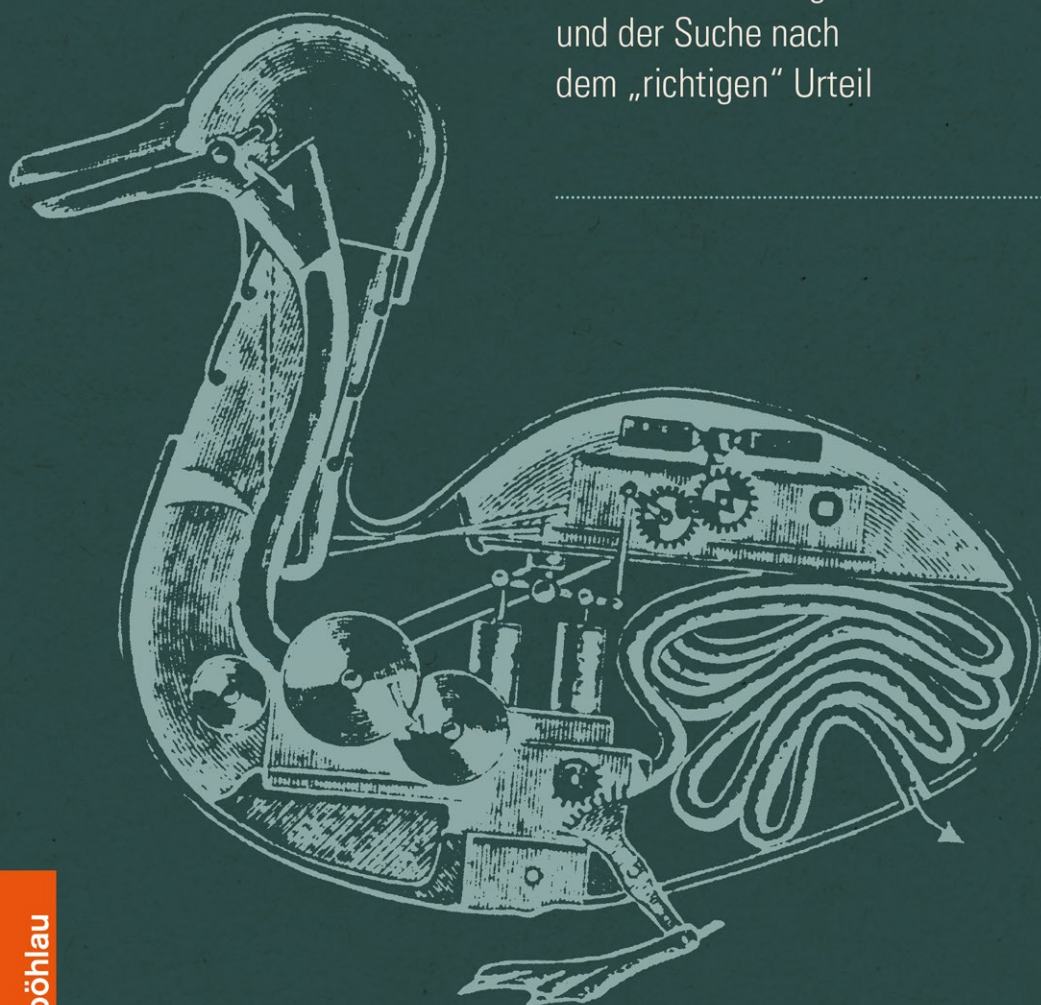


Stephan Meder

Rechtsmaschinen

Von Subsumtionsautomaten,
Künstlicher Intelligenz
und der Suche nach
dem „richtigen“ Urteil





Stephan Meder

Rechtsmaschinen

Von Subsumptionsautomaten,
künstlicher Intelligenz und der Suche
nach dem „richtigen“ Urteil

BÖHLAU VERLAG WIEN KÖLN WEIMAR

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2020 by Böhlau Verlag GmbH & Cie, Lindenstraße 14, D-50674 Köln
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen
bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Umschlagabbildung: Funktionsweise des Automaten „Die mechanische Ente“
(Le Canard digérant) von Jacques de Vaucanson (1709–1782): Der Erfinder des ersten
automatischen Webstuhls hat mehrere ausgeklügelte Automaten zur Vergnügung der
vornehmsten europäischen Höfe hergestellt. Der Querschnitt zeigt die Funktionsweise
des internen Mechanismus, der die Bewegung ermöglichte sowie die künstlichen Eingeweide,
die auch die Funktionen der natürlichen Ausscheidung von Fäkalien ausführen konnten.
Frankreich, 1739. © akg-images/Fototeca Gilardi

Satz und Layout: büro mn, Bielefeld
Druck und Bindung: Finidr, Cesky Tesin
Printed in the EU

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISBN 978-3-412-52018-2

Inhalt

Vorwort	9
1 Einleitung	11
1.1 Automaten im ersten juristischen Maschinenzeitalter	12
1.2 Verwirrende Auskünfte über den Rechtsautomaten im 19. Jahrhundert	14
1.3 Automaten im zweiten juristischen Maschinenzeitalter	15
1.4 Wie funktioniert juristisches Denken?	17
Anmerkungen	20
2 Rudolf von Jhering: Die Vaucanson'sche Ente als „Urteilsmaschine“	23
2.1 Jherings Angriffe gegen die ‚Begriffsjurisprudenz‘	24
2.2 Von der Begriffsjurisprudenz zur Kritik des rechtswissenschaftlichen Formalismus	26
2.3 Erfolge von Jherings Rechtskritik in den USA	28
2.4 Resümee und Ausblick	30
Anmerkungen	32
3 Hermann U. Kantorowicz: „Bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine“	39
3.1 Kritik des rechtswissenschaftlichen Formalismus durch das Freirecht	39
3.2 Kantorowicz als Theoretiker der Maschine im Recht	42
3.3 Formalismus als Bollwerk gegen staatliche Willkür und Kadijustiz?	46
3.4 Kantorowicz' „Geschichtskonstruktion“ im zeitgenössischen Kontext	48
3.4.1 Oswald Spengler und der Untergang des Abendlandes	48
3.4.2 Kritik des „maschinellen“ Apparats bei Fritz Pringsheim ...	49
3.5 Wirkungen bis in die Gegenwart? Franz Wieacker und die ‚Materialisierungsthese‘	50
Anmerkungen	54

