

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/239-246>

Rg **19** 2011 239–246

**Heinz Mohnhaupt**

## Historische Konkurrenzen und Beeinflussungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

# Historische Konkurrenzen und Beeinflussungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

## I.

Die geläufige Unterscheidung in privates und öffentliches Recht gehört zu den ältesten kategorialen Einteilungen des Rechts und der Rechtswissenschaft schlechthin. Das geht auf die bekannte Ulpian-Formel über die »duae positiones« des Rechts und Rechtsstudiums zurück, dass nämlich das »ius publicum ... ad statum rei Romanae spectat, privatum ... ad singulorum utilitatem« (D I.1.2.2). Diese Bezeichnung der beiden für den Unterricht bestimmten Rechtsmaterien suggerierte eine eigenständige »positio« des Privatrechts gegenüber dem öffentlichen Recht, die die gesamte bisherige Literatur mit unterschiedlichen Akzenten durchzieht. Radbruch begreift z. B. die Begriffe »privates« und »öffentliches Recht« als »apriorisch«, die so bereits im Rechtsbegriff selbst verankert und in der Rechtsidee angelegt seien.<sup>1</sup> Allerdings macht Radbruch die wichtige Einschränkung, dass das Wert- und das Rangverhältnis der beiden Rechtskategorien nicht absolut zu setzen sind.<sup>2</sup> Das Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht unterliegt historischen Entwicklungen, rechtskulturellen Situationen, sozialen Anforderungen und damit politisch-weltanschaulichen Bewertungen. Das relativiert die Möglichkeit eindeutiger und dauerhafter dogmatischer Festlegung, deren bisherige Versuche Sten Gagnér teils als »uferlos«, teils als »Groteske« ironisiert hat.<sup>3</sup>

Die Dichotomie »Privatrecht und öffentliches Recht« ist vor allem an die sich wandelnden Realitäten und Auffassungen von Gesellschaft, Staat und Staatlichkeit gebunden, die sie in ihren publizistischen Pendelbewegungen reflektiert. Rangfragen zwischen den beiden Rechtskategorien repräsentieren somit auch politische Positionen. Der politische Liberalismus sieht sich als Garant und Beschützer der Rechte der Privaten im Sinne der privatrechtlichen Vertragsfreiheit und der Eigentumsgarantie. Der totalitäre Staat dagegen usurpiert mit Hilfe des öffentlichen Rechts

1 G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., hg. von E. WOLF, Stuttgart 1963, 224 f.

2 RADBRUCH (Fn. 1) 225.

3 S. GAGNÉR, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel »Öffentliches Recht und Privatrecht« im kanonistischen Bereich, in: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, hg. von E. VON

CAEMMERER und K. ZWEIGERT, Berlin, Tübingen 1967, 23–57 (23 f.), jetzt in: DERS., Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte, hg. v. J. RÜCKERT u. a., Goldbach 2004, 121–161 (122).

die privaten gesellschaftlichen Bereiche und liberalen Autonomie-sphären der Bürger. Totalitäre Regime betonen die Dominanz des Staates und seine Macht zum Eingriff in die privatrechtliche Selbstbestimmung des Individuums. Dafür bieten in der jüngsten deutschen Geschichte der NS-Staat und die staatssozialistische DDR aufklärende Beispiele, denn beide totalitäre Staaten verfolgten das erklärte Ziel, den Gegensatz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zugunsten des letzteren aufzuheben.<sup>4</sup>

