

# Kategoriale Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht?

## Die Ordnung der Normen

### Der tote Drache

Über die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht ist bereits alles gesagt worden.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde verschiedentlich behauptet, sie bestehe bloß zum Schein und sei Ausdruck einer bürgerlichen Ideologie.

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts nahmen sich die einschlägigen Beiträge dann schon als posthume Würdigungen der Vorstellung aus, das unpolitische Privatrecht sei vom politischen öffentlichen Recht verschieden.

Die Geschichte der Unterscheidung ist die Geschichte des Ringens des Privatrechts um Selbständigkeit und einen „unpolitischen“ Status.

Sie ist für das Privatrecht bislang nicht gut ausgegangen. Unermüdliche Privatrechtstheoretiker glauben bis heute an ein Happy End.

### Normativität und Reduktionismus

Rechtsdogmatisch wird die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht nach den beteiligten Subjekten („Hoheitsgewalt“ oder nicht), der zwischen ihnen bestehenden Beziehung („Unterordnung“ oder nicht) oder dem Zweck der einschlägigen Norm („Gemeinwohl“ oder nicht) getroffen.

Die Fragilität der unter diesen Gesichtspunkten unterschiedenen Begriffe erklärt sich aus der speziellen Situation der Begriffsbildung.

Allgemein wollen begriffliche Klärungen eine allgemeine Regel für die Verwendung eines Prädikats in Auseinandersetzung mit paradigmatischen Anwendungsfällen entwickeln („abduzieren“). Was nicht unter die Regel fällt, obwohl eine Konvention dies nahelegen würde, muss als Ausnahme dargestellt werden.

Im Kontext der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht tritt eine doppelte Schwierigkeit auf. Zu den mitunter verworrenen Verwendungsweisen treten inkongruente Perspektiven hinzu.

Der Anspruch dogmatischer Theorien ist normativ schwach. Hinter dem Mischmasch sei eine verborgene Ordnung zu entdecken. Die Theoriebildung lässt sich durch Konfrontation mit dem Mischmasch leicht entkräften.

Normativ starke Theorien würden mit der bestehenden Sprachpraxis aufräumen.

Am imponierendsten wären reduktionistische Befreiungsschläge.

Wenn man nur sagen könnte, dass Privatrecht eigentlich öffentliches Recht sei, dann wäre alles leichter!

Wenn man nur sagen könnte, dass das öffentliche Recht Privatrecht sei, dann wäre alles gut!

Dann wäre alles Recht einfach Recht. Und wie cool wäre das?

### Gemütlichkeit

Aber den Befreiungsschlag kann man nicht ernsthaft erwägen. Die positivrechtliche Relevanz der Unterscheidung lässt jeden Reduktionismus als „abgehobene Theoriebildung“ aussehen („Ach, das ist Rechtsphilosophie!“).

Es bleibt das Fortwursteln (euphemistisch: „piecemeal social engineering“, © Sir Karl Popper), also das gelegentliche Rekurrieren auf theoretische Ansätze und das Jonglieren mit heterogenen Kriterien.

Am Weitermachen aus praktischer Unvermeidlichkeit ohne Rücksicht auf die theoretische Unzulänglichkeit erkennt man den Pragmatismus.

### Auffangordnungen

Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann bieten vor diesem Hintergrund eine funktionale Betrachtung. Sie stellt darauf ab, wie man Steuerungszwecke mittels Instrumentarien verwenden kann, die typisch privatrechtlich oder typisch öffentlichrechtlich sind.

So ergibt sich ein Bild von Verflechtung, von wechselseitiger Durchwirkung oder Kompensation und von partieller funktionaler Äquivalenz.

Somit lassen sich das öffentliche Recht und das Privatrecht als unterschiedliche Möglichkeiten deuten, die soziale Welt zu gestalten.

## **Die Ordnung des Handelns**

### Pragmatismus

Wer pragmatisch verfährt, lässt Pluralismus zu (also mehr als eine dogmatische Theorie) und versteht ein Ensemble von Begriffen und Prinzipien als etwas, mit dessen Hilfe man in Handlungskontexten verständigungsorientiert Ziele verfolgen kann.

### Ausdifferenzierung und Befreiung

Dazu lässt sich eine Geschichte erzählen.

