

Alexandra Windsberger

Rechtslinguistik und Texterkennung im Kontext der Digitalisierung des Rechts

Über digitale Bermuda-Dreiecke und künstlich intelligente Praktikanten

Abstract: The increasing computerization of legal texts has been ubiquitous for a long time. The associated gains in resources and efficiency are obvious and, according to some voices, are to be further increased by the use of AI. However, the transfer of certain human tasks to machines, especially in the area of judicial activities, also requires special ethical and legal consideration. On the occasion of Friedemann Vogel's main presentation, this co-contribution raises at least a cursory examination of some of the individual issues involved.

I Einführung

Der folgende Beitrag befasst sich mit dem Hauptbeitrag von *Friedemann Vogel*, Univ.-Professor für Sozio- und Diskurslinguistik,¹ kommentierend aus der juristischen Perspektive. Dazu möchte ich aus den denkbar möglichen Anknüpfungspunkten des Hauptreferats zwei Thesen zentral ins Licht stellen: Sie betreffen die erste und die letzte These von *Friedemann Vogel*, die für das Recht besondere Herausforderungen bergen.

II Verdatung juristischer Textarbeit

Zur ersten These: „*Die Verdatung juristischer Textarbeit bringt teilweise mehr Transparenz und Effizienz in den Rechtsstaat – zugleich überfordert sie die Praxis (bislang) mangels methodischer Strukturierung.*“²

¹ *Vogel*, in diesem Band, S. 9-26. Die direkte kommentierende Auseinandersetzung mit Vogels Beitrag bedeutet freilich zunächst dessen mehrfache Zitierung in diesem Beitrag.

² *Vogel*, in diesem Band, S.10.

1 Rekonstruktion der These aus juristischer Sicht

Es ist kaum bestreitbar, dass, wie *Friedemann Vogel* zu Beginn konstatiert, Rechtstexte – gemeint sind Urteilstexte, Kommentarliteratur, rechtswissenschaftliche Fachliteratur und Gesetzgebungsmaterialien – zunehmend Gegenstand von Verdatungsprozessen sind. Wo dem so ist, gehen diese Texte vermehrt in Datenbanken ein. Der Effizienzgewinn hierbei liegt in der Tat auf der Hand, wie *Friedemann Vogel* schreibt: „Warum sollte man jeden Standardsatz der Dogmatik immer wieder von neuem abtippen, wenn man inzwischen auch auf *Copy & Paste*-Vorlagen zurückgreifen kann?“³ Eine rhetorische Frage.

Friedemann Vogel schreibt weiter: „Die Datenbanksysteme werden oftmals mit inzwischen hocheffizienten Hypertext- und Filterfunktionen verbunden, um die mittlerweile gigantischen Datenmengen zu durchsuchen, zu vernetzen und algorithmisch zu ranken, zu sortieren oder neu zu kategorisieren. Grundlage hierfür bilden Fortschritte in Rechtsinformatik, Datenbankentwicklung, Indexierungsverfahren, Natural Language Processing, Sprachmodellen (dazu IV.) und vielem anderen. Dieser immer größer werdende Pool an Rechtstextdaten bildet eine Fundgrube für die Rechtspraxis, sie vereinfacht Recherchen und Archivierung, reduziert Laufwege bei der Besorgung, sie erleichtert auch die Rechtsempirie bzw. Rechtstatsachenforschung (...). Effizienter wird sie auch insofern, als aus den Textmengen musterhafte Textbausteine erschlossen und als Templates in Textbearbeitungsprogrammen zur Verfügung gestellt werden können.“⁴

Mit Blick auf Effizienz und Ressourcen sicher ein wünschenswerter Prozess. Spannend aber gerade aus Sicht der Strafrechtswissenschaft, ist der Blick auf die damit verbundenen Problemlagen und Gefahren, einerseits weil das Strafrecht mancherorts gerne als „Gefahrenbekämpfungsmittel“ eingesetzt wird und andererseits weil die algorithmische Entscheidungsfindung unter Umständen Gefahren birgt, die bereits jetzt im Strafrecht relevant werden. Eine Gefahr liege – so *Friedemann Vogel* – insbesondere darin, dass dem oben erwähnten Prozess der Datafizierung von Rechtsliteratur jede methodische Strukturierung fehle.⁵ Bis heute bleibe „beim Großteil der Datenbanken für den Endnutzer völlig ungewiss, wer die ihm vorliegenden Daten warum ausgewählt und wie aufbereitet hat“.⁶ Es stehe zu befürchten, dass eine Vielzahl kontroverser Urteile nie veröffentlicht wird. Selbiges muss wohl zukünftig auch für eine algorithmische Auswahl befürchtet werden, sofern eine methodische Strukturierung weiterhin unterbleibt. Die Veröffentli-

³ *Vogel*, in diesem Band, S. 10 f.

⁴ *Vogel*, in diesem Band, S. 11.

⁵ *Vogel*, in diesem Band, S. 12.

