

Lydia Wolff

Algorithmen als Richter

Verfassungsrechtliche Grenzen
entscheidungstreffender Rechtsgeneratoren
in der Rechtsprechung

Band 3

Lydia Wolff

Algorithmen als Richter

Verfassungsrechtliche Grenzen entscheidungstreffender
Rechtsgeneratoren in der Rechtsprechung

digital | recht
Staat und digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.
Prof. Dr. Roland Broemel
Prof. Dr. Thomas Burri, LL.M.
Prof. Dr. Albert Ingold
Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg
Prof. Dr. Silja Vöneky

Trier, 2022

Band 3

Lydia Wolff, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Trier; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Recht und Digitalisierung Trier von 2019 bis 2022; Promotion 2022; derzeit Referendarin in Essen.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5812-5242>

Zugl.: Diss. iur. im Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier
vorgelegt von Lydia Wolff

Gutachter: Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg; Prof. Dr. Benjamin Rau

Mündlichen Prüfung am: 28.03.2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig als elektronische Version über den Publikations- und Archivierungsserver OPUS der Universität Trier <https://ubt.opus.hbz-nrw.de/home> und über die Webseite der Schriftenreihe <https://digitalrecht-oe.uni-trier.de> zur Verfügung.

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ CC BY 4.0 International (Namensnennung) lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, an denen keine Rechte der Autorin/des Autors oder der UB Trier bestehen. Covergestaltung von Monika Molin.



ISBN: 9-783754-928387

ISSN (Online): 2750-4344

URN: xxxxx

DOI: doi.org/10.25353/ubtr-xxxx-cefc-98c1

© 2022 Lydia Wolff

Trier

Die Schriftenreihe wird gefördert von der Universität Trier und dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT).

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/22 am Fachbereich V – Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Der Stand der Bearbeitung ist September 2021.

Mein Dank gilt zunächst *Professorin Dr. Antje von Ungern Sternberg*, die mich stets mit wohlgeählter Kritik in meiner Arbeit bestärkte und mir sowohl zeitliche Freiräume als auch eine ausgezeichnete Betreuung zukommen ließ. Als Vorgesetzte war sie mir außerdem ein besonderes Vorbild für ein freundliches und produktives berufliches Miteinander.

Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens bedanke ich mich herzlich bei *Professor Dr. Benjamin Raue* und für die Übernahme des Vorsitzes bei *Professor Dr. Peter Reiff*. Ferner danke ich dem Herausgeberkreis der Schriftenreihe digital | recht für die Aufnahme als Autorin. Umfängliche Danksagung gebührt auch *Niklas Köny*, *Lennard Schmidt*, *Lukas Wolff*, *Dr. Herbert Heckers* und *Torben Buß* für die umsichtige Durchsicht meines Manuskripts und ihre hilfreichen Anmerkungen.

Dem Direktoren- und Kollegenkreis des Instituts für Recht und Digitalisierung Trier sowie dem Team des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Völkerrecht und den Angestellten des Fachbereichs V danke ich für die sehr angenehme Zusammenarbeit in meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin.

Mein besonderer Dank für Verständnis, Unterstützung und liebevolle Begleitung auf meinem Lebensweg gilt schließlich meiner Mutter Birgitta und meinem Vater Thomas, meinen Großeltern, meinem Bruder Lukas, meinem Lebensgefährten Torben Buß sowie meiner gesamten Familie und der Familie Buß. Meinen Freunden danke ich daneben außerdem von Herzen für Aufmunterungen, Zerstreungen und ihre Verbundenheit auch in Pandemiezeiten.

Essen, April, 2022

Lydia Wolff

Inhaltsübersicht

<i>Einleitung</i>	
Einführung in das Forschungsvorhaben	1
<i>Kapitel 1</i>	
Kontext und Untersuchungsgegenstand.....	7
<i>Kapitel 2</i>	
Technische Risiken und Grenzen.....	45
<i>Kapitel 3</i>	
Vorteile und Perspektiven.....	83
<i>Kapitel 4</i>	
Rechtsgeneratoren und der verfassungsrechtliche Richterbegriff.....	123
<i>Kapitel 5</i>	
Der Eigenwert menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung	151
<i>Kapitel 6</i>	
Zusammenstellung der Ergebnisse und Ausblick.....	307

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Inhaltsübersicht	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>Einleitung</i>	
Einführung in das Forschungsvorhaben	1
<i>Kapitel 1</i>	
Kontext und Untersuchungsgegenstand.....	7
A. Der Kontext digitaler Rechtsanwendung: Legal Tech	7
I. Taxonomien und Anwendungsbeispiele.....	8
1. Unterstützende und ermöglichende Technologien	9
2. Inhaltlich operierende Technologien	11
3. Disruptive Technologien.....	12
II. Legal Tech am Richterarbeitsplatz und im Gerichtsverfahren	13
1. Entwicklungen aus dem Bereich E-Justice	13
2. Die Digitalisierung der richterlichen Arbeitsweise	15
B. Das Mittel digitaler Rechtsanwendung: Rechtsgeneratoren	16
I. Der Begriff des Rechtsgenerators	16
1. Abgrenzung zu verwandten Begriffen	17
2. Das Auswerfen einer rechtlichen Beurteilung.....	18
II. Nutzungsmöglichkeiten außerhalb des Gerichtsverfahrens	20
1. Zielgruppe juristische Laien	20
a. Forderungsankauf	22
b. Online-Dispute-Resolutions	23
2. Zielgruppe private Rechtsdienstleister.....	25
3. Zielgruppe staatliche Verwaltung	26
III. Nutzungsmöglichkeiten innerhalb des Gerichtsverfahrens	28
1. Decision Support Systems	29
2. Algorithmic Decision-Making	31
C. Entscheidungstreffende Rechtsgeneratoren	32
I. Relevanz der Fragestellung	32
II. Forschungsstand	34

1. Unfähigkeit zur juristischen Subsumtion.....	34
2. Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit.....	37
3. Potenziale und Grenzen	39
<i>Kapitel 2</i>	
Technische Risiken und Grenzen	45
A. Regelbasiert-deduktive Systeme	45
I. Technischer Rahmen.....	46
1. Algorithmen.....	46
2. Rechtsgeneratoren auf Regelbasis	47
II. Verständnis des Rechtsanwendungsprozesses	48
1. Formalisierbarkeit des Rechts und der Rechtsanwendung.....	50
2. Stellenwert der Logik im Recht	52
III. Sachverhaltsinformationen und Logik im Recht.....	55
1. Effizienz und menschliche Beteiligung.....	56
2. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Rechts- und Tatfragen	58
IV. Juristische Semantik und Logik im Recht	59
1. Bedeutungsschaffung als Illusion?.....	60
2. Stellenwert menschlicher Fähigkeiten in der Rechtsfindung.....	61
a. Die Fähigkeit zur Sinnstiftung.....	61
b. Die Fähigkeit zur Erzeugung von Einzelfallgerechtigkeit.....	62
c. Die Fähigkeit zu innovativem Denken.....	63
Zwischenergebnis	64
B. Datenbasiert statistisch-induktive Systeme	65
I. Technischer Rahmen: insbesondere Künstliche Intelligenz	66
1. Starke und schwache Künstliche Intelligenz	67
2. Maschinelles Lernen	68
II. Künstliche Rechts-Intelligenz.....	69
III. Nachbildung juristischer Semantik durch Künstliche Intelligenz?	71
1. Künstliche neuronale Netze und Deep Learning	71
2. Natural Language Processing.....	73
IV. Spezifische Risiken von Daten als Entscheidungsgrundlage	73
1. Das Problem der Datenabhängigkeit.....	74
a. Datenmenge.....	74
b. Datenqualität	74
c. Diskriminierung durch Daten	75
2. Das Problem der Intransparenz	79
Zusammenfassung und Überleitung	81

Kapitel 3

Vorteile und Perspektiven.....	83
A. Automatisierungsgerechte Bereiche der gerichtlichen Rechtsanwendung.....	83
I. Inhaltlich-qualitative Automatisierungskriterien	85
1. Das Problem der Abgrenzung nach dem Schwierigkeitsgrad.....	87
a. Technische Identifizierung einfacher Konstellationen	87
b. Algorithmische Verfahrensordnungen als Abgrenzungsmechanismen	88
2. Das Problem der Entbehrlichkeit von Streitentscheidung.....	90
3. Das Problem der Obsoleszenz durch Vorverfahren	90
II. Taxonomie automatisierungsgerechter Fälle	92
1. (Unechte) Massenverfahren	92
2. Fälle mit geringem Streitwert	95
3. Unstreitige Fälle	96
4. Strukturierte Teil- oder Vorentscheidungen	97
5. Gerichtliche Streitbeilegung	99
III. Weitere denkbare Einschränkungen	99
Zwischenergebnis	101
B. Vorteile von richternaher Rechtsautomation aus verfassungsrechtlicher Sicht	102
I. Einheitlichkeit und Gleichheit der Rechtsprechung	103
1. Verfassungsrechtliche Verortung.....	104
2. Einheitlichkeit und Gleichheit durch Rechtsgeneratoren?	105
a. Menschlicher Subjektivismus als Einfalltor für Uneinheitlichkeit?	106
b. Konsequenzen für die Einsatzperspektiven von Algorithmen?	109
3. Verfassungsrechtliche Grenzen	109
II. Effektiver Rechtsschutz und Justizgewährungsanspruch	112
1. Verfassungsrechtliche Verortung.....	112
2. Notwendigkeit weiterer Maßnahmen zur Förderung der Justizgewährung?	113
3. Ein Bedürfnis nach algorithmischer Entscheidungstätigkeit?	115
a. Belastung durch Legal Tech?	116
b. Konkurrenz durch Legal Tech?	117
4. Justizgewähr durch Rechtsgeneratoren?	120
5. Verfassungsrechtliche Grenzen	121
Zwischenergebnis	122

Kapitel 4

Rechtsgeneratoren und der verfassungsrechtliche Richterbegriff.....	123
A. Die These von einem selbstverständlich menschlichen Richterbegriff	125
I. Historische Ansatzpunkte	126

1. Entstehungsgeschichtliche Hinweise.....	126
2. Vorkonstitutionelle Hinweise.....	127
a. Weimarer Reichsverfassung.....	127
b. Historische Rechtslage	128
II. Systematische Ansatzpunkte.....	129
1. Einfachgesetzliche Hinweise auf Bundesebene.....	129
a. Regelungskompetenz.....	129
b. Richterbild des Deutschen Richtergesetzes	130
c. Selbststand der Verfassungsbegriffe.....	131
2. Europa- und völkerrechtliche Hinweise.....	132
3. Landesverfassungsrechtliche Hinweise	134
III. Ansatzpunkte aus dem Wortlaut und dem Telos des Grundgesetzes.....	134
1. Art. 33 Abs. 2 und 4 GG.....	135
a. Die Amtsperson	135
b. Die menschliche Amtsträgereigenschaft als Bedingung für ein Tätigwerden im Staat?.....	135
2. Art. 92 Hs. 1 GG.....	136
a. Der personale Charakter der Rechtsprechungsaufgabe.....	137
b. Anvertrauensformel.....	138
3. Art. 97 Abs. 2 GG: menschliche Attribute der Unabhängigkeit	139
4. Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG: Notwendigkeit einer Verfassungstextänderung?	141
IV. Selbstverständlichkeit im Angesicht des Wandels?	142
1. Verfassungswandel.....	143
2. Digitaler Wandel.....	144
Zwischenergebnis	145
B. Ein materiell-verfassungsrechtlicher Richterbegriff nach Wesensmerkmalen	145
I. Zukunftssicherheit materieller Kriterien?	145
1. Art. 79 Abs. 3 GG: Die Ewigkeitsgarantie	146
2. Die Ewigkeitsgarantie und ein materieller Richterbegriff	147
II. Ansatzpunkte für einen materiellen Richterbegriff	149
<i>Kapitel 5</i>	
Der Eigenwert menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung	151
A. Der rechtsstaatliche Richter	152
I. Der Schutz des Richters vor unzulässigen Einflüssen	152
1. Art. 20 Abs. 3 GG.....	153
a. Unparteilichkeit und Neutralität als Wesensmerkmal des Richters	153
b. Unparteilichkeit und Neutralität als Abkehr von eigenen Interessen	154

aa) Unschärfen in der Abgrenzung zur Unabhängigkeitsgarantie	155
bb) Selbstmotivierte Parteilichkeit.....	156
2. Art. 97 GG: Schutz durch die Unabhängigkeitsgarantie.....	157
a. Unabhängigkeit als Wesensmerkmal eines Richters.....	157
b. Art. 97 Abs. 1 GG.....	158
aa) Schutzzumfang der sachlichen Unabhängigkeit.....	158
bb) Unabhängigkeit in Wertungsfragen.....	160
(1) Unabhängigkeit als Zuweisung von Entscheidungskompetenz	160
(2) Das Problem der Deutungshoheit	161
cc) Unabhängigkeitsgefährdungen in automatisierungsgeeigneten Fällen ...	163
(1) Bekannte Gefährdungen	164
(2) Neue Gefährdungen	165
dd) Unabhängigkeit von der Verwaltung: Das Problem der Datenhoheit ...	167
ee) Unabhängigkeit von der Gesellschaft: Das Problem der Unvermeidbarkeit.....	167
(1) Innere Unabhängigkeit des Richters	168
(2) Robuste Systeme und IT-Sicherheit.....	169
c. Art. 97 Abs. 2 GG	170
aa) Schutzzumfang der persönlichen Unabhängigkeit.....	171
bb) Das Problem der Entscheidungsunterdrückung.....	172
3. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	172
a. Gesetzlichkeit als Wesensmerkmal des Richters	173
b. Formeller Normgehalt	174
aa) Übertragbarkeit des Regelungsziels einer Zuständigkeitsordnung?	175
bb) Übertragbarkeit des Individualisierungsgedankens?.....	177
c. Materieller Normgehalt	178
d. Ein subjektives Recht auf einen menschlichen Richter?	180
4. Vorschläge für einen unabhängigkeitwahrenden Gestaltungsprozess	181
a. Staatliches, unabhängigen Algorithmen-Gremium	182
b. Staatliche Kontroll- oder Zertifizierungsmechanismen	183
Erster Zwischenstand.....	184
II. Die Bindung des Richters an das Gesetz	185
1. Art. 20 Abs. 3 i. V. m. 97 Abs. 1 GG	185
2. Schutzzumfang der Gesetzesbindung.....	186
a. Ansatzpunkt der Gesetzesbindung.....	187
b. Bindung an Recht und Gesetz	188
c. Gesetzesbindung eines Rechtsgenerators bei Wertungsfragen.....	190
3. Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung von Rechtsgeneratoren	190
a. Grenzen unmittelbarer Gesetzesbindung datenbasierter Rechtsgeneratoren	190

b. Grenzen unmittelbarer Gesetzesbindung regelbasierter Rechtsgeneratoren	191
aa) Bindung durch technische Logik?	192
(1) Reduzierung von Deutungsoffenheit als Privileg des Gesetzgebers ..	192
(2) Möglichkeiten und Grenzen einer automatisierungsgerechten Rechtssetzung.....	193
bb) Bindung durch Entscheidungsvorgaben in Algorithmenform?	195
c. Überlegungen zu einer vermittelten Bindung an das Gesetz	196
aa) Unzulänglichkeit richterähnlicher Gesetzesbindung	196
bb) Unterschiede zu der Verwaltung	197
4. Die Bindung des Rechtsgenerators an Algorithmencode	198
a. Algorithmencode in Parlamentsgesetzen?	199
b. Algorithmencode in konkretisierenden Gesetzen?	200
aa) Delegation von Gesetzgebungskompetenz an Algorithmenhersteller? ...	200
bb) Grenzen der Delegation	201
(1) Delegation an private Algorithmenhersteller	201
(2) Delegation an staatliche Algorithmenhersteller	203
cc) Verweisung auf algorithmische Entscheidungsvorgaben?	206
dd) Grenzen der Verweisungstechnik	207
(1) Statische und dynamische Verweisungen	207
(2) Verweisung auf private Algorithmenhersteller	208
(3) Verweisung auf staatliche Algorithmenhersteller	209
5. Algorithmencode als bindendes Gesetz?	210
a. Mögliche Konsequenzen für die Gewaltenteilung.....	210
b. Fehlender Spielraum bei algorithmischen Entscheidungsvorgaben	211
c. Normen in natürlicher Sprache versus Algorithmencode	213
d. Das Problem divergierender Gesetzesfassungen	214
aa) Das Problem der fehlenden authentischen Übersetzbarkeit	215
bb) Das Problem der Unverständlichkeit des Algorithmus	217
(1) Verständlichkeit von autonomen Gesetzesalgorithmen.....	217
(2) Verständlichkeit von heteronomen Gesetzesalgorithmen	218
Zweiter Zwischenstand.....	219
B. Der demokratische Richter	221
I. Die demokratische Legitimation des Richters	221
1. Art. 20 Abs. 2 GG	221
2. Legitimationsbedürftigkeit automatisierter Entscheidungen?	222
3. Stellenwert klassischer Legitimationsfaktoren	223
a. Sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente.....	224
b. Organisatorisch-personelle Legitimationskomponente	226

4. Stellenwert weiterer Legitimationsfaktoren	228
II. Legitimationsfaktoren beim Einsatz von Rechtsgeneratoren	230
1. Qualifikationsmerkmale von Rechtsgeneratoren	231
a. Qualifizierende Merkmale verschiedener Richtertypen	231
b. Die sachgerechte Entscheidung als Ergebnis verschiedener Fähigkeiten	233
c. Beitrag von Rechtsgeneratoren zu einer sachgerechten Entscheidung?	235
2. Begründbarkeit algorithmischer Entscheidungen	237
a. Überlegungen zu einem sinnvollen Begründungsregime	238
b. Folgerungen für ein algorithmisches Begründungsregime	240
3. Erzeugung von Verantwortlichkeiten für algorithmische Entscheidungen	241
a. Die Maschine als verantwortungstragende Instanz?	242
aa) Die moralische Eigenverantwortung von Maschinen	242
bb) Normative Verantwortung als soziales Konstrukt	244
cc) Rollenumkehrbarkeit und soziale Identität	245
b. Der Mensch als verantwortungstragende Instanz?	247
aa) Besonderheiten bei selbstlernenden Algorithmen	248
bb) Besonderheiten bei richterlichen Entscheidungen	249
(1) Richter im Sinne des Art. 92 GG als Verantwortungsträger?	250
(2) Repressiver Haftungsmaßstab	251
(3) Präventiver Risikomaßstab	254
Dritter Zwischenstand	257
C. Der soziale Richter	258
I. Soziale Kompetenzen als Wesensmerkmale eines Richters	259
1. Terminologie sozialer Kompetenzen	260
2. Die Frage der verfassungsrechtlichen Verankerung	260
II. Das rechtliche Gehör durch den Richter	261
1. Strukturelle Gehörfähigkeit als Wesensmerkmal eines Richters	262
2. Zwecksetzung des rechtlichen Gehörs	265
a. Rechtliches Gehör als Gebot der Rechtsstaatlichkeit oder als Ausprägung des Individualschutzgedankens?	265
b. Eine Doppelnatur des Art. 103 Abs. 1 GG	266
3. Das Stufenmodell des rechtlichen Gehörs	270
a. Das Recht auf Information	271
aa) Bedingungen der Informationsverschaffung	271
bb) Bedingungen der Informationsbeschaffung und -bewertung	274
b. Das Recht auf eine Äußerungsmöglichkeit	275

aa) Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?.....	277
(1) Algorithmische und menschliche Fähigkeiten in der Gegenüberstellung	277
(2) Mündlichkeit als Regel, Schriftlichkeit als Ausnahme	279
bb) Eine strukturierte Äußerungsmöglichkeit als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?.....	283
(1) Maschinenlesbare Sachverhaltsinformationen	283
(2) Zulässigkeit von Strukturierungsmaßnahmen?	284
c. Das Recht auf Kenntnisnahme und Berücksichtigung	285
aa) Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch den Rechtsgenerator	287
bb) Emotionale Intelligenz und Empathie.....	287
Vierter Zwischenstand.....	290
III. Die menschenwürdige Behandlung durch den Richter	291
1. Strukturelle Befähigung zur menschenwürdigen Behandlung als Wesensmerkmal eines Richters	291
2. Relevante Bestandteile der Menschenwürdediskussion	291
a. Allgemeine Vorbemerkungen zur Menschenwürde	292
b. Autonomie und Gesellschaftsgebundenheit des Menschen	293
c. Selbstbestimmung als Ausschlusskriterium einer Menschenwürdeverletzung	294
d. Die Frage nach der Existenz und Verletzung einer Gattungswürde	295
2. Grenzen des Menschenwürdearguments	296
a. Der Stellenwert des Menschenwürdearguments für eine zukunftsweisende Debatte.....	296
b. Das Verhältnis zu spezielleren Vorschriften.....	299
3. Mögliche Folgerungen aus dem Menschenwürdeargument	299
a. Der Gedanke des Art. 22 DSGVO	301
b. Absoluter Humanvorbehalt bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen	304
Fünfter Zwischenstand.....	306
<i>Kapitel 6</i>	
Zusammenstellung der Ergebnisse und Ausblick	307
A. Rückblick	307
B. Fazit der verfassungsrechtlichen Analyse	308
I. Teilergebnis A	308
II. Teilergebnis B	310
III. Teilergebnis C	311
IV. Zusammenfassung	312

C. Ausblick auf eine Alternative gerichtsnaher Entscheidungsautomation.....	313
I. Rechtsgeneratoren und der Begriff der Rechtsprechung	313
1. Formeller Rechtsprechungsbegriff	314
2. Funktioneller Rechtsprechungsbegriff.....	316
3. Materieller Rechtsprechungsbegriff	317
II. Auslagerung vormals richterlicher Aufgaben	321
1. Hergebrachte Kriterien	322
2. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Vorverfahren.....	323
3. Verzicht auf richterliche Erstentscheidungskompetenz?	324
Literaturverzeichnis	328

Abkürzungsverzeichnis

<i>AAAI</i>	<i>American Association for Artificial Intelligence</i>
<i>Abs.</i>	<i>Absatz; Abschnitt</i>
<i>ACM</i>	<i>Association for Computing Machinery</i>
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
<i>ADR</i>	<i>Alternative-Dispute-Resolutions</i>
<i>AEMR</i>	<i>Allgemeine Erklärung der Menschenrechte</i>
<i>AEUV</i>	<i>Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union</i>
<i>AI</i>	<i>Artificial Intelligence</i>
<i>AI HLEG</i>	<i>High-Level Expert Group on Artificial Intelligence</i>
<i>AnwBl</i>	<i>Anwaltsblatt</i>
<i>AO</i>	<i>Abgabenordnung</i>
<i>ÄöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
<i>ArbGG</i>	<i>Arbeitsgerichtsgesetz</i>
<i>Art.</i>	<i>Artikel</i>
<i>Artif Intell Law</i>	<i>Artificial Intelligence and Law</i>
<i>Artif Intell Rev</i>	<i>Artificial Intelligence Review</i>
<i>Aufl.</i>	<i>Auflage</i>
<i>AuR</i>	<i>Arbeit und Recht</i>
<i>BAföG</i>	<i>Bundesausbildungsförderungsgesetz</i>
<i>BayVBl.</i>	<i>Bayerische Verwaltungsblätter</i>
<i>BB</i>	<i>Betriebs Berater</i>
<i>Bd.</i>	<i>Band</i>
<i>BeckOK</i>	<i>Beck'scher Online Kommentar</i>
<i>Beschl.</i>	<i>Beschluss</i>
<i>BFH</i>	<i>Bundesfinanzhof</i>
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>BGBL.</i>	<i>Bundesgesetzblatt</i>
<i>BGHZ</i>	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
<i>BK</i>	<i>Bonner Kommentar</i>
<i>BLK</i>	<i>Bund-Länder Kommission für Informationstechnik in der Justiz</i>
<i>BRAK</i>	<i>Bundesrechtsanwaltskammer</i>
<i>BRAO</i>	<i>Bundesrechtsanwaltsordnung</i>
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>
<i>BVerfGG</i>	<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i>

<i>CBR</i>	<i>case-based reasoning</i>
<i>CEPEJ</i>	<i>Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice</i>
<i>CoCo</i>	<i>Cognitive Computation</i>
<i>COMPAS</i>	<i>Correctional Offender Management Profile for Alternative Sanctions</i>
<i>CR</i>	<i>Computer und Recht</i>
<i>DAV</i>	<i>Deutscher Anwaltverein</i>
<i>ders.; dies.</i>	<i>derselbe; dieselbe(n)</i>
<i>DÖD</i>	<i>Der Öffentliche Dienst</i>
<i>DÖV</i>	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
<i>DRiG</i>	<i>Deutsches Richtergesetz</i>
<i>DRiZ</i>	<i>Deutsche Richterzeitung</i>
<i>DSGVO</i>	<i>Datenschutzgrundverordnung</i>
<i>DSS</i>	<i>Decision Support System</i>
<i>DStR</i>	<i>Deutsches Steuerrecht</i>
<i>DSWR</i>	<i>Datenverarbeitung - Steuern - Wirtschaft - Recht</i>
<i>DuD</i>	<i>Datenschutz und Datensicherheit</i>
<i>E-Akte</i>	<i>Elektronische Akte</i>
<i>EDV</i>	<i>Elektronische Datenverarbeitung</i>
<i>EG</i>	<i>Europäische Gemeinschaft</i>
<i>EGMR</i>	<i>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte</i>
<i>EGZPO</i>	<i>Einführungsgesetz Zivilprozessordnung</i>
<i>EL</i>	<i>Ergänzungslieferung</i>
<i>EMNLP</i>	<i>Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing</i>
<i>ERV</i>	<i>Elektronischer Rechtsverkehr</i>
<i>et al.</i>	<i>et alii (und andere)</i>
<i>EU</i>	<i>Europäische Union</i>
<i>EuGH</i>	<i>Europäischer Gerichtshof</i>
<i>EUR</i>	<i>Euro</i>
<i>EUV</i>	<i>Vertrag über die Europäische Union</i>
<i>EuZA</i>	<i>Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
<i>EWERK</i>	<i>Zeitschrift des Instituts für Energie- Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V.</i>
<i>f.; ff.</i>	<i>folgende; fortfolgende</i>
<i>FamFG</i>	<i>Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit</i>
<i>FGO</i>	<i>Finanzgerichtsordnung</i>
<i>GA</i>	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
<i>GBP</i>	<i>Britische Pfund</i>
<i>GDPR</i>	<i>General Data Protection Regulation</i>
<i>gem.</i>	<i>gemäß</i>
<i>GenG</i>	<i>Genossenschaftsgesetz</i>
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz</i>
<i>GmbH</i>	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>

<i>GRC</i>	<i>Charta der Grundrechte der Europäischen Union</i>
<i>GRUR</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
<i>GRUR-Prax</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht</i>
<i>GS</i>	<i>Gedächtnisschrift</i>
<i>GVG</i>	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
<i>Hdb.</i>	<i>Handbuch</i>
<i>Hrsg.</i>	<i>Herausgeber; Herausgeberin</i>
<i>HStR</i>	<i>Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland</i>
<i>HVerfR</i>	<i>Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland</i>
<i>IAAI</i>	<i>International Association of Arson Investigators</i>
<i>ICAIL</i>	<i>International Conference on Artificial Intelligence and Law</i>
<i>ICANN</i>	<i>International Conference on Artificial Neural Networks</i>
<i>ICIT</i>	<i>International Conference on Industrial Technology</i>
<i>i.E.</i>	<i>Im Erscheinen</i>
<i>IEEE</i>	<i>Institute of Electrical and Electronics Engineers</i>
<i>IFIP</i>	<i>International Federation for Information Processing</i>
<i>IGH</i>	<i>Internationaler Gerichtshof</i>
<i>IJCAI</i>	<i>International Joint Conference on Artificial Intelligence</i>
<i>IM+io</i>	<i>Magazin für Innovation, Organisation und Management</i>
<i>InTer</i>	<i>Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht</i>
<i>IPbürgR</i>	<i>Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte</i>
<i>IT</i>	<i>Informationstechnologie</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>jipitec</i>	<i>Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law</i>
<i>Jl-RL</i>	<i>Richtlinie Justiz/Inneres EU 2016/680</i>
<i>JR</i>	<i>Juristische Rundschau</i>
<i>JURA</i>	<i>Juristische Ausbildung</i>
<i>JurPC</i>	<i>Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>KNN</i>	<i>Künstliche neuronale Netze</i>
<i>lit.</i>	<i>littera (= Buchstabe)</i>
<i>LR</i>	<i>Legal (R)evolutionary – Rechtsmagazin der digitalen Wirtschaft</i>
<i>LV</i>	<i>Landesverfassung</i>
<i>LwVfG</i>	<i>Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen mit weiteren Nachweisen</i>
<i>m. w. N.</i>	
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
<i>ML</i>	<i>Machine Learning</i>
<i>MMR</i>	<i>Multimedia und Recht</i>
<i>n. F.</i>	<i>neue Fassung</i>
<i>NJOZ</i>	<i>Neue Juristische Online-Zeitschrift</i>

<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NJW-RR</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport</i>
<i>NLP</i>	<i>Natural Language Processing</i>
<i>Nr.</i>	<i>Nummer</i>
<i>NStZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>NVwZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
<i>NZFam</i>	<i>Neue Zeitschrift Familienrecht</i>
<i>NZS</i>	<i>Neue Zeitschrift für Sozialrecht</i>
<i>NZV</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht</i>
<i>o. ä.</i>	<i>oder ähnliche(s)</i>
<i>o. O.</i>	<i>ohne (Verlags-)ort</i>
<i>ODR</i>	<i>Online-Dispute-Resolutions</i>
<i>ÖFIT</i>	<i>Kompetenzzentrum Öffentliche IT</i>
<i>OWiG</i>	<i>Gesetz über Ordnungswidrigkeiten</i>
<i>PNAS</i>	<i>Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America</i>
<i>POG RLP</i>	<i>Polizei- und Ordnungsgesetz Rheinland-Pfalz</i>
<i>Rn.</i>	<i>Randnummer(n)</i>
<i>RPfLG</i>	<i>Rechtspflegergesetz</i>
<i>Rs.</i>	<i>Rechtssache</i>
<i>RW</i>	<i>Rechtswissenschaft</i>
<i>S.</i>	<i>Seite(n); Satz/Sätze</i>
<i>SGB X</i>	<i>Zehntes Buch Sozialgesetzbuch</i>
<i>SGG</i>	<i>Sozialgerichtsgesetz</i>
<i>sog.</i>	<i>sogenannt(e -es)</i>
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i>
<i>StPO</i>	<i>Strafprozessordnung</i>
<i>StVO</i>	<i>Straßenverkehrsordnung</i>
<i>Tech</i>	<i>Technologie/Technology</i>
<i>TOP</i>	<i>Tagesordnungspunkt</i>
<i>u. a.</i>	<i>und andere(s); unter anderem</i>
<i>UCLA</i>	<i>University of California, Los Angeles</i>
<i>UN</i>	<i>United Nations</i>
<i>UNSW</i>	<i>University of New South Wales</i>
<i>US</i>	<i>United States</i>
<i>USA</i>	<i>United States of America</i>
<i>v.</i>	<i>vom; von; van</i>
<i>v. d.</i>	<i>von der; van den</i>
<i>VerfGH</i>	<i>Verfassungsgerichtshof</i>
<i>VerwArch</i>	<i>Verwaltungsarchiv</i>
<i>vgl.</i>	<i>vergleiche</i>
<i>VuR</i>	<i>Verbraucher und Recht</i>
<i>VVDStRL</i>	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>

<i>VwGO</i>	<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i>
<i>VwVfG</i>	<i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i>
<i>Web-Dok</i>	<i>Web Dokument</i>
<i>WRV</i>	<i>Weimarer Reichsverfassung</i>
<i>XAI</i>	<i>Explainable Artificial Intelligence</i>
<i>ZD</i>	<i>Zeitschrift für Datenschutz</i>
<i>Zeup</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>
<i>ZfP</i>	<i>Zeitschrift für Politik</i>
<i>ZG</i>	<i>Zeitschrift für Gesetzgebung</i>
<i>ZGS</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht</i>
<i>ZIS</i>	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
<i>ZPO</i>	<i>Zivilprozessordnung</i>
<i>ZRP</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
<i>ZUM</i>	<i>Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht</i>
<i>ZZP</i>	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>

Einleitung

Einführung in das Forschungsvorhaben

Die Digitalisierung verändert unsere Gesellschaft und damit auch unser Rechtssystem nachhaltig. Die Probleme, die auf diese Weise entstanden sind, scheinen grenzenlos und ständig ergeben sich neue Fragestellungen für die Rechtswissenschaft. Dabei ist der technische Fortschritt vielfach nur der Anlass dafür, dass uralte juristische Kernfragen an Aktualität gewinnen und unter neuen Gesichtspunkten betrachtet werden müssen. Wenn es in rechtswissenschaftlichen Texten um digitale Technologien geht, trifft man in der Regel auf stark divergierende Problemverständnisse. Es fällt insbesondere in diesem Bereich oft schwer, Fantasie von Realität zu unterscheiden und die technischen Details und ihre möglichen Auswirkungen auf das Recht aus informationstechnologischer Laienperspektive zu durchdringen. Dies hat zur Folge, dass eine große Anzahl falscher Vorstellungen erzeugt wird, aber auch, dass viele zukunftsweisende Fragen erst in einem fortgeschrittenen Stadium, wenn die entsprechende technische Entwicklung bereits weit gereift ist, juristisch flankiert werden können. Vor dem Hintergrund der Auswirkungen der Digitalisierung auf die Rechtsbranche herrscht deshalb eine allgemeine Unsicherheit über die Zukunft der juristischen Berufe¹ und sogar über ein mögliches Ende des Rechts² wird spekuliert. In die weissagende Glaskugel, die uns alle Antworten zur Entwicklung unseres Rechtssystems geben könnte, kann jedoch niemand schauen. Nur eines scheint sicher: Die juristische Arbeitswelt, die es bis vor Kurzem noch gewohnt war, die altbekannten Methoden und analogen Arbeitsmittel anzuwenden, wird

* In der nachstehenden Arbeit wird für die Bezeichnung sozialer Gruppen und Berufsstände, insbesondere für die Bezeichnung als „Richter“ im Sinne des Grundgesetzes – aber auch für die damit konkret gemeinten Personen – das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und diverse Geschlechtsidentitäten werden aber ausdrücklich mitangesprochen.

¹ Zu spüren ist diese beispielsweise bei *Ben-Ari/Frith* et al., *Richmond Journal of Law and Technology*, 23 (2017), 3, 57 ff.; *Kilian*, *NJW* 2017, 3043, 3048 ff.; *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2017; *Glock*, in: Schulz/Schunder-Hartung (Hrsg.), *Recht* 2030, 2019, S. 129 ff.; *Dialani*, *AI Will have Robot Judges Soon*, 04.03.2021 (analyticsinsight.net/ai-will-have-robot-judges-soon-what-about-human-judges/).

² Vgl. *Boehme-Neßler*, *Unscharfes Recht*, 2008, S. 185 ff.; *Hildebrandt*, in: *Claes/Devroe/Keirsbilck* (Hrsg.), *Facing the Limits of the Law*, 2009, S. 443 ff.; *Boehme-Neßler*, *NJW* 2017, 3031 ff.; *Schwintowski*, *NJOZ* 2018, 1601 ff.

nun vor unabsehbare Herausforderungen gestellt. Umso wichtiger ist daher eine systematische wissenschaftliche Forschung genau in diesem Gebiet.

Einer der Bereiche, in denen die Digitalisierung Einzug hält, ist die Justiz. Stichworte wie Fortschrittlichkeit oder technisches Know-how werden wohl nicht unmittelbar mit Gerichtsverfahren in einem deutschen Gerichtssaal assoziiert; schaut man allerdings genauer hin, gibt es unter dem Oberbegriff der *Legal Technology* bereits Entwicklungen, die darauf abzielen, Rechtsberatung, Verwaltung und eben auch Gerichtsverfahren weltweit genau in solch einer fortschrittlichen und technischen Weise zu verändern.³ Auch die deutsche Justiz und Gesetzgebung sieht sich damit aufgefordert, auf diese globale Entwicklung angemessen zu reagieren und eigene technische Lösungen für das deutsche Rechtssystem zu entwickeln.

Eines der vorgeschlagenen Mittel, das die Justiz grundlegend verändern könnte, ist die Nutzbarmachung von Algorithmen, die richterliche Entscheidungen nachbilden oder gar ersetzen könnten – bislang diskutiert unter dem Stichwort des *Roboter-Richters* in Zusammenhang mit der Zukunftstechnologie der *Künstlichen Intelligenz*.⁴ Einen Maschinenmenschen in schwarzer Robe hat man sich hierunter freilich nicht vorzustellen. Nach Ansicht einiger Autoren scheint es aber zumindest nicht unmöglich, dass Künstliche Intelligenzen Richter bei der Entscheidungsfindung unterstützen, rechtliche Entscheidungsvorschläge unterbreiten oder gar manche Gerichtsverfahren voll automatisiert ablaufen lassen könnten.⁵

Offen ist aber weiterhin, wo Zukunftsvisionen wie diese ihre Grenzen finden. Es lässt sich deshalb fragen: Wie nahe kommen Künstliche (Rechts-) Intelligenzen und andere Formen der Rechtsautomation tatsächlich den menschlichen Rechtsfindungsfähigkeiten? Befindet sich das Richteramt bereits in einer algorithmisch veranlassten Existenzkrise oder sind mögliche Veränderungen eher positiv als konstruktive Ergänzungen zu betrachten? Ist es gar nur noch eine Frage der Zeit, bis ein Algorithmus den Richter im Gerichtssaal ablöst?⁶

Um solche teilweise übersteigerten Befürchtungen juristisch zu flankieren, ist aus rechtlicher Sicht zuletzt vor allem entscheidend, ob ein nicht-menschlicher Richter in unserer deutschen Verfassung überhaupt vorstellbar und mit dieser vereinbar wäre.

³ Hierzu Kap. 1, A.

⁴ Zum Forschungsstand Kap. 1, C, II.

⁵ Vgl. Engel (*nun Fries*), JZ 2014, 1096, 1098; Frese, NJW 2015, 2090; Fries, NJW 2016, 2860, 2864; Ashley, Artificial Intelligence, 2017, S. 1; v. Graevenitz, ZRP 2018, 238, 241; Sourdin/Cornes, IUS Gentium, 67 (2018), 87, 94 f.; Volokh, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135 ff.; CEPEJ, European ethical Charter, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c).

⁶ Diese Frage stellen sich u. a. auch Zimmerman, Journal of the Kansas Bar Association, 85 (2016), 20; Buchholtz, JuS 2017, 955, 956; Eidenmüller, ZEuP 2017, 765, 768; v. Graevenitz, ZRP 2018, 238, 241; Heckelmann, NJW 2018, 504, 508 f.; Marx, DRiZ 2018, 422.

Hierfür ist relevant, als wie konservierend oder wandlungsfähig sich die verfassungsrechtlichen Begriffe in Anbetracht technischer Disruption erweisen. Die entscheidende Frage ist, ob die Verfassung Kriterien aufstellt, die den Eigenwert menschlicher Tätigkeit in der Rechtsprechung sichern.

Diesen Problemstellungen will die vorliegende Arbeit nachgehen. Sie wird am Beispiel der Einsatzmöglichkeiten von in dieser Arbeit unter dem Begriff der *Rechtsgeneratoren*⁷ geführten IT-Anwendungen, die durch vorprogrammierte oder selbstlernende Entscheidungsalgorithmen zukünftig zur entscheidungstreffenden Übernahme der Rechtsfindung eingesetzt werden könnten, Einsatzmöglichkeiten im Konnex richterlicher Entscheidungen im deutschen Verfassungsstaat aufzeigen. Dafür wird sie sich mit dem verfassungsrechtlichen Begriff des Richters auseinandersetzen und versteht sich in diesem Sinne auch als allgemeinen Beitrag zum Richterbegriff des Grundgesetzes.⁸

Ausgangspunkt der Untersuchung ist, welche Rolle menschliche Richter heute und zukünftig bei der richterlichen Rechtsfindung spielen werden. Bei der Verwendung von mit dem Recht inhaltlich operierender Technologie durch hoheitliche Akteure sind die grundgesetzlichen Vorschriften und Wertentscheidungen nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar zu berücksichtigen. Von besonderer Relevanz erscheinen die Regelungen des IX. Abschnitts des Grundgesetzes, namentlich die prozessualen grundrechtsgleichen Rechte der Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG sowie die weiteren objektiv-rechtlichen grundgesetzlichen Bestimmungen, die im Zusammenhang mit dem Gerichtsverfahren stehen, wie Art. 92 und Art. 97 Abs. 1 GG. Zugleich aber auch Art. 20 Abs. 2 und 3 GG. Die hierin aufgestellten Kriterien formen den Richterbegriff des Grundgesetzes materiell aus.⁹

Wichtig ist, herauszuarbeiten, wie und in welchem Maße der Einsatz entscheidungstreffender Rechtsgeneratoren in richterlichen Aufgabenbereichen diese Verfassungswerte betreffen oder verletzen könnte. Insbesondere gilt es herauszustellen, ob nicht-menschliche Akteure überhaupt als Richter im Sinne des Grundgesetzes gelten und rechtsprechende Aufgaben übernehmen könnten. Um eine zukunftssichere Aussage treffen zu können, soll die grundlegende Frage erörtert werden, ob die Menschlichkeit der Rechtsprechungsakteure einen verfassungsrechtlichen Eigenwert besitzt, also in welchen Fällen und aus welchen Gründen es im staatlichen Gerichtsverfahren gerade einen menschlichen Richter geben muss und inwiefern heutige und zukünftige Einsatzvarianten von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren diese Grenze tangieren könnten.

Die grundsätzliche Frage, die dabei nach dem Eigenwert menschlicher Rechtsprechungsentscheidungen in der Verfassungsordnung zu stellen sein wird, soll indes nicht

⁷ Kap. 1, B, I.

⁸ Hierzu Kap. 4 und 5.

⁹ Siehe Kap. 5 A bis C.

suggestieren, diese Arbeit würde darauf abzielen, den Menschen von der Richtertätigkeit zu verdrängen. Es handelt sich bei dem vorliegenden Werk nicht um eine Streitschrift, die für den Einsatz solcher Technologien werben will. Im Gegenteil: Solchen Grundsatzfragen muss sich auch der mögliche Opponent einer Übernahme richterlicher Aufgaben durch entscheidungstreffende Algorithmen stellen. Auch jener darf, will er mit seiner Auffassung tatsächliche Auswirkungen in der Außenwelt zeitigen, nicht bei einfachen Antworten stehen bleiben.

Die Überlegungen dieser Arbeit sind daher im ersten Zugriff dazu gedacht, den hinter der menschlichen Richtertätigkeit stehenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen näher zu kommen. Vordringliches Ziel dieser Arbeit ist es, eine Plattform für die Diskussion darüber zu bieten, ob es Bereiche richterlicher Tätigkeit geben könnte, die eine menschliche Entscheidung gerade nicht zwingend erfordern, und ob und wie die Entscheidungskraft von Menschen in und außerhalb dieses Feldes durch juristisch-inhaltlich operierende technische Anwendungen gestärkt werden könnte.

Zweck einer Indienstnahme von Rechtsgeneratoren sollte nach dem Verständnis dieser Dissertation also von vornherein nicht sein, den menschlichen Richter dort zu ersetzen, wo sein Einsatz besonderen Wert besitzt, etwa weil es um grundrechtssensible und komplexe Rechtsprobleme geht, sondern zu untersuchen, ob es denkbar erscheint, ihn dadurch technisch zu unterstützen, dass ihm einfachere Entscheidungen abgenommen werden, die sein Zutun nicht zwingend erfordern.¹⁰

Entsprechend dieser Schwerpunktsetzung müssen nähere Überlegungen darauf verwendet werden, zu ermitteln, welche verfassungsrechtlichen Grenzen selbst für solche weniger komplexen richterlichen Entscheidungstätigkeiten durch Rechtsgeneratoren aufzustellen sind und ob inhaltlich-qualitative Abgrenzungen nach dem Schwierigkeitsgrad überhaupt zulässig sind¹¹.

Die Fokussierung auf einfach gelagerte Anwendungsfälle ist einer umfassenden verfassungsrechtlichen Herangehensweise dienlich, weil sie auch unter der Vorbedingung einer unvollkommenen Technologie operabel ist und zugleich Minimalanforderungen an die Funktionen des Richters zutage treten lässt, die den Eigenwert menschlicher Entscheidungen selbst unter der Prämisse ihrer Ersetzbarkeit statuieren können.

Ziel der Untersuchung ist es also, aus verfassungsrechtlicher Sicht einen Beitrag zur aktuellen Forschung auf dem Gebiet der automatisierten Entscheidungstätigkeit am Beispiel der Rechtsprechung zu leisten. Dieser muss zugleich in einen größeren gesamtgesellschaftlichen Kontext gestellt und in Bezüge zu rechtstheoretischen, praktischen

¹⁰ Eine ähnliche Forderung nach technischer Unterstützung bei *Bernhardt*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 21 ff., 38.

¹¹ Hierzu Kap. 3, A, I.

und gesellschaftspolitischen Aspekten, allgemeinen Rahmenbedingungen sowie Chancen und Grenzen für die gerichtliche Rechtsautomation eingekleidet werden.¹²

Aus der Gesamtheit des Untersuchungsgegenstandes und der verfassungsrechtlichen Herangehensweise ergibt sich damit folgende Kernfrage:

Wäre die Verwendung von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in einem staatlichen Gerichtsverfahren in Deutschland insbesondere für die selbstständige Bearbeitung von einfachen gerichtlichen Entscheidungen denkbar und wie wäre diese in Hinblick auf einen Eigenwert menschlicher Entscheidungen unter besonderer Würdigung der Art. 92 ff. GG verfassungsrechtlich zu bewerten.

¹² Hierzu Kap. 1 bis 3.

Kapitel 1

Kontext und Untersuchungsgegenstand

Das folgende erste Kapitel dient dazu, den Forschungsgegenstand der gerichtsnahen Entscheidungsautomation zu präzisieren und von der verfassungsrechtlichen Untersuchung zunächst einen Schritt zurückzutreten, um die Untersuchungsfrage in einen aktuellen Kontext einzubetten. Dazu müssen einige grundlegende Konzepte und Begriffe erläutert und für den Untersuchungszweck aufbereitet werden. Dies wird in mehreren Schritten geschehen: Zunächst erfolgt eine überblicksartige Darstellung der Technifizierung des Rechtssektors (Abschnitt A). Ein besonderer Schwerpunkt muss hierbei auf der Darstellung und Einordnung des hier verwendeten Begriffs des Rechtsgenerators liegen, der in seinen gerichtlichen Einsatzvarianten Kernstück der anschließenden Untersuchung sein soll (Abschnitt B). Diesen Abschnitt beschließend erfolgt ein Überblick über die Nutzungsmöglichkeiten von Rechtsgeneratoren im Gerichtsverfahren, um anschließend den Untersuchungsgegenstand der entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren anhand einer Übersicht des Forschungsstandes in den Blick zu nehmen (Abschnitt C).

A. Der Kontext digitaler Rechtsanwendung: Legal Tech

In der Diskussion über den Technikeinsatz im Rechtssektor fällt häufig das Stichwort *Legal Tech*. Im weitesten Sinne handelt es sich hierbei um einen Sammelbegriff für einen Technologieeinsatz mit juristischem Bezug¹ und einen Aspekt der Digitalisierung, der Auswirkungen auf das gesamte Rechtssystem haben und somit den Alltag der Juristen grundlegend verändern könnte. In einem engeren Sinne bezeichnet Legal Tech die Art und Weise, wie innovative Informationstechnologien genutzt werden können,

¹ *Grupp*, AnwBl 2014, 660; *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), Liquid Legal, 2017, S. 89 ff., 90; *Fiedler/Grupp*, DB 2017, 1071; *Wagner*, BB 2017, 898; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 6.

um Rechtsdienstleistungen zu unterstützen oder zu erbringen,² oder allgemeiner, um rechtliche Bedürfnisse verschiedener Art zu befriedigen³. Entstanden ist Legal Tech im angloamerikanischen Raum,⁴ von wo aus sich das Konzept mittlerweile zu einem weltweiten Phänomen entwickelt hat.⁵ Nutzungselemente sind beispielsweise Plattformen, IT-Services oder Softwareanwendungen.⁶ Einige Produkte sind bereits auf dem Markt etabliert, andere befinden sich noch in einem frühen Entwicklungsstadium. Die eingesetzten Technologien und Methoden stehen im Zusammenhang zueinander und beeinflussen, unterstützen oder ersetzen einander. Sie bilden ein System, ähnlich einem Netzwerk oder Ökosystem, in dem die ständige Möglichkeit der Übertragung von Wissen für neue Einsatzfelder besteht. Das Forschungsfeld, das sich mit den Wechselwirkungen von Recht und Informationstechnologie beschäftigt, wird schon seit längerem bedient und wurde bereits früh als *Rechtsinformatik*, neuerdings auch als *IT-Recht* bezeichnet.⁷

I. Taxonomien und Anwendungsbeispiele

Um zu verstehen, was Legal Technology ist und wie sie mit Technologien in Zusammenhang steht, die zukünftig sogar richterliche Aufgaben übernehmen könnten, bietet es sich an, eine Systematisierung vorzunehmen und abstrakte, dynamisch-funktionale Kategorien zu bilden. Diesem Ansatz sind bereits einige namhafte Autoren gefolgt und haben hierzu unterschiedliche Ansätze entwickelt.

Von *Oliver Goodenough* stammt die wohl bekannteste Einteilung im Bereich Legal Tech, die sich an Entwicklungs- und Wirkungsphasen orientiert.⁸ Bei *Goodenough* werden Legal Tech Anwendungen der Kategorien 1.0, 2.0 und 3.0 unterschieden.⁹ Sein

² Ähnliche Definitionen bei *Remmert*, BRAK Mitteilungen 2017, 55; *Corrales/Fenwick* et al., Journal of Internet Law 2019, 3, 6; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2020, S. 2.

³ *Kuhlmann*, in: Bär/Grädler/Mayr (Hrsg.), Digitalisierung im Spannungsfeld, Bd. 2, 2018, S. 87 ff., 88.

⁴ *Buchholtz*, JuS 2017, 955.

⁵ Der Tech-Index des Stanford CodeX Center for Legal Informatics listet aktuell international 1775 Unternehmen dieser Branche, (techindex.law.stanford.edu, Stand Juli 2021). Im europäischen Markt zählt Thomson Reuters Legal Geek Startup Map über 250 aktive „Legal Tech“ Unternehmen, (legalgeek.co/startup-map/, Stand Juni 2019). Eine aktuelle Übersicht über die deutsche Legal Tech Landschaft findet sich auf der Seite „Legal Tech in Deutschland“, wo aktuell 190 Unternehmen verzeichnet sind, (legal-tech-in-deutschland.de, Stand Juli 2021).

⁶ *Corrales/Fenwick* et al., Journal of Internet Law 2019, 3, 6.

⁷ *Herberger*, NJW 2018, 2825, 2825 f.

⁸ Nachfolgend beziehungsweise auf *Goodenough*, Legal Technology 3.0, 06.04.2015 (huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658).

⁹ Eine ähnliche Systematik von *Tania Sourdin* differenziert zwischen „*supportive technology*“, „*replacement technology*“ und „*disruptiv technology*“, *Sourdin*, Journal of Judicial Administration, 25 (2015), 96 ff.;

Ansatz operationalisiert die zukünftigen und gegenwärtigen Auswirkungen von Legal Tech. *Fiedler* und *Grupp* verwenden in ähnlicher Weise eine Unterscheidung zwischen „tätigkeitsbezogenen“ und „nicht-tätigkeitsbezogenen“ sowie „formellen“ und „materiellen“ Legal Tech Anwendungen.¹⁰ Nicht-tätigkeitsbezogene Anwendungen sind hierbei solche, die nicht selbst Dienstleistungen erbringen, sondern der Vermarktung juristischer Inhalte dienen. Innerhalb der Kategorie der tätigkeitsbezogenen Anwendungen werden formelle, also solche, die Arbeitsunterstützungen (wie beispielsweise zum besseren Dokumentenmanagement) bieten, und materielle Anwendungen, die juristische Tätigkeiten ersetzen, unterschieden.¹¹

1. Unterstützende und ermöglichende Technologien

Auf der ersten Stufe (1.0 oder nicht-tätigkeitsbezogene Anwendungen) sind solche Produkte angesiedelt, die menschliche Juristen in ihrer herkömmlichen Arbeit (nur) unterstützen. Ein etablierter Bereich ist beispielsweise die *Mandats- und Wissensorganisation*. Diese betrifft alle Bereiche, in denen Informationen in unstrukturierter Form vorliegen oder anfallen.¹² Im juristischen Bereich sind das insbesondere die Mandatsverwaltung, das Kanzleimanagement, das Dokumentenmanagement und die Organisation des rechtlichen Wissens und der rechtlichen Informationsquellen. Zu den ältesten Erscheinungsformen zählen Kanzleimanagementsysteme, die häufig in Form von Desktop-Anwendungen genutzt werden, um die Aufgaben innerhalb der Kanzlei, von der ersten Kommunikation mit dem Mandanten bis hin zur Honorarabrechnung, zu organisieren.¹³

Innerhalb einer Kanzlei kann unterstützende Technologie weiterhin auch die systematische Organisation des rechtlichen Know-hows fördern. So können digitale Wissensdatenbanken angelegt und Dokumentensammlungen erstellt werden, um eine Effizienzsteigerung zu erreichen.¹⁴ Datenbanken können auch Dokumentenanalysetools beinhalten, um ihre Suchergebnisse zu verbessern,¹⁵ oder Wissensdatenbanken können zugleich interne und externe Quellen miteinbeziehen. Bei den Datenbanken *WestLaw* und *Ravel* werden beispielsweise auch inhaltliche Zusammenhänge ermittelt und eine

zitiert nach *dies.*, UNSW Law Journal, 41 (2018), 1114, 1117; *Sourdin/Cornes*, IUS Gentium, 67 (2018), 87, 91.

¹⁰ *Fiedler/Grupp*, DB 2017, 1071 ff.

¹¹ *Dies.*, DB 2017, 1071, 1071 f.

¹² Vgl. *dies.*, DB 2017, 1071, 1072.

¹³ *Tobschall/Kempe*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2021, S. 27 ff., 32 f.

¹⁴ Vgl. *Schulz*, NJW 2005, 2049 ff.; *Wagner*, BB 2017, 898, 901.

¹⁵ *McGinnis/Pearce*, Fordham Law Review, 82 (2014), 3041, 3048 f.; *Bues*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1156 ff., 1178.

semantische Gewichtung der Ergebnisse vorgenommen.¹⁶ Diese Technologien sind schon heute weit verbreitet. Durch sie soll nach der Prognose *Goodenoughs* zunächst wegen des Entwicklungs- und Wartungsaufwands mehr, nicht weniger Arbeit auf dem Rechtsmarkt entstehen.¹⁷

Eine verwandte Methode der Kategorisierung von Legal Tech wählten die *Boston Consulting Group* und die *Bucerius Law School* in einem gemeinsamen Projekt zu diesem Thema.¹⁸ Auch sie unterscheiden drei Ebenen, setzen jedoch schon auf der Ebene sogenannter *Enabler* an, die vor der Ebene der unterstützenden Technologien angesiedelt sind und die digitalen Plattforminfrastrukturen miteinbeziehen, auf denen Legal Tech stattfinden kann. Ein Beispiel hierfür ist eine der frühesten Spielarten der Legal Tech, die Vermittlung und Vernetzung von Rechtsdienstleistungen im Netz.¹⁹ Ziel von Vermittlungsplattformen ist es, Anwälten eine Eigendarstellung zu ermöglichen und Rechtssuchende bei der Wahl eines geeigneten Anwalts zu unterstützen.²⁰ Einige dieser Formate beschränken sich auf die reine Suchfunktion, andere vermitteln konkrete Rechtsauskünfte zu Festpreisen.²¹ Eine ähnliche Struktur (jedoch eine andere Zielrichtung) haben Plattformen für das *Legal Outsourcing* und *Online-Recruitment*. Diese dienen nicht der Mandatsgewinnung, sondern richten sich an andere Dienstleistungserbringer auf dem Markt, mit dem Ziel, diese für die eigene Arbeit an Projekten zu gewinnen.²² Auf die *Enabler* folgt in dieser Systematisierung die Kategorie der *support-process solutions*, also Produkte ähnlich der Phase 1.0 nach *Goodenough*. In diesem Konzept steht aber weniger ein zeitliches Aufeinanderfolgen von Phasen, sondern ein Nebeneinander verschiedener technischer Lösungsebenen im Vordergrund.²³

¹⁶ *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 662 f.

¹⁷ *Goodenough*, Legal Technology 3.0, 06.04.2015 (huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658).

¹⁸ *Veith/Bandlow* et al., How Legal Technology Will Change the Business of Law, Jan. 2016 (mediapublications.bcg.com/How-legal-tech-will-change-business-of-law.pdf), S. 4. f.

¹⁹ Beispiele bei *Tobschall/Kempe*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 27 ff., 28 f.

²⁰ *Wagner*, BB 2017, 898, 899; *Hartung*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 10 ff., 29; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 13.

²¹ *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 19 f.

²² *Ders.*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 20; Beispiele hierfür bei *Tobschall/Kempe*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 27 ff., 29 f.

²³ *Markus Hartung* lehnt sich an diese Systematik an und unterscheidet „*Office-Tech*“, welche unterstützend wirkt und keinen Einfluss auf das anwaltliche Geschäftsmodell als solches hat und „*Legal-Tech im engeren Sinne*“, das unmittelbar die Leistungserbringung berührt, *Hartung*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 10 ff., 22 ff.

2. Inhaltlich operierende Technologien

Als weitere Ausprägung definiert die Taxonomie der *Bucerius Law School substantive law solutions*, also solche, die inhaltlich mit Rechtsfragen operieren.²⁴ Diese Stufe entspricht im weitesten Sinne der des Legal Tech 2.0 und der tätigkeitsbezogenen Anwendungen. Sie beschreibt Technologien, die menschliche Akteure innerhalb des bestehenden Systems ersetzen könnten. Eine KI-basierte automatische *Dokumentenanalyse*, die die Auswertung von Texten durch einen Anwalt überflüssig macht, kann hierfür als Beispiel dienen. Dabei geht es darum, große Datenmengen zu durchsuchen und nach strukturellen Merkmalen zu analysieren. Algorithmen filtern für die Analyse Informationen aus einer Fülle von Dokumenten heraus und entscheiden so unter anderem über die Relevanz einzelner Dokumente.²⁵ Anwendungsfälle im juristischen Bereich zeigen sich bei kartellrechtlichen Untersuchungen, *Due Dilligence* und *Compliance* Prüfungen oder Untersuchungen von Unternehmensskandalen.²⁶ Schon jetzt werden auf diese Weise vormals anwaltliche Tätigkeiten ersetzt, denn die zeitintensive manuelle Analyse tausender Textseiten ist nicht mehr im gleichen Maße erforderlich.²⁷ Im Kontext von Gerichtsverfahren kann diese Methode in Form der *E-Discovery* genutzt werden. E-Discovery bezeichnet Vorgehensweisen, bei denen digitale Medien genutzt werden, um zum Zwecke der Beweismittlung möglicherweise beweiserhebliche Daten wie Texte, Bilder, Datenbanken oder Audiodateien zu lokalisieren, zu durchsuchen oder auszuwerten.²⁸ In einer vollständigen Ausprägung dieser zweiten Phase könnte es nach *Goodenough* bereits zu ersten *disruptiven* Effekten²⁹ kommen und Arbeitsplätze in einigen Bereichen des Rechtsdienstleistungssektors könnten entfallen.

²⁴ *Veith/Bandlow et al., How Legal Technology Will Change the Business of Law*, Jan. 2016 (mediapublications.bcg.com/How-legal-tech-will-change-business-of-law.pdf), S. 4 f.

²⁵ *McGinnis/Pearce*, *Fordham Law Review*, 82 (2014), 3041, 3047; *Frese*, *NJW* 2015, 2090, 2092; *Bues/Matthaei*, in: *Jacob/Schindler/Strathausen* (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 97; *Netzer*, *AnwBl* 2018, 280, 281.

²⁶ Beispiele nach *Wagner*, *BB* 2017, 898, 901 f.; *Hartung*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 10 ff., 31.

²⁷ *McGinnis/Pearce*, *Fordham Law Review*, 82 (2014), 3041; *Fiedler/Grupp*, *DB* 2017, 1071, 1074.

²⁸ *Rouse*, *E-Discovery*, Okt. 2016 (whatis.techtarget.com/de/definition/E-Discovery).

²⁹ „Disruptive Entwicklungen sind Innovationen, die bestehende Technologien oder Dienstleistungen, aber auch kulturelle Gepflogenheiten teilweise oder komplett verdrängen und irreversible Veränderungen hervorrufen.“, *ÖFIT, Digitalisierung des Öffentlichen*, Dez. 2016 (oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Digitalisierung+des+%C3%96ffentlichen), S. 31.

3. Disruptive Technologien

In der letzten Entwicklungsphase (3.0) – so *Goodenough* – wäre es möglich, dass Technologien das System der Rechtsdienstleistungen und des Rechts als solches transformieren. Hierbei würde zum Beispiel ein maschinenlesbarer Code die menschliche Sprache als Informationsmedium ersetzen und Verträge könnten sich selbst – ohne menschliches Zutun – durchsetzen. Es entstünde damit ein gänzlich neues Verständnis davon, was Rechtsanwendung und -durchsetzung sind und wie sie wirken. Exemplarisch für diese Möglichkeit stehen selbstvollziehende Verträge, sogenannte *smart contracts*. Im smart contract kann der gesamte Lebenszyklus eines Vertrags beispielsweise mithilfe der *Blockchain Technologie*, einer sicheren Art der Verkettung von Datensätzen,³⁰ technisch unterstützt oder gar automatisch abgewickelt werden, so dass eine automatisierte Rechtsdurchsetzung denkbar erscheint.³¹ Von dem Zusammentreffen der Parteien über die Verhandlungen, den Vertragsschluss, die Kundenbetreuung und die Durchführung, sogar im Falle einer Leistungsstörung, ist Automatisierung durch die softwarebasierte Niederlegung synallagmatischer Pflichten denkbar.³² Als Anwendungsfälle kommen beispielsweise der Einbau in vernetzte Alltagsgegenstände im *Internet of Things* oder die Nutzung von Remote-Zündsperrern bei Miet- und Leasingverträgen von Kfz in Betracht, die den Weitergebrauch bei Nichtzahlung der vereinbarten Raten verweigern.³³ Wenn smart contracts zukünftig umfassend eingesetzt werden sollten, wäre die von *Goodenough* beschriebene dritte Entwicklungsstufe wohl erreicht. Produkte, die solch eine immense Veränderung ermöglichen, sind aber von der Marktreife noch relativ weit entfernt.³⁴

Auch die hier untersuchten technischen Anwendungen, denen richterliche Aufgaben übertragen werden könnten, ließen sich in der besonders auswirkungsreichen dritten Stufe in der Legal Tech Systematik verorten. Sie könnten den Eigenwert menschli-

³⁰ Zu diesem Begriff *Szostek*, *Blockchain and the Law*, 2019, S. 34 ff.

³¹ Ausführlich hierzu *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618 ff.; *Szostek*, *Blockchain and the Law*, 2019, S. 110 ff.

³² Hierzu *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3050; *Wagner*, BB 2017, 898, 901; *Heckelmann*, NJW 2018, 504 ff.; *Corrales/Fenwick* et al., *Journal of Internet Law* 2019, 3, 7.

³³ Beispiele nach *Paschke*, MMR 2019, 563, 566.

³⁴ *Goodenough*, *Legal Technology 3.0*, 06.04.2015 (huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658); eine weitere Systematik des Legal Tech Bereichs wurde von *Wagner* entwickelt. Hierbei erfolgt eine Unterscheidung nach dem Kriterium der Auswirkung des Produkts auf den Kernbereich der juristischen Arbeit. Produkte der Kategorie Eins berühren nach dieser Systematik die juristische Arbeit nicht. In der Kategorie Zwei wird eine Effizienzsteigerung ohne Veränderung der Arbeitsabläufe erzielt. Die dritte Kategorie umfasst Technologien, die einzelne – in den Kernbereich juristischer Tätigkeit fallende – Arbeitsabläufe verändern. Durch Produkte der Kategorie vier wird die juristische Arbeit in der Gesamtstruktur verändert. Siehe *Wagner*, BB 2017, 898 ff.

cher Entscheidungen in der Rechtsprechung viel grundsätzlicher als alle bisher dagewesenen Technologien infrage stellen und wirkten sich daher potenziell disruptiv und transformativ auf das Rechtssystem und die Verfasstheit der rechtlich konstituierten Gesellschaft als Ganzes aus. Sie bergen die Gefahr oder – je nach Lesart – auch das Potenzial, unser Verständnis von Recht und Rechtsanwendung sowie von der richterlichen Funktion grundlegend zu erschüttern und zu verändern.³⁵

II. Legal Tech am Richterarbeitsplatz und im Gerichtsverfahren

Die vorgestellten Ansätze zur Systematisierung von Legal Tech Produkten stellen jeweils unterschiedliche Aspekte in den Vordergrund und sind daher schwer miteinander zu vergleichen. Welche Systematik gewählt wird, hängt stark von dem gewünschten Erkenntnisgewinn ab. Die Taxonomien stehen nicht in einem Konkurrenzverhältnis, sondern ergänzen sich gegenseitig und sind keineswegs abschließend.

Wenn – wie vorliegend – der Erkenntnisgewinn auf einen bestimmten Einsatzbereich von Legal Tech (hier den inhaltlichen Einsatz am Richterarbeitsplatz) abzielt, bietet es sich an, gesondert auf etablierte Technikverwendung in diesem Bereich einzugehen.

1. Entwicklungen aus dem Bereich E-Justice

Auch für die Richterschaft gehört die Arbeit mit digitalen Medien seit langem zum selbstverständlichen Arbeitsalltag, allerdings weist diese bislang kaum je einen inhaltlichen Bezug zur eigentlichen richterlichen Rechtsanwendung auf. Unterstützende Technologien, wie die Recherche in Online-Datenbanken, ebenso wie die EDV-gestützte Verwaltung sind aber auch aus der Justiz nicht mehr wegzudenken.³⁶

Der Technikeinsatz im Gerichtsverfahren wird häufig unter dem Stichwort *E-Justice* diskutiert.³⁷ E-Justice lässt sich wiederum in zwei Aspekte unterteilen: Zunächst den nach außen gerichteten *elektronischen Rechtsverkehr* (ERV) und weiterhin die justizintern geführte *elektronische Akte* (E-Akte).³⁸

Ihre Anfänge nahm die Entwicklung einer digitalen Justiz in Deutschland mit der Gründung der *Bund-Länder Kommission für Informationstechnik in der Justiz*

³⁵ Solche Veränderungen prognostizieren auch *Re/Solow-Niederman*, Stanford Technology Law Review, 22 (2019), 242, 245 f.

³⁶ Zum Ganzen Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz, EDV-Bericht des Landes Rheinland-Pfalz für das Jahr 2018, 18.06.2018 (api.edoweb-rlp.de/resource/edoweb:7018247/data), S. 3 ff.

³⁷ Vgl. *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 13 ff. m. w. N.; *Berlit*, eJustice, JurPC Web-Dok 117/2014 (jurpc.de/jurpc/show?id=20140117), Abs. 9; *Bernhardt*, NJW 2015, 2775 ff.

³⁸ Siehe *Jost/Kempe*, NJW 2017, 2705.

(BLK)³⁹ auf der Justizministerkonferenz 1969. Seit 2009 ist die länderübergreifende Kooperation im Bereich der Schaffung informationstechnischer Systeme durch Art. 91c GG auch verfassungsrechtlich verankert.⁴⁰ Die Bund-Länder-Kommission ist seit 2012 eine ständige Arbeitsgruppe des *E-Justice Rats*, eines Zusammenschlusses der Justizverwaltungen, dessen Aufgabe die Zusammenarbeit im Sinne von Art. 91c GG ist. Auch innerhalb der Europäischen Union wird E-Justice als gemeinsames Projekt vorangetrieben. Dazu wurde ein *europäisches E-Justice Portal* geschaffen, das staatenübergreifend den Zugang zum Recht erleichtern soll.⁴¹

Große Bedeutung wird für deutsche Gerichte in näherer Zukunft der elektronische Rechtsverkehr gewinnen. Als elektronischen Rechtsverkehr bezeichnet man die „elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden auf der einen Seite und Parteivertretern wie Rechtsanwälten sowie Bürgern und Unternehmen auf der anderen Seite“.⁴² Eine wichtige Rechtsgrundlage hierfür bildet das *Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten* vom 10. Oktober 2013.⁴³ Hierin ist eine umfangliche Änderung diverser Prozessordnungen⁴⁴ vorgesehen, die zum Teil, gemäß Art. 26 Abs. 1 des auch als *E-Justice Gesetz* bezeichneten Gesetzes, ab 01.01.2018 in Kraft getreten sind.⁴⁵ Spätestens ab 2022 soll dann nach Art. 26 Abs. 7 des E-Justice-Gesetzes der elektronische Kommunikationsweg für Anwälte und Behörden und andere professionelle Verfahrensbeteiligte ausschließlich gelten.⁴⁶ Zentrales Element des ERV sind die elektronischen Kommunikationskanäle, die als „sichere Übermittlungswege“ bezeichnet werden, womit eine sichere Rückschließbarkeit auf die Absenderidentität gemeint ist.⁴⁷

Die Einführung der E-Akte betrifft daneben hauptsächlich die Digitalisierung der justizinternen Vorgänge. Maßgeblich ist hier das *Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs*

³⁹ Damals noch „Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung“.

⁴⁰ Vgl. *Bernhardt*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 21 ff., 23.

⁴¹ Erreichbar unter e-justice.europa.eu.

⁴² *Jost/Kempe*, NJW 2017, 2705.

⁴³ Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, eJustice Gesetz, BGBl. vom 16.10.2013, 3786-3796.

⁴⁴ Namentlich insbesondere § 130a ZPO, § 46c ArbGG, § 65a SGG, § 55a VwGO und § 52a FGO.

⁴⁵ Ein Überblick über die Änderungen bei *Müller*, JuS 2018, 1193 ff.

⁴⁶ Vgl. *Bernhardt*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 21 ff., 24.

⁴⁷ *Müller*, JuS 2018, 1193.

aus 2017.⁴⁸ Danach ist die Führung einer elektronischen Akte ab dem 01.01.2026 bundeseinheitlich verpflichtend.

ERV und E-Akte sind in ihrem Schicksal miteinander eng verbunden. Nur wenn Arbeitsabläufe durch die digitale Form effektiver gestaltet werden können, entsteht ein Mehrwert für die Justiz. Dafür ist es erforderlich, Arbeitsabläufe ohne Medienbrüche zu schaffen.⁴⁹

2. Die Digitalisierung der richterlichen Arbeitsweise

Als besonders etablierter Bereich der E-Justice gilt das *elektronische Mahnverfahren*. § 689 Abs. 1 S. 2 ZPO regelt hierfür die Zulässigkeit der maschinellen Bearbeitung. Schon seit 2008 sind Anwälte nach § 702 Abs. 2 S. 2 ZPO verpflichtet, Mahnanträge elektronisch einzureichen und bereits seit 1997 ist diese Einreichungsform etwa in Rheinland-Pfalz möglich.⁵⁰ Das Mahnverfahren eignet sich besonders gut für eine elektronische Durchführung, da es einfach strukturiert ist und keine Ermessensspielräume enthält.⁵¹ § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO stellt klar, dass das Gericht bei Erlass des Mahnbescheids nicht prüft, ob der Anspruch tatsächlich besteht. Daher erfordert eine maschinelle Bearbeitung keine fortgeschrittene Technik, sondern die schlichte Konversion eines elektronischen Formulars in einen Mahnbescheid. Weitergehend kann bei der Eingabe von Daten aber auch bereits eine Plausibilitätsprüfung erfolgen, was offensichtlich fehlerhafte Anträge vermeidet.⁵²

Möglich sind aber auch technische Anwendungen, die Richter in der Strukturierung von Entscheidungsschritten unterstützen könnten, also im weitesten Sinne bereits ihre inhaltliche Arbeitsweise betreffen. In der Richterschaft werden bei der alltäglichen Arbeit der Relation vereinzelt bereits die technischen Unterstützungsmöglichkeiten von *Relationstechnikmaschinen* genutzt. Relationstechnikmaschinen können zur Strukturierung und Visualisierung des Streitstoffs eingesetzt werden. Eine bekannte Anwendung ist der *Normfall-Manager* der *Normfall-GmbH*.⁵³ Relationstechnikmaschinen sind auch in Pilotprojekten zur E-Akte enthalten. In all diesen Fällen wird aber

⁴⁸ Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, BGBl. vom 12.07.2017, I Nr. 45, 2208 ff.

⁴⁹ So auch *Korves*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 41 ff., 43 m. w. N.

⁵⁰ Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz, EDV-Bericht des Landes Rheinland-Pfalz für das Jahr 2018, 18.06.2018 (api.edoweb-rlp.de/resource/edoweb:7018247/data), S. 10.

⁵¹ *Sujecki*, MMR 2006, 369, 370; *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 15; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 32.

⁵² Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 6.

⁵³ Erreichbar unter www.normfall.de.

lediglich die herkömmliche richterliche Arbeitsweise elektronisch unterstützt und inhaltliche Vorgaben sind nicht vorgesehen.⁵⁴ Bei aktuellen Formen der Relationstechnikmaschinen obliegt die rechtliche Beurteilung weiterhin dem Menschen. Beinhaltet das Programm keine inhaltlichen Vorgaben, sondern bildet es nur manuelle Eingaben des Richters digital ab, ähnelt es einem digitalen Notizzettel und stellt die menschliche Entscheidungsgewalt nicht infrage.

B. Das Mittel digitaler Rechtsanwendung: Rechtsgeneratoren

Bis hierher wurde ein erster Eindruck davon vermittelt, welcher Zeitgeist Anlass der Untersuchung ist. Der vorangegangene Abschnitt zeigte, dass eine wachsende Tendenz hin zur Technifizierung vieler Bereiche der juristischen Arbeitswelt und selbst der Justiz deutlich erkennbar ist. Viele Entwicklungen befinden sich aber noch in den Anfängen. Die informationstechnologischen Lösungen, die im Rahmen von Legal Tech-Konzepten eingesetzt werden, sind sehr vielschichtig und verschiedenartig. Aus diesem Grund ist jedes Produkt individuell zu beurteilen, da es jeweils eigene rechtliche und technische Herausforderungen birgt, auf die hier nicht in jedem Fall umfassend eingegangen werden kann und soll.

Stattdessen muss aus der Vielzahl technischer Möglichkeiten ein Anknüpfungspunkt ausgemacht werden, der eine Brücke zwischen der Beobachtung einer allgemeingesellschaftlichen Entwicklung unter dem Oberbegriff Legal Tech und dem konkreten rechtswissenschaftlichen Forschungsvorhaben mit Schwerpunkt auf die mögliche Übernahme von richterlichen Aufgaben durch Algorithmen bilden kann. Diesen Anknüpfungspunkt bildet hier der Begriff des *Rechtsgenerators*.

I. Der Begriff des *Rechtsgenerators*

Der Terminus Rechtsgenerator ist nicht einheitlich definiert. Im weitesten Sinne kann hierunter ein Algorithmus verstanden werden, der eine rechtliche Beurteilung zu einem Sachverhalt auswirft,⁵⁵ also in anderen Worten ein Ergebnis zu einer rechtlichen Fragestellung erzeugt. Es handelt sich um eine besondere Spielart der Legal Technologies, die auf die Technifizierung der inhaltlichen juristischen Arbeit, also die Rechtsanwendung

⁵⁴ Anders ist dies dem Anschein nach bei IBMs Entwicklung *JustizMemoria*, die auf Grundlage von Watson funktioniert und beim EDV-Gerichtstag 2019 vorgestellt wurde.

⁵⁵ *Burr*, BB 2018, 476, 477; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1105 spricht von Systemen, die Lösungen liefern, die denen manueller Rechtsprüfung entsprechen.; vgl. auch *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2020, S. 47.

durch Juristen abzielt. Ein technisch noch sehr simples Beispiel eines Rechtsgenerators ist ein Fristen- oder Gebührenrechner, der pauschal gesprochen nichts anderes tut, als mithilfe von Sachverhaltsdaten unter eine Fristen- oder Gebührenvorschrift zu subsumieren.⁵⁶ Meist noch in der Theorie können Ergebnisse durch Rechtsgeneratoren aber auch zu komplexeren juristischen Fragestellungen erzeugt werden, wofür verschiedene technische Methoden und Modelle mit unterschiedlicher Herangehensweise verwendet werden können.⁵⁷

1. Abgrenzung zu verwandten Begriffen

Anders als parallel verwendete Begriffe, wie etwa der des „Subsumtionsautomaten“⁵⁸ oder der in Zusammenhang mit dem Gerichtsverfahren gelegentlich verwendete Begriff des „Roboterrichters“ oder „Richterautomaten“⁵⁹, oder gar die vereinfachende Bezugnahme auf einen Algorithmus oder eine Künstliche Intelligenz mit rechtlichem Bezug, bietet der deskriptive und technologieneutrale Begriff des Rechtsgenerators den Vorteil, übersteigerte Erwartungen und negative Assoziationen, etwa die einer künstlichen Superintelligenz mit menschlichem Antlitz, zu vermeiden. Gleichzeitig eröffnet er einen klar umrissenen Anwendungsbereich mit deutlichem Schwerpunkt auf dem Recht und der Rechtsanwendung. Der Begriff kann sowohl sehr simple als auch komplexere Algorithmen und Methoden erfassen und eignet sich daher besonders gut, um das Phänomen der Rechtsanwendung durch nicht-menschliche Akteure sowohl gegenwarts- als auch zukunftsbezogen zu untersuchen, ohne technischen Entwicklungen bereits begrifflich vorwegzugreifen. Dadurch, dass sich der Begriff nicht von vornherein auf die richterliche Rechtsanwendung beschränkt, zeigt er deutlich, dass eine gewisse Verwandtschaft des Untersuchungsgegenstandes zu ähnlichen Formen der technischen Rechtsanwendung besteht. Somit bettet der Begriff das Phänomen in den größeren Kontext der generellen Tendenz zu Automatisierung des Rechts ein.

Im gleichen Atemzug mit oder teilweise auch synonym zu Rechtsgeneratoren werden aber vielfach auch Anwendungen genannt, die der automatisierten Erstellung verschiedenster Rechtsdokumente dienen.⁶⁰ Diese werden auch *Dokumentengeneratoren*⁶¹

⁵⁶ Beispiel nach *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 664; *Wagner*, BB 2017, 898, 900.

⁵⁷ Nähere Ausführungen hierzu finden sich in Kap. 2.

⁵⁸ Etwa bei *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.; *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128 ff.; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff.

⁵⁹ Siehe *Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77 ff. „Richterautomat“; außerdem *Greco*, RW 2020, 29 ff.

⁶⁰ Vgl. *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535; *Dulle/Galetzka/Partbeymüller*, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0, 2017, S. 625 ff., 625; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 47 ff.; *Breidenbach/Glatz*, in: dies. (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 1 ff., 3 f.

⁶¹ *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 49.

oder *Rechtstextgeneratoren* genannt und der Erstellungsprozess als *Document Automation*⁶² oder *Document Generation*⁶³ bezeichnet. Zu den häufigsten Arten generierter Rechtsdokumente gehören heute Verträge, Schriftsätze und Term-Sheets.⁶⁴ Dokumentengeneratoren sind aber nicht in jedem Falle auch gleichzeitig Rechtsgeneratoren. Je nach Dokumentenart und Komplexitätsgrad der Materie kann solch ein Dokumentengenerator – ähnlich wie bei der Arbeit mit einem analogen Musterdokumentenhandbuch – nur einen Lückentext anbieten, der ausgefüllt wird, oder aber auch automatisch generierte Vorschläge und Alternativen zur Regelung oder für Entscheidungen unterbreiten.⁶⁵ Nur in den letztgenannten Anwendungsfällen ist der Rechtstextgenerator zugleich auch ein Rechtsgenerator. Werden hingegen nur Satzbausteine aneinandergefügt und mit manuellen Eingaben gefüllt, liegt keine technisch ausgeworfene rechtliche Beurteilung vor. Aktuelle Anwendungsfälle für die Verknüpfung automatischer Texterstellung mit Rechtsgeneratoren sind etwa die automatische Übertragung von Daten (Parteiinformationen und rechtlichen Weichenstellungen) aus diversen Systemen über Schnittstellen direkt in ein neu angelegtes Dokument.⁶⁶

2. Das Auswerfen einer rechtlichen Beurteilung

Das teilweise für die Bezeichnung Rechtsgenerator verwendete Begriffsmerkmal der „rechtlichen Beurteilung“ oder des „rechtlichen Ergebnisses“ ist nicht unproblematisch. Unabhängig von technischen Details der Herangehensweise an dieses Ergebnis können sich schon auf der begrifflichen Ebene (mindestens) zwei grundlegende Fragen stellen: Erstens, ob der Wortsinn einen *qualifizierten Erkenntnisgewinnungsprozess* voraussetzt und zweitens, welcher *Art und Güte das ausgeworfene Ergebnis* sein muss, um von einer rechtlichen Beurteilung sprechen zu können. Diese Fragen sind zwar vorwiegend Aspekte der Nutzbarkeit und Umsetzbarkeit und nicht der Definition, sie sollen an dieser Stelle dennoch vorweggegriffen werden, denn sie sind maßgeblich für ein Grundverständnis des Begriffs der Rechtsgeneratoren.

⁶² *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 99; *Susskind, Tomorrow's Lawyers*, 2017, S. 45; *Northoff/Gresbrand*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 466 ff., 468.

⁶³ *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3049.

⁶⁴ *Wagner*, BB 2017, 898, 900.

⁶⁵ *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535; *Wagner*, BB 2017, 898, 900; *ders.*, *Legal Tech und Legal Robots*, 2020, S. 49.

⁶⁶ Beispiel nach *Halbleib*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1131 ff., 1145, 1147.

Zur erstgenannten Überlegung kann vorweggeschickt werden, dass gerade die Fähigkeit, ein *Bewusstsein* von der Bedeutung der verarbeiteten Daten zu haben, bei Maschinen berechtigterweise stark bezweifelt wird.⁶⁷ Es ist deshalb klarzustellen, dass eine rechtliche Beurteilung oder ein rechtliches Ergebnis durch diese nur *ausgeworfen* wird; ob dieses in irgendeiner Form selbstständig erzeugt wird, ist eine davon zu trennende Frage.⁶⁸ Rechtsgeneratoren müssen nicht zwangsläufig mit fortschrittlichen Technologien der Künstlichen Intelligenz ausgestattet sein, die sie zu einem im weitesten Sinne autonomen Handeln befähigen könnten, um ein rechtliches Ergebnis auswerfen zu können.⁶⁹ Je nach Komplexitätsgrad der juristischen Frage ist die Erzeugung verwertbarer Ergebnisse auch auf simplerem Wege möglich.⁷⁰ Zu denken ist etwa an Rechtsgeneratoren, die auf von Menschen vorprogrammierte Entscheidungsmuster zurückgreifen können, oder das rechtliche Ergebnis anhand einer Wahrscheinlichkeitsprognose erstellen, indem sie die Rechtsfolge berechnen, die nach der vorhandenen Datenlage mit der größten Wahrscheinlichkeit richtig erscheint.⁷¹

Rechtsgeneratoren, die auch als *Legal Robots*⁷² bezeichnet werden, sollen rechtliche Beurteilung zukünftig mittels KI dann auch ohne solche explizit voreingestellten Entscheidungsmuster erzeugen können. Ob dies erreicht werden kann, muss an dieser Stelle aber noch offenbleiben und wird diese Arbeit als Aspekt der technischen Grenzen später näher beschäftigen.⁷³

Zumindest auf der Ebene der Definition kann statt der Qualität des Entscheidungsprozesses als Maßstab auch die Überzeugungskraft der erzeugten Ergebnisse in den Fokus gestellt werden. Wenn dieses die Adressaten für sich gewinnen könnte, könnte es theoretisch wie eine rechtliche Beurteilung eines menschlichen Rechtsanwenders genutzt werden.⁷⁴

Weitestgehend unbeantwortet bleiben muss an dieser Stelle auch noch die Frage, ob das Kriterium „rechtliche Beurteilung“ die absolute oder zumindest annäherungsweise

⁶⁷ So *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 957; *Döbel/Leis* et al., Maschinelles Lernen, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 8; *Fries*, RW 2018, 414, 425.

⁶⁸ An dieser Stelle kann (zumindest aus rein praktischer Sicht) noch unerheblich bleiben, wie das Ergebnis eines Rechtsgenerators zustande kam, wenn es nur verwertbar ist. Ein ähnlicher Ansatz bei *Grupp*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1115.

⁶⁹ Siehe hierzu Kap. 2, B.

⁷⁰ *Wagner*, BB 2017, 898, 900.

⁷¹ Dieses Verständnis zugrundeliegend auch *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535, 536.

⁷² *Wagner*, BB 2017, 898, 902; *Burr*, BB 2018, 476, 477; *Wagner*, *Legal Tech und Legal Robots*, 2020, S. 55.

⁷³ Zur technischen Umsetzung ausführlicher in Kap. 2.

⁷⁴ Ein ähnlicher ergebnisbezogener Ansatz zur Beurteilung der Qualität eines KI-Richters findet sich bei *Volokh*, *Duke Law Journal*, 68 (2019), 1135 ff.

Richtigkeit der gefundenen Antwort voraussetzt, oder ob es ein Mindestmaß an Qualität braucht, um von einer rechtlichen Beurteilung und damit von der Entscheidung eines Rechtsgenerators sprechen zu können.⁷⁵ Gewiss ließe sich das besagte Kriterium verneinen, wenn ein völlig unvertretbar willkürliches oder zufälliges Ergebnis ausgeworfen würde.⁷⁶ Um ein solches würde es sich etwa bei Antworten handeln, „die in einer Art und Weise begründet wurden, die den Mindeststandards juristischer Argumentation nicht gerecht werden [...]“.⁷⁷ Die darüber hinausgehenden Grenzfälle der mehr oder minder vertretbaren Antworten sind jedoch weit weniger eindeutig zu bestimmen, denn auch bei der Bearbeitung durch Menschen existiert kein einheitlicher Maßstab für ihre Qualität.⁷⁸ Im Mittelpunkt der Überlegungen muss die noch zu stellende Frage stehen, ob ein Algorithmus überhaupt in der Lage ist, rechtliche Fragen für Menschen *zufriedenstellend* zu beantworten. Da eine Begrifflichkeit benötigt wird, unter der diese Diskussion sinnvoll geführt werden kann, muss der Aspekt der konkreten Ergebnisqualität zur Begriffsbestimmung notwendigerweise vage bleiben. Allein der Willkürmaßstab kann eine erste Grenzlinie zu einem reinen Zufallsgenerator ziehen.

II. Nutzungsmöglichkeiten außerhalb des Gerichtsverfahrens

Die offenen Fragen auf der Definitionsebene verhindern den praktischen Einsatz von Rechtsgeneratoren in der Legal Tech Landschaft indes nicht. Die potenziellen Anwendungsbereiche von Rechtsgeneratoren erstrecken sich von der Nutzung durch juristische Laien – wie Verbrauchern, oder unternehmerischen Sachbearbeitern – über Nutzungsmöglichkeiten für Rechtsanwälte, Notare, private Schlichtungsstellen, die Verwaltung und zukünftig schlussendlich möglicherweise auch durch Richter. Um die Voraussetzungen dieses denkbaren letzten Schritts in der Entwicklung besser verstehen zu können, muss sich der Blick beispielhaft auf aktuelle Anwendungsbereiche richten.

1. Zielgruppe juristische Laien

Häufig richten sich aktuelle Dienstleistungen der Dokumenten- und Rechtsautomatation direkt an die Kunden juristischer Dienstleistungen. Für die Nutzung durch Laien

⁷⁵ Greco, RW 2020, 29, 32 ff. wirft diese Frage in Bezug auf die richterliche Entscheidung auf und fragt, was eine gute richterliche Entscheidung ausmache und ob eine solche auch durch künstliche Intelligenz getroffen werden könne.

⁷⁶ Anders gewendet: Ein Rechtsgenerator könnte schon begrifflich nicht vorliegen, wenn er allein nach dem Zufallsprinzip vorgehe. „50 zu 50 ist Zufall“, Zander, AnwBl 2017, 181, 182.

⁷⁷ Stelkens, in: v. Oostrom/Weth (Hrsg.), FS Herberger, 2016, S. 895 ff., 899.

⁷⁸ Hier stellt sich dann die Frage, wie Qualität überhaupt zu messen ist. Greco, RW 2020, 29, 33 f. stellt für eine ähnliche Frage etwa darauf ab, ob die Entscheidung, wäre sie von einem Menschen getroffen worden, von der Allgemeinheit als gut empfunden werden könnte.

steht *Fallprüfungssoftware*⁷⁹ zur Verfügung, die einfache juristische Fragen ohne Zwischenschaltung eines juristischen Experten beantworten kann.⁸⁰ Im Wege der Online-Interaktion mit dem Nutzer können beispielsweise Anspruchsvoraussetzungen abgefragt und zusammengestellt werden, um die Erfolgsaussichten einer Forderung abzubilden.⁸¹ Auch unterschriftsreife Rechtsdokumente können von Laien digital erstellt werden. Es ist dabei teilweise möglich, Schriftstücke an die eigenen Bedürfnisse anzupassen, indem der Nutzer dem System vorformulierte Fragen beantwortet.⁸² In Deutschland sind hierfür die Internetseiten *smartlaw.de* und *janolaw.de* beispielhaft aufzuführen, international hat sich der Anbieter *LegalZoom* etabliert.⁸³ Ein viel diskutiertes Beispiel sind auch die Tools des US-amerikanischen Anbieters *Ross Intelligence*,⁸⁴ die als erste Entwicklung einer Künstlichen Intelligenz zur Beantwortung juristischer Fragen gelten.⁸⁵ *Ross* soll in der Lage sein, Rechtsfragen in natürlicher Sprache zu beantworten, indem es Fälle analysiert und Argumente aus diesen extrahiert.⁸⁶ Die Methode hierfür basiert auf der Software von *IBM Watson* und wurde 2014 an der University of Toronto entwickelt. *Watson* wird die Fähigkeit zugeschrieben, auch unstrukturierte Daten verarbeiten zu können und daher in der Lage zu sein, Texte ähnlich einem Menschen zu lesen und zu interpretieren.⁸⁷

Anlässlich ihres augenscheinlich immer schneller wachsenden Leistungsspektrums stellt sich im deutschen Rechtsraum die Frage, ob Rechtsgeneratoren, die sich an die Empfänger rechtlicher Dienstleistungen richten, uneingeschränkt zulässig sein sollen,

⁷⁹ Ein Beispiel für solch eine Fallprüfungssoftware ist *Lexalgo*, das nach eigenen Aussagen Software bietet, die einige juristische Prüfungen teilautomatisiert. Erreichbar ist es unter lexalgo.com.

⁸⁰ *Fries*, NJW 2016, 2860, 2862; *Halbleib*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1131 ff., 1137.

⁸¹ *Fries*, RW 2018, 414, 419.

⁸² Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 33.

⁸³ Beispiele nach *Halbleib*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1131 ff., 1137.

⁸⁴ Mehr Informationen unter rossintelligence.com.

⁸⁵ *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; *Barker*, TortSource, 19 (2017), 4; *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844, 848; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 7.

⁸⁶ *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; siehe auch *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844, 848.

⁸⁷ *Frese*, NJW 2015, 2090, 2091.

oder ob sie eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung nach dem *Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)* erbringen.⁸⁸ Um dies zu klären ist stets eine Einzelfallprüfung des jeweiligen Legal Tech Geschäftsmodells erforderlich.⁸⁹

a. Forderungsankauf

Ein mit Rechtsgeneratoren verknüpftes besonderes Geschäftsfeld stellt dabei die massenhafte Forderungsabwicklung durch private Dienstleister dar. In Bereichen wie der Geltendmachung von Fluggastrechten, den Ansprüchen bei Bahnverspätungen, Autounfällen und Mietmängeln oder dem Vorgehen gegen Bußgeldbescheide wegen Geschwindigkeitsübertretungen haben sich solche Anbieter bereits etabliert.⁹⁰ Das Geschäftsmodell sieht Onlineportale vor, auf denen Verbraucher Daten zu entsprechenden Rechtsvorfällen einstellen können. Diese werden von einer Software mittels Entscheidungsbäumen oder durch menschliche Rechtsexperten geprüft und dann entschieden, ob das Unternehmen die Forderung ankauft, weiterverfolgt oder beispielsweise einen Bußgeldbescheid anfight.⁹¹ Wird eine Forderung angekauft, erhält der Kunde meist eine Entschädigung, abzüglich der pauschalen Kosten für die Inanspruchnahme der Dienstleistung des Unternehmens.⁹² Bei Bußgeldbescheiden erfolgt die Finanzierung der Servicedienstleistung über die Prozessfinanzierung oder die Rechtsschutzversicherung. Vorteil für die Kunden solcher Plattformen ist neben der Zeiterparnis insbesondere eine hohe Kostensicherheit.⁹³ Auch gegenüber diesen Geschäftsmodellen wird jedoch die Kritik laut, sie würden gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz

⁸⁸ Voraussetzung ist insbesondere eine „rechtliche Prüfung des Einzelfalls“. Damit hängt die Eröffnung des Tatbestands des RDG von der Komplexität und der Einzelfallbezogenheit der von Rechtsgeneratoren gebotenen Leistung ab. Vgl. *Degen/Krahmer*, GRUR-Prax 2016, 363 ff.; *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535 ff.; *Remmertz*, BRAK Mitteilungen 2017, 55 ff.; *Fries*, ZRP 2018, 161 ff.; *Remmertz*, BRAK Mitteilungen 2018, 231 ff.; *Schwintowski*, EWeRK 2018, 214 ff.; *Wettläufer*, MMR 2018, 55 ff. m. w. N.; LG Berlin, Beschl. v. 26.07.2018, NJW, 2018, 2901; *Römermann/Güntber*, NJW 2019, 551, 552 ff.

⁸⁹ Hierzu *Remmertz*, BRAK Mitteilungen 2018, 231, 232; *Römermann/Güntber*, NJW 2019, 551, 552; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 39. Zum jetzigen Zeitpunkt ist noch nicht völlig geklärt, wo die Grenze zwischen einer erlaubnisfreien bloß schematischen Anwendung von Rechtsnormen, so ein Kriterium des BGH, Urt. v. 14.01.2016, GRUR, 2016, 820, Rn. 43 und einer rechtlichen Prüfung des Einzelfalls im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG verläuft, klärend hierzu LG Köln, Urt. v. 08.10.2019, MMR, 2020, 56, Rn. 6 f.

⁹⁰ Für Fluggastrechte unter anderem: EUflight.de, flightright.de, wirkaufendeinenflug.de. Für Bahnverspätungen unter anderem: zug-erstattung.de. Für Bußgeld unter anderem: geblitzt.de. Andere: myright.de, unfallhelden.de, wenigermiete.de, (Stand Juli 2021).

⁹¹ Vgl. *Hartung*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 10 ff., 28.

⁹² Zum Ganzen *Fiedler/Grupp*, DB 2017, 1071, 1075.

⁹³ *Dies.*, DB 2017, 1071, 1075.

verstoßen.⁹⁴ Sie werden häufig auf Grundlage einer Inkassolizenz tätig und nehmen daher die Ausnahmeregelung der §§ 2 Abs. 2 und 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG in Anspruch. Problematisch ist allerdings, ob die angebotenen Dienstleistungen noch unter den Inkassobegriff fallen.⁹⁵ Besonders wenn Legal Tech Unternehmen verschiedentlich „Schnellchecks zur Rechtslage“ anbieten, entsteht Ungewissheit darüber, wie weit eine rechtliche Prüfung eines Inkassounternehmens gehen darf.⁹⁶

b. Online-Dispute-Resolutions

Eine weitere Möglichkeit des Einsatzes von Rechtsgeneratoren zugunsten juristischer Laien sind *Online-Dispute-Resolutions* (ODR),⁹⁷ eine Unterkategorie der *Alternative-Dispute-Resolutions* (ADR). Dabei handelt es sich um IT-betriebene (private) Verhandlungs- und Streitbeilegungsplattformen.⁹⁸ In seiner einfachsten Form dient das digitale Medium hierbei lediglich als Marktplatz, auf dem sich Parteien und Schlichtungsstellen begegnen und auf dem sie miteinander kommunizieren können.⁹⁹ Plastisch lässt sich dies an der Online-Streitbeilegungs-Plattform (*OS-Plattform*) der EU¹⁰⁰ verdeutlichen, die 2016 als Folge der ODR-Verordnung und der ADR-Richtlinie von 2013¹⁰¹ die Arbeit aufnahm.¹⁰² Aufgabe der OS-Plattform der EU ist nicht die Streitschlichtung als

⁹⁴ Vgl. *Fries*, ZRP 2018, 161, 164; *Hartung*, AnwBl 2019, 353 ff.; *Henssler*, NJW 2019, 545 ff.; dies war auch Grundlage eines Verfahrens vor dem BGH, BGH, Urt. v. 27.11.2019, NJW, 2020, 208.

⁹⁵ *Fries*, ZRP 2018, 161, 164; LG Berlin, Beschl. v. 26.07.2018, NJW, 2018, 2901; *Hartung*, AnwBl 2019, 353 ff.; *Remmert*, ZRP 2019, 139; dies bejahend *Römermann/Güntber*, NJW 2019, 551, 552; vgl. insgesamt hierzu BGH, Urt. v. 27.11.2019, NJW, 2020, 208.

⁹⁶ Hierzu *Fries*, ZRP 2018, 161, 164; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 43 ff.

⁹⁷ Umfassende Gesamtdarstellungen bei *Behr*, Konfliktlösung im Internet, 2005; *Schüttel*, Streitbeilegung im Internet, 2014.

⁹⁸ *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 660 f.

⁹⁹ *Legg*, The Future of Dispute Resolution, 05.08.2016 (ssrn.com/abstract=2848097), S. 3.

¹⁰⁰ Erreichbar unter ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=DE.

¹⁰¹ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Richtlinie 2013/11/EU, Amtsblatt der EU vom 18.06.2013, L 165/63 ff.; Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Verordnung (EU) Nr. 524/2013, Amtsblatt der EU vom 18.06.2013, L 165/1 ff.

¹⁰² Hierzu ebenfalls *Braegelmann*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 922 ff., 934 f.; *Specht*, MMR 2019, 153, 156.

Solche, sondern die Verbraucher zu einer geeigneten externen Vermittlungsstelle zu führen.¹⁰³

Neben diesen nicht unmittelbar mit der inhaltlichen Rechtsautomation in Zusammenhang stehenden vermittlungszentrierten ODR-Plattformen entwickelt sich in den letzten Jahren ein wachsendes Angebot von Online-Streitschlichtungsanbietern, die immer stärker auf die menschliche Komponente verzichten wollen und anstreben, Streitigkeiten vollautomatisch – etwa mittels Künstlicher Intelligenz – zu lösen.¹⁰⁴ Diese seien hier als *automatisierte ODR* bezeichnet.

Hierbei können Elemente von Rechtsgeneratoren zum Einsatz kommen.¹⁰⁵ Die angewendete Technik ist häufig die eines Systems, das durch Fragen Informationen sammelt und diese mittels Entscheidungsbäumen beantwortet.¹⁰⁶ ODR-Angebote sind häufig in einem mehrstufigen Schlichtungssystem aufgebaut. Zunächst erfolgt eine Phase des „blind-biddings“, in der die Schlichtungsparteien Forderungen austauschen. Kommt es zu einer Übereinstimmung der Interessen, kann das Verfahren enden, ansonsten wird der Streit an einen menschlichen Mediator weitergegeben.¹⁰⁷ Die durch das System abgefragten gegenseitigen Forderungen und Positionen können auch technisch ausgewertet werden, um mithilfe einer Gewichtung der ausgetauschten Forderungen automatisch Lösungen vorzuschlagen.¹⁰⁸

Der Gedanke hinter automatisierter ODR ist, dass es bei Massengeschäften (wie zum Beispiel dem Onlinehandel) zu millionenfachen Transaktionen kommt,¹⁰⁹ bei denen tausendfach Streitigkeiten über falsche Rechnungsbeträge, inkorrekte Lieferungen, Verspätungen und vieles mehr entstehen.¹¹⁰ Eine manuelle Bearbeitung all dieser Streitigkeiten wäre kosten- und zeitintensiv. Daher scheint den Betreibern solcher Massengeschäfte eine Lösung sinnvoll, die auf komplizierte Abwägungsvorgänge verzichtet und am Maßstab der Kundenzufriedenheit nach simplen Regeln Konflikte löst. Große Onlinehändler und Dienstleistungsanbieter wie *Amazon*, *eBay* und *PayPal* wenden diese Methode schon länger an.¹¹¹ Ein Produkt, das sich zum Zweck der Nutzung im

¹⁰³ *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 661; *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 922 ff., 934 f.; *Specht*, MMR 2019, 153, 156; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 9.

¹⁰⁴ *Susskind*, Tomorrow's Lawyers, ²2017, S. 116; *Sourdin*, UNSW Law Journal, 41 (2018), 1114, 1121.

¹⁰⁵ *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 922 ff., 940.

¹⁰⁶ *Legg*, The Future of Dispute Resolution, 05.08.2016 (ssrn.com/abstract=2848097), S. 3.

¹⁰⁷ *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 661.

¹⁰⁸ *Legg*, The Future of Dispute Resolution, 05.08.2016 (ssrn.com/abstract=2848097), S. 3; *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), Liquid Legal, 2017, S. 89 ff., 99 f.

¹⁰⁹ Häufig ist von 60 Millionen Konflikten jährlich die Rede.

¹¹⁰ Vgl. *Zimmerman*, Journal of the Kansas Bar Association, 85 (2016), 20.

¹¹¹ *Specht*, MMR 2019, 153, 155.

privaten Bereich bereits erfolgreich auf dem Markt etabliert hat, war *Modria* vom Anbieter *Tyler Technologies Inc.*,¹¹² das im Internethandel unter anderem von *PayPal* zur Klärung von Rechtsstreitigkeiten entwickelt wurde.¹¹³

Der Anwendungsbereich von ODR endet jedoch nicht mit dem Onlinemarkt. In den Niederlanden werden die ODR-Plattformen *Rechtswijzer* und *Justice42* unter anderem auch für die Abwicklung von Scheidungen genutzt.¹¹⁴ Die Plattformen finden mithilfe von Algorithmen Punkte der Übereinstimmung und der Gegensätzlichkeit und schlagen auf dieser Grundlage Lösungen vor.¹¹⁵ Eine vergleichbare Leistung bietet in British Columbia, einer kanadischen Provinz, das Portal *MyLawBC*.¹¹⁶

Wichtig ist aber zu betonen, dass auch automatisierte ODR nicht zwangsläufig mit intelligenten Anwendungen verknüpft sein muss und in vielen Fällen heute auch noch nicht ist.¹¹⁷ Meist kann noch nicht völlig auf menschliche Intervention verzichtet werden. So auch bei *Rechtswijzer*, bei dem im Falle des Scheiterns der automatischen Lösungsvorschläge der Streit an einen menschlichen Schlichter übertragen wird.

2. Zielgruppe private Rechtsdienstleister

Auch für Juristen als Anbieter privater Rechtsdienstleistungen bieten Rechtsgeneratoren das Potenzial einer schnellen und ressourcensparenden juristischen Prüfung, insbesondere in häufig wiederkehrenden Fällen.¹¹⁸ Einige Legal Tech Produkte, die sich an Juristen richten, wurden bereits dargestellt.¹¹⁹ Jedoch gibt es auch solche, die sich schwerpunktmäßig auf die Automatisierung des inhaltlichen Rechtsfindungs- und Entscheidungsprozesses beziehen und daher hier erläutert werden sollen.

Besonders für die Erstellung rechtlicher Entwürfe gibt es am Markt bereits diverse Möglichkeiten.¹²⁰ In Fällen, in denen früher Vorlagen noch mühevoll von Hand an die Einzelsituation angepasst werden mussten, können heute geeignete Textbausteine und Klauseln von Rechtstextgeneratoren automatisch zusammengestellt werden.¹²¹ Dies

¹¹²<https://www.tylertech.com/products/modria>.

¹¹³*Zimmerman*, Journal of the Kansas Bar Association, 85 (2016), 20; *Ben-Ari/Frishi* et al., Richmond Journal of Law and Technology, 23 (2017), 3, 11 f.

¹¹⁴rechtswijzer.nl; justice42.com.

¹¹⁵Vgl. *Legg*, The Future of Dispute Resolution, 05.08.2016 (ssrn.com/abstract=2848097), S. 5–6; *Katsb/Rabinovich-Einy*, Digital justice, 2017, S. 150.

¹¹⁶Beispiel nach Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 9.

¹¹⁷*Carneiro/Novais* et al., Artif Intell Rev, 41 (2014), 211, 237 f.; *Susskind*, Tomorrow's Lawyers, 2017, S. 117.

¹¹⁸*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1114.

¹¹⁹Kap. 1, II, 2.

¹²⁰Namhafte Anwendungen sind unter anderem hotdocs.com, xpressdocs.com oder legalmatic.de.

¹²¹*Halbleib*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1131 ff., 1133.

hat, zusammen mit anderen Entwicklungen der Legal Tech, langfristig womöglich massive Auswirkungen auf die Arbeit von Juristen, denn es fallen immer weniger repetitive Arbeiten an.¹²² Legal Tech Anwendungen im Nutzungsfeld von Anwälten und beratenden Kanzleien können aber beispielsweise auch für mehr Chancengleichheit von Verbrauchern bei Massenklagen gegen Unternehmen beitragen, indem sie Wissen von Kanzleien auf Verbraucherseite bündeln und standardisierte Verfahren schaffen, die Kosten senken und so zu gleichen Voraussetzungen der Parteien beitragen.¹²³

Vor allem auf dem US-amerikanischen Markt sind daneben auch an Juristen gerichtete Produkte im Umlauf, die zur Vorhersage von richterlichen Entscheidungen bestimmt sind.¹²⁴ Zweck von Tools wie *Lex Machina*¹²⁵ ist die Kalkulation von Prozessrisiken und die Auswertung möglicher erfolgversprechender Argumente und Prozesshandlungen, also insgesamt die Planung der anwaltlichen Strategie vor Gericht.¹²⁶ In Deutschland steht die Entwicklung prädiktiver Prozessgestaltung im Gegensatz zu dem US-amerikanischen Markt jedoch nicht derart im Fokus der Debatte.¹²⁷

3. Zielgruppe staatliche Verwaltung

Auch die staatliche Verwaltung greift im Rahmen des sogenannten *E-Governments*¹²⁸ bereits partiell auf die Dienste von Dokumenten- und Rechtsgeneratoren zurück.¹²⁹ Die staatliche Entscheidungsautomation geht in rechtlicher Hinsicht auf das *Steuermodernisierungsgesetz* zurück, das 2017 in Kraft trat.¹³⁰ Im Anschluss daran hat der Ge-

¹²²Vgl. *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 105.

¹²³Vgl. *Horacek*, *Rethinking law* 2019/3, 38, 39 f.; *Lampe*, *Rethinking law* 2019/3, 34, 36 f.

¹²⁴Weitere Beispiele bei DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 43.

¹²⁵<https://lexmachina.com/>.

¹²⁶*Frese*, *NJW* 2015, 2090, 2092.

¹²⁷Hierzu *Fiedler/Grupp*, *DB* 2017, 1071, 1076; *Zander*, *AnwBl* 2017, 181, 182.

¹²⁸Die Definition des Begriffs E-Government ist uneinheitlich. Eine frühe Version von *v. Lucke/Reinermann*, in: dies. (Hrsg.), *Electronic Government in Deutschland*, 2002, S. 1 ff., 1 definiert diese als „die Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien.“; weitere Definitionen zusammengefasst bei *Guckelberger*, *VVDStRL*, 78 (2019), 235, 238 ff.; *dies.*, *Öffentliche Verwaltung*, 2019, Rn. 15 ff.

¹²⁹Neben diversen anderen technischen Anwendungen. Ein Überblick solcher Anwendungen beispielsweise bei *Kube*, *VVDStRL*, 78 (2019), 289, 294 ff.; *Christen/Mader* et al., *Wenn Algorithmen für uns entscheiden*, 2020, S. 211 ff.

¹³⁰Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *BGBI.* vom 22.07.2016, S. 1679 ff.; vgl. hierzu mit verfassungsrechtlicher Einordnung *Maier*, *JZ* 2017, 614 ff.

setzgeber mit § 35a VwVfG eine allgemeine Verfahrensnorm zur rechtlichen Ermöglichung der Entscheidungsautomation in der Verwaltung geschaffen.¹³¹ Nach dieser Norm können Verwaltungsakte vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, wenn dies gesetzlich bestimmt ist. Dies gilt jedoch bislang nicht, wenn ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum gegeben ist. § 24 Abs. 1 S. 2 VwVfG stellt zudem klar, dass von der Behörde sichergestellt werden muss, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten auch beim Einsatz automatisierter Einrichtungen berücksichtigt werden können.

Besonders weit entwickelte Möglichkeiten des Einsatzes automatischer Einrichtungen existieren mit § 155 Abs. 4 S. 1 AO für die Steuerverwaltung, die als Vorreiterin staatlicher Entscheidungsautomation gelten kann.¹³² Um automatische Entscheidungen dort zu ermöglichen, sind digital erfasste Informationen erforderlich. Zur Bearbeitung und Erstellung automatischer Steuerbescheide dient beispielsweise die Steuersoftware *ELSTER*,¹³³ die mithilfe von Formulareingabefeldern die automatische Generierung von Steuererklärungen ermöglicht und auch die weitere digitale Bearbeitung durch die Behörde vereinfacht.¹³⁴

Im sozialrechtlichen Verfahren sind automatisierte Verwaltungsakte ebenfalls bereits durch § 31a SGB X legitimiert. Anwendungsbeispiele könnten sich in Fällen mit einfacher Struktur, wie der Verlängerung von Parkausweisen für Behinderte, der BAföG-Prüfung oder der Fahrzeugzulassung finden.¹³⁵ Zuletzt regulieren §§ 51 Abs. 1 S. 2 und 110 c Abs. 1 OWiG auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten die Möglichkeit eines teilautomatisierten Erlasses von Bußgeldbescheiden. Ziel dieser Art der maschinellen Bearbeitung kann neben der Kostenersparnis auch die Reduzierung von Fehlentscheidungen sein.¹³⁶

Denkt man den Einsatz vollautomatisierter Verwaltungsentscheidungen weiter, könnten die Aufgaben menschlicher Amtswalter letztendlich schwerpunktmäßig mehr und mehr auf die Überwachung und Programmierung dieser Systeme entfallen.¹³⁷ Einige Überlegungen gehen *de lege ferenda* bereits dahin, ob zukünftig mittels Künstli-

¹³¹ Hierzu ausführlich *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 ff.; *dies.*, DÖV 2016, 891 ff.; *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 681 f.; *dies.*, NVwZ-Extra, 36 (2017), 1 ff.; *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 ff.; *Stelkens*, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), Digitalisierung, 2018, S. 81 ff.

¹³² Auch bemerkenswert ist § 88 V S. 1 AO, nach dem eine Risikoprognose ermittelt werden kann anhand derer sich die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen bestimmen lässt.

¹³³ Erreichbar unter elster.de.

¹³⁴ Beispiel nach *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128.

¹³⁵ *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 435, 448 f. m. w. N.

¹³⁶ *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 681; *dies.*, DVBl. 2018, 1128; *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844, 846 f.

¹³⁷ *Guckelberger*, VVDStRL, 78 (2019), 235, 245.

cher Intelligenz auch einige Ermessensentscheidungen automatisiert werden könnten.¹³⁸ Auch wenn diese Möglichkeit aktuell aus rechtlichen und technischen Gründen mehrheitlich eher kritisch betrachtet wird,¹³⁹ zeigt sich hierin eine Tendenz, die auch die Debatte um den Einsatz von Algorithmen in der Rechtsprechung prägt.

III. Nutzungsmöglichkeiten innerhalb des Gerichtsverfahrens

Rechtsgeneratoren können also bislang in mehr oder weniger umfangreicher Weise auf verschiedenen Ebenen des Legal Tech Stufensystems agieren und wirken sich in heutigen Ausprägungen noch recht selten disruptiv aus. Marktreif sind technische Anwendungen, die mit nicht sonderlich komplexen Mitteln mehr oder weniger überzeugende rechtliche Ergebnisse erzielen und dabei rechtliche Entscheidungen nur in Teilbereichen auch inhaltlich unterstützen.

Als Rechtsgeneratoren wurden im vorangegangenen Teil damit diverse Programme verstanden, die aktuell in verschiedenen Bereichen des Rechtssystems zur Lösung oder Vorbereitung rechtlicher Fragestellungen eingesetzt werden können. Sie sind Bestandteile einer Entwicklung, die inhaltliche Einsatzbereiche von Technik im Recht eröffnet.

Diese Dissertation soll sich in der weiteren Analyse aber ausschließlich mit dem zukünftigen Einsatz einer bestimmten entscheidungstreffenden Art von Rechtsgeneratoren namentlich *im gerichtlichen Kontext* befassen, die aktuell (noch) keine praktische Verwendung findet. Um eine Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes von dem allgemeinen Kontext der Rechtsgeneratoren zu ermöglichen, ist daher eine weitere Eingrenzung des Begriffs notwendig.

In der Darstellung potenzieller Einsatzfelder von Rechtsgeneratoren im Gerichtsverfahren kann eine Systematisierung nach *entscheidungstreffendem* und *entscheidungsunterstützendem* Einsatz vorgenommen werden. Also danach, ob ein Mensch entscheidet, der sich dabei (teilweise) auf Informationen eines Rechtsgenerators stützt (reine Entscheidungsunterstützung) oder ob eine Entscheidung durch einen Rechtsgenerator ohne menschliches (also über die Etablierung der abstrakten Entscheidungsgrundlage in Form von Daten oder Programmanweisungen hinausgehendes) Zutun getroffen

¹³⁸Vgl. *Stelkens*, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), *Digitalisierung*, 2018, S. 81 ff., 111 ff.; *Thapa/Parycek*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek (Hrsg.), *(Un)berechenbar?*, 2018, S. 40 ff.; *Guckelberger*, *Öffentliche Verwaltung*, 2019, Rn. 441 f.; *Herold*, *InTeR* 2019, 7 ff.; *dies.*, *Demokratische Legitimation*, 2020, S. 214 ff.

¹³⁹*Martini/Nink*, *NVwZ-Extra*, 36 (2017), 1, 2; *Stegmüller*, *NVwZ* 2018, 353, 357; *Guckelberger*, *VVDStRL*, 78 (2019), 235, 277 f.; *Guggenberger*, *NVwZ* 2019, 844, 848 f.

wird (entscheidungstreffender Einsatz).¹⁴⁰ Die Frage, ob und wie Rechtsgeneratoren Richter ersetzen könnten, ist in diesem Sinne noch einmal zu trennen von der Frage, ob und wie Rechtsgeneratoren richterliche Tätigkeit ergänzen und unterstützen könnten.

1. *Decision Support Systems*

Im Gerichtsverfahren sind zunächst verschiedene Rechtsgeneratoren zur *Entscheidungsvorbereitung oder -unterstützung* denkbar. Entscheidungsunterstützende Algorithmen werden auch als *Decision Support Systems* (DSS) bezeichnet.¹⁴¹

Solche Anwendungen sind zunächst als Vor-Entscheidungs- oder Vor-Urteilsgeneratoren möglich. Hierbei generiert der Algorithmus eine Entscheidung; die Außenwirkung dieser Entscheidung tritt aber erst nach der Freigabe des generierten Ergebnisses durch einen Menschen ein.¹⁴² Rechtsgeneratoren könnten Entscheidungen entweder in ganzen Texten vorformulieren, oder auch als Textbausteine oder in Form eines unbegründeten Endergebnisses präsentieren.¹⁴³

Vorbereitende und unterstützende Rechtsgeneratoren könnten daneben auch in ihrem Einsatz begrenzt werden, so dass sie nur zur Unterstützung einzelner Entscheidungsschritte herangezogen werden können. In diesem Sinne könnten sie eine strukturierende Funktion innehaben und Entscheidungsalternativen aufzeigen, etwa indem sie Daten analysieren und strukturieren. Dies könnte etwa durch technische Produkte geschehen, die vorbereitenden Schritte der Aufbereitung und Strukturierung von Fallinformationen für die Subsumtion durch einen Menschen übernehmen,¹⁴⁴ aber auch, indem Algorithmen den Verfahrensablauf durch die Auswertung von Daten vorangegangener Rechtsanwendung unterstützen.¹⁴⁵ Denkbar ist beispielsweise eine fortgeschrittene Form einer Relationstechnikmaschine, die eine systematisierte Darstellung verschiedener inhaltlicher Entscheidungs- und Abwägungspunkte oder Definitionen automatisiert erstellt, ohne dass diese händisch eingegeben werden müssen.¹⁴⁶

¹⁴⁰Eine ähnliche Unterscheidung u. a. bei *Philipsen/Themeli*, Artificial intelligence in courts, 15.05.2019 (bit.ly/375kvEt) sie unterscheiden zwischen „AI in courts“ und „AI as courts“; siehe auch *Christen/Mader* et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden, 2020, S. 210.

¹⁴¹*Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi); *Welzel/Grosch*, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 26.

¹⁴²Definition nach AI HLEG, A definition of AI, 08.04.2019 (bit.ly/3BQHdOD), S. 3.

¹⁴³*Fries*, NJW 2016, 2860, 2864; *Sourdin/Cornes*, IUS Gentium, 67 (2018), 87, 94 f.

¹⁴⁴*Zwickel*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 192.

¹⁴⁵*Ders.*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 197; *Vogelsang/Krüger*, jM 2019, 398, 402.

¹⁴⁶*Gaier*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, JurPC Web-Dok. 133/2015 (jurpc.de/jurpc/show?id=20150133), Abs. 19; *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864; *Specht*, MMR 2019, 153, 154; *Gaier*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2021, S. 275 ff., 282 f.

