

Die Gute Herstellungspraxis zwischen Sein und Sollen

Rechtstheorie und Praxis im Lebensmittelrecht

VON
Kurt-Dietrich Rathke

1. Auflage

Die Gute Herstellungspraxis zwischen Sein und Sollen – Rathke

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Lebens- und Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60885 8

übernommen wurden³⁶⁷. Sie bezogen sich auch auf Grundsätze, die den Gegenstand dieser Arbeit berühren, insbesondere die von ihm vertretene relativistische Rechtsphilosophie und die Bedeutung des Naturrechts. Hinzukommt, dass Radbruch auch auf die jüngsten Rechtstheorien Einfluss hat oder zumindest beachtet wird. Es ist deshalb durchaus veranlasst, hier auf Radbruch einzugehen.

Radbruch ging zunächst uneingeschränkt davon aus, dass Sein und Sollen strikt zu trennen sind. Er bezog sich dabei auf Kant und führte – auch noch in der letzten Auflage seiner Rechtsphilosophie – aus: *Die kantische Philosophie hat uns über die Unmöglichkeit belehrt, aus dem, was ist, zu erschließen, was wertvoll, was richtig ist, was sein soll. Niemals ist etwas schon deshalb richtig, weil es ist oder weil es war – oder auch, weil es sein wird*³⁶⁸. Daraus ergibt sich nach Radbruch eine Ablehnung des Positivismus, der aus dem Seienden, des Historismus, der aus dem Gewesenen und auch des Evolutionismus, der aus dem Werdenen auf das Gesollte schließt. *Wertbetrachtung und Seinsbetrachtung liegen als selbständige, je in sich geschlossene Kreise nebeneinander. Das ist das Wesen des Methodendualismus*. Nach Radbruch sind mithin *Sollenssätze nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar und nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig*³⁶⁹.

Damit schließt Radbruch jedoch nicht aus, Sollenssätze aus der „Natur der Sache“ zu gewinnen. Um dies zu verdeutlichen, bezieht er sich auf das Verhältnis zwischen künstlerischer Idee und dem Material und nennt als Beispiel den Marmorblock, in dem Michelangelo visionär die Gestalt des David vorausgeschaut habe; dieses Verhältnis werde *die Stoffbestimmtheit der Idee, in dem wir uns dem Doppelsinn dieser Bezeichnung – durch den Stoff bestimmt, weil für den Stoff bestimmt – bewusst zu eigen machen* genannt. Eine solche Schau der Idee in dem Stoffe, den sie zu formen bestimmt ist, sei aber nur *ein Glücksfall der Intuition, nicht eine Methode der Erkenntnis*. Für das methodische Erkennen bleibe es also dabei, dass Sollenssätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abgeleitet, nicht aus Seinstatsachen induktiv begründet werden können. Diese Unableitbarkeit des Werts aus der Wirklichkeit kennzeichne jedoch ein logisches, nicht etwa ein kausales Verhältnis³⁷⁰. Es werde nicht behauptet, *dass Wertung nicht durch Seinstatsachen verursacht, vielmehr dass sie aus ihnen nicht begründet werden können*.

³⁶⁷ Vgl. das *Vorwort des Herausgebers* (Erik Wolf) zur *vierten Auflage*, Rechtsphilosophie S. 7 ff.

³⁶⁸ Rechtsphilosophie S. 97.

³⁶⁹ A. a. O. S. 100.

³⁷⁰ A. a. O. S. 98.

Diese Unterscheidung zwischen einer „Verursachung“ und einer „Begründung“ von Wertungen und damit auch von Sollenssätzen aus der „Natur der Sache“ legt es nahe zu überlegen, ob Radbruch damit die strenge Trennung von Sein und Sollen verlassen hat. Das Beispiel, das Radbruch für seine Unterscheidung gibt, nämlich der von Michelangelo geschaffene Kopf Davids, spricht dagegen; zwar musste Michelangelo in seiner künstlerischen Vorstellung das Material – nämlich Marmor – gedanklich einbeziehen, es bleibt damit aber Gegenstand der künstlerischen Vorstellung und wird nicht zu einem inhaltlichen Element. Beschränkt sich aber die Verursachung auf die Notwendigkeit einer Regelung, ohne dass damit ein materieller Inhalt verbunden ist, bleibt es bei der Trennung von Sein und Sollen.