⁶ *Vogel*, in diesem Band, S. 11.

chung von Gerichtsurteilen folge, schon ohne Digitalisierung, mehr oder weniger dem „Zufallsprinzip, um nicht zu sagen der Willkür von Autor*innen bzw. Datenbankbetreiber*innen“.⁷ Der absolute Großteil werde bis heute gar nicht veröffentlicht oder gelange nie in eine öffentlich zugängliche Datenbank.⁸ Es fehle an Konventionen und auch an Vorschriften für diese Praxis. Ein größeres Folgeproblem entstehe nach *Friedemann Vogel* im Anschluss an dieses Versäumnis: Was nämlich an „Argumentationsarbeit oder auch an theoretischen und methodischen Beiträgen nicht digital in Datenbanken vorliegt, droht mittel- und langfristig aus der Diskussion zu verschwinden oder gar nicht erst aufgegriffen zu werden.“⁹

2 Ein Einzelfall („?“) aus dem Strafrecht

Betrachten wir diese These anhand eines konkreten Beispiels näher. Allzu zufällig stieß ich auf ein verfahrens- und materiellrechtlich ebenso anspruchsvolles, wie hartes Strafurteil in erster Instanz aus dem Bereich des Medizinstrafrechts, das von der strafrechtlichen Literatur keinerlei Beachtung fand. Dem Strafurteil gegen einen Klinikarzt lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein 47-jähriger Vater von zwei kleinen Kindern erkrankt in einer Hochphase der Pandemie (Oktober 2020) an Corona.¹⁰ Nach ambulanter Standardtherapie und kurzfristiger Verbesserung verschlechterte sich sein Zustand ab dem 18.10.2020, sodass wegen hohem Fieber und Atemnot eine Einlieferung in das Krankenhaus (K1) erfolgte. Zu diesem Zeitpunkt war der Patient 1,75 m groß, wog ca. 129 kg, wies demnach einen Übergewichtsgrad von 2 bis 3 auf und war ansonsten nicht vorerkrankt.¹¹ Er hatte weder eine Patientenverfügung noch eine Vorsorgevollmacht.¹² Wegen pandemiebedingten Ressourcenengpässen verlegte man ihn sodann in ein anderes Krankenhaus (K2). Dort kam es zu einer Lungenentzündung höchsten Schweregrades, einer Lungenarterienembolie (Blutgerinnsel in den Arterien der Lunge) sowie einer Sekundärinfektion der Lunge (Schimmelpilzinfektion), welche ausschließlich bei Patienten mit extrem geschwächtem Immunsystem auftritt.¹³ Die

7 *Vogel*, in diesem Band, S. 11.

8 *Hamann*, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 2021, 656 ff.; *Feuerhelm*, Die Veröffentlichungspraxis deutscher Gerichte und ihr Einfluss auf Large Language Models, RDi 2023, 368 ff.

9 *Vogel*, in diesem Band, S. 12.

10 LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 10.

11 LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 11.

12 LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 132.

13 LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 13.

Angehörigen, darunter seine Ehefrau, wurden daraufhin informiert, dass mit einem Versterben zu rechnen sei. Letzter Ausweg wäre der Anschluss an eine sog. ECMO (Herz-Lungen-Maschine), die K2 jedoch nicht verfügbar hatte. Man kontaktierte andere Krankenhäuser, welche alle eine Übernahme des Patienten ablehnten, weil sie den Einsatz eines ECMO-Gerätes bei ihm nicht mehr als erfolgversprechend einschätzten.¹⁴ Trotz mehrerer erheblicher Kontraindikationen – namentlich dem starken Übergewicht des Patienten und einer längeren Phase der vorherigen invasiven Beatmung (Zeitraum von über 10 Tagen) – nahm K3 den Patienten sodann auf, um ihn an eine ECMO anzuschließen.¹⁵ Der sodann erfolgte Kehlkopfschnitt führte wiederkehrend zu Blutungen aus dem Mund, der Nase und der eigentlichen Einschnittsstelle, der Zustand wurde stets dramatischer.¹⁶ Am 12.11.2020 besprach man den Fall erneut und einigte sich auf folgendes Vorgehen: Da der Patient trotz einer ECMO-Behandlung von über einer Woche keinerlei Verbesserung seiner Lungenfunktion zeige und damit nur noch sehr geringe Chancen auf einen kurativen Therapieerfolg bestünden, sollten bei einer weiteren Verschlechterung die Angehörige einbestellt werden, um den mutmaßlichen Patientenwillen zu eruieren.¹⁷ Am 13.11.2020 trat diese Verschlechterung wie befürchtet ein. Das Angehörigengespräch führte der Angeklagte. Bereits zu Beginn des Gesprächs erklärte der Angeklagte wahrheitsgemäß, dass Grund des Treffens sei, dass alsbald mit einem Versterben zu rechnen sei. Darüber hinaus erklärte der Angeklagte den Angehörigen „bewusst wahrheitswidrig“ – so jedenfalls die Überzeugung der Kammer –, dass es keinerlei Behandlungsmöglichkeiten mehr für den Patienten gebe, dass das ECMO-Gerät irgendwann in den nächsten Stunden „zugehen“ (also seine Funktion einstellen) würde und dass ein Wechsel des ECMO-Gerätes nicht möglich sei, weil der Patient – was isoliert betrachtet zutreffend war – keine funktionierende Lunge habe. Dass irgendwann ein Wechsel der ECMO-Schläuche angestanden hätte, war zutreffend.¹⁸ Am 13.11.2020 um ca. 18:00 Uhr wurden sodann auf Wunsch der Angehörigen die Geräte abgestellt.¹⁹

Der Sterbeprozess dauerte jedoch weiter an.²⁰ Im Beisein der Angehörigen kam es dazu, dass der Beatmungsschlauch aus dem Luftröhrenzugang fiel und Pfeifgeräusche verursachte, die wie ein röchelndes Schnappen nach Luft klangen. Hierdurch stellte sich die für die Angehörigen ohnehin sehr belastende Begleitung des

¹⁴ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 15.

