

## Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH, Karlsruhe  
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen  
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Konstanz  
Professor Dr. Ulrich Weber, Würzburg

## Redaktion

Dr. Franz-Peter Gillig, 7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18,  
Telefon (07071) 26064

Seiten 505–552

# Juristen JZ Zeitung

44. Jahrgang 2. Juni 1989 11

## Aufsätze

Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

### Staatsrechtlicher Positivismus

Während die Positivismusdiskussion in der Rechtstheorie ständig neue Ergebnisse hervorbringt<sup>1</sup>, ist dessen staatsrechtliche Variante praktisch aus der Rechtswissenschaft verschwunden. Gerade um letztere soll es hier gehen. Staatsrechtlicher Positivismus ist eine von mehreren möglichen Methodiken der Staatsrechtswissenschaft. Seine Spezifika bezieht er aus der Begründung seines Untersuchungsgegenstandes (dazu I.), den daraus hergeleiteten Perspektiven seiner wissenschaftlichen Erkenntnisse (dazu II.) und seinen besonderen methodischen Grundaussagen (dazu III.).

#### I. Der Erkenntnisgegenstand: Das positive Recht

„Die Generalthese aller positivistischen Rechtstheorien lautet, daß kein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral bestehe“<sup>2</sup>.

#### 1. Die Voraussetzung: Trennung von Normsetzung und Normbegründung

a) Die Regeln menschlichen Zusammenlebens sind durch eine Vielzahl normativer Ordnungen konstituiert. Solche Ordnungen entstammen etwa der Religion, der Ethik, der Moral, der Politik und dem Recht. Alle diese Regeln zeichnen sich durch Unterschiede hinsichtlich ihres Ursprunges – aus der religiösen Verkündigung, aus wissenschaftlicher Erkenntnis, aus vereinbartem Parteiprogramm u. ä. – und hinsichtlich der Methoden ihrer Begründung – theoretisch, philosophisch, rhetorisch u. a. – aus. Eine Diskussion um die aus solchen Quellen abgeleiteten Regeln kann sich auf zwei prinzipiell unterschiedliche Fragestellungen beziehen.

(aa) Zunächst kann die Frage entstehen, ob eine Regel bestimmten Inhaltes überhaupt gilt oder nicht. Dies ist der Fall, wenn sie in einen verbindlichen Regelkanon aufgenommen worden ist und deshalb ihrerseits Verbindlichkeit erlangt hat. Ist diese Frage zu bejahen, so gilt die Regel und ist

deshalb verbindlich. Ist sie zu verneinen, so gilt die Regel nicht und braucht auch nicht befolgt zu werden. Diesbezügliche Erörterungen können etwa stattfinden, wenn die Herkunft einer Norm von einem religiösen Führer zweifelhaft ist, weil etwa ihre Authentizität bestritten ist; wenn nachträglich zweifelhaft wird, ob ein bestimmtes Papier vom Parteitag überhaupt beschlossen – und nicht etwa nur beraten – worden ist; oder wenn eine Rechtsnorm von einer anderen möglicherweise aufgehoben worden ist, ohne daß dies explizit ausgedrückt wurde. Solche Fragen nach dem „Ob“ der Geltung einer Norm sind Fragen nach der Normsetzung.

(bb) Davon zumindest analytisch zu unterscheiden ist die Frage, warum eine Regel bestimmten Inhalts gilt. Sie ist positiv beantwortet, wenn der Norminhalt gegenüber den Adressaten gerechtfertigt werden kann; wenn also eine Begründung für den konkreten Inhalt gelingt. Solche Fragestellungen können etwa entstehen im Falle der Kollision unterschiedlicher Normsysteme, wenn etwa die Werthaltung der Normbetroffenen von derjenigen der Normsetzer potentiell abweicht; ferner bei möglichen Inkonsistenzen von Normsystemen. Ist ein bestimmtes Gebot „wirklich christlich“? Ist die Pflicht der Minderheit zur Unterordnung unter Mehrheitsbeschlüsse wirklich zu rechtfertigen? Die hier aufgeworfene Frage nach dem „Warum“ der Geltung einer Norm ist diejenige nach der Normbegründung.

Analytisch lassen sich beide Fragen trennen. Ob der Parteitag ein bestimmtes Papier verabschiedet hat, ist sehr wohl verschieden von der Frage, warum er es verabschiedet hat. Inwiefern die genannte Trennung auch hinsichtlich der jeweiligen Antworten besteht, bemißt sich nach der Antwort auf eine weitere Frage: Hängt die Geltung einer Norm – also die positive Antwort auf die erste Frage – von dem Gelingen ihrer Begründung – also der positiven Antwort auf die zweite Frage – ab?

Unter welchen Voraussetzungen kann überhaupt die Geltung einer Norm von dem Gelingen ihrer Begründung abhängen? Diese Voraussetzungen lassen sich abstrakt so formulieren: (1) Erste Voraussetzung ist, daß die Normbegründung überhaupt gelingt, daß also der Normbegründer in der Lage ist, Argumente für eine Norm vorzubringen, welche der Normadressat anerkennen muß. Seine Begründungsleistung muß sich dabei auf zwei Ebenen beziehen: Einerseits auf

<sup>1</sup> Zum Thema „rechtswissenschaftlicher Positivismus“ verdanke ich ganz wesentliche Anregungen einem mündlichen Vortrag und zahlreichen Gesprächen mit Herrn Prof. Dr. J. Schulz, Osnabrück. Zur jüngeren, rechtstheoretischen Positivismusdiskussion s. etwa Broekmann RTh 1985, 349; Dreier RTh 1983, 419; Krawietz/Schelsky, Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei H. Kelsen, 1984; Luhmann RTh 1988, 11; Opalek ARSP 1982, 448; Römer ARSP 1987, 124; Walter RTh 1980, 299; Walther ARSP 1982, 407.

<sup>2</sup> Dreier NJW 1986, 890.

Gründe für die jeweilige Rechtsnorm; andererseits auf das Bestehen der Anerkennungspflicht. Das Zentralproblem ist dabei das letztere: Wann entsteht die Anerkennungspflicht? Das Vorhandensein von Argumenten für eine Rechtsnorm reicht jedenfalls dann nicht aus, eine Anerkennungspflicht zu begründen, wenn der Begründungsadressat Gegengründe vorbringt und die Norm nicht freiwillig anerkennen will. Steht dann Argument gegen Argument, so sind die Bedingungen dafür, daß ein Grund „besser“ ist als der andere und deshalb die Anerkennungspflicht für sich hat, völlig ungeklärt. (2) Zweite Voraussetzung ist, daß die *Normbegründung gegenüber jedem Normadressaten* gelingt. Soll Normgeltung von der Begründung abhängen, so kann auch in personeller Hinsicht die erstere nicht weiter reichen als die letztere. Dies bedeutet etwa für die Rechtsordnung: Beansprucht sie Geltung gegenüber jedermann, so müßte sie auch gegenüber jedermann mit Anspruch auf Anerkennung begründbar sein. (3) Dritte Voraussetzung ist, daß die *Normbegründung inhaltlich derart konkret wäre, daß sie den konkreten Norminhalt zu begründen vermag*. Insbesondere folgt aus der Begründung dafür, daß es überhaupt eine Rechtsordnung geben soll, noch nicht die Begründung ihrer Überlegenheit im Hinblick auf mögliche Alternativen. Die Argumente für die Existenz von Steuerrechtsnormen besagen noch überhaupt nichts darüber, ob Mineralöl oder auch Erdgas besteuert werden sollen; und wenn ja, in welcher Höhe. Aber es sind letztlich die Einzelnormen mit ihrem je konkreten Inhalt, welche gegenüber dem Bürger gelten. Und deshalb sind sie auch inhaltlich begründungsbedürftig, wenn ihre Geltung von dem Gelingen der Begründung abhängen soll.

b) Auf der Grundlage der genannten drei Voraussetzungen läßt sich die Frage beantworten, ob die Geltung einer normativen Ordnung von dem Gelingen ihrer Begründung abhängen kann oder nicht. Hier kann und soll die Antwort nur für die staatliche Rechtsordnung gesucht werden. Würde deren Geltung von dem Gelingen ihrer Begründung abhängen, so würde dies demnach voraussetzen, daß für jede Rechtsnorm eine Begründung gegeben werden könnte, welche alle drei genannten Kriterien erfüllt. Solche Begründungen haben sich bislang aber nicht finden lassen. Hier können nur die Ergebnisse referiert, nicht aber Diskussionsverläufe und -stände nachgezeichnet werden.

Das gilt zunächst für Rechtsbegründungen aus der Wirklichkeit. Die These von der Verdoppelung der Realität in die Sphäre des Seins und diejenige der Eigentlichkeit versucht, aus dem Wahrnehmbaren das Nicht-Wahrnehmbare herzuleiten. Dabei bleibt aber das Brückenprinzip zwischen beiden unbestimmt, welches es erst ermöglichen würde, aus der wissenschaftlich gedeuteten Realität den Gehalt des Geistigen zu erkennen. Solche Brückenprinzipien wie die „Wesenschau“ haben sich als Spekulation, solche wie die „Natur der Sache“ als tautologisch erwiesen.<sup>3</sup> Gerade darin besteht das Dilemma des Naturrechts: Selbst wenn man seiner Grundthese folgt, daß der realen eine spiegelbildliche, ideale Welt korrespondiere, so kann daraus noch nicht mit Anspruch auf Anerkennung begründet werden, welche der verschiedenen, immerhin möglichen Normen denn konkret aus jener Wirklichkeit folgen sollen. Oder anders formuliert: Welches der zahlreichen, vertretenen Naturrechtssysteme denn nun aus der Natur begründet werden kann. Schon deshalb fehlt es an der Anerkennungspflicht für Dissertierende gegenüber ihren Argumenten. Zudem sind die aus der „Natur“ abgeleiteten Sätze oft überaus elementar. Selbst wenn so die Begründung für einige wenige Einzelnormen gelingen könnte, so bliebe doch diejenige für alle anderen Normen offen.<sup>4</sup> Auf der Basis solcher Begründungen würden dann nur sehr wenige, überaus elementare Rechtsnormen gelten können, welche zudem die meisten Menschen freiwillig anerkennen. Die gesamte übrige Rechtsordnung hingegen könnte, würde ihre Geltung von derartigen Grün-

den abhängen, nicht in Geltung gesetzt werden. Die Ergebnisse der Naturrechtsdiskussion zeigen somit: Wäre die Geltung einer Rechtsordnung von ihrer Begründung abhängig und würde diese Begründung aus der Sphäre der Realität versucht, so würde nur ein Bruchteil aller vorhandenen Rechtsnormen Geltung erlangen können. Damit sind exakt die Prämissen des Satzes beschrieben, wonach *ein Sein aus einem Sollen wissenschaftlich nicht begründet werden kann*<sup>5</sup>.

Praktisch wesentlich größere Bedeutung kommt gegenwärtig aber nicht der Herleitung des Rechts aus der Wirklichkeit, sondern derjenigen aus außerrechtlichen, objektiven Normsystemen zu. Diese sollen schon vorrechtliche Verbindlichkeit aufweisen und gegenüber jedermann Geltung beanspruchen. Das Recht trägt dann die Grundlage seines Geltungsanspruchs nicht in sich, sondern gilt, weil es andere, außerrechtliche Normen verwirklicht, die ihrerseits gelten. Solche außerrechtliche Normen sollen etwa jene objektiven „Grundwerte“ - oder aktueller: „Prinzipien“ - sein, nach welchen die Bereiche von Recht und Unrecht zu unterscheiden seien.<sup>6</sup> Ähnlich gehen Ansätze vor, welche aus außerrechtlichen religiösen oder ethischen Prinzipien - etwa unter Heranziehung der praktischen Philosophie - Recht begründen wollen. Auch solche Ansätze vermögen den dargestellten Begründungsanforderungen auf die eine oder andere Weise nicht zu genügen. Soweit religiöse oder verwandte ethische Sätze zur Begründung herangezogen werden, kann eine Anerkennungspflicht gegenüber jenen außerrechtlichen Normen nur für Anhänger der jeweiligen religiösen oder ethischen Richtung entstehen. Wer die zugrunde gelegte Weltanschauung nicht anerkennt, ist dann auch nicht verpflichtet, die daraus hergeleiteten Rechtsnormen anzuerkennen. Das gilt um so mehr, als das geltende Recht (Art. 4 GG) deren Anerkennung nicht nur nicht gebietet, sondern sogar ausdrücklich freistellt. Die Rechtsordnung geht somit von der Subjektivität und nicht der Objektivität außerrechtlicher Wertsysteme aus. Würde sie ihre eigene Geltung gegenüber jedermann auf eine solche, allein freiwillige Anerkennung stützen, wäre dies ein Widerspruch in sich. Aber auch die außerreligiösen Ansätze sind zu einer lückenlosen Rechtsbegründung mit Anspruch auf allgemeine Anerkennung nicht geeignet. Dies folgt zunächst daraus, daß die Anerkennungspflicht Dritter gegenüber solchen Normsystemen erst noch begründet werden müßte. Sind Werte und Wertungen nicht beweisbar und damit nicht objektivierbar,<sup>7</sup> so ist die Überlegenheit des einen Wertsystems über das andere nicht wahrheitsfähig. Vielmehr wird dieser Anspruch in Wertfragen regelmäßig zurückgenommen, wenn nicht aufgegeben, soweit als Kriterium für die Anerkennungspflicht etwa die „Vernunft“, der gesollte Konsens oder das prozessuale - d. h. in Wahrheit gesollt konsensuale - Wahrheitskriterium angegeben wird. Daraus könnte eine Anerkennungspflicht aber höchstens dann entstehen, wenn zugleich dargetan werden könnte, daß eine bestimmte Norm vernünftig und alle anderen möglichen unvernünftig wären. Exakt daran fehlt es aber schon deshalb, weil der zugrunde gelegte Vernunftbegriff inhaltsleer ist. Selbst wenn also vorausgesetzt wird, daß das Vernünftige gelten soll, so bliebe doch immer noch die Frage offen, was vernünftig ist und was nicht. Eine Anerkennungspflicht kann auf solche Weise gegenüber demjenigen, der nicht freiwillig anerkennt, nicht begründet werden.<sup>8</sup> Schließlich schlägt die Inhaltsarmut sowohl der „Grundwerte“ als auch der „Vernunft“-Konzepte - selbst wenn sie eine Anerkennungspflicht begründen würden - auch auf die Leistungsfähigkeit der aus ihnen hergeleiteten Begründungen durch. Aus beiden Ansätzen könnten nur ganz elementare Rechtsnormen begründet werden. Aber darin würde sich ihre Leistungsfähigkeit erschöpfen. Über die Höhe der Einkommenssteuer oder die Abgrenzung von Versammlungsfreiheit und Nötigung sagen sie zu wenig aus, um eine Rechtsnorm bestimmten Inhalts gegen mögliche Alternativen im genannten Sinne vollständig begründen zu können.<sup>9</sup> *Der Anspruch, die Geltung von Rechtsnormen aus außerrechtlichen Werten begründen zu können, scheitert demnach an der fehlenden Wahrheitsfähigkeit und damit Objektivierbarkeit solcher Werte gegenüber jedermann.*

<sup>5</sup> Der Stellenwert dieses Satzes für den staatsrechtlichen Positivismus ist ausgeführt bei Gusy ÖZöR 1984, S. 81, 82 ff.