Die markante und politisch signifikante Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist historisch mit einem Ausdifferenzierungsprozess verbunden, in dem sich beide Rechtsgebiete aus ihrem feudalen oder patrimonialstaatlichen Kontext gelöst haben.

### Die pragmatische Perspektive

Das öffentlich-rechtliche Vokabular ist Ausdruck der prinzipiellen Unabhängigkeit der politischen von der wirtschaftlichen Sphäre (und der Religion? – schwieriges Thema ...).

Die soziale Macht, die aus privaten Rechtspositionen hervorgeht, ist eine Folge der Verfügungsmacht über materielle Ressourcen.

Die politische Macht, deren Gebrauch das öffentliche Recht regelt und begrenzt, entspringt ihrem Anspruch nach kommunikativen Prozessen oder der geschickt erzeugten Massenloyalität (ja, aus diesem Satz spricht Habermas).

### Gegenläufige Emanzipationspotentiale

In dem Ausdifferenzierungsprozess werden gegenläufige Emanzipationspotentiale freigelegt.

Das Privatrecht befreit von Hierarchie und Abhängigkeit durch die Ermöglichung von Wettbewerb. Das gilt auch für das Verhältnis der politischen Ordnungen zueinander.

Das öffentliche Recht befreit von den gleichsam naturwüchsigen Konsequenzen des privaten Verhaltens (z.B. dem „Recht des Stärkeren“), indem es die Voraussetzungen dafür schafft, sie zu bewältigen und die Art der Bewältigung zu rechtfertigen (z.B. der „Stärkere“ wird vor Gericht gestellt und landet hinter Gittern).

Die Welt, in der wir leben, hat niemand geplant. Aber sie ist kein Schicksal.

Die sich selbst überlassenen privaten Verhältnisse tendieren dazu, jene Fusion von wirtschaftlicher und sozialer Macht zu reproduzieren, aus der die ausdifferenzierten Ordnungen hervorgegangen sind.

Im Verhältnis zu den in der „Privatrechtsgesellschaft“ entstehenden Hörigkeiten und der weit verbreiteten individuellen Ohnmacht bietet die Identifikation von öffentlicher Autorität etwas Befreiendes. Sie identifiziert die Gewalten und sozialen Mächte, die ihr verantwortlich sein sollen.

### Öffentliche Autorität

Um sich aus Hörigkeit und Ohnmacht befreien zu können, müssen Menschen allerdings feststellen, dass eine Situation sie gemeinsam etwas angeht. Sie müssen daran glauben, dass sie zusammenleben (Arendt, nicht Habermas).

Darüber hinaus setzt die Konstitution von öffentlicher Autorität Handlungsfähigkeit voraus.

Beides – der Eindruck zusammenzuleben und der Glaube an die gemeinsame Handlungsfähigkeit – stellt sich in einem globalen Kontext nicht ohne weiteres ein.

### *Droit politique*

Das öffentliche Recht gehört zur politischen Sphäre.

In dieser Sphäre werden Entscheidungen über das gemeinsame Vorgehen angesichts von Auffassungsunterschieden getroffen.

Das öffentliche Recht legt (im Innenverhältnis) kollektiv bindende Entscheidungsbefugnisse fest. Es mag daher keinem Zufall entsprungen sein, dass unter *ius publicum* zunächst das Verfassungsrecht verstanden worden ist.

Das *ius publicum* entstammt nicht einem exaltierten Ort jenseits der politischen Sphäre. Es ist ihr inhärent und beruht ebenfalls auf Entscheidungen.

Mit der Relevanz der Verfassung bietet das öffentliche Recht ein Gegenmodell zum natürlichen Privatrecht.

Wer sich auf Naturrecht beruft, will die politische Entscheidung darüber vermeiden, was als Naturrecht gelten darf, oder hat sich die Kompetenz dazu bereits angemaßt.

### Schluss

Das Rad muss nicht neu erfunden werden. Wir müssen uns nur daran erinnern, wodurch es bewegt wird.

Die Existenz von öffentlichem Recht lässt die soziale Welt so sehen, als ob sie auf kollektiv bindenden Entscheidungen beruhte.

Es ist Ausdruck gemeinsamen menschlichen Könnens.

Angesichts der Schwäche der politischen Sphäre im transnationalen Bereich interessiert uns die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht heute wohl unter den hier skizzierten pragmatischen Vorzeichen.