

## ***Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?***

*Gliederung mit Leitsätzen*

### **I. Kirchmanns Stachel**

- (1) Die Frage nach der kategorialen Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht ist Teil der andauernden Selbstreflexion der Rechtswissenschaft über ihren Charakter als Wissenschaft und ihre Grundlagen.
- (2) Die Themenstellung kann als Frage nach der Praxis der Unterscheidung, einer Theorie der Unterscheidbarkeit sowie als Frage nach der Funktion der Unterscheidung verstanden werden. Hier soll es vor allem um disziplinstrategische Funktionen der Unterscheidung gehen, die sich in der Sache nicht als kategoriale treffen lässt.

### **II. Die Grenzen der Unterscheidung – die rechtswissenschaftliche Perspektive**

#### **1. Leistungsgrenzen der Unterscheidung**

- (3) Öffentliches Recht und Privatrecht lassen sich nicht kategorial unterscheiden. Entgrenzungen zeigen sich auf der Ebene ihrer Geltungsgrundlagen, ihrer dogmatischen Figuren und ihrer funktionalen Verschränkungen. Sie werden außerdem durch Prozesse der Publizierung des Privatrechts sowie der Privatisierung des Öffentlichen, seines Rechts und dessen Durchsetzung markiert.
- (4) Die Unterscheidung bewahrt Distinktionskraft insoweit, als im Kern des Öffentlichen Rechts die Begründung staatlicher Macht, im Kern des Privatrechts hingegen die Entfaltung individueller Willkür steht. Allerdings ist auch diese Entgegensetzung immer weniger distinktiv, weil zunehmend staatliche Macht relativiert und private Macht ‚öffentlichkeitswirksam‘ wird.

#### **2. Strategien der Stabilisierung: Reduktion und Idealisierung**

##### **a) Reduzierung der Unterscheidung auf ihre dogmatische Seite**

- (5) Die Unterscheidung hat eine dogmatisch-praktische sowie eine theoretisch-disziplinäre Seite.
- (6) Eine kategoriale Lesart der Unterscheidung wird gegen die Erkenntnis ihrer Leistungsgrenzen dadurch stabilisiert, dass sie im Alltag auf ihre dogmatische Seite reduziert wird, der es um die Qualifikation von Normen und die Begründung von Zuständigkeiten und Kompetenzen geht. Die Eindeutigkeit der Unterscheidung wird hier rechtlich erzwungen.
- (7) Geht es um die Voraussetzungen und Grundlagen, um Kriterien und Dimensionen der Unterscheidung selbst, ist ihre theoretische Seite angesprochen, auf der die Unterscheidung begründet und entfaltet wird. Hier wird jene Komplexität angereichert, die auf der dogmatischen Seite strategisch reduziert wird.

##### **b) Idealisierung von Begriffen, Akteuren und Konzepten**

- (8) Weitere Stabilisierung erfährt ein kategoriales Verständnis der Unterscheidung dadurch, dass die zugrunde gelegten Begriffe von Öffentlichem Recht und Privatrecht, die Bilder

von Bürger und Staat sowie die Konzepte von Öffentlichkeit und Privatheit hochgradig idealisiert werden.

### **3. Die Frage nach dem Wozu der Unterscheidung**

- (9) Die Rede von der kategorialen Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht trägt nicht, da sie unter einem Auseinanderfallen von ‚Sein und Wollen‘ leidet. Dass gleichwohl an ihr festgehalten wird, legt die Vermutung nahe, dass sie verborgene Leistungen erbringt, die jenseits ihrer Distinktionskraft in der Sache liegen. Diese Leistungen werden durch eine wissenschaftstheoretische und wissenschaftssoziologische Fremdbeschreibung der Unterscheidung sichtbar.

## **III. Wozu unterscheiden? – die wissenschaftstheoretische Perspektive**

### **1. Die Volatilität des Rechts als wissenschaftstheoretisches Problem**

- (10) Die wissenschaftliche Behandlung des Rechts muss gegen seine Volatilität durch eine wissenschaftstheoretische Kompensationsleistung plausibilisiert werden.

