

## **Subsumtionsautomat 2.0 - Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter?**

**Sabine Gless/Wolfgang Wohlers**

Erschienen in:  
**Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**

Herausgegeben von:  
**Prof. Dr. Martin Böse**  
**PD Dr. Kay H. Schumann**  
**Prof. Dr. Friedrich Toepel**

**Im Nomos Verlag, Baden-Baden 2019**

### **Zitationsvorschlag:**

Gless, Sabine / Wohlers, Wolfgang, Subsumtionsautomat 2.0 - Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter? in: Martin Böse / Kay H. Schumann / Friedrich Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Nomos Verlag 2019, S. 147-165.

## Subsumtionsautomat 2.0 Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter?

*Sabine Gless/Wolfgang Wohlers*

### *1. Künstliche Intelligenz: Herausforderung auch für die Richterschaft?*

Die Diskussion um die mit der Digitalisierung unserer Lebenswelt einhergehenden Veränderungen erreicht – mit der üblichen zeitlichen Verzögerung – auch die Strafrechtswissenschaft.<sup>1</sup> Neben den für das Völkerstrafrecht relevanten „Kriegsdrohnen“<sup>2</sup> wird die Debatte um die Auswirkung autonom agierender Roboter derzeit vor allem durch die Diskussion dominiert, welche Konsequenzen die in den Bereich des technisch Möglichen rückende Zulassung autonom verkehrender Fahrzeuge für das tradierte Strafrecht haben könnte.<sup>3</sup> Wenn uns mit den (menschlichen) Fahrzeuglenkern die primären Adressaten strafrechtlicher Pflichten und Sanktionen abhandeln, stellt sich die Frage, ob hierdurch eine Verantwortlichkeitslücke entsteht und wie diese gegebenenfalls geschlossen werden kann.<sup>4</sup> Letztlich geht es bei alledem um das Problem, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Roboter – als Prototyp eines autonom agierenden

- 
- 1 Vgl. etwa *Gless/Weigend*, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 126 (2014), 561 ff.; *Beck*, Technisierung des Menschen – Vermenschlichung der Technik, in: *Bung/Gruber/Ziemann* (Hrsg.): *Autonome Automaten*, Berlin 2014, S. 178 ff.; *Hilgendorf*, Automatisiertes Fahren und das Recht, ZVR Sonderheft 2015, 469 ff.; *ders.*, in: *Beck* (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, S. 110 ff.; *Markwalder/Simmler*, Roboterstrafrecht, AJP 2017, 171 ff.
  - 2 *Bhuta/Beck/Geiß/Liu/Kreß* (Hrsg.), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge 2016.
  - 3 *Gless/Janal*, Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung, JR 2016, 561 ff.; *Franke*, Rechtsprobleme beim automatisierten Fahren – ein Überblick, DAR 2016, 61 ff.; *Sander/Hollering*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren, NStZ 2017, 193 ff.; *Wohlers*, Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, BJM 2016, 113 ff.
  - 4 *Gless/Weigend*, ZStW 126 (2014), 561, 566 ff.; *Schorro*, Autonomes Fahren – erweiterte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters, ZStrR 135 (2017), 81, 97; *Wohlers*, BJM 2016, 113, 121 ff.

intelligenten Datenverarbeitungssystemen<sup>5</sup> – selbst zum Adressaten strafrechtlicher Normen und Sanktionen werden könnten.<sup>6</sup> Diese Diskussion, die unter anderem auf eine „ePerson“ als Haftungsadressat zielt, wirft damit aus anderer Perspektive eine Frage auf, die schon im Rahmen der Strafbarkeit von Verbänden und Unternehmen geklärt werden müsste: Setzt die Verhängung von Strafe Personalität voraus und, wenn ja, was sind deren Voraussetzungen, damit Schuld vorgeworfen werden kann?<sup>7</sup>

Bemerkenswert ist, dass sich die Debatte neuerdings nicht mehr nur auf die Problematik von Robotern als taugliche „Täter“ einer Straftat beschränkt. Diskutiert wird auch, ob Roboter Aufgaben bei der Aufarbeitung von Straftaten übernehmen könnten – als Staatsanwalt, als Verteidiger oder sogar als Richter.<sup>8</sup> Jedenfalls ist die Anwaltschaft heute schon damit konfrontiert, dass intelligente Datenverarbeitungssysteme Aufgaben erledigen, für die es nach traditionellem Vorverständnis eigentlich zwingend eines menschlichen Juristen bedürfte. So steht zB für London und in New York unter dem Namen „DoNotPay“ ein IT-Programm zur Verfügung, das als „the world’s first robot lawyer“ dabei behilflich ist, Ordnungsbussen wegen Parkverstößen anzugreifen – und dies mit einer angegebenen Erfolgsquote von 64%. Das hat nach Zeitungsberichten dazu geführt, dass in 21 Monaten bei 160'000 gewonnenen Fällen Parkbussen in Höhe von insgesamt 4 Mio USD nicht vollstreckt worden sind.<sup>9</sup> Andere Internetplattformen versprechen eine automatisierte Prüfung von Erstattungsansprüchen bei verspäteten Flügen auf der Grundlage der EU-Fluggastrechteverord-

---

5 Beck, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 2009, 225 ff.

6 Beck, The problem of ascribing legal responsibility in the case of robotics, AI & SOCIETY 2015; Erhardt/Mona, Rechtsperson Roboter – Philosophische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit künstlicher Intelligenz, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, S. 61 ff.; Gless, Von der Verantwortung einer E-Person, GA 2017, 324 ff.; Gless/Silverman/Weigend, If Robots Cause Harm, Who is to Blame? Self Driving Cars and Criminal Law, New Criminal Law Review 19 (2016), 412, 415 ff.; Seber, in: Beck (Fn. 1), S. 45 ff.

7 Kindhäuser, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, 493, 499 ff.; ders., Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), 1, 5 ff.; für den Versuch, einen auch auf Roboter passenden neuen Schuldbegriff zu entwerfen, vgl. Simmler/Markwalder, Roboter in der Verantwortung?, ZStW 129 (2017) 20 ff.

8 Hähnchen/Bommel, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334, 337 ff.; Ernst, Erwiderung, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096, 1099 f.

9 <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>; vgl. auch Gurtner, L'innovation et l'avenir de la profession d'avocat, Anwaltsrevue 2017, 15 f.

nung; wieder andere Online-Dienste stellen umfangreiche Unterstützungsleistungen bei der Erstellung rechtlicher Dokumente zur Verfügung oder bieten sogar Rechtsberatung als solche an.<sup>10</sup> Die genannten Beispiele zeigen, dass die in Juristenkreisen verbreitete Überzeugung von der eigenen Unersetzbarkeit möglicherweise trügerisch ist und eine Neukalibrierung notwendig werden könnte.<sup>11</sup> Gegenstand der folgenden Darstellung sind allerdings nicht mögliche Veränderungen im Arbeitsalltag der Anwaltschaft, sondern die Debatte um die Frage, ob sich Richter ebenfalls darauf einstellen sollten, dass ihre Tätigkeit in fernerer Zukunft (teilweise) durch Roboter erledigt werden wird. Oder anders formuliert: Bleibt der als verbindlich akzeptierte Richterspruch durch Künstliche Intelligenz eine Science Fiction-Phantasie oder sollte man davon ausgehen, dass langfristig gesehen auch durch 'Subsumtionsautomaten' getroffene juristische Entscheidungen gesellschaftlich akzeptiert werden?

