

Northumbria Research Link

Citation: Kotsoglou, Kyriakos (2014) Subsumtionsautomat 2.0 Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung. JuristenZeitung, 69 (9). pp. 451-457. ISSN 0022-6882

Published by: Mohr Siebeck

URL: <https://doi.org/10.1628/002268814x13940152210984>
<<https://doi.org/10.1628/002268814x13940152210984>>

This version was downloaded from Northumbria Research Link:
<http://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/42217/>

Northumbria University has developed Northumbria Research Link (NRL) to enable users to access the University's research output. Copyright © and moral rights for items on NRL are retained by the individual author(s) and/or other copyright owners. Single copies of full items can be reproduced, displayed or performed, and given to third parties in any format or medium for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge, provided the authors, title and full bibliographic details are given, as well as a hyperlink and/or URL to the original metadata page. The content must not be changed in any way. Full items must not be sold commercially in any format or medium without formal permission of the copyright holder. The full policy is available online: <http://nrl.northumbria.ac.uk/policies.html>

This document may differ from the final, published version of the research and has been made available online in accordance with publisher policies. To read and/or cite from the published version of the research, please visit the publisher's website (a subscription may be required.)

Kyriakos N. Kotsoglou, LL.M. (Athen), Freiburg i. Br.*

Subsumtionsautomat 2.0

Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung**

Der folgende Beitrag befasst sich mit einem in jüngster Zeit unternommenen Versuch, der Vision einer computergestützten, automatisierten Rechtserzeugung Gestalt zu geben. Der Versuch ist schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt. Die Bewältigung sozialer Konflikte mittels Recht kann nur durch nicht algorithmisch operierende juristische Akteure erfolgen.

I. Recht in der Krise

1. Rechtsinformatik als Therapieangebot

Intradisziplinarität ist seit 2012 nicht nur ein Modewort. Nach dem ersten Bericht des Wissenschaftsrates zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“¹ kann und soll die Rede von einer „Empfehlung“, ja von einem Warnsignal sein. „Rechtswissenschaftler sind viel zu viel mit sich selbst beschäftigt“ – so könnte die Diagnose des Berichts lauten. Eines der Hauptpetita des Wissenschaftsrates war also die „Strukturveränderung“ der Rechtswissenschaft,² eine „Akzentverschiebung“ weg von einem spezialistischen Anwendungswissen hin zu einem fachübergreifenden Wissen, unter anderem durch „Stärkung der Grundlagenfächer“ und „Öffnung der Rechtswissenschaft in das Wissenschaftssystem“.³

Dieses Ideal verkörpert seit längerer Zeit die Rechtsinformatik, nämlich die Disziplin, die „die Beziehung zwischen Informatik und Recht sowie deren Voraussetzungen und Folgen“ untersucht.⁴ Denn die sogenannte digitale Revolution bzw. das digitale Zeitalter stellen insbesondere die Rechtswissenschaft vor neue Herausforderungen. Die Verf. des im Mittelpunkt dieses Beitrags stehenden Buches machen ein besonders zu begrüßendes Therapieangebot, indem sie versuchen, just diese Akzentverschiebung zu bewerkstelligen, denn bei „Recht ex machina“ – so der Titel – handelt es sich zweifellos um ein Hybrid. Fünf Autoren aus dem Bereich der Wissenschaft (Oliver Raabe und Richard Wacker: Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht, Karlsruher Institut für Technologie), der Wirtschaft (Daniel Oberle und Christian Baumann: SAP Research) und der Verwaltung (Christian Funk: Sächsisches Ministerium der Justiz) haben ihre Kräfte vereint, um ein voraussetzungsvolles und heikles Problem im Schnittpunkt zwischen Rechtswissenschaft und Informatik zu behandeln.

* Der Autor ist akademischer Mitarbeiter des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie (Professor Dr. Matthias Jestaedt) am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg i. Br.

** Zugleich Rezension von: Oliver Raabe/Richard Wacker/Daniel Oberle/Christian Baumann/Christian Funk: *Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste.* – Berlin/Heidelberg, Springer 2012. 439 S.; geb.: 59,95 €. ISBN 978-3-642-176708.

1 Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Drs. 2558–12, Hamburg 09–11–2012; dazu siehe die Stellungnahmen von Stefan Grundmann, Thomas Gutmann, Christian Hillgruber, Stephan Lorenz, Stephan Rixen und Michael Stolleis in JZ 2013, 693–713.

2 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 7, insb. S. 36–38.

3 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 7, näher S. 40f.

4 Wilhelm Steinmüller, *EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik*, JA-Sonderhefte, Bd. 6 (1970), S. 5 et passim.

Der Titel vermag die Aufmerksamkeit des juristischen Lesers reflexartig zu wecken. Der Titel „Recht ex machina“ ist offenkundig eine Anspielung auf ein theatertechnisches Phänomen, nämlich auf die (rettende) Vorrichtung des antiken Theaters (gr.: *ἀπό μηχανῆς θεός*, lat.: *deus ex machina*), welche die Götter auf die Bühne brachte, damit sie Konflikte beenden bzw. persönliche oder politische Krisen lösen konnten. Und tatsächlich ist die Rechtswissenschaft in eine schwierige Situation – ja, Krise – geraten. Nicht nur wird ihr (wohl) traditionell der Wissenschaftscharakter abgesprochen;⁵ vielmehr sind wir weit davon entfernt, zentrale Fragen der Rechtswissenschaft treffend zu formulieren, geschweige denn zu beantworten. Nicht ohne Grund moniert etwa Michael Pawlik, dass es der Strafrechtsdogmatik nicht gelungen ist, sich Klarheit selbst über ihre Hauptprobleme zu verschaffen, so dass jeglicher Erkenntnisfortschritt „weitgehend ausgeschlossen bleibt“.⁶ Dieser Befund betrifft m. E. nicht nur ein Teilgebiet der Rechtswissenschaft, sondern lässt sich verallgemeinern. Denn kein Geringerer als H.L.A. Hart bemerkt, dass die wohl zentrale Frage, die man uns Rechtswissenschaftlern stellen sollte, nämlich „Was ist Recht?“, noch nicht befriedigend beantwortet werden konnte.⁷ Den Preis dafür bezahlt (wie so oft) der Bürger/Rechtsadressat. Und das, obwohl, wie Bendix bereits im Jahre 1914 feststellt, „die Herbeiführung einer den Lebensverhältnissen möglichst angemessenen Rechtssicherheit“ das gemeinschaftliche Ziel verschiedenster Denkrichtungen ist.⁸