<sup>6</sup> Ein solches Verständnis findet sich etwa bei Dreier aaO (Fn. 2), S. 891 ff.; dazu Hoerster NJW 1986, 2480; Krawietz RTh 1987, 209; zu beiden wiederum Dreier RTh 1987, 368; im Ergebnis wie Dreier, wenn auch in Begründung und Terminologie anders, äußert sich auch die neuere rechtstheoretische Prinzipienlehre. Dazu allgemein Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff.

<sup>7</sup> Eingehend Podlech AöR 1970, 185.

<sup>8</sup> Zu dieser Diskussion näher Gusy, Legitimität im demokratischen Pluralismus, 1987, S. 117 ff., 128 ff.

<sup>9</sup> Daher wird von jenen Lehren das Begründungspostulat bisweilen noch weiter zurückgenommen. Danach ist eine Einzelnorm dann begründet, wenn sie

<sup>3</sup> Dazu näher H. Albert, Traktat über kritische Vernunft, 4. A., 1980; zur Naturrechtsdiskussion aus positivistischer Sicht Kelsen ÖZöR 1963, 1.

<sup>4</sup> Zu solchen Ansätzen und den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit schon Hart, The concept of law, 1961, S. 181 ff.; ders., Recht und Moral, (deutsch) 1971, S. 46 ff.

c) Eine vollständige Begründung der Rechtsordnung ist demnach bislang nicht gelungen. Aus diesem Umstand können theoretisch zwei entgegengesetzte Schlüsse gezogen werden. Einerseits kann man auf der Basis der Kongruenzthese von Normgeltung und Normbegründung den Geltungsanspruch der nicht begründbaren Teile der Rechtsordnung gegenüber jedermann aufgeben. Übrig blieben dann nur wenige begründbare oder allgemeine freiwillig konsentierende Normen. Eben diesen Weg beschreiten die positivistischen Lehren nicht. Ausgehend von der – hier nur voraussetzenden, nicht zu begründenden – These, daß das Vorhandensein einer allgemein geltenden, differenzierten Rechtsordnung deren Nichtvorhandensein vorzuziehen sei, beschreiten sie den umgekehrten Weg. Wenn danach die Rechtsordnung gegenüber jedermann gelten soll, aber nicht gegenüber jedermann vollständig begründet werden kann, so muß die Geltung des Rechts von seiner Begründbarkeit unabhängig sein. Der – von der Gegenansicht vorausgesetzte – Konnex von Rechtgeltung und Rechtsbegründung wird so aufgelöst. Vielmehr ist Ausgangspunkt des staatsrechtlicher Positivismus die These von der *Trennung von Normsetzungs- und -begründungsverfahren*. Eine Rechtsnorm gilt hiernach nicht, wenn und weil sie begründet werden kann, sondern, wenn und weil sie besetzt ist. Daß eine Norm vollständig begründet werden kann, besagt nach dieser Auffassung für sich noch nichts darüber, ob sie auch als Rechtsnorm gilt. Und daß eine Rechtsnorm gilt, besagt noch nichts darüber, ob sie auch begründet werden kann. Aber sie braucht, um Geltung zu erlangen, auch nicht begründet zu werden. Mehr in der Formulierung als im Ergebnis anders formuliert die angelsächsische Lehre, wenn sie darauf abstellt, daß es einen Unterschied gibt zwischen dem Recht wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll<sup>10</sup>.

Die positivistische Trennungsthese von Normsetzungs- und Normbegründungsverfahren ist somit Konsequenz der dargestellten Defizite der Gegenansichten. Sie basiert auf zwei außerrechtlichen Voraussetzungen: (1) Zunächst dem Umstand, daß es – noch – nicht gelungen ist, alle Rechtsnormen gegenüber jedermann vollständig zu begründen; (2) sodann der Annahme, daß ungeachtet jenes Mißlingens eine gegenüber jedermann verbindliche Rechtsordnung notwendig ist. Sobald sich eine dieser Voraussetzungen ändert, verliert die genannte Trennungsthese ihre immanente Rechtfertigung. Sie ist dann, sofern sich für sie keine anderen, zureichenden Gründe finden lassen, aufzugeben. Aber bis dahin ist sie nicht nur berechtigt, sondern zur Aufrechterhaltung einer allgemein verbindlichen Rechtsordnung geradezu notwendig.

## 2. Positivität des Rechts: Das Recht als menschliche Entscheidung

a) Läßt sich das Recht nicht mit Anspruch auf allgemeine Anerkennung aus seiner Umwelt deduzieren, so kann es nicht „gefunden“ werden. Entstehungsgrund der Rechtsnormen ist somit keine noch so zutreffende Begründung, sondern ein

aus den eine Rechtsordnung tragenden Prinzipien nicht widerlegt werden kann. Dies soll auch wohl der Satz aussagen, wonach eine Rechtsordnung nicht in allen ihren Bestandteilen, sondern nur „im großen und ganzen“ grundwertkonform sein müsse. So etwa *Dreier* NJW 1986, 891 f.; eingehender *ders.*, *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, S. 180 ff. Damit ist aber die eigene Prämisse aufgegeben: Die Rechtsnormen gelten dann nicht mehr, wenn und weil sie begründet werden können; sondern, wenn und weil sie ethisch nicht widerlegt werden können. Der Geltungsgrund folgt dann nicht mehr aus der positiven Beantwortung der Begründungsfrage; er muß vielmehr von deren positiver Beantwortung ausdrücklich gelöst sein. Die Frage nach der Verankerung der Rechtgeltung in der Rechtsbegründung kann dann – für die Masse aller Rechtsnormen – konsequent nur noch verneint werden. Sehr zurückhaltend z. B. auch *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (stw) 1979, S. 210, der ausdrücklich darauf hinweist, seine Theorie der Gerechtigkeit stelle nur ein denkbare, nicht hingegen das einzig denkbare Modell dar. Den Anspruch auf allgemeine Anerkennungspflicht erhebt er demnach nicht einmal.

<sup>10</sup> H. L. A. Hart, *Recht und Moral*, deutsch 1971, S. 17, 21; ähnlich für Normen allgemein H. Lübbe, in W. Oelmüller (Hg.), *Transzendentalphilosophie*

davon zu unterscheidender Akt, nämlich das Rechtssetzungsverfahren. *Das Recht wird von den Menschen nicht gefunden, sondern gemacht*. Medium solcher Rechtssetzung durch die Menschen ist die Entscheidung: Ohne Entscheidung kein Recht<sup>11</sup>. Entscheidungssubjekt können ein oder mehrere Menschen sein. Prägendes Element ihres Entscheidungshandelns ist dessen volitive Dimension. Dies schließt nicht aus, daß daneben auch cognitive Gehalte einfließen; sie allein machen aber die *Entscheidung* nicht aus. Recht ist eben kein Erkenntnisprodukt. Mögen demnach die cognitiven Gehalte ausnahmsweise einmal die Entscheidung vollständig determinieren, so vermögen sie diese trotzdem nicht zu ersetzen. Deutlich wird dies etwa am Beispiel des richterlichen Urteils: Auch der eindeutigste Fall und das eindeutigste Recht heben die Notwendigkeit des Urteils nicht auf. Die Urteilsgründe vermögen den Urteilsspruch niemals zu ersetzen, sondern nur zu ergänzen.

Die Entscheidungsdimension des positiven Rechts hat zugleich Auswirkungen auf den Rechtsnormbegriff des Positivismus. *Rechtsnorm* – im Unterschied zu sonstigen sozialen Regeln – ist jede Norm, welche in einem Verfahren anerkannt ist. Nicht maßgeblich ist dabei die Frage nach dem Entscheidungssubjekt oder der Stufe der Entscheidung in der Normhierarchie. „Positives Recht“ in diesem Sinne können Verfassung und Gesetz, aber auch Maßnahmen auf deren Grundlage sein. Dabei kommt es auf die Generalität oder Individualität der Maßnahmen nicht an: Auch eine Gerichtsentscheidung kann als Normsetzungsverfahren angesehen werden<sup>12</sup>. Ist eine Instanz durch das geltende Recht zur Normsetzung berechtigt, so stellen ihre im Normsetzungsverfahren erlassenen Maßnahmen geltendes Recht dar, solange die Entscheidung nicht wieder aufgehoben ist. Im übrigen verliert die Entscheidung ihre Rechtgeltung nur, soweit eine vorrangige Rechtsnorm ihre Bindungswirkung aufhebt. Bedeutung kommt diesem Umstand insbesondere für rechtswidrige Entscheidungen zu. Verstößt eine Norm gegen vorrangiges Recht, so ist sie eine rechtswidrige Rechtsnorm. Ihre Geltung verliert sie wegen ihrer Rechtswidrigkeit erst, wenn eine Norm in Kraft ist, welche die Geltung solcher rechtswidriger Normen aufhebt<sup>13</sup>.

*Maßgeblich für den Rechtsnormbegriff des staatsrechtlichen Positivismus sind so zwei Elemente: Ihr Charakter als Entscheidung und ihre Herkunft aus einem als Rechtssetzungsverfahren anerkannten Entscheidungsverfahren*. Das erste Element schließt bloße Erkenntnisakte aus dem Rechtsbegriff aus. Das zweite schließt solche Normen aus, die nicht in einem Rechtssetzungsverfahren entstanden sind; die also außerrechtlicher Herkunft – etwa: religiöse Normen – sind oder gar im Gegensatz zur Rechtsordnung entstanden. Schon dieser Umstand beantwortet die viel diskutierte Frage nach der rechtlichen Qualifikation der Binnenstruktur einer „Räuberbande“<sup>14</sup>. Solche Ban-

philische Normbegründungen, 1978, S. 38, 39; dort auch pass. zur Trennung von Normbegründungs- und Normsetzungsverfahren; gegen Lübbe J. Habermas ebd., S. 129 f.; dazu wieder Lübbe ebd., S. 210 ff.

<sup>11</sup> Zur Bedeutung der Entscheidung für die Rechtssetzung H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, S. 21 ff., 24 ff.; ähnlich G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. A., 1973, S. 174, zur „Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren autoritativen Wollens“; aus nicht-positivistischer Sicht etwa C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 23 ff.

<sup>12</sup> Dieses Konzept ist etwa ausgeführt bei Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. A., 1986, S. 283 ff.

<sup>13</sup> Dies entspricht exakt der österreichischen Regelung der Art. 89, 140 BVG, wonach etwa verfassungswidrige Gesetze wirksam bleiben, bis sie förmlich aufgehoben sind. Die Tatsache der Verfassungswidrigkeit hat hiernach nur eine einzige Rechtsfolge: Sie begründet die – sonst nicht bestehende – Aufhebungs-kompetenz des Verfassungsgerichts. In der Bundesrepublik gilt dies etwa für rechtswidrige Gerichtsentscheidungen oder Verwaltungsakte. Sie bleiben wirksam, bis sie aufgehoben worden sind, soweit nicht ausnahmsweise eine höher-rangige Rechtsnorm (etwa: § 44 VwVfG) ihnen wegen ihrer Rechtswidrigkeit zugleich die Geltung abspricht.

<sup>14</sup> Das „Gegenbeispiel“ zum positivistischen Rechtsnormbegriff wurde etwa von H. Heller, *Staatslehre*, in: *Gesammelte Schriften* 3, 1971, S. 310, 316, erörtert.

den mögen über eine Binnenmoral verfügen, welche als Normen qualifiziert werden können. Dadurch werden aber solche Normen noch nicht zu Rechtsnormen. Mag rechtswidriges Handeln von anerkannten Normsetzungsinstanzen rechtliche Geltung erlangen können, so fehlt es daran jedenfalls bei solchen Instanzen, die überhaupt nicht zur Rechtssetzung befugt sind.

b) Mit der Voraussetzung, daß eine Rechtsnorm nur in einem rechtlich anerkannten Rechtssetzungsverfahren gesetzt werden kann, stellt sich ein Zentralproblem des positivistischen Rechtsbegriffs: *Wann ist ein Verfahren als Rechtssetzungsverfahren anerkannt?* Kein Problem bietet diese Frage in rechtlichen Alltagssituationen, wenn Gesetze nach der Verfassung oder Urteile nach dem Gesetz ergehen. Das Problem stellt sich hingegen bei der Verfassungsgebung<sup>15</sup>. Da in der Gegenwart praktisch kein Territorium mehr rechtsfrei ist, ist das Problem kein solches einer „Stunde Null“, wenn aus einem rechtlich völlig unregelmäßigem Zustand heraus ein Gemeinwesen „verfaßt“ werden soll. Die Fragestellung taucht vielmehr in Situationen des Rechtsüberganges – insbesondere bei Änderungen der Staatsform oder der Ablösung von Staatsteilen – auf. In solchen Fällen kann die neue Verfassungsgebung ihre Einsetzung nicht mehr aus dem alten Recht herleiten. Wann ist hier die neue Ordnung schon Recht, wann ist sie noch Rechtsbruch?

Einzelne positivistische Lehren suchen die Antwort auf diese Frage innerhalb der Rechtsordnung. Bisweilen wird die erste Ermächtigung durch eine *Fiktion* vorausgesetzt, wie dies insbesondere die *Grundnormlehre* versucht<sup>16</sup>. Eine solche Fiktion verschiebt die Fragestellung aber mehr, als daß sie sie beantwortet. Eine Rechtsordnung bezieht danach ihre Eigenschaft als geltende Rechtsordnung aus der Grundnorm. Aber ist jene Grundnorm lediglich eine – aus dem positiven Recht – abgeleitete Fiktion, dann kann auch ihre eigene „Geltung“ nur fingiert sein. Durch die – aus der Rechtsordnung fingierte – Grundnorm kann die Rechtsordnung ihre Geltung zwar fingieren, aber nicht erlangen. Damit läuft jene Lehre auf eine Selbstlegitimation des positiven Rechts hinaus. Die Verfassung gilt danach, weil sie die oberste gesetzte Rechtsnorm ist. Dann gilt das Erfordernis der rechtlichen Einsetzung des verfassungsgebenden Organs nur fiktiv; der Verfassungsgeber gilt als eingesetzt, weil er der Verfassungsgeber ist.

Eine andere Antwortvariante geht – jedenfalls für den staatsrechtlichen Positivismus – davon aus, daß dem Staat die Befugnis zur Rechtssetzung durch höherrangige Normen verliehen worden ist. Danach folgt diese Berechtigung etwa aus dem Völkerrecht, welches die Souveränität des Staates anerkennt und ihm dadurch zugleich das Recht verleiht, von ihr durch Rechtssetzung Gebrauch zu machen<sup>17</sup>. Aber auch der *völkerrechtliche Monismus* verschiebt das Problem nur, löst es aber nicht. Offen bleibt hier insbesondere die Frage nach der Einsetzungsnorm für jene Instanzen und Verfahren, welche dem Staat die Souveränität zuerkennen. Grundet nach der Grundnormlehre die Rechtsordnung in sich selbst, so gründet nach der monistischen Lehre der Staat – oder jedenfalls die Gesamtheit der Staaten als Glieder der Völkerrechtsgemeinschaft – in sich.