In dieser Einsatzvariante würden Menschen mit Rechtsgeneratoren also in einem kooperativen Verhältnis zusammenarbeiten. Solche hybriden *Mensch-Maschine-Konstellationen* weisen insbesondere in der Rechtsprechung verfassungsrechtliche Implikationen auf und sind nicht unproblematisch. Zum einen kann die maschinelle Unterstützung die Gefahr einer unabhängigkeitsgefährdenden ungeprüften Übernahme von Entscheidungsvorschlägen durch den menschlichen Richter bergen, die auf einer übertriebenen Datengläubigkeit beruht.¹⁴⁷ Ein wesentlicher Aspekt des Problems ist außerdem die Frage, inwiefern die Bereitschaft des Richters zu einem abweichenden Ergebnis zu gelangen, also die durch das Recht auf rechtliches Gehör abgesicherte Offenheit für Gegenargumente, in dieser Situation noch vorhanden wäre.¹⁴⁸ Käme diese Technologie in der Rechtsprechung, wenn auch nur in unterstützender Funktion, zum Einsatz, wäre es deshalb erforderlich, dass der Entscheidungsfindungsprozess für Systemanwender, konkret also für die Richter,¹⁴⁹ aber auch für die Rechtsunterworfenen,¹⁵⁰ in angemessenem Maße nachvollziehbar gemacht werden könnte.¹⁵¹ Die Arbeitsweise muss transparent bleiben, denn ist das System nicht offengelegt, könnte durch die Vorstrukturierung von Erwägungspunkten ein Einfluss auf Richter entstehen, der die verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze in besonderem Maße gefährdet.¹⁵² Im Ergebnis

¹⁴⁷Siehe bereits *Harris*, *Villanova Law Review*, 12 (1967), 272, 310; später etwa *Enders*, JA 2018, 721, 723; *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 15 ff., 45 f. mit Verweis auf *Haft*, *Nutzanwendungen kybernetischer Systeme im Recht*, 1968, S. 116; *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982, 985; *Rollberg*, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 98, 100 gibt zu bedenken, dass ein Richter auch nicht freiwillig auf seine Unabhängigkeit verzichten dürfe; weiterhin zu diesem Thema *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 175; DAV, *Stellungnahme Nr.: 40/2020*, Juni 2020, Rn. 34; *Krimphove/Niehaus*, in: *Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech*, 2021, S. 356 ff., 369.

¹⁴⁸*Enders*, JA 2018, 721, 723; *Rollberg*, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 144 f.

¹⁴⁹Vgl. speziell hierzu *Länderarbeitsgruppe Legal Tech*, *Abschlussbericht*, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 56.

¹⁵⁰Zur Transparenz staatlichen Handelns gegenüber Bürgerinnen und Bürgern stellte der saarländische Verfassungsgerichtshof jüngst sehr anschaulich und durchaus verallgemeinerungswürdig klar: „Staatliches Handeln darf, so gering belastend es im Einzelfall sein mag und so sehr ein Bedarf an routinisierten Entscheidungsprozessen besteht, in einem freiheitlichen Rechtsstaat für die Bürgerin und den Bürger nicht undurchschaubar sein; eine Verweisung darauf, dass alles schon seine Richtigkeit habe, würde ihn zum unmündigen Objekt staatlicher Verfügbarkeit machen.“, *VerfGH des Saarlandes*, *Urt. v. 05.07.2019*, NJW, 2019, 2456, Rn. 47.

¹⁵¹Ähnlich auch *v. Büнау*, LR 2018, 98; *Zwickel*, in: *Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 179 ff., 194; *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 97 ff., 118 ff.; CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 12; *Länderarbeitsgruppe Legal Tech*, *Abschlussbericht*, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 68.

¹⁵²Hierzu *Specht*, MMR 2019, 153, 157; vgl. jedoch *Waldhoff*, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 59 ff., 62, der hierin zwar ein faktisches Phänomen aber kein Rechtsproblem sieht, solange keine Verbindlichkeit besteht.

wird die algorithmische Entscheidungsunterstützung aber von der Mehrheit der Autoren in bestimmten Grenzen für zulässig gehalten.¹⁵³ Sie wurde in wissenschaftlichen Beiträgen auch aus verfassungsrechtlicher Sicht untersucht.¹⁵⁴

2. *Algorithmic Decision-Making*

Die intensivere und noch umstrittenere Möglichkeit, einen Rechtsgenerator einzusetzen, wäre es, diesem die Entscheidung gänzlich zu überlassen, also dem Algorithmus eine entscheidungstragende Position in Form eines *Algorithmic Decision-Making* (ADM)¹⁵⁵ zu übertragen. Eine algorithmische Entscheidung könnte beispielsweise in den bekannten Formen des Urteils, des Beschlusses oder einer Verfügung vorliegen. Umfasst können nicht nur verfahrensabschließende Entscheidungen, sondern im Sinne eines prozessualen Entscheidungsbegriffs auch alle weiteren richterlichen Entscheidungen innerhalb des Verfahrens sein. In Anlehnung an einen bereits bei *Kilian* verwendeten ähnlichen Maßstab können daher auch Entscheidungen von Teil- oder Vorfragen als Anwendungsbeispiele entscheidungstreffender Rechtsgeneratoren betrachtet werden.¹⁵⁶

Ein Rechtsgenerator, der eine solche Entscheidung träge, könnte die richterliche (menschliche) Entscheidung theoretisch bis zu einem gewissen Grad ersetzen und möglicherweise sogar Rechtswirkung nach außen erzeugen.¹⁵⁷ Vor dem Hintergrund, dass noch zu klären bleibt, ob Wertungen von Maschinen eigenständig erzeugt werden können, scheint es sinnvoll, sich von Beginn an nicht auf die Einsatzbereiche fortschrittlicher Legal Robots zu beschränken. Umfasst sein können sowohl Programme, durch die eine – noch näher zu untersuchende – „selbstständige“ Rechtsprüfung erfolgen könnte als auch solche, die eine rechtliche Einschätzung erzeugen, ohne in der Lage zu sein, den Subsumtionsvorgang eigenständig nachzubilden. Maßgeblich ist allein, dass in einer konkreten Entscheidungssituation keine neuerliche individuelle Entscheidung durch

¹⁵³Enders, JA 2018, 721, 723; Martini/Nink, DVBl. 2018, 1128, 1137; JuMiKo, Beschluss TOP I.11., 05.-06.06.2019 (justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2019/Fruhejahrskonferenz_2019/index.php); Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 55 f.; kritischer sieht dies die Datenethikkommission, die auch unverbindliche Entscheidungsvorschläge wegen einer geringen Bereitschaft zu abweichenden Entscheidungen, für hoch problematisch hält, Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 213.

¹⁵⁴Zuletzt Rollberg, Algorithmen in der Justiz, 2020.

¹⁵⁵Zum Begriff *Kraft/Zweig*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek (Hrsg.), (Un)berechenbar?, 2018, S. 471 ff., 472; *Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 12; Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 11, 17.

¹⁵⁶Ähnlich *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 12; 111 f.

¹⁵⁷Ob diese Wirkung verbindlicher Natur sein kann, ist eine Frage der später erfolgenden rechtlichen Wertung. Siehe Kap. 5.

einen Menschen getroffen werden müsste, sondern Menschen die konkrete Entscheidung allenfalls durch gewisse Voreinstellungen determinieren müssten. Neben streitigen Entscheidungen sind auch nicht streitige Strategien zur Konfliktbewältigung als Form algorithmischer Entscheidungen vorstellbar.¹⁵⁸ Auch durch Rechtsgeneratoren eingebrachte Schlichtungs- und Vergleichsoptionen, die der Verfahrensbeendigung dienen sollen, sind in die Untersuchung miteinzubeziehen.

C. Entscheidungstreffende Rechtsgeneratoren

Im Folgenden wird diese Arbeit ihren Untersuchungshorizont also auf diese *entscheidungstreffenden* Rechtsgeneratoren in Richterfunktion beschränken. Im Verständnis dieser Arbeit sollen Rechtsgeneratoren damit als technische Einrichtungen verstanden werden, die im Gerichtsverfahren eingesetzt werden könnten und einen engen Bezug zur gerichtlichen Entscheidung aufweisen. Dieser Bezug soll dadurch gekennzeichnet sein, dass sie eine ursprünglich menschlich-richterliche Entscheidung anhand rechtlicher Maßstäbe treffen. Die hier untersuchten Rechtsgeneratoren sollen innerhalb eines Gerichtsverfahrens also der auf der Rechtsanwendung beruhenden richterlichen Entscheidungsfindung dienen. Rechtsgeneratoren im Sinne der vorliegenden Arbeit würden demnach Ergebnisse, die rechtliche Fragen im Kontext des Gerichtsverfahrens beantworten, selbstständig erzeugen. Sachlich sollen Rechtsgeneratoren mit unmittelbarem Bezug zum Gerichtsverfahren – schwerpunktmäßig anhand von Anwendungsbeispielen aus dem Zivilprozess – näher betrachtet werden.

I. Relevanz der Fragestellung

Die verfassungsrechtlichen Implikationen dieser Technologie wurden, anders als diejenigen der entscheidungsunterstützenden Variante, bislang nicht als Kernaspekt einer breit angelegten verfassungsrechtlichen Untersuchung thematisiert. Angesichts möglicher immenser Auswirkungen auf das Rechtssystem ist es jedoch besonders wichtig, gezielt in der deutschen Verfassung auf die Suche nach Antworten auf die zukünftigen Fragen nach Chancen und Grenzen dieser Technologien zu gehen. Insbesondere der Frage nach dem Eigenwert menschlicher Rechtsprechungstätigkeit, die sich besonders deutlich dort abzeichnet, wo Algorithmen menschliche Entscheider nicht nur unterstützen, sondern ersetzen sollen, ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive noch nicht hinreichend nachgegangen worden. Dies ist aber besonders dann dringend erforderlich, wenn man den geschilderten disruptiven Entwicklungen kritisch gegenübersteht.

¹⁵⁸Siehe Kap. 3, A, II, 5.

Denn ist eine disruptive Technologie erst zur Einsatzreife gereift, können Bedenken gegen ihren Einsatz, die sich nicht auch anhand handfester Ansatzpunkte wie den materiell verfassungsrechtlichen Vorschriften begründen lassen, im Zweifel nicht mehr in ein wirkungsvolles Regulierungsregime übersetzt werden. Auf der anderen Seite ist aber auch der Frage der in Zusammenhang mit der deutschen Verfassung stehenden Chancen, die eine Anwendung von Rechtsgeneratoren in entscheidungstreffender Position in Gerichtsverfahren eröffnen könnten, zwar vereinzelt, jedoch noch nicht umfänglich nachgegangen worden.

Zwar sind aktuelle Entwicklungen im Legal Tech Sektor von einer selbstständigen Entscheidungstätigkeit durch Algorithmen noch relativ weit entfernt. Entwicklungen dieser Tragweite in der Wissenschaft müssen Recht und Politik jedoch auch immer ein Stück weit vorweggreifen, um diese rechtzeitig und wirkungsvoll reglementieren zu können. Es sollte daher auch und gerade für Themen, die ungewisse zukünftige Entwicklungen betreffen, niemals Denkverbote geben. Ein bekanntes Beispiel für diese Herangehensweise an Regulierung bietet die Humangenetik.¹⁵⁹ Zwar mag der Einsatz von mit Künstlicher Intelligenz ausgestatteten Rechtsgeneratoren bei komplexen juristischen Wertentscheidungen von der zukünftigen technischen Entwicklung abhängen,¹⁶⁰ aber auch bei weniger komplexen juristischen Entscheidungen stellen sich bereits bedeutsame verfassungsrechtliche Fragestellungen, die der Beantwortung bedürfen.

Wenn der technische Fortschritt außerdem in gleicher Geschwindigkeit voranschreitet, wie in den vergangenen dreißig Jahren, und vom Gegenteil kann nicht ausgegangen werden, wird sich das deutsche Rechtssystem auch in einer umfassenderen Hinsicht konkreten Fragen stellen müssen.¹⁶¹

¹⁵⁹ Hierzu siehe *Vöneky*, in: Messner/Meyer et al. (Hrsg.), Deutschland und die Welt 2030, 2018, S. 265 ff.

¹⁶⁰ So *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535, 538; *Kaulartz*, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0, 2017, S. 599 ff., 602; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 241.

¹⁶¹ Hierzu *Frese*, NJW 2015, 2090, „So kann das Argument der „Komplexität“ des deutschen Rechts zumindest teilweise entkräftet werden, indem die grundlegenden Zusammenhänge zwischen der digitalen Entwicklung und künstlich intelligenten Programmen aufgezeigt werden. Denn allein die gewaltige Entwicklung der Digitalisierung in den letzten Jahren lässt erwarten, dass es in der Zukunft auch zu einer Art „Digitalisierung des Rechts“ – verstanden als Digitalisierung des Umgangs mit Recht – kommen wird. Die nähere Betrachtung dessen, wozu Computerprogramme heute in der Lage sind, legt den Schluss nahe, dass einige Tätigkeiten, die heute von Juristen erledigt werden, in Zukunft von Computern übernommen werden, die über künstliche Intelligenz verfügen. Die Frage ist allein, wie grundlegend diese Veränderungen sein werden.“

Dann sollte ein Fundament für ihre Beantwortung bereitstehen.¹⁶² In der *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment* von 2019 heißt es hierzu sehr anschaulich: „In this dynamic context, it seems essential, firstly, not to make hasty decisions and to take time to debate in advance the risks and practical applications of these instruments for judicial systems.“¹⁶³ Auch die *Deutsche Bundesregierung* schreibt in ihrem *Strategiepapier zur Künstlichen Intelligenz*, dass es für die Anwendung von KI in „sensiblen Lebensbereichen“ wichtig sei „zukünftige Entwicklungen mitsamt Chancen und Risiken soweit es geht zu antizipieren.“¹⁶⁴ Diesem Gedanken möchte sich diese Arbeit anschließen. Einer Kritik, dass es verfrüht erscheinen könnte, verfassungsrechtliche Fragen zu stellen, bevor das zu untersuchende Phänomen vollumfänglich gesellschaftliche Realität zu werden vermag,¹⁶⁵ kann daher entgegnet werden, dass heute schon ein Trend zur Verwendung von Rechtsgeneratoren unter dem Oberbegriff der Legal Tech erkennbar ist, dessen zukünftige Ausmaße wir nicht vorhersehen können.

II. Forschungsstand

Bevor mit der eigentlichen Untersuchung begonnen werden kann, ist zum Abschluss dieses Kapitels durch Auswertung ausgewählter Quellen noch ein Überblick über die bereits bestehende Forschungslage in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand der entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in richterlicher Position zu gewähren. Ziel dieser kurzgefassten Darstellung soll es sein, eine strukturierte Vorschau auf die hergebrachten Argumentationsstrukturen zu bieten, um diese an späterer Stelle wieder aufgreifen und vertieft darstellen und ergänzen zu können.

1. Unfähigkeit zur juristischen Subsumtion

Betrachtet man die rechtswissenschaftliche Diskussion, die sich im Kern mit der übergeordneten Frage der Möglichkeit von Maschinen in Richterfunktion beschäftigt, scheint es eine häufig vertretene Auffassung zu sein, dass ein Gerichtsverfahren durch einen nicht-menschlichen Richter nicht *möglich* sei. Dies wird oft mit der Unfähigkeit eines intelligenten Systems zur vollumfänglichen juristischen Subsumtion und Denkweise begründet. So sei es Maschinen unmöglich, mit rechtsdogmatischen Problemen

¹⁶²Sich für eine entwicklungs offene Forschung aussprechend auch *Henkes*, Rethinking law 2019/1, 55, 58 f.

¹⁶³CEPEJ, European ethical Charter, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 59.

¹⁶⁴O.A., Strategie Künstliche Intelligenz, Nov. 2018 (bmbf.de/files/Nationale_KI-Strategie.pdf), S. 4.

¹⁶⁵*Marcel Burr* will sich beispielsweise an „Spekulationen“ nicht beteiligen, *Burr*, BB 2018, 476 ff.

umzugehen oder Rechtsfortbildungen zu betreiben.¹⁶⁶ Diesem Gedankengang liegt eine fundamentale rechtstheoretische Überlegung zugrunde; schon früh wurde festgestellt, dass ein Richter kein Rechts- oder Subsumtionsautomat¹⁶⁷ sei, in welchen man, wie es einst *Max Weber* vorschlug „oben den Tatbestand nebst Kosten einwirft, auf daß er unten das Urteil nebst Gründen ausspeie.“¹⁶⁸ Die Subsumtion sei hingegen, so hielt es *Engisch*, ein komplexer Vorgang des „Hin- und Herwandern[s] des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“¹⁶⁹, den eine Maschine nur schwerlich nachbilden könne.¹⁷⁰

Trotz dieser methodischen Prämisse erfolgte allerdings bereits ab Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts eine intensive Auseinandersetzung mit dem Themenfeld der juristischen Informatik¹⁷¹ und Entscheidungsautomation,¹⁷² in der vereinzelt auch gesellschaftspolitische Aspekte der Subsumtionsautomation behandelt wurden.¹⁷³ Häufig stand das Verwaltungsverfahren als Anwendungsbeispiel automatisierter juristischer Entscheidungen im Vordergrund.¹⁷⁴ Weitergehende methodologische Untersuchungen der richterlichen Rechtsfindung und ihrer Automatisierbarkeit nahmen dann in den 1970er Jahren insbesondere *Wolfgang Kilian*¹⁷⁵ und *Harald Bürck*¹⁷⁶ vor. Beide

¹⁶⁶ *Kaufmann* beklagte beispielsweise die Gefahr eines starren Mechanismus der „ewigen Wiederkehr des Gleichen“, da nur durch Menschen „Billigkeit“ in das Recht integriert werden könne, *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 122; vgl. zu weiteren Aspekten auch *Hill*, in: Hof/Götz v. Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz, 2012, S. 334 ff., 342; *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.; *Buchholtz*, JuS 2017, 955 ff.; *Burr*, BB 2018, 476 ff.; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.

¹⁶⁷ Aus rechtshistorischer Perspektive hierzu *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; siehe auch *Haft*, in: Hoppe (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1992, S. 589 ff., 589; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, ¹²2021, S. 92 f.

¹⁶⁸ So noch *Weber*, Rechtssoziologie 1926 (Nachdruck 1960), S. 281.

¹⁶⁹ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, ³1963, S. 15.

¹⁷⁰ So auch *Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1097; *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 958.

¹⁷¹ *Haft*, Nutzenwendungen kybernetischer Systeme im Recht, 1968; *Steinmüller*, JR 1971, 1 ff.; *Bund*, Informatik und Recht 1988, 273 ff.

¹⁷² *Fiedler*, JZ 1966, 689 ff.; *Simitis*, Automation in der Rechtsordnung, 1967; *Fiedler*, JuS 1970, 432 ff.; *ders.*, JuS 1970, 603 ff.; *Raisch*, JZ 1970, 433 ff.; *Fiedler*, JuS 1971, 67 ff.; *ders.*, JuS 1971, 228 ff.; *Keltsch*, DSWR 1985, 41 ff.; *Goebel/Schmalz*, CR 1986, 510 ff.

¹⁷³ Vgl. insb. *Wieacker*, in: Bettermann/Zeuner (Hrsg.), FS Bötticher, 1969, S. 383 ff., 397 ff.

¹⁷⁴ Vgl. insb. *Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959; *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964; *Fiedler*, JuS 1970, 552 ff.; 1971 verfasste *Fiedler* jedoch auch einen Aufsatz zum Thema „Datenverarbeitung als Hilfsmittel für Gesetzgeber und Rechtspflege“ (JuS 1971, 67 ff.). Er sah für Technik zu diesem Zeitpunkt jedoch vorwiegend (heute größtenteils selbstverständlich erscheinende) Hilfsfunktionen vor; *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, ²1997, er hielt schon damals (S. 73) Ermessensentscheidungen für automatisierbar, wenn sie häufig genug vorliegen; aus aktueller Perspektive *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 405 ff. mit Zusammenfassung älterer Ansätze (Rn. 411 ff.).

¹⁷⁵ *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974.

¹⁷⁶ *Bürck*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974.

kamen zu dem Ergebnis, dass eine Vollautomatisierung der richterlichen Entscheidungsfindung unmöglich sei.¹⁷⁷ In seinem Werk „Computergestützte Rechtssysteme“ von 1994 ist *Stephan Ring*, obwohl er zu dem gleichen Befund gelangt, hinsichtlich der theoretischen Machbarkeit optimistischer und hält neuronale Netze für zukünftig ausschlaggebend.¹⁷⁸ Zurzeit sei es jedoch noch nicht möglich, Vollständigkeit und Richtigkeit der Ergebnisse zu garantieren.¹⁷⁹

Auch aktuell wird über die Frage der Automatisierbarkeit juristischer Entscheidungen in und außerhalb des Gerichtes diskutiert.¹⁸⁰ Aus dem Problem der semantischen Unmöglichkeit der Formalisierung der Sprache folgt für *Gabriele Buchholtz* etwa, dass Legal Tech nur da nutzbar gemacht werden könne, wo dogmatische Arbeit nicht erforderlich sei.¹⁸¹ *Kyriakos Kotsoglou* spricht sogar von einem „Kategorienfehler“.¹⁸² Letztlich wird auch das Argument angeführt, dass es Maschinen an der für die Richtertätigkeit notwendigen emotionalen Intelligenz und Empathie fehle¹⁸³ und es wird beklagt, dass bei der Maschine das erforderliche Erfahrungswissen ausfalle¹⁸⁴. *Stephan Deyer* und *Johannes Schmees* sehen entscheidende Hindernisse außerdem insbesondere im Fehlen ausreichender Trainingsdaten von hinreichender Qualität.¹⁸⁵

Grundsätzliche Machbarkeitseinwände wie diese waren vermutlich auch Anlass dafür, dass auch die *Bundesregierung* 2018 im Zuge einer Kleinen Anfrage mehrerer Abgeordneter der FDP zum Thema Künstliche Intelligenz auf die Frage nach einem Rechtsrahmen für die Anwendung von KI in der Rechtsprechung noch „keine Anhaltspunkte dafür [sah] [...], dass „autonom handelnde, aber humanistisch trainierte Algorithmen“ derzeit oder künftig bei der Entscheidungsfindung staatlicher Gerichte zum Einsatz kommen könnten.“¹⁸⁶

¹⁷⁷ *Ders.*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 312; *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 297.

¹⁷⁸ *Ring*, Computergestützte Rechtssysteme, 1994, S. 176.

¹⁷⁹ *Ders.*, Computergestützte Rechtssysteme, 1994, S. 175 f.

¹⁸⁰ U. a. *Engel* (nun *Fries*), JZ 2014, 1096 ff.; *Buchholtz*, JuS 2017, 955 ff.; *Burr*, BB 2018, 476 ff.; *Fries*, RW 2018, 414 ff.; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff.; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff.; *Grupp/Bues*, Rethinking law 2019/2, 19 ff.; *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 170.

¹⁸¹ *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 958 f.

¹⁸² Da Recht vom Rechtsanwender nicht nur angewendet, sondern auch gesetzt werde, müsse der „Subsumtionsautomat“ als Input seinen eigenen Output verwenden, *Kotsoglou*, JZ 2014, 451, 455 f.

¹⁸³ *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; *Schwintowski*, Rethinking law 2020/1, 54, 56.

¹⁸⁴ *Wolf*, in: Graul/Wolf (Hrsg.), GS Meurer, 2002, S. 665 ff., 678.

¹⁸⁵ *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.

¹⁸⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/3714, 03.08.2018, Rn. 16.

2. Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit

Diverse Autoren begründen ihre kritische Haltung statt oder ergänzend zu der fehlenden theoretischen und technischen Machbarkeit auch damit, dass man Maschinen (selbst wenn sie technisch zur Entscheidungsfindung in der Lage wären) Entscheidungen, die Menschen betreffen, nicht überlassen *sollte*,¹⁸⁷ also letztlich damit, dass es normativ-rechtlich unzulässig sei oder zumindest sein sollte, den Menschen auf der Richterbank durch eine Maschine zu ersetzen.¹⁸⁸ *Hermann Hill* verbindet die beiden vorgenannten Aspekte der Unmöglichkeit und Unzulässigkeit und fasst zusammen: Da nur Menschen abwägen, gewichten und verantwortlich entscheiden könnten, sei eine Aufnahme eines Anspruchs „auf den menschlichen Richter“ in das Grundgesetz unnötig.¹⁸⁹

Einen Ansatz mit Schwerpunkt in der Unzulässigkeit verfolgt etwa auch *Luis Greco*. Er lehnt es ab, mit einer technischen Unmöglichkeit zu argumentieren.¹⁹⁰ Aus seiner Sicht sei das eigentliche Problem, dass es Roboter-Richtern unmöglich sei, Verantwortung für ihre Entscheidungen zu übernehmen.¹⁹¹

Zur verfassungsrechtlichen Bewertung der Problematik aus deutscher Sicht äußerte sich jedoch bis vor Kurzem kaum ein Autor umfassend.¹⁹² *Peter Enders* gab unter anderem zu bedenken, dass es bei der richterlichen Entscheidungsvorbereitung durch nicht-menschliche Akteure Berührungspunkte mit Art. 101 Abs. 1 S. 2; 103 Abs. 1 und 97 Abs. 1 GG geben könnte.¹⁹³ Er bot jedoch zu den möglichen verfassungsrechtlichen Fragestellungen in seinem Aufsatz nur Denkanstöße, ohne eine ausführliche Erörterung vorzunehmen.¹⁹⁴ In der Kommentarliteratur wurde die Problematik meist nicht oder nur am Rande in einer selbstverständlichen Gleichsetzung von Richtern und Personen thematisiert. Es wurde unter anderem auf einen stark personalen Charakter der

¹⁸⁷ Diese wichtige Unterscheidung zwischen Können und Sollen findet sich bereits bei *Weizenbaum*, *Die Macht der Computer*, 81990, S. 299 f. siehe auch bereits S. 10, 28; ebenfalls aufgegriffen wurde dies durch *Mainzer*, *Computer*, 1994, S. 804; *Greco*, RW 2020, 29 ff.

¹⁸⁸ U. a. *Enders*, JA 2018, 721, 723; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240 dieser jedoch mit Blick auf einen möglichen Wandel; mit Verweis auf Art. 6 EMRK *Ulenaers*, *Asian Journal of Law and Economics*, 11 (2020), 1, 19 ff.; siehe außerdem *Duve/Zollitsch*, *Spricht der Mensch oder der Algorithmus Recht*, 02.09.2020 (bit.ly/3lz7eN2).

¹⁸⁹ *Hill*, in: Hof/Götz v. Olenhusen (Hrsg.), *Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz*, 2012, S. 334 ff.

¹⁹⁰ *Greco*, RW 2020, 29, 32 ff.

¹⁹¹ *Ders.*, RW 2020, 29, 48 ff.

¹⁹² Sehr allgemein äußern sich beispielsweise *Jakob Nicolai* und *Jill Wölber*, die für ihre Vision einer „zukunfts-offenen Justiz“ den Einsatz von Algorithmen zur gerichtlichen Entscheidungsfindung wegen „verfassungsrechtlicher Bedenken“ ausschließen, *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 231.

¹⁹³ *Enders*, JA 2018, 721, 723.

¹⁹⁴ *Ders.*, JA 2018, 721, 723 f.

rechtsprechenden Gewalt verwiesen, in Art. 92 Hs. 1 GG sei sie Richtern und damit (selbstverständlich) Personen übertragen.¹⁹⁵

Auch in einem 2019 erschienenen Bericht der *Länderarbeitsgruppe Legal Tech* wird ausgeführt, dass die rechtsprechende Tätigkeit nach Art. 92 GG natürlichen Personen obliege, da dies vom Verfassungsgeber als „selbstverständlich vorausgesetzt“ worden sei.¹⁹⁶ Ähnliche Ausführungen finden sich auch in einem Gutachten der *Datenethikkommission der Bundesregierung* von 2019.¹⁹⁷ Die Kommission hält algorithmische Systeme in der Rechtsprechung nur in Randbereichen für zulässig, da das Urteil in einem streitigen Verfahren „im Namen des Volkes“ durch einen Menschen gefällt werden müsse.¹⁹⁸ Zuletzt nahm auch der *Deutsche Anwaltverein* zu Fragen der Automatisierung richterlicher Entscheidungen Stellung und verwarf den Ansatz insbesondere mit dem Verweis auf Art. 47 GRC.¹⁹⁹

In letzter Zeit sind darüberhinaus auch ausführlichere Versuche der verfassungsrechtlichen Verortung zu verzeichnen: In einer Dissertation aus dem Jahre 2012 wirft *Miriam Ballhausen* etwa die Frage nach den (verfassungs-)rechtlichen Grenzen des IT-Einsatzes in der Justiz auf und gelangt zu dem Ergebnis, dass eine letztverbindliche Entscheidung unter Zuhilfenahme der Informationstechnologie gegen Art. 92 und 97 Abs. 1 GG verstieße.²⁰⁰ Diesen Befund begründet sie im Wesentlichen damit, dass es Maschinen an „sozialer Phantasie“ mangle, der es bedürfe, da eindeutige Fallgestaltungen und objektive Regeln im Gerichtsverfahren die Ausnahme seien.²⁰¹ Für sie steht einer Arbeitsübernahme durch Technik aber auch ein allgemeines rechtskulturelles Verständnis der Justiz entgegen, das sich in den Dienst der Gerechtigkeit und nicht allein der Effizienz stelle.²⁰²

¹⁹⁵Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 39; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 101 Rn. 6; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*ders.*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 33.

¹⁹⁶Allerdings ließe sich daraus keine Aussage darüber entnehmen, wann rechtsprechende Tätigkeit vorliege und ob Algorithmen als Entscheidungshilfe herangezogen werden dürften, siehe Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), 54 f.; hiergegen *Greco*, RW 2020, 29, 47.

¹⁹⁷Vgl. Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq).

¹⁹⁸*Dies.*, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 213.

¹⁹⁹DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 24 ff., daher dürften gerichtliche Entscheidungen „niemals vollständig automatisiert werden.“ (Rn. 6).

²⁰⁰*Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 83 ff.; ähnlich auch *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136.

²⁰¹*Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 84 f.

²⁰²*Dies.*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 44.

Zuletzt warfen zwei neuere Dissertationen von *Christoph Rollberg* und *David Nink* einen näheren verfassungsrechtlichen Blick auf den Einsatz von Algorithmen in gerichtlichen Entscheidungssituationen.²⁰³ Die Arbeit *Rollbergs* fokussiert sich dabei auf eine Untersuchung der Unterstützung menschlicher Entscheidungen²⁰⁴ durch Technik und thematisiert die in diesem Zusammenhang anfallenden Verfassungsfragen, die unter anderem Vorzeichen stehen als die Fragen entscheidungstreffender Algorithmen, ausführlich.²⁰⁵ Die Arbeit *Ninks* widmet sich dem Phänomen mit deutlicher Schwerpunktsetzung auf der Frage nach der Möglichkeit einer Überwindung menschlicher Schwächen bei der richterlichen Entscheidungsfindung.²⁰⁶ Die verfassungsrechtliche Begründung mit der *Nink* im Ergebnis die Richtereigenschaft eines Algorithmus verwirft, weist eine andere Schwerpunktsetzung als die hier gewählte Herangehensweise auf. Aspekte zur Unabhängigkeit oder Gesetzesbindung eines entscheidungstreffenden Algorithmus werden durch ihn nicht schwerpunktmäßig thematisiert, ausführlicher werden diese als Gesichtspunkte einer Entscheidungsunterstützung aufgegriffen.²⁰⁷

3. Potenziale und Grenzen

In diesen und ähnlichen Veröffentlichungen wird zum Teil auch eine vermittelnde Lösung gesucht und der Versuch gewagt, die Potenziale und Grenzen des Einsatzes von Rechtsgeneratoren bei der Rechtsprüfung im Gerichtsverfahren sowie ihre technischen Voraussetzungen auszuloten²⁰⁸. Der These von der Unmöglichkeit technischer Rechtsanwendung tritt eine wachsende Gegenansicht entgegen, die die Unnachahmbarkeit auch schwieriger juristischer Entscheidungen anzweifelt²⁰⁹ und die Vorteile

²⁰³ *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 85 ff.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 260 ff.; siehe weiterhin *Wabedi*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Automatisierung der Justiz, 2021. Die letztgenannte Arbeit enthält jedoch keine hier verwertbaren Erkenntnisse in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Fragestellungen, da sich die Ausführungen hierzu auf Art. 79 Abs. 3 begrenzen (siehe S. 225 ff.).

²⁰⁴ Hierunter fasst er zwar augenscheinlich neben dem Einsatz von Legal Tech als Hilfswerkzeug (S. 135) auch die Übertragung von Entscheidungskompetenz durch die Gerichte auf Algorithmen, er untersucht aber anders als hier nicht im engeren Sinne, ob Algorithmen Gerichte ersetzen könnten, vgl. *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 100, 137.

²⁰⁵ Er lehnt nicht-menschliche Richter unter Verweis auf eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit ab *ders.*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 88.

²⁰⁶ *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 28 ff., diesem Aspekt widmet sich der gesamte erste Abschnitt der Arbeit.

²⁰⁷ Vgl. *ders.*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 288 ff. Zu der für *Nink* wesentlichen richterlichen Rechtsgelehrtheit siehe Kap. 5, B, 1.

²⁰⁸ Mit dieser Schwerpunktsetzung *Heil*, IT-Anwendungen im Zivilprozess, 2020, S. 21 ff.; *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281 ff.

²⁰⁹ Unter anderem *Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77 ff.; *Beck*, DÖV 2019, 648, 649; *Greco*, RW 2020, 29, 32 ff.

technischer Arbeitsweisen nutzen möchte. Konkret auf die Rechtsanwendung durch Richter bezugnehmend, plädierte *Hans Jürgen Brinkmann* bereits 1993 für eine weitgehende Automatisierung von Entscheidungen in gerichtlichen Massenverfahren.²¹⁰

Auch aktuell gibt es zahlreiche Literaturstimmen, die sich mit Möglichkeiten einer automatisierten Rechtsanwendung auseinandersetzen. *Benedikt Quarch* und *Johanna Hähnle* sehen in der Automatisierung einfacher und standardisierter Gerichtsentscheidungen durch den Einsatz von „robo judges“ beispielsweise eine Chance.²¹¹ *Wolfgang Beck* hält es nur noch für eine Frage der Zeit, bis Algorithmen auch für uneindeutige und unbestimmte Rechtsnormen vertretbare Ergebnisse erzeugen können.²¹² *Martin Fries* vertritt die Ansicht, dass eine automatische Rechtsprüfung „nicht alle, aber doch manche juristischen Fragen befriedigend beantworten“ könne.²¹³ Aber auch er will den Einsatz im Gerichtsverfahren auf Aufgaben außerhalb der Rechtserzeugung beschränken.²¹⁴ Er hält automatisiert erstellte Vor-Urteile zumindest für technisch denkbar, die in bestimmten Rechtswirkungen sogar dem klassischen Urteil gleichstehen könnten.²¹⁵ *Albrecht Graevenitz* hält zuletzt zwar fest, dass *de lege lata* künstliche Richter unzulässig seien, stellt jedoch eine Rechtsentwicklung und eine Entwicklung der technischen Möglichkeiten zur Diskussion, die diesen Befund zukünftig ändern könnte.²¹⁶ Aus seiner Sicht sollte aber auch in diesem Fall die Anwendung auf nicht-grundrechtssensible Bereiche beschränkt bleiben.²¹⁷

Es gibt im Zuge dessen auch immer mehr Vorschläge bezüglich der Umsetzung technischer Rechtsanwendung in verschiedenen Bereichen²¹⁸ sowie zahllose Wortmeldungen in der internationalen Presse, die über den denkbaren Einsatz von „Roboterrichtern“ berichten.²¹⁹ Kein Autor fordert dabei vorbehaltlos die restlose Ersetzung von

²¹⁰ *Brinkmann*, DRiZ 1993, 349 ff.

²¹¹ *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1285 f.

²¹² *Beck*, DÖV 2019, 648, 649.

²¹³ *Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1097.

²¹⁴ *Ders.*, JZ 2014, 1096, 1100.

²¹⁵ *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864; *ders.*, RW 2018, 414, 422 ff.

²¹⁶ v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240.

²¹⁷ *Ders.*, ZRP 2018, 238, 241.

²¹⁸ *Raabe/Wacker et al.*, Recht ex machina, 2012; *Al-Abdulkarim/Atkinson/Bench-Capon*, Artif Intell Law, 24 (2016), 1 ff.; *Alschnner/Skougarevskiy*, in: ACM (Hrsg.), Proceedings of the 16th edition of ICAIL, 2017, S. 229 ff.; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Hallbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff.; *Schuster*, Subsumieren und Programmieren, JurPC Web-Dok. 141/2020 (jurpc.de/jurpc/show?id=20200141&q=%3A*); *Schwintowski*, Rethinking law 2020/1, 54, 58 ff.

²¹⁹ *Markou*, Judge KI?, 15.06.2017 (netzpiloten.de/ki-urteilsfindung-gericht/); *Philipsen/Themeli*, Artificial intelligence in courts, 15.05.2019 (bit.ly/375kvEt); *Oebmer*, Robot judge, 07.08.2019 (hiig.de/en/robot-judge-verdict-in-the-name-of-the-algorithm/); *Jajal*, Will AI Ever Enter the Courtroom?, 06.08.2020 (medium.com/mapping-out-2050/will-ai-ever-enter-the-courtroom-

Richtern durch Maschinen. *Axel Adrian* beispielsweise hält den „Richterautomaten“ zwar für möglich, will mit seiner Methode aber Richter nur simulieren, nicht substituieren.²²⁰

Mit Blick ins Ausland zeigt sich unter anderem in den USA, dem Ursprungsland der KI-Forschung, eine differenzierte Beschäftigung mit Aspekten der Kernfrage des Eigenwerts menschlicher Gerichtsentscheidung.²²¹ Schon 1967 und 1977 erschienen dort ein Aufsatz²²² und ein Arbeitspapier,²²³ in denen über die Vor- und Nachteile der aus damaliger Sicht sicherlich noch sehr abstrakten Möglichkeit der Verdrängung von Richtern durch Computer diskutiert wurde. Aber auch außerhalb der USA ist das Thema schon länger im allgemeinen Diskurs angekommen.²²⁴ In der aktuellen Literatur erörtern in einem 2018 erschienenen Aufsatz mit dem treffenden Titel „*Do Judges need to be Human?*“²²⁵ beispielsweise *Tania Sourdin* und *Richard Cornes* von der University of Newcastle, welche Auswirkungen KI-gestützte Anwendungen auf die Rolle des Gerichts haben könnten. *Sourdin* beschäftigt sich auch in einem weiteren Aufsatz damit, ob es Aspekte in der richterlichen Tätigkeit gibt, die sicherstellen, dass diese in menschlicher Hand bleibt.²²⁶ Zu diesen Faktoren gehören für sie die menschliche Intuition und die sozialen Aspekte einer Entscheidung.²²⁷ Ihre Prognose ist, dass es einen rapiden Wandel in der Rechtsprechung geben werde, aber dieser nicht zwangsläufig zu einer völligen Übernahme der richterlichen Funktionen führen müsse.²²⁸ Wahrscheinlich sei, dass Künstliche Intelligenz Richter eher unterstützen als ersetzen werde.²²⁹

Ergänzt wurde die im westlichen Kulturkreis bis dahin vorwiegend skeptische Perspektive auf Künstliche Intelligenz im Gerichtsverfahren 2020 durch eine Publikation

52757ed9a527); *Dialani*, AI Will have Robot Judges Soon, 04.03.2021 (analyticsinsight.net/ai-will-have-robot-judges-soon-what-about-human-judges/).

²²⁰ *Adrian*, *Rechtstheorie*, 48 (2017), 77, 105.

²²¹ Aus der neueren Zeit zur Frage der moralischen Urteilsfähigkeit von Maschinen etwa *Davis*, *Oklahoma Law Review*, 72 (2019), 51 ff.; aus dem Strafrecht *Donobue*, *Harvard Journal of Law & Technology*, 32 (2019), 657 ff.; allgemein zu Veränderungen des Rechtssystems durch Roboterrichter *Re/Solow-Niederman*, *Stanford Technology Law Review*, 22 (2019), 242 ff.; siehe außerdem *Volokh*, *Duke Law Journal*, 68 (2019), 1135 ff.; *de Diego Carreras*, *UCLA Journal of Law and Technology*, 25 (2020), 1 ff.

²²² *Harris*, *Villanova Law Review*, 12 (1967), 272 ff.

²²³ *D'Amato*, *Georgia Law Review* 1977, 1277 ff.

²²⁴ Aus Italien etwa *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff.; aus der Schweiz etwa *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), *FS Kindhäuser*, 2019, S. 147 ff.

²²⁵ *Sourdin*, *UNSW Law Journal*, 41 (2018), 1114 ff.; *Sourdin/Cornes*, *IUS Gentium*, 67 (2018), 87 ff.

²²⁶ *Sourdin*, *UNSW Law Journal*, 41 (2018), 1114, 1115.

²²⁷ *Dies.*, *UNSW Law Journal*, 41 (2018), 1114, 1123.

²²⁸ *Sourdin/Cornes*, *IUS Gentium*, 67 (2018), 87, 112 ff.

²²⁹ *Sourdin*, *UNSW Law Journal*, 41 (2018), 1114, 1130.

des in Shanghai ansässigen Autoren *Yadong Cui*. Dieser befasst sich mit den Möglichkeiten der Modernisierung der Justiz durch Künstliche Intelligenz in seinem Heimatland und bezieht sich auf verschiedene Aufgabenbereiche, nicht ausschließlich auf die Entscheidungsfindung in einem Gerichtsverfahren.²³⁰

Eine Bereitschaft zur Beschäftigung mit dem Thema zeigen auch internationale Bestrebungen zur Reglementierung von KI im Gerichtsverfahren. So etwa bei der an den Europarat angegliederten *European Commission for the efficiency of justice*. Von dieser wurde im Dezember 2018 die „*European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*“ veröffentlicht. In diesem Dokument werden fünf Grundsätze für KI-Anwendungen im weiteren Kontext des Gerichtsverfahrens herausgearbeitet. Dort heißt es unter anderem: „When artificial intelligence tools are used to resolve a dispute or as a tool to assist in judicial decision-making or to give guidance to the public, it is essential to ensure that they do not undermine the guarantees of the right of access to the judge and the right to a fair trial. [...] They should also be used with due respect for the principles of the rule of law and judges’ independence in their decision-making process.“²³¹

Zwischenergebnis

Rechtsgeneratoren sind Teil der das gesamte Rechtssystem betreffenden Entwicklungen im Bereich Legal Tech, die noch in ihren Anfängen begriffen sind. Der Beitrag des hier vorgestellten Vorhabens zur rechtswissenschaftlichen Forschung soll darin liegen, die zukünftigen Einsatzmöglichkeiten von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in der deutschen Rechtsprechung anhand einer erstmals mit dem Schwerpunkt auf selbstständige richterliche Entscheidungen durch Rechtsgeneratoren vorgenommenen systematischen Auswertung ausgewählter verfassungsrechtlicher Fragestellungen aus dem Kontext der Art. 92 ff. GG rechtlich einzugrenzen. So sollen die Grundlage für zukünftige Forschungsprojekte sowie die mögliche vorsichtige Umsetzung solcher Anwendungen durch die deutsche Justiz geschaffen werden.

Die Relevanz der beschriebenen Fragestellung liegt somit im Grunde auf der Hand: Es handelt sich um ein wichtiges Zukunftsthema von auf mittelfristige Sicht vornehmlich theoretischer, aber perspektivisch auch praktischer Relevanz. Insgesamt bleibt es erforderlich, vertieft auf die technischen und rechtlichen Voraussetzungen der Entwicklung von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in der Justiz einzugehen

²³⁰ *Cui*, *Artificial Intelligence and Judicial Modernisation*, 2020.

²³¹ CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 8.

und gleichsam die rechtlichen und gesellschaftlichen Risiken und Chancen zu beleuchten, um einer Aussage über ihren wahren Stellenwert näher zu kommen.

Kapitel 2

Technische Risiken und Grenzen

Das zweite Kapitel dieser Arbeit begibt sich auf die Suche nach einer Antwort auf die Frage, ob und in welchen Grenzen entscheidungstreffende Rechtsgeneratoren im Gerichtsverfahren genutzt werden könnten. Den verfassungsrechtlichen Fragestellungen vorgelagert sind hierfür zunächst solche Aspekte relevant, die nicht die Frage der rechtlichen Zulässigkeit, sondern die allgemeinen Machbarkeitsvoraussetzungen betreffen und Auskunft darüber geben können, ob und wie der Einsatz von Rechtsgeneratoren überhaupt technisch und rechtstheoretisch möglich und sinnvoll sein kann. Diese Rahmenbedingungen weisen Berührungspunkte zu diversen Disziplinen auf, speisen sich also aus sozial- und geisteswissenschaftlichen Erkenntnissen ebenso wie aus informationstechnologischen Überlegungen. Zur Darstellung muss deshalb auf multidisziplinäre Forschungsansätze Bezug genommen werden, was in Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schwerpunkt dieser Arbeit in Form ausgewählter Aspekte geschehen soll.

A. Regelbasiert-deduktive Systeme

Im Folgenden kann hierzu aus informationstechnischer Sicht sinnvollerweise – wegen der Vielzahl von Gestaltungsoptionen auch innerhalb einzelner Methodenkomplexe – nur eine typisierte Differenzierung erfolgen.¹ Vereinfacht soll zwischen *regelbasierten* (deduktiven) und *datenbasierten* (induktiven, statistischen) Methoden (letztere mit

¹ Ausgeklammert bleibt hier beispielsweise die Technologie des *case-based reasoning*. Diese ist ebenfalls keine neue Methode, sondern wurde in den 1980er Jahren von *Roger Schank* entwickelt, vgl. *Schank, Dynamic memory*, 1982. Die Idee hinter CBR ist, auf Grundlage von Argumenten und Abwägungspunkten früherer Rechtsstreitigkeiten in einem bestimmten Bereich, die Wahrscheinlichkeit des Ausgangs eines aktuellen Rechtsstreits zu berechnen, vgl. *Jandach, Juristische Expertensysteme*, 1993, S. 17 f.; *Aamodt/Plaza, AI Communications*, 7 (1994), 39. Es wird also auf Grundlage von Fallähnlichkeiten vorgegangen. Hierfür werden zahlreiche Methoden verwendet, die schwerpunktmäßig im anglo-amerikanischen Case Law entwickelt wurden und nur teilweise auf das kontinentale Rechtssystem übertragbar sind. Eine Übersicht aus deutscher Sicht bei *Metz, Case-based Reasoning im anglo-amerikanischen Case Law*, 1997. Zur Einordnung in den aktuellen Kontext siehe *Schriml, Informatische Modellierung rechtlichen Denkens und Entscheidens*, 2022, i.E.

Schwerpunkt auf die Nutzbarmachung von KI) unterschieden werden.² Die Darstellung enthält wegen zahlreicher Überschneidungen jedoch auch methodenübergreifende Problemfelder.

I. Technischer Rahmen

Bisher wurde die Frage der technischen Funktionsweise von Rechtsgeneratoren ausgeklammert und wird nun behandelt.

1. Algorithmen

Grundlage der Funktionsfähigkeit von Informationstechnologie, also auch der eines Rechtsgenerators, ist stets ein *Algorithmus*. Ein Algorithmus lässt sich simplifiziert als eine präzise und üblicherweise determinierte Verarbeitungsvorschrift umschreiben, die regelmäßig dazu bestimmt ist, mittels eindeutig definierter Teilhandlungen und einer endlichen Menge an Regeln, in einem sich wiederholenden Rechenverfahren eine Klasse von Problemen zu lösen, etwa einen vorgegebenen Zielzustand zu erreichen.³ Ein Algorithmus dient zusammengefasst dem Zweck, aus einer Eingabe (Input) in einem formal-mathematischen Rechenverfahren beliebig häufig eine immer gleiche Ausgabe (Output) zu generieren.⁴

Eine von mehreren Algorithmenarten, die *Computeralgorithmen*, bilden mittels des *Binär-codes*, einer Abfolge von Nullen (Strom aus) und Einsen (Strom an) die Grundlage für die Funktionsweise von Computerprogrammen,⁵ die durch algorithmische

² Systematik angelehnt an *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1107 ff.; andere Begrifflichkeiten verwendet etwa *Rollberg*, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 24 ff.

³ Vgl. *Sandkühler* (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2010, S. 47 ff.; *Fischer/Hofer*, *Lexikon der Informatik*,¹⁵2011, S. 35; *Domingos*, *The Master Algorithm*, 2015, S. 3 ff.; *Kastl*, GRUR 2015, 136; *Ernst*, JZ 2017, 1026 f.; *Hoffmann-Riem*, AöR, 142 (2017), 1 f.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand WD 8 - 3000 - 031/17, 15.08.2017 (bit.ly/3irGDzw), S. 4; *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*,²2018, S. 42 f.; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 17 f.; vgl. auch *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 165.

⁴ Ähnlich *Zweig*, *Wo Maschinen irren können*, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 11; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 19.

⁵ Hierzu auch *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 957; „Die Anwendung des Programms ist ein Prozess der Wissensgenerierung aus Datenbeständen durch Anwendung mathematisch-statistischer Verfahren und Algorithmen.“, so Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand WD 8 - 3000 - 031/17, 15.08.2017 (bit.ly/3irGDzw), S. 4; vgl. auch *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 18.

Protokolle in Programmiersprache initiiert werden⁶. Ein Computerprogramm ist also ein in Programmiersprache gefasster Algorithmus.⁷

2. Rechtsgeneratoren auf Regelbasis

Die Kernidee hinter Rechtsgeneratoren auf Regelbasis begründet sich aus diesem Prinzip, also aus einer durch einen Programmierer gesetzten Rechenanweisung zur rechtlichen Problemlösung: Eine Sachverhaltsinformation wird in den Computer eingespeist, der Computer erkennt mittels eines Algorithmus die relevanten Rechtsregeln und berechnet, ob diese erfüllt sind.⁸ Hierbei wird eine *deduktive* Methode verwendet. Es wird also versucht, abstrakte Regelstrukturen zu entwickeln, die dann angewendet werden können.⁹ Sie erfordert eine schrittweise Übersetzung der Norminhalte in den Code des Rechtsgenerators.¹⁰

Soweit die Theorie. Die Maschine benötigt dafür jedoch zunächst Informationen, unter anderem einen maschinenlesbaren Sachverhalt, in dem Realweltphänomene abstrakt definiert sind¹¹ sowie maschinenlesbare Informationen über die verwendete Rechtsanwendungsmethode. Ein Rechtsgenerator, den *Oliver Raabe* mit seinem Team 2012 in dem Werk *Recht ex machina* vorstellte, bedient sich dafür beispielsweise voreingestellter *Ontologien* (Klassen, Bedingungen und Beziehungen in der Realwelt), die mit Rechtsnormen verknüpft werden, um Zusammenhänge zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt zu visualisieren.¹² Auf die Erfassung des Sachverhalts folgt die Rechtsanwendung. In Ontologien lässt sich auch das modellierte Wissen zu den verschiedenen Teilen der Rechtsanwendung abbilden.¹³ Häufig wird hierzu ein Algorithmus in Form eines Frage-Antwort-Schemas genutzt, der mithilfe von Entscheidungsbäumen und Pfadlogiken, also einer vorprogrammierten Wenn-Dann-Struktur, funktioniert.¹⁴

⁶ *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 408 umschreibt Programmiersprache als „eine auf Zeichen basierende, künstliche Sprache zur Verständigung innerhalb eines begrenzten Fachgebiets“.

⁷ *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 43.

⁸ *Ashley*, Artificial Intelligence, 2017, S. 38.

⁹ *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), Liquid Legal, 2017, S. 89 ff., 91; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1108, 1112 ff.; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 37.

¹⁰ *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 37.

¹¹ *Burr*, BB 2018, 476, 478.

¹² Siehe hierzu *Raabe/Wacker* et al., Recht ex machina, 2012, S. 126 ff.; ähnlich beschreibt die Funktionsweise auch *Matthes*, Rethinking law 2019/2, 28, 29.

¹³ *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 54 f. m. w. N.

¹⁴ *Weberstaedt*, AnwBl 2016, 535, 538; *Burr*, BB 2018, 476, 478; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1112; *Zwickel*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 197; *Glock*, in: Schulz/Schunder-Hartung (Hrsg.), Recht 2030, 2019, S. 129 ff., 131; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2020, S. 27.

Diese Herangehensweise an Entscheidungsautomation wird auch als *Expertensystem-Technologie* bezeichnet.¹⁵ Sie beruht auf einem System der meist händischen Wissensrepräsentation über die möglichen Auslegungsweisen von rechtlichen Konzepten¹⁶ und ist nicht grundlegend neu, sondern reicht bis in die 1980er-Jahre zurück¹⁷. So gelang es einer Forschergruppe um *Marek Sergot* bereits im Jahr 1986, die Regulierung der britischen Staatsbürgerschaft nach dem *British Nationality Act* formalisiert darzustellen.¹⁸ 1993 zählte dann *Jandach* in einer empirischen Auswertung bereits 119 aktive juristische Expertensysteme,¹⁹ deren Leistungsfähigkeit er jedoch als „wesentlich überschätzt“ betrachtete.²⁰ Das Spektrum der Möglichkeiten hat sich im Laufe der Jahre verbreitert, die Herangehensweise ist aber eine ähnliche geblieben.²¹ Bereits damals versuchte man, aus Normen logische Beziehungen abzuleiten und so Rechtsfälle zu lösen.²²

II. Verständnis des Rechtsanwendungsprozesses

Der Nutzbarmachung der Methode der regelbasierten Expertensysteme stehen im juristischen Bereich einige grundlegende Bedenken entgegen. Die Herstellung eines regelbasierten Rechtsgenerators stellt den Versuch dar, eine idealisierte Form eines klassischen Rechtsanwendungsvorgangs als axiomatisiertes Verfahren in einem deduktiven System mit einem Wenn-Dann-Schema nachzuempfinden. Diese Herangehensweise

¹⁵ Mögliche Definitionen von Expertensystemen gibt es etwa bei *Kowalski*, Lösungsansätze für juristische Expertensysteme, 1987, S. 39: „Ein Expertensystem ist ein Computersystem, bestehend aus einem Programm und einem unter Umständen modifizierten Computer, das das Wissen eines Experten dergestalt nach, den Anforderungen des Anwendungsbereiches entsprechend zulässigen, Methoden verarbeitet, daß ein Benutzer sich dieses Wissen auf dem Wege eines Dialogs oder durch direkte Zielvorgabe zueigen machen kann, ohne selbst Experte zu sein.“; oder *Susskind*, Expert Systems in Law, 1987, S. 9: „Expert systems are computer programs that have been constructed (with the assistance of human experts) in such a way that they are capable of functioning at a standard (and sometimes even at a higher standard than) human experts in the given field.“; zum Ganzen *Hartmann*, Einführung in die Expertensystem-Technologie, 2015, S. 77 ff.; weiterhin *Welzel/Grosch*, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 26.

¹⁶ *Herald*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 52.

¹⁷ Vgl. *Haft*, in: Hoppe (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1992, S. 589 ff., 590; *Hartmann*, Einführung in die Expertensystem-Technologie, 2015, S. 1; *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), Liquid Legal, 2017, S. 89 ff., 91; *Döbel/Leis* et al., Maschinelles Lernen, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 9.

¹⁸ *Sergot/Sadri* et al., Communications of the ACM, 29 (1986), 370 ff.

¹⁹ *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 20, dabei wird jedoch eine weite Definition des Begriffs zugrunde gelegt.

²⁰ *Ders.*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 45.

²¹ *Susskind*, Tomorrow's Lawyers, 2017, S. 185; *Corrales/Fenwick* et al., Journal of Internet Law 2019, 3, 7.

²² *Frese*, NJW 2015, 2090.

stellt den Systemersteller vor die besondere Herausforderung, juristische Normstrukturen und richterliche Gedankengänge zunächst theoretisch begreifen zu müssen, um diese dann maschinenlesbar darstellen zu können.²³ Die Prämisse der Herangehensweise an juristische Expertensysteme muss deshalb die Frage sein, wie der Rechtsanwendungs- oder Rechtsfindungsvorgang tatsächlich funktioniert, und ob er sich angesichts dessen für eine Automatisierung eignet.

Bei näherer Betrachtung wird indes rasch deutlich, dass eine auf Konsens treffende Antwort bereits auf die Frage nach der tatsächlichen Funktionsweise des Rechtsanwendungsprozesses bisher nicht gefunden wurde. Stattdessen wurden verschiedene Konzepte entwickelt, die sich gegenseitig zu ergänzen oder zu verdrängen bemüht sind und dabei in unterschiedlichem Maße Automatismen zulassen.²⁴ In Anbetracht dieser bereits mehrere Jahrzehnte andauernden Debatte würde eine umfängliche Darstellung des rechtstheoretischen Forschungsbereichs zu den verschiedenen Konzepten der Rechtsanwendung zu weit führen. Eine solche ist allerdings auch nicht erforderlich, da für eine sinnvolle Systematisierung auf verschiedene Vorarbeiten der Rechtsinformatik und Rechtstheorie – unter anderem von *Bürck*, *Kilian*, *Schneider* und *Ring* – zurückgegriffen werden kann.²⁵ Hier werden daher nur überblicksartig einige ausgewählte Aspekte thematisiert, anhand derer die Schwierigkeiten bei dem Erstellen der verschiedenen Arten von Rechtsgeneratoren verdeutlicht werden können.

²³ *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1115 hält es allerdings auch für möglich, dass sich deduktive Rechtsautomaten nicht an menschlichen Denkprozessen orientieren, sondern frei gestaltet werden könnten. Fraglich bleibt dann aber, ob sich von Menschen programmierte Systeme von menschlichen Denkprozessen überhaupt abgrenzen könnten und inwiefern sie dann noch den Vorgaben des Gesetzes entsprechen. *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff. führt diese Theoriediskussion auch in Hinblick auf den Einsatz von Künstlicher Intelligenz.

²⁴ Automatismen kritisch gegenüber stehen Konzepte, die menschliche Fähigkeiten wie Vorverständnis oder Rechtsgefühl als wesentlich erachten, so z. B. bei *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1972; *Bihler*, *Rechtsgefühl*, 1979; besonders automatisierungsfreundlich sind Konzepte, die die Logik der Rechtsanwendung in den Vordergrund stellen, z. B. zu finden bei *Klug*, *Juristische Logik*,⁴1982; *Kowalski*, *Lösungsansätze für juristische Expertensysteme*, 1987; *Weinberger*, *Rechtslogik*,²1989.

²⁵ *Bürck*, *Richterliche Rechtsfindung durch Computer?*, 1974, S. 67 ff.; *Kilian*, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, 1974, S. 27 ff.; *Schneider*, *Information und Entscheidung des Richters*, 1980, S. 55 ff.; *Ring*, *Computergestützte Rechtsfindungssysteme*, 1994, S. 7 ff.; siehe zudem *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff.

1. Formalisierbarkeit des Rechts und der Rechtsanwendung

Voraussetzung dafür, den Rechtsanwendungsvorgang in einem deduktiven System abbilden zu können, ist es, diesen als logischen Vorgang zu verstehen.²⁶ Einen Ansatzpunkt hierfür bietet die der juristischen Arbeit in der Bevölkerung zugeschriebene Logik der Ableitung einer Entscheidung aus einer konditionalen Rechtsnorm mittels Rechtsdogmatik und Methode.²⁷ Dieses Verständnis manifestierte sich tatsächlich bereits ab dem 18. Jahrhundert und blieb bis hinein in das beginnende 20. Jahrhunderts in der Darstellung einer Gesetzesanwendung mit einem Richter als bloßes „Sprachrohr“, als „Subsumtionsautomaten“ des positivistischen Rechts wirkmächtig.²⁸ Auch die Etablierung der juristischen Begründungsstrukturen sowie der juristischen Methodenlehre mit ihren Auslegungsmethoden und das klassische Vorstellungsbild der Subsumtion sind wohl geeignet, diesen Eindruck der juristischen Tätigkeit zu verstärken, zeigen sie doch ein Bedürfnis, die Gesetzesanwendung in gewisse objektivierbare Bahnen zu lenken, die sich nicht in den subjektiven Wertvorstellungen der Rechtsanwender erschöpfen.²⁹ Eine nähere Befassung mit dem Recht stellt jedoch rasch klar, dass damals wie heute eine deduktive Logik – auch wegen der vielfältigen und konkurrenzlos verwendbaren Methoden – nicht erklärtes Ziel juristischer Methoden sein konnte und sollte.³⁰

Nach einer noch heute in Lehre, Forschung und Praxis häufig rezipierten Darstellung der Rechtsanwendung soll sich diese aber dennoch im Grundsatz in einem logischen Schlussverfahren, dem *Justizsyllogismus*, vollziehen.³¹ Die Grundlage hierfür bil-

²⁶ Eine Gesamtanalyse zum rationalen Verständnis der Rechtsprechung findet sich u. a. bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, ²1992, S. 238 ff.

²⁷ Zu dieser fehlerhaften Zuschreibung auch *Risse*, NJW 2018, 2848 ff.; *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 11 f.

²⁸ Siehe *Rheinstein*, JuS 1974, 409, 415 f.; hierzu aus Perspektive der richterlichen Unabhängigkeit *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 68 ff.; vgl. auch *Sendler*, NJW 1983, 1449, 1456 f., der dieses Verständnis ebenfalls verwirft; allgemein zu den historischen Grundlagen dieser Strömung *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; weiterhin *Wysk*, in: Kloepfer (Hrsg.), GS Brandner, ²2018, S. 137 ff., 140; *Günzl*, JZ 2019, 180 ff.

²⁹ Siehe *Risse*, NJW 2018, 2848, 2852; *Staake*, JURA 2018, 661, 673.

³⁰ Hierzu *Roellecke*, VVDStRL, 34 (1976), 7, 38 f.; *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 215 f.; siehe außerdem *Wysk*, in: Kloepfer (Hrsg.), GS Brandner, ²2018, S. 137 ff., 142 ff.

³¹ Vgl. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, ³1963, S. 7 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 271 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 86 ff.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 71 ff.; *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 272 ff., 272 f.; *Schnapp*, Logik für Juristen, ⁷2016, S. 11 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 187.

det die *Subsumtion*, die nach ihrer Wortherkunft einen konkreten Begriff einem abstrakten unterordnet.³² Die Grundidee des Justizsyllogismus bildet die Rechtsanwendung in drei Schritten ab: Zunächst erfolgt die Bildung eines Obersatzes, der die Tatbestände und Rechtsfolgen der angewendeten Norm enthält, anschließend wird im Rahmen der Subsumtion im engeren Sinne geprüft, ob der konkrete Sachverhalt von dem abstrakten Tatbestand des Gesetzes mitumfasst ist und zum Abschluss ist das Ergebnis derart zu bilden, dass es eine Antwort darauf darstellt, ob aus dem Sachverhalt die Rechtsfolge des Gesetzes hervorgeht.³³ Ist dies der Fall, wird das Gesetz angewendet.³⁴ Der Justizsyllogismus beschäftigt sich also mit einer abstrakten Art der Schlussfolgerung, die allein aufgrund ihrer Form und unabhängig von ihrem Inhalt richtig oder falsch sein kann, stellt den Rechtsanwendungsprozess also *formal-logisch* dar.³⁵ Bedingung dafür, dass das Recht tatsächlich in dieser Weise funktionieren und damit durch Technik angewendet werden könnte, wäre allerdings, dass das Recht an sich – als Vorbedingung der Rechtsanwendung – auch grundsätzlich formalisierbar wäre.

Formalisierung benennt den Prozess der Ersetzung von natürlich-sprachlichen Wörtern durch symbolisierende Zeichen.³⁶ Die Formalisierung des Rechts stellt folglich einen Prozess der Ersetzung der natürlichen Sprache des Normtextes durch eine formale Sprache dar,³⁷ also einer Sprache, die in ihren Transformationsregeln abstrakt (unabhängig von ihrem Inhalt) einer inneren Gesetzmäßigkeit entspricht³⁸ und beispielsweise als *Aussagenlogik* universelle Erkenntnisse über die Zustände von Aussagen als wahr oder nicht wahr ermöglichen kann.³⁹

³² Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 93 f. m. w. N.; *Raabe/Wacker* et al., *Recht ex machina*, 2012, S. 53 ff.

³³ Statt vieler: *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2016, S. 272 ff., 272; *Wysk*, in: Klopfer (Hrsg.), *GS Brandner*, 2018, S. 137 ff., 139.

³⁴ Nach *Larenz* lässt sich dies folgendermaßen darstellen: Tatbestand (T) hat Rechtsfolge (R), Sachverhalt (S) erfüllt T, S hat deshalb R zur Folge. Formal dargestellt: $T \rightarrow R$, $S = T$, $S \rightarrow R$, siehe *Larenz*, *Methodenlehre*, 1991, S. 271 f.

³⁵ Hierzu auch *Kwiatkowski*, *Meyers Kleines Lexikon der Philosophie*, 1987, S. 252 f.; zitiert nach *Adrian*, *Grundprobleme*, 2009, S. 76.

³⁶ *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2016, S. 272 ff., 273.

³⁷ *Raabe/Wacker* et al., *Recht ex machina*, 2012, S. 70.

³⁸ *Weizenbaum*, *Die Macht der Computer*, 1990, S. 100 nennt als wesentliche Eigenschaft formaler Sprachen, dass ihre Transformationsregeln von einer Interpretation unabhängig sind; ähnlich auch *Schnapp*, *Logik für Juristen*, 2016, S. 14; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 2020, Rn. 187.

³⁹ Vgl. *Bürck*, *Richterliche Rechtsfindung durch Computer?*, 1974, S. 267; *Klug*, *Juristische Logik*, 1982, S. 21 f., im Aussagenkalkül werden Aussagen mit den Zuständen wahr oder nicht wahr als Ganzes in ihren logischen Verknüpfungen behandelt; vgl. auch *Kowalski*, *Lösungsansätze für juristische Expertensysteme*, 1987, S. 74; *Weinberger*, *Rechtslogik*, 1989, S. 132 ff.; *Haman*, *Integration neuronaler Netze*, 1998, S. 22 ff.; *Sorge*, in: v. Oostrom/Weth (Hrsg.), *FS Herberger*, 2016, S. 877 ff., 879.

Sie ist notwendig, da die Maschinenlesbarkeit von Informationen durch Algorithmen, wegen deren logischer Vorgehensweise, grundsätzlich eine logische Eindeutigkeit und Exaktheit voraussetzt.⁴⁰

2. Stellenwert der Logik im Recht

Eine wesentliche Hürde dieses Prozesses besteht jedoch darin, ein adäquates Modell logisch-formaler Rechtssprache zu identifizieren und anzuwenden. Es gibt zahlreiche Modelle der Formalisierung von Sprache, die sich auf verschiedenste Bereiche der Sprachwelt beziehen.⁴¹ Für die Auswahl eines im Kontext der Rechtsanwendung angemessenen Modells haben Raabe et al. einige Grundlagen bereitgestellt.⁴² Aus der Vielzahl der Methoden eignen sich nach Ansicht dieser für eine Formalisierung der Rechtssprache (wegen der Regelform von Normen) besonders solche Modelle, die einen dem Recht ähnlichen formalen Regelmechanismus enthalten und gleichzeitig in der Lage sind, abstrakte Regeln auf konkrete Sachverhalte anzuwenden.⁴³ Unter diesen Kriterien wird die sogenannte *Prädikatenlogik* gewählt, die als Erweiterung der bereits genannten Aussagenlogik in der Lage ist, Objekte und Eigenschaften von Individuen in Aussageform zu bezeichnen, in Relation zu setzen und darüber hinaus zu definieren, ob Aussagen für jeden, keinen oder einige Fälle gelten.⁴⁴ Kritisiert wird an der Prädikatenlogik von anderer Seite indes, dass mit ihr nur Aussagen über die Zustände wahr und nicht wahr, also *wahrheitsfunktionale Aussagen*⁴⁵ über das Sein und nicht über das Sollen getroffen werden können,⁴⁶ was angesichts dessen problematisch erscheint, dass Normen als *Sollenssätze* fungieren, deren Wahrheitsfähigkeit stark bezweifelt wird.⁴⁷

⁴⁰ Raisch, JZ 1970, 433, 438; Bürck, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 3.

⁴¹ Einige Modelle bei Klug, Juristische Logik, ⁴1982, S. 21 ff.; vgl. auch Weinberger, Rechtslogik, ²1989, S. 105 ff. Er behandelt Aussagenlogik, Klassenlogik, Relationslogik, Prädikatenlogik, Modallogik, Normlogik, Wert- und Präferenzlogik und Fragenlogik.

⁴² Raabe/Wacker et al., Recht ex machina, 2012.

⁴³ Dies., Recht ex machina, 2012, S. 71.

⁴⁴ Bürck, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 268; Klug, Juristische Logik, ⁴1982, S. 48 ff.; Haman, Integration neuronaler Netze, 1998, S. 33 ff.; Raabe/Wacker et al., Recht ex machina, 2012, S. 72 f.; Neumann, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 272 ff., 276; Sorge, in: v. Oostrom/Weth (Hrsg.), FS Herberger, 2016, S. 877 ff., 880.

⁴⁵ Neumann, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 272 ff., 279.

⁴⁶ Dagegen hält Klug, Juristische Logik, ⁴1982, S. 64 dies für keinen zwingenden Ausschlussgrund und bezieht sich auf einen weiteren Wahrheitsbegriff.

⁴⁷ Zusammenfassend zu dem dahinterstehenden sog. „Jörgensenschen Dilemma“, dem Streit um die Wahrheitsfähigkeit von Sollensätzen, Holländer, Rechtstheorie, 43 (2012), 365 ff. m. w. N.; Nachweise auch bei Neumann, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 272 ff., 279; Staake, JURA 2018, 661, 662; Wjysk, in: Klopfer (Hrsg.), GS Brandner, ²2018, S. 137 ff., 145.

In Zusammenhang mit dem Streit über den Wahrheitsgehalt von Normen steht die Frage, ob eine einzig richtige, wahre Rechtsdeutung überhaupt möglich ist. Wäre dies der Fall, würde sich dies deutlich positiv auf die Entwicklungschancen computergestützter Subsumtion auswirken,⁴⁸ denn dann müsste diese richtige Deutung nur gefunden und dem Algorithmus zur stets gleichen Anwendung anvertraut werden. Die Fragestellung, ob das Konzept von richtigen oder falschen Antworten im juristischen Bereich überhaupt zulässig oder in den allermeisten Fällen verfehlt ist, wird allerdings seit mindestens einem Jahrhundert in verschiedenen Rechtsordnungen diskutiert. Überwiegend wird sie verneinend beantwortet, weil der Aspekt der rechtlichen Beurteilung oder Bewertung bereits häufig schon ein normatives Element impliziert, das in vielen Fällen von der mehr oder weniger objektiven Rechtsnorm zu einer konkretisierten, subjektiven Rechtserkenntnis überleitet und damit weder richtig noch falsch, sondern allenfalls mehr oder weniger vertretbar sein kann.⁴⁹

Wahrheitsfähig sind nach überwiegender Ansicht im juristischen Bereich lediglich Entscheidungen zu einigen wenigen (klassifikatorischen, deskriptiven oder eindeutigen)⁵⁰ Normkategorien.⁵¹

Da die Prädikatenlogik einigen wegen dieser Einwände als unpassend erscheint, halten diese die sogenannte *deontische Logik* oder auch *Normlogik* zur Formalisierung des Rechts für geeigneter, die Sollenssätze (wie sie typischerweise Bestandteil von Normen

⁴⁸ Vgl. Guggenberger, NVwZ 2019, 844, 848.

⁴⁹ So bereits Heck, AcP, 112 (1914), 1, 12 f. : „Die Versuche, eine Formel aufzustellen, nach der sich mit einer für jeden zwingenden Notwendigkeit die Richtigkeit einer Entscheidungsnorm gewinnen lasse, sind erfolglos geblieben und mussten erfolglos bleiben, weil die bestimmenden Faktoren bei den einzelnen Individuen verschiedene sind.“; Kelsen schrieb hierzu „Das anzuwendende Recht [sei Anm. d. A.] ein Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung“, Kelsen, Reine Rechtslehre 1934 (Nachdruck 1967), S. 348; dem folgend Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 63 m. w. N.; anders Dworkin, Taking Rights Seriously, 1977, er argumentiert u. a., dass sich für eine richtige Entscheidung wohl bessere Argumente finden ließen, die ein erdachter idealer Richter erkennen und so eine einzig richtige Lösung finden könne (S. 81 ff.); zum richterlichen Beurteilungsspielraum Larenz, Methodenlehre, 61991, S. 294; ähnlich auch Liebwald, International Journal for the Semiotics of Law, 26 (2013), 391, 401: „A statute or a judgment may be attached a “formal” true (valid) or false (void) value perhaps, e.g., in terms of being formally unlawful implemented or passed by an incompetent authority, but the finding of the only and true law is a sophism.“; siehe auch Kotsoglou, JZ 2014, 451, 453 m. w. N.; hieraus kann auch die Frage folgen, ob Rechtswissenschaft überhaupt eine Wissenschaft ist, hierzu Staake, JURA 2018, 661 ff.; zur Hart-Dworkin-Debatte: ders., Werte und Normen, 2018, S. 417 ff.

⁵⁰ Dies sind Normen, die eine eindeutige Zuordnung zu einem Sachverhalt ermöglichen, vgl. Raisch, JZ 1970, 433, 434.

⁵¹ Vgl. beispielsweise Habermas, Faktizität und Geltung, 21992, S. 266 „Bis auf diejenigen Normen, die in ihrer WennKomponente die Anwendungsbedingungen so weit spezifizieren, daß sie nur auf wenige hochtypisierte und wohlumschriebene Standardsituationen Anwendung finden dürfen (und ohne hermeneutische Schwierigkeiten Anwendung finden können), sind alle geltenden Normen sozusagen von Haus aus unbestimmt.“

sind) abbilden kann.⁵² Hierfür werden der Prädikatenlogik *deontische Operationen*, also Gebot-, Verbot- oder Erlaubnissätze⁵³ hinzugefügt.⁵⁴ Jedoch wird auch die deontische Logik als für den umfangreichen Bereich der Rechtssprache unzureichend kritisiert.⁵⁵ So ließe diese standardmäßig keine normativen Widersprüche zu und könne keine Abwägungen zwischen kollidierenden Ge- oder Verboten anstellen, die allerdings bei Normkonflikten und Verhältnismäßigkeitserwägungen eine wichtige Rolle spielten.⁵⁶

Ob fortgeschrittene Technik diese Hindernisse überwinden könnte, ist bisher noch unklar. Einen Ausweg aus den Schwierigkeiten der Bearbeitung komplexer Wertungen und insbesondere unbestimmter Rechtsbegriffe durch Algorithmen sehen einige in der Anwendung sogenannter *Fuzzy-Logik* (auch *Unschärfenlogik*).⁵⁷ Ihr liegen unscharfe und keine fest definierten Werte zugrunde, so dass auf eindeutige Begriffsdefinitionen im Sinne eines Ja/Nein Binärcodes verzichtet werden kann, was mehr Entscheidungsspielräume des Algorithmus ermöglicht.⁵⁸ Es gibt zahlreiche Überlegungen dazu, wie diese erweiterten Möglichkeiten der Rechtsautomation dienlich sein könnten,⁵⁹ jedoch wird auch dieser Methode aktuell im Ergebnis ein Nutzen in der Regel nur für eng abgegrenzte, weniger komplexe Einzelbereiche des Rechts attestiert.⁶⁰

Insgesamt bleibt in Anbetracht der fortdauernden, kontroversen Diskussion fraglich, ob das aktuelle Rechtssystem oder zumindest Teile desselben und damit die

⁵² Eine übersichtliche Darstellung deontischer Logiksysteme bei *Kalinowski*, Einführung in die Normenlogik, 1972.

⁵³ „Normen können sowohl auf ein aktives Tun als auch auf ein Unterlassen gerichtet sein; sie können gebieten oder verbieten. [...] Im Sinne der Normlogik handelt es sich bei Geboten und Verboten um konträre Gegensätze. Dies bedeutet, dass ein Verhalten nicht zugleich geboten und verboten sein kann. Es kann aber sehr wohl weder geboten noch verboten sein. Im Recht kommt mit der Erlaubnis eine dritte Normkategorie hinzu. Durch die Erlaubnis wird ein bestimmtes Verhalten für zulässig erklärt, welches ansonsten verboten wäre.“, *Staake*, JURA 2018, 661, 663 f.

⁵⁴ *McNamara*, Deontic Logic, 21.04.2010 (plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 190.

⁵⁵ *Schnapp*, Logik für Juristen, ⁷2016, S. 88 kritisiert beispielsweise, dass unberücksichtigt bliebe, dass nicht alle Rechtsnormen der deontischen Modalität entsprächen, weil nicht alle selbstständig eine Anordnung träfen.

⁵⁶ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 192.

⁵⁷ So u. a. *Adrian*, Grundprobleme, 2009, S. 702 ff.

⁵⁸ Vgl. hierzu *Philippis*, in: Haft/Hassemer et al. (Hrsg.), FS Kaufmann, 1993, S. 265 ff., 266 f.; *Adrian*, Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie, 2014, S. 56 ff.; *Schneider*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ²2016, S. 316 ff., 348 m. w. N.; *Welzel/Grosch*, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 28; kritisch hierzu *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 15 ff., 36 f.; *Krimphove/Niehaus*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 356 ff., 358 f.

⁵⁹ U. a. *Adrian*, Grundprobleme, 2009, S. 702 ff.

⁶⁰ Eine Untersuchung zu einem Einzelbereich bei *Philippis*, in: Haft/Hassemer et al. (Hrsg.), FS Kaufmann, 1993, S. 265 ff.; mit diesem Zwischenergebnis auch *Adrian*, Grundprobleme, 2009, S. 740 ff.; dies ebenfalls aufgreifend *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 664.

Rechtsanwendung überhaupt in ein logisches System umgesetzt werden könnten. Dagegen werden verschiedene grundsätzliche Bedenken vorgebracht.

III. Sachverhaltsinformationen und Logik im Recht

Bedeutend hiergegen spricht, dass die gerichtliche Rechtsanwendung eine realweltbezogene Tätigkeit darstellt, der ein tatsächlicher Sachverhalt zugrunde liegt. Häufig sind bereits die Umstände dieses Sachverhalts unklar und müssen erst ermittelt werden. Wenn die Sachverhaltsinformationen schließlich vorliegen, ist die Ermittlung und Kenntnis des Sachverhalts Voraussetzung für die Erkenntnis, welche Rechtsnormen aus dem breiten Portfolio des Rechts zur Lösung herangezogen werden können.⁶¹ Allein die Sachverhaltssammlung erfolgt daher schon in Erwartung darauf, welche rechtliche Beurteilung man aus ihr zu erlangen hofft.⁶² Auch die Vorbereitung einer gerichtlichen Entscheidung besteht demzufolge aus mehreren Schritten, die nicht alle eine rechtliche Beurteilung erfordern, sondern sich vielfach zunächst mit den Umständen des Sachverhalts beschäftigen.⁶³

Durch das Erfordernis der Sachverhaltsaufklärung und der Beweiserhebung sind der Indienstnahme von Rechtsgeneratoren, die die Entscheidung von Richtern vorformulieren oder gar ersetzen sollen, praktische Hindernisse gesetzt. Insbesondere dort, wo nicht nur eine Subsumtion erfolgen muss, sondern der zu subsumierende Sachverhalt streitig oder zunächst zu ermitteln ist. Ein Fall des Einsatzes von Technik zur Beantwortung einer solchen Frage läge zum Beispiel vor, wenn für einen Rechtsstreit relevant wäre, welche Wetterverhältnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt vorherrschten und eine technische Einrichtung diesen Punkt automatisch erkennen und dem Benutzer der Software – möglicherweise ungefragt – den Wetterbericht des Tages vorlegen könnte.⁶⁴ So medienunmittelbar gestaltet sich die Sachverhaltsgewinnung aber leider nur selten. Richter müssen die entscheidungserheblichen Fakten häufig erst in zeitintensiver Arbeit aus einer Masse an Informationen in den Parteivorträgen herausfiltern.⁶⁵ Der Einsatz von Rechtsgeneratoren steht daher beispielsweise im Zivilprozess mit den Worten *Zwickels* unter dem Vorbehalt der besonderen Bedeutung von Vortrag

⁶¹ Vgl. *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 102 f.; *Kirchhof*, NJW 1986, 2275, 2277 f.; *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 13; *Rütbers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 669.

⁶² *Wysk*, in: Kloepfer (Hrsg.), GS Brandner, ²2018, S. 137 ff., 149 f.

⁶³ So beschreibt beispielsweise *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 101 nur 10-15 % der Arbeitstätigkeit des Richters als die Bewältigung von Rechtsfragen (m. w. N.).

⁶⁴ Beispiel nach *Kaulartz*, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0, 2017, S. 599 ff., 605.

⁶⁵ So u. a. *Specht*, MMR 2019, 153, 154.

und Gegenvortrag im Erkenntnisverfahren, bei dem es wegen des dialogischen Charakters des Verfahrens einer sorgfältigen Abwägung von Richteramt und Parteiherrschaft bedarf.⁶⁶

1. Effizienz und menschliche Beteiligung

Eine Rechtsfindung mittels Rechtsgeneratoren verspricht daher zunächst geringfügige Effizienzgewinne und kann nur in unterstützender Funktion gedacht werden, solange wichtige Teilaufgaben, insbesondere in der Tatsachenerforschung, weiterhin von Menschen erledigt werden müssen. Wenn die Tatsachenerforschung und -bewertung, die einen beträchtlichen Teil der richterlichen Arbeit beansprucht, weiterhin inhaltlich analog erfolgen muss, sind menschliche Ressourcen durch automatisierte Entscheidungen, wenn überhaupt, nur in geringem Maße weniger beansprucht als durch ein klassisches Konzept, das allein auf rein menschlicher Arbeit beruht.⁶⁷ Entscheidungsautomatisierung, die über marginale Unterstützungsleistungen hinausgeht, könnte deshalb erst dann wirklich umfassend, effektiv und kosteneffizient sein, wenn menschliche Beteiligung auch in den auf die Sachverhaltsermittlung bezogenen Bereichen drastisch reduziert werden könnte. Da die Sachverhaltserfassung und Beweiswürdigung aber aus einer Vielzahl verschiedener Aufgaben besteht, für die sich der Richter aus unterschiedlichen Quellen unterrichten muss, ist bislang nicht geklärt, ob dies auf absehbare Zeit realisierbar erscheint.⁶⁸ Gerade in den Bereichen der Tatsachenermittlung ist es außerdem charakteristisch, dass personenbezogene und sensible Daten involviert sind, weshalb eine maschinelle Bearbeitung in einem ständigen Konflikt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht stehen würde.⁶⁹ Weiterhin kommt es hier verstärkt auf die (menschliche) Fähigkeit der Würdigung von Beweisen und Zeugenaussagen auf Grundlage der eigenen Lebenserfahrung an.⁷⁰ Solange ein technisches System nicht über ein eigenes Weltwissen verfügt und auch in diesen Aufgaben soweit sicher, umfassend und autonom eingesetzt werden kann (oder darf), so dass menschliche Intervention der Ausnahmefall bliebe, ist es daher wahrscheinlich, dass die Adaptionkosten den potenziellen Nutzen eines entscheidungstreffenden Rechtsgenerators weit übersteigen würden.

⁶⁶ Hierzu *Zwickel*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff.

⁶⁷ Ein ähnlicher Einwand bei *Keltsch*, DSWR 1985, 41, 45.

⁶⁸ Eine baldige Umsetzbarkeit bezweifelt etwa auch *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 178.

⁶⁹ Das betrifft speziell die datenbasierte Methode der Rechtsautomation, hierzu mehr in Abschnitt B.

⁷⁰ Vgl. *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 2015, S. 349 ff.; siehe zum möglichen Nutzen von KI in diesem Bereich auch *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1154 f.

Ein wesentliches Argument bleibt den Befürwortern technischer Rechtsanwendung dennoch: Bei einem umfangreichen Vorhaben – wie dem einer vollautomatisierten Rechtsprechung – können gewünschte Effizienzziele und umfangreiche Einsatzbereiche natürlich – wie bei jeder neuen Technologie – nicht schon in der Entwicklungsphase erwartet werden. Mögliche Vorteile und Einsatzperspektiven können sich stets erst dann realisieren, wenn mit der Arbeit an einem System und seinen einzelnen Komponenten begonnen und der Einsatz in weniger komplexen Aufgabenbereichen pilotiert wird. Es ist durchaus vorstellbar, dass sich einer anfänglichen Phase, in der technische Lösungen zur algorithmischen Entscheidungsfindung nur vereinzelt in Teilbereichen und zur Unterstützung denkbar sind, weiterentwickelte technische Lösungsstrategien anschließen würden.

Die digitale Transformation könnte schließlich zu einer Verknüpfung verschiedener Arten fortgeschrittener Technologien beitragen und damit vielleicht sogar größere Auswirkungen zeitigen als die industrielle Revolution, die zu Beginn auch nur auf unausgereifte Ideen zu einigen Teilaspekten zurückgreifen konnte, die sich erst schrittweise zu einem funktionierenden Gesamtkonzept optimieren ließen.⁷¹ Um sich vorstellen zu können, welche immense Beschleunigung Prozesse disruptiver Natur durch die Digitalisierung erfahren könnten, führe man sich einmal vor Augen, dass intelligente Technologien zukünftig selbst Vorschläge für ihre eigene Verbesserung generieren könnten, was notwendigerweise zu der Überlegung führt, dass die technische Entwicklung in einem sich selbst beschleunigenden Zyklus umso schneller voranschreiten wird, desto intelligenter die Technik ist, die in dieser eingesetzt wird. Welche umfassenden Einsatzbereiche der Technik es zukünftig also geben wird, kann unter Berücksichtigung dieser Dynamik niemand sicher vorhersehen.

Die technischen und rechtlichen Implikationen der Sachverhaltsautomation sind aus heutiger Sicht aber noch höchst umstritten. Insgesamt sind sie – zumindest in weiten Teilen – anders gelagert als die Fragen, die sich im Zusammenhang mit den hier untersuchten Rechtsgeneratoren ergeben. Sie müssen daher an anderer Stelle ausführlich betrachtet werden.⁷² Da diese Arbeit somit die Frage, ob und wie eine Sachverhaltsermittlung durch technische Anwendungen umgesetzt werden kann, ausklammern muss, sollen im Folgenden für mittelfristige Einsatzbereiche vornehmlich Anwendungsfelder von Rechtsgeneratoren untersucht werden, bei denen die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung keine überragende Rolle spielt, der Sachverhalt also ausermittelt, formalisiert und strukturiert vorliegt. Auch wenn damit einige Fragen zur Umsetzbarkeit der Sachverhaltsautomation offenbleiben müssen, sind hier zu findende

⁷¹ Die ersten Flugzeuge erinnerten beispielsweise noch an rudimentäre fliegende Rasenmäher; kaum 40 Jahre später flogen sie schon mit Überschallgeschwindigkeit.

⁷² Zu Möglichkeiten und Grenzen der Sachverhaltserfassung schon *Heil*, IT-Anwendungen im Zivilprozess, 2020, S. 35 ff.

Erkenntnisse im Kern allgemein verfassungsrechtlicher Natur und daher – unter entsprechender Ergänzung – auch auf zukünftig breitere Anwendungsbereiche übertragbar.

2. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Rechts- und Tatfragen

Erschwerend kommt bei dieser Herangehensweise aber hinzu, dass die Abgrenzung der Bereiche rechtlicher Fragen zu Fragen des Sachverhalts schon nicht immer einfach herstellbar ist und es zu Überschneidungen kommen kann.⁷³ Problematisch ist bereits die zugrunde liegende Frage, welche Aspekte der richterlichen Entscheidungsfindung Sachverhaltsfragen und welche Rechtsfragen betreffen. Schon seit vielen Jahrzehnten ist die Abgrenzung von *Tat- und Rechtsfragen*, insbesondere im Zusammenhang mit dem Revisionsverfahren, aber auch unter rechtstheoretischen Gesichtspunkten, heftig umstritten.⁷⁴ Nach Ansicht einiger bestünde die Möglichkeit einer logisch-begrifflichen Trennung der Informationsarten,⁷⁵ andere sind der Ansicht, dass eine Trennung unmöglich sei.⁷⁶

Von grundsätzlicher Bedeutung ist ein Verständnis des Begriffs der Tatsache, der Ausgangspunkt der Tatfrage ist. Allgemein lassen sich Tatsachen als Informationen über das tatsächlich Geschehene,⁷⁷ also über realweltlich, empirische Geschehensabläufe umschreiben. Sie sind zu verstehen als „in der Vergangenheit liegende raum-zeitliche oder auch nur zeitlich bestimmte Ereignisse, Zustände, Verhältnisse, Gegenstände und Beschaffenheiten, die der äußeren und inneren Wahrnehmungswelt zugehörig und naturgesetzlich geordnet sind.“⁷⁸ Rechtsansichten, die zur Beantwortung von Rechtsfragen dienen, bestehen hingegen aus (wertenden) *Metainformationen* über rechtliche Begriffe und Rechtsverhältnisse und ermöglichen eine rechtliche Beurteilung.⁷⁹ Tatfragen werden demzufolge, vereinfacht ausgedrückt, durch Erfassung von empirischen Informationen in einem Prozess des Erkennens beantwortet,⁸⁰ während

⁷³ So auch *Zwickel*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 182.

⁷⁴ U. a. *Zenthöfer*, *That- und Rechts-Frage*, 1870; *Scheuerle*, AcP, 157 (1958), 1 ff.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung, 1964; *Nierwetberg*, JZ 1983, 237 ff.; *Mitsopoulos*, ZZP, 120 (2007), 107 ff.; *Neumann*, in: Michalke/Köberer et al. (Hrsg.), FS Hamm, 2008, S. 525 ff.

⁷⁵ *Scheuerle*, AcP, 157 (1958), 1 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 307 ff.; *Mitsopoulos*, ZZP, 120 (2007), 107 ff.

⁷⁶ *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, ²1960, S. 48 ff.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung, 1964, u. a. S. 58 ff., 126 ff.

⁷⁷ *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 307.

⁷⁸ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, ¹²2018, S. 81 m. w. N.

⁷⁹ *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 45.

⁸⁰ *Mitsopoulos*, ZZP, 120 (2007), 107, 115.

die Beantwortung von Rechtsfragen (zumindest auch) durch Metainformationen ermöglicht wird und eine Einordnung des Geschehens in die Rechtsordnung (Subsumtion) erlaubt⁸¹.

Dies ist freilich nur eine sehr stark simplifizierte Darstellung, denn es besteht häufig eine Wechselbeziehung der Informationsarten, die sich gegenseitig bedingen, steuern und vermischen.⁸² Allein im Subsumtionsvorgang müssen Tat- und Rechtsfragen begriffsnotwendig zusammengeführt werden, was einen Bezug notwendig macht, der ohne eine gemeinsame Schnittmenge gar nicht möglich wäre.⁸³ Deshalb ist eine klare Trennung der Informationsarten – falls überhaupt möglich – nur mit erheblichem Aufwand und nur im Einzelfall durchzuführen.

IV. Juristische Semantik und Logik im Recht

Außerdem wird angeführt, dass auch die *juristische Semantik* einer logischen und damit algorithmischen Abbildung von Rechtssätzen Grenzen setzen könnte.⁸⁴ Teilbereiche dieses Forschungsgebiets beschäftigen sich mit der Frage, ob und wie die vorgenannten rechtlichen Prämissen des Justizsyllogismus durch einen Computer abgebildet oder gar erzeugt werden könnten.

Die Lehre von der Semantik beschäftigt sich mit der Bedeutung von Zeichen.⁸⁵ Diese Bedeutung soll der Rechtsanwender durch Interpretation und Auslegung aus dem Rechtstext herausziehen.⁸⁶ Eine Schwierigkeit dieses Prozesses ist, dass Normen abstrakt-generell für eine Vielzahl von Sachverhalten vorformuliert sind.⁸⁷ Will man also erkennen, ob ein Sachverhalt und eine Norm eine gemeinsame Schnittmenge aufweisen, muss die Abstraktheit überwunden und die Normbestandteile (insbesondere Tatbestandsmerkmale, aber auch Rechtsfolgen) durch ein komplexes Auslegungsver-

⁸¹ Larenz, Methodenlehre, 61991, S. 307; Mitsopoulos, ZZP, 120 (2007), 107, 115.

⁸² Kaufmann, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 1974, S. 295 ff., 303; Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 45 ff., 74 ff.; Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 101 f.

⁸³ Dies ist es, was *Engisch* als Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt bezeichnet, siehe *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 31963, S. 15.

⁸⁴ Bei Raabe/Wacker et al., Recht ex machina, 2012, S. 6 heißt es, „dass die automatisierte Ermittlung von Rechtsfolgen [...] kein Problem der Logik, sondern der Semantik darstellt.“; vgl. auch Schnapp, Logik für Juristen, 72016, S. 6; Herold, InTeR 2019, 7, 10.

⁸⁵ Ähnliche Definition bei Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 112020, Rn. 155a ff.

⁸⁶ Adrian, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 83.

⁸⁷ So auch Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 12; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 9; Staake, Werte und Normen, 2018, S. 424.

fahren anwendungsfähigen Definitionen zugeführt und diese dann mit der Tatsachelage abgeglichen werden.⁸⁸ Als problematisch wird gekennzeichnet, dass es eine „*semantische Lücke*“ zwischen dem Bereich des Seins (Sachverhalt) und des Sollens (Norm) gebe, die es in meist mehreren interpretatorischen Zwischenschritten (gemeint ist damit die Auslegung) zu überwinden gelte.⁸⁹

1. Bedeutungsschaffung als Illusion?

Sprachphilosophisch stark umstritten ist aber bereits, auf welche Weise die so gefundene Bedeutung im Ursprung geschaffen wird.⁹⁰ Aktuelle Einsichten in die Materie der Sprachbedeutungsschaffung und ihren Auswirkungen auf die Rechtsfindung werden unter anderem durch die *linguistische Wende* (auch *linguistic turn*)⁹¹ geprägt, einen von der Sprachphilosophie ausgehenden transdisziplinären Diskussionsansatz, der in einem weiten Sinne mit dem Ziel eines neuen Wertverständnisses der Sprache als zentrale Bedingung von Denken und Erkenntnis betrieben wird.⁹² Als eine in diesem Zusammenhang zentrale Erkenntnis gilt, dass, während man vor der linguistischen Wende überwiegend noch der Ansicht war, dass die Bedeutung bereits im sprachlichen Ausdruck enthalten sei, anschließend die Bedeutungsschaffung beim Sprachverwender, wie zum Beispiel dem Leser des Textes, angesiedelt wurde, also Texten und der Sprachwelt im Allgemeinen ein objektiver Bedeutungsgehalt abgesprochen wurde.⁹³

Axel Adrian stellt in Anlehnung daran die These auf, dass dieses Verständnis von Sprachbedeutungsschaffung dahingehend verstanden werden könne, dass Semantik als Instrument juristischer Bedeutungsfindung bloße *Illusion* sei, weil der Sprachwelt eine objektive Bedeutung gänzlich fehle.⁹⁴ Daraus ließe sich, so seine weitere Überlegung, schlussfolgern, dass Semantik, da sie auch von Menschen nur simuliert werden könne, dem Einsatz von Maschinen in richterlicher Position keine unmittelbaren Grenzen set-

⁸⁸ Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 95; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 123 f.; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 156 ff.

⁸⁹ *Raabe/Wacker* et al., Recht ex machina, 2012, S. 53.

⁹⁰ Übersicht verschiedener Theorien bei *Rütbers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 155a ff.

⁹¹ Bei *Rorty*, The linguistic turn, 1967 sind erstmals sprachphilosophische Diskursbeiträge hierzu zusammengestellt.

⁹² Zur Definition vgl. *Stierstorfer*, in: Nünning (Hrsg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, ⁵2013, S. 447 f.; vgl. auch *Adrian*, Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie, 2014, S. 66 f., er definiert den linguistic turn als Abwendung von einem eindeutig auf ein Gesamtsystem von Tatsachen zurückführendem Sprachverständnis und die Hinwendung zu der Frage, wie die Bedeutung von Sprache durch (bloße) Beziehungen, also insbesondere ihren Gebrauch, begriffen werden kann.

⁹³ *Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 84.

⁹⁴ *Ders.*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 90 f.

zen könne, denn unter dieser Prämisse ließe sich auch schon auf Grundlage des allgemeinen Regelsystems der syntaktischen Struktur der Sprache aus der Zusammenstellung einer endlichen Menge an „Sprachquanten“ Bedeutungsschaffung künstlich simulieren.⁹⁵

2. Stellenwert menschlicher Fähigkeiten in der Rechtsfindung

Die überwiegende Anzahl der Autoren ist hingegen in Hinblick auf die künstliche Simulierung von Semantik weniger optimistisch.

a. Die Fähigkeit zur Sinnstiftung

Ein Forschungsbereich, der sich ebenfalls mit der Untersuchung der Schaffung von Verstehen und Erkenntnis im juristischen Auslegungsverfahren beschäftigt, ist die *juristische Hermeneutik*.⁹⁶ Auch die juristische Hermeneutik begründet sich auf der Erkenntnis, dass die Auslegung kein einseitiger objektiver Vorgang sei, sondern gewisser kognitiver Vorbedingungen des Anwenders bedürfe.⁹⁷ Dieses als *hermeneutischer Zirkel* bezeichnete Verständnis der Auslegung besagt, dass der Interpret das Ergebnis vor der Auslegung oder Interpretation bereits im Geist erschaffen und in den Text hineingelegt haben muss, um es sodann aus diesem herausziehen zu können.⁹⁸ Schon die Auslegung von Gesetzen hat im Verständnis der Hermeneutik also ein schöpferisches Element.⁹⁹

Eine Reihe von Autoren leitet hieraus eine besondere Rolle menschlicher Fähigkeiten für die Rechtsfindung ab; vielfach geht man davon aus, dass sich die Ergründung der komplexen Semantik von Rechtsquellen durch Auslegung und Interpretation jeder

⁹⁵ Ders., *Rechtstheorie*, 48 (2017), 77, 91 ff.

⁹⁶ Als eines der wichtigsten Werke hierzu gilt *Gadamer, Wahrheit und Methode* 1960 (Nachdruck 1990); zusammenfassend vgl. auch *Adrian, Grundprobleme*, 2009, S. 78 ff.; *Klatt*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Hdb. Rechtsphilosophie*, 2017, S. 224 ff., 224.

⁹⁷ So beschrieben von *Kaufmann, Rechtsphilosophie*, ²1997, S. 45; *Staahe, Werte und Normen*, 2018, S. 428.

⁹⁸ Wohl zuerst beschrieben von *Ast, Grundlinien der Grammatik*, 1808, S. 179 f.; vgl. auch *Gadamer, Wahrheit und Methode* 1960 (Nachdruck 1990), S. 270 f.; *Larenz, Methodenlehre*, ⁶1991, S. 206 f. m. w. N.; *Kaufmann, Rechtsphilosophie*, ²1997, S. 45; *Klatt*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Hdb. Rechtsphilosophie*, 2017, S. 224 ff., 224.

⁹⁹ Vgl. nur *Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß*, 1984, S. 104 f. m. w. N., der hiervon aber Normen mit eindeutigem Gesetzeswortlaut ausnimmt; auch *Kirchhof, NJW* 1986, 2275 schlussfolgert: „Der Übergang von der Rechtsfindung zur Rechtsschöpfung ist fließend.“; es ließe sich somit argumentieren, dass die vorgenannte Operation Maschinen nicht möglich sei. Hingegen *Brinkmann, DRiZ* 1993, 349, 351 gibt zu bedenken, dass komplexe Wertungen auch Menschen überfordern können und auch diese Schemata zur Hilfe nehmen müssen; siehe zuletzt zu dieser Fragestellung noch *Gless/Woblers*, in: *Böse/Schumann/Toepel* (Hrsg.), *FS Kindhäuser*, 2019, S. 147 ff., 157.

Formalisierung entziehe, weshalb sie nur Menschen möglich sei.¹⁰⁰ Zur Begründung wird angeführt, dass die Interpretation und Auslegung von Norminhalten einen hoch komplexen Vorgang darstelle, der, da das Recht eben anders als Computer nicht rein rational operiere,¹⁰¹ zu seiner Ausführung zwangsläufig menschlicher Fähigkeiten wie gesundem Menschenverstand, Lebenserfahrung, Gerechtigkeitsempfinden und dergleichen bedürfe.¹⁰² Im Zentrum des Semantik-Problems steht die Eigenart natürlicher Sprache, verschiedene Deutungen nach dem Kontext zuzulassen.¹⁰³ Diese Uneindeutigkeit¹⁰⁴ beziehungsweise Offenheit erfordere die menschliche Sinnstiftungsfähigkeit.¹⁰⁵ Speziell, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln große Spielräume zur Entscheidung eröffneten, seien diese nur durch (menschliche) Wertungen zu füllen.¹⁰⁶

b. Die Fähigkeit zur Erzeugung von Einzelfallgerechtigkeit

Grund dafür, menschlichen Fähigkeiten wesentliche Bedeutung in der Rechtsfindung zuzusprechen ist auch, dass das zur Bildung dieses Interpretationsergebnisses notwendige „Vorverständnis“ oder „Rechtsgefühl“ des Richters, das durch soziale und berufliche Erfahrungen gebildet ist, als urteilsbildender Faktor bekannt und in seiner Relevanz für die Erzeugung eines einzelfallgerechten Ergebnisses vielfach anerkannt ist.¹⁰⁷

¹⁰⁰Daran ändert auch die scheinbar formalistische Verwendung von Auslegungsregeln nichts, so *Rollecke*, VVDStRL, 34 (1976), 7, 38; siehe auch *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 121 f.; *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 664; *Kotsoglou*, JZ 2014, 451, 453; *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 957; aus der anglo-amerikanischen Literatur beispielhaft *La Diega*, *jipitec* 2018, 3, 5 f.; weiterhin *Herold*, InTeR 2019, 7, 10; *Grupp/Bues*, Rethinking law 2019/2, 19, 23; *Hähnchen/Schrader* et al., JuS 2020, 625, 627; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 35; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, ¹²2021, S. 90.

¹⁰¹So *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 122; *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 170.

¹⁰²*Grupp*, AnwBl 2014, 660, 664; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 762.

¹⁰³Hierzu *Staake*, JURA 2018, 661, 667; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761; *Glock*, in: Schulz/Schunder-Hartung (Hrsg.), Recht 2030, 2019, S. 129 ff., 137 Siehe weiterführend Kap. 5, A, II, 5.

¹⁰⁴Das ließe sich zwar durch eine exaktere Rechtssprache ändern, dies sei aber keinesfalls wünschenswert, da dadurch die Elastizität und Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung und damit ihre Fähigkeit zur situationsbezogenen Gerechtigkeit, aber auch die Verständlichkeit, verloren gingen, so *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, ²1997, S. 124; zudem auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, ¹²2021, S. 90.

¹⁰⁵Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2014, 451, 453; *Grupp/Bues*, Rethinking law 2019/2, 19, 23; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 220; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, ¹²2021, S. 90.

¹⁰⁶So *Staake*, Werte und Normen, 2018, S. 426 f.; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 762; *Hähnchen/Schrader* et al., JuS 2020, 625, 627; *Greco*, RW 2020, 29, 36 überzeugt dieser Einwand indes nicht.

¹⁰⁷*Berkemann*, JZ 1971, 537 ff.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1972, S. 40 ff.; *Bürck*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 141 ff.; *Kaufmann*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 1974, S. 295 ff., 301 ff.; *Bihler*, Rechtsgefühl, 1979, S. 68 ff., 94 ff.; eher kritisch *Laußen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 106; differenzierend *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 76 ff. m. w. N.; vgl. auch *Weimar*, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, 1996, S. 108 ff.; *Hirsch*, ZRP 2009, 61 f.

Diese Faktoren sind wichtig, weil das Recht als Wertesystem fortwährend der Deutung durch das Subjekt bedarf, um seine Bedeutung für eine individuelle zwischenmenschliche Konfliktsituation zu entfalten.¹⁰⁸ *Esser* argumentiert beispielsweise, dass Elemente wie die Interpretation des Normzwecks, die Auslegung von wertungsbedürftigen Begriffen oder die Sachverhaltsbeurteilung im Kontext sozialer Verhältnisse schlechthin eine richterliche Vorqualifikation von Norminhalten und damit ein voluntatives Element erforderten, das sich mit einer algorithmisch-schematischen Gesetzesanwendung nicht vereinbaren ließe.¹⁰⁹ Dies gilt umso mehr dort, wo ausfüllungsbedürftige Lücken im Gesetz eine extensive Auslegung oder gar Gesetzesfortbildung erfordern, was dadurch deutlich wird, dass das Bundesverfassungsgericht diese Tätigkeit der Rechtsprechung auch als „*Akt des bewertenden Erkennens*“ beschrieb.¹¹⁰

Die Rechtsanwendung dient schließlich nicht nur in diesem Bereich schwerpunktmäßig dazu, *Einzelfallgerechtigkeit* herzustellen. Nur Menschen sind jedoch bislang in der Lage, Informationen auf menschliche Weise zu verstehen und auch solche Informationen zu verarbeiten und mit Bedeutung zu füllen, die Kriterien enthalten, die aus ihrem erlernten Bewertungsraster herausfallen. Sie können auf solche unerwarteten Änderungen flexibel reagieren.¹¹¹ Maschinen wenden das Recht hingegen rein schematisch an und sind blind für Besonderheiten des Einzelfalls, die sich nicht in ihrem Datenpool oder ihrer Programmierung wiederfinden.¹¹² Sie behandeln rechtliche Fragestellungen und die dahinterstehenden menschlichen Schicksale daher stets typisiert und nicht individuell.

c. Die Fähigkeit zu innovativem Denken

Vermehrt wird gegen eine breite Anwendung von Rechtsgeneratoren auch ein weiteres Hindernis angeführt; Maschinen seien zu innovativem, das Recht fortentwickelndem Denken nicht in der Lage; der Einsatz von Rechtsgeneratoren zur Rechtsprechung könne daher durch Ausbleiben von *Rechtsfortbildung* zu einer Stagnation und reproduktiven Logik des Rechts führen.¹¹³ Technischen Einrichtungen fehlt es tatsächlich

¹⁰⁸ So etwa *Häuser*, *Betrifft JUSTIZ*, 107 (2011), 151, 152.

¹⁰⁹ Vgl. *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1972, S. 60.

¹¹⁰ BVerfG, *Beschl. v. 14.02.1973*, BVerfGE, 34, 269, 287 = NJW 1973, 1221, 1225.

¹¹¹ *Zweig*, *Wo Maschinen irren können*, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 15.

¹¹² *Simitis*, *Automation in der Rechtsordnung*, 1967, S. 18, 21; *Bull*, *Der Staat*, 58 (2019), 57, 76, 80; *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 197, 201.

¹¹³ Diese Befürchtung bereits bei *D'Amato*, *Georgia Law Review* 1977, 1277, 1298; *Goebel/Schmalz*, *CR* 1986, 510, 514; vgl. auch *Haman*, *Integration neuronaler Netze*, 1998, S. 141; *Bull*, *Der Staat*, 58 (2019), 57, 77; *Rostalski*, *Rethinking law* 2019/1, 4, 9 f.; CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 23 f.;

an der umfassenden Fähigkeit zur kreativen Rechtsfortbildung und zum intuitiven Erkennen geänderter Wertvorstellungen; sie können das bestehende Recht nicht erneuern oder neu interpretieren.¹¹⁴ Insgesamt wäre ein Rechtsgenerator nicht in der Lage, einen gänzlich neuen Fall zu entscheiden.¹¹⁵ Dieser Umstand ist auch wesentlicher Bestandteil der Einwände *Kotsoglous* gegen die Möglichkeit der Rechtsautomation.¹¹⁶ Wenn *Kotsoglou* schreibt, dass der Algorithmus „als Input seinen eigenen Output“ verwenden müsse,¹¹⁷ wird dadurch genau die hier beschriebene Situation erfasst. Sobald Algorithmen nicht mehr erstmalig, sondern fortgesetzt Bestandteil der Rechtsprechung würden, könnten sie selbst die ihnen zur Verfügung stehende Datenbasis mitgestalten, was zu einer endlosen Wiederholung der gefundenen Ergebnisse führen muss und jede Rechtsfortbildung ausschließt.¹¹⁸ Anders als von *Greco* vorgebracht, wird dies in den Anwendungsfällen der Rechtsfortbildung auch nicht dadurch relativiert, dass diese stets an bestehende Prämissen in der Rechtsordnung anknüpfe.¹¹⁹ Zwar trifft dies in begrenztem Umfang zu, es ist aber zu berücksichtigen, dass bereits durch die Auswahl der rechtlichen Prämissen und durch die Transferleistung ihrer neuen Zusammenstellung etwas gänzlich Neues geschaffen wird, das einen bewussten Willensakt und das Erkennen eines gesellschaftlichen Regelungsbedürfnisses voraussetzt. Im Ganzen stehen der Rechtsautomation für Fälle, in denen Rechtsfortbildung betrieben wird oder geänderte gesellschaftspolitische Wertvorstellungen umgesetzt werden, also einige gewichtige Einwände entgegen.

Zwischenergebnis

Im Ergebnis steht damit fest: Wenn in logischen Modellen wie dem des Justizsyllogismus als Repräsentant der formalen Rechtslogik von „angewandeter Norm“ und „konkretem Sachverhalt“ die Rede ist, so sind dies keine feststehenden Fakten, sondern nur Allgemeinplätze, die vom Rechtsanwender erst mit einem Sinn in Bezug auf eine indi-

DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 37 befürchtet das sogar bereits bei entscheidungsunterstützendem Einsatz.

¹¹⁴Vgl. *Fries*, RW 2018, 414, 425; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 160; *Hähnchen/Schrader* et al., JuS 2020, 625, 629; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 132 ff. m. w. N.

¹¹⁵*Fries*, RW 2018, 414 ff.

¹¹⁶*Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.

¹¹⁷*Ders.*, JZ 2014, 451, 455.

¹¹⁸Auch *Adrian* hält diesen Umstand daher für den Endpunkt von Überlegungen zur Ersetzung von Entscheidungsträgern durch Maschinen. *Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 105; vgl. zudem *Bull*, Der Staat, 58 (2019), 57, 77.

¹¹⁹*Greco*, RW 2020, 29, 38.

viduelle Situation gefüllt werden müssen. Überwiegend wird daher richtigerweise geschlossen, dass der Syllogismus die Rechtsanwendung zu stark vereinfacht darstelle, da es maßgeblich darauf ankäme, dass seine Prämissen erst noch gebildet werden müssten.¹²⁰ *Kilian* greift diesen Aspekt auf und stellt zutreffend fest, dass der Justizsyllogismus nicht den Entscheidungsprozess als solchen abbilde, sondern primär dessen Rechtfertigung durch einen „Anschein zwingender Deduktion“ diene.¹²¹ Positiv gewendet stellt das Subsumtionsdogma den Entscheidungsprozess also nicht dar, sondern ist vielmehr ein Mechanismus der Komplexitätsreduzierung in einem hoch komplexen Bereich menschlicher Interaktion. Das gleiche gilt auch für die eingangs erwähnten juristischen Auslegungsmethoden.¹²² Mithilfe des Verweises auf die Logik wird versucht, die Folgerichtigkeit der Begründung und des Ergebnisses nachzuweisen.¹²³ Auch für die Logik im Allgemeinen gilt, dass diese keine Informationen enthält, die nicht bereits in ihren (vordefinierten) Prämissen enthalten ist und deshalb keine neuen inhaltlichen Erkenntnisse erschaffen kann.¹²⁴ Da regelbasierte Rechtsgeneratoren auf logisch-formalisierte Regeln angewiesen sind, sind sie nicht im Stande, rechtlichen Problemen eine Bedeutung beizumessen, weshalb sie individuelle Schlussfolgerungen nicht anstellen und die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung nicht erkennen können.

B. Datenbasiert statistisch-induktive Systeme

Für ein umfassendes Bild der technischen Möglichkeiten von Rechtsgeneratoren fehlt jedoch noch ein wesentlicher Bereich: Neben dem relativ intensiv erforschten Gebiet der regelbasierten Rechtsgeneratoren, die auf Grundlage eines programmeterminierten Algorithmus operieren, bietet Künstliche Intelligenz eine neuartige Entwicklungsmöglichkeit. Die datenbasierte Einsatzmöglichkeit von Rechtsgeneratoren, die der Funktionsweise von KI häufig zugrunde liegt, wird auch als *induktive Methode* oder *statistische Lösung* charakterisiert.¹²⁵ Bei dieser Methode werden Erkenntnisse vereinfacht gesagt durch (wenn auch im Falle des Einsatzes Künstlicher Intelligenz hochkom-

¹²⁰Vgl. *Bürck*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 257; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 95; *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 5; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 11/2020, Rn. 191.

¹²¹*Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 80. Er schlussfolgert daraus, dass eine Automatisierung von Gerichtsentscheidungen auf Grundlage des Justizsyllogismus nicht möglich sei und stellt daraufhin Änderungsbedingungen auf, (S. 82 ff.).

¹²²*Roellecke*, VVDStRL, 34 (1976), 7, 38 f.

¹²³*Staake*, JURA 2018, 661, 666.

¹²⁴*Hassemer*, ZRP 2007, 213, 215; *Schnapp*, Logik für Juristen, 7/2016, S. 15; *Staake*, JURA 2018, 661, 665.

¹²⁵*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1108 ff.

plexe) Wahrscheinlichkeits- oder Ähnlichkeitsberechnungen auf Grundlage von Mustererkennung erzielt, die Merkmale in Daten, die teilweise bereits mit den zugehörigen Lösungen versehen sind, erkennen und nach Häufigkeit und Nähe des gemeinsamen Auftretens mit unbekanntem Daten auswerten. KI ist dabei streng genommen kein eigener Ansatz, sondern vielmehr ein Mittel, durch das (unter anderem) die induktive Methode verbessert zum Einsatz kommen kann.

I. Technischer Rahmen: insbesondere Künstliche Intelligenz

Die Frage, warum die induktive Methode durch Künstliche Intelligenz besonders gut umgesetzt werden kann, soll inhaltlich zunächst anhand einiger technischer Grundlagen vorentlastet werden.

Als Künstliche Intelligenz wird allgemein ein Teilgebiet der Informatik bezeichnet,¹²⁶ dessen theoretische Grundlagen bis zur Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts zurückreichen.¹²⁷ Die Übersetzung des Terminus *Artificial Intelligence* zum im deutschen Sprachraum üblichen Begriff der Künstlichen Intelligenz lässt sich freilich angreifen, denn „Intelligence“ ließe sich auch mit Information, Nachricht oder Verständnis übersetzen¹²⁸ und „Artificial“ könnte auch im Sinne von unecht oder Schein verstanden werden.¹²⁹ Allerdings mangelt es an einer mehrheitsfähigen Begriffsalternative, so dass auch die vorliegende Arbeit sich den gebräuchlichen Termini anschließen will. Terminologiediskussionen wie diese sind im Ergebnis zudem nur selten in der Lage, das Problem der Unbestimmtheit und Angreifbarkeit jeder pauschalisierenden Begriffsfestlegung zu überwinden und können daher nur selten einen inhaltlichen Mehrwert liefern.

Eine Definition von Künstlicher Intelligenz ist unabhängig von einem Anwendungsbereich nur schwer zu greifen. Will man jedoch einen abstrakten Definitionsversuch wagen, kann unter dem Terminus beispielsweise die eigenständige Entscheidungsfindung einer Maschine verstanden werden, die losgelöst von menschlicher Einflussnahme ist und durch maschinelles Lernen den eigenen Erfahrungs- und Wissensschatz erweitert, um so bei der Lösung von Aufgaben dazuzulernen.¹³⁰

¹²⁶Döbel/Leis et al., *Maschinelles Lernen*, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 8; Deutscher Bundestag, Drucksache 19/1982, 27.04.2018, S. 2; Staffler/Jany, *ZIS* 2020, 164, 165.

¹²⁷1955 wurde der Terminus Artificial Intelligence erstmals in einem Forschungsantrag verwendet, McCarthy/Minsky et al., A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 31.08.1955.

¹²⁸So sieht es Haft, in: Geimer/Schütze/Garber (Hrsg.), *FS Simotta*, 2012, S. 197 ff., 204.

¹²⁹Hartmann, *Einführung in die Expertensystem-Technologie*, 2015, S. 7.

¹³⁰Noch allgemeiner fasste es Marvin Minsky 1968, der Künstliche Intelligenz definierte als „the science of making machines do things that would require intelligence if done by man.“, Minsky, *Semantic Information Processing*, 1968, V; Definition hier nach Klaas, *MMR* 2019, 84, 85.

1. Starke und schwache Künstliche Intelligenz

Eine übliche Unterscheidungslinie wird zwischen „starker“ und „schwacher“¹³¹ Künstlicher Intelligenz gezogen.¹³² Als starke Künstliche Intelligenz lässt sich eine Maschine beschreiben, die nicht nur intelligent, sondern auch mit einem Bewusstsein ausgestattet ist.¹³³ Sie wäre in der Lage, die meisten Aktivitäten wie ein Mensch auszuführen.¹³⁴ Eine solche Technologie existiert jedoch (noch) nicht. Schwache KI hingegen ist weniger weit entwickelt, aber bereits in der Lage, komplexe Muster zu erkennen und große Datenmengen, unter anderem mithilfe selbstlernender Systeme, effektiv auszuwerten.¹³⁵ Dabei ist schwache KI aber stets auf die Implementierung des Lernvorgangs durch einen Menschen angewiesen und kann daher auch nur ein begrenztes Spektrum an Aufgaben lösen.¹³⁶ Auch in der vorliegenden Arbeit soll dem Begriff einer schwachen Künstlichen Intelligenz gefolgt werden.

Wenn man von schwacher KI spricht, ist Intelligenz nicht in einem menschenähnlichen Sinne, sondern eher als Metapher für rationales Handeln und Entscheiden zu verstehen.¹³⁷ Der Vergleich oder gar die Gleichsetzung von maschineller mit menschlicher Intelligenz ist verfehlt.¹³⁸ Oft wird nämlich nicht auf die Intelligenz des Programms, sondern auf die Qualität der Ergebnisse abgestellt. Sind diese aus Sicht des Menschen nützlich und richtig, kann von einem „intelligenten Ergebnis“ gesprochen werden, der Prozess des Zustandekommens ist dann unerheblich.¹³⁹ Maschinelle „Intelligenz“ kann daher im Sinne von rationaler Entscheidungsintelligenz als die Fähigkeit

¹³¹ Bzw. weiter, genereller oder harter und enger, angewandter oder weicher Künstlicher Intelligenz.

¹³² *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 93; *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz*, 2017, S. 82; *Bues*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1156 ff., 1165 ff.; *Turner*, *Robot Rules*, 2019, S. 7; *Christen/Mader* et al., *Wenn Algorithmen für uns entscheiden*, 2020, S. 72; *Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence*, ⁴2022, S. 1032 f.

¹³³ Vgl. CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 31.

¹³⁴ AI HLEG, *A definition of AI*, 08.04.2019 (bit.ly/3BQHdOD), S. 5.

¹³⁵ CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 31.

¹³⁶ *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 93.

¹³⁷ *Surden*, *Washington Law Review*, 89 (2014), 87, 89; *Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence*, ⁴2022, S. 54 ff.

¹³⁸ *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz*, 2017, S. 15; *Herberger*, *NJW* 2018, 2825, 2826.