### **2. Die Überhöhung der gegenständlichen Systematizität als Kompensationsstrategie**

- (11) Diese Kompensationsleistung liegt in der Behauptung nicht allein methodischer, sondern gegenständlicher Systematizität des Faches, wie sie in der kategorialen Lesart der Unterscheidung zum Ausdruck kommt.
- (12) Die allein historisch-sachgegenständliche Fundierung der Unterscheidung überschätzt deren inhaltliche Distinktionskraft und unterschätzt – nicht zuletzt wissenschaftsgeschichtlich – die Bedeutung einer Unterscheidung an sich.
- (13) Die Betrachtung der Unterscheidung verursacht ein Dissonanzgefühl, da ihre sachliche Angemessenheit schwindet, gleichzeitig aber das Bedürfnis nach disziplinärer Stabilisierung über eine Grundunterscheidung fortbesteht.
- (14) Das Festhalten an der Unterscheidung gelingt, weil eine Eigenschaft von Rechtsnormen in das Verständnis des Rechtssystems insgesamt interpoliert wird, nämlich ihre Kontrafaktizität. Die Kontrafaktizität der Unterscheidung richtet sich dabei gegen die offenkundigen Veränderungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft.

## **IV. Wozu unterscheiden? – die wissenschaftssoziologische Perspektive**

- (15) Über die Unterscheidung werden nicht nur Wissenschaftsgebiete, sondern auch Wissenschaftskulturen voneinander geschieden. Die Unterscheidung bildet zudem ein Feld, auf dem ein Hegemonialkonflikt um die Stellung als rechtswissenschaftliche Leitdisziplin ausgetragen wird.

### **1. Die Unterscheidung als solche von Wissenschaftskulturen**

#### **a) Wissenschaftskulturen als soziologisches Konzept**

- (16) Eine Wissenschaftskultur ist geprägt durch die Orientierung an Werten, Normen und Paradigmen sowie durch die Form, Organisation und den Produktionsmodus von Wissen. Wissenschaftskulturen sind also wert- und praxisgeprägt.

#### **b) Rechtswissenschaftliche Demarkationslinien**

##### **aa) Politisch sein oder nicht sein**

- (17) Das Privatrecht und seine Wissenschaft verstehen sich traditionell als unpolitisch, wiewohl die Allokation von Wirtschaftsgütern „Herrschaftsfunktion“ (*Hans Kelsen*) hat.

- (18) Strategisch beansprucht die Privatrechtswissenschaft damit einen Bereich politischer Unverfügbarkeit ihrer Gegenstände. Der Rekurs auf die Privatautonomie als Leitidee sichert mindestens symbolisch einen Kernbereich privatrechtswissenschaftlicher Eigenverantwortung gegenüber publizistischer Kolonialisierung, vor allem in der Form grundrechtlicher Imprägnierung des Privatrechts.
- (19) Daran zeigt sich auch, dass wissenschaftliche Paradigmen nicht allein ordnungsbildend für die jeweilige Wissenschaft als Institution sind, sondern zugleich identitätsbildend für diejenigen wirken, die in ihr forschen.

#### **bb) Rechtswissenschaftskulturen (nicht) kodifizierter Rechtsgebiete**

- (20) Für die Wissenschaftskultur eines Rechtsfaches als Professionsdisziplin ist es prägend, ob und in welchem Maße es sich um eine Kodifikation schart, vor allem, wenn diese weite Teile des Curriculums dominiert und strukturiert.
- (21) Der enge Bezug auf eine Kodifikation begründet ein spezifisches Verhältnis zur Methodenlehre und zur Dogmatik als Modus und Produkt juristischer Arbeit und fördert tendenziell eine Wissenschaft, die dogmatische Introspektion gegenüber konzeptioneller Theoriebildung favorisiert.

### **2. Die Unterscheidung als Ausdruck eines wissenschaftlichen Hegemonialkonflikts**

#### **a) Strukturen und Konflikte im sozialen Feld der Wissenschaft**

- (22) Wissenschaft ist ein soziales Feld, in dem Positions- und Machtkämpfe herrschen, bei denen es um die Formulierung und Durchsetzung von Deutungs- und Geltungsansprüchen geht.