4	Max Weber: „Die Verwandlung des Richters in einen Paragraphen- und Präjudizienautomaten“	59
4.1	Wie weit reichen die Gemeinsamkeiten mit Kantorowicz’ Formalismus-Narrativ?	61
4.2	Webers Konzept rechtlicher Rationalisierung	63
4.3	Die Beziehungen zwischen formal rationalem und material rationalem Recht	65
4.4	Exkurs: Warum Max Weber kein ‚Begriffsjurist‘ war	67
4.5	Resümee	70
	Anmerkungen	71
5	Franz Kafka: „Es ist ein eigentümlicher Apparat“	77
5.1	Der Apparat als geschlossenes Rechtssystem	77
5.2	Das Urteil über den Bediensteten: Identität von Gesetz und Entscheidung	78
5.3	Extremer Formalismus des Verfahrens	81
5.4	Kafkas Rechtsmaschine als Geschichtserzählung	82
5.5	Das Urteil des Reisenden über den Offizier und das von ihm propagierte Verfahren	84
5.6	Das Urteil der Rechtsmaschine und seine Vollstreckung	85
	Anmerkungen	88
6	Rückblende: Kritik der Rechtsmaschine bei Friedrich Carl von Savigny	93
6.1	Vorbehalte gegen eine mechanische Rechtsanwendung schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts?	93
6.2	Differenzen zwischen vernunftrechtlicher und ‚historischer‘ Richtung	96
6.3	Das Zusammenspiel von formalen und materialen Elementen in Savignys Rechtsbegriff	98
6.4	Savignys Rechtsbegriff im Vergleich mit Kant, Jhering, Kantorowicz und Max Weber	99
	Anmerkungen	104

7 Algorithmen zwischen Berechenbarkeit und Wertung:	
Das Verhältnis von Recht und Ethik <i>revisited</i>	111
7.1 Formale Rationalität der Maschine	112
7.2 Zur Komplexität der „einfachen“ Fälle:	
Massenhafte Warenvernichtung im Online-Handel	115
7.3 Die Schwäche der Innentheorie – eine <i>petitio principii</i>	118
7.4 Resümee	119
Anmerkungen	121
8 Vom Subsumtionsautomaten zur Algorithokratie	127
8.1 Der Subsumtionsautomat 1.0 – erste Programme zur	
Formalisierung juristischer Entscheidungsrationalität	127
8.2 Der Subsumtionsautomat 2.0 – die künstliche Intelligenz	
und das „Leben“	130
8.3 Anschlüsse an die Rechtskritik von Jhering und Kantorowicz ...	132
8.4 Wo liegt der Unterschied zwischen Schach und Recht?	133
8.5 Die andere Seite des Rechts: situative Offenheit für die Welt	135
8.6 Erfordernis menschlicher Kontrolle	136
8.7 Ausblick	138
Anmerkungen	140
9 Schlussbemerkung	147
Anmerkungen	152

Vorwort

Maschinenmetaphern beschäftigen die Jurisprudenz schon seit langem. So meinte der Historiker und Staatsrechtler August Ludwig Schlözer gegen Ende des 18. Jahrhunderts, „die instruktivste Art“, das Staatsrecht zu lehren, sei es, „den Staat als eine künstliche, überaus zusammengesetzte Maschine“ zu behandeln. Wer eine juristische Entscheidung trifft, wäre danach lediglich das Rädchen eines gewaltigen Apparats, dessen Funktion darin besteht, dem souveränen Willen des Fürsten durch gesetzestreue Rechtsanwendung Ausdruck zu verleihen. Das 19. Jahrhundert hat nicht nur dem absoluten Fürstenstaat, sondern auch dem mechanistischen Paradigma den Kampf angesagt. Der Vorwurf einer „mechanischen“ Rechtsanwendung und das Zerrbild vom „Subsumtionsautomaten“ stehen seitdem für die Kritik an einer Art des Urteilens, welches sich, fernab von den Bedürfnissen des ‚Lebens‘, sklavisch an vorgegebene Begriffe hält und ein Nachdenken über Recht und Gerechtigkeit entbehrlich macht. Als Pejorative sind auch Rudolf von Jherings „Urteilsmaschine“, Hermann Kantorowicz’ „Denkmaschine“ und Max Webers „Paragraphenautomat“ zu begreifen, in welchen „man oben die Akten nebst den Kosten und Gebühren hineinwirft, auf daß er unten das Urteil neben den mehr oder minder stichhaltigen Gründen ausspeie“. All diese Maschinen karikieren eine Methode, die es dem Richter selbst dann verbietet, eine eigenständige Wertung zu treffen, wenn die Umstände des Einzelfalls danach schreien.

Von den älteren Apparaten sind die selbstlernenden, mit künstlicher Intelligenz ausgestatteten Rechtsmaschinen zu unterscheiden, die aktuell unter Stichworten wie autonome technische Systeme, Legal Tech oder Subsumtionsautomat 2.0 diskutiert werden. Auch hier gibt es freilich eine Vorgeschichte, die vor gut 50 Jahren begann. Die ersten EDV-orientierten Konzepte zur Formalisierung von Entscheidungsrationalität eröffnen der Juristischen Zeitgeschichte – nicht zuletzt wegen der erstaunlichen Vielfalt ihrer interdisziplinären, methodologischen und rechtstheoretischen Ansätze – ein bis heute kaum erschlossenes Arbeitsfeld. Dabei bleibt zu beachten, dass die im Folgenden vorgestellten Apparate, Automaten, Maschinen und Systeme im Detail sehr verschieden sein können. Eine Gemeinsamkeit besteht aber darin, dass die mit ihrer Hilfe getroffenen Entscheidungen Gefahr laufen, die Individualität der Fälle und die Besonderheiten zu verkennen, welche

einem bestimmten Geschehen seine Einzigartigkeit verleihen. Dieser Befund führt über die Jurisprudenz hinaus zu der grundsätzlichen Frage: Was unterscheidet die Leistungen menschlicher Denkprozesse eigentlich von Urteilen, die durch Maschinen und künstliche Intelligenz getroffen werden?

Ein erstes Interesse an dieser Frage weckten die Referate von Bewerberinnen und Bewerbern in Berufungskommissionen, die über die Besetzung von Professorenstellen an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Fach Rechtsinformatik zu befinden hatten. Den entscheidenden Anstoß zur eingehenderen Beschäftigung mit dem Thema gab dann ein Treffen mit dem Programmleiter der Verlagsgruppe Vandenhoeck & Ruprecht, Herrn Dr. Jörn Laakmann, Mitte Dezember 2019 in Hannover. In diesem Gespräch über die Maschinenmetapher in Jurisprudenz, Literaturwissenschaft und Philosophie, an dem auch die Programmplanerin des Böhlau Verlags, Frau Dorothee Rheker-Wunsch, teilnahm, ist die Buchidee überhaupt erst gezeugt worden. Bei der Ausarbeitung des Manuskripts habe ich von vielen Seiten tatkräftige Unterstützung erfahren. Herrn Cedric Kühn und Frau Svenja Schierloh danke ich für die bisweilen nicht einfachen (durch die beginnende Corona-Krise noch erschwerten) Literaturrecherchen, Frau Ina Krückeberg für die kompetente Redaktion des Manuskripts einschließlich der Korrekturen. Darüber hinaus bedanke ich mich beim Böhlau Verlag, insbesondere bei Frau Julia Beenken und Frau Dorothee Rheker-Wunsch für die gute verlegerische Betreuung.

