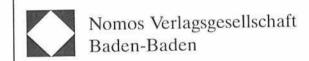
69	
Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfrid Neumann (Hrsg.)
Recht und Moral	
Beiträge zu einer Standortbestimmung	
Sonderdruck	
(nicht im Buchhandel erhältlich)	



CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung / Heike Jung . . . (Hrsg.). - 1. Aufl. - Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1991 ISBN 3-7890-2186-5 NE: Jung, Heike [Hrsg.]

1. Auflage 1991

Michael Baurmann

Recht und Moral bei Max Weber

1. Begriffliche und inhaltliche Trennungsthese

Der Rechtspositivismus in diesem Jahrhundert ist wesentlich durch drei Autoren geprägt worden: In der Rechtswissenschaft durch Hans Kelsen, in der Rechtsphilosophie durch Herbert L. Hart und in der Rechtssoziologie durch Max Weber. Gemeinsam vertreten sie die zwei Kernthesen des Rechtspositivismus. Erstens die Nonkognitivismus-These. Nach dieser These gibt es keine objektive Erkennbarkeit moralischer Werte und Normen, was insbesondere eine naturrechtliche Erkenntnis objektiv gültigen Rechts ausschließt. Zweitens die begriffliche Trennungsthese. Nach dieser These ist es theoretisch zweckmäßig, die Begriffe von Recht und Moral unabhängig voneinander zu definieren.1

Weber geht aber noch einen wichtigen Schritt über Kelsen und Hart hinaus. Er vertritt auch eine inhaltliche Trennungsthese. Gemäß dieser Auffassung entsteht zwischen Recht und Moral in der modernen Gesellschaft eine grundsätzliche inhaltliche Unvereinbarkeit. Im folgenden möchte ich untersuchen, mit welchen Argumenten Weber seine Auffassung begründet und ob seine inhaltliche Trennungsthese haltbar ist.

Webers Theorie des modernen Rechts

2.1 Die Rationalität der abendländischen Gesellschaft

Webers Rechtssoziologie ist ein Teil seiner umfassenden Gesellschafts- und Kulturtheorie. Im Zentrum dieser Theorie steht die moderne abendländische Gesellschaft und ihre historische Entwicklung. Diese Gesellschaft ist nach der Überzeugung Webers durch eine Reihe von fundamentalen Besonderheiten gekennzeich-

[©] Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

¹ Vgl. Norbert Hoerster, Grundthesen analytischer Rechtstheorie, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band II, Opladen 1972, S. 115-132; ders., Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: JuS 1987, S. 181-188; ders., Verteidigung des Rechtspositivismus. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Frankfurt 1989.

net, insbesondere durch ein hohes Maß an Rationalität. Das gilt für Institutionen wie Staat, Verwaltung, Wirtschaft, Recht, Wissenschaft und Religion, aber auch für die Menschen, die unter diesen Institutionen leben. Die historische Entwicklung dieser Gesellschaft läßt sich deshalb als ein fortschreitender, alles umfassender Rationalisierungsprozeße begreifen.2

Es ist für das Verständnis des gesamten Werks Webers allerdings von entscheidender Bedeutung, daß diese These von der Rationalität der abendländischen Gesellschaft zwei wichtige Einschränkungen enthält: Erstens existieren grundsätzlich verschiedene Maßstäbe und Ideale für Rationalität. Zweitens schließen sich die unterschiedlichen Formen der Rationalität gegenseitig aus und können nicht miteinander harmonisiert werden.3

Um zu begreifen, worin das Spezifische der abendländischen Gesellschaft und ihrer Institutionen besteht, müssen wir deshalb begreifen, worin das Spezifische der abendländischen Rationalität besteht. Ein Schlüssel zu Webers Sichtweise in diesem Punkt ist eine berühmte Passage in seinem Vortrag Wissenschaft als Beruf. Dort charakterisiert Weber »die zunehmende Intellektualisierung und Rationalisierung«, der »wir seit Jahrtausenden unterliegen«, vor allem durch den Glauben, daß es »prinzipiell keine geheimnisvollen Mächte gebe«, sondern »daß man vielmehr alle Dinge - im Prinzip - durch Berechnen beherrschen könne. Das aber bedeutet: die Entzauberung der Welt.« (WL 593 f.).

Herrschaft über die Welt durch Berechnung der Welt. Das ist in der Tat das immer wiederkehrende Leitmotiv, wenn Weber die spezifische Eigenart des okzidentalen Rationalismus hervorhebt. Er nennt diese Art der Rationalität eine formale Rationalität. Formale Rationalisierung als Steigerung von Berechenbarkeit verbindet nach Weber im Abendland so unterschiedliche Phänomene wie wirtschaftliche Kalkulation, preußische Pflichterfüllung, gottesfürchtiges Leben und richterliches Entscheiden. Berechenbarkeit bedeutet die Möglichkeit von Objektivität, Überprüfung, Kontrolle und Vorhersage. Paradigma und von Weber immer wieder verwendete Metapher für diese Art von Rationalität ist die Maschine. Bei einem Höchstmaß an formaler Rationalität sind Natur, Gesellschaft und Menschen berechenbar und effizient wie Maschinen.4

2 Eine prägnante Zusammenfassung der Sichtweise Webers bietet die Vorbemerkung in den Gesammelten Aufsätzen zur Religionssoziologie I, Tübingen 1920 (im folgenden zitiert als REL), S. 1 ff.

Vgl. WG 469, 561, 570; POL 322, 332 f.; WL 474.

Herrschaft über die Welt durch Berechnung der Welt bedeutet aber auch die Entzauberung der Welt. Der wehmütige Unterton in dieser Formulierung läßt erkennen, daß Weber weit entfernt davon ist, diese Art der Rationalisierung im Sinne eines naiven Fortschrittsdenkens oder einer unreflektierten Wissenschafts- und Technikgläubigkeit zu glorifizieren. Es ist in seinen Augen im Gegenteil ein reines Wunschdenken, wenn man hofft, daß der abendländische »Rationalismus« auch die Sehnsucht nach einer gerechten Gesellschaft und nach einem »sinnvoll geordneten Kosmos« erfüllen wird oder ein »Weg zum Glück« sein könnte. Die Rationalität dieser Epoche vergleicht er vielmehr mit »kalten Skeletthänden«, die ein »Gehäuse der Hörigkeit« schaffen werden. Das »wahrhaft Lebendige«. Individuelle und Menschliche wird darin kaum noch einen Platz finden. In der Entwicklung zur formalen Rationalität sieht Weber insbesondere auch die Ursache für unüberbrückbare Gegensätze zwischen sozialer Realität und moralischen Werten.5 Welche soziologische Erklärung gibt Weber für diesen besonderen Charakter der abendländischen Gesellschaft?

2.2 Der Kapitalismus als Triebkraft der modernen Gesellschaft

Die dominierende Kraft der modernen abendländischen Gesellschaft und Kultur ist nach der Diagnose Webers ihre spezifische Wirtschaftsform. Die gesamte Gesellschaft wird demnach bestimmt und geprägt durch - wie Weber es ausdrückt die »schicksalvollste Macht unseres modernen Lebens: den Kapitalismus« (REL 4).6 Der Kapitalismus der Neuzeit sei ein »mächtiger Kosmos... der heute den Lebensstil aller einzelnen, die in dies Triebwerk hineingeboren werden . . . mit überwätigendem Zwange bestimmt und vielleicht bestimmen wird, bis der letzte Zentner fossilen Brennstoffs verglüht ist.« (REL 203). In der kapitalistischen Wirtschaftsweise sieht Weber demnach auch die entscheidende Triebkraft hinter dem Prozeß der zunehmenden formalen Rationalisierung aller Bereiche der modernen Gesellschaft.7 Als >Keimzelle dieses Prozesses identifiziert er die spezifische Handlungssituation des kapitalistischen Unternehmers und die besonderen Interessen, die sich aus dieser Situation ergeben.

Entscheidungen und Planungen des kapitalistischen Unternehmers beruhen in hohem Maße auf der Verläßlichkeit wirtschaftlicher Kalkulationen. Sie sollen sich nach Möglichkeit ausschließlich »in zahlenmäßigen, ›rechenhaften«, Überlegungen ausdrücken« (WG 45). Dieses Ideal ergibt sich aus der speziellen Zielsetzung des

Vgl. WL 598; REL 561, 564; POL 332.

Vgl. die prägnante Darstellung bei Rogers Brubaker, The Limits of Rationality. An Essay on the So-

cial and Moral Thought of Max Weber, London 1984, S. 10 ff.

³ Vgl. REL 11 f., 34 ff., 54 f., 62, 163, 202 ff., 265 f.; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl., Tübingen 1972 (im folgenden zitiert als WG), S. 15 f., 44 f., 59 f., 78, 139, 157, 396, 455 f., 468 ff., 496 ff., 565; ders., Gesammelte Politische Schriften, 4. Aufl., Tübingen 1980 (im folgenden zitiert als POL), S. 330 ff., 548 ff.; ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 6, Aufl., Tübingen 1985 (im folgenden zitiert als WL), S. 505 ff., 603 ff. Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Formen der Rationalität, insbesondere zwischen »formaler« und »materialer« Rationalität, ist in den Schriften Webers alles andere als klar. Dementsprechend unterschiedlich wird sie auch interpretiert. Einen Eindruck von dieser Vielfältigkeit vermitteln die Beiträge in zwei Sammelbänden jüngeren Datums: W. M. Sprondel/C. Seyfarth (Hrsg.), Max Weber und die Rationalisierung sozialen Handelns, Stuttgart 1981; S. Lash/S. Whimster (Hrsg.), Max Weber, Rationality and Modernity, London 1987.

Weber betont allerdings, daß dies erst für die entwickelte kapitalistische Gesellschaft gilt, nicht für ihre historische Entstehung, an der zahlreiche - materielle und ideelle - Faktoren mitgewirkt haben; vgl. etwa REL 37 ff.

kapitalistischen Unternehmers: Zweck seines wirtschaftlichen Handelns ist allein die Rentabilität seines »Betriebs«, das Streben nach regelmäßigem und »immer erneutem Gewinn« (REL 4). Wirtschaftlicher Erfolg kann auf dieser Grundlage nach einem quantitativen Maßstab objektiv gemessen werden: an dem Gewinn an Geld, der in einem bestimmten Zeitraum anfällt. Die richtige wirtschaftliche Entscheidung läßt sich so für den Unternehmer im Idealfall exakt berechnen: Nutzen und Kosten aller Faktoren können durch »eine ziffernmäßige Vergleichung eindeutig und ohne ganz subjektive Bewertung« (WG 54) bilanziert werden.