1. „Robo-Judge“: Science Fiction-Phantasie oder reales Szenario?

Auf die Vorstellung, dass Juristen durch Roboter<sup>12</sup> und deren Künstliche Intelligenz (KI)<sup>13</sup> ersetzt werden könnten, trifft man bisher in Science Fic-

---

10 *Buchholtz*, Legal Tech, Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, 955 f.; *Frese*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090, 2092; *Gurtner*, Anwaltsrevue 2017, 15, 16; *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334, 336 f.; *R. Susskind*, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, Revised Edition, Oxford 2010, S. 243 ff.; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898, 900 f.

11 Zu den Herausforderungen durch das digitale Holozän vgl. NZZ vom 19. April 2016, S. 36 (Der Jurist im digitalen Holozän. Bricht das Wissensmonopol der Anwälte dank technischem Fortschritt langsam, aber sicher weg?); NZZ vom 1. November 2016, S. 28 (Ersetzen Maschinen bald auch Experten?).

12 Zu Definitionen von Robotern vgl. *M.F. Müller*, Roboter und Recht – Eine Einführung, Aktuelle Juristische Praxis 5 (2014), S. 595 ff.; *R. Calo*, Robots in American Law, University of Washington School of Law Research Paper 2016-04; *Gless/Seelmann*, Verantwortungszuschreibung in Antike und Moderne in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, S. 11 ff.

13 KI wird weit verstanden, als Versuch menschliches Denkvermögen durch maschinenbasiertes Lernen nachzuahmen. Soweit ersichtlich, stammt der Begriff ursprünglich aus einem Forschungsantrag aus dem Jahr 1956: *McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon*, 1955 (<http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>):

„We propose that a [...] study of artificial intelligence be carried out [...]. The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or

tion-Kunst.<sup>14</sup> Die Straf(prozess)rechtswissenschaft geht offenbar davon aus, dass menschliche Staatsanwälte, menschliche Verteidiger und menschliche Richter auf (un-)absehbare Zeit nicht durch Subsumtionsautomaten ersetzt werden können. Dass KI in die Rechtspraxis eingebunden und in diesem Rahmen dann auch juristische Entscheidungen treffen wird, scheint für andere aber klar zu sein.<sup>15</sup> So antwortet der Philosoph David Precht in einem Interview auf die Frage, dass es doch alles andere als ausgemacht sei, dass sämtliche Denkprozesse von Maschinen übernommen werden können:

„Beim Denken bin ich auch skeptisch, aber bei Jura muss man nun wirklich selten denken! Die Juristerei ist ja letztlich nichts anderes als ein einziges großes Ordnungssystem, das kann man ganz leicht durchrattern. Das gibt's auch bereits: Kennen Sie 'Watson' die semantische Suchmaschine von IBM? Ein Computer in den Sie jede normale juristische Frage eingeben können und daraufhin ihre Expertise ausgedruckt bekommen. Natürlich wird es weiterhin Juristen geben, die sich mit komplizierten Dingen befassen, die kreative Lösungen verlangen. Aber der Feld-Wald-und-Wiesen-Jurist, der wird wie etliche andere Dienstleister verschwinden.“<sup>16</sup>

Dem Reflex, diese Äußerung als das Statement eines auf die Aufmerksamkeit der (Medien-) Öffentlichkeit angewiesenen „rasenden Populärphilosophen“<sup>17</sup> abzuqualifizieren,<sup>18</sup> sollte man aus mehreren Gründen widerste-

---

any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it”

14 Vgl. zB *Asimov*, *The Naked Sun* (1957); oft verschmelzen hier Richtertätigkeit und Rechtsdurchsetzung wie etwa bei Judge Dredd in *The Robot Wars*.

15 Vgl. etwa: *Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden ..., *NVwZ* 2017, 681 ff.; *McGinnis/Pearce*, *The Great Disruption: How Machine Intelligence will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, *Fordham Law Review* 82 (2014), 3041 ff.

16 *NZZ* vom 19. November 2016, S. 48. Hinzuweisen ist darauf, dass Watson soweit ersichtlich nicht für juristische Entscheidungen eingesetzt worden ist; es gibt aber Systeme, die auf der Basis von Watson entwickelt worden sind, und mit denen juristische Fragen gelöst werden sollen, vgl. *Frese*, *NJW* 2015, 2090, 2092; *Wagner*, *BB* 2017, 898, 902 f.

17 So die Charakterisierung Prechts in der *NZZ* vom 19. November 2016, S. 48.

18 Etwa im Sinne Iherings, der im Hinblick auf das mechanistische Richterbild festgehalten hat: „Man wird an die von Vaucanson konstruierte Ente erinnert, welche auf mechanischem Weg den Verdauungsprozess besorgte – vorn wird der Fall in die Urtheilsmaschine hineingeschoben, hinten kommt er als Urtheil wieder heraus“ (*Ihering*, *Der Zweck im Recht*, Band 1, 3. Aufl. 1893, S. 394).

hen: Abgesehen davon, dass dieser Standpunkt auch bereits von niemandem anderen als Max Weber vertreten worden ist,<sup>19</sup> dürfte dieses Konzept von „Juristerei“ einer im gesellschaftlichen Alltag weit verbreiteten Vorstellung entsprechen – auch weil Rechtswissenschaftler bisher nicht in ausreichendem Masse die Chance ergriffen und über die Grenzen des Fachdiskurses hinaus ihre Herangehensweise und Methode erläutert haben; es fehlt deshalb ein breites Verständnis dafür, was eine juristische Entscheidung eigentlich ausmacht. Zum andern ist man sich innerhalb der einschlägigen Fachkreise zwar weitgehend einig, dass die Vorstellung vom Richter als Subsumtionsautomat unzutreffend ist;<sup>20</sup> gleichzeitig tut man sich aber schwer, aufzuzeigen, wie bzw. anhand welcher Parameter eine juristische Entscheidung tatsächlich getroffen wird bzw. werden sollte.<sup>21</sup>

## 2. Die richterliche Entscheidung: ein Reservat menschlicher Kompetenz?

Auch wenn wir uns bisher in dem Glauben sicher gefühlt haben, dass Computer den Menschen jedenfalls dann bzw. dort nicht ersetzen können, wo es um Kreativität und Intuition geht, müssen wir doch zur Kenntnis nehmen, dass moderne Computerprogramme dem Menschen nicht nur bei Schach<sup>22</sup> und Go<sup>23</sup> überlegen sind, sondern sie auch Musikstücke komponieren können, die Zuhörer von Stücken, die von menschlichen Komponisten geschrieben wurden, nicht mehr wirklich unterscheiden kön-

---

19 Vgl. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Tübingen 1972, S. 826.

20 *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 154 bezeichnen den Versuch, den Richter an den Buchstaben des Gesetzes binden zu wollen, als „naiv“; vgl. auch *Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 252; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., München 2016, S. 50 f.; *Vogel*, *Juristische Methodik*, Berlin 1998, S. 175.

