

Schwamm, S. 2, FKHC, Rz. 13. *Rechtswörter im Binnbild*, § 132 (Rz. 2). Hierdurch wird ausdrücklich die Haftung für das Verschulden am Gefährten analog § 19 Abs. 1 StV, § 14 Abs. 1 StGB als „unabhängig von der Haftung für das Verschulden am Gefährten“ bezeichnet. Die Haftung für das Verschulden am Gefährten ist im konkreten Fall ebenso zu bejahen wie nach III 1992, 150 mit Ausnahme der Haftung eines Nachsehers (Zu Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit der Gefährten ZVR 1996/22, siehe *Rechtswörter* 400). Bezieht man aber eine analoge Anwendung der

§ 19 Abs. 2 FKHC bei der Trennalienhaftung, so ist vor dem Hintergrund der Beschränkung der Anwendung dieser Bestimmung auf Straßenfahrzeuge (ZVR 1986/3, Planerrunde, Idazv, *Abwäg.*, FKHC, S. 2, Rz. 13), ZVR 1996/18, Resonanzmaschine überaus fragwürdig, zu unterschiedlichen Denitionen von Kfz in Österreich und Deutschland (s. *Abwäg.*, III 1995, 112, der prägnant von zurecht gesetzestechnisch definierten „Zweifelhaftigkeit“ spricht, zum Unfall mit einem Flugzeug (s. *Rechtswörter*, ZVR 1994, 195).

Beate Alamy



→ Nachtrag (und Erratum) zu ZVR 2004/119 (OGH, 23. 9. 2004, 2 Ob 180/04-s)

Der OGH hat in dieser Rechtssache mit B. v. 20. 12. 2004 gem. § 419 ZPO die Summe der Geschätzgebühren an die K. zurückverpflichtet. Nicht angelegene Teilzahlungen auf € 180,00 sind als „auf das Beweis- und Streitgegenstand“ nicht anlegbar, § 419 Abs. 1 ZPO, und wurde die Schuld darüber in den Teilnehmendenschieden (ZVR 2004/403) Mittel für die rechtswissenschaftliche Ermittlung um den Umfange

den Abzugsbetrag von € 29.069,18 auf den nunmehr festzulegenden neuen Summenbetrag von € 180,00 € vergrößert. Von diesen Änderungen nicht betroffen sind sowohl der Z. streitgegenstand des OGH abgeändert und reduzierten Schmeizendes in Höhe von (local) € 100,000, als auch die Kostenberechnung nach § 43 Abs. 2 ZPO für das vorliegende erste Instanz, insoweit dies die erste Zeile des ersten Rechtssatzes in ZVR 2004/119 von € 200,000 auf € 100,000 ebenfalls nicht korrigiert.



Buchbesprechungen

Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?

Erfurter Beiträge zu den Staatswissenschaften. Hrsg. von Frank Ettrich, Arno Scherzberg, Gerhard Wegner. Heft 1. Von Arno Scherzberg, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2003. 44 Seiten, € 18,95.

Der Beitrag von Scherzberg ist aus dessen Antrittsvorlesung an der Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Erfurt entstanden. Die Publikation dieser grundlegenden Gedanken hat den Autor veranlasst, gemeinsam mit seinen Kollegen Ettrich und Wegner eine Schriftenreihe „Erfurter Beiträge zu den Staatswissenschaften“ ins Leben zu rufen, deren erstes Heft hiermit vorliegt. Der den Gegenstand der „Staatswissenschaften“ in Frage stellende Titel lässt sowohl eine Legitimation des öffentlichen Rechts als auch Neupositionierung erwarten.

Zu Beginn führt Scherzberg den Leser in eine eigenwillige Begrifflichkeit, die versucht, das Recht aus neuer Perspektive zu erfassen. Dabei beginnt der Autor mit einer dialektischen Unterscheidung. Auf der einen Seite stehe die „Wissenschaft“, mit Blick auf das Detail; sie übermittle „keine Überzeugungen“, „gibt nur das Wahrgenommene wieder“ – „Naturwissenschaft“. Auf der anderen Seite stehe als „fast unvereinbare Alternative“ die „Erzählung“, „die Perspektive auf das Ganze“, das Prägen „von Überzeugungen“, das Formen von „Empfängerhorizont“ – „Religion“ (S 1). Verbunden werden diese Gegensätzlichkeiten durch die „Konstruktivität allen Beobachtens und Beschreibens“. Denn die Wissenschaft setzt Prämissen, „nimmt Perspektiven“ ein, die wiederum durch „das Angebot der Geschichte“ eine Einordnung „in ein System des Ganzen“ ermöglichen (S 2).

Das Recht wird in dieser Unterscheidung als Erzählung, weil wertend und Nicht-Wissenschaft begriffen. In der verfassungs-

rechtlichen Erzählung legt der Autor die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht anhand der hL dar. Dabei zeigt sich „die Erzählung vom Staat als patriarchalisches Zentrum der Gesellschaft, das deren Entwicklung zum Wohl der Allgemeinheit durch Gesetzgebung und Verwaltung dauerhaft und weise lenkt“, als überholt (S 9). Die darauf folgende Darstellung zeigt den Weg des Staates vom „liberalen Rechtsstaat“ über den „Sozialstaat“ zum „Vorsorgestaat“, bei dem „zunehmend mehrpolige Verteilungskonflikte“ zu lösen sind, die sich an „ideologischen, ethnischen oder religiösen Differenzen entzündeten“. Regierung und Verwaltung sind außerdem mit „entgrenzten Räumen“ und komplexen Wirkungszusammenhängen sozialer, ökonomischer und ökologischer Art konfrontiert, bei denen die „staatliche Informationslage prinzipiell defizitär“ ist (S 12). Dem Recht als einer „auf Dauer angelegten, allgemeingültigen Ordnung der Verhältnisse von Staat und Gesellschaft“ gelingt es in einer sich immer schneller ändernden Umwelt immer weniger, Ungewissheiten zu steuern, weshalb es auch „zunehmend prozedural und final“ strukturiert wird. „Das Recht des Vorsorgestaates verschleift ... Regel und Anwendung“, ist damit aber offen für „untergesetzliche Konkretisierungen“ und Abwägungen, sodass „das Gesetz als Handlungsinstrument ad absurdum“ geführt ist (S 14). Aus einer wissenschaftlichen Betrachtung ergeben sich Phänomene der „Dezentralisierung“, der „Privatisierung“ und der „Entnationalisierung“ des Staatlichen. Durch „Kompetenzverlagerung auf Private“ im „aktivierenden Staat“ beschränkt sich der Staat auf eine „Gewährleistungs- oder Auffangverantwortung“. Ein Gewaltmonopol „verbleibt dem Staat danach ... nur noch für den Schutz öffentlicher Güter“ (S 19). Zusammenfassend ergibt sich für den Autor die an den Anfang des Beitrages gestellte Feststellung,

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