Das geschah in beiden Staaten mit unterschiedlichem Erfolg, denn die Traditionskraft der privatrechtlichen Rechtsideen und Rechtsbestände ließ sich nicht immer rasch, vollständig und gewaltsam »überwinden«. Nach dem Untergang des NS-Staates 1945 und der DDR 1989/90 setzte wieder eine umgekehrte Bewegung zum Privatrecht zulasten der öffentlichrechtlichen Staatsgewalt ein. Bezeichnend ist Walter Hallsteins Schrift von 1946 mit dem programmatischen Titel »Wiederherstellung des Privatrechts«.<sup>5</sup> Nach der Epoche der nationalsozialistischen Diktatur wurde das »Problem des Privatrechts« als »Problem der Freiheit« diagnostiziert. »Wollen wir ... die Persönlichkeit wiederherstellen, so heißt das, das Privatrecht erneuern«, erklärte Walter Hallstein.<sup>6</sup> Das Individuum sollte wieder in seine Rechte als Privatperson eingesetzt werden. Eine bedingungslose und sozial ungebundene liberalistische Dimension des Privatrechts ließ sich jedoch in dieser Zeit der Not nach dem Kriegsende nicht wieder errichten. Auch das Privatrecht hatte Rücksicht zu nehmen »auf das gemeinschaftliche Interesse aller«. Hallstein erklärte:

»So ist also die Aufgabe des Privatrechts um nichts weniger sozial als die des öffentlichen Rechts. Das haben wir zu bedenken, wenn wir an die Beseitigung der Trümmer unserer Rechtsordnung und – zum Teil unter Verwertung der Trümmer – an die Erneuerung unseres Rechts herangehen.«<sup>7</sup>

Privatrecht und öffentliches Recht, gemessen an einer sozialen Aufgabe des Rechts, ließen sich somit situationsbedingt nicht strikt trennen. Aus dem Ideal der freien Entfaltung der Persönlichkeit und seiner »gesellschaftlichen Einbettung«, wie Hallstein 1946 formulierte,<sup>8</sup> müssen sich notwendigerweise Spannungen ergeben, die ein generelles Problem des Rechts darstellen und instabile Beziehungen zwischen den beiden Bereichen zur Folge haben.

Ähnlich sieht die Problematik einer Neuordnung des Rechts in der ehemaligen DDR sowie in den anderen ehemals totalitären

4 M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrecht in Republik und Diktatur, München 1999, 338–341; DERS., Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungswissenschaft in der DDR, München 2009, 145–156.

5 W. HALLSTEIN, Wiederherstellung des Privatrechts. Rede bei der Übernahme des Rektorats der

Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, Heidelberg 1946; zuvor war diese Rede bereits in der »Süddeutschen Juristenzeitung« 1946, 1 ff. erschienen.

6 HALLSTEIN (Fn. 5) 16.

7 HALLSTEIN (Fn. 5) 34 f.

8 Vgl. HALLSTEIN (Fn. 5) 17.

sozialistischen Staaten des Ostblocks aus, als es darum ging, eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft und Wirtschaftsordnung aufzubauen. Schlechtriems Titel von 1993 formuliert wie Hallstein 1946 das Problem der »Wiederherstellung des Privatrechts« als »Voraussetzung einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung«. <sup>9</sup> Angesichts von Europäisierung und Globalisierung bildet das Verhältnis von Privatrecht zum Staat heute eines der schwierigsten rechtlichen Gestaltungsprobleme, zumal der Staat als Quelle und Autorität für das Privatrecht angesehen wird. <sup>10</sup> Privatrecht und öffentliches Recht durchdringen sich, wenn z. B. der Staat über Maß und Form von Vertragsfreiheit und Eigentum entscheidet, wie Haferkamp für die deutsche Situation nach 1871 dargelegt hat. <sup>11</sup> Eine feinsäuberliche Trennung beider Bereiche, wie sie Savigny für die Autonomie des Privatrechts aus der Volksgeistlehre noch zu entwickeln suchte, ließ sich nicht mehr staatsfrei denken und realisieren.