Die dritte Antwortvariante geht von der Effektivität einer Rechtsordnung aus. Ist sie einmal erlassen und hat sie Wirksamkeit erlangt, so ist sie zu Recht ergangen<sup>18</sup>. Diese *Effektivitätslehre* unterscheidet sich kategorial von den beiden anderen, dargestellten Varianten. Sie sucht den ersten Entstehungsgrund von Recht nicht mehr in diesem

<sup>15</sup> Zur Verfassungsgebung Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1968; Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem GG, 1978; v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, 1978.

<sup>16</sup> H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. A., 1960, S. 196 ff.

<sup>17</sup> Dies ist der Sinn des völkerrechtlichen Monismus; s. etwa A. Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; ders., FS Merkl, 1971, 425; H. Kelsen, ebd., S. 328 ff.; ders., Das Problem der Souveränität, 2. A., 1928, S. 204 ff.; die völkerrechtlichen Aspekte der – heute überwiegend abgelehnten – monistischen Lehre sollen hier nicht diskutiert werden. Demgegenüber ging etwa C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 22, davon aus, daß dem Staat die Rechtssetzungsbefugnis schon kraft des ihm durch seine Staatlichkeit innewohnenden Wertes zukomme.

<sup>18</sup> Etwa: H. Kelsen JZ 1965, 465, der ebd. ausdrücklich darauf hinweist, daß die tatsächliche Effektivität nur eine „Bedingung der Geltung“ sei, nicht hingegen die Geltung selbst sei oder begründe; ähnlich G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. A., 1933, S. 1 ff.; in ähnlicher Richtung R. Thoma in: Anschütz/Thoma, HBDStR I, 1932, S. 188 ff.; hierzu zählen wohl auch die wirksamkeitsorientierten Lehren N. Lubmanns, Rechtssoziologie 1, 1972, S. 105.

selbst. Kann Recht aus positivistischer Sicht nur durch Setzung erlassen werden, so fängt der Setzungszusammenhang notwendig irgendwo einmal an. Das erste Rechtssetzungsorgan kann demnach nur nachträglich als solches anerkannt werden. Für diesen Anerkennungs-vorgang gibt es keine positiv – rechtlichen Regelungen.

c) Die bislang genannten Eigenschaften des positiven Rechts bringen dieses in vielfache Affinität zum Staat. Soll die Rechtsordnung für und gegen jedermann gelten und entsteht sie durch Entscheidung, so setzt dieser Entscheidungsvorgang eine im gesamten Gemeinwesen wirksame Entscheidungseinheit voraus. Als solche kommt primär der Staat in Betracht. Noch deutlicher werden diese Affinitäten bei der Suche nach den Ermächtigungsnormen für die Rechtssetzung. Hier führen praktisch alle Wege über den Staat. Die „Grundnorm“ ermächtigt zur Rechtssetzung primär den Staat; das Völkerrecht geht von der staatlichen Souveränität aus; und es ist primär der Staat, der seine politische Existenz an einer Verfassung orientieren kann, indem er seine Organe und sein Handeln nach ihr organisiert und erforderlichenfalls dafür im Volk Anerkennung mobilisiert. In diesem Sinne führen praktisch alle Ermächtigungsnormen über den Staat.

Dies hat bisweilen zu der Fehlvorstellung geführt, das positive Recht könne allein vom Staat erlassen werden. Demnach wäre dann alles positive Recht notwendig staatlich gesetztes Recht. So sinnvoll eine derartige Annahme für das Staatsrecht und den staatsrechtlichen Positivismus auch sein mag, so wenig ist sie doch verallgemeinerungsfähig. Sie setzt nämlich das Recht mit bestimmten, allgemeinen Rechtsnormen gleich. Insbesondere erfaßt sie lediglich bestimmte Normen wie etwa Gesetze; nicht hingegen Rechtsbeziehungen, die aufgrund oder im Rahmen von Rechtsnormen ohne staatliche Beteiligung etwa zwischen Privaten begründet werden können<sup>19</sup>. Deutlich wird dies etwa am Beispiel des Vertrages, der zwar rechtliche Bindungswirkungen begründen kann, an dem aber der Staat nicht notwendig beteiligt sein muß. Er wird demnach auch nicht notwendig vom Staat gesetzt. Ein Rechtssetzungsmonopol kommt dem Staat demnach gerade nicht zu. Wohl aber hat er durch seine Gesetze das Recht, Rechtsverhältnisse als wirksam anzuerkennen oder als unwirksam zu verwerfen. Die Begründung rechtlich wirksamer Vertragsbeziehungen erfolgt so mit staatlicher Anerkennung und staatlicher Garantie.

Demnach ist es nach positivistischem Verständnis naheliegender, die *Rechtsordnung als vom Staat gesetzte oder garantierte normative Ordnung* zu beschreiben. Im Begriff des Rechts ist derjenige des Staates mitgedacht; und umgekehrt gibt die Rechtsordnung ein zentrales Medium zur Abgrenzung der Staaten ab. Schon deshalb kann sich die positivistische Rechtswissenschaft nur auf entwickelte, staatliche Rechtsordnungen beziehen. Unentwickelte Ordnungen befinden sich außerhalb ihrer Erkenntnismöglichkeiten. Dem Moment der staatlichen Garantie kommt darüber hinaus aber noch weitergehende Bedeutung zu. Fällt ein Staat weg, so verliert auch die von ihm garantierte Rechtsordnung ihre Grundlage. Entsteht auf seinem Gebiet ein neuer Staat, so ist dieser seinerseits an das alte Recht nicht gebunden; und zwar auch dann nicht, wenn das alte Recht nicht in einem förmlichen Verfahren aufgehoben worden ist. Schon deshalb würde eine Norm der Hethiter, des römischen Kaiserreiches oder eine feudale Kleiderordnung heute auch dann nicht mehr gelten, wenn sie zwischenzeitlich nicht durch ein förmliches Verfahren aufgehoben worden ist.

### 3. Wertbezogenheit des positiven Rechts

Die Diskussion um den rechtswissenschaftlichen Positivismus ist praktisch identisch mit derjenigen über seine Wertbezogenheit. In der Sicht mancher wertbezogen argumentierender Kritiker steht die Werthaftigkeit des eigenen gegen die Werte-

<sup>19</sup> Dazu näher Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, insbes. S. 82 ff. zum Verhältnis von allgemeinen Rechtsnormen und besonderen Rechtsverhältnissen.

losigkeit des positivistischen Rechtsbegriffs<sup>20</sup>. Dann entsteht tatsächlich die Alternative von „Rechtspositivismus und Wertbezogenheit des Rechts“. In einer solchen Alternative ist die Bejahung des Positivismus identisch mit der Negierung aller rechtlichen Werte<sup>21</sup>. Hier kann und soll keine Auseinandersetzung mit jenen Positionen geführt werden, sondern lediglich dargelegt werden, inwieweit sie den staatsrechtlichen Positivismus treffen.

a) Die dargestellte Grundaussage des Positivismus lautete, daß eine Rechtsnorm aus einer außerrechtlichen Norm, etwa einem Wert, nicht vollständig begründet werden kann<sup>22</sup>. Daraus folgt aber lediglich: Die Frage nach den werthaften Grundlagen des Rechts ist kein Problem der Rechtswissenschaft. Dafür maßgeblich sind insbesondere drei Erwägungen<sup>23</sup>.

Die erste Erwägung betrifft die Notwendigkeit des Rechts überhaupt. Wenn alle Menschen identische Wertvorstellungen hätten und diese zur leitenden Maxime ihres Handelns machen würden und dieser Zustand auch für die Zukunft gesichert wäre, so wäre die Rechtsordnung schlechterdings überflüssig. Das Recht gilt nicht deshalb, weil alle die gleichen Werte anerkennen; sondern deshalb, weil es eben daran fehlt. Wenn angesichts einer solchen Realität eine für alle gleiche, normative Ordnung vorhanden sein soll, so kann dies dann keine objektive Wert-, sondern lediglich die davon verschiedene Rechtsordnung sein.

Die zweite Erwägung ist bereits genannt: Die Diskussion um die Rechtsgeltung soll nicht mit der Diskussion um die Wertgeltung belastet werden. Hierfür maßgeblich ist die – vorausgesetzte – Annahme, daß eine für und gegen jedermann geltende normative Ordnung notwendig ist; und zwar unabhängig von der Frage, ob eine für jedermann geltende Wertordnung notwendig ist. Nur wer die Trennung beider Ordnungen annimmt, kann von der Existenz einer einheitlichen Rechtsordnung ausgehen, wenn die Diskussion um die einheitliche Wertordnung offen ist; solange die Diskussion um die einheitliche Wertordnung offen ist; und gegenüber Personen, welche die einheitliche Wertordnung bestreiten. Die Beantwortung der Wertfragen kann dann bis zur Findung wahrheitsfähiger Kriterien – und das heißt potentiell unendlich lange – verschoben werden. Demgegenüber besteht das – vorausgesetzte – Bedürfnis nach einer Rechtsordnung schon hier und jetzt. Der Positivismus kann so das Problem der Übergangszeit bis zur wahrheitsfähigen Beantwortung der Wertfrage schließen, ohne in Selbstwidersprüche zu geraten.

Die dritte Erwägung geht schließlich dahin, daß die Trennung von Rechtsgeltung und Rechtsbegründung die wissenschaftliche Wertdiskussion überhaupt erst ermöglicht. Wäre das Recht von der Bejahung bestimmter Werte abhängig, so würde sich jede Diskussion um jene Werte zugleich als Diskussion um das notwendige Recht darstellen. Die Infragestellung eines die Rechtsordnung stützenden Wertes wäre identisch mit der Infragestellung der wertgestützten Rechtsnorm und damit eines Teiles der Rechtsordnung. Die Wertdiskussion geriete so in die praktische Notwendigkeit, die Integrität des Rechts wahren zu müssen; Kritik wäre dann – anders als in der Wissenschaft generell – aus außerwissenschaftlichen Gründen nicht sinnvoll, sondern per se schädlich. Unter solchen Prämissen wäre eine Wertdiskussion wegen praktischer Zwänge keine wissenschaftliche Erkenntnisuche mehr; sondern tendenziell ein Angriff auf unentbehrliche Gemeinschaftsgüter wie die Rechtsordnung, „zersetzend“ und deshalb zu vermeiden. Solcher Logik entgeht das positivistische Rechtsdenken. Es ermöglicht die wissenschaftliche Wertdiskussion erst, indem es sie von unwissenschaftlichen, praktischen Bedürfnissen entlastet. Erst die Aufhebung des Konnexes von Richtigkeit und Rechtsgeltung macht

wissenschaftliche Wertkritik möglich und politische Opposition gegen geltendes Recht rechtmäßig<sup>24</sup>.

Die durch den Positivismus vorausgesetzte Verselbständigung von Rechtsgeltung und Rechtsbegründung stärkt so die Integrität der Rechtsordnung gegen ein Bestreiten ihrer Geltung aus außerrechtlichen Gründen; und sie stärkt die Möglichkeit wissenschaftlicher Wertdiskussion gegen ihre Inpflichtnahme aus außerwissenschaftlichen Gründen.

b) *Daß das Recht inhaltlich nicht aus außerrechtlichen Werten begründet werden kann, besagt aber noch nicht, daß die Rechtsordnung einerseits und außerrechtliche Werte andererseits völlig beziehungslos nebeneinanderstünden.* Die Möglichkeit der Begründung von Recht aus Werten scheidet nach positivistischer Sicht nicht an der fehlenden Existenz von Werten, sondern allein an ihrer fehlenden Objektivierbarkeit. Sind die Werte danach notwendig subjektiv, so können die möglichen Beziehungen zwischen ihnen und dem objektiven Recht keine Ableitungszusammenhänge sein. Dies schließt aber nicht aus, daß sonstige Zusammenhänge bestehen können. Derartige Zusammenhänge finden sich auf zwei Ebenen: Zunächst auf der Ebene der Entscheidungsfindung, also der Antwort auf die Frage, warum die jeweils gerade zuständige Person oder Instanz zur Entscheidung berechtigt ist bzw. in welchem Verfahren die Entscheidung getroffen wird. Daneben aber auch auf der Ebene des Entscheidungsergebnisses, also der Frage, warum die zuständigen Instanzen gerade eine Norm bestimmten Inhalts und keine andere erlassen haben.

Die erstgenannte Ebene betrifft die Frage nach der *außerrechtlichen Legitimation der Entscheidungsinstanz bzw. des Entscheidungsverfahrens*. Warum sollen die Betroffenen deren Entscheidung befolgen? Die rechtliche Antwort des Positivismus ist bereits erörtert: Weil nämlich die Entscheidungsinstanz zur Rechtssetzung ermächtigt ist. Der materielle Grund für die Rechtsbefolgung liegt aber außerhalb des Rechts. Er fällt zusammen mit der politischen Frage nach der Verteilung der – regelmäßig staatlichen – Entscheidungskompetenz, also praktisch mit der *Frage nach der jeweiligen Staatsform*. Wie die Form der Ausübung der Staatsgewalt organisiert sein sollte, ist nicht Gegenstand allgemeiner rechtlicher Regeln. Die Frage nach der Staatsform kann nur aufgrund außerrechtlicher Wertungen – und damit ethischer Prinzipien – beantwortet werden. Läßt sich etwa die Staatsform der Demokratie außerrechtlich rechtfertigen, weil sie geeignet ist, bestimmte Ziele besser zu verwirklichen als andere, so stellt sich dann der Konnex von Ethik und demokratischem Recht so: Eine Rechtsnorm, welche durch demokratisch legitimierte Instanzen in einem demokratisch legitimierten Verfahren erging, ist für ihre Adressaten nicht lediglich ein factum brutum, sondern bezieht ein Minimum an Eigenwert daraus, daß sie gerade auf demokratische Weise erging. Eben darin liegt der materielle, außerrechtliche Grund für die Normbefolgung. Dieser ist eben ein ethischer und kein rechtlicher. *Das elementarste ethische Fundament einer Rechtsnorm folgt somit aus positivistischer Sicht aus jener Ethik, welche der jeweiligen Staatsform zugrundeliegt.*

Aber darin erschöpfen sich die ethischen Gehalte des Rechts nicht. Vielmehr ist schon deshalb, weil – unabhängig von der konkreten Staatsform – die Entscheidungsbefugten Menschen sind, kaum zu vermeiden, daß deren subjektive Ethik nicht nur in das Verfahren, sondern auch in dessen Produkt eingeht. *Es ist die Ethik der Entscheidenden, die sich in der Rechtsordnung widerspiegelt.* Rechtssetzung durch Entscheidung bedingt geradezu notwendig, daß zuvor eine Beurteilung der Entscheidungssituation und eine Bewertung der Entscheidungsalternativen stattgefunden hat. Die dabei vorzunehmenden Bewertungen setzen ihrerseits Wert- und damit ethische Maßstäbe voraus. Diese Ethik schlägt sich dann in der Entscheidung notwendig nieder. Sie kann die Individualethik einer Person sein, welche zur Entscheidung

<sup>20</sup> S. etwa G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. A., 1973, S. 339 ff.; ebenso Dreier aaO (Fn. 6) m. w. N.