¹⁵ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 16.

¹⁶ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 21.

¹⁷ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 22.

¹⁸ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 24.

¹⁹ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 25.

²⁰ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 29.

Sterbeprozesses ihres Ehemannes bzw. Schwagers als noch dramatischer dar, da sie den Eindruck hatten, dass er versuchte, noch zu atmen. Der Angeklagte schloss in dieser Situation den Beatmungsschlauch wieder an dem Tracheostoma an, wobei ihm auffiel, dass der Patient eine Stressreaktion (erhöhter Blutdruck und Herzschlag) zeigte, was in der Tat für ein bewusstes Erleben des Prozesses sprach. In den folgenden Minuten senkten sich der Blutdruck und der Herzschlag des Patienten wieder. Jedoch dauerte der Sterbeprozess des Patienten weiter an. Um ca. 18:38 Uhr entschied der Angeklagte, den Sterbeprozess und das Leben des Patienten durch eine hohe Dosis von Kaliumchlorid zu beenden, obwohl keine medizinische Indikation für eine solche Gabe bestand. Sein Ziel war es, einen Herzstillstand und somit den Tod des Patienten herbeizuführen, um ihm einen weiter andauernden Sterbeprozess zu ersparen. Sodann verstarb der Patient nach der Zuführung des Kaliumchlorids.²¹

Der Angeklagte ließ sich nach der Tat geständig ein und gab an, aus tiefem Mitgefühl gehandelt zu haben, um dem Patienten weiteres Leid zu ersparen. Angesichts der ausweglosen Situation habe er keine andere Möglichkeit gesehen, sein vorrangiges Ziel sei gewesen, sicherzustellen, dass der Patient nicht alleine und qualvoll in der Nacht sterben müsse, sondern im Beisein seiner Familie.²² Er habe Verantwortung übernommen, während sich seine Kollegen in ihren Zimmern eingeschlossen hätten.²³ Der Angeklagte hatte keine Vorstrafen. Das Landgericht Essen verurteilte den Angeklagten wegen Totschlags in Form der aktiven Sterbehilfe zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten.

Dieser äußerst komplexe und hier stark verkürzt dargestellte Fall enthält sowohl in Bezug auf die Beweisführung als auch inhaltlich eine Vielzahl rechtlicher Fragen, die aktuell von der Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert werden. Die verfahrensrechtlichen Fragen einmal außen vor, bildet die Frage nach der Strafbarkeit wegen aktiven Verabreichens des tödlich wirkenden Kaliumchlorids, den wesentlichen inhaltlichen Kern. Die Handlung des Angeklagten erfüllt zweifellos den objektiven und subjektiven Tatbestand eines Totschlags; nach Ansicht der Kammer in Form der aktiven Sterbehilfe. Zweifelhafte erscheint die Verneinung einer möglichen Rechtfertigung des Angeklagten: Waren die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung, basierend auf der Unabwendbarkeit des Sterbeprozesses und Nichtverbesserung der Lungenfunktion hier einschlägig? Welche alternativen „mutmaßlichen“ Vorgehensweisen hätte es überhaupt gegeben? Handelt es sich um einen einheitlichen, gerechtfertigten Behandlungsabbruch? Wenn nein, warum

²¹ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 31.

²² LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 36.

²³ LG Essen, Urt. v. 3.11.2021–22 Ks 8/21, Rn. 37.

nicht? Sind die Feststellung zum Angehörigengespräch zutreffend? Begründet der subjektive Anblick eines Todeskampfes (objektiv untermauert durch die Verschlechterung der Vitalparameter) eine Notstandslage? Begründet die Fehlvorstellung über einen Todeskampf bei seinem Patienten einen Erlaubnistatbestandsirrtum? Wie wirkt es sich aus, dass das behandelnde Krankenhaus den Patienten aufgenommen und an eine ECMO angeschlossen hatte, obwohl mehrere andere Krankenhäuser auf Grund der Aussichtslosigkeit des Verlaufs explizit ablehnten? Könnte bereits der nicht indizierte Anschluss an die ECMO strafrechtliche Relevanz besitzen und den Angeklagten erst zur Beendigung dieses Zustandes herausgefordert haben? Zudem erscheint die Abgrenzung zur indirekten Sterbehilfe erörterungsbedürftig. Der Begriff „aktive Sterbehilfe“ bezieht sich im rechtlichen und ethischen Kontext auf absichtliche, aktive Handlungen, die den Tod unmittelbar herbeiführen; der aktive Sterbehelfer „beherrsche“ regelmäßig den unmittelbar lebensbeendenden Akt, indem er die todbringende Handlung selbst ausführt. Die indirekte Sterbehilfe hingegen bezieht sich auf die Verabreichung von Medikamenten oder Behandlungen, die zur Linderung von Schmerzen oder Leiden dienen, aber als Nebenwirkung den Tod beschleunigen können. Wie ist diese Abgrenzungsfrage vorliegend gelöst worden? Auch inwieweit die Umstände der Tat Privilegierungs- oder Strafschärfungsgründe begründen, bedurfte näherer Betrachtung. So könnte die Todesspritze verabreicht im Zustand der Sedierung, das Merkmal der Heimtücke und damit einen Mord begründen; das Motiv aus tiefstem Mitleid gehandelt zu haben, spricht eher dagegen. Ein Abstellen auf einen minder schweren Fall gemäß § 213 StGB erscheint im Ergebnis zweckmäßig, wurde aber von der Kammer nicht begründet. Es drängt sich die Frage auf, ob § 213 StGB nur deshalb als letztes Korrektiv herangezogen werden „musste“, weil zuvor dogmatischen Präferenzen gefolgt wurde, die wohl in der Rechtsprechung gängig, aber höchstfragwürdig sind? Hervorhebungswürdig ist zudem, dass das Urteil in eine Zeit fällt, in der die Themen Sterbehilfe und ärztliche Sterbebegleitung prominent aber kontrovers diskutiert wurden und das von Legislative, Judikative und Exekutive. Insgesamt ein Strafurteil, das unbedingt Beachtung und Auseinandersetzung verdient, zumal der Angeklagte zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt wurde.