Die Frage ob Radbruch die strenge Trennung von Sein und Sollen doch eingeschränkt hat, stellt sich aber im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zu den Grundsätzen des Naturrechts, in seinem Aufsatz „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“, der von Erik Wolf als Anhang Nr. 1 ab der 4. Auflage der Rechtsphilosophie angefügt wurde. Denn die konsequente Trennung zwischen Sein und Sollen wird durchbrochen, wenn unter Naturrecht nicht eine Idee, sondern ein Sein, verstanden wird. Das trifft für die angegebenen Stelle zu; denn Radbruch führt dort aus: *Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung ... man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht. Gewiss sind sie im einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Mensch- und Bürgerrechte mit so weit reichender Übereinstimmung gesammelt, dass in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrecht erhalten kann*³⁷¹. Damit wird die ursprünglich von Radbruch vertretene Zurückweisung des Naturrechts verlassen. Ob Radbruch dabei die gesammelten Rechtsgrundsätze dem Sollen oder – eventuell als gemeinsames Bewusstsein der Angehörigen eines Volkes – dem Sein zuordnen wollte, lässt sich aus seinen Ausführungen nicht eindeutig erkennen. Wäre eine Zuordnung zum Sein zu bejahen, würde Radbruch eine unmittelbare Beeinflussung des Sollens durch das Sein bejahen.

Eine Anerkennung von seienden Rechtsgrundsätzen wäre allerdings nur dann hier relevant, wenn es sich bei der Herstellungspraxis um einen Rechtsgrundsatz als *festen Bestand* aus der *Arbeit der Jahrhunderte* handeln würde. Das lässt sich jedoch ohne nähere Begrün-

³⁷¹ A.a.O. S. 336.

dung ausschließen. Denn die Praxis der Herstellung von Lebensmitteln ändert sich schon auf Grund des technischen Fortschritts laufend und kann deshalb niemals ein Rechtsgrundsatz aus der Arbeit der Jahrhunderte sein.

Es bleibt mithin dabei, dass auch nach den rechtsphilosophischen Auffassungen von Radbruch, bezogen auf den Gegenstand dieser Arbeit, aus dem Sein ein Sollen nicht entnommen werden kann.

4.4.2 Engisch

Ebenso wie Radbruch kann Engisch, obgleich verstorben, ohne Einschränkung den Rechtslehren zugerechnet werden, deren Auffassungen auch heute noch aktuell sind. Denn seine Einführung in das juristische Denken ist, wenn auch von Württemberger und Otto herausgegeben und bearbeitet, nunmehr in 10. Auflage 2005 erschienen³⁷².

Engisch fasst das in Rechtsnormen bestimmte Sollen als Imperativ auf³⁷³. Ihre Wurzel sieht er in den Bewertungsnormen³⁷⁴. Die Rechtsnormen sind jedoch keine hypothetischen Imperative im Sinne von Kant, weil das Recht selbst den Zweck festsetzt. Obgleich sie deshalb ihrem Grunde nach kategorische Imperative sind, ist aber zu beachten, dass in Gesetzen Bedingungen enthalten sein können, z.B. das Tötungsverbot unter der Bedingung, dass keine Notwehr vorliegt. Engisch bezeichnet die Rechtsnorm trotzdem nicht als hypothetischen Imperativ, sondern – um Verwechslungen mit dem hypothetischen Imperativ Kants zu vermeiden – als *konditionellen Imperativ*. Sollen ist hiernach bei Engisch ein bedingter Imperativ, die bedingte Anordnung einer Leistung, einer Duldung oder einer Unterlassung.

