

Stefan Haack

# Theorie des öffentlichen Rechts II

Was bleibt von der Unterscheidung  
zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht?

Mohr Siebeck

# Inhalt

## Erstes Kapitel:

### *Rechtstheoretische Ausgangspunkte*

I.	Das Bedürfnis, die Dogmatik des öffentlichen Rechts mittels rechtstheoretischer Reflexionen besser als bislang zu fundieren .	1
II.	Erster Ausgangspunkt: das subjektive Recht und die bestrittene Rechtsbehauptung als Dreh- und Angelpunkt der Dogmatik . . . . .	3
III.	Zweiter Ausgangspunkt: der Sonderrechtscharakter aller rechtlichen Normen . . . . .	5
	1. Der Zusammenhang von Rechtssubjektivität und subjektivem Recht . . . . .	5
	2. Die Irrelevanz von Jedermannsrechten als Kategorie in der juristischen Theorie und in der Rechtspraxis . . . . .	6
	3. Das Nichtbestehen einer unbegrenzten Rechtsfähigkeit . . . .	9
	4. Die Kreation der Rechtssubjektivität und die Koordination von Sonderrechten durch die Verfassung . . . . .	10
IV.	Dritter Ausgangspunkt: Normativität und Recht im hoheitlichen Gewaltverhältnis . . . . .	11
	1. Die Beschaffenheit der hoheitlichen Gewalt aus juristischer Perspektive . . . . .	11
	a. Die Unmöglichkeit, das ‚Recht zu herrschen‘ als ein Recht im juristischen Sinne zu deuten . . . . .	11
	b. Das hoheitliche Gewaltverhältnis als eine Fusion von Faktizität und Idee, die dem Maßstab der Legitimität unterliegt . . . . .	13
	c. Das ‚Recht zu herrschen‘ als politisch willkommene façon de parler . . . . .	15
	2. Bindung und Beschränkung der hoheitlichen Gewalt durch das Recht als das Merkmal des Rechtsstaats . . . . .	15

3. Die rechtliche Beschaffenheit von einseitigen staatlichen Maßnahmen gegenüber Privaten: zum Unterschied von Verwaltungsakt und Befehl . . . . .	17
--	----

## Zweites Kapitel:

### *Rechtshistorische Scheidemomente*

I. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Dejuridifizierung . .	19
1. Die Herrschaftsordnung des europäischen Mittelalters: persönliche Schutz- und Treuebeziehungen in der Gestalt von Gefolgschaft und Lehnswesen als Rechtsverhältnisse . . .	19
2. Der Wandel der Herrschaftsstrukturen bei der Entwicklung des Territorialstaats . . . . .	21
3. Zur Bedeutung von ius eminens und ius politiae bei der Begründung der Herrschaft im Territorialstaat der frühen Neuzeit . . . . .	23
4. Die Rechtsqualität der Herrschaftsbeziehung in der Lehre vom Gesellschaftsvertrag und in der Vorstellungswelt des Naturrechts . . . . .	25
II. Die Ausschaltung der Zivilgerichte in den Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung während des 18. und des 19. Jahrhunderts . . . . .	26
1. Die Beseitigung der iura quaesita im Zuge der bürgerlichen Revolutionen . . . . .	26
2. Die reduzierte Befugnis der Zivilgerichte, über die rechtlichen Bindungen der Hoheitsgewalt zu judizieren . . . .	28
3. Die Fiskustheorie als Indikator für die mangelnde Verrechtlichung der Staat-Bürger-Beziehung . . . . .	30
IV. Das Verständnis vom öffentlichen Recht und dessen Beziehungen zum Privatrecht in totalitären Systemen . . . . .	31
1. Die fehlende Verrechtlichung der politischen Herrschaft und ihre rechtstheoretischen Folgen . . . . .	31
2. Über die Möglichkeiten eines rechtswissenschaftlichen Denkens und seine Camouflage im totalitären System . . . .	33
3. Der Stellenwert des Privatrechts in totalitären Systemen . . .	35
V. Das Verständnis vom öffentlichen Recht und dessen Beziehungen zum Privatrecht im demokratischen Rechtsstaat .	36
1. Rechtsbegriff und vorrechtliches Gewaltverhältnis in der juristischen Dogmatik des Rechtsstaats . . . . .	36

2. Die Auswirkungen der Verrechtlichung auf das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht . . . . .	38
3. Das Verhältnis des öffentlichen Rechts zum Privatrecht angesichts neuer Herausforderungen bei der Abgrenzung von Recht und Nichtrecht . . . . .	39