3 Verschollen im digitalen Bermuda-Dreieck?

Verwunderlich ist zunächst, dass dieses Urteil bislang soweit ersichtlich keinen Eingang in die wissenschaftliche Diskussion fand. Das Urteil wurde nirgends aufgegriffen, besprochen oder zitiert. Betrachtet man den Umgang der großen Datenbanken mit diesem Fall, fällt auf, dass das Urteil nach Eingabe folgender Schlagwörter online verfügbar wird: „Totschlag“, „Kaliumchlorid“, „Klinik“ „De-

pression“ und „Hauptverhandlung“. Erwartet hätte man womöglich eher: „Aktive Sterbehilfe“, „ärztlicher Behandlungsabbruch“, „Mutmaßliche Einwilligung“, „minder schwerer Fall des Totschlags“, „Tötung aus Mitleid“ usw. Die Verwendung der gewählten Schlagworte ist zweifellos bemerkenswert. Es ist ebenso seltsam wie belanglos, Begriffe wie „Klinik“ und „Hauptverhandlung“ aufzuführen. Vergleichbar wäre dies mit der Nennung „Hellwigstraße Ecke Mozartstraße“ im Kontext eines bewaffneten Raubüberfalls. Welche Relevanz besitzt diese Information? Eine „Hauptverhandlung“ geht unweigerlich jedem Strafurteil ipso jure voraus. Ein Suchwort oder Suchbegriff ist aber ein Begriff, der definiert, worum es in den Inhalten schwerpunktmäßig geht. Seine zentrale Eigenschaft ist die der Relevanz für den Inhalt des Textes. Die aufgeführten Begriffe sind jedoch weder relevant noch mit Blick auf die Urteilsgründe informativ. Auf Nachfrage teilte man mit, es liege im Ermessen des jeweiligen Bearbeiters, welche Schlagworte genutzt werden. Dabei existieren weder Richtlinien noch Vorgaben, Kontrollinstanzen oder methodische Hinweise.

Die oben rekonstruierte, wenn auch etwas beunruhigende These von *Friedemann Vogel* scheint sich mit Blick auf diesen spezifischen Einzelfall zu bestätigen. Wer nach „mutmaßlicher Einwilligung“ oder „aktiver ärztlicher Sterbehilfe“ sucht, wird dieses Urteil nicht finden. Der oben angeklungene „Schwarze-Löcher-Effekt“, der dazu führt, dass bestimmte Texte und damit Rechtsquellen spurlos verschwinden, scheint hier sichtbar zu werden. Ein digitales Bermuda-Dreieck, dessen Funktionsweise unklar ist und in welchem auf unerklärliche Weise Rechtstexte verschwinden, birgt offenkundig die Gefahr, dass bestimmte (Minderheits-)Meinungen über kurz oder lang zuerst unsichtbar und dann eliminiert werden. Eine damit verbundene weitere Gefahr drängt sich förmlich auf: Die Filterung dogmatischer Präferenzen auf Grund oder zeitgleich mit dem Verschwinden einzelner Beiträge, ist eine ernstzunehmende Sache für die Rechtspraxis und geeignet Einfluss auf Rechtsprechung und Gesetzgebung zu nehmen und zwar, ohne dass es jemand merkt. Die Datenbank, die das Recht setzt; eine gruselige Vorstellung.

Ob hier die Ausnahme die sonst zuverlässige Regel bestätigt, kann nicht abschließend beurteilt werden. Eine umfassende, repräsentative Untersuchung der Methodik könnte hier sicherlich von Vorteil sein und wird hoffentlich in Zukunft als notwendig erachtet. Derzeit ist der methodische Status quo soweit ersichtlich nicht besonders scharf in der Kritik. Die Nutzung von Groß-Datenbanken soll aber eine zuverlässige Recherchemöglichkeit als Grundlage für eine fundierte Rechtsanwendung ermöglichen und nicht zum Entstehen eines digitalen Bermuda-Dreiecks beitragen. Dies verdient zukünftig Fokus.