Hannover, im März 2020

Stephan Meder

1 Einleitung

„Digitalisierung“ lautet die Devise, und zwar nicht nur in Politik, Wirtschaft oder Bildung, sondern auch in der Jurisprudenz. Lernfähige Algorithmen und autonome Systeme beginnen heute Funktionen zu übernehmen, die traditionell dem Menschen vorbehalten waren. Wir pflegen von „künstlicher Intelligenz“ zu sprechen, wenn bestimmte Tätigkeiten, die Nachdenken oder Entscheiden verlangen, nun Maschinen überlassen bleiben. Schon vor gut zehn Jahren hat ein Buchtitel die provokante Frage nach dem „Ende der Anwälte“ gestellt.¹ Welche Rolle spielen die neuen Technologien in den Staatsanwaltschaften und in den Gerichten? Können Legal Robots bald Vorschläge für Urteile unterbreiten? Und wann sind sie in der Lage, eigenständige Entscheidungen zu treffen? Oder dürfen sie nur zur Überprüfung von Standardfällen, zur Bearbeitung wiederkehrender Rechtsfragen eingesetzt werden, die einen gesteigerten Rechenaufwand erfordern? Gibt es Standardfälle überhaupt? Liegt nicht jeder Fall anders? Müssen nicht überall die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden? Sätze wie *„judex non calculat“* (der Richter rechnet nicht) oder *„error calculi non nocet“* (ein Rechenfehler schadet nicht) sind seit Jahrtausenden anerkannt: Rechenfehler erwachsen im Urteil nicht in Rechtskraft und können jederzeit berichtigt werden (§ 319 ZPO). Wie lange noch? Müssen die Grenzen zwischen Rechnen, Denken und Entscheiden neu gezogen werden? Und was geschieht, wenn die Maschine einen Fehler macht? Ist der Roboter für Schäden haftbar? Kann er Bewusstsein erlangen und sollte ihm nicht eigentlich Rechtsfähigkeit zuerkannt werden? Muss nicht die gesamte Rechtsordnung neu überdacht werden? Das sind nur einige Beispiele für Fragen, welche die fortschreitende Digitalisierung des gesellschaftlichen Lebens an die Jurisprudenz heranträgt.

Unaufhaltsam dringen immer leistungsfähigere Rechner bis zum Kern der juristischen Tätigkeit vor – bis zu ihrem letzten Geheimnis, dem der Begriff „Rechtsanwendung“ nur ungenügend Ausdruck zu verleihen vermag. Lernfähige Algorithmen sind inzwischen imstande, logische Schlüsse zu ziehen und Argumente auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen. Hat die Digitalisierung unsere Vorstellungen über die Rechtsanwendung schon verändert, ohne dass wir es bemerkt haben? Was heißt eigentlich „Rechtsanwendung“? Warum ist der Begriff so umstritten? Können die neuen Technologien die Rechtsanwendung eines Tages bis zu dem Punkt determinieren, an dem nicht mehr Menschen, sondern Maschinen entscheiden?

All diese Fragen sind nicht wirklich neu: Das „Recht ex machina“ ist ein Traum, den die Menschheit seit langem träumt. Die Idee einer Herrschaft des Gesetzes, die Unparteilichkeit, das Bindungspostulat und Hoffnungen auf eine Rationalisierung und Vereinfachung des Rechts lassen die richterliche „Urteilsmaschine“ – den berühmten „Subsumtionsautomaten“ als das Wunschziel schlechthin erscheinen. Derartige Apparate sind bislang freilich Utopie geblieben. Sie verkörpern lediglich das Bild eines Juristen, eine Metapher, die für das Ideal eines Bürokraten steht, der glaubt, im Wege von Deduktion und Subsumtion jeden erdenklichen Rechtsfall nach rein logisch-mechanischen Prinzipien lösen zu können.

1.1 Automaten im ersten juristischen Maschinenzeitalter

Wer nach den Ursprüngen dieses Ideals fragt, muss mindestens bis ins 17. Jahrhundert zurückgehen – in die Epoche des ersten juristischen Maschinenzeitalters, das gut 100 Jahre vor der industriellen Revolution seinen Anfang nahm. Damals begann im Anschluss an die Arbeiten des französischen Staatstheoretikers Jean Bodin (1529–1596) eine politische Philosophie zu herrschen, die auf Begriffe wie Gesellschaftsvertrag, Souveränität, Krieg und Maschine gebaut war. Zu ihren Mitbegründern gehört der englische Mathematiker und Rechtsphilosoph Thomas Hobbes (1588–1679), der den Ur- oder Naturzustand bekanntlich als Kriegszustand geschildert hat: Weil der Mensch dem Menschen von Natur aus ein Wolf sei, habe es des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags bedurft, dessen Zweck darin bestehe, den Naturzustand durch den Übergang in einen Rechtszustand zu beenden. Die einvernehmliche Übertragung der ungeteilten Macht auf *einen* Souverän soll den Frieden sichern und das private Eigentum schützen. Obwohl ein solcher Vertrag in Wirklichkeit nie geschlossen wurde, glaubte Hobbes, in ihm eine Zäsur und den eigentlichen Anfang der Geschichte erblicken zu können. Ausdrücklich qualifizierte er den Gesellschaftsvertrag als Schöpfungsakt (*imitatio creationis*), wodurch ein „künstlicher Mensch“ (*artificial man*), das Artefakt einer Maschine erzeugt wurde, welches den Staat in Gestalt eines Automaten erscheinen lässt. Diesen Automaten taufte er in seiner berühmten staatsphilosophischen Schrift von 1651 auf den Namen „Leviathan“.²

Es gibt natürlich viele andere Autoren, denen die Maschinenmetapher ebenfalls wichtige Impulse verdankt. Erwähnt sei nur der französische

