

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 132

**Theorie der Rechtsnormen
bei Rudolph von Ihering**

**Eine Untersuchung der Grundlagen
des deutschen Rechtsrealismus**

Von

Dr. Athanasios Gromitsaris



Duncker & Humblot · Berlin

ATHANASIOS GROMITSARIS

Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering

Schriften zur Rechtslehre

Heft 132

Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering

Eine Untersuchung der Grundlagen
des deutschen Rechtsrealismus

Von

Dr. Athanasios Gromitsaris



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gromitsaris, Athanasios:

Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering : eine
Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus /
von Athanasios Gromitsaris. – Berlin : Duncker u. Humblot,
1989

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 132)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1987

ISBN 3-428-06580-8

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-06580-8

Zeitlose Pause

Nicht immer wissen wir,
Daß wir mit Wunsch uns die Aussicht verstellt,
Daß wir zur Einsicht den Weg uns verbogen haben,
Daß wir sehen dort, wo wir schauen sollen,
Daß wir Antworten geben, wo keine Frage ist.

Manchmal aber, in seltener, zeitloser Pause
Blicken wir durch die Kulissen
Ganz ohne Aufenthalt, ohne herbeigelockte Verlockung
Weit in die Weite, bis das Aug auf uns selbst trifft
Und wir wieder erfahren, daß wir die Spieler,
Daß wir das Spiel sind und die Dichter des Spiels.

*Ilse Krämer, Gedichte und Aphorismen,
Zürich-Stuttgart 1973.*

Vorwort

Wenige deutsche Juristen, ausgenommen vielleicht Friedrich Carl von Savigny, haben seit dem vorigen Jahrhundert die Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft, aber auch ihr Verhältnis zur Theorie und Soziologie des Rechts so nachhaltig beeinflußt wie Rudolph von Ihering (1818-1892). Bis auf den heutigen Tag ist allerdings auch kaum ein Jurist so umstritten wie Ihering, dessen vielschichtiges Werk nicht nur die Entwicklung der dogmatischen Rechtswissenschaft und der zugehörigen Juristischen Methodenlehre gefördert hat, sondern vor allem den Aufbau einer soziologisch fundierten Allgemeinen Rechtslehre/Rechtstheorie. Wie Wieacker sehr treffend bemerkt hat, will Iherings Werk, bedingt durch dessen hohe Originalität, sprachliche Eigenwilligkeiten, aber auch mangelnde Systematik, „sich so rasch nicht verbuchen lassen“.

Die Forschungssituation hat sich seit 1984 insofern erheblich verbessert, aber auch verschärft, als mit der zweibändigen Ihering-Studie Losanos nun erstmals ein nahezu lückenloser bibliographischer Überblick über das Gesamtwerk Iherings vorliegt sowie eine gründliche monographische Bearbeitung seiner Lehren. Da Losanos Untersuchungen sich jedoch im wesentlichen, ebenso wie die ausführliche Monographie von Wolfgang Pleister über „Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Iherings“ (1982), auf Person, Leben und Werk Iherings und seine inhaltlichen Lehren zum römischen und deutschen Recht unter Einschluß der methodologischen Probleme konzentrieren, konnte der rechtstheoretische und rechtssoziologische Gehalt seines Werks nur ganz am Rande berücksichtigt werden. Hier setzen die nachfolgenden Untersuchungen zu Iherings Theorie der Rechtsnormen an.

Es ging mir vor allem darum, gewisse Lücken zu schließen, die Losano in seinem glanzvollen Werk bezüglich der Normentheorie Iherings noch offen gelassen hat. Ein weiteres Anliegen bestand darin, das Verhältnis von Iherings rechtssoziologisch fundierter Normentheorie zu den schon klassischen Ansätzen deutschsprachiger Rechtssoziologie zu klären, wie sie vor allem von Max Weber, Theodor Geiger und Helmut Schelsky vorgelegt wurden. Alle diese Ansätze gehen nicht vom abstrakten Gesetzesinhalt, sondern — rechtsrealistisch — von der fallweisen Verwirklichung und Objektivierung des Rechts im Leben, d. h. vom Recht als sozialer Lebensstruktur aus. Sie bieten eine Theorie des Rechts, die in eine Gesellschaftstheorie eingebettet ist.