Das nüchterne und kontrollierte Streben nach Rentabilität unterscheidet nach Weber den »Geist« des modernen Industriekapitalismus von allen anderen Wirtschaftsepochen. Er verlangt gerade die Eindämmung blinder Erwerbsgier und kurzfristigen Gewinnstrebens. An die Stelle des Konsums tritt die Investition. Der wirtschaftliche Gewinn wird zum Selbstzweck, nicht zum Mittel der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse und Interessen. Deshalb gehört zu den Geburtshelfern des Kapitalismus eine religiöse Weltanschauung wie die protestantische Ethik, die eine asketische Lebensführung propagiert.

Das Maß der einem kapitalistischen Unternehmer »technisch möglichen und von ihm wirklich angewendeten Rechnung« (WG 44) wird nun aber auch wesentlich bestimmt durch das Maß, in dem die externen Bedingungen in der Umwelt seines Handelns kalkulierbar und vorhersehbar sind. Dieser Zusammenhang ist das entscheidende Glied in der Erklärung der umfassenden formalen Rationalisierung der modernen Gesellschaft durch die »Triebkraft« des Kapitalismus. 10

Die Berechenbarkeit der Chancen seines wirtschaftlichen Handelns ist für einen kapitalistischen Unternehmer vor allem von zwei Voraussetzungen in seiner Umwelt abhängig: Zum einen von der langfristig gesicherten Existenz einer Marktinstitution. Zum anderen von der Kalkulierbarkeit des Verhaltens der Marktteilnehmer

Die Erfüllung der ersten Voraussetzung muß durch gesellschaftliche Institutionen gewährleistet werden, die bestimmte Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Markt garantieren: angefangen von »gemeinwirtschaftlich zu verwaltenden Verkehrsmitteln«, bis hin zur äußeren Sicherheit und inneren »Befriedung... auf allen Gebieten« (WG 561) einschließlich dem Schutz zentraler »Menschen- und Grundrechte« als »Vorbedingungen für das freie Schalten des Verwertungsstrebens des Kapitals mit Sachgütern und Menschen« (WG 726). Für eine solche Bereitstellung öffentlicher Güter, die der Markt selbst entweder gar nicht oder nur unzureichend produzieren kann, ist der kapitalistische Unternehmer vor allem an einer effizient funktionierenden staatlichen Bürokratie als technischem »Präzi-

sionsinstrument« interessiert (WG 571). Die Berechenbarkeit des Erfolges verlangt eine sformale Rationalisierungs zweckrationalen Entscheidens.

Die Verwirklichung der zweiten Voraussetzung - die Kalkulierbarkeit des Verhaltens der Marktteilnehmer - erfordert dagegen die Berechenbarkeit von Handlungsweisen. Ein solches Interesse wird sich vor allem auf die Handlungsweisen von Personen richten, die als Vertragspartner fungieren. Die berechenbare Erfüllung vertraglicher Pflichten ist das unverzichtbare Fundament für eine verläßliche wirtschaftliche Kalkulation des kapitalistischen Unternehmers. Er muß sicher prognostizieren können, daß seine Vertragspartner genau die Handlungsweise ausführen werden, die sich aus ihrer vertraglichen Bindung ergibt - gleichgültig, ob dies zum Zeitpunkt der Fälligkeite für sie oder andere opportun erscheint. Nur so können ihm »berechenbare Chancen erwachsen, ökonomische Güter in (seiner) Verfügbarkeit zu behalten oder künftig, unter bestimmten Voraussetzungen, die Verfügung über solche zu erwerben« (WG 184). Unter diesem Gesichtspunkt geht es nicht um eine Effizienzsteigerung zweckrationalen Handelns, sondern im Gegenteil um seine Eingrenzung durch Normen. Eine Steigerung der Berechenbarkeit von Handlungsweisen erfordert deshalb eine sformale Rationalisierunge normorientierten Handelns: »Und hier liegt das spezifische Interesse des rationalen kapitalistischen Betriebes an Frationalen Ordnungen, deren praktisches Funktionieren er in seinen Chancen ebenso berechnen kann wie das einer Maschine« (WI, 474),11

Dieses »spezifische Interesse an ›rationalen Ordnungen« wird sich nach Weber insbesondere in spezifischen Anforderungen an die Wirksamkeit, Geltung und Veränderbarkeit einer Normenordnung niederschlagen. 12

¹¹ Zu Webers Thesen über den Zusammenhang zwischen Kapitalismus und rationalem Recht vgl. etwa Anthony T. Kronman, Max Weber, London 1983, S. 118 ff.; David M. Trubek, Max Weber über das Recht und die Entstehung des Kapitalismus, in: S. Breuer/H. Treiber (Hrsg.), Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung, Opladen 1984, S. 152-198; Pietro Rossi, Die Rationalisierung des Rechts und ihre Beziehung zur Wirtschaft, in: M. Rehbinder/K.-P. Tieck (Hrsg.), Max Weber als Rechtssoziologe, Berlin 1987, S. 37-54; Alberto Febbrajo, Kapitalismus, moderner Staat und rational-formales Recht, in: ebd., S. 55-78.

Die folgenden Ausführungen machen deutlich, daß Webers Analyse des modernen Rechts mit den Rechtstheorien von Kelsen und Hart mehr gemeinsam hat als nur die rechtspositivistischen Grundthesen. Ähnliche Auffassungen bestehen insbesondere im Hinblick auf die Struktur bzw. den »Stufenbau« (Kelsen) einer Rechtsordnung und die Bedeutung einer Kombination »primärer- und »sekundärer« Regeln (Hart). Ein Vergleich der Theorien dieser drei Autoren kann hier freilich nicht durchgeführt werden, vgl. Norbert Hoerster, Kriitscher Vergleich der Theorien der Rechtsgeltung von Hans Kelsen und H.L.A. Hart, in: S.L. Paulsen/R. Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1986, S. 1-19; Peter Koller, Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens Reine Rechtslehre und H.L.A. Harts »Concept of Law«, in: O. Weinberger/W. Krawietz (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien/New York 1988, S. 129-178; Norberto Bobbio, Max Weber und Hans Kelsen, in: Rehbinder/Tieck (Anmerk. 11), S. 109-126.

⁸ Vgl. REL 4 ff., 34 ff., 54 ff., 62, 163, 202 ff.

⁹ Vgl. REL 30 ff., 84 ff.

¹⁰ Vgl. WG 44 f., 94, 174, 469 f., 562, 643.

3. Die Eigenschaften einer formal rationalen Rechtsordnung

3.1 Die Wirksamkeit von Normen muß durch eine staatliche Rechtsordnung garantiert sein

Wie jeder Norminteressent hat auch der kapitalistische Unternehmer den Wunsch nach der möglichst großen Wirksamkeit der von ihm präferierten Normenordnung. In einer kapitalistischen Gesellschaft ist eine solche Wirksamkeit aber nur durch eine organisierte Zwangsübung unter einem staatlichen Gewaltmonopol zu gewährleisten. Zwei Eigenschaften des »bürgerlichen Betriebskapitalismus« (REL 10) spielen in diesem Zusammenhang eine Rolle:

Zum einen ist der moderne Industriekapitalismus eine expandierende und imperialistische Wirtschaftsweise. Er führt zu einer ungehemmten Expansion des Warenmarktes und einer umfassenden »Kontraktgesellschaft« (WG 399). Als Folge zerstört er die persönliche Basis wirtschaftlicher Beziehungen in den ursprünglichen Grenzen der Familie, der Sippe oder des Stammes. Traditionelle, affektuelle und moralische Handlungsorientierungen werden durch versachlichte Vertragsbeziehungen unter Tauschpartnern und emotionslose Kalkulation von Gewinnehancen verdrängt. Für die Durchsetzung und Stabilisierung sozialer Normen kann unter diesen Bedingungen weder auf die informellen Sanktionsmechanismen vertraut werden, die innerhalb von Kleingruppen mit ihrem dichten Netz von dauerhaften und kontinuierlichen persönlichen Beziehungen wirksam werden, noch auf die Kraft traditioneller, gefühlsbestimmter oder moralischer Bindungen.

Zum anderen ist der »bürgerliche Betriebskapitalismus« eine Wirtschaftsweise, die nur im Rahmen einer innerstaatlichen Friedensordnung existieren kann. Er beruht auf einer langfristig geplanten »rationalen Betriebsorganisation«, die sich »nicht an gewaltpolitischen oder an irrationalen Spekulationschancen« (REL 7) orientiert, sondern an »friedlichen Erwerbschancen« (REL 4) innerhalb berechenbar funktionierender gesellschaftlicher Institutionen, »ohne welche zwar Abenteurer- und spekulativer Händlerkapitalismus und alle möglichen Arten von politisch bedingtem Kapitalismus, aber kein rationaler privatwirtschaftlicher Betrieb mit stehendem Kapital und sicherer Kalkulation möglich ist.« (REL 11)

Die mangelnde Wirksamkeit informeller Sanktionsmechanismen und die Anfälligkeit der kapitalistischen Wirtschaftsweise gegenüber Störungen des Marktfriedens erklären den Stellenwert, den für ihre Interessenten die Entwicklung der politischen Gemeinschaft zur »Rechtsschutzanstalt« (WG 519) haben muß: Eine staatliche Rechtsordnung ersetzt informelle Sanktionsmechanismen durch eine »spezifische Art von Vergesellschaftung« (WG 185) der Normdurchsetzung. Zwangsvollstreckung und Bestrafung wird zur institutionalisierten Aufgabe »eines

eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen« (WG 17). Die »innere Befriedung auf allen Gebieten« wird darüber hinaus garantiert durch die »Monopolisierung legitimer Gewaltsamkeit durch den politischen Verband, welche in dem modernen Begriff des Staates als der letzten Quelle jeglicher Legitimität physischer Gewalt . . . ihren Abschluß finde(t).« (WG 519) Ohne ein in dieser Weise »durch die stärkste Zwangsgewalt garantiertes Recht« ist nach der Diagnose Webers »eine Wirtschaftsordnung moderner Art . . . zweifellos nicht durchführbar.« (WG 198)

3.2 Die geltenden Rechtsnormen müssen objektiv erkennbar sein

3.2.1 Generelle und individuelle Normen

Wenn man die Handlungsweisen von Menschen dadurch berechenbarer machen will, daß man sie zwangsbewehrten Rechtsnormen unterwirft, dann wird das Maß der Berechenbarkeit u.a. davon abhängig sein, daß verläßlich identifiziert werden kann, welche Rechtsnormen für ihr Handeln verbindlich sind. Die Feststellung der geltenden Rechtsnormen muß deshalb nach Möglichkeit ein Gegenstand der objektiven Erkenntnis und nicht subjektiver Wertung oder willkürlicher Dezision sein.

