



dass der „weise Patriarch“ (Staat) das tradierte Versprechen, die Gesellschaft autonom zu steuern, „nicht mehr wirksam einzulösen“ vermag.

Die erkannten Entwicklungen sieht *Scherzberg* in der Politikwissenschaft bestätigt, die einen „Abschied vom Staat“ proklamiert. Aufgrund dieser Erkenntnis versucht der Autor eine Neuorientierung und wendet sich ökonomischen Sozialtheorien zu: diese fordern einen Minimalstaat (*Nozick*), der ein „beiläufiges Produkt eines ökonomischen Geschehens“ sei, einen „freiheitsverpflichteten Staat“ (*Hayek*), der sich auf die Ermöglichung der Bildung spontaner Ordnung beschränkt, einen „konsensverpflichteten Staat“ (*Buchanan*), der Mehrheitsentscheidungen nur trifft, wenn dies den empirisch feststellbaren Präferenzen aller Gesellschaftsmitglieder entspricht, oder den „effizienzverpflichteten Staat“, der Eigentum, Haftung und Rechtsschutz regeln soll. All diesen Theorien ist eine Hilfsfunktion des öffentlichen Rechts zu entnehmen, das in einer Privatrechtsgesellschaft subsidiär ist (S 25).

*Scherzberg* wendet sich in weiterer Folge aber gegen diese Theorien, indem er die angenommenen Prämissen kritisiert. Es handelt sich dabei um individualistische Theorien, die in der Nutzenmaximierung des Einzelnen den einzig legitimen Maßstab sehen. Dadurch würde der Schutz Dritter oder nachfolgender Generationen zu kurz kommen.

„Bei individuellen Kosten-Nutzen-Relationen, die als Maßstab für Effizienz und Legitimation staatlichen Handelns verwendet werden, wird nicht erkannt, dass sich Interessen innerhalb von Gruppen qualitativ anders aggregieren als bei miteinander nicht verbundenen Einzelnen.“ (S 27) Das Gruppeninteresse stelle so ein „Gegenstück zur individuellen Nutzenmaximierung“ dar. So folgen menschliche Entscheidungsprozesse nicht nur der Nutzenmaximierung, sondern „vielfach auch sozial vermittelten Regeln und Heuristiken“. (S 30) Das Recht wirkt wegen der „Sozialität des Menschen als Ausdruck kollektiver Erwartungen auf sein individuelles Gewissen“ zurück.

Zuletzt wird durch ein Relativitätsargument auch noch der Beobachtungsstandpunkt dieser Theorien kritisiert. Objektive Maßstäbe gibt es nicht. Die „Ungewissheit“ sollte als „nicht hintergehbare Voraussetzung“ akzeptiert werden. Bei Verlust „materieller Wahrheitsansprüche“ bleibt nur noch ein „prozedurales Konzept der politischen Wahrheitssuche“ – der „politische Diskurs ist als evolutiver Lernprozess zu installieren“. Demokratischer Diskurs im Wege des „trial and error“ führt zu fortlaufend neuen Entscheidungen in einer kulturellen Evolution. Dabei soll aber auch nicht das kollektive Wohl über das des Einzelnen gestellt werden. Gefordert wird ein „re-entry“ in *Luhmanns*. Die Institution, die als „wohl einzige“ diesen „re-entry“ durchführen kann, sei das Recht. Die Legitimation für das Recht ist als prozedurales Mittel für die gesellschaftliche Integration anzusehen.

Dieser Ansatz der Neukonzeption wird hinsichtlich „materieller Steuerung ... durch Definition von Staatsaufgaben“ dargestellt. Dabei zeigt sich, dass bestimmte Werte im Grundgesetz mit Ewigkeitsklausel fixiert sind. Alle anderen Werte können verändert werden. Dass es zu keiner „Entäußerung der Staatsgewalt“ kommen darf, zeige sich aus dem Maastricht-Urteil des BVerfG, dass der Deutsche Bundestag auch weiterhin „Aufgaben und Befugnisse mit substanziellem Gewicht“ wahrzunehmen hat. Aus dem beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt seien keine Staatsaufgaben zu erkennen. Ansonsten ergeben sich „notwendige Staatsaufgaben“ aus Staatszielbestimmungen und Grundrechten. Die „schutz- und leistungsrechtliche Komponente der Grundrechte“ setzt sich von der ökonomischen Analyse des Rechts ab. Grundrechte verpflichten nicht zur „Effizienz“. Aus dem Rechts-

staatsprinzip kann sich die „Eigenständigkeit der Aufgabenerfüllung“ ergeben (S 41).