Heute haben sich die Staatsaufgaben gewandelt und mit diesen auch die rechtstechnischen Ordnungs- und Regelungsinstrumente. Der Staat handelt oft nicht mehr aus einer Hoheitsposition, sondern begegnet Bürgern und gesellschaftlichen Gruppen auf gleichrangiger Ebene, das heißt als Verhandlungs- und Vertragspartner. Diese Situation hat das Verhältnis von Staat und Gesellschaft grundlegend <sup>12</sup> verändert und damit auch das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Zudem zieht sich heute der Staat überwiegend aus fiskalischen Gründen auf vielen Feldern der Daseinsvorsorge aus öffentlichrechtlichen Aufgaben zurück, was – in Anlehnung an Hedemanns Schrift »Flucht in die Generalklauseln« von 1933 – als »Flucht des Staates aus der Hoheitsgewalt« oder »Flucht ins Privatrecht« qualifiziert wird. <sup>13</sup> Eine Folge ist, dass die bisher von der Rechtswissenschaft gebrauchten Kriterien zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht weitgehend unbrauchbar geworden sind. Die sogenannten »klassischen« Interessen-, Subordinations-, Subjekts- und Sonderrechtstheorien vermögen eine exakte Bestimmung der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Gebiete wegen ihrer vielfachen Verschränkungen und des Zusammenspiels beider Sphären nicht mehr vorzunehmen. Diese sind Ausdruck einer veränderten Staatlichkeit und von gemischten privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Verwaltungsstrategien, die immer mehr privatrechtliche Gestaltungsmodelle verwenden. Diese Einschätzung lässt Leisner sogar von der

<sup>9</sup> Privatrecht und Wirtschaftsverfassung. Wiederherstellung und Entwicklung des Privatrechts als Voraussetzung einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung in den ehemals sozialistischen Ländern, hg. v. P. H. SCHLECHTRIEM, Baden-Baden 1994.  
<sup>10</sup> Vgl. N. JANSEN, R. MICHAELIS, Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations, in: Beyond the

State, Rethinking Private Law, hg. v. DENS., Tübingen 2008, 15 ff.  
<sup>11</sup> H.-P. HAFERKAMP, The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany, in: JANSEN / MICHAELIS, Beyond the State (Fn. 10) 245–267.  
<sup>12</sup> Ausführlich dazu mit weiteren Nachweisen D. GRIMM, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: DERS., Die Zukunft der Verfas-

sung, Frankfurt a. M. 1991, 159–175 (167–173).

<sup>13</sup> Vgl. W. LEISNER, Privatisierungen – eine große »Flucht des Staates ins Privatrecht«. Zur Problematik »Abgrenzung oder Konvergenz von privatem und öffentlichem Recht«, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hg. v. A. HELDRICH (u. a.), München 2007, 1181–1192.

»Rückkehr des öffentlichen Rechts zu seinem historischen Mutterrecht, dem Privatrecht« sprechen,<sup>14</sup> so als ob die im 17. Jahrhundert sich vollziehende »Emanzipation« des »ius publicum« von der Privatrechtswissenschaft<sup>15</sup> nun wieder in die gegenläufige Bahn mündet. Wissenschaftliche Einbahnstraßen gibt es jedoch nicht, auch wenn diese Trendbeobachtung nicht zu bezweifeln ist.

## II.

Solche grob skizzierten Entwicklungen liegen in der Konsequenz der wechsellvollen Geschichte der Dichotomie »Privatrecht und öffentliches Recht« und des schwankenden Verhältnisses zwischen diesen beiden Rechtskategorien. Das ist auch aus der Entwicklung des »ius publicum« des Ancien Régime abzulesen. Bereits sein Entstehungsdatum als Disziplin ist ungewiss, das Michael Stolleis wohl begründet auf die Zeit um 1600 fixiert hat.<sup>16</sup> Die Lehre zum »ius publicum« knüpft für ihren Gegenstand in der Regel an die Ulpian-Formel an, ist sich aber auch bewusst, dass das »ius publicum« ein historisches Phänomen darstellt, das seinen Inhalt und seine Funktion erst im Laufe der Zeit im Kontext wechselnder politischer Ereignisse und Entscheidungen wandelbar entwickelte. In diesem Sinne erklärte Johannes Limnaeus:

»Caeterum postquam nobis animus est, hoc tractatu de Jure publico Imperii Romani disserere, dicendum est, illud pro diversitate temporum, diversum fuisse, et esse.«<sup>17</sup>

Bezeichnend ist, dass Limnaeus 1629 die Mobilität des Begriffs »ius publicum« sowohl für die Vergangenheit als auch für seine Gegenwart feststellt. Was für den Einzelbegriff des »ius publicum« galt, musste erst recht für dessen Verhältnis zum »ius privatum« gelten. Die Ulpian-Formel, die dem »ius publicum« auch noch das »ius in sacris« zugeordnet hatte, vermehrte dadurch das Feld der rechtlichen Materien und damit auch die Schwierigkeiten dogmatischer Fixierung:

»Caeterum hic patet dubitandi campus, quod iuris non due, sed plures sint positiones; nempe Sacrum, Publicum, et privatum, ut ait Cicero de legibus ...«<sup>18</sup>

Die Reduzierung auf »ius privatum« und »ius publicum« im 17. Jahrhundert erleichterte kategoriale Einteilungen, aber nicht

14 LEISNER (Fn. 13) 1192

15 Vgl. R. HOKE, Die Emanzipation der deutschen Staatsrechtswissenschaft von der Zivilistik im 17. Jahrhundert, in: Der Staat 15 (1976) 211–230.

16 M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, München 1988, 58–63, 141–146. Der zeitliche Beginn der Disziplin »ius publicum« schließt freilich

nicht aus, dass rechtsbegriffliche Phänomene (iurisdictio, status, religio, forma regiminis usw.) des öffentlichen politischen Raumes der Machtausübung die Epochen-grenze zum Mittelalter überspringen; dazu demnächst mein Aufsatz »Reichsgrundgesetze als Verfassung im System des »ius publicum«« (im Druck).

17 J. LIMNAEUS, Liber primus iuris publici imperii romano-germanici.

De origine iuris publici: de translatione imperii in Germanos: De Statu, atque Statibus: de Legibus fundamentalibus, atque insignibus Imperii, Argentorati 1629, 5 (nr. 30).

18 Commentarius In Priores duos Institutionum Iustiniani Imperatoris Libros, Auctore IOANNE VISCONTE ..., Tom. I, ad ... Principem Franciscum Barbarinum ..., Pistorii 1628, 34.

inhaltliche Festlegungen. Rechtliche Regelungen, die sowohl den »status reipublicae« als auch den »status singulorum« betrafen, bedeuteten Überschneidungen beider Rechtssphären, die getrennte Betrachtung erschwerte oder gar unmöglich machte:

»Dic ergo, ius privatum in se publicum esse, sicuti dudum aperuimus ...; privatum autem appellari in concursu illius iuris, quod publicum statum rei romane fingit, ac format.«<sup>19</sup>

Die römischrechtlichen Vorgaben wurden für das Alte Reich und sein »ius publicum« in der Publizistik abgelehnt, zumal – wie Spener erklärte – »Rom keine Lehre des juris publici hatte.«<sup>20</sup> Für die kategorialen Einteilungsversuche behielt jedoch die Dichotomie »privates und öffentliches Recht« eine Bedeutung. Zum »usus Juris Romani in Jure publico« bemerkt Samuel Stryk mit Bezug auf Grotius: »... non video, quare non juri publico Justiniano sua etiam hodie tribuenda utilitas.«<sup>21</sup>

Die als problematisch empfundene Zweiteilung führte auch zu Versuchen, beide Teile in der höheren Einheit einer gemeinsamen Disziplin aufzulösen, die sowohl privatem als auch öffentlichem Wohl zu dienen bestimmt ist, »quod continetur bonum civium privatum.«<sup>22</sup> Die »Hypothesis septima« lautet:

»Jus publicum et privatum partes sunt unius disciplinae objectivae, nec proprie dicuntur conspecies aut disciplinae cognatae.«<sup>23</sup>

So ist zu beobachten, dass privatrechtliche Materien und Regeln als Erklärungshilfen für öffentliches Recht herangezogen werden. Das betraf Interpretationsfragen vor Gericht, soweit die »materia Juris publici, usus et auctoritas« in Frage standen:

»... et qua de causa Jurisconsulti, qui se jus publicum tractare profitentur, subinde leges Romani Juris, etiam privati, in hac materia in subsidium vocent.«<sup>24</sup>

Im 17. und zu Beginn des 18. Jahrhunderts dominierten noch Autorität und Traditionskraft des »ius privatum« auf der Grundlage des römischen Rechts, so dass der Vorrang beim Privatrecht lag. Waldkirch erklärte 1721 für die eidgenössische »Bunds- und Staats-Historie«, dass zum »gründlichen Verstand ... des Juris publici« auch »das ius civile scriptum und non scriptum in gar vielen Stücken ... bekannt gemacht werden müsse.«<sup>25</sup> Bosius stellte 1699 die Forderung auf, dass das

19 Commentarius (Fn. 18) 37.

20 J. C. SPENER, Teutsches Ius Publicum oder des Heil. Römisch-Teutschen Reichs vollständige Staats-Rechtslehre, Frankfurt und Leipzig 1723, 17.

21 S. STRYK, Specimen usus moderni pandectarum, ad libros V. priores in Academia Francofurtana publicis disputationibus exhibitum, editio VIII. revisa et emendata, Halae Magdeburgicae 1738, 32 f.

22 J. H. FELTZ (Praeses), De methodo juris publici (Respondens: J. G. SCHERZ), Argentorati 1618, 11.

23 FELTZ (Fn. 22) 10.

24 L. HUGO, Jurisprudentia particularis Germanica ..., sive liber aureus De Statu Regionum Germaniae cum ... consultatione de Abusu Appellationum tollendo, s. l. 1708, 254.

25 J. RUDOLFF VON WALDKIRCH, Gründliche Einleitung zu der

Eydenössischen Bunds- und Statts-Historie, vorstellend den alten und neuen Zustand der Schweiz und der Eydenossen ..., Bd. I, Basel 1721, Vorbericht.

»ius civile sive Romanum privatum ... a politico plane ignorari non debet ... Alias politico ... sufficere possunt Institutiones iuris Justiniani cum uno et altero commentario.«<sup>26</sup>

Er beruft sich dabei auch auf Hotman, Hopper, Vulteius und Struve. Der Hinweis auf die Institutionen-Kommentare ist bezeichnend, denn er zeigt den Einfluss, den das Privatrecht – und das heißt hier das Privatrecht des römischen Rechts – in Gestalt der Institutionen Justinians auch auf das »ius publicum« noch gehabt hat. Privatrecht galt als Erkenntnisvoraussetzung für das öffentliche Recht. Harpprecht erklärt:

»Tum quia ab initio adolescente praeceptis, de iure etiam publico, non sunt onerandi ... Tum quia jus publicum, nisi cognito prius privato, percipi haud facile potest.«<sup>27</sup>

Im 18. Jahrhundert wird mit der Konsolidierung des Ius publicum als Unterrichtsfach das Rangverhältnis zwischen dem »ius privatum/civile« einerseits und dem »ius publicum« und der »notitia rerum publicarum« andererseits umgekehrt. Dem öffentlichen Recht wird die Aufgabe zugewiesen, als Erklärungshilfe für das Privatrecht zu dienen. Typisch dafür ist die Forderung von Johann Stephan Pütter, der 1776 in seiner Enzyklopädie, die der Stoffordnung und Unterrichtsmethode gewidmet war, erklärte:

»Was übrigens das Verhältniß der verschiedenen Arten und Theile der positiven Rechte unter einander anbelangt, so gilt auch hier der Grundsatz aller Ordnung in Wissenschaften, daß diejenigen den andern vorgehen, die zu deren Erkenntniß Gründe hergeben; daß man zu den letztern also nicht schreiten solle, bis man in den erstern zuvor die nöthige Einsicht erlanget; und daß hingegen nur da, wo ein Theil der Rechtsgelehrsamkeit zur Erklärung des andern keine Gründe hergibt, die Ordnung gleichgültig seye, und eines neben dem andern zu gleicher Zeit getrieben werden könne. Nach diesem Grundsatz ist von jedem Staate dessen Staatsrecht billig vor dem Privatrechte zu erörtern. Denn kein Staatsrecht braucht leicht Sätze aus dem privat-Rechte eben desselben Staats. Wohl aber kann jenes zu Erläuterung des letztern dienen.«<sup>28</sup>

Das war die selbstbewusste Stimme des vom Privatrecht vermeintlich völlig emanzipierten »ius publicum«, das als Reichsstaatsrecht in der Göttinger Aufklärungsuniversität ein führendes Unterrichtsfach wurde. Es waren vor allem pädagogische Unterrichtszwecke, die Pütter das Rangverhältnis zwischen den beiden traditionellen Rechtskategorien zugunsten des »Staatsrechts« neu ordnen ließ, dem »billig der erste Platz gebühret«.<sup>29</sup> Der Staat und

26 J. A. BOSIUS, De prudentia et eloquentia civili comparanda ..., lenae 1699, 56.

Methodologie, Göttingen 1767, 73.

29 PÜTTER (Fn. 28) 92.

27 Commentariorum JOHANNIS HARPPRECHTI, Tomus primus commentarios in I. Institutionum Justinianearum Librum continet, editio secunda, Francofurti 1658, col. 84 (nr. 11).

28 J. ST. PÜTTER, Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und

sein wachsender rechtlicher Kompetenzrahmen treten immer mehr in den Vordergrund. Er wird zum Maßstab der Abgrenzung: »Was kein Staatsgeschäft ist, ... das ist ein Privat-Geschäft.« Diese Auffassung bestimmt bei Pütter den Diskussionspunkt über das Rangverhältnis.<sup>30</sup> Von einer Gleichberechtigung beider Bereiche wird man nicht sprechen können,<sup>31</sup> sondern von wechselnden Konjunkturen von privatem und öffentlichem Recht. Ähnlich betonte Johann Westenbergs 1770 die Bedeutung des »ius publicum« für das »ius privatorum«, soweit es in das Privatrecht hineinragt:

»... cum tamen ea, quae iuris publici sunt, in ius privatorum redundant, haec non minus quam ipsae leges civiles scitu necessaria sunt.«<sup>32</sup>

### III.

Eine erweiterte Dimension erhielt das Konkurrenz- und Rangverhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht durch die Debatten über die Kodifikation des Privatrechts im 18. Jahrhundert, in denen sich die Argumentationsrichtung der zitierten rechtswissenschaftlichen Stimmen fortsetzte – allerdings nun mit einer deutlich politischen Tendenz. Die Debatten des 18. Jahrhunderts zielten primär auf die Kodifizierung des Privatrechts und Strafrechts, aber die Bedeutung einer Kodifikation von Verfassungsregeln zu einer einheitlichen »Verfassung« wurde dadurch in das öffentliche Bewusstsein gehoben und aktuell. Dem privatrechtlichen Rechtsquellenpluralismus entsprach der unabgegrenzte Pluralismus der »leges fundamentales«, die »öffentliches Recht« im Sinne der Staatsorganisation, der Herrscherrechte und der Ständeordnung repräsentieren.<sup>33</sup> Die Parallele zwischen der Kodifikation des Privatrechts sowie einer Kodifikation von Verfassungsrecht ist offenkundig. Die »Verfassung« als in sich geschlossener Text ist ohne die Idee und Realisierung der Privatrechtskodifikation nicht denkbar. Beide wurzeln im Rationalismus der Aufklärung. Die Dichotomie privates und öffentliches Recht kehrt auf der höheren Ebene der Privatrechtskodifikation und des sogenannten »Regierungscodex« oder »politischen Kodex« wieder. Bereits seit 1768 hatte Maria Theresia die Schaffung eines »politischen Kodex« parallel zum Privatrecht in Auftrag gegeben.<sup>34</sup> Die Trennung von privatem Recht und den der öffentlichen Sphäre angehörenden