Ein Interesse an objektiver Erkennbarkeit des geltenden Rechts wird sich vor allem auf die *individuellen* Rechtsnormen richten müssen. Denn gerade die konkrete Anweisung, wie sich eine bestimmte Person in einem spezifischen Einzelfall verhalten soll, muß ja eindeutig identifiziert werden können, wenn die Handlungen der Normadressaten durch die Etablierung einer Normenordnung kalkulierbarer werden sollen. Konkrete Handlungsanweisungen sind aber der Inhalt von individuellen Normen.

Für einen kapitalistischen Unternehmer ist aber nicht nur von Bedeutung, welche individuellen Rechtsnormen jeweils in der Gegenwart gelten. Die Kalkulierbarkeit seiner wirtschaftlichen Entscheidungen verlangt, daß er sich ebenso auf die Geltung bestimmter Rechtspflichten in der Zukunft verlassen kann: »Vor allem die Rechtsverbindlichkeit von Kontrakten« muß sicher garantiert sein (WG 487), d.h. es muß sicher garantiert sein, daß die Bindung an ein bestimmtes zukünftiges Verhalten, die durch einen Vertragsabschluß geschaffen wird, in der Zukunft in die Geltung einer entsprechenden individuellen Rechtsnorm mündet, die genau dieses Verhalten zum Inhalt hat. Ein solches »Bedürfnis nach Vorherberechenbarkeit . . . des geltenden Rechts« (WG 451) ist »eine der wichtigsten Vorbedingungen für ökonomische Dauerbetriebe, speziell solche kapitalistischer Art« (WG 505).

Eine entsprechende Rechtsordnung muß aus diesem Grund wesentlich generelle Normen enthalten, aus denen der Inhalt der für einen – aktuellen oder potentiellen – konkreten Fall geltenden individuellen Normen im vorhinein abgeleitet werden

¹³ Vgl. REL 544; WG 708 ff.

kann, »Rechtsfindung« darf nicht in »regelfreier individueller Wertung des Einzelfalls« (WG 657) bestehen, sondern die Vorhersehbarkeit der einzelnen Rechtsakte und Entscheidungen muß durch »Anwendung von generellen Rechtsnormen auf den konkreten Fall, durch dessen Subsumtion unter die Norm also« gewährleistet sein (WG 394). Die Entscheidungsnormene, die sich unmittelbar an den Rechtsstab richten, müssen deshalb die Wenn-Dann-Struktur konditionaler Regeln haben. Bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes als Bedingung müssen sie eine bestimmte Rechtsfolge als Konsequenz zwingend vorschreiben:14 »Juristisch angesehen, besteht ein modernes Recht aus Rechtssätzen, d.h. abstrakten Normen mit dem Inhalt, daß ein bestimmter Sachverhalt bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen soll.« (RS 398) Die »Verkehrssicherheit« auf dem Markt verlange nach in diesem Sinne »streng sachlicher und um die Konsequenzen unbekümmerter Justiz« (WG 158): Nicht nach » schöpferischer« Rechtstätigkeit für den Richter« (WG 507), sondern nach einem Richter, der durch Bindung an »berechenbare Schemata ... mehr oder minder ein Paragraphen-Automat ist« (POL 323).

Generelle Normen können den Inhalt der aus ihnen ableitbaren Normen allerdings noch in höchst unterschiedlichem Maß festlegen und einen mehr oder weniger großen Auslegungs- und Interpretationsspielraum lassen. Damit der Inhalt der individuellen Normen im Prozeß der Rechtskonkretisierung intersubjektiv nachvollziehbar gewonnen werden kann, müssen die Sachverhalte, die den Rechtsnormen subsumiert werden sollen, durch die generellen Normen möglichst eindeutig festgelegt sein. Tatbestände und Rechtsfolgen müssen deshalb in den generellen Rechtsnormen begrifflich präzise bestimmt werden. 15

3.2.2 Die wissenschaftliche Methode der Jurisprudenz

Weber ist der Auffassung, daß wesentliche Qualitäten einer formal rationalen Rechtsordnung durch die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts in der Folge der Rezeption des Römischen Rechts entstanden sind. 16 Das Ergebnis ist nicht nur ein generelles, begrifflich bestimmtes und präzises, sondern vor allem auch ein hochgradig systematisiertes Recht, das es erlaubt, jeden neuen Rechtsfall verläßlich einer einschlägigen Rechtsnorm zuzuordnen und so für jeden beliebigen Tatbestand »mit den Mitteln der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen« (WG 397). Eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine solche Systematisierung sei die »Herauspräparierung einer streng abstrakten juristischen Begriffsbildung« durch »wissenschaftliche Methodik« (WG 465). Dieser Abstraktionsprozeß vollzieht sich nach Weber in zwei

14 Vgl. WG 389, 394 ff., 398, 486, 507 ff.

15 Vgl. WG 394 ff., 457, 505 ff.

16 Vgl. WG 394 ff., 468 ff., 503 ff.

Stufen: Auf der ersten Stufe in der »Analyse« und »logischen Sinndeutung« gegebener Rechtsbegriffe und Normen, auf der zweiten Stufe in der induktiven »Generalisierung« und »Verallgemeinerung« der durch Sinndeutung und Analyse gewonnenen »Rechtssätze« (WG 395 f.).¹⁷

Durch Analyse wird der Tatbestand, der einer konkreten Entscheidung zugrundeliegt, »auf diejenigen letzten Bestandteile hin« untersucht, »welche für die rechtliche Beurteilung in Betracht kommen« (WG 395). Diese Analyse besteht als »logische Sinndeutung« (WG 506) in einer Begriffsanalyse. Sie richtet sich nicht auf die »greifbaren«, äußerlichen Merkmale eines Tatbestandes (WG 457), sondern auf die Bedeutung der zur Verwendung kommenden Rechtsbegriffe und die »für die Entscheidung des Einzelfalls maßgebenden Gründe« (WG 395).

Der Erfassung der »rechtlich relevanten Merkmale« schließt sich die »Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls maßgebenden Gründe auf ein oder mehrere »Prinzipien« (WG 395) und die Bildung »feste(r) Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln« als nächste Stufe an (WG 396). Durch diese Generalisierung werden Begriffe wie z.B. »Rechtsgeschäft«, »Vertrag« oder »Schuldverhältnis« »konstruiert« (WG 492), die sich als »abstrakte Regeln« dann wieder »syllogistisch als Normen« auf neue Fälle anwenden lassen (WG 457).

Die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts hat zwei wichtige Konsequenzen: Zum einen ermöglicht sie die Bildung eines »logisch in sich widerspruchslosen« (WG 181), auf beliebige Fälle anwendbaren Systems von »letzten Rechtsprinzipien . . ., aus denen nun deduktiv argumentiert« werden kann (WG 492). Sie bereitet damit die großen Kodifikationen vor allem im Privatrecht vor. Zum anderen spielt die rechtswissenschaftliche Methode aber auch für eine berechenbare Anwendung eines bereits kodifizierten und systematisierten Rechts weiterhin eine wichtige Rolle. Denn für alle »in der Art ihrer Normgebundenheit zweiselhaften

¹⁷ Webers Auffassungen über die rechtswissenschaftliche Methode sind stark durch die begriffsjuristischen Lehrmeinungen des 19. Jahrhunderts geprägt, vgl. Max Rheinstein, Preface and Introduction to Max Weber on Law in Economy and Society, in: ders., Gesammelte Schriften 1, Tübingen 1979, S. 27-73; Nico Roos, Antiformale Tendenzen im modernen Recht - eine These Max Webers, diskutiert am Beispiel der Laienrichterfrage, in: Breuer/Treiber (Anmerk. 11), S. 223-267; Pierangelo Schiera, Max Weber und die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Rehbinder/Tieck (Anmerk. 11), S. 151-168. Insbesondere die Schriften des frühen Rudolph von Jhering haben Weber bis in die Wortwahl hinein beeinflußt, vgl. Rudolph von Jhering, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Zweite Abteilung. Darmstadt 1954, S. 322 ff.; von Jhering stammt auch bereits die Metapher, daß eine rationale Rechtsordnung funktioniere wie eine berechenbare Maschine, vgl. z.B. ebd. Erster Teil, S. 50, 327 ff.; ebd. Zweiter Teil. Erste Abteilung, S. 38, 45, 109. Aus Webers Nähe zur Begriffsjurisprudenze sollte man aber im übrigen kein vorschnelles Urteil ableiten. So gewinnt gerade eines der Kernelemente der begriffsjuristischen Konzeption: daß die rechtswissenschaftliche Methode eine Kombination induktiver Prinzipienbildunge und deduktiver Ableitung darstelle, in der modernen rechtswissenschaftlichen Diskussion an zunehmender Bedeutung, vgl. z.B. Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt 1984, S. 119 ff., 181 ff., 544 ff.; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982, S. 402 ff.; ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien/New York 1988, S. 51 ff.

Fälle« (WL 420) müssen die zur Entscheidung benötigten Rechtssätze« erst »mit Hilfe der Logik aus dem Inhalt gesetzlicher Vorschriften sublimiert« werden (WG 510 f.).

3.3 Die Rechtsordnung muß veränderbar sein

Der Kapitalismus ist keine statische, sondern eine expandierende, dynamische Wirtschaftsweise. Seine Dynamik verlangt deshalb eine veränderbare Rechtsordnung, die den jeweiligen empirischen Verhältnissen und Anforderungen möglichst variabel angepaßt werden kann. Das betrifft sowohl die Rechtsnormen, die das Verhältnis von Privatpersonen untereinander regeln, als auch die Rechtsnormen, die Beziehungen zwischen der staatlichen Gewalt und den Bürgern zum Gegenstand haben.

Zu dem Fundament einer kapitalistischen Wirtschaftsweise gehören sfreier Austauschprozesse auf einem Markt, die sich des Instruments des Vertrages bedienen. Ein Vertrag setzt Rechtsnormen in Kraft, durch die sich die Vertragspartner zu bestimmten Handlungsweisen verpflichten. Die kapitalistische Wirtschaftsweise setzt demnach voraus, daß Privatpersonen die Freiheit und Macht besitzen, neue Rechtsnormen für ihr Verhalten in Geltung zu setzen. Eine entsprechende Rechtsordnung muß neben Geboten und Verboten »ermächtigende Rechtssätzer enthalten, die »es in das Belieben der Einzelnen (stellen), durch Rechtsgeschäfte ihre Beziehungen zueinander innerhalb bestimmter Grenzen autonom zu regelner (WG 398).