<sup>21</sup> Von der genannten Frontstellung ist es dann nur noch ein gradueller Unterschied bis zur – bisweilen mitschwingenden – Behauptung, Positivismus legitimiert jeden beliebigen Inhalt von Rechtsnormen. Sie dienen daher dem demokratischen Rechtsstaat mit dem gleichen Einsatz wie „Unrechtsregimen“. In dieser Logik erscheint es konsequent, den Positivismus für Unrechtshandlungen etwa des nationalsozialistischen Regimes mitverantwortlich zu machen; dagegen differenzierend Grawert in: *Isensee/Kirchhof*, HdBStR I, 1987, S. 143, 159; Grimm, *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 373, 384 ff.; *Rottleutner* RuP 1983, 195; *Walther* KJ 1988, 263.

<sup>22</sup> S. o. I 1 a, b. <sup>23</sup> Ausgeführt bei Gusy ARSP 1982, 503 ff. <sup>24</sup> Näher dazu C. Schmitt, FS E. Forsthoft, 1967, S. 37 ff.; weitere Nachw. bei Gusy AoR 1981, 329, 337 ff.

berechtigt ist – wie etwa ein Richter –; sie kann die Kollektivethik einer Personengruppe – wie etwa der Parlamentsmehrheit – sein, welche ein Gesetz gegen die Opposition durchsetzt. Sie kann dabei offengelegt, mit Dritten diskutiert, für Dritte erkennbar oder nur den Beteiligten ersichtlich sein. Aber es sind ihre subjektiven und keine objektiven Werte. Daß gar keine Ethik sich in der Entscheidung niedergeschlagen hat, ist dagegen praktisch nur bei Zufallsentscheidungen denkbar.

c) Ist demnach das gesetzte Recht nach Auffassung des staatsrechtlichen Positivismus geradezu notwendig ethisch, so kann die Fragestellung in der Positivismusdiskussion nicht lauten: Ethisches oder ethikneutrales Recht? Auch das vom staatsrechtlichen Positivismus vorausgesetzte Recht ist ethisch. Es ist vielmehr gerade die positivistische Rechtswissenschaft, welche die jeder Rechtsnorm immanente Ethik anerkennt und ihr keine andere, eigene Ethik entgegensetzt. *Wertfrei ist nach jenen Prämissen nicht das Recht, sondern höchstens die Rechtswissenschaft.* Der gegen die positivistische Rechtswissenschaft erhobene Vorwurf geht denn auch – richtig verstanden – nicht dahin, die Ethik aus dem Recht zu verbannen. Vielmehr geht er dahin, die Anerkennung des Eigenwertes des Rechts impliziere nicht bloß die Anerkennung ethisch wertvoller, sondern auch diejenige ethisch weniger wertvollere Rechtsordnungen. Der Positivismus legitimiere so in gleicher Weise ethisch wertvolles und wertloses Recht. Die Kritik geht letztlich demnach nicht dahin, daß überhaupt gar keine ethischen Werte anerkannt würden, sondern vielmehr dahin, daß zumindest die Gefahr bestünde, die falschen Werte anzuerkennen. Der Unterschied besteht dann nicht mehr zwischen Werthaftigkeit und Wertelosigkeit, sondern zwischen „richtigen“ und „falschen“ Werten, zwischen „Recht“ und „Unrecht“<sup>25</sup>. Indem der staatsrechtliche Positivismus nicht zwischen werthaften und wertvollen Rechtsordnungen differenziere, sei er anfällig für autoritäre bzw. totalitäre Rechtsordnungen. An jener Kritik trifft jedenfalls zu, daß aus der Perspektive des staatsrechtlichen Positivismus keine Möglichkeit besteht, einer Rechtsnorm wegen Unvereinbarkeit mit außerrechtlichen Werten ihre Geltung abzusprechen<sup>26</sup>. Doch verneinen auch nicht alle wertorientierten Ansätze die Geltung wertwidrigen Rechts<sup>27</sup>. Nicht zutreffend ist demgegenüber, daß der Positivismus bestimmte Normen gleich welchen Inhalts „legitimiere“. Wer selbst nicht ethisch Stellung nimmt, kann weder legitimieren noch illegitimieren. Löst so die positivistische Sicht den – von den entgegengesetzten Anschauungen postulierten – notwendigen Konnex von geltendem Recht einerseits und dessen ethischer Legitimation auf, so ermöglicht er zugleich die geistige Distanzierung vom vorhandenen Recht. Man kann eine Norm für ungerecht, schädlich oder unerwünscht halten, ohne daß dadurch zugleich ihr Charakter als Rechtsnorm verloren geht. In diesem Sinne kann der Positivist nicht nur politischer Gegner von Unrecht, sondern auch von bestimmtem Recht sein.

Hier soll lediglich aufgezeigt werden, daß von den Grundannahmen des staatsrechtlichen Positivismus her eine demo-

kratische Option nicht ausgeschlossen ist, wenn nicht gar nahe liegt. Die Basis dieser demokratischen Option liegt in der positivistischen Normbegründung. Ist danach das Recht nicht notwendige Konsequenz vorgegebener Werte, so kann es nicht „gefunden“ und als einzig richtig bzw. zwingend begründet werden. Dadurch entsteht erst die Möglichkeit der Alternativenauswahl und damit einer Kritik, welche sich nicht in der Konfrontation einzig „richtiger“ bzw. „falscher“ Standpunkte erschöpft. Der daraus mögliche Pluralismus gleichwertiger und daher gleichberechtigter Standpunkte schafft erst das Entscheidungsbedürfnis, welches der Rechtsordnung als Entscheidungsprodukt zugrundeliegt. Die Begründungen, welche die einzelnen Entscheidungssubjekte für ihr Verhalten geben, sind durchaus werthaft. Aber solche Begründungen sind für positivistisches Denken rechtfertigungsbedürftig<sup>28</sup>. Offenheit der Entscheidung und ihrer Rechtfertigung sind so die Grundbedingungen jenes Denkens. Solche Offenheit, welche gerade aus dem Fehlen werthafter Determinierung resultiert, bringt das positivistische Denken geradezu notwendig in einen Konnex zu den staatstheoretischen Vorbedingungen der Demokratie. Diese Staatsform geht gleichfalls davon aus, daß das Recht durch Entscheidung und nicht durch Findung entsteht; und sie geht davon aus, daß diese Entscheidung ihrerseits durch Diskussion rechtfertigungsbedürftig ist. *Das politische Anliegen der Demokratie und das wissenschaftliche Anliegen des staatsrechtlichen Positivismus sind so jedenfalls einander verwandt.* Die demokratische Option zahlreicher Positivisten ist demnach kein Zufall, sondern durch die Voraussetzungen des eigenen Denkens zumindest nahegelegt<sup>29</sup>. Auf diese Weise gelingt es, zahlreiche Grundgedanken der Staatstheorie und der Rechtswissenschaft zusammenzuführen:

- Zunächst die Idee der fehlenden „Findbarkeit“ und damit notwendigen „Entscheidbarkeit“ des Rechts;
- sodann die Idee der Rechtfertigung der Entscheidung aus ihrem Herstellungs- und nicht aus ihrem Begründungsverfahren. Ein demokratisches Gesetz gilt nicht deshalb, weil es – von wem auch immer – richtig begründet werden kann; sondern deshalb, weil es im demokratischen Verfahren verabschiedet worden ist. Umgekehrt kann fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit zum politischen Aufhebungszwang für den Gesetzgeber, nicht aber zum automatischen Außerkrafttreten der Norm führen;
- schließlich die Idee der Bindung an das Recht auch bei fehlender Bindung an dessen Begründung und damit das Recht auf politische Opposition gegen das Gesetz<sup>30</sup>.

## II. Das Erkenntnisziel: Limitierte Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft

„... daß Kelsens Staatslehre ohne Staat sich gerade deshalb als undurchführbar erweist, weil sie notwendig zugleich eine Rechtslehre ohne Recht, eine Normwissenschaft ohne Normativität und ein Positivismus ohne Positivität ist.“<sup>31</sup>

### 1. Die Eigenständigkeit des Rechts

a) Die Eigenarten einer wissenschaftlichen Disziplin lassen sich in zweierlei Richtungen abgrenzen: durch ihren Erkennt-

<sup>25</sup> Diese Terminologie ist in der Tat nicht positivistisch. Er kennt nur „Recht“ und „Nicht-Recht“, nicht hingegen „Recht“ und „Unrecht“. Zu diesen Begriffsbildungen schon Gusy, Legitimität im demokratischen Pluralismus, 1987, S. 9 ff.

<sup>26</sup> Hier soll die Frage offenbleiben, ob es nicht doch sinnvoll ist, Normen, welche unerwünschte Regimes als ihr Recht ansehen, auch als Recht zu bezeichnen. Auch soll hier offenbleiben, ob es wirklich – nur – der Positivismus ist, der anfällig wäre für autoritäre oder totalitäre Rechtsordnungen.

<sup>27</sup> Das gilt insbesondere, solange solches „Unrecht“ „in Kraft ist“. Jedenfalls ist mir kein Fall bekannt, in welchem ein Gericht oder Rechtswissenschaftler einer nationalsozialistischen Vorschrift wegen des in ihr verwirklichten „Unrechts“ die Gefolgschaft versagt hätte. Vielmehr gilt die Qualifikation des „Unrechts“ als „ungültig“ offenbar insbesondere in zwei Fällen: Nämlich für die Anerkennung solcher Normen durch Drittstaaten und für ihre Beurteilung durch spätere Zeiten und Rechtsordnungen. Diese ist allerdings durch den Positivismus nicht präjudiziert; zur fehlenden Bindung an ältere Rechtsordnungen o. 12 c); die Beurteilung ausländischen Rechts richtet sich auch nach positivistischer Ansicht nach dem jeweiligen ordre public.

<sup>28</sup> Glanzvolle Auseinandersetzungen vom Standpunkt einer Parteinahme für die Demokratie gegen die heraufziehenden Gefahren von links und rechts bei H. Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie, 2. A., 1929, S. 78 ff., 93 ff.; s. ferner ders., The communist theory of law, 1955 (1976); auch ders., Demokratie und Sozialismus (Hrsg. N. Leser), 1967, S. 69 ff., in Auseinandersetzung mit der marxistischen Staatstheorie.

<sup>29</sup> S. etwa H. D. Rath, Positivismus und Demokratie, 1981 (zu R. Thoma); H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei H. Kelsen, 1986.

<sup>30</sup> Dieses ist nicht zu verwechseln mit dem Widerstandsrecht; dazu näher Gusy ZfP 1985, 133 ff.

<sup>31</sup> H. Heller aaO (Fn. 13), S. 304 f.; zu Vergleichbarkeiten und Unterschieden im Werk Hellers und Kelsens C. Müller in: ders./Staff, Der soziale Rechtsstaat, 1984, S. 693 ff.; auch Paulson ebd., S. 679 ff.

nisgegenstand und durch ihre Erkenntismethoden. Prägend ist nach gegenwärtigem Verständnis der zweite Aspekt. Die Methoden unterscheiden die Disziplinen, auch wenn sie gleiche Gegenstände untersuchen. Doch kann umgekehrt auch das Erkenntnisobjekt für die Anwendung jener Methoden und damit für die Konstitution eines Faches Bedeutung erlangen. Die Methoden müssen nämlich dem jeweiligen Gegenstand adäquat sein, um sinnvolle Ergebnisse hervorbringen zu können. *Die Eigenart einer wissenschaftlichen Disziplin wird demnach durch beide genannten Faktoren, Gegenstand und Methoden, begründet.*

Die Rechtswissenschaft hat nach positivistem Verständnis das Recht zum Erkenntnisgegenstand. Das Recht ist nicht Erkenntnisprodukt. Dementsprechend kann es der Rechtswissenschaft auch nicht – wie etwa der Ethik – um die Hervorbringung von Normen gehen. Schon deshalb ist jene von dieser notwendig verschieden. Rechtswissenschaft fügt dem Recht nichts hinzu. Eine noch so exakte Begründung, daß eine Norm gelten müsse, weil sie aus einer anderen folge, begründet noch keine Geltung der abgeleiteten Norm. Die Entscheidung ist eben mehr als ihre Begründung. Theoretisch denkbar wäre auch eine Rechtsordnung ohne Rechtswissenschaft; hingegen nicht eine Rechtswissenschaft ohne Rechtsordnung. Der Satz, wonach die Rechtswissenschaft dort anfange, wo das Recht aufhöre, ist demnach ebenso sinnlos wie etwa derjenige, daß dort, wo die Sprache aufhöre, die Sprachwissenschaft beginne. Umgekehrt vermag die Rechtswissenschaft dem Recht seine Geltung aber auch nicht zu nehmen. Sie erzeugt also ihren Gegenstand nicht selbst; er ist ihr vielmehr von außen vorgegeben.

b) Die *Eigenständigkeit des Rechts* besteht also zunächst in seiner gegenständlichen Verselbständigung *von seiner Erkenntnis*. Darauf allein beschränkt sie sich aber nicht. Vielmehr bezieht sie sich auch auf seine Entstehungsbedingungen. Durch das Medium der Entscheidung fließen in das Recht ethische, politische, soziale, ökonomische und sonstige Erwägungen ein. Hierdurch erlangt die Rechtsordnung den dargestellten praktischen Bezug zu ihrer Umwelt<sup>32</sup>. Mit dem Zeitpunkt der Entscheidung verselbständigt sich die Rechtsnorm aber von jenen Vorbedingungen. Ist sie in der Entscheidung Produkt ihrer Umwelt, so löst sich die Norm danach partiell von ihren Entstehungsbedingungen. Die Entstehungsbedingungen mögen vergehen; die Norm vergeht nur durch das Medium einer neuen Entscheidung, welche sie aufhebt. Im übrigen bleibt sie in Kraft. Diese Fortgeltung reicht genau so weit wie die damalige Entscheidung und das damals Entschiedene<sup>33</sup>. Verselbständigung des Rechts besagt somit auch: Mögen die Entstehungsbedingungen einer Norm fortfallen, so bleibt doch das entstandene Recht.

Aber die relative Autonomie des Rechts reicht noch weiter. Sie überdauert auch den politischen Willen, welcher eine Norm erst hervorbrachte. Ist eine Entscheidung Ausdruck eines spezifischen Willens, so kann dieser Wille in einen Akt der Rechtssetzung einmünden. Sein Fortfall hingegen läßt nicht gleichzeitig das erlassene Recht entfallen. Der politische Kompromiß, welcher einer Entscheidung zugrundelag, kann schon einen Moment später zerbrochen sein; das beschlossene Recht gilt weiter. Vielfach wird auch gar nicht mehr feststellbar sein, ob nach einer Entscheidung der sie tragende Wille in dem beschließenden Gremium noch vorhanden ist. Das Parlament berät über schon erlassenes Recht praktisch nicht mehr. Ein generalisierter „Wille zum Gesetz“ kann bei bloßer – diesbezüglicher – Untätigkeit nicht mehr als eine Fiktion sein. Solche Willensänderungen sind jedoch für das beschlossene Recht ohne Bedeutung. Es gilt fort, weil es beschlossen worden ist. Schließlich kann das Recht aber auch diejenigen Organwalter bzw. dasjenige Organ, welche es beschlossen, überdauern. Die Regierung, die es einbrachte, kann längst abgelöst; der Bundestag, der es beschloß, längst abgewählt; der Bundesrat, der keinen Einspruch einlegte oder zustimmte, völlig anders besetzt sein. Alle genannten Umstände sind für den Fortbestand des

erlassenen Rechts ohne Bedeutung. Es ändert sich erst durch eine neue Entscheidung, welche es modifiziert oder aufhebt. Daraus resultiert die vielfach betonte Akzessorietät, aber auch ein temporärer Rückstand des Rechts gegenüber der Wirklichkeit. Letztere wandelt sich linear, ersteres hingegen in Sprüngen. Wo der Hase des Rechts ankommt, ist der Igel der Realität längst da.