2. Das Recht in Zeiten des Internets der Dienste

Die Verf. wollen eine Zäsur setzen. „Das Internet der Dienste soll diese Situation ändern“, damit der (unsichere) Umgang des Rechtsadressaten mit dem Recht als Konsum eines konkreten Dienstes gestaltet werden kann und damit „er [der Nutzer/Rechtsadressat, K.K.] dessen Abläufe durch automatisierte Rechtsfolgernermittlung rechtlich absichert“ (beide Zitate: S. 191). Einerseits handelt es sich bei diesem Vorhaben um eine Herkulesaufgabe. Andererseits sind die Erfolgsaussichten eines solchen Unternehmens keineswegs vernachlässigbar, da die induktive Basis dafür als alles andere als schmal bezeichnet werden kann. So wurde etwa die Psychologie enorm von der Künstlichen Intelligenz (im Folgenden: KI) beeinflusst. Die kognitive Wende, die den Behaviorismus zu Fall brachte und das heute herrschende Modell der Kognitiven Psychologie etablierte, beruht teilweise auf dem Begriffsapparat und den Konzepten der KI, um Probleme der menschlichen Intelligenz reformulieren und rekonzeptualisieren zu können.⁹ Die Annahme, dass „unser Denken im Wesentlichen durch den Erwerb der Sprache programmiert

5 Pars pro toto Julius von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848.

6 Michael Pawlik, *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 262.

7 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, S. 1.

8 Ludwig Bendix, *Das Problem der Rechtssicherheit*, 1914, S. 1.

9 Einführend dazu John R. Anderson, *Cognitive Psychology and its Implications*, 7. Aufl. 2010, Kap. 1.

wird“,¹⁰ da wir erst mithilfe der Sprache phänomenale Erscheinungen begrifflich artikulieren und strukturieren können, legt den Schluss nahe, dass auch die *Rechtssprache* unser *Rechtsdenken* programmiert. Es liegt also auf der Hand, dass immer dann, wenn es um Programmierung geht, (Rechts-) Informatiker in einer viel besseren Ausgangsposition sind als traditionelle Juristen. Vielleicht wäre es also doch möglich, mithilfe von Software – welche den Autoren zufolge als „programmierter Regelungsmechanismus beziehungsweise programmierte Institution“ (S. 3) aufzufassen ist und „faktische Regelwirkung entfaltet“ (S. 4) – den heiligen Gral der Rechtswissenschaft zu finden: durch die Formalisierung des Rechts eine „Komplexitätsreduktion der Rechtsprüfung“ (S. 5) und wiederum vollständige Rechtssicherheit herbeizuführen. Mit anderen Worten: Die Verf. vermögen nicht einzusehen, weshalb die Wirkung der Informatik allein an so banalen Dingen wie Textverarbeitung, Tabellenkalkulation bzw. Wissensorganisation, Suchtechnologien und generell PC-Anwendungen im juristischen Alltag hängen sollte. Ihnen geht es um Alles. Und darunter soll man die automatisierte juristische Entscheidungsfindung sowie das kognitive Monopol des Menschen beim Treffen von Entscheidungen (als einer regel-geleiteten Tätigkeit) verstehen.

Die Verf. sind sich darüber im Klaren, worauf sie sich einlassen. Damit „die automatisierte Ermittlung von konkreten, gesetzlich angeordneten Pflichten den Prozess der Rechtsfolgenermittlung durch de[n] Juristen“ (S. 9) substituieren kann, muss man eine hohe – wie sich zeigen wird sogar unüberwindliche – Hürde nehmen: Man hat die natürliche Sprache, von der die *Rechtssprache* ein Teil ist, vollständig zu formalisieren. „Den Arbeiten liegt die Prämisse zugrunde, dass die automatisierte Ermittlung von Rechtsfolgen und mithin die Übertragung des durch den Juristen geleisteten Subsumtionsvorganges kein Problem der Logik, sondern der Semantik darstellt“ (S. 6). Es soll also überprüft werden, ob „Recht ex machina“ dieser Aufgabe gewachsen ist.

II. Der logische Vorgang der Subsumtion

1. Subsumtion als Schnittbereich zwischen Rechtswissenschaft und Logik

Die im ersten Teil (Kap. 1 und 2) des Buches angekündigten Ziele setzen eine Standardisierung und maschinenlesbare Beschreibung des Rechts voraus (S. 33), damit rechtliche Dienstleistungen im „Internet der Dienste“ wie sonstige Güter elektronisch gehandelt werden können. Nicht nur etwa Telekommunikationsrecht, Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Urheberrecht oder Datenschutzrecht, sondern auch „das sonstige anwendbare Recht“ könnten von dieser Automatisierung profitieren. In einer Welt voller Risiken, unsicherer Rechtslagen und Irrwege scheint das eine durchaus sympathische Idee zu sein. Es wäre ja auch, so implizit die Verf., schade, wenn die so aufgefasste Rechtsinformatik den Zug der „zunehmenden Industrialisierung des Dienstleistungssektors“ (S. 35) – dessen Wachstumsraten ausgesprochen überdurchschnittlich seien (S. 35, Abb. 3.1 und 3.2) – verpasste. Die Tatsache, dass „für die Sicherung der Rechtskonformität im Internet der Dienste noch keine standardisierten Prozesse oder automatisierte Unterstützung verfügbar sind“ (S. 49), stellt einen zuverlässigen Indikator für eine Marktlücke dar, welche die Verf. schließen wollen.

In den Kapiteln 4 bis 6 wird die Vorgehensweise der Verf. konkreter, denn sie wollen an der „Subsumtion“ den Hebel ansetzen. Die juristische Dienstleistung könne automatisiert werden, indem der Vorgang der Subsumtion automatisiert wird (S. 53). Im Anschluss an *Karl Larenz'* Methodenlehre,¹¹ auf die die Verf. ausschließlich abstellen, verstehen sie unter Subsumtion ein Schlussverfahren, das aus der Relation zwischen einem Obersatz (entscheidungsrelevante Norm) und einem Untersatz (Sachverhalt) einen Schlusssatz (Rechtsfolge) formuliert (vgl. S. 55; *Larenz*, S. 271). Die Subsumtion lässt sich also, so *Larenz* und im Anschluss an ihn die Verf., so darstellen:

1. $T \rightarrow R$ (T = Tatbestand, R = Rechtsfolge)
2. $S = T$ (S = Sachverhalt)
3. $S \rightarrow R$

2. Nochmals über den Justizsyllogismus

Der Vorgang der juristischen Subsumtion ist, so die Verf., der Schlüssel zur Formalisierung des Rechts. Der logische Charakter der Subsumtion, der ihr den Namen „Justizsyllogismus“ verleiht, vermöge also die Rechtssicherheit durch reproduzierbare und in diesem Sinne „standardisierte“ Rechtsanwendung zu garantieren. Die laut Art. 20 Abs. 3 GG gebotene Gesetzesbindung könne also erst durch (logische) Deduzierbarkeit realisiert werden. Vier Bemerkungen seien dazu gestattet.