21 Vgl. *Baer*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 2 Rn. 2; *Hassemer*, in: Jung/Luxemburger/Wahle (Hrsg.) *Festschrift für Egon Müller*, Baden-Baden 2008, S. 252 f.

22 Computer schlägt Kasparow, *Die Welt*, 12.02.1996 (<https://www.welt.de/print-welt/article6526666/Computer-schlaegt-Kasparow.html>; zuletzt abgerufen am 24.5.2018); vgl. auch Kasparow, *Deep Thinking*, London 2017.

23 Go-Meister gegen Computer 1:3, *Zeit Online*, 13.3.2016 (<https://www.zeit.de/sport/2016-03/go-alphago-mensch-maschine-viertes-duell>; zuletzt abgerufen am 24.5.2018).

nen.<sup>24</sup> Sind vor diesem Hintergrund nun auch die Tage gezählt, in denen ausschließlich Menschen über Menschen richten? Die eingangs genannten Beispiele für bereits realisierte Digitalisierungen in der Rechtspraxis betreffen alle Fallgestaltungen, in denen Anwälte für ihre Mandantschaft vergleichsweise standardisierte Dienstleistungen erbringen. Sie lassen Veränderungen in Berufsfeldern der Anwaltschaft erahnen, die gemessen am heutigen Ist-Zustand durchaus gravierend sein können, die aber nicht die juristische Arbeit im Kern betreffen, sondern eher eine Form der Routine-dienstleistung, die relativ pauschal – „vorgestanzt“ – erbracht werden können, wie eben die Rechtsauskunft oder Rechtseinforderung in Standardfällen. Andere Aufgaben, bei denen es auf eine haarscharf passende rechtliche Argumentation und Bewertung im Einzelfall ankommt, dürften dagegen kaum von sog. Legal Technology übernommen werden (können). Man wird deshalb mit einiger Berechtigung davon ausgehen können, dass etwa „die Vertretung vor Gericht [...] auf absehbare Zeit ganz überwiegend beim menschlichen Juristen“ verbleibt.<sup>25</sup>

Vor diesem Hintergrund darf sich die Richterschaft auf den ersten Blick in einer im Vergleich mit der Anwaltschaft nochmals komfortableren Situation sehen. Denn Richter erbringen keine Dienstleistungen, sondern treffen mehr oder wenig komplexe Entscheidungen im Einzelfall, die – gegründet auf eine die geschichtlichen, soziologischen, philosophischen, wirtschaftlichen und politischen Bezüge einbeziehenden Normanwendung<sup>26</sup> – Gültigkeit beanspruchen. Richter müssen offene Rechtsbegriffe ausfüllen, Ermessen ausüben – und manchmal müssen sie vielleicht sogar Gnade vor Recht ergehen lassen. Doch auch in der richterlichen Praxis gibt es Arbeitsfelder, in denen Entscheidungen weitgehend ohne Ansehen der individuellen Verhältnisse anhand weniger Parameter getroffen werden, wie zB bei der Ahndung von Straßenverkehrsverstößen.<sup>27</sup> Hier könnte man ernsthaft die Frage aufwerfen, was eigentlich dagegenspricht, derarti-

---

24 Computer komponiert Klassik – Erkennt die Profi-Musikerin den Unterschied?, Handelsblatt, 6.7.2017 (<https://orange.handelsblatt.com/artikel/29870>; zuletzt abgerufen am 24.5.2018); Ein Algorithmus lernt zu komponieren, NZZ am Sonntag, 6.7.2014 (<https://www.nzz.ch/wissenschaft/technik/forschung-am-epfl-ein-algorithmus-lernt-zu-komponieren-ld.1304612>; zuletzt abgerufen am 24.5.2018).

25 *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334, 338; vgl. auch *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 959; *Wagner*, BB 2017, 898, 903 ff.

26 Vgl. *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 956 f.

27 Zur Bedeutung von Straftaxen in der Praxis der Strafzumessung vgl. *NK-StGB/Streng*, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, § 46 Rn. 119 f.; *Schönke/Schröder/Stree/Kinzig*, 29. Aufl., München 2014, § 46 Rn. 59a, jeweils mwN.

ge Routineentscheidungen durch KI treffen zu lassen, wenn und soweit diese den notwendigen Entwicklungsstand erreicht hat.

Vordergründig betrachtet könnte sich dafür etwa auch die Entscheidung über die Anordnung von Untersuchungshaft anbieten. Denn auf den ersten Blick wirkt sie, was die gesetzlichen Voraussetzungen betrifft, eher übersichtlich: Tatverdacht, Haftgrund und Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Hinzu kommt, dass diese richterlichen Entscheidungen so oft getroffen werden müssen, dass Lerndaten in einem Umfang zur Verfügung stehen müssten, mit denen KI ausreichend trainiert werden könnte, um die menschliche Entscheidung nachzuahmen. Bei näherem Hinsehen wird jedoch schnell deutlich, dass bereits über das Merkmal des Tatverdachts der Sache nach alle Probleme auftauchen (können), denen sich auch der Richter bei der Subsumtion des in Frage stehenden Verhaltens unter einen Straftatbestand zu stellen hat.<sup>28</sup> Die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit setzt darüber hinaus eine vertiefte und differenzierte Gesamtabwägung des Einzelfalls voraus<sup>29</sup> und beim Vorliegen des Haftgrundes ist eine Prognoseentscheidung zu treffen,<sup>30</sup> die eigentlich nicht weniger diffizil ist als die Entscheidung über die Aussetzung einer Strafe zur Bewährung. Solche Fragen, sollte man meinen, kann ein Roboter kaum beurteilen. Im U.S.-amerikanischen Justizsystem wird KI allerdings zur Vorbereitung von Haftentscheidungen eingesetzt, insbesondere zur Vorhersage der Rückfallgefahr. Ob dieser Umstand beweist, dass KI insoweit valide Entscheidungen treffen kann oder ob hier einfach irrationale Auswüchse in der amerikanischen Strafrechtspflege aufscheinen, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Der Aufruf zur Operationalisierung der Evaluation von Therapierisiken<sup>31</sup> und der Einsatz von predictive policing-Software in Deutschland<sup>32</sup> ist jedenfalls ein Indiz dafür, dass auch das hiesige Strafrechtssystem nicht gegen den Glauben an effizienten Ressourceneinsatz im Justizwesen mithilfe von KI immun ist; und auch die Komplexität bestimmter richterlicher Aufgaben oder der Umstand, dass Regeln nicht immer starr und formelhaft

---

28 Ein Tatverdacht kann nur dann bestehen, wenn die Verurteilung mindestens möglich erscheint. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das in Frage stehende Verhalten nicht unter den in Frage stehenden Straftatbestand subsumiert werden kann, vgl. auch LR/Hilger, 26. Aufl. 2007, § 112 Rn. 16.