#### **b) Die Unterscheidung als Auseinandersetzung zwischen Tradition und Moderne**

- (23) Die Unterscheidung und ihre Perpetuierung lassen sich als Ausdruck einer *Querelle des Anciens et des Modernes*, also als Hegemonialkonflikt zwischen Tradition (Privatrecht) und Moderne (Öffentliches Recht) deuten.
- (24) Der Hegemonialanspruch des Zivilrechts ruht auf einem Verständnis, das Tradition zur Quelle (wissenschafts-)institutioneller Legitimität macht. Für das Recht geht es dabei darum, ihm eine Art von Legitimität zu verleihen, die über die formale Legitimation durch Setzungsakt hinausreicht.
- (25) Die Tradition, die dem Privatrecht Legitimität verschafft, wird durch die Privatrechtswissenschaft gepflegt, sodann für sich selbst reklamiert, zu einer institutionellen „Geltungsgeschichte“ geformt und schlussendlich zu einem innerdisziplinären Vorranganspruch überhöht.
- (26) Verstärkt wird dieser Vorranganspruch dadurch, dass die Methodenlehre vor allem in Auseinandersetzung mit dem Privatrecht entwickelt wurde. Der Anspruch, über die Methoden des Faches zu gebieten, ist aber zentral, da die Methode der Wissenschaft ihren Erkenntnisgegenstand mitkonstituiert, damit ihr Proprium mitbestimmt und eine spezifische Wissenschaftskultur prägt.
- (27) Eine vergleichbar legitimitätsvermittelnde Traditionsquelle, wie sie das Privatrecht und seine Wissenschaft für sich fruchtbar machen können, scheint für das Öffentliche Recht nicht zu existieren bzw. nicht gepflegt zu werden.
- (28) Der Eindruck einer fehlenden Traditionsquelle des Öffentlichen Rechts wird durch seine Verkürzung auf das Recht des konstitutionellen Staates befördert. Der hohe Grad an Institutionalisierung und politischer Relevanz, die dieser ihm verliehen hat, verleitet dazu, darin geradezu den Einsetzungsakt des Öffentlichen Rechts zu sehen. Das Öffentliche

Recht bezieht seine Legitimität *cum grano salis* daher nicht aus Tradition, sondern aus Satzung.

- (29) In der Entgegensetzung dieser Legitimitätsquellen bildet sich zugleich eine Veränderung des verfassungsrechtlichen Legitimationskontextes ab. Der demokratische Rechtsstaat kann Tradition als Quelle rechtlicher Normativität schlechter akzeptieren als der Absolutismus oder die konstitutionelle Monarchie. Er verlangt den rationalen Satzungsakt.

## V. Hinterm Horizont geht's weiter

- (30) Auch im Bereich der wissenschaftstheoretischen und -soziologischen Funktionen der Unterscheidung sind Relativierungen auszumachen, die belegen, dass sich Öffentliches Recht und Privatrecht nicht kategorial unterscheiden lassen.
- (31) Wir befinden uns in einer disziplinären Übergangsphase, in der das Sprechen von der Unterscheidung immer weniger sachliche Distinktionskraft und stattdessen zunehmend performative Wirkung hat. Von der Unterscheidung zu sprechen bedeutet dann, sie – wie auch immer – zu treffen.
- (32) Zukünftig zu erwarten ist erstens eine Emanzipation des Verfassungsrechts, mindestens der Grundrechte, aus der Domäne der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht und eine Behandlung entsprechender Fragen gemeinsam mit der Privatrechtswissenschaft: Konstitutionalisierung ist nicht länger eine Einbahnstraße.
- (33) Zu erwarten ist zweitens ein Bedeutungszuwachs von Querschnittsmaterien, die bereits jetzt nicht mehr sinnvoll in nur einem der Fächer erörtert werden können. Dazu zählt etwa die Organisationsverfassung korporativer Gemeinwohlakteure sowie – damit eng verbunden – Fragen der vergleichenden Beschreibung, Bewertung und Beschränkung staatlicher und privater Macht und deren jeweiliger Verpflichtung auf das Gemeinwohl.