Naturwissenschaftler und Philosoph René Descartes (1596–1650), dessen Rationalismus die Einheit der Welt als Mechanismus begreift – als ein gewaltiges Uhrwerk, das durch einen souveränen Willen in Gang gebracht und von diesem so verlässlich wie dauerhaft betrieben wird.³ Wer eine juristische Entscheidung treffen muss, wäre danach lediglich das winzige Rädchen einer gewaltigen Maschine, deren Funktion darin besteht, dem souveränen Willen des Herrschers Ausdruck zu verleihen. Auch Immanuel Kant (1724–1804) hat noch auf das Bild der Maschine zurückgegriffen. Ihm war freilich bald klar, dass sich ein Gegenstand wie der Staat unmittelbarer Anschauung entzieht und als bloßer Vernunftbegriff nur „symbolisch“ vorgestellt werden kann. In einer oft zitierten Formulierung hat er den Zusammenhang zwischen aufgeklärtem Absolutismus und Maschine wie folgt auf den Punkt gebracht:

So wird ein monarchischer Staat durch einen beseelten Körper, wenn er nach inneren Volksgesetzen, durch eine bloße Maschine aber (wie etwa eine Handmühle), wenn er durch einen einzelnen absoluten Willen beherrscht wird, in beiden Fällen nur *symbolisch* vorgestellt. Denn zwischen einem despotischen Staat und einer Handmühle ist zwar keine Ähnlichkeit, wohl aber zwischen der Regel, über beide und ihre Kausalität zu reflektieren.⁴

Die „Ähnlichkeit“ einer Reflexion über Staat und Handmühle rührt also daher, dass beide „durch einen einzelnen absoluten Willen beherrscht“ werden. Auch das Recht besitzt eine solche Ähnlichkeit mit der Maschine: Über Recht und Maschine lässt sich in der gleichen Weise „reflektieren“, weil die Staatsphilosophie des aufgeklärten Absolutismus auch das Recht so ‚vorstellt‘, als sei es, wie eine „bloße Maschine“, durch einen „einzelnen absoluten Willen beherrscht“. Von hier aus ist es nur ein kleiner Schritt zur Idee vom Juristen, der auf Befehl staatlicher Gesetzgebung handelt und durch mechanische Operationen jeden vorkommenden Fall entscheiden kann. Diese Idee lebt im Grunde noch heute fort. Sie tritt vornehmlich dort zu Tage, wo Methodenlehren in der Subsumtion oder gar im Justizsyllogismus eine zentrale Arbeitstechnik moderner Juristen sehen wollen.

Würden erfahrene Juristen aber gefragt werden, was sie von Subsumtionsautomaten oder ähnlichen Maschinen halten, wäre die Antwort eindeutig: Solche Apparate stoßen traditionell auf Ablehnung. Für diesen seltsamen Widerspruch gibt es, stark verkürzt, einen doppelten Grund. Einmal, weil die Metapher vom Subsumtionsautomaten einer bestimmten Zeit entsprungen ist

und zweitens, weil sie selbst ein Bild der Geschichte darstellt. Das Ideal vom Bürokraten, der auf hohem begriffstechnischen Niveau steht, der mit einer „Denkmaschine“ ausgestattet ist und jeden erdenklichen Rechtsfall im Wege von Deduktionen zu lösen vermag, soll Epochen entstammen, die durch den „rechtswissenschaftlichen Formalismus“ geprägt wurden. Um welche Epochen handelt es sich? Eine Antwort bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil Unklarheiten darüber herrschen, welches Bild wir uns von der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts machen sollen.

1.2 Verwirrende Auskünfte über den Rechtsautomaten im 19. Jahrhundert

Seit mehr als 150 Jahren wird hierzulande eine Geschichte der Rechtswissenschaft erzählt, die vom strengen Formalismus der Pandektistik zu nachpositivistischen Konzepten der Methodik führt. Sie lautet abgekürzt wie folgt: Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) sei der wohl bedeutendste Jurist des 19. Jahrhunderts gewesen. Seine Historische Rechtsschule habe unsere Wissenschaft geprägt und bestimme sie bis heute mit. Doch sei Savigny zugleich ein Wegbereiter des rechtswissenschaftlichen Formalismus, einer Art des juristischen Positivismus gewesen, der auf strengem Recht beharre und sich durch Lebensferne und maschinenmäßige Rechtsanwendung auszeichne. Erst Rudolf von Jhering (1818–1892) habe mit seinem „Zweck im Recht“ von 1877 versucht, die soziale Wirklichkeit der bürgerlichen Gesellschaft mit neuen Mitteln rechtswissenschaftlich zu durchdringen und zu bewältigen. So heißt es zum Beispiel noch heute in der Einleitung des „Palandt“, dem in Deutschland mit Abstand am weitesten verbreiteten Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB): Im Jahre 1900, als das BGB in Kraft trat, war die „sogenannte Begriffsjurisprudenz die herrschende juristische Methode (bekannteste Vertreter: Savigny, Windscheid)“. Die Ausdifferenzierung „der Begriffe und ihre Zusammenfassung zu einem geschlossenen System wurde als logisch-formaler Prozeß verstanden“: Der Rechtsanwender brauchte „den Lebensvorgang nur unter die einschlägigen Rechtsbegriffe zu subsumieren“.⁵

Nun gehen Konzepte wie Formalismus oder Positivismus oft mit einer gewissen Unschärfe einher, zumal auch vermutet wurde, der Rechtspositivismus sei viel weniger positivistisch als der philosophische Positivismus. Um

derartigen Irritationen vorzubeugen, sah sich der Göttinger Rechtshistoriker Franz Wieacker (1908–1994), Verfasser der in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts führenden „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“, 1967 zu einer Klarstellung veranlasst: Savignys rechtswissenschaftlicher Positivismus ist „aus dem erkenntniskritischen Formalismus Kants hervorgegangen“ und wäre daher „viel treffender als rechtswissenschaftlicher Formalismus zu bezeichnen“. Danach hätte Savigny einen Rechtsbegriff entwickelt, der von Kants philosophischem Idealismus abhängt. In der Tat ist derartiges lange behauptet und erst durch die jüngere Forschung wieder in Zweifel gezogen worden. Hier liegt auch der Grund dafür, warum noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts geglaubt wurde und zum Teil bis heute die Auffassung herrscht, Savigny und die von ihm mitbegründete Pandektenwissenschaft hätten eine Arbeitstechnik propagiert, die als „Begriffsjurisprudenz“ den Juristen zu einem Subsumtionsautomaten herabwürdigte.⁶ In Wahrheit gehört Savigny aber zu den ersten Autoren und Wortführern einer fundamentalen Kodifikationskritik, die jedes Ansinnen einer mechanischen oder maschinenmäßigen Rechtsanwendung in aller Schärfe zurückgewiesen haben.