30 PÜTTER (Fn. 28) 18.

31 So J. SCHRÖDER, Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, hg. von H. LANGE (u. a.), Tübingen 1993, 961–974 (973).

32 J. O. WESTENBERG, Legum consuetudinumque austriacarum ea-

rum maxime, quae infra Anasum vigent, cum romano jure collatio ad ordinem digestorum, Viennae 1770, 9.

33 H. MOHNHAUPT, Von den »leges fundamentales« zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.–18. Jahrhundert), in: Ius Commune 25 (1998) 121–159.

34 Vgl die Materialien bei ST. WAGNER, Der politische Kodex. Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Österreich 1780–1818, Berlin 2004, 235 ff.

politisch brisanten Materien konnte dadurch erreicht werden. Das preußische ALR von 1794 dagegen vereinigte noch den gesamten privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsstoff einschließlich des Straf- und Kirchenrechts. Daraus ergab sich die viel diskutierte Frage, inwieweit das ALR als ein Verfassungersatz anzusehen sei.<sup>35</sup> Die Vermengung der Materien veranlasste Johann Georg Schlosser zur scharfen Kritik am Entwurf des preußischen Gesetzbuchs.<sup>36</sup> Im »Civilcodex« sah er »die Rechte von Bürger zu Bürger« im Sinne der »Gerechtigkeit« festgelegt, die nicht durch die Gesetze des öffentlichen Rechts beeinträchtigt werden dürften.<sup>37</sup> Diese nennt er den »Regierungscodex« und nimmt damit einen »Verfassungs«-Begriff in seine Überlegungen auf, obwohl ein in sich geschlossenes Gesetzbuch im Sinne einer Verfassung für Preußen noch gar nicht bestand. Die Trennung der beiden Rechtsbereiche ist das Ziel, um »Mißbräuche zu verhindern«:

»so wäre dazu kein anderes Mittel möglich als ein solches, welches den Vorrang des Civilcodex vor dem Regierungscodex festsetze, und die Bestimmung der Rechte aller Glieder des Staates gegen einander, als den ersten Zweck des Staates annähme, dem alle andere weichen müssten.«<sup>38</sup>

Es geht ihm darum, »den Civilcodex von dem Regierungscodex so entfernt zu halten, daß jener von diesem nicht täglich Einbrüche und Eingriffe zu besorgen hätte.«<sup>39</sup> Das »bürgerliche« Recht wird zum Garanten der bürgerlichen Freiheiten erklärt und die Trennung von Staat und Gesellschaft dafür als Grundlage angesehen. Vor einem anderen politischen Hintergrund und einer anderen Verfassungssituation entsprach das den posttotalitären Bemühungen nach 1945 und 1989/90, Wege zu den Bürgerfreiheiten wieder zu ebnet.<sup>40</sup>

**Heinz Mohnhaupt**

35 Vgl. R. VIERHAUS, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz?, in: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext, hg. v. B. DÖLEMAYER, H. MOHNHAUPT, Frankfurt a. M. 1995, 1–21.

36 Dazu D. GRIMM, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in

Deutschland, in: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, hg. v. W. WILHELM, Frankfurt a. M. 1972, 224–242 (224–226).

37 J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, Frankfurt 1789, 114, 129.

38 SCHLOSSER (Fn. 37) 115.

39 SCHLOSSER (Fn. 37) 116.

40 Vgl. oben S. 240.