Erstens: Das Modell des klassischen Justizsyllogismus ist jahrzehntelang Gegenstand heftiger Kritik gewesen. Es geht mir allerdings hier nicht um die Diagnose, die sogenannte „klassische Methodenlehre“ sei an ihren Idealisierungen gestorben¹² (deren Richtigkeit hier dahinstehen mag). Wichtiger scheint mir, dass *Larenz* selbst – mit welchem die Verf. sich – wie schon bemerkt – ausschließlich beschäftigt haben – diese Art von Interpretation (Formalisierung des Rechts) ausdrücklich kritisiert und abgelehnt hat. Er schreibt auf eine unmissverständliche Weise: „Der Verstehensprozeß verläuft also nicht lediglich in *einer* Richtung ‚linear‘, wie ein mathematischer Beweis oder eine logische Schlusskette, sondern in Wechselschritten“.¹³

Zweitens: *Larenz* verwendet für „das logische Schema der Gesetzesanwendung“ das logische Zeichen der Implikation („ \rightarrow “).¹⁴ Betrachten wir die Wahrheitswerte des – so formalisierten – Justizsyllogismus:

T	R	$T \rightarrow R$
w	w	W
w	f	F
f	w	W
f	f	W

Greifen wir nun aus dieser Wahrheitswerttafel zwei Relationen heraus. Die erste Zeile (T=w, R=w) besagt etwa: Wenn jemand, der ein Mörder ist (genauer: jemand, der des Mordes überführt wurde), verurteilt wird, dann handelt es sich dabei um eine gültige Relation. Das stimmt mit der Norm überein,

¹¹ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991.

¹² *Ulfrid Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 32 (2001), 239–255.

¹³ *Larenz* (Fn. 11), S. 207.

¹⁴ *Larenz* (Fn. 11), S. 271.

¹⁰ *John R. Hofstätter*, Zum Begriff der Intelligenz, in: *Psychologische Rundschau* 17 (1966), 229, 236f.

der zufolge Mörder bestraft werden sollen. Soweit, so gut. Die dritte Relation besagt allerdings: Wenn jemand, der des Mordes nicht überführt wurde, bestraft wird, dann handelt es sich ebenso um eine in diesem System beweisbare (d.i. gültige) Relation! Das ist allerdings nicht nur paradox, sondern auch aus semantischen Gründen inakzeptabel. Die deduktive Maschinerie des Konditionalsatzes stellt Konklusionen her, die die Autoren selbst ausdrücklich nicht akzeptieren (siehe etwa S. 173). Sobald wir also die logischen Relationen in die natürliche Semantik rückübersetzen, sehen wir uns vor folgendes Dilemma gestellt: Entweder täuschen wir uns über die Bedeutung etwa des Mordtatbestandes oder wir lassen eine Interpretation bzw. Auslegung der Normen zu, die unser Verständnis dessen, worin ein Rechtsstaat besteht, sprengt.¹⁵ Es braucht hier nicht näher erläutert zu werden, dass Letzteres der Fall ist. Ließe ein Normensystem zu, dass ein des Mordes nicht überführter Täter verurteilt werden darf, so erlitten wir einen Kommunikationszusammenbruch. Der Grund dafür ist, dass gewisse Vorannahmen, auf welchen diese Debatte sowie unser Sprachverständnis beruht, bezweifelt würden.

Hier soll allerdings mit einem Missverständnis aufgeräumt werden. *Larenz* behandelt m.E. den Justizsyllogismus nur als *didaktisches* Mittel. Allzu hohe Ansprüche an Logik und Theorizität stellt er nicht. Er bedient sich zwar bei seinem klassischen Werk des Implikators („→“), aber das, was er meint, ist etwas völlig anderes. Denn er schreibt: „Wir haben früher gesehen, daß ein vollständiger Rechtssatz seinem logischen Sinne nach besagt: *Immer wenn* der Tatbestand T in einem konkreten Sachverhalt S verwirklicht ist, gilt für S die Rechtsfolge R.“¹⁶ Die Worte „immer wenn“ sind also ein klarer Hinweis – wenn überhaupt – auf ein bikonditionales Verhältnis („↔“). Die Verf. nehmen also *Larenz* „bei der Formel“, obwohl sie ihn „beim Wort“ hätten nehmen sollen.

3. Sind Normen wahrheitsfähig?

Drittens: In der Rechtswissenschaft haben wir es mit Normen zu tun – nicht mit Aussagen (Wahrheitswertträgern). „Die von der Rechtswissenschaft zu formulierenden Rechtssätze können nur Soll-Sätze sein.“¹⁷ Die Modi, mit welchen Juristen operieren, sind deontisch (Gebot, Verbot, Erlaubnis) und nicht alethisch (Notwendigkeit, Möglichkeit, Kontingenz). Der Versuch, Normen mithilfe der formalen (Aussagen- oder Prädikaten-)Logik zu formalisieren, ist also heftigen Zweifeln ausgesetzt. Es darf als unumstritten gelten, dass Normen ein Wahrheitswert nicht zugeschrieben werden kann.¹⁸ Auf den ersten Einblick scheinen die Verf. diese Einsicht nicht zu verkennen, denn sie weisen explizit auf den regelhaften Charakter von Normen (S. 71) hin. Deswegen verwundert es, wenn sie gleichwohl die These aufstellen: „Aufgrund der Regelhaftigkeit von Rechtssätzen eignet sich die Familie der formalen Logiken am besten für deren Abbildung“ (S. 71); dieser Widerspruch darf als unzulässig verworfen werden. Gebote, Verbote und Erlaubnisse können weder wahr noch falsch sein. Ähnlich: Es ist nicht einfach

falsch, Normen als Wahrheitswertträger zu betrachten, sondern vielmehr unsinnig. Konkret: Es ergibt genauso wenig Sinn, von einer wahren (oder falschen) Norm zu reden, wie von einem humorvollen Tisch. Sein und Sollen sind Modi, „die sich auf zwei verschiedene Gegenstände beziehen. [...] Ein Sollen läßt sich nicht auf ein Sein, ein Sein nicht auf ein Sollen reduzieren: daher läßt sich ein Sein auch nicht aus einem Sollen, ein Sollen nicht aus einem Sein folgern.“¹⁹ Es geht dabei also um verschiedene „Werkzeuge“, die zu verschiedenen Zwecken eingesetzt werden.