Daraus ergibt sich, dass zwischen Vordersatz – dem Tatbestand – und Nachsatz – der Rechtsfolge – getrennt werden muss. *Zum Tatbestand gehört alles, was die Situation betrifft, an die das Sollen gebunden ist, zur Rechtsfolge alles, was den Inhalt dieses Sollens bestimmt*³⁷⁵.

Das führt allerdings noch nicht zu einer Trennung von Sein und Sollen. Zwar ist das Sollen eindeutig dem Nachsatz zugeordnet, zum Tatbestand – aus positiven und negativen Elementen – gehören aber bei Engisch nicht nur alle äußeren, sinnlich wahrnehmbaren sowie in-

³⁷² A. a. O. S. 26.

³⁷³ Einführung S. 20, 23; Beiträge S. 32.

³⁷⁴ Inzwischen in 11. Auflage 2010.

³⁷⁵ A. a. O. S. 32, 33.

nere, psychische, subjektive Momente, die nach der Abgrenzung in Teil 1 dem Sein zugeordnet wurden; neben diesen deskriptiven Merkmalen sind bei Engisch im Tatbestand auch wertbezügliche, normative Merkmale vorzufinden, z.B. Verstoß gegen die guten Sitten in § 826 BGB³⁷⁶, die in dieser Abgrenzung des Seins nicht enthalten sind. Dass Engisch diese normativen Merkmale, mit denen er sich im Zusammenhang mit Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen ausführlich befasst³⁷⁷, dem Sein zuordnet, kann aber ausgeschlossen werden.

Auch damit ist aber die Abgrenzung von Sein und Sollen bei Engisch noch nicht klar. Er hebt nämlich besonders hervor, dass sowohl der Tatbestand wie auch die Rechtsfolgeanordnung als Elemente des Rechtssatzes abstrakt-begriffliche Gebilde sind. *Tatbestand und Rechtsfolge als Rechtssatzelemente dürfen daher nicht verwechselt werden mit dem konkreten Lebenstatbestand und mit der konkreten Rechtsfolge, wie sie anhand des Rechtssatzes ausgesprochen wird.* Den konkreten Tatbestand nenne man deshalb deutlicher Lebenssachverhalt³⁷⁸. Daraus ergibt sich zwar, dass Engisch ebenso wie Kant einen prinzipiellen Unterschied zwischen Sein und Sollen sieht; wo aber die deskriptiven Elemente des Tatbestands einzuordnen sind, ob sie einer eigenen, von Sein und Sollen getrennten Kategorie zugehören, bleibt, soweit ersichtlich, offen.

4.4.3 Esser

Während für Engisch die prinzipielle Trennung von Sein und Sollen nahezu selbstverständlich ist, scheint das bei Esser nicht so zu sein. Das ergibt sich aus dem Begriff des Vorverständnisses, der im Mittelpunkt seiner wichtigsten Veröffentlichung³⁷⁹ steht und den er auch in den Titel dieser Veröffentlichung aufgenommen hat. Denn das Abstellen auf ein Vorverständnis des Rechtsanwenders bei der Rechtsfindung kann durchaus die Möglichkeit einschließen, aus einem Sachverhalt normative Elemente zu gewinnen und bei der Beurteilung zu berücksichtigen.

Dafür spricht auch die Kritik von Esser an Methodenlehren als Leerformeln und bloßen Bekenntnisaussagen, weil sie beim Modell

³⁷⁶ Einführung S. 33.

³⁷⁷ Einführung S. 163 ff.

³⁷⁸ Einführung S. 34, 35.

³⁷⁹ Vorverständnis und Methodenwahl.

der Rechtsnorm von Sollensätzen ausgehen, die durch bloß syllogistische Folgerungen konkretisiert werden³⁸⁰.