¹³⁹ *Surden*, *Washington Law Review*, 89 (2014), 87, 98 f.; *Bues/Matthaei*, in: Jacob/Schindler/Strathausen (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 92; *Volokh*, *Duke Law Journal*, 68 (2019), 1135, 1137 f.

umschrieben werden, „in einem breiten Umfeld von Rahmenbedingungen Ziele zu erreichen“¹⁴⁰. Es ist zu berücksichtigen, dass KI ein Begriff ist, der die Grundlage für mehrere Forschungsbereiche bildet, die immer neue Technologien hervorbringen und damit in ständigem Wandel begriffen sind.¹⁴¹

2. Maschinelles Lernen

Ein wichtiger Terminus für das Verständnis von Künstlicher Intelligenz ist auch der des *Maschinellen Lernens* (*Machine Learning*). Dieser bezeichnet Algorithmen, die die Fähigkeit besitzen zu lernen und so ihre Arbeitsergebnisse über die Zeit selbstständig zu verbessern.¹⁴² Im Grunde ist die dazu angewendete Herangehensweise in einem abstrakten Sinne ähnlich der einer (herkömmlichen) statistischen Analyse.¹⁴³ Beim Machine Learning liegt der Fokus aber (anders als (häufig) bei der Statistik) nicht auf der Erklärung der Vergangenheit, sondern darauf, eine Anpassungsfähigkeit der Modelle an zukünftige und sich verändernde Umstände zu ermöglichen.¹⁴⁴ Hierfür werden Muster und Regelmäßigkeiten in Datenmengen gesucht, deren Zusammenhänge mithilfe mathematischer Funktionen beschrieben werden können.¹⁴⁵ Die Funktion, die diese Zusammenhänge am besten beschreiben kann, soll von der Maschine selbstständig in zahlreichen Testdurchläufen auf Grundlage unterschiedlicher Hypothesen ermittelt werden.¹⁴⁶

Dabei wird unterschieden zwischen überwachtem (*supervised*), unbeaufsichtigtem (*unsupervised*) und bestärkendem (*reinforced*) Lernen.¹⁴⁷ Beim überwachten Lernvorgang wird ein Trainingsset von Daten, deren Verknüpfung bereits bekannt und das mit den „richtigen Antworten“ zu den gestellten Fragen bereits versehen ist, in den Algorithmus eingespeist, das vom Programm ausgewertet wird, um dann das erkannte Muster mithilfe eines weiteren Algorithmus auf unbekannte Fälle anzuwenden.¹⁴⁸ Ziel des

¹⁴⁰Herberger, NJW 2018, 2825, 2826; vgl. auch Turner, Robot Rules, 2019, S. 13 f.

¹⁴¹Djeffal, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, 22.11.2018 (bit.ly/3js3Pwv), S. 7 f.

¹⁴²Dazu Surden, Washington Law Review, 89 (2014), 87, 88.

¹⁴³Ders., Washington Law Review, 89 (2014), 87, 95; Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 30.

¹⁴⁴Surden, Washington Law Review, 89 (2014), 87, 95.

¹⁴⁵Hildebrandt, University of Toronto Law Journal, 68 (2018), 12, 25.

¹⁴⁶Dies., University of Toronto Law Journal, 68 (2018), 12, 25 f.

¹⁴⁷Hierzu Stiemerling, CR 2015, 762, 763; Lenzen, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 50 f.; Welzel/Grosch, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 11 f.; Ackermann, in: DeStefano/Dobrauz (Hrsg.), New Suits, 2019, S. 475 ff., 477 ff.; AI HLEG, A definition of AI, 08.04.2019 (bit.ly/3BQHdOD), S. 3 f.

¹⁴⁸Vgl. Surden, Washington Law Review, 89 (2014), 87, 93; Ashley, Artificial Intelligence, 2017, S. 109; Döbel/Leis et al., Maschinelles Lernen, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 9; Lenzen, Künstliche Intelligenz,

unbewachten Lernvorgangs ist es hingegen, Trainingsdaten ohne Zielvorgabe und Struktur zu ordnen und so unbekanntes Zusammenhänge sichtbar zu machen.¹⁴⁹ Beim bestärkenden Lernen wird erwünschtes beziehungsweise korrektes Verhalten durch Rückmeldung bestärkt.¹⁵⁰

Maschinelles Lernen wird maßgeblich durch große Datenmengen (*Big Data*) ermöglicht.¹⁵¹ Daten können Träger von Informationen sein (beispielsweise personenbezogene Daten); ihnen kommen aber als rein symbolische Werte selber keine eigene Sinngehalte zu,¹⁵² was die Verarbeitung von Daten maßgeblich von einer Regelprogrammierung unterscheidet. Die Menge und Qualität dieser Daten ist dabei entscheidend für die Qualität des Ergebnisses.¹⁵³ Meist bringen die Methoden der KI dort den größten Nutzen, wo ausreichend Daten zu einem Realweltphänomen vorhanden sind.¹⁵⁴

II. Künstliche Rechts-Intelligenz

Eine Definition Künstlicher Intelligenz im Kontext juristischer Anwendungen fällt gleichermaßen schwer. Hierunter könnten zunächst alle Technologien verstanden werden, die in der Lage sind, Aufgaben im Zusammenhang mit rechtlichen Fragen zu bewältigen, die zuvor von Menschen erledigt wurden.¹⁵⁵ Darunter ließe sich dann wohl aber jede technische Anwendung im juristischen Bereich fassen. Anwendungen, die nur vorgegebene Entscheidungen dahinterstehender Menschen reproduzieren, sind jedoch in dieser Arbeit nicht als KI zu klassifizieren.¹⁵⁶ Enger gefasst ist es deshalb, die Übernahme kognitiver Leistungen juristisch vorgebildeter Menschen zu verlangen¹⁵⁷

¹⁴⁹2018, S. 50 f.; *Ackermann*, in: DeStefano/Dobrauz (Hrsg.), *New Suits*, 2019, S. 475 ff., 478; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657 f.; AI HLEG, A definition of AI, 08.04.2019 (bit.ly/3BQHdOD), S. 4.

¹⁴⁹*Döbel/Leis* et al., *Maschinelles Lernen*, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 9; *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, 2018, S. 51; *Welzel/Grosch*, *Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz*, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 12; *Ackermann*, in: DeStefano/Dobrauz (Hrsg.), *New Suits*, 2019, S. 475 ff., 478 f.; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁵⁰*Mitchell*, *Machine learning*, 1997, S. 367 ff.; *Döbel/Leis* et al., *Maschinelles Lernen*, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 43; *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, 2018, S. 51; *Welzel/Grosch*, *Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz*, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 12.

¹⁵¹Zum Begriff *Hoffmann-Riem*, AöR, 142 (2017), 1, 6 f.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Big Data*, 2018, S. 11 ff., 19 f. m. w. N.; *Kolany-Raiser/Heil et al.* (Hrsg.), *Big Data*, 2019, S. 4 (Einleitung).

¹⁵²*Hildebrandt*, *University of Toronto Law Journal*, 68 (2018), 12, 26; *Hoffmann-Riem*, in: *ders.* (Hrsg.), *Big Data*, 2018, S. 11 ff., 16.

¹⁵³*Glock*, in: *Schulz/Schunder-Hartung* (Hrsg.), *Recht 2030*, 2019, S. 129 ff., 136; *Hoch*, *AcP*, 219 (2019), 646, 655 m. w. N.

¹⁵⁴Um die Datenmenge zu vergrößern, ist es unerlässlich, auch unstrukturierte Daten – in Form von natürlicher Sprache – miteinzubeziehen.

¹⁵⁵So *Barker*, *TortSource*, 19 (2017), 4.

¹⁵⁶Vgl. *Klaas*, *MMR* 2019, 84, 85; *Staffler/Jany*, *ZIS* 2020, 164, 165.

¹⁵⁷*Klaas*, *MMR* 2019, 84, 85.

oder vorauszusetzen, dass Rechtsrat und rechtliche Entscheidungsfindung analog zu einem menschlichen Experten geschehen.¹⁵⁸

Bei einem induktiven Vorgehen kann eine große Datenbasis zur Generierung dieser Art Ergebnisse beitragen. Die Chancen, die Künstliche Intelligenz im Gebiet der Rechtsautomation bereithält, zeigen sich, wenn man sich vor Augen führt, dass es mittels einer manuell eingegebenen Wissensbasis, wie sie für regelbasierte Rechtsgeneratoren benötigt wird, faktisch unmöglich ist, alle für eine Aktion denkbaren Vorbedingungen zu berücksichtigen.¹⁵⁹ KI könnte hier ansetzen und große Datensätze nach bestimmten Problemstellungen durchsuchen und so wissensrepräsentative Verknüpfungen herstellen und hieraus Schlussfolgerungen ziehen.¹⁶⁰ Nachteil auch der statistischen Methode ist aber, dass Wahrscheinlichkeiten keine Auskunft über Besonderheiten des Einzelfalls liefern und nur dort zuverlässige Ergebnisse erbringen, wo Entscheidungsgründe durch Wahrscheinlichkeiten abgebildet werden, was bei einem Großteil der Subsumtionsvorgänge nicht der Fall ist.¹⁶¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Um den Beinamen intelligent zu verdienen sollte ein Rechtsgenerator in der Lage sein, Erkenntnisse zu juristischen Zusammenhängen und (der Maschine zuvor) unbekanntem Rechtsfragen zu liefern, ohne dafür auf eine explizite menschliche Programmierung zurückgreifen zu müssen.¹⁶² Maschinelles Lernen ist – genau wie maschinelle Intelligenz – aber nicht mit dem menschlichen Lernen zu vergleichen. Auch der maschinelle Lernvorgang ist eher in einem funktionalen und nicht in einem geistigen Sinne zu verstehen – es geht dabei darum, die eigene Leistung selbstständig zu verbessern.¹⁶³ Künstliche Intelligenz ist also insgesamt noch weit entfernt von der Verwirklichung der Science-Fiction einer allwissenden und dem Menschen in jeglicher Hinsicht überlegenden Maschine. Begriffe wie Intelligenz oder Lernen müssen gleichsam entmenschlicht werden, um ihre wahre Bedeutung für die KI-Forschung zu erfassen. Im Einzelfall ist die Grenze zur Intelligenz fließend.

Eine solche Rechts-Intelligenz stellt zuletzt aber auch nur einen kleinen Ausschnitt der Anwendungsmöglichkeiten von KI im juristischen Bereich dar. Elemente der KI-Methodik können auch unabhängig von der Erteilung künstlicher Rechtsauskünfte

¹⁵⁸ *Sourdin*, UNSW Law Journal, 41 (2018), 1114, 1122.

¹⁵⁹ *Döbel/Leis* et al., Maschinelles Lernen, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 10; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 62.

¹⁶⁰ Kritisch bis vorsichtig optimistisch zu automatisierten Verfahren der juristischen Wissensrepräsentation *Raabe/Wacker* et al., Recht ex machina, 2012, S. 138 ff.; *Frese*, NJW 2015, 2090; *Burr*, BB 2018, 476, 478; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1108 ff.

¹⁶¹ *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1111.

¹⁶² Ähnlich bei *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 165; *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, ²2020, S. 31.

¹⁶³ Hierzu ausführlich *Russell/Norvig*, Artificial Intelligence, ⁴2022, S. 669 ff.

und Entscheidungen Verwendung finden.¹⁶⁴ Einen Fortschritt verspricht KI beispielsweise auch in dem für Rechtsgeneratoren wichtigen Bereich der Wiedergabe und Verarbeitung von Informationen in natürlicher Sprache mithilfe semantischer Spracherkennung.¹⁶⁵ Heute schon können sogenannte *Legal Chatbots* in natürlicher Sprache mit Rechtssuchenden kommunizieren.¹⁶⁶

III. Nachbildung juristischer Semantik durch Künstliche Intelligenz?

Zu klären bleibt, ob Künstliche Rechts-Intelligenz das bereits besprochene Semantikproblem lösen, Wertentscheidungen treffen und Einzelfallgerechtigkeit herstellen könnte. Diese Frage lässt sich ohne Expertenkenntnisse im Bereich der Künstlichen Intelligenz nur relativ pauschal beantworten.

1. Künstliche neuronale Netze und Deep Learning

Ein höchst komplexer Ansatz zur Generierung solcher „Wertungen“ ist es, *künstliche neuronale Netze* (KNN) mit intuitiven Entscheidungsmustern einzusetzen.¹⁶⁷ Künstliche neuronale Netze sind mathematische Gleichungen, die den strukturellen Aufbau des menschlichen Gehirns nachbilden.¹⁶⁸ Sie sind in mehreren neuronalen Schichten (Neuronen) aufgebaut.¹⁶⁹ Die verschiedenen Schichten sind durch gewichtete Verbindungen (Synapsen) verknüpft.¹⁷⁰ Das zunächst zufällige, immer wieder korrigierte Durchlaufen von Daten durch die „Synapsen“ zu den „Neuronen“ ist für die Vernetzung von Informationen, zum Zweck des Erlernens von Wissen, verantwortlich.¹⁷¹ Je

¹⁶⁴ Als Beispiel sei die automatische Filterung von massenhaft anfallenden Falldaten – Dokumentenanalyse – genannt, die KI-basierte Algorithmen einsetzt und dazu dient, die durch juristisch vorgebildete Menschen zu sichtenden Daten auf ein erträgliches Maß zu reduzieren, vgl. *Fiedler/Grupp*, DB 2017, 1071, 1074.

¹⁶⁵ *Frese*, NJW 2015, 2090.

¹⁶⁶ *Bues*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1156 ff., 1191; *Huber/Kuhlmann*, *Künstliche Intelligenz im Recht*, 07.04.2018 ([lto.de/recht/zukunft-digitales/l/kuenstliche-intelligenz-recht-legal-tech-in-der-praxis/](http://to.de/recht/zukunft-digitales/l/kuenstliche-intelligenz-recht-legal-tech-in-der-praxis/)).

¹⁶⁷ Zur Möglichkeit von Analogieschlüssen mithilfe neuronaler Netze bereits *Philipp*, in: Alexy/Dreier/Neumann (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, 1991, S. 275 ff.; derartige Erwähnungen etwa auch bei *Schneider*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2016, S. 316 ff., 347 f.; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1109; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁶⁸ *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, 2018, S. 53.

¹⁶⁹ Vgl. *Stiemerling*, CR 2015, 762, 763; *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz*, 2017, S. 46; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁷⁰ *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz*, 2017, S. 46.

¹⁷¹ *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

mehr Schichten vorhanden sind, desto komplexer ist der Lernvorgang.¹⁷² Ein besonders komplexer Lernvorgang wird als *Deep Learning* bezeichnet.¹⁷³

Durch diese Methode könnten einige Lernschritte in komplexen Bereichen wie der Rechtsanwendung automatisiert und einzelne Tatbestandsmerkmale überprüft sowie deren Zusammenhänge aufgezeigt werden.¹⁷⁴ Denkbar ist auch die vorgenannte Fuzzy-Logik und neuronale Netze miteinander zu verbinden.¹⁷⁵

Ring vertritt die erwägenswerte Ansicht, dass auch die Feststellung einer „quantitativen Deckungsgleichheit“, also der Übereinstimmung von mehreren Datenpunkten durch ein statistisches Verfahren, eine Form der Wertung darstelle.¹⁷⁶ Auch die mithilfe der dargestellten Methode erzeugten Wertungen stoßen aber bisher noch, wie selbst *Ring* betont,¹⁷⁷ an zahlreiche praktische Grenzen.

Heute sind Wertungsspielräume daher bei Systemen schwacher Künstlicher Intelligenz, wenn überhaupt, nur in Ansätzen vorhanden, denn auch diese sind bei aller scheinbaren Intelligenz immer auf die rückschauende Perspektive, die statistische Datenmengen als vorgegebenen Status quo aufgreift, festgelegt¹⁷⁸ und im Ausgangspunkt auch auf formalisierte Daten als Entscheidungsgrundlage angewiesen.¹⁷⁹ Auch sie können Menschen daher nicht als Individuen, sondern nur als Muster in der vorhandenen Datenmenge behandeln.¹⁸⁰

¹⁷²*Dies.*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁷³„Der Begriff Deep Learning bezeichnet verschiedene Techniken zum Optimieren von künstlichen neuronalen Netzen. Durch einen komplexen Aufbau mit zahlreichen Zwischenschichten wird eine »tiefe« Struktur geschaffen, die den Lernerfolg bedeutend verbessert“, siehe *Welzel/Grosch*, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018 (bit.ly/3jFNXXJ), S. 11; vgl. außerdem *Ackermann*, in: DeStefano/Dobrauz (Hrsg.), *New Suits*, 2019, S. 475 ff., 480; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁷⁴*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1110; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 658.

¹⁷⁵*Adrian*, *Grundprobleme*, 2009, S. 731 f.

¹⁷⁶*Ring*, *Computergestützte Rechtsfindungssysteme*, 1994, S. 137 ff.

¹⁷⁷Vgl. *ders.*, *Computergestützte Rechtsfindungssysteme*, 1994, S. 139.

¹⁷⁸Vgl. *Burr*, BB 2018, 476, 477; *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, ²2018, S. 61; *Herold*, InTeR 2019, 7, 11.

¹⁷⁹*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1111; *Grupp/Bues*, *Rethinking law 2019/2*, 19, 23.

¹⁸⁰So auch *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 205.

2. Natural Language Processing

Die Datenstrukturen, mit denen eine KI trainiert werden könnte, etwa rechtliche Texte und Gerichtsentscheidungen, sind aber meist nicht klar strukturiert, sondern deutungsoffen.¹⁸¹ Die KI-Forschung beschäftigt sich deshalb auch intensiv mit der Modellierung menschlicher Sprache. Dieser Forschungsbereich, der sich mit dem maschinellen Verstehen von Textinhalten beschäftigt, wird auch als *Natural Language Processing* (NLP) bezeichnet.¹⁸² „Verstehen“ betitelt hier die Möglichkeit zur datenbasierten Verarbeitung und Mustererkennung der Sprache durch den Algorithmus.¹⁸³ Diese wird der Maschine nicht als festes Regelwerk vermittelt, sondern der Fokus kann auf der Auswertung von Wahrscheinlichkeiten für verschiedene Bedeutungen, Zusammenhänge und Charakteristika gelegt werden.¹⁸⁴ Da dafür verschiedene Arten von Inputinformationen verwendet werden können, ist die manuelle Erstellung eines Entscheidungsbaums nicht erforderlich. NLP kann sich in der Theorie auch für die juristische Sprache eignen.¹⁸⁵ In vielen Bereichen scheitert die Methode aber bisher noch an der Komplexität der menschlichen Ausdrucksformen.¹⁸⁶ Es gibt aus diesem Grund weltweit vielfältige Bemühungen, noch größere Mengen juristischer Inhalte unterschiedlicher Art mit semantischer Codierung im sog. *Semantic Web* zu indexieren, um sie der maschinellen Auswertung zugänglich zu machen.¹⁸⁷

IV. Spezifische Risiken von Daten als Entscheidungsgrundlage

Künstliche Intelligenz hält darüber hinaus aber auch einige spezifische Risiken bereit. Sie hat im Gegensatz zu (herkömmlicher) Statistik die Eigenschaft, selbstständig aus Daten schließen zu können und mit Fortschreiten des Prozesses weiter dazuzulernen.

¹⁸¹ Solche Daten bezeichnet man in der Informatik auch als „messy data“, *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761. Als Lösung wäre nach ihrer Ansicht nur eine Pflicht zur Standardisierung von Gerichtsurteilen denkbar.

¹⁸² Zum Ganzen *Collobert/Weston* et al., *Journal of Machine Learning Research*, 12 (2011), 2493 ff.; *Nadkarni/Obno-Machado/Chapman*, *Journal of the American Medical Informatics Association*, 18 (2011), 544 ff.; *Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence*, 42022, S. 874 ff.

¹⁸³ *Bues/Matthaei*, in: *Jacob/Schindler/Strathausen* (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 96.

¹⁸⁴ *Russell/Norvig*, *Artificial Intelligence*, 42022, S. 875.

¹⁸⁵ Vgl. *Dervanović*, in: *Corrales/Fenwick/Forgó* (Hrsg.), *Robotics, AI and the Future of Law*, 2018, S. 209 ff., 213 ff.

¹⁸⁶ *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761; *Glock*, in: *Schulz/Schunder-Hartung* (Hrsg.), *Recht 2030*, 2019, S. 129 ff., 137.

¹⁸⁷ *Grupp*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1111 nennt als Beispiel u. a. das *Legal Knowledge Interchange* Format (www.estrellaproject.org) oder die *LegalRuleML* (www.legalxml.org).

1. Das Problem der Datenabhängigkeit

Was auf den ersten Blick als Stärke erscheinen mag, ist auf dem zweiten Blick eine erhebliche Abhängigkeit und Gefahrenquelle und stellt damit einen Faktor dar, der sich nachteilig auf die Möglichkeit des Einsatzes dieser Systeme in der Rechtsprechung auswirken könnte.

a. Datenmenge

Das erste nahe liegende Problem der Abhängigkeit von Daten ist, dass über das deutsche Recht bisher wenig digital erfasste und strukturierte Daten in Form von Urteilen, Kommentaren oder Gesetzesanmerkungen vorliegen, die kaum ausreichen, um eine KI effektiv trainieren zu können.¹⁸⁸ Die sorgfältige (und rechtsordnungsspezifische) Auswahl der Datenbasis ist aber von entscheidender Bedeutung, um eine hinreichende Qualität der Ergebnisse einer Künstlichen Intelligenz zu gewährleisten.¹⁸⁹ Weil die Zahl der verfügbaren juristischen Quellen in der deutschen Rechtsordnung allerdings auch bei voranschreitenden Bestrebungen zur digitalen Erfassung nach oben hin begrenzt ist, müssten Technologien auf einer vergleichsweise kleinen Datenbasis ansetzen können. Die Arbeit mit einer derartig beschränkten Datenbasis ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, stellt die Entwickler aber vor zusätzliche Herausforderungen.¹⁹⁰ Sind zu wenig oder zu schlechte Daten vorhanden, weist das Ergebnis eine unverhältnismäßig hohe Fehlerquote auf und ist damit nicht verwendbar.¹⁹¹

b. Datenqualität

Geht man jedoch einmal davon aus, dass auch aus dem deutschen Rechtssystem zukünftig genügend Daten generiert werden könnten, ist eine weitere Voraussetzung dafür, dass eine maschinelle Entscheidungs- oder Unterstützungstätigkeit Daten zu-

¹⁸⁸So bereits *Haman*, Integration neuronaler Netze, 1998, S. 139; der in Deutschland bislang vorherrschende Datenmangel müsse nach Ansicht *Braegelmanns* den Einsatz von KI auch im deutschen Recht zwar nicht grundsätzlich verhindern, könne aber zur Folge haben, dass dem deutschen Rechtssystem KI-Lösungen, die in anderen Rechtsordnungen – insbesondere den USA – entwickelt wurden, zukünftig, auch wenn sie sich nicht für das deutsche Rechtssystem eignen, übergestülpt werden könnten. *Braegelmann*, Rethinking law 2019/1, 22 f.; vgl. auch *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 759 f.

¹⁸⁹*Lenzen*, Künstliche Intelligenz, ²2018, S. 60; *Herold*, InTeR 2019, 7, 10 f.

¹⁹⁰Zum sogenannten Transferlernen *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, ²2018, S. 61; zur hierfür möglicherweise anwendbaren Technologie der „nearest neighbor Algorithms“ *Greco*, RW 2020, 29, 38, unter Verweis auf *Domingos*, The Master Algorithm, 2015.

¹⁹¹*Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 760.

grunde legen könnte, dass die Daten, die hierfür zur Verfügung stehen, von hinreichender Qualität sind.¹⁹² Da die verwendeten Daten und der zugrunde liegende Algorithmus von Menschen erzeugt, gepflegt und bedient werden müssen, sind humane Faktoren zu berücksichtigen, die die Datenqualität mindern können.¹⁹³ Eine mangelnde Datenqualität kann neben verschiedenen Ursachen (wie der fehlenden Standardisierbarkeit juristischer Datensätze)¹⁹⁴ auch verschiedene unerwünschte Folgen haben. Zu diesen zählt zunächst die fehlende Genauigkeit des Ergebnisses,¹⁹⁵ aber auch *diskriminierende Effekte* des Algorithmus.

c. Diskriminierung durch Daten

In allen Bereichen, in denen Menschen bei Entscheidungen durch Algorithmen unterstützt oder ersetzt werden, wie zum Beispiel bei der Bewerberauswahl in der Arbeitswelt¹⁹⁶ und in allen Bereichen, in denen Entscheidungen schon originär ausgelagert sind, wie bei der Trefferauswahl von Suchmaschinen,¹⁹⁷ können solche diskriminierenden Effekte des Algorithmus auftreten. Das Phänomen ist also in weit mehr Bereichen als dem hier vorgestellten Untersuchungsgegenstand verbreitet und wird international seit einigen Jahren disziplinübergreifend intensiv untersucht.¹⁹⁸ Algorithmische Diskriminierung kann unter anderem darin begründet sein, dass die Lerndaten auf Ebene des Inputs unmittelbar oder mittelbar mit Informationen über verpönte Merkmale, wie Rasse, Religion oder ähnlichem versehen sind, aber auch darin, dass der Algorithmus

¹⁹²Vgl. *Fries*, RW 2018, 414, 425; dies ist problematisch, zumal der Algorithmus diese keiner Richtigkeitskontrolle unterziehen kann, so *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 8 f.

¹⁹³So u. a. *Martini*, JZ 2017, 1017, 1018; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240; zu verschiedenen Fehlerquellen ausführlich *Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 21 ff.; Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 93; weiterhin *Ernst*, VuR 2019, 401 f.; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 48 f.

¹⁹⁴*Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761.

¹⁹⁵Möglich ist das Phänomen des „Overfitting“, bei dem sich das System zu stark an eine kleine Datenmenge anpasst, siehe *Kroll/Huey et al.*, University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633; auch kann es bei unzureichender Basisqualität verstärkt zu falsch positiv oder falsch negativ kategorisierten Attributen kommen. Beispielsweise können Personen fälschlicherweise in Kategorien wie kreditwürdig bzw. kreditunwürdig oder geringes/hohes Straffälligkeitsrisiko eingestuft werden, hierzu *Zweig/Krafft*, in: *Mohabbat Kar/Thapa/Parycek* (Hrsg.), (Un)berechenbar?, 2018, S. 204 ff.

¹⁹⁶Vgl. *Dzida/Grob*, NJW 2018, 1917 ff.; *Hartmann*, EuZA 2019, 421 f.

¹⁹⁷Vgl. *Milstein*, CR 2013, 721 ff.

¹⁹⁸Als Beispiel für eine Arbeit unter vielen aus der Informatik *d’Alessandro/O’Neil/LaGatta*, Big Data, 5 (2017), 120 ff.; zum Vergleich der Regelungsregime in Deutschland und USA *Steege*, MMR 2019, 715 ff.; siehe weiterhin *v. Ungern-Sternberg*, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), Diskriminierungsschutz, 2021, i.E.; zu einem ethischen Einsatz körperloser KI *Trusilo/Burri*, in: *Liivoja/Väljataga* (Hrsg.), Autonomous Cyber Capabilities, 2021, S. 51 ff.

eine diskriminierende (da nicht repräsentative) Auswahl von Daten enthält.¹⁹⁹ Die in diesen Daten widergespiegelten gesellschaftlichen Strukturen, die diskriminierende Elemente enthalten, werden von algorithmischen Entscheidungsprozessen nicht hinterfragt.²⁰⁰ Vorurteile können zudem auch von der Ebene des Outputs ausgehen, beispielsweise, wenn die Ergebnisse falsch interpretiert oder auf ungeeignete Zusammenhänge übertragen werden.²⁰¹ Alle Informationen möglicherweise diskriminierender Art gänzlich aus dem Algorithmus herauszunehmen, kann allerdings ebenfalls negative Konsequenzen haben und die Genauigkeit des Ergebnisses beeinflussen.²⁰²

Im hier untersuchten Einsatzgebiet der Gerichtsverfahren entstammen potenziell diskriminierende Daten etwa der Ebene der in vergangenen Fällen zugrunde gelegten Sachverhaltsumstände, die Scheinkorrelationen und scheinbare oder diskriminierende Kausalzusammenhänge zwischen Entscheidungsausgang und Attributen wie Geschlecht, Herkunft und ähnlichen persönlichen Merkmalen enthalten können. Da Sachverhaltsinformationen die Anwendung des Rechts bedingen und beeinflussen, können diese Daten einen erheblichen Einfluss auf die korrekte Rechtsanwendung haben, speziell wenn die Ähnlichkeit zu vergangenen Daten zum Ausgangspunkt der Entscheidung gemacht wird.²⁰³

Repräsentativ für derartig diskriminierende Resultate wurde in den USA 2016 das Programm *COMPAS* vom *Supreme Court of Wisconsin* unter die gerichtliche Lupe genommen.²⁰⁴ In dem zugrunde liegenden Fall war *COMPAS* genutzt worden, um das

¹⁹⁹Ausführlich zu den verschiedenen Arten von algorithmischer Diskriminierung *d'Alessandro/O'Neil/LaGatta*, *Big Data*, 5 (2017), 120, 125 ff.; algorithmische Vorurteile (Bias) müssen dabei aber nicht zwangsläufig negativ konnotiert werden, so *Danks/London*, in: Sierra (Hrsg.), *Proceedings of the Twenty-Sixth IJCAI*, 2017, S. 4691 ff., 4692 ff.; vgl. auch Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 34 f.; *Silva/Kenney*, *Communications of the ACM*, 62 (2019), 37 ff.

²⁰⁰*Kroll/Huey* et al., *University of Pennsylvania Law Review*, 165 (2017), 633, 680; *Guggenberger*, *MMR* 2019, 777, 778; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 49 ff.

²⁰¹*Silva/Kenney*, *Communications of the ACM*, 62 (2019), 37, 38.

²⁰²Die Aussonderung dieser Faktoren kann zudem Diskriminierung nicht verhindern, da sich die Diskriminierungsmerkmale auch mittelbar auswirken können, so *Kroll/Huey* et al., *University of Pennsylvania Law Review*, 165 (2017), 633, 685; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 56, siehe auch S. 243 f.; vgl. überdies *Silva/Kenney*, *Communications of the ACM*, 62 (2019), 37 f.

²⁰³So könnten möglicherweise die Chancen eines Vaters auf das alleinige Sorgerecht durch die geringe statistische Häufigkeit dieses Entscheidungsausgangs zugunsten der häufig getroffenen Einschätzung einer engeren Beziehung von Mutter und Kind bedingt sein.

²⁰⁴*Supreme Court of Wisconsin v. 13.07.2016*, *North Western Reporter*, 2d (2016), 749 ff.; Zusammenfassung und Ausblick *Liu/Lin/Chen*, *International Journal of Law and Information Technology*, 27 (2019), 122 ff.

Rückfallrisiko eines Straftäters zu berechnen. Aus verschiedenen Datenkomponenten²⁰⁵ wurde ein individueller *Risk Score* berechnet, der Auskunft über die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Strafbarkeit liefern sollte,²⁰⁶ was als Entscheidungsempfehlung Auswirkungen auf das Strafmaß haben konnte. Das Programm stand wegen diskriminierender Tendenzen des Algorithmus gegenüber ethnischen Minderheiten unter Kritik, denn diesen (insbesondere der afro-amerikanischen Minderheit) wurde – wie Studien zeigten – pauschal ein höheres Rückfallrisiko zugeschrieben.²⁰⁷ In seinem Urteil rechtfertigte der Supreme Court die Entscheidung über das Rückfallrisiko mit der Feststellung, dass das Tatsachengericht auch ohne COMPAS dieselbe Entscheidung getroffen hätte,²⁰⁸ eine Aussage, die als Begründung für die Zulässigkeit solcher Systeme wohl für manch einen unbefriedigend erscheinen mag.²⁰⁹

Soll richterliche Tätigkeit wie in diesem Beispiel automatisiert (unterstützt) werden, ist eine solche Diskriminierung schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, der Einzelfallgerechtigkeit, Menschenwürde und Diskriminierungsfreiheit offensichtlich nicht hinnehmbar.²¹⁰ Eine intensive Forschung, die auf die Erkennung und Vermeidung dieser Effekte abzielt, ist deshalb unumgänglich und wird auch bereits in diversen Bereichen gefordert und betrieben.²¹¹

²⁰⁵Für die Prognose wurden nicht nur eigene Vorstrafen, sondern auch solche naher Verwandter miteinbezogen, vgl. *Ziegler*, Heise Magazine, 25 (2017), 68.

²⁰⁶*Ders.*, Heise Magazine, 25 (2017), 68.

²⁰⁷*Angwin/Larson* et al., Machine Bias, 23.05.2016 (propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing); Gegendarstellung: *Dieterich/Mendoza/Brennan*, COMPAS Risk Scales, 08.07.2016 (go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf); Zusammenfassung der Debatte: *Washington*, Colorado Technology Law Journal, 17 (2019), 131 ff.

²⁰⁸Supreme Court of Wisconsin v. 13.07.2016, North Western Reporter, 2d (2016), 749, Rn. 9; 28.

²⁰⁹Ähnlich auch *Markou*, Judge KI?, 15.06.2017 (netzpiloten.de/ki-urteilsfindung-gericht/); bei Programmen wie COMPAS besteht die Gefahr einer Vorverurteilung durch das Gericht, die das Recht auf rechtliches Gehör beeinträchtigen und wohl auch die Unabhängigkeit des Richters nicht völlig unberührt lassen könnte. Weiterführend *Philipsen/Themeli*, Artificial intelligence in courts, 15.05.2019 (bit.ly/375kvEt).

²¹⁰*Steege*, MMR 2019, 715, 716; so auch CEPEJ, European ethical Charter, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 9 (Principle of non-discrimination). Hierzu Kap. 5, C, III.

²¹¹Ein Überblick über die Debatte bei *Mittelstadt/Allo* et al., Big Data & Society, 3 (2016), 1 ff.; *d'Alessandro/O'Neil/LaGatta*, Big Data, 5 (2017), 120, 128 ff.; kritisch *Ernst*, VuR 2019, 401 f.; zudem *Schröder*, MaxPlanckForschung, 2 (2019), 68 ff.; *Silva/Kenney*, Communications of the ACM, 62 (2019), 37 ff.; hoheitliche Projekte und Veröffentlichungen u. a. AI HLEG, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 08.04.2019 (ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai); Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 167 ff.

Betont wird dabei jedoch deutlich, dass es keine allgemeingültigen Patentlösungen geben könne,²¹² so dass ein für die Rechtsprechung adäquates Modell gefunden werden müsste.

Ein solches zu entwickeln, liegt nicht in der Expertise dieser Arbeit. Ein kurzer Überblick bereits ergriffener Argumentationsstrategien zeigt jedoch, dass auch algorithmische Diskriminierung nach verbreiteter Ansicht kein unüberwindliches Phänomen zu sein scheint.²¹³

Eine übliche argumentative Herangehensweise ist es, auf die ebenfalls gewichtigen Risiken menschlicher Entscheidungen zu verweisen.²¹⁴ Es wurde hierzu beispielsweise bereits argumentiert, dass Diskriminierungseffekten in algorithmischen Entscheidungen – anders als bei menschlichen Entscheidungen – zumindest durch technische Einwirkung und Systemgestaltung begegnet werden könnte,²¹⁵ weil im digitalen Bereich die Analyse der vorhandenen Daten im Vergleich zur analogen Welt einfacher sei, so dass Fehler und Diskriminierungstendenzen potenziell getestet und entdeckt werden könnten.²¹⁶ Ein Argument für eine möglicherweise erreichbare Kontrollierbarkeit algorithmischer Diskriminierung ist auch, dass Algorithmen, zumindest bis zu einem gewissen Grad an (Künstlicher) Intelligenz, dem für Menschen typischen intuitiven und damit völlig unkontrollierbaren Erwerb sozialer Vorurteile nicht ausgesetzt sind.²¹⁷ Es wird schlussendlich auch vorgebracht, dass sachliche und formale Fehlerlosigkeit und Diskriminierungsfreiheit genauso wenig von menschlichen Entscheidungen garantiert werden könne und es deshalb verfehlt erschiene, auf die Forschung an KI-Entscheidungen nur zu verzichten, weil Mängel nicht absolut auszuschließen seien.²¹⁸ Nichtsdestotrotz ist zu berücksichtigen, dass Algorithmen Diskriminierungen viel systematischer

²¹²Vgl. *Danks/London*, in: Sierra (Hrsg.), Proceedings of the Twenty-Sixth IJCAI, 2017, S. 4691 ff., 4694.

²¹³*Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 29 ff. mit einer ausführlichen Zusammenstellung von Lösungsstrategien.

²¹⁴Z. B. *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1169.

²¹⁵Vgl. *Kroll/Huey* et al., University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633, 634; gleiches gilt für die Transparenzoptimierung gestaltbarer Systeme, siehe *Wischmeyer*, AöR, 143 (2018), 1, 45; vgl. auch *Silva/Kenney*, Communications of the ACM, 62 (2019), 37, 39.

²¹⁶Ein Projekt, das in diesem Sinne das Ziel der Aufdeckung von Diskriminierungen in KI-Systemen verfolgte war z. B. *Tan/Caruana* et al., Learning Global Additive Explanations for Neural Nets, 03.12.2018 (arxiv.org/pdf/1801.08640v2); vgl. auch *Guggenberger*, MMR 2019, 777, 778; ähnlich auch *Silva/Kenney*, Communications of the ACM, 62 (2019), 37, 39; *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1169.

²¹⁷Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 47; *Silva/Kenney*, Communications of the ACM, 62 (2019), 37, 38 f.

²¹⁸So auch *Meyer*, ZRP 2018, 233, 238; vgl. zur hier angestellten Überlegung zudem noch *Greco*, RW 2020, 29, 40.

und konsequenter fortschreiben als Menschen.²¹⁹ Insbesondere bei auf Masse ausgelegten automatischen Entscheidungen haben Fehler in der Programmierung oder der Deutung der zugrunde liegenden Daten eine um das Vielfache breitere Auswirkung auf das Gesamtsystem als diskriminierendes Verhalten im individuellen Bereich,²²⁰ so dass der Vorsorge übergeordnete Priorität beizumessen ist.²²¹

2. Das Problem der Intransparenz

Beim Einsatz von künstlichen neuronalen Netzen und anderen selbstlernender Systeme tritt daneben ein weiteres Problem verstärkt auf;²²² es bleibt dem Systemanwender insgesamt verborgen, aus welchen Gründen die Entscheidung getroffen wurde. Das Problem der *Intransparenz*, das auch unter dem Stichwort *Black Box* diskutiert wird, hat erhebliche Auswirkung auf die Möglichkeiten der Entdeckung und Vermeidung diskriminierender Effekte²²³ und stellt auch darüber hinaus ein bisher ungelöstes Problem dar, das Gegenstand der sog. *Explainable AI (XAI)* Forschung ist.²²⁴ Grund für die fehlende Transparenz Künstlicher Intelligenz ist, dass ihr Vorgehen (insbesondere von künstlichen neuronalen Netzen) wegen der vielen verborgenen Entscheidungspunkte, der Menge an Daten und der ständigen Selbstanpassung des Algorithmus nur schwer

²¹⁹ d'Allessandro/O'Neil/LaGatta, Big Data, 5 (2017), 120; Guggenberger, MMR 2019, 777, 778; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 89.

²²⁰ Martini/Nink, NVwZ-Extra, 36 (2017), 1, 10 sprechen von einer Breitenwirkung; vgl. auch La Diega, jipitec 2018, 3, 8; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 89.

²²¹ Vgl. Tan/Caruana et al., Learning Global Additive Explanations for Neural Nets, 03.12.2018 (arxiv.org/pdf/1801.08640v2); Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 167.

²²² Rollberg, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 44 sieht dieses Problem auch bei regelbasierten Algorithmen, jedoch ist die Forschung zur Erklärarmachung hier schon wesentlich weiter als bei der Künstlichen Intelligenz.

²²³ So auch Erbguth, DRiZ 2018, 130, 131; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 28; Transparenz als Korrektiv für verschiedene Risiken: Christen/Mader et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden, 2020, S. 280.

²²⁴ Als Begründer der XAI Forschung gelten v. Lent/Fisher/Mancuso, in: AAAI (Hrsg.), Nineteenth National Conference on Artificial Intelligence, 2004, S. 900 ff.; eine Übersicht des aktuellen Forschungsstands bei Adadi/Berrada, IEEE Access, 6 (2018), 52138, 52146 ff., sie definieren XAI als „movement, initiatives, and efforts made in response to AI transparency and trust concerns, more than to a formal technical concept.“ (S. 52140); zu Möglichkeiten der Schaffung transparenter Algorithmen auch v. Bünau, LR 2018, 98, 104 ff.; Walil/Vogl, DuD 2018, 613 ff.; aus Sicht der Sozialwissenschaften Miller, Explanation in Artificial Intelligence, 15.08.2018 (arxiv.org/pdf/1706.07269v3); vgl. zudem auch Käde/v. Maltzan, Journal of Internet Law 2019, 3 ff.; Mittelstadt/Russell/Wachter, in: ACM (Hrsg.), FAT* '19, 2019, S. 279 ff.; Käde/v. Maltzan, CR 2020, 66 ff.; Braun-Binder/Burri et al., jusletter, 28.06.2021, 5 ff.

oder gar nicht nachvollziehbar gemacht werden kann.²²⁵ Einige Autoren halten die völlige Erklärbarkeit von selbstlernenden Algorithmen zudem auch nicht in allen Bereichen für sinnvoll.²²⁶

Versucht man dennoch in einem Teilbereich einen Ansatz hierzu zu finden, ist die erste zentrale Schwierigkeit, die Herstellung von Verständlichkeit einer Erklärung auch für eine nur laienhaft mit der Materie vertraute Benutzergruppe.²²⁷ Ein weiteres signifikantes Problem stellt die Tatsache dar, dass es Systemen mit inhärent transparentem beziehungsweise erklärbarem Entscheidungsprozess üblicherweise (wegen mangelnder Komplexität) in den erzielten Ergebnissen an Genauigkeit fehlt,²²⁸ so dass in vielen Fällen für komplexere Modelle nur nachträgliche (*post-hoc*) Ergebniskontrollen möglich sind.²²⁹ Erschwerend kommt hinzu, dass der Quellcode durch ein Geschäftsgeheimnis geschützt sein kann.²³⁰

Einige abstrakte Vorschläge zur besseren Erklärbarkeit sind in der XAI-Forschung bereits angedeutet worden.²³¹

²²⁵Vgl. *Danks/London*, in: Sierra (Hrsg.), Proceedings of the Twenty-Sixth IJCAI, 2017, S. 4691 ff., 4691; *Adadi/Berrada*, IEEE Access, 6 (2018), 52138, 52145; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1110; *Meyer*, ZRP 2018, 233, 235; *Wischmeyer*, AöR, 143 (2018), 1, 46 f.; *Käde/v. Maltzan*, Journal of Internet Law 2019, 3, 7; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 43.

²²⁶*Kroll/Huey* et al., University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633, 639 argumentieren auch, dass Transparenz nicht in jeder Situation wünschenswert ist, da sie Missbrauch und Umgehungsversuche ermöglicht; so auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 41; vgl. auch AI HLEG, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 08.04.2019 (ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai), S. 13; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 56.

²²⁷Diesem Problem nehmen sich beispielsweise *Wachter/Mittelstadt/Russell*, Harvard Journal of Law & Technology, 31 (2018), 841 ff. an.

²²⁸*Sarkar/Weyde* et al., in: Besold/Bordes/Garcez (Hrsg.), CoCo 2016, Proceedings, 2016, Vol. 1773; ebenfalls nachgewiesen durch *Adadi/Berrada*, IEEE Access, 6 (2018), 52138, 52147.

²²⁹*Martini/Nink*, NVwZ-Extra, 36 (2017), 1, 12; *Adadi/Berrada*, IEEE Access, 6 (2018), 52138, 52147 m. w. N.

²³⁰Dann kann typischerweise nur ein sog. Blackbox-Text angestellt werden, also ohne Kenntnis der Eigenschaften des Systems operiert werden, es sei denn es gelingt, aus den Verarbeitungsvorgängen Rückschlüsse auf den Quellcode zu ziehen, hierzu *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 45 m. w. N.

²³¹Beispielsweise *Yosinski/Clune* et al., Understanding Neural Networks, 22.06.2015 (arxiv.org/pdf/1506.06579v1), die einzelne Aspekte erklärbar machten; *Binder/Montavon* et al., in: Villa/Masulli/Pons Rivero (Hrsg.), ICANN 2016 Proceedings, Bd. 2, 2016, S. 63 ff., die den Verarbeitungsprozess von KNN rekonstruieren; oder *Alvarez-Melis/Jaakkola*, in: ACL (Hrsg.), Proceedings of the 2017 EMNLP, 2017, S. 412 ff., die den Einfluss von kleinen Veränderungen auf das Ergebnis untersuchen; rechtliche Regulierungsmöglichkeiten, die Transparenz herstellen können, erörtert u. a. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, zusammengefasst fordert er de lege ferenda mehr Ex ante Informationen über das Ob (S. 177 ff. und 341) und das Wie (S. 181 ff. und 341) der Verwendung eines Algorithmus und darüber hinaus auch bessere Ex post Informationen in Form von Begründungen (S. 189 ff. und 343) und Auskunftsrechten (S. 197 ff. und 343), des Weiteren setzt er auch auf eine Ausweitung der Folgenabschätzung (S. 207 ff. und

Ein möglicherweise gangbarer Weg scheint die Kombination von deduktiven und induktiven Methoden in einer Art *Hybridsystem* zu sein,²³² was den Vorteil hätte, dass die Stärken der beiden Methoden verknüpft werden könnten. Deduktive Systeme sind wegen der Verwendung logischer Entscheidungsbäume prinzipiell gut nachvollziehbar, so dass in der Kombination Begründungen denkbar erschienen. Darüber hinaus gibt es auch Ansätze, die die Rechtskonformität und Diskriminierungsfreiheit von algorithmischen Entscheidungen nicht über nachträgliche Transparenz, sondern durch eine eingebaute Compliance²³³ oder eingebaute Nachvollziehbarkeit²³⁴ oder Fairness („Legal/Ethical by Design“)²³⁵ erreichen wollen. Ob, wann und wie ein hinreichend nachvollziehbares selbstlernendes System entwickelt werden könnte, ist bislang nicht absehbar. Es ist jedoch offensichtlich, dass Transparenz und Begründung (besonders – aber nicht nur – in staatlichen und vor allem gerichtlichen Einsatzfeldern) notwendige Bedingung sind, um Diskriminierung zu vermeiden und Fairness und Nachvollziehbarkeit der Entscheidung herzustellen.²³⁶

Zusammenfassung und Überleitung

Schlussfolgernd kann demnach eine zentrale Bedingung für den Einsatz von Rechtsgeneratoren sowohl deduktiver als auch induktiver Art identifiziert werden: Ausreichend maschinenlesbare Entscheidungsgrundlagen in Form von (strukturierten und formalisierten) Informationen für die Erstellung von Entscheidungsbäumen oder Daten von hinreichender Qualität als Grundlage für statistische Auswertungen.

Die Erfüllung dieser Bedingung gerät schnell an ihre Grenzen. Eine dieser Grenzen ist dem Recht systemimmanent und lässt sich daher als faktische Ausgangsbasis weiterer Überlegungen begreifen: Die Rechtsanwendung läuft meist nicht rein logisch ab, sondern erfordert Wertungen im Einzelfall, die durch menschliche Lebens- und Berufserfahrung mitbestimmt sind. Diese Fähigkeiten sind erforderlich, will man die Abkehr

346). Dort wo Transparenzpflichten aber nicht weiterhelfen könnten, müssten neben sie auch inhaltliche Qualitätsanforderungen gestellt werden, die staatlich kontrolliert würden (S. 225 ff. und 348). In besonders sensiblen Fällen sei beispielsweise ein Algorithmen-TÜV denkbar (S. 350 f.). Siehe hierzu Kap. 5, A, I, 4.

²³²Ansätze für solche Systeme u. a. bei *Haman*, Integration neuronaler Netze, 1998; *Grabmair*, Modeling purposive legal argumentation, 2016; *Branting*, Artif Intell Law, 25 (2017), 5 ff.; die Forderung nach einem Hybridsystem auch bei *Herold*, InTeR 2019, 7, 11; *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 11 f.

²³³*Kroll/Huey* et al., University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633, 657 ff., 682 ff.

²³⁴Vgl. *Künast*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek (Hrsg.), (Un)berechenbar?, 2018, S. 553 ff.

²³⁵*Kroll/Huey* et al., University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633, 657 ff., 682 ff.; *Dervanović*, in: Corrales/Fenwick/Forgó (Hrsg.), Robotics, AI and the Future of Law, 2018, S. 209 ff., 223 f.; *Künast*, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek (Hrsg.), (Un)berechenbar?, 2018, S. 553 ff.

²³⁶Siehe *Braegelmann*, Rethinking law 2019/1, 22, 23; *Christen/Mader* et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden, 2020, S. 280.

von der Einzelfallgerechtigkeit²³⁷ und damit ein Rechtssystem des blinden Positivismus²³⁸ verhindern. Die algorithmische Rechtsanwendung müsste auf diese vom Subjekt bestimmten Aspekte aktuell zu überwiegenden Teilen verzichten, weil sie auf eine logische Rechtssprache angewiesen ist. Schwierige Abwägungsentscheidungen, unbestimmte Rechtsbegriffe und vielschichtige Subsumtionsvorgänge stellen zum jetzigen Zeitpunkt eine für Rechtsgeneratoren schier unüberwindbar erscheinende Hürde dar.

In Weiterentwicklung dieser zentralen Erkenntnis wurde auch festgestellt, dass menschliche Entscheidungsträger für eine Fortbildung des Rechts notwendig sind, da allein sie in der Lage sind, innovativ zu denken und kreative Lösungen zu erschaffen.

Auch durch Künstliche Intelligenz können nur Muster und Wahrscheinlichkeiten und keine Besonderheiten des Einzelfalls erkannt werden. Bei neuen Fallkonstellationen fehlen der KI schlicht die Lerndaten, die die Maschine für das Erlernen der Entscheidungsmöglichkeiten brauchen würde. Für die allermeisten Autoren steht deshalb fest, dass eine zufriedenstellende Beantwortung komplexer Wertfragen schlicht (noch) von keinem Rechtsgenerator erwartet werden kann,²³⁹ auch wenn technische Lösungen hierfür, wie die Beispiele der Fuzzy-Logik oder der künstlichen neuronalen Netze zeigen, zukünftig nicht völlig auszuschließen sind. Schlussendlich wären selbst für den Fall, dass diese Hürde eines Tages durch Künstliche Intelligenz überwunden werden könnte, erhebliche Diskriminierungs- und Transparenzprobleme zu adressieren, für die bis heute keine Lösungen gefunden wurden.

Wenngleich klare Ergebnisse im Bereich der Künstlichen Rechts-Intelligenz also noch ausstehen, kann doch relativ sicher prognostiziert werden, dass sich die Fähigkeiten dieser Informationstechnologie zukünftig weiter verbessern werden, was sukzessive größere Spielräume für die künstliche Abbildung von abstrakten Abwägungsentscheidungen und Wertungen eröffnen könnte.²⁴⁰ Die Komplexität juristischer Semantik stellt aber momentan insgesamt noch ein erhebliches Hindernis dar.²⁴¹

²³⁷So bereits *Goebel/Schmalz*, CR 1986, 510, 513.

²³⁸So auch *Simitis*, *Automation in der Rechtsordnung*, 1967, S. 23; *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 21997, S. 122; *Rostalski*, *Rethinking law* 2019/1, 4, 7.

²³⁹U. a. *Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1097; *Leenes/Lucivero*, *Law, Innovation and Technology*, 6 (2014), 193, 196; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 241; *Grupp*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff.

²⁴⁰Ähnlich schlussfolgern *Taruffo*, in: *Sartor/Branting* (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff., 213; *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334, 340.

²⁴¹So auch *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 761.

Kapitel 3

Vorteile und Perspektiven

Die im vorangegangenen Kapitel dargelegten rechtstheoretischen und technischen Hürden sind gewichtig, müssen allerdings nicht zwangsläufig für alle Bereiche des Rechts in gleichem Maße gelten. Aus der Perspektive heutiger technischer Möglichkeiten ist zu fragen, ob es nicht auch rechtliche Gebiete und Fragestellungen geben könnte, in denen menschliche Fähigkeiten bei der Bewertung von Rechts- und Tatsachenfragen keine deart übergeordnete Rolle spielen und algorithmische Entscheidungen daher Vorteile versprechen könnten. In diesem Kapitel soll daher behandelt werden, in welchen Bereichen entscheidungstreffende Algorithmen trotz bestehender Einschränkungen möglich und praktisch sinnvoll sein könnten. Eine Aussage darüber, ob sie für diese Materien auch eingesetzt werden *sollten*, also insbesondere über ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, wird damit aber noch nicht verbunden.

A. Automatisierungsgerechte Bereiche der gerichtlichen Rechtsanwendung

Dass entscheidungstreffende algorithmische Anwendungen nicht in allen Bereichen allein negativ zu konnotieren seien, wird schon seit einiger Zeit verschiedentlich thematisiert. Die in den vorstehenden Kapiteln angestellten Erwägungen zu den Fähigkeiten menschlicher Richter stellen schließlich einen Idealzustand richterlicher Tätigkeit dar. Wenn sich ein regel- oder datenbasierter Algorithmus mit diesem Ideal auch nicht messen können mag, könnte er dies, wenn sein Einsatz auf bestimmte automatisierungsgerechte Gebiete des Rechts beschränkt würde, möglicherweise sehr wohl mit einer nüchterneren Perspektive auf einige Fragen der alltäglichen richterlichen Tätigkeit.

In vielen standardmäßigen und einfachen Alltagsfällen ist in der gerichtlichen Rechtspraxis auch heute schon für feinsinnige Abwägungen weitaus weniger Raum als es das Bild des richterlichen Archetyps verspricht.²⁴² Personalmangel und Zeitdruck führen in einigen Fällen dazu, dass entscheidungsrelevante Fragen offenbleiben müssen

²⁴² Ähnlich *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 158: „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 umfangreichen und methodengeleiteten Abwägung und sie hinterfragen diese auch nicht stets ethisch.“

und Zweifel nur im Wege des Vergleichs und nicht durch klassische Rechtsprechung beseitigt werden können.²⁴³

Bereits vor der Jahrtausendwende nahmen daher Autoren wie *Hans Jürgen Brinkmann* zu dieser Zeit noch sehr pauschale Erwägungen vor, dass ein durch Automatisierung erzielter Gewinn an Rechtssicherheit einen Verlust an Einzelfallgerechtigkeit in bestimmten automatisierungsgeeigneten Konstellationen überwiegen könne, da materielle Gerechtigkeit auch durch menschliche Entscheidungsträger nicht in jedem Fall gleichermaßen erreicht werden könne.²⁴⁴ In einigen Verfahren stehe die Einzelfallgerechtigkeit auch weniger im Fokus des Prozesses, so stellten in Massenverfahren und den unteren Instanzen komplexe Wertentscheidungen, wie das Ausfüllen von Generalklauseln, ohnehin nur einen vernachlässigbar kleinen Teil der täglichen Arbeit dar.²⁴⁵

Bereits in den 1970er-Jahren stellte auch *Harald Bürck* zur Diskussion, dass sich die Bedeutung der menschlichen Fähigkeit des Vorverständnisses des Richters für den rechtlichen Bewertungsvorgang schwerpunktmäßig bei komplexer Sachverhaltsermittlung und Normkonkretisierung entfalte, und dass es bei unstreitigen und eindeutigen Fällen einen geringeren Stellenwert haben könne.²⁴⁶

Die Möglichkeit der Automatisierung in solchen „einfach gelagerten“ Fällen wurde auch schon an anderen Stellen als Kompromiss zwischen den Gefahren und Chancen der digitalen Transformation der Rechtsprechung erwogen und diskutiert.²⁴⁷ Insbesondere *Benedikt Quarch* und *Johanna Hähnle* näherten sich dieser Fragestellung mit einer vergleichsweise optimistischen Einsatzperspektive. Ihrer Meinung nach bestehen in der Nutzung algorithmischer Entscheidungen für standardisierte Gerichtsentscheidungen zahlreiche Vorteile.²⁴⁸ Was unter einem solchen einfachen und vorteilhaften automatisierungsgeeigneten Fall zu verstehen sei, blieb in den genannten Veröffentlichungen indes häufig unklar.

²⁴³Dies bemängelt auch *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 56, er stellt einen Zielkonflikt zwischen Schnelligkeit und Gründlichkeit der Entscheidung fest, (Rn. 61).

²⁴⁴*Brinkmann*, DRiZ 1993, 349, 350 f.; eine ähnlich kritische Sicht auf die menschlichen Fähigkeiten schon bei *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 116.

²⁴⁵*Brinkmann*, DRiZ 1993, 349, 352; diesen Gedanken wirft auch *Grigoletti*, AcP, 218 (2018), 601, 603 f. auf.

²⁴⁶*Bürck*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, 1974, S. 148.

²⁴⁷Z. B. *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), Judicial Applications of Artificial Intelligence, 1998, S. 207 ff., 213 f.; *Bernhardt*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 21 ff., 38; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 241; *Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1125; *Netzer*, AnwBl 2018, 280, 281; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 152 f.; *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1285; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 79 f.; *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch AI und ML, 2020, S. 617 ff., 628; *Dörr*, Rethinking law 2021/2, 41, 43.

²⁴⁸*Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1285 f.

I. Inhaltlich-qualitative Automatisierungskriterien

Zum Zwecke der Konkretisierung bieten sich daher einleitend folgende Überlegungen an: „Einfachheit“ sollte zunächst in einem wörtlichen Sinne so verstanden werden, dass die anzuwendenden Normen so simpel sind, dass ein Algorithmus sie anwenden kann. Es handelt sich also im ersten Zugriff um ein abstraktes inhaltlich-qualitatives Kriterium, das nach dem Schwierigkeitsgrad der Entscheidung differenziert. Ergänzend können quantitative Hilfskriterien im Streitwert sowie aus dem Grad an Revisibilität der Entscheidung herangezogen werden.

Im Ausgangspunkt gilt nach heutigem technischen Stand aber die Grundregel: Je gradliniger eine Norm ist und umso weniger Ausnahmen und unbestimmte Rechtsbegriffe sie enthält, desto einfacher lässt sie sich technisch abbilden und anwenden.²⁴⁹ Einerseits kann dies der Fall sein, wenn Tatbestandsmerkmale mathematisch zahlen- oder formelbasiert abbildbar sind;²⁵⁰ Berechnungsprogramme für Subsumtionsschritte mit wahrheitsfähigen mathematischen Elementen gibt es unter anderem bereits für familienrechtliche Streitigkeiten,²⁵¹ sie dienen zur Berechnung vielschichtiger Versorgungsausgleichs- oder Unterhaltsansprüche.²⁵²

Auch in Fällen wie diesen ist es – auch wenn man die Rechtsanwendung richtigerweise nicht als rein logische Operation im Sinne des Justizsyllogismus versteht – möglich, im weitesten Sinne von einer algorithmischen „Gesetzesanwendung“ zu sprechen.²⁵³ Denn auch wenn ein Rechtsanwendungsprozess nur wahrheitsfähige Tatbestandsmerkmale enthält, unter denen in einem logischen Verfahren subsumiert werden kann, kann dies, wenn nicht als rechtliche Wertung, dann doch als „Feststellung“ des Rechts verstanden werden.²⁵⁴

Neben formelbasierten Normen gibt es auch Rechtsvorschriften mit mehr oder minder rein *deskriptiven Tatbestandsmerkmalen* im engeren Sinne, also Merkmalen,

²⁴⁹ *Philipsen/Themeli*, Artificial intelligence in courts, 15.05.2019 (bit.ly/375kvEt).

²⁵⁰ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, ¹²2018, S. 159; Beispiele bei *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 198 f.

²⁵¹ Das hierzu verwendete Programm firmiert unter dem Namen *Gutdeutsch*, <https://www.beck-shop.de/gutdeutsch-familienrechtliche-berechnungen-edition-1-2021/product/32307741>.

²⁵² *Fries*, RW 2018, 414, 422; *Marx*, DRiZ 2018, 422; *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982, 984 f.; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 6.

²⁵³ Ähnlich argumentiert auch *Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1097.

²⁵⁴ *Larenz*, Methodenlehre, ⁶1991, S. 215 f., der jedoch zu bedenken gibt, dass dies nicht die Regel, sondern eher die Ausnahme ist.

„die wirkliche oder wirklichkeitsartige, grundsätzlich wahrnehmbare oder sonst wie erfahrbare Objekte“²⁵⁵ beschreiben, und/oder solche Rechtsnormen, die hinreichend bestimmt sind,²⁵⁶ beziehungsweise pauschale Rechtsfolgen regulieren. Beispiele hierfür sind etwa in gesetzlich klar normierten Mietminderungsfällen aufgrund von Mietpreisbremsen und vergleichbar simplen und durchregulierten Konstellationen in und außerhalb des Zivilrechts zu finden.²⁵⁷ Fälle dieser Art finden sich etwa auch in der Bewertung von Straßenverkehrsverstößen. Diese erfolgt auch heute schon oft mithilfe von in „Straftaxen“ kodifizierten simplen und eindeutigen Parametern und könnte sich daher besonders gut zur technischen Bearbeitung (auch) durch die Straf- und Verwaltungsgerichte eignen.²⁵⁸ Auch in streng strukturiertem und formalisiertem Verfahrensrecht kann man auf deskriptive Normanwendungsprozesse stoßen. Auf längerfristige Perspektive gibt es sogar Überlegungen, ob Teile des strukturierten Scheidungsverfahrens automatisiert werden könnten.²⁵⁹

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch scheinbar einfache Normen einen normativen Gehalt aufweisen und sich im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als problematisch und wertungsintensiv erweisen können.²⁶⁰ Die völlig wertungsunabhängige Normenkategorie bildet in der Gesamtheit der Normen insgesamt die Minderheit.²⁶¹

Abgestuft bis zu den Grenzfällen der gänzlich unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Generalklauseln existieren aber eine Vielzahl von Vorschriften, die zwar nicht vollständig wertungsfrei und wahrheitsfähig sind, aber dennoch routinemäßig und konsensual gleichmäßig angewendet werden.²⁶²

Der aktuelle technische Befund hindert Rechtsautomation zumindest in der Theorie auch in diesen Bereichen nicht. Begrenzte Wertungsoperationen können durch Rechtsgeneratoren bereits (etwa in Ontologien oder als Bestandteil von Fuzzy-Logik)

²⁵⁵ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, ¹²2018, S. 160.

²⁵⁶ „Unbestimmte Rechtsbegriffe sind als Gegenbegriff hierzu Begriffe, zu welchen der Gesetzgeber keine Definitionsansätze mitgeliefert hat und deren Symbol auch nicht unmittelbar allgemeinverständlich oder einer Fachsprache entlehnt ist.“, *Raabe/Wacker* et al., *Recht ex machina*, 2012, S. 226.

²⁵⁷ Weitere Beispiele Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 65; vgl. auch *Staffler/Jany*, ZIS 2020, 164, 170 f., sie nennen als Beispiel auch die Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer nach Art. 6 EMRK, die sie für binär abbildbar halten.

²⁵⁸ *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 152 f. m. w. N. zu Straftaxen.

²⁵⁹ *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982, 984.

²⁶⁰ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 80; *Staake*, JURA 2018, 661, 668; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, ¹¹2020, Rn. 179.

²⁶¹ So bereits *Habermas*, Faktizität und Geltung, ²1992, S. 266.

²⁶² Vgl. *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 80 f.; *Papier/Möller*, AöR, 122 (1997), 177, 185 sprechen von einer „gleitenden Skala zwischen den Extrema der Normbestimmtheit und Normunbestimmtheit“.

abgebildet werden. Zur Verdeutlichung dieser Möglichkeit sollte sich vor Augen geführt werden, dass eine Wertentscheidung eines Rechtsgenerators (wie bei jeder algorithmisch basierten Entscheidungsfindung) auch „kraft delegierter Entscheidungsmacht“²⁶³ eines Menschen geschehen kann. Es ist technisch möglich, einige wertende Merkmale bei der Systemgestaltung oder Datenbereitstellung von Menschen in das System *ex tunc* zu implementieren.²⁶⁴

1. Das Problem der Abgrenzung nach dem Schwierigkeitsgrad

Gegen eine realistische Einsatzperspektive von Rechtsgeneratoren in solchen Fällen kann aber grundsätzlich eingewandt werden, dass es bereits eine nicht unerhebliche kreative Leistung darstellt, „einfache“ Standardfälle als solche zu identifizieren und von diffizileren Aufgabenbereichen abzugrenzen.²⁶⁵ Aktuell ist hierfür die Fähigkeit menschlicher Richter zur kritischen Selbstreflexion ausschlaggebend, die es ermöglicht, atypische Konstellationen als solche zu erkennen.²⁶⁶

a. Technische Identifizierung einfacher Konstellationen

Eine maschinenverständliche Abstufung nach dem Schwierigkeitsgrad des Falles wäre für eine inhaltliche Automatisierung von Gerichtsentscheidungen aber vorauszusetzen,²⁶⁷ weil dem Rechtsgenerator nur so erkennbar wird, wann er entscheiden kann und wann eine Aussteuerung an einen menschlichen Entscheider notwendig ist. Es wäre schließlich, neben möglichen Fragestellungen, die ohnehin originär bei Menschen verbleiben müssten, schon aus technischen Gründen notwendig, einen Fall, sofern er sich als für die Bearbeitung durch einen Rechtsgenerator ungeeignet erweist, an einen menschlichen Entscheider delegieren, respektive algorithmische Entscheidungen durch Menschen überprüfen lassen zu können. Zum einen ist dies dann notwendig, wenn die Fähigkeiten des Algorithmus an Grenzen stoßen, zum anderen aber auch, weil Algorithmen selbst bei Fragestellungen, die sie grundsätzlich beherrschen, technisch oder human bedingte Fehler unterlaufen können.

Der berechtigte Einwurf zum Problem der Abgrenzung von einfachen und schwierigen Fällen lässt sich durch technische Mittel für viele Anwendungssituationen nur partiell entkräften. Wenn man aber von einem formularmäßig erfassten Sachverhalt

²⁶³ Herberger, NJW 2018, 2825, 2827.

²⁶⁴ Zur Programmierbarkeit auch schwieriger Wertungen Engel (*nun Fries*), JZ 2014, 1096, 1098.

²⁶⁵ Dies monieren beispielsweise Klein, Automatisierter Fallvergleich, 1998, S. 131; sowie La Diega, jipitec 2018, 3, 5.

²⁶⁶ Auf diese stellen auch Gless/Woblers, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 159 f. ab.

²⁶⁷ Dreyer/Schmees, CR 2019, 758, 763.

und weitgehend vorhandenen und strukturierten Daten über ähnliche Fälle ausgeht, durch die die Mustererkennung erleichtert wird, könnte in begrenztem Umfang die Übereinstimmung einer Fallkonstellation mit der vorgefundenen Datenlage verifiziert werden, so dass diese einer Fallgruppe und einem Schwierigkeitsgrad – etwa nach der Häufigkeit des Auftretens unbekannter Variablen – zugeordnet werden könnte. In einer strukturierten Sachverhaltserfassung²⁶⁸ könnten besondere Umstände durch die Parteien bereits als solche gekennzeichnet und damit in maschinenlesbare strukturierte Daten umgewandelt werden.

Die Schwäche solch eines technikfokussierten Ansatzes liegt aber, wie es auch *Nink* beschreibt, darin, dass auch die Voraussetzungen der Aussteuerung an den menschlichen Bearbeiter durch menschliche Programmierer antizipiert werden müssten, was sich angesichts der verschiedenartigen zu berücksichtigenden Faktoren, die zur Komplexität eines Falles beitragen können, schwierig gestalten muss.²⁶⁹ Hierbei besteht die Gefahr, dass Kriterien für die Aussteuerung im Vorhinein entweder zu weit gefasst werden und damit Menschen durch zahlreiche Ausnahmen stark in den Prozess involviert würden, oder aber zu enge Kriterien definiert würden, die die Gefahr bergen könnten, dass sensible Entscheidungen durch das Raster der algorithmischen Bearbeitung fallen könnten.

b. Algorithmische Verfahrensordnungen als Abgrenzungsmechanismen

Für eine Balance dieser beiden Aspekte muss die Erkenntnis leitend wirken, dass Kriterien für die Abgrenzung einfacher und schwieriger Rechtsfälle im Ergebnis stets von der Wahl der bevorzugten theoretischen Prämisse abhängig sind,²⁷⁰ also nicht als objektive Fakten, sondern als eine Frage der normativen Bewertung auftreten. Für eine Abstufung nach der Maßgabe der Komplexität muss demnach keine empirische, sondern eine normative und daher im Bereich staatlichen Handelns demokratisch legitimierte Abwägungsentscheidung getroffen werden. In der Folge wäre diese Aufgabe einem legitimierten Staatsorgan, vorzugsweise dem Gesetzgeber zu überlassen. Er wäre prinzipiell berechtigt, im Rahmen der Verfassung materiell-rechtliche und prozessuale Maßstäbe dafür zu setzen, welche Fälle er für einfach gelagert und damit automatisierungsfähig hält. Durch eine legitimierte staatliche Entscheidung könnte theoretisch²⁷¹ ein Re-

²⁶⁸Siehe zur rechtlichen Einordnung Kap. 5, C, II, 3, a, bb).

²⁶⁹*Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 197 f.

²⁷⁰Hierzu bereits *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff., 217.

²⁷¹Da der Gesetzgeber dabei aber an die Maßgaben der Verfassung gebunden ist, kann an dieser Stelle noch nicht auf die Zulässigkeit eines solchen Vorhabens geschlossen werden. Siehe hierzu Kap. 5.

gelwerk geschaffen werden, das als *algorithmische Verfahrensordnung* die Zuständigkeit von Rechtsgeneratoren in einer Abwägung von politischen Zweckmäßigungs- und technischen Umsetzbarkeitserwägungen regelt.

In diesem Regelwerk könnte beispielsweise die algorithmische Anwendung bei weitestgehend objektiven Tatbestandsmerkmalen und ermessensfreien Rechtsfolgen, in Anlehnung an den heute schon in § 35a VwVfG für die Verwaltungsautomation veranschlagten Standard, vorstellbar sein.²⁷²

Das heutige Verfahrensrecht kennt die Differenzierung der gerichtsinternen Zuständigkeit nach dem Schwierigkeitsgrad der Entscheidung in Ansätzen bereits. Das Tätigwerden von Einzelrichtern (auch wenn diese durch das fehlende Korrektiv des Kollegialgerichts eine geringere Garantie für die Entscheidungsrichtigkeit und die rechtliche Überzeugungskraft ihrer Wertungen bieten) ist beispielsweise nach § 348a Abs. 1 ZPO zulässig, wenn eine Rechtssache „keine besondere Schwierigkeit tatsächlicher oder rechtlicher Natur“ aufweist oder keine „grundsätzliche Bedeutung“ hat. Dies vermittelt den Eindruck, dass der Gesetzgeber sich nicht prinzipiell davor scheut, für die Festlegung der Entscheidungszuständigkeit Aussagen über den Schwierigkeitsgrad von Rechtsprechungsentscheidungen vorzunehmen und diese mit Effektivitätsgesichtspunkten abzuwägen. Auf Grundlage dieser gesetzlichen Bewertung wird der Grad der Absicherung von Gesetzesbindung und Unabhängigkeit auch heute schon in einfach gelagerten Fällen faktisch herabgesenkt, um schnellere und kostengünstigere Entscheidungen zu ermöglichen.

Die Bewertung, ob in einem konkreten Fall eine besondere Schwierigkeit zu erwarten ist, erfolgt heute aber natürlich im Einzelfall durch einen oder mehrere Menschen. Für eine gleichartige Bewertung durch einen Rechtsgenerator müsste ein offener Begriff wie der der fehlenden „besonderen Schwierigkeit“ freilich viel genauer gefasst und antizipiert in spezifische Fallkategorien eingebettet werden. Solch ein Vorgehen ist nur in begrenztem Umfang praktikabel, die Bewertung des Schwierigkeitsgrades hängt schließlich in vielen Fällen von den besonderen Umständen des Sachverhalts ab. Besondere Umstände auch nur in einigen Fällen zu antizipieren, würde für den Gesetzgeber eine immense, aber in Einzelfällen strukturell nicht unüberwindbare Herausforderung darstellen.

Als einem von mehreren Kriterien muss der Gesetzgeber sich bei der Bewertung der Schwierigkeit zwangsläufig auch an der technischen Machbarkeit orientieren. „Einfach“ könnte in diesem Sinne also abstrakt gewendet zukünftig vielleicht all das sein, was durch einen Algorithmus bearbeitet werden *kann*, auch wenn an dieser Stelle noch kaum fassbar ist, welche Aspekte hiervon konkret erfasst werden würden. Bei der Auf-

²⁷²Vgl. Dreyer/Schmees, CR 2019, 758, 763; Vogelsang/Krüger, jM 2019, 398, 403.

gabe, solche Aspekte konkret zu bestimmen, kann eine langjährige Rechtsprechungspraxis, die mögliche Fallkonstellationen bereits durchlaufen und geordnet hat, hilfreich sein, für wenig streitintensive oder neue Rechtsbereiche existiert eine solche Rechtspraxis allerdings natürlich nicht.

2. Das Problem der Entbehrlichkeit von Streitentscheidung

Relativierend für die Relevanz einfach gelagerter Fälle in der Einsatzperspektive der Rechtsgeneratoren könnte sich weiterhin auswirken, dass (streitige und hoheitliche) Rechtsprechung überwiegend in Bereichen notwendig wird, in denen sich die Streitparteien eine Konfliktlösung nicht eigenständig und einvernehmlich aus dem Gesetz heraus erarbeiten können,²⁷³ was bei „einfachen“ Normen gewiss seltener der Fall ist. Dennoch kann es auch hier Interessen an einem gerichtlichen Konflikt über eine scheinbar eindeutige Rechtslage geben, beispielsweise zur Regulierung der eigenen Schadenshöhe. Eindeutige Rechtsnormen verhindern Rechtsstreitigkeiten und die Notwendigkeit von Rechtsprechung daher nicht.

Ein klassisches Beispiel für streitintensive „einfache“ Normen sind einige Vorschriften der *Europäischen Fluggastrechte-Verordnung*²⁷⁴. Hiernach haben Kunden Anspruch auf Entschädigungen zwischen 250 und 600 EUR (je nach Flugstrecke), wenn der Flug ausfällt oder mindestens drei Stunden verspätet ist. Sowohl Flugstrecke als auch Ausfall und Verspätung lassen sich in konkreten Begriffen fassen und anhand häufig bereits digital verfügbarer Informationen ermitteln. Angelehnt an private Onlineplattformen zur Forderungsabwicklung²⁷⁵ könnten auch an Amtsgerichten in Flughafennähe Klagetools eingerichtet werden, die in diesen Rechtsfragen (vorläufig) urteilen.²⁷⁶

3. Das Problem der Obsoleszenz durch Vorverfahren

Gleichsam kann aber auch die Automatisierung von Vorverfahren im Verwaltungskontext zu signifikanten Einschränkungen in dem Bedürfnis nach Automatisierung daraus resultierender gerichtlichen Streitigkeiten führen. Ein Beispiel liefert die mit

²⁷³Vgl. *Kirchhof*, NJW 1986, 2275; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 193.

²⁷⁴Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, Amtsblatt der EU vom 17.02.2004, L 46/1 ff.; zu den Grenzen der Automatisierungsfähigkeit *Netzer*, AnwBl 2018, 280, 281; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 199 ff.

²⁷⁵Siehe Kap. 1, B, II, 1, a.

²⁷⁶Vgl. *Fries*, RW 2018, 414, 424; *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1284 f.

§ 35a VwVfG begonnene Automatisierung von Verwaltungsentscheidungen.²⁷⁷ *Martini* und *Nink* hielten hierzu richtigerweise fest, dass wenn gesetzliche Regeln so eindeutig seien, dass sie auch schon durch einen determinierten Verwaltungsalgorithmus ausgeführt werden könnten, dies bereits im Verwaltungsverfahren geschehen könne, so dass ein weiteres automatisiertes Verfahren seinen Sinn verlöre.²⁷⁸ Alle Fragen, die in der Folge dieser automatischen Bearbeitung durch die Verwaltung an die Gerichte gelangen würden, wären zwangsläufig solche, die sich der algorithmischen Entscheidungsgewalt entzögen.²⁷⁹ Damit würde eine automatisierte Rechtsprechung in diesem Bereich obsolet.

Es stellt sich weiterhin sogar die Frage, ob ein automatisiertes Gerichtsverfahren überhaupt noch ein anderes Ergebnis als dem für einen Verwaltungsakt oder eine ähnliche vorgelagerte Entscheidung generierte gelangen könnte, wenn die automatische Rechtsprüfung im Gerichtsverfahren auf derselben oder einer ähnlichen technischen Anwendung beruhen würde.²⁸⁰ Eine mögliche Obsoleszenz ist stets mitzudenken, will man Automation in einem Verfahren mit mehreren aufeinanderfolgenden (staatlichen) Entscheidungen erst in einem der späteren Schritte betreiben.

Das Problem der Obsoleszenz ist außerdem nicht auf den Verwaltungsbereich begrenzt. Zuletzt könnte auch für den Fall, dass smart contracts immer weitere Teile der Vertragsabwicklung automatisch regeln,²⁸¹ oder dass algorithmenbetriebene Alltagsgegenstände einen Rechtsbruch durch Abschaltmechanismen faktisch unmöglich machen,²⁸² die Nützlichkeit einer Vollautomatisierung der Justiz zur Rechtsdurchsetzung einfacher Streitigkeiten infrage gestellt werden. Beispiele hierfür lassen sich im Straßenverkehrsrecht finden, das ebenso wie durch Menschen auch durch autonome Fahrzeuge zu befolgen sein müsste, wenn diese schon in absehbarer Zeit selbstgesteuert als automatisierte Rechtsanwender im Straßenverkehr unterwegs sein sollen.²⁸³ Ein selbstfahrendes Fahrzeug könnte seine Fahrgeschwindigkeit bei Erkennen eines potenziellen

²⁷⁷ Siehe Kap. 1, B, II, 3.

²⁷⁸ *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1135.

²⁷⁹ *Dies.*, DVBl. 2018, 1128, 1135; ebenfalls kritisch zur automatisierten Entscheidung im Verwaltungsgerichtsverfahren *Sommermann*, DÖV 2019, 293, 303 f.

²⁸⁰ Weil dann eine wirksame Kontrolle nicht mehr möglich ist, da beide Systeme der gleichen Logik folgen. Vgl. hierzu *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1135.

²⁸¹ Siehe hierzu Kap. 1, A, I, 3. und außerdem *Paschke*, MMR 2019, 563, 566 f.; vgl. zu den im Zusammenhang mit smart contracts diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken auch *Rademacher*, JZ 2019, 702 ff.

²⁸² Hiermit beschäftigen sich etwa *Kublmann*, in: Taeger (Hrsg.), *Smart World – Smart Law?*, 2016, S. 1039 ff.; *Bernzen/Kebrberger*, RW 2019, 374 ff.; *Rademacher*, JZ 2019, 702 ff.

²⁸³ Zum autonomen Fahren allgemein finden sich bei *Maurer/Gerdes et al.* (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, 2015 zahlreiche Beiträge; zum Problem der Gesetzeskonformität von autonomen Fahrzeugen *Prakken*, *Artif Intell Law*, 25 (2017), 341 ff.; dieses Beispiel ebenfalls bei *Hilgendorf*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, 2020, S. 137 ff., 150.

Rechtsbuchs etwa vollautomatisch drosseln, als Folge solcher Verselbstständigungstendenzen würde sich das Ausmaß rechtlicher Streitigkeiten verringern, da sich die Rechtsdurchsetzung in den privaten Bereich vorverlagert. Könnten autonome Fahrzeuge Verkehrsverstöße erkennen und diese vollautomatisch verhindern, verbliebe als Aufgabe der Gerichte für diese Fragestellungen vorwiegend die Kontrolle der algorithmischen Funktionsweise.

Die Zukunft könnte also einerseits zeigen, dass Rechtsgeneratoren in Richterfunktion unmöglich sind, wenn die technische Entwicklung bestimmte Erwartungen unterschreitet, sie könnte aber auch zeigen, dass sie unnötig sind, wenn die technische Entwicklung sich in eine gänzlich andere Richtung entwickelt und den hier gefassten Vorstellungsrahmen verlässt, indem sie Rechtsverstöße präventiv verhindert.

II. *Taxonomie automatisierungsgerechter Fälle*

Insofern man die vorgebrachten Einwände aber für überwindbar, spekulativ oder nur teilweise durchgreifend hält, weil sich zukünftige technische Entwicklungen nur in Teilen voraussagen lassen, scheint es relevant aufzuzeigen, in welchen Konstellationen einfach gelagerte Fälle in gerichtlichen Streitfragen überhaupt auftreten können. Hierfür soll ein systematischer Überblick von Fallgruppen mit erhöhtem Potenzial für das Auftreten automatisierungsgerechter Entscheidungssituationen erfolgen. Diese lassen sich nicht streng nach den Methoden der regel- und datenbasierten Rechtsgeneratoren trennen. Bewusst sollen einzelne Einsatzszenarien nur beispielhaft herausgegriffen werden, die langwierige technische Umsetzung von Tools für konkrete Entscheidungssituationen muss an multiple Bedürfnisse und Ausgangslagen sowie an eine zukünftige Gesetzeslage und technische Entwicklung anknüpfen. Sie kann also nur problemspezifisch entwickelt werden.

1. *(Unechte) Massenverfahren*

Automatisierungsgerechtheit kann zunächst auftreten, wenn es sich um einen einfachen wiederkehrenden Fall handelt.²⁸⁴ Unter diese Kategorie fallen *unechte Massenverfahren*, also Fälle in denen gleich gelagerte Fragestellungen einer größeren Anzahl von Klägern in verschiedenen Verfahren verhandelt werden.²⁸⁵ Auch in solchen Verfahren können freilich schwierige Wertentscheidungen relevant werden, so beispielsweise in Asylverfahren oder bei der Haftprüfung, die offenkundig grundrechtssensible Bereiche

²⁸⁴Kaulartz, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0, 2017, S. 599 ff., 602; Grupp, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1126.

²⁸⁵Quarcb/Hähnle, NJOZ 2020, 1281; Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 192 f.

betreffen.²⁸⁶ Wenn eine wiederkehrende Fallkonstellation aber mit einer simplen Wenn-Dann-Verknüpfung im Recht zusammenfällt, entsteht ein Entscheidungsmuster, das sich nach heutigem Verständnis relativ einfach technisch (auch ohne KI) sowohl regel- als auch datenbasiert abbilden ließe.²⁸⁷ Einfachheit entsteht hierbei durch die Gleichförmigkeit und die große Datenmenge über verschiedenste Konstellationen des vergleichbaren Falls.²⁸⁸ Als ein Beispiel wäre es denkbar, Verträge des täglichen Bedarfs einer automatisierten gerichtlichen (Vor)überprüfung zu unterziehen, wenn diese in großer Zahl vorliegen und eine geringe Variationsbreite aufweisen.²⁸⁹

Größere Abweichungen von den Möglichkeiten der Bearbeitung solcher auch inhaltlich einfach gelagerten Massenfälle sind in naher Zukunft auch durch KI-Anwendungen nicht zu erwarten. KI-Technologien können aber dazu beitragen, dass Rechtsautomation innerhalb dieser einfachen Massenfälle besser und effektiver betrieben werden kann und die Einsatzfelder hin zu den Randbereichen komplexerer Fragen erweitert werden können. Die größte Chance der Methode der Künstlichen Intelligenz ist dabei auch im Gerichtsverfahren, dass große Datenmengen ausgewertet werden können.

Die Verfügbarkeit einer großen Datenmenge über wiederkehrende Fallkonstellationen bietet auch die Möglichkeit des Einsatzes der Methode der *Predictive Analytics* in Form von sogenannter *Predictive Justice*.²⁹⁰ Der Begriff der *Predictive Analytics* wird nicht immer einheitlich verwendet, beschreibt aber häufig den Einsatz von Methoden des Machine Learning zur Analyse von Daten für die Vorhersage ungewisser Zukunftereignisse.²⁹¹ Im öffentlichen Sektor dienen *Predictive Analytics* beispielsweise der Vorhersage von kriminellem Verhalten (*Predictive Policing*)²⁹². Die bestehenden

²⁸⁶Gegen eine Automatisierung daher *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 153.

²⁸⁷Zwickel, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 197; *Hoch*, AcP, 219 (2019), 646, 659; ähnlich *Mohabbat Kar/Thapa* et al., Recht digital, Sep. 2019 (bit.ly/373vkXJ), S. 11.

²⁸⁸*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1101.

²⁸⁹*Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 114; ein Beispiel aus dem strafrechtlichen Bereich ist nach *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 152 die Ahndung von Straßenverkehrsdelikten.

²⁹⁰Zwickel, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 197.

²⁹¹*Surden*, Washington Law Review, 89 (2014), 87, 90; *Endres/Helm*, IM+io 2015, 58, 59.

²⁹²Hierzu *Egbert*, Siegeszug der Algorithmen?, 04.08.2017 (bit.ly/2Vvw6dB); *Singelnstein*, NStZ 2018, 1 ff.; *Knobloch*, Vor die Lage kommen: Predictive Policing in Deutschland, 29.08.2018 (stiftung-nv.de/de/publikation/vor-die-lage-kommen-predictive-policing-deutschland/), S. 8.

Methoden der Vorhersage von Gerichtsentscheidungen könnten mithilfe dieses Ansatzes optimiert werden, so dass auch Richtern der statistische Ausgang eines aktuellen Falls besser vorausgesagt werden könnte.²⁹³

In internationalen Pilotprojekten ist es bereits gelungen, Entscheidungen des *US Supreme Courts*²⁹⁴ und des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*²⁹⁵ zu prognostizieren.²⁹⁶ Dabei ging es bisher jedoch stets um die reine Rechtsanwendung in einer begrenzten Zahl feststehender Sachverhalte.²⁹⁷

Im Zusammenhang mit dem Strafprozess wurden hierzu zuvor die Möglichkeiten des Einsatzes von Risikoprognosesoftware²⁹⁸ am Beispiel der US-amerikanischen Software COMPAS diskutiert.²⁹⁹ Auch außerhalb der USA lassen sich Beispiele entdecken, die über Erfolge berichten;³⁰⁰ so ist in Buenos Aires der Einsatz prädiktiver Software im Gerichtsverfahren Berichten zufolge bereits Realität. Eine Anwendung namens *Prometea*, die seit 2017 in Entwicklung ist, soll in wenigen Sekunden in der Lage sein, mittels Auswertung von mehreren tausend Entscheidungen eine Vorhersage über den Ausgang eines konkreten Falls zu erstellen und daraus eine rechtliche Einschätzung zu generieren.³⁰¹ So sollen zwischen 2017 und 2018 bereits 652 Entscheidungen entstanden sein, die durch Prometea unterstützt wurden.³⁰²

Im hier erwogenen Anwendungsfall wäre als praxisnahes Beispiel die gerichtsinterne Vorschaltung einer automatisierten Prüfung möglich, die Fälle kategorisiert und so die Generierung von Entscheidungsvorschlägen durch die Prognostizierung des wahrscheinlichsten Ergebnisses anhand bereits entschiedener Fälle aus diesem Kontext ermöglicht.³⁰³ So könnten in manchen Fällen bereits heute Entscheidungsempfehlungen

²⁹³ Ähnliche Überlegungen etwa bei *Ashley*, *Artificial Intelligence*, 2017, 107 ff.; *Bues/Matthaei*, in: *Jacob/Schindler/Strathausen* (Hrsg.), *Liquid Legal*, 2017, S. 89 ff., 100; *Risse*, *NJW* 2018, 2848, 2853; *Herold*, *InTeR* 2019, 7, 8.

²⁹⁴ *Katz/Bommarito/Blackman*, *A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States*, 19.01.2017 (ssrn.com/abstract=2463244).

²⁹⁵ *Aletras/Tsarapatsanis* et al., *PeerJ Computer Science*, 2 (2016), e93.

²⁹⁶ Zum Ganzen *Zander*, *AnwBl* 2017, 181 ff.

²⁹⁷ *Kilian*, *NJW* 2017, 3043, 3049.

²⁹⁸ Ob Anwendungen dieser Art als Rechtsgeneratoren verstanden werden können, hängt von der Frage ab, ob die Prognose des Rückfallrisikos als rechtliche Beurteilung oder als Beurteilung tatsächlicher Umstände gewertet wird. *Mader* sieht sie beispielsweise eher als Beweismittel, *Mader*, *Algorithmen & Rechtsprechung*, 2019 (diglib.uibk.ac.at/ulbtirolhs/download/pdf/3479042?originalFilename=true), S. 38.

²⁹⁹ Siehe Kap. 2, B, IV, 1, c.

³⁰⁰ Weitere Beispiele bei *Quarch/Hähnle*, *NJOZ* 2020, 1281 ff.

³⁰¹ *Corvalán*, *International Journal of Digital and Data Law*, 4 (2018), 17, 24 f.

³⁰² *Ders.*, *Prometea*, 2019, S. 49.

³⁰³ *Fries*, *NJW* 2016, 2860, 2864; *Braegelmann*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 941; *Zwickel*, in: *Buschmann/Gläß* et al. (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 179 ff., 192.

selbstständig generiert werden.³⁰⁴ Voraussetzung hierfür wären aber (erneut) strukturierte Schriftsätze mit maschinenlesbaren Sachverhaltsinformationen, durch die der wahrscheinlichste Ausgang eines Falles – etwa mithilfe juristischer Datenbankauswertung – prognostiziert werden könnte.³⁰⁵

Es ist insgesamt eine gewisse Vorsicht geboten, Erfolgsberichte über den Einsatz prädiktiver Methoden im Ausland als Maßstab für eine mögliche Entwicklung in Deutschland und Europa zu begreifen, denn es bestehen Unterschiede und Besonderheiten in den Rechtsordnungen, die in einem pauschalen Vergleich nicht abgebildet werden können. So zeigt sich auch, dass die Anwendung prädiktiver Software im Gerichtsverfahren nicht in jeder Rechtsordnung begrüßt wird. Seit Juni 2019 ist es in Frankreich nach Art. 33 des *Justizreformaktes*³⁰⁶ sogar strafbar, Analysen, Bewertungen oder Vorhersagen von individuellen Richterentscheidungen vorzunehmen.³⁰⁷

2. Fälle mit geringem Streitwert

Die inhaltliche Einfachheit eines Falls kann weiterhin in Kombination mit quantitativen Kriterien treten. Ein Gebiet, in dem sich automatische Bearbeitung besonders positiv auswirken könnte, sind *einfache wiederkehrende Fälle von Klein- und Kleinstschäden*.³⁰⁸ Sie werden durch das aktuelle Rechtssystem häufig nicht hinreichend abgebildet. Dies zeigt sich etwa darin, dass nach einer Studie des *Instituts für Demoskopie Allensbach* aus dem Jahr 2014, die jährlich mit abweichender Fragestellung zu Themen der Justiz im *Rechtsreport der Roland Rechtsschutzversicherung (Roland Rechtsreport)* veröffentlicht wird, der durchschnittliche Streitwert, ab dem Geschädigte vor Gericht ziehen würden, bei 1.950 EUR lag.³⁰⁹

³⁰⁴Susskind, *Tomorrow's Lawyers*, 2017, S. 117 f.; Döbel/Leis et al., *Maschinelles Lernen*, 2018 (bit.ly/3inGIUz), S. 8.

³⁰⁵Zwickel, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren*, 2018, S. 179 ff., 198.

³⁰⁶Gesetz Nr. 2019-222 vom 2018-2022 Programmplanung und Reform für die Justiz vom 23.03.2019.

³⁰⁷Berichte und Kritik hierzu bei Taylor, *France Bans Data Analytics Related to Judges' Rulings*, 04.06.2019 (bit.ly/378egQa); Kublmann, *Baum der Erkenntnis nicht nur im Paradies verboten*, 14.06.2019 (bit.ly/3iTHHLY); Chivot, *French Law Banning Analytics About Judges*, 09.07.2019 (bit.ly/3BSIsNi).

³⁰⁸In diesem Bereich wird auf staatliche Rechtsverfolgung neuerdings vermehrt verzichtet und es werden viele Streitigkeiten vorgerichtlich und im (außer)gerichtlichen Vergleichswege gelöst. Siehe Ritter, *NJW* 2001, 3440, 3443, als Gründe hierfür nennt Ritter u. a. lange Verfahrensdauer und ein starres Kostensystem; vgl. auch Greger, *NZV* 2016, 1, 3; Höland/Meller-Hannich, in: dies. (Hrsg.), *Nichts zu klagen?*, 2016, S. 11 ff., 15 hinzu kommen weitere erschwerende Faktoren, wie die grundsätzliche Unmöglichkeit einer Berufung nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, wenn der Streitwert unter 600 Euro liegt.

³⁰⁹ROLAND-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, *Roland Rechtsreport*, 2014 (bit.ly/2VgYsrl), S. 36.

Der Grund hierfür ist, dass der Rechtssuchende bei geringen Streitwerten häufig ein *rationales Desinteresse* an der finanziell belastenden und langwierigen Rechtsverfolgung hat, was wiederum einen Anreiz für Unternehmer schafft, massenhaft Schäden im Minimalbereich zu verursachen.³¹⁰ Diese Schadenskategorie wird auch durch Verträge begünstigt, die über das Internet mit einem großen Personenkreis geschlossen werden, und tritt durch Ausbreitung des Internethandels immer häufiger auf, so dass staatliche Gerichte zu ihrer Lösung teilweise nicht mehr für fähig gehalten werden.³¹¹ Die Tatsache, dass Kunden von Internetportalen und andere Betroffene von Kleinstschäden auf diese Weise von einer Rechtsverfolgung absehen, führt zusammen mit anderen Faktoren zu dem Phänomen des sogenannten *Digital Justice Gaps*, einem Mangel an Rechtsdurchsetzungsmacht von Verbrauchern im digitalen Raum.³¹²

Wie eine Entwicklung von Rechtsgeneratoren Abhilfe in diesem Bereich schaffen könnte, zeigt ein ambitionierter Vorstoß aus Estland. Laut einem Bericht von *wired.com* hat das estländische Justizministerium 2019 die Entwicklung eines „*Robot Judge*“ in Auftrag gegeben, der Rechtsstreitigkeiten bis zu einem Wert von etwa 7.000 EUR selbstständig lösen können soll und nur auf Antrag die nachträgliche Kontrolle durch einen Menschen vorsehe.³¹³ Dort ist das Ziel der Entwicklung, den großen Rückstand bei der Bearbeitung solcher Fälle durch die Gerichte aufzuarbeiten.³¹⁴ Hätte dieses Projekt Erfolg, wäre es der erste Einsatz von Technik in entscheidungstreffender Position in einem staatlichen Gerichtsverfahren.³¹⁵ Inwiefern sich der hierbei verfolgte Ansatz auf das deutsche Rechtssystem übertragen lässt, ist jedoch noch weitestgehend offen.

3. Unstreitige Fälle

Des Weiteren ist unter dem Stichwort der Automatisierungsgeeignetheit auch die Situation denkbar, dass ein Anspruch nach den Gegebenheiten des Falls (voraussichtlich)

³¹⁰So auch zu lesen bei *Adrian*, *Rechtstheorie*, 48 (2017), 77, 115; *Steffen*, *DRiZ* 2018, 334; *Bernzen/Kehrberger*, *RW* 2019, 374, 399.

³¹¹Vgl. *Schulte-Nölke*, *ZGS*, 9 (2010), 385.

³¹²*Katsb/Rabinovich-Einy*, *Digital justice*, 2017, S. 178; *Braegelmann*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff.

³¹³*Niiler*, *Can AI Be a Fair Judge in Court?*, 2019 (wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/); hierauf ausführlich bezugnehmend *Quarch/Hähmle*, *NJOZ* 2020, 1281, 1284.

³¹⁴*Niiler*, *Can AI Be a Fair Judge in Court?*, 2019 (wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/).

³¹⁵Weniger weitreichend soll ein AI-Judge im Beijing Internet Court die Richter darin unterstützen, repetitive Arbeiten zu erledigen. *Beijing Internet Court, Beijing Internet Court launches online litigation service center*, 01.07.2019 (english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm); *Pillai*, *China Now Has AI-Powered Judges*, 16.08.2019 (radiichina.com/china-now-has-ai-powered-robot-judges/).

nicht bestritten wird, denn je weniger Punkte zwischen den Parteien streitig sind, umso einfacher ist die Sachverhalts- und Beweisermittlung.³¹⁶

Vor Eröffnung des streitigen Verfahrens ist in solchen Konstellationen heute in vielen Fällen das Mahnverfahren nach § 699 f. ZPO möglich, in dem sich, wie in Kapitel 1 dargestellt, eine Teilautomatisierung bereits verwirklicht hat.³¹⁷

Das Potenzial ist aber noch nicht ausgeschöpft. Innerhalb des bestehenden Mahnverfahrens könnten Rechtsgeneratoren dort ansetzen, wo die ersten rechtlichen Entscheidungen über die Schlüssigkeit des Vorbringens zu treffen sind. Es existieren außerdem, wie schon *Fries* zu bedenken gibt, auch Fälle, in denen kein Mahnverfahren in Betracht kommt, beispielsweise wenn der Streitgegenstand nicht rein monetärer Natur ist.³¹⁸ In diesen Fällen könnten weiterentwickelte Rechtsgeneratoren zum Einsatz kommen, die das streitige Verfahren vorbereiten.³¹⁹ Als Beispiel können Unterhaltsansprüche oder erbrechtliche Pflichtteilsansprüche genannt werden, die zunächst eine Handlung, nämlich Auskunft der Gegenseite voraussetzen.³²⁰ Daneben können unter die Kategorie der (mehr oder minder) unstreitigen Fälle beispielsweise auch einvernehmliche Scheidungen oder unbestrittene Erbangelegenheiten nach gesetzlichem Erbteil fallen.

4. Strukturierte Teil- oder Vorentscheidungen

Eine weitere Automatisierungsmöglichkeit zeigt sich auch dort, wo einfache vorgelagerte, also nicht verfahrensabschließende Entscheidungen betroffen sind. Zu erwägen könnte hier eine Erprobung von Rechtsgeneratoren für die *Schlüssigkeitsprüfung* in der Klägerstation,³²¹ die *Zulässigkeitsprüfung*³²² sowie Teile der Prüfung von *Prozesskostenhilfeanträgen*³²³ oder gar die klar strukturierte Prüfung im *Kostenfestsetzungsverfahren*³²⁴ sein. Einige dieser Aufgaben stehen ohnehin heute schon nicht (mehr) unter Richtervorbehalt.³²⁵ Hier wäre ein Einsatz von Rechtsgeneratoren zur Unterstützung von Rechtspflegern denkbar. Von Rechtsgeneratoren erstellte rechtliche Einschätzun-

³¹⁶ *Philipsen/Themeli*, Artificial intelligence in courts, 15.05.2019 (bit.ly/375kvEt).

³¹⁷ Siehe Kap. 1, A, II, 2.

³¹⁸ *Fries*, RW 2018, 414, 424.

³¹⁹ *Ders.*, RW 2018, 414, 424.

³²⁰ So *ders.*, RW 2018, 414, 424.

³²¹ Hierzu *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 199 ff.

³²² *Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1098 ff.; *Zwickel*, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 198; *Rühl*, JZ 2020, 809, 815.

³²³ Hierzu ausführlich *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 176 ff.

³²⁴ So ein Vorschlag der Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“, Thesenpapier, 21.07.2020 (bit.ly/3i7xADp), S. 4.

³²⁵ Siehe u. a. § 20 RPfGG.

gen könnten aber auch in richterlichen Aufgabenbereichen den Parteien, etwa verbunden mit der Frage, ob sie ihre Anträge angesichts dessen aufrechterhalten wollen, zur Kenntnis gebracht werden.³²⁶ Die bessere Automatisierbarkeit ergibt sich unter anderem aus der teilweise klaren Struktur der Zulässigkeits- und Prozesskostenprüfung und dem weniger umfangreichen, da einseitigen Sachverhaltsvortrag bei der Schlüssigkeitsprüfung. Für die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit und die Berechnung der Prozesskostenhilfe sind bereits Programme verfügbar.³²⁷ In den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung sind außerdem an verschiedenen anderen Stellen schematisierende Elemente in Form von Tabellen über die Höhe von Unterhaltsverpflichtungen oder Schmerzensgeldforderungen integriert.³²⁸

Eine Konstellation, die aus dem Schema der vorgelagerten Entscheidungen herausfällt, ist die potenzielle Automation der richterlichen Entscheidung im Zuge eines *Versäumnisurteils* gegen den Beklagten nach § 331 Abs. 1, 2 ZPO, die eine Prüfung der Schlüssigkeit des Klägervortrags voraussetzt. Hierbei wird das Klägervorbringen als zugestanden fingiert, so dass ein unstreitiger und damit subsumtionsfähiger Sachverhalt entsteht.³²⁹ Zumal der Kläger säumig ist, könnte dieser als weniger schutzwürdig anzusehen sein,³³⁰ was Automatisierung rechtfertigen könnte. Eine weniger invasive Variante wäre es, (nur) Vorschläge für den Erlass eines Versäumnisurteils zuzulassen, wenn die Voraussetzungen hierfür vom System erkannt wurden.³³¹

Auch dort wo, wie im einstweiligen Rechtsschutz, *vorläufige* Gerichtsentscheidungen ergehen, könnte der Einsatz von Rechtsgeneratoren in einfachen Fällen sinnvoll erscheinen, wenn das Gericht dadurch in die Lage versetzt wird, schnell ein Ergebnis zu erzeugen. Wegen des vorläufigen Charakters könnte der Entscheidung möglicherweise eine gewisse Fehlertoleranz eingeräumt werden, da im weiteren Verfahren Korrekturmöglichkeiten gegeben sind.³³² Der einstweilige Rechtsschutz darf in seiner grundsätzlichen Bedeutung aber nicht verkannt werden, auch hier können bereits entscheidende Weichenstellungen für spätere Wertentscheidungen notwendig werden.

³²⁶Dies erwägt *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864.

³²⁷Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 6.

³²⁸*Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 191.

³²⁹*Jacoby*, Zivilprozessrecht, 172020, Rn. 490.

³³⁰Beispielsweise besteht in dieser Situation auch kein Verstoß gegen Art. 103 GG, Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 63.

³³¹Ministerium der Justiz Nordrhein-Westfalen, Schriftlicher Bericht zu TOP 8 „Künstliche Intelligenz in der Justiz“, 05.12.2018 (landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-1463.pdf), S. 3.

³³²*Engel (nun Fries)*, JZ 2014, 1096, 1100.

5. Gerichtliche Streitbeilegung

Chancen der Nutzung von Rechtsgeneratoren könnten sich zuletzt auch in der gerichtlichen Streitbeilegung realisieren. Im ersten Kapitel wurde etwa über die Technologien zur automatisierten privaten Streitbeilegung (ODR) berichtet.³³³ Der bereits erwähnte US-Anbieter *TylerTech* bietet mit *Modria* bereits heute auch staatlichen Gerichten ein Programm, mit dem einige Streitigkeiten automatisch im Online-Streitbeilegungsverfahren erledigt werden könnten.³³⁴ Bei der Streitbeilegung steht zwar häufig nicht das Recht, sondern die Schlichtung und Befriedung im Vordergrund,³³⁵ dennoch sind auch hier rechtliche Aspekte von Relevanz, wenn sich die Überzeugungskraft der Schlichtung beispielsweise an den Erfolgsaussichten eines streitigen Verfahrens orientiert. Die staatliche Gerichtsbarkeit könnte an dieser Stelle ansetzen, indem sie Rechtsgeneratoren nutzt, die selbstständig Schlichtungsentscheidungen vorschlagen oder Prognosen erstellen könnten.

III. Weitere denkbare Einschränkungen

Durch gewisse weitere Einschränkungen ähnlich der auf einfach gelagerte Fälle könnte außerdem bereits einigen der diskutierten Gefahren und Einwände³³⁶ gegen einen entscheidungstreffenden Einsatz von Algorithmen begegnet werden. Nach heutigem technischen Stand können diese Einschränkungen aber stets nur ergänzend zu der Voraussetzung des Vorliegens einer automatisierungsgerechten, einfach gelagerten Fallkonstellation verstanden werden.

Der Gefahr der Stagnation des Rechts könnte – wie *Fries* vorschlägt – etwa schon dadurch entgegnet werden, dass die Anwendung auf die *unteren Instanzen* beschränkt wird, da eine fehlende Rechtsfortbildung bei erstinstanzlichen Gerichten in der Regel bereits erheblich weniger problematisch sei, weil diese hier seltener stattfände.³³⁷

In den unteren Instanzen finden sich zwar nicht ausschließlich aber doch eine Reihe solcher Fälle, die als Massenkonglomerate eine Automatisierung aus finanzieller Sicht interessant erscheinen lassen könnten. Gerade weil momentan der Arbeitsaufwand, der für die Herstellung und Wartung von Rechtsgeneratoren entsteht, teilweise immens

³³³ Siehe Kap. 1, B, II, 1, b.

³³⁴ *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 930; *Specht*, MMR 2019, 153, 155.

³³⁵ *Hirsch*, NJW 2013, 2088, 2094; dies aufgreifend *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 957.

³³⁶ Siehe Kap. 2.

³³⁷ So *Engel* (nun *Fries*), JZ 2014, 1096, 1099.

sein kann, lohnt sich der Einsatz in der Regel nur bei häufig wiederkehrenden Problemstellungen, die gleichzeitig geringe Schwierigkeiten in der einheitlichen Definition der einzelnen Tatbestandsmerkmale bieten.³³⁸ Die Ansiedlung von Rechtsgeneratoren in den unteren Instanzen hätte darüber hinaus den Vorteil, dass notwendige Korrekturmöglichkeiten im Instanzenzug gewährleistet blieben.³³⁹ Diese menschlichen Kontrollmöglichkeiten wären selbst in einfachsten Konstellationen geboten, denn sie kompensieren die Schwächen der Technik und tragen wesentlich zur Akzeptanz automatisierter Entscheidungen bei. Auch hier wäre es eine zentrale Herausforderung, Maßstäbe zu entwickeln, anhand derer bei individueller Betroffenheit Anträge auf menschlichen Neuentscheid oder auf Algorithmenkontrolle zugelassen werden könnten sowie die Gerichte mit den notwendigen Mitteln auszustatten, um eine sinnvolle Kontrolle überhaupt leisten zu können.³⁴⁰

Restriktiver als der bloße Verweis auf eine nachträgliche Kontrolle wäre es, von Anfang an die *Freiwilligkeit* als Voraussetzung für die Unterwerfung unter eine algorithmische Entscheidung festzusetzen. Eine algorithmische Entscheidung würde demnach also nur Verbindlichkeit erlangen, sofern das gefundene Ergebnis von den Betroffenen akzeptiert wird. In der Zivilgerichtsbarkeit würde sie daher etwa einer heute schon zulässigen Schiedsvereinbarung gleichkommen.³⁴¹

Sicherlich wäre dies insbesondere in Grenzbereichen einfach gelagerter Fälle und in der Anfangsphase einer Automatisierung von Rechtsprechungsentscheidungen sinnvoll. Die Instrumente der Freiwilligkeit und Vorläufigkeit könnten verwendet werden, um die automatisierte Entscheidung als Alternative zu einer klassischen Rechtsprechung zu erproben. Allerdings muss es, sobald ein hinreichendes Niveau der Entscheidungsqualität erreicht ist, aus technischer Sicht nicht zwangsläufig bei einem unverbindlichen Einsatz bleiben. Rechtsprechung steht in Bereichen unverbindlicher Entscheidungen schließlich auch in starker Konkurrenz zu privaten Akteuren. Wenn auch für den staatlichen Einsatz von Technik dauerhaft das Merkmal der Freiwilligkeit ausschlaggebend sein sollte, könnte dies möglicherweise zu einem sukzessiven Bedeutungsverlust der staatlichen Rechtsdurchsetzung beitragen.³⁴² Je einfacher der Anwendungsbereich und je besser die verwendete Technik, desto eher könnte es zukünftig politisch

³³⁸ Taruffo, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff., 214; Fiedler/Grupp, DB 2017, 1071, 1076; Grupp, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1100 ff., 1116 f.; vgl. auch Halbleib, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 1131 ff., 1135.

³³⁹ v. Graevenitz, ZRP 2018, 238, 241 spricht sich ebenfalls für die Notwendigkeit von Korrekturmöglichkeiten aus; kritisch zum Einsatz in unteren Instanzen Rollberg, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 89 f.

³⁴⁰ Siehe zu den Schwierigkeiten Kap. 5, A, II, 5, d und Kap. 5, B, II, 3, b, bb), (3).

³⁴¹ Vgl. Greco, RW 2020, 29, 54.

³⁴² Hierzu siehe näheres in Kap. 3, B, II, 3, b.

gewollt und gesellschaftlich akzeptabel erscheinen, algorithmische Entscheidungen auch verbindlich und nur nachträglich überprüfbar auszugestalten.³⁴³

Zwischenergebnis

Für die Perspektiven automatisierter Entscheidungen durch Rechtsgeneratoren drängt sich somit ein erster Schluss auf: Je entscheidungsnäher informationstechnische Komponenten zum Einsatz kommen sollen und umso komplexer die Entscheidungssituationen sind, desto bedenklicher erscheinen die technischen Defizite bei der rechtlichen und tatsächlichen Wertung.

Obwohl insgesamt noch zahlreiche Fragen zur Überwindung technischer und theoretischer Hindernisse offengeblieben sind und auch einzelne Aspekte nur im Überblick dargestellt werden konnten, lässt sich daher festhalten, dass sich Anwendungsgebiete automatisierter rechtsprechender Rechtsprüfung nach aktuellem technischem Stand wegen diverser rechtstheoretischer und technischer Bedingungen (noch) nicht außerhalb begrenzter Möglichkeiten in einfach gelagerten Fällen ergeben.

Das Recht enthält aber zu einem gewissen Anteil auch diese Bereiche, in denen nicht komplexe Wertungen oder die Rechtsfortbildung, sondern die Rechtsdogmatik als Ausformung der juristischen Logik prägend sind.³⁴⁴ Bereits *Arthur Kaufmann* schlussfolgerte deshalb, dass die Abgrenzung von zur Formalisierung geeigneten und ungeeigneten Bereichen eine qualitative Frage ohne scharfe Grenzen sei und in bestimmten Bereichen des Rechts die Vorteile der Automatisierung überwiegen könnten.³⁴⁵

Trotz der in Kapitel 2 vorgebrachten Bedenken können daher begrenzte Teilbereiche der Rechtsanwendung als potenziell automatisierungsgerecht identifiziert werden. Rechtsgeneratoren sind heute schon technisch in der Lage, in einfach gelagerten Fällen, also beispielsweise in einigen einfachen Fällen mit massenweise anfallenden geringen Streitwerten oder deskriptiven beziehungsweise zahlenmäßig beschreibbaren Rechtsnormen, Entscheidungen von hinreichender Qualität zu treffen. Einsatzfelder eröffnen sich potenziell auch bei einfachen verfahrensbegleitenden oder vorläufigen Entscheidungen. In wiederkehrenden Fällen könnten Vorschläge insbesondere durch prädiktive Methoden datenbasierter Algorithmen erzeugt werden. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bislang noch dabei, diese Fälle strukturell von komplexeren Materien abzugrenzen. Hier ist gesetzgeberisches Handeln möglich.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher die Erkenntnis festhalten, dass eine technische Rechtsanwendung zwar wohl nicht das Allheilmittel ist, das sich frühe Rechtsinformatiker erträumt haben mögen. Es ist aber aus der Perspektive eines begrenzten Einsatzes

³⁴³Die verfassungsrechtlichen Grenzen solch eines politischen Willens ergeben sich indes erst aus dem verfassungsrechtlichen Schutzstatus der richterlichen Tätigkeit, hierzu näheres in Kap. 5.

³⁴⁴Vgl. *Rostalski*, *Rethinking law* 2019/1, 4, 11 f.

³⁴⁵*Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, ²1997, S. 123.

auch kein völlig abwägendes Konzept, sondern kann unter ständiger Beobachtung der Fortentwicklung digitaler Technik in Einzelbereichen dort erwogen werden, wo sein Einsatz in einem günstigen Kosten-Nutzen Verhältnis steht.

Die Erkenntnis, dass es bereits heute denkbare Bereiche des Einsatzes von Rechtsgeneratoren gibt, kann zugleich als Anstoß verstanden werden, sich in einem weitergehenden Sinne Gedanken über den Eigenwert menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung zu machen und angelehnt an die aus heutiger Sicht technisch durchführbaren Optionen allgemein zu fragen, ob das Verfassungsrecht einer potenziell noch viel weitreichenderen Entwicklung Grenzen setzt. Es erscheint sinnvoll, Fälle, die mit angemessenem Investitionsaufwand automatisierbar sein könnten, auch unter den Aspekten ganz allgemeiner Grundsatzfragen über den Sinn und Inhalt eines menschlichen Richterbildes zu betrachten, da diese heute schon realistischen Fälle die Weichenstellungen für eine Antwort auf die Frage bereithalten, ob das technisch (möglicherweise irgendwann) machbare auch stets ausgereizt werden sollte³⁴⁶.

B. Vorteile von gerichtsnaher Rechtsautomation aus verfassungsrechtlicher Sicht

Zu diesen Grundfragen gehört es auch, nach dem Bedürfnis hinter der Ersetzung von Menschen durch algorithmische Rechtsanwender zu fragen. Maßgeblich für die Verwirklichungsperspektive von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren kann letztlich nur ein Wille zur Einführung von derartigen Automatisierungsschritten sein. Es muss daher herausgearbeitet werden, welche Vorteile der Einsatz einer vollautomatisierten Rechtsprechung verheißt, warum dieser Einsatz also in automatisierungsgerechten Fällen (zukünftig) politisch und gesellschaftlich wünschenswert erscheinen könnte.

Die Chancen und Vorteile, die eine Anwendung von (entscheidungstreffenden) Rechtsgeneratoren in Gerichtsverfahren eröffnen könnte, sind verschiedentlich und zum Teil kritisch,³⁴⁷ jedoch noch nicht umfänglich in Hinblick auf ihre möglichen verfassungsrechtlichen Verankerungen diskutiert worden. Die in diesem Zusammenhang

³⁴⁶Diese Frage ist unter anderem ein Aspekt bei *Stiemerling*, CR 2015, 762, 765; *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 15 ff., 58, Letzterer sieht als Voraussetzung den bewussten Umgang mit den Stärken und Schwächen von Technologie.

³⁴⁷Siehe u. a. *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 252 ff.; *Goebel/Schmalz*, CR 1986, 510, 511 f.; *Brinkmann*, DRiZ 1993, 349, 351 f.; *Fries*, RW 2018, 414, 424; *Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 15; *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 15 ff., 45 m. w. N.; *Re/Solow-Niederman*, Stanford Technology Law Review, 22 (2019), 242, 255 ff.; *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 7; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 38 ff.; *Tegmark*, Leben 3.0, 32020, S. 159.

relevanten Faktoren werden deshalb im Folgenden unter diesem Aspekt kritisch betrachtet. Es sei darauf hingewiesen, dass Chancen einer zukünftigen Entwicklung niemals ganz ohne Spekulation dargestellt werden können, eine endgültige Festlegung oder gar ein Handlungsappell also weder möglich noch intendiert sind.

I. Einheitlichkeit und Gleichheit der Rechtsprechung

Als eine erste Chance algorithmisierter Rechtsprechung wird ein Gewinn an *Einheitlichkeit und Gleichheit der Rechtsprechung* diskutiert. Algorithmischen Entscheidungen wird trotz ihrer Mängel wie der Diskriminierungsanfälligkeit und Intransparenz von Künstlicher Intelligenz³⁴⁸ weiterhin zugesprochen, insgesamt weniger interessengeleitet und damit objektiver und weniger fehleranfällig als menschliche Entscheidungen zu operieren.³⁴⁹ Damit verknüpft ist für einige die Aussicht auf eine technische Vereinheitlichung richterlicher Entscheidungsprozesse, die nach ihrer Ansicht als Garant für eine verbesserte Rechtssicherheit in der Rechtsprechung betrachtet werden könnte.³⁵⁰ Aus dieser Perspektive betrachtet, könnte eine Entscheidung durch Rechtsgeneratoren wünschenswert erscheinen, denn eine solche würde das Recht stets gleichmäßig und effektiv anwenden und damit eine Verlässlichkeit besitzen, die derzeitiger Rechtsanwendung fremd ist.³⁵¹

³⁴⁸Siehe Kap. 2, B, IV, 1 und 2.

³⁴⁹So *Wieacker*, in: Bettermann/Zeuner (Hrsg.), FS Bötticher, 1969, S. 383 ff., 398; *Hill*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat, 2015, S. 267 ff., 269; *Nakad-Weststrate/v. d. Herik* et al., in: Al-Dahoud/Mimi et al. (Hrsg.), The 7th ICIT, Conference Proceeding, 2015, S. 59 ff., 65; *Meyer*, ZRP 2018, 233 ff., jeweils aber durchaus auch kritisch bezugnehmend auf diesen möglichen Vorteil; besonders kritisch *Ernst*, VuR 2019, 401, 402; vgl. aber auch *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844, 847; mit Bezug zur Verwaltung: *Kube*, VVDStRL, 78 (2019), 289, 307 f. m. w. N.; zudem *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 7; *Oehmer*, Robot judge, 07.08.2019 (hiig.de/en/robot-judge-verdict-in-the-name-of-the-algorithm/); *Krimphove/Niehaus*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 356 ff., 357.

³⁵⁰*Brinkmann*, DRiZ 1993, 349, 351 f. sieht vor allem den Vorteil der Rechtssicherheit; eindrücklich formuliert *Posner*: „Algorithmic decision-making methods, by forcing the decision maker to bring the full range of relevant factors to the conscious level and integrate them rationally, may, by expanding the analytic capacity of the conscious mind, overcome the limitations of consciousness that make intuition frequently a superior substitute.“, *Posner*, Boston University Law Review, 86 (2006), 1049, 1065; vgl. auch *Schneider*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 316 ff.; *Kugler*, Communications of the ACM, 61 (2018), 19, 20 f.; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 47, die letztgenannten jedoch auch mit stark kritischen Tönen.

³⁵¹*Grupp*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 1100 ff., 1128.