4. Zur Formalisierung natürlicher Sprachen

Viertens: Der Leser vermag nicht einzusehen, wie das zentrale Problem der (offenen) Semantik gelöst wird. Zwar betonen die Verf.: „Da Gesetzestexte in natürlicher Sprache vorliegen, muss vor der Verarbeitung durch eine Maschine eine Transformation in eine *formale Sprache*, nachfolgend *Formalisierung* genannt, stattfinden“, und verkennen nicht, dass jede formale Sprache vollständig definiert und in ihrer Interpretation eindeutig sein muss (beide Zitate auf S. 70). Von den Verf. wird allerdings lediglich erwähnt, dass „generelle Ansätze zur Formalisierung natürlicher Sprache bereits seit einigen Jahrzehnten Forschungsgegenstand in mehreren Disziplinen sind“ (S. 71). Darüber hinaus wird nur auf Ansätze wie die Typtheorie, Kategorialgrammatiken, Montague-Grammatiken etc. verwiesen; die Leistungsfähigkeit dieser Ansätze wird nur implizit behauptet. Über das Problem, *wie* man es schaffen kann, eine (indeterminierte) natürliche Sprache zu formalisieren, verlieren die Verf. keine Silbe. Das Schweigen in diesem Punkt sorgt für Verwirrung, denn es gilt als Grundwissen der Sprachwissenschaften,²⁰ dass natürliche Sprachen (wie das Deutsche) zwei irreduzible Merkmale aufweisen: a) Produktivität und b) Regelhaftigkeit. Produktivität heißt, dass man aus einer endlichen Anzahl von Komponenten eine unendlich große Anzahl neuartiger Sätze und damit Bedeutungen erzeugen kann. Regelhaftigkeit heißt, dass jede natürliche Sprache einen regelhaften Charakter besitzt, indem die Grammatik jedweder Sprache Normativität entfaltet. Bedeutung ist nicht ein empirisches Phänomen, das man ermitteln könnte, sondern eine regelgeleitete Tätigkeit. Das heißt, dass nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch die Sprachwissenschaften es mit Normen zu tun haben. Nicht ohne Grund betonen *Baker* und *Hacker*, dass die Beschreibung einer Sprache der Beschreibung eines Rechtssystems ähnelt.²¹

Natürliche Sprachen kann man nicht formalisieren. Das verhindert eines der grammatischen Prinzipien jedweder formalen Sprache wie der formalen Logik, nämlich das sogenannte Kontextinvarianzprinzip. Diesem Prinzip zufolge müssen sich die Ausdrücke, die in Sätzen der Logik vorkommen, immer auf dasselbe beziehen. Dies bedeutet: Das, worauf sie sich beziehen, kann nicht mit dem Kontext variieren, in dem die Ausdrücke verwendet werden.²² Hauptzweck dieses Prinzips ist der Ausschluss der mehrdeutigen Verwendung von Ausdrücken, mit denen wir logisch operieren, und zwar um jeden Preis. Das Prinzip bezieht sich ferner auf die Annahme, dass für die Untersuchung logischer Folgerungen

¹⁵ Kritisch dazu auch *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 55 f.

¹⁶ *Larenz* (Fn. 11), S. 271 – Hervorhebung von mir.

¹⁷ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 83.

¹⁸ Siehe nur *Koch/Rüßmann* (Fn. 15), S. 44 f.; *Ulfrid Neumann*, Juristische Logik, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 298, 307.

¹⁹ *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 44 f.

²⁰ Pars pro toto *Anderson* (Fn. 9), Kap. 12 und 13, S. 322–389.

²¹ *Gordon P. Baker/Peter M.S. Hacker*, Wittgenstein: Understanding and Meaning, Volume 1 of An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, Part I: Essays, 2. Aufl. 2009, S. 147: “It is a normative description – like the description of a legal system.”

²² *Axel Bühler*, Einführung in die Logik, 3. Aufl. 2000, S. 41.

garantiert sein sollte, dass Sätze eine gewisse Stabilität in ihren Wahrheitswerten besitzen. Die Determiniertheit der verwendeten Begriffe verleiht also formalen Sprachen wie der (formalen) Logik und der Mathematik die erforderliche Konsistenz. Die Antwort auf die Frage, ob die juristische Sprache im logischen Sinne als eindeutig und präzise und daher als formale Sprache angesehen werden kann, ist ein klares und – soweit ersichtlich – unumstrittenes Nein. Die Juristen haben, so *Hassemer*, den Traum der Regelstrenge ausgeträumt.²³ Mit guten Gründen variiert die *Bedeutung* etwa des Rechtsbegriffs „Ladung“ (vgl. § 22 StVO und § 217 StPO) oder des Rechtsbegriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG) mit dem Kontext.

5. Über Daten und Informationen

Daraus lässt sich schließen, dass die Formalisierung des Rechts als sprachliches Phänomen weder (begrifflich) möglich noch erwünscht ist. Computer, die die Aufgabe hätten, Recht und Sprache generell zu standardisieren, sind als technische Realisierung einer Turing-Maschine²⁴ *syntaktisch spezifizierte formelle Modelle*. Alles, was sie „tun“, ist Folgendes: auf den gelieferten Input in einer endlichen Anzahl von Schritten mit einem Output zu „reagieren“. Sinn bzw. Bedeutung der Symbole bleiben für den algorithmischen Vorgang des Computers irrelevant. Die Daten, die der Rechner algorithmisch „bearbeitet“, können erst im Rahmen eines Bezugs- und Validationssystems, mithin in einem Kontext, Bedeutung gewinnen und als Informationen gelten. Auch den m. E. zentralen Unterschied zwischen Daten und Informationen verkennen die Verf. (siehe etwa S. 1). In diesem Sinne setzt der Begriff der Information menschliche (nicht-algorithmische) Interpretation voraus. Software regelt nicht den Austausch von Informationen, sondern von Daten.

Im zweiten Teil der Arbeit scheidet also das Projekt der automatisierten Rechtsfolgeermittlung sowohl auf der symbolischen (Kap. 5) als auch auf der begrifflichen Ebene (Kap. 6). Denn die Indeterminiertheit – das heißt Vagheit, Mehrdeutigkeit, Bestreitbarkeit – der Sprache ist nicht das zu entfernende Rauschen (Entropie) in dem jeweiligen Kommunikationskanal. Sie *ist* der Kommunikationskanal. Das Eliminieren der Indeterminiertheit verbessert die Kommunikation (vgl. Kap. 7) nicht; es verunmöglicht sie.

Kurzum: Dem „Recht ex machina“ liegt das sogenannte Bindungspostulat zugrunde,²⁵ nämlich die Idee eines logisch-mechanisch operierenden Richters, einer *viva vox legis*, und der vermeintlich „verfassungsrechtlich gebotenen, politisch wünschenswerten und methodisch umsetzbaren“²⁶ vollständigen *Bindung* des Richters an das *Gesetz*. Diese Erbschaft,²⁷ ja dieses Relikt, des 19. Jh. und der subsumtionspositivistischen Jurisprudenz, demzufolge Gesetzesanwendung die Wiederholung dessen ist, „was das Gesetz

bereits festgesetzt hat“,²⁸ nämlich ohne aktives Zutun des Gesetzesanwenders, ist heute als Methodenillusionismus zu diskreditieren.