Die Forderung nach einer veränderbaren Rechtsordnung richtet sich vom Standpunkt des kapitalistischen Rechtsinteressenten aber nicht nur auf die rechtlichen Beziehungen zu anderen Privatpersonen. Der kapitalistische Unternehmer hat gerade unter dem Aspekt einer Sicherung der Institution des Marktes ein Interesse an einem starken Staat, der mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet öffentliche Aufgaben übernimmt und möglichst flexibel und effektiv bewältigt. Auch hier besteht ein Bedarf nach Ermächtigungsnormen, die staatlichen Organen die Befugnis einräumen, neue Rechtsnormen zu erlassen bzw. bestehendes Recht zu verändern. Im Interesse des kapitalistischen Unternehmers ist somit eine umfassende Positivierung des Rechts.

4. Die Unvereinbarkeit von Recht und Moral

Weber versucht, einen unauflösbaren Zielkonflikt zwischen formaler und materialer Rationalität für alle wichtigen Lebensbereiche des abendländischen Menschen nachzuweisen. ¹⁸ Darin sieht er nicht ohne Pathos die große Tragik der abendländischen Kultur. Die Institutionen der modernen okzidentalen Gesellschaft sind in seinen Augen zwar in hohem Maße kalkulierbar und berechenbar, Wissenschaft und Technik ermöglichen in großem Maßstab eine effiziente Güterproduktion, staatliche Herrschaft ist weitgehend befreit von willkürlicher Machtausübung und persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen. Dafür muß jedoch ein hoher Preis entrichtet werden. Individuelle Bedürfnisse und Interessen, elementare menschliche Gefühle wie Liebe, Dankbarkeit und Vergebung, vor allem aber religiöse und moralische Werte werden durch den spezifisch abendländischen Rationalismus unterdrückt und zersetzt. Diese tief empfundene Bedrohung ist die Grundlage für den überall spürbaren Kulturpessimismus Webers.

Für das moderne Recht im besonderen gilt nach Webers Überzeugung, daß seine umfassende Positivierung, seine zunehmende objektive Berechenbarkeit und Kalkulierbarkeit, seine Regelhaftigkeit und begriffliche Präzision notwendig zu Lasten seiner moralischen Qualitäten gehen müssen. Jedes formal rationale Recht ist deshalb nach dem Maßstab materialer Rationalität fundamental *irrational*. Es führt zu einer unvermeidlichen Verletzung des moralischen »Billigkeitsgefühls« und »inhaltlicher Gerechtigkeitsideale« (WG 470). Umgekehrt müßten »konkrete Wertungen« durch einen Richter oder ein »soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate« wie »Gerechtigkeit und Menschenwürde« zu einer Schwächung der Berechenbarkeit des Rechts beitragen oder gar in einer gänzlich willkürlichen und »irrationalen Rechtsfindung« enden (WG 507).

Fünf Argumente Webers für diese behauptete Unvereinbarkeit von Recht und Moral möchte ich im folgenden näher untersuchen.

4.1 Das Argument der formalen Legalität

Grundlage dieses Arguments ist die Auffassung, daß die moralische Legitimität einer Rechtsordnung prinzipiell in Frage gestellt ist, wenn diese Rechtsordnung ein Verhalten gebietet oder verbietet, das nach moralischen Maßstäben nicht geboten oder verboten werden darf. Die Ermächtigung zu »willkürlicher Satzung« und »Oktroyierung von positivem Recht« (WG 497) führe aber zwangsläufig zu der Geltung von Rechtsnormen, die nach moralischen Kriterien abzulehnen sind. In einer positivierten Rechtsordnung gelten Rechtsnormen, wenn sie durch einen dazu ermächtigten Normgeber erlassen werden. Rechtsnormen, die ihre Verpflichtungsgewalt aus einem solchen Kriterium oformaler Legalitäte anstatt ihrer omaterialen Gerechtigkeite ableiten, werden demnach nur dann mit moralischen Anforderungen übereinstimmen, wenn die Personen, die zu dieser Rechtsetzung

ermächtigt sind, genau die Normen als Rechtsnormen erlassen, deren Geltung moralisch gerechtfertigt ist.

Das ist aber nach Weber insbesondere in einer kapitalistischen Gesellschaft keinesfalls zu erwarten. Der Gesetzgebung werden hier in der Regel keine moralischen Motive zugrunde liegen, sondern nicht zuletzt aufgrund der unaufhebbaren Klassenantagonismen politische Kompromisse zwischen konfligierenden Interessen: Das Recht ist »heute allzu greifbar in der großen Mehrzahl und gerade in vielen prinzipiell wichtigen seiner Bestimmungen als Produkt und technisches Mittel eines Interessenkompromisses enthüllt« (WG 502). Es ist so das »unvermeidliche Schicksal« des modernen Rechts, daß es sich zu einem »jederzeit zweckrational umzuschaffenden, jeder inhaltlichen Heiligkeit entbehrenden, technischen Apparat« entwickelt (WG 513).

Besonders scharf prägt sich nach der Überzeugung Webers der Gegensatz zwischen Recht und Moral aber durch die Möglichkeit einer privatautonomen Rechtsetzung aus. Zwar werden die rechtlichen Beziehungen zwischen Vertragspartnern formelle einvernehmlich und damit auf den ersten Blick in einer moralisch akzeptablen Weise geregelt. Daß die so entstehenden Normen tatsächlich moralischen Ansprüchen genügen, ist nach Weber aus mindestens zwei Gründen dennoch unwahrscheinlich:

Erstens sind die sozialen Beziehungen zwischen Marktteilnehmern prinzipiell unpersönlicher, sachlicher Natur. Ihr Verhalten ist »ethisch nicht reglementierbar« (WG 708), weil es durch die Gesetze des kapitalistischen Marktes »bei Strafe des in jeder Hinsicht nutzlosen ökonomischen Untergangs in allem wesentlichen durch objektive Situationen vorgeschrieben« ist (WG 709). Der »Berufsmensch« im Kapitalismus wird gezwungen, seinen »Lebensinhalt ... nicht auf Personen, sondern auf »sachliche« rationale Zwecke« (WG 719) auszurichten: »Der Kosmos der modernen rationalen kapitalistischen Wirtschaft wurde daher, je mehr er seinen immanenten Eigengesetzlichkeiten folgte, desto unzugänglicher jeglicher denkbaren Beziehung zu einer religiösen Brüderlichkeitsethik.« (REL 544)

Zweitens aber sind die »schematischen Ermächtigungen für jedermann, gewillkürtes Recht durch private sachliche Rechtsgeschäfte . . . zu schaffen« faktisch vor allem im Interesse der »auf dem Markt ökonomisch Privilegierten«, die aufgrund ihrer Position »allein davon Gebrauch machen können« (WG 419). Die Entwicklung zur Vertragsfreiheit kann man so nur in einem sehr »relativen Sinn« als »Abnahme der Gebundenheit und Zunahme individualistischer Freiheit . . . charakterisieren.« In vielen Fällen – etwa im Hinblick auf den Arbeitsvertrag – folgt vielmehr »zunächst . . . daraus lediglich die Möglichkeit für den auf dem Markt Mächtigeren . . . Bedingungen nach seinem Ermessen . . . zu oktroyieren. Das Resultat der Vertragsfreiheit ist also in erster Linie: die Eröffnung der Chance, durch kluge Verwendung von Güterbesitz auf dem Markt diesen unbehindert durch Rechtsschranken als Mittel der Erlangung von Macht über andere zu nutzen.« (WG 439)

Man kann somit nicht damit rechnen, daß beim Zustandekommen vertraglicher Vereinbarungen und damit entsprechender Rechtsnormen moralische Motive einen nennenswerten Einfluß ausüben werden oder das Ergebnis moralischen Maßstäben genügen wird: »Jene durch formale Justiz gewährte maximale Freiheit der Interessenten in der Vertretung ihrer formal legalen Interessen muß schon infolge der Ungleichheit der ökonomischen Machtverteilung, welche durch sie legalisiert wird, immer wieder den Erfolg haben, daß materiale Postulate . . . verletzt erscheinen.« (WG 470)

Wie ist diese Argumentation zu beurteilen? Weber mißt die moralische Legitimität einer Rechtsordnung daran, in welchem Maß die einzelnen Normen dieser Ordnung moralisch gerechtfertigt sind. Auf der Grundlage dieses Kriteriums muß man seinem Gedankengang zweifellos zustimmen: Wenn eine Rechtsordnung bestimmten Personen die Autonomie zur »gewillkürten« Rechtsetzung nach ihren subjektiven Zwecken und individuellen Interessen verleiht, dann kann man realistischerweise kaum erwarten, daß die so entstehenden Rechtsnormen regelmäßig moralischen Ansprüchen genügen: Zum einen kann man nicht davon ausgehen, daß Privatpersonen sich in ihren individuellen Entscheidungen immer für das moralisch richtige Handeln entscheiden werden. Das trifft - wie Weber vollkommen richtig hervorhebt - umso mehr für eine kapitalistische Gesellschaft zu, in der die wirtschaftlichen Beziehungen als Marktbeziehungen von dem Bereich der moralisch »reglementierten« persönlichen Beziehungen getrennt sind und in der auf eine moralische Handlungsorientierung - etwa beim Abschluß oder der Einklage von Verträgen - nur negative Prämien in Form von Abstrichen am wirtschaftlichen Erfolg gesetzt werden.

Zum anderen gibt es aber auch kein kollektives Entscheidungsverfahren, mit dem subjektive Zwecke und individuelle Interessen für die Gesetzgebung zu einem objektiven allgemeinen Willene zusammengefaßt werden könnten. 19 Kollektive Entscheidungsregeln – wie etwa eine demokratische Mehrheitsregel – erlauben zwar die Herbeiführung eindeutiger und verbindlicher Beschlüsse über die zu erlassenen Rechtsnormen, sie stellen aber kein Erkenntnisverfahrene zur Erzeugung moralisch richtiger Entscheidungen zur Verfügung. 20

Die entscheidende Frage ist jedoch, ob Weber auch das richtige Kriterium formuliert hat, um über die moralische Legitimität einer Rechtsordnung zu urteilen. Ist die Institution einer Rechtsordnung moralisch wirklich nur dann gerechtfertigt, wenn sie die moralische Richtigkeit jeder einzelnen Rechtsnorm garantieren

¹⁹ Vgl. Kenneth J. Arrow, Social Choice and Individual Values, New York 1951.

²⁰ Für eine eingehende Kritik dieser Fehldeutung insbesondere von demokratischen Institutionen vgl. Hartmut Kliemt, Autonomie als Grundlage kollektiver Beschlüsse, Duisburg 1989, S. 5 ff. Die Auffassung, daß demokratische Gesetzgebung den Erlaß moralisch richtiger Rechtsnormen gewährleisten könne, ist dagegen neuerdings wieder von Jürgen Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: Kritische Justiz 1987, S. 1-16 bekräftigt worden, allerdings müßten die Verfahrensnormen zu diesem Zweck Raum lassen für eine »ungehemmte Begründungsdynamik« (S. 16).

kann? Die Antwort lautet: Dies kann, muß aber nicht der Fall sein. Welche Sichtweise man hier einnimmt, ist nämlich selber von der zugrundeliegenden ethischen Theorie und empirischen Annahmen abhängig. Weber verkennt, daß es in dieser Frage nicht um eine grundsätzliche Spannung zwischen einem positivierten Recht auf der einen Seite und einer moralischen Rechtfertigung des Rechts auf der anderen Seite geht, sondern um ein Problem, das sich *innerhalb* einer moralischen Begründung einer Rechtsordnung stellt bzw. stellen kann.

