

Krisztina Karsai

KI vs. menschliche Entscheidung bei der Analyse und Anwendung des Rechts

Abstract: The paper compares human and Artificial Intelligence in legal decision-making, particularly criminal justice. The author explores the idea that AI could support specific decision-making processes in criminal justice, such as identifying elements of crimes through statistical patterns, reviewing the legality of judicial documents, and potentially aiding in routine decisions. However, the text emphasises the limitations of AI, especially in comprehending context, meaning, and causality, which are crucial in legal interpretations. It also touches upon the ethical and philosophical dilemmas surrounding the integration of AI into the justice system, suggesting that while AI might aid in specific tasks, fundamental aspects of legal decision-making rooted in centuries-old axioms – such as individualised judgments and the consideration of human values like fairness and justice – might remain beyond the capabilities of current AI systems. Furthermore, it discusses the ongoing debates within the European Union regarding the regulation and ethical use of AI in legal systems, highlighting the need for stringent rules and oversight to ensure accountability and prevent potential misuse of AI technologies.

I Einführung

Sowohl der Titel als auch das Thema sind provokativ, da sie einen Wettbewerb zwischen künstlicher und menschlicher Intelligenz implizieren, d.h. die Einführung des Themas fordert das Publikum bereits zu einer notwendigen Wahl auf. Indes wird suggeriert, dass die beiden Arten von Entscheidungsmechanismen vergleichbar sind – obwohl ein solcher Vergleich eigentlich gar nicht möglich ist. Während menschliche Intelligenz (bzw. Entscheidungsprozesse) ungenau und langsam ist, ist Künstliche Intelligenz präzise und schnell. Menschliche Intelligenz erkennt Zusammenhänge aufgrund kognitiven Verständnisses und kann auch in-

Anmerkung: Die Forschung ist Gegenstand des Forschungsprojektes „Künstliche Intelligenz und die Rechtsordnung“ des Kompetenzzentrums Digitale Gesellschaft des Clusters Geistes- und Sozialwissenschaften und wurde vom Exzellenzzentrum für Interdisziplinäre Forschung, Entwicklung und Innovation der Universität Szeged unterstützt.

tuitiv entscheiden; die KI¹ hingegen entscheidet zwar nicht intuitiv, stellt aber statistische Probabilität fest und entscheidet – wenn man es ihr vorgibt – tatsächlich nach dem Zufallsprinzip. Die eine ist menschlich intelligent, die andere ist künstlich unintelligent.

Die einzige Rechtfertigung für diese Wahl besteht darin, dass wir auch KI für entscheidungsfähig halten. Die Notwendigkeit einer Wahl ist derzeit jedoch weder relevant noch zwingend. Solange sich die Anwendung und Auslegung/Analyse des Rechts in seiner Zielsetzung und Funktion in der Zukunft nicht wesentlich ändern, wird diese Wahl weder für uns noch für künftige Juristen eine große Herausforderung darstellen oder zumindest nicht so, wie wir es uns heute vorstellen.

In diesem Beitrag möchte ich ein Teilgebiet unter die Lupe nehmen und kurz untersuchen, ob KI die Funktion übernehmen kann, im Bereich der Justiz Entscheidungen zu treffen; also, ob es Entscheidungen gibt, die durch KI überhaupt gefällt werden können und zwar auch zur Unterstützung menschlicher Entscheidungsträger. Ganz konkret wird hier die Frage gestellt, ob solche Entscheidungen zu identifizieren sind, die in der Strafjustiz während der Verhandlungsphase des Strafverfahrens normalerweise von Richtern getroffen werden, aber tauglich wären, um nunmehr von einer KI getroffen zu werden.

Das Thema, das wir jetzt erörtern, ist jedoch eigentlich, wofür wir KI einsetzen können und sollten, und warum wir KI überhaupt in der Strafjustiz einsetzen sollten. Um diese Fragen zu beantworten, müssen die Debatten geführt und die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, worüber heute in fast allen Foren diskutiert wird: über die Grundlagen, d. h. darüber, was wir eigentlich machen, wenn wir das Recht anwenden, welche Funktionen diese Tätigkeit auf der theoretischen Ebene erfüllt und natürlich darüber, was die Verwirklichung dieser rechtlichen Prozesse bedeutet.

1 In diesem Beitrag werde ich nicht näher auf die Definition von „Künstlicher Intelligenz“ eingehen. Der hier verwendete Begriff bezieht sich auf die Verwendung von Computeralgorithmen (Softwarelösungen), die zum maschinellen Lernen fähig sind und auf dieser Grundlage für den Menschen verständliche und sinnvolle Antworten auf von Menschen gestellte Fragen geben können. Siehe mehr zu dieser Frage z. B. *Coglianse/Lehr*, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, 105 *Geo. L. J.* 1147 (2017); *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz. Eine Einführung*, 2017.