Das *Recht ist somit gegenüber seiner politischen Umwelt relativ verselbständigt*. Die Verselbständigung beginnt mit dem Moment der Entscheidung. Mag es in diesem Moment unmittelbarer Spiegel der ethischen, politischen, sozialen und ökonomischen Verhältnisse sein, so trifft dies danach mit wachsendem zeitlichem Abstand immer weniger zu, sofern und solange Änderungen in der Umwelt nicht auf das Recht durchschlagen. Insoweit dürfte es angemessen sein, das Recht mit einem Bild zu vergleichen, welches einen Teil der Realität abbildet. Dabei mag es sich noch so genau an jener Realität orientieren: Mit dem Abschluß des künstlerischen Vorganges hört die angelegte Korrespondenz von Bild und Objekt notwendig auf. Wandelt sich das Objekt, so wandelt sich das Bild dadurch noch nicht; es wandelt sich erst, wenn es retuschiert oder übermalt wird. Es wird durch Änderungen des Objekts aber auch nicht falsch, weil es die jetzt vorhandene, neue Wirklichkeit nach seinem Entstehungsvorgang (so) nicht abbilden wollte und konnte.

Eine so zu begreifende *Selbständigkeit des Rechts* als Erkenntnisobjekt der Rechtswissenschaft *schließt es* nach positivistem Verständnis *aus, diese Wissenschaft als Teil der Sozial- oder Politikwissenschaft anzusehen*. Sie ist es ebensowenig, wie die Kunstwissenschaft, welche das bereits erwähnte Bild analysiert, eine Naturwissenschaft ist. Der Beschluß als rechtssetzender Akt mag seinerseits Gegenstand beider Wissenschaften sein; das beschlossene Recht steht in relativer Autonomie zu seiner Umwelt und kann insoweit nur aus sich und nicht aus jener untersucht und verstanden werden. Hier treten Rechts- und Sozialwissenschaft notwendig auseinander.

c) Die *Eigenständigkeit des Rechts* geht aber auch darüber noch hinaus. Sie bezieht sich auch auf die eigenen Regelungsgegenstände. Soweit die Rechtsordnung Vorgänge in der Wirklichkeit regelt, bleibt sie von Wandlungen dieser Wirklichkeit ihrerseits unberührt. Neuentstehung von Phänomenen im Regelungsbereich, deren Änderung, Fortentwicklung oder Fortfall lassen das diesbezügliche Recht unberührt.

Der Grund hierfür liegt eben in jener *Eigenständigkeit*. Eine Rechtsnorm knüpft zwar im Zeitpunkt der Entscheidung an die Wirklichkeit an. Jene Anknüpfung erfolgt aber auf spezifische Weise. Das Vorhandensein der jeweiligen Realität ist nach positivistem Verständnis nicht Teil der Rechtsnorm. Die Vorschrift: „Zugelassene Autos müssen regelmäßig einer Abgas-Untersuchung unterzogen werden“ ist in ihrer Geltung völlig unabhängig von der Frage, ob es im Zeitpunkt ihres Erlasses oder später Autos oder eine Abgas-Untersuchung gab. Fehlte etwa bis zum Normerlaß die letztere, so ist die Vorschrift nicht etwa deshalb ungültig; sie ist vielmehr gleichwohl gültig und sinnvoll; etwa als Gebot, eine solche Untersuchung zu schaffen. Insoweit knüpft die Rechtsordnung nicht allein an vorhandene Wirklichkeiten an. Dies ist auch gar nicht ihr Sinn: Die Verhältnisse so zu regeln, wie sie ohne Regelung ohnehin schon sind, ist überflüssig und sinnlos. Vielmehr zielt die Regelung durch Recht gerade auf deren Modifikation. Sie ist also jedenfalls nicht vollständig faktenabhängig, sondern im Gegenteil kontrafaktisch. In diesem Sinne sind Rechtsnormen notwendig empirisch falsche Sätze<sup>34</sup>. Wandlungen der Realität schlagen deshalb aus sich heraus nicht auf die Rechtsordnung durch. Wird keine Abgas-Untersuchung geschaffen, so behält die beispielhaft genannte Norm ebenso ihren Sinn – nämlich die Abhängigkeit der Zulassung von Kraftfahrzeugen von der Untersuchung – wie in dem Fall, in welchem etwa später andere, bessere Verfahren zur Verwirklichung des Umweltschutzzieles entwickelt werden. Letztere sind dann eben rechtlich nicht angeordnet, das – unveränderte – Recht gibt sich vielmehr mit der zweitbesten Lösung zufrieden. Rechtswandel ist demnach von dem Wandel der zugrunde

<sup>32</sup> S. o. I 3 b, c.

<sup>33</sup> Dazu noch näher III 1, 2.

<sup>34</sup> Näher ausgeführt bei Paulson ARSP 1979, 3. ff.; ganz entgegengesetzt E. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. A., 1982, S. 1 ff.

liegenden Realität notwendig verschieden. *Rechtswissenschaft ist dann auch keine Wirklichkeitswissenschaft.*

Die dargestellte Eigenständigkeit des Erkenntnisobjekts der Rechtswissenschaft hat gezeigt: Eine *Rechtswissenschaft, welche ihren Gegenstand ernst nimmt, muß von anderen, hier genannten wissenschaftlichen Disziplinen verschieden sein.* Dies ist die zentrale, aber auch die einzige Aussage, die aus der Eigenständigkeit des Erkenntnisobjekts folgt: Rechtswissenschaft als Erkenntnis des geltenden Rechts ist danach weder „angewandte“ oder „praktische“ Ethik noch Sozial- oder Politikwissenschaft noch gar Naturwissenschaft. Sie ist vielmehr von diesen Disziplinen notwendig verschieden.

## 2. Die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft

a) Die dargestellte Verschiedenheit der Rechtswissenschaft von anderen Disziplinen läßt sich in der Formel von der *„Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft“* zusammenfassen. Die Eigenständigkeit des Erkenntnisobjekts bedingt insoweit zugleich die Eigenständigkeit der Erkenntnismethoden. Letztere kann allerdings lediglich so weit reichen, wie ihre dargestellte Fundierung reicht. Eigenständig ist die Rechtswissenschaft, soweit sie auf die Hervorbringung wissenschaftlicher Aussagen über vorgegebene Rechtsnormen gerichtet ist. Dies gilt aber nicht für jegliche Befassung mit dem Recht, sondern lediglich für einen ihrer Zweige, die *dogmatische Rechtswissenschaft*<sup>35</sup>.

Sie ist allerdings nicht die einzige Wissenschaft, welche sich mit dem Recht befaßt. Vielmehr steht sie im Konzert einer ganzen Reihe anderer Disziplinen, welche die Rechtsordnung zum Gegenstand haben. Dies ist hinsichtlich des Erkenntnisobjekts „Recht“ aber nichts Ungewöhnliches. Auch andere Gegenstände werden von einer Vielzahl von Disziplinen untersucht. So kann etwa der Staat juristisch, historisch, ökonomisch, politikwissenschaftlich, philosophisch und theologisch betrachtet werden. Und es ist doch immer der Staat, der – wenn auch aus unterschiedlicher Perspektive – zum Untersuchungsgegenstand gemacht wird. Das gleiche Phänomen läßt sich auch hinsichtlich des Rechts beobachten. Hier macht sich der andere, bereits erwähnte Unterschied zwischen den Disziplinen bemerkbar: der methodische. So kann die Rechtsordnung etwa im Hinblick auf ihre Wertgehalte ethisch mit den Methoden der Philosophie diskutiert werden, wie es die Rechtsphilosophie tut<sup>36</sup>. Die Methoden der Politikwissenschaft prägen die Untersuchung von Entstehungsbedingungen, Verfahren und Interessenvermittlung im Prozeß der Rechtssetzung und -anwendung, wie sie von der Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre betrieben wird. Entstehung, Wandel und Vergehen von Recht kann mit historischen Methoden von der Rechtsgeschichte analysiert werden.

Damit reduziert sich das genannte Postulat der Eigenständigkeit hinsichtlich seiner Reichweite erheblich. *Eigenständig ist nur ein Teil der Rechtswissenschaft.* Alle anderen Teile stehen in einem engen methodischen Konnex zu anderen Disziplinen. Ihnen fehlt die dargestellte Eigenständigkeit. Umgekehrt heißt dies aber nicht, daß der staatsrechtliche Positivismus nur den dogmatischen Zweig als Rechtswissenschaft anerkennen würde. Gerade die rechtsphilosophischen Arbeiten zahlreicher positivistischer Autoren zeigen, daß sie auch andere als dogmatische Arten der Rechtswissenschaft für möglich und zulässig hielten und auch betrieben haben<sup>37</sup>.

b) Das Spezifikum des staatsrechtlichen Positivismus ist somit nicht die Verengung der Rechtswissenschaft auf eine einzige ihrer möglichen Disziplinen. Seine Besonderheit besteht vielmehr in der Erkenntnis der methodischen Unterschiede zwischen diesen. Damit stellt sich ihm die Frage nach dem Verhältnis dieser verschiedenen Methoden und ihrer Ergebnisse zueinander. Solche Fragen stellen sich um so mehr,

als eine traditionelle Grundannahme des Positivismus, nämlich diejenige der „Trennung“ von Sein und Sollen, heute als „überholt“, die auf ihrer Grundlage gefundenen Ergebnisse als „überwunden“ gelten. Inwieweit transzendiert das weite, aber zugleich methodisch pluralisierte Konzept von Rechtswissenschaft jene vorausgesetzte Trennungsthese?

Hier kann und soll keine Antwort bezüglich der Möglichkeiten zur Integration aller denkbaren Arten von Rechtswissenschaft gesucht werden. Vielmehr soll sich die Darstellung auf einen einzelnen Aspekt beschränken, nämlich die Integration nichtdogmatischer Aussagen in dogmatische Fragestellungen bzw. Antworten. Hier ist zunächst davon auszugehen, daß die Rechtsdogmatik nicht deshalb als eigenständige Wissenschaft postuliert wird, weil der staatsrechtliche Positivismus dies so will; sondern deshalb, weil ihr ihre Eigenständigkeit durch die Eigenständigkeit ihres Erkenntnisobjekts vorgegeben ist<sup>38</sup>. Daraus folgt nicht die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft insgesamt, sondern nur diejenige eines ihrer Teile, eben der Dogmatik<sup>39</sup>. *Dogmatik ist demnach aber auch nicht nur gegenüber anderen Disziplinen als der Rechtswissenschaft, sondern auch gegenüber anderen rechtswissenschaftlichen Disziplinen eigenständig.*

Damit wird die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsdogmatik zu den anderen rechtswissenschaftlichen Disziplinen zu einem Problem der *Interdisziplinarität zwischen den Rechtswissenschaften*. Interdisziplinarität bezieht ihre Leistungsfähigkeit gerade nicht daraus, daß eine Wissenschaft die Fragestellungen und Antworten der anderen einfach übernimmt; sondern daraus, daß eine Wissenschaft sich für die Lösung ihrer eigenen Probleme der Fragestellungen und Methoden einer anderen Wissenschaft bedient. Das Problem kommt aus der rezipierenden, die Lösungsansätze kommen hingegen aus der rezipierten Disziplin. Eine solche Rezeption ist aber nur dann sinnvoll, wenn in einer Wissenschaft eine Fragestellung auftaucht, die mit eigenen Mitteln nicht vollständig beantwortet werden kann; die hingegen aus den Methoden eines anderen Fachs zu lösen ist. *Einbeziehung anderer als dogmatischer Ansätze in dogmatische Fragestellungen ist demnach nur zulässig zur Ergänzung fehlender eigener Antworten;* nicht hingegen zur Ersetzung oder Rückgängigmachung dogmatischer Resultate. Was der eigenständige Zweig der Rechtswissenschaft nicht leistet<sup>40</sup>, kann durch Interdisziplinarität kompensiert werden. Das dargestellte Eigenständigkeitspostulat steht somit interdisziplinärem Arbeiten nicht generell entgegen. Die Einbeziehung anderer Wissenschaften in den Begründungszusammenhang ist demnach für den staatsrechtlichen Positivismus nicht ausgeschlossen, sondern methodisch fundiert und begrenzt zulässig. Nicht die wechselseitige Isolation der Wissenschaften voneinander ist sein Anliegen; sondern vielmehr die Rationalisierung ihrer Kooperation.

c) Der Rezeptionsvorgang darf demnach den eigenständigen Erkenntnisgehalt der Dogmatik nicht rückgängig machen. *Damit sind aber nur die Grenzen, nicht hingegen die Bedingungen der Interdisziplinarität beschrieben.* Aber schon deren grundsätzliche Möglichkeit zeigt: Aus dem Umstand, daß ein Sollen aus einem Sein wissenschaftlich nicht deduziert werden kann, zieht der staatsrechtliche Positivismus auch für den Vorgang der Rechtserkenntnis nicht den Schluß, daß beide Phänomene völlig beziehungslos nebeneinanderstehen. Im Gegenteil: Durch das Medium der Entscheidung entsteht das Sollen nahezu immer im Hinblick auf ein Sein. Praktisch sind also schon deshalb zahlreiche Verknüpfungen zwischen beiden gegeben. Diese können auch wissenschaftlich sinnvoll untersucht werden. Eigenständigkeit der Rechtsdogmatik schließt wissenschaftliche Interdisziplinarität nicht aus; sondern beschreibt lediglich Voraussetzungen und Grenzen ihrer

<sup>35</sup> S. dazu noch näher III.

<sup>36</sup> Zu deren Erkenntnisbedingungen näher Gusy ARSP 1982, 503, 521 ff.

<sup>37</sup> S. etwa Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983; Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, (Neudruck) 1982; ders., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, 1985; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. A., 1973.

<sup>38</sup> S. o. II 1.

<sup>39</sup> S. o. II 2 a.

<sup>40</sup> Zu deren Reichweite s. näher III 2 c, 3 c.

Möglichkeit. Zugleich bedeutet dies: *Rechtsdogmatik und sonstige Rechtswissenschaft stehen zueinander im Verhältnis nicht wechselseitiger Austauschbarkeit, sondern wechselseitiger Ergänzung.*

### III. Der Erkenntnisvorgang: Methoden eigenständiger Rechtswissenschaft

„Unter Positivismus verstehe ich dabei diejenige Interpretationsmethode, welche den Sinn von Normen allein aus rechtlichen Faktoren ermitteln wollen, ohne Rückgriff auf Rechtsideen, Regelungszwecke und Wirklichkeitsbefunde, und damit auch alle Anleihen bei der Sozialwissenschaft, der Philosophie und Geschichte ablehnen“<sup>41</sup>.