Abschließend weist *Scherzberg* auf die nächste Phase der gesellschaftlichen Entwicklung hin: „die postnationale Demokratie“. Die Bedeutung des Staates reduziert sich vom „Patriarch“ zu einem von „vielen Knoten“ in einem „Netzwerk verschiedener Akteure“. Die postnationale Gesellschaft kann daher auch „die Verantwortung für das Funktionieren des Gemeinwesens deshalb nicht mehr ausschließlich auf öffentliche Institutionen, auf den Staat ... abwälzen.“ Dies bedeutet aber nicht, dass die Menschen der dezentral selbststeuernden Gesellschaft sich nicht als „homo oeconomicus“ verhalten, sondern als „homo sapiens“ erkennen, dass „jede ihrer außenwirksamen Entscheidungen die Zukunft ihrer Mitwelt“ mitgestaltet (S 43). Dem Staat erwache eine letzte Funktion und zwar eine edukative. Die Angehörigen des Gemeinwesens sind zu befähigen, Gruppeninteressen von persönlichen Lebensinteressen zu unterscheiden, Rollenanforderungen wahrzunehmen oder als Repräsentanten von Gruppeninteressen zu agieren. Die Rolle des Rechts ist es, kollektive Erwartungen und kollektive Bindungen deutlich zu machen. Der Staat wird vom Patriarch zum „Lehrmeister“, der dadurch das Schicksal der Schutzbefohlenen sichert“ (S 44).

Dem Autor ist es mit dieser Arbeit gelungen, auf unterschiedlichen Ebenen die Entwicklungen der letzten Jahre zu definieren und seinen eigenen diesbezüglichen Standpunkt zu entwickeln. Die Frage des „Wozu öffentliches Recht?“ entpuppt sich als Hinterfragen des Rechts überhaupt. Bei der Beschreibung dieser – notwendigerweise außerrechtlichen – Grundlagen werden gesellschaftliche Neuorientierungen im Europa des 21. Jhdts sichtbar: Entwicklungen wie Europäisierung, Entgrenzung, Privatisierung, usw. verlangen vom „Staatsrechtslehrer eine Neupositionierung. Der Staat wird als ein Mitspieler im Netzwerk entlarvt; die Bedeutung einer edukativen Funktion des Staates idealisiert.

Die Kritik an ökonomischen Konzepten richtet sich gegen normative ökonomische Theorien des Rechts. Diese stellen die rechtlichen Konzeptionen in Frage. Soweit aber Modelle der Ökonomik durch das Recht Anwendung finden, wird keine „Neukonzeption“ des Staates umzusetzen sein, sondern die Implementierung positiver ökonomischer Theorien des Rechts im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates anzudenken sein.

Der normative Vorschlag *Scherzbergs*, die Aufgaben des öffentlichen Rechts im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinwohl und individuellen Interessen anzusiedeln, erscheint eher die Fragestellung zu verlagern, nämlich in die Festlegung von Gemeinwohlinteressen. Liegt es doch bei der durch den Staat organisierten Bevölkerung, die Gemeinwohlinteressen (demokratisch) festzulegen. Wird versucht, die Gemeinwohlinteressen rechtsphilosophisch zu begründen, kann dadurch die zentrale Aufgabe des Staates, seine Funktionen selbst festzulegen, nicht mehr wahrgenommen werden.

Die vorgeschlagene edukative Funktion des Staates als Erzieher entspricht mehr der kritisierten Vorstellung des Staates als Patriarch denn einer „letzten Funktion“ des Staates. Der Abschied wird nicht vom Staat zu nehmen sein, sondern von Staatsmodellen. Die Überprüfung von staatlichen Instrumenten auf ihre Steuerungsfähigkeit ist daher Aufgabe politischer Entscheidungen. Die rechtliche Ausgestaltung von öffentlichem Recht wird daher ebenso wie die Organisation des Staates weiterhin im Wandel begriffen sein. Die Ent- und Weiterentwicklung des Rechts kann daher zu Restrukturierung und Paradigmenwechsel führen. Eine generelle Fragestellung: „Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?“ erscheint aus diesem Blickwinkel aber nicht geboten.

Konrad Lachmayer