II Anwendung der Algorithmen- bzw. KI-Technologie

Wir befinden uns in dieser Debatte, da der greifbare Paradigmenwechsel die Welt um uns herum erobert: die Anwendung der Algorithmen und KI-Technologie ist bereits unaufhaltsam und tief im Alltagsleben verbreitet, Beispiele dafür müssen nicht mehr genannt werden. Es ist allerdings wichtig, zu verstehen und uns immer wieder daran zu erinnern, dass allein die Tatsache, dass z. B. einige Staaten der USA eine KI für die Schätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit² nutzen, noch längst nicht bedeutet, dass diese Entscheidungen korrekt oder sogar gut seien.

Sicherlich sollte eine wissenschaftliche Untersuchung mit herkömmlichen Mitteln durchgeführt werden, um zu beweisen, dass diese Entscheidungen gut und richtig waren, als sie getroffen wurden. Wenn eine solche Untersuchung dies nachträglich bestätigt, dann – und nur dann – könnten wir behaupten, dass die Entscheidungen der KI richtig waren. Also befinden wir uns genau an dem Punkt, an dem das Collingridge-Dilemma uns selbst zur Vorsicht mahnt: in der Anfangsphase einer Technologieentwicklung ist es schwierig, deren Auswirkungen auf die Gesellschaft und die Umwelt zu erkennen, da die Informationen begrenzt und unsicher sind. Wenn die Technologie jedoch erst einmal eingeführt und weit verbreitet ist, wird es schwieriger, sie zu kontrollieren oder zu ändern, da sie in die Strukturen und Verhaltensweisen der Gesellschaft und der Wirtschaft eingebettet ist.³ Die Regulierung der Technologie bildet eine erhebliche Herausforderung für die Politik, die oft gezwungen ist, Entscheidungen auf der Grundlage von begrenzten Informationen zu treffen, die später schwer rückgängig zu machen sind. In nationalen und internationalen politischen und gesetzgeberischen Bereichen⁴ sowie in

2 Siehe z.B.: die Anwendung von COMPAS; zu der Analyse und Debatte (auf deutsch) siehe zusammenfassend *Nink*, Justiz und Algorithmen – Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, 2021, S. 375.

3 ‘Attempting to control a technology is difficult...because during its early stages, when it can be controlled, not enough can be known about its harmful social consequences to warrant controlling its development; but by the time these consequences are apparent, control has become costly and slow’, *Collingridge*, *The social control of technology*, 1980. Analyse bei *Genus/Stirling*, *Collingridge and the dilemma of control: Towards responsible and accountable innovation*, 47 *Research Policy* 61 (2018).

4 CEPEJ, *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment*, 2018; General Assembly UN, *Roadmap for Digital Cooperation A/74/821*, 29.5.2020; Europäisches Parlament, *Künstliche Intelligenz im Strafrecht und ihre Verwendung durch die Polizei und Justizbehörden in Strafsachen (2020/2016(INI))*, 2021; Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter*

der Zivilgesellschaft, Geschäftswelt⁵ und Aktivistenszene⁶ existiert bereits eine Vielzahl an Regulierungsversuchen. Deren Anstrengungen bleiben jedoch bis heute eher fragmentarisch und oft nur teilweise miteinander vergleichbar, sogar gar nicht kompatibel. Aber der Tsunami an Versuchen zeigt, dass sich die Geschichte der Zukunft gerade in diesen Jahren abspielt.

Da ich mich hier mit dem Strafrecht befasse, werde ich meine Ausführungen auf die Justiz und näher auf Strafsachen und auf die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beschränken. Eine weitere Einschränkung besteht darin, dass ich mich nur auf den Aspekt der Verhandlungsphase konzentrieren werde. Eine dritte Einschränkung ist, dass ich mich dem Thema nur von der Seite der Behörden nähere. Der mögliche Einsatz von KI-gestützter Software-Analyse durch die Verteidigung mag zwar – vielleicht – im Rahmen der Beweisführung relevant sein, da es aber im Strafverfahren weder für den Angeklagten noch für die Verteidigung ein ähnliches Entscheidungsgebot gibt, werde ich nicht näher darauf eingehen. Auch der mögliche Einsatz von Software, mittels derer die Urteilsfindung der Strafgerichte kalkuliert und (nach statistischer Wahrscheinlichkeit)⁷ eingeschätzt werden soll, wird hier nicht erörtert, ohne zu bezweifeln, dass diese geeignet sein könnten, generell das Vertrauen in das Recht, das Vertrauen in die Rechtspflege und in die Rechtsstaatlichkeit in der Gesellschaft insgesamt durch Vorsehbarkeit zu fördern.