Schließlich kann auch sein Misstrauen gegenüber *tröstlichen Vorstellungen von der Selbstverwirklichung eines objektiven Geistes und objektiver Werte in unserer sozialen Wirklichkeit und einer vermeintlich vorgegebenen Eigengesetzlichkeit juristischer Denkfiguren* als Hinweis auf eine Aufhebung der prinzipiellen Trennung von Sein und Sollen interpretiert werden. Denn nach seiner Auffassung soll es allein in der Verantwortung des Handelnden und Entscheidenden liegen, eine Institution neu zu verstehen und die Folgen seiner Entscheidung abzusehen; davon könne niemand den Praktiker entlasten. Dementsprechend ist nach Essers Auffassung die Entscheidung *nirgends schlechthin vom Gesetz geboten, ist das Werturteil voll aus der Norm zu entnehmen*³⁸¹.

Die Möglichkeit eines unmittelbaren Übergangs – sogar – aus dem Sachverhalt in eine Norm könnte Esser unterstellt werden, wenn er in Vorverständnis³⁸² ausführt: *Das grundlegende und Wegweisende muss aus der Wirklichkeit selbst gefunden werden*. Gemeint ist aber damit nicht die Wirklichkeit in Form des Sachverhalts, über den zu entscheiden ist, sondern die Wirklichkeit der Persönlichkeit des Richters für die Gestaltung des Rechts. Dass auch Esser³⁸³ klar zwischen dem Sachverhalt als Sein und der Norm als Sollen unterscheidet, ergibt sich aus seiner Bezugnahme auf die *beiden Seiten, der Sachverhaltsseite und der Normseite* sowie der Bezeichnung des Rechts als *Sphäre des Sollens*³⁸⁴.

Ebenso zu verstehen ist der Satz, *Recht könne nicht gefunden werden, ohne eine entsprechende Weisung; ein Wahrspruch ist nicht wahr ohne die Kriterien, die seine Richtigkeit beurteilen lassen*³⁸⁵. Eindeutig ergibt sich auch für Esser die Trennung von Sein und Sollen, wenn er ausführt, Konflikte seien *durch ein Handeln und Entscheiden zu regeln, welches normative Maßstäbe in der Ebene gedanklicher Zielvorstellungen und Bewertungen voraussetzt. Eine soziale Institutionen kann zwar als etabliertes Modell von Verhaltenserwartungen die Existenz entsprechender rechtlicher Normen postulieren und indizieren. Sie ist aber als soziales Faktum nicht schon selbst Norm oder gar Normquelle. Sie ist vom genauen Dasein schon dadurch unterschieden,*

³⁸⁰ Vorverständnis S. 9.

³⁸¹ A. a. O. S. 132.

³⁸² A. a. O. S. 120.

³⁸³ A. a. O. S. 54.

³⁸⁴ A. a. O. S. 168, 169.

³⁸⁵ A. a. O. S. 17.

dass sie auf die jeweils bestehende Praxis angewiesen ist, während die Norm kraft ihres Geltungsanspruchs gerade hieron unabhängig existiert, das heißt verbindlich ist.³⁸⁶

Damit ist jedoch wiederum noch nicht geklärt, ob Esser die tatsächlichen Elemente eines gesetzlichen Tatbestandes – auch – dem Sein zuordnet. Ein Hinweis dafür ergibt sich aus seiner Feststellung, *wo das Verständnis der Regelungsaufgaben von dem Durchgriff auf das Tatsachenverständnis z. B. im soziologischen, politologischen oder kriminologischen Sinne abhängt, bleibe doch die Rückbindung an den gegebenen Auftrag bestehen*³⁸⁷. Dass damit tatsächliche Elemente, insbesondere aus einer technologischen Bewertung, in das Sollen einfließen, wird aber von Esser mit dem nachfolgenden Satz ausgeschlossen, zumindest übergangen; er führt aus, die Rückbindung an den gegebenen Auftrag bleibe bestehen, der Auftrag zur Rechtsanwendung beziehe sich nicht auf wissenschaftliche Forschung, sondern auf eine rechtskonforme Regelung anhand des gegebenen Ordnungsmodells. Die Rechtsnorm habe eine von der sozialen Wirklichkeit unabhängige Existenz.