29 Vgl. LR/Hilger, § 112 Rn. 55 ff.; SK-StPO/Paeffgen, 5. Aufl. 2016, § 112 Rn. 10 ff.

30 Vgl. LR/Hilger, § 112 Rn. 28 ff.; SK-StPO/Paeffgen, § 112 Rn. 21b, 24 ff.

31 Urbaniok, FOTRES Forensisches Operationalisiertes Therapie-Risiko-Evaluations-System, Berlin 2016.

32 Vgl. dazu etwa: Antwort der Bundesregierung auf Kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 11.4.2018, <https://www.bundestag.de/presse/hib/-/550030>.



angewendet werden (können), bedeutet nicht, dass man nicht irgendwann glauben wird, dass KI in der Lage ist, richterliche Entscheidungen so gut nachzuahmen, dass Subsumtionsautomaten eingesetzt werden können.<sup>33</sup>

In diesem Zusammenhang ist die Entwicklung in den U.S.A. von großem Interesse, wo Datenverarbeitungsprogramme insbesondere Rückfallgefahr, Gefährlichkeit und Fluchtgefahr bewerten. Das durch Medienberichte auch hierzulande bekannte Programm COMPAS<sup>34</sup> verarbeitet eine große Menge von Daten verhafteter Straftäter, unter anderem Vorstrafen, Arbeitsverhältnisse, aber auch Antworten auf einen Fragebogen nach der Verhaftung und versucht durch Mustererkennung gefährliche Gruppen zu erkennen und Individuen diesen Gruppen zuzuordnen, um so die von einem Einzeltäter ausgehende Gefahr einzuschätzen.<sup>35</sup> Kritiker bezweifeln, dass die Vorbereitung von Haftentscheidungen durch KI von Vorteil ist, und haben gezeigt, dass Entscheidungsprozesse, die auf maschinenbasiertem Lernen beruhen, eine an eine Gruppenzugehörigkeit geknüpfte Diskriminierung zwischen verschiedenen Personengruppen (etwa aufgrund der Hautfarbe) nochmals verstärken.<sup>36</sup> Das wird unter anderem darauf zurück geführt, dass die Lerndaten für die Programme aus der Polizeiarbeit der vergangenen Jahrzehnte stammen; es erscheint zwischenzeitlich aber auch unbestritten, dass KI, die auf nicht überwachtem Maschinenlernen basiert, bei identifizierten Mustern nicht sinnvoll zwischen Korrelation von Kausalursachen unterscheiden kann und Diskriminierung durch Pauschalisierung bisher nicht verhindert werden kann.<sup>37</sup> Dass sich solche Datenverarbeitungsprogramme in den U.S.A behaupten, dürfte darauf zu-

---

33 Vgl. dazu den Vorschlag der französischen Regierung: Réforme Belloubet. Des logiciens à la place des juges, mirage de la justice prédictive, <http://www.senat.fr/leg/pjl17-463.html>.

34 Eine Abkürzung für Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, vgl. *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017, 1018.

35 Vgl. *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, „Machine Bias“. Text/html. ProPublica. May 23, 2016 (<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>).

36 *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias, ProPublica May 23, 2016 (<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>).

37 Vgl. *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026, 1028; *Martini*, JZ 2017, 1017, 1018; *Angwin/Larson*, „Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable, Researchers Say“. ProPublica. December 30, 2016. <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>; zu den Problemen des maschinellen Lernens vgl. *Karjoth*, Ist auf unsere digitalen Assistenten Verlass?, digma 2017, 122 ff.;

rückzuführen sein, dass Roboter insbesondere dann großes Vertrauen genießen, wenn viele Daten verarbeitet werden müssen, weil sie unermüdlich sind und anscheinend objektiv Informationen erfassen und verarbeiten können.

Dass der Wunsch nach Ressourceneinsparung und das Vertrauen in ein vermeintlich unbeirrbares System hierzulande zu der Forderung führen könnte, für vermeintliche Massengeschäfte KI anstelle von menschlichen Richtern einzusetzen, ist nicht undenkbar. Voraussetzung dafür wäre allerdings eine gesellschaftliche Akzeptanz dafür, dass Roboter „richten“. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Bedingungen es möglich erscheint, dass Roboter als kompetent erachtet werden, juristische Entscheidungen zu treffen (II.). Darüber hinaus ist fraglich, ob es überhaupt wünschenswert wäre, dass KI derartige Entscheidungen trifft oder ob es gute Gründe dafür gibt, dass Menschen über Menschen richten (III.).

## II. Fähigkeit von Subsumtionsautomaten zur richterlichen Entscheidung

Gedanklicher Ausgangspunkt der meisten Vorschläge, juristische Entscheidungen durch Roboter treffen zu lassen, scheint das Konzept des Richters als Subsumtionsautomat zu sein, oder wie es Montesquieu prominent formuliert hat: „Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi“.<sup>38</sup> Nach dieser Vorstellung treffen Richter keine eigene Entscheidung, sondern bringen lediglich das Ergebnis zum Ausdruck, das bereits im Gesetz selbst angelegt und quasi zwingend vorgegeben ist. Diese Vorstellung ist nun allerdings nach heute ganz vorherrschend vertretener Auffassung „nicht mehr als ein Traum“,<sup>39</sup> weil sich die Auslegung und Anwendung juristischer Normen nicht in einem logischen Vorgang erschöpft, sondern von Wertungen abhängig<sup>40</sup> und unter anderem auf „Intuition“ an-

---

*Simonite*, Maschinenlernen für Richter, Technology Review (<https://www.heise.de/tr/artikel/Maschinenlernen-fuer-Richter-3645956.html>).

38 *Montesquieu*, De l'Esprit de Lois, 1748, XI. Buch, Kap. VI.

39 *Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 5 Rn. 14 ff.; *Hassemer*, in: FS Müller (Fn. 21), S. 237 ff.