III Algorithmen in der strafgerichtlichen Verhandlung

KI kann (heute) für solche Entscheidungsprozesse eingesetzt werden, die sonst von der natürlichen Intelligenz geleistet werden. Ein Grund für die Anwendung der künstlichen anstelle der natürlichen Intelligenz könnte sein, dass dadurch die Entscheidung (im weiteren Sinne) besser, schneller und effektiver wäre.

Kann eine KI besser, schneller oder effektiver sein? Nur begrenzt. Zwar wird die KI als Nachbildung menschlicher und analytischer Entscheidungsfähigkeiten angesehen, aber das ist durchaus „falsch“ im Sinne von unterkomplex, weil

Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final.

5 Vgl. <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/> (30.11.2023); <https://www.uschamber.com/technology/open-letter-to-state-leaders-on-artificial-intelligence> (30.11.2023); <https://www.nytimes.com/2023/03/29/technology/ai-artificial-intelligence-musk-risks.html> (30.11.2023).

6 Vgl. <https://www.fairtrials.org/campaigns/ai-algorithms-data/> (30.11.2023).

7 Siehe <https://ilas.io/> (30.11.2023) eine „Wettervorhersage“ für den Kriminalfall.

- a. wir selbst nicht ganz genau wissen, wie menschliches Denken funktioniert;
- b. KI-Systeme die menschliche Entscheidungsfindung durch probabilistisches Denken und Analyse durch das Erkennen (formaler) Muster in Daten ausführen. Sie sind also richtigerweise nicht mit der menschlichen Denkweise vergleichbar;
- c. die KI unfähig ist, Kontext und Bedeutung zu verstehen und Kausalität zu erkennen. Außerdem ist sie abhängig von Schülerdaten und „Lehrern“.⁸

Im Ergebnis kann eine jede KI nur begrenzt besser, schneller oder effektiver sein als natürliche Intelligenz.

Algorithmen-basierte Datenanalyse und KI könnten jedoch in der Lage sein, die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung wie Vorprägungen und Vorurteile, Beeinflussung durch die eigene Befindlichkeit, Emotionen, Erwartungen und Forderungen Dritter, wie der Medien und der öffentlichen Meinung, zu kompensieren oder zumindest abzuschwächen.⁹ Wie *Preuß* korrekt zusammenfasst: Gleiches gilt für menschliche Entscheidungen beeinflussende kognitive Verzerrungen wie den Ankereffekt (anchoring effect), den Backfire-Effekt, den Rückschaufehler (hindsight bias) und den Bestätigungsfehler (confirmation bias).¹⁰

KI ist vor allem dann schneller und effektiver, wenn große Mengen von Lern-daten zur Verfügung stehen, die ansonsten von Menschen analysiert und ausgewertet werden müssten. Dies ist kaum noch zeitgemäß oder gar möglich. Ein weiteres Beispiel für die Schnelligkeit und Effektivität ist die Erzielung eines probabilistischen¹¹ Outcomes.

Fassen wir also im Folgenden die Tätigkeiten des Fachjuristen in der Verhandlungsphase¹² zusammen, so reicht dies an sich schon aus, um die theoretischen

8 Gemeint sind Abhängigkeiten von einerseits Trainingsdaten mit allen darin liegenden Bias-Strukturen und Fragen, die hier nicht ausführlich erörtert werden können und andererseits von jenen, die mit den Trainingsvorgaben und Algorithmen bestimmen, von welchem Ausgangspunkt aus eine KI erlernt.

9 Siehe *Nink*, Justiz und Algorithmen (Fn. 2), S. 130–133.

10 *Preuß*, Digitalisierung im Strafverfahren. Von der elektronischen Aktenführung bis zum Einsatz von KI als Hilfsmittel der Entscheidungsfindung, JZ 2023, 176.

11 *Shaviro*, Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice, 103 Harv. L. Rev. 552–554 (1989); *Hunt/Mostyn*, Probability reasoning in judicial fact-finding, 24 The International Journal of Evidence & Proof 86–87 (2019).

12 Dieser Beitrag geht von den ungarischen strafprozessualen Strukturen aus. Die Ergebnisse der Untersuchung können aber sowohl vergleichend als auch allgemein verwendet werden.

Positionen,¹³ wonach Juristen (insbesondere Richter) „Subsumtionsautomaten“ seien, in Frage zu stellen.