4.4.4 Larenz

Obwohl die aktuelle Bedeutung von Larenz in erster Linie durch seine Methodenlehre begründet ist, gehört er doch zu den Autoren, deren Auffassung zu dem Verhältnis von Sein und Sollen in diesem Teil der Arbeit darzustellen ist. Das wird durch seine Veröffentlichungen *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1935) und *Richtiges Recht* (1979) belegt. Die hier wesentlichen Überlegungen enthält aber auch seine *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³⁸⁸, auf die sich deshalb die nachfolgende Darstellung beschränkt.

Larenz sieht in dem Recht ein Richtmaß, nach dem wir unser Verhalten einrichten sollen; das klinge auch sprachlich an³⁸⁹. Damit werde ein normativer Geltungsanspruch verbunden³⁹⁰.

Der Jurisprudenz geht es demnach um den normativen Aspekt des positiven Rechts einschließlich der gerichtlichen Urteile. Normative Geltung meint die Maßgeblichkeit oder Verbindlichkeit einer Verhal-

³⁸⁶ A.a.O. S. 35.

³⁸⁷ A.a.O. S. 35.

³⁸⁸ 4. Aufl. 1979.

³⁸⁹ A.a.O. S. 166.

³⁹⁰ A.a.O. S. 167, 232.

tensanforderung oder eines Maßstabes, an dem sich menschliches Verhalten messen lassen muss³⁹¹. Sie ist zu unterscheiden von der faktischen Geltung einer Norm, ihrer Effizienz oder Durchsetzbarkeit.

Die Frage, ob der Geltungsanspruch einer Norm gerechtfertigt ist, muss nach den vorrangigen Normen, also der Verfassung, dem Grundgesetz beantwortet werden. Die normative Geltung der Verfassung selbst kann nach Larenz der Jurist mit juristischer Methode nicht hinterfragen; dies sei ein Problem der Rechtsphilosophie³⁹². Auch die Frage nach den Grenzen dieses Geltungsanspruch könne die Jurisprudenz nicht beantworten; sie sei eine Frage der Philosophie, der Ethik und hänge zusammen mit der Frage nach dem Sinn von Recht, der Frage nach seiner Seinsweise. Dabei versteht Larenz unter Seinsweise des Rechts³⁹³ nicht empirisch wahrnehmbare Tatsachen, sondern eine eigene Seinsweise, die dem Normativen zuzurechnen ist. Er bezeichnet diese Seinsweise auch (unter Bezugnahme auf Husserls Auffassung) als spezifische Seinsweise³⁹⁴, eine im Sinne einer nicht naturalistischen Ontologie eigenen Seinsebene³⁹⁵, ein System, das als die Sinneinheit einer konkreten Rechtsordnung an deren Seinsweise teilhat³⁹⁶.

Wird dementsprechend das Recht nicht dem Sein zugeordnet, zeigt sich, dass auch Larenz eine prinzipielle Trennung von Sein und Sollen vertritt. Er führt aus, dass *die Wörter Sollen oder Verpflichtetsein Schlüsselwörter der Sprache des Normativen sind, die nicht ohne Verlust ihres spezifischen Sinnes durch solche Ausdrücke definiert werden können, in denen wir von Tatsachen sprechen. Die Rechtsfolge liegt stets auf dem Gebiet des Normativen³⁹⁷; die Verknüpfung eines tatsächlichen Vorgangs, wie er in dem Tatbestand der Norm beschrieben ist, mit einer Rechtsfolge, die auf dem Gebiet des rechtlich geltenden liegt, daher mit der Verwirklichung des Tatbestandes in Geltung tritt, sei das Spezifikum des Rechtssatzes als der sprachlichen Ausdrucksform einer Norm³⁹⁸*. Dies bejaht Larenz auch für die Verpflichtung zur

³⁹¹ A. a. O. S. 172, 233 f.