III. Zur Unverzichtbarkeit der Rechtsdogmatik

1. Rechtsdogmatik als Kerndisziplin der Rechtswissenschaft

Nachdem in den ersten beiden Teilen des Buches (Kap. 1–7) das „theoretische Gerüst“ präsentiert wurde, das „eine automatisierte Rechtsfolgernermittlung“ ermögliche, sollen in Teil III die „Anforderungen für den Grobentwurf des technischen Systems zur automatisierten Rechtsfolgernermittlung“ ermittelt werden. Kaum hat die Beschreibung dieses Entwurfs begonnen, sieht sich der Leser enttäuscht: „Das vom System benötigte formalisierte Wissen soll durch einen Rechtsexperten bereitgestellt und gepflegt werden“ (S. 171), gestehen die Verf. ein. Das heißt, der „automatisierte Rechtserzeugungsprozess“ ist auf Juristen angewiesen, die die sachverhaltsrelevanten Rechtssätze bereitstellen werden. Dieses Eingeständnis der Verf. untergräbt allerdings das eigene Programm der Standardisierung der Subsumtion, denn es macht auf die Unverzichtbarkeit der Rechtsdogmatik, scil. der Kerndisziplin der Rechtswissenschaft, aufmerksam.

Noch nie hat die Rechtsdogmatik eine wichtigere Rolle gespielt als heute – das ist jedenfalls die Diagnose *Lepsius*,²⁹ der man prinzipiell zustimmen sollte. Denn die Rechtsdogmatik hat geradezu „frontale Grundsatzkritik überlebt“³⁰ und ist zum „Markenzeichen“³¹ der im deutschsprachigen Raum institutionell betriebenen Rechtswissenschaft avanciert. Rechtswissenschaftler betreiben also Rechtsdogmatik – sie subsumieren nicht. Das klassische Bild der Subsumtion von *facta* (zum Beispiel das Zertreten von Stinkbomben in einem Kinosaal mit der Absicht, die Zuschauer aus dem Kino zu vertreiben) unter *ius* (hier: § 240 StGB) vermag primär nicht das zu erfassen, was die Rechtsanwender tun, nämlich die Herausarbeitung und Entwicklung (dogmatischer) sachlicher Kriterien für die rechtliche Beurteilung von Sachverhalten. Denn erst durch die Verwendung eines bestimmten Vokabulars – im obigen Fall: „Schaffung unzumutbarer Aufenthaltsbedingungen“ – sind wir in der Lage, auf bestimmte, kommunizierbare und intersubjektiv überprüfbare (weil sprachliche) Kriterien abzustellen, die nicht zu „Zufallsergebnissen“³² führen. Die Alternative wäre, wie *Simitis* erklärt, dass die Jurisprudenz der (so verstandenen) Dogmatik abschwört, mit dem Ergebnis, dass der Willkür Tür und Tor geöffnet wird.³³ Rechtsanwendung besäße dann einen Zufallscharakter. Nicht von ungefähr ist dem Wissenschaftsrat in seinem Bericht aufgefallen, dass „[e]in wesentliches Merkmal der deutschen Rechtswissenschaft in der systematischen

²³ *Winfried Hassemer*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 231, 244.

²⁴ Dazu siehe *Oswald Wiener/Manuel Bonik/Robert Hödicke*, Eine elementare Einführung in die Theorie der Turing-Maschinen, 1998. Die sogenannte Turing-Maschine ist benannt nach dem Mathematiker *Alan Turing*. Ihre Leistung besteht in der Modellierung der Arbeitsweise eines Computers. Sie repräsentiert einen Algorithmus, der schrittweise Berechnungen ausführt, indem eine Eingabe in eine Ausgabe umwandelt wird.

²⁵ Monographisch dazu siehe *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, insb. S. 13–169.

²⁶ *Ogorek* (Fn. 25), S. 1 – Zitat leicht geändert.

²⁷ *Ogorek* (Fn. 25), S. 4.

²⁸ *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rn. 9.

²⁹ *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 20.

³⁰ *Rolf Stürner*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10.

³¹ So *Matthias Jestaedt*, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, 1, 2.

³² Siehe etwa *BGH*, Beschluss v. 25.2.2010 – 5 StR 542/09; ähnlich *Stürner* (Fn. 30), S. 11.

³³ *Spiros Simitis*, Die Bedeutung von System und Dogmatik, AcP 172 (1972), 138.

Durchdringung des positiven Rechts mit hoher terminologischer Präzision liegt³⁴.

2. Rechtsdogmatik als verlängerter Arm des Gesetzes

Festhalten sollte man nur, dass Juristen ihr Forschungsobjekt, die geltenden Normen, um jene Sätze erweitern, die als nötig erscheinen, um zu „vollständigen Begründungen von Einzelfallentscheidungen zu kommen“.³⁵ Vollständig können die Prämissen einer Entscheidungsbegründung nur dann sein, wenn weitere Sätze hinzugezogen werden. Diese „das kodifizierte Recht ergänzenden Sätze zu finden, ist Aufgabe der Dogmatik“.³⁶ Im Rahmen dieses Prozesses der „(Re-)Konkretisierung dogmatischer Erkenntnisse“³⁷ wird aus einem Sachverhalt in seiner je-Einmaligkeit über das dogmatische Kriterium, etwa „der Beendigung des Gewahrsamsverhältnisses, die mit dem Ende der Möglichkeit eintritt, die Sache zu beherrschen“,³⁸ ein kontrollierbarer Prozess. „Aus Wissenschaft wird so wieder Recht“.³⁹ Das macht den Rechtsgewinnungsprozess nicht kalkulierbar, aber kontrollierbar. Es liegt auf der Hand, dass, je analytischer dieses rechtsdogmatische Vokabular ist, desto stärker individuelle Normen vorwegnimmt.⁴⁰ Die Frage, ob die so konzipierte Dogmatik *Rechtssetzung* oder *Rechtsauslegung* ist, verliert wesentlich an Brisanz. Sie kann als nutzlose Polemik entlarvt werden.⁴¹ Denn es ist schwer zu leugnen, dass der Gesetzgeber weder omnipräsent noch omnipotent sein kann bzw. will. Er „vermag bestenfalls Akzente zu setzen“.⁴² Dem Gesetzgeber fehlt es erstens an der „nötigen Muße“ und zweitens an dem „erforderlichen Sachverstand“,⁴³ um alle Kontexte zu antizipieren, in denen ein bestimmter Rechtsbegriff angewendet werden kann. Selbst im angeblichen Reich der strikten, grammatischen Auslegung, nämlich im Strafrecht, hat der Gesetzgeber zentrale, ja neuralgische Fragen wie die Deutung des Vorsatzes, bzw. die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (die gegebenenfalls den Unterschied zwischen wenigen Monaten oder mehreren Jahren im Gefängnis ausmachen kann), „bewußt nicht geregelt, ihre Klärung vielmehr der Rechtsprechung und der Wissenschaft überlassen“.⁴⁴ Die berühmten politischen Entscheidungen, die in Rechtsnormen gegossen werden, sind in solch grober Form nicht zu operationalisieren, nicht anwendbar.