III Die Vision „Robo-Judge“

Zur letzten These *Friedemann Vogels*: „Einen „Richterbot“²⁴, der nicht nur Textentwürfe generiert, sondern automatisiert Entscheidungen trifft, kann und darf es nicht geben.“

1 Einen „Richterbot“ ... „kann“ es nicht geben?

Diese Frage²⁵ muss ich als Strafrechtswissenschaftlerin freilich zunächst präzisieren und beschränke mich im Folgenden auf mögliche Aussagen zu einem „Strafrichterbot“. Strafrecht und Strafjustiz sehen sich dabei durchaus gesonderten Fragestellungen gegenüber. Zunächst gilt aber auch und gerade im Kontext von Strafjustiz und KI und im Kontext von algorithmischen Entscheidungen in Strafverfahren nichts anderes als für „Algorithm-Decision-Making“ im Allgemeinen, wenn es um Entscheidungen an, über oder für Menschen geht: Eine der gewichtigsten und offensten Basisfragen betrifft das Haben von „mentalenen Zuständen“, genauer gesagt die Frage nach dem „Bewusstsein“/„consciousness“²⁶.

Ein Strafrichter entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme und damit über die Schuld oder Unschuld eines Menschen nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften *Überzeugung* (§ 261 StPO). Können KI-Systeme so

24 Anders *Greco*, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Roboter Richter nicht geben darf?, RW 2020, 29 ff. zur Verantwortungsübernahme des Richters für Entscheidungen; sowie *Greco*, Roboter-Richter – eine Kritik, in: Dederer/Shin (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen, 2021, S. 104 ff., wo er uneingeschränkt nur das „Darf“ verneint; *Wolff*, Algorithmen als Richter, 2022 en passim zu „kann“ und „darf“; *Nink*, Justiz und Algorithmen – Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, 2021.

25 Dazu auch *Tober*, Ist Normanwendung automatisierbar?, MMR 2021, 779 ff.; *Timmermann/Gelbrich*, Können Algorithmen subsumieren?, NJW 2022, 25 ff.; *Eifer-Uhe*, Überlegungen zur Automatisierbarkeit der Rechtsanwendung, JZ 2023, 833 ff.

26 Vgl. zu dem Begriff insbesondere die Bewusstseinslehre *Brentanos* (Psychologie vom empirischen Standpunkt, 1874) kurz und schlüssig zusammengefasst von *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. 1, 1989, S. 15 ff. und die Phänomenologie des Bewusstseins bei *Husserl*, Die Idee der Phänomenologie, 1986. Zusammenfassung durch *Stegmüller*, ebd., S. 63 ff. Zum Qualia-Problem von KI, vgl. *Christoph*, Vielversprechender Effektivitätsbooster oder problematischer Subsumtionsautomat, in: Giannini u. a. (Hrsg.), 8. Symposium junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, 2022, S. 59, 66 ff.; *Gless/Wohlens*, Subsumtionsautomat 2.0. Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Kindhäuser 2019, S. 147 ff. (insb. zum Vergleich menschlicher Entscheidung und algorithmischer Entscheidung).

etwas haben? Womöglich ist das eine der Pilatus-Fragen. So hält *Friedemann Vogel* zutreffend fest: „In der Rechtsarbeit eine Rolle spielen allerdings auch andere Aspekte, die oft nicht oder nur partiell versprachlicht werden, zum Beispiel die Einordnung einer Person (Beschuldigter oder Zeuge) anhand von habituellen Markern jenseits der Sprache.“²⁷ Dass die Überzeugung von der Schuld eines Menschen mehr ist, als Textverarbeitung, dürfte kaum bestritten werden können. Eine Überzeugung aber ist ein mentales Phänomen und stets intentional.²⁸ Gibt es also „intentionale technische Systeme“? Nach *Dennet* ist ein System genau dann ein intentionales System (= ein System mit wirklichen Wünschen und Überzeugungen), wenn sich sein Verhalten *verlässlich und umfassend in intentionaler Einstellung erklären und voraussagen lässt*.²⁹ Dies sei – so konstatierte *Dennet* bereits 1971 – im Kontext von Schachcomputern nicht der Fall, da ihre Funktionsweise selbst für ihre eigenen Konstrukteure zu komplex sei. Übertragen auf Richter-Bots müsste die Überzeugungsbildung des Bots damit verlässlich und umfassend erklärbar sein, was die nächste Großdebatte (Erklärbarkeit/Transparenz)³⁰ auslöst. Noch erfüllen KI-Systeme nach nahezu übereinstimmender Data-Science-Lehrmeinung die erforderlichen Bewusstseinskriterien nicht.³¹ Also fehlt ihnen die entscheidende (menschliche) Eigenschaft, sich von der Schuldhaftigkeit einer Person zu überzeugen. Darin liegt ein wesentlicher kategorialer Unterschied zu rein statistischen Prognoseentscheidungen wie beispielsweise beim Predictive Policing.³² Gleich wie sich KI weiterentwickeln wird und wie komplex die Modelle auch gedacht werden können, sie kann nur aus Daten weiterdenken, das wird sich nicht ändern. Faktisch möglich und sinnvoll erscheint stattdessen der Einsatz von KI als Instrument, als Werkzeug. Nicht der Richter-Bot, sondern der Praktikant-Bot, der bei einzelnen Arbeitsaufträgen hilft und recherchiert, hierbei aber keine eigenständigen Entscheidungen trifft und auf Kontrolle und Überwachung durch einen Menschen angewiesen ist,

27 *Vogel*, in diesem Band, S. 24.