1. Verfassungsrechtliche Verortung

Diese Überlegungen lassen sich auch unter einem verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt, namentlich dem des Art. 3 Abs. 1 GG und dem *Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsprechung* betrachten. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat im hier diskutierten Zusammenhang besonders in seiner Ausprägung eines *Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit* Bedeutung. Hiernach muss jede Norm in allen gleichartigen Fällen ohne Ansehung der Person stets gleich angewendet werden.³⁵² Wenn eine Kohärenz nicht nur innerhalb, sondern auch zwischen verschiedenen Spruchkörpern – im Sinne einer Einheitlichkeit der gesamten Rechtsprechung – bezweckt werden soll, lässt sich die Rechtsanwendungsgleichheit darüber hinaus auch aus dem *Willkürverbot* und der *Gesetzesbindung* gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ableiten, da Gleichbehandlung im Sinne des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs *eines* Hoheitsträgers und nicht innerhalb der gesamten Rechtsprechung garantiert wird.³⁵³ Die Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes scheidet überdies auch aus, wenn es an einer identischen Ausgangslage und somit an einer möglichen Vergleichsgruppenbildung fehlt, so dass auch in diesen Fällen (nur) das Willkürverbot herangezogen werden kann.³⁵⁴

Auch das Willkürverbot wird meist aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet. Die Feststellung eines Verstoßes hiergegen – insbesondere durch die Judikative – ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes an die hohe Anforderung einer objektiv bestimmbar³⁵⁵ Evidenz geknüpft.³⁵⁶ Das Verbot ist daher (aus Gründen der

³⁵²BVerfG, Beschl. v. 04.04.1984, BVerfGE, 66, 331, 335 f. = NJW 1984, 2346; zur Rechtsanwendungsgleichheit allgemein *Vofßkuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 108; zur hier gewählten Fassung vgl. *Cremer*, VVDStRL, 78 (2019), 117, 121; *Schindler*, VVDStRL, 78 (2019), 167, 177 m. w. N.

³⁵³Vgl. insgesamt zu dieser Grenze des Anwendungsbereichs Maunz/Dürig GG/*Kirchhof*, 75. EL Sep. 2015, Art. 3 Abs. 1 Rn. 158; zur hier dargestellten Abgrenzung mit v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 97 Rn. 19.

³⁵⁴Hierzu v. Münch/Kunig GG/*Boysen*, 72021, Art. 3 Rn. 48.

³⁵⁵BVerfG, Beschl. v. 24.03.1976, BVerfGE, 42, 64, 73 = NJW 1976, 1391, gemeint ist, dass kein subjektiver Schuldvorwurf erhoben wird, sondern eine „objektive, das heißt die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation“ nachgewiesen werden muss.

³⁵⁶Die Grenzen des Willkürverbots seien überschritten, „wenn sich für eine bei der Auslegung und Anwendung einer einfachgesetzlichen Norm getroffene Abwägung sachlich zureichende, plausible Gründe nicht mehr finden lassen“, so BVerfG, Beschl. v. 24.03.1976, BVerfGE, 42, 64, 73 = NJW 1976, 1391; das Willkürverbot kann ein verfassungsgerichtliches Eingreifen nach ähnlicher Lesart nur dann rechtfertigen, wenn die Rechtsanwendung nicht mehr verständlich ist und sich der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht, so BVerfG, Beschl. v. 29.04.1980, BVerfGE, 54, 117, 125 = NJW 1980, 1737, 1738 m. w. N.; ähnlich BVerfG, Beschl. v. 03.11.1982, BVerfGE, 62, 189, 192 = NJW 1983, 809 m. w. N.; BVerfG, Beschl. v. 04.06.1985, BVerfGE, 70, 93, 97 = NJW 1986, 575; BVerfG, Beschl. v.

Kompetenzverteilung³⁵⁷) nur eingeschränkt verfassungsgerichtlich justiziabel, was der Überprüfbarkeit von Urteilen auf Kohärenz enge Grenzen setzt.³⁵⁸ Am grundsätzlichen Stellenwert der Kohärenz und Konsistenz der Rechtsprechung für das Vertrauen in die Rechtsprechung und die Rechtssicherheit begründet diese Einschränkung freilich aber keine Zweifel.

Ungeachtet der Schwierigkeiten bei der rechtlichen Verortung und den eingeschränkten Möglichkeiten der gerichtlichen Verfolgbarkeit gilt weiterhin folgende gewichtige Einschränkung für den Begriff der Rechtsanwendungsgleichheit: Im seltenen Falle eindeutig determinierter (wahrheitsfähiger) Rechtsnormen erschöpft sich diese vielleicht in dem immer gleichen Einsatz des Gesetzes. In Fällen, die auch nur geringfügige Entscheidungsspielräume eröffnen, ist der Begriff und seine Anwendung aber sehr viel unklarer. In diesen Fällen kann sich ein auf Kohärenz gerichteter Gleichheitsaspekt nur in der Gegenüberstellung ähnlicher Fälle vergleichbarer (eigener und fremder) Judikatur³⁵⁹ oder im Heranziehen statistischer Vergleichsgrößen innerhalb ähnlicher Fallgruppen manifestieren.

2. Einheitlichkeit und Gleichheit durch Rechtsgeneratoren?

Der Versuch einer gleichmäßigen algorithmischen Gesetzesumsetzung wurde bereits in der frühen Zeit der Rechtsinformatik für einfache Rechtsfragen als Verwirklichungsoption der Rechtsanwendungsgleichheit verstanden.³⁶⁰ In dieser Zeit wurde hierfür gelegentlich das Beispiel der Bestimmung der angemessenen Wartezeit bei einem Verkehrsunfall gewählt.³⁶¹ In diesem Kontext ließe sich etwa argumentieren, dass eine Berechnung der Wartezeit anhand skalierbarer Faktoren – wie beispielsweise wiederkehrender Unfallumstände – ein Ergebnis erzielen würde, das den Gleichheitssatz in höherem Maße als eine einzelfallbezogene Entscheidung verwirklichen könnte.³⁶² In

15.03.1989, BVerfGE, 80, 48, 51 = NJW 1989, 1917; BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990, BVerfGE, 83, 82, 84 = NJW 1991, 157; BVerfG, Beschl. v. 07.04.1992, BVerfGE, 86, 59, 62 f. = NJW 1992, 1675; BVerfG, Beschl. v. 03.11.1992, BVerfGE, 87, 273, 279 = NJW 1993, 996 f.; BVerfG, Beschl. v. 28.07.2014, NJW, 2014, 3147.

³⁵⁷BVerfG, Beschl. v. 24.03.1976, BVerfGE, 42, 64, 74 = NJW 1976, 1391; BVerfG, Beschl. v. 29.04.1980, BVerfGE, 54, 117, 125 = NJW 1980, 1737, 1738 m. w. N.

³⁵⁸Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 200 f., m. w. N. kritisiert daher eine weitestgehende Wirkungslosigkeit dieses Instituts.

³⁵⁹Hierzu Riggert, Die Selbstbindung der Rechtsprechung, 1993, S. 48 ff.

³⁶⁰Dieser Gedanke ist beispielsweise auch schon bei Wieacker, in: Bettermann/Zeuner (Hrsg.), FS Bötticher, 1969, S. 383 ff., 398 angelegt.

³⁶¹Haft, DSWR 1983, 279 ff.; Ringwald, DSWR 1983, 279 ff.; dies aufgreifend Keltch, DSWR 1985, 41, 45; ebenfalls mit diesem Beispiel operierend Philipps, in: Haft/Hassemer et al. (Hrsg.), FS Kaufmann, 1993, S. 265 ff.

³⁶²Dies legt auch Keltch, DSWR 1985, 41, 45 nahe.

Fällen wie diesem ging es also darum, Wertungsspielräume anhand möglichst gleichbleibender und messbarer Maßstäbe auszufüllen.

Allgemein könnten Entscheidungen in der untergerichtlichen Rechtsprechung wohl tatsächlich bereits einheitlicher ausfallen, wenn durch automatische Datenauswertung umfassendere und gewichtete Informationen zu ähnlichen Fällen berücksichtigt werden könnten.³⁶³ Schließlich unterliegen Maschinen dem für menschliche Entscheidungen typischen Informationsdefizit nicht.³⁶⁴ Indem sie die vollumfängliche Einbeziehung aller möglichen Quellen und Rechtsauffassungen ermöglichen, könnten Algorithmen also eine Chance zur Verwirklichung einer auf Gleichheit beruhenden Allgemeingültigkeit von Gesetzen³⁶⁵ bieten, die die Rechtssicherheit für die Verfahrensbeteiligten erhöhen könnte.

Ein zuvor als Nachteil deduktiv-regelbasierter Entscheidungsprozesse begriffener Faktor könnte hierfür – verstanden allein unter dem Aspekt der Einheitlichkeit – entscheidend von Vorteil sein: Diese Algorithmen folgen ohne Abweichungsmöglichkeit stets der Logik der vorprogrammierten Rechtsdogmatik und ermitteln Ergebnisse nur auf Grundlage rationaler Entscheidungskriterien in einem strikt logischen Verfahren. Sie kennen also weder persönliche Vorlieben noch Abneigungen.³⁶⁶

a. Menschlicher Subjektivismus als Einfalltor für Uneinheitlichkeit?

Warum manch einer dies im Vergleich zum heutigen Zustand bevorzugen könnte, verdeutlichen aktuelle Beobachtungen. Ein Blick auf die gegenwärtige Situation zeigt die verbreitete Besorgnis einer als unzulänglich empfundenen Rechtssicherheit, welche durch ein Gefühl der Abhängigkeit von unkontrollierbaren, individuellen Umständen und persönlichen Vorlieben in der Rechtsprechung verursacht wird.³⁶⁷ So wurde im Rechtsreport der Roland Rechtsschutz-Versicherung von 2019 festgestellt, dass 61 % der Befragten davon ausgehen, dass ein Urteil stark von dem zuständigen Gericht abhängt und die Rechtsprechung in Deutschland deshalb für insgesamt uneinheitlich zu

³⁶³Vgl. *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864.

³⁶⁴Vgl. auch *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 509 f.; *Tegmark*, *Leben* 3.0, ³2020, S. 159 f.

³⁶⁵Ähnlich zu lesen etwa bei *Adrian*, *Rechtstheorie*, 48 (2017), 77, 112 f.; *Mader*, *Algorithmen & Rechtsprechung*, 2019 (diglib.uibk.ac.at/ulbtirolhs/download/pdf/3479042?originalFilename=true), S. 40. Insofern liegt auch eine (mittelbare) Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips nahe.

³⁶⁶Ein solcher Algorithmus kann aber nicht schöpferisch tätig werden und hat also in seiner Entscheidung keinen nicht vorher fest definierten Spielraum, vgl. *Hill*, in: *Hill/Schliesky* (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat*, 2015, S. 267 ff., 273 f. m. w. N.; ähnlich auch *Fries*, RW 2018, 414, 425; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 61.

³⁶⁷Derartige Befürchtungen skizzierte bereits *Simitis*, *Automation in der Rechtsordnung*, 1967, S. 5 ff.; der Eindruck der Subjektivität werde auch durch das Fehlen einer verbindlichen Methode der Rechtsanwendung verursacht, so *Rütbers*, JZ 2006, 53, 54.

halten sei.³⁶⁸ Die verhängte Strafdauer kann einer Studie aus dem Jahr 2016 zufolge beispielsweise stark von dem zuständigen Gerichtsbezirk abhängen.³⁶⁹

Auch wenn sich durch Erhebungen über eine allgemeine Zufriedenheit mit den deutschen Rechts- und Gerichtssystem – vor allem im internationalen Vergleich – ohne Weiteres gegensätzliche Behauptungen ableiten ließen,³⁷⁰ verspricht ein Blick darauf, welche Bedeutung die persönlichen Attribute eines Richters aus empirischer Sicht für das Ergebnis der Rechtsfindung haben können, Aufschluss in Bezug auf einige der vorgebrachten Befürchtungen.

Der Einfluss menschlicher Subjektivität auf Entscheidungsprozesse wurde in verschiedenen Disziplinen wissenschaftlich untersucht³⁷¹ und tatsächlich wurde nach einer von *Danziger* et al. in Israel vorgenommenen Erhebung umfänglich darüber diskutiert, ob Faktoren wie Ernährung, Stress oder Ermüdung einen Einfluss auf das Entscheidungsverhalten von Richtern haben könnten.³⁷² Die Ergebnisse der genannten Studie, die dies zu bestätigen schienen, haben zwar in der Folge auch viel Kritik, insbesondere an ihrer methodischen Herangehensweise erfahren,³⁷³ dies revidiert ein Gesamtbild, das auf gewisse Mängel in der menschlichen Entscheidungsfindung hindeutet, aber nicht grundsätzlich.

So können wohl auch Lebensumstände³⁷⁴ und persönlichen Beziehungen³⁷⁵ das Urteilsverhalten von Richtern beeinflussen. Kaum überraschen mag zudem, dass Richter

³⁶⁸ROLAND-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport, 2019 (bit.ly/3ydZEus), S. 20 f.

³⁶⁹„In 17,5 % der Gerichtsbezirke werden im Mittel um mindestens 10 % kürzere Strafe verhängt als im Bundesdurchschnitt. Umgekehrt werden in 21 % der Gerichtsbezirke um mindestens 10 % längere Strafen verhängt. [...] Im Mittel differieren zwei zufällig ausgewählte Gerichtsbezirke um 15 % in der Dauer der verhängten Strafen (bei gleichem Delikt und Legalbiografie).“, *Grundies*, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, S. 511 ff., 517 in Oberbayern werden nach dieser Erhebung beispielsweise sogar um 25 % längere Strafen verhängt als im Rest von Bayern (S. 524).

³⁷⁰Vgl. beispielsweise World Justice Project, *Rule of Law Index*, 2019 (worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf), S. 76, der Deutschland im Bereich Civil Justice auf dem dritten Platz weltweit sieht.

³⁷¹Als allgemeines Standardwerk hierzu gilt *Kahneman*, *Thinking, fast and slow*, 2011.

³⁷²Zum Einfluss von Ernährung *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, *PNAS*, 108 (2011), 6889 ff.; zum Einfluss von Stress und Ermüdung *Kalenscher*, *Justice – Justiz – Giustizia*, 3 (2018); zusammenfassend hierzu *Staahe*, *Werte und Normen*, 2018, S. 439.

³⁷³Etwa *Glöckner*, *Judgement and Decision Making*, 11 (2016), 601 ff.; *Chatziathanasiou*, *JZ* 2019, 455 ff. m. w. N.

³⁷⁴*Lorenz*, *Der Rechtsschutz des Bürgers*, 1973, S. 226; *Laumen*, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß*, 1984, S. 106 nennt auch soziale Herkunft und Erziehung, die das Einfühlen in die Lebensweise fremder Bevölkerungsschichten erschweren; hierzu jedoch kritisch *Bilda*, *JR* 2001, 89, 90 f.

³⁷⁵*Glynn/Sen*, *American Journal of Political Science*, 59 (2015), 37 ff. fanden etwa heraus, dass die Tatsache, ob ein Richter oder eine Richterin eine Tochter hat, beeinflusst, wie diese/r sich in „Woman Issues“ positioniert.

sich auch von politischen Interessen und äußeren Einflussfaktoren wie der öffentlichen Meinung oder ihrer sozialen Zugehörigkeiten zu einer Gruppe nicht freisprechen können³⁷⁶ und durch finanzielle Abhängigkeiten und Karrierebestrebungen einer konstanten Bedrohung ihrer Unabhängigkeit ausgesetzt sind.³⁷⁷

Bekannt und erforscht sind zudem zahlreiche Arten menschlicher kognitiver Verzerrungen, die sich freilich nicht auf Richter beschränken lassen, aber auch bei diesen auftreten können. Zu diesen zählt der *Ankereffekt*, der besagt, dass Entscheider sich bei dem Ausfüllen von Entscheidungsspielräumen unbewusst an vorgegebenen Größen orientieren³⁷⁸ oder der sogenannte *Halo-Effekt*, nach dem bei der Ermittlung der Glaubwürdigkeit eines Zeugens eine unbewusste Anknüpfung an dessen (positive) Vorqualifikation (positive Eigenschaften, Auftritt der Person) das Ergebnis beeinflussen kann.³⁷⁹ Zudem zu nennen sind *Rückschaufehler*, also Fehler, die die Wahrscheinlichkeitsbewertung einer Risikoverwirklichung zum Schadenszeitpunkt rückschauend durch dessen faktischen Eintritt bestimmen.³⁸⁰

Diese kurze Übersicht von Beispielen, auch wenn sie keine allgemeinen Aussagen über die individuelle Qualität der Richterschaft zulässt, zeigt deutlich, dass Menschen als soziale Wesen de facto niemals frei von sozialen und kognitiven Einflüssen und also auch Täuschungen und Irrtümern handeln können, subjektive Elemente und Emotionen, die einer kalkulierbaren rationalen Rechtsanwendung entgegenstehen, somit immer in die gerichtliche Urteilsfindung involviert sind.³⁸¹

³⁷⁶Hierzu *Hamm*, Der gesetzliche Richter, 1973, S. 18 f.; zu den Gefahren überhöhter Rollenzuweisungen auch *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren 1969 (Nachdruck 1983), S. 62; vgl. zudem *Bilda*, JR 2001, 89, 91; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 66 ff.

³⁷⁷*Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 113 meint daher: „Um die innerlich objektive Haltung muß tagtäglich neu gerungen werden.“; vgl. zudem v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, 72021, Art. 97 Rn. 1.

³⁷⁸Ausführlich *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 53 ff.

³⁷⁹Bezugnehmend auf kognitive Störungen dieser Art *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 79 ff.; vgl. auch *Kahneman*, Thinking, fast and slow, 2011, S. 119 f.; *Kalenscher*, Justice – Justiz – Giustizia, 3 (2018), S. 9 f. m. w. N.; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2849 f.; *Staaake*, JURA 2018, 661, 674 f. m. w. N.

³⁸⁰Hierzu *Staaake*, JURA 2018, 661, 674 f. m. w. N.; *ders.*, Werte und Normen, 2018, S. 439 ff. m. w. N.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 61 ff.

³⁸¹Mit ähnlichem Zwischenergebnis *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 267 f., m. w. N., siehe auch S. 122; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2849; *Staaake*, Werte und Normen, 2018, S. 438, 442; vgl. auch v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, 72021, Art. 97 Rn. 1; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 76 f.

b. Konsequenzen für die Einsatzperspektiven von Algorithmen?

Eine prinzipiell günstige Darstellung des Algorithmeinsatzes als Mittel zur Überwindung dieser Ausgangssituation ist trotzdem nicht geboten. Nicht nur, dass sich menschliche Vorurteile auch in algorithmischen Entscheidungen widerspiegeln können.³⁸² Wenn negative Faktoren durch Computereinsatz umgangen werden sollen, ergäbe sich zudem das immanente Problem, dass Aspekte wie Vorverständnis, einzelfallgerechte Wertungen, Empathie und innovatives Denken ebenfalls weitestgehend ausgeschlossen werden müssten.³⁸³ Die verheißungsvolle Aussicht algorithmischer Objektivität ist selbst beim Einsatz fortgeschrittener Künstlicher Intelligenz wegen der inhärenten Intransparenz und Diskriminierungsanfälligkeit noch zu weit gegriffen und hängt von der technischen Entwicklung ab.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen

Dieser Befund bestätigt umso mehr die vorgenommene Beschränkung auf einfach gelagerte Fälle. Diese bilden den einzigen Bereich, in dem Rechtsautomation momentan technisch durchführbar wäre und zugleich einen der wenigen Bereiche im Gesamtsystem der Rechtsordnung, der die in Kapitel 2 dargestellten menschlichen Fähigkeiten nicht durchgehend erfordert. Damit handelt es sich um einen Kontext, in dem Algorithmen tatsächlich eine gesteigerte Objektivität, Rechtsanwendungsgleichheit und Einheitlichkeit schaffen könnten.

Aber auch für eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung in einfach gelagerten Verfahren bestehen Grenzen, insbesondere verfassungsrechtlicher Natur. Sofern keine eindeutige Gesetzesprogrammierung vorliegt und damit zur Entscheidungsfindung der Vergleich zu anderen Gerichtsentscheidungen oder externen Datensätzen gesucht werden muss, ist zu berücksichtigen, dass der Stellenwert einer prozessübergreifenden Rechtsanwendungsgleichheit durch die verfassungsrechtlich garantierte Funktionsweise der dritten Gewalt stark eingeschränkt ist.³⁸⁴ Anders als beispielsweise beim *fallbezogenen Schließen*, das als Methode vor allem aus dem anglo-amerikanischen *Com-*

³⁸²Hierzu *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 162 f. Daneben auch Kap. 2, B, IV, 1, c und Kap. 5, A, I, 2, b.

³⁸³Ähnlich bereits *Goebel/Schmalz*, CR 1986, 510, 513; *Häuser*, *Betrifft JUSTIZ*, 107 (2011), 151, 153; das gilt natürlich aber in beide Richtungen, siehe *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 160 f.

³⁸⁴Solche Einschränkungen identifiziert auch *Cremer*, *VVDStRL*, 78 (2019), 117, 142.

mon Law bekannt ist, und das sich an *Präjudizien*, also vergangenen Fallentscheidungen orientiert,³⁸⁵ entfalten vergangene Gerichtsentscheidungen im deutschen Rechtssystem nur *relative* Wirkung gegenüber den Streitparteien und binden andere Gerichte in der Regel³⁸⁶ nicht.³⁸⁷ Richter müssen Entscheidungsmaßstäbe älterer Gerichtsentscheidungen daher nicht übernehmen.

Die Entbindung von dieser Übernahmepflicht führt auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zur systembedingten Uneinheitlichkeit der deutschen Rechtsprechung.³⁸⁸ Die Kohärenz der Entscheidungen befindet sich zwangsläufig in einem Spannungsverhältnis zu der richterlichen Unabhängigkeit.³⁸⁹ Diesem Spannungsverhältnis liegt die Polarität einer am vergangenen orientierten Konsistenz und Rechtssicherheit und der gegenwartsbezogenen Garantie einer möglichst richtigen Entscheidung im Einzelfall zugrunde.³⁹⁰

³⁸⁵Im anglo-amerikanischen Rechtskreis sind aber (nur) die tragenden Entscheidungsgründe (ratio decidendi) einer richterlichen Entscheidung bindendes Recht. Zusammenfassend *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. 2, 1975, S. 81 ff.; *Klein*, Automatisierter Fallvergleich, 1998, S. 18 ff. m. w. N.

³⁸⁶Eine Ausnahme stellen die Entscheidungen des BVerfG nach § 31 Abs. 1 und 2 BVerfGG dar. Außerdem besteht eine Pflicht zur Berücksichtigung der Entscheidungen internationaler Gerichte und nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Anrufungspflicht zum EuGH. Hierzu v. *Ungern-Sternberg*, AöR, 138 (2013), 1 ff.

³⁸⁷Hierzu beispielsweise BVerfG, Beschl. v. 23.01.1991, BVerfGE, 83, 216, 227 = NVwZ 1991, 768; jedes Gericht entscheidet nach der eigenen freien Überzeugung; Ansichten, die Rechtsanwendung grundsätzlich als fallbezogene Entscheidungsfindung begreifen, haben deshalb im hiesigen System keine Aussicht auf praktische Umsetzung, wenn sie sich nicht auch wesentlich am Gesetzestext ausrichten, so *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 29; vgl. auch *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 25; *Bosch*, JURA 2015, 56, 58; Schmidt-Bleibtreu *GG/Hopfauf*, ¹⁴2017, Vorb. v. Art. 92 Rn. 67.

³⁸⁸So BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988, BVerfGE, 78, 123, 126 = NJW 1988, 2787; BVerfG, Beschl. v. 03.11.1992, BVerfGE, 87, 273, 278 = NJW 1993, 996; BeckOK *GG/Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 11.

³⁸⁹Zu diesem Spannungsverhältnis ausführlich *Riggert*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung, 1993, S. 79 ff. er leitet dabei aber aus Art. 97 GG keine Differenzierungserlaubnis ab; vgl. auch *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 196 f. er hinterfragt kritisch, ob Art. 97 GG ein hinreichender Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung sein kann (vgl. S. 198 f.); vgl. außerdem v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 18 ff.

³⁹⁰Hierzu *Habermas*, Faktizität und Geltung, ²1992, S. 243: „Einerseits verlangt das Prinzip der Rechtssicherheit Entscheidungen, die im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung konsistent getroffen werden. Dabei ist das geltende Recht das Produkt eines unübersichtlichen Geflechts vergangener Entscheidungen des Gesetzgebers und der Justiz oder gewohnheitsrechtlicher Überlieferungen. [...] Andererseits fordert der Legitimitätsanspruch der Rechtsordnung Entscheidungen, die nicht nur mit der Behandlung analoger Fälle in der Vergangenheit und mit dem geltenden Regelsystem übereinstimmen, sondern auch in der Sache vernünftig begründet sein sollen, damit sie von den Rechtsgenossen als rationale Entscheidungen akzeptiert werden können.“

Die richterliche Unabhängigkeit garantiert die zweite Komponente und sichert die erste (ausschließlich) durch die Gesetzesbindung ab.³⁹¹

Trotz dieses Befundes sind aber auch deutsche Richter aktuell nicht gehindert, den Vergleich mit vergangenen Fällen als Maßstab für eine gegenständliche Rechtseinschätzung heranzuziehen und die Möglichkeiten der Anwendung des geschriebenen Rechts mit einer rückschauenden Perspektive, beispielsweise dem Blick auf die Rechtsprechung der Obergerichte, zu überprüfen, solange sie diese nicht mechanisch zu übernehmen verpflichtet sind.³⁹² Hierzu sind sie zum Zwecke der Sicherung der Einheitlichkeit und Effizienz der Rechtsprechung in vielen Fällen sogar gerichtsintern deutlich angehalten.³⁹³ Auch Elemente von aus Wahrscheinlichkeiten und statistischen Daten begründeten Urteilsgrundlagen, die beispielsweise beim induktiven Schließen eine wichtige Rolle spielen, können heute schon in Einzelbereiche der hiesigen richterlichen Rechtsanwendung integriert sein.³⁹⁴ Dies beispielsweise dann, wenn Gerichte Prognoseentscheidungen zu überprüfen und Abwägungen (auch) auf Grundlage von Wahrscheinlichkeiten anzustellen haben.³⁹⁵ Zudem können auch heute schon technische Daten in Form von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, wie dem „Stand der Technik“ als Entscheidungsgrundlagen dienen.³⁹⁶ Anders als in diesen Beispielen dargestellt, wäre ein entscheidungstreffender Algorithmus aber, zumindest wenn er einem streng vordefinierten Ablauf folgt, auf die vorgefundene Rechtslage festgelegt.³⁹⁷

Im Ergebnis könnten entscheidungstreffende Algorithmen Rechtsanwendungs-gleichheit und Einheitlichkeit in der Rechtsprechung also zwar in einigen (einfach gelagerten) Bereichen rein faktisch fördern, indem sie menschliche Vorurteile und Fehler

³⁹¹ Hierzu Kap. 5 A, I, 2 und II.

³⁹² So auch v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 97 Rn. 23; *Staake*, JURA 2018, 661, 672.

³⁹³ Allgemein stellt *Riggert*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung, 1993 eine Selbstbindung dort fest, wo innerhalb eines Spruchkörpers ein Spielraum zur Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung besteht. Dort sollen Abweichungen rechtfertigungsbedürftig sein, zusammenfassend S. 123; ausdrücklich wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung etwa in Art. 95 Abs. 3 GG erwähnt. Nach dieser Norm sind zu ihrem Zweck gemeinsame Senate zu bilden. Hierzu *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 154 ff.; vgl. auch *Klein*, Automatisierter Fallvergleich, 1998, S. 27, Letzterer spricht von einer widerlegbaren Verbindlichkeit von vorherigen Urteilen; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 2007, § 114, Rn. 15 sieht die Aufgabe der Rechtsprechungskonsistenz als Verfassungsauftrag der obersten Gerichte; *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 735 attestiert einen „informellen Konformitätsdruck“; vgl. auch *Hilbert*, JZ 2013, 130, 134, er spricht von faktischer Befolgung; so auch *Staake*, JURA 2018, 661, 672.

³⁹⁴ Vgl. *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983.

³⁹⁵ *Ders.*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 183 ff.

³⁹⁶ *Hill*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat, 2015, S. 267 ff., 277.

³⁹⁷ Die Determinierung würde damit einen Stellenwert ähnlich der Gesetzeskraft einnehmen. Näheres zu diesem Aspekt in Kap. 5, A, II, 3.

umgehen und sich strenger als bisher am Gesetz orientieren oder vorangegangene Entscheidungen und datengestützte Evidenzen umfassender berücksichtigen, es ist aber fraglich, ob sie trotz des dabei notwendigerweise am Vergangenen orientierten Maßstabes dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und der Gesetzesbindung entsprechen können.³⁹⁸

II. Effektiver Rechtsschutz und Justizgewährungsanspruch

Als weiterer vorstellbarer Vorteil des Einsatzes von Rechtsgeneratoren lässt sich eine Verbesserung im *Zugang* zu³⁹⁹ und in der *Bearbeitungsgeschwindigkeit* von Verfahren an Gerichten⁴⁰⁰ benennen.

1. Verfassungsrechtliche Verortung

Ein Bedürfnis nach einem effektiven Zugang zum und einer effektiven und schnellen Bearbeitung durch staatliche Gerichtsverfahren ergibt sich bereits aus dem verfassungsmäßigen Auftrag des Grundgesetzes.⁴⁰¹

Für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten garantiert Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den Rechtsweg,⁴⁰² für zivilrechtliche Streitigkeiten wird die Rechtsschutzmöglichkeit aus dem *allgemeinen Justizgewährungsanspruch* vom Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet.⁴⁰³ Beide Ansprüche beinhalten unter anderem die effektive Ausgestaltung des Zugangs zum rechtsstaatlichen Verfahren, die ordnungsgemäße Prüfung im Verfahren sowie die verbindliche Entscheidung und das Recht auf

³⁹⁸Hierzu Kap. 5 A.

³⁹⁹Ein verbesserter Zugang zum Gericht wird bereits als eine Chance von Technikeinsatz in der Justiz diskutiert. Vgl. *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864 f.; *Ulenaers*, Asian Journal of Law and Economics, 11 (2020), 1, 14, 21 f.

⁴⁰⁰Dieser Gedanke bereits bei *D'Amato*, Georgia Law Review 1977, 1277, 16; *Nakad-Weststrate/v. d. Herik* et al., in: Al-Dahoud/Mimi et al. (Hrsg.), The 7th ICIT, Conference Proceeding, 2015, S. 59 ff., 65; vgl. auch *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864; unter Einschränkungen *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 959.

⁴⁰¹Des Weiteren ist auch Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beachten.

⁴⁰²Hierzu BVerfG, Beschl. v. 16.12.1980, BVerfGE, 55, 349, 369 = NJW 1981, 1499, 1500, mit Bezug auf die Dauer des Verfahrens; BVerfG, Beschl. v. 16.05.1995, BVerfGE, 93, 1, 13 = NJW 1995, 2477; vgl. auch *Maurer*, in: Detterbeck/Rozek/v. Coelln (Hrsg.), FS Bethge, 2009, S. 535 ff., 535 f.; BeckOK GG/*Enders*, ⁴⁷2021, Art. 19 Rn. 51.

⁴⁰³BVerfG, Urt. v. 11.06.1980, BVerfGE, 54, 277, 291 f. = NJW 1981, 39, 41; BVerfG, Beschl. v. 30.05.1990, BVerfGE, 82, 126, 155 = NJW 1990, 2246, 2249; BVerfG, Beschl. v. 20.06.1995, BVerfGE, 93, 99, 107 = NJW 1995, 3173; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 401 = NJW 2003, 1924.

eine zügige Bearbeitung.⁴⁰⁴ Die konkrete Ausgestaltung obliegt dabei dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.⁴⁰⁵ Zu berücksichtigen ist, dass die Erfüllung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes die Rechte des Einzelnen und die Allgemeininteressen im Sinne der *praktischen Konkordanz* in Einklang bringen muss.⁴⁰⁶ In diesem Rahmen muss beispielsweise eine hinreichende Ausstattung der Gerichte mit Finanzmitteln sichergestellt sein.⁴⁰⁷ Verstöße gegen den Justizgewährungsanspruch durch die Justiz sind etwa bei schwerwiegender Verzögerung der Entscheidung oder stark überhöhten Gebühren denkbar.⁴⁰⁸

2. Notwendigkeit weiterer Maßnahmen zur Förderung der Justizgewährung?

Diskussionsbeiträge zu einem einfacheren Zugang zu staatlichen Gerichtsverfahren aber auch zu privater Rechtsdurchsetzung wurden bereits in der Vergangenheit laut,⁴⁰⁹ haben ihre Aktualität aber bis heute nicht eingebüßt. Gerade in Fällen von geringer finanzieller Bedeutung können in anderen Bereichen angemessen erscheinende Kosten und Verfahrensdauern den Zugang zum Gerichtsverfahren für Rechtssuchende überproportional erschweren, so dass auch eine unzureichende Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs befürchtet werden kann.⁴¹⁰

Auch die Dauer von Gerichtsverfahren wurde bereits in der Vergangenheit als ein zentrales Problem begriffen⁴¹¹ und es wurde im Laufe der Zeit auf verschiedenste Weise versucht, die Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung zu begünstigen. Hierzu soll beispielsweise seit 2011 eine Entschädigungsvorschrift bei überlangen Verfahrensdauern

⁴⁰⁴BVerfG, Urt. v. 11.06.1980, BVerfGE, 54, 277, 291 f. = NJW 1981, 39, 41; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 401 = NJW 2003, 1924; Maurer, in: Detterbeck/Rozek/v. Coelln (Hrsg.), FS Bethge, 2009, S. 535 ff., 541 m. w. N.; Zuck, NJW 2013, 1132 ff.

⁴⁰⁵BVerfG, Beschl. v. 20.04.1982, BVerfGE, 60, 253, 268 = NJW 1982, 2425, 2426: „Dem Gesetzgeber kommt dabei eine weite Gestaltungsfreiheit zu, insbesondere der Vorrang, zwischen Erfordernissen der Rechtssicherheit und möglichen Einbußen an Chancen, materiale Gerechtigkeit im Einzelfall herzustellen, abzuwägen.“; daneben siehe Knauff, NVwZ 2007, 546, 548.

⁴⁰⁶BVerfG, Beschl. v. 20.04.1982, BVerfGE, 60, 253, 268 = NJW 1982, 2425, 2426; vgl. auch Heister-Neumann, ZRP 2005, 12, 13; Stilz, DRiZ 2006, 320, 324.

⁴⁰⁷Kritisch diskutiert bei Stilz, DRiZ 2006, 320 ff.

⁴⁰⁸Maurer, in: Detterbeck/Rozek/v. Coelln (Hrsg.), FS Bethge, 2009, S. 535 ff., 542 m. w. N.

⁴⁰⁹Vgl. etwa Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 102 f. m. w. N.; Ritter, NJW 2001, 3440, 3447.

⁴¹⁰So Steffen, DRiZ 2018, 334 f., siehe auch Kap. 3 A, II, 2.

⁴¹¹Vgl. Redeker, NJW 2003, 2956, 2958; noch 2010 hat der EGMR die Dauer von Gerichtsverfahren in Deutschland als strukturelles Problem kritisiert. EGMR (V. Sektion), Urt. v. 02.09.2010, 46344/06 (Rumpf/Deutschland), NJW, 2010, 3355, 3357 = hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100307; vgl. auch Brosius-Gersdorf, VVDStRL, 74 (2015), 169, 197 f. m. w. N.; nach ROLAND-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport, 2019 (bit.ly/3ydZEus), S. 52 haben auch 75 % der Richter und Staatsanwälte den Eindruck, dass die meisten Verfahren in Deutschland zu lange dauerten.

in § 198 GVG beitragen.⁴¹² Die zügige Verfahrensbearbeitung ist auch in der zivilprozessualen *Konzentrationsmaxime*⁴¹³ vorgesehen und wird unter anderem durch Präklusionsvorschriften und Fristen befördert.⁴¹⁴

Mit Blick auf die Zugangsfrage können ebenfalls bereits Maßnahmen wie der Ausbau der Mittel der privaten Streitbeilegung und der digitalen Kommunikation mit den Gerichten (E-Justice), das Anliegen eines Onlineverfahrens sowie die 2018 eingeführte Musterfeststellungsklage als mehr oder weniger erfolgreiche Ansätze begriffen werden, mit denen der Zugang zum Rechtssystem zum Teil für alle, zum Teil für bestimmte Personengruppen (zum Beispiel Verbraucher) verbessert werden sollte.⁴¹⁵

Einige der bereits verwendeten und diskutierten Mittel zur Verfahrensbeschleunigung und zur Verbesserung des Zugangs mögen deshalb sicherlich nahe liegender und in der Entwicklung bereits weit fortgeschrittener sein als die hier untersuchten entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren, allerdings wird es schwerlich möglich sein, eine dieser Maßnahmen als finale Lösung aufzufassen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang beispielsweise, dass trotz insgesamt sinkender Eingangszahlen bei Gericht⁴¹⁶ die durchschnittliche Dauer der Verfahren zeitgleich angestiegen ist und im Roland Rechtsreport 2019 von 88 % der Befragten als zu lang kritisiert wurde.⁴¹⁷ Diese Entwicklung wird durch die Digitalisierung nicht unwesentlich begünstigt. Wegen Beispielen wie diesem verbleibt es, weitere Verbesserungspotenziale in Hinblick auf einen technisch optimierten Entscheidungsprozess mithilfe von Rechtsgeneratoren zu erwägen.

⁴¹²Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, BGBl. vom 24.11.2011, S. 2302 ff.

⁴¹³Auch bezeichnet als Beschleunigungsgrundsatz.

⁴¹⁴Als Beschleunigungsmaßnahmen aufseiten des Gerichts wirken etwa die unverzügliche Terminbestimmung (§ 216 Abs. 2 ZPO), die Hinweis- und Förderpflichten des Richters (§ 273 ZPO), die unverzügliche Zustellung der Klage (§ 271 Abs. 1 ZPO), der Urteilerlass bei Entscheidungsreife (§ 300 Abs. 1 ZPO) und die Urteilsverkündungsfrist (§ 315 Abs. 2 ZPO). Aufseiten der Parteien die Frist zur Klageerwidern (§ 275 Abs. 1 S. 1 ZPO) und die Präklusionsfristen der §§ 282, 296, 296a, 530 ZPO.

⁴¹⁵Zu E-Justice *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 40 f.; zur Musterfeststellungsklage *Merkt/Zimmermann*, VuR 2018, 363, 363 f.; zu Onlineverfahren und privater Streitbeilegung *Specht*, MMR 2019, 153, 155; ein weiterer aktueller Diskussionsbeitrag bei Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“, Thesenpapier, 21.07.2020 (bit.ly/3i7xADp).

⁴¹⁶Einige Entwicklungstendenzen nachgezeichnet bei *Höland/Meller-Hannich*, in: dies. (Hrsg.), Nichts zu klagen?, 2016, S. 11 ff.; von 1.400.724 Neuzugängen und 1.499.260 erledigten Verfahren 2005 auf 923.933 Neuzugänge und 923.179 Verfahren 2018, Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Zivilgerichte, 2018, 20.09.2019 (bit.ly/3f3xWcm), S. 12 ff.

⁴¹⁷ROLAND-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport, 2019 (bit.ly/3ydZEus), S. 17, 20.

3. Ein Bedürfnis nach algorithmischer Entscheidungstätigkeit?

Ein Bedürfnis nach algorithmischer Entscheidungstätigkeit könnte auch in Deutschland aus personellen und finanziellen Kapazitätsgründen entstehen, falls sich die personelle Besetzung der Gerichte weiter erschwert und sich damit die Belastung der Gerichte zukünftig zuspitzt. Dies mag nicht ganz fernliegend erscheinen, blickt man auf die demografische Entwicklung und die sich im Zusammenhang damit stetig verschlechternde personelle Lage an Gerichten und in der Rechtsdienstleistungsbranche insgesamt.⁴¹⁸ Der *Deutsche Richterbund* warnte bereits 2018 davor, dass bis 2030 41 % der Richterinnen und Richter in den Ruhestand gehen werden, während die Anzahl der Absolventen der Rechtswissenschaft momentan stetig sinke.⁴¹⁹ Dazu kommt, dass auch die Privatwirtschaft durch finanzielle Anreize immer stärker in den Wettbewerb um den geeigneten juristischen Nachwuchs einsteigt.⁴²⁰

Zusätzlich zum Ausbleiben geeigneten Personals kann der demografische Wandel durch die Überalterung der Gesellschaft zuletzt auch zu sinkenden Einnahmen des Staates und damit zu einem steigenden Kostendruck auf die Justiz führen.⁴²¹ In einem Szenario, in dem also schlicht nicht genügend geeignetes Personal mehr nachkäme, um eine steigende Anzahl von Fällen zu bewältigen, könnte sich das Problem des Zugangs zum Recht und der Dauer der Verfahren deutlich verschärfen. Wenn Dauer und Kosten einer Rechtsdurchsetzung eine zunehmend strangulierende Wirkung entfalten würden, wäre das rechtsstaatliche Ziel einer ausnahmslos gewährleisteten gerichtlichen Überprüfbarkeit, das mit Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verbunden ist, nicht mehr erreicht.⁴²²

Zugespitzt könnte man sich fragen, ob der menschliche Richter womöglich ein Luxus ist, den sich unsere Gesellschaft zukünftig nicht mehr in allen Fällen leisten können wird. Zumindest aber steht zu befürchten, dass menschliche Entscheidungen durch die schiere Zahl an Fällen qualitativ immer stärker leiden werden. Legt man dies zugrunde, könnte sich die schnellere und effektivere Bearbeitung von einfachen Massenverfahren

⁴¹⁸Diese anmahmend und deshalb Zeiteinsparnisse durch Technik fordernd auch *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3050.

⁴¹⁹Deutscher Richterbund, Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz, 28.12.2018 (drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Publikationen/DRB-Positionspapier_Nachwuchsgewinnung_kl.pdf), S. 7 ff., 33 f.

⁴²⁰Dies befürchtet etwa *Saam*, DRiZ 2019, 290 f.

⁴²¹Dies erkennt auch *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 404, er erwartet aber vorrangig Kürzungen in den staatlichen Leistungen.

⁴²²Mit anderen Worten: „Der Rechtsstaat fordert – das ist die zunächst segensreiche Folge des Art. 19 IV GG – dass [...] Entscheidungen ausnahmslos der gerichtlichen Prüfung unterworfen sind. Es ist aber kaum erträglich, nicht selten geradezu inhuman, mindestens aber wirtschaftlich unhaltbar, wenn diese Prüfung Jahre für sich in Anspruch nimmt.“, *Redeker*, NJW 2003, 2956 ff.; siehe außerdem *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1283.

durch Rechtsgeneratoren im Grundsatz positiv auf das Gesamtsystem auswirken und mehr zeitliche Spielräume für die Bearbeitung komplexer Rechtsfindung schaffen.⁴²³

a. Belastung durch Legal Tech?

Zur Untermauerung dieser Tendenz kann auch das Argument einer bereits begonnenen gesellschaftlich-technischen Entwicklung herangezogen werden. Es zeigt sich, dass der private Legal Tech Markt auf das Phänomen fehlender Rechtsdurchsetzungsmacht bereits reagiert hat. Zu nennen sind die in Kapitel 1 beschriebenen Legal Tech Unternehmen, die Ansprüche ihrer Kunden, die ohne ihre Mitwirkung nur selten zu Gericht gelangt wären, wie Rechte auf Entschädigung bei Flugverspätungen oder auf Mietminderung, ankaufen und gerichtlich durchzusetzen bemüht sind.⁴²⁴ Sie ermöglichen die Berücksichtigung und Bearbeitung einer stetig steigenden Menge an Fällen. Auch der aufkommende Einsatz von Legal Tech Produkten durch Kanzleien führt dazu, dass Verfahrensressourcen gebündelt werden können,⁴²⁵ so dass mehr Verfahren zu den Gerichten gelangen.

Was zunächst wie eine rechtsschutzfördernde Lösung erscheint, hat auch Schattenseiten, denn durch die durch Technikeinsatz ermöglichte bessere und zügigere Bearbeitung dieser Fallarten in der Privatwirtschaft steigen wiederum der Druck und die Fall Eingangszahlen bei den Gerichten gerade in solchen Bereichen, die sich durch massenweises Auftreten auszeichnen, erheblich an,⁴²⁶ ohne dass die Gerichte (bislang) in der Lage wären, die Verfahrensbearbeitung ebenso durch Technikeinsatz erheblich zu beschleunigen. Diese Entwicklung könnte sich zukünftig in zunehmendem Maße belastend auf die Gerichte auswirken, denn wie der *bessische Richterbund* feststellte, werden momentan beispielsweise gerade einmal ein Fünftel der Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren nach der Fluggastrechteverordnung geltend gemacht.⁴²⁷

⁴²³Aus der Gefährdungslage eines Verlustes staatlicher Rechtsdurchsetzungsmacht heraus entspringt hierzu u. a. in Deutschland aber auch in anderen Ländern die mehr oder weniger radikal vorgebrachte Forderung, staatliche automatisierte ODR Verfahren einzuführen und hierin Rechtsgeneratoren durch hoheitliche Akteure einzusetzen, um Rechtsstreitigkeiten vollautomatisch zu lösen, *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 940; *Specht*, MMR 2019, 153, 155; *Wernicke*, ZEuP 2020, 1, 10.

⁴²⁴Siehe Kap. 1, B, II, 1, a.

⁴²⁵*Lampe*, *Rethinking law* 2019/3, 34, 36 f.

⁴²⁶Diese Entwicklung beobachtet z. B. *Rath*, DRiZ 2019, 288, 289.

⁴²⁷*Ders.*, DRiZ 2019, 288, 289; *Schmidt*, Belastungssituation aufgrund von Klagen nach der Fluggastrechteverordnung, 18.08.2019 (bit.ly/3zIMLZN).

Erste und offensichtliche Möglichkeiten dieser Entwicklung entgegenzuwirken sind freilich die personelle Aufstockung der Dezernate⁴²⁸ und eine attraktivere Nachwuchsgewinnung.⁴²⁹ Doch bleibt angesichts des angesprochenen demografischen Wandels sowie finanzieller Restriktionen fraglich, ob menschliche Kraft ausreichen wird, um die vielfachen Möglichkeiten und Risiken von Legal Tech und der globalen Digitalisierung in ein funktionierendes staatliches Gerichtsverfahren zu übersetzen. Vielen scheint es sinnvoll, Hürden durch Einsatz von Technik zu verringern.⁴³⁰ Die Zugänglichmachung von staatlichen Dienstleistungen in einfach bedienbarer Form über das Internet und die digitale Kommunikation mit und in den Gerichten sind dafür erste Schritte, die in vielen anderen Bereichen des täglichen Lebens bereits selbstverständliche Realität sind. Darüber hinaus könnte der Technikeinsatz aber auch von staatlichen Stellen inhaltlich, also im Kernbereich der richterlichen Rechtsfindung betrieben werden.⁴³¹

b. Konkurrenz durch Legal Tech?

An diesen Gedankengang führt die Überlegung heran, dass auch die genannte private Legal Tech Wirtschaft einen solchen *inhaltlichen* Technikeinsatz bereits vorantreibt, was zur Folge hat, dass sie nicht allein das Potenzial besitzt, der Justiz bisher wenig berücksichtigte Fallkategorien zuzuführen, sondern auch das Potenzial, Rechtsstreitigkeiten von der Justiz hin zu privaten Schlichtungsalternativen wegzuführen und damit die Konfliktlösung für sich zu vereinnahmen.

In diesem Sinne haben sich private Alternativen zur traditionell staatlichen Rechtsdurchsetzung entwickelt. Zu diesen zählt die in Kapitel 1 geschilderte Ausbreitung privater Streitbeilegung sowohl im Offline als auch Online (ODR) Bereich. Diese setzen zur Konfliktlösung zum Teil bereits die technischen Mittel eines automatisierten ODR-Verfahrens ein.⁴³²

⁴²⁸ *Rath*, DRiZ 2019, 288.

⁴²⁹ *Saam*, DRiZ 2019, 290 f.

⁴³⁰ Aus Sicht *Hildebrandts* ist eine Nutzung von Technologie zur Unterstützung der Durchsetzung von rechtlichen Normen der einzige, wenn auch nicht sichere, Weg, das Recht vor einer zukünftigen Bedeutungslosigkeit zu bewahren, *Hildebrandt*, in: *Claes/Devroe/Keirsbilck* (Hrsg.), *Facing the Limits of the Law*, 2009, S. 443 ff.; vgl. zum Thema auch *Katsh/Rabinovich-Einy*, *Digital justice*, 2017, S. 177 ff.; *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 230; *Specht*, MMR 2019, 153; *Wend*, *Rethinking law* 2019/3, 30; *Guckelberger/Starosta*, DRiZ 2020, 22, 25; *Rühl*, JZ 2020, 809 ff.; *Wernicke*, ZEuP 2020, 1, 10.

⁴³¹ Dies stellt auch *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864 zur Diskussion.

⁴³² Siehe Kap. 1, B, II, 1, a.

Das Modell der privaten Streitbeilegung fußt auf der freiwilligen Unterwerfung unter das Schlichtungsergebnis und ist damit eine legitime Ausprägung der *Privatautonomie* im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG.⁴³³ Auch werden auf nationaler und europäischer Ebene häufig die Vorteile solch privater Streitbefriedung, privater Gerichtsbarkeit und der generellen Aufgabenteilung von Staat und Privaten bei der Verwirklichung des Rechtsstaats betont und Maßnahmen zur Stärkung und Regulierung dieser Kooperation gefördert.⁴³⁴ Die mit solchen Vorstößen einhergehende partielle Verdrängung des Staates aus der Konfliktlösung wird aber auch kritisch diskutiert.⁴³⁵ Einige Autoren leiten hieraus eine Tendenz ab, die zu einer schleichenden *Privatisierung des Rechts* und einer Abkehr von rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen – insbesondere bei niedrigen Streitwerten und im Bereich des Internethandels – führen könnte.⁴³⁶ Es wird kritisiert, dass das materielle Recht sukzessive an Bedeutung verlöre und durch simple von Konzernen vorgegebene und hinter den Verbraucherrechten zurückfallende Konfliktlösungsregeln ersetzt werde.⁴³⁷ Kritikpunkt ist zudem, dass private Streitschlichtungsplattformen nur eingeschränkt zur Transparenz verpflichtet⁴³⁸ und an rechtsstaatliche Grundsätze wie Neutralität und Unabhängigkeit gebunden seien.⁴³⁹

⁴³³Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 87 f.; *Brosius-Gersdorf*, VVDStRL, 74 (2015), 169, 186; das Gleiche gilt auch für den Einsatz von IT zur Rechtsdurchsetzung durch Private, so *Bernzen/Kehrberger*, RW 2019, 374, 400; auch wenn Überprüfungsmöglichkeiten der Gerichte in Hinblick auf die Billigkeit der Entscheidungen bestehen, vgl. *Specht*, MMR 2019, 153, 155.

⁴³⁴Vgl. *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, 36 ff.; *Ritter*, NJW 2001, 3440, 3447 f. begrüßt eine Aufgabenteilung; *Lembcke*, NVwZ 2008, 42 ff. sieht außergerichtliche Streitbeilegung als eine sinnvolle Ergänzung, die sich für bestimmte Konflikte gut eigne; vgl. zu regulatorischen Maßnahmen Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Richtlinie 2013/11/EU, Amtsblatt der EU vom 18.06.2013, L 165/63 ff.; Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, Verordnung (EU) Nr. 524/2013, Amtsblatt der EU vom 18.06.2013, L 165/1 ff.; zu Vorteilen *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech, 2018, Rn. 922 ff., 925; zu den Grenzen der Privatisierung insbesondere im Kernbereich Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 92 Rn. 52.

⁴³⁵Zusammenfassend *Engel (nun Fries)*, NJW 2015, 1633, 1635 m. w. N.; vgl. auch *Höland/Meller-Hannich*, in: dies. (Hrsg.), Nichts zu klagen?, 2016, S. 11 ff., 15 f.; *Roth*, ZZZP, 129 (2016), 3 ff.

⁴³⁶So *Schulte-Nölke*, ZGS, 9 (2010), 385; *Roth*, JZ 2013, 637 ff.; *Fries*, NJW 2016, 2860, 2861; *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 230; *Steffen*, DRiZ 2018, 334, 335; *Specht*, MMR 2019, 153, 155; *Wernicke*, ZEuP 2020, 1 f.

⁴³⁷*Fries*, NJW 2016, 2860, 2861; *Specht*, MMR 2019, 153, 155.

⁴³⁸*Steffen*, DRiZ 2018, 334, 335; *Specht*, MMR 2019, 153 ff.

⁴³⁹*Specht*, MMR 2019, 153, 156.

Sofern es also insgesamt wohl legitim erscheinen mag, dass private Schlichtungsstellen freiwillige Alternativen zur staatlichen Rechtsdurchsetzung aufzeigen,⁴⁴⁰ ist dies noch kein Freibrief für staatliche Gerichte, die Gerichtsverwaltung und den Gesetzgeber, Innovations- und Effizienzbemühungen in Hinsicht auf einen besseren Zugang und eine Beschleunigung der eigenen Verfahren einzustellen oder zu vernachlässigen.⁴⁴¹ Anlass hierfür muss sein, dass private Streitschlichtung den genannten Justizgewährungsanspruch schlicht nicht verwirklichen kann,⁴⁴² denn auch wenn Private die Rechtsdurchsetzung mitgestalten können, ist Rechtsprechung im Sinne der Art. 92 ff. GG nicht privatisierungsfähig und muss im *Funktionsvorbehalt* des Staates verbleiben.⁴⁴³ Nur die staatliche Ziviljustiz garantiert zudem die öffentliche Zugänglichkeit von Verfahren und Urteilen.⁴⁴⁴ Die private Streitschlichtung setzt genau wie die private Gerichtsbarkeit gerade deshalb die freiwillige Unterwerfung unter das Schlichtungsergebnis voraus.⁴⁴⁵

Zugespitzt formuliert: Wenn privatautonome Entscheidungen gegen eine staatliche Rechtsverfolgung durch eine systembedingte Dysfunktionalität staatlicher Aufgabenerfüllung begründet wären, könnte dies eine freiwillige Entscheidung zwischen zwei gleichwertigen Optionen unmöglich machen. Die staatliche Rechtsdurchsetzung sollte sich, um die angemessene Justizgewähr zu erhalten, daher auch an den vergleichbaren Optionen messen lassen können, da ansonsten das Alleinstellungsmerkmal der staatlichen Justiz, Ansprüche zwangsweise am Maßstab des Rechts durchzusetzen, zu einer leeren Hülle zu verkommen drohen und Teilbereiche des Rechts der Zuständigkeit der Gerichte faktisch entzogen werden könnten⁴⁴⁶. Der Funktionsvorbehalt der staatlichen Gerichte darf durch private Schiedsgerichtsbarkeit und die private Streitschlichtung nach dem Verfassungsauftrag gerade nicht ausgehöhlt, also bedeutungslos gemacht werden.⁴⁴⁷

⁴⁴⁰ Da die staatliche Gerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz keinen Exklusivitätsanspruch genießt, Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 87.

⁴⁴¹ „Prägende Bedeutung für die Zukunft kommt der Ziviljustiz nur zu, wenn sie sich als die überlegende Institution im Wettbewerb der Streitentscheidungsmechanismen erweist.“, Roth, ZZP, 129 (2016), 3, 8; vgl. auch Nicolai/Wölber, ZRP 2018, 229, 230; eine Ausweichstrategie befürchten auch Quarch/Hähnle, NJOZ 2020, 1281, 1285.

⁴⁴² Brosius-Gersdorf, VVDStRL, 74 (2015), 169, 188.

⁴⁴³ Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 37; Ritter, NJW 2001, 3440; Sachs GG/Detterbeck, 92021, Art. 92 Rn. 28.

⁴⁴⁴ Rübl, JZ 2020, 809, 813.

⁴⁴⁵ Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 88.

⁴⁴⁶ Vgl. in ähnlicher Weise Wernicke, ZEuP 2020, 1, 7.

⁴⁴⁷ So beispielsweise Sachs GG/Detterbeck, 92021, Art. 92 Rn. 28 f.

Gegen diese Argumentation lässt sich auch nicht vorbringen, dass moderate Effizienz- und Kostenvorteile der privaten Konfliktlösung (auch durch Einsatz von Informationstechnologie) auch als legitime Stimulanzen zur eigenverantwortlichen Konfliktbewältigung von privaten Streitigkeiten verstanden werden können.⁴⁴⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht stellte zwar fest, dass der Staat, beispielsweise zur Entlastung der Gerichte, Anreize zur einvernehmlichen Streitschlichtung schaffen kann.⁴⁴⁹ Dies kann aber nur solange gelten, wie leistungsfähige Gerichte bestehen, die Maßstäbe für die Qualität von Rechtsdurchsetzung setzen.⁴⁵⁰ Staatliche Stellen dürfen den Ausbau privater Streitbeilegung also auch hiernach nicht sehenden Auges abwarten, sondern sollten die eigene Leistungsfähigkeit und Reformbedürftigkeit stets kritisch hinterfragen.⁴⁵¹ Dazu mag es auch zählen, den Einsatz verschiedener verfügbarer Arten von Technik, zu denen auch Rechtsgeneratoren zählen können, zur eigenen Qualitätssteigerung zu erwägen und diese einer ergebnisoffenen Abwägung von Chancen und Risiken zu unterziehen.⁴⁵²

4. Justizgewähr durch Rechtsgeneratoren?

Folgt man dieser Argumentation, zeigt sich eine durch die Digitalisierung veranlasste diametrale Gefährdungslage für den staatlichen Rechtsschutz: Einerseits schafft das digitale Medium neue Möglichkeiten für Rechtsstreitigkeiten, die nach dem verfassungsmäßigen Auftrag von den Gerichten angemessen gelöst werden müssen, deren Bearbeitung dieselben Gerichte – wegen des massenhaften Auftretens und unzureichender technischer Bearbeitungsmethoden – aber personell und finanziell sehr stark belasten würde. Auf der anderen Seite entwickelt sich – ebenfalls durch technische Möglichkeiten – eine Konkurrenz zur staatlichen Rechtsdurchsetzung und es ist zu befürchten, die Rechtsdurchsetzungsmacht aus der staatlichen Hand zu verlieren, was vermieden werden soll, um der verfassungsmäßigen Durchführung des Verfahrens und dem ver-

⁴⁴⁸So *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 40.

⁴⁴⁹BVerfG, Beschl. v. 14.02.2007, NJW-RR, 2007, 1073, 1074; hierzu auch v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, 72018, Art. 92 Rn. 25.

⁴⁵⁰Dies ebenfalls als relevant voraussetzend *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 43.

⁴⁵¹Ähnlich *Brosius-Gersdorf*, VVDStRL, 74 (2015), 169, 188 m. w. N.

⁴⁵²Auch nach Ansicht *Spechts* sei es verfrüht, die Digitalisierung zum Anlass zu nehmen, die Privatisierung von immer mehr Bereichen des Rechtsschutzes nur regulativ zu begleiten und zu fördern; es sollte auch die Chance zur Entwicklung eines digitalen staatlichen Rechtsdurchsetzungsverfahrens genutzt werden, *Specht*, MMR 2019, 153, 157.

fassungsgemäßen Auftrag des Staates zur Justizgewährung gerecht werden zu können.⁴⁵³ Die zu untersuchende These wäre hier also, ob Rechtsgeneratoren diesen Antagonismus einer zukunftsfähigen Lösung zuführen könnten.

Sollte man den hier in Aussicht gestellten weitreichenderen, technologieoffenen Ansatz erwägen wollen, in dem auch durch Rechtsgeneratoren selbstständig erstellte Entscheidungen einbezogen werden könnten, scheint es zumindest denkbar zu prüfen, ob auf das Erst- oder gar das Letztentscheidungsrecht⁴⁵⁴ von menschlichen Richtern bei einigen ausgewählten weniger komplexen juristischen Wertungen, also etwa bei einfachen, häufig auftretenden und standardisierbaren Verfahren zugunsten von Algorithmen verzichtet werden könnte. Wer hiergegen argumentiert, dass durch den partiellen Verlust von Einzelfallgerechtigkeit beispielsweise in Massenverfahren rechtsstaatliche Prinzipien in Gefahr geraten,⁴⁵⁵ äußert diese Kritik wohl berechtigterweise. Zu Recht könnte aber auch behauptet werden, dass eine gesamtsystemübergreifende unzureichende staatliche Rechtserkenntnis und -durchsetzbarkeit sowie Privatisierung des Rechts das für einen funktionierenden Rechtsstaat wichtige Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz unterminieren könnte.⁴⁵⁶ Sollte also die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit in dem beschriebenen Szenario durch den entscheidungstreffenden Einsatz von Rechtsgeneratoren in Teilen eingeschränkt werden, könnte man diskutieren, ob dies dennoch als milderes Mittel gegenüber dem Ausbleiben des Rechtsschutzes zu bewerten sein könnte. Rechtsgeneratoren hätten hierbei den Vorteil, dass nach der Programmierung oder Initiierung eines funktionsfähigen Systems zur Beantwortung bestimmter rechtlicher Fragen, dieses potenziell in einem breiten Spektrum von massenweise anfallenden gleich gelagerten Fällen genutzt werden könnte.⁴⁵⁷ Dadurch könnten mehr Rechtssuchende adressiert und ihnen damit ein einfacherer Zugang zum Recht gewährt werden.

5. Verfassungsrechtliche Grenzen

Auch diese Überlegungen sind jedoch auf ihre Konformität mit verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen hin zu hinterfragen. Ein wirkungsvoller gerichtlicher Rechtsschutz, wie ihn der Justizgewähranspruch und das Recht auf effektiven Rechtsschutz statuieren, misst sich nicht allein an Ökonomie und Effizienzerwägungen, er muss auch

⁴⁵³ Die beiden Pole betont auch *Rühl*, JZ 2020, 809, 811 f.

⁴⁵⁴ Siehe zur Abgrenzung Kap. 6, C.

⁴⁵⁵ So beispielsweise *Goebel/Schmalz*, CR 1986, 510, 513; *Erbgutb*, DRiZ 2018, 130, 131.

⁴⁵⁶ Zum Reformbedürfnis der Ziviljustiz zur Vertrauensbildung *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 230.

⁴⁵⁷ *Re/Solow-Niederman*, Stanford Technology Law Review, 22 (2019), 242, 255 f.; *Tegmark*, *Leben* 3.0, 32020, S. 159.

das Rechtsstaatsprinzip verwirklichen sowie Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herstellen.⁴⁵⁸ Die hierin verankerte Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit kann bei schwierigen Wertentscheidungen und grundrechtssensiblen Problemstellungen meist nur um den Preis einer ausführlichen und daher auch notwendigerweise langwierigen und teuren Einzelfallprüfung erkaufte werden.⁴⁵⁹ In diesem Sinne sind auch die Normen der Art. 92 ff. GG, speziell die richterliche Unabhängigkeit, die Gesetzesbindung und das Recht auf rechtliches Gehör unabdingbarer Bestandteil und Maßstab des effektiven Rechtsschutzes und der Justizgewährung.⁴⁶⁰ Daher würde das beschriebene Vorgehen den Justizgewährungsanspruch nur insofern stärken können, als richterliche Unabhängigkeit und Gesetzesbindung des Entscheidungssystems in den Einsatzgebieten gewährleistet wären, die Verfahrensbeteiligten gehört würden und in den Entscheidungsprozess hinreichend einbezogen werden könnten.⁴⁶¹

Zwischenergebnis

Insgesamt stellt sich damit also die Frage der Verfassungskonformität des Einsatzes von Rechtsgeneratoren genauso zentral für den möglichen Gewinn im Justizgewährungsanspruch, wie für die zunächst diskutierte Verwirklichung der algorithmengestützten Einheitlichkeit in der Rechtsprechung. Beide Vorteile sind nur erwägenswert und können sich nur dann verwirklichen, wenn die materiellen Voraussetzungen und Grenzen der Verfassung mitbedacht werden. Um eine Antwort hierauf zu finden, sind die Art. 92 ff. GG zu betrachten und damit die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsgeneratoren in entscheidungstreffender Position in ihrer Gesamtheit zu untersuchen.

⁴⁵⁸Zum Rechtsstaatsgedanken im Justizgewährungsanspruch *Papier*, NJW 1990, 8, 10; zu sich daraus ergebenden Grenzen des Technikeinsatzes *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 44.

⁴⁵⁹Kritisch zu ökonomischen Zielsetzungen auch *Bilda*, JR 2001, 89, 92.

⁴⁶⁰*Papier*, NJW 1990, 8, 9 f.; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, BVerfGE, 89, 28, 37 = NJW 1993, 2229, 2230; *Papier*, NJW 2001, 1089, 1091; *ders.*, NJW 2002, 2585, 2588; *Schilken*, JZ 2006, 860; vgl. auch *Stilz*, DRiZ 2006, 320; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 114, Rn. 33; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 19; Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 3; BeckOK GG/*Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 1.

⁴⁶¹Hierzu Kap. 5.

Kapitel 4

Rechtsgeneratoren und der verfassungsrechtliche Richter- begriff

Nachdem begünstigende wie limitierende Faktoren nun umrissen sind, bleibt zu klären, wie sich Rechtsgeneratoren in den verfassungsrechtlichen Rechtsrahmen einfügen ließen. Grundlegende Bedingung für solch ein Einfügen wäre die Verfassungskonformität eines entsprechenden Vorhabens, also auch eines novellierten einfachgesetzlichen Regelwerks für diesen Themenbereich. Allein generelle Verfassungsfragen und nicht solche der konkreten Regelung sollen hier indes als Kernstück der Untersuchung in den Vordergrund der folgenden Kapitel 4 und 5 gerückt werden. Diese geben Weichenstellungen für verschiedene Regelungsoptionen vor. Im Wesentlichen soll die Frage beantwortet werden, ob es verfassungsrechtlich vorstellbar wäre, dass Rechtsgeneratoren die Eigenschaften eines Richters im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG verwirklichen und deren Entscheidungstätigkeit übernehmen könnten. Hierbei wird der Fokus auf den in Kapitel 3 identifizierten automatisierungsgerechten Fällen liegen.⁴⁶²

Der mit „Rechtsprechung“ überschriebene IX. Abschnitt des Grundgesetzes enthält zahlreiche Vorschriften, die für die Erörterung der Möglichkeit automatisierter Gerichtsentscheidungen durch Rechtsgeneratoren Berücksichtigung finden müssen. Keine der traditionsreichen Vorschriften der Art. 92, 97, 101 und 103 GG beinhaltet indes, ohne dass dies freilich verwunderlich wäre, einen ausdrücklichen Bezug zur Digitalisierung der Justiz oder zu den Mitteln digitaler Technologien⁴⁶³ und zu ihren Auswirkungen auf die zukünftige Stellung menschlicher Richter. Dennoch können die ihnen immanent zugrunde liegenden Wertentscheidungen und grundrechtlichen Verbürgungen – als Teile der Grundwerte der nationalen Gesellschaftsordnung – Maßstab und Grenzlinie des digitalen Fortschritts sein. Besondere Bedeutung hat hierfür der Begriff des Richters.

Dem angesprochenen Abschnitt des Grundgesetzes vorangestellt ist Art. 92 GG. Nach dieser Vorschrift ist die *rechtsprechende Gewalt Richtern anvertraut* (Hs. 1) und wird durch *Gerichte ausgeübt* (Hs. 2). Die in Halbsatz 1 dieser Grundsatznorm verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe „Richter“ und „rechtsprechende Gewalt“ sind eng

⁴⁶² Kap. 3 A.

⁴⁶³ Siehe hierzu aber Art. 91 c GG.

miteinander verknüpft und bedingen sich gegenseitig,⁴⁶⁴ bedürfen jedoch, um einen drohenden Zirkelschluss zu vermeiden, einer getrennten rechtlichen Würdigung.⁴⁶⁵ Dabei birgt die Auslegung der tatbestandlichen Begriffe des Art. 92 GG große Schwierigkeiten.⁴⁶⁶ Allein die Kernaussage des Artikels lässt sich folgendermaßen klar zusammenfassen: Rechtsprechungstätigkeit im Sinne des Art. 92 GG kann *nur* von Richtern ausgeübt werden, sie ist ausschließlich diesen überlassen.⁴⁶⁷ Eine staatliche Aufgabe muss also, wenn sie als Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG zu kategorisieren ist, durch einen Richter im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG erfüllt werden.⁴⁶⁸

Die beschriebene Monopolstellung der Richter gründet in der Gewaltenteilungsdogmatik des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, in der die rechtsprechende Gewalt durch besondere Unabhängigkeitsverbürgungen gegenüber den anderen Gewalten (in Art. 97 Abs. 1 GG, aber mittelbar etwa auch in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) einen Sonderstatus und einen beispiellosen Schutzstatus vor Eingriffen von außen genießt.⁴⁶⁹ Sie ist in ihrem Kern selbst vor Verfassungsänderungen geschützt.⁴⁷⁰

Jedoch bleiben im Verfassungstext zwei wesentliche Fragen offen: Zunächst, was nach Art. 92 Hs. 1 GG unter einem Richter zu verstehen, wie dieser zu definieren ist und weiterhin, welche Aufgaben eigentlich nach der vorgenannten Vorschrift unter dem Begriff der „rechtsprechenden Gewalt“ zu versammeln sind. Für den Forschungs-

⁴⁶⁴ *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 902 f.; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 16; BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 138 = NJW 2001, 1048, 1053.

⁴⁶⁵ So auch *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 362.

⁴⁶⁶ So bereits *ders.*, DRiZ 1981, 361, 362.

⁴⁶⁷ *Bettermann*, AöR, 92 (1967), 496; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 12; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 14; v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, ⁷2021, Art. 92 Rn. 15, 24.

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 898; Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 263; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 12; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 14; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 230 ff.; v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, ⁷2021, Art. 92 Rn. 15, 24.

⁴⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964, BVerfGE, 18, 241, 254 = NJW 1965, 343, 344; hierzu auch ausführlich *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 50 ff., 65 ff.; unter Bezugnahme auf die besondere sprachliche Kraft des Art. 92 GG: *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 4; vgl. auch *Umbach/Clemens GG/Wolff*, 2002, Art. 92 Rn. 5, er nennt als Ausnahme von der Exklusivität aber Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG; siehe außerdem *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 54; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 225; v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, ⁷2021, Art. 92 Rn. 19.

⁴⁷⁰ Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 53; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 31.

zweck dieser Arbeit muss zwangsläufig die Frage nach dem Begriff des Richters vorangestellt werden. Es gilt zu thematisieren, inwieweit sich die Menschlichkeit des Richters hierin wiederfindet. Wäre eine Definition möglich, unter der den Rechtsgeneratoren die Qualität der Richtereigenschaft des Art. 92 Hs. 1 GG für die Bearbeitung der hier in Rede stehenden einfach gelagerten Fälle übertragen werden könnten, wäre für diese Fälle zweitrangig, ob die übertragenden Aufgaben auch materiell Rechtsprechungsqualität im Sinne des Art. 92 GG besäßen. Rechtsgeneratoren könnten solche Aufgaben in diesem Falle ohne Missachtung dieser Vorschrift als eigene richterliche Aufgaben durch einfache Gesetzesänderung in letzter Konsequenz auch in *Letztentscheidungskompetenz* (nur überprüfbar durch etwaige weitere Instanzgerichte) übertragen werden⁴⁷¹. Nur wenn diese Auslegung verworfen werden kann, können und müssen Alternativen erwogen und entlang veränderter Maßstäbe diskutiert werden. Eine Überlegung wäre hier, ob man solche Aufgabenbereiche alternativ in ihrer *Erstentscheidungszuständigkeit* von einer rechtsprechenden zu einer rein verwaltenden Tätigkeit zurückstufen könnte.⁴⁷² Dies wird durch diese Arbeit in Kapitel 6 angeschnitten werden, in Kapitel 4 und 5 wird sich das Werk schwerpunktmäßig mit der vorgelagerten Frage nach dem verfassungsrechtlichen Richterbegriff beschäftigen.

A. Die These von einem selbstverständlich menschlichen Richterbegriff

Verschiedentlich wurde zur Frage der Richtereigenschaft von Maschinen die These vorgebracht, dass nicht-menschliche Richter, also auch Rechtsgeneratoren in entscheidungstreffender Funktion, schon deshalb verfassungsrechtlich unmöglich seien, weil der Verfassungsgeber es für die Auslegung des änderungsfesten Kerns von Art. 92 Hs. 1 GG und der übrigen Vorschriften zur Rechtsprechung als *selbstverständlich* vorausgesetzt habe, dass Richter nur sein könne, wer Mensch sei.⁴⁷³ Diese These erhebt Anspruch auf Allgemeingültigkeit unabhängig von der Komplexität und technischen Automatisierbarkeit des zu bearbeitenden Falles und würde, sofern ihr in ihrer konsequenten Folgerung zuzustimmen wäre, weitere Überlegungen zur möglichen verfassungsrechtlichen Richtereigenschaft von nicht-menschlichen Akteuren entbehrlich

⁴⁷¹Dies proklamiert *Wolf*, ZZZP, 99 (1986), 361, 375 bereits für den Rechtspfleger.

⁴⁷²Hierzu Kap. 6, C.

⁴⁷³In ähnlicher Weise zu finden bei *Enders*, JA 2018, 721, 723; v. *Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 162; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 54; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 88.

machen. In Abrede steht hierbei durch diese Arbeit jedoch insbesondere die Überzeugungskraft der zugrundeliegenden Herangehensweise.

I. Historische Ansatzpunkte

Ein erster Blick zur Untersuchung dieser im Folgenden als *Selbstverständlichkeitsthese* bezeichneten Auffassung richtet sich auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und auf die historischen Vorgängervorschriften, denn die angesprochene These verweist schließlich im Wesentlichen auf den Willen des verfassungsgebenden Gesetzgebers und die Selbstverständlichkeit der historischen Lage.

1. Entstehungsgeschichtliche Hinweise

Mittels der quellengeleiteten Analyse einer historischen Auslegung lässt sich eine unmittelbare Bezugnahme auf einen vorgefügten Richterbegriff jedoch bereits nicht zweifelsfrei bestätigen. Weder existiert eine ausdrücklich vorgegebene Art der Auslegung, noch explizite Erwägungen bezüglich der (menschlichen oder sonstigen) Natur der Richter. Der Verfassungsgeber hat zu diesen Themen im *Verfassungskonvent*⁴⁷⁴ und in allen Sitzungen des *Parlamentarischen Rats*, sowohl im Plenum⁴⁷⁵ als auch im Hauptausschuss⁴⁷⁶ und im Ausschuss zum Bereich Rechtspflege⁴⁷⁷ ausnahmslos geschwiegen.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴Hierzu vgl. Herrenchiemseer Entwurf, Entwurf zu einem Grundgesetz für einen Bund deutscher Länder vom Aug. 1948, Art. 128 bis 138.

⁴⁷⁵Erste Lesung des Entwurfs des Grundgesetzes: Keine Erörterung der Materie Rechtsprechung, vgl. *Parlamentarischer Rat, (Plenum)*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 9, 1996, S. 176 ff. Zweite Lesung: Etwas ausführlicher, vgl. *ders.*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 9, 1996, S. 429 ff., 474 ff. Dritte Lesung: Einfache Annahme der Beschlüsse, vgl. *ders.*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 9, 1996, S. 504 ff., 593 interessant auch S. 558.

⁴⁷⁶Erste Lesung zum Abschnitt Gerichtsbarkeit und Rechtspflege später Rechtsprechung: *Parlamentarischer Rat, (Hauptausschuss)*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 14.1, 2009, S. 679 ff. Zweite Lesung: *ders.*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 14.2, 2009, S. 1131 ff. Dritte Lesung: *ders.*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 14.2, 2009, S. 1582 ff., 1608 ff., dort wurde die Passage „ist den Richtern anvertraut“ ergänzt. Vierte Lesung: *ders.*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 14.2, 2009, S. 1780 ff., 1810 ff.

⁴⁷⁷Insb. *Parlamentarischer Rat, (Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege)*, in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Bd. 13.2, 2002, S. 1347 ff., 1351 ff.; vgl. auch 1416 f.

⁴⁷⁸Zur Entstehungsgeschichte ausführlich: Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 41 ff.; vgl. auch Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai

Dementsprechend existiert auch keine verfassungsrechtliche Legaldefinition des Richterbegriffs,⁴⁷⁹ auf die sich weitere Überlegungen stützen ließen. Das Fehlen solcher Quellen erschwerte den Verweis auf eine historische Begründung eines selbstverständlichen Richterbegriffs erheblich.

2. Vorkonstitutionelle Hinweise

Mit einiger Überzeugungskraft argumentieren die Vertreter eines vorgefügten Richterbildes indes dahingehend, dass gerade nur durch die Existenz eines selbstverständlich (ungeschrieben) festgelegten Begriffs des Richters das diesbezügliche Schweigen des Verfassungsgebers und der Verfassung erklärt werden könne.⁴⁸⁰ Unbeantwortet bleibt allerdings, welche Elemente dieser ungeschriebenen vorgefundene Begriff konkret enthalten soll.

a. Weimarer Reichsverfassung

Denn auch in vorkonstitutionellen Quellen und historischen Verfassungstexten wird kein expliziter Bezug auf die Menschlichkeit des Richters genommen, was kaum überraschen kann, insofern heutige technische Alternativen nicht vorherzusehen gewesen sein werden.⁴⁸¹

Richterliche Eigenschaften, wie die auch schon in der *Weimarer Reichsverfassung* verbürgte richterliche Unabhängigkeit,⁴⁸² lassen zwar den Schluss zu, dass auch damals schon nur solche Akteure richterlich tätig werden konnten, die diese Attribute erfüllten (was damals „selbstverständlich“ in Ermangelung von Alternativen nur Menschen waren),⁴⁸³ dass dies aber nicht als selbstverständlicher Rückschluss im hier diskutierten

2008, Art. 97 Rn. 20; zur wechselhaften Geschichte des vorkonstitutionellen Richterbegriffs *Wenzel*, *Der Rechtspfleger*, 2019, S. 258 ff.

⁴⁷⁹Wie auch festgestellt durch Sachs GG/*Detterbeck*,⁹2021, Art. 92 Rn. 25.

⁴⁸⁰*Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*, 1980, S. 903; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *HVerfR*, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 74; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 53; *Wenzel*, *Der Rechtspfleger*, 2019, S. 258. Weniger überzeugend ist hingegen das Argument, dass Richter nur in dieser herkömmlichen Gestalt zur Erfüllung ihrer vom Grundgesetz übertragenen Aufgaben in der Lage seien, vgl. *Lorenz*, *Der Rechtsschutz des Bürgers*, 1973, S. 220. Hierzu fehlt wohl die Vergleichsmöglichkeit.

⁴⁸¹Hierauf weist auch *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 268 hin.

⁴⁸²Auch in den Vorgängerversionen Art. 102 WRV und §§ 175, 177 Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849 (nicht in Kraft getreten) war die richterliche Unabhängigkeit bereits verbürgt. Zu den historischen Wurzeln ausführlich *Simon*, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, S. 1 ff., 41 ff. *Böttcher*, *ZZP*, 50 (1926), 201 ff.

⁴⁸³Das Kriterium der Unabhängigkeit betont im historischen Kontext auch *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 269.

Sinne missdeutet werden sollte, ist angesichts wandlungsfähiger Grundbedingungen klar ersichtlich.

Durch den festgelegten und fortgeltenden Standard der Unabhängigkeit sind keine Folgerungen zulässig, die über die hiermit getroffene Forderung der Erfüllung dieser Garantie (durch wen oder was auch immer) hinausgehen. Daher kann ihre Existenz allein keine Selbstverständlichkeit begründen, sondern nur Ausgangspunkt für die Frage sein, ob nur Menschen oder möglicherweise auch Rechtsgeneratoren die geforderte Unabhängigkeit beitragen könnten. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Folgerung einer stärkeren Unabhängigkeitsverbürgung der rechtsprechenden Gewalt im Grundgesetz als Lehre aus der Indoktrinierung und dem Missbrauch der Rechtsprechung im Nationalsozialismus.⁴⁸⁴ Es müsste, anstatt dies als Maßgabe für eine Selbstverständlichkeit heranzuziehen, untersucht werden, wie sich begründen lässt, dass (nur) Menschen einen solchen Missbrauch durch ihren Unabhängigkeitsstatus verhindern können. Wenn man sich vor Augen führt, dass auch im Willkürstaat menschliche Akteure tätig geworden sind, kann bezweifelt werden, dass allein die Menschlichkeit als entscheidender Abwehr-Faktor gelten darf. Hier müssen konkretere Anforderungen inhaltlicher Art gestellt werden und es muss hinterfragt werden, ob diese durch Technik umgesetzt werden könnten.

b. Historische Rechtslage

Auch auf den historisch-einfachgesetzlichen Normbestand, welcher das Richteramt durch Personen und in der jüngeren Geschichte seit dem 15. Jahrhundert immer häufiger durch *Berufsrichter* ausformte,⁴⁸⁵ kann zur Begründung der These nicht unmittelbar verwiesen werden. Das Argument, ein einmal vorgefundener historischer Bestand könne die spätere Auslegung des Richterbegriffs selbstverständlich binden, wird schließlich ad absurdum geführt, je weiter man die Analyse in die ferne Vergangenheit erstreckt. In antiken und mittelalterlichen Gottesgerichten betrachtete man die richterliche Entscheidung letztendlich noch als aus nicht-menschlicher, göttlicher Quelle erwachsen.⁴⁸⁶ Es wäre verfehlt, diesen oder einen anderen geschichtlichen Zustand – allein aufgrund eines einmal existierenden Istzustandes – unhinterfragt zu perpetuieren.

Würde man die historische Normlage als allein maßgeblichen, vorgefügten Ausgangspunkt unserer heutigen Rechtsordnung begreifen, würde dies in einem engen

⁴⁸⁴Vgl. zu dem zugrunde liegenden Gedanken BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 75 = NJW 1967, 1219; Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 29; bezugnehmend hierauf Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 269 f.

⁴⁸⁵Döbring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, 1953, S. 35 ff.; Conrad, DRiZ 1960, 6 ff.

⁴⁸⁶Siehe zum Begriff des Gottesgerichts Erler, Paideuma: Mitteilungen zur Kulturkunde 1941, 44 ff.; Müller (Hrsg.), Theologische Realenzyklopädie, 1985, S. 100 ff.

Verständnis zu einer Zementierung des vorgefundenen Bestandes führen. Diese Vorgehensweise kann aber auch allein schon deshalb nicht richtig sein, weil der Status der Richter stets Wandlungen im Verständnis ihrer Eigenschaften, Aufgaben und ihrer Stellung im Staat⁴⁸⁷ unterworfen war. Solche Änderungen würde die genannte Auslegungsrichtung ausschließen.

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ergaben sich noch zahlreiche Verschiebungen im Aufgabenspektrum der Richterschaft, beispielsweise durch die Übertragung einiger Aufgabenbereiche an Rechtspfleger.⁴⁸⁸ Diese gesetzgeberischen Aktivitäten zeigen, dass die Ausgestaltung des Richterbegriffs auch nach Entstehung des Grundgesetzes im Fluss blieb. Allein aus der Tradition lässt sich somit ohne Spekulation nicht begründen, welche Aspekte des Richterbildes selbstverständlich vorgefügt und welche einer Veränderung geöffnet werden sollten. Folglich lässt sich auf eine selbstverständliche Menschlichkeit auch nur rein spekulativ verweisen. Der historische Bezug verkürzt den notwendigen Argumentationsbedarf, mit dem an das vorliegende Thema herangetreten werden muss. Der Verweis auf ein vorgefundenes Richterbild stellt, wie es *Greco* formuliert, „wenig mehr als eine Behauptung bzw. eine zirkelhafte Hülse“⁴⁸⁹ dar.

II. Systematische Ansatzpunkte

Verbleiben könnte aber der Verweis auf ein, in der Systematik der aktuellen einfachen Gesetze, dem Europa- oder Völkerrecht sowie dem Landesverfassungsrecht angedeutetes Richterbild, sofern sich dieses – durch Bezugnahme auf eine unausgesprochen vorausgesetzte Menschlichkeit der richterlichen Normadressaten – als (bundes-)verfassungsrechtliches Gesamtbild herleiten ließe.

1. Einfachgesetzliche Hinweise auf Bundesebene

Hierzu fällt der zweite Blickpunkt der Untersuchung zur Selbstverständlichkeitsthese auf den aktuellen einfachgesetzlichen Normbestand.

a. Regelungskompetenz

Im Rahmen der verfassungsmäßigen Grundordnung überlässt das Grundgesetz die Ausgestaltung des gesetzlichen Richterstatus ausdrücklich der einfachen (bundes- und

⁴⁸⁷ Hierzu näheres bei *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, 1953, S. 46 ff.

⁴⁸⁸ *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 906 nennt etwa das Rechtspflegergesetz vom 05.11.1969, das Aufgaben der Richterschaft an Rechtspfleger übertrug.

⁴⁸⁹ *Greco*, RW 2020, 29, 47.

landesgesetzlichen) Gesetzgebung, worauf insbesondere Art. 98 Abs. 1 und 3 GG⁴⁹⁰ aber auch Art. 96 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG verweisen.⁴⁹¹ Durch die Übertragung der Regelungskompetenz wird deutlich, dass das Grundgesetz in diesen Fragen *ausfüllungsbedürftige Verfassungsbegriffe* verwendet, die in den Grenzen der Verfassung durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden müssen.⁴⁹² Die Verfassung spricht sich damit aber nicht prinzipiell für oder gegen eine bestimmte Art der Regelung innerhalb dieses Rahmens aus.⁴⁹³

b. Richterbild des Deutschen Richtergesetzes

Ein Zentrales unter den im Sinne dieser Regelungskompetenz umgesetzten Gesetzen ist das *Deutsche Richtergesetz*.⁴⁹⁴ In diesem kommt die menschliche Gestalt der Richter zahlreich zum Ausdruck.⁴⁹⁵ So knüpft etwa § 5 Abs. 1 DRiG zusammen mit § 5a DRiG für die Befähigung zum Richteramt an eine rechtswissenschaftliche Ausbildung an, die nur natürlichen Personen möglich ist. § 9 DRiG statuiert als Voraussetzung unter anderem die (menschliche) Eigenschaft als Deutscher im Sinne des Art. 116 GG gelten zu können⁴⁹⁶ (Nr. 1) und bezieht sich auch auf die Notwendigkeit sozialer Kompetenzen des Richters (Nr. 4). Schlussendlich thematisieren auch §§ 8, 10 Abs. 1, 12, 14, 16 Abs. 1 und 27 Abs. 1 DRiG die so unfehlbar menschliche „Lebenszeit“ des Richters.⁴⁹⁷ Das Richterbild des DRiG ist damit eindeutig und bisher unbestritten menschlich.⁴⁹⁸

⁴⁹⁰ *Vofßkuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 66 sieht in dieser Vorschrift eine Auslegungshilfe für den Richterbegriff, jedoch kann hier wohl nur der Verweis auf einen einfachgesetzlichen Richterbegriff gemeint sein.

⁴⁹¹ *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 32007, § 113, Rn. 3 f.; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 273 f.

⁴⁹² *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 32007, § 113, Rn. 8.

⁴⁹³ Konkrete Vorstellungen zur Regelung bringt die Verfassung explizit nur bezüglich des Status der Berufsrichter der Bundesgerichte und des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, siehe Art. 94 Abs. 1; 95 Abs. 2; 96 Abs. 2 S. 5 und 98 Abs. 2 GG. Außerdem lässt sich auch Art. 97 Abs. 2 GG so deuten, dass Berufsrichter (wenn auch nicht ausschließlich) existieren sollen.

⁴⁹⁴ Neben dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), den Verfahrensgesetzen, den Richtergesetzen der Länder und den anwendbaren Vorschriften des allgemeinen Beamtenrechts.

⁴⁹⁵ Dies nutzt auch *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 89 zur Untermauerung seines Arguments, nichtmenschliche Richter seien unzulässig; ebenfalls Bezug hierauf nimmt *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 282 ff.

⁴⁹⁶ Hierauf verweisen auch *Guckelberger/Starosta*, DRiZ 2020, 22, 24.

⁴⁹⁷ Hierauf verweist DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 26.

⁴⁹⁸ Vgl. Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 54; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 89.

c. Selbststand der Verfassungsbegriffe

Dieser Befund ist jedoch in Bezug auf die hier untersuchte verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeitsthese relativierungsbedürftig. Mit diesem einfachgesetzlich geprägten Bild des Richters kann das DRiG – wie alle Gesetze unterhalb des Verfassungsrangs – für die konstitutionelle Begrifflichkeit lediglich indiziell wirken. Die Begriffe des Art. 92 Hs. 1 GG, wie im übrigen alle unbestimmten Verfassungsbegriffe, sind normkonkretisierbar,⁴⁹⁹ grundsätzlich müssen sie aber bezüglich ihrer Bedeutung in der Verfassungsordnung aus sich selbst und dem *Selbststand der Verfassung*⁵⁰⁰ heraus ausgelegt und verstanden werden können.⁵⁰¹ Wenn die Eigenständigkeit verfassungsrechtlicher Begriffsdefinitionen dadurch missachtet würde, dass man ihren Inhalt allein in den Definitionen einfacher Gesetzgebung zu suchen beabsichtigte, müsste daraus folgen, dass ein verfassungsrechtlicher Begriff von gesetzgeberischer Disposition abhängig gemacht würde.⁵⁰² Dies entspricht jedoch dem Gedanken der *Normenhierarchie*, die das Grundgesetz an ihrer Spitze anerkennt, nicht,⁵⁰³ und auch nicht dem Charakter der Verfassung als gesellschaftlicher Grundentscheidung, der die weitere Gesetzgebung untergeordnet ist⁵⁰⁴.

Der Gesetzgeber ist daher bei der Ausgestaltung und möglichen Weiterentwicklung eines Richterbildes an die Verfassung gebunden und nicht umgekehrt. Das DRiG kann in der Folge keine Auskunft über eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für einen *ausschließlich* menschlichen Richter liefern. Schlussfolgern lässt sich aus diesem lediglich, dass *zumindest* der menschliche Richter, wie er durch den Gesetzgeber ausgestaltet wurde, mit der Verfassung vereinbar ist.

Erweislich ist damit aus diesem Befund also nur, dass die Einführung von Rechtsgeneratoren in richterliche Aufgaben eine größere Anzahl von einfachen Gesetzesänderungen (im DRiG, aber auch beispielsweise im GVG und den Verfahrensordnungen)

⁴⁹⁹ „Wohl kann es einen verfassungsrechtlichen Richterbegriff geben, kaum aber selbstständige Vorstellungen von Gehalt, Tarif u.ä.“, *Leisner*, Recht und Staat, 286/287 (1964), 1, 24; zur Verfassungskonkretisierung durch Gesetz *Babura*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, ³2014, § 265.

⁵⁰⁰ Zu diesem Begriff ausführlich *Jestaedt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, ³2014, § 264, Rn. 8 ff. im Zusammenhang mit der Verfassungsauslegung Rn. 43 ff.

⁵⁰¹ In ähnlicher Weise zu Art. 103 GG: *Kopp*, AöR, 106 (1981), 604, 618; allgemein zu den Vorschriften den IX. Abschnitts und des Grundgesetzes: Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 47; *Wolf*, ZfP, 99 (1986), 361, 376; *Isensee*, AöR, 138 (2013), 325, insb. 337 f.; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 20, 38; für den Richterbegriff im Speziellen: *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 274; *Sachs* GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 92 Rn. 12.

⁵⁰² *Leisner*, Recht und Staat, 286/287 (1964), 1, 32 stellt fest: „Durch eine harmlos erscheinende Verweisung in einigen Punkten droht so eine Totalrezeption von unten.“

⁵⁰³ *Ders.*, Recht und Staat, 286/287 (1964), 1, 67 ff.; *Isensee*, AöR, 138 (2013), 325, 338; *Babura*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, ³2014, § 265, Rn. 58.

⁵⁰⁴ *Leisner*, Recht und Staat, 286/287 (1964), 1, 7 f.

voraussetzen würde. Das ist aber kein Hindernis verfassungsrechtlicher Art. Als eine erste Stellschraube wäre beispielsweise ein fiktiver (siebter) Abschnitt des DRiG denkbar, der nach der Bestellung und den Pflichten ehrenamtlicher Richter, in ähnlicher Weise diejenigen algorithmischer Richter regeln könnte. Führt man sich solche Dispositionsmöglichkeit vor Augen, wird klar, dass es gerade Befürwortern eines exklusiv menschlichen Richterbegriffs nicht genügen sollte, allein auf die einfachgesetzliche Lage zu verweisen. Die Selbstverständlichkeitsthese bleibt in der Folge hierdurch unbewiesen.

2. Europa- und völkerrechtliche Hinweise

In Hinblick auf die Integration in die Europäische Union⁵⁰⁵ und die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes⁵⁰⁶ kann zuletzt auch zu überlegen sein, ob internationale oder unionsrechtliche Gesetzestexte Hinweise bezüglich der menschlichen Gestalt eines Richters enthalten, die für die Auslegung eines national-verfassungsrechtlichen Richterbegriffs mit selbstverständlich menschlicher Gestalt herangezogen werden könnten.

Die Vorschriften der Art. 19 Abs. 2 S. 4 EUV und Art. 253 Abs. 1 S. 1 AEUV sowie Art. 254 Abs. 2 S. 1 AEUV, die Voraussetzungen persönlicher Art für Richter der Europäischen Gerichte regeln,⁵⁰⁷ sind hierfür allerdings bereits systematisch ungeeignet, weil sie sich nur auf die europäische Gerichtsebene beziehen.⁵⁰⁸

Eine Bezugnahme auf das *unionsrechtliche Rechtsstaatsprinzip* aus Art. 2 EUV oder Art. 47 Abs. 1 und 2 S. 1 GRC (bei Letzterem nach Art. 51 Abs. 1 GRC zumindest für die Durchführung des EU-Rechts) ist dagegen nicht schon systematisch ausgeschlossen. Dem oben genannten Rechtsstaatsprinzip ist jedoch nur die allgemeine Forderung einer unabhängigen und effektiven mitgliederschaftlichen Gerichtsbarkeit zu entnehmen.⁵⁰⁹ Die Grundrechtecharta verzichtet zudem gänzlich auf den Begriff des Richters

⁵⁰⁵Hierzu siehe Art. 4 Abs. 3 S. 2 und 3 EUV sowie Art. 23 Abs. 1 GG.

⁵⁰⁶Hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 26.03.1987, BVerfGE, 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427; BVerfG, Beschl. v. 14.11.1990, BVerfGE, 83, 119, 128 = NJW 1991, 1043; BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004, BVerfGE, 111, 307, 316 f. = NJW 2004, 3407, 3408; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008, BVerfGE, 120, 180, 200 f. = NJW 2008, 1793, 1795; BVerfG, Urt. v. 04.05.2011, BVerfGE, 128, 326, 367 f. = NJW 2011, 1931, 1935 f.; BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016, BVerfGE, 142, 313, 345, Rn. 88 = NJW 2017, 53, 57 f.

⁵⁰⁷Art. 19 Abs. 2 S. 4 EUV: „Als Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs und als Richter des Gerichts sind Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und die Voraussetzungen der Artikel 253 und 254 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllen.“

⁵⁰⁸Ähnliche Vorschriften gibt es für den EGMR in Art. 21 EMRK, ebenso in Art. 2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs für den IGH.

⁵⁰⁹Bonner Kommentar GG/Payandeh, 204. EL Juni 2020, Art. 92 Rn. 39.

und nimmt nur auf ein unabhängiges, unparteiisches und zuvor durch Gesetz errichtetes „Gericht“ (im Original „tribunal“) (also eine Institution) Bezug.⁵¹⁰ Einen solchen rein institutionellen Bezug zeichnet auch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK⁵¹¹, Art. 14 Abs. 1 IPbürgR und Art. 10 AEMR aus.

Die erwähnten Vorschriften können aber auch ganz unabhängig davon, ob sie nun auf eine Person oder Institution Bezug nehmen, keine Auskunft darüber liefern, ob ein rechtskonformes Gerichtsverfahren *selbstverständlich* nur durch einen Menschen in „Person“ eines Richters erfolgen kann, sondern allenfalls bei der materiellen Beurteilung der Rechtskonformität von konkreten Änderungsvorhaben Berücksichtigung finden. Die Vorgaben des universellen Völkerrechts, insbesondere des *Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte*, enthalten keine detaillierten Vorgaben für die Einrichtung der staatlichen Gerichtsbarkeit;⁵¹² sie verbürgen das Ergebnis und die Anforderungen, nicht die Methode der Herstellung eines geeigneten gerichtlichen Rechtsschutzsystems. Die europa- und völkerrechtlichen Rechtsquellen eignen sich also schon vom Grundsatz her nicht zur Bestätigung der Selbstverständlichkeitsthese, sondern sind allenfalls als wichtiger Maßstab für eine materielle Kritik an algorithmischen Entscheidungssystemen in Hinblick etwa auf Fairness, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit heranzuziehen.

Auf der Ebene der *Vereinten Nationen* könnten zuletzt noch die „Basic Principles on the Independence of the Judiciary“⁵¹³ in Bezug genommen werden, die 1985 in einem Kongress zur Kriminalprävention der Vereinten Nationen verabschiedet wurden und in deren Abschnitt 10 es unter anderem heißt: „Persons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualifications in law.“ Die hierauf Bezug nehmende UN-Resolutionen⁵¹⁴ sind völkerrechtlich allerdings nicht bindend.

⁵¹⁰ Art. 47 Abs. 1 S. 1 GRC: „Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.“ Abs. 2: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“ Hierzu *Jarass*, NJW 2011, 1393 ff.

⁵¹¹ Zu den Anforderungen an den Richterbegriff *Kley*, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, 1993, Rn. 57; *Pache*, NVwZ 2001, 1342, 1344.

⁵¹² Bonner Kommentar GG/*Payandeh*, 204. EL Juni 2020, Art. 92 Rn. 14.

⁵¹³ United Nations, Basic Principles on the Independence of the Judiciary (ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx).

⁵¹⁴ General Assembly resolution 40/32 vom 29.11.1985; General Assembly resolution 40/146 vom 13.12.1985.

3. Landesverfassungsrechtliche Hinweise

Größere Verbindlichkeit für die Bestimmung der menschlichen Richtereigenschaft im deutschen Bundesstaat könnte einige Formulierungen in verschiedenen Landesverfassungen zuzusprechen sein, die in sich ähnelnder Weise fordern, „Männer und Frauen aller Volksschichten“ (gelegentlich auch „aus dem Volke“) an der Rechtspflege bzw. Rechtsprechung zu beteiligen.⁵¹⁵

Was für die Begründung eines exklusiv menschlichen Richterbildes hierbei fehlt, ist indes nicht nur das Wort „ausschließlich“. Die in einigen Versionen explizit angerufenen Beteiligten der *Rechtspflege* umfassen darüber hinaus weitere Berufsgruppen, nicht allein Richter. Diese Benennung scheint der Automatisierung einiger Teile der Justiz, wie etwa der Einführung eines automatisierten Mahnverfahrens dennoch nicht entgegenstehen. Was hier primär zum Ausdruck gelangt, ist wohl eher die Forderung nach der Gleichstellung der Geschlechter sowie nach der Berücksichtigung pluraler Bevölkerungsgruppen („sind zu beteiligen“).⁵¹⁶ Eine menschliche Exklusivität war mit dem gewählten Wortlaut wohl kaum intendiert.

Wollte man jene dennoch – sozusagen als zufälliges Produkt eines wahren, wenn auch ungedachten Gedankens – hierin finden wollen, ließen sich aus den Texten der Landesverfassungen zuletzt aber ohnehin nur Schlüsse für Landesrichter des jeweiligen Bundeslandes belegen. Begründete man die Exklusivität des Menschen mit der zufälligen Wahl einer passenden landesverfassungsrechtlichen Formulierung, ähnelte das daraus resultierende Verbot algorithmischer Entscheidungen in der Rechtsprechung mehr einem föderalen Flickenteppich als einer (bundes-)verfassungsrechtlichen Selbstverständlichkeit. Dieser Grad an Uneinheitlichkeit wäre der Wichtigkeit dieses Themas nicht angemessen.

III. Ansatzpunkte aus dem Wortlaut und dem Telos des Grundgesetzes

Möglicherweise enthält aber auch das Grundgesetz selbst bereits den argumentativen Grundgedanken einer menschlichen Richterperson, auch wenn diese ausdrücklich keine Erwähnung findet⁵¹⁷.

⁵¹⁵Siehe Art. 79 Abs. 2 LV Berlin; Art. 135 Abs. 2 S. 1 LV Bremen; Art. 62 S. 2 LV Hamburg; Art. 72 Abs. 2 LV Nordrhein-Westfalen; Art. 77 Abs. 3 LV Sachsen: „An der Rechtsprechung wirken Frauen und Männer aus dem Volk nach Maßgabe der Gesetze mit.“; ebenso Art. 86 Abs. 3 LV Thüringen.

⁵¹⁶Anders *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 285.

⁵¹⁷So ebenfalls festgestellt bei *Quarch/Häbnle*, NJOZ 2020, 1281, 1283.

1. Art. 33 Abs. 2 und 4 GG

In chronologischer Reihung lässt sich hierzu zunächst ein Gedanke bemühen, der sich aus Art. 33 GG ableiten lassen könnte.

a. Die Amtsperson

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche (im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG erneut offensichtlich menschlich) Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Zu den angesprochenen öffentlichen Ämtern ist auch das Richteramt zu zählen, wie es aktuell durch das DRiG ausgestaltet ist.⁵¹⁸ Art. 33 Abs. 4 GG statuiert weiterhin, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse *in der Regel* ständige Aufgabe der Angehörigen des öffentlichen Dienstes sein solle und spricht sich damit für den Bestand des Berufsbeamtentums⁵¹⁹ und des Berufsrichtertums in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis⁵²⁰ aus. Die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst soll dabei die staatliche Legitimation und Gesetzesbindung sicherstellen⁵²¹ und die Möglichkeiten der Aufgabenprivatisierung begrenzen.

b. Die menschliche Amtsträgereigenschaft als Bedingung für ein Tätigwerden im Staat?

Die Vermutung liegt nahe, dass durch diese Bezugnahme mittelbar der Gedanke einer menschlichen Amtsträgereigenschaft als Bedingung für das Tätigwerden im Staat in der Verfassung zum Ausdruck kommen könnte.⁵²² Abgesehen davon, dass der Telos dieser Vorschrift jedoch nicht primär auf die Menschlichkeit, sondern auf die durch Amtsträger vermittelte Staatlichkeit abzielt, lässt sich die besondere Erwähnung und Aufgabenzuweisung an die natürliche Person des Amtsträgers in Art. 33 GG aber auch aus dem Befund ableiten, dass die Handlungen menschlicher Akteure historisch die *einzigste* Art waren, staatliche Entscheidungen in die Bürgersphäre zu transportieren. Der Staat

⁵¹⁸ Bettermann, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 119 ff., 124; Stern/Becker GG/Grigoleit, ³2019, Art. 33 Rn. 24; BeckOK GG/Hense, ⁴⁷2021, Art. 33 Rn. 9. Auch nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist Amtsträger, wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter ist.

⁵¹⁹ v. Münch/Kunig GG/Bickenbach, ⁷2021, Art. 33 Rn. 95.

⁵²⁰ Bettermann, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 119 ff., 126 f., der dies jedoch aus Absatz 5 ableitet; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, ⁷2018, Art. 92 Rn. 28; Stern/Becker GG/Grigoleit, ³2019, Art. 33 Rn. 50.

⁵²¹ v. Münch/Kunig GG/Bickenbach, ⁷2021, Art. 33 Rn. 44.

⁵²² Vgl. Ballhausen, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 87; hierzu mit Bezug auf die Verwaltung Berger, DVBl. 2017, 804, 806 f.

konnte also tatsächlich nur unmittelbare durch die Entscheidungen natürlicher Personen agieren und tat dies deshalb auch exklusiv.⁵²³

Dass staatliche Entscheidungen aber ausschließlich direkt durch Amtswalter und andere natürliche Personen ausgesprochen werden können, ist heute, wie der automatisierte Verwaltungsakt nach § 35a VwVfG bereits im ersten Kapitel zeigte, so nicht mehr der Fall.⁵²⁴ Durch Menschen nur noch programmierte oder trainierte technische Entscheidungsprozesse sind zur Ausübung von Staatsgewalt faktisch nicht mehr unmöglich, ja bereits in begrenztem Umfang zulässige Realität. Solange die Entscheidungsparameter dabei zumindest mittelbar auf den Willen des Gesetzgebers und/oder eines (unabhängigen) Amtsträgers rückführbar und denselben zuzurechnen sind,⁵²⁵ könnte eine solche automatisierte Entscheidung neben der Verwaltung prinzipiell auch in der Judikative vorstellbar sein. Daher ist der indirekt in Art. 33 Abs. 2 und 4 GG enthaltene Gedanke der menschlichen Amtspersonen in einem realitätsnahen Verständnis nicht zu verwechseln mit einer Aussage darüber, dass Staatsgewalt selbstverständlich immer *nur* unmittelbar von Amtspersonen ausgehen kann.⁵²⁶ Vielmehr wird hier zum Ausdruck gebracht, dass es sich um eine sehr wichtige und schützenswerte staatliche Handlungsoption handelt.

2. Art. 92 Hs. 1 GG

Nahe liegend ist es, dieser Schlussfolgerung entgegenzutreten, indem mit Blick auf den Wortlaut des Art. 92 Hs. 1 GG auf eine Selbstverständlichkeit gerade in Bezug auf die besondere Stellung der Person und der *personalen Entscheidungsmacht in der Judikative* im Vergleich zu anderen Erscheinungsformen von Staatsgewalt (etwa der Exekutive) verwiesen wird.

⁵²³Dieser Aspekt findet sich auch im Streit um das Tragen eines Kopftuchs im Amt wieder. So stellte das BVerfG in diesem Zusammenhang noch kürzlich fest, der Staat könne nur durch Menschen handeln, vgl. BVerfG, Urt. v. 24.09.2003, BVerfGE, 108, 282, 315 = NJW 2003, 3111; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020, NJW, 2020, 1049, 1052.

⁵²⁴Siehe Kap. 1, B, II, 3.

⁵²⁵Dieses Kriterium verwendet für die Verwaltung etwa *Guckelberger*, in: v. Oostrom/Weth (Hrsg.), FS Herberger, 2016, S. 397 ff., 412; zur spannenden Frage, ob das auch bei selbstlernenden Algorithmen noch der Fall ist *Stelkens*, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), Digitalisierung, 2018, S. 81 ff., 101 ff., (jedoch anders als hier aus Verwaltungsperspektive).

⁵²⁶Hiergegen wendet *Berger*, DVBl. 2017, 804, 807 ein: „So lässt sich vermuten, dass die Verfassung mit den Instrumenten Amt und Amtswalter zur Kenntnis nimmt, dass staatliche Entscheidungen notwendig auf den Faktor Mensch angewiesen sind. Das mag zum einen daran liegen, dass Vertrauen bereits aus psychologischer Sicht auf zwischenmenschliche Kommunikation angewiesen ist.“

a. Der personale Charakter der Rechtsprechungsaufgabe

In verschiedenen Quellen wird der Judikative – abgeleitet aus Art. 92 Hs. 1 GG – ein spezifisch „*personaler Charakter*“ zugeschrieben.⁵²⁷ Das Signalwort der Personalität legt eine Assoziation zum vorliegenden Themenbereich nahe.⁵²⁸

Mit dem Begriff des personellen Charakters ist im ersten Zugriff jedoch nicht die menschliche Gestalt des Richters angesprochen. Vielmehr stellt diese Formulierung auf den Umstand ab, dass das Grundgesetz die Aufgabe der Rechtsprechung nicht den Institutionen der Gerichte, sondern ausdrücklich Richtern *individuell* zuweist.⁵²⁹ Diese Art der Aufgabenzuweisung durch die deutsche Verfassung steht im Kontrast zu diversen anderen Rechtsordnungen,⁵³⁰ der verfassungsgeschichtlichen Tradition,⁵³¹ einigen Länderverfassungen⁵³² sowie den internationalen und europäischen Vorschriften, die Rechtsprechung als institutionelle Aufgabe verstehen.⁵³³

Der Grundaussage vom personalen als Gegenbegriff zu einem institutionellen Charakter im deutschen Verfassungsrecht ist prinzipiell zuzustimmen. Die damit verbundene Aussage hat aber (zumindest vorwiegend) symbolischen Wert und wirkt sich nur indirekt⁵³⁴ auf die tatsächliche Stellung der Richter aus. Ein daraus rückschließbares, offensichtlich menschliches Richterbild lässt sich nicht bestätigen. Die Bezeichnung „personal“, die sich wohlgerne im Grundgesetz so gar nicht ausdrücklich findet und sich deshalb im wissenschaftlichen Diskurs nicht als grammatikalisches Argument, sondern nur als Bezugnahme auf den allgemeinen Begriff des Richters als individuelles Zuordnungsobjekt von Staatsgewalt verstehen lässt, ist eine Umschreibung der Literatur,

⁵²⁷Siehe etwa *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 903; Umbach/Clemens *GG/Böttcher*, 2002, Vor Art. 92 ff. Rn. 4; Schmidt-Bleibtreu *GG/Hopfau*, ¹⁴2017, Art. 92; v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 2, 4c, 33. Dagegen *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 20 ff.

⁵²⁸Dies greifen *Rollberg*, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 88; und *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 265 f. auf.

⁵²⁹Anders könnte *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 903 zu verstehen sein, der auf einen vorkonstitutionellen Entscheidungstyp abstellt; wie hier v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 2, 4c, 33.

⁵³⁰Ausführlich bei v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 4, 4 c; Dreier *GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 14.

⁵³¹Hierzu v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 2.

⁵³²Allgemein hierzu Dreier *GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 16.

⁵³³Maunz/Dürig *GG/Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 16; dennoch enthalte auch die damit stärker in den Fokus gestellte Stellung der Richter kein subjektives Recht desselben, sondern diene zuvorderst dem Schutz des Verfahrens und der Verfahrensbeteiligten, so Schmidt-Bleibtreu *GG/Hopfau*, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 6; siehe auch Dreier *GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 18.

⁵³⁴Beispielsweise spiegelt sich der personale Charakter aber durch seinen Bezug zu einem konkreten gesetzlichen Richter mittelbar in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wider, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 101 Rn. 6, 13.

die (erneut) dem Umstand geschuldet ist, dass das Richteramt de facto durch „Personal“ ausgeübt wird. Es wird hiermit also unmittelbar nur ein faktischer Zustand begrifflich erfasst und dem diametralen Gegenbegriff institutionell gegenübergestellt.

Damit ist zugleich offenkundig, dass verbreitete Begriffsbestimmungen, die Richter als „Personen“ beschreiben, von denen Rechtsprechung ausgeht,⁵³⁵ den Richter nicht zulänglich positiv definieren können. Nicht nur, dass damit Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 92 GG vermischt werden,⁵³⁶ es wird auch das vorgefundene Konzept von der Offensichtlichkeit der Amtsperson als der vormals selbstverständlich einzigen staatlichen Handlungsform fortgeschrieben.

Auch ein auf diesem Wege gesuchter Rückschluss auf ein selbstverständlich menschliches Richterbild hat also im Ergebnis keine hinreichende, nicht in sich selbst liegende Grundlage. Die berechtigte Frage, ob ein Unterschied zwischen der Austauschbarkeit von menschlichen Richtern durch Technik im Vergleich zur Automatisierung der Verwaltung besteht, kann nur anhand verallgemeinerungsfähiger materieller Kriterien beantwortet werden, und sollte nicht vorschnell unter Bezugnahme auf eine Selbstverständlichkeit vorgenommen werden. Die Selbstverständlichkeitsthese verweist schließlich auf eine Prämisse, die den menschlichen Wesenszustand als eigenständigen, keiner näheren Begründung zugänglichen, ungeschriebenen Verfassungswert begreift und vernachlässigt, dass es für diesen Schluss einer Konkretisierung bedarf, aufgrund der es fundierter möglich sein könnte, zu begründen, dass richterliche Fähigkeiten in einer menschlichen Natur optimal verwirklicht sind.

b. Anvertrauensformel

Ähnliche Einwände bestehen gegen einen möglichen Verweis auf den Wortlaut des Art. 92 Hs. 1 GG, nach dem die rechtsprechende Gewalt den Richtern *anvertraut* sei. Nach Ansicht einiger Autoren komme in dieser Formel ein besonderes Vertrauen des Verfassungsgebers in die Organe der Rechtsprechung zum Ausdruck und ein Anspruch an die Richter, diesem Vertrauen gerecht zu werden, der sich nur mit einer besonderen fachlichen und persönlichen Befähigung menschlicher Richter rechtfertigen lasse.⁵³⁷

⁵³⁵So etwa *Schilken*, JZ 2006, 860, 862; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, 32018, Art. 92 Rn. 54; Sachs GG/*Detterbeck*, 92021, Art. 97 Rn. 8.

⁵³⁶So *Bettermann*, AöR, 92 (1967), 496, 497; auch Bonner Kommentar GG/*Ipsen*, 167. EL Mai 2014, Art. 101 Rn. 45 befürchtet einen Zirkelschluss: „Denn wenn der Begriff des Richters dadurch bestimmt würde, dass er rechtsprechende Gewalt ausübt, so könnte umgekehrt die rechtsprechende Gewalt dadurch gekennzeichnet sein, dass sie durch Richter ausgeübt wird.“; vgl. auch *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 237.

⁵³⁷*Flotho*, DRiZ 1988, 167, 168; *Rennert*, JZ 2015, 529, 537; *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; *Kube*, VVDStRL, 78 (2019), 289, 321.

Diese Auslegung mag aufgrund der besonderen Bedeutung der Rechtsprechung für die Verwirklichung des Rechtsstaatsgedankens in ihren Grundaussagen zu überzeugen und stellt wohl auch weiche Anforderungen an eine sachgerechte Entscheidungsfindung mittelbar unter Verfassungsschutz. Wer hieraus jedoch ohne weitere Begründung schlussfolgern will, dass dies den Gebrauch von nicht-menschlichen Richtern selbstverständlich ausschließe, verkennt, dass die alleinige Befähigung des Menschen, diesem Vertrauensvorschuss gerecht zu werden, begründungsbedürftig bleibt. Das Ergebnis darf daher auch hier nicht vorweggenommen werden, sondern es muss gefragt werden können, welche Eigenschaften des Richters es denn genau sind, die das Vertrauen der Verfassung rechtfertigen.⁵³⁸

3. Art. 97 Abs. 2 GG: menschliche Attribute der Unabhängigkeit

Die einschlägigen Verfassungsvorschriften sind darüber hinaus größtenteils darauf beschränkt, den Begriff des Richters in verschiedenen Kontexten – unkommentiert in Bezug auf seine konkreten Eigenschaften – zu verwenden.⁵³⁹ An einigen wenigen Stellen bezieht sich die Verfassung hingegen in ihrem Wortlaut mit etwas größerer Klarheit auf menschliche Attribute des Richters.

Namentlich vor allem in Art. 97 Abs. 2 GG⁵⁴⁰ thematisiert sie den „Willen“, die „Amtszeit“, den „Ruhestand“⁵⁴¹ und sogar „Altersgrenzen“ und die „Lebenszeit“⁵⁴² von Richtern, verwendet also diverse Begriffe, die mit der Vorstellung einer menschlichen Natur eng verwoben sind.⁵⁴³

⁵³⁸ Hierzu siehe Kap. 5, B, II.

⁵³⁹ Vgl. etwa Art. 13 Abs. 2, 3; 60 Abs. 1 GG (der die Bundesrichter in einer Aufzählung mit den Bundesbeamten nennt); so auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG; vgl. aus den Vorschriften den IX. Abschnitts Art. 94 Abs. 1; 95 Abs. 2; 96 Abs. 2 S. 5; 97 Abs. 1 (zur Eigenschaft der Unabhängigkeit sogleich mehr in Kap. 5, A, I, 2); Art. 98 Abs. 1, 2 S. 1 und Abs. 3, 4 und 5; 101 Abs. 1; 104 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG; weiterhin verwenden den Begriff u. a. Art. 115c Abs. 2 Nr. 2; 115g S. 1 und 4 GG.

⁵⁴⁰ Art. 97 Abs. 2 GG lautet: „Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.“

⁵⁴¹ Dieser Begriff auch in Art. 98 Abs. 2 S. 1 und Art. 132 Abs. 1 S. 1 GG.

⁵⁴² Dieser Begriff auch in der Übergangsvorschrift des Art. 132 Abs. 1 S. 1 GG.

⁵⁴³ Hierauf berufen sich etwa *Martini/Nink*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Automatisch erlaubt?*, 2020, S. 44 ff., 47 f.; *Rollberg*, *Algorithmen in der Justiz*, 2020, S. 88.

Zunächst ist aber fraglich, ob diese Erwähnungen des Art. 97 Abs. 2 GG für sich genommen ein verfassungsrechtliches Gesamtbild eines menschlichen Richters überhaupt vorprägen könnten. Hiergegen spricht, dass in der Verfassung keine Aussage darüber angelegt ist, dass es ausschließlich geboten ist, Richter im Sinne des Art. 97 Abs. 2 GG zu beschäftigen.⁵⁴⁴ Die Vorschrift statuiert lediglich einige besondere Verfahrensvorschriften und Gesetzesvorbehalte im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Unabhängigkeit hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellter Richter,⁵⁴⁵ die einen einfachgesetzlich konstruierten Richtertyp verfassungsrechtlich einhegen, einen solchen aber nach ihrem Sinn nicht konstitutiv für die Verfassung als ausschließlich festlegen sollen.

Das Bundesverfassungsgericht betonte zwar richtigerweise mehrmals, dass hauptamtlich und planmäßig endgültig beschäftigte Richter in der Verfassung als „Regelfall“, und der Einsatz von anderen Richtertypen als „Ausnahme“ zu begreifen seien.⁵⁴⁶ Würde man hieraus aber folgern, dass die menschliche Natur durch Art. 97 Abs. 2 GG exklusiv vorausgesetzt sei, würde man den Aussagegehalt dieser Rechtsprechung überstrapazieren und verkennen, dass das Gericht mit seiner Rechtsprechung auf solch eine Deutung nicht abzielt. Es bezweckt vielmehr, eine Unterminierung der Rechtsprechungsqualität durch übermäßigen Einsatz statusrechtlich nicht abgesicherter Richter zu vermeiden. Die Entscheidung für einen regelmäßig persönlich geschützten Richter bringt die Erkenntnis zum Ausdruck, dass die Attribute des Art. 97 Abs. 2 GG Garantien für die Qualität der Rechtsprechung sind, weil sie wirksamer als andere denkbare Mittel den Zweck sichern können, Einflussmöglichkeiten über den *persönlichen Status* auszuschließen.

Gerade deshalb kann man aber infrage stellen, ob die Begründung *menschlicher* Attribute eines Richters ausgerechnet in eine Bezugnahme zu den persönlichen Statusmerkmalen des Art. 97 Abs. 2 GG gesetzt werden sollte. Dagegen, die Notwendigkeit eines menschlichen Richters argumentativ im Wirkungskreis der persönlichen Unabhängigkeit zu verorten, spricht schließlich, dass auf die persönliche Stellung in diesem Zusammenhang zumindest auch als *Einfallstor für Gefahren* in der Ausübung unabhängiger Rechtsprechung Bezug genommen wird. Das Grundgesetz befürchtet die Versetzung oder Entlassung eines Richters wider dessen „Willen“ letzten Endes unter

⁵⁴⁴BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 345 = NJW 1956, 137, 138.

⁵⁴⁵Zur persönlichen Unabhängigkeit statt vieler v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*,⁷2018, Art. 97 Rn. 35 ff. Siehe näheres in Kap. 5, A, I, 2, c.