1.3 Automaten im zweiten juristischen Maschinenzeitalter

Nach verbreiteter Auffassung handelt es sich bei der Automaten-Metapher um einen von der sogenannten Freirechtsbewegung im frühen 20. Jahrhundert eingeführten Topos.⁷ Es gibt aber ältere Quellen, die eine deutlich frühere Skepsis gegenüber einer maschinenmäßigen oder mechanischen Rechtsanwendung belegen. Diese Zeugnisse lassen sich, wie soeben angedeutet, bis in die Anfänge des 19. Jahrhunderts zurückverfolgen. Danach ist maschinenmäßige Rechtsanwendung ein abwertender Ausdruck für eine Art juristischer Entscheidungsfindung, die keinerlei menschlicher Leistungen mehr bedarf und sich sklavisches an einen ‚vorgeschriebenen‘ Wortlaut hält. Eine solche pejorative Bedeutung teilt der Subsumtionsautomat mit Rudolf von Jherings „Urteilsmaschine“, Hermann Kantorowicz’ „Denkmaschine“ oder Max Webers „Paragraphenautomat“, in welchen „man oben die Akten nebst den Kosten und Gebühren hineinwirft, auf daß er unten das Urteil neben den mehr oder minder stichhaltigen Gründen ausspeie“. All diese Maschinen oder Automaten, die in den folgenden Kapiteln näher vorgestellt werden,

karikieren jene Art der Formalisierung, wonach der Richter bei einer Rechtsanwendung ohne eigene Zutaten lediglich wiederholen soll, was im Gesetz bereits gesagt wurde.

Durchaus ernst gemeint ist aber eine neue ‚Maschine‘, deren Funktionen aktuell unter Stichworten wie autonome technische Systeme, Legal Technology oder Legal Tech erörtert werden. Auch hier gibt es freilich eine Vorgeschichte, die vor rund 50 Jahren begann, als sich die ersten Anzeichen eines zweiten juristischen Maschinenzeitalters bemerkbar machten. So versuchte Ende der 1960er-Jahre eine Gruppe von Rechtswissenschaftlern, Logikern, Informatikern und Linguisten, Grundlagen für eine automatische Analyse der Interpretation von Gesetzestexten zu schaffen. Schon damals wurden jene Vorzüge einer technischen Problemlösung gepriesen, die auch heute wieder hervorgehoben werden: Erleichterung der richterlichen Tätigkeit, Schnelligkeit und Kostengünstigkeit der Entscheidungen, Ausschluss privater Meinungen der Entscheider. Ziel war es, Programme zur Formalisierung von Rechtssätzen und zur Ableitung von Subsumtionen aus einem formallogischen Vergleich von Ober- und Untersätzen zu entwickeln. Neue Impulse empfing der „Subsumtionsautomat“ auch dadurch, dass zuvor verpönte Begriffe wie Logik, Ableitung oder Deduktion nun ganz unbefangen und ohne Vorbehalte gebraucht werden konnten. Bald zeigte sich jedoch, dass regelbasierte Systeme beim Verstehen von Sprache kaum einsetzbar waren. Alltagsaufgaben, die der Mensch mühelos meistern konnte, bereiteten den Systemen fast unüberwindliche Schwierigkeiten. So wandten sich viele Forscher von den Gebieten der automatischen Entscheidung wieder ab. Im Rückblick wird diese Zeit als „Winter der künstlichen Intelligenz“ bezeichnet.⁸

Heute komponieren Computer Musikstücke und zeigen sich Menschen bei Dame, Schach oder Go überlegen. Die jüngsten technischen Fortschritte haben den Diskussionen über die Frage, ob nicht auch juristische Entscheidungen mit Automaten getroffen werden können, neuen Auftrieb gegeben. Künstliche juristische Intelligenz arbeitet aktuell nicht mehr primär auf Basis vordefinierter Regeln, sondern mit großen Datenmengen in Form von juristischen Sachverhalten, Rechtsprechung, Gesetzestexten, Kommentarliteratur, Urteilsrezensionen oder sonstigen Quellen, die in mathematische Gleichungen verwandelt und nach ihrer numerischen Häufigkeit in Bezug auf eine bestimmte Rechtsfrage untersucht werden. Wie das umstrittene Modell eines Justizsyllogismus reduziert freilich auch die Rechtsanwendung auf Basis von Algorithmen juristische Entscheidungen auf einen rein formalen Akt.

„Formalisierung“ ist dabei in einem doppelten Sinne zu verstehen, als Transformation von natürlicher in formale Sprache und als digitale Entscheidung von Rechtsfällen. Das zweite Maschinenzeitalter hätte seinen Namen nicht verdient, wenn die alte Skepsis gegenüber einem rechtswissenschaftlichen Formalismus inzwischen nicht einem schier grenzenlosen Optimismus gewichen wäre. So äußert sich der Zukunftsforscher und führende Digitalisierungsexperte Philipp Otto in einem aktuellen Interview über die Zukunft digitaler Justiz mit den Worten: Die Justiz wird künftig

ganz anders aussehen – vielleicht gibt es kein einziges Blatt Papier mehr. Vermutlich wird es ganz selbstverständlich sein, dass Menschen, die über wenig finanziellen Spielraum und so gut wie kein juristisches Grundwissen verfügen, problemlos und unbürokratisch anwaltliche Beratung annehmen können, weil die Prozesse so weit optimiert sind, dass sie kaum noch Kosten verursachen. Und vielleicht lachen wir dann nur noch, wenn wir dieses Interview dann nochmal lesen, weil uns die Fragen als etwas vorkommen, über das man längst nicht mehr nachdenken muß. All das fände ich sehr positiv und lässt mich äußerst optimistisch in die Zukunft blicken.⁹

1.4 Wie funktioniert juristisches Denken?

Sie lebt also, die Vision, juristische Entscheidungen auf Grundlage formaler Verfahren einst so optimieren zu können, dass sich die Lösung eines Rechtsfalls aus der Programmierung künftigen Geschehens einfach ableiten lässt. Das lästige „Nachdenken“ über Recht und, um ein Beispiel zu nennen, über sein komplexes Wechselspiel mit den Wertungen der Ethik, wäre entbehrlich geworden. „Und vielleicht lachen wir dann nur noch“, weil uns solche Fragen „als etwas vorkommen“, was sich längst erledigt hat. Ein Diskurs über Formalismus, Positivismus oder autonome Systeme bringt also immer auch Vergangenheit und Zukunft und damit Geschichte ins Spiel. Wie aber funktioniert juristisches Denken wirklich? Gibt es eine Theorie, die erklären könnte, wie die Bedeutung von Sachverhalten und Rechtstexten korrekt zu ermitteln wäre? Mit welchen Informationen muss ein autonomes System gespeist werden, um statt eines Menschen entscheiden zu können? Das sind Fragen der juristischen Methodologie. Sie müssen gestellt werden, weil die intelligenten Systeme auf Juristen angewiesen sind: Rechtsexperten müssen Computerwissenschaftlern, Informatikern und Programmierern die