28 *Beckermann*, Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes, 3. Aufl. 2008, S. 10; *Kotsoglu*, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451, 456 (zur Algorithmisierung des Rechts aus Sicht der Normentheorie).

29 Vorausgesetzt man akzeptiert seine grundsätzliche Differenzierung zwischen physikalischer, funktionaler und intentionaler Einstellung, was die Grundannahmen der Dennetschen Theorie sind, vgl. *Dennet*, Intentional Systems, 1971, S. 163 f.

30 Vgl. *Philipp*, Grundrechte: Einsatz künstlicher Intelligenz im Strafrecht, EuZW 2021, 867 ff.; *Rostalski*, Iudex ex machina?, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren 2020, S. 263, 272 ff.

31 Zur Debatte um Bewusstsein von KI vgl. insbesondere die Studie von *Butlin* u. a., Consciousness in Artificial Intelligence: Insights from the Science of Consciousness, 22.8.2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2308.08708> (4.2.2024).

32 So auch *Schmees/Dreyer*; Künstliche Intelligenz als Richter, CR 2019, 758, 762.

könnte den gewünschten Effizienzgewinn bringen, ohne fundamentalste Grundrechte auszuhebeln. Übernimmt ein Richter dann die Meinung oder Empfehlung seines Praktikanten stellt sich die Anschlussfrage, ob dies zur Überzeugungsbildung ausreicht, ob er in seiner Überzeugung bereits dadurch gerechtfertigt ist; KI Quelle einer gerechtfertigten Meinung sein kann. Diese Fragen sind alles andere als geklärt und scheinen gegenwärtig in der Tat ein faktisches K.-O.-Kriterium für einen Strafrichter-Bot zu fixieren.

2 Einen Richterbot... „darf“ es nicht geben?

Rein intuitiv wird man auch dieser These zustimmen wollen. Betrachten wir den aktuellen Entwurf des KI-Gesetzes³³ scheint diese Intuition eine normative Bestätigung zu finden. Das KI-Gesetz ist ein Vorschlag der Europäischen Kommission für die rechtliche Regulierung von künstlicher Intelligenz.³⁴ Im Juni 2023 haben die Mitglieder des Europäischen Parlaments (MdEP) ihre Differenzen überwunden und eine vorläufige politische Einigung über das weltweit erste Regelwerk für Künstliche Intelligenz (KI) erzielt.³⁵ Das KI-Gesetz ist ein richtungsweisender Legislativvorschlag zur Regulierung von KI auf der Grundlage ihres Schadenspotenzials. Hierbei spricht der Entwurf des KI-Gesetzes explizit von „KI-Systemen, die Justizbehörden dabei helfen Sachverhalte und Rechtsvorschriften zu ermitteln und auszulegen und *das Recht auf konkrete Sachverhalte anzuwenden*.“³⁶ Damit wird künstliche Intelligenz im Strafrecht und ihre Verwendung durch Polizei und Justizbehörden in Strafsachen eindeutig in Erwägung gezogen und zugleich als „hochriskant“ eingestuft,³⁷ weil nämlich erhebliche schädliche Auswirkungen auf die Gesundheit, die Sicherheit und die Grundrechte von Personen in der Union erkannt werden. Für sog. Hoch-Risiko-KI wird ein Bündel harmonisierter zentraler Anforderungen normiert, die diese Systeme aufweisen müssen, um auf dem Uni-

33 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final, abrufbar unter <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/> (25.10.2023).

34 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/european-approach-artificial-intelligence> (25.2.2023).

35 <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/meps-seal-the-deal-on-artificial-intelligence-act/> (25.2.2023).

36 Europäische Kommission (Fn. 33), COM(2021) 206 final Erwgr. 40.

37 Europäische Kommission (Fn. 33), COM(2021) 206 final Erwgr. 33, 38 ff.

onsmarkt eingeführt werden zu können.³⁸ Zentral ist, dass sie so konzipiert und entwickelt sein müssen, dass sie während der Dauer der Verwendung des KI-Systems von natürlichen Personen wirksam *beaufsichtigt* werden können. Zwingende Bedingung ist, die Fähigkeiten und Grenzen des Hochrisiko-KI-Systems vollständig zu verstehen und seinen Betrieb ordnungsgemäß zu überwachen. Hierbei drängt sich unmittelbar die Frage auf, wie man sich diese Beaufsichtigung vorstellen darf, gerade vor dem Hintergrund, dass selbst Entwickler häufig die genaue Funktionsweise der Algorithmen nicht verstehen (wie bereits oben erwähnt). Unterstützung des Entscheidungsprozesses ja, Ersetzung durch das System nein. Aber: Jede kausale Unterstützung ist mehr oder weniger identisch mit der Ersetzung eines bestimmten Arbeitsschrittes. Wann unterstützt also ein System, wann ersetzt es Teilschritte? Jede „Unterstützung“ nimmt dem Richter einen bestimmten Arbeitsschritt ab. Der Teil, den der Richter spart, wird dann ersetzt, oder?