#### 1. Rechtswissenschaft als Begründungswissenschaft

a) Der Rechtswissenschaft ist ihr Erkenntnisgegenstand vor-, nicht aufgegeben. Auch noch so zutreffende Aussagen über Recht schaffen keine Normen, sondern sind und bleiben wissenschaftliche Aussagen. Ob entsprechendes, „richtiges“ Recht geschaffen wird, hängt nicht von der Wissenschaft ab. Hierfür sind die entscheidungsbefugten Stellen allein verantwortlich. Die folgenden Aussagen betreffen nicht alle Zweige der Rechtswissenschaft, sondern nur diejenigen ihrer Teile, der sich mit der Erschließung der normativen Gehalte vorhandener Rechtsnormen befaßt, also ihren eigenständigen Teil, die *dogmatische Wissenschaft*.

Diese hat nach positivistischem Verständnis ein *theoretisches und ein praktisches Anliegen*. Das erste liegt darin, das – nicht notwendig systematische – Recht unter systematischen Aspekten zu untersuchen, wissenschaftliche Systemgedanken zu formulieren und das Verhältnis der Rechtsnormen zueinander zu analysieren<sup>42</sup>. Die dabei gefundenen Aussagen gehen zugleich in das praktische Anliegen ein, welches nicht durch wissenschaftliche, sondern durch rechtliche Bedürfnisse begründet wird. Ihm geht es um die Schließung der Kluft zwischen dem abstrakten Gesetz und dem konkreten Anwendungsfall. Ist der konkrete Anwendungsakt an das abstrakte Gesetz gebunden, so gilt es zu erschließen, welche Aussage die allgemeine Norm für den speziellen Fall bereithält. Hier ist es die *praktische Aufgabe der Rechtswissenschaft, Verfahren zu entwickeln und bereitzuhalten, mit welchen die konkrete Anwendungshandlung auf das abstrakte Recht zurückgeführt werden kann*.

Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß zwischen der Rechtsnorm und ihrem Anwendungsakt eine spezifische Relation bestehen muß. Soweit das Recht auf Anwendung durch Vollziehung oder Gerichte angewiesen ist, nehmen diese zwar eigene Funktionen wahr; deren Wahrnehmung ist jedoch an das maßgebliche Recht „gebunden“. Dies ist in Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG rechtlich bindend angeordnet. Der Anwendungsakt realisiert seinen ihm rechtlich vorgegebenen Sinn lediglich unter der Bedingung, daß er seinerseits mit „Gesetz und Recht“<sup>43</sup> „vereinbar“ ist. Das Gebot der „Vereinbarkeit“ ist erfüllt, wenn der Ausführungsakt aus der Rechtsordnung begründet werden kann; wenn er also seiner Überprüfung am Maßstab des Rechts standhält. *Rechtsbindung bedeutet so Begründbarkeit aus dem Recht*. Dabei genügt allerdings nicht irgendein möglicher Grund. Vielmehr muß dieser seinerseits bestimmten rechtlichen Anforderungen genügen. Hierzu zählt zunächst die Bindung an Art. 3 GG; wonach der jeweilige Grund nicht nur aus dem „Fall“ entwickelt sein darf, sondern eine gleiche Rechtsanwendung in gleichen Fällen sicherstellen muß. Dazu müssen die möglichen

Gründe jedenfalls die Abgrenzung „gleicher“ von „ungleichen“ Fällen ermöglichen, also jedenfalls insoweit über den unterschiedlichen Einzelfall hinaus verallgemeinerbar sein. Darüber hinaus müssen die möglichen Gründe aber auch überprüfbar sein. Daß der Anwendungsakt mit dem geltenden Recht vereinbar ist, darf sich nicht nur der entscheidenden Instanz erschließen. Vielmehr muß dieser Schluß einer Überprüfung durch andere Instanzen – etwa der Gerichte gem. Art. 19 Abs. 4 GG oder im Rechtszug, dessen Existenz Art. 92, 95 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 GG jedenfalls prinzipiell voraussetzen – standhalten. Die *Begründbarkeit* einer Entscheidung aus dem maßgeblichen Recht fordert also mehr als nur irgendwelche Gründe. Sie *erfordert vielmehr sowohl verallgemeinerbare als auch nachprüfbare Begründungen*. Nur solcherart begründbare Herleitungen lösen die Rechtsbindung ein. Die Pflicht zu solcher Begründbarkeit ist notwendig die Pflicht zur Dogmatik. *Der praktische Aspekt dogmatischer Rechtswissenschaft ist so nicht nur wissenschaftliches Desiderat, sondern zugleich rechtliche Auf- und Vorgabe*<sup>44</sup>. Ist eben diese Dogmatik nichts anderes als der eigenständige Zweig der Rechtswissenschaft, so löst diese hier den ihr von ihrem Gegenstand vorgegebenen Auftrag ein: Sie ist die rechtlich notwendige Begründungslehre.

b) Ausgangspunkte der Begründung sind somit der konkrete Anwendungsakt und das abstrakte Recht. Die anzuwendenden Instanzen sind verpflichtet, das vorhandene Recht anzuwenden und sich an dessen inhaltlichen Vorgaben zu orientieren. Eben dieser Auftrag prägt die notwendige Begründung: Sie hat nicht allein darzulegen, warum der Entscheidende so und nicht anders entschieden hat<sup>45</sup>. Ihr Gegenstand ist vielmehr auch, ob und wie sich der Rechtsanwender am Maßstab des Rechts orientiert hat. Solche Gründe haben zugleich darzulegen, daß und warum er so entscheiden sollte. Dies ergibt sich jedenfalls nicht allein aus der bisherigen Praxis, sondern aus dem geltenden Recht. Eine Rechtswissenschaft, die derartige Begründungspflichten zu ihrem Gegenstand macht, kann sich nicht auf bloße Entscheidungsstatistik beschränken. Sie hat zentral nicht zu untersuchen, wie andere Rechtsanwender entschieden haben oder entscheiden werden. Gegenstand einer solchen Rechtswissenschaft kann dann eben nicht „the prediction of what the courts will do“ sein; sondern die Beantwortung der Frage, wie die Rechtsanwender entscheiden sollen.

Gegenstand der genannten Begründungspflicht ist nicht die Frage, wie das anwendende Organ seine Entscheidung tatsächlich gefunden hat. Ein solcher „*Inventionszusammenhang*“ unterläge der Begründungspflicht lediglich dann, wenn ihn eine Rechtsnorm zum Gegenstand machen würde. Eine derartige Rechtspflicht, eine Entscheidung auf eine bestimmte Weise zu finden, gibt es in der gegenwärtigen Rechtsordnung nicht. Ob die Entscheidung etwa vom Richter im Gutachten- oder Urteilsstil gefunden wurde; ob er sie im Gericht oder zu Hause, vor oder in der Beratung fand; ob sie ihm im Traum erschien oder beim Fernsehen einfiel, ist für die Bindung der Entscheidung an das Recht unerheblich und dann auch nicht begründungsbedürftig. Solche „*wahren Entscheidungsgründe*“ sind keine Rechtsgründe. Letztere können sich vielmehr lediglich auf die Beantwortung der Frage beziehen: Wie kann eine – wie auch immer gefundene – Entscheidung aus dem geltenden Recht gerechtfertigt werden? Dieser „*Begründungszusammenhang*“ ist vom Inventionszusammenhang strikt zu trennen. Ist die dem Richter beim Fernsehen eingefallene Entscheidung eine rechtlich zugelassene, so ist sie „*richtig*“. Der Begründungspflicht unterliegt so nur die Rechtfertigung der Entscheidung aus der Rechtsordnung. Ist diese Begründung geleistet,

<sup>41</sup> So etwa Koch/Rüssmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 112 ff.; zur Begründung allgemein ebd., pass.; zur Einlösung dieses Postulats jüngst Rüssmann, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, (unveröff.) Göttinger Vortrag für F. Wieacker.

<sup>42</sup> „Begründung“ besagt hier lediglich, daß die Entscheidung begründbar sein muß. Ob und wie die Begründung dem Betroffenen oder Dritten mitzuteilen ist, ist eine davon zu unterscheidende und hier nicht zu untersuchende Fragestellung.

<sup>43</sup> Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 347, 349. Dort ist dieser Satz allerdings auf den Positivismus allgemein und nicht dessen staatsrechtliche Variante gemünzt und zudem im rechtshistorischen Zusammenhang des 19. Jh. verwendet.

<sup>44</sup> H. Kelsen aaO (Fn. 16), S. 72 ff.; zur Funktion und Bedeutung der Dogmatik allgemein A. Podlech, JbRSozRTh 2, 1972, S. 491 ff.

<sup>45</sup> Zu dieser Formel Gusy JuS 1983, 189, 193 f.

so ist die Bindung der Entscheidung an das Recht eingelöst. Nur sie ist dann auch Gegenstand der Rechtswissenschaft.

c) Dabei kommt den Methoden eine – insbesondere gegenüber den Naturwissenschaften – gesteigerte Bedeutung zu. In der Rechtswissenschaft sind sie nämlich die einzigen Medien zur Abgrenzung zutreffender von unzutreffenden Ergebnissen. Außermethodische Richtigkeitskriterien – wie Experiment oder Evidenz – gibt es daneben nicht. Sind demnach die Methoden richtig angewandt, so ist das Ergebnis wahr; sind sie unrichtig angewandt, so ist das Ergebnis unwahr. Die *Methoden der Rechtswissenschaft sind Richtigkeitsbedingung und Richtigkeitsprobe der Begründung*. Sollen die Methoden Richtigkeit begründen, so unterliegen sie ihrerseits dem Gebot der Wahrheitsfähigkeit. Zugleich kann die wissenschaftliche Begründung aber auch nicht weiter reichen als solche wahrheitsfähigen Argumente.

Das Gebot der Wahrheitsfähigkeit begründet und begrenzt so die Leistungsfähigkeit rechtswissenschaftlicher Begründung. Soweit eine Norm – etwa wegen besonders hoher Unbestimmtheit – kaum wahrheitsfähige Anknüpfungspunkte enthält, kann aus ihr kaum eine Aussage mit Richtigkeitsanspruch hergeleitet werden. In solchen Fällen stellt sich die Frage, wie ein konkreter Anwendungsakt auf andere Weise begründet werden kann.

## 2. Entscheidung und Begründung

a) Das praktische Bedürfnis nach Begründbarkeit entsteht in dem Moment, in welchem ein Entscheidungsbedürfnis entsteht. Ist die Entscheidung an das geltende Recht gebunden und löst die richtige Begründung diese Bindung ein, so kann allerdings das Richtigkeitspostulat nicht weiter reichen als die wahrheitsfähigen Standards der Rechtswissenschaft. *Wo es keine wahrheitsfähigen Gründe gibt, aber das Begründungsgebot besteht, kann kein Gebot wahrer Begründung bestehen*. Damit stellt sich die Frage nach der möglichen Reichweite wahrheitsfähiger Begründungen aus dem geltenden Recht<sup>46</sup>.

Kann das abstrakte Gesetz nicht jeden möglichen konkreten Anwendungsfall vorwegnehmen, so stellt sich das Problem der Zuordnung des Falles zum anwendbaren Recht für andere Instanzen als die Legislative. Seine Lösung ist die Aufgabe der rechtsanwendenden Instanzen, deren Anwendungsakte begründbar sein müssen. Bedingt eine solche Begründung die Konkretisierung des abstrakten Rechts, so impliziert die Aufgabe der Gesetzesanwendung notwendig die Aufgabe der Gesetzeskonkretisierung. Deren Erfüllung erfährt erste Vorgaben aus dem anzuwendenden Recht. Dieses nennt bestimmte Wirklichkeitsbereiche, auf welche es anwendbar sein soll, mehr oder weniger deutlich. Diese *Thematisierungsfunktion* des Rechts vermag positive Anhaltspunkte für den Rechtsanwender zu liefern. Umgekehrt schließt eine Rechtsnorm durch die Thematisierung derjenigen Sachverhalte, auf welche sie anwendbar ist, andere, davon verschiedene Sachverhalte mehr oder weniger eindeutig aus. Die *Exklusionsfunktion* bietet somit den rechtsanwendenden Instanzen negative Anhaltspunkte für den Begründungszusammenhang. Beide genannten Funktionen erschöpfen aber die Summe aller möglichen Anwendungsfälle nicht, wie schon die verwendete Formulierung „mehr oder weniger“ indiziert. Vielmehr verbleibt eine Anzahl von möglichen Anwendungsfällen, die nicht zweifelsfrei thematisiert, aber auch nicht zweifelsfrei ausgeschlossen sind. Die Zuordnung der hier bezeichneten, „neutralen“ Fallgruppe zum oder ihr Ausschluß vom Anwendungsbereich des Gesetzes wird durch die Norm selbst nicht geleistet, sondern den anwendenden Instanzen aufgegeben. Die Begründbarkeit der von diesen zu treffenden Entscheidung ist durch das Gesetz selbst nicht determiniert; es enthält ja gerade keine eigene Antwort auf die Zuordnungsfrage. Vielmehr sind hier die Begründungsmöglichkeiten vom Gesetz nur begrenzt: Vom Gesetz erfaßt wie vom Gesetz ausgeschlossene Fälle dürfen der „neutralen“ Fallgruppe nicht zugeordnet werden. Dieser Umstand bezeichnet in der Terminologie des

staatsrechtlichen Positivismus die „*Rahmenfunktion des Gesetzes*“<sup>47</sup>. Das Recht eröffnet Auslegungsalternativen und begrenzt sie zugleich. Dabei kann der Rahmen je nach der Bestimmtheit der konkreten Norm weiter oder enger gezogen sein. Daß ein Gesetz so bestimmt ist, daß überhaupt nur eine einzige Auslegungsalternative in Betracht kommt, mag zwar theoretisch denkbar sein, ist aber praktisch wie rechtlich weitgehend ausgeschlossen. Dadurch entsteht für die rechtsanwendenden Instanzen ein gewisser Entscheidungsfreiraum, der seinerseits rechtlich kaum vorgeprägt ist. Die ihn eröffnende Norm begrenzt ihn nur, sagt aber über seine Ausfüllung nichts aus. Demnach können rechtliche Begründungen für oder gegen eine bestimmte Auslegungsvariante nur aus der sonstigen Rechtsordnung gewonnen werden, die aber ihrerseits regelmäßig wiederum nur rahmenartige Aussagen trifft. So kann durch rechtliche Begründungen der eröffnete Rahmen praktisch niemals vollständig geschlossen werden.