Um einen möglichst unverstellten Blick auf die Eigenart des Iheringschen Rechtsdenkens zu gewinnen, wurde davon abgesehen, den Erörterungen einen festen Begriffsrahmen vorzugeben, wie er heute beispielsweise durch die soziologische Theorie des Rechtssystems von Luhmann nahegelegt wird.

Stattdessen wurde der Versuch unternommen, die zentralen Bauelemente der Normentheorie Iherings in seinem Werk selbst zu identifizieren dadurch, daß sie im folgenden aus der Perspektive einiger Nachfolgetheorien betrachtet werden, um sodann die bestehenden Unterschiede vergleichend herauszuarbeiten. Von daher rechtfertigt sich der auf den ersten Blick vielleicht etwas eigenwillige Aufbau derart, daß die Untersuchung bei Max Weber einsetzt, der Ihering in allen wesentlichen Punkten aufgenommen und fortgeführt hat, später zur Normentheorie von Theodor Geiger übergeht, um schließlich durch Helmut Schelkys große Ihering-Kritik hindurch und darüber hinaus zu einer eigenständigen Rekonstruktion von Iherings Normentheorie vorzudringen.

Im ersten Abschnitt wird das Verhältnis von Recht und Rationalität untersucht, indem Webers Rationalitätsbegriff als Kontrastfolie für die Interpretation Iherings benutzt wird. Hierbei wurde eine Auseinandersetzung mit der heute wohl vorherrschenden, gewöhnlich nicht in Zweifel gestellten Deutung Max Webers durch Reh binder unumgänglich. Im Gegensatz zur bislang herrschenden Auffassung wird hier der Nachweis geführt, daß die eigentliche Strukturtheorie des Rechts, insbesondere die Ansätze zu Webers Normentheorie, in seinen Aufsätzen zur Wissenschaftslehre enthalten sind, aus denen sich ein anderes Bild des Rechtsbegriffs ergibt.

Von dieser begrifflich und rechtstheoretisch abgesicherten Position ausgehend, wird die Iheringsche Reflexionstheorie des Rechts mit derjenigen Max Webers verglichen und sodann der Prozeß der Rationalisierung des Rechts analysiert, so wie er sich für Ihering darstellte. Dabei dient Max Webers soziologische Theorie des Rechts als Auslegungshilfe. Der Kunstgriff, Ihering gleichsam mit den Augen Webers zu sehen, konnte sich weitgehend auch auf die Evolutionstheorie des Rechts von Schelsky und Luhmann stützen. In einem weiteren Schritt wird — unter Rekurs auf die Normentheorie des Rechts Theodor Geigers — untersucht, wie weit die soziale Differenzierung und Vergesellschaftung des Rechtsbetriebes in ein System sozialer Gebilde hineinreicht und aus welchen normativen und faktischen Elementen sie sich aufbaut. Naturgemäß steht auch hier die Koordination durch Institutionalisierung von Gebarensenerwartungen im Vordergrund, die in sehr engem Zusammenhang mit Geigers Begriff der subsistenten Norm stehen.

Im zweiten Abschnitt steht demgegenüber die Frage nach dem Geltungsgrund der Rechtsnorm bei Ihering im Vordergrund. Die weitere Ausarbeitung der Fragestellung wurde auf die Geigersche Unterscheidung zwischen Wortnorm und subsistenter Norm gestützt, weil sie eine sozial reflektiertere Auffassung der Geltungsvorstellungen erlaubt. Im übrigen wurde versucht, den Schwierigkeiten einer gesellschaftstheoretischen Deutung des Rechts durch Anleihen bei der Institutionentheorie Helmut Schelkys zu begegnen. Die Problematik der Institutionentheorie Schelkys ist außerordentlich voraussetzungsvoll. Sie ist vor allem mit einer Reihe von bislang weitgehend noch ungeklärten Kontroversen belastet, wie beispielsweise der Frage nach ihrem Verhältnis zur Systemtheo-

rie, dem Stellenwert und der sozialen Konstitution des Individuums und dem Zusammenhang zwischen sozialer Kommunikation und Einzelbewußtsein. Die Einbettung der Rechtsgeltungslehre in eine institutionalistische Theorie des Rechts, wie sie von Schelsky im Anschluß an Ihering und Max Weber erarbeitet wurde, führt nicht nur zu gewandelten Vorstellungen von der Rationalität des Rechts — von Schelsky als juristische Rationalität bezeichnet —, sondern auch zu unerläßlichen Korrekturen am Begriff der Rechtsnorm bzw. der Rechtsregel. Auch die eingangs gestellte Frage nach der Rechtsgewinnung im Einzelfalle stellt sich nun nicht mehr als bloßes Anwendungsproblem, sondern vor allem in Form der von Werner Krawietz näher herausgearbeiteten Frage danach, was es heißt, einer institutionalisierten Rechtsregel zu folgen.