⁵⁴⁶In diesem Zusammenhang spricht dann auch das Bundesverfassungsgericht von einer Selbstverständlichkeit. Hierzu siehe BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 345 = NJW 1956, 137, 138; BVerfG, Beschl. v. 09.05.1962, BVerfGE, 14, 56, 69 f. = NJW 1962, 1611; BVerfG, Beschl. v. 08.07.1992, BVerfGE, 87, 68, 85; zu Besonderheiten bei Richtern auf Zeit BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018, BVerfGE, 148, 69, 105 (Rn. 90), 114 (Rn. 112) = NJW 2018, 1935, 1943 ff.

anderem deshalb, weil richterliche Entscheidungen – anders als die Entscheidungen eines Algorithmus – durch eine Bedrohung der beruflichen und persönlichen (sprich menschlichen) Existenz beeinflusst werden könnten. Es scheint also ein im ersten Zugriff unglücklich gewählter Ansatzpunkt, die Notwendigkeit der menschlichen Gestalt eines Richters ausgerechnet im Telos dieser Vorschrift zu verorten, die sich doch zumindest in Teilen auch als Reaktion auf die Schwächen der menschlichen Natur verstehen lassen muss.

Andere Vorschriften mögen sich für diese Art der Argumentationsführung besser eignen, von einer Selbstverständlichkeit ist die hierfür notwendige Normanalyse aber weit entfernt. Doch selbst insofern Art. 97 Abs. 2 GG sich im Zusammenspiel mit weiteren Normen im Ergebnis sinnvoll auch als Ausdruck eines Vertrauens in die etablierte Ausgestaltung richterlicher Tätigkeit auslegen lässt, normiert die Vorschrift weiterhin keine Exklusivität und steht daher abweichenden Konzepten in Randbereichen nicht zwingend entgegen. Die oben genannte Aussage des Bundesverfassungsgerichts würde durch den Einsatz von Rechtsgeneratoren also keineswegs relativiert: Eine Einführung algorithmischer Richter als „Regelfall“ wäre ohnehin nicht vorstellbar.

Abschließend steht die Einsicht, dass es zu denken geben kann, dass die Verfassung menschliche Eigenschaften der Richterschaft – wo sie dies doch recht sparsam tut – ausgerechnet in einem solch gefahrenabwehrgerichteten Kontext ausdrücklich thematisiert. Die hier zum Ausdruck kommende Vorbedacht gegenüber persönlichen Einflussnahmeversuchen scheint Symptom eines historischen Misstrauens gegenüber der Exekutive, aber auch gegenüber der inneren Wehrhaftigkeit der Akteure der Judikative. Für die Selbstverständlichkeitsthese lässt sich auch hieraus nichts gewinnen.

4. Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG: Notwendigkeit einer Verfassungstextänderung?

Der Wortlaut des Art. 97 Abs. 2 GG könnte neben den anderen eben genannten Verfassungsvorschriften allerdings Anlass für die Überlegung bieten, ob es an dieser und ähnlicher Stelle einer *Verfassungstextänderung* im Sinne von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG bedürfen könnte, damit der Richterbegriff zum Zwecke der Indienststellung von Rechtsgeneratoren entweder ohne Auslegungszweifel neu verstanden werden, oder – im Gegenteil – diese Auslegung letztgültig ausgeschlossen werden könnte.

Eine Textänderung ist im engeren Sinne nur dort erforderlich, wo ein eindeutiger Wortlaut entgegensteht und bezieht sich nicht auf die gewandelte Bedeutung und Konkretisierung gleichbleibender Normen.⁵⁴⁷ Versteht man den Art. 97 Abs. 2 GG als besondere Verfahrensvorschrift und nicht als Gebot der (ausschließlichen) Beschäftigung persönlich unabhängiger Berufsrichter, wäre die Notwendigkeit einer Textänderung

⁵⁴⁷Hierzu vgl. Maunz/Dürig GG/Herdegen, 72. EL Juli 2014, Art. 79 Rn. 33.

für die Einführung entscheidungstreffender Algorithmen also nach strengem Verständnis nur zu bejahen, wenn hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter als verfassungsmäßige Akteure gänzlich abgeschafft oder bedeutungslos gemacht würden. Dies ist bei einer Indienstnahme von Rechtsgeneratoren (wie sie hier diskutiert wird) aber nicht intendiert und im Übrigen angesichts der technischen Grenzen dieser Methode auch gar nicht möglich. Menschliche Richter müssten auch hier weiterhin der Regelfall bleiben.

Abgesehen davon, ob man sie für notwendig hält, kann eine Textänderung (an dieser aber auch an anderer Stelle der Verfassung) bei einem weitreichenden Vorhaben wie dem Besprochenen aber eine klarstellende Wirkung entfalten und zu einer notwendigen substanziellen Auseinandersetzung beitragen.⁵⁴⁸ Sie wäre also zu begrüßen.⁵⁴⁹

Wenn die Tätigkeit von Rechtsgeneratoren in der Rechtsprechung also eindeutig ausgeschlossen werden soll, wäre eine Textänderung oder zumindest eine verfassungsgerichtliche Klarstellung angesichts des uneindeutigen Wortlauts ratsam. Diskussionswürdig ist etwa die Einführung eines Rechts auf eine menschliche Entscheidung mit bestimmten Ausnahmen, wie es schon die DSGVO kennt.⁵⁵⁰

IV. Selbstverständlichkeit im Angesicht des Wandels?

Aus dem damit belegten Fehlen eines verfassungsrechtlichen eindeutig menschlichen Richterbegriffs begründet sich dann auch, dass es der oben genannten Meinung allein verbleibt, auf eine „Selbstverständlichkeit“, also einen unausgesprochenen, vorkonstitutionellen Faktor zu verweisen. Durch die geäußerte Kritik an der Selbstverständlichkeitsthese soll der Umstand, dass der Verfassungsgeber gewisse (wenn auch schwer fassbare) Elemente eines vorgeprägten Richterbildes vorgefunden haben mag und dass diese auch heute noch eine gewisse Rolle spielen, aber gar nicht geleugnet und daher auch ausdrücklich nicht bestritten werden, dass angesichts der hergebrachten Formen der Rechtsprechung und der etablierten Richterschaft anno 1949 wohl tatsächlich keiner der Väter und Mütter des Grundgesetzes ernsthaft ein anderes als ein menschliches Richterbild vor Augen gehabt haben wird.⁵⁵¹ Vielmehr muss die historisch begründete Selbstverständlichkeit als Argumentationsgrundlage prinzipiell infrage gestellt werden.

⁵⁴⁸In diesem Sinne gibt *v. Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240 zu Bedenken: „Die Übertragung entsprechender Entscheidungsgewalt auf eine KI wäre damit nur *de lege ferenda* möglich und würde einen erheblichen Eingriff in das bestehende Gefüge bedeuten, welches sich vor dem Hintergrund jahrhundertalter Traditionen menschlicher Entscheidungssysteme gebildet hat.“

⁵⁴⁹So auch *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1286.

⁵⁵⁰Siehe hierzu Kap. 5, C, III, 3, a.

⁵⁵¹So etwa *v. Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 240.

Bestritten werden muss angesichts der Schwächen in der Kodifizierung dieses Gedankens, dass hieraus ein valides Argument für ein endgültig festgeschriebenes, unverrückbares menschliches Richterbild gebildet werden kann, denn das Verständnis jedes Verfassungsbegriffs ist nicht starr, sondern veränderlich.⁵⁵²

1. *Verfassungswandel*

Ob und wann die Auslegung von Verfassungsvorschriften wandlungsfähig ist, ist im Detail eine vielfach diskutierte Frage, deren praktische Relevanz unter dem Stichwort des *Verfassungswandels*⁵⁵³ bereits einige Male erprobt wurde.⁵⁵⁴ Der überwiegende Teil der Literatur bestreitet sie in ihren Grundaussagen nicht generell,⁵⁵⁵ auch wenn jeweils nach den Wesenseigenschaften der in Rede stehenden Vorschriften unterschiedlich beantwortet wird, wann und wie sich diese Wandlung vollziehen kann.

Ob man hierbei nun von einem Wandel oder wie etwa *Häberle* lediglich von einer geänderten Interpretationsrichtung⁵⁵⁶ sprechen will, ist nur von theoretischem Interesse und kann dahinstehen. Entscheidend ist, dass die grundsätzliche Möglichkeit der Änderbarkeit der Auslegungsrichtung der häufig bewusst wertungsoffen gehaltenen Verfassungsbegriffe durch die verfassungsrechtliche Realität als konsequente Folge der

⁵⁵²So auch *Quarck/Hähmle*, NJOZ 2020, 1281, 1283.

⁵⁵³Zum Begriff ausführlich *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 254; *Böckenförde*, in: Babura/Scholz (Hrsg.), FS Lerche, 1993, S. 3 ff.; „Von Verfassungswandel wird gesprochen, wenn durch neue Gegebenheiten oder Erfordernisse politische Sachverhalte hervorgerufen werden, die im Wortlaut und Inhalt des Verfassungsgesetzes keine oder eine unzulängliche Regelung finden, nach Sinn und Zweck der geltenden Verfassungsnormen aber notwendig einer Regelung bedürfen.“, so *Babura*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, ³2014, § 265, Rn. 13. Zur Kritik am Begriff *Häberle*, ZfP 1974, 111, 130 f.

⁵⁵⁴Zu nennen sind etwa die Bereiche Ehe, Familie und Partnerschaft oder die Integration in die Europäische Union aber auch die zunehmend digital zu verstehenden Medienfreiheiten. Einige Beispiele nach *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 63; *Roellecke*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13, Rn. 52; *Vofskuhle*, Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel, 29.11.2018 (bit.ly/2TDsPbk).

⁵⁵⁵Befürwortend bereits *Schenke*, AöR, 103 (1978), 566, 585 ff.; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982 insb. S. 254 ff.; *Dreier*, JZ 1994, 741, 748 f.; *Walter*, AöR, 125 (2000), 517, 521 ff.; etwas kritischer *Vofskuhle*, Der Staat, 43 (2004), 450 ff.; *Roellecke*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13, Rn. 52 ff., Letzterer hält den Verfassungswandel aber für unvermeidbar (Rn. 55); siehe auch *Vofskuhle*, Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel, 29.11.2018 (bit.ly/2TDsPbk); speziell mit Bezug zur Digitalisierung *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 65 ff., insb. 137 ff.

⁵⁵⁶*Häberle*, ZfP 1974, 111, 130.

stetigen sozialen und gesellschaftlichen Fortentwicklung als gegeben vorausgesetzt werden kann.⁵⁵⁷ Nur wenn die Verfassung eine solche Flexibilität zeitigt, erfährt sie als verbindliche Vorgabe die notwendige Akzeptanz auch über Generationen hinweg.⁵⁵⁸

2. Digitaler Wandel

Schließlich lässt sich gerade in den Zeiten des digitalen Fortschritts an der Veränderlichkeit der technischen Voraussetzungen, unter denen auch gesellschaftliche Werte einem Wandel ausgesetzt sind, wohl kaum ein hinreichender Zweifel begründen.⁵⁵⁹ Der Diskurs darüber, was rechtlich zulässig ist und was nicht, entwickelt sich stets von den Rändern des in der Gesellschaft Akzeptablen. Graubereiche auszuloten und die Grenzen des rechtlich (noch) Erlaubten festzulegen, gehört mithin zu den zentralen Merkmalen einer freiheitlich demokratischen Rechtsordnung. Durch Modifikationen in unserer Vorstellungswelt besteht stets die Möglichkeit, dass heute scheinbar unverrückbare Selbstverständlichkeiten grundlegend erschüttert werden, weshalb der Verweis auf diese keinen hinreichenden Ausgangspunkt (mehr) darstellen kann. Denn auch wenn der Gedanke an nicht-menschliche Richter Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts absurd erscheinen musste, ist er es – wie die vorangegangenen Kapitel an Beispielen wie der Risikoprognosesoftware COMPAS oder dem estländischen Vorstoß für den Einsatz eines Roboter-Richters zeigten⁵⁶⁰ – heute zumindest in einigen Bereichen automatisierungsgeeigneter Fälle international bereits nicht mehr.⁵⁶¹ Dass diese Entwicklung auch einen Wandel im Verständnis des deutschen Richterbegriffs bedingen könnte, scheint daher nicht mehr völlig ausgeschlossen.

⁵⁵⁷Zum Wandel im Verständnis von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG heißt es etwa in BVerfG, Beschl. v. 08.04.1997, BVerfGE, 95, 322, 333 f. = NJW 1997, 1497, 1499: „Aber auch eine in Jahrzehnten gewachsene Rechtstradition hindert eine gewandelten Anschauungen Rechnung tragende Weiterentwicklung des Rechts nicht.“; zum Wandel dieser Norm hin zu einem materiellen Verständnis (jedoch in der Sache durchaus kritisch) etwa auch *Rotb*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 51; *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 9, 50.

⁵⁵⁸Siehe *Dreier*, JZ 1994, 741, 748 f.

⁵⁵⁹Hierzu mit zahlreichen Beispielen *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020 u. a. S. 191 ff., 235 ff., 295 ff.

⁵⁶⁰Siehe Kap. 2, B, IV, 1, c. und Kap. 3, A, II, 2.

⁵⁶¹Auch *Gless/Wohlers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 153 f. sehen in solchen Entwicklungen ein Indiz dafür, dass das deutsche Justizwesen gegen KI nicht immun sei: „auch die Komplexität bestimmter richterlicher Aufgaben oder der Umstand, dass Regeln nicht immer starr und formelhaft 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.“

Zwischenergebnis

Die Selbstverständlichkeitsthese ist im Schluss also eine grobe Vereinfachung, der eine hinreichende sachliche Rückkopplung fehlt. Ihr muss also auch oder sogar gerade dann entschieden entgegengetreten werden, wenn man den Einsatz von Rechtsgeneratoren kritisch, ja ablehnend betrachtet, denn sie genügt nicht, um diese Schlussfolgerung überzeugend zu begründen und damit in die Zukunft hinein abzusichern. Selbst wenn der Selbstverständlichkeitsthese also bezüglich eines menschlichen Richterbildes im Ergebnis zuzustimmen sein sollte, wäre nach all dem der notwendige Zwischenschritt des Versuchs einer materiellen Rückkopplung nicht entbehrlich, sondern zwingend erforderlich.

B. Ein materiell-verfassungsrechtlicher Richterbegriff nach Wesensmerkmalen

Es verspricht allerdings ebenso wenig Erfolg, auf Elemente, die einen möglichen Wandel von Selbstverständlichkeiten im Verständnis der Figur des Richters begrenzen oder diesem entgegenzutreten könnten, im luftleeren Raum zugreifen zu wollen. Um die Grenzlinien des verfassungsrechtlichen Richterbegriffs ausloten zu können, bedarf es eines konkreten Anknüpfungspunktes an die untersuchte Materie, der hier in den Merkmalen eines *materiell-verfassungsrechtlichen Richterbegriffs* gesucht werden soll.⁵⁶² Nur durch dessen Wesensmerkmale kann ermittelt werden, ob und wie sich die Menschlichkeit im Richterbegriff auf (unveränderliche) materielle Wertentscheidungen der Verfassung zurückführen lässt.

I. Zukunftssicherheit materieller Kriterien?

Insofern die zu findenden Kriterien eines materiellen Richterbegriffs eine zukunftsichere Aussage über die Zulässigkeit von algorithmischen Entscheidungssystemen im Rechtsschutzsystem als eine Selbstverständlichkeitsbegründung versprechen, muss abstrakt erörtert werden, inwiefern ihre Bestandteile längerfristig, ja dauerhaft, von Bestand sein werden. Es verspricht einen gewissen Mehrwert, wenn hierzu einige allgemeine Erwägungen zur Zukunftssicherheit des Grundgesetzes vorweggeschickt und im Folgenden dann an ausgewählten Stellen erneut Bezug auf diese Fragestellung genommen wird.

⁵⁶² Hierzu Kap. 5.

1. Art. 79 Abs. 3 GG: Die Ewigkeitsgarantie

In der grundgesetzlichen Ordnung ist die *Ewigkeitsgarantie* in Art. 79 Abs. 3 GG der einzige normative Ansatzpunkt, der eine absolute Wandlungsresistenz der Verfassungsinhalte auch gegen Verfassungsänderungen und den Verfassungswandel absichert. Hiervon geschützt sind aber nur die *unverzichtbaren Mindestanforderungen*, die Art. 1 und 20 GG in ihren „Grundsätzen“ an den im Grundgesetz verfassten Staat stellen und die der Verfassungsgeber für die Identität von Staat und Verfassung als prägend und unberührbar festgeschrieben hat.⁵⁶³

Eine wichtige Grundsatzfrage ist, ob man diese Anforderungen und/oder die Anforderungen an eine Eingriffshandlung (die Grundsätze dürfen nach dem Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG nicht „berührt“ werden) weit fasst, wodurch eine umfangreiche Zementierung der Verfassungsinhalte gegenüber Verfassungsänderungen drohen könnte, oder eine strenge Auslegung wählt, die allerdings die Bedeutung der Ewigkeitsgarantie als Änderungsgrenze marginalisierten und auf ein rein theoretisches Konstrukt reduzieren könnte.⁵⁶⁴ Eine überzeugende Lösung muss sich zwischen diesen Extrempositionen bewegen: Art. 79 Abs. 3 GG muss auch Bedeutung in Bezug auf konkrete Verfassungsfragen zukommen können, es dürfen aber gleichzeitig auch nicht unflexibel *alle* Konkretisierungen und Ausprägungen der verbürgten Prinzipien, sondern eben nur die „Grundsätze“⁵⁶⁵ geschützt sein⁵⁶⁶.

Bei all dem darf keinesfalls aus dem Blick geraten, dass *keine* gesetzliche Vorschrift, selbst eine solche mit Ewigkeitsanspruch, die Änderung des Staatsgefüges etwa durch

⁵⁶³Ähnlich BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 24 = NJW 1971, 275, 278; *Stern*, JuS 1985, 329, 331; siehe auch BVerfG, Urt. v. 23.04.1991, BVerfGE, 84, 90, 120 f. = NJW 1991, 1597, 1599; BVerfG, Urt. v. 14.05.1996, BVerfGE, 94, 49, 102 f. = NVwZ 1996, 700, 706; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 79, 83; Maunz/Dürig GG/*Herdegen*, 72. EL Juli 2014, Art. 79 Rn. 60, 109; *Ingold*, AöR 140 (2015), 1 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Hain*, ⁷2018, Art. 79 Rn. 43 m. w. N.

⁵⁶⁴Die Versuche, den Inhalt der genannten Prinzipien zu umschreiben, sind im Abhörungs Urteil des Bundesverfassungsgerichts und in dem diesem entgegnetretenden Sondervotum zusammengeführt. Während die Mehrheit des Gerichtes sich für eine enge Auslegung der Vorschrift aussprach und sie als absolute Revisionsschranke verstand, siehe BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 24 ff. = NJW 1971, 275 278 ff., sprach sich das Sondervotum für eine konkretere Auslegung aus. (38 ff./282 ff.); vgl. auch *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 242 ff.; siehe zu dem hier getätigten Gedanken *Dreier*, JZ 1994, 741, 749; zusammenfassend *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 354 ff.

⁵⁶⁵Nach *Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 82 ist ein Grundsatz „ein Satz, dessen Inhalt von elementarer Bedeutung ist, und der gleichzeitig das Wesen als das Eigentliche, das identitätsstiftende Moment der vom Grundsatz geprägten Materie bezeichnet.“

⁵⁶⁶Sondern nur in ihrem „Menschenwürdegehalt“, *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 81; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 26 m. w. N.; *Dreier* GG/*Dreier*, ³2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 26 m. w. N.

Revolution verhindern könnte. Art. 79 Abs. 3 GG kann allerdings die Funktion zukommen, einer Abkehr von der Verfassungsidentität durch revolutionäre Kräfte die Legitimationsgrundlage zu entziehen und gleichzeitig verfassungstreuen Änderungsbe-
mühungen als Prüfungsmaßstab, Warnung und Grenze zu dienen.⁵⁶⁷

In diesem Sinne findet auch der oben genannte Verfassungswandel seine absolute Grenze in der Identität der Verfassung.⁵⁶⁸ Die Ewigkeitsgarantie bezieht sich als Schranke im ersten Zugang zwar nur auf eine reine Verfassungstextänderung, die Verfassungsidentität kann aber im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses auch als absolute Grenze für den Wandel der materiellen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen (initialisiert und aufgegriffen etwa durch verfassungsgerichtliche Extensiv-Auslegung oder einfachgesetzliche Normsetzung) fruchtbar gemacht werden.⁵⁶⁹ Wenn nämlich nicht einmal die verfassungsändernde Revisionsgewalt in die Lage versetzt werden soll, von diesen Prinzipien des Identitätsschutzes abzuweichen, kann dies auch keiner anderen Staatsgewalt oder der Gesellschaft gestattet werden.⁵⁷⁰

2. Die Ewigkeitsgarantie und ein materieller Richterbegriff

Somit kann die Ewigkeitsgarantie auch im Richterbegriff als abstrakter Grenzpunkt der Auslegungsmöglichkeiten dienen. Die größte Schwierigkeit hierbei liegt allerdings – wie insgesamt bei der Bestimmung der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze⁵⁷¹ – darin, die unveränderlichen unter den weiteren Bestandteilen des Richterbegriffs zu identifizieren. Die Inhalte des Art. 79 Abs. 3 GG lassen sich auf einer abstrakten Ebene nur sehr allgemein beschreiben und konkretisieren sich erst an dezidierten Einzelfragen.

In Zusammenhang mit Art. 79 Abs. 3 GG ist umstritten, ob Rechtsschutz zwingend durch einen Richter oder in Ausnahmefällen auch anderweitig erbracht werden

⁵⁶⁷ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 225, 242; *Stern*, JuS 1985, 329, 330 f.; *Dreier*, JZ 1994, 741, 747; *Dreier GG/ders.*,³2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 15 f.

⁵⁶⁸ So *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 264 ff., er sieht den Wandel von staatsorganisatorischen Regelungen, zu denen auch Art. 92 GG zu zählen ist, indes eher kritisch (vgl. S. 276 ff.); vgl. aber auch *Babura*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 12, ³2014, § 265, Rn. 13.

⁵⁶⁹ Vgl. *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 42 f., 48.

⁵⁷⁰ Auch dem Europarecht und dem EuGH ist es beispielsweise nicht gestattet, die Identität der deutschen Verfassung zu tangieren, vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Hierzu *ders.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 42, 52; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010, BVerfGE, 126, 286, 302 f., Rn. 55 = NJW 2010, 3422, 3423 f. m. w. N. Dieser Schluss drängt sich auch schon in Hinblick auf die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG auf. Art. 79 Abs. 3 GG ist deshalb in Zusammenhang mit dieser Vorschrift zu lesen. Allgemein zur Abgrenzung der Vorschriften: *Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 89 ff.; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 413 ff.

⁵⁷¹ Hierzu *Dreier*, JZ 1994, 741, 749; *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 79; *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 27 m. w. N.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Hain*,⁷2018, Art. 79 Rn. 32, 43.

kann, und ob die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG in ihren einzelnen Ausprägungen durch die Ewigkeitsgarantie geschützt ist.⁵⁷² Dies ist aber zunächst ohne Auswirkung auf die Stellung der materiellen Bestandteile eines Richterbegriffs. Entscheidend für die Wichtigkeit der Aufbereitung von Wesensmerkmalen eines Richters und ihrer Zukunftssicherheit ist nicht der Schutz des richterlichen Rechtsschutzsystems im Ganzen, sondern welchen Zwecken die Ausgestaltung eines Richterbegriffs im Rechtsschutzsystem dienen muss.

In einer sehr generellen Art und Weise kann davon ausgegangen werden, dass – auch wenn Ausnahmen von richterlichem Rechtsschutz für zulässig erachtet werden sollten – Einigkeit darüber besteht, dass die Existenz eines staatlichen und im Ausgangspunkt gerichtlichen Rechtsschutzsystems eine identitätsprägende Wirkung für die Verfassung hat. Ein Rechtsstaat, in dem es keine Möglichkeit gibt, das Recht frei und gleich mit staatlichen Mitteln zu überprüfen und durchzusetzen, lässt sich als solcher nicht bezeichnen.⁵⁷³ Für das Selbstverständnis des Staates ist es offenkundig ebenfalls essenziell, dass eine menschenwürdige Behandlung durch die Staatsorgane, also auch durch die Organe der Rechtspflege, gewährleistet ist,⁵⁷⁴ zu der auch die Möglichkeit gehört, sich gegen Eingriffe in die eigenen Rechte wehren zu können. Diesem Telos dient das System des richterlichen Rechtsschutzes.⁵⁷⁵

Wenn man also annehmen muss, dass dem Begriff des Richters wegen seiner Funktion zur Sicherstellung dieser identitätsprägenden Aufgabe im Staat zwangsläufig auch Elemente innewohnen müssen, die gleichzeitig Mindestanforderungen an die rechtsstaatliche und demokratische Staatsform unter der Garantie der Menschenwürde darstellen, könnten diese nur um den Preis der Identitätsaufgabe revolutioniert werden. Die wesensentscheidenden Elemente eines Richterbildes müssten also, um eine „gleichwertige Rechtskontrolle“ zu gewährleisten, selbst dann verwirklicht bleiben, wenn man den Akteur im Einzelfall nicht mehr als „Richter“, sondern in anderer Weise bezeichnen und beispielsweise formell als Exekutivorgan (oder eben als Algorithmus) ausgestalten wollen würde.⁵⁷⁶

⁵⁷²Ausgangspunkt war erneut das Abhörungsurteil, siehe BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 27 = NJW 1971, 275, 279; kritisch hierzu *Häberle*, JZ 1971, 145 ff.; ausführlich zu diesem Streit *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 219 ff., 430 ff., 560 f. mit dem Schluss, dass lediglich eine Rechtsschutzgewähr aber nicht zwangsläufig eine gerichtliche geschützt sei; siehe auch Dreier GG/*Dreier*, ³2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 34, 53.

⁵⁷³*Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 70, 90.

⁵⁷⁴*Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 82.

⁵⁷⁵Dies bestreitet auch BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 27 = NJW 1971, 275, 279 nicht; siehe zum Menschenwürdegehalt des Rechtsschutzes Umbach/Clemens GG/*Robbers*, 2002, Art. 1 Rn. 44 m. w. N.

⁵⁷⁶BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 27 f. = NJW 1971, 275, 179 erwägt hierbei u. a. die Unabhängigkeitsgewähr und die Gesetzesbindung.

Angesichts abweichender Gewichtungsmöglichkeiten können freilich auch diese Kriterien eines Richterbegriffs entgegengesetzte Folgerungen nicht ausschließen. Sie können aber doch wesentlich besser als die Schlüsse der Selbstverständlichkeitsthese eine fundierte Diskussionsgrundlage bieten, mit der man unerwünschten Entwicklungen entschlossen entgegenzutreten und dennoch Freiräume für technischen Fortschritt zulassen könnte.

II. Ansatzpunkte für einen materiellen Richterbegriff

Um zu erfassen, ob Rechtsgeneratoren nach dem Verfassungsrecht richterlich agieren dürften, muss an den Stellen angesetzt werden, an denen bereits heute richterliche und nicht-richterliche Akteure im Bereich der Judikative materiell abgegrenzt werden. Zum Zwecke solcher Abgrenzungsversuche sind verschiedentlich Bemühungen um einen materiellen Richterbegriff zu finden, die sich an Merkmalen wie Unabhängigkeit und Gesetzesbindung orientieren.

Konkret wurde mehrere Jahrzehnte diskutiert, ob auch *Rechtspfleger* Richter im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG seien und Rechtsprechungsaufgaben erfüllen könnten.⁵⁷⁷

Die notwendige Argumentationsführung zur Ausdehnung der Richtereigenschaft auf Rechtsgeneratoren weist daher gewisse Parallelen zu dieser bereits ausführlich geführten Diskussion auf. Es bestehen jedoch auch Unterschiede: Rechtspfleger sind anders als Rechtsgeneratoren etablierte Akteure im System der rechtsprechenden Gewalt, sie erfüllen vor allem in der freiwilligen Gerichtsbarkeit einige Aufgaben, die historisch in der Zuständigkeit der Richterschaft lagen.⁵⁷⁸

Allein aus dieser Zuständigkeitsübertragung lässt sich die rechtspflegerische Richtereigenschaft jedoch noch nicht ableiten.⁵⁷⁹ Es handelt sich hierbei um einen Vorgang der Aufgabenverschiebung, der sich außerhalb des nach Art. 92 GG geschützten Bereichs der Rechtsprechung vollziehen kann und daher die in dieser Vorschrift geforderte Richtereigenschaft nicht voraussetzt.⁵⁸⁰ Die eine Richtereigenschaft ganz überwiegend verneinenden Ergebnisse der Debatte⁵⁸¹ begründen sich deshalb richtigerweise zumeist aus der unterverfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung durch Rechtspfleger. Diesen sei gesetzlich ein geringerer Schutzstatus insbesondere in

⁵⁷⁷ Hierzu *Brüggemann*, JR 1965, 81 ff.; *Bernhard*, DRiZ 1981, 361 ff.; *Wolf*, ZZZ, 99 (1986), 361 ff.; *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 353 ff.; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019 insb. 303 ff.

⁵⁷⁸ Ausführlich zur Stellung des Rechtspflegers im einfachen Recht *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 33 ff. (Aus dem Normbestand vgl. insbesondere §§ 3 und 14 bis 31 RPflG.).

⁵⁷⁹ *Wolf*, ZZZ, 99 (1986), 361, 376.

⁵⁸⁰ Hierzu näheres in Kap. 6, C.

⁵⁸¹ *Wolf*, ZZZ, 99 (1986), 361, 382; BVerfG, Beschl. v. 18.01.2000, BVerfGE, 101, 397, 404 f. = NJW 2000, 1709; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 308 ff. stellt maßgeblich auf die fehlende einfachrechtliche Berufung zum Richteramt ab. Anders aber *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 356.

ihrer Unabhängigkeit zgedacht, weshalb ihnen die zentrale Eigenschaft⁵⁸² einer richterlichen Aufgabenerfüllung und Eigenständigkeit fehle.⁵⁸³

Eine derartige Ausgestaltung, aus der sich auf eine qua Gesetz nicht-richterliche Tätigkeit schließen ließe, existiert für Rechtsgeneratoren evident bis dato natürlich nicht. Parallelen zur vorliegenden Frage können deshalb nur aus der Herangehensweise an die Frage des verfassungsrechtlichen Richterbegriffs über bestimmte zur Abgrenzung verwendete Wesensmerkmale, weniger aber aus den Schlussfolgerungen der geführten Diskussion gezogen werden.

Die hergebrachten Darstellungen von richterlichen Wesensmerkmalen sind für den vorliegenden Forschungszweck aber auch in eine bisher wenig berücksichtigte Stoßrichtung hineinzuentwickeln: In der Vergangenheit wurde die Begriffsbestimmung des Richters nicht im Hinblick auf *spezifisch menschliche Fähigkeiten* betrieben, da dieser Ansatzpunkt für die Abgrenzung zu anderen menschlichen Akteuren als nicht notwendig erachtet werden konnte. Dies ändert sich in dieser Darstellung nun. Um eine Abgrenzung zum Rechtsgenerator zu ermöglichen, müssen die Wesensmerkmale eines Richters spezifisch auf solche Fähigkeiten und Eigenschaften hin untersucht werden, die Menschen kraft ihrer Gattungszugehörigkeit kennzeichnen. Mit diesen Elementen soll sich das nun folgende Kapitel 5 beschäftigen.

⁵⁸²Zwar ist dem Rechtspfleger nach § 9 RPfG einfachgesetzlich Unabhängigkeit garantiert, beispielsweise muss er aber nach § 5 Abs. 1 RPfG die ihm übertragenden Geschäfte in bestimmten Fällen dem Richter vorlegen.

⁵⁸³Wenn die verfassungsrechtliche Richtereigenschaft nicht verneint werden kann, ist eine erweiterte gesetzliche Ausstattung freilich nicht auszuschließen, so *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 368 ff.; Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufll.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 280; Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 9; Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 34; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 55; vgl. aber auch Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 9 f.

Kapitel 5

Der Eigenwert menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung

Da der Verweis auf ein selbstverständlich menschliches Richterbild dem durch die fortschreitende Digitalisierung entstehenden Bedürfnis nach einer Begründung der Exklusivität menschlicher Richtertätigkeit nicht gerecht wird, soll im Folgenden ein materieller Richterbegriff herangezogen werden. In dem sich nun anschließenden Kapitel soll untersucht werden, welche Bedeutung bestimmte materielle Begrifflichkeiten und Verfassungswerte im Spannungsfeld eines technologischen Zusammenhangs erhalten können, und ob sich die mit ihnen verbundenen Zweckvorstellungen auf den neuen digitalen Kontext übertragen ließen oder ob sie sich als Garanten für eine menschliche Entscheidungstätigkeit erweisen könnten.

Die Untersuchung soll – angesichts ihres Ziels, spezifisch menschliche Fähigkeiten zu identifizieren – unter den drei übergeordneten Gesichtspunkten der *Rechtsstaatlichkeit* (Abschnitt A), *demokratischen Rückbindung* der Richter (Abschnitt B) und in Hinblick auf die *sozialen Kompetenzen* der Richter (Abschnitt C) geschehen. Unter die für eine rechtsstaatliche Funktionserfüllung notwendigen Merkmale sind die durch Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Gesetzesbindung konkretisierten Bedingungen einer freien und unabhängigen, unter die für die demokratische Rückbindung notwendigen sind die Bedingungen einer demokratisch legitimierten Entscheidung zu fassen. Als Voraussetzungen der sozialen Aufgabenerfüllung sind Merkmale zu verstehen, die die persönliche Stellung der Richter im Verhältnis zu den ihrer Entscheidungsgewalt unterliegenden Personen definieren und die ihre soziale Stellung in der Gesellschaft ausmachen. Solche könnten etwa im Schutz der Menschenwürdegarantie und durch das Recht auf rechtliches Gehör zum Ausdruck kommen. Es sollen Merkmalszuschreibungen herausgearbeitet und konkretisiert werden, die sich schwerpunktmäßig auf jeweils eine dieser Ausprägungen beziehen, auch wenn es selbstverständlich zu Überschneidungen innerhalb der Bereiche kommen kann.

Die Analyse soll sich angesichts der technischen und rechtstheoretischen Umsetzungsgrenzen von Wertungsentscheidungen im Wesentlichen auf die bereits angesprochenen Einsatzgebiete in potenziell automatisierungsgerechten Fällen beschränken.¹ Die Bedingungen ihrer Zulässigkeit sind auch als wesentliche Grenzlinie für alle darüber hinausgehenden Entwicklungen zu betrachten. Unter diesem Blickwinkel können auch rechtliche Grenzen aktuell nicht verwirklichungsfähiger Einsatzbereiche beleuchtet werden. Ein wesentlicher Aspekt der Untersuchung muss sein, ob sich zwischen automatisierungsgerechten und -ungeeigneten Fällen² auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein gradueller Unterschied finden lässt. Solch eine Differenzierung könnte es legitim erscheinen lassen, Automatisierungsschritte dort, wo sie wegen der Bedeutung menschlicher Wertungen nicht bereits faktisch unmöglich sind, eingeschränkt und reguliert zuzulassen. Eine erneute punktuelle Bezugnahme unter rechtlicher Prämisse auf (noch) nicht verwirklichungsfähige Komplexe ist aber ebenfalls erforderlich, weil die technische Unmöglichkeit allein das Bestreben nach algorithmischen Entscheidungen wohl nicht nachhaltig zu verhindern vermag.

A. Der rechtsstaatliche Richter

Im ersten Abschnitt dieses fünften Kapitels sollen Wesensmerkmale betrachtet werden, die sich auf die Rechtsstaatlichkeit des Richters, also insbesondere auf die für eine sachgerechte Entscheidungsfindung notwendige Ungebundenheit des Richters an äußere Einflüsse außerhalb des Gesetzestextes, auswirken. Konkret muss ein Richter in der Lage sein, die Herstellung einer gesetzeskonformen und sachgerechten Entscheidung im Einzelfall zu garantieren. Die Verhinderung von unerwünschten Einflüssen durch die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters sowie durch die Unabhängigkeitsgarantie und die exklusive Bindung an das Gesetz sind maßgebliche Voraussetzungen hierfür.

I. *Der Schutz des Richters vor unzulässigen Einflüssen*

Diese Wesensmerkmale des Richterbegriffs sind maßgeblich geprägt durch die Gefahren, die es abzuwehren, und die Sicherungsmechanismen, die es zu errichten gilt, um die richterliche Tätigkeit in Bestand und Ausübung zu schützen. Gerade weil sich in digitalen Zusammenhängen neue Abhängigkeitskonstellationen und Einwirkungsmöglichkeiten auf richterliche (algorithmische) Entscheidungen ergeben könnten und

¹ Siehe Kap. 3, A.

² Siehe zu dieser Abgrenzung Kap. 3, A, I, 1.

sich ein neues Verständnis von Recht und Rechtsanwendung entwickeln könnte, müssen solche rechtsstaatlichen Faktoren besonders fokussiert werden. Durch die Verlagerung von Gefahrenquellen stellt sich insgesamt die Frage der Übertragbarkeit etablierter verfassungsrechtlicher Konzepte.

1. Art. 20 Abs. 3 GG

Zu den am häufigsten herangezogenen materiellen Definitionsmerkmalen eines Richters sind die Eigenschaften der *Unparteilichkeit* und *Neutralität* zu zählen. Diese haben für die Entscheidungsfreiheit der Richter eine wesentliche Bedeutung und prägen damit seine Funktionserfüllung im Staat.

Es handelt sich um Merkmale, die dem Schutz des Richterstandes dienen, seine Angehörigen aber keineswegs unter den Generalverdacht der Befangenheit stellen, sondern auch als Ausdruck eines besonderen Vertrauens in diese zu verstehen sind. Die sich diesem Gedanken anschließende Herangehensweise an die Debatte über Rechtsgeneratoren darf daher nicht auf ein Argument abzielen, das Algorithmen als Allheilmittel anpreist, in dem es Gefahren, wie die der Rechtsbeugung und des Machtmissbrauchs durch scheinbar unbestechliche Algorithmen zu überwinden trachtet.³ Sie soll stattdessen nüchtern erörtern, ob der durch die Verfassung gewährte Schutz vor unzulässigen Einflüssen in gleichwertiger Weise auch auf den Falle einer nicht-menschlichen Rechtsprechung übertragbar wäre.

a. Unparteilichkeit und Neutralität als Wesensmerkmal des Richters

Das Bundesverfassungsgericht führte schon früh und seither in ständiger Rechtsprechung aus, dass es der Richtertätigkeit wesensimmanent sei, dass sie von einem „*unbeteiligten Dritten*“ ausgeübt werde.⁴ Auch in der Literatur und der derzeitigen Rechtsprechung sind Unparteilichkeit und Neutralität viel rezipierte Eigenschaften, die mit der richterlichen Aufgabenausübung in Zusammenhang gebracht werden.⁵ Obwohl

³Dieser Aspekt wurde in Teilen schon unter dem Begriff der Rechtsanwendungsgleichheit behandelt. Siehe Kap. 3, B, I.

⁴BVerfG, Beschl. v. 29.04.1954, BVerfGE, 3, 377, 381 = NJW 1954, 833; BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 346 = NJW 1956, 137; BVerfG, Beschl. v. 09.05.1962, BVerfGE, 14, 56, 69 = NJW 1962, 1611; BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964, BVerfGE, 18, 241, 254 = NJW 1965, 343, 345; BVerfG, Beschl. v. 04.06.1969, BVerfGE, 26, 141, 154 = NJW 1969, 1803; BVerfG, Beschl. v. 11.06.1969, BVerfGE, 26, 186, 198 f. = NJW 1969, 2192, 2193; BVerfG, Beschl. v. 24.03.1982, BVerfGE, 60, 175, 214 = NJW 1982, 1579, 1583.

⁵Vgl. *Bettermann*, AöR, 92 (1967), 496, 506; *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 202; *Wolf*, ZfP, 99 (1986), 361, 377; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1991, 2377, 2380; *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 100; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 7, 77; *Pfeiffer*, ZRP 2000, 378, 379; BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 138 = NJW 2001, 1048,

das Grundgesetz diese Begriffe in Verbindung mit dem Richter nicht ausdrücklich nennt,⁶ lässt sich der Gedanke einer neutralen und unparteilichen Rechtsprechung insgesamt auf den Rechtsstaatsgedanken des Art. 20 Abs. 3 GG zurückführen,⁷ denn er schützt vor Willkür und richterlichem Machtmissbrauch. Unzweifelhaft lässt sich deshalb feststellen, dass die Begriffe Neutralität und Unparteilichkeit mit den Begriffen des Richters und des Gerichts fest, ja sogar untrennbar verknüpft sind⁸ und deshalb einen materiellen Richterbegriff mitprägen.

b. Unparteilichkeit und Neutralität als Abkehr von eigenen Interessen

Nach einer verbreiteten Lesart kann als unparteilich gelten, wer keine *eigenen* Interessen an dem Ausgang eines Verfahrens hat,⁹ entsprechend dem oft verwendeten Leitgedanken, dass niemand „Richter in eigener Sache“,¹⁰ also in den ihn selbst betreffenden Angelegenheiten sein dürfe. Der Begriff der Neutralität fügt sich in dieses Erklärsmuster ein. Er kann im Zusammenhang mit der Unparteilichkeit entweder als weitere Umschreibung¹¹ oder als Spezialfall des Unbeteiligtseins in Fällen, in denen der Staat als Partei an einem Rechtsstreit teilnimmt,¹² verstanden werden. Der Zweck von Unpar-

1053; BVerfG, Urt. v. 19.03.2013, BVerfGE, 133, 168, 202 = NJW 2013, 1058, 1061; Schmidt-Bleibtreu GG/Hopfauf, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 75 ff.; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 92 Rn. 53; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020, NJW, 2020, 1049, 1054; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 92 Rn. 25; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 19.

⁶Bernhard, DRiZ 1981, 361, 368; Groß, KJ 2000, 209, 212; Pfeiffer, ZRP 2000, 378, 379.

⁷BVerfG, Beschl. v. 29.04.1954, BVerfGE, 3, 377, 381 = NJW 1954, 833; Pfeiffer, ZRP 2000, 378, 379; Sowada, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 188 ff., als weitere Option nennt er eine Anknüpfung an Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG (S. 190 ff. m. w. N.).

⁸So etwa BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 346 = NJW 1956, 137, 138; Pfeiffer, ZRP 2000, 378, 379; BVerfG, Urt. v. 19.03.2013, BVerfGE, 133, 168, 202 = NJW 2013, 1058, 1061; Schmidt-Bleibtreu GG/Hopfauf, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 75.

⁹So Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 77; ähnlich Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 167.

¹⁰Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 29.04.1954, BVerfGE, 3, 377, 381 = NJW 1954, 833; Schlaich, Neutralität, 1972, S. 59 f.; Umbach/Clemens GG/Wolff, 2002, Art. 92 Rn. 51; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 26 m. w. N.

¹¹So bei Wolf, ZZP, 99 (1986), 361, 377; Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 77; Schmidt-Bleibtreu GG/Hopfauf, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 76.

¹²So Umbach/Clemens GG/Wolff, 2002, Art. 92 Rn. 52; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 27.

teillichkeit und Neutralität liegt nach diesem Verständnis in der *Vermeidung von intrinsischen Interessenskonflikten* des Richters¹³ und soll verhindern, dass ein Akteur des Verfahrens aus richterlichem Eigeninteresse unverhältnismäßig bevorzugt oder benachteiligt wird.

Neutralität und Unparteilichkeit können aber nicht nur als innerer, geistiger Vorgang verstanden werden, sondern müssen, weil schon der Anschein jeder Subjektivität vermieden werden soll, und um die Akzeptanz für die Entscheidung zu stärken, auch nach außen getragen werden.¹⁴ Ein Richter muss seine soziale Rolle des individuellen Interessensträgers von seiner Rolle des neutralen Entscheiders nach außen sichtbar abgrenzen können.¹⁵ Diesem Aspekt dient beispielsweise die Verwendung einer Amtstracht (der richterlichen Robe), die den Richter schon allein optisch von der dahinterstehenden Person unterscheidbar macht. Neutralität wird überdies etwa durch Vorschriften zum Ausschluss befangener Richter konkretisiert¹⁶ und durch die Öffentlichkeit des Prozesses abgesichert. Sie manifestiert sich im Gebot der weltanschaulichen und religiösen Neutralität, das sich im Kontext des Gerichtsverfahrens als besondere Ausprägung der richterlichen Neutralität verstehen lässt¹⁷.

aa) Unschärfen in der Abgrenzung zur Unabhängigkeitsgarantie

Unparteilichkeit und Unabhängigkeit werden hierbei allgemein als zwei zu unterscheidende richterliche Eigenschaften verstanden. Die Unterscheidung wird häufig anhand des Ursprungs des Interessenskonfliktes getroffen. Handelt es sich in einem Fall um eine Kollision mit eigenen Interessen des Richters, ist die Unparteilichkeit des Richters berufen, diese zu lösen; sind hingegen fremde Einflüsse involviert, die Einfluss auf den Ausgang der Entscheidung zu nehmen trachten, kommt der Schutzgehalt der Unabhängigkeit zum Tragen.¹⁸

Verschiedentlich kommt es auf Grundlage dieser Unterscheidung jedoch zu Unschärfen in der Abgrenzung. Eine Vermengung der Regelungsbereiche ergibt sich schon daraus, dass sich im menschlichen Entscheidungsfindungsprozess Einflüsse

¹³ Schlaich, Neutralität, 1972, S. 60; Gless/Woblers, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 162.

¹⁴ Vgl. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 106. Dies verdeutlicht auch § 39 DRiG, nach dem durch das Verhalten des Richters kein Zweifel an seiner Neutralität entstehen darf.

¹⁵ Lubmann, Legitimation durch Verfahren 1969 (Nachdruck 1983), S. 64 schreibt in diesem Zusammenhang: Der Richter „kann und soll als Fremder entscheiden. [...] Er muß mit anderen Worten, von der Rücksicht auf eigene andere Rollen entlastet werden“, vgl. aber auch S. 96 ff.

¹⁶ Z. B. durch §§ 41 f. ZPO. Siehe zu diesem Zusammenhang auch BVerfG, Beschl. v. 05.10.1977, BVerfGE, 46, 34, 37 = NJW 1978, 37 ff. n. a.

¹⁷ Vgl. etwa Eckertz-Höfer, DVBl. 2018, 537, 542.

¹⁸ Beispielsweise Hamm, Der gesetzliche Richter, 1973, S. 21 ff. hält die Abgrenzung für schwierig.

fremder Interessen von eigenen Interessen in ihrem Entstehungsursprung nicht so trennscharf abgrenzen lassen, wie es die definitorische Unterscheidung zwischen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit suggeriert.¹⁹ Der Versuch einer solchen Unterscheidung zielt auf die zugrunde liegende Frage ab, ob Anlage oder Umwelt den menschlichen Charakter und seine Entscheidungen formen, ja sogar, ob eine vom Umfeld völlig unabhängige Willensbildung überhaupt existieren kann. Es ist daher zweifelhaft, ob sich die genannte Abgrenzung im aktuellen System in solch einer Pauschalität durchhalten lässt.

bb) Selbstmotivierte Parteilichkeit

Interessant ist allerdings, dass sich die Unterscheidung nach einem inneren oder äußeren Konfliktursprung, die zwischen dem Schutzbereich der Unparteilichkeit und Neutralität auf der einen und der Unabhängigkeit auf der anderen Seite angestellt wird, in einen digitalen Kontext sehr viel leichter übertragen lässt. Schaut man auf den hier diskutierten Anwendungsbereich, liegt der Mehrwert der genannten Unterscheidung auf der Hand, denn bei algorithmisch gesteuerten Rechtsgeneratoren ist eine Differenzierung zwischen dem Einfluss „eigener“ und „fremder“ Interessen – anders als bei Personen – unmittelbar greifbar. Wer – wie ein Algorithmus – überhaupt keine intrinsischen Interessen in irgendeiner Form zu besitzen vermag, kann folglich auch keine egoistischen Wünsche bezüglich des Ausgangs eines Verfahrens haben. Alle Interessen, die sich in einem Algorithmus widerspiegeln, sind notwendigerweise fremde, denn da es Rechtsgeneratoren an einer eigenen Persönlichkeit fehlt, sind sie stets das unmittelbare Spiegelbild fremder (menschlicher) Vorstellungen und Interessen.

Einer Maschine sind auch soziale Rollen und Erwartungen fremd, sie muss sich deshalb auch nach außen hin nicht in eine von ihrem individuellen Selbstverständnis differenzierte Bewusstseinslage bringen, die es ihr ermöglichen würde, zwischen ihrem Status als Individuum auf der einen Seite und ihrer neutralen richterlichen Aufgabe auf der anderen zu unterscheiden. Nach außen kann ein Rechtsgenerator nicht die gleiche Befürchtung intrinsischer Interessenskonflikte und egoistischer Motive wie ein Mensch erzeugen. Es bedürfte daher für Rechtsgeneratoren in Richterfunktion auch keines mit Menschen vergleichbaren Gebots der religiösen Neutralität oder Vorschriften zur Auslösung befangener Richter, um diesen Automatismus umzusetzen. Unparteilich im hier beschriebenen Sinne könnte also unproblematisch auch jeder nicht-menschliche Akteur agieren. Es ist überhaupt eine spezifisch menschliche Fähigkeit, zur selbstmotivierten Parteilichkeit, zu Egoismus und sozialen Vorurteilen in der Lage zu sein. Das Merkmal der Unparteilichkeit und Neutralität bereitet Rechtsgeneratoren somit in dieser Lesart keinerlei Schwierigkeiten.

¹⁹ So auch *ders.*, *Der gesetzliche Richter*, 1973, S. 22.

2. Art. 97 GG: Schutz durch die Unabhängigkeitsgarantie

Mit dieser Abgrenzung verlagern sich die zentralen Fragen freilich aber nur in den Bereich der Unabhängigkeitsgarantie. Bestandteil eines neutralen Gerichtsverfahrens und eines in diesem agierenden neutralen Richters ist schließlich auch, dass keine *externen* Interessen anderer Staatsorgane oder der Gesellschaft Einfluss auf die Urteilsbildung des Richters und damit auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können.²⁰ Die Nutzbarmachung des Begriffs der Unabhängigkeit für Rechtsgeneratoren stellt sich auf dieser Grundlage erheblich schwieriger dar. Die Frage ist, ob Rechtsgeneratoren in den hier diskutierten Anwendungsfällen die allgemeine verfassungsrechtliche Erwartung an eine unabhängige Entscheidungsfindung erfüllen könnten.²¹

a. Unabhängigkeit als Wesensmerkmal eines Richters

Das Erkennungszeichen der Unabhängigkeit wird an verschiedenen Stellen zur Definition des Richters²² herangezogen,²³ jedoch in der Literatur auch kritisch²⁴ betrachtet. Als wesentliches Argument *gegen* die Verwendung der Unabhängigkeit zur konstitutiven Definition eines Richters kann gelten, dass ein Richter, der seine Entscheidung regelwidrig von äußeren Faktoren abhängig machen würde, nach engem Verständnis dieses Merkmals faktisch auch der Richtereigenschaft als solcher verlustig ginge.²⁵

Trotz dieses Einwandes ist es allerdings insofern nicht ohne Überzeugungskraft, auf die Unabhängigkeit als Wesensmerkmal des Richters abzustellen, als dass Richter im Allgemeinen (und nach dem Grundgesetz auch nur diese)²⁶ von der Verfassung durch

²⁰ So beispielsweise auch *Schmidt-Jortzig*, NJW 1991, 2377, 2380 f.

²¹ *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 271 thematisiert diesen Aspekt nur äußers knapp: „Angesichts der technischen Grenzen [...] kann die Analyse ebenso deutlich wie knapp ausfallen: Einem Computer [...] kann mangels faktischer Entscheidungsfreiheit [...] keine (richterliche) Unabhängigkeit zukommen.“

²² Aber auch zur Definition der rechtsprechenden Gewalt im Allgemeinen.

²³ BVerfG, Beschl. v. 24.01.1961, BVerfGE, 12, 81, 88 = NJW 1961, 915; BVerfG, Beschl. v. 04.06.1969, BVerfGE, 26, 141, 154 = NJW 1969, 1803; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 907; *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 367 f.; *Bonner Kommentar GG/Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufll.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 264; *Wolf*, ZfP, 99 (1986), 361, 377 f.; *Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 1; *Dreier GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 53; *Jarass/Pieroth GG/Kment*, ¹⁶2020, Art. 97 Rn. 1; *Sachs GG/Detterbeck*, ⁹2021, Art. 92 Rn. 25.

²⁴ Z. B. *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 178; *Maunz/Dürig GG/Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 65 ff.; *Maunz/Dürig GG/ders.*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 20; *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 50; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 299 ff.

²⁵ *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 178; *Maunz/Dürig GG/Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 66.

²⁶ Eine institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte ist darüber hinaus aus Art. 97 GG nicht direkt ableitbar, so *Papier*, NJW 2002, 2585, 2587 f.; *Sodan*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 5, ³2007,

Art. 97 GG zur Unabhängigkeit berufen und verpflichtet sind und in dieser qua Verfassungsauftrag in einem selbstständigen organisatorischen Rahmen, dem „besonderen Organ der Rechtsprechung“ i. S. d. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG engmaschig geschützt werden müssen. Die Möglichkeit einer nachhaltbaren, wehrhaften Pflicht und strukturellen Fähigkeit zur Unabhängigkeit und zu ihrem Schutz muss damit auch ein Merkmal sein, das den Richter schlechthin definiert.²⁷ Allein dies und nicht, ob die Unabhängigkeit im Einzelfall gegen jeden Eingriff verteidigt werden kann, kann für die Verwendung zur Begriffsbestimmung des Richters ausschlaggebend sein.

b. Art. 97 Abs. 1 GG

Maßgeblich für die Untersuchung der möglichen Erfüllung dieses Merkmals durch Rechtsgeneratoren ist, in welchem Umfang Unabhängigkeit verfassungsrechtlich gewährleistet sein muss, damit sie den Eigenheiten der richterlichen Tätigkeit genügt, aber auch, welchem Zweck die Unabhängigkeitsgewähr insgesamt dient. Die Reichweite richterlicher Unabhängigkeit ergibt sich aus ihrem verfassungsrechtlichen Schutzstatus. Dieser wird in einer persönlichen und einer sachlichen Komponente gedacht.

Die *sachliche Unabhängigkeit* hat als die allgemeinere Ausprägung eine besonders entscheidende, vorrangige Bedeutung. Zunächst gilt es deshalb zu diskutieren, welchen Problemen man begegnet, wenn man einen dem Art. 97 Abs. 1 GG entsprechenden wirksamen Schutz der sachlichen Unabhängigkeit auch in einer automatisierten Rechtsprechung gewährleisten wollte.

aa) Schutzzumfang der sachlichen Unabhängigkeit

Die sachliche Unabhängigkeit statuiert die Notwendigkeit einer hinreichenden Sicherheit vor allen vermeidbaren – wenn auch nur mittelbaren – Einflussnahmeversuchen auf die gerichtliche Einzelfallentscheidung durch Exekutive und Legislative außerhalb der Gesetzesbindung sowie vor unzulässiger Einmischung durch andere Organe der Judikative.²⁸ Auch Einwirkungen durch die Gesellschaft und ihre Akteure sind nach zutreffender Ansicht prinzipiell unzulässig, weil nur so die Gesetzesbindung wirkungsvoll

§ 113, Rn. 19 sieht hierin den wesentlichen Unterschied zu Beamten. Anders *Bettermann*, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 119 ff., 133.

²⁷ Dass auch anderen Akteuren einfachgesetzlich ein gewisses Maß an Unabhängigkeit zugesichert werden kann, (vgl. z. B. § 9 RPfG) hindert diesen Befund nicht.

²⁸ Zum Ganzen BVerfG, Beschl. v. 24.01.1961, BVerfGE, 12, 81, 88 = NJW 1961, 915; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 912; *Weber*, DRiZ 2012, 16, 17; Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 12 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 17; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 97 Rn. 19 ff.; BeckOK GG/*Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 3, 8.

gesichert werden kann.²⁹ Ein Einflussnahmeversuch ist in jeder Maßnahme zu erblicken, die dazu geeignet ist, die richterliche Entscheidung an ein anderes Maß als das des Gesetzes zu binden.

Ein Schutz der Unabhängigkeit kann in Form von rechtsschutzfähigen Einflussnahmeschranken (meist in Hinblick auf Verbote exekutiver Weisungen und Handlungen mit ähnlichem Charakter³⁰), aber auch durch bestimmte Verfahrensausgestaltungen und Geschäftsabläufe (wie beispielsweise das Verbot von Ton- und Videoaufnahmen³¹) umgesetzt werden.³² Wie weit der verfassungsrechtliche Schutzrahmen der sachlichen Unabhängigkeit insgesamt gefasst werden soll, wird unterschiedlich beurteilt und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Im Kern umfasst sind in jedem Fall all die maßgeblichen Elemente, ohne die eine unabhängige Rechtsprechung schlicht unmöglich wäre.³³ Unklarheit besteht aber darüber, wie eng dieser Rahmen zu fassen ist. So sind weitergehende Sicherungen, etwa bezüglich der Arbeitsbedingungen von Richtern,³⁴ in ihrer Rückbeziehbarkeit auf die richterliche Unabhängigkeit unsicher, können sich aber häufig auf eine lange Tradition berufen und werden somit zumindest unterverfassungsrechtlich garantiert.³⁵

²⁹ Vgl. *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 118; *Schilken*, JZ 2006, 860, 862; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 27, Letzterer leitet dies aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG ab; siehe ebenfalls v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 33; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 97 Rn. 45.

³⁰ Hierzu BVerfG, Beschl. v. 09.05.1962, BVerfGE, 14, 56, 69 = NJW 1962, 1611 (in ständiger Rechtsprechung); Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 12; Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 13.

³¹ Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 19.

³² Die Unabhängigkeit ist aber kein starres Prinzip, sie ist der Abwägung mit gleichrangigen Verfassungswerten prinzipiell geöffnet. So ist beispielsweise eine exekutive Dienstaufsicht der richterlichen Aufgabenerfüllung nach § 26 DRiG zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Bestands und der Wirksamkeit des Rechtsschutzes in gewissen Grenzen zulässig. Vgl. hierzu und zu der dabei vertretenen sog. Kernbereichstheorie *Papier*, NJW 1990, 8 ff.; *ders.*, NJW 2001, 1089, 1091; *Schilken*, JZ 2006, 860, 865; *Thiele*, Der Staat, 52 (2013), 415, 419 ff.; *Bosch*, JURA 2015, 56, 57; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 97 Rn. 33; Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 11b f.; „Dienstaufsicht‘ ist hierbei als Befugnis oder Tätigkeit des Dienstherrn oder von ihm beauftragter Stellen zu verstehen, das dienstliche Verhalten des Richters zu beobachten und daraus die entsprechenden Folgerungen zu ziehen.“, so BeckOK GG/*Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 6.

³³ So etwa *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 154.

³⁴ Zur Frage der Arbeitszeit: BGH (Dienstgericht des Bundes), Urt. v. 16.11.1990, BGHZ, 113, 36 = NJW 1991, 1103.

³⁵ Siehe *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 153 f.

bb) Unabhängigkeit in Wertungsfragen

Aufgrund dieser definitorischen Unsicherheit muss ein erster Blick in der Untersuchung darauf entfallen, welchen *Zweck* die sachliche Unabhängigkeit bei *komplexen Wertentscheidungen* erfüllt.

(1) Unabhängigkeit als Zuweisung von Entscheidungskompetenz

Wenn ein Richter offene Wertbegriffe wie beispielsweise Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen soll, ist mit dieser Auslegung immer auch eine Aussage über den nur selten eindeutigen *sozialen Kontext* der Entscheidung verbunden.³⁶ Ein Vorwurf wie zum Beispiel der des Verstoßes gegen die „guten Sitten“³⁷ oder gegen die „öffentliche Ordnung“³⁸ hängt immanent von den ständig wechselnden Sittlichkeitsvorstellungen der Gesellschaft ab. Auch wenn richterliche Entscheidungen an das Gesetz gebunden sind, beinhalten sie besonders in solchen Fällen also auch ein starkes schöpferisches Element.³⁹

Neben der Fähigkeit zu innovativem Denken, Einzelfallgerechtigkeit und Sinnstiftung, die in Kapitel 2⁴⁰ thematisiert wurden, ist auch der Spielraum, den die Verfassung den richterlichen Entscheidern mit der Unabhängigkeitsgewähr eröffnet, notwendig, um eine verbindliche Entscheidung über das Ausfüllen von derlei Wertungen unter einer hierbei notwendigerweise bestehenden Ungewissheit über die Richtigkeit der Auslegung⁴¹ überhaupt treffen zu können. Ermöglicht wird dies dadurch, dass die Unabhängigkeit eine klare Zuweisung der Entscheidungszuständigkeiten an Richter bewirkt, denen sie vertrauensvoll die persönliche und sachliche Fähigkeit zuschreibt, alle Aspekte des Einzelfalls in einem sozialen Gesamtkontext würdigen zu können.⁴² Die Un-

³⁶ Damit einher geht auch eine Gemeinwohlverantwortung in Bezug auf die Auswirkungen einer Entscheidung auf die Gesellschaft, *Buchholtz*, JuS 2017, 955, 957; siehe außerdem *Hoffmann-Riem*, AöR, 142 (2017), 1, 26.

³⁷ Etwa § 138 Abs. 1 BGB.

³⁸ Etwa § 9 Abs. 1 S. 1 POG RLP.

³⁹ Hierzu vgl. etwa *Kirchhof*, NJW 1986, 2275 ff.

⁴⁰ Siehe Kap. 2, A, IV, 2.

⁴¹ Die gemeinte Ungewissheit kommt etwa in der Wendung „Die von Rechtsprechung und Wissenschaft zu stellende Wahrheitsfrage impliziert ihre Unbeantwortbarkeit.“ zum Ausdruck, die sich bei *Benda/Klein*, DRiZ 1975, 166, 167 findet; zum Begriff der Ungewissheit außerdem *Ladeur/Augsburg*, Rechtslehre, 36 (2005), 143, 147; ebenfalls nachgewiesen durch *Vesting*, Rechtslehre, 2015, Rn. 226.

⁴² Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136: „Indem die Verfassung die rechtsprechende Gewalt »den Richtern« anvertraut (Art. 92 Halbs. 1 GG), verleiht sie ihrem Grundverständnis Ausdruck, dass die verbindliche Entscheidung streitiger Sachverhalte legitimierten Personen vorbehalten sein soll, die in der Lage sind, kraft ihrer fachlichen und persönlichen Befähigung aus

abhängigkeit ist also nicht nur Voraussetzung für ein materiell gerechtes Entscheidungsergebnis, sie steckt auch Kompetenzstreitigkeiten, Zweifeln und Kritik an Gesetzesauslegungen Grenzen und ermöglicht auf diese Weise, dass in einem streitigen Sachverhalt Rechtsfrieden einkehren kann. Damit trägt sie wesentlich zur Funktionsfähigkeit und Akzeptanz der Justiz als Teil des staatlichen Gewaltengefüges bei.

(2) *Das Problem der Deutungshoheit*

Die unabhängige Kompetenzzuweisung an die Richter beinhaltet damit aber natürlich auch eine immense Macht und *Deutungshoheit* bei der Einschätzung von sozialen Sachverhalten. Um diese Macht zu begrenzen, ist die Bindungswirkung einer Gerichtsentcheidung (mit Ausnahme der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁴³) in aller Regel auf eine konkrete Fallgestaltung begrenzt. Die Unabhängigkeit ist in dieser Begrenztheit auch notwendiger Bestandteil des Gewaltenteilungsprinzips aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG sowie Voraussetzung und Grenze für die Zubilligung von Deutungsmacht in einem durch den Gesetzgeber kontrollierten Umfeld⁴⁴.

Die geteilten Gewalten halten die Rechtsordnung in ihrer Konstanz und Veränderung durch die Begrenztheit der Entscheidungsgewalt jedes Einzelnen im Gleichgewicht. Obschon die Trennlinien zwischen den Aufgabenbereichen der Gewalten zum Beispiel durch richterliche Rechtsfortbildung auch heute bereits verschwimmen können,⁴⁵ würde das Gefüge der geteilten Gewalten durch die algorithmische Darstellung von unbestimmten und wertungsintensiven Rechtsbegriffen in neuem Maße ins Wanken geraten. Denn wenn den Erstellern von Algorithmen oder gar (autonomen) Algorithmen die Deutungshoheit über die Auslegung von offenen Wertungsbegriffen ver-

dem materiellen Recht für jeden Lebenssachverhalt die normativ intendierte Rechtsfolge abzuleiten – nicht zuletzt die sozialen und persönlichen Folgen für den Betroffenen in die Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.“

⁴³ Siehe § 31 Abs. 1 BVerfGG.

⁴⁴ Siehe Schmidt-Bleibtreu *GG/Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 2.

⁴⁵ Das BVerfG erkennt die Rechtsfortbildung allerdings in ständiger Rechtsprechung an, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, BVerfGE, 34, 269, 287 = NJW 1973, 1221, 1225; hierzu z. B. auch *Kissel*, NJW 1982, 1777, 1780; *Gusy*, JuS 1983, 189, 194; *Hillgruber*, JZ 1996, 118 ff., Letzterer sieht hingegen kaum einen Raum für Rechtsfortbildung; aus der Rechtsprechung weiterhin BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997, BVerfGE, 96, 375, 394 = NJW 1998, 519, 520; vgl. aus der zeitgenössischen Literatur beispielsweise *Classen*, JZ 2003, 693 ff.; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 33; Schmidt-Bleibtreu *GG/Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 39; Schmidt-Bleibtreu *GG/Hofmann*, ¹⁴2017, Art. 20 Rn. 94 f.; *Sachs GG/Sachs*, ⁹2021, Art. 20 Rn. 120.

liehen würde, würden diese zu Herren über alle Fragen des sozialen Miteinanders erhoben.⁴⁶ Bedingt eine bestimmte Programmierung oder Datenauswahl die Entscheidung, ist der spätere Entscheidungspfad schließlich erst einmal – bis zu einer möglichen Revidierung des Programms oder des Datenpools – für die daraus resultierenden Entscheidungen festgelegt und wird in seiner Anwendung nicht hinterfragt. Insbesondere ein selbstlernender Algorithmus erhielte so die Macht, die eigene Auslegungsrichtung durch Selbstbestätigung konsequent in die Zukunft fortzuschreiben.⁴⁷ Auch für hoch umstrittene Fallkategorien würde es in diesem Falle dann fortan nur noch die eine algorithmisch präzise „richtige“ Auslegung oder Meinung geben.⁴⁸

Es wäre nicht nur äußerst schwierig, sich antizipiert auf eine derartige Deutung des Rechts zu einigen. Diese würde sich auch permanenter Kritik ausgesetzt sehen, da sich soziale Verhältnisse und deren Bewertung ständig ändern und von Fall zu Fall unterschiedlich gewichtet werden können. Nur durch eine Abwägung im Einzelfall ist die Deutung dieser Umstände hinreichend flexibel und kann Änderungen schrittweise einfangen und damit Akzeptanz erfahren.

Entscheidungen, die die Beschreibung von Werten der Gesellschaft als Ganzes betreffen, sollten deshalb nicht für eine unbestimmte Zahl von Fällen durch eine antizipierte Entscheidung über die Determinanten eines eingesetzten Algorithmus im Voraus festgelegt werden; sie müssen in jeder Situation neu getroffen und überdacht werden. Als Maßstab hierfür braucht es die abstrakte Form der Gesetze.⁴⁹ So können Einzelfallentscheidungen vor Partikularinteressen geschützt werden. Die Auslegungsrichtung, die ein Gericht einschlägt, kann eine Werteentwicklung der Gesellschaft schließlich nicht nur einfangen, sondern auch selbst zur treibenden Kraft einer solchen Entwicklung werden.⁵⁰

Das Problem komplexer algorithmischer Wertentscheidungen in Zusammenhang mit der Unabhängigkeitsgarantie besteht folglich nicht primär darin, dass Unabhängigkeitsschutz, verstanden als die Vermeidung externer Einflüsse, prinzipiell unmöglich wäre, sondern darin, dass die Zubilligung einer unabhängigen Entscheidungsgewalt in Algorithmiform (wegen der damit verbundenen Vorwegnahme aller folgenden Ergebnisse) zu grenzenloser Deutungsmacht über die Wertvorstellungen der Gesellschaft

⁴⁶ Zu diesem Problem *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763; *Greco*, RW 2020, 29, 52, unter Verweis auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; außerdem *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 129 ff., Letzterer mit der Frage, wer zu dieser Deutungshoheit legitimiert wäre.

⁴⁷ Zum damit verbundenen Problem der Stagnation des Rechts siehe Kap. 2, A, IV, 2, c.

⁴⁸ *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763.

⁴⁹ Näheres hierzu in Kap. 5, A, II, 5, b.

⁵⁰ Ein Beispiel hierfür ist das Urteil zur Sterbehilfedebatte BVerfG, Urt. v. 26.02.2020, NStZ, 2020, 528.

führen und so die Trennung der Entscheidungsbefugnisse staatlicher Organe aushöhlen könnte. Nicht nur die Funktionsfähigkeit der Justiz würde hierdurch immens geschwächt. Eine so gravierende Veränderung der Kompetenzordnung der Gewalten wäre außerdem wohl kaum noch mit den Grundsätzen des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zu vereinbaren.⁵¹ Sofern die richterliche Unabhängigkeit Ausdruck des Gewaltenteilungsprinzips ist, ist eine Veränderung der Kompetenzordnung dieser Größenordnung daher auch durch Art. 79 Abs. 3 GG untersagt.⁵²

Aus der Zwecksetzung der Unabhängigkeitsgarantie, die im Gesamtgefüge des Staates auch als Bestandteil des Systems der geteilten Gewalten zu betrachten ist, lässt sich also ableiten, dass die Auslegung komplexer Wertungsfragen bei unabhängigen menschlichen Einzelfallentscheidern verbleiben muss.

cc) Unabhängigkeitsgefährdungen in automatisierungsgerechten Fällen

In einfach gelagerten Fällen, die sich für eine Automatisierung prinzipiell eignen, erfordert die Rechtsanwendung zwar ebenfalls – sofern es sich nicht um eine Reinform wahrheitsfähiger Normkategorien handelt – ein gewisses Maß an Auslegung und Sinnstiftung bei der Erstellung von algorithmischen Entscheidungsvorgaben, jedoch sind Fälle dieser Art typischerweise derart durch das Gesetz begrenzt sowie von der Rechtsprechung und Literatur aufgearbeitet und haben eine so geringe Bedeutung und Schwierigkeit, dass eine übermäßige Deutungshoheit der Ersteller eines Entscheidungsalgorithmus nicht droht. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um Fälle unstrittiger und schematischer Rechtsanwendung.⁵³ Eine veränderte Aufgabengestaltung der Judikative hin zu einer verstärkt antizipierten Rechtsanwendung würde sich in diesen Fällen innerhalb eines gewissen Spielraums zwischen den Aufgabenbereichen der Staatsgewalten bewegen, der auch heute schon anerkannt ist. Wenn es beispielsweise nach langjähriger Praxis nur noch die eine überzeugende gerichtliche Auslegung gibt, die ohnehin schon konsensual (etwa als ganz herrschende Meinung) betrieben wird, ist die Anwendungsrichtung ohnehin klar.

In solchen Fällen lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeitsgewähr trotzdem diskutieren, ob algorithmische Entscheidungen gesetzgeberisch zugelassen werden sollten, schließlich gilt das Postulat der unabhängigen Entscheidung für alle, auch für diese Fälle. Eine denkbare Hypothese wäre aber, dass der für die Bearbeitung solcher Fragen notwendige Unabhängigkeitsschutz eines Rechtsgenerators sich nicht mehr vordringlich als der Schutz in einer (in diesem Fall nur sehr begrenzt notwendigen) eigenen einzelfallbezogenen Wertentscheidung verstehen ließe. Alternativ könnte

⁵¹ Vgl. *Bull.*, Der Staat, 58 (2019), 57, 65.

⁵² Vgl. *Schilken*, JZ 2006, 860, 861; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 2; Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, 142017, Art. 97 Rn. 2; Sachs GG/*Detterbeck*, 92021, Art. 97 Rn. 6.

⁵³ Siehe Kap. 3, A, II.

er vor allem als die Unabhängigkeit und der Schutz darin verstanden werden, bei der (antizipierten) Gesetzesauslegung, beispielsweise in der Phase der Herstellung eines Algorithmus, nicht durch externe Einflüsse in andere als die durch das Gesetz vorgegebenen Bahnen gedrängt zu werden. Auf Grundlage dieser Annahme lassen sich interessante Einblicke in weitere Problemfelder automatisierter Entscheidung außerhalb der Unfähigkeit und Unzulässigkeit von Rechtsgeneratoren zur Wertung aufzeigen, die sich verschließen würden, wenn man eine Differenzierung im Schutzanspruch der Unabhängigkeit grundsätzlich ausschliesse. Da sich eine automatisierungsfreundliche Ansicht auf dieser Grundlage prinzipiell widerspruchsfrei begründen ließe, ist daher ein näherer Blick auf ihre Prämissen geboten.

(1) Bekannte Gefährdungen

Auch die Maßnahmen zur Sicherung von Unabhängigkeit, die in solchen automatisierungsgerechten Konstellationen ergriffen werden müssten, sind in ihrer Komplexität und Bedeutung nicht zu unterschätzen und weisen eine eigene Dimension auf.

Unter menschlicher Entscheidungsgewalt war und ist eine Einflussnahme auf die Gesetzesanwendung klassischerweise erst dann in gesteigertem Maße problematisch, wenn sich eine konkrete Fallgestaltung situativ abgezeichnet hat, der Richter also bereits zu einer Einzelfallentscheidung herangezogen worden ist. Rechtswissenschaftlicher Diskurs über die allgemeine Anwendung von Gesetzesvorschriften oder die Bewertung von abstrakten Verhaltensweisen und Sachverhaltskategorien im Vorfeld einer Entscheidung – auch durch Legislative und Exekutive – sind hingegen in der Regel unschädlich, solange sie dem Richter nicht suggerieren, zu einer bestimmten Beurteilung in einem laufenden Verfahren verpflichtet zu sein.⁵⁴ Mehr noch, derartige Diskussionsbeiträge sind erwünschte Quellen des richterlichen Kontext- und Vorwissens, die für das Ausfüllen von Wertungsspielräumen notwendig sind.⁵⁵ Zwar können Interessensgruppen auf diese Weise versuchen, ihre Belange im Vorfeld in Gesetzgebung und Rechtswissenschaft zu verankern, allerdings können solche Aktivitäten in einer analogen Welt das Entscheidungsverhalten im Einzelfall nicht soweit vorhersehen und beeinflussen, dass hierin ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit zu sehen wäre.

Das Beeinflussungsinteresse ist gleichzeitig in schwebenden Verfahren auch am stärksten, wenn für die einflussnehmenden Parteien klar ersichtlich ist, welche Rechtsauslegung sich für sie im konkreten Entscheidungsausgang besonders begünstigend auswirken würde. Je weiter vorverlagert eine Einwirkung geschieht, umso unwägbarer

⁵⁴ Hierzu etwa *Schilken*, JZ 2006, 860, 863; etwas anderes gilt aber bei Weisungen und Einmischungen der Exekutive, diese sind auch in allgemeiner Form verboten, hierzu siehe auch Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, 142017, Art. 97 Rn. 12 m. w. N.

⁵⁵ Hierzu siehe Kap. 2, A, IV, 2, b.

sind klassischerweise die Auswirkungen, die diese haben wird. Historisch gesehen gehört es deshalb zum Standardrepertoire der Unabhängigkeitsgewähr, solche *entscheidungsnahen* Einwirkungsszenarien zu vermeiden und zu regulieren.

(2) Neue Gefährdungen

Stellt man den Fokus zunächst einmal auf die bekannte Sichtweise ein, könnte man es als Vorteil begreifen, dass die Einflussmöglichkeiten auf Algorithmen in einem anhängigen Fall geringer und der Schutz hiervor also einfacher ausfallen könnte als es bei menschlichen Richtern zu befürchten sein mag.⁵⁶ Kaum vorstellbar ist es etwa, Algorithmen kurz vor Prozessbeginn in dunklen Hinterzimmern an alte Freundschaftsbande zu erinnern, ihnen mit sozialem Abstieg zu drohen, oder sie durch ein besonders charmantes Auftreten für sich zu gewinnen.

Wie aber schon in den vorangegangenen Abschnitten deutlich wurde, sind auch Rechtsgeneratoren auf menschliche Vorauswahl von Entscheidungsdeterminanten angewiesen und somit dem humanen Subjektivismus ebenfalls ausgesetzt.⁵⁷ Bei Bereitstellung einer Datenmenge zum Training einer Künstlichen Intelligenz oder bei Programmierung eines deduktiven Entscheidungsalgorithmus, also lange bevor ein gerichtliches Anwendungsszenario akut wird, findet bereits eine *Determinierung* des späteren Ergebnisses statt.⁵⁸ Die Einflussnahme auf eine algorithmische Entscheidung steht daher unter einer neuen Prämisse: Die größte Gefahr einer Entscheidungsbeeinflussung besteht nicht mehr in der situativen Einwirkung auf den Einzelfall, sondern verlagert sich in der Phase der Entscheidungsdeterminierung vor.

Schon in Hinblick auf menschliche Richter ist durch die Digitalisierung die typische Gefährdungslage in einer ähnlichen Wandlung begriffen. Auch menschliche Entscheidungen lassen sich beispielsweise durch ausgefeilte Methoden der Datenanalyse immer besser vorhersagen und so auch immer früher und gezielter beeinflussen.⁵⁹ Diese Art der vorprozessualen Einwirkungsmöglichkeit würde durch algorithmische Entscheidungstätigkeit auf ein neues Level gehoben. Die Erschaffer algorithmischer Festlegungen antizipieren hierbei schließlich die gesamte Rechtsauslegung und binden alle

⁵⁶ Zu diesem möglichen Vorteil siehe Kap. 3, B, I.

⁵⁷ Vgl. insbesondere Kap. 2, B, IV, c. Hierzu noch einmal *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 48 f.

⁵⁸ Dies beschreibt auch *ders.*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 89.

⁵⁹ „So wäre es keine große Herausforderung, durch die Auswertung von Justizrechnerdaten festzustellen, inwieweit die richterliche Entscheidung durch die Wahl des Sitzungssaals, die Tageszeit, die Jahreszeit, das Wetter oder gar morgendliche Störungen im Betriebsablauf der S-Bahn beeinflusst wird.“, so *Fries*, NJW 2016, 2860, 2864; hierzu erneut das bereits erwähnte Beispiel aus Frankreich. Dort wird die Analyse richterlicher Entscheidungstätigkeit offensichtlich bereits befürchtet, Gesetz Nr. 2019-222 vom 2018-2022 Programmplanung und Reform für die Justiz vom 23.03.2019.

daraus resultierenden Entscheidungen, wodurch sie diese auch in ihrem Sinne beeinflussen können. Zwar mag die autonome Vorgehensweise einer Künstlichen Intelligenz die Auswirkungen gezielter Vorauswahlen unberechenbarer erscheinen lassen, allerdings kann auch eine gezielte Datenauswahl die Wahrscheinlichkeit bestimmter Ergebnisse eines intelligenten Algorithmus beeinflussen.⁶⁰ Im Stadium der Datenbereitstellung werden bereits Entscheidungsalternativen angelegt, durch die man (beispielsweise mit prädiktiven Mitteln Künstlicher Intelligenz) einen späteren Ausspruch eines algorithmischen Gerichtes mit einiger Sicherheit vorhersagen könnte. Die algorithmische Abhängigkeit von menschlichen Vorentscheidungen ist außerdem nicht auf die Initialisierung des Algorithmus beschränkt; durch wartungsbedingte Änderungen, eine neue Datenlage oder regelmäßige Kontrollen können sich auch noch parallel zur Verwendung Beeinflussungsmöglichkeiten ergeben.⁶¹

Will man Unabhängigkeit also in den digitalen Kontext setzen, ist ein Umdenken hin zu einem neuen Verständnis von Unabhängigkeitsgefahren und ihrer Abwehr notwendig. Das algorithmische Vorgehen schließt Einflussnahme nicht aus, sondern verlagert die menschliche Entscheidungsgewalt lediglich auf den Zeitpunkt der Entscheidungsdetermination vor. Durch menschliche Steuerungsvorgaben steht der interessengerichteten Einwirkung auf das Entscheidungsergebnis des Algorithmus somit ein nicht unerheblicher Wirkungsbereich offen.⁶²

Das entscheidende Problem bei der Beeinflussung von Entscheidungsdeterminanten, im Gegensatz zur Beeinflussung eines für den Einzelfall berufenen Richters, ist, dass sich die Manipulation kleinster Stellschrauben nicht nur unmittelbar auf einen, sondern mit maschineller Konsequenz auf alle folgenden Fallkonstellationen auswirken kann.⁶³ Der Stellenwert, den die Unabhängigkeit in diesem Zusammenhang einnimmt, wäre also vielleicht sogar noch entscheidender als bisher, denn wenn eine Manipulation erst einmal stattgefunden hat, wäre eine spätere Korrektur schwierig und würde in vielen Fällen vermutlich bereits zu spät kommen.

Die relevante Frage im hier aufgezeigten Szenario lautet daher: Kann sichergestellt werden, dass die Algorithmisierung so gestaltet werden kann, dass unzulässige Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungsdetermination und das Ausnutzen von Sicherheitslücken auszuschließen sind?

⁶⁰ Wenn auch wegen des selbstlernenden Vorgehens Künstlicher Intelligenz nicht in gleich vorhersehbarer Weise wie eine Regelprogrammierung, die klassischerweise keinerlei Abweichungsmöglichkeiten zulässt. Ähnlich auch *Enders*, JA 2018, 721, 725; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 129.

⁶¹ Dies sehen auch *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 163.

⁶² Siehe auch *dies.*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 162 f.

⁶³ Siehe zudem *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 89; *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1174.

dd) Unabhängigkeit von der Verwaltung: Das Problem der Datenhohheit

Zunächst wäre hierfür selbst in einfach gelagerten Fällen zu gewährleisten, dass bei der Programmierung oder Datenauswahl die Unabhängigkeit in Hinblick auf die Verwaltung gewährleistet bliebe.

Schon in Anbetracht des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, der die Rechtsprechung als „besonderes“ Organ bezeichnet, muss klar sein, dass auch in einem digitalen Szenario Grenzen zwischen den Staatsgewalten gezogen bleiben müssten.

Dies zu gewährleisten kann allerdings in bestimmten Bereichen durch digitalisierungsspezifische Faktoren erschwert werden. Während bei regelbasierten Rechtsgeneratoren der Einfluss der Exekutive noch relativ wirksam durch einen Ausschluss der Beteiligung von Exekutivorganen an ihrem Erstellungs- und Wartungsprozess vermieden werden könnte, stellt sich bei datenbasierten Rechtsgeneratoren ein sehr viel größeres Problem: Nicht nur, dass im Gerichtsverfahren nicht der gleiche Entscheidungsalgorithmus wie der einer Verwaltungsentscheidung verwendet werden dürfte, weil dieser aus der Sphäre der Exekutive stammt. Bei datenbasierten Programmen kann, wie bereits *Dreyer* und *Schmees* anmerkten, die Unabhängigkeit schon dadurch gefährdet sein, dass Daten aus der Sphäre der Verwaltung entnommen werden müssen.⁶⁴ Der Datenbereiter hat stets die Möglichkeit der Datenmanipulation. Besonders problematisch ist das in Straf- und Verwaltungsrecht, in denen für eine vollautomatische Rechtsprechung zu einem überwiegenden Teil auf durch die Exekutive erfasste Daten zurückgegriffen werden müsste.⁶⁵ Eine unzulässige Beeinflussung könnte so beispielsweise schon dadurch geschehen, dass Daten nur selektiv erfasst werden, aber natürlich auch durch gezielte Unterdrückung von Daten.⁶⁶ Durch eine Straf- und Bußgeldpraxis wäre es zwar möglich, das Risiko der böswilligen Manipulation einzudämmen, gleichwohl kann eine selektive Datenauswahl auch auf unbewussten Vorurteilen beruhen und wird im Einzelfall angesichts der Masse notwendiger Daten nur schwer nachzuweisen sein.

ee) Unabhängigkeit von der Gesellschaft: Das Problem der Unvermeidbarkeit

Ist die zweite Gewalt nur in einem begrenzten Umfang an einer Datensammlung beteiligt, können sich Unabhängigkeitsgefährdungen aus anderer Richtung, namentlich aus Richtung der Gesellschaft ergeben.

In der zivilen Gerichtsbarkeit ist die klassische Gefährdungslage direkter Einflussnahmeversuche von Exekutive und Legislative mit weisungs (-ähnlichem) Charakter (beispielsweise im Vergleich zur Verwaltungs- und Strafjustiz) verhältnismäßig seltener.

⁶⁴ Siehe *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763.

⁶⁵ *Dies.*, CR 2019, 758, 763.

⁶⁶ *Dies.*, CR 2019, 758, 763 f.

Stetig wächst hingegen der Druck durch politische und wirtschaftliche Interessen gesellschaftlicher Gruppen,⁶⁷ die wiederum auch auf die Staatsgewalten einwirken und sich damit auch mittelbar durch diese auswirken können.⁶⁸

(1) *Innere Unabhängigkeit des Richters*

Die Schwierigkeit in der Vermeidung unzulässiger Einwirkungen durch die Gesellschaft kann im aktuellen System darin bestehen, dass gesellschaftliche Einflüsse in vielen Fällen faktisch unvermeidbar sind, weil Richter zugleich auch am gesellschaftlichen Leben partizipieren und permanent mit der Meinung anderer in Austausch treten. Durch die Verbreitung der Massenmedien wird dieses Phänomen noch verschärft.⁶⁹ Die Einwirkungen durch den öffentlichen Diskurs stellen zwar grundsätzlich Einwirkungen im Sinne des Unabhängigkeitsschutzes dar,⁷⁰ sind in der Regel aber von der *Meinungsfreiheit* nach Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt und dürfen daher – außer in Sonderfällen – auch zum Schutze der richterlichen Unabhängigkeit nicht untersagt werden.⁷¹ Wegen ihres berechtigten rechtlichen Schutzes sind solche Einflussnahmen also unumgänglich.

Die sachliche Unabhängigkeit baut in Fällen unvermeidbarer Einflüsse heute daher hilfsweise auf die individuelle Widerstandskraft der richterlichen Akteure, die sogenannte *innere Unabhängigkeit*.⁷² Bei der inneren Unabhängigkeit handelt es sich jedoch um eine schwer nachhaltbare mentale Einstellung, die Richter im Rahmen ihres Berufsethos selbst behaupten müssen und die sich deshalb nur schwer regeln und durchsetzen lässt.⁷³ Sie dient dem Schutz der Unabhängigkeit dort, wo die gesetzliche

⁶⁷ *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 121 spricht von einem Wandel der Feindbilder; auch *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 120 f. adressiert dieses Problem.

⁶⁸ So auch *Bettermann*, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 140 ff., 142; zu möglichen externen Gefährdungen *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 738.

⁶⁹ *Schreiber*, in: Vogler (Hrsg.), FS Jescheck, 1985, S. 757 ff., 771; *Pfeiffer*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 67 ff., 73.

⁷⁰ Einwirkungen der Öffentlichkeit sind schon deshalb problematisch, weil nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt vom Volke und nicht von bestimmten Interessensvertretern ausgehen muss, so *Schaffer*, BayVBl. 1991, 641, 646; mit diesem: *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 27.

⁷¹ *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 27; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 97 Rn. 46; Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 19.

⁷² *Sendler*, NJW 2001, 1909, 1910; mit diesem: *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 27.

⁷³ Vgl. etwa *Mahrenholz*, DRiZ 1991, 432, 433; *Papier*, NJW 2001, 1089, 1091; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 23; *Rennert*, JZ 2015, 529, 537; Schmidt-Bleibtreu GG/*Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 32; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 7; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 97 Rn. 40.

Regelung versagt, kann aber gleichzeitig durch gesetzliche Vorgaben, wie etwa besondere Kriterien für die Personalauswahl und das Richteramt, gefördert (wenn auch nicht ins Letzte garantiert) werden und dient auch dazu, dem Richter Spielräume innerhalb des Gesetzes zu eröffnen.

(2) *Robuste Systeme und IT-Sicherheit*

Die beschriebene Gefährdungslage würde sich unter Einsatz algorithmischer Gerichte ändern. Die Probleme bei der Absicherung weisen aber Parallelen auf. Vergleichbare unvermeidbare Einflüsse können im Falle algorithmischer Entscheidungssysteme ebenfalls, dabei jedoch in gänzlich anderer Gestalt auftreten: Akte der Computerkriminalität, der Computersabotage oder der verdeckten Datenveränderung, aber auch einfache Fehler im System, die als solche (von Menschen) nicht oder zu spät erkannt werden, können vergleichbar den Meinungen der pluralistischen Gesellschaft in die Entscheidungssphäre des Algorithmus eindringen und eine gezielte Beeinflussung ermöglichen, ohne dass dies durch rechtliche Absicherung in jedem Fall effektiv vermieden werden kann.⁷⁴ Der wesentliche Unterschied zu den bekannten Gefahren besteht darin, dass während Öffentlichkeitseinwirkung wegen ihres Schutzes durch das Grundgesetz unvermeidbar ist, solche Straftaten und Manipulationsstrategien bewusst versuchen, Schwachstellen in der bestehenden IT-Infrastruktur auszunutzen und so die gesetzlichen Vorgaben zu umgehen.

Auch aus der Informationstechnologie sind aber Mechanismen bekannt, die es Systemen ermöglichen, subtile Manipulationsversuche, wie zum Beispiel feindliche Dateneingaben, Netzwerkzugriffe und verdeckte Systembeeinflussung zu erkennen und sich (selbstständig) gegen diese zu verschließen.⁷⁵ Diese Art der „inneren Widerstandskraft“ begründet sich nicht auf Ethos und Moral, sondern auf einem *IT-Sicherheitskonzept*, mit dessen Hilfe Angriffe erkannt und herausgefiltert oder sogar selbstständig abgewehrt werden können.⁷⁶

Ein solches „robustes“ System⁷⁷ kann außerdem dazu beitragen, dass Sicherheitslücken nicht nur im Nachhinein geschlossen und Zugriffsrechte streng überwacht werden können, sondern dass adaptiv und fehlertolerant operiert wird, das System sich also

⁷⁴ Beispiele für Angriffe dieser Art bei *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1171 f.

⁷⁵ Siehe hierzu Europäische Kommission, Weissbuch zur Künstlichen Intelligenz, 19.02.2020 (bit.ly/3jk2J66), S. 25.

⁷⁶ Hierzu können etwa Firewalls mit sogenannten *Intrusion Detection* oder *Prevention* Systemen errichtet werden, die sicherheitsrelevante Vorfälle erkennen und sogar teilweise selbstständig beheben können, vgl. *Poguntke*, Basiswissen IT-Sicherheit, 32013, S. 202 f.; *Hellmann*, IT-Sicherheit, 2018, S. 164.

⁷⁷ Nach IEEE, IEEE Standard Glossary of Software Engineering Terminology, 1990, S. 64 ist Robustheit: „The degree to which a system or component can function correctly in the presence of invalid inputs or stressful environment conditions“; eine ähnliche Definition etwa bei *Fernandez/Mounier/Pachon*,

– etwa dadurch, dass es redundante Elemente enthält – an Veränderungen, wie den Ausfall von Subsystemen anpassen kann.⁷⁸ Gerade beim Einsatz Künstlicher Intelligenz fordert auch die *Europäische Kommission* und die *AI HLEG* daher die Umsetzung solcher robusten Anwendungen.⁷⁹ Sie sind eine Voraussetzung dafür, Technik zuverlässig und manipulationssicher einsetzen zu können.

Genau wie es aber leichtfertig wäre, davon auszugehen, dass menschliche Richter von Natur aus ihre innere Wehrhaftigkeit stets aufrechterhalten und in allen in Betracht kommenden Fällen unvoreingenommen und unbeeinflussbar handeln können,⁸⁰ wäre auch die systeminterne Sicherung mittels robuster Systeme wohl nicht in der Lage, alle Manipulationen zu erkennen und selbstständig zu vermeiden. Gerade bei einem technischen Ansatz müsste – wegen der großen Auswirkungen von Sicherheitslücken in einem sensiblen Bereich wie der Rechtsprechung – der primäre Fokus auf eine möglichst stabile präventive Absicherung der Unabhängigkeit gelegt werden, deren Garantie durch heutige technische Mittel kaum gesichert scheint. Hierfür müsste dem Einsatz in einem Realszenario eine umfangreiche Testphase mit stetigen Evaluierungen vorangehen, in der möglichst alle denkbaren Szenarien realistisch erprobt werden können. Regelmäßige, effektive Tests müssten darüber hinaus auch den aktiven Einsatz ständig begleiten.

c. Art. 97 Abs. 2 GG

Einen ähnlichen Stellenwert in einem funktionierenden IT-Sicherheitskonzept in algorithmischen Anwendungsszenarien nimmt der Regelungszweck der persönlichen Unabhängigkeit ein.⁸¹

in: Knendek/Dssouli (Hrsg.), *Testing of Communicating Systems*, 2005, S. 333 ff., 333; *Fraser/Campara et al.*, in: ACM (Hrsg.), *OOPSLA '05 Conference Companion*, 2005, S. 378 ff., 380.

⁷⁸ Nach *Ay*, *Prinzipien der Robustheit*, 2005 (mpg.de/429102/forschungsschwerpunkt2).

⁷⁹ *AI HLEG*, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 08.04.2019 (ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai), S. 7, 12, 14, 16 f.; Europäische Kommission, *Weissbuch zur Künstlichen Intelligenz*, 19.02.2020 (bit.ly/3jk2J66), S. 24 f.; *dies.*, *Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz*, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), Art. 15.

⁸⁰ Ähnlich *Thiele*, *Der Staat*, 52 (2013), 415, der die Unabhängigkeit als Forderung, nicht als Zustand betrachtet.

⁸¹ Über die persönliche Unabhängigkeit wurde bereits unter dem Aspekt der Selbstverständlichkeit eines menschlichen Richterbegriffs referiert und insbesondere begründet, warum es verfehlt wäre, das Argument der Menschlichkeit als notwendiger Bedingung für den Richterbegriff an dieser Stelle zu verorten. Siehe Kap. 4, A, IV, 3.

aa) Schutzzumfang der persönlichen Unabhängigkeit

Die persönliche Unabhängigkeit wird nach Art. 97 Abs. 2 GG neben der sachlichen in einem untergeordneten Rang verortet. Art. 97 Abs. 2 GG definiert unter anderem das Recht der Unversetzbarkeit (*Inamovilität*) und den Schutz vor politisch motivierten Entlassungen.⁸² Sie ist als eine besondere Ausprägung und *institutionelle Absicherung* des grundlegenden Schutzes der sachlichen Unabhängigkeit zu verstehen⁸³ und bezieht sich in ihrem persönlichen Anwendungsbereich nur auf hauptamtlich und planmäßig endgültig beschäftigte Richter, während die sachliche Unabhängigkeit sich auf alle Arten von Richtern, beispielsweise auch auf ehrenamtliche Richter bezieht⁸⁴. Richter, die Art. 97 Abs. 2 GG nicht unterfallen, sind allerdings in der Regel ebenfalls durch Art. 33 Abs. 5 GG und unterkonstitutionelles Gesetz in einem Mindestmaß ihrer persönlichen Stellung geschützt.⁸⁵

Regelungszweck der persönlichen Unabhängigkeit ist es, Richter vor beruflichen und persönlichen Nachteilen zu schützen, um auf diesem Wege versuchter Einflussnahme, zum Beispiel durch die Unterdrückung einer unerwünschten Entscheidung, entgegenzuwirken.⁸⁶ Die persönliche Unabhängigkeit hat damit also eine *statussichernde Funktion*. Sie dient dazu, Richter in ihrem *persönlichen Status* abzusichern und so die Funktionsfähigkeit der Justiz aufrechtzuerhalten.

⁸² Hierzu u. a. BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 344 ff. = NJW 1956, 137, 138; BVerfG, Beschl. v. 24.01.1961, BVerfGE, 12, 81, 88 = NJW 1961, 915, hiernach darf insbesondere das Aufsteigen im Gehalt nicht von der Exekutive abhängen; BVerfG, Beschl. v. 25.02.1964, BVerfGE, 17, 252, 259 f. = NJW 1964, 1019; siehe auch Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 81; Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 160 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, ⁷2018, Art. 97 Rn. 35 ff.; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 97 Rn. 48 ff.; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 97 Rn. 22; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 14 ff.

⁸³ Bettermann, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 140 ff., 145; BVerfG, Beschl. v. 08.07.1992, BVerfGE, 87, 68, 85.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.06.1969, BVerfGE, 26, 186, 201 = NJW 1969, 2192, 2194; Stern, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 910 f.; Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 8; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 97 Rn. 11, 23.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 09.05.1962, BVerfGE, 14, 56, 70 = NJW 1962, 1611; BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964, BVerfGE, 18, 241, 255 = NJW 1965, 343, 345; BVerfG, Beschl. v. 11.06.1969, BVerfGE, 26, 186, 198 f. = NJW 1969, 2192, 2193; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1976, BVerfGE, 42, 206, 209 f.; Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 81; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 97 Rn. 60 m. w. N.; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 97 Rn. 31 f.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 346 = NJW 1956, 137, 138 : „denn es ist einmal zu besorgen, daß jederzeit vom Widerruf bedrohte Richter sich mittelbar in ihrer sachlichen Unabhängigkeit beeinträchtigt fühlen, und zum anderen, daß die Rechtsuchenden einem Gericht mit Mißtrauen begegnen, das mit Richtern besetzt ist, die grundsätzlich auf diese Art von der Exekutive abhängig sind.“

bb) Das Problem der Entscheidungsunterdrückung

Auch wenn ein Algorithmus gegenüber Entwicklungen auf der persönlichen Ebene (wie der Entlassung oder Versetzung) völlig gefühllos ist, ihn selbst die Auslöschung der eigenen Existenz emotional nicht tangiert, könnte auch einem Algorithmus eine etwas andere Art der Statusänderung und damit Entscheidungsunterdrückung drohen. Denn auch Rechtsgeneratoren können etwas besitzen, das man als – wenn nicht persönlichen, dann doch als individualisierbaren – Status bezeichnen kann, nämlich den *Status der Inbetriebnahme*, der ihnen in einer gesetzlich vermittelten entscheidungstreffenden Funktion zugewiesen werden könnte.

Auch im Szenario automatisierter gerichtlicher Entscheidungen dürfte es der Exekutive nicht zustehen, Rechtsgeneratoren diese einmal erworbene Zuständigkeit nach eigenem Ermessen abzusprechen, ihnen etwa, statt sie des Amtes zu entheben, die Energiezufuhr zum Hauptrechner zu entziehen, oder einen Absturz des Systems zu provozieren. Ebenso wenig dürfte das feindlichen Akteuren und gesellschaftlichen Interessensgruppen möglich sein. Einer digital verstandenen Unabhängigkeitsgewähr müsste also ebenfalls eine statussichernde Funktion zukommen. Die Außerbetriebnahme muss genau wie die Inbetriebnahme eine allein gesetzgeberische Entscheidung bleiben.

Um dies zu gewährleisten, wäre (erneut) eine stabile IT-Sicherheit und ein robustes System notwendig.⁸⁷ Wie in allen vernetzten Systemen könnten aber auch hier bereits die kleinsten Lücken den Ausgangspunkt für einen umfassenden Systemzusammenbruch liefern. Dieser hätte viel gravierendere Auswirkungen als der Ausfall eines einzelnen Richters und könnte weniger einfach überwunden werden. Wenn keine Auffangmechanismen bestehen würden, mit denen eine plötzlich frei werdende Fallmenge manuell bewältigt werden könnte, könnte so der Ausfall des Rechtsschutzes insgesamt drohen. Auch der Statusabsicherung müsste also ein nicht zu unterschätzender Stellenwert zukommen.

3. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Schlussendlich wird die sachlich unabhängige Gerichtsentscheidung zumindest mittelbar auch durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geschützt.

⁸⁷ Siehe Kap. 5, A, I, 2, b, ee), (2).

a. Gesetzlichkeit als Wesensmerkmal des Richters

Diese unter der Bezeichnung *Recht auf den gesetzlichen Richter* geführte Norm vermittelt als besonders praxisrelevante Konkretisierung⁸⁸ eine zusätzliche, anspruchsergerichtete Dimension der richterlichen Unabhängigkeit⁸⁹ und muss als Wesensmerkmal des Richters daher in Ergänzung des objektiv-rechtlichen Normgehalts des Art. 97 Abs. 1 GG Berücksichtigung finden. Im klassischen Sinne handelt es sich aber nicht um ein Definitionsmerkmal, sondern um ein Kriterium der Rechtmäßigkeit. Besondere Relevanz entfaltet das Recht auf den gesetzlichen Richter in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in seiner subjektiv-rechtlichen Ausprägung⁹⁰ einer individuellen, rechtsschutzfähigen Berechtigung zur Überprüfung der Einhaltung seiner Vorgaben im Rahmen der Verfassungsbeschwerde⁹¹. Um Rechtsgeneratoren also als Richter auftreten lassen zu können, müssten sie auch diesen Maßgaben gerecht werden können.

⁸⁸ Wiederum konkretisiert wird die Vorschrift durch das Verbot der Ausnahmegerichte und die Beschränkung für Gerichte in besonderen Sachgebieten nach Art. 101 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GG, die Umgehungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter verhindern sollen. *Träger*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 123 ff., 124; Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*, 142017, Art. 101 Rn. 1; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 101 Rn. 1; die Systematik des Artikels wird deshalb als verunglückt beschrieben, siehe Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 3; Stern/Becker GG/*Grupp*, 32019, Art. 101 Rn. 5.

⁸⁹ Hierzu bereits *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 114 ff.

⁹⁰ Die Rechtsnatur der Norm ist hierbei umstritten. Überzeugend ist wegen der systematischen Ähnlichkeit zu den Grundrechten und der expliziten Nennung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Benennung als „grundrechtsgleiches Recht“, so *ders.*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 148; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 101 Rn. 7 oder „grundrechtsähnliches Recht“ sowie als „Prozessrecht“, so *Britz*, JA 2001, 573; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 32007, § 114, Rn. 34 oder als „Verfahrensgrundrecht“, so *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 60 f. Eine einheitliche Bezeichnung hat sich indes auch beim Bundesverfassungsgericht noch nicht durchsetzen können: „Grundrechtsähnliche Gewährleistung“ BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990, BVerfGE, 82, 159, 194 = NVwZ 1991, 53, 58; „Verfahrensgarantie“ BVerfG, Beschl. v. 10.07.1990, BVerfGE, 82, 286, 298 = NJW 1991, 217, 218 f.; „prozessuales Grundrecht“ und „Verfahrensgrundrecht“ BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007, BVerfGE, 118, 212, 239 und 242 = NJW 2007, 2977, 2981 f. Ein Grundrecht im klassisch Sinne stellt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hingegen wegen des fehlenden individuellen Schutzbereichs und der systematisch den Art. 1 bis 19 GG nachgelagerten Stellung im Grundgesetz eindeutig nicht dar, so auch BVerfG, Beschl. v. 02.05.1967, BVerfGE, 21, 362, 373 = NJW 1967, 1411, 1413; BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982, BVerfGE, 61, 82, 104 = NJW 1982, 2173, 2174. Anders noch *Oebler*, ZStW 1952, 292, 296 f. Die Benennung hat darüber hinaus aber keine praktische Relevanz, so auch *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 35 ff.; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 13.

⁹¹ Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 f. BVerfGG.

b. Formeller Normgehalt

In Bezug auf den Schutzzumfang des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sind mit Blick auf das gestellte Untersuchungsanliegen einige Besonderheiten seines Normgehalts erwähnenswert: Ursprünglich wurde der Norm ein ausschließlich *formeller Normgehalt*⁹² zugesprochen, der sich in einem Anspruch auf die Bereitstellung und Einhaltung eines möglichst genauen Regelwerks zur Vorausbestimmung der Zuständigkeit anhand abstrakter Kriterien auf der Ebene des Gerichts, des Spruchkörpers bis hin zum individuell zuständigen Richter⁹³ manifestierte.⁹⁴

Dieser Anspruch korrespondiert mit der objektiv-rechtlichen Verpflichtung des Gesetzgebers, einen konkreten Normbestand zu schaffen, in dem die gerichtliche Zuständigkeit möglichst genau festgeschrieben ist.⁹⁵ Dieser kann jedoch durch gerichtsinterne Vorschriften wie *Geschäftsverteilungspläne* dort konkretisiert werden, wo eine abschließende abstrakte Regelung unmöglich ist.⁹⁶

Obgleich die entstehungsgeschichtlichen Wurzeln der formellen Betrachtungsweise des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in der Abwehr heute kaum mehr relevanter Eingriffe der Exekutive durch die *Kabinettsjustiz* des 19. Jahrhunderts lagen,⁹⁷ stellt sie auch heute

⁹² Auch bezeichnet als „verfahrensmäßige Dimension“, Sachs GG/*Degenhart*,⁹²⁰²¹, Art. 101 Rn. 2.

⁹³ Siehe BVerfG, Beschl. v. 24.03.1964, BVerfGE, 17, 294, 298 f. = NJW 1964, 1020; BVerfG, Beschl. v. 18.05.1965, BVerfGE, 19, 52, 59 = NJW 1965, 2291, 2292; *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 4; BVerfG, Beschl. v. 03.12.1975, BVerfGE, 40, 356, 361 = NJW 1976, 283; *Stern*, in: Blümel/Merten/Quaritsch (Hrsg.), FS Ule, 1987, S. 359 ff., 372; Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*,¹⁴²⁰¹⁷, Art. 101 Rn. 8; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³²⁰¹⁸, Art. 101 Rn. 31; *Vogel*, jM 2018, 245, 248; Stern/Becker GG/*Grupp*,³²⁰¹⁹, Art. 101 Rn. 10.

⁹⁴ *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 44, 61 ff.; Bonner Kommentar GG/*Ipsen*, 167. EL Mai 2014, Art. 101 Rn. 52; Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*,¹⁴²⁰¹⁷, Art. 101 Rn. 10; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³²⁰¹⁸, Art. 101 Rn. 18 ff.; Stern/Becker GG/*Grupp*,³²⁰¹⁹, Art. 101 Rn. 16, 28; BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷²⁰²¹, Art. 101 Rn. 15.

⁹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, BVerfGE, 6, 45, 50 f. = NJW 1957, 337; BVerfG, Urt. v. 19.03.1959, BVerfGE, 9, 223, 226 = NJW 1959, 871; BVerfG, Beschl. v. 24.03.1964, BVerfGE, 17, 294, 298 = NJW 1964, 1020; BVerfG, Beschl. v. 08.02.1967, BVerfGE, 21, 139, 145 = NJW 1967, 1123; BVerfG, Beschl. v. 19.07.1967, BVerfGE, 22, 254, 258 = NJW 1967, 2151; BVerfG, Beschl. v. 03.12.1975, BVerfGE, 40, 356, 360 f. = NJW 1976, 283; BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983, BVerfGE, 63, 77, 79 = NJW 1983, 1900; *Wolff*, AöR, 141 (2016), 40, 53; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 45 ff.

⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.05.1965, BVerfGE, 19, 52, 60 = NJW 1965, 2291, 2292; *Britz*, JA 2001, 573, 575; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³²⁰¹⁸, Art. 101 Rn. 22 m. w. N.; Stern/Becker GG/*Grupp*,³²⁰¹⁹, Art. 101 Rn. 9.

⁹⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.02.1954, BVerfGE, 3, 359, 364 = NJW 1954, 593; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³²⁰⁰⁷, § 114, Rn. 34; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*,⁷²⁰¹⁸, Art. 101 Rn. 1; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 4; Sachs GG/*Degenhart*,⁹²⁰²¹, Art. 101 Rn. 5. Allgemein zur Entstehungs- und Vorgeschichte *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 33 ff.; *Seif*, Recht und Justizhoheit, 2003, S. 214 ff.; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³²⁰¹⁸, Art. 101 Rn. 4.

noch eine wichtige Ausprägung des Schutzes richterlicher Unabhängigkeit und Neutralität durch die Verhinderung einer mit dem Ziel der Einflussnahme missbräuchlich betriebenen Zuweisung von Entscheidungszuständigkeiten dar. Nach aktueller Lesart hat die Norm eine Intensivierung hin zu einer Abwehr auch von gerichtswidrigen Einflussnahmeversuchen erfahren, die der Prävention abusiver Gerichtsorganisation dient.⁹⁸

In Zusammenhang mit seinem formellen Verständnis wird Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verschiedentlich auch unter dem Begriff einer „institutionellen Garantie“ geführt.⁹⁹ Was bedeutet, dass ein gewisser zur Erreichung des Schutzzweckes notwendiger Bestand von Rechtsnormen verfassungsrechtlich geschützt sein soll. Dies bezieht sich nach überwiegender Auffassung allerdings nicht auf eine konkrete Zuständigkeitsordnung, die in ihren Einzelnormen jederzeit änderbar bleibt.¹⁰⁰ Vorgeschrieben ist einzig die Existenz einer Zuständigkeitsordnung, die dem Zweck des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gerecht wird.¹⁰¹ Die gerichtliche Zuständigkeitsordnung ist folglich so flexibel, dass auch neue richterliche Aufgaben und prinzipiell auch Akteure nicht schon begrifflich ausgeschlossen werden. Sie bedingt aber eine Rückbindung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit an das Bestehen unterverfassungsrechtlicher Regelungen.

aa) Übertragbarkeit des Regelungsziels einer Zuständigkeitsordnung?

Die bestehende Zuständigkeitsordnung, die natürlich keinerlei Aufgabenzuständigkeiten von nicht-menschlichen Richtern enthält, müsste offensichtlich geändert werden, um Zuständigkeiten an Rechtsgeneratoren zuzuweisen, weshalb diese *de lege lata* unbestritten nicht „gesetzliche“, also durch die bestehende Zuständigkeitsordnung regulierte Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sein können.

⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.02.1954, BVerfGE, 3, 359, 364 = NJW 1954, 593; BVerfG, Urt. v. 20.03.1956, BVerfGE, 4, 412, 416 = NJW 1956, 545; *Träger*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 123 ff., 124; BVerfG, Beschl. v. 10.07.1990, BVerfGE, 82, 286, 298 = NJW 1991, 217, 218 f.; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1997, BVerfGE, 95, 322, 333 = NJW 1997, 1497, 1499; *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 8; *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 9; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 101 Rn. 1; Stern/Becker GG/*Grupp*, 32019, Art. 101 Rn. 15.

⁹⁹ *Oehler*, ZStW 1952, 292, 296 f.; *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 59 f.; *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 26; Stern/Becker GG/*Grupp*, 32019, Art. 101 Rn. 3.

¹⁰⁰ *Roß*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 73 ff. geht daher nur von einer institutionellen Verbürgung aus; vgl. auch *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 149 ff.; *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 27, 31, 60.

¹⁰¹ *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 31.

Die wesentliche Grundüberlegung, die sich mit Blick auf eine mögliche zukünftige Rechtslage stellt, ist aber, ob eine Änderung der Zuständigkeitsordnung, die die algorithmische Richtertätigkeit einfachgesetzlich erlauben würde, mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang stünde.

Die Beantwortung dieser Frage kann nur vom Erreichen des Regelungsziels des Artikels abhängig gemacht werden. Regelungsziel der formellen Dimension des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und damit der Existenz einer Zuständigkeitsordnung ist es, Manipulationsversuche durch die willkürliche oder manipulative Bestimmung eines zuständigen Richters durch alle staatlichen (und wohl auch nichtstaatlichen) Akteure zu verhindern und so der Gefahr der Einflussnahme auf den Entscheidungsausgang durch eine interessengeleitete Richterauswahl entgegenzuwirken.¹⁰² Der Grundgedanke hinter der Notwendigkeit einer bis ins Letzte geregelten Zuständigkeitsordnung ist also, dass einerseits die Gefahr besteht, dass wenn jedermann sich seinen favorisierten Richter aussuchen könnte, dieser durch eine geschickte Auswahl – beispielsweise anhand persönlicher Merkmale oder dem richterlichen Vorverhalten – eine Entscheidung zu seinen Gunsten erreichen könnte. Andererseits, dass ein Dritter (meist wird hierbei an die Exekutive oder Legislative gedacht) durch eine Änderung der Zuständigkeitsordnung die Erfolgchancen eines Verfahrens gezielt beeinflussen könnte. Durch die Schutzdimension des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird somit implizit auch dem im hier diskutierten Sinne relevanten Einfluss der Richterpersönlichkeit auf den Ausgang des Verfahrens Rechnung getragen.¹⁰³

¹⁰²In ständiger Rechtsprechung: BVerfG, Urt. v. 20.03.1956, BVerfGE, 4, 412, 416 = NJW 1956, 545; BVerfG, Urt. v. 19.03.1959, BVerfGE, 9, 223, 226 = NJW 1959, 871; BVerfG, Beschl. v. 24.03.1964, BVerfGE, 17, 294, 299 = NJW 1964, 1020; BVerfG, Beschl. v. 19.07.1967, BVerfGE, 22, 254, 258 = NJW 1967, 2151; BVerfG, Beschl. v. 16.04.1969, BVerfGE, 25, 336, 346 = NJW 1969, 1104, 1107; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1971, BVerfGE, 30, 149, 152 = NJW 1971, 1029; BVerfG, Beschl. v. 09.05.1978, BVerfGE, 48, 246, 254 = NJW 1978, 2499; BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990, BVerfGE, 82, 159, 194 = NVwZ 1991, 53, 58; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1997, BVerfGE, 95, 322, 327 = NJW 1997, 1497, 1498; vgl. auch Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 15 f.; Britz, JA 2001, 573, 574; Degenbart, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 114, Rn. 7, 35; Horn, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 1; Schmidt-Bleibtreu GG/Müller-Terpitz, ¹⁴2017, Art. 101 Rn. 2, 5; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, ⁷2018, Art. 101 Rn. 6; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 101 Rn. 14, 18; v. Münch/Kunig GG/Kunig/Saliger, ⁷2021, Art. 101 Rn. 4; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 101 Rn. 3 f., 11.

¹⁰³Siehe Kap. 2, A, IV, 2 und Kap. 3, B, I, 2, a. Hierzu auch Hamm, Der gesetzliche Richter, 1973, S. 21; Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 16, 27. Interessant ist aber, dass offensichtlich nicht in jeder Rechtsordnung diese Gefahr des persönlichen Faktors gleich stark gewichtet wird. Überwiegend wird die richterliche Zuständigkeit in anderen Rechtsordnungen weniger streng reguliert als in Deutschland und es verbleiben gerichtsinterne Spielräume bei der Zuweisung von Fällen, siehe v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, ⁷2018, Art. 101 Rn. 3 ff.; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 101 Rn. 68 ist daher gegen eine Verankerung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Art. 79 Abs. 3 GG.

bb) Übertragbarkeit des Individualisierungsgedankens?

Es können in der Anwendung dieser Erkenntnis also zwei Fragen in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt werden. Zunächst: Wäre eine vergleichbar ausdifferenzierte Zuständigkeitsordnung beim Einsatz von Rechtsgeneratoren überhaupt möglich sowie notwendig und weiterhin: Wie könnte man sich eine Alternative zum Status quo vorstellen?

Eine Antwort hierauf wird wohl dahingehend eingeleitet werden müssen, dass bereits die *Möglichkeit* einer Regelung mit einem vergleichbar hohen Individualisierungsgrad verneint werden muss. Natürlich wäre es weiterhin möglich und notwendig, gesetzliche Zuständigkeitsregeln für ein Rechtsgebiet und in diesem für bestimmte Arten von Fällen (nämlich allein automatisierungsg Geeignete), in denen ein konkreter Rechtsgenerator eingesetzt werden soll, festzulegen. Dieser wäre aber nicht mehr nur für einen, sondern immer gleichzeitig für eine Gruppe von gleich gelagerten Fällen zuständig, an denen er zeitgleich und ortsunabhängig arbeiten könnte.

Es lässt sich aufgrund dieser gesteigerten parallelen Belastbarkeit, die Menschen nicht besitzen, argumentieren, dass eine Individualisierung der Zuständigkeit durch den Umstand der technischen Bearbeitung aber auch gar nicht mehr notwendig wäre. Wenn es im Falle des Einsatzes algorithmischer Richter ohnehin nicht mehr darum gehen kann, einen Einzelfall unabhängig von seiner im Entscheidungsalgorithmus festgelegten Determinierung zu bewerten,¹⁰⁴ ist es auch nicht erforderlich, dass ein Rechtsgenerator immer nur einen Fall gleichzeitig bearbeitet und zur selben Zeit allein für diesen zuständig sein kann. Verstärkend kommt hinzu, dass es keinen ersichtlichen Grund gibt, einen Rechtsgenerator, der in einem bestimmten Bereich eingesetzt werden soll, überhaupt in alternativen Versionen zu entwerfen. Schon allein mangels verschiedener Alternativen kann daher auch nicht durch eine geschickte Auswahl des wohlgesinntesten Algorithmus auf die Entscheidung Einfluss genommen werden.

Alle darüber hinaus denkbaren (nicht unerheblichen) Einwirkungsmöglichkeiten sind im Bereich der Entscheidungsdetermination und der Abwehr von Manipulationsversuchen verankert, die bereits von Art. 97 Abs. 1 GG abgedeckt werden. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist in dem hohen Individualisierungsgrad seines formellen Gehaltes mithin eine Norm, die eine für menschliche Entscheidungen spezifische Situation und ein Risiko reglementiert, das bei algorithmischen Entscheidungen so gar nicht auftreten würde, sondern durch andere, nicht minder gewichtige Gefahren und Risiken überlagert und ersetzt würde. Eine Zuständigkeitsordnung, die richterliche Aufgaben weniger individualisiert als bisher an nicht-menschliche Richter zuweisen würde, stünde also, da der Grund der Regelung entfällt, nicht in Widerspruch zum formalen Regelungsziel des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

¹⁰⁴ Dies wurde in Kap. 2, A ausführlich beschrieben.

c. Materieller Normgehalt

Die Zulässigkeit nicht-menschlicher Richter stünde insgesamt aber natürlich weiterhin unter der fraglichen Prämisse, dass die Aufgabenübertragung an Rechtsgeneratoren auch mit dem sonstigen Verfassungsrecht vereinbar sei. Viel wichtiger und entscheidender, als die Zuständigkeit möglichst exakt vorzuschreiben, wäre es in einem Szenario automatisierter Rechtsprechung daher, dass die rechtlichen Grenzen des Einsatzes von Rechtsgeneratoren auf Grundlage des materiellen Verfassungsrechts mit ihren technischen Fähigkeiten in Einklang gebracht werden können. Sass ein Rechtsgenerator also auf den Einsatz begrenzt werden kann, in dem er zu einer sachrichtigen Entscheidung überhaupt in der Lage ist. Dieser Aspekt lässt sich in einer Analogie zu einem weiteren namentlich *materiellen Normgehalt* des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG thematisieren.