IV Einige Ergänzungen zu der Tabelle

1 Auslegung der strafrechtlichen bzw. nebenstrafrechtlichen Normen

Die Rechtsauslegung, also die Bestimmung der Bedeutung des Normtextes ist mittels einer schwachen KI nicht möglich, vor allem aus zwei manifesten Gründen: Einerseits ist die Straftat selbst eine normative Kategorie. Jede begangene Straftat ist einzigartig und die notwendige Auslegung der abstrakten Normen, die die Anwendung des Strafrechts möglich machen, erfordert Wertungsurteile seitens des Entscheidungsträgers (Richter). Andererseits erlangen systemimmanente Werte mittels Auslegung (fair trial, Menschenwürde, vernünftiger Täter, Verhältnismäßigkeit, gesellschaftliche Entwicklungen, Sozialschädlichkeit, Zweck des Gesetzes usw.) erst ihre Bedeutung. Jene ist für Algorithmen so nicht erreichbar und aus sich heraus nicht anwendbar, da wir (die Menschen) diese nicht mathematisieren können. Wir können Menschlichkeit, Menschenwürde¹⁴ oder Gerechtigkeit (usw.) also nicht in korrekte mathematische Formeln transformieren, sodass diese für Algorithmen notwendig „unverständlich“ bleiben müssen.¹⁵ Mit *Nink*: „die in die Gesetzesauslegung integrierten Gerechtigkeitserwägungen und Wertungen beruhen nicht auf exakter Erkenntnis. Gerechtigkeits- und Richtigkeitsvorstellungen sind keine eindeutigen mathematischen Formeln.“¹⁶ Auch *Gless* und *Wohlers* formulieren zutreffend: „Richter müssen offene Rechtsbegriffe ausfüllen, Ermessen ausüben – und manchmal müssen sie vielleicht sogar Gnade vor Recht ergehen lassen.“¹⁷

¹³ *Gless* und *Wohlers* berichten über die Debatte und vertreten die Auffassung, dass diese These nicht akzeptabel ist, *Gless/Wohlers*, Subsumtionsautomat 2.0 – Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter?, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Kindhäuser, 2019, S. 147–165.

¹⁴ *Golla*, In Würde vor Ampel und Algorithmus – Verfassungsrecht im technologischen Wandel, in: Donath u. a. (Hrsg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit. (AssÖR Bd. 59), 2019, S.183.

¹⁵ *Karsai*, Algorithmic Decisions within the Criminal Justice Ecosystem and their Problem Matrix, 92(1) RIDP 13–30 (2021).

¹⁶ *Nink*, Justiz und Algorithmen (Fn. 2), S.117.

¹⁷ *Gless/Wohlers*, Festschrift Kindhäuser, S. 152.

	OB	wenn ja / teils – wie	wenn nein - warum	Bemerkungen
allgemeine Auslegung	nein		KI kann Normtexte nicht verstehen	statistische Zusammenhänge werden im Strafverfahren nicht akzeptiert
Tatbestandsfeststellung	ja	wenn sich Tatbestandselemente statistisch feststellen lassen		z.B. Bilderkennung, Tonerkennung usw.
	nein		Tatbestandselemente können nicht begrifflich verstanden werden	z.B. heimtückisch usw.
Subsumtion / Anwendung	nein		KI kann Normtexte nicht verstehen	Solange starke KI nicht entwickelt wird
Rechtmäßigkeitsskontrolle	ja	wenn Pflichtbestandteile eines richterlichen Schriftstücks zu kontrollieren sind		mandatorische Bestandteile eines Textes können syntaktisch (und statistisch) geprüft werden
	nein	Das Meritum der Entscheidung, Argumentation	statistische Denkwege können immanente Argumentationswege bzw. die Compliance der Subsumtion nicht prüfen	es sei denn, wir geben uns mit einer guten statistischen Annäherung zufrieden
Urteilsfällung (strafbar / schuldig)	nein		die Hauptfragen werden nicht nach statistischen Regeln entschieden	es sei denn, wir geben uns mit einer guten statistischen Annäherung zufrieden
	ja	Routineentscheidungen, die sowohl eine relativ begrenzte Anzahl von Startkriterien als auch begrenztes Ergebnis haben		z.B. in Ungarn: Strafrichter berechnen Strafverfahrenskosten selbst
Strafzumessung	ja	wenn Strafzumessung eine mathematische Gleichung wäre, d.h. die Zumessungsfaktoren kategorisiert und klar skaliert werden könnten		bei bestimmten Straftaten (Bagatelldelinquenz) könnte es eingeführt werden
	nein		da Strafzumessung nichtmathematisierbare Faktoren innehat	statistische Zusammenhänge werden im Strafverfahren nicht akzeptiert
Urteilsfassung	ja	Syntaktisch korrekte Texte können mithilfe der großen neuronalen Sprachmodellen zusammengestellt werden		

Abb. 1: KI-Entscheidungen in der Verhandlungsphase (Autor).