40 *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334, 336 f.; *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 49, 96; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, Rn. 647, 667, 695.

gewiesen ist,<sup>41</sup> die man auch als Judiz bezeichnet.<sup>42</sup> Diese Elemente ließen sich – so die Gegenbehauptung – nach heutigem Technologie- und Kenntnisstand nicht valide algorithmisieren.<sup>43</sup>

### 1. Umsetzung der juristischen Methodik in eine Algorithmen-gesteuerte Entscheidungslogik

Eine juristische Entscheidung ist eine verbindliche Handlungsanweisung, für die normative Vorgaben auf eine faktische Lebenssituation angewendet werden. Da es eine Vielzahl von normativen Regeln und eine große Zahl von Facetten eines Lebenssachverhaltes gibt, könnte man die Hoffnung haben, dass Roboter ein besseres Ergebnis bei der Umsetzung des juristischen Methodenkanons haben und weniger als Menschen Gefahr laufen, kognitiven Fehlleistungen zu erliegen,<sup>44</sup> die insbesondere bei Prognoseentscheidungen, also im Umgang mit Unsicherheiten und Wahrscheinlichkeiten, eklatant sein können.<sup>45</sup> KI, so könnte man argumentieren, wäre deshalb etwa bei der Anordnung von U-Haft, wenn sie auf einer ausreichend großen und validen Datengrundlage trainiert würde, sehr viel besser in der Lage, eine rationale und mit größerer Wahrscheinlichkeit zutreffende Prognose zu leisten.

Zweifel daran, dass Roboter eine richterliche Entscheidung treffen können, ergeben sich aber daraus, dass sowohl bei der Ermittlung des Sachverhalts, über den entschieden werden soll, als auch bei der Auslegung der normativen Vorgaben notwendigerweise Wertungen vorgenommen werden müssen. Bei der Ermittlung des Sachverhalts müssen die relevanten von den irrelevanten Daten getrennt werden.<sup>46</sup> Dann ist zu bestimmen,

---

41 Vgl. *Hastedt*, Aufklärung und Technik. Grundprobleme einer Ethik der Technik, Frankfurt aM 1991, S. 70.

42 *Vogel* (Fn. 20), S. 9.

43 *Kotsoglou*, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451, 452 ff.; *ders.*, „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded? - Zur Unmöglichkeit der Rechtsprüfung durch Laien, JZ 2014, 1100, 1101 ff.

44 *Ernst*, JZ 2017, 1026, 1028; vgl. auch *Haftner*, Strategie und Technik des Zivilprozesses. Einführung in die Kunst des Prozessierens, Zürich 2011, S. 11 ff.

45 Vgl. hierzu auch NZZ vom 1. November 2017, S. 26 „Oft entscheiden Menschen sehr schlecht“ Thomas Hofmann über das grosse Potenzial der künstlichen Intelligenz.

46 *Forstmoser/Vogt*, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 2 Rn. 11 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 279; *Vogel* (Fn. 20), S. 20.

was eigentlich abstrakt gesehen die „Regel“ ist, die zur Anwendung kommen soll, dann ob und wie sie anzuwenden ist. Bei der Ermittlung der als relevant einzustufenden „Regel(n)“ muss der Sachverhalt eigentlich schon bekannt sein. In der Realität haben wir es aber mit einem Entscheidungsprozess zu tun, bei dem der Blick beständig zwischen dem Sachverhalt und den potenziell anwendbaren Regeln „hin und her wandert“ (Engisch)<sup>47</sup> und gleichzeitig der Inhalt der potenziell zur Anwendung kommenden Regeln noch bestimmt werden muss.<sup>48</sup> Für diese Aufgabe steht zwar grundsätzlich ein Methodenkanon zur Verfügung, dessen handlungsleitende Kraft aber dadurch minimiert wird, dass der Aussagegehalt der einzelnen Methoden der Auslegung unklar ist und es weitgehend an Metaregeln fehlt, die Auskunft darüber geben, in welchem Verhältnis die verschiedenen Auslegungsmethoden zueinander stehen.<sup>49</sup> Dies alles führt dazu, dass sich juristische Entscheidungen nicht darin erschöpfen können, ein vorgefundenes System von Ordnungsregeln „durchzurattern“ (Precht) und so auf einem quasi-logischen Weg zu einem zwingenden Resultat zu gelangen, sondern dass nach heute allgemein geteiltem Grundverständnis jede juristische Entscheidung einen gewissen Anteil rechtsschöpferischer Tätigkeit beinhaltet, wobei allerdings wieder umstritten ist, wie groß dieser Anteil ist und worin genau er besteht.<sup>50</sup> Ob die Verweise auf die Komplexität und Dynamik juristischer Arbeit durchgreifen, bleibt abzuwarten.<sup>51</sup> Man sollte insofern zur Kenntnis nehmen, dass eine Gruppe Wissenschaftler mit einem Algorithmen-basierten Computerprogramm über 70% der Entscheidungen des US Supreme Courts und seiner Einzelrichter korrekt vorhersagen konnte.<sup>52</sup>

---

47 Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. 1963, S. 15; vgl. auch Larenz (Fn. 46), S. 207; Buchholtz, *JuS* 2017, 955, 958; Jescheck/Weigend (Fn. 20), S. 153; Kotsoglou, *JZ* 2014, 1096, 1097; Vogel (Fn. 20), S. 19; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 40), Rn. 660; Schroth, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 20), S. 278.

48 Zu den Methoden der Auslegung vgl. Kramer (Fn. 20), 60 ff.; Schroth, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 20), S. 280 ff.; zur Dynamik in der Rechtsanwendung vgl. auch Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, S. 112.

49 Vgl. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl., Stuttgart 1997, S. 98 f. mwN in Fn. 43; Forstmoser/Vogt (Fn. 46), § 19 Rn. 148 f., 160; Kramer (Fn. 20), 187 ff.; Mahlmann, *Konkrete Gerechtigkeit*, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 31, 43.

50 Hassemer, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 20), S. 252 ff.

51 Kotsoglou, *JZ* 2014, 1096, 1097 f. geht davon aus, dass eine mechanische Rechtsprüfung „zwar nicht alle, aber doch manche juristischen Fragen befriedigend beantworten“ kann.

52 Katz/Bommarito II/Blackman, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States*, *PLOS*, 12. April 2017, abrufbar unter (<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>).

Neben prinzipiellen Argumenten gegen eine durch Algorithmen gesteuerte Anwendung der juristischen Methode entziehen sich einzelne Teilelemente der juristischen Methodik einer Übersetzung in ein binäres System, wie zB die als „Krone“ der Auslegung<sup>53</sup> geltende teleologische Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift, die nicht ohne reflektierende Wertung auf der Seite des Rechtsanwenders auskommt.<sup>54</sup> Eine solche Bewertung könnte ein Subsumtionsautomat nur leisten, wenn er seine Musteridentifikation differenzieren und dann aufgrund weiterer, oftmals nicht in den primären Entscheidungsvorgang eingespeister Informationen die Geltung der Regelanwendung überprüfen könnte.<sup>55</sup> Die Konsequenzen zeigen sich bei dem oben erwähnten Einsatz von COMPAS, bei dem das Maschinlernen auf der Grundlage von korrelationsbasierter Mustererkennung zu einer Verstärkung von (diskriminierenden) Gruppenfaktoren geführt hat, weil das Programm weder Korrelation von Kausalbeziehung unterscheiden und deshalb weder Fehlzuordnungen korrigieren noch den diskriminierenden Effekt als solchen in Rechnung stellen konnte.<sup>56</sup>