3. Rechtsdogmatik und die Einheit der Rechtsordnung

Die Aufgabe der Rechtsdogmatik erschöpft sich allerdings nicht darin, Normen um jene dogmatische (Rechts-)Sätze

zu ergänzen, um den Rechtsindividualisierungs- und -konkretisierungsprozess zu ermöglichen. Vielmehr befasst sich der Rechtsdogmatiker mit der *Systematisierung* der Rechtsordnung. Eine Rechtsordnung, die aus einzelnen Vorschriften (Normen) bestünde, wäre freilich „ein Sammelsurium, aber keine Ordnung“.⁴⁵ Denn das Recht ist „nicht eine einzelne Norm, sondern ein System von Normen“.⁴⁶ Eine positive Einzelnorm ist, so *Kelsen*, erst dann als *Rechtsnorm* anzusehen, wenn sie in eine Rechtsordnung eingebettet wird.⁴⁷ Die Anwendung einer (gemeint wird: *nur* einer) Norm, die die Verf. standardisieren wollen, unterliegt aus einem weiteren Grund grundsätzlicher Kritik: Sie beruht „auf einem verengten, um nicht zu sagen naiven *Normanwendungsverständnis*“.⁴⁸ Um sich Klarheit darüber zu verschaffen, braucht man sich nur das „volksnahe“ Beispiel des Mordtatbestands vor Augen zu führen. Außerhalb des Tutoriums kann die Auseinandersetzung mit der Einzelnorm des § 211 StGB nirgendwohin führen. Der Rechtsanwender muss nicht einfach die einzelne Vorschrift systematisch auslegen, sondern die Gesamtheit bzw. relativ große Ausschnitte der geltenden Rechtsordnung (unter anderem Strafrecht AT, Strafrecht BT, StPO, GG, EMRK, StVollG), nämlich zahlreiche Regelungen „unterschiedlichster Provenienz“ und „unterschiedlichsten Ranges“⁴⁹ berücksichtigen. Pointiert: Jeder einzelne Rechtssatz bringt die Gesamtheit der Rechtsordnung zur Geltung, genauso wie jeder mathematische Satz die Gesamtheit der Mathematik zur Geltung bringt.⁵⁰ Dieses Phänomen hat *Wittgenstein* zum Ausdruck gebracht: „Einen Satz verstehen, heißt eine Sprache verstehen. Eine Sprache verstehen, heißt eine Technik beherrschen“.⁵¹

Ähnlich: Eine Norm verstehen, heißt eine Rechtsordnung verstehen. Eine Rechtsordnung verstehen, heißt eine Rechtsdogmatik beherrschen. Erst die Dogmatik ermöglicht es, die geltenden Normen i. e. Sinne (nämlich das, was im Gesetzestext steht) als systematisch aufbereitetes Recht anzuwenden/zu konkretisieren. Und das tut sie, indem sie sich eines terminologisch ausdifferenzierten Vokabulars bedient. Das bringt eine (nur scheinbare) Paradoxie zum Ausdruck. Während die Verabschiedung von Gesetzen (nach Maßgaben des Rechtssystems selbst) eine *ureigene Aufgabe* des Gesetzgebers ist, so ist die Systematisierung und Vervollständigung dieser (einzelnen) Vorschriften eine *ureigene Aufgabe* des Rechtsdogmatikers. Spätestens das verweist auf die Unverzichtbarkeit der Rechtsdogmatik.

4. Die Formalisierung des Rechts als Kategorienfehler

Was das Problem der von den Verf. unternommenen Algorithmisierung des Rechts anbelangt: Sichtbar wurde, dass der Rechtsanwender sowohl Recht setzt als auch Recht anwendet. Die Verf. sind also noch mit einem weiteren (soweit ersichtlich) unüberwindlichen Problem konfrontiert. Eine „machina“, die Recht nicht nur *anwendet*, sondern auch *setzt*, müsste als Input (teilweise) ihren eigenen Output haben; das ist nach meinem Verständnis nicht realisierbar.

³⁴ Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 34.

³⁵ *Eike von Savigny*, Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation, in: *v. Savigny/Neumann/Rablf* (Hrsg.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 120.

³⁶ *Eike v. Savigny*, Methodologie der Dogmatik, in: *v. Savigny/Neumann/Rablf* (Fn. 35), S. 8.

³⁷ *Jestaedt* (Fn. 31), S. 3.

³⁸ *BGHSt* 4, 210.

³⁹ *Jestaedt* (Fn. 31), S. 3.

⁴⁰ Vgl. *Jan C. Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft: rechtliche Theorien und Modelle, 2006, S. 120; *Stürmer* (Fn. 30), S. 11.

⁴¹ Treffend bemerkt *Schuhr* (Fn. 40), S. 219: „Diese [die Theoriebildung, K. K.] setzt voraus, daß die Rechtswissenschaft ihre Angst vor Fortschritten durch eigene Fortentwicklung des Rechts abstreift und wieder beginnt, diese – ohne sich gesetzgeberische Befugnisse anzumaßen – als ihre Aufgabe, richtigerweise sogar als ihre Hauptaufgabe, zu begreifen.“

⁴² *Spiros Simitis* (Fn. 33), S. 134.

⁴³ So *Schuhr* (Fn. 40), S. 120.

⁴⁴ Pars pro toto *Johannes Wessels*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, 39. Aufl. 1987, § 2 I 3 Rn. 55.

⁴⁵ *Günther Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 14.

⁴⁶ *Kelsen* (Fn. 17), S. 48.

⁴⁷ *Kelsen* (Fn. 17), S. 48.

⁴⁸ *Jestaedt* (Fn. 28), § 11 Rn. 36.

⁴⁹ Beide Zitate: *Jestaedt* (Fn. 28), § 11 Rn. 36.

⁵⁰ In diese Richtung *Kelsen* (Fn. 17), S. 76: „Die von der Rechtswissenschaft formulierten Rechtssätze sind daher keine einfache Wiederholung der durch die Rechtsautorität gesetzten Rechtsnormen.“

⁵¹ *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, in: Werkausgabe Bd. 1, 1984, S. 225–618.

Das Problem der Rechtserzeugung und -konkretisierung wird also nicht nur missverstanden; es wird vielmehr verschoben, denn aus denselben Gründen, kraft derer Normen nicht formalisiert werden können, können auch Rechtssätze (nämlich Sätze über Normen) nicht formalisiert werden. Unser Problem ist nicht, wie man im Nachhinein die Darstellung eines wie auch immer gefällten Urteils gestalten kann,⁵² sondern die *präskriptive* und *synchrone* Handlungsanweisung, damit der Rechtsanwender aufgrund einer rechtsdogmatischen Struktur die Rechtsordnung konkretisieren bzw. Recht erzeugen kann. Die Verf. postulieren also in Wirklichkeit nur einen *quasi*-automatisierten Rechtserzeugungsprozess.