2 Tatbestandsfeststellung

Die Tatbestandsfeststellung ist insofern möglich, als dass sich bestimmte Tatbestandselemente von bestimmten Straftaten mittels statistischer Denkwege feststellen lassen: durch Bilderkennung, Sprachmodelle (Fälschung von Objekten, Videos mit kinderpornographischem Inhalt, betrügerische Buchhaltung usw.) oder Chatbots für Zeugenvernehmungen. Aber auch das ist nur begrenzt möglich, wie es *Tober*¹⁸ betont: „Sachverhalte sind keine raum-zeitlich-ausgedehnten Gegenstände, sondern müssen erst begrifflich kodiert werden. Bereits hier muss die anzuwendende Norm mitgedacht werden, denn der Sachverhalt drückt dasjenige aus, was als Anwendungsfall einer Norm in Betracht kommt, indem er Begriffe bezeichnet, die unter die Norm subsumiert werden können. Es zeigt sich, dass ein Sachverhalt selbst nur ein begriffliches Modell der Wirklichkeit ist, dass diese im Hinblick auf die für die Normanwendung relevanten Merkmale verkürzt. Kann ein unbeweglicher Gegenstand ein Werkzeug sein? Diese Frage kann nicht mit Mitteln der Logik beantwortet werden.“

3 Subsumtion

Die Subsumtion, also die konkrete Anwendung der Norm als Teil juristischer Entscheidungsfindung und Verbindung zwischen Sachverhalt und Strafnorm, kann von einer KI nicht hergestellt werden. KI kann selbst keinen Bezug zu Normen herstellen, sondern sich allenfalls syntaktisch auf Normsätze beziehen. Der Norminhalt selbst (als Regelungsvorgabe) spielt hier also keine Rolle. Selbst unter der Annahme, dass im Fall rechtlicher Subsumtion, die Haftung dann begründet ist, wenn alle Bedingungen erfüllt sind, so erfolgt die dem zugrundeliegende menschliche Entscheidungsfindung gerade nicht kausal, sondern berücksichtigt sowohl Inhalt als auch Kontext der Norm.¹⁹ Eine algorithmischen Entscheidungsfindung wäre als Wenn-Dann-Beziehung demgegenüber im logischen Sinne kausal.

Oft enthält der Hauptsatz einer Norm keinen konkreten Satz, meint vermittelt kein präzises „Ergebnis“, sondern eröffnet gerade einen Auslegungsspielraum; insbesondere im Gesamtbereich des Strafrechts und des Nebenstrafrechts sind die Normsätze auf diese Weise aufgebaut. Das bedeutete aber dann konkret im Falle der „Übernahme“ der Subsumtion durch eine KI, wie wir sie (bis) jetzt kennen, dass KI-gesteuerte Subsumtion gerade die Normauslegungsinhalte festgeschrieben und

¹⁸ *Tober*; Ist Normanwendung automatisierbar?, MMR 2021, 779, 780.

¹⁹ *Tober* (Fn. 18), MMR 2021, 779, 782; ähnlich *Nink*, Justiz und Algorithmen (Fn. 2), S 37–38.

damit selbst Subsumtionsregelungen schüfe. Mit *Wörner*, „Code creates law“; „mittels Programmierung [werden] Regelungen festgeschrieben [...], denen quasi-gesetzgeberische Macht zukommt.“²⁰ KI-gesteuerte Subsumtion wäre nicht fähig, auf individuelle Auslegungsdetails zu reagieren, sondern schüfe eigene normative Inhalte ohne Auslegungsspielraum.

4 Rechtmäßigkeitskontrolle

Die formale Rechtmäßigkeitskontrolle könnte ihrerseits nun durchaus mittels KI-Lösungen durchgeführt werden, wenn und soweit die Rechtmäßigkeitskontrolle in Schriftstücken (z. B. Beschlüssen) erfolgt. Das heißt, die Feststellung, ob eine bestimmte gerichtliche Entscheidung (in Schriftform) die erforderlichen, gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltselemente enthält, könnte mit Hilfe einer KI-basierten Lösung insbesondere angesichts des jüngsten Anstiegs der Leistung großer Sprachmodelle und ihrer damit einhergehenden derzeitigen Verbreitung möglich sein; vorausgesetzt, die Inhaltselemente enthalten Textbestandteile.²¹