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung umfasst die Norm in ihrer modernen Lesart auch die Möglichkeit der Rüge wegen fehlender *Unabhängigkeit* und *Neutralität* des Richters.¹⁰⁵ Auch wenn dieser Anschauungswandel von einer noch nicht völlig verklungenen Mindermeinung kritisiert wird¹⁰⁶ und unter anderem als Extensivierung der Beschwerdemöglichkeiten hin zu einer mittelbaren Beschwerdefähigkeit von Art. 97 Abs. 1 GG abgelehnt wurde,¹⁰⁷ hat sich das erweiterte Verständnis im Laufe der Zeit in der Praxis durchsetzen können.

Dies ist folgerichtig, denn ein solches Verständnis ist eng verbunden mit dem bereits in Zusammenhang mit Art. 97 Abs. 1 GG festgestellten Umstand, dass Richter nur sein kann, wer in seiner Unabhängigkeit geschützt ist, also insgesamt in Einklang mit

¹⁰⁵In ständiger Rechtsprechung: BVerfG, Urt. v. 17.12.1953, BVerfGE, 3, 213, 224 = NJW 1954, 30, 31; BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959, BVerfGE, 10, 200, 213 = NJW 1960, 187; BVerfG, Urt. v. 03.07.1962, BVerfGE, 14, 156, 162 = NJW 1962, 1495 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 08.02.1967, BVerfGE, 21, 139, 145 f. = NJW 1967, 1123 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.05.1968, BVerfGE, 23, 321, 325 = DVBl. 1968, 421, 422; zudem *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 16 ff.; BVerfG, Beschl. v. 17.12.1969, BVerfGE, 27, 312, 319 = NJW 1970, 1227; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1971, BVerfGE, 30, 149, 153 = NJW 1971, 1029 f.; *Hamm*, Der gesetzliche Richter, 1973, S. 48; *Träger*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 123 ff., 125; BVerfG, Beschl. v. 10.07.1990, BVerfGE, 82, 286, 298 = NJW 1991, 217, 218; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, BVerfGE, 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229; der Gesetzgeber muss daher Vorsorge treffen, dass ein Richter, der keine Gewähr hierfür bietet, ausgeschlossen werden kann, so *Degenbart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 114, Rn. 42; vgl. außerdem Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*, ¹⁴2017, Art. 101 Rn. 5; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 101 Rn. 15, 27, 41; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 6, 20 f., 84 ff.; Sachs GG/*Degenbart*, ⁹2021, Art. 101 Rn. 2, 9; BeckOK GG/*Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 101 Rn. 5, 14.

¹⁰⁶*Bettermann*, AöR, 94 (1969), 263, 265 ff., 271 u. a.; weiterhin skeptisch etwa *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 45, 49, 52; *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 180 f.; *Horn*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 12, 44 ff., 49 ff.; Bonner Kommentar GG/*Ipsen*, 167. EL Mai 2014, Art. 101 Rn. 56.

¹⁰⁷*Bettermann*, AöR, 94 (1969), 263, 271; v. Münch/Kunig GG/*Kunig/Saliger*, ⁷2021, Art. 101 Rn. 22 m. w. N.

den verfassungsmäßigen Grundsätzen der Art. 92 und 97 GG tätig werden kann.¹⁰⁸ Das Rechtssystem fordert nach diesem Verständnis klar den Einsatz neutraler und unabhängiger Richter.¹⁰⁹

Im Sinne eines wirksamen Unabhängigkeitsschutzes ist es deshalb nur konsequent, auch eine mittelbare Rechtsschutzmöglichkeit hierüber einzuräumen, auch um den Bedeutungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als subjektiv-rechtliche Verbürgung im Gesamtzusammenhang des IX. Abschnitts des Grundgesetzes herauszustreichen. Ohne diese Möglichkeit wäre der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit um eine wichtige Schutzmöglichkeit beraubt und damit nicht umfassend.

Diese Sichtweise darf freilich nicht zu einer Überlastung des Bundesverfassungsgerichts durch Verfassungsbeschwerden aufgrund von – mit der Unabhängigkeit in losem Zusammenhang stehenden – Verfahrensfehlern führen. Dem wird aber bereits dadurch entgegengewirkt, dass eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die Einzelfallentscheidungen der Fachgerichte von Seiten des Bundesverfassungsgerichts (wegen der gerichtlichen Kompetenzverteilung) nur bei Vorliegen von Willkür beanstandet wird.¹¹⁰

Im Ergebnis konstituiert Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG somit zumindest in diesem materiellen Gehalt auch den Richterbegriff in Ergänzung des Art. 97 GG mit. Richter kann nur sein, wer ergänzend zum objektiven Gehalt des Art. 97 Abs. 1 GG auch dem damit korrespondierenden *Anspruch* auf eine neutrale und unabhängige Entscheidung gerecht werden kann. Sowohl formeller als auch materieller Normgehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfolgen das Regelungsziel, die Neutralität und Unabhängigkeit der Entscheidung bis hin zum einzelnen Richter zu schützen.¹¹¹ Auch das Vertrauen in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Justiz soll so sichergestellt werden,¹¹² weshalb der Anschein einer Parteilichkeit oder Einflussnahme bereits präventiv

¹⁰⁸Siehe Kap. 5, A, I, 2, a. Dieser Zusammenhang ist auch in BVerfG, Beschl. v. 08.02.1967, BVerfGE, 21, 139, 145 f. = NJW 1967, 1123 erkennbar.

¹⁰⁹Mit diesem Argument bereits *Träger*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 123 ff., 125.

¹¹⁰Hierzu BVerfG, Beschl. v. 26.02.1954, BVerfGE, 3, 359, 364 f. = NJW 1954, 593; BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990, BVerfGE, 82, 159, 194 = NVwZ 1991, 53, 58; BVerfG, Beschl. v. 10.07.1990, BVerfGE, 82, 286, 299 = NJW 1991, 217, 219; ausführlich *Sowada*, Der gesetzliche Richter, 2002, S. 202 ff.; *Wolff*, AöR, 141 (2016), 40, 58 ff.; vgl. auch Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*,¹⁴2017, Art. 101 Rn. 21.

¹¹¹*Roß*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 15; Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*,¹⁴2017, Art. 101 Rn. 5.

¹¹²BVerfG, Urt. v. 20.03.1956, BVerfGE, 4, 412, 416 = NJW 1956, 545; *Marx*, Der gesetzliche Richter, 1969, S. 1; *Stern*, in: Blümel/Merten/Quaritsch (Hrsg.), FS Ule, 1987, S. 359 ff., 372 f.; *Träger*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 123 ff., 124; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1997, BVerfGE, 95, 322, 327 = NJW 1997, 1497, 1498; Schmidt-Bleibtreu GG/*Müller-Terpitz*,¹⁴2017, Art. 101 Rn. 2; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 101 Rn. 14; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 5; BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷2021, Art. 101 Rn. 3.

vermieden werden soll¹¹³. Insgesamt kommt hierin ein zentrales Gebot der Rechtsstaatlichkeit in Form eines wirksamen und materiell gerechten Rechtsschutzes zum Ausdruck.¹¹⁴ Diesem Schutzgedanken müsste auch der Einsatz von Rechtsgeneratoren Rechnung tragen können.

d. Ein subjektives Recht auf einen menschlichen Richter?

Aus diesem Befund ergibt sich auf subjektiv-rechtlicher Ebene für die Zulässigkeit von richterlichen Rechtsgeneratoren folgende Überlegung: Besteht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ein subjektives Recht auf einen unabhängigen und neutralen Richter, und kann ein Rechtsgenerator oder ein anderer nicht-menschlicher Akteur aktuell eine unabhängige und neutrale Entscheidung nicht gewährleisten, sei es auch nicht aus Gründen der Unmöglichkeit, sondern nur, weil es keine gesetzlichen Regeln und Maßnahmen gibt, die eine Einflussnahme wirksam verhindern und die Tätigkeit schützen würden, muss sich aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ein *subjektives Recht auf einen menschlichen Richter* ergeben. In Verbindung mit dem objektiv-rechtlichen Gebot des Art. 97 Abs. 1 GG bedeutet das im Ist-Zustand ein *eindeutiges Verbot aller algorithmischen Entscheidungen in der Rechtsprechung*, selbst solcher in potenziell automatisierungsgerechten Fällen, das auch von Verfahrensbeteiligten geltend gemacht werden kann.¹¹⁵

Was zunächst nach einer unkomplizierten Möglichkeit klingt, Menschlichkeit als längerfristigen Faktor in ein materielles Verfassungskriterium einzubinden, hat aber immer nur zeitlich begrenzten Aussagewert. Wenn man eine unabhängige Entscheidung durch Rechtsgeneratoren nicht für strukturell unmöglich hält, gilt dieses Argument nur mangels ausgereifter Methoden und de lege lata existierender Regelungen, die die Unabhängigkeit von Rechtsgeneratoren gewährleisten könnten. Ließen sich auch nur in einem Teilbereich der Rechtsprechungsaufgaben Möglichkeiten finden, um die Unabhängigkeit algorithmischer Entscheidungen abzusichern, entfielen das so begründete Recht auf einen menschlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für diesen (aber auch nur diesen) Bereich.

¹¹³v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 101 Rn. 6.

¹¹⁴Hierzu vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990, BVerfGE, 82, 159, 194 = NVwZ 1991, 53, 58; Horn, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 132, Rn. 1, 24; BVerfG, Urt. v. 19.03.2013, BVerfGE, 133, 168, 202 = NJW 2013, 1058, 1061; Bonner Kommentar GG/*Ipsen*, 167. EL Mai 2014, Art. 101 Rn. 29; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, 32018, Art. 101 Rn. 16; Maunz/Dürig GG/*Jachmann-Michel*, 84. EL Aug. 2018, Art. 101 Rn. 1, 5.

¹¹⁵Mit diesem Ergebnis auch Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 60.

Anhand des Beispiels des Rechts auf einen menschlichen Richter wird deutlich, was selbstverständlich nicht nur für diese verfassungsrechtliche Schranke gilt. Nämlich, dass die bestehende und sich ändernde Sach- und Rechtslage auf die Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens Einfluss nehmen kann. Dies versetzt Politik und Rechtssetzung in die Lage, die verfassungsrechtliche Würdigung einer innovativen Technologie durch ihre Handlungen, aber auch durch das bewusste Nichtergreifen von Maßnahmen mitzugestalten.¹¹⁶ Staatliches Handeln kann die Entwicklung und Verbreitung von Technologien fördern, aber auch begrenzen.¹¹⁷ Umso mehr dort, wo seine ureigenen Kernaufgaben betroffen sind. Ohne die in letzter Zeit geschaffenen rechtlichen Vorgaben, die einen sicheren Umgang mit automatisierten Verwaltungsakten garantieren sollen, wäre schließlich auch dieser Einsatz von Technik weiterhin unzulässig.

Durch Nichtergreifen fördernder Handlungen kann eine algorithmische Entscheidung in der rechtsprechenden Gewalt mittelfristig deshalb wohl weitaus wirksamer ausgeschlossen werden als durch jede abstrakte Grenze eines verfassungsrechtlichen oder ethischen Gebotes. Auf längere Sicht (hier wird wohl in Kategorien von mehreren Jahrzehnten zu denken sein) ist der Gesetzgeber aber prinzipiell in der Lage, die bisherige Einschätzung durch seine Regulierungstätigkeit schrittweise zu lenken und als Reaktion auf technische Entwicklungen in gewissen Grenzen nach seinen Wünschen zu verändern. Diese Grenzen sollte er sich für den hiesigen Bereich angesichts der durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken wegen der Gefahr der Deutungshoheit von Algorithmen(-herstellern), die sich aus dem wesentlichen Kernanliegen und den Restriktionen einer unabhängigen Entscheidung ableiten lassen, bei algorithmischen Wertentscheidungen von einer gewissen gesellschaftlichen Tragweite ziehen.¹¹⁸

4. *Vorschläge für einen unabhängigkeitswährenden Gestaltungsprozess*

Die Frage bleibt deshalb zuletzt, wie in Fällen, in denen eine algorithmische Entscheidung gewünscht wäre, ein hinreichend unabhängiger und sicherer Prozess der Entscheidungsdeterminierung hergestellt werden könnte, der sowohl vor gesellschaftlichen als auch staatlichen Einflüssen nach außen hin abgesichert wäre und auch dem Recht auf eine unabhängige Entscheidung genügen könnte.

Dieser ist grundsätzlich auf zwei Wegen denkbar: Auf der einen Seite durch eine Aufgabenzuweisung an den Staat und auf der anderen durch staatliche Aufsicht privater Initiativen.

¹¹⁶Ausführlich hierzu *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 3 ff.; ebenfalls nachgewiesen durch *Bull*, Der Staat, 58 (2019), 57, 63.

¹¹⁷*Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 42 f.

¹¹⁸Siehe Kap. 5, A, I, 2, b, bb). Weitere Grenzen könnten sich etwa aus der Grundrechtsrelevanz und dem Menschenwürdebezug der Entscheidung ergeben. Hierzu Kap. 5, C, III, 3, b.

a. Staatliches, unabhängigen Algorithmen-Gremium

Ein Vorschlag zur Vermeidung unzulässiger Einflussnahme kann es sein, die Entscheidungsdeterminierung einem *staatlichen, unabhängigen Algorithmen-Gremium* zu überlassen, das Daten auswählt und/oder die Grundentscheidungen der Programmierung trifft.¹¹⁹

Dieses Gremium müsste in seiner personellen Besetzung vor unzulässiger Einflussnahme auf die Programmierungsentscheidungen durch Exekutive und Gesellschaft geschützt sein. Es könnte etwa mit Richtern im Sinne der Art. 92, 97 GG und des Deutschen Richtergesetzes besetzt sein, die den Anforderungen an richterliche Unabhängigkeit (in persönlicher und sachlicher Hinsicht) sowie an Unparteilichkeit und Neutralität genügen.¹²⁰

Die an einer Entscheidungsdetermination beteiligten Akteure würden in dieser Konstellation also selbst als unabhängige Teile der Judikative im Sinne des Art. 92 GG auftreten und so eine unabhängige Programmierungsentscheidung sicherstellen. Die Unabhängigkeitsgarantie müsste in dieser Lesart also nicht mehr nur den richterlichen Einzelfallentscheider schützen, sondern auf den Auswahlprozess der Grundentscheidungen vorverlagert werden können. Dies würde eine weitreichende Veränderung im richterlichen Aufgabenspektrum beinhalten, ist aber aus dem Verfassungsgedanken der Unabhängigkeitsgarantie heraus nicht unvorstellbar. Art. 97 GG schützt die Unabhängigkeit zwar nur bei „rechtsprechender Tätigkeit“ unmittelbar, der Schutz der Unabhängigkeit kann jedoch schon heute auf weitere, nicht rechtsprechende Bereiche ausgedehnt werden.¹²¹

Ein Algorithmen-Gremium müsste in seiner personellen Besetzung gleichzeitig aber auch über das nötige informationstechnologische Fachwissen verfügen, was eine Zusammenarbeit mit technischen Disziplinen notwendig macht.¹²² Hierzu könnten zum einen Informatiker und Datenspezialisten in beratender oder ausführender Funktion ohne eigenes Stimmrecht zum Einsatz kommen, zum anderen könnten gezielte Weiterbildungen in diesem Bereich auch Richtern grundlegendes Wissen vermitteln. Die gemischte Zusammensetzung von Entscheidungskollegien mit Entscheidungsträgern und Domänenexperten ist eine verbreitete und bewährte Methode, um sachgerechte Resultate zu erzielen.

¹¹⁹In diese Richtung sind Überlegungen bei *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 131 zu finden, er spricht von einer „Wertekommission“.

¹²⁰Schon *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758, 763 fordern im Verwaltungskontext eine aktive Rolle der unabhängigen Rechtsprechung im Gestaltungsprozess algorithmischer Entscheidungssysteme.

¹²¹Siehe hierzu *Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch*, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 10; v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 4; *Sachs GG/Detterbeck*, ⁹2021, Art. 97 Rn. 11a.

¹²²Für eine solche Zusammenarbeit auch *Gesellschaft für Informatik*, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 18 f.

b. Staatliche Kontroll- oder Zertifizierungsmechanismen

Vorteil der staatlichen Organisationsform ist die enge Bindung an verfassungsrechtliche Grundwerte. Weiterhin könnte es aber auch denkbar sein, private Akteure entscheidungstragend an der Erstellung von Entscheidungsdeterminanten mitwirken zu lassen und die Entscheidung anschließend durch staatliche Kontroll- oder Zertifizierungsmechanismen abzusichern.

Für diese Option könnte die größere finanzielle und personelle Flexibilität sprechen, die eine privatwirtschaftliche Einbettung mit sich bringen würde. Außerdem können private Dienstleister als Normsetzer auch ein hohes Maß an technischem Knowhow und eine gute Infrastruktur auszeichnen, die praxisnahe Lösungen fördern können.¹²³

Eine Rückbindung an staatliche Entscheidungsträger würde hier auf eine zweite Ebene verlagert. Verschiedentlich wird eine Institution, die die Aufsicht über die Erstellung und den Betrieb von Algorithmen übernehmen könnte, unter dem Stichwort *Algorithmen-TÜV* diskutiert.¹²⁴ Die Grundidee des Algorithmen-TÜVs bezieht sich auf verschiedenste Einsatzfelder, im privaten wie im öffentlich-rechtlichen Bereich. Er kann sowohl zur Überwachung von determinierten als auch lernenden Algorithmen sinnvoll sein.¹²⁵ Ein Algorithmen-TÜV kann nicht nur zur Kontrolle der Unabhängigkeit dienen, sondern beispielsweise auch die Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz von Algorithmen erhöhen¹²⁶. Im hier diskutierten Einsatzbereich wäre diese Zertifizierungsinstanz ähnlich wie das oben angesprochene unabhängige Algorithmen-Gremium zu besetzen und vor Einflussnahme zu schützen. Der Aufgabenbereich würde sich jedoch anders als der eines Algorithmen-Gremiums auf eine Kontrollfunktion begrenzen.

Ob eine so immense Aufgabenverlagerung aus dem staatlichen Bereich trotz staatlicher Restverantwortung durch Kontrollaufgaben aber verfassungsrechtlich zulässig wäre, ist fraglich. Eine Antwort hierauf kann nur in Zusammenspiel mit den Bedingungen der Unabhängigkeit, namentlich mit dem Prinzip der Gesetzesbindung und der demokratischen Legitimation, gefunden werden. In diesem Zusammenhang muss zudem auch die Frage erörtert werden, ob und wie eine antizipierte Gesetzesanwendung, selbst

¹²³So auch *Gusy*, NVwZ 1995, 105, 106.

¹²⁴Zurückgeführt wird dieses Konzept auf *Mayer-Schönberger/Cukier*, *Big Data*, 2013, S. 226 ff.; aber auch andere greifen das Konzept auf, siehe etwa *Martini*, JZ 2017, 1017, 1021; *Zweig*, *Wo Maschinen irren können*, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi); *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 350. Ohne diesen Begriff kommt die Gesellschaft für Informatik, *Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik*, Aug. 2018 (svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf), S. 156 ff. aus.

¹²⁵Umso sensibler der Anwendungsbereich, umso strenger und verbindlicher muss die Kontrolle ausfallen, vgl. *Martini*, JZ 2017, 1017, 1021; *Zweig*, *Wo Maschinen irren können*, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 29 sieht besonderen Bedarf in Bereichen, die für die Teilhabe wichtig sind.

¹²⁶*Gless/Wohlers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), *FS Kindhäuser*, 2019, S. 147 ff., 163; in diese Richtung CEPEJ, *European ethical Charter*, Feb. 2019 (rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c), S. 10 f.

wenn sie die Anforderungen der Unabhängigkeitsgarantie wahrt, gesetzliche Verbindlichkeit für die Anwendung in einem vollautomatisierten Gerichtsverfahren erlangen kann, das nur an das Gesetz gebunden entscheiden darf. Hierauf wird im nun folgenden Abschnitt zurückzukommen sein.

Erster Zwischenstand

Ein unabhängigkeitwahrender Determinierungsvorgang insbesondere für einen regelaber in der Theorie auch für einen datenbasierten Rechtsgenerator ist zumindest für eine automatisierungsg geeignete Fallkonstellation nach den bisher einbezogenen Kriterien durch staatliche Sicherungsmechanismen entweder auf direkter Determinierungs- oder nachgelagert auf einer Kontrollebene *in der Theorie* durchaus denkbar. Jedoch stellt die Gewährleistung von Unabhängigkeit eine große Herausforderung dar, denn die Breite des Anwendungsbereichs von Rechtsgeneratoren im Gerichtsverfahren ist gleichzeitig aus Effizienzgesichtspunkten die größte Stärke und in Hinblick auf ihre Unabhängigkeit die größte Schwäche algorithmischer Entscheidungssysteme. Dadurch, dass versucht wird, möglichst viele ähnliche Fälle auf Grundlage einer begrenzten Zahl technischer Anwendungen zu bearbeiten, wird das Gesamtsystem der Entscheidungsfindung unflexibel und beeinflussbar. Gerade bei datenbasierten Herangehensweisen sind die Herkunft der Daten und ihre Auswirkungen auf die Entscheidung nur schwer zu regulieren.

Algorithmisches Vorgehen bedingt in Bezug auf Unabhängigkeitsgefährdungen zudem auch, dass Fehler, Manipulationen und andere Einwirkungen sich früh einstellen und gravierend auswirken können. Die Institution, der letztlich die Kompetenz zur Erstellung von Entscheidungsvorgaben übertragen würde, müsste also umfänglich geschützt und sorgfältig ausgewählt sein. Der Prozess einer unabhängigkeitwahrenden Algorithmengestaltung sowie der anwendungsbegleitende Schutz und die Wartung des regel- oder datenbasierten Systems, egal, ob man diese nun privat oder staatlich organisieren würde, würde daher in jedem Fall dauerhaft immense personelle und finanzielle Ressourcen binden.

Am Ende wäre nicht nur die offene Frage entscheidend, ob die nötigen Aufwendungen tatsächlich geringer ausfallen würden, als es nach heutigen Maßstäben bei der Bearbeitung einfach gelagerter Fragestellungen der Fall ist, sondern auch, ob die bestehenden Restrisiken tatsächlich selbst mit immensen Mitteln wirksam genug ausgeschlossen werden könnten,¹²⁷ und die Grenzen gleichzeitig so gesetzt werden könnten, dass ein signifikanter Anwendungsbereich verbleibt. Dies ist äußerst unwahrscheinlich. Beim Einsatz algorithmischer Entscheidungen dürften (wegen der großen Tragweite

¹²⁷Hierzu noch einmal in Kap. 5, B, II, b, bb) und Kap. 5, C, III, 3, b.

von Fehlern) schließlich selbst in scheinbar einfach gelagerten Fällen keinerlei Lücken im Schutzstatus der Unabhängigkeit geduldet werden. Da sich auch die Mittel aufseiten der Gefährder stetig verbessern und Sicherungsmethoden immer komplexer werden, läge in der Absicherung des Systems nicht nur eine einmalige, sondern eine ständige, sehr kostenintensive Aufgabe für ein gleichzeitig relativ kleines Einsatzgebiet.¹²⁸ Daher besteht berechtigterweise weiterhin und auf unabsehbare Zeit ein umfassendes verfassungsrechtliches Recht auf einen menschlichen Richter, da Richter nur sein kann, wer dem Anspruch auf eine unabhängige und neutrale Entscheidung gerecht werden kann.

II. Die Bindung des Richters an das Gesetz

Ob ein zukünftiger Gesetzgeber die vorgebrachten Bedenken und die hier vorgenommene Auslegung der verfassungsrechtlichen Verbürgungen aber teilt, ist nicht garantiert. Eine Argumentation für eine bestimmte Grenze (und damit für einen Eigenwert menschlicher Entscheidungen) sollte sich daher möglichst breit aufstellen und nicht allein auf die Überzeugungskraft einzelner scheinbar unverrückbarer Argumente bauen. Die gefundenen Erkenntnisse schließen den Untersuchungshorizont im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit entscheidungstreffender Rechtsgeneratoren daher noch nicht ab.

Da die Unabhängigkeitsgewähr wesentlich durch ihre Bedingungen und Elemente bestimmt und von deren Erfüllung abhängig ist, müsste ein unabhängiger Determinierungsvorgang – genau wie ein ausführender Rechtsgenerator – auch diese Bedingungen und Elemente wahren und erfüllen können. Nur das Zusammenspiel aller Elemente einer unabhängigen richterlichen Entscheidung kann die Erfüllung der richterlichen Rechtsstaatsfunktion sicherstellen. Zu untersuchen gilt es daher, inwiefern auch hierbei Spannungsfelder zu einem vollautomatisierten System der richterlichen Rechtsanwendung bestehen.

1. Art. 20 Abs. 3 i. V. m. 97 Abs. 1 GG

Einen besonders relevanten Stellenwert im verfassungsrechtlichen Status eines Richters hat seine *Bindung an das Gesetz*. Die richterliche Unabhängigkeit ist kein Selbstzweck

¹²⁸Diese Aufgabe sieht das ÖFIT, Digitalisierung des Öffentlichen, Dez. 2016 (oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Digitalisierung+des+%C3%96ffentlichen), S. 26 f. für die gesamte öffentliche IT-Infrastruktur; *Volokh*, Duke Law Journal, 68 (2019), 1135, 1177 hält eine Lösung für möglich: „Though one can never be sure, I expect that some general solutions will be developed. And if they can adequately preclude hacking and glitch exploiting for military applications, they should be able to do the same for AI judging.“

oder ein richterliches Standesprivileg,¹²⁹ wie Art. 97 Abs. 1 GG deutlich macht, besteht sie nur in dem Rahmen und den Grenzen, in dem der Richter dem Gesetz unterworfen ist.¹³⁰ Das Prinzip der Gesetzesbindung ist damit als Verfassungsmaxime keinesfalls ein Gegensatz, sondern ein „notwendiges Korrelat“ der richterlichen Unabhängigkeit.¹³¹

Ein an die Funktion eines Richters im Staat anknüpfender Richterbegriff muss diese enge Wechselbeziehung zwischen Unabhängigkeitsgarantie und Gesetzesbindung miteinpreisen. Die Unabhängigkeit ist schließlich gerade ob des Zieles garantiert, die alleinige Bindung an das Gesetz sicherzustellen.¹³² Die Relevanz des Bindungspostulats für den Status des Richters ergibt sich zudem auch schon, weil sich die sachliche Unabhängigkeit gerade durch ihre wesentliche Verknüpfung mit der Gesetzesbindung – als Kernaussprägung des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilung¹³³ – in ihrem grundsätzlichen Bestand auch in der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG wiederfindet¹³⁴. Richter im Sinne des Grundgesetzes müssen folglich *wesensmäßig* an das Gesetz als Entscheidungsgrundlage gebunden handeln.

2. Schutzzumfang der Gesetzesbindung

Nach ihrem Schutzzumfang aus Art. 20 Abs. 3 GG koppelt die Gesetzesbindung Exekutive und Judikative an „Recht und Gesetz“ und unterwirft die Richter als Teil der Judikative nach Art. 97 Abs. 1 GG noch einmal gesondert „dem Gesetz“. Durch diese Bindung wird das abstrakte Ziel verfolgt, eine Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung und damit eine rechtsstaatliche Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Rechtssubjekte vor Willkür zu schützen.¹³⁵ Anders als Exekutivorgane sind Rechtsprechungsorgane der Gesetzesbindung jedoch *nur* im Sinne von ausschließlich unterworfen¹³⁶ und

¹²⁹So etwa auch *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 22; Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 25; Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 3; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 97 Rn. 3.

¹³⁰Hierzu etwa *Faller*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 81 ff., 82; *Bettermann*, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 140 ff., 140 f.

¹³¹So etwa *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 907; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 92; *Dreier*, JURA 1997, 249, 256; *Rüthers*, NJW 2005, 2759, 2760; Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 35; BeckOK GG/Morgenthaler, ⁴⁷2021, Art. 97 Rn. 7.

¹³²*Schreiber*, in: Vogler (Hrsg.), FS Jescheck, 1985, S. 757 ff., 762; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 402 f. = NJW 2003, 1924.

¹³³So beispielsweise *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 21, Rn. 86.

¹³⁴Vgl. *Schilken*, JZ 2006, 860, 861 m. w. N.; Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 2; *Dreier* GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 97 Rn. 62; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 97 Rn. 6.

¹³⁵Siehe *Loosbelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 8; Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 27; *Hassemer*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, ⁹2016, S. 227 ff., 230, 234; Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 35.

¹³⁶*Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 912; siehe auch *Gusy*, JuS 1983, 189, 193.

erhalten durch die Verfassung prinzipiell keinen Gestaltungsspielraum bezüglich der Zweckmäßigkeit der Umsetzung von Gesetzen.¹³⁷

a. Ansatzpunkt der Gesetzesbindung

In einer wörtlich verstandenen „strengen“ Form könnte die Gesetzesbindung daher leicht als Verkörperung des Gedankens einer absoluten Rechtsanwendungsgleichheit durch ein buchstabengetreues Anwenden des Gesetzestextes im Sinne eines logischen Subsumtionsdogmas fehlinterpretiert werden. Es kam indes schon in Kapitel 2 und 3 zum Ausdruck,¹³⁸ dass eine Vorstellung von einer logischen Bindung an den Gesetzestext, die eine Rechtsanwendung als einen rein mechanischem Vorgang versteht, im Kontrast zu dem tatsächlich vorgefundenen und notwendigen humanen Subjektivismus, den subjektiven und willenhaften Mechanismen (Wertungen, Vorverständnis), die in realiter als Wertmaßstäbe Einfluss auf die richterliche Entscheidung haben, stehen würde.¹³⁹

Der vermeintliche Antagonismus zwischen grundgesetzlich strengem Anspruch auf Bindung und der durch Wertungen geprägten Realität der Rechtsanwendung ist aber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nur ein scheinbarer, denn er kann und darf nach der Vorstellung des Grundgesetzes für komplexe rechtliche Wertentscheidungen nicht in Gänze aufgelöst werden. Er ist dem Rechtssystem mit seinen abstrakt-generellen Regeln schlicht wesensimmanent, gerade dann, wenn man den Geltungsanspruch der Gesetzesbindung als Bindung an das bestehende Rechtssystem, das sich nun eben gerade durch seine Wertungs Offenheit auszeichnet, ernst nimmt.¹⁴⁰

¹³⁷ Hierzu *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 66.

¹³⁸ Siehe Kap. 2, A, II und Kap 3, B, I, 2.

¹³⁹ Vgl. etwa ergänzend zu Kapitel 2 *Kaufmann*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 1974, S. 295 ff., 299 ff.; *Bettermann*, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 140 ff., 146 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 12.

¹⁴⁰ In diesem Sinne: BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, BVerfGE, 34, 269, 287 = NJW 1973, 1221, 1225; *Rheinstein*, JuS 1974, 409, 417; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 30; bei Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 42 findet sich folgende Umschreibung dieses Phänomens: „selbst eine erwiesene tatsächliche Unmöglichkeit effektiver Gesetzesbindung erlaubte nicht, von ihr Abstand zu nehmen. Denn selbst wenn es sie nicht gäbe, müsste man ihre Möglichkeit unter der Geltung des Grundgesetzes normativ unterstellen, denn das Grundgesetz postuliert nun einmal die bindende Kraft des Rechts (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) und „unterwirft“ den Richter dem Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG).“

b. Bindung an Recht und Gesetz

Einige Stimmen leiten die Folgerungen einer wertungsoffenen Gesetzesbindung darüber hinaus auch bereits direkt aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG ab. Ihrer Ansicht nach kann der Bindung neben dem „Gesetz“ auch an das (überpositiv verstandene) „Recht“, die Legitimation einer eigenständigen wertenden und das Recht fortentwickelnden Tätigkeit des Richters entnommen werden.¹⁴¹

Problematisch ist an dieser Ansicht allerdings die Anknüpfung an den in der Literatur höchst umstrittenen Terminus des „Rechts“ in Art. 20 Abs. 3 GG. Zumindest in seinem Kern eindeutig definiert ist allein der Begriff des „Gesetzes“, der im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG jede gültige Rechtsnorm umfasst.¹⁴² Ein darüber hinausgehender Bedeutungsgehalt des Begriffs des „Rechts“ im Sinne nicht normierter Gerechtigkeits- oder Gewissensvorstellungen ist hingegen stark umstritten.¹⁴³ Er wird verbreitet zugunsten einer Tautologie verneint.¹⁴⁴ Selbst wenn man eine Differenzierung der Begriffe aber grundsätzlich bejahen wollen würde, verankert das Grundgesetz doch viele Gerechtigkeitsvorstellungen bereits positivrechtlich,¹⁴⁵ weshalb eine weitergehende Bezugnahme auf ungeschriebene Werte – wenn überhaupt – nur in Extremfällen notwendig würde.¹⁴⁶ Wegen der stark eingeschränkten Rechtssicherheit, die moralische Vor-

¹⁴¹Hierzu siehe BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, BVerfGE, 34, 269, 287 = NJW 1973, 1221, 1225; Kirchhof, NJW 1986, 2275; Classen, JZ 2003, 693, 699; Hirsch, ZRP 2012, 205, 207 f.

¹⁴²Vgl. Schmidt-Assmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 34, er bezieht Rechtsverordnungen und Satzungen jedoch nicht mit ein (Rn. 37), sieht aber trotzdem eine Bindung aus anderem Grund (Rn. 39); nur mit Bezug auf formelle Gesetze v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Sommermann, ⁷2018, Art. 20 Rn. 264, er erfasst materielle Rechtsnormen aber unter dem Begriff des Rechts (Rn. 265) vgl. zudem Rn. 285; allgemeiner fasst es v. Münch/Kunig GG/Meyer, ⁷2021, Art. 97 Rn. 24, hiernach sind Gesetz die Verfassungen des Bundes und der Länder und das gültige unterverfassungsrechtliche außenwirksame Recht; auch Sachs GG/Sachs, ⁹2021, Art. 20 Rn. 107 fasst hierunter jede geschriebene Rechtsnorm sowohl formelle als auch materielle Gesetze sowie das Völkerrecht und das EU-Recht.

¹⁴³Die Debatte um das Verständnis und die Differenzierung von Recht und Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG ist so alt wie das Grundgesetz selbst. Beiträge hierzu u. a. bei Roellecke, VVDStRL, 34 (1976), 7 ff.; Kissel, NJW 1982, 1777, 1780 verweist auf die Prüfungskompetenz des Art. 100 GG; siehe auch Gusy, JuS 1983, 189, 193 f., der der Gerechtigkeitserwägungen im Grundgesetz verwirklicht sieht; Hilbert, JZ 2013, 130 ff., der u. a. auch Verträge und Verwaltungsakte miteinbezieht; Jarass/Pieroth GG/Jarass, ¹⁶2020, Art. 20 Rn. 52 versteht unter Recht grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen.

¹⁴⁴So etwa Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 37; auch Hilbert, JZ 2013, 130 ff. lehnt einen überpositivistischen Bedeutungsgehalt ab; weiterhin Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch, ¹⁴2017, Art. 97 Rn. 36.

¹⁴⁵So auch Gusy, JuS 1983, 189, 193.

¹⁴⁶Insofern mit Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 38 f.; Sachs GG/Sachs, ⁹2021, Art. 20 Rn. 103 f. m. w. N.

stellungen vermitteln können und der Gefahr, die Gesetzesbindung durch sittliche Anknüpfungspunkte ihrer identifizierbaren Grundlage zu berauben, wären auch diese Extremfälle sehr restriktiv zu handhaben.¹⁴⁷

Trotz des daher wie gezeigt offenkundig streitbaren rechtlichen Anknüpfungspunkts der genannten Meinung ist einem für Wertungen geöffneten Verständnis der Gesetzesbindung im Ergebnis aber auch schon der schlichten Notwendigkeit halber zuzustimmen.¹⁴⁸ Nur wenn der Gesetzgeber der Judikative einen Entscheidungsspielraum überlässt, ist es möglich, Rechtsanwendung auch in komplexen sozialen Verhältnissen einzelfallgerecht auszugestalten.¹⁴⁹

Die Kehrseite der Medaille ist allerdings: Je mehr offene Wertbegriffe und Generalklauseln das Recht verwendet, desto weiter entfernt seine Anwendung sich von dem Grundgedanken der allein an das Recht gebundenen, äußeren Umständen entrückten Unabhängigkeit und riskiert eine unabhängigkeitsgefährdende Politisierung der Rechtsprechung.¹⁵⁰ Die Gesetzesbindung steht also auf einem schmalen Grat zwischen ihrer Funktion als Voraussetzung und Restriktion der Unabhängigkeitsgarantie und der notwendigen Wertoffenheit der Gesetze, auf dem sich der Rechtsstaat kleinteilig austarieren muss.¹⁵¹

¹⁴⁷ *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 101 lehnt deshalb eine Bindung an das „Gewissen“ des Richters ab.

¹⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, BVerfGE, 34, 269, 287 = NJW 1973, 1221, 1225 hält den Zustand der Lückenlosigkeit schlicht für unerreichbar.

¹⁴⁹ Zum vorliegenden Aspekt *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 151.

¹⁵⁰ So *Bettermann*, in: Merten/Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, 1988, S. 140 ff., 147; siehe auch Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 44 ff.; *Hirsch*, ZRP 2012, 205, 208 bringt das Dilemma des Richters folgendermaßen auf den Punkt: „Einerseits darf er [der Richter] sich nicht damit zufrieden geben, dass eine etwaige handgreifliche Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens in einem Gesetz zugelassen oder vorgeschrieben ist. Andererseits kann er aber den Pfad des Gesetzesgehorsams nicht einfach mit der Begründung verlassen, dass sein privates Gerechtigkeitsempfinden eben etwas anderes verlange.“

¹⁵¹ *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 32 spricht von einer Disziplinierungs- und Aktivierungsfunktion des Rechtsstaats; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 44 fordert beispielsweise: „Auch soweit keine ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsaufträge bestehen, wird man die Legislative grundsätzlich als verpflichtet ansehen müssen, von ihrer zugleich eine Wahrnehmungspflicht begründenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch zu machen. Nur Detailfragen dürfen vom regelungsbefugten und -verpflichteten Gesetzgeber bewusst offen gelassen und zwecks Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit der eigenständigen Regelung durch die Rechtsprechung überlassen werden.“, er lehnt eine Reservekompetenz der Rechtsprechung darüber hinaus vollständig ab, (Rn. 45).

c. Gesetzesbindung eines Rechtsgenerators bei Wertungsfragen

Wie aber ist dieser Aspekt mit Blick in die fiktionale Zukunft transhumanistischer Hochkultur zu bewerten? Sollten Technologien fortgeschrittener Künstlicher Intelligenz sich jemals gänzlich von menschlichen Vorentscheidungen emanzipieren und zum Treffen von eigenständigen Wertentscheidungen eingesetzt werden können, wäre die Gesetzesbindung, die in Betracht käme, selbst im Optimalfall nur ähnlich der Bindung menschlicher Richter und würde damit maximal dem schwer nachhaltbaren Ideal der wertungsoffenen Gesetzesbindung entsprechen. Selbst eine fortgeschrittene KI, die zu wertenden Operationen in der Lage wäre, hätte gegenüber dem aktuellen Befund der Gesetzesbindung also keinen Verdichtungs Vorteil.

Nachteil der KI wäre aber ihre fehlende Zugehörigkeit zum sozialen Gefüge der staatsbildenden Gesellschaft, was ihr eine nach menschlichen Maßstäben überzeugende Auslegung gesellschaftlicher Wertvorstellungen erschwert.¹⁵² Die Unzulässigkeit von algorithmischen Entscheidungen außerhalb einfach gelagerter Fälle lässt sich somit auch bei fortgeschrittener Technologie in der mangelhaften Fähigkeit zu einer sinnvollen oder gar überlegenden wertungsoffenen Gesetzesbindung verankern.

3. Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung von Rechtsgeneratoren

Damit verbleiben auch aus Sicht der Gesetzesbindung für den Einsatzbereich von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren wohl nur einfach gelagerte Fälle. Der Stellenwert, den die Gesetzesbindung auch bei diesen einnimmt, muss in Hinblick auf regel- und datenbasierte Methoden separat beleuchtet werden. Da für die aktuelle Frage vorrangig zur Diskussion zu stellen ist, ob die Gesetzesbindung, wie sie bei Implementierung eines Rechtsgenerators in potenziell automatisierungsgerechten Fällen vorstellbar sein könnte, verfassungsrechtlich zulässig wäre, sollen sich die näheren Erwägungen zur Umsetzung der Gesetzesbindung auf diesen Aspekt beschränken.

a. Grenzen unmittelbarer Gesetzesbindung datenbasierter Rechtsgeneratoren

Schon wenn mittels der induktiven Methode solche weniger diffizilen Rechtsfragen beantwortet werden sollen, stellt sich eine unmittelbare Bindung des Algorithmus an das Gesetz als im Ergebnis unmöglich dar.

Eine entscheidende Charakteristik der datenbasierten Methode ist auch in einfach gelagerten Fällen schließlich gerade, dass eine direkte Herleitung der Entscheidung aus einer abstrakten gesetzlichen Entscheidungsgrundlage mittels juristischer Methodenlehre nicht zwingend erforderlich und meist auch nicht vorgesehen ist. Dies folgt dar-

¹⁵²Siehe näheres in Kap. 5, B, II, 3, a.

aus, dass die Auswertung von Daten schlicht keine unmittelbare Ableitung des gefundenen Ergebnisses aus dem Gesetz notwendig macht, sondern sich vordringlich auf Daten über die Anwendung von Normen in der Vergangenheit stützt.¹⁵³ Woran sie sich dabei genau orientiert, ist insbesondere bei selbstlernenden Algorithmen nur schwer nachvollziehbar, weil die Methode an eine unüberschaubare Zahl verschiedener Datenarten anknüpfen kann.¹⁵⁴

Daher lässt sich an Rechtsgeneratoren mit dieser Ausrichtung kritisieren, dass dabei Ergebnisse ohne dogmatisch aus dem Gesetz abgeleitete Begründung, also gewissermaßen aus dem Nichts erscheinen,¹⁵⁵ was für die hieraus resultierenden Entscheidungen bewirkt, dass deren unmittelbare Gesetzesbindung zumindest nicht wirksam nachgehalten werden kann.

b. Grenzen unmittelbarer Gesetzesbindung regelbasierter Rechtsgeneratoren

Wie gezeigt, würde die Einführung von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren auch für Fälle regelbasierter Rechtsgeneratoren bereits in besonderem Maße einen unabhängigen Determinierungsprozess erfordern, denn sie eröffnet ihren Erstellern auch in automatisierungsgerechten Fällen einen nicht unerheblichen Einwirkungsspielraum.¹⁵⁶ Da besonders ein regelprogrammierter Rechtsgenerator immer von der menschlichen Vorauswahl von Programmierungsschritten abhängig ist, muss aber auch die Frage aufgeworfen werden, ob er überhaupt als ausschließlich gesetzgebunden bezeichnet werden kann.¹⁵⁷

¹⁵³Ähnlich *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 15 ff., 38; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 231 f.; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 51.

¹⁵⁴*Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 41 f. stellt diese Komplexität allgemein für Algorithmen fest.

¹⁵⁵Zur Bedeutung der Dogmatik schreibt z. B. *Simitis*, AcP, 172 (1972), 131, 138: „eine Jurisprudenz, die der Dogmatik abschwört, erhebt über kurz oder lang Willkür zum System.“; *Hassmer*, in: Hassmer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, 2016, S. 227 ff., 238 stellt klar, dass die Methodenlehre der Willkürlichkeit gerade entgegenwirken soll und die (möglichst) logische Ableitung der Entscheidung aus dem Gesetz und damit Nachvollziehbarkeit und Legitimation sichert.; ähnlich wie vorliegend argumentiert auch *Anzinger*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 15 ff., 38.

¹⁵⁶Siehe Kap. 5, A, I, 2, b, cc).

¹⁵⁷Wenn eine Regelprogrammierung zwar ohne Einflussnahmemöglichkeiten von Verwaltung und Gesellschaft, allerdings auch ohne gesetzliche Rückbindung erfolgen würde, könnte der hieraus resultierende Rechtsgenerator dem grundgesetzlichen Unabhängigkeitsgebot trotzdem nicht entsprechen, denn die Unabhängigkeit wäre nicht mehr – wie es Art. 97 Abs. 1 GG fordert – durch das Korrelat der Gesetzesbindung begrenzt.

aa) Bindung durch technische Logik?

Die regelbasierte Methode wendet Gesetze nach einer festgelegten Regelprogrammierung in einem Wenn-Dann-Schema an.¹⁵⁸ Ihr ist daher zur Voraussetzung, dass Normen existieren, die formalisierbar sind, sich also für eine bestimmte regelbasierte Art der Automatisierung eignen. Dies sind allein solche Vorschriften, die weitestgehend auf komplexe Wertungen verzichten und stattdessen logisch befolgbare Normstrukturen aufweisen. Sie sind in Reinform aber äußerst selten anzutreffen.¹⁵⁹

(1) Reduzierung von Deutungsoffenheit als Privileg des Gesetzgebers

Sowohl komplexe als auch einfache Normen haben aber prinzipiell ihren berechtigten Platz in der Rechtsordnung. Die Existenz begrenzter Bereiche automatisierungsgeeigneter Fälle kann daher im Grundsatz auf einer legitimen Abwägung des Gesetzgebers zugunsten der Komplexitätsreduzierung beruhen und relativiert in keiner Weise die Bedeutung und Notwendigkeit des großen Feldes wertungsoffener Regelungsbereiche. Auch wenn das Prinzip der Gesetzesbindung keine rein logische Deduktion fordern kann und soll, fordert sie es gleichzeitig auch nicht, diese durch gesetzgeberische Komplexität in jedem Fall unmöglich zu machen. Wenn Gesetze so ausgestaltet sind, dass sie rein logisch befolgt werden *können*, widerspricht ihre Anwendung in dieser Weise auch nicht dem Prinzip der Gesetzesbindung.

Der Gesetzgeber allein hat die Kompetenz, Deutungsoffenheit jederzeit zu reduzieren.¹⁶⁰ Es ist mithin seine alleinige Entscheidung, in geeigneten Fällen bestehende Wertungsfragen gesetzgeberisch zu konkretisieren und so Normen zu schaffen, die der regel- oder datenbasierten Gesetzesanwendung – anders als das Heer ihrer unbestimmten Artgenossen – zugänglich gemacht werden könnten.¹⁶¹ Würde sich eine Norm tatsächlich unverändert (also ohne subjektive Ergänzungen oder Konkretisierungen) in einen Algorithmus übersetzen lassen, entspräche dessen Anwendung einer buchstabenge-treuen Gesetzesbindung.¹⁶²

¹⁵⁸Siehe Kap. 2, A, I.

¹⁵⁹Siehe Kap. 3, A, I und II.

¹⁶⁰In anderem Kontext *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 130.

¹⁶¹Siehe auch *Taruffo*, in: Sartor/Branting (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998, S. 207 ff., 214.

¹⁶²Auch *Krimphove/Niehaus*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2021, S. 356 ff., 260 f. sehen den Richter an die Regeln der Logik gebunden, die sie als Grundlage ihrer Fuzzy Logik-Methode der Rechtsautomatisierung begreifen. Hierbei wird allerdings nur die Entscheidungsunterstützung angesprochen.

(2) Möglichkeiten und Grenzen einer automatisierungsgerechten Rechtssetzung

Zukünftig könnten – so wird es wiederholt vorgebracht – als Teil einer *automatisierungsgerechten Rechtssetzung* sogar immer mehr Normen entstehen, die sich für eine digitale Anwendung eignen, die also eine direkte Übertragung in Algorithmencode ermöglichen. Das Konzept des automatisierungsgerechten Rechts geht einher mit der Überlegung, dass im Zuge der Digitalisierung von Staat und Gesellschaft eine Vereinfachung bestimmter Rechtsanwendungsregeln in Form einer automatisierungsgerechten Rechtssetzung – besonders in stark technisierten Bereichen – ohnehin nicht aufzuhalten sein könnte, um die massenhafte maschinelle Bearbeitung von juristischen Alltagsentscheidungen zu ermöglichen.¹⁶³ Auch die Automatisierung von einfachen Alltagsentscheidungen hat in einer digitalen Welt schließlich zur Voraussetzung, dass Maschinen eine Möglichkeit der Umsetzung von Rechtspflichten vermittelt werden kann.¹⁶⁴ Der Gesetzgeber wird die potenzielle Maschinenverständlichkeit daher zukünftig verstärkt bereits beim Entwurf und der Novellierung von Gesetzen berücksichtigen müssen.¹⁶⁵

Automatisierungsgerecht sind besonders solche Vorschriften, die quantitative und messbare Faktoren enthalten und unbestimmte Rechtsbegriffe vermeiden.¹⁶⁶ Als automatisierungsgerecht könnte beispielsweise eine Vorschrift gelten, die die Bewertung eines Verkehrssachverhalts nicht (wie beispielsweise § 3 Abs. 1 StVO) von einer deutungsoffenen Entität wie der „Sicht“ abhängig machen, sondern hierfür eine messbare Größe wie etwa *Lux* (Beleuchtungsstärke) einsetzen würde.

Automatisierungsgerechtes Recht müsste Rechte und Pflichten aber auch viel expliziter festsetzen als bisher,¹⁶⁷ was auch Gefahren mit sich bringen kann. So darf es

¹⁶³Dies wird für die Verwaltung (insbesondere die Steuerverwaltung) schon länger diskutiert. So finden sich etwa bereits bei *Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, S. 27; und *Simitis*, Automation in der Rechtsordnung, 1967, S. 3 f. frühe Beiträge zu dem Thema; aus neuerer Zeit siehe *Abrendt*, NJW 2017, 537 ff.; *Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS BFH, Bd. 1, 2018, S. 361 ff.; *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 109 ff.; außerdem eingehend auch *Mohabbat Kar/Thapa* et al., Recht digital, Sep. 2019 (bit.ly/373vkXJ); *Herold*, DÖV 2020, 181 ff.; aus dem Strafrecht *Hilgendorf*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, 2020, S. 137 ff., 149 ff. Eher kritisch äußert sich *Kube*, VVDStRL, 78 (2019), 289, 309 m. w. N.

¹⁶⁴Vgl. *Gantner*, Rechtsdurchsetzung und autonome Systeme, JurPC Web-Dok 121/2019 (jurpc.de/jurpc/show?id=20190121), Abs. 80 ff.

¹⁶⁵Dies fordern auch *Mohabbat Kar/Thapa* et al., Recht digital, Sep. 2019 (bit.ly/373vkXJ), S. 6, 13, 15 ff.; kritisch jedoch Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/310lSwq), S. 213; *Guckelberger*, DÖV 2020, 797, 804.

¹⁶⁶*Herold*, DÖV 2020, 181, 183 f.

¹⁶⁷Dies verdeutlicht *Hilgendorf*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, 2020, S. 137 ff., 149 ff.

selbstverständlich nicht von dem Erfordernis eines ebenso sachgerechten Rechts entbinden, das der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragen und soziale Konflikte bewältigen können muss.¹⁶⁸ Es eignet sich daher sicherlich nur für einige wenige Bereiche im Recht.¹⁶⁹

Die Schwierigkeit in dieser Einschätzung ergibt sich allerdings daraus, dass der Umfang dieser Bereiche nicht klar definiert, sondern durch technischen Fortschritt wandelbar ist. Wenn geeignete Rechtsregeln für die digitale Welt nicht vom Staat geschaffen und durchgesetzt werden (können), beispielsweise weil Unstimmigkeiten über die Eignung von bestimmten Regelungsmaterien bestehen, kann dies zur Folge haben, dass Private immer häufiger eigene Rechtsregeln in Algorithmenform erschaffen und selbst durchsetzen (müssen), um den wandelnden Bedürfnissen des Marktes nach Automatisierung nachzukommen.¹⁷⁰ Das selbstfahrende Auto aus dem vorangegangenen Beispiel könnte somit auch ohne eine rechtliche Rückbindung auf eine bestimmte Geschwindigkeit bei bestimmter Beleuchtungsstärke programmiert werden, die von den Marktteilnehmern beliebig festgelegt wäre.

Wenngleich diese Art der Entwicklung in vielen Lebensbereichen unschädlich erscheint, kann sie besonders bei originär staatlichem Handeln eine Distanzierung von staatlichem Recht und Realität zur Folge haben.¹⁷¹ Unter dem Stichwort *code is law* wird etwa bereits seit mehreren Jahren über die steigende Bedeutung des Computer-codes als Quelle der Steuerung und Reglementierung menschlichen Verhaltens kritisch diskutiert.¹⁷² Will das staatliche Recht bedeutsam bleiben, muss es sich wohl immer stärker der sich wandelnden digitalen Realität anpassen, denn ein umgekehrtes Entgegenkommen ist kaum zu erwarten.

¹⁶⁸Dies befürchtet *Kube*, VVDStRL, 78 (2019), 289, 309.

¹⁶⁹So sei nach Ansicht von *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 153 beispielsweise die Anordnung von Untersuchungshaft zwar auf den ersten Blick automatisierungsfähig, hier wäre aber eine „differenzierte Gesamtabwägung“ erforderlich; zu dieser Kritik außerdem *Leeb*, Digitalisierung, Legal Technology und Innovation, 2019, S. 337 f.; in solchen Bereichen wäre aber immernoch eine Entscheidungsunterstützung möglich, so *Mohabbat Kar/Thapa* et al., Recht digital, Sep. 2019 (bit.ly/373vkXJ), S. 11.

¹⁷⁰Hierzu bereits Kap. 3, B, II, 3, b.

¹⁷¹Zu diesem Gedanken vgl. *Benda*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 6, Rn. 46 „Die Staatstätigkeit kann nicht hinter der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung zurückbleiben. Sonst würden in dem Maße, in dem der Staat auf die Entwicklung und Realisierung zukunftsorientierter Konzepte verzichtet, gesellschaftliche Kräfte den Leerraum ausfüllen und den Herrschaftsanspruch des Staates gefährden.“; zu Entwicklungen dieser Art auch *Wernicke*, ZEuP 2020, 1 ff.

¹⁷²Vgl. etwa das Standardwerk *Lessig*, Code, Version 2.0, ²2006; außerdem *Froitzheim*, in: Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformation, 2018, S. 311 ff. m. w. N.

bb) Bindung durch Entscheidungsvorgaben in Algorithmenform?

Die Vorstellung, algorithmisch befolgbare Rechtsnormen in breitem Umfang einzuführen, stößt allerdings auch unter dieser Prämisse an einige gewichtige Grenzen. Auch eine automatisierungsgerechte Rechtsvorschrift wäre schließlich doch für sich genommen nur in sehr seltenen Fällen in der Lage, alle Rechtspflichten für eine vollautomatische Auslegung erschöpfend zu konkretisieren, sondern könnte häufig nur maschinenlesbare Elemente konditional definieren, deren genaue Umsetzung aber wiederum erst in einem Algorithmus übersetzt und konkretisiert werden müssten. Das Gesetz könnte zwar konditionale Bedingungen und logische Operationen enthalten, die sich unmittelbar in Code umwandeln ließen,¹⁷³ jedoch stehen diese in Verbindung mit den Faktoren der Realwelt, die der Umsetzung in Computercode in vielen Fällen Alternativen und Spielräume eröffnen. So müssten beispielsweise die konkreten Messmethoden für einen bestimmten gesetzlich definierten Wert festgelegt und das Verhältnis von Variablen zueinander erschöpfend definiert sowie die Auswirkung aller denkbarer Sachverhaltsinformationen vorausgesehen werden.

Noch gravierender wäre der Konkretisierungsaufwand, ginge man von der heute vorherrschenden Gesetzesform aus. Auch bei heute eher als „einfach“ verstandenen Vorschriften würde in den allermeisten Fällen eine weitere Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben und der Entscheidungsalternativen notwendig, um einen gesetzgebundenen Entscheidungsalgorithmus umsetzen zu können.

Vorschriften dieser Art entfalten dann aber einen eigenen über den unmittelbaren Befehl des Gesetzes hinausgehenden Regelungsgehalt, der sich aus der jeweiligen subjektiven Interpretation der Vorschrift ergibt, es wäre also keine unmittelbare Bindung an das Gesetz mehr gewährleistet.

Im Ergebnis ist eine unmittelbare Bindung von regelbasierten Rechtsgeneratoren an das in natürlicher Sprache gefasste Gesetz daher nur in sehr seltenen, absolut logisch determinierten Fällen, etwa bei der Umsetzung mathematischer Formeln und reiner Konditionalnormen vorstellbar.¹⁷⁴ Diese Option kann für die Indienststellung von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in größerem Umfang nicht genügen, bildet sie doch nur eindimensional sehr begrenzte Entscheidungsteile der Rechtsprechung ab.

Wenn Rechtsgeneratoren Recht umsetzen würden, griffen sie ansonsten nur mittelbar auf die natürliche Sprachfassung des Gesetzes zurück, unmittelbar bezögen sie sich auf in Algorithmenform verfasste konkrete Entscheidungsvorgaben. Der Algorithmus würde damit zum eigentlichen Maßstab richterlicher Entscheidung.¹⁷⁵

¹⁷³Hierzu *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 208.

¹⁷⁴*Guckelberger*, DÖV 2020, 797, 802 f.

¹⁷⁵Hierzu kritisch *dies.*, DÖV 2020, 797, 808: „Da das Grundgesetz vom menschlichen Richter ausgeht [...], welcher nur dem Gesetz unterworfen ist [...], belegt dies ebenfalls, dass Algorithmen nicht Maßstäbe, sondern allenfalls Kontrollgegenstände der Gerichte sein können.“

c. Überlegungen zu einer vermittelten Bindung an das Gesetz

Eine unmittelbare Bindung an das traditionelle Gesetz ist nach all dem in den allermeisten Fällen also weder bei regel- noch bei datenbasierten Rechtsgeneratoren realistisch. Fraglich bleibt daher, ob es weitere mittelbare Möglichkeiten geben könnte, Rechtsgeneratoren richtergleich – vermittelt über eine Bindungswirkung ihrer daten- oder regelbasierten Entscheidungsgrundlagen – an das Gesetz zu binden. In den allermeisten Fällen würde die Gesetzesbindung hierfür eines gesetzgeberischen Umweges bedürfen, der die in Algorithmenform verfassten Determinierungsentscheidungen selbst als verbindliches Recht festlegen könnte. Ob das eine gangbare Option ist, sollen die nun folgenden Abschnitte beleuchten.

aa) Unzulänglichkeit richterähnlicher Gesetzesbindung

Eine nahe liegende Möglichkeit zur mittelbaren Bindung eines regelbasierten Rechtsgenerators an das Gesetz läge in einer *richterähnlichen Gesetzesbindung seiner Hersteller*. Diese könnte sich argumentativ als vermittelte (mittelbare) Bindung auch auf den ausführenden Algorithmus ausdehnen lassen, der den vorgefügten Entscheidungswegen nachfolgt. Bei einem unabhängigen Algorithmen-Gremium, wie es im vorangegangenen Abschnitt vorgeschlagen wurde, wäre eine mit einem (klassischen) Richter vergleichbare Garantie solch einer Gesetzesbindung der Gremienmitglieder durchaus vorstellbar.

Schon bei in begrenztem Maße selbstlernenden Algorithmen wäre aufgrund bedingter Autonomie des Algorithmus bei der Entscheidungsfindung, neben der *Bindung der für die Datenauswahl zuständigen Akteure*, aber auch eine *Gesetzesbindung der Technik selbst* notwendig. Die Daten, die dem induktiven Vorgehen zugrunde liegen, müssten (zumindest indirekt) durch das Gesetz determiniert sein. Vorstellbar ist das aber nur in begrenztem Umfang, etwa wenn sich Daten aus vergangenen Gesetzesauslegungen, Prozessentscheidungen oder der wissenschaftlichen Literatur speisen¹⁷⁶ oder technische Methoden, die die Gesetzeskonformität des Algorithmus überwachen, etabliert wurden¹⁷⁷. Die Auswahl von Daten und ihre Gewichtung und Überwachung nach dem Kriterium, wie nah sie sich am Gesetz orientieren, wäre Grundvoraussetzung einer hinreichenden Gesetzesbindung und Rechtsstaatlichkeit induktiver Systeme.

Mit ihr allein wäre aber allenfalls eine *Gesetzeskonsistenz*, keinesfalls eine vollständige Gesetzesbindung des ausführenden Rechtsgenerators erreicht. Selbst wenn es gelingen könnte, Rechtsgeneratoren als gesetzeskonforme Rechtsanwender auszugestalten, wäre

¹⁷⁶Kritisch zu dieser Option *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 51 f.

¹⁷⁷Solche diskutieren etwa *Kroll/Huey et al.*, University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), 633, 662 ff., 682 ff.

hierbei, genau wie bei der erstgenannten alternativen Bindung der regelprogrammierenden Algorithmenhersteller, die Notwendigkeit eines weiteren Verbindlichkeitsgrundes der Entscheidungsvorgaben nicht miteingepreist. Ursache dieses Mangels ist, dass der reine Verweis auf eine (vorverlagerte) richterähnliche Gesetzesbindung den Auswirkungen von algorithmischen Determinierungsentscheidungen nicht gerecht wird. Es ist (wie schon unter dem Aspekt der Unabhängigkeit)¹⁷⁸ erneut zu berücksichtigen, dass die Entscheidungsgewalt der Algorithmenhersteller sich bei Entscheidungsalgorithmen nicht auf einen Einzelfall begrenzen lässt, sondern alle weiteren Entscheidungen des ausführenden Rechtsgenerators bedingt.

Die Bindungswirkung einer automatisierungsgerechten algorithmischen Entscheidungsvorgabe, ob sie nun von einem Menschen oder einer Künstlichen Intelligenz stammt, wäre also an sich schon in Bezug auf ihre Anwendung durch einen (richterlichen) Rechtsgenerator gesetzesähnlich. Die Gesetzeskonsistenz der Algorithmenhersteller beziehungsweise des Algorithmus wäre folglich hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit algorithmischer Entscheidungen sicherlich eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Zulässigkeit von automatisierter Rechtsprechung, denn sie kann die Verbindlichkeit der Vorgaben für die weitere Anwendung durch den Rechtsgenerator nicht begründen.

bb) Unterschiede zu der Verwaltung

Anders als es vielleicht bei automatisierten Verwaltungsentscheidungen denkbar erscheinen könnte, kann eine Vermittlung der Gesetzesbindung von Rechtsprechungsorganen aber auch nicht über ermessensleitende oder -einschränkende algorithmische Vorgaben ohne einen eigenen Gesetzescharakter, etwa in Form von *antizipierten Verwaltungsvorschriften*¹⁷⁹ oder Weisungen, die Gesetzesinhalte für die Anwendung durch einen Algorithmus konkretisieren, stattfinden.¹⁸⁰

Die Verwaltung kann sich an Verwaltungsvorschriften und andere interne Vorgaben, die eine Algorithmenprogrammierung enthalten könnten, binden,¹⁸¹ der Rechtsprechung ist dieser Weg jedoch verschlossen. Die Form der Verwaltungsvorschrift ist für eine Bindung der Rechtsprechung ungeeignet, weil sie unmittelbar¹⁸² nur im Ver-

¹⁷⁸Siehe u. a. Kap. 5, A, I, 2, b, bb).

¹⁷⁹Zur Verwaltungsvorschrift siehe Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1, 86 S. 1, 108 Abs. 7 GG.

¹⁸⁰Ein solcher Vorschlag für die Verwaltung findet sich bei *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 215 ff.; auch *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 189 f. greift diesen Gedanken auf.

¹⁸¹Ausführlich zur Debatte *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 469 ff. m. w. N.

¹⁸²Zur mittelbaren oder faktischen Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften *Axer*, Normsetzung der Exekutive, 2000, S. 182 f.

waltungsinnenbereich Bindungswirkung entfaltet. Sie bindet Gerichte (also auch algorithmische Gerichte) nur, solange diese ihren Prüfungsmaßstab zugunsten der Verwaltungsvorschrift zurücknehmen.¹⁸³ Die Entscheidungen der rechtsprechenden Gewalt dürfen sich anders als ihre Entsprechungen aus dem Verwaltungsbereich *ausschließlich direkt* an Vorschriften, die einen verbindlichen Gesetzescharakter besitzen, binden und in keinem Fall an behördeninterne Absprachen, Vorgaben oder Weisungen.

4. Die Bindung des Rechtsgenerators an Algorithmencode

Nimmt man das Gebot der Gesetzesbindung als einzig zulässigem (aber auch notwendigem) Einwirkungsmittel auf die richterliche Entscheidung also ernst, wäre eine Bindung eines richterähnlichen Algorithmus an eine Entscheidungsvorgabe in Algorithmenform nur zulässig, wenn dieser selbst eine gesetzliche Bindungskraft zukäme. Um die Gesetzesbindung des Rechtsgenerators zu verwirklichen, aber auch um den Vorwurf der willkürlichen Bindung an eine subjektive oder algorithmisch-diskriminierende Vorentscheidung abzuwenden, wäre daher eine gesetzgeberische Involvierung notwendig, die eine bestimmte durch einen Algorithmus erzielte Rechtsanwendung für die weiteren Entscheidungen des richterlichen Rechtsgenerators als bindend vorschreiben könnte.

Überlegungen in verwandte Richtung sind aktuell in Zusammenhang mit entscheidungsunterstützenden Algorithmen in der Rechtsprechung zu finden.¹⁸⁴ Die genannte Frage der Bindungskraft von Algorithmenvorentscheidungen ergäbe sich nämlich bereits in ähnlicher Weise, falls *menschliche* Richter an algorithmische Entscheidungsvorschläge (teilweise) gebunden werden sollten. Hierzu wird überlegt, dass wenn der Gesetzgeber einen unterstützenden Entscheidungsalgorithmus als bindend vorgäbe, Richter theoretisch sogar auf eine konkrete Entscheidungsvorgabe eines Algorithmus festgelegt werden könnten, denn Unabhängigkeit bestehe bekanntlich nicht von dem Gesetz.¹⁸⁵

Versteht man die Gesetzesbindung in dieser Art, würde es auch Rechtsgeneratoren ermöglicht, in bestimmten Entscheidungssituationen im Einklang mit der Gesetzesbindung zu entscheiden. Denn sieht man die Bindung an den Willen des Gesetzgebers und

¹⁸³Ossenbübl, DVBl. 1999, 1, 5.

¹⁸⁴Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 57; Rollberg, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 130 f.

¹⁸⁵Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 57. Anders las sich noch Schmitt, Verfassungslehre 1928 (Nachdruck 1983), S. 155: „Wenn der Gesetzgeber die Form des Gesetzes für Einzelbefehle an den Richter gebrauchen darf, ist der Richter nicht mehr unabhängig, sondern von den Stellen, welche für die Gesetzgebung zuständig sind, abhängig“.

nicht einen in menschlicher Sprache verfassten und damit deutungs offenen Normcharakter des Gesetzes als das entscheidende Kriterium für die Bindung des Richters bei der Rechtsanwendung an, könnte in solch einer gesetzgeberischen Weise auch ein entscheidungstreffender Algorithmus in Richterfunktion auf bestimmte Entscheidungsvorgaben festgelegt werden.¹⁸⁶ Nicht-menschliche Rechtsanwender vollzögen in diesem Szenario, ähnlich einer gebundenen oder ermessensreduzierten Entscheidung im Verwaltungsrecht, nur noch die konkretisierten Entscheidungsvorgaben des Algorithmus ohne Abweichungsmöglichkeit.¹⁸⁷ Die Bindung an das algorithmische Gesetz könnte sich hierbei weitestgehend losgelöst von dem konkreten Inhalt und Vorgehen des Algorithmus im Rahmen der verfassungsrechtlichen Regelungskompetenzen des Gesetzgebers bewegen.

Diese Art, den Rechtsanwendungsprozess zu betrachten, ist aber kritisch zu hinterfragen, wirft sie doch verschiedene weiterführende Fragestellungen zum Verbindlichkeitsgrund von Rechtsnormen auf. Zunächst soll deshalb geklärt werden, wer die Kompetenz besitzen könnte, solche algorithmischen Entscheidungsketten anzustoßen,¹⁸⁸ außerdem unter Verwendung welcher Normarten dies praktikabel und verfassungsrechtlich zulässig geschehen könnte. Wesentlich ist nicht zuletzt aber auch die Frage, ob Algorithmen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine bindende Rechtsquelle überhaupt genügen können. Nachdem daher eher formale Einwände zu erörtern sind, wird abschließend zu klären sein, ob Gesetze in Algorithmenform dem verfassungsstaatlichen Gedanken der Gesetzesbindung im Gefüge der Gewaltenteilung überhaupt entsprechen können.

a. Algorithmencode in Parlamentsgesetzen?

Die von einem idealistisch demokratietheoretischen Standpunkt wohl nahe liegendste Möglichkeit der Schaffung von Verbindlichkeit wäre es vermutlich, Algorithmen in Gänze in den formellen Gesetzestext aufzunehmen, sie also selbst zu demokratisch legitimiertem Parlamentsgesetz erstarken zu lassen. Dazu könnte das Parlament entweder (was in Anbetracht des Umfangs und der Komplexität algorithmischer Normen sehr unwahrscheinlich erscheint) selbst Vorschläge entwickeln oder vorhandene Vorschläge

¹⁸⁶Diese Festlegung wäre aber nicht nur eine partielle, sondern eine absolute und allumfassende Bindung, die für alle Entscheidungsfälle gelten würde.

¹⁸⁷Nicht zufällig weist dieser Ansatz gewisse Ähnlichkeiten zu Überlegungen auf, die auch Verwaltungsentscheidungen bei Ermessensreduzierung auf Null für eine vollautomatisierte Bearbeitung öffnen wollen. Auch hier könnte eine gesetzliche Vorgabe soweit konkretisiert werden, dass sie algorithmisch händelbar wird. Jedoch sollte auch in diesem Bereich die Entscheidung über die Automatisierungsfähigkeit nicht allein der Verwaltung, sondern auch wesentlich dem Gesetzgeber überlassen werden. Vgl. hierzu *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1129 f.

¹⁸⁸Ähnliches fragte sich auch bereits *Enders*, JA 2018, 721, 725 f.

(etwa die eines unabhängigen Algorithmen-Gremiums) als eigene in den Gesetzestext aufnehmen.

Dass der Abbildung von konkreten Algorithmenvorgaben in formellen Gesetzen jedoch nicht nur normtheoretische, sondern bereits praktische Schranken gesetzt sind, zeigt sich schon allein daran, dass es in Anbetracht der notwendigen Komplexität algorithmischer Entscheidungsvorgaben eine deutliche Überfrachtung der Gesetzestexte bedeuten würde, wenn zukünftig jede Abzweigung im Entscheidungspfad eines Algorithmus, jeder Datenpunkt und seine Verknüpfung mit dem nächsten sowie dessen Auswirkung auf die Entscheidung in einem förmlichen Verfahren durch den Bundestag oder die Landesparlamente verabschiedet werden müsste, noch ganz zu schweigen von der permanenten Notwendigkeit der Erweiterung, Anpassung und Änderung der einzelnen Komponenten. Allein schon deshalb wäre diese Art Verbindlichkeit zu schaffen selbst im optimistischsten Falle als unpraktikabel auszuschließen.

b. Algorithmencode in konkretisierenden Gesetzen?

Das Problem unübersichtlich normtiefer Rechtsmaterien ist aber kein in dieser Situation originäres. Schon in anderen Bereichen, die sich durch eine Vielzahl kleinteiliger Regelungen auszeichnen, wie beispielsweise dem Umwelt- und Technikrecht¹⁸⁹ oder dem Arbeits- und Sozialrecht,¹⁹⁰ werden außerparlamentarische Mechanismen der Rechtserzeugung herangezogen, um den Gesetzgeber von der Komplexität gesetzeskonkretisierender Vorhaben zu entlasten.¹⁹¹ Überlegenswert bleibt daher, ob sich eine oder mehrere dieser Methoden auch für den hiesigen Bereich, also für eine gesetzliche Vorgabe in Algorithmenform, eignen würden.

aa) Delegation von Gesetzgebungskompetenz an Algorithmenhersteller?

Eine erste, dem Grundgesetz bekannte Option, (gerichtliche und verwaltende) Rechtsanwendung an eine konkretisierte Gesetzesvorgabe zu binden, ist die *Delegation* von legislativer Regelungskompetenz an eine externe (staatliche) Entscheidungsstelle mit eigenem Ermessen. Delegation bezeichnet im engeren Sinne die begrenzte Übertragung von Regelungskompetenzen, also die Ermächtigung, in dem durch den Delegierenden

¹⁸⁹Hierzu etwa *Veit*, Die Rezeption technischer Regeln, 1989; *Gusy*, NVwZ 1995, 105 ff.; *Denga/Poble/Hölzel*, RW 2020, 420 ff.

¹⁹⁰Hierzu etwa *Clemens*, NZS 1994, 337 ff.

¹⁹¹Kritisch zur Übertragung parlamentarischer Aufgaben *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 177; *Herdgen*, VVDStRL, 62 (2003), 7 ff.

bezeichneten und inhaltlich, persönlich und/oder örtlich beschränkten Kompetenzbereich aus eigener Befugnis bindendes sogenanntes *untergesetzliches Recht* zu schaffen.¹⁹² Könnte auf diesem Wege Kompetenz an die Ersteller einer algorithmischen Entscheidungsvorgabe delegiert werden, könnten Algorithmen selbst verbindlicher Teil der Rechtsordnung werden und folglich auch einen ausführenden Rechtsgenerator gesetzlich binden.

bb) Grenzen der Delegation

Jedoch kann die Delegation von Rechtssetzungskompetenz nicht in einem unbegrenzten Umfang stattfinden; sie muss nach Art und Reichweite mit den Strukturprinzipien der Verfassung in Einklang stehen und insbesondere die Grundsatzkompetenz und Verantwortung der Parlamente für die Rechtssetzung auch gegen eine drohende Selbstentmachtung wahren.¹⁹³

(1) Delegation an private Algorithmenhersteller

Im vorangegangenen Abschnitt wurde etwa die Erwägung angestellt, privaten Akteuren (unter staatlicher Kontrolle durch einen Algorithmen-TÜV) die Entscheidung über die Determinanten der Algorithmenerstellung zu überlassen.¹⁹⁴

Eine Delegation von Gesetzgebungsmacht an private Algorithmenhersteller in dem hier diskutierten Regelungsbereich und Umfang, die es diesen ermöglichen würde, die allgemeinverbindliche Rechtsordnung mitzugestalten und die rechtsprechende Gewalt zu binden, lässt sich jedoch unter Verweis auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als unzulässig klassifizieren. Wenn private Akteure überhaupt an einem Gesetzgebungsprozess beteiligt werden können, was in Art und Umfang umstritten ist, können ihre Normen mangels demokratischer Rückbindung an den Volkswillen in der Regel keinen allgemeinverbindlichen Geltungsanspruch über den begrenzten Bereich ihrer Selbstverwaltung hinaus vermitteln.¹⁹⁵ Der Staat kann und darf die rechtsstaatliche

¹⁹² *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 109 unter dem Begriff „Ermächtigung“; siehe außerdem *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 67.

¹⁹³ BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, BVerfGE, 47, 285, 315 = NJW 1978, 1475, 1477; *Arndt*, JuS 1979, 784, 785 f.

¹⁹⁴ Siehe Kap. 5, A, I, 4, a.

¹⁹⁵ Ähnlich auch *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 129 f., außerdem 127; gegen die Übertragung auch in Form eines Subdelegates *Veit*, Die Rezeption technischer Regeln, 1989, S. 13 m. w. N.; *Ossenbübl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 103, Rn. 36.

Aufgabe der Gesetzgebung wegen dieses Legitimationsdefizits grundsätzlich in größerem Umfang nicht beliebig an Private abtreten.¹⁹⁶ In einigen Ausnahmefällen (etwa bei der *Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen*) können private Normen zwar Allgemeingültigkeit erlangen, hierbei handelt es sich jedoch stets um eng begrenzte Regelungsbereiche eigener Art, in denen sich diese Akteure durch eine besondere soziale Rolle und einen eigenen grundrechtlich abgesicherten Schutzstatus¹⁹⁷ auszeichnen.¹⁹⁸

Eine Ansicht, die diese Tendenz zu verallgemeinern suchen würde, würde gerade in einem potenziell breiten und grundrechtssensiblen Anwendungsbereich wie dem hiesigen zu einer drastischen Relativierung der staatlichen (legislativen) Normsetzungsaufgabe zugunsten privater Algorithmenhersteller führen.¹⁹⁹ Private können zwar besonders bei technischen Sachverhalten an der Normkonkretisierung mitwirken und hierfür eine besondere Expertise vorweisen,²⁰⁰ zu unterscheiden ist aber, ob es sich hierbei im weitesten Sinne um Formen einer privatrechtlichen Selbstregulierung von privatautonomen Marktteilnehmern, beispielsweise durch die sukzessive und konsensuale Prägung von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen wie dem „Stand der Technik“ handelt,²⁰¹ die sich durch staatliche Kontrollen legitimieren lassen,²⁰² oder ob es sich wie hier um eine umfassende rechtsverbindliche Konkretisierungsaufgabe mit engem Bezug zu den Kernkompetenzen der Dritten Gewalt handelt. Eine Aufgabe der letzten Art kann nur der Staat wahrnehmen, nur er ist dem Gemeinwohl und nicht bestimmten Partikularinteressen verpflichtet.²⁰³

Die Delegation von Gesetzgebungskompetenz an private Algorithmenhersteller ist deshalb, zumindest in dem Umfang und der Art wie sie für ein Vorhaben algorithmischer Entscheidungen in der Rechtsprechung notwendig wäre, als unzulässig zu kennzeichnen. Der Staat muss insbesondere in den Kernbereichen der Grundrechtsausübung zwingend selbst Expertise vorhalten²⁰⁴.

¹⁹⁶BVerfG, Beschl. v. 09.05.1972, BVerfGE, 33, 125, 158 = NJW 1972, 1504, 1506; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, BVerfGE, 44, 322, 348 = NJW 1977, 2255, 2257; BVerfG, Beschl. v. 14.06.1983, BVerfGE, 64, 208, 214 = NJW 1984, 1225; siehe auch *Veit*, Die Rezeption technischer Regeln, 1989, S. 13 f. m. w. N.

¹⁹⁷Siehe Art. 9 Abs. 3 GG.

¹⁹⁸Hierzu BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, BVerfGE, 44, 322 = NJW 1977, 2255.

¹⁹⁹Ähnliches befürchtet *Kirchhof*, DStR 2018, 497, 498.

²⁰⁰Hierzu *Denga/Poble/Hölzel*, RW 2020, 420 ff.

²⁰¹Hierzu *dies.*, RW 2020, 420, 426 ff.

²⁰²Zu Kontrollmöglichkeiten *dies.*, RW 2020, 420, 430 f., 439 ff.

²⁰³Siehe hierzu *Boehme-Nefler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 199.

²⁰⁴So auch *Denga/Poble/Hölzel*, RW 2020, 420, 422.

(2) Delegation an staatliche Algorithmenhersteller

Gangbar wäre daher nach dem Grundgesetz allenfalls eine Delegation von Gesetzgebungsmacht an eine staatliche Stelle. Als bedenklich könnte sich an dieser Option allerdings erweisen, dass das Grundgesetz die Möglichkeit der Übertragung von bedingter Gesetzgebungsmacht („auf Grund eines Gesetzes“) unter begrenzter eigener Gestaltungsfreiheit²⁰⁵ an andere staatliche Institutionen auf nationaler Ebene²⁰⁶ nur in Form der *Rechtsverordnung*²⁰⁷ und der *Satzung*²⁰⁸ enthält.

Die Zuständigkeit für die Gesetzgebung ist zwischen Bund- und Ländern ansonsten bis hin zu einzelnen Rechtsgebieten sehr genau geregelt²⁰⁹.

Von den genannten Formen delegierter Rechtssetzung ist für die Abbildung von algorithmischen Entscheidungsvorgaben, wie sie dem Einsatz eines Rechtsgenerators dienen könnten, aber keines geeignet. Eine Satzung ist wegen ihres beschränkten persönlichen beziehungsweise örtlichen Geltungsbereichs innerhalb einer Selbstverwaltungseinheit ungeeignet. Sie ist Ausdruck von Autonomie, nicht von allgemein staatlicher Rechtssetzungsgewalt²¹⁰. Eine mit einer solchen Autonomiebegründung notwendigerweise einhergehende Einschränkung des persönlichen oder örtlichen Regelungsbereichs von algorithmischen Entscheidungsvorgaben wäre mit dem Ziel der Bindung aller resultierenden Gerichtsentscheidungen nicht kompatibel.

Am ehesten mit diesem Zweck vereinbar wäre hinsichtlich der Reichweite ihrer Wirkung und ihrer Regelungsidee – unter den dem Grundgesetz bekannten – deshalb allenfalls die Form einer Rechtsverordnung.

Die Rechtsverordnung ist als Regelungsinstrument in Art. 80 GG normiert und dient der Dekonzentration und Entlastung der Parlamente²¹¹. Sie wird nach Art. 80 Abs. 1 GG aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt, erlassen²¹² und hat in dem hierin festgelegten Umfang

²⁰⁵Zum Ermessen des Rechtsverordnungsgebers *Babura*, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), GS Martens, 1987, S. 25 ff., insb. 30 ff.

²⁰⁶Zur Abtretung von Gesetzgebungskompetenz an die Institutionen der Europäischen Union siehe Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, an andere zwischenstaatliche Einrichtungen siehe Art. 24 Abs. 1 GG.

²⁰⁷Siehe zur Rechtsverordnung Art. 80 GG.

²⁰⁸Für die Satzungsautonomie der Gemeinde: Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Satzungsautonomie anderer juristischer Personen der mittelbaren Staatsverwaltung ist Ausprägung des Rechts auf Selbstverwaltung. Hierzu etwa *Babura*, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), GS Martens, 1987, S. 25 ff., 28; *Clemens*, in: Grawert/Schlink et al. (Hrsg.), FS Böckenförde, 1995, S. 259 ff., 263 ff. und im Privatrecht Ausprägung des Prinzips der Privatautonomie und Vertragsfreiheit (vgl. etwa § 25 f. BGB, § 5 f. GenG).

²⁰⁹Siehe Art. 30, 70 f. GG, insb. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG.

²¹⁰BVerfG, Beschl. v. 09.05.1972, BVerfGE, 33, 125, 156 f. = NJW 1972, 1504, 1506; v. *Danwitz*, JURA 2002, 93, 95.

²¹¹v. *Danwitz*, JURA 2002, 93, 94 f.; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 103, Rn. 1.

²¹²Zu den Anforderungen an diese Ermächtigung *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 103, Rn. 17 ff.; Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 70. EL Dez. 2013, Art. 80 Rn. 49 ff.

Bindungswirkung für die Allgemeinheit ebenso wie für die Gerichte. Damit weist sie strukturelle Eigenschaften und Zielverwirklichungen auf, die auch die Regelung einer automatisierungsgerechten algorithmischen Entscheidungsvorgabe kennzeichnen müssten.

In ihrem Adressatenkreis eignet sich die Regelungsform der Rechtsverordnung für eine algorithmische Gesetzeskonkretisierung aber nicht. Nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG können nur die Bundesregierungen, Bundesminister und die Landesregierungen zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt werden. Diese können nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ihre Ermächtigung per Rechtsverordnung an (staatliche) *Sub-delegate* weiterreichen.

Selbst wenn die genannten Exekutivorgane eine Rechtsverordnung aber nicht selbst erlassen, sondern etwa an ein Algorithmen-Gremium delegieren würden, verbliebe der Exekutive stets ein sehr großer Einwirkungsspielraum bezüglich des „Obs“ und auch des Inhalts der algorithmischen Normen. Würde in einer Rechtsverordnung eine für die automatisierte Rechtsprechung verbindliche algorithmische Entscheidungsvorgabe abgebildet, würde dies der Exekutive daher eine nicht unerhebliche Einwirkung auf die daraus resultierenden Einzelfallentscheidungen der Gerichte gestatten und daher – wie der vorangegangene Abschnitt deutlich machte²¹³ – mit der Unabhängigkeitsgarantie in Konflikt geraten.

Anders als einer herkömmlichen Rechtsverordnung wäre einer algorithmischen Entscheidungsvorgabe wegen der technisch bedingten Überschneidung von Anweisungs- und Ausführungsebene schließlich auch immer eine Vorgabe für eine spezifische Entscheidung im Einzelfall immanent. Es wäre also – wenn überhaupt – nur eine bisher unbekannte Form der Delegation an eine der Judikative nahestehende staatliche und unabhängige Institution (etwa in Form des diskutierten Algorithmen-Gremiums)²¹⁴ vorstellbar. Diese Ermächtigung würde in Inhalt und Umfang, jedoch nicht in ihrem Adressatenkreis Ähnlichkeiten mit einer Rechtsverordnung aufweisen.

Aus der damit bestehenden Notwendigkeit einer neuen Regelungsform ergeben sich weitere Probleme. Wenn man den Katalog der genannten Normsetzungsformen als abschließend begreift, also von einem *numerus-clausus* der Normsetzungsarten ausgeht,²¹⁵ könnte es schließlich als verfassungsrechtlich unzulässig zu begreifen sein, die Gesetzgebungskompetenz für die Spezifizierung gesetzlicher Vorgaben in anderer

²¹³Siehe Kap. 5, A, I, 2, b, dd).

²¹⁴Hierzu siehe Kap. 5, A, I, 4.

²¹⁵In diese Richtung etwa (noch) BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958, BVerfGE, 8, 274, 323 = NJW 1959, 475, n. a.; Ossenbühl, DVBl. 1967, 401, 402; BVerfG, Beschl. v. 09.10.1968, BVerfGE, 24, 184, 199 = NJW 1969, 33, 35; offenlassend BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, BVerfGE, 44, 322, 346 f. = NJW 1977, 2255, 2257; siehe auch Arndt, JuS 1979, 784, 786; Ossenbühl, NZS 1997, 497, 500; für ein strenges Verständnis der Vorgaben des Art. 80 GG Schönenbroicher, BayVBl. 2011, 624, 625.

Form und an andere Adressaten als die in der Verfassung genannten zu delegieren. Daraus würde auch die Unzulässigkeit der Delegation an ein unabhängiges Gremium der Algorithmenherstellung resultieren, das in der Judikative verordnet wäre.

Für die Ansicht eines solchen Typenzwangs der Normsetzungsarten mag sprechen, dass das Grundgesetz die Bedeutung der legislativen Gewalt bei der Normsetzung in den in der Verfassung genannten untergesetzlichen Rechtsquellen deutlich betont, indem es durch Bedingungen und Grenzen der Delegation die grundsätzliche Verantwortung des Parlaments klar zum Ausdruck bringt.²¹⁶ Es zeigt in Form von Einschränkungen im Regelungsumfang und durch diverse Rechtmäßigkeitsanforderungen, beispielsweise zum Inhalt oder dem Adressatenkreis delegierter Normen, dass der Übertragung von Rechtssetzungsverantwortung auf andere Gewalten klare Grenzen zu setzen sind.²¹⁷ Ziel der Verfassung ist offenkundig, die Aushöhlung parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse zu vermeiden. Untergesetzliche Normen sollten nach strenger Lesart folglich nur Detailregelungen mit geringem politischen Entscheidungsgehalt enthalten und die Gesetzgebung keineswegs ersetzen, jedoch werden sie gerade in neuen Rechtsbereichen notgedrungen auch immer einige eigene politische Leitlinien vorgeben müssen.²¹⁸

Andererseits ist das Erreichen dieser Grenzsetzung nicht zwangsläufig von einem Typenzwang der bekannten Rechtsquellen abhängig, solange sich mögliche weitere untergesetzliche Rechtsquellen ebenfalls im Rahmen der verfassungsrechtlichen Anforderungen halten würden.²¹⁹ Die Begrenzung der Regelungskompetenz kann prinzipiell auch in neuen Normarten verwirklicht werden. Selbst wenn man aber der strengeren Ansicht folgt und von einem abschließenden Katalog der Rechtsquellen ausgeht, ist dadurch die Etablierung neuer Normarten immerhin unter der Bedingung der Verfassungsänderung nicht ausgeschlossen.²²⁰ Durch das Argument des Typenzwangs lässt sich die Erschaffung einer delegierten Rechtssetzungszuständigkeit für Algorithmenvorgaben also nicht endgültig ausschließen.

Auch an dieser Stelle der Untersuchung lässt sich aber erneut eine drohende Tendenz zu einer Verschiebung der Gewaltenteilung größeren Ausmaßes beobachten. Klar ist außerdem, dass die delegierte Normgebungskompetenz an staatliche Algorithmenhersteller auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ähnlich der einer Rechtsver-

²¹⁶Siehe hierzu *Ossenbühl*, NZS 1997, 497, 500; mit abweichendem Ergebnis zu diesem Argument *Axer*, Normsetzung der Exekutive, 2000, S. 156 f.

²¹⁷So schon *Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401, 402; *Arndt*, JuS 1979, 784, 785 f.

²¹⁸*Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 103, Rn. 3 f.

²¹⁹Gegen einen *numerus clausus* daher beispielsweise *Clemens*, in: Grawert/Schlink et al. (Hrsg.), FS Böckenförde, 1995, S. 259 ff., 261 ff.; *Axer*, Normsetzung der Exekutive, 2000, S. 224.

²²⁰*Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401, 402; *ders.*, NZS 1997, 497, 500.

ordnung beruhen müsste. Diese müsste nicht nur den Delegationsnehmer und die Delegationsmaterie in Form, Inhalt und Ausmaß klar bestimmen, auch die untergesetzliche algorithmische Norm selbst müsste den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an jede bindende Rechtsquelle gestellt werden, genügen. Während Ersteres im Falle algorithmischer Entscheidungsvorgaben noch vorstellbar wäre, können an zweiterem aufgrund der spezifischen Eigenschaften von Algorithmen Zweifel entstehen, unterscheiden sich diese doch fundamental von Gesetzen in natürlicher Sprache.²²¹

cc) Verweisung auf algorithmische Entscheidungsvorgaben?

Bevor dieses Problem in den Fokus der Betrachtung gerückt wird, muss noch auf eine weitere Möglichkeit der Einbeziehung außerparlamentarischer Gesetzesinhalte in Rechtsnormen Bezug genommen werden.

Neben der Delegation könnte es dem Parlament als weitere Option offenstehen, einen fremden Vorschlag für eine algorithmische (daten- oder regelbasierte) Entscheidungsvorgabe ohne textliche Wiedergabe in einem Parlamentsgesetz für sich zu vereinbaren. Für solch ein Vorgehen kann der Gesetzgeber, will er nicht den vollen Umfang eines konkreten Regelungsinhaltes in den bestehenden formellen Rechtskatalog inkorporieren, eine *Verweisungstechnik* verwenden.²²²

Mittels dieser Methode kann eine Norm auf externe Vorgaben verweisen, die diese vervollständigen, ohne deren Inhalt erneut wiederzugeben. In einer sogenannten *Verweisungsnorm* bezieht der Gesetzgeber dabei den Inhalt des *Verweisungsobjekts* (hier wäre dies der Algorithmus) in den Geltungsanspruch der Ersteren mit ein, komplettiert diese und macht das Verweisungsobjekt damit (unabhängig von dessen eigener rechtlicher Qualität) im Geltungsbereich der Verweisungsnorm zum bindenden Teil der Rechtsordnung.²²³ Verweisungsobjekte können neben Gesetzen eigener oder fremder Legislatur auf Bundes- und Landesebene daher (theoretisch)²²⁴ auch alle untergesetzlichen Normtypen und sogar private Regelungen ohne Normcharakter sein.

Auch bei dieser Option ergäbe sich die Gesetzesbindung an eine algorithmische Entscheidungsvorgabe also nicht mehr unmittelbar aus einer spezifisch-logischen Abbildung des Gesetzes in Algorithmenform, sondern allein aus der gesetzlichen Bindungskraft, die eine Verweisungsnorm (genau wie eine Ermächtigungsgrundlage) den Vorga-

²²¹Hierzu sogleich Kap. 5, A, II, 5.

²²²Zur allgemeinen Zulässigkeit dieser Technik schon BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, BVerfGE, 47, 285, 311 f. = NJW 1978, 1475, 1476.

²²³Karpen, Die Verweisung, 1970, S. 21 f., 29 f.; Arndt, JuS 1979, 784 f. m. w. N.; Clemens, AöR, 111 (1986), 63, 65 f.; Brugger, VerwArch 1987, 1, 4.

²²⁴Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen siehe sogleich Kap. 5, A, II, 4, b, dd).

ben vermitteln könnte. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Verweisung und Delegation besteht hierbei darin, dass einer von einer Delegation profitierenden Norm eine eigene Zuständigkeit, ein eigener verbindlicher Gesetzesrang zukommt, während das Verweisungsobjekt lediglich am Geltungsanspruch der Verweisungsnorm partizipiert.²²⁵ Beide Mechanismen versprechen trotz ihrer Unterschiede aber die ähnlichen Vorteile der Gesetzesökonomie und der Dekonzentration.²²⁶

dd) Grenzen der Verweisungstechnik

Aber auch Verweisungen sind nur in bestimmten verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig, denn auch diese dürfen die grundsätzliche Zuständigkeit und Verantwortung der Legislative nicht infrage stellen.

(1) Statische und dynamische Verweisungen

Eine relevante Unterscheidung in Hinblick auf die Zulässigkeit von Verweisungsnormen ist zwischen *statischen* und *dynamischen Verweisungen* anzustellen.

Während statische Verweisungsnormen ein auf einem bestimmten Stand eingefrorenes Verweisungsobjekt in Bezug nehmen, stellen dynamische Verweisungen auf ein veränderliches Verweisungsobjekt in seiner jeweils geltenden Fassung ab.²²⁷ Als maßgeblich für die Zulässigkeit der Verweisungsarten kann dabei gelten, dass der legitimierte Gesetzgeber Entscheidungsgewalt und Kontrolle über den Inhalt des Verweisungsobjektes ausüben können muss, also dass dieses im Sinne des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip auf seine Willensbildung rückführbar ist.²²⁸ Dies wird bei statischen Verweisungen allgemein als unproblematisch angesehen, sofern der Gesetzgeber das Verweisungsobjekt rein aus Zwecken der Vereinfachung für sich vereinnahmt und

²²⁵ *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 109; *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 65 ff.; *Brugger*, VerwArch 1987, 1, 5; *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 66 f.; als weiterer Unterschied lässt sich benennen, dass die Delegation selbst noch keine Regelung enthält, während die Inkorporierung des Verweisungsobjektes zusammen mit der Verweisungsnorm eine Regelung entstehen lässt, so *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 88.

²²⁶ Solche Vorteile sehen etwa *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 112; BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, BVerfGE, 47, 285, 311 f. = NJW 1978, 1475, 1476; *Schenke*, NJW 1980, 743; *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 65 f.; v. *Danwitz*, JURA 2002, 93, 94; *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 66 m. w. N.; *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 99.

²²⁷ Zu den Begrifflichkeiten *Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401; *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 67 ff.; *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 80; *Brugger*, VerwArch 1987, 1, 7; *Veit*, Die Rezeption technischer Regeln, 1989, S. 28 f.; *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 64 f.; *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 59 ff.

²²⁸ *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 100 ff.

er den Verweisungsinhalt kennt.²²⁹ Bei dynamischen Verweisungen hingegen besteht nur eine sehr eingeschränkte Einwirkungsmöglichkeit des Gesetzgebers auf den Inhalt des Verweisungsobjektes. Dieses kann sich selbstständig wandeln, ohne aus dem Geltungsanspruch der Verweisungsnorm herauszufallen. Daher wird die dynamische Verweisung häufig als eine versteckte Form der Delegation abgelehnt, die deren Schranken zu umgehen sucht, um dem Gesetzgeber die Verantwortung für den Inhalt der Gesetze zu entziehen.²³⁰

(2) Verweisung auf private Algorithmenhersteller

Besonders problematisch ist eine dynamische Verweisung dann, wenn sie auf eine privatrechtlich vereinbarte oder von einem privaten Akteur etablierte Vorschrift verweist. Ähnlich wie bei einer Delegation an Private²³¹ kann auch hier eine Machtübertragung vom Staat auf die Gesellschaft drohen, die zu einer selektiven Interessenwahrnehmung führen und die Legitimation des Gesetzes infrage stellen kann.²³² Verbreitet wird diese Variante daher abgelehnt.²³³

Auch für den Zweck detaillierter Algorithmenvorgaben wäre die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen auf Private aus den oben genannten Gründen höchst zweifelhaft. Auch die Kontrolle durch einen Algorithmen-TÜV kann die Norminhalte schließlich nur nachträglich überprüfen und überlässt die Grundsatzentscheidungen über die Methode und Zweckmäßigkeit einer Regelung notwendigerweise den privaten Akteuren. Zulässig könnte daher allenfalls eine statische Verweisung sein, sofern sie Legislativorganen ermöglicht, Legitimationsdefizite durch eigene Kenntnis und präventive Kontrolle der Algorithmeninhalte auszugleichen. Selbst statische Verweisungen sind aber nur bei einer hinreichenden Bestimmtheit des Verweisungsobjekts, die eine vollständige Kenntnis des Gesetzgebers ermöglicht, zulässig.²³⁴

²²⁹BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, BVerfGE, 47, 285, 311 f. = NJW 1978, 1475, 1476; Hömig, DVBl. 1979, 307, 308; Clemens, AöR, 111 (1986), 63, 100 f.; Brugger, VerwArch 1987, 1, 21; BVerfG, Beschl. v. 25.02.1988, BVerfGE, 78, 32, 36.

²³⁰Ossenbühl, DVBl. 1967, 401, 403 f.; Karpen, Die Verweisung, 1970, S. 121, 136; offenlassend BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978, BVerfGE, 47, 285, 312 = NJW 1978, 1475, 1476; Arndt, JuS 1979, 784, 785 f. m. w. N.; Veit, Die Rezeption technischer Regeln, 1989, S. 43 f. m. w. N.

²³¹Hierzu Kap. 5, A, II, 4, b, bb), (2).

²³²Karpen, Die Verweisung, 1970, S. 127; Guckelberger, ZG 2004, 62, 82.

²³³Ossenbühl, DVBl. 1967, 401, 404; Karpen, Die Verweisung, 1970, S. 134; Arndt, JuS 1979, 784, 787 m. w. N.; Schenke, NJW 1980, 743, 746; Brugger, VerwArch 1987, 1, 41 mit Ausnahmen bei strenger staatlicher Kontrolle (S. 43).

²³⁴Hömig, DVBl. 1979, 307, 308; Guckelberger, ZG 2004, 62, 73.

(3) Verweisung auf staatliche Algorithmenhersteller

Anders könnte die Zulässigkeit allerdings bei dynamischen Verweisungen auf staatliche Normgeber, also etwa bei einem Verweis auf die Algorithmen eines unabhängigen staatlichen Gremiums zu bewerten sein. Besonders in sich stetig wandelnden, meist technisch geprägten Bereichen wird aktuell schon der Flexibilitätsvorteil einer dynamischen Verweisung (etwa auf Verwaltungsvorschriften) gegen die ohne dieses Mittel drohende Gefahr einer Rückständigkeit des weniger wandlungsfähigen formalen Gesetzes abgewogen.²³⁵ Wenn der Inhalt des Verweisungsobjekts im Wesentlichen feststeht und aufgrund eines strukturell geprägten Charakters der Norminhalte nur begrenzte Änderungsmöglichkeiten bestehen, werden daher auch dynamische Verweisungen auf staatliche Normtexte teilweise anerkannt.²³⁶

Sofern Algorithmenvorgaben also bloße Detailregelungen und Spezifikationen zu bereits zuvor stark formell-strukturell geprägten Rechtsmaterien ohne gravierende Entscheidungsalternativen enthielten und verbleibende Optionen bei der Entscheidung durch klare normative Vorgaben geprägt wären, die den möglichen Inhalt des Verweisungsobjektes stark eingrenzen, spricht der Aspekt einer verdeckten Kompetenzübertragung nicht eindeutig gegen ihre Zulässigkeit. Der Gesetzgeber kann eine Verweisungsnorm gegen zu starke Veränderungen schützen. Beispielsweise kann er Maßgaben vorgeben, an denen sich Algorithmenhersteller bei Änderungsvorschlägen orientieren müssen (etwa an der Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder der ganz herrschenden Meinung), er könnte aber auch restriktiver vorgehen und nur technische Änderungen ohne Auswirkung auf das Auslegungsergebnis zulassen. Dynamische Verweisungen hätten im Vergleich zu statischen große Vorteile. Sie würden es den Erstellern der Algorithmen determinanten ermöglichen, in begrenztem Umfang auf Fehler in der festgelegten Auslegungsrichtung, aber besonders auch auf die Notwendigkeit technischer Optimierungen flexibel zu reagieren. Dies hätte entscheidende Vorteile für die Praktikabilität des Einsatzes von Rechtsgeneratoren. Statische Verweisungen wären hingegen eher ungeeignet, denn sie könnten eine dauerhafte reibungslose Umsetzung einer automatisierten Rechtsprechung nicht garantieren, weil sie es unmöglich machen würden, Fehler flexibel zu beheben und Verbesserungen vorzunehmen.

Auch wenn damit die Möglichkeiten einer dynamischen Verweisungstechnik als Option der Verrechtlichung von Algorithmen beachtenswert sind, darf doch nicht aus dem Blick geraten, dass auch hierdurch eine nicht unwesentliche Machtverschiebung

²³⁵ *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 101.

²³⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.06.1983, BVerfGE, 64, 208, 215 = NJW 1984, 1225; *Clemens*, AöR, 111 (1986), 63, 106 f.; *Brugger*, VerwArch 1987, 1, 25 f.; BVerfG, Beschl. v. 25.02.1988, BVerfGE, 78, 32, 36; *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 77.

drohen könnte. Auch bei der Verwendung einer Verweisungstechnik sind, um den Einbezug in die Bindungskraft der Verweisungsnorm zu rechtfertigen, – neben der angesprochenen Rückführbarkeit auf den Willen des Gesetzgebers – an die Qualität der Verweisungsobjekte daher die allgemeinen Anforderungen einer bindenden Norm zu stellen.²³⁷ Wie oben bereits angedeutet, könnten algorithmische Entscheidungsvorgaben aber in Konflikt mit diesen Vorgaben geraten.

5. *Algorithmencode als bindendes Gesetz?*

Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Entscheidungsvorgaben in Algorithmenform ist also unabhängig davon, ob man sie nun als originär formelle Gesetze, delegiertes untergesetzliches Recht oder Verweisungsobjekt ausgestalten würde, von besonderem Interesse, ob diese den Anforderungen an eine bindende Rechtsnorm überhaupt genügen und damit als selbstständige Rechtsquellen gelten könnten. Anstatt die schon häufig, aber letztlich doch immer ohne überzeugendes Ergebnis geführte Diskussion über die „wahrhafte“ Natur der Rechtsnormen²³⁸ auf einer abstrakten Ebene aufzugreifen, soll sich dieser Abschnitt mit der Frage nach den vordringlichsten Unterschieden zwischen Gesetzen in natürlicher Sprache und solchen in Algorithmenform beschäftigen. Vor allem diese Unterschiede sind es, die sich auf die Möglichkeit eines rechtlich verbindlichen Charakters von Algorithmen nachteilig auswirken könnten.

a. *Mögliche Konsequenzen für die Gewaltenteilung*

An einem verbindlichen Charakter algorithmischer Gesetze können Zweifel zunächst in Anbetracht der bereits angedeuteten neuartigen Verknüpfung der Anordnungs- und Ausführungsebene von Gesetzen entstehen, die die Trennlinien zwischen den Gewalten teilweise verwischen könnten. Diese Verknüpfung ergibt sich daraus, dass algorithmische Entscheidungsvorgaben die ausführende Technik ultimativ binden können und dadurch die eigenständige Bedeutung der Normsetzung durch die Legislative und des Normvollzugs durch die zweite und dritte Gewalt stark relativieren und vermischen würden. Algorithmische Normanweisungen enthalten nicht nur den Befehl, sondern gleichzeitig auch die eindeutige Vorgabe für ihre eigene Umsetzung.²³⁹ Die Ebenen der

²³⁷Vgl. schon BVerwG, Urt. v. 29.08.1961, NJW, 1962, 506; Guckelberger, ZG 2004, 62, 70 f.

²³⁸Zu den frühesten Auseinandersetzungen der modernen Verfassungslehre mit diesen Begriffen gehören Isay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929 (Nachdruck 1970). insb. S. 187 ff.; Schmitt, Verfassungslehre 1928 (Nachdruck 1983). insb. S. 138 ff.

²³⁹Kube, VVDStRL, 78 (2019), 289, 325 spricht von einer quasigesetzlichen Normativität, die die Grenzen der Gewalten verschwimmen lässt.

Regelsetzung und der Regelausführung überlappen sich somit in ihnen stärker als das typischerweise bei heutigen Gesetzen und Entscheidungen der Fall ist.²⁴⁰

Zugunsten welcher Gewalt sich dieser Wandel vollziehen würde, hängt davon ab, auf welcher Ebene die Aufgabe der Algorithmenherstellung angesiedelt wäre.²⁴¹ Wenn dies, wie in der hiesigen Darstellung angedeutet, einen Aufgabenzuwachs auf judikativer Ebene bedingen sollte, würden die Gestaltungsoptionen dieser Gewalt von einer reinen ex post- hin zu einer ex ante-Verantwortung für Norminhalte ausgeweitet. Gleiches ist aber auch bei einer Verschiebung zugunsten der Verwaltung oder privater Algorithmenexperten denkbar.²⁴²

Dies stellt das Gewaltenteilungsprinzip infrage, denn Verwaltung, Justiz und Privatwirtschaft nähmen als Algorithmenhersteller sehr viel stärker als bisher auch die Rolle eines Normherstellers ein, wodurch das Gesetz seinen Charakter als allgemeine Verhaltensnorm zu verlieren und sich stärker auf eine Mikroebene konkretisierter oder gar personalisierter Detailfragen zu begeben droht.²⁴³ Woran das liegt und warum das problematisch ist, soll anhand einiger grundlegend verfassungsrechtlicher Erwägungen aufbereitet werden.

b. Fehlender Spielraum bei algorithmischen Entscheidungsvorgaben

Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes ist von einem *im Grundsatz* abstrakt-generellen, sprich allgemeinen Charakter der Normen durchzogen.²⁴⁴ Üblicherweise dienen Gesetze als generelle Vorgaben der Regelung einer unbestimmten Vielzahl von Konstellationen und gebieten ihre Anwendung im konkreten Fall.

Dieses grundlegende Verständnis, dass die prinzipielle Unterscheidung von Normsetzung und Normanwendung bedingt, zeigt sich insbesondere in der Teilung und den verschiedenen Aufgabenbereichen der Gewalten. Auch eine algorithmische Entscheidungsvorgabe kann in diesem Sinne aber erst einmal als generelles Gesetz gelten: Sie gilt schließlich schon, bevor klar ist, in welcher konkreten Situation sie gegenüber welcher

²⁴⁰Dies befürchten auch *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 97 ff., 123 ff.; *Herold*, DÖV 2020, 181, 187 mit Anwendungsbeispielen aus der Verwaltung.

²⁴¹*Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 115 ff., Rn. 63.

²⁴²Vgl. *dies.*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 115 ff., Rn. 63 f., sie vermuten eher einen Verlust judikativer Gewalt.

²⁴³Hiermit beschäftigen sich *Casey/Niblett*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 98 ff., Rn. 59 ff.

²⁴⁴Vgl. *Starck*, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, S. 200 ff.; damit steht das Grundgesetz in einer vorkonstitutionellen Tradition, siehe *Schmitt*, *Verfassungslehre* 1928 (Nachdruck 1983), S. 142 ff.; aus der aktuellen Literatur siehe *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 35, er hält die Allgemeinheit zwar nicht für ein konstitutives, aber für ein grundsätzlich wichtiges Merkmal; siehe außerdem *Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 186 f., 254 f.

individuellen Person Geltung entfalten wird. Sie wird nicht spezifisch mit Blick auf einen konkreten Rechtsstreit erlassen.

In dem abstrakt-generellen Charakter der Normen verwirklicht sich aber auch die Tatsache, dass für die Anwendung auf den Einzelfall häufig ein gewisser Spielraum durch das Gesetz eröffnet werden muss.²⁴⁵ Dieser verhindert unter anderem, dass der Gesetzgeber zu große Macht über die Lebensgestaltung des Einzelnen erhält, aber natürlich auch, dass die Besonderheiten jedes Einzelfalls berücksichtigt werden können.²⁴⁶ Bewusst offene Formulierungen im Recht sind mit den Worten *Beckers* „keine Verlegenheitslösungen, sondern haben eine wichtige und beabsichtigte Funktion.“²⁴⁷ Die Erfüllung dieser Funktion liegt auch dem Gedanken der geteilten Gewalten zugrunde, die die Macht des Staates bewusst aufspaltet. Das Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verbietet es, eine Gewalt zugunsten einer anderen auch mittels Entziehung eigener Spielräume durch algorithmisch präzise Vorgaben zu entmachten oder völlig von dieser abhängig zu machen.²⁴⁸

Auch heutige Normen in natürlicher Sprache können indes bereits in einem gewissen Rahmen einen mehr oder weniger großen Spielraum belassen. Auch Einzelfallregelungen sind – sofern erforderlich – nach dem Grundgesetz in bestimmten Grenzen zulässig, auch wenn in vielen Fällen, insbesondere in grundrechtsrelevanten Bereichen (nach Art. 19 Abs. 1 GG)²⁴⁹, nur ein abstrakt-generelles Gesetz in der Lage ist, eine gleichmäßige und gerechte Rechtsanwendung zu gewährleisten.²⁵⁰ Der Gesetzgeber kann und darf die Rechtsanwendung also nicht in jedem Fall an eine einzige konkrete Entscheidungsvorgabe binden, in einzelnen Bereichen ist das aber durchaus zulässig und sogar notwendig.²⁵¹

Bei automatisierungsgerechten Entscheidungssituationen handelt es sich häufig um solche Fälle mit geringem gesetzlichen Spielraum. Jedoch ist auch hier durch die

²⁴⁵Hierzu dienen etwa unbestimmte Rechtsbegriffe *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, § 2004, § 26, Rn. 60.

²⁴⁶*Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 206.

²⁴⁷*Becker*, ZUM 2019, 636, 644.

²⁴⁸Aus Sicht der exekutiven Eigenverantwortung *Herold*, DÖV 2020, 181, 187. Als Alternative schlägt sie eine Zuständigkeit der für die Anwendung zuständigen Gewalt für die algorithmische Normkonkretisierung vor.

²⁴⁹Sog. Verbot des Einzelfallgesetzes.

²⁵⁰Siehe BVerfG, Urt. v. 07.05.1969, BVerfGE, 25, 371, 398 = NJW 1969, 1203, 1204; *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 205; BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996, BVerfGE, 95, 1, 17 = NJW 1997, 383, 384.

²⁵¹Man denke beispielsweise an die Planerstellung. Siehe nochmals BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996, BVerfGE, 95, 1, 17 = NJW 1997, 383, 384.

aktuelle Rechtslage – außer es handelt sich um rein mathematische Formeln²⁵² – niemals eine Vollbindung der Rechtsanwender impliziert, denn Gesetze werden von Menschen für Menschen erlassen. Sie bedienen sich dafür als Kommunikationsmedium der *natürlichen Sprache*. Selbst dort, wo der Gesetzgeber den Spielraum der Auslegung bewusst einschränkt, besteht schließlich durch Bedingungen der Umwelt immer die Möglichkeit, dass sich neue unvorhersehbare Konstellationen ergeben. Für solche Fälle wird durch die Deutungsoffenheit der menschlichen Sprache eine Hintertür offengehalten.²⁵³ In Bereichen mit einer langen Praxis gleichbleibender Rechtsanwendung mag sich diese Hintertür des deutungsoffenen natürlichen Ausdrucks allmählich verengen, es entsteht eine zumindest faktische Selbstbindung der Rechtsanwender an die selbstgeschaffenen Maßstäbe, ganz zuschlagen kann man diese Türen aber nie.

c. Normen in natürlicher Sprache versus Algorithmencode

Ein wichtiger Unterschied zwischen Gesetzen mit reduziertem Spielraum in menschlicher Sprache und Gesetzen in Form von Computeralgorithmen liegt nun in den spezifischen Eigenschaften der gewählten Sprache der Normtexte. Zwar kann unter den Begriff eines Algorithmus prinzipiell auch eine Handlungsanweisung in natürlicher Sprache fallen, sofern diese ihre Ausführung vollständig konditional programmiert, allein sind natürliche Sprachausdrücke doch meist zu deutungsoffen, um Grundlage maschinenverständlicher algorithmischer Entscheidungsvorgaben zu sein.²⁵⁴ Wenn in den hier diskutierten Fällen nicht mehr die parlamentarische Ursprungsnorm, sondern ihre für die Maschine verständliche konkrete Deutung, die sich in der algorithmischen Abbildung widerspiegelt, eine vollautomatische Rechtsanwendung binden würde, ist das Kommunikationsmittel des Gesetzes daher zwangsläufig die *formale Sprache* der Computeralgorithmen.

Anders als Normen in natürlicher Sprache schaffen formal-sprachliche Algorithmen eine Vollbindung der Rechtsanwendung, denn sie können in ihrer Deutung nicht ausgelegt werden.²⁵⁵ Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn die algorithmische Rechtsanwendung verbindlich wirken soll, denn die genannte Eigenschaft schränkt seine Überprüfbarkeit erheblich ein.

²⁵² Hierzu Herold, Demokratische Legitimation, 2020, S. 207.

²⁵³ Vgl. Becker, ZUM 2019, 636, 644; zur Aufgabe des Richters als Letztinterpret des Gesetzes Kube, VVDStRL, 78 (2019), 289, 321 m. w. N.

²⁵⁴ Vgl. Guckelberger, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 409 ff.

²⁵⁵ Kube, VVDStRL, 78 (2019), 289, 321; Reimer, in: Kube/Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2018/19, 2019, S. 27 ff., 29.

d. Das Problem divergierender Gesetzesfassungen

Das begründet sich darin, dass ein nicht auslegungsfähiger Algorithmus keine nicht vorher festgelegten Ausnahmen zulässt und die möglichen Inkonsistenzen der eigenen Rechtsanwendung nicht erkennt. Um zu ermöglichen, dass solche Ausnahmen aber weiterhin berücksichtigt werden könnten, müssten neben Gesetzen in Algorithmenform in jedem Fall weiterhin (mindestens) gleichrangige Gesetze in natürlicher Sprache bestehen bleiben, die für Menschen flexibel zu handhaben sind.²⁵⁶ Allein sie würden die (unbedingt notwendige) inhaltliche Kontrolle der Ergebnisse des Algorithmus durch menschliche Richter sowie die Rechtsfortbildung und Auslegung des Gesetzes ermöglichen. Während algorithmische Gesetzesfassungen also die automatisierte Rechtsanwendung durch Rechtsgeneratoren binden könnten, können und sollten für menschliche Rechtsanwender weiterhin nur natürlich sprachliche Fassungen der Gesetze verbindlich sein. Damit ergäben sich zwei Gesetzesfassung mit Bindungsanspruch aber unterschiedlicher sprachlicher Ausdrucksform und unterschiedlichem Adressatenkreis.

Die Idee einer Gesetzesfassung einerseits in algorithmischer und andererseits in natürlicher Form mag für ein Vorhaben algorithmenbasierter staatlicher Entscheidungen verlockend erscheinen. Für eine Gesetzesfassung in natürlicher Sprache könnte schließlich auch ihre bessere Verständlichkeit sprechen,²⁵⁷ während der Gesetzesstatus von Algorithmencode die Gesetzesbindung der ausführenden Technik effektiv absichern könnte.²⁵⁸

Die Verständlichkeit einer Norm ist ein Gut mit eigenem verfassungsrechtlichen Schutzanspruch, sie ist Voraussetzung dafür, dass eine Norm den theoretischen Bereich der Überlegung verlassen und Wirkungen in der Realwelt zeitigen kann. Zu diesen Wirkungen gehört auch die Verbindlichkeit der Norm.²⁵⁹ Dieser Schluss wird vom Grundgesetz im Begriff der Rechtsstaatlichkeit vorausgesetzt, der eine Klarheit und Verständlichkeit des verbindlichen Normbefehls erfordert. Er manifestiert sich in den verfassungsrechtlichen Prinzipien der *Bestimmtheit* und *Normklarheit*.²⁶⁰

²⁵⁶Ähnlich Reimer, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 116 f.

²⁵⁷So auch ders., in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 116 f.

²⁵⁸Im Kontext der besonders automatisierungsgeneigten Steuergesetzgebung wurde sie von Ekkehard Reimer bereits ausführlich untersucht. ders., in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff.; ders., in: Kube/Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2018/19, 2019, S. 27 ff.

²⁵⁹Aus diesem Grund gegen einen parlamentarischen Algorithmus Kube, VVDStRL, 78 (2019), 289, 315.

²⁶⁰Mit diesen Prinzipien argumentiert auch Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 57.

Eine Norm muss, um Verbindlichkeit zu erlangen, aber nicht nur auf einer, sondern auf verschiedenen Ebenen verstanden werden können. Ganz grundlegend bedarf es zunächst Verständnis auf der Ebene des Gesetzgebers, der nur durch Kenntnis Verantwortung für seine Entscheidung übernehmen kann.²⁶¹ Zur Verständlichkeit des Gesetzes gehört es daneben aber auch, dass von jedermann nachvollzogen werden kann, wie sich eine konkrete Rechtsanwendung aus dem Normbefehl des Gesetzes ableiten lässt. Dafür muss nicht nur das Gesetz durch seine Anwender, sondern auch dessen Anwendung durch seine Adressaten verstanden werden können.²⁶² Ein Gesetz muss also auf allen Ebenen, für Gesetzgeber, Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen gleichermaßen (und das ist entscheidend) *mit dem gleichen Inhalt* verstehbar sein. Nur so ist für alle das gleiche Recht verbindlich.

aa) Das Problem der fehlenden authentischen Übersetzbarkeit

Eine Verständlichkeit ist solange auf all diesen Ebenen erreichbar, wie überall prinzipiell dieselbe Ausdrucksmöglichkeit beherrscht wird. Verwendet man jedoch, um das fehlende Verständnis menschlicher Sprache durch Algorithmen auszugleichen, eine Fassung in algorithmischer Sprache, ergibt sich eine *Diskrepanz im Verständnishorizont* der verschiedenen Akteure.

Entsteht in heutigen Konstellationen, etwa beim Vorliegen fremdsprachlicher Fassungen, eine solche Verständnisbarriere, kann Verständlichkeit und parallele Verbindlichkeit auch über Sprachbarrieren hinweg durch eine *authentische Übersetzung* hergestellt werden. Die Grundlage der Übersetzung von natürlichen Sprachen ist aber, dass diese auf einem zumindest weitestgehend vergleichbaren System der Bedeutungsschaffung durch Zeichen beruhen. Algorithmische Sprachen sind mit natürlichen Sprachen hingegen nicht in diesem Maße vergleichbar. Wie schon *Reimer* feststellte, liegt das Problem der parallelen Verbindlichkeit von Algorithmen und Gesetz in natürlicher Sprache daher insbesondere in der fehlenden authentischen Übersetzbarkeit der Fassungen.²⁶³

Computeralgorithmen besitzen letztlich, im Gegensatz zu natürlichen Sprachen, keinerlei Interpretationsspielraum und schaffen daher keine eigenen Bedeutungsinhalte. Deshalb ist eine Übersetzung von algorithmischen Sprachen in natürliche und umgekehrt in den allermeisten Fällen nur ein Annäherungsversuch.²⁶⁴

²⁶¹ So etwa auch *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 326.