Die Idee eines Richter-Bots flankiert überdies eine Vielzahl offener ethischer und rechtlicher³⁹ Fragen, die hier jedenfalls kursorisch und notwendigerweise unvollständig gestellt, aber keinesfalls beantwortet werden können. Ein Richter-Bot betrifft zunächst diverse Verfassungsgarantien⁴⁰, so zum Beispiel die richterliche Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 1 GG i.V.m. § 1 GVG/Art. 6 EMRK/Art. 47 Abs. 2 GRCh als konstituierende Säule eines demokratischen Rechtsstaates. Der Richter ist dem Gesetz nicht Daten unterworfen. Außerdem ist die funktionelle Integrität der Rechtsprechung massiv gefährdet: Hierbei geht es um den Anspruch auf fairen, effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG), das Gebot des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, das Grundrecht auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG und natürlich Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdeprinzip) als Zentralnorm an der Spitze der Verfassung. Die Menschenwürdegarantie verlangt, dass ein Richter den Betroffenen als Menschen, nicht als Objekt bei seiner Entscheidungsfindung behandelt. Hierzu ist ein automatisiertes System gerade nicht in der Lage, da es die Verfahrensbeteiligten bestimmungsgemäß auf ihre relevanten Daten reduziert.⁴¹ KI als Instrument zur Vereinfachung und Optimierung judizieller Verfahrensprozesse erscheint damit insgesamt hochproblematisch. Vermutlich käme man an einer Verfassungsände-

³⁸ Europäische Kommission (Fn. 33), COM(2021) 206 final Erwgr. 27 ff, 33; zur rechtlichen Einordnung sog. Hochrisiko-KI und deren Anforderungen im Einzelnen vgl. *Roos/Weitz*, Hochrisiko-KI-Systeme im Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung, MMR 2021, 844 ff.

³⁹ Dazu sehr ausführlich das Grundlagenpapier zur 74. Jahrestagung der Präsidentinnen und Präsidenten der OLGs, des KG, des BayObLG und des BGH, Einsatz von KI und algorithmischen Systemen in der Justiz, 2022.

⁴⁰ *Greco*, in: *Dederer/Shin* (Fn. 24), S. 104, 112 ff.

⁴¹ So ausdrücklich *Bernzen*, Roboter als Richter?, RDi 2023, 132, 136, zustimmend *Lorse*, Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz, NVwZ 2021, 1657, 1659.

nung nicht vorbei. *Bernzen* hält fest: „Die Automatisierung der Entscheidungsfindung selbst wäre de lege lata zwar ein Verfassungsverstoß, das Grundgesetz könnte in diesem Punkt aber in gewissen Grenzen geändert werden.“⁴²

Und selbst wenn der gesetzgeberische Wille de lege ferenda dahin ginge, die rechtlichen Möglichkeiten für eine solche Implementierung zu schaffen, muss man den ethischen Diskurs, der parallel geführt wird dringend zur Kenntnis nehmen und fragen: Welche KI wollen wir eigentlich haben? Und: Was genau ist unser Desiderat mit Blick auf KI und judizielle Tätigkeiten?

In einem Projekt der Harvard University vom *Berkman/Klein Center* wurden Inhalte von sechsdreißig prominenten Dokumenten aus unterschiedlichen Ländern zu KI-Grundsätzen verglichen. Hieraus wurde die Grundlage für eine „Prinzipielle Künstliche Intelligenz“ geschaffen. Ziel ist es, einen Minimalkonsens für ethische und auf Rechten basierende KI-Systeme zu formulieren. Im Zentrum dieses „normativen Kerns“ wurden acht thematische Haupttrends festgestellt. Dazu gehören: Datenschutz, Rechenschaftspflicht, Sicherheit, Transparenz und Erklärbarkeit, Fairness und Nichtdiskriminierung, menschliche Kontrolle der Technologie, berufliche Verantwortung und Förderung menschlicher Werte.⁴³ Neben dem von *Friedemann Vogel* ins Feld geführte Problem des „mangelnden Zurechnungsobjekts“ („Wer ist eigentlich Adressat der Verantwortung für KI-Entscheidungen?) möchte ich schlaglichtartig und zusätzlich „Fairness“⁴⁴ ins Rennen schicken, da die Justiz und insbesondere die Strafjustiz einen in höchstem Maße fairnesskritischen Bereich markiert. Dieses „Principle“ ist denkbar eng mit „Transparenz“ verwoben, da es die Grundvoraussetzung für die Überprüfbarkeit von Gerichtsurteilen ist und eine Geheimjustiz vermieden werden muss. Im Kontext von Fairness wissen wir, dass Daten eine Schlüsselrolle spielen. Ein Algorithmus besteht stark vereinfacht ausgedrückt aus Daten der Vergangenheit und der Definition eines Ziels. Das Problem ist, dass die Welt strukturell verzerrt ist und strukturell verzerrte Daten erzeugt.⁴⁵ Dies führt dann zu verzerrten Ergebnissen. Es kommt zu Biases (Verzerrungen) und Loops (Feedbackschleifen). Aus verzerrten Daten resultieren unter Umständen unfaire Ergebnisse. Wird KI im Bereich der Rechtsanwendung implementiert, brauchen wir einen Diskurs über die Ungleichheit in unserer Welt und ihre soziologischen Ursachen. Andererseits: Wenn KI „nur“ genauso (un-)fair ist,

⁴² *Bernzen* (Fn. 41), RD 2023, 132 ff.