Die Prüfung, ob eine Entscheidung der objektiven Rechtslage materiell-rechtlich auch entspricht, wäre aber schwierig vorstellbar, da diese Prüfung wiederum solche Komponenten voraussetzt, die Verständnis erfordern: „die Subsumtion, also die Unterordnung des konkreten Lebenssachverhalts unter die (abstrakte) Tatbestandsformulierung einer Rechtsnorm, das Anwenden der Rechtsnorm sowie das Auffinden der richtigen Rechtsfolge.“²² *Nink* bringt das bezeichnende Beispiel mit der Frage eines rechtswidrigen Beweismittels: „Angenommen, ein Angeklagter ist tatsächlich (materiell-rechtlich) schuldig, das einzige ihn belastende Beweismittel unterliegt aber einem absoluten Beweisverwertungsverbot. Der Richter muss diesen Angeklagten freisprechen: Die materiell-rechtlich für sich genommen unrichtige Entscheidung entspricht der objektiven Rechtslage.“²³ In einem solchen Fall beruht die Unzulässigkeit des Beweismittels auch auf der Auslegung des Gesetzes, der Abwägung der faktualen Umstände und der Subsumtion. D. h., die Summe dieser Faktoren führt dazu, dass das Beweismittel nicht verwendet werden kann. Da die jedenfalls derzeitige Unzulänglichkeit von KI und anderen Formen maschinellen Lernens für die Teilhandlungen dieses Gesamtprozesses festgestellt

²⁰ *Wörner*, „Code is creates Law“ – Im Programmcode festgelegte Regeln haben quasi-gesetzgeberische Macht oder das Programmieren der Algorithmen ist unsere Freiheit?, *Politikum Tatort Rechtsstaat* 2023, 65, 69.

²¹ Vgl. dazu *Wilhelm/Leue*, in diesem Band, S. 67–89.

²² *Nink*, *Justiz und Algorithmen* (Fn. 2), S. 114.

²³ *Nink*, *Justiz und Algorithmen* (Fn. 2), S. 114.

werden muss, folgt daraus zwingend, dass der Rest des aus diesen Komponenten bestehenden Verfahrens jedenfalls derzeit auch (noch) nicht mittels KI durchgeführt werden kann.

5 Urteilsfindung (schuldig / nicht schuldig)

Eine Urteilsfindung wäre nun ihrerseits gar nicht vorstellbar, wenn sich eine etwaig eingesetzte KI – anhand vergangener Fälle und Muster – allein auf statistischer Basis für das wahrscheinlichste Ergebnis entschiede. Entsprechende Auslegungsmängel bzw. regelgeprägte Subsumtionsinhalte mittels KI würden dann noch verstärkt. Wenn aber in speziellen Verfahren gerade die Bedeutung eines Ermessensspielraums bei der Entscheidung durch den Gesetzgeber verringert wird oder, wenn tatsächliche Umstände des Einzelfalles eine weniger komplexe Situation beinhalten und Subsumtion erfordern (verkürztes Verfahren, Verwaltungsstrafverfahren und/oder sog. Strafbefehle), so kann zumindest die wissenschaftliche Prüfung²⁴ der Möglichkeit einer automatisierten Entscheidungsfindung gerechtfertigt sein. Mit anderen Worten, routinemäßige Entscheidungsfindungen ließen sich durchaus und gut denkbar, mittels KI unterstützen. So wäre es für Ungarn beispielsweise durchaus vorstellbar, die Kosten des Strafverfahrens, die heute noch vom Richter errechnet werden müssen, KI-basiert festzustellen.

6 Strafzumessung

Eine Strafzumessung mittels KI wäre denkbar, wenn das Urteil bereits gefällt wurde (wie in den Justizsystemen des common law), nunmehr aber die KI – anhand vergleichbarer Fälle – die Strafzumessung beurteilen soll. Das setzt voraus, dass die vielen bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Umstände für den Algorithmus richtig kodiert sind, was wiederum die Formulierung der möglichen Strafarten sowie ihrer Stufen und Anwendungsvoraussetzungen in einer quasi-mathematischen Formel erfordert, wie sie auf Basis der im US-amerikanischen Raum diskutierten *Sentencing Guidelines*²⁵ denkbar sind. Jener Ansatz vermag allerdings den

²⁴ Siehe Forschungsprojekt der Forschungsgruppe „Künstliche Intelligenz und die Rechtsordnung“ mit dem Titel „Möglichkeit der algorithmischen Entscheidungen in Strafverfahren wegen Menschenhandel in Ungarn“ 2023–2025, <https://u-szege.hu/ikikk/> (4.1.2024).

²⁵ <https://www.ussc.gov/guidelines> (4.1.2024); zu der Kritik: *Bowman*, *The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural analysis*, 105 Colum. L. Rev. 1315 (2005); *Ambos* (Hrsg.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke*, 2020.

Grundgedanken eines freien richterlichen Beurteilungsspielraums in der Strafzumessung nicht zu berücksichtigen. Ermessen – im Allgemeinen – ist gegeben, wenn dem Richter (dem Entscheidungsträger) hinsichtlich der Anwendung der Rechtsnorm eine Entscheidungsfreiheit eingeräumt und ihm gestattet ist, von mehreren Rechtsfolgenmöglichkeiten eine oder mehrere zu wählen. Der Gesetzgeber seinerseits hat einen eigenen Ermessens- und Entscheidungsspielraum, da er nicht jeden konkreten Fall und jedes potenziell relevante Detail vorhersehen kann²⁶ und insbesondere Strafnormen abstrakt und nicht konkret einzelfallbezogen zu formulieren hat.