Wenn man etwa im naturrechtlichen Sinne von der immanenten "Dignität" und "unmittelbar verpflichtenden Kraft bestimmter Rechtsprinzipien" ausgeht (WG 497), dann mag es naheliegen, die moralische Legitimation einer Rechtsordnung darin zu sehen, daß sie diesen nobjektiv geltenden Normen zu faktischer Wirksamkeit und empirischer Geltung verhilft. Legt man jedoch andere rechtsethische Konzeptionen zugrunde, dann kann es sich herausstellen, daß man die moralische Rechtfertigung einer Institution nicht ohne weiteres mit der moralischen Rechtfertigung ihrer einzelnen Elemente gleichsetzen darf. Nehmen wir als einfaches Beispiel für ein rechtsethisches Prinzip die Maxime, daß eine Rechtsordnung gegenüber einer Alternative dann vorzuziehen ist, wenn sie in größerem Maße die gemeinsamen Interessen einer Rechtsgemeinschaft fördert.

Nach diesem Prinzip kann nun unter bestimmten empirischen Bedingungen eine Rechtsordnung als Institution ihren Alternativen gerade dann ethisch überlegen sein, wenn in der Institution darauf verzichtet wird, jede einzelne Norm einer moralischen Prüfunge zu unterwerfen. Empirische Bedingungen dieser Art liegen z.B. dann vor, wenn die alte These des Liberalismus zutrifft, daß Marktteilnehmer, indem sie sich nicht selbstlos an moralischen Motiven, sondern egoistische an ihrem subjektiven Nutzen orientieren, gerade damit das allgemeine Wohl und ihre gemeinsamen Interessen optimal fördern. Der Markt als ein moralfreiere gesellschaftlicher Bereich wäre in diesem Fall moralisch gerechtfertigt und damit auch eine entsprechende Rechtsordnung, die durch Ermächtigungsnormen Privatpersonen die Freiheit und Rechtsmacht gibt, innerhalb dieses »anethischen« (WG 709) Raumes ihre ganz persönlichen Ziele ungehindert zu verfolgen. Dieses Ergebnis kann sogar dann noch Bestand haben, wenn man vom Standpunkt des individuellen Interesse jedes Mitglieds einer Gesellschaft argumentiert. Denn obwohl es richtig ist, daß die ökonomisch privilegierten Schichten als die auf dem Markt Mächtigen größere Vorteile aus dieser Institution ziehen, kann es trotzdem zutreffen, daß auch die in dieser Hinsicht Benachteiligten in einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung insgesamt immer noch besser fahren als bei allen realisierbaren Alternativen.²²

Ebenso kann eine Institution der Gesetzgebung moralisch gerechtfertigt sein, die kollektive Entscheidungen über Rechtsetzung einem demokratisch geregelten Interessenausgleich zwischen gesellschaftlichen Gruppen und einem eindeutig festgelegten Verfahren überläßt, anstatt das Ideal zu verfolgen, nur solchen Normen die Qualität geltenden Rechts zuzugestehen, deren sinhärenter Werte moralischen Ansprüchen genügt.²³

Eine Rechtsordnung, die durch sformale Legalitäte bei der Setzung und Veränderung des Rechts Raum läßt für die Verfolgung persönlicher Interessen, verzichtet aus moralischen Gründen auf eine moralische Reglementierung des Handelns. Die ethische Rechtfertigung von Rechtsnormen kann sich eben nicht nur auf einzelne Verbots- und Gebotsnormen beziehen, sondern auch auf Ermächtigungsnormen, die bestimmten Personen erst die Befugnis übertragen, Verbots- und Gebotsnormen in Geltung zu setzen. Trotzdem enthält die Position Webers einen wahren Kern: Wir dürfen demnach nicht zu optimistisch sein, daß gesellschaftliche Institutionen, selbst wenn sie insgesamt moralisch gerechtfertigt sind, auch zu jedem Zeitpunkt moralisch begrüßenswerte Konsequenzen haben werden. Allerdings läßt sich diese unliebsame Tatsache zu einem nicht unbeträchtlichen Teil durch ein Mischsystem mildern, in dem die von einer Rechtsordnung gewährten Ermächtigungen materiell eingeschränkt sind. >Formale Legalitäte muß keineswegs schrankenlos sein: Moralisch besonders wertvolle Rechtsnormen können durch eine Verfassung prinzipiell vor Veränderung geschützt werden, Grundwerte« und »Grundprinzipien« können den Spielraum für die Autonomie eines Gesetzgebers mehr oder weniger weitgehend begrenzen, und schließlich kann auch die Ausgestaltung des Vertragsrechts moralische Mindestgarantiene in der privaten Rechtsetzung gewährleisten. Auf diese Möglichkeiten weist Weber zwar selbst explizit hin,24 ohne allerdings daraus die für den gegenwärtigen Zusammenhang richtigen Schlußfolgerungen zu ziehen.

4.2 Das Argument der Abstraktheit

Ausgangspunkt dieses Arguments ist die Annahme Webers, daß die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts zu einer hochgradigen Abstraktheit der Rechtsbe-

²¹ Weber hat eine solche Möglichkeit in einer Nebenbemerkung sogar selbst angedeutet, ohne daß er diesem Gedanken jedoch weiter nachgegangen wäre. Nachdem er nämlich festgestellt hat, daß »jeder Ethik gegenüber disparate Erwägungen« das Verhalten von Marktteilnehmern »bestimmen«, schließt er, daß die »herrenlose Sklaverei«, in welche der Kapitalismus alle Beteiligten »verstrickt ... nur als Institution ethisch diskutabel« sei (WG 709).

²² Für rechtsethische Konzeptionen vom Standpunkt individueller Interessenorientierung vgl. z.B. Norbert Hoerster, Rechtsethik ohne Metaphysik, in: JZ 1982, S. 265-272 u. S. 714-716; Michael Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, in: M. Baurmann/H. Kliemt (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg/München 1990, S. 101-146.

²³ Vgl. James M. Buchanan/Gordon Tullock, The Calculus of Consent, Ann Arbor 1965, S. 43 ff.: Geoffrey Brennan/James M. Buchanan, The Reason of Rules, Cambridge 1985, S. 33 ff.

²⁴ Vgl. etwa WG 38, 399 f., 409 ff.

griffe und Rechtsnormen führt. Die Subsumtion eines Sachverhalts unter abstrakte Begriffe und Normen könne aber nicht die Grundlage für seine Bewertung nach moralischen Maßstäben sein.

Die wissenschaftliche »Logisierung des Rechts« ermögliche es zwar, beliebige Tatbestände »widerspruchsfrei juristisch zu ›konstruieren‹« (WG 493f.) und damit eine »zunehmende Berechenbarkeit des Funktionierens der Rechtspflege« (WG 505). Gleichzeitig aber werde mit steigender Abstraktheit der Normen »der Gegensatz gegen die materiale Rationalität... nur gesteigert«, denn »ethische Imperative« seien von »anderer qualitativer Dignität als logische Generalisierungen von abstrakten Sinndeutungen« und würden, wenn sie »auf die Entscheidung von Rechtsproblemen Einfluß haben sollen, ... den Formalismus... der logischen Abstraktion durchbrechen« (WG 397).

Warum steht nach Webers Auffassung die Abstraktheit der Rechtsnormen einem »Einfluß« ethischer Prinzipien auf das positive Recht entgegen? Er stellt zunächst fest, daß abstrakte »Begriffe gegenüber der konkreten Realität . . . relativ inhaltsleer sein müssen. « (WG 9) Mit voranschreitender Abstraktion ist es deshalb möglich, »außerordentlich verschiedene . . . Sachverhalte unter einem . . . Begriff unterzubringen« (WG 466). Dies wird zwangsläufig erkauft durch eine »zunehmende Entfernung von der ausnahmslos und überall nur konkret, individuell und in qualitativer Besonderung gegebenen . . . empirischen Wirklichkeit« (WL 5). Einer solchen »generalisierenden Abstraktion« (WL 3) kontrastiert Weber die Strategie einer individualisierenden Erkenntnis, d.h. einer »Erkenntnis der Wirklichkeit in ihrer ausnahmslos und überall vorhandenen qualitativ-charakteristischen Besonderung und Einmaligkeit« (WL 5). Das Ziel dieser individualisierenden Erkenntnis ist nicht die Bildung von abstrakten Gattungsbegriffen »mit stets größerem Umfang und deshalb stets kleinerem Inhalt« (ebd.). Es geht nicht um eine »zunehmende Eliminierung des . . . Individuellen« (WL 13) und eine »abstrahierende Zusammenfassung dessen, was mehreren konkreten Erscheinungen gemeinsam ist« (WL 193), sondern um den Kontakt mit »der Fülle der . . . stets individuell gearteten Wirklichkeit des Lebens« (WL 180) durch Bildung von Begriffen »mit stets größerem Inhalt und deshalb stets kleinerem Umfang« (WL 6). Eine Individualisierungsstrategie wird dort benötigt, »wo das Wesentliche, d.h. das für uns Wissenswerte an den Erscheinungen, nicht mit der Einordnung in ei-

nen Gattungsbegriff erschöpft ist, die konkrete Wirklichkeit als solche uns inter-

Moralische Werturteile setzen nun nach Weber eine Erkenntnis der Wirklichkeit nicht im Sinne einer sgeneralisierenden, sondern im Sinne einer solchen sindividualisierenden Erkenntnis voraus. Ist das »für uns Wissenswerte« an einem Sachverhalt, wie man ihn nach dem Maßstab moralischer Werte zu beurteilen hat, wäre es nach Weber grundsätzlich verfehlt, wenn man diejenigen seiner Merkmale und Eigenschaften heranzieht, die er mit anderen Sachverhalten als Element einer Klasse gemeinsam hat: »Ein aktuelles »Werturteile über ein konkretes Objekt oder die theoretische Aufstellung »möglicher« Wertbeziehungen desselben heißt doch nicht, daß ich dasselbe unter einen bestimmten Gattungsbegriff... subsumiere. Sondern das »Werturteile heißt: daß ich zu ihm in seiner konkreten Eigenart in bestimmter konkreter Art »Stellung nehme« (WL 252) Diese »Wertung des Objekts in seiner individuellen Eigenart« (WL 245) kann niemals das Ergebnis von »rationalistischen Deduktionen aus abstrakten Begriffen« sein (WG 657).