Wenn man aufgrund dieses Befundes davon ausgeht, dass der menschliche Richter der Maschine per se überlegen ist, würde man allerdings die Realität mit einem Ideal verwechseln. In der Rechtspraxis treffen Richter ihre Entscheidung nicht immer nach einer umfänglichen und methodengeleiteten Abwägung und sie hinterfragen diese auch nicht stets ethisch. Tatsächlich ist es so, dass die richterliche Entscheidungsfindung in bestimmten Bereichen eher hemdsärmelig-pragmatisch abläuft, beispielsweise bei der Strafzumessung im Bereich weniger schwerwiegender Straßerverkehrsdelikte und Betäubungsmitteldelikte, wo sich Gerichte in der Praxis relativ schematisch an einigen wenigen Parametern orientieren. Gleiches gilt auch für Prognoseentscheidungen, bei denen – zB bei der Entscheidung über das Vorliegen von Haftgründen – weitgehend „intuitiv“ entschieden wird. Bei solchen Entscheidungen dürften hinter einer Entscheidung oft Gründe stehen, über die nicht gesprochen werden und die auch in den Begründungen der Entscheidungen nicht thematisiert werden. Dieses Phänomen wird etwa im Bereich der Anordnung von Untersu-

---

53 *Jescheck/Weigend* (Fn. 20), S. 156.

54 *Kramer* (Fn. 20), S. 164; *Mahlmann*, *Konkrete Gerechtigkeit* (Fn. 49), § 8 Rn. 43.

55 *Ernst*, *JZ* 2017, 1026, 1028; *Martini*, *JZ* 2017, 1017, 1018.

56 *Ausf. zur Kritik an COMPAS: Larson/Mattu/Kirchner/Angwin*, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, 23.5.2016 (<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>).

chungshaft unter dem Stichwort der apokryphen Haftgründe diskutiert.<sup>57</sup> Ob man diese Art von Problemen durch den Einsatz von heute für Entscheidungen der Justiz angebotener KI lösen könnte, erscheint vor dem Hintergrund der geschilderten Erfahrungen in den U.S.A. allerdings zweifelhaft. Wenn KI ohne weitere Vorkehrungen mit einem dem menschlichen Entscheidungsvorgang nachgeahmten Entscheidungsbaum und Lerndaten trainiert wird, die durch menschliche Entscheide generiert wurden, besteht von Beginn an die Gefahr, dass KI die menschlichen Fehler nicht nur nachahmen, sondern noch verstärken wird,<sup>58</sup> ohne dass das Computerprogramm seine Entscheidung – anders als ein menschlicher Richter – noch einmal hinterfragen kann.

## 2. Fähigkeit zur kritischen Reflexion der eigenen Entscheidung

Von menschlichen Richtern erwarten wir, dass sie bei einer Entscheidung nicht nur die juristische Methodik umsetzen, sondern – im Idealfall – jedes dadurch erzielte Ergebnis in einer holistischen Gesamtbewertung hinterfragen und ihre Entscheidung so reflektiert begründen können, dass diese intersubjektiv nachvollziehbar ist. Diese Anforderung ist nicht nur zentral für die Akzeptanz einer richterlichen Entscheidung, sondern auch für die Identifikation von Fehlern oder der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung. Dies legt nahe, dass die Fähigkeit zur offenen und kritischen Reflexion der eigenen Entscheidung menschliche Richter heute grundlegend von Subsumtionsautomaten abhebt. Nur Menschen sind in der Lage, ihr Urteil adäquat zu begründen, Korrekturbedarf zu erkennen und so dem (Berufs-)Ethos gerecht zu werden, den wir mit der Funktion des Richters seit den Tagen Salomos verbinden. Und (spätestens) an dieser Stelle stößt KI dann an ihre Grenzen.<sup>59</sup> Ein Computerprogramm könnte zwar insoweit eine Begründung für seine Entscheidung geben, als bei entsprechender Programmierung der Entscheidungsvorgang dokumentiert wird. Das Nachvollziehen einer derartigen Auskunft dürfte aber – insbesondere dann, wenn Maschinenlernen zum Einsatz gekommen ist – mit einem sehr

---

57 LR/Hilger, § 112 Rn. 54; SK-StPO/Paeffgen, § 112 Rn. 21c ff.; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Heidelberg 2010, Rn. 661 ff.

58 Keim, Real-Life Decepticons: Robots Learn to Cheat, Wired, science, 08.18.09 (<https://www.wired.com/2009/08/real-life-decepticons-robots-learn-to-cheat>); Ullman/Leite/Phillips/Kim-Cohen/Scassellati, How Cheating Affects Perceptions of Social Agency (<https://www.researchgate.net/publication/272789612>).

59 Buchholtz, JuS 2017, 955, 957.

hohen Aufwand verbunden sein, der tatsächlich oft die Grenzen des Möglichen übersteigen dürfte.<sup>60</sup> Und gleichzeitig dürfte das Ergebnis – wenn überhaupt – nur bei Routineentscheidungen in typischen Fällen befriedigend ausfallen. Die Flucht nach vorne zu ergreifen und bei Massenentscheidungen einfach auf die Begründungspflicht zu verzichten, erscheint ebenfalls wenig sinnvoll, da dadurch eine Korrektur von Fehlentwicklungen ausgeschlossen und somit Willkür Vorschub geleistet würde.

Menschliche Richter entscheiden – jedenfalls ideal betrachtet – in einem durch die juristische Methodik rationalisierten Prozess, der aber ständig durch unterbewusst ablaufende Heuristiken und ethische Wertungen hinterfragt und durch eine holistische Sicht geprägt ist.<sup>61</sup> Die Fähigkeit, ein bei formaler Regelanwendung zunächst richtig erscheinendes Entscheidungsergebnis wieder in Frage zu stellen, brauchen Richter vor allem, um auch in atypischen Fällen gerecht entscheiden zu können. Dazu sind sie in der Lage, weil sie neben den auf den ersten Blick relevanten Fallinformationen weitere Informationen – etwa über eine neue gesellschaftliche Entwicklung – mitdenken. So können sie erkennen, dass es einer Korrektur im Entscheidungsprozess bedarf, die dann methodisch über eine verfassungs- oder konventionskonforme Auslegung und/oder über eine teleologische Reduktion des vom Wortlaut der Norm her eröffneten Anwendungsbereichs der einschlägigen Normen erreicht bzw. umgesetzt wird. Ein Subsumtionsautomat wäre bei einer linear an einem Entscheidungsbaum orientierten Vorprogrammierung schon nicht in der Lage, die Notwendigkeit einer Rechtsänderung überhaupt zu erkennen. Würde ein Subsumtionsautomat in ein größeres Netz eingebettet, stellte sich immer noch die Frage, wie weit der Entscheidungsbaum geöffnet werden müsste, damit die Chance besteht, dass relevante gesellschaftliche Rahmenbedingungen mit einbezogen würden und welche Verbindungen es bräuchte, um die Bedeutung für eine Rechtsänderung einschätzen zu können. Fehlen würde aber auch dann immer noch die für ein kritisches Hinterfragen notwendige ethische Bewertung.