²⁶² Zur Begründung als Mittel der nachträglichen Verständlichkeit siehe Kap. 5, B, II, 2.

²⁶³ *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 117.

²⁶⁴ Ähnlich *ders.*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 117; *Denga/Poble/Hölzel*, RW 2020, 420, 425: „Bei der Übersetzung zwischen den Funktionslogiken von Recht und Technik handelt es sich nicht um eine Neubeschreibung eines Weltausschnittes, also eine Übersetzung

Eine Gesetzesfassung in natürlicher Sprache dürfte den gleichen Grad an Eindeutigkeit, der für algorithmische Sprache typisch ist, aber dort, wo zumindest die Möglichkeit einer abweichenden Deutung besteht, auch gar nicht erreichen, dient sie doch gerade dazu, Spielräume für die menschliche Algorithmenkontrolle und Bearbeitung von Problemen offenzuhalten. Selbst wenn eine authentische natürliche Sprachfassung eines Algorithmus also möglich wäre und sogar (besser) verstanden werden könnte, *darf* es sich hierbei in diesen Fällen nicht um eine authentisch gleiche Fassung desselben Gesetzes, sondern nur um zwei unterschiedliche und sogar widersprüchliche Vorschriften handeln (eine Fassung, die Deutungen zulässt, eine, die diese nicht zulässt²⁶⁵), da nur durch diese Diskrepanz der Norminhalte ein menschlicher Neuentscheid mit revidiertem Ergebnis auf Grundlage einer abweichenden Auslegung möglich bleibt.

Wenn es als Folge nun aber zwei unterschiedliche Fassungen desselben Gesetzes geben müsste, stellt sich notwendigerweise auch die Frage nach dem *normhierarchischen Rangverhältnis*. Reimer befürchtet wegen der notwendigen Diskrepanz zwischen den Fassungen, dass sich letztlich faktisch doch stets die algorithmische Fassung eines Gesetzes als die eindeutigere Handlungsanweisung durchsetzen würde, es also zwangsläufig zu einer algorithmengerechten Auslegung des in menschlicher Sprache verfassten Gesetzes käme.²⁶⁶ So könnte auch dessen Deutungsoffenheit stückweise verloren gehen und eine wirksame Kontrolle auf abweichende Auslegungsmöglichkeiten erschwert werden.

Von dem Gesetzgeber ließe sich zwar eine rechtliche Vermutungsregel zugunsten der deutungsoffeneren Auslegung der natürlich sprachlichen Fassung etablieren, die die algorithmische Logik in einem Konfliktfall außer Kraft setzen könnte. Gesetze in natürlicher Sprache könnten außerdem als übergeordnete Rechtsvorschriften ausgestaltet werden, die menschliche Richter zur Überprüfung des Algorithmus auf Gesetzeskonformität heranziehen müssten. Eine übersteigerte Datengläubigkeit und Unverständlichkeit des Algorithmus können sich allerdings weiterhin negativ auf die praktische Umsetzung solcher Rangstrukturen und Kontrollmöglichkeiten auswirken, insofern sie schließlich erst einmal das Erkennen und Monieren eines Konfliktfalls voraussetzen. Wer sich der bestechenden Logik des Algorithmus nicht zu erwehren weiß, kann seine Ergebnisse auch nicht wirkungsvoll kontrollieren.

im klassischen Sinne, sondern um dessen Neukonstitution in einer anderen, von der ursprünglichen verschiedenen, Logik.“; differenzierend Herold, *Demokratische Legitimation*, 2020, S. 209, 211.

²⁶⁵ Reimer, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 97 ff., 117.

²⁶⁶ Ders., in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, 2019, S. 97 ff., 117; ders., in: Kube/Reimer (Hrsg.), *Geprägte Freiheit 2018/19, 2019*, S. 27 ff., 30.

Insgesamt besteht nicht nur in diesem Bereich ein nicht unerhebliches Risiko, dass technische und algorithmische Normen eine immer größere Bedeutung in der praktischen Bestimmung und Bindungskraft in der Umsetzung von Verhaltensregeln in und außerhalb des Gerichtskontexts erfahren und rechtliche Regelungsinstrumente sowie staatliche Entscheidungen als Mittel der Rechtsdurchsetzung schwächen könnten.²⁶⁷ Fraglich ist allerdings, ob der Verzicht auf staatliche Gesetze in Algorithmenform diese Tendenz wirklich aufzuhalten vermag oder dem Staat und dem Recht lediglich die Kontrolle über verhaltenssteuernde Algorithmen mit faktischer Verbindlichkeit aus der Hand nehmen und die Bedeutung des staatlichen Gesetzes weiter relativieren würde.

bb) Das Problem der Unverständlichkeit des Algorithmus

Eine weitere Fragestellung, die sich in diesem Kontext ergibt, ist, dass allein das Verständnis der in natürliche Sprache „übersetzten“ Fassung des Algorithmus für die Verbindlichkeit der algorithmischen Norm als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung nicht genügen kann. Der Gesetzesalgorithmus müsste auch in seiner maschinenlesbaren Form zumindest theoretisch von *allen* Betroffenen in abstrakter Weise verstanden werden können. Das begründet sich daraus, dass er für eine vollautomatisierte gerichtliche Rechtsanwendung, die über die Rechte und Pflichten der Entscheidungsadressaten entscheiden soll, schließlich die einzig verbindliche Vorschrift darstellen und damit die Maßgaben für die Gesetzeskonformität des Handelns der Rechtssubjekte setzen würde.

(1) Verständlichkeit von autonomen Gesetzesalgorithmen

Eine solche Einsichtigkeit und Verständlichkeit ist beim Einsatz von autonom lernender Künstlicher Intelligenz nicht gegeben.²⁶⁸ Auch wenn selbstlernende Algorithmen in Zukunft erklärbar gemacht werden könnten, wäre diese Erklärung in aller Regel keine Wiedergabe der allgemeinen Norminhalte und ihrer Beweggründe, sondern nur eine annäherungsweise und häufig erst nachträglich mögliche Begründung der Rechtsanwendung,²⁶⁹ die sich nur aus den jeweiligen Umständen eines Falles ergeben und daher auch nur Auskunft über diesen (und nicht über die allgemeine Rechtslage) geben kann.²⁷⁰

²⁶⁷ Siehe zu dieser Frage *Boehme-Neßler*, *Unscharfes Recht*, 2008, S. 140 ff., 185 ff., insb. 200 ff.

²⁶⁸ Siehe Kap. 2, B, IV, 2.

²⁶⁹ Eine Begründbarkeit genügt den zu stellenden Anforderungen an die Verständlichkeit einer Norm aber nicht, so *Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 320.

²⁷⁰ Vgl. *Mittelstadt/Russell/Wachter*, in: *ACM* (Hrsg.), *FAT* '19*, 2019, S. 279 ff., 282.

Wegen ihres selbstlernenden Effektes, der ständige Veränderungen des Algorithmus bedingt, könnten antizipierte Regeln der Rechtsanwendung außerdem schon gar nicht als abstrakte Gesetze im Vorhinein mit einer längerfristigen Gültigkeitsperspektive festgelegt werden.²⁷¹ Gesetze aus der Feder eines autonomen Algorithmus wären das Produkt permanenter Anpassungen, was bedingt, dass sich keinerlei Rechtssicherheit über die Rechtslage einstellen kann, die für die Ausübung einer freien Lebensgestaltung notwendig ist.²⁷²

Auch eine menschliche Vermittlungsinstanz zwischen dem Anpassungsvorschlag des intelligenten Algorithmus und der Erstarkung zur Rechtsqualität, die eine Entscheidung über die Eignung und Zulässigkeit systemautonom vorgeschlagener Änderungen des Gesetzesalgorithmus treffen könnte,²⁷³ wäre zu solch einer Einschätzung wohl nur auf Grundlage einer umfassenden Kenntnis der Beweggründe jener Änderungsvorschläge in der Lage. Wäre ein systemautonomer Gesetzesvorschlag dennoch irgendwann durch Menschen überprüfbar, wäre dies aufgrund der begrenzten menschlichen Ressourcen sehr zeitaufwendig. In der Zeit, die für diese Bearbeitung zu veranschlagen wäre, hätten sich aufseiten der Künstlichen Intelligenz wohl schon mehrere Dutzend weiterer Änderungsvorschläge angesammelt. Solange eine effektive Kontrollmöglichkeit und eine rechtssichere Normgestaltung nicht gegeben sind, sollte Recht deshalb nicht von autonomen Systemen gesetzt und umgesetzt werden dürfen. Eine von einer als Black Box konstruierten Künstlichen Intelligenz gesetzte Vorschrift, die von keinem Menschen verstanden werden kann, wäre daher unzulässig.

(2) *Verständlichkeit von heteronomen Gesetzesalgorithmen*

Anders als selbstlernende können regelbasierte und einfache datenbasierte Algorithmen ohne Selbstoptimierungsfähigkeit, also alle Algorithmen, die heteronom agieren, grundsätzlich nachvollzogen, verstanden und damit kontrolliert werden, wenn eine entsprechende Infrastruktur bereitgestellt wird. Insbesondere einfache regelbasierte Algorithmen können auch für Menschen transparent gestaltet werden. Es können beispielsweise sprechende Variablen oder Kommentierungen in der Programmierung eingesetzt werden, die die Entschlüsselung des Algorithmencodes ermöglichen.

²⁷¹Hierzu *Kroll/Huey* et al., *University of Pennsylvania Law Review*, 165 (2017), 633, 659 f.; ähnlich argumentiert auch Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 57 und geht deshalb von einer mangelnden Bestimmtheit aus; siehe außerdem *Herold*, *Demokratische Legitimation*, 2020, S. 242.

²⁷²Zur Bedeutung der Rechtssicherheit im Gerichtsverfahren BVerfG, Beschl. v. 20.04.1982, BVerfGE, 60, 253, 267 f. = NJW 1982, 2425 f. m. w. N.

²⁷³So zum Verwaltungsalgorithmus ein Vorschlag von *Stelkens*, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), *Digitalisierung*, 2018, S. 81 ff., 102.

Die Unverständlichkeit einer Norm kann sich allerdings auch bei diesen aus einer hohen Komplexität der Norminhalte ergeben, etwa wenn Formulierungen so lang und umständlich sind, dass eine Unlesbarkeit entsteht.²⁷⁴ Je komplexer der Code eines Algorithmus wird, desto eher wird er für Laien zu einem unübersichtlichen Geflecht von Anweisungen, die keine Aussagen über den Inhalt und die Auswirkungen der einzelnen Variablen transportieren können. Die Komplexität von Materien wie dem Recht bedingt, dass nicht nur in einem, sondern in mehreren aufeinander aufbauenden Algorithmen auf eine abstrakte Programmiersprache mit verallgemeinerungsfähigen Funktionsbeschreibungen zurückgegriffen werden müsste, die nur verständlich sind, wenn man sich aufwendig mit der gewählten Programmiersprache vertraut gemacht hat. Selbst die simpelste Norm könnte so die Lektüre von mehreren Dutzend Seiten unverständlichen Regelwerks erfordern.

Die Rechtsordnung mutet es Rechtssuchenden auch heute schon in unübersichtlichen Rechtsgebieten vermehrt zu, Rechtsrat einzuholen, um die Rechtslage in ihrer Komplexität begreifen zu können. Die Komplexität einer Norm scheint also kein definitives Ausschlusskriterium für ihre Zulässigkeit zu sein. Es sollte allerdings – als Ausdruck eines gesetzgeberischen Willensbildungsaktes und zum Schutze der Rechtsunterworfenen – doch neben Experten zumindest auch von dem Gesetzgeber eine vollständige Kenntnis und Kontrolle der Norminhalte vorausgesetzt werden können.²⁷⁵ Dieses Verständnis herzustellen, wäre eine umfangreiche Aufgabe, die nur unter großem Zeitaufwand bewältigt werden könnte.²⁷⁶

Vollständige Kenntnis und Kontrolle des Algorithmus wäre wohl noch am ehesten vorstellbar, wenn die Gesetzgebungskompetenz an ein kompetentes staatliches Algorithmen-Gremium delegiert würde. Ob man eine damit einhergehende Machtverschiebung von den Parlamenten und eine Verengung des Gesetzesinhaltes auf die logischen Vorgaben eines Algorithmus ohne Gestaltungsspielraum aber wünscht, hängt freilich nicht allein von dem Aspekt der Verständlichkeit ab.

Zweiter Zwischenstand

Eine mögliche Deutung der Ausgangssituation zur Gesetzesbindung des Rechtsgenerators ist also, dass ein algorithmisches Gesetz, zumindest wenn es von einer staatlichen Stelle (wie einem Algorithmen-Gremium) ausginge, den Rechtsgeneratoren im Sinne

²⁷⁴ So auch *Papier/Möller*, AöR, 122 (1997), 177, 200.

²⁷⁵ *Quaritsch*, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, ²1961, S. 39 ff.; *Karpen*, Die Verweisung, 1970, S. 175; *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 326.

²⁷⁶ Gegen die Zulässigkeit von nicht in menschlicher Sprache verfassten Gesetzen daher *Kube*, VVDStRL, 78 (2019), 289, 315; differenzierend *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 121 f.

der Gesetzesbindung zwar (entweder als delegierte untergesetzliche Normart oder als Teil einer dynamischen Verweisung) binden könnte, es aber mangels Verständlichkeit nicht Grundlage für die Verbindlichkeit von dessen Entscheidung für den Menschen sein kann und mangels eines vorhandenen Spielraums auch in den allermeisten Fällen nicht sein sollte.

Wie die Erwägungen zeigten, ist die Menschlichkeit des Richters also nicht bloß auflösend bedingt durch die Bewältigung technischer Risiken und rechtlicher Hürden. Die natürliche Sprache des Gesetzes ist nicht nur eine unter vielen möglichen Arten, Normbefehle zu erzeugen, sie weist sich selbst in einfach gelagerten Fällen wegen ihrer Flexibilität und Verständlichkeit auch durch einen eigenen verfassungsrechtlichen Schutzstatus aus und dies selbst dann, wenn von ihren spezifischen Eigenschaften der Deutungsoffenheit nur selten Gebrauch gemacht wird.

Eine menschliche Rechtsprechung als Kontrollinstanz kann die Defizite einer algorithmischen Gesetzesanwendung, wie Unverständlichkeit und Wertungsfeindlichkeit sehr wahrscheinlich auch nicht hinreichend ausgleichen, denn sie muss, um diese Aufgabe zu erfüllen, stets auf einer deutungsoffenen natürlichen Sprachfassung des Gesetzes beruhen. Es kann befürchtet werden, dass sie sich deshalb gegen die Konkurrenz einer unbestechlichen Logik eines Algorithmus nicht durchsetzen können würde.

Zumindest aber müsste der Gesetzesalgorithmus auch in seiner maschinenlesbaren Form auf allen Ebenen verstehbar sein. Auch wenn dieses Gebot komplexe Gesetze, die ein gewisses Maß an Expertenwissen erfordern, nicht ausschließt, ist insbesondere das Verständnis des Gesetzgebers entscheidend, da es Grundlage für die Legitimation des Gesetzes und Ausdruck der demokratischen Willensbildung ist.

Selbst insofern algorithmische Gesetze aber für alle Beteiligten inklusive dem Gesetzgeber verständlich und damit kontrollierbar gemacht werden könnten, was bei selbstlernender Herangehensweise bis auf Weiteres unmöglich erscheint, hätte die vollbindende Wirkung eines algorithmischen Gesetzes nicht mehr viel gemein mit der Rechtsanwendung durch die Judikative, wie wir sie heute kennen. Denn wenn der Gesetzgeber alle Entscheidungsvarianten in Algorithmenform antizipierte, würden die Grenzen zwischen Rechtssetzung und -anwendung aufgehoben und die einzelnen Staatsgewalten verlören an eigenständiger Bedeutung.²⁷⁷

Eine Alternative hierzu gibt es aber zumindest beim Einsatz in der Rechtsprechung nicht, da nur die eindeutige Entscheidungsvorgabe in Gesetzesform die Gesetzesbindung absichern kann.

Die beschriebene Art der Gesetzgebung wäre folglich in den allermeisten Fällen abzulehnen und schon vom Ansatz her nur in einem sehr begrenzten Umfang von Fällen

²⁷⁷So auch *Reimer*, in: Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 2019, S. 97 ff., 123 ff.

praktisch umsetzbar. Außerdem kann sie die Freiheit des Einzelnen, die auch durch eine flexible Handhabung des Gesetzes ermöglicht wird, nicht hinreichend gewährleisten.²⁷⁸ Die abstrakte Gestalt der Gesetze ist aus diesem Grunde nicht nur Kür, sondern Pflicht. Sie ist notwendig, weil es (auch Algorithmenherstellern) unmöglich ist, alle Anwendungsszenarien einer Norm vorherzusehen. Nur in wenigen Ausnahmefällen gehen die denkbaren Einsatzfelder über rein logische Teiloperationen hinaus.

Es bleibt trotz aller bisher schon geäußerten Bedenken jedoch sinnvoll, Rechtsgeneratoren auch auf weitere Aspekte ihrer Zulässigkeit zu untersuchen, um ein vollständiges Bild darzustellen.

B. Der demokratische Richter

I. Die demokratische Legitimation des Richters

In einem engen Zusammenhang mit der Gesetzesbindung und der richterlichen Unabhängigkeit steht eine weitere, in der Literatur jedoch bisher wenig berücksichtigte Bedingung der richterlichen Tätigkeit im staatlichen Gerichtsverfahren: Wie jede Art der Ausübung von Staatsgewalt bedarf auch der Richter für seine Entscheidung der *Legitimation* durch den Souverän (im Sinne des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2 GG das Volk),²⁷⁹ was seinen rhetorischen Niederschlag in der bekannten Urteilsformel „im Namen des Volkes“²⁸⁰ findet.²⁸¹

1. Art. 20 Abs. 2 GG

Nur wenn ein Zurechnungszusammenhang vom Volkswillen zu einer gerichtlichen Entscheidung trotz stark eingeschränkter Einflussnahmemöglichkeiten durch mandatierte Organe hergestellt werden kann, besitzt der Richterspruch die notwendige staatliche Autorität und Legitimation. Die Definition eines als Teil der Staatsgewalt auftre-

²⁷⁸ Kirchhof, NJW 1986, 2275, 2278.

²⁷⁹ Allgemein hierzu BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978, BVerfGE, 47, 253, 275 = NJW 1978, 1967, 1968; BVerfG, Beschl. v. 01.10.1987, BVerfGE, 77, 1, 40 = NJW 1988, 890, 891; BVerfG, Ur. v. 31.10.1990, BVerfGE, 82, 60, 71 f. = NJW 1991, 159 f.; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE, 93, 37, 66 ff. = NVwZ 1996, 574, 575 ff.; Dreier, JURA 1997, 249, 256; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 24, Rn. 11; Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 29; Sennkamp, NVwZ 2010, 213, 214; Rennert, JZ 2015, 529.

²⁸⁰ Vgl. z. B. §§ 268 Abs. 1 StPO, 117 Abs. 1 S. 1 VwGO oder 311 Abs. 1 ZPO.

²⁸¹ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 114 verweist aber auch darauf, dass im Freistaat Bayern auf verfassungsgerichtlicher Ebene die Formel „im Namen des Freistaates Bayern“ gebräuchlich ist; siehe auch Sennkamp, NVwZ 2010, 213, 214 „Diese Formel verdeutlicht, dass die Rechtsanwendung im Einzelfall Ergebnis der auf den Willen des Volkes rückführbaren Rechtsetzung ist.“

tenden Richters ohne diese demokratisch vermittelte Autorität ist nicht denkbar. Legitimität muss daher auch ein Wesensmerkmal des hier dargestellten Richterbegriffs schlechthin sein. Dabei wird die richterliche Legitimation maßgeblich durch die Bedingungen der Unabhängigkeit und Gesetzesbindung geprägt.

2. Legitimationsbedürftigkeit automatisierter Entscheidungen?

Der Aspekt der demokratischen Legitimation fand im vorangegangenen Abschnitt bereits in Zusammenhang mit der Verständlichkeit eines Gesetzesalgorithmus – implizit als Voraussetzung für die demokratische Willensbildung des Gesetzgebers – Eingang in die Bearbeitung.²⁸² Sie muss daneben allerdings auch als Voraussetzung für eine verfassungskonforme Umsetzung der Entscheidungsvorgaben durch einen Rechtsgenerator thematisiert werden.

Ein vorgelagertes Problem stellt bei dieser Schwerpunktsetzung allerdings die Frage dar, ob eine automatisierte Entscheidung überhaupt *legitimationsbedürftig* ist. Dies lässt sich bezweifeln, verweist man für diese Frage auf den typischerweise intentionalen Charakter von menschlichen Entscheidungen und das Fehlen einer eigenen Willensbetätigung beim Rechtsgenerator.²⁸³ Erblickt man den legitimationsauslösenden Faktor in einer eigenen Willensbetätigung, wäre (zumindest bei heteronom entscheidenden Systemen) allein die Entscheidungsdetermination, nicht aber (zusätzlich) ihre Ausführung durch den Rechtsgenerator legitimationsbedürftig.²⁸⁴

Mit der Frage nach der Legitimationsbedürftigkeit automatisierter Entscheidungen beschäftigte sich in Bezug auf automatisierte Verwaltungsakte ausführlich bereits *Viktoria Herold*.²⁸⁵ Sie vertritt hierbei die Ansicht, dass nicht auf das Vorhandensein eines eigenen Willensaktes abzustellen, sondern dass die dem Staat zurechenbare Kompetenzwahrnehmung in Form einer hoheitlichen Handlung oder Maßnahme als legitimierungsbedürftiges Objekt zu betrachten sei.²⁸⁶

Dies überzeugt auch für die Situation der gerichtsnahen Rechtsgeneratoren schon aus rein rechtspraktischen Gesichtspunkten: Übertrüge der Gesetzgeber die Kompetenz zur gerichtlichen Rechtsanwendung, also zum Handeln und Entscheiden gegenüber dem Bürger, an Rechtsgeneratoren, wäre er hierzu – unabhängig davon, ob der Rechtsgenerator eine Willensfähigkeit besitzt oder nicht – nur aufgrund seiner eigenen Legitimation befugt. Allein durch die gewillkürte Kompetenzzuweisung und nicht

²⁸²Siehe Kap. 5, A, II, 5, bb).

²⁸³*Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 68; nachgewiesen durch *Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 95.

²⁸⁴*Herold*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 97.

²⁸⁵*Dies.*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 95 ff.

²⁸⁶*Dies.*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 99 f.

durch einen eigenen Willensakt partizipiert der Kompetenznehmer (der Rechtsgenerator) daher an der Legitimation des Kompetenzgebers, so dass die Auswirkungen von Entscheidungen aufseiten des Kompetenznehmers dem Übertragenden zurechenbar bleiben.²⁸⁷ Der Übertragungsakt muss sich im Sinne dieser Zurechenbarkeit durch eigene legitimationsbegründende Umstände beim Legitimationsnehmer widerspiegeln, denn der Gesetzgeber übernimmt durch die Kompetenzübertragung gleichzeitig auch gegenüber seiner eigenen Legitimationsquelle (dem Volk) Verantwortung für die ihm zurechenbaren Ergebnisse. Wer als selbst nicht originär legitimationsstiftendes Staatsorgan Legitimation weiterleitet, muss also Maßgaben schaffen, die das staatliche Auftreten gegenüber dem Bürger bis zum Ende der Legitimationskette legitim erscheinen lassen.

Alle Maßnahmen in Hinblick auf die ausführende Technik, die etwa dazu dienen, Gesetzesbindung, Qualität und Vertrauen herzustellen oder zu verbessern, sind also, insofern sie den Versuch darstellen, Kontrolle über Inhalt und Umfang der Entscheidungskompetenz zum Schutze der Bürger auszuüben, Aspekte der Legitimation dieser Technik, für die sich der Gesetzgeber verantwortlich zeichnet. Wäre die Entscheidung des Rechtsgenerators nicht legitimationsbedürftig, wären solche Maßnahmen überflüssig. Dies führt zu dem Schluss, dass jede gegenüber dem Bürger wirksame Ausübung von Staatsgewalt, unabhängig davon, ob sich hierin ein eigener Wille widerspiegelt, legitimationsbedürftig ist, mithin auch die Entscheidungen automatisierter Einrichtungen.

3. Stellenwert klassischer Legitimationsfaktoren

Damit stellt sich die Frage nach den Kriterien für eine Legitimation des Rechtsgenerators. Ein hinreichend effektives Legitimationsniveau kann nur durch ein Zusammenspiel verschiedener Legitimationskomponenten mit unterschiedlich ausgeprägter Gewichtung, nicht jedoch durch die isolierte Betrachtung einzelner Aspekte hergestellt werden.²⁸⁸

²⁸⁷ „Sobald ein gewillkürtes, also nicht rein zufälliges Moment vorliegt, das einem Funktionsorgan des Staates zuzuordnen ist, bedürfen alle kausalen Folgen dieses Moments der Legitimation nach Maßgabe der für dieses Funktionsorgan geltenden Anforderungen.“, *dies.*, Demokratische Legitimation, 2020, S. 100.

²⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE, 82, 60, 72 = NJW 1991, 159, 160; Schmidt-Assmann, AöR, 116 (1991), 329, 367 f.; BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE, 89, 155, 182 = NJW 1993, 3047, 3050; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE, 93, 37, 66 f. = NVwZ 1996, 574, 575; Voßkuhle/Sydow, JZ 2002, 673, 675; BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, BVerfGE, 107, 59, 87 = NVwZ 2003, 974, 975; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 116.

Bedingt durch die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Richters, die im Widerstreit zu einer klassischen, auf (mittelbarer) Einflussnahme und Kontrolle beruhenden demokratischen Legitimation steht, ist die für die Legitimation eines Richters notwendige Legitimationskette keinesfalls eindeutig.²⁸⁹

Besondere Beachtung ist in diesem Zusammenhang der *sachlich-inhaltlichen*²⁹⁰ und der *organisatorisch-personellen*²⁹¹ Legitimationskomponente zu schenken.²⁹²

In einem ersten Schritt ist daher zu klären, inwiefern sich diese bekannten Legitimationskomponenten auf eine automatisierte Rechtsprechung übertragen lassen und ob sie für sich betrachtet ein hinreichendes Legitimationsniveau nachweisen können.

a. Sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente

Ausschlaggebend kann zunächst die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente sein, die sich im demokratischen Staat auf legitimationsvermittelnde *inhaltliche Entscheidungsvorgaben* bezieht.²⁹³ Zu diesen zählt in Bezug auf die Judikative allein die Gesetzesbindung als einzig abstrakt-generelle Einflussnahmemöglichkeit des Volkswillens auf die Gerichtsentscheidung.²⁹⁴

²⁸⁹In der Regel setzt Legitimation voraus, „daß die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen“, BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE, 93, 37, 67 = NVwZ 1996, 574; vgl. zur aufgeworfenen Problematik auch *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 679; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 145 ff.; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 114 f. m. w. N.; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 52. EL Mai 2008, Art. 97 Rn. 22, 30, der deswegen eine strenge Gesetzesbindung des Richters fordert.

²⁹⁰Hierzu *Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 357 f., dieser aus Verwaltungsperspektive; siehe aber auch *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 24, Rn. 21 ff.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 54 ff.; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 215.

²⁹¹Vgl. *Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 360 ff.; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE, 93, 37, 67 f. = NVwZ 1996, 574, 575; *Papier*, NJW 2002, 2585, 2589; BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, BVerfGE, 107, 59, 88 f. = NVwZ 2003, 974, 975; ausführlich hierzu *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 24, Rn. 16 ff.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 52 f.; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214 f.

²⁹²Eine weitere Legitimationsmöglichkeit, die an die *institutionelle* Ausgestaltung anknüpft, beruft sich darauf, dass die Verfassung die Gewalten an sich vorsieht, hierzu *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 24, Rn. 15, sie kann jedoch den Organwalter als Einzelsubjekt nicht legitimieren; siehe auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 56 f. m. w. N.; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214.

²⁹³*Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 357; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 215.

²⁹⁴Vgl. *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 678; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 182, 190, 224; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 215; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 97 Rn. 5.

Ihre legitimierende Funktion erfüllt die Gesetzesbindung, indem sie den Gesetzesanwender an die Entscheidungen des unmittelbar legitimierten Gesetzgebers bindet.²⁹⁵

Die Wertoffenheit der Gesetze als Grenze der Gesetzesbindung²⁹⁶ wirkt sich gleichwohl relativierend auf diese Legitimationsoption aus.²⁹⁷ Die Gesetzesbindung könnte nur dann als lückenlose Verbindung zum Volkswillen durchgreifen, wenn Entscheidungsspielräume gänzlich fehlen würden²⁹⁸.

Die Wertungsoffenheit der Gesetze muss die legitimierende Wirkung der Gesetzesbindung auf die Rechtsprechung aber auch nicht völlig ausschließen. Im Sinne eines *ex post* wirkenden *Kontrollmodells* vertritt beispielsweise *Tschentscher* die Ansicht, dass allein maßgeblich sei, dass auch in wertungsoffenen Bereichen die Möglichkeit des Gesetzgebers, bei Bedarf jederzeit *potenziell* steuernd auf den jeweiligen Rechtsbereich einzuwirken, erhalten bliebe.²⁹⁹ Im Ergebnis wird der klassische Legitimationszusammenhang zwischen Volkswillen und Richteramt aber auch nach dieser Ansicht im Ganzen doch nur durch eine potenzielle und damit partiell ungewisse Gesetzesbindung abgebildet. Das erreichte Legitimationsniveau ist gering und kann angesichts der besonderen Befugnis der Gerichte zur unabhängigen letztverbindlichen Entscheidung³⁰⁰ unzureichend erscheinen.³⁰¹

Wie schon mehrmals zuvor, liegt daher auch hier erneut der Schluss nahe, dass algorithmische Gesetze und ihnen folgend Rechtsgeneratoren als Rechtsanwender die genannten Probleme leicht beseitigen und eine definitivere Bindung der Rechtsanwendung an legitimierte Grundentscheidungen erzeugen könnten. Es wirken sich aber natürlich auch hier die Probleme aus, die in Zusammenhang mit der Gesetzesbindung von Rechtsgeneratoren im vorangegangenen Abschnitt diskutiert wurden.³⁰² Es zeigte sich

²⁹⁵ *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 101; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 7 f.; *Hassemer*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, 92016, S. 227 ff., 231; *Schmidt-Bleibtreu GG/Heusch*, 142017, Art. 97 Rn. 35; v. *Münch/Kunig GG/Meyer*, 72021, Art. 97 Rn. 1.

²⁹⁶ Siehe Kap. 5, A, II, 2, c.

²⁹⁷ *Kissel*, NJW 1982, 1777, 1781; *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 678 sehen dies weniger kritisch: „Indem er dogmatische Formeln der Rechtsprechung übernimmt, bewußt Regelungslücken bestehen läßt oder in bestimmten Bereichen überhaupt nicht tätig wird, steuert und legitimiert der Gesetzgeber die Rechtsfortbildung.“; negativ sieht hingegen *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 135 f. die Möglichkeit der Rechtsfortbildung und des Richterrechts; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 215 betont: „Je weiter sich der Richter bei der Rechtsprechung vom Gesetz als Medium des demokratischen Willens entfernt, desto weniger ist seine Spruchpraxis demokratisch legitimiert, mag sie auch von der sachlichen Unabhängigkeit noch gedeckt sein.“; vgl. außerdem *Rennert*, JZ 2015, 529, 531.

²⁹⁸ Insofern mit *Papier*, NJW 2002, 2585, 2589.

²⁹⁹ *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, insb. S. 195 ff.

³⁰⁰ v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen*, 72018, Art. 97 Rn. 5 fordert deshalb eine besondere Qualität der Legitimation.

³⁰¹ *Maunz/Dürig GG/Grzeszick*, 73. EL Dez. 2014, Art. 20 Rn. 237 m. w. N.

³⁰² Siehe Kap. 5, A, II.

dort, dass Rechtsgeneratoren zwar prinzipiell durch die Logik eines algorithmischen Gesetzes gebunden werden könnten, es jedoch nicht unproblematisch möglich ist, Gesetze als konkret-logische Handlungsanweisungen in Algorithmenform auszugestalten. Geht man versuchsweise aber einmal in engen Grenzen von der Zulässigkeit solcher algorithmischer Gesetze aus, wäre der Legitimationszusammenhang, den diese vermitteln könnten, wohl solange ausreichend, wie der Rechtsgenerator den normativen Vorgaben des (legitimierten) Gesetzesalgorithmus (nur) folgt und keine eigene Dynamik der Rechtsanwendung entwickelt, die sich vom Willensakt des Parlaments oder der delegierten Entscheidungsinstanz entfernt.³⁰³ Unter dieser Prämisse stünde der Legitimation von Rechtsgeneratoren durch die Gesetzesbindung mithin kein zusätzlicher Einwand entgegen.

b. Organisatorisch-personelle Legitimationskomponente

Die organisatorisch-personelle Legitimationskomponente bezieht sich daneben auf die personelle Rückbindung der Auswahl des individuellen Amtswalters an den Volkswillen.³⁰⁴ Sie verwirklicht ihre legitimierende Wirkung klassischerweise dadurch, dass ein legitimes Staatsorgan den Richter auswählt und wird in der Judikative durch die staatliche Bestellung (Ernennung oder Wahl) zum Richteramt abgebildet.³⁰⁵ Nur für die obersten Bundesgerichte³⁰⁶ und das Bundesverfassungsgericht³⁰⁷ sind in der Verfassung indes konkrete Vorgaben für das Vorgehen bei der Richterauswahl enthalten, für weitere Gerichte auf Landesebene existiert ein Spektrum unterschiedlicher Methoden und landesrechtlicher Vorschriften.³⁰⁸ Unabhängig davon, welches Auswahlverfahren gewählt wird, wird durch den Bestellakt aber auch heute schon nur ein eher loser Zurechnungszusammenhang erreicht, da es wegen des Prinzips der persönlichen Unabhängigkeit und der Lebenszeiternennung zwangsläufig an einer periodischen Aktualisierung des Bestellaktes oder einer zum Staatsvolk ununterbrochenen Weisungskette fehlen muss.³⁰⁹

³⁰³ Ähnliche Überlegungen für Verwaltungsalgorithmen bei *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1134; weitergehend *Stelkens*, in: Hill/Kugelman/Martini (Hrsg.), Digitalisierung, 2018, S. 81 ff., 102.

³⁰⁴ *Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 360; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214.

³⁰⁵ Hierzu *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676 f.; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 24, Rn. 24; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 170 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 98 Rn. 14 ff.

³⁰⁶ Siehe Art. 95 Abs. 2 GG und das Richterwahlgesetz.

³⁰⁷ Siehe Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG.

³⁰⁸ Kritisch diskutieren diese Möglichkeiten etwa *Groß*, ZRP 1999, 361 ff.; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214 f. m. w. N.

³⁰⁹ So *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 678; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 146 f., S. 161; *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214; vgl. auch *Rennert*, JZ 2015, 529, 530.

Würde das Gerichtsverfahren vollautomatisiert durchgeführt, könnte – neben der Möglichkeit, auf die personelle Legitimation von Mitgliedern eines staatlichen Algorithmen-Gremiums zurückzugreifen – wohl auch ohne größere Schwierigkeiten ein für einen Rechtsgenerator unmittelbar passendes Surrogat zu der durch eine Ernennung vermittelten (einmaligen) Verbindung zum Volkswillen erdacht werden. Anders als heute üblich, könnte sich die konkrete Auswahl des passenden Rechtsgenerators für einen spezifischen Bereich sogar direkt in einem formellen Gesetz wiederfinden, was die Legitimationsdichte im Vergleich zu einer indirekten Berufung erhöhen würde.³¹⁰

Diese Betrachtungsweise wäre allerdings in Hinblick auf die Bedeutung der personellen Legitimationskomponente zu eindimensional. Die Personalauswahl wirkt heute unter anderem auch deshalb legitimierend, weil es Regelungen zu den Vorgaben für eine Befähigung zum Richteramt gibt, die als abstrakte Voraussetzungen für die Geeignetheit im Auswahlverfahren unter allen Kandidaten berücksichtigt werden müssen (etwa im Deutschen Richtergesetz³¹¹). So wird ein gleichbleibender Standard der Bestenauslese wie ihn Art. 33 Abs. 2 GG fordert garantiert und sichergestellt, dass die personale Auswahl des Richters ein Mindestmaß an individueller Qualität aufweist. Die Notwendigkeit der Auswahl in Hinblick auf die Qualifikation staatlicher Akteure ist eine Forderung, die sich auch in Art. 33 Abs. 2 GG für alle öffentlichen Ämter wiederfindet³¹² und in ihrem Sinngehalt in Anlehnung an die in Art. 92 Hs. 1 GG übertragene besondere Aufgabe auch auf die richterliche Tätigkeit angewendet werden muss³¹³. Der Akt der Bestellung zum Richteramt ist in diesem Sinne also auch Ausdruck der „übernommenen Verantwortung für die Eignung der ausgewählten Person zu einer funktionsgerechten Ausübung des Richteramtes.“³¹⁴

Damit ein algorithmenspezifisches Surrogat zu einem Bestellakt in gleichem Maße wie sein klassisches Vorbild legitimierend wirken könnte, müssten also auch an Faktoren wie der Qualifikation des Rechtsgenerators ähnlich hohe rechtliche Anforderungen gestellt werden können, die abstrahiert vom konkreten Anwendungsbereich des Algorithmus von allen Rechtsgeneratoren erfüllt werden können müssten.³¹⁵

³¹⁰Insgesamt kann aus demokratietheoretischer Betrachtung festgehalten werden: Umso unmittelbarer sich die Bestellung auf den Volkswillen zurückführen lässt, desto enger ist der Legitimationszusammenhang, vgl. *Sennekamp*, NVwZ 2010, 213, 214.

³¹¹Siehe § 5 Abs. 1 und § 9 DRiG.

³¹²Hierzu Stern/Becker GG/*Grigoleit*,³2019, Art. 33 Rn. 28 ff.

³¹³Siehe v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*,⁷2018, Art. 92 Rn. 28 m. w. N.; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 283.

³¹⁴*Groß*, ZRP 1999, 361, 362.

³¹⁵*Nink* thematisiert einen ähnlichen Aspekt unter dem Stichwort „Kompetenz“ als Voraussetzung des Art. 92 Hs. 1 GG, *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 276.

4. Stellenwert weiterer Legitimationsfaktoren

Solche Anforderungen können sich begünstigend auf die Legitimität der gerichtlichen Entscheidung auswirken. Weil sich schon heute Defizite in der Legitimation des Richterstandes befürchten lassen, werden schließlich auch aktuell bereits verbreitet, zusätzlich zu den klassischen, sogenannte *weiche Legitimationsgrundlagen* herangezogen, um ein hinreichendes Legitimationsniveau nachzuweisen.³¹⁶ Als eines unter mehreren Charakteristika eines legitimierten Richters wird hierbei auch auf das genannte Vorhandensein von zur richterlichen Tätigkeit notwendiger Qualifikation rekurriert.³¹⁷ Gewisse richterliche Qualifikationen sind notwendig, weil nur ein Akteur, der durch qualifizierende Eigenschaften ein hinreichendes Maß an Entscheidungsrichtigkeit gewährleisten kann, Akzeptanz und Vertrauen in die Richtigkeit seiner Entscheidungen erfährt. Daneben können der Sicherstellung der Gesetzesbindung und der Förderung von Vertrauen in die Justiz etwa auch Prinzipien wie die *Mündlichkeit* und *Öffentlichkeit* des Verfahrens dienen.³¹⁸ Eine wichtige Funktion erfüllen hierfür auch die *Begründung* und *Veröffentlichung* der richterlichen Entscheidung.³¹⁹ Über das Kernelement der ununterbrochenen Legitimationskette hinaus, kann Legitimation und Gesetzesbindung durch solche weichen Faktoren begünstigt werden.³²⁰

Zu den legitimationsfördernden legislativen Gewährleistungen werden zudem beispielsweise auch der *Instanzenzug*,³²¹ das *Kollegialprinzip*,³²² aber auch die Ablehnung aus *Besorgnis der Befangenheit*³²³ oder die öffentlich-rechtliche *Verantwortung vor Dienstaufsicht* und *Disziplinalgewalt*³²⁴ gezählt, die in Abwägung mit gegenläufigen

³¹⁶Ausführlich etwa bei *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 ff.; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140 ff.

³¹⁷Als Charakteristikum des Richterbegriffs schlechthin verwenden dies Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 264; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 69; *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 733; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 92 Rn. 28. Wie hier *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 228 ff.

³¹⁸*Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 227; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 163 ff.

³¹⁹*Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680; zur Relevanz der Begründung auch *Rennert*, JZ 2015, 529, 535.

³²⁰Ob diese aber allein ausreicht, um Legitimation zu begründen, ist ungewiss, so *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676, 680 ff.; auf die Begründung als vertrauensbildenden Faktor verweist auch *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 148 f.

³²¹*Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 679; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140 f.; *Rennert*, JZ 2015, 529, 535.

³²²Hiernach wirken bei der Entscheidungsfindung mehrere Richter gleichberechtigt mit, *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 679; vgl. auch *Rennert*, JZ 2015, 529, 535.

³²³*Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 141 f.

³²⁴*Ders.*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 142 ff.

Werten und Interessen – wie etwa der Unabhängigkeit der Richter oder der Effizienz des Rechtsschutzes – einen Beitrag zur Legitimation leisten können.³²⁵ Ein letzter denkbarer Legitimationsweg führt zudem über die Partizipation der betroffenen Bürger am Prozessgeschehen, die durch ihr Recht auf Gehör auf das Ob und Wie der Urteilsfindung (mittelbar) Einfluss nehmen können.³²⁶ Solch eine *partizipative Legitimation* knüpft aber nicht mehr an den Volkswillen in seiner Gesamtheit an und stiftet daher im engeren Sinne keinen unmittelbar legitimierenden Zusammenhang im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, nach dessen Wortlaut alle Staatsgewalt vom Volke (als Ganzem) ausgeht.³²⁷ Die gleiche Einschränkung ergibt sich auch für die vermeintlich „demokratietiftende Wirkung“ der Laienrichterbeteiligung.³²⁸

Auch die legitimierende Kraft der genannten weichen Faktoren ist also begrenzt. Sie spielen aber ergänzend zu den klassischen Legitimationskomponenten eine wichtige Rolle. Es ist insgesamt überzeugend, Legitimation nicht ausschließlich als kategorialen Begriff zwischen personeller und sachlicher Komponente zu begreifen und rein auf formale Vermittlungsumstände zu beschränken. Legitimation ist auch maßgeblich durch einen individuellen und kollektiven Anerkennnisprozess geprägt, der sich ebenso in klassischen Komponenten wie in den genannten weichen Faktoren manifestieren kann. Dieser Prozess vollzieht sich durch die Akzeptanz und das Vertrauen der Bevölkerung in das staatliche Handeln. Für die Autorität staatlicher Gewalt ist das Vertrauen der Bevölkerung ein entscheidender, wenn auch ungeschriebener und schwer zu regulierender Faktor, der dazu beiträgt, Rechtsfrieden herzustellen.³²⁹ Besonders in der Ausübung von Rechtsprechungsaufgaben spielt er, wie Art. 92 Hs. 1 GG in der Anvertrauensformel zum Ausdruck bringt, eine wichtige Rolle.

³²⁵ Legitimationsbeschränkende Entwicklungen wie verkürzte Rechtswege oder Zuweisungen an Einzelrichter sollen durch diese Gewährungen allerdings nicht verhindert werden, dies kritisieren *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 679 f.

³²⁶ Hierzu *Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 371 ff.; *Umbach/Clemens GG/Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 28; *Rennert*, JZ 2015, 529, 535 spricht von einer wichtigen Bedeutung der diskursiven und dialogischen Struktur der Rechtsfindung.

³²⁷ Hierzu auch BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE, 82, 60, 75 = NJW 1991, 159, 160; *Schmidt-Assmann*, AöR, 116 (1991), 329, 376; zum Theoriestreit zwischen einer monistischen, an das Volk als Ganzes anknüpfenden Legitimation in der Demokratie und einem offenen/pluralistischen Demokratieverständnis, dass an den Menschen als Individuum anknüpft *Hanebeck*, DÖV 2004, 901 ff.

³²⁸ *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 681 m. w. N., die einen legitimatorischen Aspekt in der Ergänzung des Qualifikationsprofils erblicken; wie hier *Sodan*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 32007, § 113, Rn. 40, er führt richtig aus, dass auch Laienrichter unabhängig entscheiden und daher in legitimationsbegründender Hinsicht von der Mehrheitsmeinung unbeeinflusst bleiben müssen.

³²⁹ Zur Bedeutung des Vertrauens als rechtsstaatlichem Faktor etwa *Kabl*, in: *Kube/Mellinghoff et al.* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, 2015, § 27, insb. Rn. 21 ff.; *Berger*, DVBl. 2017, 804 ff.; *Hähnchen/Schrader et al.*, JuS 2020, 625 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020, NJW, 2020, 1049, 1053 f. (insb. Rn. 91 und 98).

II. Legitimationsfaktoren beim Einsatz von Rechtsgeneratoren

Die Legitimation des Rechtsgenerators sollte folglich nicht nur nach Gesetzesbindung und formalem Bestellakt, sondern auch nach der Anerkennung und dem Vertrauen durch die Bevölkerung beurteilt werden. Verbunden mit einem politischen Vorhaben der Einführung automatisierter Rechtsprechung müssten daher auch Mittel und Wege aber auch Gründe gefunden werden, um eine allgemeine Zustimmung in ihrem Einsatz zu fördern. Grundvoraussetzung hierfür wäre, dass das Gesamtsystem der technischen Rechtsanwendung vertrauenswürdig ausgestaltet ist.³³⁰

Es kann sich hier jedoch nicht zum Ziel gesetzt werden, konkrete prozessuale Prinzipien und rechtliche Sicherungsmechanismen, die Vertrauen und Akzeptanz fördern sollen, neu zu entwickeln oder in ihren Einzelheiten auf eine Übertragbarkeit in das aufgeworfene Szenario zu überprüfen. Dafür bestehen für eine allgemein verfassungsrechtliche Perspektive zwischen den Gerichtszweigen notwendigerweise zu große Unterschiede in der individuellen Ausprägung der genannten Mechanismen. Selbst innerhalb des Instanzenzugs einer Gerichtsbarkeit sind vielfach komplexe Abwägungen notwendig, die Ausnahmen in Einzelbereichen rechtfertigen. Zudem sind auch die möglichen Einsatzfelder von Rechtsgeneratoren noch zu abstrakt, um auf die spezifischen Anforderungen einzelner Rechtsmaterien umfassend eingehen zu können.

Es soll daher eine generellere Betrachtungsweise gewählt werden, die nach dem gemeinsamen Zweck solcher Regelungsbemühungen fragt und abstrakte Voraussetzungen zur Vertrauensbildung untersucht.

Aus einer problemzentrierten Perspektive, die gezielt auf solche Faktoren abstellt, mit denen Rechtsgeneratoren perspektivisch die größten Schwierigkeiten haben könnten, lassen sich drei wichtige Grundlagen für die Vertrauenswürdigkeit von rechtsanwendender Technik – analog zu ähnlichen Mechanismen in der etablierten Rechtsprechung – fassen: (1.) Die *Verwirklichung von richterlichen Qualifikationsmerkmalen*, (2.) die Möglichkeit der *Begründung der Entscheidung* und (3.) die *Zuweisung von Verantwortlichkeiten*.³³¹ Auf die Voraussetzungen und Charakteristika dieser drei Faktoren soll diese Arbeit einen näheren Blick werfen, um zu ermitteln, ob Rechtsgeneratoren im Grundsatz zu ihrer Verwirklichung in der Lage sein könnten.

³³⁰Ob und wie dies gelingen könnte, fragt sich auch *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 942; vgl. auch *Oebmer*, *Robot judge*, 07.08.2019 (hiig.de/en/robot-judge-verdict-in-the-name-of-the-algorithm/); *Coester/Poblmann*, *DuD* 2021, 120, 121 schreiben hierzu, dass innovative Technologien dann vertrauenswürdig seien, „wenn sie sich immer in der erwarteten Weise für den beabsichtigten Zweck verhalten.“

³³¹Auf die Mündlichkeit soll unter dem nahe liegenden Aspekt des Rechts auf rechtliches Gehör näher eingegangen werden. Siehe Kap. 5, C, II, 3, b, aa).

1. Qualifikationsmerkmale von Rechtsgeneratoren

Wenn es eine Antwort darauf zu finden gilt, ob Rechtsgeneratoren den Qualifikationsanforderungen an die richterliche Tätigkeit genügen können, muss zunächst geklärt werden, worin diese eigentlich bestehen.

a. Qualifizierende Merkmale verschiedener Richtertypen

Es zeigt sich, dass sich in den im aktuellen System vorgefundenen Richtertypen bereits qualifizierende Merkmale verschiedener Art widerspiegeln.

Unter den hergebrachten Richtertypen stellt der *Berufsrichter*, der hauptamtlich, auf Lebenszeit³³² und mit der Befähigung zum Richteramt³³³ tätig wird, den klassischen Richtertypus dar.³³⁴ Das qualifizierende Merkmal des Berufsrichters ist seine umfassende Kenntnis des Rechts, seine *Rechtsgelehrtheit*.³³⁵ Die durch juristische Ausbildung und Sozialisierung erworbene juristische Expertise soll die Entscheidungsrichtigkeit fördern, indem sie dem Richter eine sachgerechte Aufgabenerfüllung in allen Bereichen des Rechts ermöglicht.³³⁶ Ein Berufsrichter muss eine hinreichende Kenntnis des Rechts und seiner Grundlagen aufweisen, durch die es ihm möglich ist, alle, auch neue oder komplexe Gesetze, in ihrem spezifischen Kontext auszulegen und anzuwenden.³³⁷ Eng verbunden mit der Rechtsgelehrtheit ist das etwas weiter gefasste Merkmal eines guten *Judizes*, also eines intuitiven Verständnisses von Rechtskonstellationen auf Grundlage von Erfahrungswissen und Rechtsgefühl.³³⁸ Die juristische Ausbildung soll daneben auch dazu beitragen, Richter vor Einflussnahmeversuchen zu schützen.³³⁹ Im

³³²Die eingeschränkten Möglichkeiten Richter auf Zeit, kraft Auftrag oder auf Probe einzusetzen, sollen hier ausgeklammert werden.

³³³Nach § 5 Abs. 1 DRiG.

³³⁴Hierzu *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 903; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 37.

³³⁵Vgl. *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 369, unter dem Stichwort „rechtswissenschaftliche Vorbildung“; wie hier Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 69; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 28, „sachgerechte Qualifikation“; BeckOK GG/*Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 19, „Mindestmaß an fachlicher Kompetenz“.

³³⁶Entscheidungsrichtigkeit impliziert hierbei aber ausdrücklich keine deduktive Gesetzesanwendung, sondern ist gleichgesetzt mit einer am Maßstab der juristischen Methodenlehre orientierten Rechtserzeugung. In anderem Kontext aber in ähnlicher Weise *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 2016, S. 249.

³³⁷*Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 904; *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 356.

³³⁸*Gröschner*, JZ 1987, 903 ff.

³³⁹Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 278.

Ganzen fördert die Rechtsgelehrtheit also auch die Gesetzesbindung³⁴⁰ und die richterliche Unabhängigkeit³⁴¹. Das Grundgesetz enthält aber keine strikten Vorgaben über die Art und Weise der Ausbildung, die ein Berufsrichter durchlaufen muss.³⁴²

Die Qualifikation eines Rechtsgenerators ausschließlich an der Rechtsgelehrtheit eines Berufsrichters zu orientieren und wegen mangelnder umfassender Kenntnis des Rechts als unzureichend abzulehnen, wäre allerdings einer verkürzten Sichtweise auf die qualifizierenden Merkmale des Richterstands und die Zwecke des Qualifikationsanfordernisses geschuldet. Gebräuchlich sind heute etwa auch zwei weitere Richtertypen, die anders als der Berufsrichter ehrenamtlich tätig werden. Unterteilen lassen sich diese in die Kategorien der *reinen Laienrichter* und der weiteren *ehrenamtlichen Richter mit Expertenstatus* (mit oder ohne die Befähigung zum Richteramt im Sinne des DRiG). Auch wenn der Einsatz von ehrenamtlichen Richtern im Grundgesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist er durch dieses doch auch nicht verboten.³⁴³ Es wird dem Gesetzgeber überlassen, wann und wo er ehrenamtliche Richter einsetzen möchte.³⁴⁴

Für reine Laienrichter wird als qualifizierendes Merkmal meist ihre *Volksnähe* angeführt.³⁴⁵ Volksnähe wird anders als Rechtsgelehrtheit nicht erworben, sondern ergibt sich bereits aus der angeborenen Zugehörigkeit zu einer (nicht notwendig der deutschen) Gesellschaft. Historisch gesehen sollte sie als Korrektiv und Kontrollmöglichkeit

³⁴⁰Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers*, 1973, S. 220; *Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*, 1980, S. 904; Bernhard, *DRiZ* 1981, 361, 369; Umbach/Clemens *GG/Wolff*, 2002, Art. 92 Rn. 56; *Tschentscher*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 2006, S. 228 f.; BeckOK *GG/Morgenthaler*, ⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 29.

³⁴¹Bonner Kommentar *GG/Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 279.

³⁴²Bettermann, *AöR*, 92 (1967), 496, 536 will aber Mindeststandards aus dem traditionellen Richterbild ableiten; vgl. aber Bernhard, *DRiZ* 1981, 361, 369; Bonner Kommentar *GG/Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 278; Dreier *GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 56.

³⁴³BVerfG, *Beschl. v. 11.06.1969*, BVerfGE, 26, 186, 200 = NJW 1969, 2192, 2194; BVerfG, *Beschl. v. 30.05.1978*, BVerfGE, 48, 300, 320 f. = NJW 1978, 1795, 1796; *Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*, 1980, S. 904; Bonner Kommentar *GG/Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 288.

³⁴⁴BVerfG, *Beschl. v. 09.05.1962*, BVerfGE, 14, 56, 73 = NJW 1962, 1611 ff. n. a.; BVerfG, *Beschl. v. 17.12.1969*, BVerfGE, 27, 312, 319 f. = NJW 1970, 1227; BVerfG, *Beschl. v. 22.07.1970*, BVerfGE, 29, 125, 147 = NJW 1970, 1838 ff. n. a.; BVerfG, *Beschl. v. 26.05.1976*, BVerfGE, 42, 206, 208 f.; siehe auch Bonner Kommentar *GG/Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altaufl.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 289; *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 39, nach seiner Ansicht wäre sogar die Besetzung nur mit ehrenamtlichen Richtern unter bestimmten Umständen verfassungsmäßig. Kritischer noch Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers*, 1973, S. 221 ff.

³⁴⁵*Sodan*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. 5, ³2007, § 113, Rn. 40; v. Mangoldt/Klein/Starck *GG/Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 30; Dreier *GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 54.

der staatlichen Aufgabenerfüllung dienen und übergesetzliche Gerechtigkeitserwägungen in die Entscheidung miteinfließen lassen.³⁴⁶ Auch in Hinblick auf die Garantie einer sachgerechten Entscheidung können Laienrichtern verschiedene Funktionen zukommen. Im Strafrecht repräsentieren sie beispielsweise als *Schöffen*³⁴⁷ die Sichtweise der Gesellschaft bezüglich der Strafgerechtigkeit.

Ehrenamtliche Richter mit Expertenstatus kommen darüber hinaus dann zum Einsatz, wenn ein Rechtsbereich besondere Vorkenntnisse oder einen besonderen Bezug zu der verhandelten Materie erfordert. Beispiele für solche Bereiche sind das Handelsrecht,³⁴⁸ das Arbeitsrecht,³⁴⁹ die Angelegenheiten der Landwirte³⁵⁰ oder das berufsständische Anwaltsrecht³⁵¹. Als qualifizierende Merkmale stechen in diesen Bereichen die besondere *Sachkunde* oder *Fachbezogenheit* der Expertenrichter hervor.³⁵² Hierdurch soll eine lebensnahe und sachlich zutreffende Entscheidungsfindung sichergestellt werden.

b. Die sachgerechte Entscheidung als Ergebnis verschiedener Fähigkeiten

Auch aktuell gibt es also bereits verschiedene Richtertypen und diverse Eigenschaften, die diese Richter in ihrer Stellung in unterschiedlicher Art qualifizieren. Abstraktes Ziel dieser Qualifikationsmerkmale ist unter anderem die Erzeugung einer möglichst *sachgerechten Entscheidung*. Der Begriff der sachgerechten Entscheidung bezieht sich hierbei nicht nur auf den Entscheidungsfindungsprozess, der möglichst wenig formale Fehler und rechtliche und sachliche Fehlannahmen aufweisen soll, sich also innerhalb des Rahmens der Gesetzesbindung und der sachgerechten Aufgabenbewältigung bewegen muss; er umfasst zudem die nur eingeschränkt überprüfbare Verwirklichung inhaltlicher Wahrheit und Gerechtigkeit des Entscheidungsergebnisses, die sich nicht allein in einem positivistischen Verständnis des Gesetzes erschöpft.

Gerade weil diese Ausprägung von Sachrichtigkeit im Nachhinein nicht streng logisch nachgewiesen oder empirisch überprüft werden kann, ist es notwendig, dass eine

³⁴⁶Kritisch dahingehend, ob diese Attribute auch heute noch gelten können *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 905; vgl. auch *Gehrman*, DRiZ 1988, 126, 128.

³⁴⁷Vgl. Laienbeteiligung nach § 45a DRiG und §§ 28 f. GVG.

³⁴⁸Vgl. Laienbeteiligung nach § 45a DRiG und § 109 GVG.

³⁴⁹Vgl. Laienbeteiligung nach §§ 20 f. ArbGG.

³⁵⁰Vgl. §§ 3 f. LwVfG. Hierzu BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980, BVerfGE, 54, 159, 166 ff. = NJW 1981, 912 ff.

³⁵¹Früher auch als „Ehrengericht“ bezeichnet. Vgl. §§ 92 f. BRAO. Außerdem werden Rechtsanwälte auch am Amtsgerichtshof und im Senat für Anwaltssachen des BGH beteiligt, vgl. §§ 101 Abs. 1, 106 Abs. 2 BRAO.

³⁵²BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980, BVerfGE, 54, 159, 166 = NJW 1981, 912, 913; BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 30.

möglichst weitreichende Annäherung hieran bereits im Vorhinein durch institutionelle Vorkehrungen zur Vermeidung von Rechtsanwendungsfehlern³⁵³ und durch Qualifikationserfordernisse abgesichert wird. Als Garanten einer derartigen Entscheidung werden nicht nur eine möglichst umfassende Kenntnis des Rechts, sondern auch andere richterliche Qualifikationen wie fachliche Kenntnisse und Volksnähe verstanden, die sich in Hinblick auf die Anforderungen spezifischer Rechtsmaterien ergeben können.

Bei der Zusammenstellung von Spruchkörpern und Richterkollegien kann dies jedoch eine Abwägung zwischen dem ausschließlichen Einsatz möglichst unabhängiger und fachlich fähiger (Berufs-)richter und einer möglichst sachgerechten Entscheidungsfindung erforderlich machen. Am Einsatz von ehrenamtlichen Richtern lässt sich schließlich kritisieren, dass durch sie die Unabhängigkeit und Neutralität einer Entscheidung in geringerem Maße gewährleistet ist als durch Berufsrichter.³⁵⁴ Grund hierfür ist, dass Laienrichter aufgrund fehlender Ausbildung anfälliger für neutralitätsgefährdende Einflüsse sind und überdies nicht durch die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 2 GG, sondern in ihrem persönlichen Status nur in einem Minimum einfachgesetzlich³⁵⁵ geschützt sind. In einigen Fällen sind ehrenamtliche Richter in der Angelegenheit auch gerade wegen ihrer (qualifikationsbegründenden) Fachbezogenheit, die sich aus der Zugehörigkeit zu einem Berufsstand oder einer sozialen Gruppe ergibt, nicht völlig unbeteiligt und unvoreingenommen.³⁵⁶ Die vorgenannten Aspekte lassen sich jedoch mit dem Zweck einer Besetzung der Spruchkörper, die eine sachgerechte Bearbeitung ermöglicht, abwägen. Sie schließen die Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern nicht aus.³⁵⁷

Den neutralitätsgefährdenden Umständen der Laienbeteiligung und ihrer fehlenden Kenntnis des Rechts wird dadurch Rechnung getragen, dass Laienrichter nur in Kollegialgerichten und nicht als Einzelrichter tätig werden können. Vorsitz muss in den allermeisten Fällen ein Berufsrichter führen.³⁵⁸ In einigen Fällen kann ehrenamtlichen

³⁵³Hierzu zählen Art. 97, 101 und 103 GG, siehe BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 402 f. = NJW 2003, 1924.

³⁵⁴Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 221 ff.

³⁵⁵Nach § 44 Abs. 2 DRiG.

³⁵⁶Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 222.

³⁵⁷„Es entspricht jedoch einem für jede Gerichtsbarkeit geltenden Erfordernis, die Besetzung der Richterbank so zu ordnen, daß den Gerichten eine sachgerechte Wahrnehmung ihrer Aufgaben möglich ist.“, BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980, BVerfGE, 54, 159, 166 = NJW 1981, 912, 913.

³⁵⁸§ 29 Abs. 2 DRiG, eine Ausnahme stellen die anwaltlichen Ehrengerichte dar (§ 123 DRiG i. V. m. §§ 94 Abs. 1 und 101 Abs. 1 BRAO. Hierzu BVerfG, Beschl. v. 11.06.1969, BVerfGE, 26, 186, 200 f. = NJW 1969, 2192, 2194; BVerfG, Beschl. v. 30.05.1978, BVerfGE, 48, 300, 320 f. = NJW 1978, 1795, 1796. Insgesamt müsse die Verwendung von nicht hauptamtlich und planmäßig angestellten Richtern aber die Ausnahme bleiben, so BVerfG, Urt. v. 03.07.1962, BVerfGE, 14, 156, 162 = NJW 1962, 1495, 1496.

Richtern aber das überwiegende Stimmgewicht in einer Entscheidung zufallen, wenn dies nach der Verfahrensart geboten erscheint.³⁵⁹

c. Beitrag von Rechtsgeneratoren zu einer sachgerechten Entscheidung?

Um die unterschiedlichen Aspekte von Entscheidungsrichtigkeit aus verschiedenen Blickwinkeln abzudecken, können also auch heute schon Richter eingesetzt werden, die beispielsweise in ihrer Unabhängigkeit und Gesetzesbindung strukturell geringer geschützt sind als andere und keine umfassenden Kenntnisse des gesamten Rechts besitzen, sich aber durch andere Qualifikationen für einen bestimmten Rechtsbereich besonders eignen. Beim Einsatz solcher Richtertypen können dann – jeweils nach den Anforderungen der Verfahrensarten – Korrektur- und Kontrollmöglichkeiten etabliert werden, die ein insgesamt ausreichendes Schutzniveau des gesamten Spruchkörpers sicherstellen.³⁶⁰

Was lässt sich daraus nun für den richterlichen Einsatz von Rechtsgeneratoren und ihre Legitimität gewinnen? Zunächst einmal, dass Rechtsgeneratoren nicht zwangsläufig nur die klassischen Qualifikationsmerkmale eines Berufsrichters simulieren können müssten, um in ausgewählten richterlichen Aufgabenbereichen legitim erscheinen zu können, sondern auch ihre spezifischen technischen Eigenschaften sie für den entscheidungstreffenden Einsatz in einigen Rechtsfragen qualifizieren könnten, sofern sie dazu geeignet sind, ein sachgerechtes Ergebnis zu fördern. Es mag unmöglich sein, Rechtsgeneratoren die gleichen umfassenden Kenntnisse des Rechts zuzuführen wie Menschen, für die Beantwortung bestimmter rechtlicher Fragen können sie sich jedoch vielleicht sogar besser eignen und ein sachgerechteres Ergebnis garantieren als ihre menschliche Konkurrenz.

Auch wenn zutrifft, dass – wie es *Nink* formuliert – die Rechtsgelehrtheit ein „Zentraler Baustein der von der Verfassung vorausgesetzten Kompetenz“³⁶¹ eines Richters ist, der notwendig ist, um „der Fülle an normativen Vorgaben gewachsen“³⁶² zu sein, kann aus diesen Prämissen noch nicht geschlussfolgert werden, dass Technik mangels Rechtsgelehrtheit zur richterlichen Aufgabenbewältigung insgesamt ungeeignet sei.³⁶³

³⁵⁹Beispielsweise § 6 Abs. 1, § 16 ArbGG.

³⁶⁰BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 30: „Konkret kommt es darauf an, ob das aus Laien und Berufsrichtern bestehende Gericht in der Lage ist, die fachspezifischen Gesichtspunkte, welche für eine Laienbeteiligung sprechen, mit der aus der Gesetzesgebundenheit abgeleiteten Forderung nach richterlichen Richtern zu verbinden.“

³⁶¹*Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 277.

³⁶²*Ders.*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 278.

³⁶³*Ders.*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 280 f.

Dabei bliebe außer Acht, dass Rechtsgelehrtheit nur *ein*, wenn auch entscheidender, Baustein einer sachgerechten Entscheidung ist und sich richterliche Qualifikationen auch auf bestimmte Rechtsmaterien begrenzen können, so dass sie den Einsatz exklusiv in diesen Bereichen legitimieren. Bei ehrenamtlichen Richtern sind das Bereiche, die eine besonders nah an der gesellschaftlichen Realität ansetzende Einschätzung erfordern. Hiermit wird aber nicht zwangsläufig postuliert, dass die Zugehörigkeit zum Volk das *einzig* denkbare Qualifikationsmerkmal neben der Rechtsgelehrtheit sein kann,³⁶⁴ oder dass der verfolgte Zweck einer realitätsnahen Entscheidung der einzige Aspekt einer sachgerechten Entscheidung zu sein braucht, der durch selektive Kompetenzen gefördert werden kann. Einen Beitrag zu einer sachgerechten Entscheidung können – insbesondere durch ihren algorithmentypisch unverstellten Blick auf die logischen Strukturen des Rechts und ihre schnelle Bearbeitung – prinzipiell auch Rechtsgeneratoren leisten. Sie können Komplexität viel besser bewältigen als Menschen, Informationen viel umfassender einbeziehen und so insbesondere formale Fehler und Fehler aus Gründen der Unaufmerksamkeit vermeiden.³⁶⁵

Anstatt diese Perspektive aber (wie vereinzelt gefordert) nur als Entscheidungsunterstützungssystem einzunehmen,³⁶⁶ könnte es einem reformierenden Gesetzgeber weitergedacht irgendwann vielleicht auch sinnvoll erscheinen, geeignete (einfach gelagerte) Entscheidungsteile gänzlich an die Repräsentanten dieser Sichtweise auszulagern, um menschliche Entscheidungsträger hiervon zu entlasten. Noch kaum untersucht ist daneben auch die Möglichkeit, Algorithmen in einem *Kollegialgericht* zusammen mit menschlichen (Berufs-)richtern einzusetzen, um einen bestimmten Sachverstand, eine bestimmte Sichtweise auf das Recht zu repräsentieren. Diesen miteinzubeziehen könnte in Zusammenspiel mit der typisch menschlichen Kompetenz und Sichtweise auf das Recht insgesamt womöglich in einigen (beispielsweise besonders durch Logik, Technik oder Komplexität geprägten) Bereichen insgesamt zu einer besseren Qualität der Rechtsprechung beitragen. Sind menschliche Richter in der Mehrzahl, kann das Defizite der Technik, insbesondere das Fehlen einer moralischen und ethischen Grundhaltung,³⁶⁷ ausgleichen.

Rechtsgeneratoren können Berufsrichter wie alle menschlichen Richter aus dieser Perspektive betrachtet also nicht entbehrlich machen, sie könnten aber möglicherweise irgendwann qualifiziert erscheinen, einige richterliche Aufgaben in Kooperation mit

³⁶⁴ Anders *ders.*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 279 f.

³⁶⁵ Siehe hierzu Kap. 3, B, I.

³⁶⁶ Hierzu bereits Kap. 1, B, III, 1.

³⁶⁷ *Schliesky*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 311 ff., 325 diskutiert die Notwendigkeit solcher Fähigkeiten unter dem Begriff der Amtswürde.

diesen oder unter Aufsicht auch selbstständig zu erledigen. Allgemein lässt sich argumentieren, dass in den vorgenannten automatisierungsgerechten Bereichen durch den Einsatz von Informationstechnologie das Vertrauen in die Rechtsprechung durch Rationalität und Entscheidungsgeschwindigkeit nicht wie befürchtet geschwächt, sondern sogar gestärkt werden könnte.³⁶⁸ Sieht man Technik also nicht als Feind, sondern als Ergänzung des Menschen und als Möglichkeit, technische Eigenschaften zum Wohle der Gesellschaft einzusetzen, könnte dies zur Akzeptanz und damit mittelbar zur Legitimation von Rechtsgeneratoren als Richter beitragen, auch wenn diese Sichtweise angesichts einiger bedeutsamer Gefahren, die mit solch einem Vertrauensvorschuss einhergehen, sicherlich aus heutiger Sicht nicht zwingend erscheinen muss.

Zumindest kann eine fehlende Qualifikation für die umfangreichen wertenden Aufgaben eines Berufsrichters aber nicht als definitiver Ausschlussgrund für die potenzielle Legitimation von Rechtsgeneratoren als Richter in besonders automatisierungsgerechten Fällen angeführt werden. Diese Einsatzbereiche könnten von dem Gesetzgeber im hier vorgegebenen Rahmen unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben definiert werden.

2. Begründbarkeit algorithmischer Entscheidungen

Es scheint also nicht undenkbar, auch an die Funktionsweise von Rechtsgeneratoren Qualitätsstandards als Voraussetzung für ihren Einsatz im Gericht anzusetzen und einen Einsatz hiermit zu fördern und zu legitimieren. Zu diesen Standards ist unter anderem auch die Fähigkeit zu einer Begründung der Entscheidung zu zählen. Auch die Möglichkeit, die Entscheidung zu begründen, kann legitimationsstiftend wirken und ist überdies rechtsstaatlich geboten.

Übliches Mittel der Begründung im Gerichts- wie im Verwaltungsverfahren ist die nachträgliche Sichtbarmachung der Entscheidungsparameter in Form der *Entscheidungsbegründung*.³⁶⁹ Eine solche Begründung stellt die rechtliche Richtigkeit der Entscheidungsgründe sicher und legitimiert damit – als wichtiger Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit³⁷⁰ – das Vorgehen ausgeübter Staatsgewalt.³⁷¹ Sie ermöglicht sowohl die

³⁶⁸Diesen Aspekt ebenfalls aufgreifend Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 67.

³⁶⁹Im Zivilverfahren beispielsweise nach § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO.

³⁷⁰Hierzu etwa BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, BVerfGE, 6, 32, 44 = NJW 1957, 297, 298; BVerfG, Beschl. v. 01.08.1978, BVerfGE, 49, 24, 66 = NJW 1978, 2235, 2239; BVerfG, Beschl. v. 26.03.2001, NJW, 2001, 2161, 2162 f.

³⁷¹Meyer, ZRP 2018, 233, 237; Rostalski, Rethinking law 2019/1, 4, 11.

Selbst- als auch die Fremdkontrolle der Entscheidung.³⁷² Erwägt man also einen entscheidungstragenden Gebrauch von Rechtsgeneratoren, könnte die Ausgabe einer an diesen Standard angelehnten automatisch erstellten Urteilsbegründung, sofern technisch umsetzbar, untersuchenswert sein.

Algorithmische Begründungen haben insgesamt eine andere Zielsetzung als die zuvor diskutierte Verständlichkeit eines Gesetzesalgorithmus³⁷³. Es handelt sich bei ihnen um keine Wiedergabe des internen Prozesses, sondern um das Produkt einer selektiven Darstellung der Entscheidungsparameter nach außen.³⁷⁴ Begründungen stiften daher keinen Zurechnungszusammenhang zwischen einem demokratischen Willensakt des Parlaments und dem Inhalt des Algorithmus, sondern dienen als *Evidenz für die Richtigkeit* der algorithmischen Entscheidung, indem sie die konkreten Zusammenhänge zwischen Gesetz und Entscheidung (in Verbindung mit dem zugrunde liegenden Sachverhalt) nachträglich sichtbar machen.³⁷⁵

In Hinblick auf die gebotene Begründung der Entscheidung gegenüber den rechtsunterworfenen Streitparteien können verschiedene technische Optionen erwogen werden, von denen einige die in Kapitel 2³⁷⁶ genannten post-hoc Erklärungsmodelle oder hybride Systeme sein könnten. Welches technische Mittel oder welche Kombination von Techniken sich aber im speziellen für die Rechtsprechung eignen könnte, ist eine offene und hier auszuklammernde Frage, die in Zusammenarbeit mit Experten auf dem Gebiet der Informationstechnologie beantwortet werden muss.³⁷⁷ Es kann dem vorgelegt aber sinnvoll sein, einige technische Voraussetzungen in Verbindung mit ihren rechtlichen Implikationen zu benennen.

a. Überlegungen zu einem sinnvollen Begründungsregime

Allgemeine Grundvoraussetzung für jede algorithmische Begründung ist, dass der Algorithmus die relevanten Informationen überhaupt geplant verfügbar hält. Anders als ein Mensch, kann er eine Begründung nämlich nicht einfach nachschieben und dafür

³⁷² Wischmeyer, AöR, 143 (2018), 1, 56 f.

³⁷³ Siehe Kap. 5, A, II, 5, d, bb).

³⁷⁴ Vgl. *Doshi-Velez/Kortz*, Accountability of AI Under the Law, 2017 (dash.harvard.edu/handle/1/34372584), S. 2 f.; Meyer, ZRP 2018, 233, 237.

³⁷⁵ Diese verkürzte Beschreibung enthält nur einige Akzente der allgemeinen Begründungsdogmatik. Eine umfassende Darstellung der Funktionsweisen und Zielsetzungen von Begründung ist hier nicht angezeigt. Ausführliche Betrachtungen u. a. bei *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 58 ff.; *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 37 ff.; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 26 ff., 127 ff.

³⁷⁶ Siehe Kap. 2, B, IV, 2.

³⁷⁷ Überlegungen in Bezug auf das US-amerikanische Gerichtssystem finden sich schon bei *Doshi-Velez/Kortz*, Accountability of AI Under the Law, 2017 (dash.harvard.edu/handle/1/34372584).

auf unterbewusste Informationen und Erinnerungen zurückgreifen; er muss aktiv dazu aufgefordert werden, seine Vorgehensweise zu protokollieren und sie nicht zugunsten neuer Daten zu überschreiben.³⁷⁸ Eine algorithmische Begründung setzt also immer eine gewisse *Protokollpflicht* voraus.³⁷⁹

Typischerweise werden selbstlernende Verfahren, mehr noch als regelbasierte Algorithmen, Schwierigkeiten haben, überhaupt eine Begründung auszuwerfen.³⁸⁰ Bei beiden Vorgehensweisen stellt sich aber die gleiche, grundsätzliche Frage danach, auf welche Weise algorithmische Entscheidungsgründe für Menschen überhaupt sinnvoll und verständlich aufbereitet werden können und welche grundlegenden technischen Fähigkeiten hierfür notwendig sind.

Je einsichtiger ihre Begründung ist, desto höher wird auch die Akzeptanz algorithmischer Entscheidungen ausfallen.³⁸¹ Insgesamt sollten sich das Maß der Begründung und die Art der Erklärungsmethode daher an den aktuellen (analogen) Erklärungsmechanismen orientieren.³⁸² Die alleinige Verständlichkeit und Zugänglichkeit des Codes des Algorithmus bietet keine nachvollziehbaren Gründe für die Rechtsanwendung im Einzelfall³⁸³ und scheint für die Erzeugung von Akzeptanz daher für sich betrachtet ungeeignet.

Für erste Überlegungen zu den Vorbedingungen eines nach menschlichen Maßstäben sinnvollen algorithmischen Begründungsregimes können als Anknüpfungspunkt Erkenntnisse aus einem Bereich der Sozialforschung herangezogen werden, der die allgemeinen Eigenschaften menschlicher Erklärungen und Begründungen untersucht. In unterschiedlicher Intensität könnten solche Eigenschaften auch für die Entwicklung einer neuartigen (technischen) Erklärungsdogmatik (auch, aber nicht nur, im gerichtlichen Kontext) fruchtbar gemacht werden.

Bei *Mittelstadt et al.*³⁸⁴, beziehend auf *Miller*³⁸⁵, werden etwa drei Eigenschaften menschlicher Erklärungen benannt, die auch von Algorithmen verwirklicht werden

³⁷⁸ Hierzu *dies.*, *Accountability of AI Under the Law*, 2017 (dash.harvard.edu/handle/1/34372584), S. 9 f.

³⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), Art. 12.

³⁸⁰ Zum Problem der Intransparenz Kap. 2, B, IV, 2.

³⁸¹ Ähnlich *Wischmeyer*, AöR, 143 (2018), 1, 58.

³⁸² Eine Erklärung von AI-Verfahren muss sich immer an den menschlichen Erklärungsmechanismen orientieren, so *Miller*, *Explanation in Artificial Intelligence*, 15.08.2018 (arxiv.org/pdf/1706.07269v3).

³⁸³ *Kroll/Huey et al.*, *University of Pennsylvania Law Review*, 165 (2017), 633, 638 geben zu bedenken, dass der Code nur Experten als Erklärungsgrundlage reichen kann; vgl. auch *v. Bünau*, LR 2018, 98, 103; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 56.

³⁸⁴ *Mittelstadt/Russell/Wachter*, in: ACM (Hrsg.), *FAT* '19*, 2019, S. 279 ff., 283 f.

³⁸⁵ *Miller*, *Explanation in Artificial Intelligence*, 15.08.2018 (arxiv.org/pdf/1706.07269v3), S. 6, 16 u. a.

sollten: Eine nach menschlichen Maßstäben sinnvolle Erklärung ist danach typischerweise *kontrastiv*, sie muss begründen, warum nicht das Gegenteil zutrifft, *selektiv*, sie ist (fast) nie vollständig im Sinne einer kausalen Kette, sondern bezieht sich auf ausgewählte relevante Punkte und *sozial* im Sinne von sozial interaktiv, also kritisier- und diskutierbar.³⁸⁶

Die genannten Eigenschaften teilen im Wesentlichen auch gerichtliche Entscheidungsbegründungen im heutigen System: Eine solche Begründung stellt auch aktuell schon im Sinne des Merkmals der Selektivität keine Abbildung des gesamten Entscheidungsprozesses, sondern nur der entscheidungserheblichen Gründe dar,³⁸⁷ die Erwägungen sollen aber ebenfalls zumindest ihrem wesentlichen Inhalt nach (kontrastiv) dargestellt werden.³⁸⁸ Eine soziale Komponente der Begründung ist ferner insofern auf das Gerichtsverfahren eingeschränkt zutreffend, als zwar keine direkten Möglichkeiten der Nachfrage und Diskussion nach Erlass der Entscheidung, jedoch in der Regel vorgelagerte Diskussionsmöglichkeiten in der Verhandlung und nachgelagerte Korrekturmöglichkeiten in den weiteren Instanzen existieren, die eine kritische Auseinandersetzung mit den gefundenen Ergebnissen ermöglichen.

b. Folgerungen für ein algorithmisches Begründungsregime

Misst man die algorithmisch generierte Begründung einer automatisierten Gerichtsentscheidung also probeweise an den Maßstäben des genannten Erklärungsmodells, zeigt sich folgender vorläufiger Befund: Die algorithmische Begründung müsste, um das Element der Kontrastivität verwirklichen zu können, (1.) einen Mechanismus enthalten, der dem Ergebnis widersprechende alternative Entscheidungspfade erkennen und begründet verwerfen könnte. Es wäre, um Selektivität zu gewährleisten, (2.) notwendig, dass der Algorithmus in die Lage versetzt werden könnte, zu erkennen, welche Entscheidungspunkte relevant und welche nebensächlich sind.³⁸⁹ Nachträgliche Ergebniskontrolle und Kritik muss (3.) auch aus technischen Gründen vor menschlichen Kontrollinstanzen möglich sein.³⁹⁰

³⁸⁶Vgl. *ders.*, Explanation in Artificial Intelligence, 15.08.2018 (arxiv.org/pdf/1706.07269v3); *Mittelstadt/Russell/Wachter*, in: ACM (Hrsg.), FAT* '19, 2019, S. 279 ff., 283 f.

³⁸⁷So auch *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, 21995, § 33, Rn. 60; BGH, Beschl. v. 07.02.1995, NJW-RR, 1995, 700, 701.

³⁸⁸Im Zivilverfahren beispielsweise nach § 313 Abs. 2 und 3 ZPO.

³⁸⁹Dazu, wie man dies bewerkstelligen könnte *Mittelstadt/Russell/Wachter*, in: ACM (Hrsg.), FAT* '19, 2019, S. 279 ff., 284.

³⁹⁰Hierzu bereits Kap. 3, A, I, 1.

Überlegenswert wäre es überdies, in einem automatisierten Gerichtsverfahren auch direkte Nachfragen an den Entscheidungsalgorithmus zuzulassen, etwa indem man einen Chatbot einrichtet. Das könnte zum einen vermeiden, dass menschliche Kontrolle durch kleinere technische Verständnisprobleme übermäßig beansprucht wird. Es würde den Betroffenen aber andererseits auch ermöglichen, gezielter gegen Fehlannahmen des Algorithmus vorzugehen und diese aufzudecken. Verzichtet man auf ein derart direktes Element der kritischen Reflexion, besteht die Gefahr, dass algorithmische Begründungen Scheinkausalitäten enthalten und falsche Ergebnisse in scheinbar logischen Schlüssen tarnen.³⁹¹ (Ein Phänomen, das freilich auch in einigen menschlichen Erklärungen vorzufinden sein wird.)

Es sollte bedacht werden, dass ein Algorithmus, anders als ein Mensch, durch die zusätzliche Arbeitsbelastung einer unmittelbaren Diskussion und Befragung nicht für andere parallele Einsatzgebiete ausfällt, Effektivitätsgründe allein daher (anders als bisher) nicht gegen diese Möglichkeit vorgebracht werden können.

Im Ergebnis ist also zwar noch weitestgehend offen, wie algorithmische Begründungen genau aussehen und ob sie tatsächlich ein hinreichendes Vertrauen in die Richtigkeit ihrer Ergebnisse erzeugen können; es hat sich aber gezeigt, dass zumindest wenn ein Algorithmus in die Lage versetzt werden könnte, gegenteilige Entscheidungsalternativen begründet zu verwerfen, relevante von irrelevanten Entscheidungsparametern zu unterscheiden und auch interaktiven Nachfragen zu beantworten, dies als Teil eines für Menschen sinnvollen Erklärungsregimes vertrauensstiftende Auswirkungen auf eine mögliche Legitimation dieser Technologie haben könnte. Fertigkeiten wie diese sind nach technischen Begriffen allerdings hochkomplex, denn sie erfordern ein gewisses Maß an Reflexionsfähigkeit. An dieser Stelle könnten insbesondere rein regelbasierte Algorithmen an ihre Grenzen stoßen. In einfachen Massenverfahren und sonstigen trivialen Fällen besteht aber möglicherweise auch hier ein Spielraum für algorithmische Begründungen, wenn man den Standard an die vorhandenen Fähigkeiten und die Bedeutung der Fälle anpasst.³⁹²

3. Erzeugung von Verantwortlichkeiten für algorithmische Entscheidungen

Ein weiterer entscheidender Faktor der Legitimität ist die *Verantwortlichkeit* für den Inhalt und die Auswirkungen der getroffenen Entscheidungen.

³⁹¹ Hierzu *Mittelstadt/Russell/Wachter*, in: ACM (Hrsg.), FAT* '19, 2019, S. 279 ff., 285.

³⁹² So *Wischmeyer*, in: Eifert (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 73 ff., 90 f.

Um Vertrauen und Akzeptanz zu gewährleisten, braucht es bislang eine verantwortungstragende menschliche Instanz, die kraft Amtes Urteile spricht.³⁹³ Durch den Einsatz von Rechtsgeneratoren würde der menschliche Amtswalter als Vertrauensgarant und rechtliche Autorität jedoch in den Hintergrund gerückt. Er würde in der direkten Begegnung mit den Bürgern durch eine neuartige und unbekanntere Technologie als entscheidungsvermittelnde Instanz ersetzt und so – bis auf seine Stellung als im Hintergrund agierender Urheber von Entscheidungsdeterminanten (mit mehr oder weniger großer Einwirkungsmacht auf programmierte oder selbstlernende Algorithmen) – aus dem alltäglichen Geschäft der Einzelfallentscheidung verdrängt. Rechtsgeneratoren müssten im Gegensatz zum bekannten Faktor Mensch ihre Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit aber erst noch unter Beweis stellen.³⁹⁴

Es stellt sich daher die Frage, wer in diesem Fall Verantwortung für die Entscheidungen von Rechtsgeneratoren tragen würde. Ist es die Maschine selbst, die in die Verantwortung gezogen werden kann und muss, wenn sie Entscheidungen trifft, oder ist auch zukünftig nur ein Rückgriff auf die menschlichen Verantwortungsträger zielführend?

a. Die Maschine als verantwortungstragende Instanz?

Betrachtet werden muss zunächst einmal die viel diskutierte Option der Realisierbarkeit einer selbstständig verantwortungstragenden und eigenständig entscheidenden Maschine.

aa) Die moralische Eigenverantwortung von Maschinen

Die Vorstellung, dass zukünftig nicht mehr allein Menschen, sondern auch Maschinen dazu in der Lage sein könnten, als selbstständige und eigenverantwortlich entscheidende rechtliche Autoritäten in der Rechtsprechung aufzutreten, ist aus heutiger Sicht reine Fiktion. Dies ist wichtig zu betonen, denn durch die steigende Perfektion in der Simulation von Gefühlen und moralischen Wertungen kann leicht die falsche Vorstellung erzeugt werden, ein künstlicher Agent wäre hierzu bereits in der Lage, obgleich

³⁹³ *Vofskuble* begreift Vertrauen etwa auch als Wesensmerkmal des von einem Richter gewährten neutralen Verfahrens, siehe *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 106, 114; siehe auch *Adrian*, Rechtstheorie, 48 (2017), 77, 105; *Wendel*, Oklahoma Law Review, 72 (2019), 21, insb. 44 f.; zur moralischen Verantwortung des Menschen Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 40.

³⁹⁴ Zur Bedeutung des Faktors Mensch für das Vertrauen in den Staat *Berger*, DVBl. 2017, 804, 805.

sein Verhalten durch den Betrachter lediglich vermenschlicht wird und seine wirklichen Motive ungewiss bleiben.³⁹⁵

Die Umsetzung einer wahrhaft eigenverantwortlichen Künstlichen Intelligenz ist hiermit noch nicht erreicht. Sie würde nicht nur eine bisher unvorstellbar weit entwickelte Technologie (im Sinne eines starken KI-Begriffs³⁹⁶) erfordern, sie würde auch grundsätzliche Festlegungen in unserem Verständnis von Eigenverantwortung und Rechtssubjektivität von Menschen und Maschinen notwendig machen,³⁹⁷ die sich nicht nur in dem Vorstellungsbild des Gesetzes, sondern auch allgemein in der ethischen Wertung der Bevölkerung vollziehen müssten.³⁹⁸

Die Bewertung dieser Aspekte ist eng mit unserer grundsätzlichen, aber durchaus wandlungsfähigen und streitbaren Auffassung davon verknüpft, was Menschsein bedeuten kann sowie von der gewählten Schwerpunktsetzung bei der Frage abhängig, welche unter den diversen vorherrschenden Konzepten zur moralischen Eigenverantwortung, zum Bewusstsein und zur Selbstbestimmung in eigenen (menschliche) Handlungen und Entscheidungen vorzuziehen sei.³⁹⁹

Die Fragestellungen reichen hierbei sehr viel weiter und betreffen die Gesellschaft viel grundlegender als nur in der hier untersuchten Materie. Wenngleich Fragen dieser Art bereits als Gegenstand theoretischer Gegenüberstellungen von menschlichen und maschinellen Fähigkeiten aufgegriffen werden können,⁴⁰⁰ sind grundlegende Phäno-

³⁹⁵Eine Vermenschlichung bei Experimenten mit einem frühen ELIZA genannten Dialogsystem beobachtet bereits *Weizenbaum*, *Die Macht der Computer*, 1990, S. 19 f.

³⁹⁶Siehe Kap. 2, B, I, 1.

³⁹⁷Zu dieser Debatte u. a. *Solum*, *North Carolina Law Review*, 70 (1992), 1231 ff.; *Chopra/White*, *A Legal Theorie for Autonomous Artificial Agents*, 2011, S. 153 ff.; *Beck*, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 239 ff.; *Fitzi*, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 377 ff.; *Erhardt/Mona*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 61 ff.; *Hage*, *Artif Intell Law*, 25 (2017), 255 ff.; aus zivilrechtlicher Perspektive u. a. *Mayinger*, *Die künstliche Person*, 2017, S. 166 ff.; *Kemper*, *cognitio* 2018/1; *Schirmer*, *JZ* 2019, 711 ff.

³⁹⁸Dies wird wohl eher eine Frage von Jahrzehnten sein. Hierzu interessante Denkansätze bei *Teubner*, *AcP*, 218 (2018), 155 ff.; *Gaede*, *Künstliche Intelligenz*, 2019, S. 31 ff.; *Gless/Wohlers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), *FS Kindhäuser*, 2019, S. 147 ff., 155 schreiben etwa: „Dass der Wunsch nach Ressourceneinsparung und das Vertrauen in ein vermeintlich unbeeinträchtigt 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“.

³⁹⁹Einige dargestellt bei *Shanaban*, *The Technological Singularity*, 2015, S. 124 ff.; *Nida-Rümelin/Battaglia*, in: Bendel (Hrsg.), *Hdb. Maschinenethik*, 2019, S. 57 ff.

⁴⁰⁰Wie etwa bei *Mainzer*, *Computer*, 1994, S. 799 f.; *Chopra/White*, *A Legal Theorie for Autonomous Artificial Agents*, 2011, S. 173 ff.; *Hage*, *Artif Intell Law*, 25 (2017), 255 ff.; *Davis*, *Oklahoma Law Review*, 72 (2019), 51 ff.; *Gaede*, *Künstliche Intelligenz*, 2019, S. 31 ff.

mene, die die Funktionsweise des menschlichen Bewusstseins und die Selbstbestimmung menschlicher Handlungen betreffen, noch so weit von einer wissenschaftlichen Erklärung entfernt, dass ein sinnvoller Vergleich von Menschen und Maschinen auf dieser Grundlage nur auf Vermutungen beruhen kann.⁴⁰¹ Wir wissen schlicht nicht mit Sicherheit, welche Eigenschaften es sind, die es Menschen ermöglichen, moralische Entscheidungen zu treffen. Wie können wir trotz dieser fundamentalen Unwissenheit also behaupten, in diesen Fähigkeiten einzigartig oder im Gegenteil schon bald durch Maschinen ersetzbar zu sein?⁴⁰²

Ein Versuch der Standpunktbestimmung auf diesem Wege kann daher zwar viele bedenkenswerte Fragen zur menschlichen Existenz aufwerfen, vielleicht einige Antworten in der persönlichen Sinnfindung beisteuern und den ein oder anderen mit der angenehmen Gewissheit der gattungsspezifischen Überlegenheit zurücklassen, jedoch in einem in dem hier diskutierten bis auf Weiteres rein hypothetischen mentalen Kräfte-messen von Menschen und Maschinen kaum zu praktischen Lösungen beitragen.

bb) Normative Verantwortung als soziales Konstrukt

Insofern es sich also weder fundiert ausschließen noch behaupten lässt, dass Maschinen eines Tages menschliche Fähigkeiten erreichen oder sogar übertreffen könnten, kann dies zum Anlass genommen werden, einen Perspektivwechsel vorzunehmen. Einsichten lassen sich schließlich nicht nur aus individuellen Fähigkeiten, sondern auch auf der *Makroebene gesellschaftlicher Prozesse* gewinnen.

Ausgangsthese dieser Sichtweise muss es sein, dass die Verantwortung, von der hier die Rede ist, ob moralische oder rechtliche, nicht in einem isolierten Individuum entsteht, sondern genau wie die Konzepte von Schuld und Unrecht⁴⁰³ als soziales Konstrukt erst durch die Zuweisung der Gesellschaft und des Rechts erschaffen wird.⁴⁰⁴ Gemeint ist hiermit also nicht eine kausale, sondern eine normativ-ethische Verantwortung, welche durch die Erwartungen der Umgebung erzeugt wird.⁴⁰⁵ So kann Verantwortung mit *Klement* auch als die Fähigkeit verstanden werden, *Antworten* zu liefern; also frei hiernach dem *Bedürfnis nach Antworten* gerecht zu werden.⁴⁰⁶ Normativität

⁴⁰¹Siehe *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, S. 133 ff., 142 f.

⁴⁰²*Mainzer*, Computer, 1994, S. 801 schrieb hierzu: „Die Suche nach absoluten Grenzen ist ebenso ein Scheinproblem wie die Suche nach absoluter Sicherheit. Beide Haltungen sind eher durch psychische Motive als methodische und erkenntnistheoretische Gründe gerechtfertigt.“

⁴⁰³Hierzu *Simmler/Markwalder*, ZStW, 129 (2017), 20, 37 ff.

⁴⁰⁴Vgl. *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 50: „Verantwortung ist ein Zuschreibungsrelationsbegriff.“

⁴⁰⁵Zur Differenzierung siehe *Werner*, in: Grunwald (Hrsg.), Hdb. Technikethik, 2013, S. 38 ff.

⁴⁰⁶*Klement*, Verantwortung, 2006, S. 576; ebenfalls hierauf bezugnehmend *Rademacher*, in: Eifert (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45 ff., 55.

bedeutet aber nicht, dass dieser Vorgang anlass- und bedingungslos geschieht. Die Attribuierung von Verantwortung orientiert sich durchaus an bestimmten (menschlichen) Eigenschaften und Moralvorstellungen, jedoch nicht als ihre empirische Bewertungsgrundlage, sondern ebenfalls als Teil normativer Plausibilitätsbehauptungen.

Moralische und rechtliche Verantwortungszuschreibung kann etwa an die Grundannahme bestimmter individuell menschlicher Fähigkeiten, beispielsweise an der menschlichen Fähigkeit, eine Handlung willentlich zu unterlassen,⁴⁰⁷ an der Möglichkeit, Gründe für das eigene Handeln zu nennen,⁴⁰⁸ „bewusst“ zu handeln⁴⁰⁹ oder an der Erwartung einer moralischen Verantwortungserfahrung beim Zuschreibungssubjekt⁴¹⁰ anknüpfen, sie kann daneben aber auch auf bestimmte soziale Dispositionen abstellen und das Potenzial einer (sozialen) Konsequenz (nicht zwangsläufig unmittelbarer oder imperativ zielgerichteter Natur) beinhalten⁴¹¹.

Für die Gegenüberstellung von Menschen und Maschinen bietet besonders die letztgenannte Sichtweise einen greifbaren, weil weniger durch Hypothesen über die Unnachahmbarkeit bestimmter Fertigkeiten geleiteten, sondern vielmehr sozial begründeten Anknüpfungspunkt, der sich auf bestimmte Rollenerwartungen und daher auch spezifisch auf Erwartungen an richterliche Aufgabenerfüllung verdichten lässt.

cc) Rollenumkehrbarkeit und soziale Identität

In der sozial begründeten Zuschreibung von Verantwortung kann sich unter anderem die Vorstellung einer gleichgestellten Zugehörigkeit des Verantwortungsträgers zur Gesellschaftsordnung als Voraussetzung moralischer und rechtlicher Verantwortlichkeit für legitimierungsbedürftige Entscheidungen manifestieren. Herausgegriffen als *ein* zentrales Merkmal für die Legitimation rechtsprechender Entscheidungen durch verantwortungstragende Akteure in einer demokratischen Gesellschaftsordnung ist in diesem Zusammenhang in Anlehnung an *Brennan-Marquez* und *Henderson* das Kriterium der *Rollenumkehrbarkeit* (im Original „*Role-Reversible Judgment*“) zu nennen.⁴¹² Daneben gibt es freilich auch noch andere Begründungsansätze. *Rademacher* nennt beispielsweise das Kriterium der *Blamability*, also die Möglichkeit, einen moralischen

⁴⁰⁷ *Werner*, in: Grunwald (Hrsg.), Hdb. Technikethik, 2013, S. 38 ff., 40.

⁴⁰⁸ So etwa *Nida-Rümelin/Battaglia*, in: Bendel (Hrsg.), Hdb. Maschinenethik, 2019, S. 57 ff.; *Wendel*, Oklahoma Law Review, 72 (2019), 21, 42 ff.

⁴⁰⁹ *Mainzer*, Computer, 1994, S. 799 f.

⁴¹⁰ *Gless/Weigend*, ZStW, 126 (2014), 561, 575.

⁴¹¹ *Werner* nennt dies „adressierte Kritik“ *Werner*, in: Grunwald (Hrsg.), Hdb. Technikethik, 2013, S. 38 ff., 39 f.

⁴¹² *Brennan-Marquez/Henderson*, Journal of Criminal Law and Criminology, 109 (2019), 137 ff.; ebenfalls bezugnehmend hierauf *Davis*, Oklahoma Law Review, 72 (2019), 51, 62 f.

beziehungsweise strafrechtlichen Vorwurf unmittelbar gegen einen Akteur erheben zu können.⁴¹³

Das Kriterium nach *Brennan-Marquez* et al. stellt indes auf eine bestimmte Positionierung des demokratisch legitimierten (richterlichen) Verantwortungsträgers im Verhältnis zu den Subjekten seiner Entscheidungsmacht ab und scheint im hier aufgegriffenen Kontext deshalb besonders passend. Gemeint ist hiermit die Möglichkeit, in einem Umfeld zu handeln, in dem ein Entscheidungsträger akzeptieren muss, unter Bedingungen umgekehrter Rollenverteilung selbst durch eine ähnliche Entscheidung gebunden werden zu können und die Konsequenzen des eigenen Handelns potenziell in gleichem Maße tragen zu müssen wie das Entscheidungssubjekt.⁴¹⁴ Dies gründet darauf, dass der Richter in einer demokratischen Gesellschaft ebenfalls Subjekt und gleichzeitig gleichberechtigter Teil der vom Volk ausgehenden Legitimationsgrundlage des Rechtsbefehls ist, den er ausspricht.

Verkürzt gesprochen soll ein demokratisch legitimierter richterlicher Entscheidungsträger nach dieser Maßgabe die Situation des Rechtsunterworfenen und die Auswirkungen seiner Entscheidung nachempfinden, aber auch auf Grundlage geteilter Werte und der gemeinsamen Partizipation an demokratischen Prozessen ebenbürtig mit diesem mitgestalten und auf die gleiche menschliche Weise empfinden können.⁴¹⁵ Durch diese Art der Verantwortungsträgerschaft wird die Akzeptanz in die Entscheidung gestärkt.

Rollenumkehrbarkeit basiert auf der Vorstellung der fundamentalen Gleichstellung der verantwortungstragenden Akteure mit den Subjekten ihrer Verantwortung, die zwischen Menschen und Maschinen kaum vorstellbar ist.

Im Mindestmaß ist hierfür vorauszusetzen, dass alle Beteiligten eine Form der *sozialen Identität* besitzen, also an vergleichbaren Sozialisierungsprozessen auf Basis der gleichen biologisch begründeten verletzbaren Körperlichkeit und Sterblichkeit beteiligt sind.⁴¹⁶ Wer die eigene Hinfälligkeit nicht zu befürchten hat und daher nicht in gleichem Maße auf soziale Achtung, Versorgung und materielle Gerechtigkeit angewiesen ist, kann nicht verstehen, was es heißt, Objekt fremder Verantwortung sein zu müssen⁴¹⁷ und als Teil der demokratischen Gesellschaft gleichberechtigt über das gemeinsame Recht und seine Umsetzung über Generationen hinweg mitbestimmen zu müssen und zu dürfen.

⁴¹³ *Rademacher*, in: Eifert (Hrsg.), *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 45 ff., 59 ff.

⁴¹⁴ *Brennan-Marquez/Henderson*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 109 (2019), 137, 140, 150.

⁴¹⁵ *Dies.*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 109 (2019), 137, 140, 152 f.

⁴¹⁶ Zur Bedeutung der menschlichen Biologie für die Sozialisierung *Weizenbaum*, *Die Macht der Computer*, 81990, S. 279 f.; *Mainzer*, *Künstliche Intelligenz*, 2019, S. 144 f.

⁴¹⁷ Ähnlich *Greco*, *RW* 2020, 29, 58 ff.

Aus diesem Defizit lässt sich plausibel ableiten, dass nur wer gleichberechtigter Teil der menschlichen Gesellschaft ist, den Widrigkeiten des Lebens zu trotzen hat und erfahren kann, was es heißt lebendig zu sein, demokratisch legitimierte Entscheidungen für andere treffen und für diese Entscheidungen als Rechtssubjekt verantwortlich gehalten werden können sollte.⁴¹⁸

Während Maschinen ohne Nachweis eines Bewusstseins, von Moralvorstellungen oder Selbstreflexionsfähigkeit⁴¹⁹ eigene Verantwortung gleich einem Menschen also ohnehin auf unabsehbare Zeit nicht übertragen werden kann, sollte speziell bei rechtsprechenden Aufgaben Maschinen auch bei der möglicherweise irgendwann geführten Vorlage solcher Nachweise Eigenverantwortung nicht vorschnell zugeschrieben werden. Eine verantwortungstragende Position im Staat muss in einer demokratischen Gesellschaft auf einer systembedingten Gleichstellung der Akteure fußen. Sie kann keiner dem Menschen strukturell überlegenden Superintelligenz, sondern allenfalls einem gleichsam fehlbaren künstlichen Menschen mit individuellen Eigenschaften, Rollenerwartungen und Schwächen gewährt werden. Legt man diese Maßstäbe zugrunde, zeigt sich deutlich, dass das Konzept eines eigenverantwortlichen nicht-menschlichen Entscheidungsträgers noch auf sehr lange Zeit reine Spekulation bleiben muss.

b. Der Mensch als verantwortungstragende Instanz?

Auf diese Weise ließe sich, wenn man den Art. 92 Hs. 1 GG auch als einen besonderen Ausspruch des Vertrauens gerade in die Eigenverantwortungsfähigkeit der Richter deutet,⁴²⁰ die Unfähigkeit zur selbstständigen Verantwortungsübernahme wohl ohne Weiteres zur Begründung eines Nichtvorhandenseinkönnens der richterlichen Eigenschaft von Rechtsgeneratoren und damit als Endpunkt der Debatte um den richterlichen Rechtsgeneratoren heranziehen. Die in diese Richtung vorgebrachten Argumente sind gewichtig, da sie eine unmittelbare und persönliche Verpflichtung des Richters sichtbar machen, die dem heutigen Aufgabenverständnis richterlicher Funktion entspricht.

Dennoch ist dieser Schluss nicht unausweichlich. Verantwortung ist schließlich kein Selbstzweck. Sie steht in Beziehung zu ihrem Ziel, im hier diskutierten Sinne namentlich der Vertrauensförderung. Insofern eine antizipierte Determinierung der Rechtsanwendung durch algorithmisches Gesetz für möglich gehalten wird, lässt sich deshalb vertreten, dass die richterliche Entscheidungsverantwortung durch ein Verantwortungssurrogat aufseiten der Entscheidungsdetermination ersetzt werden könnte. Obgleich auch hiergegen die Einwände durchgreifen, die insgesamt gegen eine antizipierte Rechtsanwendung durch algorithmisches Gesetz vorgebracht wurden,⁴²¹ ließe

⁴¹⁸ *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 13; *Greco*, RW 2020, 29, 58 ff.

⁴¹⁹ Wobei unklar ist, wie dieser Nachweis geführt werden könnte.

⁴²⁰ Dieser Aspekt etwa bei Schmidt-Bleibtreu *GG/Hopfauf*,¹⁴2017, Art. 92 Rn. 39.

⁴²¹ Siehe Kap. 5, A, II.

sich das Verantwortungskonzept, unter der Prämisse, dass diese in begrenztem Umfang zulässig wäre, weiterentwickeln.

In dieser Konstellation würde sich die Option einer eigenverantwortlichen Maschine für die Etablierung eines Verantwortungsregimes nicht alternativlos anbieten. Solange der Mensch als geistiger Urheber einer algorithmischen Gerichtsentscheidung betrachtet werden kann, kann letztlich auch dieser (mittelbar) in die Verantwortung gezogen werden. Unter dem Aspekt der auf Akzeptanz beruhenden Legitimierbarkeit der richterlichen Aufgabenwahrnehmung ist eine Eigenverantwortung der richterlichen Algorithmen also nicht unbedingt unersetzlich. Vertrauen in algorithmische Entscheidungen ließe sich auch über die Zuweisung von Verantwortlichkeiten an den Staat und/oder die individuellen Algorithmenhersteller, also über die Haftung und Verantwortung menschlicher Akteure oder Institutionen für die von ihnen eingesetzte Software und Programmierung, vermitteln.

Zu trennen von der grundsätzlichen Frage nach der Möglichkeit einer Eigenverantwortlichkeit und Rechtspersönlichkeit von Algorithmen ist daher die Frage, ob und wenn ja, wer (also welche Person oder Institution) für einen Algorithmus und seine Entscheidungen verantwortlich gehalten werden kann.

Die Debatte um dieses Thema hat in den diversen Disziplinen des Rechts bereits begonnen.⁴²² Sie entspinnt sich entlang der zahllosen neuen Einsatzmöglichkeiten von Algorithmen und schwacher Künstlicher Intelligenz, die sich im Zuge der Digitalisierung, besonders im Bereich der Privatwirtschaft, zu entwickeln beginnen. Auf der rechtlichen Ebene existieren zur Beantwortung dieser Fragen jedoch bislang weiterhin nur die etablierten Gefährdungs- und Haftungskonzepte, welche – auch wenn sie sich partiell auch auf autonome Agenten übertragen lassen mögen⁴²³ – doch nicht gezielt auf die besonderen Voraussetzungen fortgeschrittener digitaler Technologien eingehen.⁴²⁴

aa) Besonderheiten bei selbstlernenden Algorithmen

Eine dieser Besonderheiten ist, dass beim Einsatz datenbasiert selbstlernender Algorithmen, anders als bei einer strengen Regelprogrammierung⁴²⁵, ein Kausalitäts- und Zu-

⁴²²Strafrechtlich: *Gless/Weigend*, ZStW, 126 (2014), 561 ff.; zivilrechtlich: *Spindler*, CR 2015, 766 ff.; *Schaub*, JZ 2017, 342 ff.; *Denga*, CR 2018, 69 ff.; *Bilski/Schmid*, NJOZ 2019, 657 ff.

⁴²³So *Spindler*, CR 2015, 766, 774; *Denga*, CR 2018, 69, 77.

⁴²⁴Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 31, 223 empfiehlt daher eine Anpassung des geltenden Haftungsrechts.

⁴²⁵Hierzu *Mittelstadt/Allo et al.*, *Big Data & Society*, 3 (2016), 1, 10, wobei diese anmerken, dass die Kontrolle mit wachsender Komplexität zurückgeht.

rechnungszusammenhang zwischen maschineller Entscheidung und menschlicher Urheberschaft sowie ein Verschulden für Fehler des Algorithmus wegen der mangelnden Verständlichkeit und Transparenz der Entscheidungsvoraussetzungen, wenn überhaupt, nur schwer nachzuweisen sein wird.⁴²⁶ Fehler, die auf der autonomen Anpassung eines Systems an unerwartete Situationen beruhen, sind für die Ersteller der Software kaum vorherzusehen und nur selten wirklich vermeidbar.⁴²⁷ Auch für die Frage der Haftbarkeit von Menschen wirkt sich das Problem der Intransparenz der Künstlichen Intelligenz also nachteilig aus.⁴²⁸

Ob ein Stadium der Autonomie, das jede menschliche Verantwortung ausschließt, in Anwendungen auf heutigem technologischem Stand bereits verwirklicht ist, oder ob es sich überhaupt auf absehbare Zeit verwirklichen lässt, ist eine viel diskutierte rechtliche Frage. Solange Menschen aber weiterhin über das „Ob“ und „Wie“ des Einsatzes von Algorithmen entscheiden und von ihrem Einsatz profitieren, können und sollten sie sich von ihrer Verantwortung für die daraus resultierenden Konsequenzen nicht durch Verweis auf einen vermeintlich intelligenten und undurchschaubaren Algorithmus entlasten können.⁴²⁹ Wenn menschliche Verantwortungsträger eine Technologie einsetzen, deren Auswirkungen sie nicht kontrollieren können, müssen sie auch dafür haftbar gemacht werden können. Im zivilrechtlichen Kontext wird hierzu beispielsweise über die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung nachgedacht.⁴³⁰

bb) Besonderheiten bei richterlichen Entscheidungen

Die Verantwortung für eine richterliche Entscheidung weist aber auch unter der Bedingung eines kontrollierbaren algorithmischen Systems im Vergleich zu privat- und strafrechtlichen Konstellationen einige Besonderheiten auf. Zum einen bezüglich der notwendigen Eigenschaften des Verantwortungsträgers, aber auch in Bezug auf die Bedingungen einer ex post ansetzenden *repressiven Verantwortung*⁴³¹ in Form von Haf-

⁴²⁶ Beck, JR 2009, 225, 226 f.; Spindler, CR 2015, 766; Mittelstadt/Allo et al., Big Data & Society, 3 (2016), 1, 11 m. w. N.; Denga, CR 2018, 69, 70; Wischmeyer, AöR, 143 (2018), 1, 36.

⁴²⁷ Schaub, JZ 2017, 342.

⁴²⁸ Wischmeyer, AöR, 143 (2018), 1, 39, 43 f. identifiziert das richtigerweise als das eigentliche Problem.

⁴²⁹ Ders., AöR, 143 (2018), 1, 38; mit ähnlichem Argument gegen den Personenstatus von Maschinen Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 219.

⁴³⁰ Etwa Spindler, CR 2015, 766, 775; kritisch indes Denga, CR 2018, 69, 77.

⁴³¹ Klement, Verantwortung, 2006, S. 51: „Bei der Ex-post-Verantwortung wird als Verantwortungsgegenstand ein vergangenes [...] Geschehen einer Person als »Urheber« zugerechnet [...].“

tung und letztlich insbesondere in Bezug auf die Maßstäbe der ex ante ansetzenden *präventiven Verantwortung*⁴³² für staatliche Risikoentscheidungen. Ein gewichtiger Unterschied zwischen nichtstaatlichen und staatlichen Einsatzfeldern besteht darin, dass sich Verantwortung für staatliche Rechtsanwendung, anders als privatwirtschaftliche Verantwortung, nicht aus einem freiwillig eingegangenen Risiko, sondern der zwangsweisen Unterwerfung unter die Entscheidungen staatlicher Gewalten ergibt.⁴³³

(1) Richter im Sinne des Art. 92 GG als Verantwortungsträger?

Eine grundgesetzrelevante Eigenheit der Automatisierung richterlicher Funktion beschrieb bereits *Luis Greco* dahingehend, dass die verantwortungstragende Instanz, also diejenige Person, deren Handeln zurechenbar und verantwortlich für eine richterliche Algorithmenentscheidung sei, selbst die Eigenschaft eines Richters im Sinne des Art. 92 GG verkörpern müsse, was er aus der Anvertrauensformel in Bezug auf die Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 Hs. 1 GG ableitete.⁴³⁴

In der vorliegenden Arbeit wurde dem folgend auch aus materiellen Gründen schon mehrfach auf die notwendige Besetzung eines staatlichen Algorithmen-Gremiums mit unabhängigen Personen mit richterlicher Qualifikation im Sinne des Grundgesetzes Bezug genommen.⁴³⁵ Das Erfordernis dieser Art der Besetzung lässt sich schon aus den Anforderungen an einen unabhängigen und gesetzesgebundenen Entscheidungsdeterminierungsprozess ableiten.⁴³⁶ Es entspricht der Wertung des Grundgesetzes, dass die Verantwortung für richterliche Entscheidungen an richterliche Eigenschaften geknüpft sein muss.

Solange eine Eigenverantwortung von Rechtsgeneratoren nicht in Betracht kommt, könnten daher allein menschliche Richter für die Entscheidungen persönliche Verantwortung zeitigen. Mit einem mit Richtern besetzten Algorithmen-Gremium ist jedoch durchaus solch eine verantwortungstragende Instanz denkbar, die dem Kriterium des Art. 92 Hs. 1 GG gerecht werden könnte, zumindest, wenn – was eine Frage der Ausbildung von Kompetenzen an staatlichen Institutionen und der Besetzung wäre – diese den ihnen in einfach gelagerten Fällen überantworteten Algorithmenstellungsprozess

⁴³²*Ders.*, Verantwortung, 2006, S. 51 „Die Ex-ante-Verantwortung ist [...] die Verantwortung für eine Aufgabe, einen Zustand oder eine Sache und hat die Erwartung eines zukünftigen Verhaltens zur Folge, das dem Verantwortungsgegenstand in bestimmter Weise nützt.“

⁴³³*Roth-Isigkeit*, AöR, 145 (2020), 321, 332.

⁴³⁴*Greco*, RW 2020, 29, 52.

⁴³⁵Kap. 5, A, I, 4, a. So räumt selbst *ders.*, RW 2020, 29, 52 f. ein, dass ein vom Staat und den Gerichten entwickelter Algorithmus seine Einwände abschwächen würde.

⁴³⁶Siehe Kap. 5, A, I, 2 und II, 4, b, bb) und dd).

hinreichend kontrollieren könnten.⁴³⁷ Hierbei ist auch, anders als es *Greco* zu bedenken gibt,⁴³⁸ nicht ausgeschlossen, dass sich die Besetzung eines Algorithmen-Gremiums mit der Zeit ändern kann. Unserem Rechtssystem ist es nicht unbekannt, Verantwortlichkeiten für zukunftsweisende Entscheidungen mehrstimmig besetzter Gremien, auch bei wechselnden personellen Zuständigkeiten, zuzuweisen.

(2) *Repressiver Haftungsmaßstab*

Sieht man richterliche Gremienmitglieder also als potenziell legitime Instanzen der Zuweisung von Verantwortung, stellt sich als ein erster Aspekt die Frage nach einem geeigneten *repressiven Haftungsmaßstab* für die Auswirkungen der von diesen gesetzten Entscheidungsvorgaben.

Natürlich ergeben sich Haftungsrisiken hier schon allein aus algorithmenspezifischen Aspekten, wie Fehlern in der Systemgestaltung und der technischen Komponente, etwa durch Systemversagen, (handwerkliche) Fehler im Algorithmus oder eine unzureichende Datenauswahl.⁴³⁹ Für diese müssen die Hersteller solcher Vorgaben selbstverständlich Verantwortung übernehmen. Bei kontrollierbaren Systemen sind aber aus der Warte des ursprünglichen Schutzgedankens der Richterhaftung auch die Haftungsmaßstäbe für eine fehlerhafte (antizipierte) menschliche Rechtsanwendung relevant. Einige grundlegende Gedanken lassen sich hierzu aus einer Analogie zu dem aktuellen Haftungsmaßstab für richterliche Entscheidungen ziehen.

Das relevante Haftungsregime in diesem Zusammenhang ist auf nationaler Ebene das des *Staatshaftungsrechts* und in diesem insbesondere das der *Amtshaftung* aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Nach dem Grundsatz des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB haftet ein Beamter, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, wobei nach Art. 34 GG die Verantwortlichkeit für dieses Handeln grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht, trifft.

Man könnte daran zweifeln, ob diese Normen der Amtshaftung menschlichen Rechtsanwendern gleich auch staatliche Algorithmenprogrammierer in die Haftung nehmen könnten, sofern diese nicht nur Recht anwenden, sondern solches auch in Algorithmenform setzen würden.⁴⁴⁰ Mangels einer Drittbezogenheit der Amtspflichten

⁴³⁷Zu dem von *Greco* ebenfalls vorgebrachten Einwand der übersteigerten Macht eines solchen Gremiums (im Sinne einer Deutungshoheit) siehe Kap. 5, A, I, 2, b, bb).

⁴³⁸Zu diesem Einwand *Greco*, RW 2020, 29, 51.

⁴³⁹Vgl. *Zweig*, Wo Maschinen irren können, Feb. 2018 (bit.ly/3y9TADi), S. 22 ff.

⁴⁴⁰Siehe Kap. 5, A, II, 3 und 4.

des Gesetz- oder Verordnungsgebers wird eine Haftung für sogenanntes *legislatives bzw. normatives Unrecht*⁴⁴¹ nach ständiger Rechtsprechung des BGHs verneint.⁴⁴²

Die Amtspflicht bestehe hierbei nach dem BGH grundsätzlich nur gegenüber der Allgemeinheit; nur in Ausnahmefällen, etwa bei Einzelfall- und Maßnahmegesetzen, verdichte sich diese gegenüber einem bestimmten Personenkreis.⁴⁴³

Da es sich bei einer algorithmischen Entscheidungsvorgabe⁴⁴⁴ aber nicht nur um einen abstrakt-generellen Rechtsetzungsakt, sondern auch immer um einen verbindlichen Maßstab für die algorithmische Entscheidung im Einzelfall im Sinne einer besonders durchgreifenden, neuartigen Art der Konkretisierung des Gesetzestextes handeln würde,⁴⁴⁵ die auch Sorgfaltpflichten gegenüber der einzelnen unmittelbar betroffenen Person bedingen muss, sollte sich eine Haftung an den Maßgaben einer fehlerhaften Rechtsanwendung ähnlich einem Richter orientieren und eine Verantwortung für Schäden nicht prinzipiell wegen einer fehlenden Drittbezogenheit ausschließen.

Misst man eine Determinierungsentscheidung also in Hinblick auf ihre Haftung für Rechtsanwendungsfehler versuchsweise an den Voraussetzungen der Haftung für eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch einen (menschlichen) Richter, ergeben sich Ähnlichkeiten und Unterschiede.

Erste Anhaltspunkte lässt hier ein Erst-Recht-Schluss zu: Zumindest nach dem abgesehenen Maßstab des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB müssten Fälle, in denen durch Gremienmitglieder vorsätzlich fehlerhafte Entscheidungsdeterminanten eingebracht worden sind, um die spätere Entscheidung zugunsten oder zu Lasten einer Partei zu beeinflussen, zu einer Haftung der Beteiligten führen. Die vorstehend gewählte Formulierung erinnert nicht zufällig an die des Tatbestandes der *Rechtsbeugung*, der in § 339 StGB normiert ist. Nach den Maßgaben dieses Amtsdelikttes tragen Richter strafrechtliche

⁴⁴¹Hierunter versteht man „den Erlaß rechtswidriger formeller Gesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen sowie das rechtswidrige Untätigbleiben des Gesetz-, Verordnungs- und Satzungsgebers.“, *Dobnold*, DÖV 1991, 152. Ausgeklammert werden hier sog. „Beruhensfälle“, also Schäden aus dem „Vollzug verfassungswidriger förmlicher Gesetze und untergesetzlicher Rechtsnormen“ hierzu siehe *Detterbeck*, JA 1991, 7.