Funktionsweise juristischen Denkens erklären, wenn sie Rechtstexte in formale Sprache zu transformieren suchen.¹⁰ Die aktuelle Legal Tech-Literatur pflegt methodologische Themen eher stiefmütterlich zu behandeln und scheint nach wie vor den Akzent auf das Konzept kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens zu legen. So heißt es in einer viel zitierten neueren Studie über die „Formalisierung des Rechts“ durch autonome Systeme: „Das kontinentaleuropäische Recht fußt auf der Vorstellung des positiven geschriebenen Rechts und damit einer sehr strikten Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung.“ Die Studie sei daher „auf Fälle eingegrenzt, in denen das geschriebene Gesetz hinreicht und nicht durch Rechtsfortbildung ergänzt werden muss“.¹¹ Es nimmt nicht wunder, dass dieser Ansatz auf energischen Widerstand gestoßen ist. Denn viele Autoren würden bezweifeln, dass eine strikte „Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung“ möglich ist.¹² Lassen sich überhaupt konsensfähige Aussagen über die Aufgaben des juristischen Denkens und die Methode treffen?

Auf diese Frage vermag natürlich auch die vorliegende Untersuchung keine letzte Antwort zu geben. Am Beispiel der Diskussionen über Rechtsmaschinen können aber Hauptpunkte markiert werden, zu denen das juristische Denken immer wieder zurückzukehren scheint. Es empfiehlt sich, diese Punkte anhand einer Skala zu veranschaulichen, die vom altherwürdigen Kodifikationsgedanken mit seiner strikten Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung bis zur freien Rechtsfindung mit der Behauptung reicht, ein jeder Fall habe seine eigene Methode. Zwischen den Extremen von Subsumtionsautomaten und Richterkönigen liegen freilich viele Abstufungen und Korrelate, sodass die These lauten wird: Nur eine dialektische Verknüpfung formaler und materialer Elemente vermag der Komplexität juristischen Denkens gerecht zu werden. Dabei ist vorausgesetzt, dass es viele Epochen gibt, in denen Fragen nach den Beziehungen von Automatismus und Wertung, Formalismus und Finalismus, strengeren und freieren Elementen der Rechtsbildung und Entscheidungsfindung aufgeworfen werden: Antike, Byzanz, Mittelalter, Renaissance, Vernunftrecht, Historische Rechtsschule und Pandektistik mit ihren Ausstrahlungen auf die heutige Zeit.

Wenn die Wahl nun zuerst auf die „Begriffsjurisprudenz“ fällt, so sind damit primär die Pandektistik und die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts gemeint, in dem diese Methode entwickelt worden sein soll. Dass nach verbreiteter Meinung die Freirechtsbewegung den Topos des Subsumtionsautomaten eingeführt hat, wurde bereits angedeutet. Daran ist richtig, dass vor allem das Freirecht

in Opposition zur Begriffsjurisprudenz und zum rechtswissenschaftlichen Formalismus getreten ist und dabei die Vorstellung einer maschinenmäßigen Gesetzesanwendung bekämpft hat. Allerdings wurde der Terminus Begriffsjurisprudenz schon vorher, und zwar durch Rudolf von Jhering geprägt. Bei Jhering findet sich auch bereits jene Ablehnung von Urteilsmaschinen und logisch-mechanischer Rechtsanwendung, die das Freirecht später aufgegriffen und vertieft hat. Es sei daher zuerst Jherings Verständnis von Begriffsjurisprudenz und Urteilsmaschine skizziert.

Anmerkungen

- 1 Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* (2008), Revised Edition, Oxford 2010. Wenn im Folgenden Fragen der juristischen Entscheidung und des juristischen Denkens aufgeworfen werden, so sind diese in einem weiten Sinne zu verstehen. Gemeint sind nicht nur die Urteile von Richtern, der Verwaltung oder von Professoren, die Urteile besprechen oder hypothetische Fälle lösen. Umfasst werden auch Gebiete wie private Rechtsetzung oder Governance sowie die Prognosen von Anwälten oder Entscheidungsvorschläge, welche diese in ihren Schriftsätzen unterbreiten. Mit Blick auf die besondere Offenheit juristischen Denkens (siehe 8. Kapitel) geht es letztlich um die Unterschiede zwischen menschlichem und artifiziellem Entscheiden überhaupt.
- 2 Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), edited by Michael Oakeshott (1957), dt. *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, hg. v. Iring Fetscher, Frankfurt am Main 1966. Dazu näher: Barbara Stollberg-Rilinger, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*, Berlin 1986; Ethel Matala de Mazza, *Der verfasste Körper. Zum Projekt einer organischen Gemeinschaft in der Politischen Romantik*, Freiburg im Breisgau 1999; Albrecht Koschorke, Susanne Lüdemann, Thomas Frank, Ethel Matala de Mazza, *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Frankfurt am Main 2007; Meder, *Doppelte Körper im Recht. Traditionen des Pluralismus zwischen staatlicher Einheit und transnationaler Vielheit*, Tübingen 2015, S. 112–136.
- 3 René Descartes, *Beschreibung des menschlichen Körpers und aller seiner Funktionen*, ebenso von denen, die nicht von der Seele abhängen, wie von denen, die von ihr abhängig sind, außerdem über die wesentliche Ursache für die Bildung seiner Glieder, in: *Über den Menschen* (1632) sowie *Beschreibung des menschlichen Körpers* (1648). Nach der ersten französischen Ausgabe von 1664 übersetzt und mit einer historischen Einleitung und Anmerkungen versehen von Karl Eduard Rothschuh, Heidelberg 1969, S. 137–194.
- 4 Immanuel Kant, *Kritik der Urteilskraft*. Text auf Grundlage der drei Originalausgaben von 1790, 1793 und 1799, hg. v. K. Vorländer, 7. Auflage, Hamburg 1990 (unveränderter Nachdruck der 6. Auflage von 1924), S. 256 (Hervorhebung im Original, die Seitenangaben entsprechen der dritten Originalausgabe von 1799).
- 5 Siehe die Nachweise bei Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, in: JZ 74 (2019), S. 689–696, 689 f.
- 6 Kyriakos N. Kotsoglou, *Subsumtionsautomat 2.0.*, in: JZ 69 (2014), S. 451–457. Zu den Problemen von Wieackers Geschichtserzählung siehe Meder, Franz Wieackers „Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule“ neu gelesen: Ein schiefes Bild der Rechtsgeschichte?, in FS Albert Janssen (im Erscheinen).