³⁹² Zu der Frage nach einem Sinn gebendem Prinzip gehört nach Larenz auch die Phänomenologie der Rechtsakte (s. s. o. S. 192). Ob er damit auch die Abgrenzung zwischen Sollen und Sein der Rechtsphilosophie zuordnen will, lässt sich allerdings nicht feststellen.

³⁹³ Methodenlehre S. 123, 239 und 471.

³⁹⁴ A. a. O. S. 123.

³⁹⁵ A. a. O. S. 239.

³⁹⁶ A. a. O. S. 471.

³⁹⁷ A. a. O. S. 234.

³⁹⁸ A. a. O. S. 238, 239.

Einhaltung eines Vertrages durch die Vertragspartner; auch dabei ist nach Larenz *die normative Geltung des Rechts von der faktischen Geltung, also z. B. der Frage, ob ein Vertragspartner den Vertrag tatsächlich einhält, zu unterscheiden*³⁹⁹. Man könne auch *das Sollen, die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung und das Forderndürfen des Gläubigers nicht durch Ausdrücke aus dem Bereich des faktischen, wie Erwartung (einer Sanktion) oder Macht (zur Durchsetzung) definieren, auch wenn das eine mit dem anderen verbunden zu sein pflegt, denn beides meint nun einmal nicht dasselbe*⁴⁰⁰.

Im Unterschied zu den Autoren, deren Auffassungen zuvor referiert wurden, befasst sich Larenz ausführlicher mit Kriterien der Rechtsfindung, die mit naturwissenschaftlichen und technologischen Bewertungen vergleichbar sind. Er behandelt zunächst unter der Überschrift *Auf Wahrnehmung beruhende Urteile* den „Sachverhalt als Aussage“; dieser beziehe sich in erster Linie auf tatsächliche Vorgänge oder Zustände⁴⁰¹. Damit trennt er das Geschehen als solches von der Aussage über diese tatsächlichen Vorgänge und Zustände und macht dadurch deutlich, dass schon zwischen dem Sachverhalt als tatsächlichem Geschehen und seiner Berücksichtigung im ersten Schritt der Rechtsfindung ein menschlicher Denkprozess liegt. Er besteht nach Larenz aus Wahrnehmungen, die zu Vorstellungsbildern verknüpft sowie aus einer Deutung menschlichen Verhaltens, die auf sozialer Erfahrung oder auf einer Bewertung beruht. Er wendet sich dann sonstigen *durch soziale Erfahrung vermittelten* Urteilen zu und nennt als Beispiel das Tatbestandsmerkmal „zu seiner Herstellung eingefügt“ in § 94 Abs. 2 BGB, zu dessen Beurteilung *ein gewisser Beurteilungsspielraum* verbleibe. Worin dieser Beurteilungsspielraum besteht, zeigt sein nächstes Beispiel, nämlich *ein von einem Schüler gebasteltes Kästchen*, dessen Neuheit zu beurteilen ist; diese Entscheidung komme nicht durch Subsumtion zu Stande, sondern gründe sich auf das Abwägen von Fakten. Schließlich verweist er – im Zusammenhang mit einer Beurteilung der Bebaubarkeit eines Grundstücks – auf allgemeine Erfahrungssätze, die allerdings *keine Rechtssätze* seien, *weil ihnen die normative Verbindlichkeit* fehle. Damit sind eindeutig auch die technologischen Bewertungen erreicht, die Gegenstand dieser Arbeit sind. Dass damit das Sein Einfluss auf das Sollen gewinnt, wird allerdings auch bei Larenz, soweit ersichtlich, nicht näher erörtert.

³⁹⁹ A. a. O. S. 176.

⁴⁰⁰ A. a. O. S. 178.

⁴⁰¹ A. a. O. S. 268.