Die Untersuchung wendet sich sodann der vielschichtigen Problematik der Konstitution der sozialen Ordnung bei Ihering zu. Auch hier wurde der Orientierung an sozial etablierten Erwartungen, Zielen und Zwecken im Anschluß an Ihering und Schelsky ein zentraler Stellenwert eingeräumt. Nach Ihering wird schon im Vorfeld sozialer Organisation im Wege symbolischer Generalisierung eine Institutionalisierung des menschlichen Verhaltens vorbereitet, die freilich auf den Einzelnen auch entfremdend wirken kann. Hieran schließt sich die Erörterung des Begriffs der Rechtsnorm in institutionentheoretischer Perspektive. Im Vordergrund steht dabei die Problematik sozialer Organisation im Rechtssystem, insbesondere die Stellung der Wissenschaft sowie der soziale Wandel durch Recht, der heute gesteigerte Aufmerksamkeit verdient. Entgegen geläufigen Vorstellungen von der Entwicklung des Rechts und seiner laufenden Fortentwicklung und Befolgung wird hier der Nachweis geführt, daß das rechtliche Geschehen von der staatlichen Organisation abhängig sein kann, aber nicht notwendig hiervon abhängig ist.

Die Untersuchung entstand nach Abschluß meines ersten juristischen Examins an der juristischen Fakultät der Universität Athen während eines mehrjährigen Studienaufenthaltes an der Universität Münster. Die Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Wintersemester 1986/87 als Dissertation angenommen und auf Vorschlag der Fakultät mit einem Universitätspreis ausgezeichnet.

Die ersten Anregungen dazu, mich mit der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Grundlagenforschung im Rahmen eines Studienaufenthaltes in Münster zu befassen, erhielt ich von Prof. Dr. Paul Sourlas, Athen. Ihm sei an dieser Stelle herzlich Dank gesagt, ohne daß ich ihn damit für die Folgen verantwortlich machen möchte, die sich aus seinen Anregungen ergeben haben. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich ferner Herrn Prof. Dr. Bernhard Großfeld, dem Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Münster, für mancherlei Rat und Unterstützung, besonders aber dafür, daß ich an seinem Institut mehrere Jahre lang als Studentische Hilfskraft tätig sein durfte.

Für vielfältige Anregungen, Unterstützung und Förderung sowie den Vertrauensvorschuß, den ich erfahren habe, danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Werner Krawietz, an dessen Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie ich seit mehreren Jahren als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig bin. Mein ganz besonderer Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. Nikolaos Intzessiloglou, Juristische Fakultät der Universität Thessaloniki (Departement für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie). Ihm danke ich für zahlreiche anregende Gespräche und weiterführende Diskussionen, die ich während seines Forschungsaufenthaltes in Münster mit ihm führen durfte. Seine Anregungen fielen deshalb auf einen besonders fruchtbaren Boden, da ich in diesem Zeitraum mit der Endredaktion meiner Untersuchung befaßt war.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle auch meinen Eltern, die mir dieses Studium ermöglicht haben.

Die Westfälische Wilhelms-Universität hat die Drucklegung dieser Untersuchung mit einem Druckkostenzuschuß gefördert, für den ich sehr zu Dank verpflichtet bin. Herrn Rechtsanwalt Norbert Simon, dem Geschäftsführenden Gesellschafter des Verlages Duncker & Humblot, danke ich für sein freundliches Interesse, die hilfreiche Förderung und seine Bereitschaft, diese Arbeit in die Schriftenreihe zur Rechtstheorie aufzunehmen.