⁴³ Paper und Visualisierung abrufbar unter <https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-ai> (25.10.2023).

⁴⁴ *Asenger*, Künstliche Intelligenz im Strafverfahren und Fairness, InTer 2023, 134 ff.

⁴⁵ Ein Überblick bei *Friedler/Scheidtger/Venkatasubramanian*, The (Im)possibility of Fairness, 64 Communications of the ACM 137 ff. (2021); Zum Einfluss der Trainingsdaten insb. *Schmees/Dreyer* (Fn. 32), CR 2019, 758 ff.

wie unsere Gesellschaft, drängt sich die Frage auf, ob und warum das eigentlich problematisch ist? Erwarten wir dann nicht insgeheim, dass Algorithmen unsere Welt besser, „fairer“ machen und damit vielleicht zuviel? Algorithmen, die auf voreingenommenen Daten trainiert werden, werden ohne Intervention voreingenommene Ergebnisse produzieren und die Ungleichheit, die historisch benachteiligte Gruppen erfahren, aufrechterhalten. Die Erwartungshaltung muss demnach zunächst konkret formuliert werden: Besteht das grundlegende Ziel darin, anhaltende bekannte Diskriminierungen nicht weiter zu vertiefen oder auch die Gesellschaft, die Politik und die Praktiken positiv zu verändern?⁴⁶ In einer Studie von *Wachter* u. a., wird der Unterscheidung zwischen zwei Arten von Fairness-Metriken besondere Relevanz zugewiesen: Die Metriken, die die Voreingenommenheit der Daten bewahren und sog. „Bias-Transforming“-Metriken, die soziale Voreingenommenheit eben nicht als neutralen Ausgangspunkt sehen und blind übernehmen, müssen zunächst identifiziert und unterschieden werden.⁴⁷ Vorurteilsbewahrende Metriken seien für Fairness hochproblematisch, weil sie mehr oder weniger implizieren, dass in der Vergangenheit nur gute und gerechte Entscheidungen getroffen worden sind. Um aktiv zu einer substanziellen Gleichstellung beizutragen (was die Autoren als wünschenswert betrachten), wird stattdessen die Verwendung von voreingenommenheitsverändernden Metriken für die Entscheidungsfindung empfohlen. Die Auswahl der Metrik verlange aber eine sog. „positive normative choice“, eine explizite (positive) Entscheidung darüber, welche Voreingenommenheit das System aufweisen/beibehalten soll und warum. Eben diese „positive normative choice“ kann nur ein Mensch treffen. Außerdem plädieren *Wachter* u. a. dafür, Entwicklern, Anwendern und Nutzern, die sich für die Verwendung von voreingenommenheitsbewahrenden Fairness-Metriken entscheiden, sofern sie dabei Entscheidungen über Einzelpersonen treffen, zusätzliche Verpflichtungen aufzuerlegen. Die Relevanz dieser These für die Rechtswelt bedürfte vertiefter Betrachtung. Insgesamt spricht, so meine ich, einiges dafür, dass der aktuelle Stand der Technik zwar bereits vieles möglich macht, aber im Bereich der härtesten Grundrechtseingriffe durch das schärfste Mittel des Staates so lange Zurückhaltung geboten ist, wie selbst Entwickler auf wichtige Fragen keine Antwort haben.

⁴⁶ Vgl. dazu nur die grundlegende Forschungsarbeit von *Wachter/Mittelstadt/Russel*, *Bias Preservation in Machine Learning: The Legality of Fairness Metrics under EU Non Discrimination Law*, 123 *W. Va. L. Rev.* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3792772> (4. 2. 2024).

⁴⁷ *Wachter/Mittelstadt/Russel* (Fn. 47), 123 *W. Va. L. Rev.* 2021, <https://ssrn.com/abstract=3792772> (4. 2. 2024).

IV Fazit

Ich schließe weder kontrovers zum Hauptreferat noch spektakulär, jedoch nicht ganz ohne zu widersprechen. *Friedemann Vogels* Thesen verbreiten weder Endzeitstimmung noch düsteren Pessimismus. Er weist völlig zu Recht auf faktische Grenzen und große Herausforderungen hin, denen sich die Rechtspraxis zu stellen hat. Jene Herausforderungen treffen die Strafjustiz in besonderem Maße, weil es auch um die Bestimmung und Bestimmbarkeit von Verantwortung und Schuldhaftigkeit zur Festsetzung höchstpersönlicher Freiheitseinschränkungen geht. Hier algorithmisch zu strafen, obwohl auf Grund wahlloser Datafizierung ohne Methodik und System bereits das Sammeln von juristischen Daten zu überfordern scheint, wäre nicht innovativ, sondern inakzeptabel. Welche strafjustiziellen Entscheidungen zukünftig ganz konkret von Menschen auf Maschinen übertragen werden sollten, dürfen und können, das ist eine Frage, die wir wissenschaftlich derzeit zunächst genau identifizieren und der wir zukünftig größte Aufmerksamkeit und Besonnenheit im Umgang schenken sollten.⁴⁸

⁴⁸ So wörtlich *Brodowski/Hartmann/Sorge*, Automatisierung in der Strafrechtspflege. Legal Tech, KI und eine „hybride Cloud“ im Einsatz gegen Kindesmissbrauch, NJW 2023, 583.