⁵². Wenn Rechtsbeziehungen „insgesamt vor allem verwaltungsrechtlich geregelt werden“, (jedenfalls stets) so bestimmt werden können, so gehört der Gesamtbereich zum öffentlichen Recht.

– *Organisationsrecht* kann dann als öffentliches Recht begriffen werden, wenn es vor allem Handlungsformen und Zuständigkeiten von Rechtsträgern bestimmt, welche verwaltungsrechtlich tätig werden – so wie die „Organisation“ der privat(vertrags)rechtlich Handelnden dem Privatrecht zuzuordnen ist. Voraussetzungsschaffung teilt die Rechtsnatur des daraufhin erfolgenden Handelns.

– *Exekutive Realakte* schließlich, etwa Auskunftserteilung oder „Abwicklung“ von Rechtsbeziehungen (Rückforderungen), können auf einem der beiden vorgenannten dogmatischen Wege ohne Schwierigkeit dem öffentlichen Recht zugeordnet werden: über „Einbindungs-“ oder als Vorbereitungshandlungen.

Die Subordination kann insoweit für das öffentliche Recht auf (Nähe zu) Verwaltungsaktlichkeit des Handelns beschränkt und auf diesem Weg dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

IV. Ergebnis: Zuordnung durch den Gesetzgeber

1. Subordination: ein prekäres Kriterium

Fasst man das Ergebnis der kritischen Betrachtung der „Abgrenzungstheorien“ zusammen, so ergibt sich ein ernüchterndes Resultat: Als allgemeines Kriterium kommt nur die Subordination in Betracht. Nach ihr unterscheiden sich aber öffentliches und privates Recht nur durch die formale Wirkung der Hoheitsgewalt: Sie bringt eine einseitig-endgültige Entscheidung eines Rechtssubjekts gegenüber einem anderen, aber lediglich unter der Voraussetzung, dass dies letztere sie nicht (erfolgreich) gerichtlich angreift. Dies trifft jedoch weithin auch für die einseitige Entscheidung in privaten Rechtsbeziehungen zu.

Der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht reduziert sich daher auf Einzelheiten der Anfechtungsverfahren von Entscheidungen anderer Rechtsträger, allenfalls noch auf die Enge von Fristsetzungen, innerhalb deren diese Anfechtung der Gegenseite erfolgen, Erfolg haben muss. Und selbst dies kann der (einfache) Gesetzgeber im privaten Recht ähnlich oder ebenso regeln wie im öffentlichen, wie das Beispiel der Kündigung zeigt.

Daraus ergibt sich, dass es ein allgemeines Abgrenzungskriterium zwischen privatem und öffentlichem Recht nach geltendem Recht nicht gibt, dass es ein solches nie gegeben hat, und dass es auch in Zukunft schwerlich entwickelt werden kann.

Die Unterscheidung zwischen den beiden großen Rechtsbereichen trifft also, jeweils für einzelne Komplexe von Rechtsbeziehungen, der *einfache Gesetzgeber*, der dazu auch die Rechtsfolgen organisiert, die beiden „judikativen Anlaufstellen“ bestimmt hat: Ordentliche und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Was er jeder der beiden zuweist, das ist öffentliches oder privates Recht. Insoweit bestätigen sich resignierende Feststellungen, welche schon bisher dem Gesetzgeber „letztlich“ die Zuordnungsaufgabe zugewiesen haben⁵³.

Es sollte sich allerdings das Bedauern darüber, dass hier eine größere, allgemeine Dogmatik versagt, in Grenzen halten. Warum muss die formale Zuordnung zum öffentlich- oder privatrechtlichen Rechtsweg die Folge wesentlicher materiellrechtlicher Unterschiede von Rechtsentscheidungen sein, kann nicht, umgekehrt, die formale Gerichtswegdualität die primäre Entscheidung darstellen, der dann die Zuordnung der materiellen Entscheidungsaufgaben folgt? Vom Römischen Recht bis zur deutschen Kodifikationsentwicklung nach 1870 war so oft, wenn nicht regelmäßig, die formal-prozessrechtliche Gestaltung das Primäre. So ist es denn nicht notwendig eine juristische Fehlentwicklung, wenn die materielle Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht wesentlich der Entfaltung einer öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit gefolgt ist und weiter folgt. Und der einfache Gesetzgeber als Herr der Einteilungen des Komplexes der Gesamtrechtsordnung in öffentlich- und privatrechtliche – ist dies ein juristischer Unfall, wo diese selbe Gesetzgebung doch auch Herrin der Gerichtsorganisation ist?