Münster, im Januar 1989

Athanasios Gromitsaris

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Recht und Rationalität bei und nach Ihering: Ansätze der Normen- theorie von Max Weber bis zu Theodor Geiger

§ 1	Theorie der Rechtsnormen bei Max Weber	13
	I. Rechtsschöpfung und Rechtsfindung	13
	II. Zwangsgarantie und Regelbegriff	38
	III. Erwartungsbildung und Erwartungsorientierung	47
§ 2	Rechtsnormen und Rationalisierungsprozeß bei Rudolph von Ihering	62
	I. Iherings Reflexionstheorie des Rechts	62
	II. Rationalisierungsprozeß im Recht bei Rudolph von Ihering	76
§ 3	Normentheorie von Theodor Geiger	89
	I. Soziale Differenzierung und Vergesellschaftungsprozeß	89
	1. Konstitution der sozialen Ordnung	93
	2. Regelhaftigkeit und Regelmäßigkeit	97
	3. Gebarenskoordination und Gebarenservartung	98
	4. Institutionalisierung von Gebarenservartungen	99
	5. Individuum und soziale Ordnung	100
	II. Begriff der subsistenten Norm	106
	III. Rechtssatz und Rechtsnorm	113

Zweiter Abschnitt

Theorie der Rechtsnormen, Rechtsgeltung und Rationalität des Rechts

§ 4	Geltungsgrundlagen der Rechtsnorm bei Rudolph von Ihering	128
	I. Inhaltsquelle der Rechtsnorm	128
	II. Geltungsquelle der Rechtsnorm	141
	III. Rechtsnorm und soziale Ordnung	145
	IV. Staatszwang und Rechtsnorm	149
§ 5	Institutionentheorie des Rechts von Helmut Schelsky	155
	I. Systemfunktionaler und der politischfunktionale Theorieansatz	155
	II. Institutionen des Rechts als Kommunikationsstruktur	182
	III. Institution als Realitätskategorie und Beobachtungsschema	193
	IV. Normativität und Institution	196

§ 6 Juridische Rationalität bei Helmut Schelsky	200
I. Funktionale Differenzierung	200
II. Instanzen- und Rollenspiel im Recht	202
III. Handlungsformierung	203
IV. Sinnbegriff	205
V. Institutionalisierung	210
VI. Entscheidungsbegriff	212
VII. Verfahrensbegriff	215
VIII. Spielregelbegriff	218
IX. Rechtssatz	221
X. Rechtsnorm	223
XI. Staatliches und gesellschaftliches Recht	226

Dritter Abschnitt

Rechtsordnung als gesellschaftliche Ordnung

§ 7 Konstitution der sozialen Ordnung bei Rudolph von Ihering	234
I. Institutionsbegriff	234
1. Paradoxie der sozialen Ordnung	236
2. Erwartungsbegriff	242
3. Zweckbegriff	247
4. Symbolische Generalisierung	250
II. Elemente des Normbegriffs	255
1. Reflexionsüberschuß und Forschungsgegenstand	255
2. Das Normieren	258
3. Die Maxime	260
4. Der Zweck	264
§ 8 Iherings Begriff der Rechtsnorm in institutionentheoretischer Perspektive	265
I. Organisation im Rechtssystem	265
1. Der Wille	266
2. Das Positivitätsbewußtsein	269
3. Zweckprogramme und Konditionalprogramme	275
4. Instanzen- und Rollenspiel	281
II. Wissenschaft im Rechtssystem	286
1. Rechtsdogmatik, Rechtszetetik und Folgenorientierung	286
2. Rechtsdogmatik bei Rudolph von Ihering	290
III. Sozialer Wandel durch Recht	299
1. Rechtswirklichkeit und Rechtsgefühl	300
2. Subjektives Recht	304
3. Konsequenzen für die Theorie der Rechtsnormen	310
Literaturverzeichnis	313
Sachverzeichnis	340

Erster Abschnitt

Recht und Rationalität bei und nach Ihering: Ansätze der Normentheorie von Max Weber bis zu Theodor Geiger

§ 1 Theorie der Rechtsnormen bei Max Weber

I. Rechtsschöpfung und Rechtsfindung

Die Ausführungen Webers bezüglich des modernen Rechts werden vom Begriff der formalen Rationalität geprägt. *Manfred Rehbinder* hat die These aufgestellt, daß damit die positivistische Rechtsauffassung der Begriffsjurisprudenz gemeint sei. Er sieht in der Verbindung gegenwärtigen Rechts und formaler Rationalität das hervorstechende Merkmal einer positivistischen Rechtsauffassung. Nach Rehbinders Ansicht veranlaßte die These von der zunehmenden, unaufhaltsamen Rationalisierung und vor allem die „Koppelung der Rechtsentstehungstypen mit den Rationalitätstypen“ Weber zu der Behauptung, die Begriffsjurisprudenz sei als hoch technisierte und am stärksten logisierte juristische Methode das Idealrecht der Gegenwart. Für Weber sei daher die „Freirechtslehre und mit ihr jede angewandte Rechtssoziologie als bedauerlicher Abstieg von den Höhen des Endpunktes der Entwicklung“ anzusehen.¹