Die Feststellung, dass die holistische Sichtweise, die von einem menschlichen Richter erwartet wird, einem Algorithmen-basiert entscheidenden Subsumtionsautomaten nicht zur Verfügung steht, hat aber durchaus zwei Seiten: Die auf der einen Seite wertvolle Fähigkeit von Menschen, zu erkennen, dass eine Entscheidung zwar richtig subsumiert, inhaltlich aber wohl unrichtig sein dürfte, öffnet auf der Kehrseite ein mögliches Einfall-

---

<sup>60</sup> Ernst, JZ 2017, 1026, 1027 und 1030.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu Kahnemann, Thinking, Fast and Slow, New York 2011.



tor für subjektive Einschätzungen, die sich vielleicht nur aus der individuellen Biografie eines menschlichen Richters oder einem informellen Entscheidungsprogramm erklären lassen<sup>62</sup> und die es letztlich erforderlich machen, auf das Korrektiv der intersubjektiven Plausibilität zu vertrauen.<sup>63</sup>

### *III. Wünschbarkeit richterlicher Entscheidungen durch Subsumtionsautomaten*

Selbst wenn man – *argumendi causa* – einmal unterstellt, dass Computerprogramme in einer künftigen Entwicklungsgeneration in der Lage wären, juristische Entscheidungen zu treffen, die verbindliche Handlungsanweisungen für eine Lebenssituation geben können, bleibt die Frage, ob das überhaupt ein wünschenswertes Entwicklungsziel wäre. Die bereits in den Frühphasen der Einführung der Informationstechnologie vertretene These, dass zukünftig einmal auch juristische Entscheidungen durch Computer getroffen werden könnten und sollten, hat von Anfang an Widerspruch erfahren: Es gäbe – so die Kritiker – gewisse Bereiche, in denen Entscheidungen nicht von Computern getroffen werden dürften, selbst, wenn diese grundsätzlich in der Lage sein sollten, derartige Entscheidungen zu treffen.<sup>64</sup> Die Frage ist nun: Gehört dazu auch die Tätigkeit des Richters? Gehört zum „Richten“, dass Menschen hinter der getroffenen Entscheidung stehen? Oder könnte – um die Frage zuzuspitzen – ein Subsumtionsautomat darüber entscheiden, ob Beschuldigte in Untersuchungshaft genommen und/oder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden?

#### *1. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des menschlichen Richters*

Art. 92 GG gibt lediglich vor, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist und Art. 97 GG, dass Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind, und hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter gegen ihren Willen nur Kraft richterlicher Entscheidung im vorbestimmten Verfahren vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder versetzt werden können. Ohne dass sie es erwähnen, gehen die grundgesetzli-

---

<sup>62</sup> Baer, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 8 Rn. 31.

<sup>63</sup> Gärditz, Strafprozess und Prävention: Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeit- und Funktionenordnung, Tübingen 2003, S. 56 f.

<sup>64</sup> Hastedt (Fn. 41), S. 72 und 76 mit Verweis auf Weizenbaum, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, Frankfurt aM 1978, S. 10 und 299 f.



chen Vorgaben selbstverständlich von menschlichen Richtern aus. Auf sie beziehen sich die normativen Vorgaben der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Vor dem Hintergrund der vielen Abhängigkeiten der menschlichen Existenz wird Unabhängigkeit differenziert in persönliche und sachliche: Die persönliche Unabhängigkeit ergibt sich aus den Augen des Grundgesetzes bekanntlich aus einer angemessenen Besoldung und einer Lebenszeitstellung.<sup>65</sup> Sachliche Unabhängigkeit ist durch Weisungsfreiheit in allen Dingen zu gewährleisten, die „richterliches“ Geschäft sind oder unmittelbar mit ihm zusammenhängen.<sup>66</sup> Die Unparteilichkeit soll gewährleisten, dass die Entscheidung gebunden an die Wertungen des Gesetzes getroffen und nicht durch Sympathie und Antipathie und/oder durch eigene Interessen geprägt werden. Um den sich hieraus ergebenden Gefahren Rechnung zu tragen, sind menschliche Richter dann von einer Entscheidung ausgeschlossen, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass mit guten Gründen an der Unvoreingenommenheit des Richters gezweifelt werden kann (vgl. zB §§ 22 ff. StPO).

## 2. *Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Subsumtionsautomaten*

Im Lichte dieser Vorgaben könnte man hoffen, dass Roboter in viel größerem Umfang unabhängig und unparteilich sein könnten als Menschen: Sie bedürfen keiner Besoldung oder Beförderung, nur des Stroms und der Wartung. Sie könnten – nach idealer Vorstellung – so programmiert werden, dass sie nur innerhalb ihres Entscheidungsbaumes agieren und nicht aufgrund sozialer Verbindungen im eigenen Dasein, Egoismus oder nur individuellen Gründen aus der eigenen Lebensgeschichte. Damit wären dann – jedenfalls vordergründig betrachtet – die menschenähnlichen Probleme von im Gesetz nicht angelegten, aber dennoch handlungsleitenden Parametern ebenso gelöst, wie die Komplikationen der durch Sympathie und Antipathie sowie durch lebenswegbedingte Vorurteile ausgelösten Einflüsse, denen menschliche Richter unvermeidbar ausgesetzt sind.

Zu beachten ist aber, dass KI nur existiert, wenn sie vorprogrammiert und mit Daten gefüttert wird – und dass (schon für eine mögliche Wartung) vom Hersteller immer eine Hintertür offengelassen werden dürfte,

---

65 Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., München 1995, 10/3; Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 116.

66 Kindhäuser, Strafprozessrecht, Lehrbuch, 4. Aufl. 2015, § § 18, Rn. 12 f.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band I, 2. Aufl., Göttingen 1964, Rn. 476 ff.

durch die notwendige up-dates aufgespielt werden, die dann aber – wie andere Sicherheitslücken auch – von Dritten missbraucht werden könnten. Die Firma, die den Subsumtionsautomaten konzipiert und die Trainingsdaten auswählt, setzt damit die Determinanten für dessen Entscheidungspraxis, denn Technik ist nie neutral.<sup>67</sup> Die Bedeutung dieser Rahmensetzung ist umso wichtiger, als sich nach den bisherigen Erfahrungen mit auf dem Konzept des Maschinenlernens basierenden Entscheidungen – wie bereits erläutert – die in einem durch menschliche Entscheidungen generierten Datensatz inhärenten Vorurteile nochmals verschärfen dürften und ein Subsumtionsautomat nicht in der Lage ist, die Vorgaben seiner algorithmischen Determination und die Qualität eines eingefütterten Datensatzes kritisch zu hinterfragen.<sup>68</sup> Vielmehr ist ein valides Maschinenlernen nach heutiger Erkenntnis nur möglich, wenn ein Programm immer wieder korrigierend kalibriert wird.<sup>69</sup>