2. „Hoheitlichkeit als Verwaltungsaktlichkeit“

Subordination unter die Hoheitsgewalt verliert damit allerdings nicht völlig ihre dogmatische wie praktische Bedeutung, mag sie auch kein allgemein trennscharfes Abgrenzungskriterium darstellen zwischen *ius publicum* und *privatum*.

Der einfache Gesetzgeber des materiellen Rechts pflegt seine Normerlasse nicht ausdrücklich mit formellen Rechtswezuweisungen zur ordentlichen oder Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verbinden. Es hat sich auch erwiesen, dass er diese Folgeentscheidungen meist besser der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung überlässt. Gerade diese Letztere benötigt aber Anhaltspunkte. Sie finden sich nicht so sehr in den schwer fassbaren öffentlichen Interessen als viel-

⁵² Etwa im Postbereich, bis hin zum „hoheitlichen Radler“. Diese Einbettungstheorie lenkt übrigens nicht etwa zurück zu einer Subjektstheorie, die auf die Beleihung eines Rechtsträgers mit hoheitlicher Gewalt abstellt (vgl. oben II. 1c). Sie fragt vielmehr danach, ob die betreffende Rechtsmaterie im Wesentlichen verwaltungsaktlich geordnet ist.

⁵³ Im Endergebnis konvergieren dahin auch die Darstellungen in den Kommentaren zu § 40 VwGO, vgl. Fn. 5 sowie oben II. 1. d am Ende.

mehr im Einsatz einer Hoheitsgewalt in dem jeweils betreffenden Bereich, die herkömmlich und in der Regel in Form von Verwaltungsakten in Erscheinung tritt. Diese wiederum sind seit langem in ihren Wirkungen, und insbesondere in der Ausgestaltung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit in einer besonderen Weise in der Verwaltungsgerichtsordnung normiert. Es liegt also nahe, alle Rechtsbeziehungen, welche materiellrechtlich eine Nähe zu traditioneller Verwaltungsaktlichkeit aufweisen, von vorneherein dem öffentlichen Recht, und damit dem publizistischen Rechtsweg zuzuordnen, für den eben der Verwaltungsakt den Prototyp darstellt. In der Praxis gelangt man dann zu den Lösungen, welche heute denn auch durchgängig als öffentlich-rechtlich angesehen werden: verwaltungsrechtliche Verträge, Organisationsentscheidungen, Vorbereitungshandlungen und Abwicklungen sind dann öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn sie in enger Verbindung stehen zu insgesamt hoheitsrechtlich, im Wesentlichen verwaltungsrechtlich geregelten Materien.

„Verwaltungsaktlichkeits-Nähe“ ist also zwar kein dogmatisches Abgrenzungskriterium, aber doch eine praktische Orientierungshilfe, „im Zweifel“ zu Gunsten des öffentlichen Rechts. Mehr lässt sich über dessen Unterscheidung zum Privatrecht nicht aussagen.

V. Ausblick: Relativierung einer Unterscheidung

Ergebnis dieser Betrachtung ist die Notwendigkeit nüchternen Verzichts auf eine – eben doch nur angebliche – all-

mein-dogmatische Fundamentalentscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht: Es ist dies letztlich nur eine rechtswegakzessorische Differenzierung, nach welcher die Anfechtungen gewisser einseitiger Entscheidungen eines Partners in bestimmten üblichen Formen, vor allem vor gewissen gerichtlichen Instanzen ablaufen – mehr nicht; und ihr Herr ist der einfache Gesetzgeber, der ohne grundsätzliche Vorgaben entscheiden kann. Wo immer aber eine typische Nähe zu jenem verwaltungsaktlichen Tätigwerden festzustellen ist, welches in den Verwaltungsverfahrensgesetzen und in der Verwaltungsgerichtsordnung näher geregelt ist, wird man im Zweifel von einer Zuordnung zum öffentlichen Recht auszugehen haben.