### Drittes Kapitel:

#### *Rechtsdogmatische Korrekturen*

I. Der Gegenstand einer Qualifizierung als öffentlich-rechtlich . .	41
1. Die Relevanz der Eigenschaft ‚öffentlich-rechtlich‘ bei Normen, Ansprüchen und Rechtsverhältnissen . . . . .	41
2. Die Neutralität der rein objektiv-rechtlichen Normen . . . . .	43
II. Kriterien zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht: zum inneren Zusammenhang der Subordination mit der sonderrechtlichen Qualität öffentlich-rechtlicher Normen . . . . .	45
1. Der richtige Kern der Sonderrechtstheorie: die Konzentration auf den Hoheitsträger als Rechtssubjekt und dessen Verpflichtung oder Berechtigung ‚als ein solcher‘ . . . . .	45
a. Möglichkeiten und Tragweite einer grundlegenden Untergliederung des Rechtsstoffs nach Normadressaten . .	45
b. Die Klassifizierung von Rechtssubjekten anhand der Erzeugung (formelles Kriterium) . . . . .	47
c. Die Klassifizierung von Rechtssubjekten anhand des originären Betätigungsfeldes (materielles Kriterium) . . .	49
d. Zur Bedeutung der formellen Rechtsnatur als ‚juristische Person des öffentlichen Rechts‘ . . . . .	51
2. Indizien und Modalitäten der hoheitlichen Gewalt . . . . .	53
a. Der juristische Staatsbegriff als zentrale Prämisse zur Erkenntnis der hoheitlichen Gewalt . . . . .	53
b. Die Befugnis des Staates, durch Verwaltungsakt zu agieren, als Emanation einer vorrechtlichen Subordination . . . . .	55
c. Die Modifikation der Verwaltungsaktbefugnis im Rechtsstaat . . . . .	56
3. Der Rechtsstatus des Privaten im öffentlichen Recht als das Gegenstück zur rechtlichen Stellung des Staates . . . .	57
a. Die rechtsdogmatische Einordnung der privaten Subjekte	57

b. Der doppelte Sinn des Ausdrucks ‚privat‘: der Private in seiner Eigenschaft als Herrschaftsunterworfener im Unterschied zum Privaten in seiner Eigenschaft als nicht-staatliches Subjekt . . . . .	58
c. Die Irrelevanz des Privaten für eine Definition des Begriffs ‚öffentliches Recht‘ . . . . .	60
4. Zwischenfazit zum Begriff des öffentlichen Rechts . . . . .	60
III. Einzelfragen zur Qualifikation von Anspruchsgrundlagen . . .	62
1. Die Qualifikation von Abwehransprüchen gegen staatliches Handeln . . . . .	62
a. Staatliche Eingriffsbefugnisse als nicht qualifizierbares Recht . . . . .	62
b. Freiheitsgrundrechte als öffentlich-rechtliche Normen . .	63
c. Geltung und Qualifikation von Freiheitsgrundrechten bei privatrechtlichen Tätigkeiten des Staates . . . . .	64
2. Hybride Normen . . . . .	64
IV. Probleme der Anwendbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht . . . . .	66
1. Die Anwendung von öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen bei Handlungen des Staates in seiner Eigenschaft als Träger der hoheitlichen Gewalt . . . . .	66
a. Der dogmatische Ausgangspunkt und die hieraus sich ergebenden Fragen . . . . .	66
b. Das Entweder-Oder bei der Anwendbarkeit von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen . . . . .	67
2. Die Entscheidung über die Anwendbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht . . . . .	68
a. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt: wann handelt der Staat als Träger der hoheitlichen Gewalt? . . . . .	68
b. Das Problem der Formenwahlfreiheit: der Staat als dasjenige Rechtssubjekt, welches als Träger der hoheitlichen Gewalt definiert ist . . . . .	69
c. Der Zugriff des Staates auf das Sonderrecht des Privaten bei gesetzlich eingeräumter Befugnis . . . . .	70
d. Bedeutung und Artikulation der Formenwahl bei der Einordnung des behördlichen Handelns . . . . .	72
3. Kriterien der Anwendbarkeit von Privatrecht und öffentlichem Recht bei Realhandlungen einer Behörde . . . .	73

4. Kriterien der Anwendbarkeit von Privatrecht und öffentlichem Recht bei Verträgen . . . . .	74
a. Grundlegende Aspekte der Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen . .	74
b. Die Zuordnung von subordinationsrechtlichen Verträgen zum öffentlichen Recht . . . . .	75
c. Die Zuordnung von Verträgen außerhalb der Subordination . . . . .	77
V. Die Qualifikation von Rechtsstreitigkeiten . . . . .	79
VI. Die Theorie des öffentlichen Rechts als Apologie des Justizstaats . . . . .	80
Literatur . . . . .	83
Register . . . . .	89