- 7 Siehe nur Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, S. 5.
- 8 Ulrich Eberl, *Was ist künstliche Intelligenz – was kann sie leisten?*, in: APuZ 68 (2018), S. 8–14, 10.
- 9 Philipp Otto, in: *juris – Die Monatszeitschrift* 12/2019, S. 482–483.
- 10 Oliver Raabe u. a., *Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste*, Berlin, Heidelberg 2012, S. 171.
- 11 Oliver Raabe u. a., *Recht ex machina* (Anm. 10), S. 7 und 8 (mit weiteren Nachweisen). Norm- bzw. Rechtsetzung ist nach allgemeiner Meinung eine generalisierende, vorwegnehmende Regelung einer Vielzahl von gleichgelagerten Fällen – eine Programmierung künftigen Geschehens, vornehmlich durch das staatliche Gesetz. Der Rechtsanwender treffe dagegen eine Entscheidung im Einzelfall, regele also ein einmaliges, vergangenes und nicht wiederholbares Geschehen. Wie die Rechtsprechung sei der Rechtsanwender nicht zukunfts-, sondern lediglich situationsbezogen. Hinzu komme, dass die Rechtsanwendung in erster Linie partikulare Interessen der Parteien berühre, während im Rahmen der Rechtsetzung überwiegend Beziehungen von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung erfasst werden. Gegen diese Sichtweise ist der Einwand erhoben worden, dass eine Prognose künftigen Verhaltens durch Gesetze nur beschränkt möglich sei. Außerdem sei Sprache immer auch ungenau und der Auslegung bedürftig. Die Ziele einer Regelung lassen sich daher meist nur im Zusammenwirken von Rechtsetzung und Rechtsanwendung erreichen. Hinzu komme, dass auch bei der Entscheidung eines Einzelfalles die präjudizielle Wirkung berücksichtigt werden müsse, weil aus Gründen der Rechtsgleichheit in gleichen oder ähnlichen Fällen die Norm gleich oder ähnlich auszulegen sei. Eine Gemeinsamkeit zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung bestehe ferner darin, dass es sich in beiden Fällen um Rechtsbildung – um Rechtsschöpfung im Sinne einer eigenständigen Konkretisierung oder Bewertung desjenigen handle, der einen bestimmten Konflikt zu entscheiden sucht. Es gibt also eine Kontroverse über die Frage, ob und inwieweit sich Rechtsetzung und Rechtsanwendung unterscheiden. Ein Merkmal des rechtswissenschaftlichen Formalismus besteht nun darin, dass er in diesem Streit eine klare Position bezieht. Der klassische Formalismus (aus der Epoche des ersten Maschinenzeitalters) beruht auf der Prämisse, dass eine Instanz existiert, die künftiges Geschehen durch generelle Vorschriften regeln kann. Zu denken wäre hier zunächst an die Legislative, deren vornehmste Aufgabe nach allgemeiner Meinung in der Rechtsetzung besteht. Dieser rechtswissenschaftliche Formalismus zieht zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung also eine scharfe Trennlinie: Allein der staatliche Gesetzgeber ist befugt, nach seinem souveränen Willen das künftige Geschehen zu regeln, während sich die Aufgabe der Rechtsanwendung darauf beschränkt, den Regeln im Wege von Entscheidungen – idealiter ohne aktives Zutun – zur Durchsetzung zu verhelfen. Es wurde freilich schon frühzeitig bestritten, dass es überhaupt möglich sei, solche Trennlinien zwischen

- Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu ziehen (als jüngeres Beispiel sei nur auf die ansprechende Erörterung des Themas bei Matthias Jestaedt hingewiesen, der, wie so viele, freilich ebenfalls nicht ohne die Behauptung einer „subsumtionspositivistischen Begriffsjurisprudenz“ auskommt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen, Dirk Ehlers, Hg., Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin u. a. 2010, § 11 II, S. 334 f., mit Nachweisen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts). Raabe u. a. ignorieren diese Diskussion, wenn sie glauben, sich auf die Position eines kontinentaleuropäischen ‚Subsumtionsautomaten‘ zurückziehen zu können (vgl. 2. Kapitel bei Anm. 14; 4. Kapitel bei Anm. 13; 7. Kapitel bei Anm. 9).
- 12 Siehe nur die Kritik von Axel Adrian, Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 77–121, 82 f.; Kyriakos N. Kotsoglou, Subsumtionsautomat 2.o., in: JZ 69 (2014), S. 451–457.

2 Rudolf von Jhering: Die Vaucanson'sche Ente als „Urteilsmaschine“

Jacques de Vaucanson (1709–1782) war ein französischer Ingenieur und Erfinder, der davon träumte, einen künstlichen Menschen zu erschaffen. Aufsehen erregte seine Konstruktion eines musizierenden Automaten in Menschengestalt – ein mechanischer Flötenspieler, den er 1738 der französischen Akademie der Wissenschaften in Paris vorstellte. Als sein eigentliches Meisterwerk gilt jedoch die Konstruktion einer automatischen Ente, die mit den Flügeln flattern, schnattern, Nahrung aufnehmen und verdauen konnte. Die Ente imitierte also nicht nur die äußeren Bewegungen von Kreaturen, was damals bereits viele konnten, sondern simulierte die Dignität des Organischen und damit „Leben“. In einem Brief an Abbé Desfontains beschreibt Vaucanson 1738 seine Erfindung nicht ohne Stolz mit den Worten:

Sie strecket ihren Hals in die Höhe, um Körner aus der Hand zu nehmen, sie verschluckt, verdauet, und gibt das Verschluckte durch die gewöhnlichen Wege, nachdem sie es verdaut hat, wieder von sich [...] Die in dem Magen verdaute Materie wird durch Röhren, wie bey einem Thiere durch seine Gedärme, in den Hindern abgeführt, allwo eine Oeffnung ist, durch welche das Verdaute einen Ausgang findet.¹