Damit wird aber auch der Weg frei für Rechtsentwicklungen, welche bereits seit längerem im Lauf sind: *Hin zu mehr Privatrecht*, Rückzug des öffentlichen Rechts allenfalls noch auf ein „notwendiges Hoheitsrecht“ – wenn es ein solches denn gibt. Privatisierungen sind nur eine, aber die bekannteste Erscheinung auf diesen Wegen. Welche anderen Wege noch gegangen werden, wohin sie führen können, zwischen privatem und öffentlichem Recht – diese Frage geht über den Horizont dieser Betrachtungen hinaus. Sicher ist aber wohl schon heute: Die große Publizierungswelle ist vorbei, es wird zu einem Vordringen des Privatrechts kommen, und die bisherigen Abgrenzungen zwischen öffentlichem und privatem Recht sind hinreichend flexibel, um dies aufzunehmen.

Vielleicht wird man einmal sagen: So wie Rom mit all seiner Macht nur eine Provinz des griechischen Geistes war, so ist das *ius publicum* mit all seiner Hoheit nur eine Provinz des *ius privatum* – des wenn nicht ältesten, so doch des eigentlichen Rechts.

Professor Dr. Christoph Ohler, LL.M., Universität Jena

Der Schutz privaten Eigentums als Grundlage der internationalen Wirtschaftsordnung

Welchen Status genießt heute das private Eigentum im Wirtschaftsvölkerrecht? Anhand der Entwicklung der Praxis lässt sich nachweisen, dass sich die Schutzinstrumente verfeinert haben, die zudem durch ein dichtes Netz völkerrechtlicher Verträge abgesichert werden. Gleichwohl fehlt es an einem universellen Konsens über die menschenrechtliche Dimension der Eigentumsfreiheit.

I. Einleitung

In einem Beschluss vom 26. 10. 2004 stellte das *BVerfG* fast lakonisch fest, dass das universelle Völkerrecht eine Gewährleistung des Eigentums der eigenen Staatsangehörigen im Sinne eines *ius cogens* nicht kannte und kennt¹. Auf dieser Grundlage erklärte das *BVerfG* den Restitutionsausschluss für die Enteignungen durch die Sowjetunion von 1945 bis 1949 in der Sowjetischen Besatzungszone für völ-

kerrechtskonform und damit für mit Art. 25 GG vereinbar. Im deutlichen Kontrast hierzu stehen zwei Urteile des Gerichts erster Instanz der EG zum Einfrieren von Geldern aufgrund von Sanktionen des UN-Sicherheitsrats². Das Gericht wollte es nicht von vornherein ausschließen, dass der Schutz des Eigentums zum völkerrechtlichen *ius cogens* gehöre, das auch der Sicherheitsrat zu beachten habe³. Im konkreten Fall fehlte es nach Ansicht des Gerichts jedoch am Erfordernis einer willkürlichen Enteignung, da es sich um die legitime Zielsetzung des Kampfes gegen den Terrorismus handelte. So divergent die Ausgangsfälle auch zu sein scheinen, werfen sie doch ein helles Licht auf die Bedeutung des privaten Eigentums im Völkerrecht. Hier soll nur ein Aspekt herausgegriffen werden, nämlich die Rolle des privaten Eigentums für die internationalen Wirtschaftsbeziehungen. Die weltweiten Rahmenbedingungen für das Eigentum scheinen seit der Zeitenwende des Jahres 1989 günstig zu

¹ *BVerfGE* 112, 1 (34). Im Ergebnis ebenso *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 985.

² *EuG*, Urteile v. 21. 9. 2005, Rs. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf* und Rs. T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi*. Vgl. dazu auch *K. Schmalenbach* *JZ* 2006, 349.

³ *EuG*, Rs. T-306/01, Rn. 277 ff., 286 ff.; Rs. T-315/01, Rn. 226 ff., 235 ff.