Des Weiteren wird das Problem der Instabilität des Rechenprozesses, den die Semantik einer natürlichen Sprache verursacht, in Kap. 8 nochmals angesprochen. „Die Abbildung zwischen natürlichsprachlicher Norm und logischer Regel ist soweit technisch umsetzbar eindeutig zu gestalten“ (S. 177). Das heißt, die gesetzliche Norm müsste so in die formale Fassung übertragbar sein, dass möglichst deren gesamter Bedeutungsgehalt in letzterer enthalten ist und umgekehrt. „Für einen rückübersetzten formalisierten Rechtssatz muss das gleiche in Bezug auf eine natürlichsprachliche Regelung gelten“ (S. 177). Die Verf. werden mit dem Problem des Kontextinvarianzprinzips und der erforderlichen Präzision einer formellen Sprache wie der formalen Logik nicht fertig. Jedenfalls wird dem Leser (nach wie vor) nicht klar, wie diese nur behauptete (Rück-)Übersetzung erfolgen kann. Wie viel Rechenkapazität würde etwa benötigt, um diese Übersetzungsarbeit zu gewährleisten? Wie schnell müssten die Prozessoren sein? Die Fragen der Quantität verdeckt m.E. die Frage der Qualität. Und darüber hat *John Searle* alles Notwendige gesagt. Es ist nicht bloß technisch anspruchsvoll oder aufwendig, Computer zu bauen, die denken oder Rechtsfolgen ermitteln; es ist vielmehr *begrifflich* unmöglich.⁵³ Die Verf. verkennen nicht, dass ihre Vorgehensweise „[s]owohl nach der Erstellung oder Änderung von formalisierten Rechtssätzen (symbolische Ebene) als auch formalisierten Rechtsbegriffen (begriffliche Ebene)“ mit Inkonsistenzen behaftet ist (S. 182 ff.). Der entscheidende Aspekt ist, dass diese Inkonsistenzen nicht überwindbar und zufällig, sondern notwendig und struktureller Natur sind.

IV. Über Kausalität und Zurechnung

Im vierten Teil (Kap. 10 bis 12) wird unter anderem das Problem der juristischen bzw. forensischen Wahrnehmung behandelt (nota bene: im ersten Teil des Buches wurde das gesamte Prozessrecht ausgeblendet, S. 7). Die Verf. führen aus: „Die Dimension der *Wahrnehmung* beruht darauf, dass es in Gesetzen vielfach Merkmale gibt, die sich nicht einer direkten (objektiven) Überprüfung durch einen außenstehenden Beobachter unterziehen lassen. Solche Tatbestandsmerkmale werden als ‚innere (subjektive)‘ Vorgänge bezeichnet“ (S. 220). Das Problem besteht allerdings darin, dass der Begriff „Wahrnehmung“ auf „subjektive Merkmale“ kaum Anwendung findet. Letztere werden aufgrund von wie auch immer zu präzisierenden Kriterien *zugerechnet*. Genau hier setzt nach *Kelsen* der fundamentale logische Dualismus von Sein und Sollen an. Dabei bedienen sich die Juristen nicht der kausal-empirischen Methoden der Naturwissenschaften,

sondern des Prinzips der Zurechnung, „das dem der Kausalität zwar analog ist, sich aber doch von ihm in charakteristischer Weise unterscheidet.“⁵⁴ Das ist vor allem deshalb interessant, weil im obigen Sinne nicht nur die „subjektiven“ Merkmale, sondern auch die „äußeren (objektiven)“ Vorgänge – welche den Autoren nach „von außen beobachtet werden“ und „daher auch der Wahrnehmung eines Dritten direkt zugänglich“ seien (S. 220) – wie etwa die „Handlung“ zugerechnet werden. Ungeklärt bleibt noch die Frage, wie Rechts- und rechtsdogmatische Begriffe wie etwa fahrlässige Tötung, Drittschadensliquidation, Erfolgsverhinderung, Aussetzen, Gefährdung usw. „wahrgenommen“ werden könn(t)en. Ein Geschehen in der „Außenwelt“ ist selbstverständlich eine *conditio sine qua non* für das Eintreten einer Rechtsfolge. Das, was vorrechtliche und in diesem Sinne naiv gefasste Handlungen nicht sind bzw. nicht sein können, sind *conditiones per quam*.

Darüber hinaus verstehen die Verf. unter „unbestimmte [n] Rechtsbegriffe[n]“ Begriffe, „zu welchen der Gesetzgeber keine Definitionsansätze mitliefert und deren Symbol auch nicht unmittelbar allgemeinverständlich oder einer Fachsprache entlehnt ist“ (S. 226) – was ein Indikator eines mangelnden Verständnisses grundsätzlicher juristischer Kategorien ist. Ein Blick in das klassische Werk des Autors, den die Verf. aufgreifen, hätte Klarheit darüber verschaffen können. Denn nach *Larenz*, der die wohl h.M. zum Ausdruck bringt, sind unbestimmte Rechtsbegriffe eng mit Beurteilungsspielräumen bei der Gesetzesanwendung konnotiert (ob dies zutrifft, kann hier dahinstehen).⁵⁵ Eine gesetzgeberische Definition würde keineswegs diese Spielräume eliminieren.⁵⁶

V. Schlussbemerkung

Das Modell, das die Verf. als „Recht ex machina“ präsentieren, vermag weder den Inhalt der Normen zu formalisieren bzw. das so aufgefasste Recht zu standardisieren noch dessen komplexe Strukturen zu analysieren. Komplexität ist der Preis für die Wissenschaftlichkeit der Rechtsdogmatik, die möglichst gerechte Lösungen (Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln) zu garantieren in der Lage ist. Rechner und KI sind dieser Aufgabe nicht gewachsen. Ich habe mich im Rahmen dieses Rezensionenaufsatzes nur auf einige Grundprinzipien des Rechts fokussiert, die zugleich die (partiellen) Grenzen einer sinnvollen rechtsinformatischen Leistung zu zeichnen beanspruchen. Man mag daher einwenden, dass ich nicht ins Detail ging. Insofern scheint mir jedoch die Parallele zu einer weiteren rechtlichen Kategorie passend zu sein. Voraussetzung einer (ausführlichen) inhaltlichen Befassung ist die *Zulässigkeit* des Untersuchungsobjekts. Und die Zulässigkeitskriterien eines „Rechts ex machina“ sind, wie ich meine, nicht erfüllt und nicht erfüllbar.

Für die Bewältigung sozialer Konflikte aufgrund von rechtlichen Normen brauchen wir juristische Akteure, die „two-way abilities“ besitzen, nämlich nicht algorithmisch operieren, und über Intentionalität verfügen, damit sie nicht nur einer *Norm gemäß* handeln können, sondern damit sie einer *Norm folgen* können. Um mit *Baker* und *Hacker* zu sprechen: „[h]uman abilities are the key to a correct analysis of the concept of following a rule [...] There is no such thing

⁵² Ganz im Sinne des (US-amerikanischen) Rechtsrealismus.

⁵³ Siehe nur *John R. Searle*, *Minds, Brains and Programs*, 1984.

⁵⁴ *Kelsen* (Fn. 17), S. 80.