Die Auffassung, daß man die »individuelle Eigenart« eines »Objekts« durch seine Einordnung in bestimmte Klassen von Phänomenen nicht erfassen könne, ist aber unhaltbar. Es ist zwar zutreffend, daß man für die moralische Beurteilung etwa einer Person in der Regel eine Vielzahl von Merkmalen und Eigenschaften zu berücksichtigen hat. Sie mögen in ihrer speziellen Ausprägung und Konstellation möglicherweise auch nur auf dieses besondere Individuum zutreffen oder vielleicht sogar in historischen Dimensionen einzigartig sein. Daraus folgt aber nicht, daß man zur Charakterisierung dieser Person in ihrer »individuell gearteten Wirklichkeit« keine »abstrakten Gattungsbegriffe« verwenden darf. Denn die Subsumtion eines Gegenstandes unter Gattungsbegriffe bedeutet zwar in der Tat, daß dieser Gegenstand mit anderen Gegenständen gemeinsame Merkmale besitzt, aber sie bedeutet nicht, daß dieser Gegenstand nur unter einen Gattungsbegriff subsumiert werden kann bzw. nur einer Klasse von Gegenständen angehört. Um über eine Person und ihre Handlungsweisen moralisch urteilen zu können, ist es vielmehr möglich (und notwendig), eine vielleicht große Menge von Begriffen zu gebrauchen, mit deren Hilfe sich ihre moralisch relevanten Qualitäten umfassend beschreiben lassen. Ihre »konkrete Eigenart«, der man mit diesem ›individualisierenden Verfahren durchaus gerecht werden kann, besteht dann aber gerade darin, daß ihre Persönlichkeit durch eine spezifische Kombination von Allgemeinbegriffen zu charakterisieren ist.

Weber übersieht aber insbesondere, daß die *Bildung* von sinnvollen Gattungsbegriffen keine »streng formale« (WG 459) und »rein logische... Konstruktion« (WG 493) sein kann, sondern eine begriffliche Abstraktion muß – um nicht gänzlich ziellos und willkürlich zu sein – durch die Orientierung an bestimmten »materialen Zwecken der Begriffsbildung gesteuert sein. ²⁶ So wird man etwa unter mo-

essiert.« (ebd.)25

²⁵ Webers Auffassungen sind hier sehr stark durch Heinrich Rickert beeinflußt, vgl. Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Tübingen 1913, S. 185 ff., 274 ff. Eine ausgezeichnete Untersuchung zu Rickerts Einfluß auf Weber enthält das auch ansonsten herausragende Buch von Thomas Burger, Max Weber's Theory of Concept Formation, Durham 1976, S. 3 ff. Empfehlenswert zu diesem Punkt ist auch immer noch: Alexander von Schelting. Max Webers Wissenschaftslehre, Tübingen 1934, S. 220 ff.

²⁶ Das hat gerade Rickert, ausdrücklich bezogen auf die Jurisprudenz, festgestellt: »... durch rein logische Überlegungen, ohne Zuhilfenahme eines materialen Gesichtspunktes, (können) wesentliche von unwesentlichen Merkmalen nicht unterschieden werden. « Zur Lehre von der Definition, Tübingen 1915, S. 43.

ralischen Gesichtspunkten eben alle und nur diejenigen Merkmale gemeinsam unter einen Begriff fassen, durch die ein spezifisches moralisches Werturteil begründet ist. Das gleiche gilt für die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung: Die Willenserklärung ist z.B. nicht deshalb als definierendes Merkmal des Vertrages gewählt worden, weil etwa der in einer generalisierenden Wissenschaft »nie ruhende logische Zwang zur systematisierenden Unterordnung der . . . Allgemeinbegriffe unter andere, noch allgemeinere (WL 4) wirksam war, sondern weil man zu der Auffassung gekommen ist, daß genau dieses Merkmal der rechtlich »maßgebende Grund dafür ist, daß bei unterschiedlichsten Arten von Verträgen die rechtliche Bewertung und die rechtlichen Konsequenzen im Kern übereinstimmen.

Wird die rechtswissenschaftliche Abstraktion und induktive Generalisierung geleitet durch materiale Gesichtspunkte, dann ändert sich auch nichts an der materialen Adäquatheit der neu gebildeten Begriffe und der aus ihnen folgenden Normen. Weber selbst hat die »begriffliche Abstraktion« der juristischen Dogmatik durch folgende »teleologische« Fragestellung charakterisiert: »Wie muß der zu definierende Begriff X gedacht werden, damit alle diejenigen positiven Normen, welche jenen Begriff verwenden oder voraussetzen, widerspruchslos und sinnvoll, neben- und miteinander bestehen können?« (WL 87) Aber das juristische Sinnkriterium für solche Begriffsbildungen muß gerade darin bestehen, nur solche Merkmale zur Definition eines Begriffs heranzuziehen, die für die analoge rechtliche Bewertung unterschiedlicher Sachverhalte ausschlaggebend sind. Unter diesem Gesichtspunkt wird auch dem Grad der Abstraktion »sinnvolle« Grenzen gesetzt. Zunehmende Abstraktheit kann nicht Selbstzweck eines »logischen Zwangs zur systematisierenden Unterordnung« sein, denn trivialerweise lassen sich zwischen beliebigen Phänomenen immer sirgendwelchet gemeinsamen Merkmale finden. Weber hat sich polemisch gegen alle Angriffe auf eine autonome »rechtswissenschaftliche Methodik« und die Begriffsjurisprudenz zur Wehr gesetzt, weil er darin - nicht immer ganz zu Unrecht - einen Angriff auf eine objektive und berechenbare Rechtsfindung gesehen hat und den Versuch, die subjektive Eigenwertung und persönliche Dezision des Rechtsanwenders zum Maßstab des geltenden Rechts zu machen.27 Aber die Auffassung, daß die Anwendung des geltenden Rechts ein intersubjektiv kontrollierbarer und rationaler Vorgang sein muß, läßt sich durchaus mit der Auffassung vereinbaren, daß sie an materialen Prinzipien, Zwecken und Wertvorstellungen orientiert sein soll. Es müssen ja nicht die persönlichen Prinzipien. Zwecke und Wertvorstellungen des jeweiligen Rechtsanwenders sein, sondern es können die Prinzipien, Zwecke und Werte sein, die ihm durch eine Rechtsordnung und ihren Gesetzgeber vorgegeben sind.

Dieses Argument geht davon aus, daß Normen der Moral notwendig Begriffe enthalten müssen, die moralische Wertungen ausdrücken, wie jgute, sichlechte, verwerfliche, »Notlagee oder »Ausbeutunge. Die Bedeutung solcher Wertbegriffe lasse sich aber nicht wie die Bedeutung beschreibender Begriffe präzise und intersubjektiv verbindlich festlegen.²⁸

Der Auffassung, daß Wertbegriffe etwa in Gestalt sog, normativer Tatbestandsmerkmale sich in der Präzisierbarkeit ihrer Bedeutung wesentlich von deskriptiven Begriffen unterscheiden, kann man aber mit guten Gründen entgegentreten.29 Man muß zwischen der Tatsache unterscheiden, daß ein Wertbegriff einerseits zwar eine bestimmte Wertung ausdrücken soll (für die es keine objektiv verbindlichen Maßstäbe geben mag), andererseits aber auch deskriptiv bezeichnen kann, auf welchen empirischen Gegenstand sich diese Wertung bezieht. Wenn ich etwa von einer Person sage, daß sie sich in einer ›Notlage befindet, dann äußere ich damit zwar in der Regel eine subjektive Wertung. Gleichzeitig beziehe ich mich mit diesem Begriff aber offensichtlich auch auf einen empirisch beschreibbaren Zustand, in dem diese Person sich befindet. Sonst könnte ja niemand auch nur annähernd wissen, wovon ich rede, wenn ich von einer ›Notlage(spreche. Wertprädikate können demnach neben ihrer wertenden Komponente einen empirischen Gehalt haben - ganz so wie empirische Begriffe ohne wertenden Aspekt. Wenn man sich über die zugrundeliegenden Wertmaßstäbe einig ist, gibt es deshalb keinen Grund, warum man solche Begriffe in ihrer Bedeutung nicht genauso präzise festlegen könnte, wie andere Begriffe auch.

Trotzdem muß man Weber im Ergebnis in gewisser Hinsicht Recht geben. Orientiert man sich nämlich an dem Ideal der zu Webers Zeiten herrschenden Definitionslehre, dann sind die Ansprüche an begriffliche Präzision und Genauigkeit ungeheuer hoch. So fordert beispielsweise der philosophische Gewährsmann Webers, Heinrich Rickert, daß sich bei einem wissenschaftlich definierten Begriff mit absoluter Sicherheit und Notwendigkeit ersehen läßt, welche Objekte unter ihn subsumiert werden sollen, und der Wert der Definition als der Begrenzung beruht eben gerade darauf, daß sie den Geltungsbereich des Begriffs genau bestimmt«.30

Analysiert man nun die Bedeutung von Wertbegriffen wie etwa verwerfliche, herabsetzende, Ehree oder Kindeswohle, dann wird man Weber zustimmen müssen, daß in diesen Fällen eine neindeutige formale Herausarbeitung des Umfangs der

²⁷ Vgl. WG 503 ff.; Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik, Tübingen 1924, S. 476 ff.

²⁸ Vgl. WG 506 f., 512; WL 252 f.

²⁹ Vgl. zum folgenden Hans-Joachim Koch. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt 1979, S. 21 ff.: Maximilian Herberger, Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 124-154.

³⁰ Rickert (Anmerk. 26), S. 32.

Begriffe« (WG 564) tatsächlich fehlt und sich diese Begriffe einer exakten und vollständigen Definition zu entziehen scheinen. Zur Illustration dieser Tatsache seien die Ausführungen zitiert, die das OLG Köln zur Charakterisierung des Begriffs Ausbeutung gemacht hat: »Das Merkmal der Ausbeutung der Zwangslage bedeutet ... die bewußte Ausnutzung, den Mißbrauch der bedrängten Lage des anderen zur Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils.«31 Diese ›Definitions verwendet selber wiederum eine Anzahl von Wertbegriffen (>Ausnutzungs, Mißbrauche, bedrängte Lagee, bübermäßige), die ihrerseits ebenso klärungsbedürftig erscheinen wie der Begriff, der mit ihrer Hilfe definiert werden soll. Es zeigt sich, daß eine solche Definition also eher zu der Einordnung eines Begriffs in ein ganzes Netzwerke anderer Begriffe führt, anstatt zu der eindeutigen Aufzählung einer überschaubaren Anzahl notwendiger und hinreichender Merkmale.