Im Ergebnis ist es damit denkbar, eine KI-basierte Unterstützung bei der konkreten Strafzumessung beispielsweise in Verfahren über Ordnungswidrigkeiten oder in Strafsachen im vereinfachten Verfahren mit weniger komplexen Strafzumessungsfaktoren zu entwickeln, vor allem, um eine einheitliche und vorhersehbare Urteilspraxis landesweit zu gewährleisten.

7 Urteilsfassung

Die Urteils(ab)fassung ihrerseits wäre nun wiederum mittels KI-basierter Lösungen möglich, da die großen neuronalen Sprachmodelle gerade geeignet sind, syntaktisch korrekte Texte aus Textbausteinen zusammenzustellen, die auf der Grundlage einer entsprechenden vorab erfolgten Einarbeitung alle rechtlich erforderlichen Komponenten eines rechtmäßigen Beschlusses beinhalten.²⁷

Gless und Wohlers führen hierzu aus, dass „ein Computerprogramm [...] zwar insoweit eine Begründung für seine Entscheidung geben [könnte], 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 hohen Aufwand verbunden sein, der tatsächlich oft die Grenzen des Möglichen übersteigen dürfte. Und gleichzeitig dürfte das Ergebnis – wenn überhaupt – nur bei Routineentscheidungen in typischen Fällen befriedigend ausfallen.“²⁸ Mit anderen Worten, auch die Urteilsabfassung selbst ist nicht vollständig mittels einer KI-basierten Lösung denkbar.

²⁶ *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 189.

²⁷ Die Urteilsvorhersage selbst wird hier nicht aufgegriffen – es wird von den Beamtenjuristen im Strafverfahren nicht ausgeübt, aber wie bereits angesprochen, ist es eine aktuelle Thematik für das Publikum bzw. für die Anwaltschaft. Siehe <https://ilas.io/> (30.11.2023), ein dänischer Versuch.

²⁸ *Gless/Wohlers*, Festschrift Kindhäuser, S. 159.

V Fazit und Ausblick

Was liegt vor uns und was können wir tun, wenn wir uns unserer Rolle im Colingridge-Dilemma bewusst sind? Die philosophischen und moralischen Grundsätze und Grundmechanismen der Strafjustiz sind in jahrhundertealten Kompromissen und Axiomen verankert.

Axiom Nr. 1: Menschen entscheiden (Laien oder Fachrichter), eventuelle Fehler werden prozessrechtlich korrigiert.

Axiom Nr. 2: Kriminalfälle werden individuell entschieden.

Axiom Nr. 3: Eine Entscheidung erfolgt auf der Grundlage der vergangenen Wahrheit bzw. Wirklichkeit (*ex post facto*).

Axiom Nr. 4: Sanktionen werden individualisiert.

Heute also, meint: in der Gegenwart, muss entschieden werden, ob man jenen traditionellen Grundsätzen weiter folgen und die jahrhundertealten Axiome beibehalten oder ob man sie ggf. jetzt durch neue ersetzen will. Jedenfalls legen die aktuellen Gesetzgebungstendenzen und der aktuelle politische Diskurs nahe, dass sie nicht ersetzt werden sollen und dabei zugleich versucht werden soll, jedwede Datafizierung zu vermeiden. Jedenfalls soll in der Verhandlungsphase eines Strafprozesses derzeit keine KI eingeführt werden, außer in den in der Tabelle aufgeführten Fällen:

- a. wenn sich Tatbestandselemente statistisch feststellen lassen
- b. wenn Pflichtbestandteile eines richterlichen Schriftstücks anhand fester Regeln zu kontrollieren sind
- c. bei Routineentscheidungen, die sowohl eine relativ begrenzte Anzahl von Startkriterien als auch ein begrenztes Ergebnis haben
- d. für die Erstellung syntaktisch korrekter Texte mithilfe großer neuraler Sprachmodelle und
- e. für die Strafzumessung, wenn und soweit deren Regeln algorithmisch kordiert werden können, indem ihre Zumessungsfaktoren kategorisiert und klar skaliert werden könnten.

Dagegen zeigen sich in Wissenschaft, Markt und Marktentwicklung, aber auch anderen Rechtsbereichen, deutliche Hinweise für eine Abkehr von jenen hergebrachten Grundsätzen. Eine Abkehr von obigen Axiomen zeichnet sich dort ab, wo etwa die Vorhersehbarkeit der Rückfälligkeit von Straftätern mittels KI-basierter Systeme untersucht wird. Dann liegt keine *ex post facto*-Beurteilung zugrunde. Bei der Stellungnahme zur Rückfallgefahr von Straftätern handelt es sich vielmehr eindeutig nicht um eine nachträgliche Bewertung einer Tat, sondern um eine erst noch anzustellende Überlegung zu einer noch nicht begangenen zukünftigen Tat.