⁵⁵ *Larenz* (Fn. 11), S. 296.

⁵⁶ Ausführlich und kritisch dazu *Jestaedt* (Fn. 28), S. 337–351.

as someone's following a rule who lacks the abilities bound up with understanding or intending to conform with the rule. Consequently, it is nonsense to say that a planet, an ant, a dog or a calculating machine *follows* a rule".⁵⁷

Der Laie, der sich nicht selten in juristischen Labyrinth verläuft, wird auch bei dem hier rezensierten Werk den Ariadnefaden nicht finden (können). Damit kommen wir zu der

Einsicht, ja Warnung *Goethes* über das (Entscheidungs-)Potential eines „deus ex machina“ zurück, nicht nur bezüglich tragischer Konflikte des antiken Theaters, sondern auch juristischer Probleme:

*Nur allein der Mensch/Vermag das Unmögliche:/
Er unterscheidet,/Wählet und richtet.*⁵⁸

⁵⁷ Gordon P. Baker/Peter M. S. Hacker, Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity, Volume 2 of an analytical commentary on the Philosophical Investigations, Essays and Exegesis of §§ 185 – 242, 2. Aufl. 2009, S. 140.

⁵⁸ Johann Wolfgang von Goethe, Das Göttliche, in: *Großherzogin Sophie von Sachsen* (Hrsg.), Goethes Werke, Abt. 1, Bd. 2, 1888, S. 83 f.

Tagungsbericht

Staat und Religion – Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung

Tagung der Fachschaft Jura des Cusanuswerks
vom 31. 10. – 3. 11. 2013.

Die Tagung, die in Kooperation mit dem Internationalen Graduiertenkolleg „Religiöse Kulturen im Europa des 19. und 20. Jahrhunderts“ in Schwerte stattfand, hatte sich dem Verhältnis von Recht und Religion gewidmet.

Franz-Xaver Kaufmann (Universität Bielefeld) eröffnete die Tagung mit einem Vortrag zum Thema „Kirchen, Religion und sozialer Wandel in Deutschland“. In einem historischen Überblick schilderte er die Entwicklung der Kirchen in Deutschland. Einen Schwerpunkt bildeten die Ausführungen zum Katholizismus: Dessen Abgrenzungs- und Abschottungsbewegung gegenüber dem protestantisch beherrschten preußischen Staat während des Kulturkampfes habe sich erst mit der Gründung der Bundesrepublik und durch innerkirchliche Veränderungen in der Folge des II. Vaticanums in eine Kooperation mit dem neuen politischen System gewandelt. Die Epoche, in der Deutschland als bikonfessionelles christliches Land bezeichnet werden konnte, sei zwischen 1965 und 1980 zu Ende gegangen. Seither zeige sich neben schrumpfenden Volkskirchen eine Differenzierung des religiösen Feldes. Säkularisierung, Individualisierung und Pluralisierung stünden nunmehr im Zentrum der sozialwissenschaftlichen Analyse. Trotz sinkender Zahl aktiver Kirchenglieder und „wachsender Gleichgültigkeit“ der Gesellschaft gegenüber Kirchen und Christentum sei die staatskirchenrechtliche Position der Kirchen nach wie vor stark und ihr institutioneller Einfluss erheblich. Hinsichtlich möglicher Zukunftsperspektiven führte *Kaufmann* aus, dass gerade die besondere staatskirchenrechtliche Tradition zu einer institutionellen Rigidität beider Kirchen führe, weil sie eine Neuorientierung, die der Minderheitensituation entspräche, erschwere. Die Allianz zwischen Religion und Politik müsse aufgegeben werden, um wieder ein unabhängiges kirchliches Selbstverständnis gewinnen zu können.

Tine Stein (Universität Kiel) bot daran anschließend eine Einführung in das Denken Ernst-Wolfgang Böckenfördes mit Blick auf dessen These von der Religion als vopolitische Grundlage des liberalen Rechtsstaats. Sie verwahrte sich gegen eine konservative Vereinnahmung des Diktums, wonach der Staat die Kirchen als „Wurzelgrund und Garant des Verfassungsstaats“ privilegieren solle. Vielmehr sei Religion nur

eine der Voraussetzungen, die der Staat unterstützen solle, damit eine lebendige politische Kultur entstehen könne. In der Folge warf *Stein* die Frage auf, ob der Staat Religion bei der Begründung des Rechts benötige. Anhand einer Analyse der Beratungen des Parlamentarischen Rates zeigte sie auf, dass die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG als Fundamentalnorm der Rechtsordnung zwar offen sei für Begründungen unterschiedlicher religiöser und weltanschaulicher Provenienz, grundsätzlich jedoch als meta-positives und auch vopolitisches Prinzip verstanden werden müsse. Abschließend ging sie der Frage nach, ob der Staat als Demokratie auf die Religion angewiesen sei. Im politischen Diskurs komme, so *Stein*, Parlamentariern die Aufgabe zu, als demokratische Repräsentationsinstanz zu fungieren und die Sichten des Volkes miteinander in Austausch zu bringen, wozu auch das Verständnis eines religiösen Fundaments der Verfassung gehöre.

Nachdem die religionssoziologischen und staatsphilosophischen Grundlagen gelegt worden waren, schlossen sich Vorträge zu den zwei tragenden Säulen des Religionsverfassungsrechts an.

Fabian Wittreck (Universität Münster) zeigte in seinem Vortrag „Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland“ Entwicklungstendenzen im Religionsrecht auf. Zunächst konstatierte er einen Paradigmenwechsel in der Wissenschaft: das bislang homogene und im Grundton kirchenfreundliche Meinungsbild werde nicht nur disparater, sondern in der Gesamtschau auch kirchenfremder, womöglich auch religions-skeptischer. Dies führe zu Neuinterpretationen des unveränderten Normbestandes und wissenschaftlich indiziertem Reformdruck. Nachdem der gesamtgesellschaftliche Entkirchlichungsprozess nunmehr in der Richterschaft nachvollzogen werde, könne ein Paradigmenwechsel auch in der Rechtsprechung festgestellt werden. Weder „Kirche“ noch „Religion“ seien weiterhin lediglich positiv konnotiert, sondern würden zunehmend als potentielle Auslöser von Konflikten wahrgenommen. Abschließend skizzierte *Wittreck* einige konkrete Auswirkungen auf die Deutung der Religionsfreiheit. Es gebe vermehrt Stimmen, die in das bislang als vorbehaltlos angesehene Grundrecht des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG einen Gesetzesvorbehalt hineininterpretierten. Überdies kämen Autoren zu einer Auslegung, wonach die Religionsfreiheit ungleich gewährleistet sei. Eine dritte Konsequenz sah er in der Tatsache, dass das Religionsrecht verstärkt vom Individuum und weniger von den Institutionen her entfaltet werde. *Wittreck* stellte abschließend fest, dass die Rechtsordnung der Religion heute weniger (öffentlichen) Raum einräu-