Es ist gänzlich offen, ob und wie Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Subsumtionsautomaten – funktional gleichwertig zum menschlichen Richter – gewährleistet werden sollten: Sollte Voraussetzung für die Zulassung eines Subsumtionsautomaten eine öffentlich-rechtliche Zertifizierung sein, durch die sichergestellt wird, dass alle Vorbedingungen eingehalten werden? Könnte man so das Vertrauen in den weisen menschlichen Richter à la Salomo durch das Vertrauen in Algorithmen ersetzen?<sup>70</sup> Eine solche Zertifizierung müsste sicherlich aber noch weit über den in anderen Bereichen geforderten Algorithmen-TÜV hinausgehen, da Roboter Richter eine gesellschaftlich zentrale und sozial prekäre Aufgabe haben, die nicht nur eine Kontrolle der Lernbedingungen erfordert.<sup>71</sup> Müsste deshalb ein Projekt ausgeschrieben werden, in dessen Rahmen mögliche Anbieter eines Subsumtionsautomaten ihr Produkt öffentlich erläutern, bevor eines ausgewählt wird? Oder sollen Subsumtionsautomaten zum Juristischen Staatsexamen antreten, wobei ihre „Einstellung“ dann davon abhängt, dass sie eine bestimmte Mindestpunktzahl erzielt haben?

---

67 *Hildebrandt*, Law as Information in the Era of Data-Driven Agency, *The Modern Law Review* Vol. 79 (2016), 1, 28 f.

68 Vgl. *Ernst*, JZ 2017, 1026, 1027 und 1029; *Martini*, JZ 2017, 1017, 1018.

69 *Talley*, Is the Future of Law a Driverless Car?: Assessing How the Data-Analytics Revolution will Transform Legal Practice, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 174 (2018), 183, 185 f.

70 Vgl. NZZ vom 3. Februar 2018, S. 29: „Wie vertraut man einem Algorithmus?“, kritisch zur Möglichkeit, Softwarelösungen als Substitut für den Anwalt des Vertrauens oder den menschlichen Richter zu akzeptieren: *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334, 340.

71 *Martini*, JZ 2017, 1017, 1021 f.

IV. Die Entscheidung des Subsumtionsautomaten: ein „Aliud“ zur Entscheidung des menschlichen Richters

Ob tatsächlich eines Tages eine Übertragung richterlicher Funktionen auf KI in Betracht gezogen wird, dürfte von vielen verschiedenen Aspekten abhängen: von der Bereitschaft und Fähigkeit Entscheidungsbäume zu programmieren und/oder Subsumtionsautomaten in neuronale Netze zu integrieren, welche die richterliche Tätigkeit ausreichend abbilden; vom Vorhandensein geeigneter Datensätze, um Subsumtionsautomaten adäquat zu trainieren; von der Experimentierfreudigkeit in der Rechtspflege sowie – vor allem – von der grundsätzlichen Akzeptanz einer Maschinenentscheidung über Menschen.<sup>72</sup>

Es ist wenig wahrscheinlich, dass Richter abrupt durch Roboter ersetzt werden. Möglich erscheint aber ein gradueller Prozess, in dem zunächst richterliche Entscheidungen durch KI vorbereitet und anschließend von Menschen abgesegnet und verantwortet werden. Eine solche Entwicklung zeichnet sich etwa dort ab, wo die Überlegenheit von Computerprogrammen gegenüber einer ausschließlich durch einen menschlichen Richter getroffenen Entscheidung anscheinend bereits akzeptiert ist, weil die Verarbeitung einer Vielzahl von Daten als optimale Voraussetzung einer validen und gerechten Entscheidung im Einzelfall erscheint. Angesichts der bereits vorhandenen Erfahrungen erscheint das Recht der Betroffenen auf Überprüfung durch einen menschlichen Richter als unverzichtbar.<sup>73</sup> Damit wird nicht nur den Regelwerken<sup>74</sup> entsprochen, die verlangen, dass Entscheidungen, die einer Person gegenüber rechtliche Wirkungen entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, nicht allein von Maschinen getroffen werden dürfen.<sup>75</sup> Es sichert auch die Möglichkeit zur Korrektur von Defiziten des Maschinenlernens.

---

72 Vgl. dazu den Vorschlag der französischen Regierung: *Réforme Belloubet*. Des logiciens à la place des juges, mirage de la justice prédictive, <http://www.senat.fr/leg/pjl17-463.html>.

73 Vgl. hierzu *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 959; *Kotsoglou*, JZ 2014, 1096, 1098 f.

74 Vgl. die EU Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sowie die EU RL 2016/680 vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (RL 2016/680).

75 Artikel 11 RL 2016/680 Automatisierte Entscheidungsfindung im Einzelfall: „(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass eine ausschließlich auf einer automatischen Verarbeitung beruhende Entscheidung — einschließlich Profiling —, die eine nachteilige Rechtsfolge für die betroffene Person hat oder sie erheblich beein-

Entscheidungen, die Algorithmen-basiert durch Roboter getroffen werden, kommen anders zustande als Entscheidungen, die von Menschen getroffen werden, denn die Entscheidungsträger sind verschieden: Auf der einen Seite stehen Maschinen, die unermüdlich in der Informationsaufnahme, Mustererkennung, Gruppenzuordnung und Ergebnisfindung sind und hierbei nicht durch allzu Menschliches gestört werden. Auf der anderen Seite stehen Menschen, die nach bestem Wissen und Gewissen, manchmal vielleicht aber auch müde und durch unzulässige Erwägungen in die Irre geführt, ein Ergebnis verantworten und mit ihrem Berufsethos und Gewissen vereinbaren müssen. Ob man die eine Art von Entscheidungen der anderen vorzieht, hängt insbesondere davon ab, was man mit juristischen Entscheidungen erreichen will. Wenn man eine Rechtspflege wünscht, die mehr bewirkt als ein einmal festgelegtes großes Ordnungssystem immer wieder „durchzurattern“ (Precht) und auf juristische Fragen vorgestanzte Antworten zu geben, deren Bezug zum Einzelfall auf einer Mengenzuordnung des einzelnen beruhen, dann dürfte man der Digitalisierung der Justiz sehr kritisch gegenüberstehen. Und selbst wenn man auf wertvolle Ressourcenersparnis hofft, bleibt es eine zentrale Frage der gesellschaftlichen Verständigung, ob und wie man KI in juristische Entscheidungen einbeziehen will. Es geht nicht um Effizienz, sondern es geht um grundlegende Konzepte dazu, anhand welcher Parameter Entscheidungen getroffen werden sollen. Letztlich geht es um eine Diskussion über die Legitimation von Richtern und der Justiz an sich.

---

trächtig, verboten ist, es sei denn, sie ist nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt und das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person bietet, zumindest aber das Recht auf persönliches Eingreifen seitens des Verantwortlichen, erlaubt.“; vgl. auch Art. 22 DSGVO.