1. Die vier Rationalitätsstufen (irrational-formales, irrational-materiales, rational-formales und rationalmateriales Recht) führen unausweichlich zum „Recht der Spezialisten, die aus abstrakten Begriffen mit Hilfe der ‚juristischen Logik‘ und dem Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung alle erforderlichen Einzelentscheidungen deduzieren . . .“. Die Freirechtsschule und die heute herrschende sogenannte Interessenjurisprudenz gehen dagegen von der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung aus. Daher bejaht diese Ansicht die Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung und die Berücksichtigung metajuristischer Maßstäbe. Dies stelle jedoch nach Weber, so *Rehbinder*, eine Kriegserklärung gegen den Fachmann oder einen „Rückschlag ins Irrationale“ dar.² Richterliche Rechtsschöpfung führe also eine Deprofessionalisierung und zunehmende laienhafte Irrationalisierung von Rechtsfindung und Rechtspflege herbei. Setze man das Rechtssystem nicht mit einem begrifflichen Gefüge gleich, so hebe man

¹ *Manfred Rehbinder*, Max Webers Rechtssoziologie, Eine Bestandsaufnahme, in: René König, Johannes Winckelmann (Hrsg.), Max Weber zum Gedächtnis, Materialien und Dokumente zur Bewertung von Werk und Persönlichkeit, Kölner Zeitschrift f. Soziologie u. Sozialpsychologie, Sonderheft 7, Köln-Opladen 1963, S. 482 f., 484.

² Ebd., S. 482.

die Möglichkeit logisch strengen Deduzierens aus Begriffen auf. Damit fiel der Rechtsgang der Unberechenbarkeit einer Kadijustiz anheim. Weber hege die unangebrachte Befürchtung, die erhöhte Bedeutung des Richters für die Rechtserzeugung würde die „liberalistisch-formale Rechtsordnung“ auf ein „antiformales ‚soziales Recht‘ mit zahlreichen Generalklauseln und ihren Verweisungen auf außerrechtliche Sozialordnungen“ umrüsten, welches der formalen Rationalität entbehre.³

Die Ursache für diese Beurteilung erblickt Reh binder in dem neukantianischen Hintergrund der Weberschen Wissenschaftslehre, d. h. in der unüberbrückbaren Trennung zwischen Sein und Sollen. Darauf aber beruhe die „Verurteilung jeder Grenzüberschreitung von Rechtswissenschaft einerseits und Soziologie andererseits“.⁴ Weber empfinde seine Rechtssoziologie „als ein Gegenstück zum Werk Kelsens“, obwohl er es wie dieser für unannehmbar halte, juristische Begründungen durch „soziologische Rasonnements“ zu ersetzen. Andererseits nimmt nach Reh binder die Fehlbeurteilung der antiformalistischen Tendenzen in der Jurisprudenz in der Strukturanlage seiner idealtypischen Konstruktionen ihren Ursprung. Diese seien gegenüber dem „ewig fortschreitenden Fluß der Kultur“ und den stets neuen Problemstellungen nach Weber notwendig der Vergangenheit verhaftet. Dies bedeute für die Wissenschaft die „Unvermeidlichkeit immer neuer idealtypischer Konstruktionen“.⁵ Im Rahmen von Entwicklungsprozessen ließe sich jedoch, so *Reh binder*, ein sozialer Sachverhalt, der sich in einem „Interferenzstadium“ befindet, durch Idealtypen unmöglich erfassen. Er befinde sich nämlich in einem Stadium, „in dem ein alter, bereits bekannter Idealtyp seine Brauchbarkeit zur Beschreibung dieses Sachverhaltes verliert und ein neuer Idealtyp, der die neuen Merkmale enthält, mangels historischer Erfahrung bisher noch nicht entwickelt worden ist.“⁶ Würde die Typologie von Entwicklungsstufen der Rechtentstehung mit einem geradlinigen Prozeß der juristischen Professionalisierung, Logisierung und Technisierung, also mit der Typenreihe der Rationalitätsstufen, gekoppelt, so würden den schon bekannten Rechtentstehungstypen ein abgeschlossener Charakter verliehen.