An dieser Stelle endet die Leistungsfähigkeit des Rechts und diejenige der Rechtswissenschaft. Ihre Leistung und ihre Grenzen lassen sich demnach so zusammenfassen: Ausgangspunkt des positivistischen Denkens ist die These, daß aus Rechtsnormen überhaupt Argumente für die Begründung von Entscheidungen gewonnen werden können. Mit den Mitteln der Rechtswissenschaft vollständig begründbar sind Anwendungsakte in Fällen, die von einer Norm eindeutig erfaßt werden. Mit jenen Mitteln nicht vollständig begründbar sind demgegenüber solche Anwendungsfälle, die sich auf Sachverhalte beziehen, die von einer Norm eindeutig nicht erfaßt werden – denn damit ist über ihre Zuordnung zu anderen Normen noch nicht entschieden –, und solche, die im beschriebenen „neutralen“ Bereich liegen.

b) Gibt in den beiden letztgenannten Fallgruppen das Recht nur einen Entscheidungsrahmen vor, so ist die einzelne Entscheidung aus ihm auch mit den Mitteln der Rechtswissenschaft nicht vollständig begründbar. Eine vollständige Begründung des konkreten Rechtsanwendungsaktes ist dann zwar noch nicht unmöglich; sie kann aber keine rechtswissenschaftliche mehr sein. Was mit den Mitteln der Rechtswissenschaft gesagt werden konnte, ist gesagt. Was darüber hinaus noch gesagt werden soll, kann nur anders als rechtswissenschaftlich geleistet werden. *Die vollständige Begründbarkeit einer Einzelfallentscheidung impliziert somit regelmäßig rechtswissenschaftliche und nichtrechtswissenschaftliche Argumente*.

Diese Trennung rechtswissenschaftlicher von sonstigen Begründungen ist in der Vergangenheit nicht von allen Positivisten vollzogen worden. Einzelne, insbesondere frühe Autoren gingen davon aus, daß eine prinzipiell lückenlose Herleitung aus dem Recht möglich sein müsse oder gar möglich sei<sup>48</sup>. Eine solche Auffassung mag für bestimmte, optimistische Anschauungen über die Leistungsfähigkeit der Rechtswissenschaft zur Zeit des Frühpositivismus – und insbesondere der Kodifikationsbewegung – charakteristisch gewesen sein. Sie ist aber auf Kritik gerade seitens des staatsrechtlichen Positivismus der Folgezeit gestoßen<sup>49</sup>. Insbesondere wurde der scheinlogische Charakter des frühpositivistischen Versuchs vollständiger Systeme von In- und Deduktion erkannt, dessen Ergebnisse von denjenigen – außerrechtlichen – Prämissen abhängen, welche zuvor in ihn eingeführt worden sind. Damit wurde nicht der Wert in- bzw. deduktiven Denkens insgesamt bestritten, sondern nur dessen zu Unrecht erhobener Vollständigkeitsanspruch. Die Fortentwicklung des positivistischen Denkens seit Laband besteht so nicht in der Aufgabe der Prämisse, daß Begründungen aus Rechtsnormen überhaupt möglich sind. Sie besteht vielmehr in der Erkenntnis der immanenten Grenzen dieser Möglichkeit.

Auf dieser Grundlage läßt sich der Prozeß der Anwendung des abstrakten Rechts durch eine konkrete Entscheidung nä-

<sup>47</sup> Näher ausgeführt bei Kelsen ebd., S. 348 f.

<sup>48</sup> Klassische Formulierung bei P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 5. A., 1911, S. VIII ff.; auf solche Lehren bezieht sich auch das eingangs dieses Kapitels (Illvor 1) wiedergegebene Zitat.

<sup>49</sup> Insbesondere bei R. Thoma und H. Kelsen aaO (Fn. 46); ferner ders., Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 179 ff., insbes. S. 185 f., 189 f.; zur Kritik an jenen Auffassungen jüngst G. Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981.

<sup>46</sup> Zum folgenden grundlegend H. Kelsen aaO (Fn. 16), S. 346 ff.; R. Thoma in Anschütz/Thoma, Handbuch des Staatsrechts I, 1930, S. 44; ders., AöR 43 (1922), 267 ff.; ausführliche Darstellung der Problematik bei H. J. Koch, Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, 15 ff.

her beschreiben. Der Anwendungsakt ist durch das angewandte Recht nahezu niemals vollständig determiniert. Vielmehr enthält er eine Aussage darüber, welche konkrete Rechtsfolge dem abstrakten Gesetz für den Einzelfall entnommen wird. Die genannte konkrete Aussage – Beispiel: Das Einfuhrverbot für den Film F wegen seines Inhalts stellt einen rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG dar und ist deshalb unzulässig – ist mit dem Inhalt der angewandten Rechtsnorm – also hier Art. 5 Abs. 1 GG – nicht identisch und auch in ihm nicht vollständig angelegt. Folglich stellt *Rechtsanwendung die Herleitung einer (konkreten) Rechtsnorm aus einer anderen (abstrakten) Rechtsnorm* dar. Läßt sich die erstere aus der letzteren partiell begründen, so ist diese Operation eine rechtswissenschaftliche; sie beschreibt den *cognitiven Gehalt der Entscheidung*. Der cognitive Begründungsakt aus dem Recht wird auch als *Auslegung* bezeichnet. Reicht aber wegen der beschriebenen Rahmenfunktion des Gesetzes jene Begründung nahezu niemals vollständig aus, ist aber eine vollständige Begründung der Entscheidung geschuldet, so kann der überschießende Begründungsteil notwendig kein cognitiver sein. Hier beginnt der *volitive Gehalt der Entscheidung*, auch *Konkretisierung* genannt. Damit hat nach Auffassung des staatsrechtlichen Positivismus praktisch jeder Rechtsanwendungsakt seine cognitive und seine volitive Dimension.

c) Die genannten cognitiven und volitiven Dimensionen sind nicht Teil der Entscheidungsfindung, sondern der Entscheidungsbegründung. Hier ist demnach auch der Platz der praktischen Rechtswissenschaft: Sie bezieht sich allein auf den Begründungs-, nicht hingegen auf den Findungszusammenhang<sup>30</sup>. Dort lassen sich die cognitiven und die volitiven Gehalte analytisch durchaus trennen. Praktisch gehen sie allerdings umso eher ineinander über, als die Entscheidung gerade nicht notwendig „am Recht“ gefunden werden muß. Je enger die praktischen Verknüpfungen zwischen den beiden genannten Begründungsdimensionen sind, desto eher stellt sich die Frage nach dem eigenständigen Gehalt des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Standards im Begründungszusammenhang<sup>31</sup>.

Die Rechtsordnung eröffnet das Spektrum zulässiger Entscheidungen, begrenzt es aber zugleich. Diese Begrenzungsfunktion besteht auch gegenüber dem volitiven Entscheidungsgehalt: Was cognitiv als rechtlich unzulässig erkannt worden ist, darf volitiv nicht als zulässig behandelt werden. Demnach läßt sich das Verhältnis beider Begründungselemente grundsätzlich so beschreiben: Zulässig ist eine Begründung, welche die ihr gezogenen, cognitiv ermittelbaren Grenzen einhält. Bestimmt sich die Zulässigkeit der Begründung und damit zugleich der Entscheidung demnach von ihren rechtlichen Grenzen her, so läßt sich jene Aussage methodengerecht so formulieren: *Zulässig ist eine Begründung, die nicht mit rechtswissenschaftlichen Methoden falsifiziert werden kann*. Die Rechtswissenschaft hat so weniger entscheidungsleitende als vielmehr entscheidungskritische Aufgaben.

Aus der Perspektive der Rechtsanwendung läßt sich das Verhältnis von Entscheidung und Begründung demnach so umschreiben: (1) *Suche eine Entscheidung*; diese Suche betrifft den – regelmäßig rechtlich nicht näher determinierten – Findungszusammenhang. (2) *Überprüfe die Begründbarkeit der gefundenen Entscheidung am Maßstab des Rechts*; diese Prüfung betrifft den genannten Falsifikationszusammenhang und ist mit rechtswissenschaftlichen Methoden zu leisten. Die Entscheidung ist an diesem Maßstab rechtmäßig, wenn sie nicht zur Klasse der rechtlich ausgeschlossenen Alternativen zählt. In dieser Umschreibung (Begründbarkeit = fehlende rechtliche Ausschlossenheit) erweist sich der dargestellte

Falsifikationszusammenhang. (3) *Überprüfe die Begründbarkeit der gefundenen Entscheidung an sonstigen Maßstäben*. Hier kommen, da die rechtswissenschaftlichen Argumente bereits ausgeschöpft sind, nur sonstige Argumente in Betracht. Insoweit ist Entscheidungsbegründung mehr als nur Anwendung rechtswissenschaftlicher Standards. Dieses Mehr stellt den „Entscheidungsüberschuß“ dar.

### 3. Cognitive und volitive Begründungselemente

a) Soll ein Anwendungsakt aus einer Norm begründet werden, so können zwei Arten von Argumenten herangezogen werden: rechtliche Argumente in den cognitiven Gehalten (dazu a) und außerrechtliche in den volitiven Dimensionen (dazu b). *Rechtliche Argumente sind solche, welche den Bedeutungsgehalt einer Norm aus sich selbst oder aus anderen Rechtsnormen erschließen*. Hierzu zählen zunächst, aber keineswegs allein die grammatische Auslegung, welche durch die Sprachphilosophie eine wertvolle Rationalisierung erfährt<sup>32</sup>. Daneben treten zur Reduzierung sprachlicher Mehrdeutigkeiten die historische und die systematische Auslegung. Letztere konkretisiert die Bedeutung einer Rechtsnorm aus anderen Rechtsnormen. Argumente, die aus anderen Normen als Rechtsnormen hergeleitet sind, stellen in diesem Sinne keine rechtlichen, sondern außerrechtliche Argumente dar. Die Bedeutung der systematischen Argumentation ist um so größer, als sie den von einer Rechtsnorm eröffneten Entscheidungsrahmen zu verändern – und zwar sowohl zu verengen als auch zu erweitern – vermag. So kann eine Rechtsnorm – den von einer anderen Vorschrift eröffneten Entscheidungsrahmen ganz ausschließen, indem sie deren Anwendbarkeit im Wege der Vor- bzw. Nachrangigkeit entgegensteht. – den von einer anderen Norm eröffneten Entscheidungsrahmen ergänzen, indem sie ihn näher umreißt. Dies ist etwa im Falle von Legaldefinitionen der Fall, die materiell als Teil der von ihnen definierten Bestimmungen erscheinen; – den von einer anderen Norm eröffneten Entscheidungsrahmen einengen oder erweitern, indem etwa „an sich“ zulässige Entscheidungsalternativen ausgeschlossen werden. Dies ist etwa bei der verfassungskonformen und der verfassungssystematischen Auslegung der Fall.

b) Derartige, rechtliche Erwägungen vermögen den von einer Norm eröffneten Entscheidungsfreiraum zu verengen. Vollständig zu schließen vermögen sie ihn regelmäßig nicht. An den Grenzen des dann noch verbleibenden Entscheidungsspektrums endet die Leistungsfähigkeit der Rechtswissenschaft. Soll eine Einzelfallentscheidung dennoch vollständig begründet werden – und nicht nur ihre Zugehörigkeit zur zulässigen Klasse –, so kann eine derartige Begründung keine rechtswissenschaftliche mehr sein. Hier beginnt vielmehr das volitive Entscheidungselement. *Volitivität bedeutet aber nicht Willkür*. Vielmehr muß auch das volitive Element gerechtfertigt sein, wenn auch eben nicht rechtswissenschaftlich. Hier sind vielmehr sonstige, außerrechtliche und damit außerrechtswissenschaftliche Aspekte einzubeziehen; also Begründungen aus der „Umwelt“ des Rechts.

Derartige Begründungen sind zwar ebenso Teil einer Entscheidungsbegründung wie etwaige rechtswissenschaftliche Erwägungen. Darin allerdings erschöpfen sich ihre Gemeinsamkeiten weitgehend. Die außerrechtlichen Aspekte sind praktische Begründungshilfen, welche argumentativ überlegene gegenüber argumentativ unterlegenen Alternativen aufzeigen können. Der Status solcher Erwägungen läßt sich am ehesten als *Klugheitsregel* bezeichnen. Solche Argumente sind

<sup>32</sup> Dies heißt aber weder, daß positivistisches Argumentieren sich in grammatischem Argumentieren in sprachphilosophischer Form erschöpft; noch, daß etwa die Sprachphilosophie alle anderen, zulässigen Methoden ersetzen oder überflüssig machen könne. Sprachphilosophie rationalisiert eine – nämlich die „grammatische“ – und nicht alle juristischen Methoden.

<sup>30</sup> Hoerster NJW 1986, 2481, gegen Dreier aaO (Fn. 2), S. 894.

<sup>31</sup> Zum folgenden ausführlich Schlink DSt 1980, 73 ff.

praktisch häufige Begründungen in Wertungsfragen. Mit ihrer Hilfe läßt sich beispielsweise diskutieren, ob man im Sommer oder im Winter in Urlaub fahren sollte; ob man sein Kind selbst erziehen oder in den Kindergarten geben sollte; oder ob man das Weihnachtsfest in der Kleinfamilie oder einem größeren Verwandtenkreis feiern sollte. Solche Argumentationen sind möglich, wenn auch nicht wahrheitsfähig. Sie lassen eine argumentative Diskussion zu, ohne eine beweisbare Lösung auch nur anzustreben, geschweige denn zu erreichen. Die Verwendung solcher Argumente macht eine Entscheidung begründbar, aber nicht beweisbar. Umgekehrt ist eine damit gerechtfertigte Entscheidung auch nicht falsifizierbar. Sie kann gegenüber Alternativen nur argumentativ über- oder unterlegen sein. Aber ob sie dies ist, ist wieder nur der Diskussion und nicht der Richtigkeitsfeststellung zugänglich.

Derartige Begründungselemente finden sich nicht nur im außerrechtlichen Diskurs, sondern auch bei der Rechtsanwendung in der Praxis. Sie sind der Ort von Folgenabwägungen; für die Einbeziehung der „Normsituation“ oder der „Normrealität“ und deren Wandlungen; für Zweckmäßigkeitserwägungen und Generalisierungen. Reicht die Rechtsordnung wie die Rechtswissenschaft zur vollständigen Begründung nicht aus, so ist ihre Einbeziehung eine praktische Notwendigkeit. In einer konkreten Entscheidungsbegründung können so beide Arten von Argumenten – rechtliche wie außerrechtliche – nebeneinanderstehen. Damit stellt sich die Frage nach ihrer Zuordnung zueinander. Wann ist der Rechtsanwender berechtigt bzw. ggfls. verpflichtet, die eine oder andere Argumentationsform zu benutzen? Diese Frage ist nicht aus der abstrakten Abwägung der Vorzugswürdigkeit von Wahrheit oder Klugheit zu gewinnen, sondern aus dem Auftrag zur Rechtsanwendung und seinen Grenzen. Die Rechtsbindung des Rechtsanwenders verpflichtet diesen, seine Entscheidung aus der Rechtsordnung und aus keiner anderen normativen Ordnung zu begründen. Soweit das maßgebliche Recht konkretisierbar ist und Aussagen für die Lösung des Einzelfalles enthält, stellt es selbst den Begründungsmaßstab dar. Der Entscheidungsinhalt wird insoweit durch die Rechtsordnung determiniert. Medium dieser Determinierung sind die wahrheitsfähigen Standards der Rechtswissenschaft. Erst wo diese enden, können sonstige Argumente beginnen. *Wo eine begründbare Entscheidung nach dem Recht gefordert ist und wahrheitsfähige Kriterien nicht zur Verfügung stehen, kann nur sonstige Begründbarkeit geschuldet sein.*

Ein Gegeneinander von Wahrheit und Klugheit ist danach in der Entscheidungsbegründung rechtlich ausgeschlossen. Soweit die Standards der Rechtswissenschaft reichen, dürfen diese nicht mit Folgerwägungen verworfen werden. Vielmehr sind letztere nur im Rahmen der ersteren zulässig. Hier allerdings kommt ihnen ihr ebenso notwendiger wie zulässiger Platz zu. Zusammenfassend läßt sich demnach das Verhältnis von rechtlichen und außerrechtlichen Begründungselementen so formulieren: *Außerrechtliche Argumente sind nur innerhalb des rechtlich zugelassenen Rahmens und nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben zulässig.* Dieses Ergebnis läßt sich am ehesten in der Terminologie des Falsifikationsmodells beschreiben<sup>53</sup>: Die Bindung der Rechtsanwendung an die Rechtsordnung ist gewahrt, wenn die Begründung aus dem anwendbaren Recht nicht falsifiziert werden kann.