Tatsächlich können wir aber das Ideal präziser, einfacher und vollständiger Definition weder bei den meisten Wertbegriffen noch bei den meisten empirischen Begriffen erreichen. 32 Die Wissenschaftstheorie hat uns darüber hinaus gezeigt, daß dieses Ideal auch und gerade für die Naturwissenschaften nicht gültig sein kann. Insbesondere die theoretischen Grundbegriffe dieser Wissenschaften sind häufig offenes Begriffe, die nur partiell und unvollständig definiert sind oder ihre Bedeutung nur sehr indirekt und vermittelt durch ihre Stellung in einer komplexen Theorie erhalten. Und man erkannte, daß gerade dieser scheinbare Mangel unverzichtbar für den Erfolg und den Fortschritt der Naturwissenschaften ist, weil nur so ihre Theorien flexibel und anpassungsfähig genug bleiben.33

Der Objektivität und intersubjektiven Kontrollierbarkeit der Naturwissenschaften steht dieses Phänomen offenbar nicht im Wege. Die Rechtswissenschaft hat also keinen Grund, das exemplarische Vorbild für wissenschaftliche Objektivität im Hinblick auf die Präzision ihrer Begriffe übertrumpfen zu wollen. Der von Weber zugrunde gelegte Maßstab ist einfach zu hoch.34

4.4 Das Argument der Wertabwägung

Grundlage einer moralischen Wertung sind nach diesem Argument immer eine Vielzahl von unterschiedlichen Wertgesichtspunkten. Wertabwägungene, Wertkonflikted und >Wertkompromissed seien unvermeidlich. Rechtsfolgen, die durch

31 NJW 1976, 120.

32 Vgl. z.B. Wilhelm K. Essler, Wissenschaftstheorie I, 2. Aufl., Freiburg/München 1982, S. 157 ff.

starre Regeln an fest umrissene Tatbestände gebunden sind, könnten deshalb der moralischen Würdigung eines konkreten Sachverhalts nicht entsprechen.35

Nach Webers düsteren Visionen sind wir in einer »ethisch irrationalen Welt« (WL 505) gefangen, die durch einen geradezu dämonischen und unaustragbaren Kampf zwischen den »Göttern« verschiedener moralischer Wertordnungen erschüttert wird. Deshalb gerate jede konkrete moralische Stellungnahme und Entscheidung notwendig zwischen die Fronten sich widersprechender moralischer Forderungen.36 Aber auch ohne diese Vision zu teilen, kann man Weber darin zustimmen, daß moralische Werturteile in vielen Fällen eine Abwägung zwischen unterschiedlichen Werten erfordern können.

Es ist deshalb eine mittlerweile häufiger geäußerte Ansicht, daß eine Rechtsordnung, die nur aus starren Regeln besteht, der moralischen Forderung nach einer Wertabwägung tatsächlich nicht gerecht werden kann.37 Eine Rechtsordnung bedarf nach dieser Ansicht der Ergänzung ihrer Regeln durch Prinzipiene, mit denen die für eine Rechtsordnung ausschlaggebenden Wertmaßstäbe festgelegt werden können. 38 Solche Prinzipien sind etwa in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland als Grundrechte formuliert. Prinzipiene unterscheiden sich in ihrer Struktur von Regeln unter anderem dadurch, daß sie keine Rechtsfolgen unter bestimmten empirischen Bedingungen zwingend vorschreiben, sondern Maßstäbe formulieren, mit denen empirische Sachverhalte rechtlich bewertet werden können. Prinzipien enthalten deshalb im Gegensatz zu Regeln keine definitive Verknüpfung zwischen Tatbeständen und rechtlichen Konsequenzen.

Prinzipien können in einer Rechtsordnung unterschiedliche Funktionen haben: Erstens als Rahmen für die als Regeln formulierten Rechtsnormen. Diese Regeln können deshalb selbst bereits das Ergebnis von Wertabwägungen und Wertkompromissen sein.

Zweitens als unmittelbare Prämissen der Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber von der Rechtsprechung ausdrücklich eine individualisierende Wertabwägung verlangt. Beispielsweise bei der Konkretisierung von Generalklauseln.

Drittens als Maßstäbe für eine wertadäquate Gesetzesauslegung und Rechtsfort-

Viertens schließlich kann auf ihrer Grundlage die Geltung von einzelnen als Regeln formulierten Rechtsnormen aufgehoben oder durch Ausnahmeklauseln eingeschränkt werden, wenn diese Normen generell oder in Einzelfällen einer Wertabwägung grob widersprechen.

Eine Rechtsordnung, die in dieser Weise aus Regeln und Prinzipien besteht, läßt also für Wertabwägungen und Wertkompromisse durchaus Raum. Auch in diesem

36 Vgl. WL 603 ff.; POL 549 ff.

38 Zum folgenden Alexy (Anmerk. 37), S. 71 ff., 473 ff.

³³ Vgl. Wolfgang Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie. Band II, 1. Halbband, Berlin u.a. 1973, S. 213 ff., 293 ff.; 2. Halbband, 1973, S. 27 ff.; 3. Teilband, 1986, S. 19 ff.

³⁴ Darüber hinaus zieht Weber die Möglichkeit einer methodisch kontrollierten Auslegung unbestimmter Begriffe nicht in Betracht; vgl. dazu Koch (Anmerk. 29), S. 75 ff.

³⁵ Vgl. WG 507 ff.; WL 505 ff.; 603 ff.; POL 549 ff.

³⁷ Zur neueren Diskussion vgl. vor allem Dworkin (Anmerk. 17); Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1985; Bydlinski (Anmerk. 17).

Fall muß man Weber allerdings zustimmen, daß damit die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsfindung in einem gewissen Maß abnimmt, da sie nicht mehr allein durch starre Regeln determiniert wird.

Aber auch hier ist ein Vergleich mit anderen Wissenschaften nützlich. Das Problem einer neuen und damit bis zu einem gewissen Grade offenen Wertabwägung tritt in der Rechtsfindung nur bei schwierigen und neuen Fällen auf, die von den bestehenden Regeln und der bisherigen Rechtsprechung nicht oder nur unbefriedigend erfaßt werden. Man denke nun aber etwa an den medizinischen Experten, der einen bisher unbekannten und komplizierten Krankheitsfall zu diagnostizieren hat. Es ist eine Illusion, daß es für eine solche Situation eindeutige und zwingende Regeln geben kann, die einen sicheren Weg zu einer wissenschaftlich objektiven Diagnose ermöglichen. Trotzdem zweifelt niemand daran, daß ein Experte auch unter solchen Bedingungen seiner wissenschaftlichen Kompetenz und Rationalität folgt und nicht blinder Willkür und unkontrollierbarer subjektiver Eingebung.³⁹

Wir sollten deshalb erneut die Frage stellen, ob für die Rechtswissenschaft ein höherer Objektivitätsstandard gelten muß als für die Naturwissenschaft. Ein positives Recht, das sowohl Prinzipien als auch Regeln enthält, sichert für den Normalfall eine berechenbare und vorhersehbare Rechtsanwendung. Es ermöglicht aber auch eine methodisch kontrollierte Entscheidung von neuen und schwierigen Fällen.⁴⁰

4.5 Das Argument der Folgenorientierung

Dem fünften Argument Webers liegt die schon von Aristoteles formulierte Annahme zugrunde, daß die Befolgung von Regeln zwar für den Durchschnitt oder die Mehrzahl der Fälle gute Folgen nach sich ziehen kann, daß es aber immer wieder Ausnahmefälle geben wird, in denen das nicht zutrifft.⁴¹ Zumindest auf der Grundlage einer »Verantwortungsethik«⁴² sei man jedoch moralisch verpflichtet, ausschließlich die Handlung mit den besten Folgen auszuführen. Rechtsnormen mit der Struktur konditionaler Regeln schreiben aber richterliche Entscheidungen gerade unter Absehung von den jeweiligen Folgen der Entscheidung vor.⁴³

39 Zur wissenschaftstheoretischen Analyse der medizinischen Diagnose vgl. Hartmut Kliemt, Grundzüge der Wissenschaftstheorie, Stuttgart/New York 1986, S. 125 ff.

Jeder kann leicht suggestive Beispiele nennen, die diese Annahme zu stützen scheinen: Die Bestrafung eines geringfügigen Delikts, durch die das Leben des Täters und seiner gesamten Familie ruiniert wird. Die Bestrafung für die Tötung eines Peinigers, der seiner Frau und seinen Kindern das Leben jahrelang zur Hölle gemacht hat. Der Zwang zur Bezahlung hoch verzinster Schulden, die dem verarmten Schuldner die Existenzgrundlage raubt, während es für die große Bank als Gläubiger um eine Lappalie geht.

In der Tat scheint die moralische Forderung, diejenigen Handlungen auszuführen, die jeweils die besten Folgen nach sich ziehen, offenkundig unvereinbar zu sein mit einer Orientierung des juristischen Entscheidens an konditionalen Regeln; denn hier wird es dem Entscheider ja ausdrücklich verwehrt, die Folgen seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Der moralischen Forderung einer Berücksichtigung der Handlungsfolgen scheint man dagegen nur dadurch gerecht werden zu können, daß man eine Strategie der Folgenmaximierung im Einzelfall verfolgt, d.h. für jeden Einzelfall aufs Neue analysiert, welche Handlung zu den besten Folgen führen wird.

Als Grund dafür, daß das Recht diesen moralischen Anforderungen nicht genügen kann, werden oft im weiteren Sinn pragmatische Argumente angeführt, wie die Notwendigkeit einer Reduktion von Komplexitäte, die Überforderung der Richter, das Problem der Entscheidungskosten, der persönlichen Zuverlässigkeit, des mangelnden Wissens und das Fehlerrisiko. Pragmatische Überlegungen dieser Art haben nun bei der Frage, ob Menschen sich in ihren Handlungen und Entscheidungen an Regeln orientieren sollen, sicherlich einen erheblichen Stellenwert. Doch neben solchen pragmatischen Aspekten gibt es noch tiefergehende Gründe, die gerade auch von dem verantwortungsethischene Standpunkt einer folgenorientierten Moral aus eine strikte Einzelfallorientierung als fragwürdig erscheinen lassen.⁴⁴

Man kann sich die grundlegende Problematik schon an einem einfachen Beispiel leicht klarmachen: Ein Diebstahl mag in den meisten Fällen überwiegend schädliche Folgen haben. Mit Sicherheit gibt es aber auch Fälle, in denen der Nutzen, der den durch einen Diebstahl begünstigten Personen erwächst, ungleich größer ist als der Schaden, der dem Bestohlenen entsteht. Man denke etwa an einen Einbruch in die kaum genutzte Ferienvilla eines vielfachen Millionärs, der den Verlust der gestohlenen Sache kaum bemerken würde, während der Dieb dagegen mit dem Erlös eine Ausbildung seines begabten Sohnes finanzieren kann. Das Eigentum als Institution einer Gesellschaft ist in seinem Bestand sicher nicht gefährdet,

⁴⁰ Auf die Möglichkeit einer rational begründbaren Auslegung geht Weber auch in diesem Zusammenhang nicht ein, vgl. im Hinblick auf die Auslegung von Prinzipien Alexy (Anmerk. 37), S. 498 ff.; Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 97 ff. 244 ff.