Der Idealtypus der begriffsjuristischen Rechtentstehung, „wie sie Weber am Ausgang des vorigen Jahrhunderts in ihrer Blütezeit kennengelernt hatte“⁷, sei inzwischen zur Erfassung der in einem Interferenzstadium befindlichen Freiheitsbewegung unbrauchbar geworden. Die charismatische Rechtsoffenbarung, das empirisch-kasuistische Honoratiorenrecht, die Rechtsoktroierung

³ Ebd., S. 482.

⁴ Ebd., S. 483.

⁵ *Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Hrsg. von Johannes Winkelmann, 4. ern. durchges. Aufl., Tübingen 1973, S. 206. Im folgenden zitiert: GAWL.

⁶ Reh binder, (FN 1), S. 484.

⁷ Ebd., S. 482.

durch weltliche oder theokratische Gewalten sowie die systematische Rechtssatzung und formallogische Rechtspflege durch Fachjuristen wurde als abgeschlossene Aufzählung von Rechtentstehungstypen angesehen. Dadurch sei verhindert worden, daß die neue Bewegung als „Beginn eines neu entstehenden Rechtsschöpfungstypus“ verstanden wurde.⁸ *Rehbinder* plädiert dafür, den Weg für neue Entwicklungsstufen des Rechts theoretisch dadurch freizumachen, daß die These Webers von dem unaufhaltsamen Vormarsch und dem begriffsjuristischen Endpunkt desselben aufgegeben werde. Die Textstellen, auf denen *Rehbinder* seine Weberexplikation aufbaut, beziehen sich vor allem auf das moderne Recht und den Begriff der formalen Rationalität. Die zentrale Stelle, die gewöhnlich den Ausgangspunkt der Interpretation und Diskussion des Begriffs der Rationalisierung des Rechts darstellt, behandelt die Klassifikation und geschichtliche Entwicklung der Verschiedenheiten der rechtstechnischen Mittel. Anhand dieser Verschiedenheiten entwirft *Weber* ein Schema möglicher Rechtsstrukturen, die nach Art und Ausmaß ihrer Rationalität gemessen werden. Auch *Rehbinders* Auslegung beruft sich auf diese Stelle.

„Rechtsschöpfung und Rechtsfindung können entweder rational oder irrational sein. Irrational sind sie formell dann, wenn für die Ordnung von Rechtsschöpfung und Rechtsfindungsproblemen andere als verstandesmäßig zu kontrollierende Mittel angewendet werden, z. B. die Einholung von Orakeln oder deren Surrogaten. Materiell sind sie irrational insoweit, als ganz konkrete Wertungen des Einzelfalls, seien sie ethische oder gefühlsmäßige oder politische, für die Entscheidung maßgebend sind, nicht aber generelle Normen. ‚Rationale‘ Rechtsschöpfung und Rechtsfindung können wieder in formeller oder in materieller Hinsicht rational sein. Formell mindestens relativ rational ist jedes formale Recht. ‚Formal‘ aber ist ein Recht insoweit, als ausschließlich eindeutige generelle Tatbestandsmerkmale materiell-rechtlich und prozessual beachtet werden. Dieser Formalismus aber kann wieder doppelten Charakter haben. Entweder nämlich können die rechtlich relevanten Merkmale sinnlich anschaulichen Charakter besitzen. Das Haften an diesen äußerlichen Merkmalen . . . bedeutet die strengste Art des Rechtsformalismus. Oder die rechtlich relevanten Merkmale werden durch logische Sinndeutung erschlossen und darnach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet. Bei dieser logischen Rationalität ist zwar die Strenge des anschaulichen Formalismus abgeschwächt . . . Aber der Gegensatz gegen die materiale Rationalität ist damit nur gesteigert. Denn diese letztere bedeutet ja gerade: daß Normen anderer qualitativer Dignität als logische Generalisierungen von abstrakten Sinndeutungen auf die Entscheidung von Rechtsproblemen Einfluß haben sollen: ethische Imperative oder utilitarische oder andere Zweckmäßigekeitsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äußeren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen.“⁹

2. *Rehbinder* versteht diese Ausführungen dahingehend, daß der Begriff der formalen Rationalität nichts anderes enthalte als reine Logik und Abstraktion

⁸ Ebd., S. 484.

⁹ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie, Hrsg. von Johannes Winckelmann, 5. Aufl., Tübingen 1976, S. 396f. Im folgenden zitiert: *WuG*.