Als der französische Wissenschaftstheoretiker und Philosoph Gaston Bachelard (1884–1962) 200 Jahre später einen Essay über den „Mythos der Verdauung“ (1938) verfasste, stellt er fest: „Die Verdauung ist der Ursprung der stärksten Form von Realismus“.² Liegt in diesem „Realismus“ vielleicht der Grund für die Faszination, die Vaucansons Konstruktion auf Jhering ausübte? Jhering bezieht sich im ersten Band seines Werks „Der Zweck im Recht“ (1877) jedenfalls auf die Ente, und zwar im Zusammenhang mit einer Grundsatzfrage, die das Verhältnis von Gesetz und Recht betrifft: Vermag eine detailreiche Gesetzgebung den „Kopf des Richters“ zu ersetzen? Lässt sich eine juristische Entscheidung durch formal-logische und mechanische Methoden der Rechtsanwendung determinieren? „Die Erfahrung hat auch hier gerichtet“, meint Jhering und denkt wahrscheinlich an die fast 20.000 Vorschriften, mit denen das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 den juristischen Bedarf an Urteilstkraft auf ein Minimum zu reduzieren suchte. Jhering misstraute den Realitätsansprüchen mechanischer Rechtsanwendung. Er glaubte nicht, dass

dem Richter „Detailbestimmungen für jeden einzelnen Fall, juristische Recepte für die Entscheidung aller möglichen Rechtshändel“ an die Hand gegeben werden können, „welche ihn allen weiteren Suchens überheben“ würden:

Die Unmöglichkeit, die unendlich bunte und mannigfaltige Gestaltung der Fälle im voraus zu übersehen, stempelt diesen Versuch der absoluten Fixirung der richterlichen Entscheidung zu einem von vornherein verfehlten. Der Gedanke, der dabei vorschwebt, ist der, die Anwendung des Gesetzes zu einer rein mechanischen zu machen, bei der das richterliche Denken durch das Gesetz überflüssig gemacht werden soll; man wird an die von Vaucanson construirte Ente erinnert, welche auf mechanischem Wege den Verdauungsprocess besorgte – vorn wird der Fall in die Urtheilsmaschine hineingeschoben, hinten kommt er als Urtheil wieder heraus.³

Jhering zeichnet hier ein durchaus drastisches, ja derbes Bild einer „Urteilsmaschine“. Doch bleibt zu beachten, dass er den Richter keineswegs herabwürdigen möchte, wenn er dessen Tätigkeit mit der Verdauung eines Tieres und das Urteil mit den Exkrementen gleichsetzt. Die Parallelen sollen nur diejenigen abschrecken, welche das Erfordernis einer Determination juristischer Entscheidungen durch allgemeine Rechtssätze, durch Gesetz oder Dogmatik, postulieren. Jherings „Urteilsmaschine“ ist also im weiteren Kontext seiner Rechtskritik zu verstehen, die unter dem Terminus „Begriffsjurisprudenz“ berühmt geworden ist.

2.1 Jherings Angriffe gegen die ‚Begriffsjurisprudenz‘

Am Anfang der Kritik des juristischen Formalismus und der mechanischen Rechtsanwendung steht der Terminus „Begriffsjurisprudenz“, der, von Jhering geprägt, noch heute weit verbreitet ist. Die Kontroverse um die Begriffsjurisprudenz hat auch außerhalb Deutschlands, vor allem in den USA, große Resonanz gefunden. Den Auftakt bildet Jherings Nachruf auf Savigny, der 1861, also noch in dessen Todesjahr, publiziert wurde. Hier finden sich bereits einige der wichtigsten Elemente von Jherings Rechtskritik. Savigny habe eine „Entfremdung zwischen Theorie und Praxis“ herbeigeführt und „die Bedeutung der menschlichen Thatkraft“ für die Rechtentstehung unterschätzt, wobei auch der „Apparat allgemeiner Ideen“ missbilligt wird, „den Savigny gegen seine Gegner in Bewegung zu setzen für nöthig hält“.⁴

In den zunächst anonym publizierten „Vertraulichen Briefen über die heutige Jurisprudenz“ (1861–1866) und den „Plaudereien eines Romanisten“ (1880) vertieft Jhering seine Kritik. Berühmtheit erlangte das von ihm so genannte „Phantasiebild“ – eine satirische Abrechnung mit der Begriffsjurisprudenz, die er wenige Jahre später unter dem Titel „Im juristischen Begriffshimmel“ veröffentlichte. In Dialogen schildert Jhering die Philosophie von Kant, derzufolge „die Welt, welche Du bisher wahrzunehmen glaubtest“, nur als „Vorstellung“ und in Gestalt von „Formen Deiner subjektiven Anschauung“ existiere. Die den „Formen“ entsprungenen Begriffe „vertragen sich nicht mit dem Leben, sie haben eine Welt für sich nötig, in der sie ganz genau für sich allein existieren, fern von jeglicher Berührung mit dem Leben“. ⁵ Tatsächlich verwirklicht Kant zufolge rechtliches Handeln eine Regel der Vernunft, deren Gegenstand „außer dem Begriff gar nicht angetroffen wird“. So ist auch die Freiheit ein „reiner Vernunftbegriff“, dem „kein angemessenes Beispiel in irgend einer möglichen Erfahrung gegeben werden kann“. Wenn Jhering nun gegen die Unverträglichkeit von Begriff und Leben opponiert, dann zielt er zunächst gegen eine Art des „Idealismus“, der, wie eine Maschine, die Realität aus dem Recht möglichst zu verbannen sucht. Unter den Prämissen einer an Vernunftbegriffen ausgerichteten Philosophie können selbst die Umstände des Einzelfalls das Recht nicht mehr in Verlegenheit bringen. So muss Kant z. B. in Kauf nehmen, dass das höchste Recht zur höchsten Rechtsverletzung führen kann: *summum ius summa est iniuria*.⁶

Jherings Einwände gegen die ‚Begriffsjurisprudenz‘ erschöpfen sich nicht in einer Kritik von Kants philosophischem Idealismus. Er geht noch einen Schritt weiter, wenn er diesen Idealismus mit dem Denken führender Köpfe der Historischen Rechtsschule identifiziert. Damit nimmt er einen Ansatz vorweg, dem später viele andere Autoren folgen werden. Darüber hinaus finden wir bei Jhering eine Vielzahl weiterer Merkmale, die bis heute als Etiketten des rechtswissenschaftlichen Formalismus ausgewiesen werden. Dazu gehört die Behauptung, der Begriffsjurist würde die Entscheidung aus Begriffen im Wege der Deduktion und ohne Folgenabschätzung einfach ableiten. Auch die Gleichung von Jurisprudenz und Mathematik sowie der Scholastik- und Positivismus-Vorwurf finden bereits Erwähnung. Im Übrigen beruhe die Begriffsjurisprudenz auf der Vorstellung, das Recht sei ein nur der Logik verpflichtetes System, welches als „*mos geometricus*“ seine Prinzipien unabhängig von der sozialen Wirklichkeit entwickle.⁷ Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass Jhering häufiger auf das Bild von der Maschine