⁴¹ Vgl. Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, 5. Buch, 14. Abschnitt.

⁴² Vgl. POL 549 ff.

⁴³ Vgl. WG 389, 397, 470, 486.

⁴⁴ Zum folgenden vgl. John Rawls. Zwei Regelbegriffe, in: O. Höffe (Hrsg.), Einführung in die utilitarische Ethik, München 1975, S. 96-120; Norbert Hoerster, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, 2. Aufl., Freiburg/München 1977, S. 20 ff., 108 ff.; Brennan/Buchanan (Anmerk. 23), S. 1 ff., 67 ff.; Hartmut Kliemt, The Reason of Rules, and the Rule of Reason, in: Critica 1987. S. 43-86; Richard A. Wasserstrom, The Judicial Decision, Stanford 1961, S. 118 ff., 138 ff., 172 ff.

wenn ein einzelner Diebstahl ungesühnt bleibt. Eine strikte Einzelfallorientierung in der moralischen Bewertung der zu erwartenden Folgen scheint deshalb in solchen Konstellationen eine Entscheidung zugunsten des Diebes zu fordern.

Nun ist aber unmittelbar einleuchtend, daß durchaus erhebliche Schäden für die Institution des Eigentums und damit für alle Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft entstehen können, wenn jedermann weiß, daß die Rechtswidrigkeit eines Diebstahls immer von solchen Opportunitätsüberlegungen des Einzelfalls abhängig gemacht wird: Gewalttätige Auseinandersetzungen und Selbstjustiz könnten zunehmen, erhebliche Ressourcen würden zum Schutz des Eigentums investiert, anstatt einer produktiven Verwendung zugeführt zu werden usw.45 Der entstehende Schaden kann dann sogar für jene Personen am größten sein, die von der Einzelfallabwägung gerade am meisten profitieren sollten: nämlich für die wirtschaftlich Schwachen. Wenn der allgemeine produktive Reichtum der Gesellschaft fühlbar sinkt, werden auch sie auf dem Wege der Umverteilung - mit welchen Mitteln diese auch immer vorgenommen wird - weniger oder nichts erhalten. Die Tatsache, daß die Folgen einer Handlung oder Entscheidung im Einzelfall marginal und bedeutungslos bleiben, heißt eben nicht, daß sie auch dann marginal und bedeutungslos bleiben müssen, wenn solche Handlungen Teil einer regelmäßigen Praxis sind.

Moral und rationale Folgenmaximierung im Einzelfall würden unter solchen Bedingungen also zu Konsequenzen führen, die vom Standpunkt der Moral und rationalen Folgenmaximierung gerade abzulehnen sind. Dieses Ergebnis ist bei der Strategie einzelfallbezogenen Entscheidens aber unausweichlich. Gerade eine folgenorientierte Moral wird deshalb unter diesen Voraussetzungen nach Normen verlangen, durch die bestimmte Güter generell geschützt werden und die eine bestimmte (Rechts-)Folge bei Vorliegen bestimmter Bedingungen definitiv vorschreiben. Die moralisch wünschenswerten Folgen ergeben sich dann aus der Existenz und Wirksamkeit dieser Normen selbst, aus der Tatsache, daß jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft sicher sein kann, daß persönliche Rechte auch dann nicht geopfert werden, wenn dies im Einzelfall nützliche Konsequenzen hätte. Eine Rechtsordnung ist für die Verwirklichung moralischer Werte demnach weniger auf einen salomonischen Richter als vielmehr auf einen salomonischen Gesetzgeber angewiesen.

Die Einsicht, daß die Geltung strikter Regeln und eine verantwortungsethischer Folgenorientierung keineswegs zwangsläufig in einen Gegensatz geraten müssen, kann im übrigen auch die für viele Rechtsphilosophen anstößigen Vorgänge auf einer wohlbekannten Insel in einem anderen Licht erscheinen lassen. Jeder kennt

Immanuel Kants Forderung, daß auch in einer Gesellschaft, deren Mitglieder sich in alle Welt zerstreuen werden, der letzte im Gefängnis befindliche Rechtsbrecher noch bestraft werden muß. Das wird gemeinhin als besonders krasses Beispiel für eine um Folgen unbekümmerte, zweckfreie Vergeltungsstrafe betrachtet. Und in der Tat: Von einem Standpunkt folgenorientierter Moral erscheint es zunächst gänzlich irrational, die Strafe an den Rechtsbrechern der letzten Stunde noch zu vollziehen. Diese Strafe kann offenbar keine nützlichen Konsequenzen mehr haben.

Wenn nun aber eine Bestrafung der Rechtsbrecher der letzten Stunde unter diesem Gesichtspunkt irrational ist, dann trifft dies auch auf die Bestrafung der Rechtsbrecher der vorletzten Stunde zu. Denn die potentiellen Rechtsbrecher der letzten Stunde wird eine solche Strafe nicht mehr beeinflussen können: sie wissen ja bereits, daß sie jedenfalls nicht mehr bestraft werden. Ist aber die Bestrafung der Rechtsbrecher der vorletzten Stunde präventiv irrational, dann trifft dies auch auf die Bestrafung der Rechtsbrecher der vor-vorletzten Stunde zu usf.

Das paradox erscheinende Ergebnis ist: Sobald eine Gemeinschaft weiß, daß sie sich eines Tages auflösen wird - und sei es in weiter Zukunft - hätte es unter dem Gesichtspunkt einer einzelfallorientierten Folgenabwägung ab sofort keinen Sinn mehr, überhaupt noch jemanden zu bestrafen! Das System würde sozusagen vom Ende her abbröckeln. Die Folgen einer strikten Orientierung an einer Strafnorm wären also auch hier besser als eine Strategie strikter Einzelfallabwägung. Der Vertreter einer folgenorientierten Moral müßte zähneknirschend mit Kant darin übereinstimmen, auch an jenem letzten Tage jedermann noch das widerfahren zu lassen, was seine Taten wert sind.

5. Zusammenfassung

Die fünf Argumente Webers für eine grundsätzliche Unvereinbarkeit von Recht und Moral in der modernen Gesellschaft sind nicht stark genug, um eine inhaltliche Trennungsthese zu begründen. Einen dramatischen Gegensatz zwischen formaler und materialer Rationalität des Rechts muß man dann nicht annehmen, wenn man die moralische Legitimität einer Rechtsordnung als Institution nicht vorschnell mit der moralischen Rechtfertigung ihrer einzelnen Normen gleichsetzt, eine rationale rechtswissenschaftliche Methode von bloßer formal-logischer Konstruktion abgrenzt, von einem vernünftigen und realistischen Ideal von Rationalität und Objektivität ausgeht und wenn man einsieht, daß auch eine folgenorientierte Moral nicht auf eine Bindung an berechenbare Regeln verzichten kann. Eine Rechtsordnung, deren Ausgestaltung moralische Werte und Prinzipien zugrundeliegen, kann deshalb ein hohes Maß an Rationalität und Objektivität er-

⁴⁵ Vgl. James M. Buchanan, Die Grenzen der Freiheit, Tübingen 1984, S. 76 ff.

⁴⁶ Dies hat bereits David Hume klar erkannt: »Der öffentliche Nutzen verlangt, daß Besitzverhältnisse durch allgemeine, unveränderte Regeln bestimmt werden. « Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral, Stuttgart 1984, S. 238; vgl. auch John Lesli Mackie, Can There be a Right-Based Moral Theory? in: Midwest Studies in Philosophy 1978, S. 350-359.

möglichen, ohne daß deshalb ihre moralischen Qualitäten in Gefahr geraten. Auf Gewißheit müssen wir im Recht - ebenso wie in vielen anderen Bereichen, in denen wir uns mit der Welt und nicht nur mit Gedanken auseinandersetzen - allerdings verzichten.

Ist meine Kritik an Webers Trennungsthese zutreffend, dann wird damit aber auch die grundlegende Annahme von Weber in Frage gestellt, daß eine formal rationale Rechtsordnung vor allem einer kapitalistischen Wirtschaftsweise zugute kommt. Wenn das Interesse an einem berechenbaren und kalkulierbaren Recht mit dem Interesse an materialer Gerechtigkeit nicht notwendig in Konflikt kommen muß, dann spricht viel dafür, daß eine formal rationale Rechtsordnung nicht nur Partikularinteressen dient, sondern im Interesse aller Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft ist. Webers Theorie des modernen Rechts hätte dann einen weitaus größeren Anwendungsbereich, als er es selbst für möglich gehalten hat. Folgende – gerade für die Grundprinzipien eines Rechtsstaates beunruhigende – Auffassung wäre widerlegt:

»Insbesondere ist den besitzlosen Massen mit einer formalen ›Rechtsgleichheite und einer »kalkulierbaren« Rechtsfindung und Verwaltung, wie sie die ›bürgerlichen Interessen fordern, nicht gedient. Für sie haben naturgemäß Recht und Verwaltung im Dienst des Ausgleichs der ökonomischen und sozialen Lebenschancen gegenüber den Besitzenden zu stehen, und diese Funktion können sie allerdings nur dann versehen, wenn sie weitgehend einen unformalen, weil inhaltlich vethischen (›Kadic-)Charakter annehmen.« (WG 565)

Summary

In Weber's opinion modern western society is distinguished by a high measure of »formal rationality«. This means its institutions function in a calculable and predictable manner, state rule is by and large free of arbitrary use of power and personal dependency, science and technology make possible an efficient production of goods on a large scale and economic trade is not dictated by blind and short-term striving for profit but rather oriented towards sober, long-term economic profitability. A necessary component of this society is in addition a »formally rational« legal order. In such a legal order, the identification of valid legal norms, their application to individual cases as well as their effective enforcement and their alteration is a calculable and predictable process. But in this formal rationalization of law Weber sees the reason for the incompatability of modern law and morality. The increasing variability, objective predictability and calculability of law, its high degree of abstractness and conceptual precision must necessarily be detrimental to the ideals of moral and justice. In particular five arguments to substantiate this opinion can be found in Weber's writings. These arguments are discussed with the result that they in fact cannot prove the irreconcilability of law and morality in modern society.