In Europa ist die Europäische Union ein wichtiger Akteur zur Schaffung einer europaweiten Regulierung verwendbarer Software. Orientiert man sich an Zielen und Vorstellungen der Europäischen Kommission, so wird die EU eine KI-Strategie entwickeln, in die die Menschen Vertrauen haben. Um dieses Vertrauen zu stärken, „stützt sich die EU-Strategie auf die Werte der EU und erhöht damit nicht nur die Akzeptanz KI-basierter Lösungen bei den Bürgerinnen und Bürgern, sondern spornt auch Unternehmen zu deren Entwicklung und Verbreitung an.“²⁹ Nach Vorstellung der Kommission werden eingeführte KI-Systeme auf dem Markt dann durch die Behörden überwacht, während die Nutzer selbst für die Aufsicht durch einen Menschen sowie für deren Kontrolle sorgen. Anbieter und Nutzer sind dann gehalten, schwere Vorfälle und Fehlfunktionen zu melden. Damit verfolgt die Kommission auch in dieser Frage einen funktionalen Ansatz, um mittels Regulierung des gemeinsamen Marktes strenge Regeln für die Anwendung, Entwicklung und Verwendung von KI-Systemen (und KI-basierten Produkten im weiteren Sinne) aufzustellen, die auf den Markt gebracht und dort verwendet werden dürfen.

Das Europäische Parlament (EP) ist jedoch seinerseits besorgt und forderte in seiner Entschließung vom 6. Oktober 2021 zu dem Thema *Künstliche Intelligenz im Strafrecht und ihre Verwendung durch die Polizei und Justizbehörden in Strafsachen* (2020/2016(INI)) in vielerlei Hinsicht ein weit umfassenderes Anwendungsverbot von KI, nämlich den Einsatz von KI und verwandten Technologien für die Erstellung von Vorschlägen von Gerichtsentscheidungen gänzlich zu verbieten (Nr. 16), die Verwendung einer automatisierten Analyse und/oder Erkennung menschlicher Merkmale, wie Gangart, Fingerabdrücke, DNA, Stimme und anderer biometrischer und verhaltensbezogener Signale in öffentlich zugänglichen Räumen zu verbieten (Nr. 26) sowie die Nutzung privater Gesichtserkennungsdatenbanken in der Strafverfolgung (Nr. 28) zu untersagen. Das EP ruft die Kommission auf, mit legislativen und nichtlegislativen Mitteln und erforderlichenfalls mittels Vertragsverletzungsverfahren ein Verbot jeglicher Verarbeitung biometrischer Daten, einschließlich Gesichtsbildern, zu Strafverfolgungszwecken in allen EU-Mitgliedstaaten zu erwirken (Nr. 31). Zu konstatieren ist, dass weder die Marktentwicklung in der freien Wirtschaft noch in Industrie oder Wissenschaft aufzuhalten sind, solange solche Regulierungen mit Rechtsdurchsetzungscharakter fehlen.³⁰

All dies führt auch mich zu der Schlussfolgerung, dass es ohne einen Paradigmenwechsel nicht möglich ist, der algorithmischen Entscheidungsfindung (Entscheidungsunterstützung) in der Strafjustiz einen zufriedenstellenden Platz ein-

²⁹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-and-trust-artificial-intelligence_de (4.1.2024).

³⁰ Wörner (Fn. 20), Politikum Tatort Rechtsstaat 2023, 65, 69.

zuräumen. Dieser Wandel würde die grundlegenden systemischen Elemente der Justizsysteme und mit ihr jene des strafrechtlichen Denkens berühren und so würde mit dieser Entwicklung eine völlig andere Art und Formatierung der Justiz einhergehen, auf die wir meiner Meinung nach (noch) nicht (hinreichend) vorbereitet sind.

Erlauben Sie mir eine apokryphe Parallele zu ziehen: Hat diese Situation nicht eine Ähnlichkeit mit der sog. Torlinientechnik und dem Einsatz des sog. „Roboter-Linienrichters“ in der Fußballwelt? Auch dort erfordert die Akzeptanz über den Einsatz jener Techniken vor allem den Sicht- bzw. den Paradigmenwechsel seitens der Akteure, sonstigen Teilnehmer und Beobachter. In der Tat droht die weitere Entwicklung ohne einen Paradigmenwechsel in der Strafjustiz zu einem heuchlerischen Glaubenskrieg KI-unterstützter Strafjustiz zu degenerieren.