#### IV. Schluß

Der staatsrechtliche Positivismus hat sich zur Aufgabe gemacht, drei analytisch zu trennende, rechtlich aber zusammenhängende Aspekte zusammenzuführen:

– den *Legitimationsaspekt*: Ist eine Entscheidungsinstanz zum Handeln berechtigt, wenn sie durch Recht eingesetzt ist, so

konkretisiert das dargestellte Modell der Begründbarkeit Grundlagen und Grenzen ihrer Handlungsbefugnis. Sie sind der Instanz von außen vorgegeben und von ihr einzuhalten. Insbesondere darf sie ihre eigenen Befugnisse nicht durch eigenen Zugriff auf andere, ihr rechtlich nicht zugewiesene Kompetenzen erweitern. Darf der Staat nur rechtlich zugelassene Kompetenzen ausüben, so fallen Falsifizierbarkeit der Entscheidung und Legitimationsgrenzen zusammen.

– den *Rechtsbindungsaspekt*: Die vorgeschriebene Bindung ist gewahrt, wenn die Entscheidung aus dem anwendbaren Recht nicht falsifiziert werden kann. Dazu ist es erforderlich, überhaupt rechtliche Erwägungen von außerrechtlichen abzuschichten.

– den *Wissenschaftsanspruch der Rechtswissenschaft*: Dieser Anspruch auf Wahrheitsfähigkeit der eigenen Aussagen wird einerseits mit dem Rechtsbindungsaspekt zusammengeführt, andererseits aber auch nicht überfordert. Die Aufgabe des Desiderats, Entscheidungen insgesamt mit allen Wahrheits- und Klugheitsaspekten „wissenschaftlich“ zu begründen, eröffnet Wege für die Findung von Kriterien der Wahrheitsfähigkeit wenigstens einzelner Begründungselemente.

Wenn der staatsrechtliche Positivismus das Recht nicht aus seiner Umwelt deduziert, stehen doch Recht und Realität, „Sein“ und „Sollen“ nicht völlig beziehungslos nebeneinander. Aber indem sie zunächst analytisch getrennt werden, entsteht die Möglichkeit der Entwicklung von Kriterien für ihre wechselseitige Zuordnung. Das genannte Ergänzungsverhältnis von cognitiven und volitiven Aspekten ist diejenige Antwort, welche die positivistischen Ansätze geben. Auf diese Weise kann die Verschiedenheit der praktischen Rechtsanwendung einerseits und der Rechtswissenschaft mit ihren spezifischen Methoden genauer beschrieben werden. Die Praxis weiß mehr als die Wissenschaft, weil sie zur Entscheidungsrechtfertigung über die cognitiven Gehalte hinaus den Bereich der volitiven Begründungselemente zu erschließen hat. Umgekehrt weiß die Rechtswissenschaft weniger als die Praxis. Ist in der Rechtsanwendung nicht alles rechtlich determiniert, so ist auch nicht alles rechtswissenschaftlich begründ- und erklärbar. Die Entscheidung ist immer mehr als ihre Begründung. *Die Wissenschaft weiß demgegenüber stets weniger als die Praxis, aber was sie weiß, weiß sie mit wissenschaftlicher Methodik fundiert und daher genauer.* Sie kann und will aber der Praxis ihre Aufgabe nicht abnehmen; dogmatische Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft vom Recht und nicht von der Rechtsanwendung. Umgekehrt kann auch die Praxis von den Ergebnissen der Wissenschaft nur in begrenztem Umfang profitieren. Spätestens dort, wo die für die praktische „Juristerei“ prägenden Anforderungen des Einzelfalles die normativen Vorgaben überwiegen, reduzieren sich die wissenschaftlich fundierbaren Standards relativ rasch. Dies ist aus der Perspektive der Wissenschaft kein Mangel. Sie erkennt vielmehr den „Entscheidungsüberschuß“ der Praxis, welcher rechtswissenschaftlich kritisierbar, aber nicht surrogierbar ist. Vielmehr sind die Aufgaben von Theorie und Praxis verschieden. Praxis ist keine defizitäre Theorie, sondern etwas anderes als Theorie; und die Wissenschaft soll die Praxis nicht surrogieren oder mit höherer Dignität ausstatten, sondern die cognitiv ermittelbaren Gehalte des Rechts mit Wahrheitsanspruch erkennen. Damit ist sie notwendig „praxisfern“, ebenso wie die Praxis notwendig „theoriefern“ ist.

Positivismus ist eine von mehreren möglichen Methodiken der Staatsrechtswissenschaft. Ob und inwieweit er eine zulässige Methode darstellt, hängt von zwei Vorbedingungen ab: Zunächst dem Umstand, ob seine Fragestellungen und Antworthypothesen wissenschaftlicher Kritik standzuhalten ver-

<sup>53</sup> Dazu o. III 2 c.

<sup>54</sup> Hierher zählt etwa die Suche nach einer verfassungsgemäßen Verfassungstheorie, zu welcher E. W. Böckenförde NJW 1974, 1529, 1536 ff.; 1976, 2089, 2097 ff., auffordert.

mögen; sodann dem Umstand, ob seine Methoden der jeweils zu untersuchenden Rechtsordnung adäquat sind. Die Frage nach dem Positivismus ist so zunächst eine rechtswissen-

schaftliche, darüber hinaus aber auch eine Rechtsfrage. Ob seine Methoden auch heute noch anzuwenden sind, hängt letztlich auch vom Grundgesetz ab<sup>4</sup>.

Professor Dr. Dieter Giesen\*

## Produkthaftung im Umbruch

–Rechtsvergleichende Aspekte der internationalen Entwicklung des Produkthaftungsrechts unter besonderer Berücksichtigung einiger aktueller Entwicklungen im Recht der Europäischen Gemeinschaft –

### A. Einleitung

Der Eindruck der weltweit bekanntgewordenen Thalidomid (Contergan)-Katastrophe und die dabei deutlich hervorgetretenen Schwierigkeiten der Geschädigten, Schadenersatz nach geltendem Recht zu erlangen<sup>1</sup>, haben die hinter dem Begriff der Produkthaftung stehende Problematik einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Dies hat in den Industrieländern das öffentliche und rechtspolitische Bewußtsein gefördert, die rechtliche Stellung des durch fehlerhafte Produkte geschädigten Verbrauchers zu verbessern. Die Entwicklung des Produkthaftungsrechts ist seither durch eine gesetzliche und vor allem judizielle Ausdifferenzierung eines der modernen technischen Produktion angemessenen Verbraucherschutzes<sup>2</sup> gekennzeichnet. Im deutschen Recht sind herausragende Beispiele das Arzneimittelgesetz von 1976 und der durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geebnete Weg zu einer verschuldensunabhängigen Produkthaftung<sup>3</sup>. Dabei wurde ausdrücklich das Schutzbedürfnis des Konsumenten hervorgehoben, der oft nicht in der Lage ist, Produktionsvorgänge, Betriebsorganisation und komplizierte naturwissenschaftliche oder technische Vorgänge zu durchschauen, die Gründe für die Entstehung eines Produktfehlers darzulegen sowie ein Verschulden des Herstellers nachzuweisen. Auf europäischer Ebene hat schließlich auch die Sorge um die Konkurrenzfähigkeit und den freien Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft dazu beigetragen, die Produkthaftung in einem übernationalen Rahmen zu regeln. Nach der 1985 verabschiedeten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften „zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte“<sup>4</sup> sollten die Mitgliedstaaten der genannten Richtlinie durch Erlaß von Rechtsvorschriften spätestens drei Jahre nach ihrer Bekanntmachung<sup>5</sup> nachkommen und ihr innerstaatliches Recht entsprechend ändern. In der Bundesrepublik Deutschland existiert zur Zeit nicht mehr als ein

Gesetzentwurf für ein Produkthaftungsgesetz<sup>6</sup>. In England (und Wales) dagegen ist die EG-Richtlinie bereits mit Teil I des *Consumer Protection Act 1987* sowie den für diesen Teil relevanten allgemeinen Bestimmungen des Teils V in innerstaatliches Recht umgesetzt und am 1. März 1988 in Kraft getreten<sup>7</sup>. Daher verdient dieses Gesetz, das auch für deutsche Produzenten im Verhältnis zu einem wichtigen europäischen Handelspartner von – im Hinblick auf den Binnenmarkt 1992 noch steigender – Bedeutung ist, besonderes Interesse. Hinzu kommt, daß aufgrund der EG-Richtlinie in beiden Mitgliedstaaten vielfach übereinstimmende Regelungen vorliegen werden<sup>8</sup>.

Die folgende Darstellung soll daher – nach einer kurzen Skizzierung der Bedeutung und Folgen der EG-Richtlinie – die wesentlichen Grundzüge der Produkthaftung im englischen Recht aufzeigen.

### I. Die Bedeutung der EG-Richtlinie

Die EG-Richtlinie muß als der erste Versuch angesehen werden, das Produkthaftungsrecht einzelner Länder international umfassend und einheitlich zu kodifizieren. Sie hat – soweit keine abweichenden Regelungen zugelassen sind<sup>9</sup> – verbindliches Gemeinschaftsrecht geschaffen, das als solches nationalem Recht vorgeht<sup>10</sup>. Die wichtigste Folge der Richtlinie – neben dem hohen Gewinn an Rechtsvereinheitlichung – besteht darin, daß für Schäden, die durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht worden sind, eine verschuldensunabhängige Haftung eingeführt wird. Die bisher schon bestehende vertragliche oder deliktische Haftung des Produzenten bleibt ergänzend aber weiterhin anwendbar<sup>11</sup>. Ansprüche aus anderen Rechtsgründen können neben dem speziellen Produkthaftrecht geltend gemacht werden; in keinem Fall kann sich

<sup>6</sup> BT-Drucks. 11/2447. Nach (telefonischer) Auskunft des Bundesministers der Justiz ist mit der Verkündung des Gesetzes nicht vor Juli 1989 zu rechnen.

<sup>7</sup> Und zwar ss. 1–9, 36, 41 (2), (6), 46 (im Verhältnis zu ss. 1–9), sch. 1, 3, 4 paras 5, 8, 12, sch. 5 (part).

<sup>8</sup> Vgl. dazu in den Fußnoten die Nennung der dort entsprechenden Paragraphen des Regierungsentwurfes (RegEProdHaftG), wie er in der BT-Drucks. 11/2447 enthalten ist. Zu den anderen EG-Staaten vgl. H. H. Hollmann, „Zum Stand der Umsetzung der EG-Produkthaftungsrichtlinie“, in: RIW 1988, 81–86; H. Krauß, „Frankreich: Der Vorentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie“, in: PHI 1988, 26–37; A. J. O. Baron van Wassenaer van Catwijck, „Neuregelung der Produzentenhaftung in den Niederlanden“, in: PHI 1988, 48–52; zum dänischen Vorschlag vgl. PHI 1988, 96 ff.; für Griechenland vgl. PHI 1988, 162–164 (Ministerialverordnung Nr. B 7535/1077 v. 31. 3. 1988); G. Kandut, „Zur Neuordnung der Produkthaftung in Italien“, in: PHI 1988, 114–124; beachte aber: auch B. W. Dufwa, „Schweden, Norwegen, Finnland und die EG-Richtlinie“, in: PHI 1988, 106–112, 140–144. Vgl. indessen auch zur österreichischen Situation nunmehr M. Biegler, „Rückstellungen für die Produkthaftung“, ÖJZ 1988, 705–713 (insbesondere zum dort am 1. 7. 1988 in Kraft getretenen Produkthaftungsgesetz).

<sup>9</sup> So ist in den Mitgliedstaaten nach Art. 15, 16 der Richtlinie die Möglichkeit eröffnet, in den Fragen der Haftung für landwirtschaftliche Naturprodukte und Jagderzeugnisse, der Haftung für Entwicklungsrisiken sowie des Haftungsumfanges von der Richtlinie abzuweichen.

<sup>10</sup> Solange allerdings die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie nicht in nationales Recht umsetzt, sind Ansprüche aus der Richtlinie bei uns nicht durchsetzbar, da diese Privatpersonen weder verpflichtet noch begünstigt. Die Richtlinie begründet lediglich Verpflichtungen zur entsprechenden Umsetzung für die Mitgliedstaaten.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 13 der Richtlinie.

\* Für wertvolle Mitarbeit danke ich meinen Wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Herren Assessoren Christian Kessel und Thomas Heinemann, Berlin.

<sup>1</sup> Vgl. z. B. *S v Distillers Co Biochemicals Ltd.* [1969] 3 All ER 1412, QB; LG Aachen, Beschl. v. 18. 12. 1970 JZ 1971, 507 ff.

<sup>2</sup> Zu früheren Versuchen und Empfehlungen – vornehmlich in England – vgl. die Straßburger Convention (European Convention on Products Liability in Regard to Personal Injury and Death) DIR/Jur (76) 5; die Empfehlungen der Scottish and English Law Commissions, (1977) Cmnd 6821; der Report der Pearson Commission (Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury [Chairman: Lord Pearson]) in 3 Bänden, (London [HMSO] 1978) Cmnd 7054-I, 7054-II, 7054-III.

<sup>3</sup> Seit dem sog. Hühnerpesturteil (BGH, 26. 11. 1968 BGHZ 51, 91 = JZ 1969, 387 m. Anm. E. Deutsch) trägt der BGH der Beweisnot des Geschädigten dadurch Rechnung, daß er im Verschuldensbereich eine Umkehrung der Beweislast zugelassen hat; vgl. dazu D. Giesen, „Die Haftung des Warenherstellers“, in: NJW 1969, 582–587. Im Limonadenflaschen-Fall hat der BGH erst jüngst auch beim Kausalitätsbeweis Erleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr angedeutet; vgl. BGH, 7. 6. 1988 BGHZ 104, 323 = NJW 1988, 2611 = JZ 1988, 966 m. Anm. D. Giesen. Arzneimittelgesetz s. Fn. 38, *infra*.

<sup>4</sup> 85/374/EWG; ABIEG Nr. L 210/29 v. 7. 8. 1985; in deutscher Sprache abgedruckt in: NJW 1988, 1433–1435; zur Entstehungsgeschichte H. C. Taschner, Produkthaftung (München 1986), Rdnr. 9–14.

<sup>5</sup> Das war der 30. 7. 1985.