⁴⁴²BGH, Urt. v. 29.03.1971, BGHZ, 56, 40, 46 = NJW 1971, 1172, 1174; BGH, Urt. v. 30.05.1983, BGHZ, 87, 321, 335 = NJW 1984, 560, n. a.; BGH, Urt. v. 10.12.1987, BGHZ, 102, 350, 367 = NJW 1988, 478, 482; BGH, Urt. v. 07.07.1988, NJW, 1989, 101; BGH, Urt. v. 24.10.1996, BGHZ, 134, 30, 32 = NJW 1997, 123, 124; anders MüKo BGB/*Papier/Shirvani*, § 839 Rn. 318; wie hier BGH, Urt. v. 28.01.2021, NVwZ, 2021, 1315.

⁴⁴³BGH, Urt. v. 29.03.1971, BGHZ, 56, 40, 46 = NJW 1971, 1172, 1174; BGH, Urt. v. 10.12.1987, BGHZ, 102, 350, 368 = NJW 1988, 478, 482; BGH, Urt. v. 07.07.1988, NJW, 1989, 101; diese Ausnahme für Bauleitpläne in BGH, Urt. v. 26.01.1989, BGHZ, 106, 323, 331 = NJW 1989, 976, 978; *Detterbeck*, JA 1991, 7, 11; BGH, Urt. v. 24.10.1996, BGHZ, 134, 30, 32 = NJW 1997, 123, 124; BGH, Urt. v. 14.03.2002, BGHZ, 150, 172, 175 f. = NJW 2002, 1793, 1794.

⁴⁴⁴Immer vorausgesetzt, man hält solche algorithmischen Gesetze überhaupt für denkbar.

⁴⁴⁵Hierzu mehrfach siehe Kap. 5, A, II, 3 bis 5.

Verantwortung für fehlerhafte Entscheidungen, wenn sie sich „bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig“ machen. In Verbindung mit der Vorschrift des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB, der auf die Strafbarkeit des Richters⁴⁴⁶ als Voraussetzung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit abstellt, ergibt sich hieraus, im Vergleich zur regelmäßigen Amtshaftung für vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzungen, eine erhebliche *Haftungsprivilegierung* von Richtern in ihrer spruchrichterlichen Entscheidungstätigkeit (das sogenannte *Richterspruchprivileg*⁴⁴⁷). Grund hierfür ist die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung.⁴⁴⁸ Sie soll letztverbindlich wirken und damit Rechtsfrieden ermöglichen.⁴⁴⁹

Die Privilegierung lässt sich in ihrem aktuellen Wortlaut nicht ohne Weiteres auf die Situation einer Entscheidungsdetermination übertragen. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB setzt schließlich ausdrücklich das Handeln „bei dem Urteil in einer Rechtssache“⁴⁵⁰ voraus, so dass sie für andere richterliche Amtspflichtverletzungen nicht gilt, jedoch soll die Haftung nach der Rechtsprechung des BGH mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit in Fällen fehlerhafter Rechtsanwendung ebenfalls auf „grobe Verstöße“ beschränkt sein.⁴⁵¹

In § 839 Abs. 2 S. 1 BGB zeigt sich somit ein Minimalstandard und ein Privilegierungsgedanke, den man an jede mit einer gerichtlichen Rechtsentscheidung vergleichbare Handlung ansetzen sollte. Auch Haftungsbegrenzungen anderer Art außerhalb des Gesetzeswortlauts sind wegen des besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes und durch das Vertrauen in die richterliche Entscheidungstätigkeit nicht ausgeschlossen.

Darüber, wie man die Haftung für Rechtsanwendungsfehler bei einer antizipierten Rechtsanwendung im Einzelnen ausgestalten könnte, etwa darüber, ob ein Gremienmitglied in der genannten Tätigkeit für Fehler bei der rechtlichen Bewertung auch für (grobe oder gar leichte) Fahrlässigkeit haftbar gemacht werden sollte, oder inwiefern eine Haftungsverschiebung auf den Staat oder die Einführung neuer Strafnormen

⁴⁴⁶Zu den relevanten Strafnormen gehören neben der Rechtsbeugung auch die Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 2 StGB und die Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 2 StGB.

⁴⁴⁷Hierzu *Leipold*, JZ 1967, 737 ff.; *Merten*, in: Tittel (Hrsg.), FS Wengler, Bd. 2, 1973, S. 519 ff.; *Smid*, JURA 1990, 225 ff.; *Zantis*, Das Richterspruchprivileg, 2010; MüKo BGB/*Papier/Shirvani*, § 2020, § 839 Rn. 380 ff.

⁴⁴⁸Vgl. *Zantis*, Das Richterspruchprivileg, 2010, S. 96 f.; MüKo BGB/*Papier/Shirvani*, § 2020, § 839 Rn. 382. Anders aber *Smid*, JURA 1990, 225, 227 f.

⁴⁴⁹*Zantis*, Das Richterspruchprivileg, 2010, S. 31.

⁴⁵⁰Zum Begriff und seinem Umfang u. a. *Merten*, in: Tittel (Hrsg.), FS Wengler, Bd. 2, 1973, S. 519 ff., 527 ff.; BGH, Urt. v. 09.12.2004, BGHZ, 161, 298, 301 = NJW 2005, 436; BGH, Urt. v. 04.11.2010, BGHZ, 187, 286, 290 f., Rn. 12 f. = NJW 2011, 1072, 1073; *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 226 ff.

⁴⁵¹BGH, Urt. v. 03.07.2003, BGHZ, 155, 306, 309 f. = NJW 2003, 3052, 3053; BGH, Urt. v. 04.11.2010, BGHZ, 187, 286, 292 f., Rn. 14 = NJW 2011, 1072, 1073 f.; ausführlich zur Beschränkung der Haftung bei Rechtsanwendungsfehlern *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 232 ff.

zweckmäßig wäre, lässt sich selbstverständlich streiten. Gegen die Zweckmäßigkeit einer zu restriktiven Eigenhaftung könnte allerdings angeführt werden, dass auch das Setzen von Entscheidungsdeterminanten, ähnlich der Entscheidung eines Rechtsfalls, einen gewissen Spielraum bei der Vertretbarkeit bestimmter Standpunkte erfordert, der unabhängig und verbindlich entlang der abstrakten gesetzlichen Vorgaben festgelegt werden soll und sich daher nicht mit einer allzu strengen Haftung verträge.

(3) *Präventiver Risikomaßstab*

Das aktuelle amtschaftsrechtliche Regime stößt mit seiner Anknüpfung an Kausalität und Verschulden aber an seine Grenzen, wo den Amtsträgern keinerlei Fehlverhalten vorzuwerfen ist, beispielsweise weil sich unkontrollierbare Risiken von autonomen Systemen verwirklichen.⁴⁵² Insbesondere bei solchen Systemen muss auch die grundsätzliche Frage nach der Zulässigkeit der mit ihrem Einsatz verbundenen staatlichen Risikoentscheidung gestellt werden.

Entscheidender als eine besonders strenge repressive Haftung wäre es schließlich, den Algorithmenherstellern für die ihnen anvertrauten Fragen überhaupt brauchbare Vorgaben und Rahmenbedingungen an die Hand geben zu können, die das Risiko von Haftungsfällen ex ante vermeiden können. Etwa indem sie Orientierung bei der Suche nach einer geeigneten Entscheidungsvorgabe liefern könnten und dabei helfen würden, möglich Risiken abzuschätzen und zu vermeiden.⁴⁵³ Auch präventive Maßnahmen wie gesetzliche Einschränkungen, Kontrollen und Sicherheitskonzepte sind als Teil der staatlichen Risikoversorge Bestandteil der menschlichen Verantwortung,⁴⁵⁴ die es erfordert, insbesondere bei ihrem staatlichen Einsatz auch algorithmenspezifischen Gefahren angemessen begegnen zu können.

Bestehen solche Vorsorgemaßnahmen nicht oder sind sie nicht wirksam, sind Fehler zumindest mittelbar auf ein Versagen der Gesetzgebung und Politik zurückzuführen. Der Staat hat auch einen Auftrag, vor den Folgen technischer Risiken zu schützen⁴⁵⁵. Eine staatliche Risikobewertung muss mittels einer normativen Beurteilung in einer Abwägung von Nützlichkeitsaspekten mit der Eintrittswahrscheinlichkeiten und dem Ausmaß potenzieller Schäden bei Risikoverwirklichung erfolgen.⁴⁵⁶

Für die Risikobewertung ist insbesondere bei staatlichem Handeln auch der verfassungsrechtliche Stellenwert des betroffenen Bereichs staatlicher Entscheidungsgewalt

⁴⁵²Siehe *Roth-Isigkeit*, AöR, 145 (2020), 321, 336.

⁴⁵³Siehe hierzu beispielsweise Europäische Kommission, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), S. 54 ff., Art. 9 ff.

⁴⁵⁴Zum Vorsorgeprinzip im Recht *Calliess*, in: Grunwald (Hrsg.), Hdb. Technikethik, 2013, S. 390 ff.

⁴⁵⁵Vgl. *Trute*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 4, 32006, § 88, Rn. 28.

⁴⁵⁶Vgl. *Führ*, in: Grunwald (Hrsg.), Hdb. Technikethik, 2013, S. 384 ff.; Europäische Kommission, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), Art. 7 Abs. 2.

relevant. In einem sensiblen und rechtsstaatlich bedeutsamen Bereich wie der Rechtsprechung, der als Teil des Staatsgefüges nicht nur unmittelbar an die Grundrechte gebunden, sondern auch dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes besonders verpflichtet ist, können bei umfassenden Änderungen des Gesamtsystems, unabhängig von dem Stellenwert der damit verfolgten Ziele – wegen des verfassungsrechtlichen Schutzstatus dieser Institution – nur begrenzte Restrisiken, die sich jeder präventiven Regulierung entziehen, mit repressiven Vorschriften adressiert werden. Anders als vielleicht in weniger sensiblen Bereichen staatlichen Handelns wie in Teilen der Verwaltungsautomatisierung⁴⁵⁷ (etwa in der Leistungsverwaltung) kann der Staat Fehler, die aus einer Risikoentscheidung resultieren, in der Rechtsprechung nicht lediglich im Nachhinein kompensieren, er muss sie schon präventiv so weit wie möglich ausschließen. Kann er dies nicht, muss er von der Maßnahme absehen.

Gerade algorithmenspezifische Risiken sind aber häufig noch zu wenig erforscht, um sie aktuell gezielt präventiv bewältigen oder ihre Auswirkungen abschätzen zu können.⁴⁵⁸ Da sie sich überdies auch nicht auf einen einzelnen Teilbereich des Rechtssystems begrenzen lassen, sind Vorhaben, die diese Risiken auslösen könnten, besonders restriktiv zu begutachten. Dieses Risikoverständnis hat zur Folge, dass sich die Unzulässigkeit unkontrollierbarer autonomer Algorithmen in richterlicher Funktion – unabhängig von etwaigen *de lege ferenda* in das Staatshaftungsrecht einführbaren Haftungsmöglichkeiten⁴⁵⁹ – allein schon aus dem Ausmaß des damit eingegangenen Risikos ergibt. Nicht, weil sich nicht vielleicht doch ein Mensch finden ließe, den man nachträglich für Fehler eines unkontrollierten Systems verantwortlich machen könnte, sondern weil – wie schon unter dem Aspekt der Unabhängigkeit und Gesetzesbindung deutlich gemacht wurde – ein unkontrolliertes System das Risiko einer nicht mehr nur dem Gesetz unterworfenen und ansonsten unabhängigen Entscheidung birgt und damit die verfassungsrechtliche Funktion eines Richters nicht erfüllen kann,⁴⁶⁰ sind diese abzulehnen. Gleiches gilt für Wertentscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Relevanz durch Algorithmen. Das Risiko der überhöhten Deutungsmacht, der Stagnation und fehlenden Flexibilität überwiegt alle denkbaren Vorteile so weit, dass allein das Ausmaß des eingegangenen Risikos die Unzulässigkeit bedingen muss.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Hierzu *Roth-Isigkeit*, AöR, 145 (2020), 321, 338 ff.

⁴⁵⁸ *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 257 sieht diese Ungewissheit als zentrales Problem noch nicht völlig ausgereifter Technologien.

⁴⁵⁹ Solche diskutiert bei *Roth-Isigkeit*, AöR, 145 (2020), 321, 341 ff.

⁴⁶⁰ Kap. 5, A, II, 5, d, bb), (1).

⁴⁶¹ Ein besonders hohes Risiko und daher die Notwendigkeit eines Verbots sehen bei vollautomatisierten Gerichtsentscheidungen etwa Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 212; DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 12.

Angesichts der Bedenken gegen ein gesetzgeberisches Unterfangen mit Blick auf die meist notwendige abstrakte Formulierung der Gesetze und mit Blick auf die Gefahren, die beispielsweise von diskriminierenden Effekten eines Algorithmus ausgehen können, sowie der einzigartigen Breitenwirkung von Fehlern,⁴⁶² muss aber auch für kontrollierbare Algorithmen in potenziell automatisierungsgerechten Fällen erneut auf die Wichtigkeit, aber auch die Schwierigkeit des Schutzes vor unzulässigen Einflussnahmen und die Gefahr der Vermischung von Normsetzungs- und Normbefolgungsebene⁴⁶³ verwiesen werden. All dies beeinflusst auch in diesen Bereichen die Risikobewertung mit, so dass ein verantwortlicher Umgang auch bedeuten muss, dass zunächst Lösungen gefunden werden müssten, bevor man selbst über einen begrenzten oder vorbereitenden Einsatz von Algorithmen in der Rechtsprechung nachdenken könnte.

Zur Vermeidung von Vertrauensverlust wäre es hier beispielsweise ratsam, auch innerhalb simpler Normkategorien klare gesetzliche Grenzen zu sensiblen und grundrechtsrelevanten Bereichen zu ziehen, in denen eine automatisierte Richtertätigkeit keinen Platz haben kann.⁴⁶⁴ Das allgemeine Vertrauen sollte stets durch einen überwachten und streng sicherheitsbewussten Entwicklungs- und Wartungsprozess des Algorithmus gefördert werden.⁴⁶⁵

Dass die Gesetzgebung aber durchaus auch in der Lage sein kann, in Gesetzesnormen bestimmte algorithmische Risiken schon vor dem Erreichen vollkommener technischer Fähigkeiten zu adressieren, zeigen die einschränkenden Bedingungen, die in § 35 a und § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG für den Erlass eines automatisierten Verwaltungsaktes enthalten sind.⁴⁶⁶ Sowohl der Ausschluss von Ermessensentscheidungen als auch das Gebot der Berücksichtigung von tatsächlichen Angaben der Beteiligten bei automatisierten Verwaltungsentscheidungen sind bewusster Ausdruck politischer Vorsicht im Interesse der Bürger, der die bislang nicht absolut gesicherte Beherrschbarkeit von Algorithmen einpreist.⁴⁶⁷ Dieses Beispiel gesetzgeberischer Aktivität zeigt in eingeschränkt vergleichsfähiger Weise, dass eine Gefahrenminimierung grundsätzlich auch durch eine (vorläufige oder dauerhafte) gesetzliche Eingrenzung des Anwendungsbereichs denkbar ist.

Ein Zwischenfazit zu diesem Themenbereich muss daher gemischt ausfallen. Die prinzipielle Unmöglichkeit einer Erzeugung von präventiven und repressiven Verantwortlichkeiten, vermittelt über die Zurechnung zum Ursprung der Entscheidung beim

⁴⁶²Siehe Kap. 2, B, IV, 1.

⁴⁶³Siehe Kap. 5, A, II, 5, a.

⁴⁶⁴Andeutungsweise findet sich diese Idee bereits bei *v. Graevenitz*, ZRP 2018, 238 ff.; *Gless/Woblers*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), FS Kindhäuser, 2019, S. 147 ff., 153, Letztere nennen hierzu beispielsweise die scheinbar simple und standardisierbare Anordnung von Untersuchungshaft.

⁴⁶⁵So auch *v. Büchau*, LR 2018, 98, 104 f.

⁴⁶⁶Siehe außerdem Kap. 1, B, II, 3.

⁴⁶⁷*Ziekow*, NVwZ 2018, 1169, 1171 f.

Menschen und durch Maßnahmen zur Gefahrenminimierung, konnte zwar unter den richtigen Bedingungen und bei Vorhandensein algorithmischer Gesetze nicht als absoluter Ausschlussgrund einer möglichen zukünftigen Legitimierbarkeit von kontrollierbaren Rechtsgeneratoren in begrenzten Einsatzbereichen bestätigt werden. Allerdings ist dieser Aspekt letztendlich nur im Zusammenspiel mit einem geeigneten Maß an Risikobewältigungsstrategien bezüglich der Gesetzesbindung und einem hinreichenden Schutz der Unabhängigkeit abschließend zu bewerten.

Probleme auf diesen Ebenen, die sich aus algorithmenspezifischen Gefährdungslagen ergeben, wirken sich notwendigerweise auch auf die Möglichkeiten und Bedingungen von Haftungsrisiken und die eines geeigneten Konzeptes von Verantwortlichkeit aus. Übersteigen die Risiken ein gewisses Maß, kann dies auch eine strenge Haftung nicht kompensieren. Dann kann verantwortlich nur mit einem (vorläufigen) Verbot oder Nichtergreifen dieser Maßnahme reagiert werden. Das gebietet auch allein die Vorbildfunktion, die der Staat gegenüber dem privatwirtschaftlichen Einsatz von Algorithmen einnimmt.⁴⁶⁸ Mit anderen Worten: Der Staat kann in sensiblen Bereichen staatlicher Gewaltausübung wie der Rechtsprechung nicht legitimieren, was er nicht auch kontrollieren kann.

Dritter Zwischenstand

Die Legitimation des Richters folgt nur in begrenztem Umfang klar definierten Kriterien, so auch ihre Anwendung auf den Rechtsgenerator. Auch weiche Legitimationsfaktoren, die das Vertrauen und die Anerkennung durch die Gesellschaft in den Fokus stellen, müssen in beiden Fällen berücksichtigt werden.

Im Einzelnen wäre es hier der falsche Weg, eine mangelnde Legitimierbarkeit damit zu begründen, Rechtsgeneratoren prinzipiell jede Qualifikation zur Erzeugung eines sachgerechten Ergebnisses selbst für einfach gelagerte Fälle abzusprechen. Auch sollte nicht vorschnell geschlussfolgert werden, diese folge aus einer fehlenden Möglichkeit zur Begründung der Entscheidung oder zur Erzeugung von Verantwortlichkeiten. Solche Argumente unterliegen strukturell der Gefahr, durch fortschreitende technische Entwicklung und gesetzgeberische Initiativen relativiert zu werden. Unter gewissen Bedingungen könnten bestehende Hindernisse überwunden und Gründe für ein Vertrauen, und damit für eine gesellschaftliche Anerkennung von algorithmischer Rechtsanwendung, gefunden werden.

Durchschlagender sind da schon die Einwände gegen die Vertrauenswürdigkeit von datenbasierten autonomen Systemen selbst in einfach gelagerten Fällen. Diese sind unkontrollierbar und können daher von Menschen in einem sensiblen Bereich wie der

⁴⁶⁸Vgl. *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 486.

Rechtsprechung nicht verantwortet werden. Eine Eigenverantwortung der Maschinen kommt als Alternative aber ebenfalls nicht in Betracht.

Häufig kommt es auch bei daten- oder regelbasierten Systemen ohne autonome Entscheidungsfähigkeit zu einer Wechselwirkung zwischen den Maßgaben für die Unabhängigkeit und Gesetzesbindung und dem Legitimationsniveau. Die Legitimierbarkeit des Rechtsgenerators hängt maßgeblich davon ab, ob man in diesen Bereichen eine Verfassungskonformität für möglich hält, wie man die eingegangenen algorithmenspezifischen Risiken bewertet und wie man diesen zu begegnen gedenkt. Solange keine Lösungen in Sicht sind, die einen sicheren Ablauf gewährleisten könnten, sollte man Rechtsgeneratoren deshalb allein schon nicht einsetzen, weil ein vorschnelles unausgereiftes Handeln das Vertrauen in den Staat und seine Institutionen auf Jahre hin beschädigen könnte. Diese Sichtweise auf Legitimation weist durch ihren Fokus auf vertrauensstiftende Umstände eine Scharnierfunktion auf, die die rechtsstaatliche Funktion und demokratische Rückbindung mit der nachstehend zum Abschluss zu untersuchenden sozialen Funktion der Richter verbindet.

C. Der soziale Richter

Abschließend gilt es, den sozialen Faktor richterlicher Entscheidungen zu untersuchen. Den Überlegungen dieses letzten Abschnitts muss vorangestellt werden, dass die richterlich Rechtsfindung – genauso wie sie als Element der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie zu verstehen ist auch als ein sozialer Vorgang zu betrachten ist, und dass den Richtern hierbei unbestritten eine wichtige *soziale Aufgabe* zukommt, für die diese mit gewissen *sozialen Kompetenzen* ausgestattet sein müssen, die – so die These der nun folgenden Untersuchung – möglicherweise nur Menschen besitzen können.

Dieses Verständnis richterlicher Aufgaben geht über die Reichweite der bisherigen Erwägungen hinaus und tritt als dritter Faktor mit der aufkommenden Konkurrenzsituation algorithmischer Entscheidungssysteme immer relevanter in den Fokus. Ein soziales Aufgabenverständnis der Richtertätigkeit reiht sich unterdessen nicht nahtlos in die Systematik der in Zusammenhang mit der rechtsstaatlichen Funktionserfüllung und demokratischen Eingebundenheit in Abschnitt A und B angesprochenen richterlichen Wesensmerkmale ein. Zwar weisen auch soziale Aspekte des richterlichen Aufgaben- und Kompetenzspektrums Schnittstellen zu den verfassungsrechtlichen Kernanforderungen der Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Gesetzesbindung einer demokratisch legitimierten richterlichen Entscheidung auf. Auch sie tragen (zumindest mittelbar) dazu bei, eine sachrichtige Entscheidungsfindung im Sinne der Rechtsstaatlichkeit zu befördern. Soziale Aufgabenzuschreibungen beinhalten darüber hinaus aber

auch ein zuvor unbeachtetes verbindendes Element zwischen Richter und Verfahrensbeteiligten. Dieses bezieht sich nicht mehr primär auf den Schutz und die Absicherung des Richters, die Abwehr von Einflüssen und die Rückbindung an den Willen des Volkes, sondern auf ein *dialogisch-partizipatives Verhältnis* von Richtern zu den Rechtsunterworfenen, das in durch Erwägungen zu Rechtsstaats- und Demokratieprinzip bislang kaum berücksichtigter Weise auch dem Schutz und der Würdigung der individuellen Rechtsstellung der Prozessbeteiligten und deren menschenwürdiger Behandlung dient.

Dieser Aspekt könnte einer antizipiert-algorithmischen Rechtsanwendung möglicherweise noch grundsätzlichere Schranken setzen als die zuvor genannten Erwägungen zu Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Der Fokus der Ausführungen hierzu soll in diesem Abschnitt daher auf der Frage liegen, inwiefern als Individualschutzgaranten verstandene soziale Kompetenzen kennzeichnend für den Begriff des Richters sind und ob beziehungsweise wie sich Fähigkeiten dieser Art in Verfassungsvorschriften verorten und auf das Szenario einer automatisierten Rechtsprechung übertragen lassen könnten. Unter diesem Gesichtspunkt werden das Recht auf rechtliches Gehör und das Menschenwürdeprinzip behandelt.

I. Soziale Kompetenzen als Wesensmerkmale eines Richters

Soziale Kompetenz wird unter diversen Synonymen⁴⁶⁹ auch heute schon gelegentlich als Anforderung an die richterliche Tätigkeit, bisher aber kaum jemals unmittelbar als ein verfassungsrechtliches Wesensmerkmal desselben diskutiert. Für den vorgestellten Forschungszweck müssen die Wesensmerkmale des Richterbegriffs aber zwingend durch Bedingungen der sozialen Interaktion von Richter und Rechtssubjekt ergänzt werden. Diese Schwerpunktsetzung ist gerade in Hinblick auf die besonders schwerwiegenden Divergenzen zwischen menschlichen und algorithmischen Fähigkeiten, die sich in diesem Bereich ausmachen lassen, geboten.⁴⁷⁰ Soziale Kompetenzen in den verfassungsrechtlichen Richterbegriff miteinzubeziehen entspricht folglich dem hier gewählten Ansatz, der Wesensmerkmale des Richters auch auf neue, bisher wenig berücksichtigte Problemstellungen ausrichten will, weil nur durch die Einbeziehung derart konkretisierter Schranken der Gefahr einer bislang unbekanntem (wenn nicht aktuellen, dann doch wohl perspektivischen) Konkurrenzsituation durch Algorithmen argumentativ begegnet werden kann.

⁴⁶⁹ *Flotbo*, DRiZ 1988, 167, 169 nennt dies „soziales Verständnis“; *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, 729, 733 spricht von einem guten Urteilsvermögen; *Rennert*, JZ 2015, 529, 537 nennt das Kriterium „persönliche Qualifikation“; siehe zudem v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 92 Rn. 28.

⁴⁷⁰ In diese Richtung *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; auf Unterschiede weist u. a. auch *Sourdin*, UNSW Law Journal, 41 (2018), 1114, 1124, 1133 hin; vgl. außerdem *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 283.

1. Terminologie sozialer Kompetenzen

Während die grundsätzliche Bedeutung sozialer Fähigkeiten für die richterliche Berufsausübung kaum bezweifelt wird, finden sich zu ihrer Konkretisierung in der Verfassungsauslegung nur wenig belastbare Maßstäbe und kaum spezifische Anforderungen.⁴⁷¹

Der Terminus der sozialen Kompetenz kann verschiedene Facetten richterlicher Tätigkeit beschreiben und lässt sich daher auf kein isoliertes Merkmal festlegen. Gemeint ist mit diesem Kriterium im Allgemeinen, dass ein Richter sich in der Lage befinden muss, auf die individuelle Situation der Streitparteien einzugehen sowie mögliche Motive, Informationen und emotionale Bedürfnisse in ihrem sozialen Kontext einfühlsam zu erfassen, ohne dabei gleichzeitig seine innere Neutralitätsgewähr zu verlieren.⁴⁷² Soziale Kompetenz zeichnet sich in diesem Bild gesprochen also durch das rechte Maß in einem Verhältnis von Nähe und Distanz des Richters zum Streitgegenstand aus. Unter den hierfür notwendigen Kompetenzen werden in der Literatur Fähigkeiten wie Zuhören, Verhandeln, Ausgleich, Konflikt- und Entschlussfähigkeit, Kooperationsfähigkeit und soziales Verständnis⁴⁷³, aber auch Einfühlungsvermögen, Geduld und Nächstenliebe⁴⁷⁴ aufgelistet.

2. Die Frage der verfassungsrechtlichen Verankerung

Unklarheit herrscht indes darüber, in welchen verfassungsrechtlichen Normen und Geboten sich der durch diese Fähigkeiten geprägte soziale Charakter richterlicher Arbeit widerspiegelt und ob ihm überhaupt ein eigener grundgesetzlicher Schutzstatus zukommt. Ausdrücklich normiert sind soziale Fähigkeiten des Richters im Grundgesetz nicht.⁴⁷⁵ Lediglich § 9 Nr. 4 DRiG nennt soziale Kompetenz als Voraussetzung für die Berufung zum Richteramt, ohne diesen Begriff jedoch näher auszuführen.⁴⁷⁶ Bezüge zu einem sozialen Aufgabenverständnis der Richter finden sich überdies in einigen Landesverfassungen.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ Vgl. etwa *Wenzel*, *Der Rechtspfleger*, 2019, S. 287.

⁴⁷² Ähnlich bei *Flotbo*, *DRiZ* 1988, 167, 169; Beck'scher Kommentar *DRiG/Schmidt-Räntsch*, 62009, § 9 DRiG Rn. 23; Nomos Kommentar *DRiG/Staats*, 2012, § 9 DRiG Rn. 13.

⁴⁷³ Nomos Kommentar *DRiG/Staats*, 2012, § 9 DRiG Rn. 13.

⁴⁷⁴ *Flotbo*, *DRiZ* 1988, 167, 169.

⁴⁷⁵ So auch *Wenzel*, *Der Rechtspfleger*, 2019, S. 287.

⁴⁷⁶ Hierzu Beck'scher Kommentar *DRiG/Schmidt-Räntsch*, 62009, § 9 DRiG Rn. 23; Nomos Kommentar *DRiG/Staats*, 2012, § 9 DRiG Rn. 13.

⁴⁷⁷ So hebt etwa Art. 78 LV Berlin die Bedeutung „sozialen Verständnisses“ hervor; Art. 136 Abs. 2 LV Bremen setzt die Amtsausübung im Geiste „sozialer Gerechtigkeit“ voraus (ähnlich Art. 110 S. 2 LV Saarland).

Eine Möglichkeit, den Aspekt sozialer Kompetenzen mit einer individualschützenden Zweckrichtung im Grundgesetz zu verorten, muss daher auf mittelbarem Wege gesucht werden. Sie lässt sich zum einen als Bestandteil des in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgten *Anspruchs auf rechtliches Gehör* untersuchen. Soziale Fähigkeiten des Richters könnten sich des Weiteren aber auch mittelbar im Auftrag des *Menschenwürdegedankens* aus Art. 1 Abs. 1 GG wiederfinden lassen. Um diese Verortungsmöglichkeiten zu untersuchen, soll im Folgenden auf die Normgehalte dieser Vorschriften vertiefend eingegangen werden.

Insbesondere auf zwei Facetten der Polarität zwischen teilweise in individuellen Sozialisierungsfaktoren begründeter Emotionalität und richterlicher Neutralität, die durch das Erfordernis sozialer Kompetenzen zum Ausdruck kommen, soll für die Begutachtung algorithmischer Fähigkeiten ein näherer Blick geworfen werden: Zum einen betrifft dies die *Fähigkeit zu Dialog und Verständigung*⁴⁷⁸ mit den Rechtssuchenden, zum anderen zu *emotionaler Intelligenz und Empathie*⁴⁷⁹ des Richters.

Beide Aspekte erscheinen aktuell – ob des exklusiven Einsatzes menschlicher Richter – als selbstverständliche und schwer zu beschreibende Bestandteile des Gerichtsverfahrens. Sie gehören zu den grundlegenden Eigenschaften, die mit der menschlichen Natur in Zusammenhang gebracht werden. Durch einen Einsatz von Algorithmen in der Rechtsprechung könnte sich diese Einschätzung nun aber fundamental wandeln.

II. Das rechtliche Gehör durch den Richter

Zweifel in Bezug auf die Verfassungskonformität einer automatisierten Rechtsprechung, die ihre Begründung in den fehlenden Fähigkeiten zur Gewährung rechtlichen Gehörs finden, sind in diversen Publikationen präsent,⁴⁸⁰ doch fehlt bislang eine Betrachtung, die diese Schlussfolgerung durch eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Normgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG in seiner konkreten verfassungsrechtlichen Verortung belegen würde.

Zunächst soll daher untersucht werden, wie ein Schutzzweck des Art. 103 Abs. 1 GG begründet werden könnte, der spezifische (menschliche) Eigenschaften – insbesondere soziale Kompetenzen des Richters – erforderlich macht. Dafür muss der Stellenwert ermittelt werden, den diese Vorschrift in Zusammenhang mit der Frage nach der Richtereigenschaft von Rechtsgeneratoren einnehmen kann.

⁴⁷⁸ Hierzu insb. Kap. 5, C, II.

⁴⁷⁹ Hierzu insb. Kap. 5, C, III.

⁴⁸⁰ *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 39; *Greco*, RW 2020, 29, 58 f.; *Martini/Nink*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Automatisch erlaubt?*, 2020, S. 44 ff., 48; *Rübl*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), *Rechtshandbuch AI und ML*, 2020, S. 617 ff., 630; DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 28; *Duwe/Zollitsch*, *Spricht der Mensch oder der Algorithmus Recht*, 02.09.2020 (bit.ly/3lz7eN2).

Zu erörtern bleibt außerdem, auf welche Weise ein Richter und dementsprechend ein richterlicher Rechtsgenerator nach Ansicht des Grundgesetzes zur Berücksichtigung und Würdigung persönlicher Umstände in der Lage sein muss, ob hierfür unterschiedslos für alle, auch einfach gelagerte Fragestellungen, menschliche Fähigkeiten notwendig sind oder ob es in einigen Fällen doch nicht vielleicht ausreichen könnte, wenn ein gewisses Maß dieser Fähigkeiten durch technische Lösungen simuliert werden könnte. In alltäglichen standardisierten Bereichen mögen soziale Aspekte schließlich auch aktuell schon im Vergleich zur zügigen Bearbeitung eine sekundäre Rolle einnehmen, so dass sie im Ergebnis zugunsten einer effektiven Bearbeitung faktisch vernachlässigt werden.

1. Strukturelle Gehörfähigkeit als Wesensmerkmal eines Richters

Die erste sich stellende Überlegung ist die nach dem Stellenwert des Art. 103 Abs. 1 GG in der Definition des Richterbegriffs. Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat jeder Beteiligte⁴⁸¹ eines staatlichen gerichtlichen Verfahrens⁴⁸² bei der Entscheidung eines Richters im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG ein Recht, Gehör zu den ihn betreffenden und für ihn (teilweise) verbindlichen Entscheidungen⁴⁸³ zu finden.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ „Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG hat jeder, der an einem gerichtlichen Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung beteiligt ist oder unmittelbar rechtlich von dem Verfahren betroffen wird“, BVerfG, Beschl. v. 03.11.1983, BVerfGE, 65, 227, 233 = NJW 1984, 719 m. w. N.

⁴⁸² *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 358; *Umbach/Clemens GG/Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 63; *Knemeyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 8, ³2010, § 178, Rn. 25; *Bonner Kommentar GG/Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 132; *Maunz/Dürig GG/Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 52; *Schmidt-Bleibtreu GG/Schmahl*, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 13; v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 16; *Dreier GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 16; *Stern/Becker GG/Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 11; *Jarass/Pieroth GG/Kment*, ¹⁶2020, Art. 103 Rn. 5; *Sachs GG/Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 8; *BeckOK GG/Radtke*, ⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 3.

⁴⁸³ Gemeint sind nicht nur Endentscheidungen BVerfG, Beschl. v. 08.01.1959, BVerfGE, 9, 89, 96 f. = NJW 1959, 427, 428; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 376 ff.; *Berliner Kommentar GG/Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 33; *Graßhof*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR*, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 23, 26; *Maunz/Dürig GG/Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 58; *Schmidt-Bleibtreu GG/Schmahl*, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 16; v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 36; *Dreier GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 17; *Stern/Becker GG/Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 14; *Jarass/Pieroth GG/Kment*, ¹⁶2020, Art. 103 Rn. 8.

⁴⁸⁴ Auch hier ist die Rechtsnatur der Vorschrift, ähnlich wie bei Art. 101 Abs. S. 2 GG, in den Details umstritten. Aus einer umfangreichen Auswahl an Quellen vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 08.01.1959, BVerfGE, 9, 89, 95 = NJW 1959, 427 ein „zum Grundrecht erhobene(r) Grundsatz“; BVerfG, Beschl. v. 15.02.1967, BVerfGE, 21, 191, 194 = NJW 1967, 923 „Prozessgrundrecht“; *Wimmer*, DVBl. 1985, 773, 775 „Prozessgrundrecht“; *Schmidt-Assmann*, DÖV 1987, 1029, 1034 „Prozessgrundrecht oder grundrechtsgleiches Recht“; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 407 f. = NJW 2003, 1924,

Eine mögliche Herangehensweise an Art. 103 Abs. 1 GG kann es daher sein, rechtliches Gehör – wie es einer bisher üblichen Verortung entspricht⁴⁸⁵ – als *Rechtsfolge* und die Möglichkeit Gehör zu gewähren, nicht gleichzeitig (auch) als *Tatbestandsvoraussetzung* der Richtereigenschaft zu begreifen. Rechtliches Gehör ist nach Art. 103 Abs. 1 GG „vor Gericht“ zu garantieren und setzt daher das Tätigwerden eines Richters im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG bereits voraus.⁴⁸⁶ So schlussfolgert auch *Nink* letztendlich aus einem Fehlen der Richtereigenschaft nach Art. 92 Hs. 1 GG auf die fehlende Möglichkeit, rechtliches Gehör durch Algorithmen zu vermitteln.⁴⁸⁷

Für eine Argumentation im Themenbereich der algorithmischen Entscheidungstätigkeit ist es aber überzeugender, Art. 103 Abs. 1 GG – im Sinne eines Gebots der *strukturellen Gehörsfähigkeit* – auch als Tatbestandsvoraussetzung der Richtereigenschaft zu betrachten. In dieser Lesart muss mit Art. 103 Abs. 1 GG zwangsläufig auch ein verfassungsrechtlicher Auftrag verbunden sein, als Richter nur Akteure einzusetzen, die dem in dieser Vorschrift genannten Anspruch gerecht werden können und hierfür nicht schon *strukturell* ungeeignet, also etwa von vornherein nicht veranlagt sind.

Diese Vorgehensweise erweitert die verfassungsrechtliche Perspektive im Vergleich zu einer herkömmlichen Auslegung. Sie ist durch eine erstmalig im Kontext algorithmischer Entscheidungsfähigkeit auftretende Fragestellung bedingt. Zur traditionellen Differenzierung zwischen verschiedenen menschlichen Akteuren – bis vielleicht auf einige Sonderfälle⁴⁸⁸ – konnte sie noch keinen nennenswerten Mehrwert bieten, denn

1926 „Prozessgrundrecht oder grundrechtsgleiches Recht“; *Zuck*, NJW 2005, 3753, 3754 „Verfahrensgrundrecht“; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 31 „prozessuales Leistungsrecht“; *Knemeyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 8, ³2010, § 178, Rn. 15 „Prozessgrundrecht“; *Graßhof*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 17 „Verfahrensgrundrecht“; gänzlich anders *Heinz*, DÖD 2016, 222, 225; *Stern/Becker GG/Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 5 „grundrechtsgleiches Recht“; *Jarass/Pieroth GG/Kment*, ¹⁶2020, Art. 103 „grundrechtsgleiches Recht und objektiv-rechtliches Prinzip“; *Sachs GG/Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 2 „grundrechtsgleiches Recht“; v. *Münch/Kunig GG/Kunig/Saliger*, ⁷2021, Art. 103 Rn. 3 „Prozessgrundrecht“.

⁴⁸⁵In diese Richtung etwa BVerfG, Beschl. v. 18.01.2000, BVerfGE, 101, 397, 404 f. = NJW 2000, 1709.

⁴⁸⁶BVerfG, Beschl. v. 18.01.2000, BVerfGE, 101, 397, 405 = NJW 2000, 1709; *Umbach/Clemens GG/Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 64; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 32; *Graßhof*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 23; *Schmidt-Bleibtreu GG/Schmabl*, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 14; v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 18; *Stern/Becker GG/Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 12; *Sachs GG/Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 8; *BeckOK GG/Radtke*, ⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 3.

⁴⁸⁷*Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 305.

⁴⁸⁸Zu denken wäre etwa an menschliche Richter, die, weil sie beispielsweise der Gerichtssprache von vornherein nicht mächtig oder ihrer Sinne vollständig beraubt sind, strukturell unfähig sind, Gehör an einem deutschen Gericht zu gewähren. Zum blinden Richter vgl. aber BVerfG, Beschl. v. 16.05.1966, BVerfGE, 20, 52, 55 = NJW 1966, 1307, n. a.

sowohl bei Richtern als auch bei anderen hiervon traditionell abzugrenzenden menschlichen Verantwortungsträgern (wie beispielsweise Rechtspflegern) war stets davon auszugehen, dass sie durch ihre menschliche Natur wohl die gleichen strukturellen Grundvoraussetzungen zur Ausprägung sozialer Kompetenzen mitbrächten. Ob diese auf persönlicher Ebene im Einzelfall stärker oder schwächer ausgeprägt waren, war (und ist) weder messbar noch taugt es zur definitorischen Unterscheidung. Es handelt es sich bei dem Merkmal der strukturellen Gehörsfähigkeit daher um ein Charakteristikum, das erst dann Relevanz erfährt, wenn Algorithmen in Konkurrenz zu menschlichen Richtern treten sollten.

Das Kriterium der Gehörsfähigkeit kann nicht fokussiert auf einen individuell-situativen Geisteszustand des zuständigen Richters verstanden werden. Dies auch schon deshalb nicht, da sich bei einem solchen Verständnis die Richtereigenschaft durch jede Gehörsverweigerung oder selbst Unaufmerksamkeit⁴⁸⁹ aufzulösen drohen würde.⁴⁹⁰ Es kann jedoch als eine *strukturelle* Voraussetzung im Sinne einer Veranlagung oder Grundkompetenz verstanden werden, die die Richtertätigkeit schlechthin erfordert und definiert.

Die besondere Ausrichtung der Garantie des rechtlichen Gehörs besteht in dieser Lesart in den speziellen Anforderungen an die Richter, die die Verfassung an diese in ihren Möglichkeiten zur Interaktion mit den Prozessbeteiligten stellt, also in den mental-psychosozialen Voraussetzungen von sozialer Kompetenz und insbesondere der Fähigkeit zum Dialog.⁴⁹¹

Dass sich dieser Blickwinkel auf den Richterbegriff durch die aufkommende Möglichkeit des Einsatzes von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren aufdrängen muss, zeigt sich auch daran, dass ein Fehlschluss drohen könnte, wenn die Gehörsmöglichkeit in diesem Fall wie bisher allein auf der Rechtsfolgenseite des Richterbegriffs verortet würde: So verstanden, könnten auch strukturell *gehörsunfähige* Rechtsgeneratoren begrifflich als Richter definiert werden, solange sie nur einer aus sonstigen Wesensmerkmalen gebildeten Definition des Richters genügen würden. Das widersinnige Ergebnis dieses hypothetischen Szenarios wäre ein Richter per definitionem, dessen Einsatz aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG in jedem denkbaren Fall verfassungswidrig wäre. Insgesamt scheint es für das vorliegende Vorhaben deshalb gerechtfertigt und geboten, wenn es um die Ergründung des menschlichen Eigenwerts geht, auch die strukturelle Gehörsfähigkeit als eine Erweiterung der Wesensmerkmale eines Richters in den bestehenden Katalog aufzunehmen.

⁴⁸⁹Zum schlafenden Richter etwa BVerwG, Beschl. v. 22.05.2006, NJW, 2006, 2648.

⁴⁹⁰Zu dieser Kritik im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit siehe Kap. 5, A, I, 2, a.

⁴⁹¹Diese Fähigkeit betont auch DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 28.

2. Zwecksetzung des rechtlichen Gehörs

Diese Feststellung allein genügt einer erschöpfenden Herleitung aus der Verfassung aber noch nicht. Es muss auch begründet werden, auf welche Weise es gelingen kann, die genannten strukturellen Fähigkeiten in der verfassungsrechtlichen Zwecksetzung des Art. 103 Abs. 1 GG zu verorten.

Uneinigkeit besteht allerdings nicht zuletzt schon darin, ob sich Art. 103 Abs. 1 GG gänzlich oder zumindest überwiegend nur auf einen *objektiv-rechtlichen Schutz der Rechtsstaatlichkeit* im Gerichtsverfahren im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG beschränkt⁴⁹² oder primär beziehungsweise ausschließlich auch die mit dem Merkmal der sozialen Kompetenz und ihrer Ausprägung einer strukturellen Gehörsfähigkeit hauptsächlich angesprochene *subjektiv-rechtliche Ausrichtung zum Schutze der Individualinteressen* (und damit zumindest mittelbar auch der Menschenwürde) der Verfahrensbeteiligten aufweist⁴⁹³.

Wenn Art. 103 Abs. 1 GG sowohl ein Rechtsstaats- als auch ein Individualschutzgedanke zugrunde liegt, beinhaltet diese Norm gleichsam den Ausdruck eines Bedürfnisses nach einem sozialen Interaktionsprozess und kann in dieser Hinsicht mangelhaften algorithmischen Fähigkeiten Grenzen setzen. Die Frage der tatsächlichen Zwecksetzung ist daher entscheidend.

a. Rechtliches Gehör als Gebot der Rechtsstaatlichkeit oder als Ausprägung des Individualschutzgedankens?

Eine Verortung des rechtlichen Gehörs als rechtliche Konkretisierung des Individualschutzgedankens in Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie wird von ihren Kritikern überwiegend deshalb abgelehnt, weil der Anspruch auf Gehör sich nicht ausschließlich auf das Menschsein als solches beziehe und nach einhelliger Meinung etwa auch juristischen Personen zustehe⁴⁹⁴. Außerdem geben die Vertreter einer objektiven

⁴⁹²So etwa *Eschelbach*, GA 2004, 228, 230 f.; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 3; *Graßhof*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 13. Letztere sehen hierin einen vorrangigen Aspekt; etwas exklusiver argumentieren *Heinz*, DÖD 2016, 222, 225; *Maunz/Dürig GG/Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 23 f.

⁴⁹³In diese Richtung etwa *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 246 ff., insb. 248 f.; *Rüping*, NVwZ 1985, 304, 306 f.; *Bonner Kommentar GG/ders.*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 62 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 4 f., 84 f.

⁴⁹⁴*Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 4; *Graßhof*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 13; nach BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014, BVerfGE, 138, 64, 83 = NVwZ 2015, 510, 511 sogar juristischen Personen des öffentlichen Rechts; vgl. ebenfalls *Maunz/Dürig GG/Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 4.

Auslegungsrichtung zu bedenken, dass sich die bestehenden Einschränkungsmöglichkeiten in Bezug auf das rechtliche Gehör, etwa durch *Präklusionsvorschriften*⁴⁹⁵ oder *Fristenbestimmungen*, nicht mit einer in Art. 1 Abs. 1 GG uneinschränkbar gewährleisteten Menschenwürdeverletzung vereinbaren ließen⁴⁹⁶ und auch die systematische Stellung des Art. 103 Abs. 1 GG außerhalb des Grundrechtskatalogs gegen einen vordergründigen Individualschutz als Hauptzweck der Norm spreche⁴⁹⁷. Einen engen Zusammenhang zum objektiven Rechtsstaatsgedanken begründen sie deshalb darin, dass Art. 103 Abs. 1 GG dazu diene, durch Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten den Sachverhalt vollständig zu ermitteln und so eine überzeugende (rationale) Entscheidung zu ermöglichen.⁴⁹⁸

Die Gegenauffassung sieht den Schwerpunkt der Zwecksetzung des Art. 103 Abs. 1 GG dagegen im Schutz des Individuums und in der Konkretisierung der Menschenwürde.⁴⁹⁹ Die Vertreter dieser Ansicht sehen eine deutliche Betonung und einen Eigenwert des Art. 103 Abs. 1 GG in dem Zweck, den Betroffenen vor der Instrumentalisierung durch eine richterliche Entscheidung zu schützen und ihm die aktive Verfahrensbeteiligung und Selbstbehauptung zum Schutze seiner Subjektstellung zu ermöglichen.⁵⁰⁰

b. Eine Doppelnatur des Art. 103 Abs. 1 GG

Die überwiegende Zahl der Veröffentlichungen attestiert der Norm aber eine *Doppelnatur*,⁵⁰¹ die aus einer objektiv-rechtlichen und einer subjektiv-rechtlichen Komponente bestehe, also kumulativ sowohl der Verwirklichung des Rechtsstaats als auch des Individual- und Menschenwürdeschutzes diene.⁵⁰² Dies entspricht auch der Leitlinie

⁴⁹⁵Hierzu BVerfG, Beschl. v. 10.10.1973, BVerfGE, 36, 92, 98 = NJW 1974, 133, 134; BVerfG, Beschl. v. 29.04.1980, BVerfGE, 54, 117 = NJW 1980, 1737; BVerfG, Beschl. v. 09.02.1982, BVerfGE, 59, 330, 333 = NJW 1982, 1635.

⁴⁹⁶Eschelbach, GA 2004, 228, 231.

⁴⁹⁷Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 23.

⁴⁹⁸*Graßhof*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 13; Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 23.

⁴⁹⁹Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 53, 62.

⁵⁰⁰*Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 249; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 62; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, 72018, Art. 103 Rn. 4, 85.

⁵⁰¹*Feuchthofen*, DVBl. 1984, 170, 171; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8, 32010, § 178, Rn. 20 m. w. N.; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 67.

⁵⁰²*Wassermann*, DRiZ 1984, 425; *Wimmer*, DVBl. 1985, 773, 775; Umbach/Clemens GG/*Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 29 ff.; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 2; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8, 32010, § 178, Rn. 18 ff.; Schmidt-Bleibtreu GG/*Schmabl*, 142017, Art. 103 Rn. 2; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, 32018, Art. 103 Rn. 13, 14;

des Bundesverfassungsgerichts, das in ständiger Rechtsprechung, obgleich es nicht in allen seinen Entscheidungen beide Aspekte in gleichem Maße betonte,⁵⁰³ in zahlreichen Entscheidungen den Doppelbezug eindeutig herausgestellt hat, etwa durch eine Bezugnahme auf die bekannte *Objektformel*, nach der niemand zum bloßen Objekt staatlichen Handelns,⁵⁰⁴ also auch nicht zum Objekt einer gerichtlichen Entscheidung,⁵⁰⁵ degradiert werden dürfe. Auch die Umschreibung des rechtlichen Gehörs als „prozessuales Unrecht des Menschen“, auf die das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach Bezug nahm,⁵⁰⁶ ist als Anrufung einer individualschützenden Wirkung des Art. 103 Abs. 1 GG zu verstehen.

Die Verortung in einer Doppelnatur ist angesichts der engen Verknüpfung von objektiver Rechtsstaatlichkeit und subjektivem Menschenwürdeschutz⁵⁰⁷ überzeugend. Nur ein gerichtliches Verfahren, das eine menschenwürdige Behandlung gewährleistet, kann rechtsstaatlichen Kriterien genügen und umgekehrt. Das Prinzip der Rechtsstaat-

Stern/Becker GG/*Brüning*,³2019, Art. 103 Rn. 4, 7; Jarass/Pieroth GG/*Kment*,¹⁶2020, Art. 103 Rn. 1; Sachs GG/*Degenhart*,⁹2021, Art. 103 Rn. 2; BeckOK GG/*Radtke*,⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 1 f.

⁵⁰³ Teilweise wird ausschließlich auf das Ziel einer fehlerfreien Entscheidung abgestellt BVerfG, Beschl. v. 15.02.1967, BVerfGE, 21, 191, 194 = NJW 1967, 923; BVerfG, Beschl. v. 08.11.1978, BVerfGE, 50, 32, 35 = NJW 1979, 413, 414; BVerfG, Beschl. v. 27.02.1980, BVerfGE, 53, 219, 222; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980, BVerfGE, 55, 72, 93 f. = NJW 1981, 271, 273; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981, BVerfGE, 58, 353, 356 = NJW 1982, 30; BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982, BVerfGE, 61, 82, 104 f. = NJW 1982, 2173, 2174; BVerfG, Beschl. v. 19.06.1985, BVerfGE, 70, 215, 218 = NJW 1987, 485.

⁵⁰⁴ Zurückgeführt wird diese Formel meist auf *Dürig*, AöR, 42 (1956), 117, 127; vgl. aber auch BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707; BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE, 45, 187, 228 = NJW 1977, 1525, 1526; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1992, BVerfGE, 87, 209, 228 = NJW 1993, 1457, 1458; weiterführend *Isensee*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 4, 2011, § 87, Rn. 174 ff.

⁵⁰⁵ Aus der umfangreichen Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG, Beschl. v. 13.02.1958, BVerfGE, 7, 275, 278 f. = NJW 1958, 665; BVerfG, Beschl. v. 08.01.1959, BVerfGE, 9, 89, 95 = NJW 1959, 427; BVerfG, Beschl. v. 19.07.1972, BVerfGE, 34, 1, 7 f.; BVerfG, Urt. v. 11.03.1975, BVerfGE, 39, 156, 168 = NJW 1975, 1013, 1015; BVerfG, Beschl. v. 09.07.1980, BVerfGE, 55, 1, 5 f. = NJW 1980, 2698; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE, 57, 250, 275 = NJW 1981, 1719, 1722; BVerfG, Beschl. v. 09.03.1983, BVerfGE, 63, 332, 337 = NJW 1983, 1726, 1727; BVerfG, Beschl. v. 29.05.1991, BVerfGE, 84, 188, 189 f. = NJW 1991, 2823; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, BVerfGE, 89, 28, 35 = NJW 1993, 2229; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 408 f. = NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017, NJW, 2017, 3218, 3219, Rn. 47; BVerfG, Beschl. v. 18.09.2018, NJW, 2019, 41, Rn. 36.

⁵⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 09.07.1980, BVerfGE, 55, 1, 6 = NJW 1980, 2698; BVerfG, Beschl. v. 18.06.1985, BVerfGE, 70, 180, 188 = NJW 1986, 371, 372; BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE, 107, 395, 408 = NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG, Beschl. v. 18.09.2018, NJW, 2019, 41, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW, 2018, 3631, 3632, Rn. 15.

⁵⁰⁷ Vgl. *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 26, Rn. 30; auch *Graßhof*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 13 beschreibt, dass die Menschenwürde das Fundament sei, auf dem der Rechtsstaat errichtet ist.

lichkeit muss daher materiell verstanden auch den Individualschutz mit berücksichtigen.⁵⁰⁸ Auch wenn rechtliches Gehör – wie die Gegenauffassung nachweist – tatsächlich nicht nur natürlichen Personen zusteht und außerdem unter gegebenen Umständen Einschränkungs möglichkeiten⁵⁰⁹ beinhaltet, hindert dies nicht, dass eine individualschützende Zweckrichtung des Art. 103 Abs. 1 GG besteht und sich auch gegebenenfalls ein besonderer Menschenwürdebezug einstellen kann, wenn sich dieser in der konkreten Verfahrenssituation als vorrangig erweist.⁵¹⁰

Ein Gebot rechtlichen Gehörs, das sich von dem zu hörenden Individuum emanzipierte und sich ausschließlich objektiv-rechtlich als Vollständigkeitsgewähr, und nicht auch als prozessuales Leistungsrecht im Sinne einer positiven Einflussnahmechance,⁵¹¹ verstehen ließe, würde verkennen, dass das Gehör als grundrechtsgleiches Recht im Gerichtsverfahren der individuellen Rechtsbehauptung⁵¹² dient⁵¹³ und damit in gleicher Weise wie die formellen Grundrechte auf die Menschenwürde rückführbar ist⁵¹⁴.

Es ist kein Defizit, dass sich nicht jeder Aspekt des rechtlichen Gehörs unmittelbar auf die Kernvorschrift des Individual- und Freiheitsschutzes zurückführen lässt. Dies ist auch schon damit zu begründen, dass die konkrete Ausgestaltung der Gehörsmodalitäten dem einfachen Gesetzgeber (insbesondere durch sogenanntes *gehörsspezifisches*

⁵⁰⁸Ähnlich BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE, 57, 250, 275 = NJW 1981, 1719, 1722; *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1986, S. 10 ff.; zum materiellen Rechtsstaatsbegriff *Schmidt-Assmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, 32004, § 26, Rn. 19.

⁵⁰⁹Diese ergeben sich ohnehin, wie *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 246 richtigerweise betont, aus der Normgeprägtheit des Artikels, der den Verfahrensgesetzen die Ausgestaltung der Reichweite überlässt; vgl. auch *Rüping*, NVwZ 1985, 304, 307.

⁵¹⁰Ähnlich *Kopp*, AöR, 106 (1981), 604, 608.

⁵¹¹Vgl. *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 249; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 31; Jarass/Pieroth GG/*Kment*, 162020, Art. 103 Rn. 1.

⁵¹²„Eine Rechtsordnung kann nur verpflichten, wenn sie den Betroffenen als eigenverantwortliche Person achtet und ihm durch effektive Beteiligung im Prozess die Möglichkeit eröffnet, sich selbst zu behaupten“, so Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 62 m. w. N.

⁵¹³*Ders.*, NVwZ 1985, 304, 306 schreibt in diesem Zusammenhang: „Die verfassungsrechtliche Gewährleistung ermöglicht, den Grundsatz selbständig zu begründen, ihn auf die anthropologische Dimension der Selbstbehauptung, damit auf eine Ausprägung der Menschenwürde zurückzuführen. Er kann sich nur auf diese Weise gegenüber allen Tendenzen behaupten, ihn auf eine instrumentale Funktion im Rahmen der Sachaufklärung zu beschränken“.

⁵¹⁴*Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1986, S. 4 kritisiert gerade deshalb aber, dass der Würdebezug keine besonders erhellende Erkenntnis enthält. Er verkennet aber, dass sich die Würde in allen Grundrechten unterschiedlich manifestiert und daher ein Erkenntniswert schon darin besteht, die ausstrahlende Wirkung der Würde für das einzelne Recht zu identifizieren.

*Verfahrensrecht*⁵¹⁵) überlassen ist⁵¹⁶ und bereits strukturell nicht in allen Feinheiten Verfassungsschutz genießt⁵¹⁷. Art. 103 Abs. 1 GG stellt lediglich *Mindestanforderungen* auf und sichert nur beim Fehlen konkreterer Vorschriften bestimmte Garantien direkt ab.⁵¹⁸ Um diese Minimalanforderung wirksam werden zu lassen, kann es notwendig werden, das rechtliche Gehör auch als Konkretisierung des Menschenwürdegedankens zu verstehen, denn die Achtung der Personenwürde ist zugleich wesentliches Minimum jedes staatlichen Handelns.

Ogleich auch in dieser Arbeit also von einer Doppelnatur der Vorschrift ausgegangen wird, die es ebenso rechtfertigen würde, Art. 103 Abs. 1 GG als Element der Rechtsstaatlichkeit in Zusammenhang mit Unabhängigkeit und Gesetzesbindung zu diskutieren, erscheint es lohnenswerter, den Artikel in seiner Bearbeitung nicht aufzuspalten, sondern den Individualschutzgedanken in den Vordergrund der Untersuchung zu stellen. Dieser beinhaltet eine nutzbringende Perspektivergänzung, die algorithmische Defizite in Hinblick auf soziale Kompetenzen offenlegt. Überschneidungen mit rechtsstaatlichen Fragestellungen sind hierbei aber möglich und können als Ergänzung der Aspekte aus Kapitel 5 A herangezogen werden.

⁵¹⁵Zur schwierigen Abgrenzung dieses Begriffs *Schmidt-Assmann*, DÖV 1987, 1029, 1030.

⁵¹⁶Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.01.1959, BVerfGE, 9, 89, 95 f. = NJW 1959, 427; BVerfG, Beschl. v. 09.03.1965, BVerfGE, 18, 399, 405 = NJW 1965, 1171, 1172; BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975, BVerfGE, 40, 237, 251 = NJW 1976, 34, 35; BVerfG, Beschl. v. 24.03.1982, BVerfGE, 60, 175, 210 = NJW 1982, 1579, 1582; BVerfG, Beschl. v. 21.04.1982, BVerfGE, 60, 305 = NJW 1982, 1636; BVerfG, Beschl. v. 11.07.1984, BVerfGE, 67, 208, 211 = NJW 1984, 2567, 2568; BVerfG, Beschl. v. 05.11.1986, BVerfGE, 74, 1, 4 f. = NJW 1987, 1192; *Schmidt-Assmann*, DÖV 1987, 1029, 1032 ff.; Umbach/Clemens GG/*Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 33; *Eschelbach*, GA 2004, 228; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 23.10.2007, BVerfGE, 119, 292, 296 = NZA 2008, 1201, 1202; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 75, allerdings gegen die Bezeichnung als „normgeprägtes Grundrecht“ (Rn. 29); *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 2016, S. 141 f.; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 27, 51.

⁵¹⁷Hierzu BVerfG, Beschl. v. 21.04.1982, BVerfGE, 60, 305, 310 = NJW 1982, 1636, 1637; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, BVerfGE, 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229; ausführlich hierzu *Zuck*, NJW 2005, 3753 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18.09.2018, NJW, 2019, 41, Rn. 37.

⁵¹⁸Vgl. *Baur*, AcP, 153 (1954), 393, 401; BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE, 7, 53, 57 = NJW 1957, 1228; *Schmidt-Assmann*, DÖV 1987, 1029, 1035; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, BVerfGE, 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229; Art. 103 Abs. 1 GG wird daher auch unter der Bezeichnung „Mindestgarantie“ geführt, so Umbach/Clemens GG/*Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 26; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 12. Gegen eine Beschränkung auf eine Minimalgarantie *Lerche*, in: Lorenz/Trunk et al. (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 1283 ff.

3. Das Stufenmodell des rechtlichen Gehörs

Eine genauere Betrachtung der Vorschrift gebietet daher einen Blick auf die einzelnen Elemente rechtlichen Gehörs, ihren Stellenwert in der Debatte um einen algorithmischen Richter und die Frage, inwiefern sich in ihnen soziale Kompetenzen widerspiegeln. Sinnhaft lässt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör in einem etablierten Modell mehrerer sich wiederholender *Stufen*⁵¹⁹ darstellen, in denen sich die Garantie des rechtlichen Gehörs nach überwiegender Auffassung verwirklicht.⁵²⁰ Diese Stufen lassen sich in ein Recht auf *Information*, auf eine *Äußerungsmöglichkeit* und zuletzt auf *Kenntnisnahme und Berücksichtigung* unterteilen.

Diesem Stufenmodell vorangestellt sei jedoch noch eine eher allgemeine Vorüberlegung: Verstöße gegen das Recht auf Information, gegen das Recht auf Äußerung sowie auf Berücksichtigung können sich heute aus *bewusster Missachtung* des Gehörsanspruchs ebenso so wie aus *versehentlichen Übertretungen* desselben ergeben.⁵²¹ Dementsprechend kommt es aktuell durchaus häufiger zu der Situation, dass das Recht auf rechtliches Gehör durch Unachtsamkeit, Irrtümer und Versehen, wie dem Übersehen von Anträgen, dem Verlegen oder Verlieren von Schriftsätzen oder dem falschen Berechnen von Fristen, verletzt wird.⁵²²

Dieser Aspekt könnte aus der Sicht eines Technikenthusiastens wohl als Argument für den Einsatz von Technik zur Bewältigung des Gehörsrechts aufgegriffen werden. Befürwortet man eine algorithmische Unterstützung oder gar Ersetzung von Richtern, liegt schließlich die Schlussfolgerung nahe, dass solche Fehler, die auf menschlichem Versagen beruhen, einem Rechtsgenerator höchstwahrscheinlich nicht in gleichem Maße unterlaufen würden.⁵²³

Allerdings verkennt eine solch verallgemeinernde Sichtweise leicht die eigentlichen Probleme in Zusammenhang mit einem tatsächlich nicht mehr durch Menschen, sondern allein durch Technik vermittelten richterlichen Gehör. Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Verschaffung von Gehör weitergehen und nicht nur eine möglichst

⁵¹⁹Auch „Elemente“ oder „Phasen“.

⁵²⁰Erwähnung gefunden hat diese Darstellungsform unter anderem bereits bei *Rüping*, NVwZ 1985, 304, 306; *Schmidt-Assmann*, DÖV 1987, 1029, 1035; *Umbach/Clemens GG/Zierlein*, 2002, Art. 103 Rn. 69; *Degenhart*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 18; *Augsberg/Burkiczak*, JA 2008, 59; *Berliner Kommentar GG/Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 41; *Knemeyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. 8, ³2010, § 178, Rn. 28; v. *Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 28; *Dreier GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 20; *Sachs GG/Degenhart*, ²2021, Art. 103 Rn. 11.

⁵²¹BVerfG, Beschl. v. 10.10.1978, BVerfGE, 49, 252, 258 = NJW 1979, 538; *Schumann*, NJW 1985, 1134 ff.; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 4, 7; *Graßhof*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 7.

⁵²²*Schumann*, NJW 1985, 1134, 1136.

⁵²³Hierzu schon Kap. 3, B, I.

umfassende, sondern vor allem auch eine *persönlich-inhaltliche Auseinandersetzungsmöglichkeit* mit dem Verfahrensstoff erfordert. Diese Art der Auseinandersetzung ist es, die dem Richter in gesteigertem Maße auch besondere soziale Fertigkeiten abverlangt. Wenn es also darum geht, Rechtsgeneratoren in Richtereigenschaft einzusetzen, muss das Stufenmodell der Gehörsansprüche insbesondere in Hinblick auf diesen Gesichtspunkt verstanden und auf seine Verortung in den einzelnen Stufen hin analysiert werden.

a. Das Recht auf Information

Eine (je nach Verfahrenslage erste) der Stufen rechtlichen Gehörs ist das *Recht auf Information*. Die Prozessbeteiligten müssen über alle entscheidungsrelevanten Tatsachen – etwa durch Ladung zum Verfahren, Akteneinsicht und Zustellung von prozessuellem Schriftverkehr – umfassend und grundsätzlich aufforderungslos informiert werden.⁵²⁴ Das Recht auf Unterrichtung über den gesamten Verfahrensstoff verwirklicht den Anspruch der in einem Gerichtsverfahren verfangenen Personen, ihre Strategie auf Grundlage eines qualifizierten Kenntnisstandes zum Prozessgeschehen zu planen und ihre Einlassungen so tätigen zu können, dass sie insgesamt effektiv Einfluss auf das Verfahren nehmen können.⁵²⁵

Diese erste Stufe zeichnet sich durch eine schwerpunktmäßige Betonung von Problemen in rechtsstaatlichen Aspekten aus. Schranken sind auf dieser Stufe also nicht primär aufgrund fehlender sozialer Kompetenz zu ziehen. Als Teil des gehörspezifischen Stufenmodells wird die Informationsverschaffung dennoch an dieser Stelle behandelt.

aa) Bedingungen der Informationsverschaffung

Zum Einstieg in die Untersuchung ist mithin in von nachfolgenden Problemstellungen isolierter Form zu fragen, ob dieser erste Anspruch aus dem Katalog der Verbürgungen rechtlichen Gehörs auch gewährt werden könnte, wenn nicht mehr Menschen, sondern Maschinen rechtliches Gehör vermitteln würden.

⁵²⁴Hierzu ausführlich *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 28 ff.; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 43 ff. m. w. N.; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 77 ff. m. w. N.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, ⁷2018, Art. 103 Rn. 29 ff. m. w. N.; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 33 ff. m. w. N.; Stern/Becker GG/*Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 17 ff. m. w. N.; BeckOK GG/*Radtke*, ⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 8 ff. m. w. N.

⁵²⁵Ähnlich BVerfG, Beschl. v. 29.05.1991, BVerfGE, 84, 188, 190 = NJW 1991, 2823, 2824; Schmidt-Bleibtreu GG/*Schmahl*, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 23; Stern/Becker GG/*Brüning*, ³2019, Art. 103 Rn. 17; Sachs GG/*Degenhart*, ²2021, Art. 103 Rn. 16.

Insofern die Informationsverschaffungspflicht im ersten Zugriff zunächst einmal umfasst, dass das Gericht (lediglich) als weiterleitende Vermittlungsinstanz von fremd- oder selbsterstellten Verfahrensinformationen aus dem prozessualen Schriftverkehr fungiert, kann der Vorgang der *Informationsverschaffung* häufig ohne einen eigens hierauf gerichteten rechtlichen Entscheidungsprozess eines Richters ablaufen. Sowohl die Parteien des Zivilprozesses als auch die Beteiligten eines Verwaltungsprozesses und der Verteidiger im Strafprozess haben in vielen Fällen grundsätzlich ohne Anforderungen gewährte Rechte, wie etwa einen Anspruch auf Zustellung des Schriftverkehrs oder Einsicht in die Prozessakten⁵²⁶. Ein Verstoß hiergegen stellt in der Regel auch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar.⁵²⁷

Die Möglichkeit einer faktischen Bereitstellung von Informationen ist in diesen Fällen nicht zwingend an menschliche oder gar richterliche Fähigkeiten geknüpft und kann in einem untechnischen Sinne auch als Automatismus charakterisiert werden: Eine Information geht bei Gericht ein oder liegt bei Gericht vor und muss unverzüglich beziehungsweise auf Antrag an den Informationsempfänger weitergeleitet werden. Ebenso wenig ist diese Art der Informationsverschaffung nur in einer klassischen analogen Form, vielmehr auch im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs möglich.⁵²⁸ Auf gemeinsamen Online-Plattformen können Informationen kostengünstig, schnell und transparent übermittelt und verfügbar gehalten werden. Auch eine Zustellung elektronischer Dokumente ist bereits verfahrensrechtlich zulässig.⁵²⁹

Derart trivial gestaltet sich die Informationsverschaffung allerdings nur in Fällen, in denen ein *bedingungsloser* Anspruch auf die Information besteht, das Gericht den Informationszugang also weder selektieren noch kontrollieren kann und muss.

Art. 103 Abs. 1 GG ist auf der anderen Seite jedoch zumindest auch durch andere Güter von Verfassungsrang einschränkbar⁵³⁰ und muss deshalb in Konfliktsituationen mit diesen in Einklang gebracht werden. In Fällen der letztgenannten Art kann eine Abwägung mit berechtigten Interessen zur Zurückhaltung von Informationen Wertungsoperationen notwendig werden lassen, die unter Umständen nur Menschen möglich sind. Beispiele hierfür finden sich in Fällen von *Akteneinsichtsgesuchen* durch den nicht vertretenen Beschuldigten eines Strafverfahrens nach § 147 Abs. 4 StPO (n. F.).

⁵²⁶Siehe § 299 Abs. 1 ZPO, § 100 Abs. 1 VwGO, § 147 Abs. 1 StPO.

⁵²⁷BVerfG, Beschl. v. 09.03.1965, BVerfGE, 18, 399, 405 f. = NJW 1965, 1171, 1172; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 103 Rn. 41 f.; Stern/Becker GG/Brüning, ³2019, Art. 103 Rn. 26; Sachs GG/Degenhart, ⁹2021, Art. 103 Rn. 18, 19. Zu beigezogenen Akten BVerfG, Urt. v. 24.07.1963, BVerfGE, 17, 86, 95 = DVBl 1963, 671; BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983, BVerfGE, 63, 45, 60 = NJW 1983, 1043; BVerfG, Beschl. v. 29.12.1993, NJW, 1994, 1210 f.

⁵²⁸Siehe Kap. 1, A, II, 1.

⁵²⁹Siehe etwa § 174 Abs. 3 ZPO.

⁵³⁰Maunz/Dürig GG/Remmert, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 85.

In dieser Konstellation muss das Informationsinteresse durch das Gericht etwa einer Gefährdung des Untersuchungszwecks oder den schutzwürdigen Interessen Dritter gegenübergestellt werden.⁵³¹ Ebenso muss das Gericht in anderen Fällen gegebenenfalls abwägen, ob ein die Informationspflicht einschränkendes *Geheimhaltungsinteresse*⁵³² oder eine besondere über die allgemeine Informationspflicht hinausgehende *Hinweispflicht*⁵³³ bestehen.

Eine Pflicht der letztgenannten Art kann auftreten, obwohl nach herrschender Meinung die Rechtsauffassungen des Gerichts von der Informationspflicht aus Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht umfasst⁵³⁴ und auch ein sogenanntes *Rechtsgespräch* nicht zwingend erforderlich sein soll⁵³⁵. Von diesem Grundsatz kann es aber dann Ausnahmen geben, wenn eine „*Überraschungsentscheidung*“ droht.⁵³⁶ Informationsverschaffung erfordert in diesen und ähnlichen Fällen mehr als ein automatisches Bereitstellen von Verfahrensstoff. Wann ein solcher Fall vorliegt, kann schließlich auch durch die Auswertung von Daten und Statistiken nicht ohne Ansehen der kon-

⁵³¹Karlsruher Kommentar StPO/*Willnow*, 82019, § 147 StPO Rn. 14.

⁵³²Zum in-camera-Verfahren Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 88; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, 72018, Art. 103 Rn. 33; Stern/Becker GG/*Brüning*, 32019, Art. 103 Rn. 25 jeweils m. w. N.

⁵³³Siehe BVerfG, Beschl. v. 29.05.1991, BVerfGE, 84, 188, 190 = NJW 1991, 2823, 2824; BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992, BVerfGE, 86, 133, 144 = DVBl. 1992, 1215, 1217; BVerfG, Beschl. v. 07.10.2003, BVerfGE, 108, 341, 345 f. = NJW 2003, 3687; vgl. auch Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 82; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, 72018, Art. 103 Rn. 47 ff.; Stern/Becker GG/*Brüning*, 32019, Art. 103 Rn. 20; Sachs GG/*Degenhart*, 92021, Art. 103 Rn. 17.

⁵³⁴BVerfG, Beschl. v. 29.05.1991, BVerfGE, 84, 188, 190 = NJW 1991, 2823, 2824; Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 82; BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017, NJW, 2017, 3218, 3219, Rn. 50; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, 32018, Art. 103 Rn. 37; Sachs GG/*Degenhart*, 92021, Art. 103 Rn. 16.

⁵³⁵BVerfG, Beschl. v. 27.07.1971, BVerfGE, 31, 364, 370 = DVBl. 1971, 740 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992, BVerfGE, 86, 133, 145 = DVBl. 1992, 1215, 1217; BVerfG, Urt. v. 24.07.1998, BVerfGE, 98, 218, 263 = NJW 1998, 2515, 2523; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2000, Rn. 214; *Augsberg/Burkiczak*, JA 2008, 59, 60; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8, 32010, § 178, Rn. 56; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, 72018, Art. 103 Rn. 47. Dagegen für die Sinnhaftigkeit eines umfangreichen Rechtsgesprächs noch *Arndt*, NJW 1959, 6, 8; *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 251 ff., der hieraus aber keine Pflicht ableitet (S. 257 f.); *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 342 ff.; *Eschelbach*, GA 2004, 228, 233 f., Letzterer gibt zu bedenken, dass ein solcher Anspruch schon in Hinblick auf den Gleichheitssatz zu bejahen sein könnte, wenn in den meisten Gerichtssälen faktisch ein Rechtsgespräch stattfindet.

⁵³⁶BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992, BVerfGE, 86, 133, 144 f. = DVBl. 1992, 1215, 1217; *Augsberg/Burkiczak*, JA 2008, 59, 60; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 49; Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 82; BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017, NJW, 2017, 3218, 3219, Rn. 51; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*, 72018, Art. 103 Rn. 49.

kreten Situation ermittelt werden. Hierfür benötigt der Richter ein Gespür für die Situation des Betroffenen im Einzelfall, für den Gesamtkontext des Verfahrens und nicht zuletzt auch eine umfassende Kenntnis des Rechts.

Die Informationsverschaffung ist als Grenze algorithmischer Entscheidungstätigkeit somit folgendermaßen einzuordnen: In Fällen, in denen die Informationsverschaffung einem Automatismus gleichkommt, wäre durch das Tätigwerden von Rechtsgeneratoren ein Defizit noch nicht unbedingt zu erwarten. In solchen Fällen erfüllten diese aber auch keine inhaltlich juristische oder gar richterliche Aufgabe, sondern würden vielmehr als eine Art Chatbot für Routinetätigkeiten in der Kommunikation und Verwaltung fungieren.⁵³⁷ Sobald dem Informationsanspruch berechnete Interessen vorausgehen oder entgegenstehen können, gelangt ein Rechtsgenerator aber an die Grenzen seiner Fähigkeit, Wertungen vorzunehmen. Bei einer von Menschen unabhängigen, autonomen Arbeitsweise von Rechtsgeneratoren könnten daher allenfalls ausschließlich bedingungslose Informationsansprüche gewährt werden, bei denen besonderen Umstände nicht zu berücksichtigen sind.

Schon auf der Stufe der Informationsverschaffung offenbart sich damit erneut der sich durch die gesamte Untersuchung ziehende Mangel an notwendiger Flexibilität bei der Arbeitsweise eines Algorithmus. Flexibilität, die die Unwägbarkeiten des Prozesses schlichtweg erfordern. Bei Prozessbeginn wird schließlich häufig noch nicht absehbar sein, ob Entscheidungen der vorgenannten Art anstehen könnten.

bb) Bedingungen der Informationsbeschaffung und -bewertung

Nicht zu vernachlässigen ist unter dem Gesichtspunkt der Informationspflicht zuletzt, dass auch für die *Informationsbeschaffung und -bewertung* ganz überwiegend menschliches Zutun erforderlich ist, dessen Fehlen mittelbar auch ein Informationsdefizit der Prozessbeteiligten und damit einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG bedingen kann. Insbesondere in Verfahren mit *Amtsermittlungsgrundsatz* ist die gerichtliche Informationspflicht zugleich auch logische Konsequenz des vorhandenen Wissensvorsprungs des Gerichts.⁵³⁸

Eine wichtige Problematik, die eine algorithmisch-logische Rechtsanwendung (und damit auch die Anwendung von Rechtsgeneratoren) erheblich einschränkt, liegt in der in Kapitel 2 bereits angesprochenen wesentlichen Bedeutung von Sachverhaltsinformationen für die Verwirklichung vollautomatisierter Rechtsanwendung.⁵³⁹ Will man

⁵³⁷Solche hält *Biallaß*, *Rethinking law* 2021/2, 34, 35 f. für möglich.

⁵³⁸Schmidt-Bleibtreu *GG/Schmahl*, 142017, Art. 103 Rn. 31; Stern/Becker *GG/Brüning*, 32019, Art. 103 Rn. 18.

⁵³⁹Siehe hierzu Kap. 2, A, III.

Rechtsgeneratoren als eigenständige richterliche Akteure einsetzen, wären in letzter Konsequenz auch technische Anwendungen notwendig, die Tatsachen- und Beweisfragen eigenständig bearbeiten und beantworten können. Die Informationsgewinnung durch Technik ist in diesem Sinne eine notwendige Vorbedingung für eine effektive Entscheidungsautomation; sie wirft aber ebenfalls zahlreiche – bisher im Ganzen noch weitestgehend unbeantwortete – rechtliche und technische Fragestellungen auf.⁵⁴⁰

Wenn Informationen (etwa Feststellungen zu Fragen nach Sachverhalt und Beweismitteln) durch das Gericht (oder die Parteien) erst noch generiert werden müssen, um sie zum Fortgang des Verfahrens verwenden zu können, kann dies bislang nicht ohne menschliche (wenn auch nicht zwangsläufig allein richterliche) Mitwirkung erfolgen. Algorithmen können realweltbezogene Informationen in vielen Fällen nicht selbst erzeugen und oft auch nicht ohne Weiteres aus externen Quellen ermitteln. Auch ihre Bewertung liegt häufig außerhalb ihrer Handlungsoptionen, da sie eine soziale Kontextualisierung erfordert. Auch soziale Fertigkeiten sind hierbei also gefragt.

Insofern es hierfür noch keine tauglichen Lösungen gibt, könnten Rechtsgeneratoren bei unsicherer Tatsachenlage das Recht auf Information nur in engem Zusammenwirken mit Menschen verwirklichen, die die notwendigen Informationen bereitstellen, systematisieren und bewerten. In der Folge steht die Informationsvermittlung durch das Gericht bis auf Weiteres unter der Bedingung eines nicht unerheblichen menschlichen Zutuns. Dieses macht eine algorithmische Entscheidungstätigkeit für sich betrachtet zumindest in einfachen Fällen nicht zwingend unmöglich, wenn auch weniger effektiv.

Auf dieser ersten Stufe der Gehörsvermittlung sind es mithin nur mittelbar auch Defizite im Bereich sozialer Kompetenzen, die eine Zurückhaltung beim Einsatz von Rechtsgeneratoren gebieten. Im Ganzen zeigt sich jedoch, dass auch hier schon gravierende Einschränkungen zu ziehen sind.

b. Das Recht auf eine Äußerungsmöglichkeit

Bereits auf der nächsten Stufe treten die eigentlichen sozialen Aspekte dann aber stärker in den Fokus. Die zur Verfügung gestellten Informationen sind Basis für die *Äußerungsmöglichkeit* zu den zur Kenntnis der Beteiligten gelangten Umständen des Falles,

⁵⁴⁰Hierzu *Keltsch*, DSWR 1985, 41, 44 f; *Heil*, IT-Anwendungen im Zivilprozess, 2020, S. 99 ff.

die der Chance einer Einflussnahme auf das Entscheidungsergebnis⁵⁴¹ dienen. Ermöglicht werden soll eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu allen Aspekten des Falls.⁵⁴² Abwehrrechtlich gewendet, ist es dem Gericht untersagt, einen Umstand in die Entscheidung miteinfließen zu lassen, zu dem sich die Betroffenen nicht oder nicht umfassend äußern konnten.⁵⁴³ Eine Äußerungsmöglichkeit muss auch zu eigenen und fremden Rechtsauffassungen gewährt werden.⁵⁴⁴ Eine Beschränkung der Äußerungsmöglichkeit auf Tatsachen ist allein schon aufgrund der engen Verbindung von Tat- und Rechtsfragen⁵⁴⁵ nicht geboten.⁵⁴⁶

⁵⁴¹BVerfG, Beschl. v. 08.01.1959, BVerfGE, 9, 89, 96 = NJW 1959, 427, 428 erkennt daher auf eine grundsätzliche Pflicht zur vorherigen Anhörung; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 13.03.1973, BVerfGE, 34, 344, 346; BVerfG, Beschl. v. 03.11.1983, BVerfGE, 65, 227, 233 = NJW 1984, 719; eine Ausnahme kann unter bestimmten Umständen beim einstweiligen Rechtsschutz gemacht werden, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.06.1985, BVerfGE, 70, 180, 188 f. = NJW 1986, 371, 372; zum Grundsatz weiterhin noch BVerfG, Beschl. v. 30.10.1990, BVerfGE, 83, 24, 35 = NJW 1991, 1283, 1285.

⁵⁴²BVerfG, Beschl. v. 18.09.1952, BVerfGE, 1, 418, 429 = NJW 1953, 177, 178; BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE, 7, 53, 57 = NJW 1957, 1228; BVerfG, Beschl. v. 19.07.1972, BVerfGE, 34, 1, 7; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1973, BVerfGE, 36, 92, 97 = NJW 1974, 133; BVerfG, Beschl. v. 13.03.1979, BVerfGE, 50, 381, 384 = NJW 1979, 1543 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 15.04.1980, BVerfGE, 54, 86, 91; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE, 57, 250, 273 f. = NJW 1981, 1719, 1721; BVerfG, Beschl. v. 17.05.1983, BVerfGE, 64, 135, 143 f. = NJW 1983, 2762, 2763; BVerfG, Beschl. v. 07.03.1995, BVerfGE, 92, 158, 184 = NJW 1995, 2155, 2158.

⁵⁴³Vgl. die ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG, Beschl. v. 25.10.1956, BVerfGE, 6, 12, 14 = NJW 1957, 17; BVerfG, Beschl. v. 13.02.1958, BVerfGE, 7, 275, 278 = NJW 1958, 665; BVerfG, Beschl. v. 09.03.1965, BVerfGE, 18, 399, 404 = NJW 1965, 1171; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1966, BVerfGE, 20, 347, 349; BVerfG, Beschl. v. 08.12.1970, BVerfGE, 29, 345, 347; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980, BVerfGE, 55, 95, 98; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE, 57, 250, 273 f. = NJW 1981, 1719, 1721; BVerfG, Beschl. v. 08.02.1994, BVerfGE, 89, 381, 392 = NJW 1994, 1053, 1054; BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999, BVerfGE, 101, 106, 129 = NJW 2000, 1175, 1178; siehe auch *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 18, 50.

⁵⁴⁴Dies noch offen lassend BVerfG, Beschl. v. 11.05.1965, BVerfGE, 19, 32, 36 = DÖV 1966, 431 ff. n. a.; wie hier BVerfG, Beschl. v. 24.03.1982, BVerfGE, 60, 175, 210 = NJW 1982, 1579, 1582; BVerfG, Beschl. v. 17.05.1983, BVerfGE, 64, 135, 143 f. = NJW 1983, 2762, 2763; BVerfG, Beschl. v. 30.10.1990, BVerfGE, 83, 24, 35 = NJW 1991, 1283, 1285; BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992, BVerfGE, 86, 133, 144 = DVBl. 1992, 1215, 1217; BVerfG, Urt. v. 24.07.1998, BVerfGE, 98, 218, 263 = NJW 1998, 2515, 2523; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 63 f., 84; zur früher vertretenen Gegenauffassung *Eschelbach*, GA 2004, 228, 233; wie hier *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 18; *Augsberg/Burkiczak*, JA 2008, 59, 60; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 66; BVerfG, Beschl. v. 15.08.2014, NJW, 2014, 3085, 3089, Rn. 49; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 94; BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017, NJW, 2017, 3218, 3219, Rn. 47; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 37; BVerfG, Beschl. v. 18.09.2018, NJW, 2019, 41, Rn. 36; Sachs GG/*Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 26 m. w. N.; BeckOK GG/*Radtke*, ⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 11.

⁵⁴⁵Siehe hierzu schon Kap. 2 A, III, 2.

⁵⁴⁶So beispielsweise *Wassermann*, DRiZ 1984, 425, 428; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8, ³2010, § 178, Rn. 31.

aa) Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?

Um das Äußerungsrecht in den Gegebenheiten eines Verfahrens vor einem Rechtsgenerator zu verorten, ist zu klären, ob es sich in seiner Verankerung in Art. 103 Abs. 1 GG als an die besonderen Umstände einer rein technischen Fallbearbeitung anpassungsfähig beschreiben ließe. Dafür ist entscheidend, wie dieser Anspruch aktuell gehandhabt wird und bis zu welcher Grenze er eine flexible Anpassung an die Arbeitsweise eines Algorithmus zulassen würde, insbesondere, inwieweit seine konkrete verfahrensrechtliche Umsetzung den Modalitäten technischer Bearbeitung angenähert werden könnte, ohne den durch Art. 103 Abs. 1 GG aufgestellten Mindeststandard zu tangieren.

Eine erste Fragestellung betrifft die Art und Weise *wie* eine Äußerung vor Gericht stattfinden kann. Dem tradierten Leitbild gerichtlicher Auseinandersetzungen entspricht es, dass ein Verfahren in einer *mündlichen Verhandlung* unter Anwesenheit der Beteiligten geführt wird. Häufig wird einer Richterstellung von Algorithmen unter dem Aspekt der Gehörgewährung entgegengehalten, dass sie zu solch einer mündlichen Verhandlung im Rechtssinne nicht in der Lage seien.⁵⁴⁷

(1) Algorithmische und menschliche Fähigkeiten in der Gegenüberstellung

Die Schwierigkeit, mit unscharfen visuellen und akustischen Eingangssignalen (etwa Mimik oder Gestik) umzugehen, wie sie in einem mündlichen Vortrag regelmäßig auftreten, stellt nur einen Teilaspekt der gegen eine Bearbeitung durch Algorithmen vorgebrachten Einwände dar, der sich angesichts fortschreitender Fähigkeiten intelligenter Sprachassistenzsysteme wie Siri, Alexa oder Cortana in letzter Zeit zu relativieren beginnt.⁵⁴⁸ Dem persönlichen Dialog ist im Gerichtskontext überdies aber auch eine soziale Bedeutung zuzuschreiben, die über die faktische Methode der Informationsvermittlung und seine inhaltlich korrekte Erfassung hinausgeht und von diesen Aspekten qualitativ zu differenzieren ist.

Eine mündliche und vor allem persönliche Aussprache in der Gegenwart der Gehörsperson erlangt eigenständiges Gewicht unter dem Gesichtspunkt, dass die Parteien als Individuen zu würdigen sind und ihr subjektives Gerechtigkeitsempfinden zu befriedigen ist. Funktionen, die Maschinen, selbst wenn sie mündliche Vorträge senso-

⁵⁴⁷Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 53, 66; DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, Rn. 28; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 305.

⁵⁴⁸Hierzu *Heil*, IT-Anwendungen im Zivilprozess, 2020, S. 31 ff. Siehe außerdem schon Kap. 2, B, III, 2.

risch erfassen und automatisiert verarbeiten könnten, mangels einer persönlichen Begegnung nicht erfüllen könnten.⁵⁴⁹ Die Fähigkeit zur Würdigung des mündlichen Vortrags durch den Richter ist ein wesentlicher Bestandteil seiner sozialen Kompetenzen. In einer produktiven Auseinandersetzung, die durch die Anwesenheit aller Beteiligten gefördert wird, sollen Äußerungen durch den Richter auch in einen größeren Zusammenhang gestellt und die persönlichen und gesellschaftlichen Folgen der Entscheidung miteinbezogen werden können⁵⁵⁰. Um eine umfassende Erwägung individueller und persönlicher Umstände herstellen und die Betroffenen beurteilen zu können, ist hiermit eine Kompetenz des Richters zu einer besonderen Art der Kommunikation mit den Rechtssuchenden auf Augenhöhe verbunden, die sich nicht auf den rationalen Austausch von Informationen durch eine analytische Maschine beschränkt.⁵⁵¹

Algorithmen begegnen einer mündlichen wie schriftlichen Schilderung indes stets auf die gleiche, rein analytische und gefühllose Weise. Sie erfassen eine Person (nicht anders als einen Satzsatz) allein als das Ausgabemedium der zur Berechnung einer Reaktion notwendigen Datenpunkte und die Äußerung von Empfindungen und Bedürfnissen allenfalls als sensorische Messdaten, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf einen bestimmten Schluss hinweisen.

Diese Herangehensweise bedingt, dass es für die Beurteilung der Äußerungsmöglichkeit vor einem Rechtsgenerator im Grunde völlig unerheblich ist, ob die tatsächliche Bearbeitung auf der Auswertung einer schriftlichen oder mündlichen Informationsquelle beruht. Unterschiede bestehen allenfalls in der Art und Menge der gesammelten Informationen, beispielsweise aus der nonverbalen Kommunikation, nicht aber in der eigentlichen Art der Informationsverarbeitung. Eine mündliche Äußerungsmöglichkeit zur Auseinandersetzung mit einer Maschine kann daher – selbst, wenn diese zur sensorischen Erfassung ihrer Umwelt technisch in der Lage wäre – den Zweck eines persönlichen Auftretens nicht erfüllen.

Der Einsatz von Rechtsgeneratoren wäre somit auch unter diesem Gesichtspunkt allenfalls in Fällen vorstellbar, in denen auch heute schon weitestgehend schematisierend vorgegangen wird. Fälle, die also etwa ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG und weitere grundgesetzliche Verbürgungen⁵⁵² ohne Heranziehung besonderer persönlicher Umstände bearbeitet werden können, die keinen Spielraum für individuelle Ab-

⁵⁴⁹So etwa *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 66; Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), 213.

⁵⁵⁰Hierzu auch *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 238.

⁵⁵¹In diese Richtung auch DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, S. 27.

⁵⁵²Zu denken wäre hier beispielsweise an das Gebot effektiven Rechtsschutzes oder das Rechtsstaatsprinzip.

weichungen zulassen und deshalb gänzlich ohne das Element eines persönlichen Kontakts auskommen. Diese sind in den Zuständigkeiten unter Richtervorbehalt freilich nur selten zu finden.

(2) Mündlichkeit als Regel, Schriftlichkeit als Ausnahme

Insbesondere eine schriftliche Äußerungsmöglichkeit vor einem Rechtsgenerator wäre heute aber theoretisch schon technisch denkbar.⁵⁵³ Sie kann einem entscheidungstreffenden Algorithmus als Grundlage für die Berechnung einer Entscheidung dienen, aber genauso wenig wie ein diesem gegenüber vorgebrachter mündlicher Vortrag Ausgangspunkt für die Würdigung besonderer persönlicher Umstände sein, der Individualität des Menschen also keine Rechnung tragen⁵⁵⁴.

Stellt man dieses Defizit für die Beurteilung der Äußerungsmöglichkeit noch einmal kurzzeitig zurück,⁵⁵⁵ lässt sich die schematische Art der Bearbeitung von Rechtsstreitigkeiten allgemein folgendermaßen einordnen: Von dem *Grundsatz der Mündlichkeit*, der zu den prozessual verbürgten Verfahrensprinzipien gehört,⁵⁵⁶ kann es auch heute schon in ausgewählten Konstellationen Ausnahmen geben, die eine rein schriftliche Bearbeitung gestatten.⁵⁵⁷ So erklärt sich auch, dass die Stellungnahme nach Art. 103 Abs. 1 GG prinzipiell auch schriftlich erfolgen kann, denn eine bestimmte Form, wie beispielsweise eine mündliche oder persönliche Äußerungsgelegenheit wird durch Art. 103 Abs. 1 GG im Grundsatz nicht verbürgt.⁵⁵⁸

⁵⁵³Vgl. Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 305.

⁵⁵⁴So schon *Simitis*, Automation in der Rechtsordnung, 1967, S. 21.

⁵⁵⁵Hierzu sogleich in Kap. 5, C, II, c.

⁵⁵⁶Siehe § 128 Abs. 1 ZPO, § 101 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 33 Abs. 1 StPO.

⁵⁵⁷Beispielsweise § 128 Abs. 2 bis 4 ZPO, § 101 Abs. 2 und 3 VwGO, § 407 Abs. 1 StPO.

⁵⁵⁸BVerfG, Beschl. v. 24.07.1957, BVerfGE, 7, 95, 98 f. = NJW 1957, 1395; wenn allerdings eine mündliche Verhandlung einfachgesetzlich vorgeschrieben ist, stellt der Verzicht hierauf eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG dar, vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.10.1976, BVerfGE, 42, 364, 370 = NJW 1977, 1443; ebenfalls in diesem Themenbereich BVerfG, Beschl. v. 24.03.1982, BVerfGE, 60, 175, 210 = NJW 1982, 1579; siehe außerdem Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn. 125, zu Ausnahmen Rn. 127, 133; Degenhart, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 36; Augsburg/Burkiczak, JA 2008, 59, 60; Berliner Kommentar GG/Höfling/Burkiczak, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 77 gibt zu bedenken, dass ein einfachgesetzlicher Verstoß gegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sich nicht mit einem verfassungsrechtlichen Verstoß vermengen dürfe; siehe allgemein auch noch Graßhof, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 39; Maunz/Dürig GG/Remmert, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 65, außer in Ausnahmefällen (Rn. 66); Schmidt-Bleibtreu GG/Schmahl, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 19; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust, ⁷2018, Art. 103 Rn. 44; aber ausnahmsweise bei höchstpersönlichen Angelegenheiten Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 103 Rn. 51.

Eine mündliche Verhandlung ist aber in einer Reihe von Fällen zur Erlangung eines persönlichen Eindrucks auch verfassungsrechtlich geboten.⁵⁵⁹ Diese Auslegung wird auch durch das *Recht auf ein faires Verfahren* aus Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgegeben und bestärkt, das in den Punkten, in denen es sich mit dem Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 1 GG deckt, mit diesem im Wesentlichen übereinstimmt⁵⁶⁰ und ansonsten eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Letzteren gebietet^{561, 562}. Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* urteilte in diesem Zusammenhang zugunsten eines Anspruchs auf eine mündliche Verhandlung als Grundsatz aller gerichtlichen Verfahren.⁵⁶³ Aber auch er kennt Ausnahmen: Sofern außergewöhnliche Umstände vorliegen, beispielsweise ausschließlich rechtliche oder hoch technische Fragestellungen im Raum stehen oder es ausnahmsweise nicht um die Glaubwürdigkeit oder bestrittene Tatsachen geht, kann ein Gericht auch auf Grundlage schriftlicher Unterlagen entscheiden.⁵⁶⁴

Für die Debatte um den Rechtsgenerator lässt sich daraus gewinnen, dass die schematische Bearbeitung im Grundsatz dann zulässig sein könnte, wenn die Würdigung persönlicher Umstände gerade nicht im Vordergrund steht. Das hierbei zu verzeichnende Defizit des Algorithmus würde sich vom Ansatz her in solchen Fällen bereits weniger stark auswirken. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit muss zuletzt auch nicht zwangsläufig bedeuten, dass sich der Anwendungsbereich schriftlicher Verfahren auf seltene Fälle⁵⁶⁵ und die prozessrechtlichen Varianten in ihrer aktuellen Gestalt beschränkt. Aus verfassungsrechtlicher beziehungsweise konventionsrechtlicher Sicht ist allein bedeutsam, ob die Mündlichkeit des Verfahrens Ausdruck eines verfassungs- oder konventionsrechtlichen Gebotes ist und sich

⁵⁵⁹Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ²2000, Rn.127, 133; Degenhart, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 115, Rn. 36; Berliner Kommentar GG/Höfling/Burkiczak, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 76; Maunz/Dürig GG/Remmert, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 66; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 103 Rn. 51; Stern/Becker GG/Brüning, ³2019, Art. 103 Rn. 31.

⁵⁶⁰Graßhof, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 5, 2013, § 133, Rn. 3 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust, ⁷2018, Art. 103 Rn. 14 m. w. N.

⁵⁶¹Schmidt-Bleibtreu GG/Schmahl, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 6; Dreier GG/Schulze-Fielitz, ³2018, Art. 103 Rn. 9 m. w. N.; Sachs GG/Degenhart, ⁹2021, Art. 103 Rn. 6.

⁵⁶²Hierauf bezugnehmend auch Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 53.

⁵⁶³EGMR (V. Sektion), Urt. v. 16.03.2017, 23621/11 (Fröbrich/Deutschland), NJW, 2017, 2331 ff. = hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171971.

⁵⁶⁴EGMR (V. Sektion), Urt. v. 16.03.2017, 23621/11 (Fröbrich/Deutschland), NJW, 2017, 2331, 2332, Rn. 34 f. = hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171971.

⁵⁶⁵So auch EGMR (V. Sektion), Urt. v. 16.03.2017, 23621/11 (Fröbrich/Deutschland), NJW, 2017, 2331, Rn. 35 = hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171971 m. w. N.

nicht bloß eine tradierte einfachgesetzliche Modalität des klassischen Gerichtsverfahrens darstellt.

Eine besonders enge Verankerung des Mündlichkeitsgrundsatzes in den Grundrechten besteht insbesondere in Strafprozessen, in denen ein gravierender Schuldvorwurf erhoben wird. Dort nimmt der persönliche Eindruck, den der Richter von dem Angeklagten durch sein persönliches Erscheinen gewinnt, einen sehr hohen Stellenwert ein,⁵⁶⁶ was auch in der Anwesenheitspflicht nach § 231 StPO zum Ausdruck kommt.

Je nach Verfahrensordnung kann das persönliche Auftreten aber einen andersgearbeiteten Stellenwert besitzen und sollte nicht pauschal betrachtet werden. Die persönliche Anwesenheit der Parteien wird im Zivilprozess und im Verfahren vor dem Familiengericht etwa nur verpflichtend angeordnet, „wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint“ und es besteht kein grundsätzlicher Anwesenheitszwang.⁵⁶⁷

Insgesamt gebietet das aktuelle Rechtsverständnis, dass die mündliche Verhandlung und die persönliche Anwesenheit der Beteiligten auch im Großteil dieser Verfahren weiterhin der Regelfall bleiben sollte. Den Beteiligten bleibt schließlich, auch wenn es keine Pflicht zum Erscheinen gibt, auch in diesen Verfahren stets die *Möglichkeit*, vor Ort teilzunehmen, so dass der Partizipation auch eine Autonomie- und Kontrollkomponente innewohnt. Und selbst dann, wenn eine Partei nicht persönlich erscheint, sich aber durch den anwesenden Rechtsanwalt vertreten lässt, kann dieser die persönlichen Umstände und besonderen Bedürfnisse seines Mandanten in einem mündlichen Gespräch substanzieller überbringen als in reiner schematisiert ausgewerteter Schriftform. Auch in scheinbar rein schematischen Gerichtsentscheidungen lässt sich so häufig noch ein Kern des Aufgabenverständnisses der individuellen Würdigung jedes Einzelnen verankern.

Teil weiterer Überlegung muss aber auch sein, dass sich die Bewertung, wo die Grenzen dieser Regel verlaufen, unter dem Eindruck technischer Alternativen immer weiter verschieben können. International gibt es bereits zahlreiche Überlegungen dazu, das Gerichtsverfahren als solches nicht mehr wie üblich in einem Gerichtssaal unter Anwesenheit aller Beteiligten zu führen, sondern virtuell in einem sogenannten *Online-Court* ablaufen zu lassen.⁵⁶⁸ Hinter Bemühungen dieser Art steht der Gedanke, das Gericht

⁵⁶⁶Vgl. Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 233 mit weiterführenden Beispielen.

⁵⁶⁷ § 141 Abs. 1 ZPO; § 33 Abs. 1 S. 1 FamFG. Für Güteverhandlungen wiederum *soll* nach § 278 Abs. 3 S. 1 ZPO das persönliche Erscheinen angeordnet werden.

⁵⁶⁸Hierzu ausführlich Susskind, Tomorrow's Lawyers, 2017, S. 109 ff.

nicht als Ort, sondern unter dem Stichwort „*Court as a service*“ als Dienstleistung begreifen zu wollen.⁵⁶⁹ In Dänemark wird beispielsweise bereits seit 2016 ein digitales Prozessportal⁵⁷⁰ für Zivilprozesse verwendet, auf dem alles von der Einreichung der Schriftsätze bis zur Urteilsverkündung digital stattfindet.⁵⁷¹ Auch in Großbritannien gibt es seit längerer Zeit schon die Möglichkeit, Forderungen bis zu einem Streitwert von 100.000 GBP, in einem Onlineprozess geltend zu machen.⁵⁷² Einige Bestrebungen gehen sogar dahin, dieses Verfahren bis zu einem Streitwert von 25.000 GBP verbindlich vorzuschreiben.⁵⁷³ Nicht zuletzt auch in Kanada und den Niederlanden gibt es hierzu Pilotprojekte.⁵⁷⁴

In Deutschland existiert ein ähnlich umfassendes Onlineverfahren wegen seiner Inkompatibilität mit der aktuellen Zivilprozessordnung bisher nicht. Allerdings wird auch hierzulande – nach einem Vorschlag aus Hamburg, ein *beschleunigtes-Onlineverfahren* zur Förderung der Verbraucherrechtsdurchsetzung einzuführen – zu diesem Thema diskutiert.⁵⁷⁵ Eine erste Form und Vorstufe eines Onlineverfahrens, die nach § 128a Abs. 1 ZPO zulässige Durchführung einer mündlichen Verhandlung per Videokonferenz, hat insbesondere im Zuge der Pandemie Verwendung gefunden.

Wenngleich keiner der aktuellen Vorstöße so weit geht, den mündlichen Vortrag oder gar den menschlichen Richter entbehrlich zu machen, sondern der gerichtlichen Kommunikation bislang nur ein anderes Medium bereitgestellt wird, zeigt sich anhand dieser Entwicklung doch gut, wie sehr der technische Fortschritt unser Vorstellungsbild und unsere kommunikativen Handlungsweisen bereits zu verändern beginnt. Wenn es dem Menschen in seiner Lebensrealität immer häufiger ganz natürlich erscheint, mit gesichtslosen Algorithmen zu interagieren, wenn das Bedürfnis des Menschen nach dem persönlichen Kontakt mit anderen Menschen und die Sozialkompetenz insgesamt abnimmt, weil sich in folgenden Generationen neue Kommunikationsgewohnheiten und eine zunehmende Vereinzelung des Individuums in einer rein digitalen Kommunikationssphäre entwickeln,⁵⁷⁶ muss eine besondere Sensibilität dafür geschaffen werden, warum diese Art der Auseinandersetzung dem Menschen zur Vertei-

⁵⁶⁹ *Susskind/Susskind*, *The Future of the Professions*, 2015, S. 70; *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2017, S. 109; *Braegelmann*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), *Legal Tech*, 2018, Rn. 922 ff., 922.

⁵⁷⁰ Erreichbar unter minretssag.dk.

⁵⁷¹ Vgl. *Specht*, *MMR* 2019, 153, 154 f.

⁵⁷² *Nicolai/Wölber*, *ZRP* 2018, 229, 230 f.

⁵⁷³ Vgl. *Briggs*, *Civil Courts Structure Review*, Juli 2016 (bit.ly/2VhBtgN).

⁵⁷⁴ Vgl. *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2017, S. 111.

⁵⁷⁵ Vgl. Länderarbeitsgruppe *Legal Tech*, *Abschlussbericht*, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 80 ff.; Arbeitsgruppe „*Modernisierung des Zivilprozesses*“, *Thesenpapier*, 21.07.2020 (bit.ly/3i7xADp), S. 2 f.

⁵⁷⁶ Eine solche Entwicklung befürchtet *Geminn*, *DÖV* 2020, 172, 176.

digung seiner Rechte vor Gericht nicht genügen sollte. In diesem Sinne ist die Bewahrung individualschützender prozessualer Grundrechte auch eine Bildungs- und Erziehungsaufgabe des Staates und der Gesellschaft.⁵⁷⁷

bb) Eine strukturierte Äußerungsmöglichkeit als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?

Unberücksichtigt blieb unter diesem Gesichtspunkt noch der Aspekt, dass eine Äußerungsgewähr vor einem Rechtsgenerator nicht nur schematisiert, sondern vor allem auch *strukturiert* durchgeführt werden müsste.

(1) Maschinenlesbare Sachverhaltsinformationen

Damit Rechtsgeneratoren effektiv eingesetzt werden könnten, wäre die *Maschinenlesbarkeit* von Sachverhaltsinformationen vorauszusetzen. Maschinenlesbar sind insbesondere strukturierte Daten, also Daten, die bei der Eingabe bereits konkreten Kontexten zugeordnet wurden.⁵⁷⁸ Um die Maschinenlesbarkeit zu ermöglichen, wäre eine *Strukturierung des Parteivortrags* ein möglicher und notwendiger erster Schritt.⁵⁷⁹ Vorschläge für Strukturierungsmethoden und Diskussionen über die rechtlichen Implikationen sind in der Rechtswissenschaft bereits seit Längerem im Umlauf.⁵⁸⁰ Die aktuellen Umsetzungsideen setzen häufig auf digitale Hilfsmittel wie Eingabefelder und digital visualisierte Strukturen.⁵⁸¹ Auch die Zivilprozessordnung sieht mit § 130c ZPO bereits eine Verordnungsermächtigung vor, die zur Einführung strukturierter digitaler Formulare befugt. Neben der Strukturierung ist auch die digitale Erfassung der relevanten Informationen (wie etwa in einer E-Akte oder Recherchedatenbank) für Automa-

⁵⁷⁷Vgl. Häberle, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 22, Rn. 3, 71.

⁵⁷⁸Lenzen, Künstliche Intelligenz, ²2018, S. 47.

⁵⁷⁹Zwickel, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff., 179, 192; zu möglichen Effizienzgewinnen aber auch zu Gefahren Hähnchen/Schrader et al., JuS 2020, 625, 628 mit dem Ergebnis: „Nur in einfach gelagerten Sachverhaltskonstellationen, deren begriffliche Erfassung keine Wertung erfordert, kann eine automatisierte Sachverhaltsfeststellung der Rechtsanwendung erhebliche Effizienzgewinne ermöglichen.“

⁵⁸⁰Vgl. Gaier, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, JurPC Web-Dok. 133/2015 (jurpc.de/jurpc/show?id=20150133); Zwickel, MDR 2016, 988 ff.; Vorwerk, NJW 2017, 2326 ff.; Zwickel, in: Buschmann/Gläß et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren, 2018, S. 179 ff.; Greger, NJW 2019, 3429, 3431; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 70 ff.; Heil, IT-Anwendungen im Zivilprozess, 2020, S. 88 ff.; Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“, Thesenpapier, 21.07.2020 (bit.ly/3i7xADp), S. 3; Breidenbach/Gaier, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 286 ff.

⁵⁸¹Z. B. Zwickel, MDR 2016, 988, 992; Greger, NJW 2019, 3429, 3431; Breidenbach/Gaier, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, ²2021, S. 286 ff., 286 f.

tisierungsschritte als sehr nützlich einzustufen, da somit Informationen digital ausgewertet werden können, was unter anderem das Auffinden relevanter Rechtsnormen oder Argumente erleichtert.⁵⁸²

(2) Zulässigkeit von Strukturierungsmaßnahmen?

Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Strukturierung der Äußerungsmöglichkeit der Parteien wird bereits streitig diskutiert. Bedenken bestehen von Seiten der *Länderarbeitsgruppe Legal Tech* insbesondere bezüglich der Einschränkung der Freiheit des Ausdrucks, die dem Status der Parteien als „Herren ihres Vortrags“ insbesondere im Zivilprozess entspreche.⁵⁸³ Von anderer Seite werden aber auch die Vorzüge eines strukturierten Vorbringens für eine effektive Umsetzung des Gehörsrechts herausgestellt.⁵⁸⁴ Unter den aufgezeigten Vorteilen wird neben der Vermeidung versehentlicher Verstöße insbesondere eine verstärkte Ausrichtung auf einen verbesserten Dialog mit dem Richter genannt.⁵⁸⁵

Diese Vorteile würden wohl nicht in gleicher Weise betont, wenn die Strukturierungsdebatte – was bisher nicht stattfindet – in Richtung auf eine vollautomatisierte Rechtsprechung weiterentwickelt werden würde. Obgleich die Forderungen nach einer strukturierten Sachverhaltserfassung heute meist nicht mit dem Fernziel einer vollständigen Entscheidungsautomatisierung verbunden werden (und diese sogar häufig als unliebsame Zielsetzung ausgeschlossen wird⁵⁸⁶), darf nicht verkannt werden, dass ihre Einführung im Ergebnis doch durch *Spillover-Effekte* auch für dieses Vorhaben förderlich wäre. Wer eine Strukturierung des Parteivortrags oder auch nur eine allgemeine Digitalisierung der Justiz fordert und fördert, sollte nicht ausblenden, dass durch diese Formen digitaler Erfassung und Teilautomatisierung bereits die Grundsteine für Nachfolgetechnologien gelegt sind.

Dennoch ließe sich ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG auch in dem Szenario einer Gerichtsentscheidung durch Algorithmen wohl richtigerweise nicht zwingend bereits aus der notwendigen Strukturiertheit des Parteivortrags ableiten. Diese ist nur Symptom nicht Ursache algorithmischer Defizite, die das Gehörsrecht tangieren. Die Äußerungsmöglichkeit kann durchaus an bestimmte gesetzliche Formalien und Bedin-

⁵⁸² *Hähnchen/Schrader* et al., JuS 2020, 625, 627 f.

⁵⁸³ Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 73.

⁵⁸⁴ *Gaier*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, JurPC Web-Dok. 133/2015 (jurpc.de/jurpc/show?id=20150133), Abs. 18; *Greger*, NJW 2019, 3429, 3431; *Gaier*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2021, S. 275 ff., 282 f.

⁵⁸⁵ *Gaier*, in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2021, S. 275 ff., 282 f.

⁵⁸⁶ So beispielsweise *Greger*, NJW 2019, 3429, 3432.

gungen gebunden werden, wenn dies einem legitimen Ziel, etwa der Ermöglichung effektiver Bearbeitung oder der Beschleunigung des Verfahrens, dient. Gegen das Außerachtlassen eines Sachvortrags aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts bietet Art. 103 Abs. 1 GG keinen Schutz.⁵⁸⁷ Es müsste in einem strukturierten Sachvortrag aber weiterhin die Möglichkeit bestehen, in Freitextfeldern besondere Aspekte auszuformulieren. Auch vermeintlich Unwesentliches und Nebensächliches muss weiter vorgetragen werden können. Das Gericht darf nicht im Vorhinein festlegen können, welcher Vortrag geboten und welcher unerheblich erscheint.⁵⁸⁸

c. Das Recht auf Kenntnisnahme und Berücksichtigung

Die vor dem Gericht getätigten Äußerungen müssen in einem letzten Schritt tatsächliche *Berücksichtigung* im Entscheidungsprozess finden. Hierzu muss das Gericht von diesen *Kenntnis nehmen* und sie *in Erwägung ziehen*.⁵⁸⁹ „Erwägen bedeutet die Pflicht des Gerichts, Vorbringen der Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf

⁵⁸⁷BVerfG, Beschl. v. 15.02.1967, BVerfGE, 21, 191, 194 = NJW 1967, 923; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1973, BVerfGE, 36, 92, 97 f. = NJW 1974, 133 f.; BVerfG, Beschl. v. 08.11.1978, BVerfGE, 50, 32, 35 = NJW 1979, 413, 414; BVerfG, Beschl. v. 29.04.1980, BVerfGE, 54, 117, 123 = NJW 1980, 1737.

⁵⁸⁸BVerfG, Beschl. v. 24.07.1957, BVerfGE, 7, 95, 98 f. = NJW 1957, 1395; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8, ³2010, § 178, Rn. 30.

⁵⁸⁹In ständiger Rechtsprechung u. a.: BVerfG, Beschl. v. 14.06.1960, BVerfGE, 11, 218, 220 = MDR 1960, 734; BVerfG, Beschl. v. 19.07.1972, BVerfGE, 34, 1, 7; BVerfG, Beschl. v. 13.03.1973, BVerfGE, 34, 344, 347; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1973, BVerfGE, 36, 92, 97 = NJW 1974, 133; BVerfG, Beschl. v. 05.10.1976, BVerfGE, 42, 364, 367 = NJW 1977, 1443 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 01.02.1978, BVerfGE, 47, 182, 187 = NJW 1978, 989; BVerfG, Beschl. v. 15.04.1980, BVerfGE, 54, 86, 91; BVerfG, Beschl. v. 29.04.1980, BVerfGE, 54, 117, 123 = NJW 1980, 1737; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980, BVerfGE, 55, 72, 94 f. = NJW 1981, 271, 273; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981, BVerfGE, 58, 353, 356 = NJW 1982, 30; BVerfG, Beschl. v. 09.02.1982, BVerfGE, 59, 330 = NJW 1982, 1635; BVerfG, Beschl. v. 15.11.1982, BVerfGE, 62, 249, 254 = NJW 1983, 1307, 1308; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1983, BVerfGE, 63, 80, 85 = NJW 1983, 2017; BVerfG, Beschl. v. 17.05.1983, BVerfGE, 64, 135, 144 = NJW 1983, 2762, 2763; BVerfG, Beschl. v. 22.11.1983, BVerfGE, 65, 293, 295; BVerfG, Beschl. v. 19.06.1985, BVerfGE, 70, 215, 218 = NJW 1987, 485; BVerfG, Beschl. v. 12.10.1988, BVerfGE, 79, 51, 61 = NJW 1989, 519; siehe ebenfalls Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 91 ff.; Sachs GG/*Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 28 ff.; BeckOK GG/*Radtke*, ⁴⁷2021, Art. 103 Rn. 13.

seine Erheblichkeit und Richtigkeit zu überprüfen.⁵⁹⁰ Dies setzt voraus, dass der Richter situativ physisch *aufnahmefähig*⁵⁹¹ und innerlich bereit ist, „Äußerungen der Beteiligten ernsthaft zu rezipieren“⁵⁹².

Da es sich bei der Berücksichtigung aber um einen nicht vollständig nachvollziehbaren inneren Prozess handelt,⁵⁹³ wird ein weiteres Mittel benötigt, um die erfolgte Berücksichtigung sichtbar zu machen. Hierzu trägt die *Entscheidungsbegründung* bei.⁵⁹⁴ Nur, wenn das Gericht Ausführungen darüber macht, warum es eine bestimmte Entscheidung getroffen hat, kann nachvollzogen werden, ob die Auffassungen der Beteiligten hinreichend erwogen wurden.⁵⁹⁵ Dieser Absicherungsmechanismus stößt allerdings wiederum an bestimmte Effektivitätsgrenzen. So kann das Gericht bei einem umfangreichen Streitstoff nicht zu allen Erwägungen ausführlich Stellung nehmen und darf sich deshalb auch zur Sicherung der Effektivität des Rechtsschutzes auf das für den Fall Wesentliche beschränken.⁵⁹⁶ Eine widerlegbare Vermutung geht nach der aktuellen

⁵⁹⁰ Ähnlich auch Schmidt-Bleibtreu GG/*Schmahl*,¹⁴2017, Art. 103 Rn. 29; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 103 Rn. 63; Jarass/Pieroth GG/*Kment*,¹⁶2020, Art. 103 Rn. 41.

⁵⁹¹ Ausführlich mit Beispielen, wie dem schlafenden oder blinden Richter: *Wassermann*, DRiZ 1984, 425, 429; Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 93; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 109; Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 91.

⁵⁹² Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 103 Rn. 62. Siehe auch Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 92.

⁵⁹³ *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör,²2000, Rn. 176; auf diesen beziehend v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*,⁷2018, Art. 103 Rn. 54.

⁵⁹⁴ Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 96; allgemein hierzu Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 103 Rn. 76 m. w. N.

⁵⁹⁵ So etwa *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör,²2000, Rn. 189; *Eschelbach*, GA 2004, 228, 238; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 110; Schmidt-Bleibtreu GG/*Schmahl*,¹⁴2017, Art. 103 Rn. 33; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Nolte/Aust*,⁷2018, Art. 103 Rn. 57; Stern/Becker GG/*Brüning*,³2019, Art. 103 Rn. 50; Sachs GG/*Degenhart*,⁹2021, Art. 103 Rn. 40 m. w. N. Anders Berliner Kommentar GG/*Höfling/Burkiczak*, 26. EL Apr. 2009, Art. 103 Rn. 100, sie wollen die Begründungspflicht direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten.

⁵⁹⁶ In ständiger Rechtsprechung BVerfG, Beschl. v. 25.05.1956, BVerfGE, 5, 22, 24 = NJW 1956, 1026 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 03.10.1961, BVerfGE, 13, 132, 149 = NJW 1962, 29 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 05.10.1976, BVerfGE, 42, 364, 368 = NJW 1977, 1443 ff. n. a.; BVerfG, Beschl. v. 01.02.1978, BVerfGE, 47, 182, 187 = NJW 1978, 989; BVerfG, Beschl. v. 15.04.1980, BVerfGE, 54, 86, 91; BVerfG, Beschl. v. 22.11.1983, BVerfGE, 65, 293, 295; BVerfG, Beschl. v. 12.10.1988, BVerfGE, 79, 51, 61 = NJW 1989, 519; BVerfG, Urt. v. 02.03.2006, BVerfGE, 115, 166, 180, Rn. 56 = NJW 2006, 976, 977; siehe auch *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5,³2007, § 115, Rn. 46 m. w. N.; *Augsberg/Burkiczak*, JA 2008, 59, 61; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 8,³2010, § 178, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 09.03.2015, NJW, 2015, 1746, Rn. 15; Bonner Kommentar GG/*Rüping*, 179. EL Juni 2016, Art. 103 Rn. 111; Stern/Becker GG/*Brüning*,³2019, Art. 103 Rn. 51.

Rechtsprechung daher dahin, dass eine ausreichende Berücksichtigung erfolgt ist, wenn Gegenteiliges nicht offenkundig ersichtlich ist.⁵⁹⁷

aa) Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch den Rechtsgenerator

Die Entscheidungsbegründung soll an dieser Stelle, insofern sie bereits in Zusammenhang mit vertrauensstiftenden Legitimationsfaktoren erörtert wurde,⁵⁹⁸ nicht erneut als eigener Faktor thematisiert werden. Betrachtenswert sind aber ihre Verknüpfungen mit den Anwendungsmodalitäten der Kenntnisnahme- und Berücksichtigungspflicht und deren Auswirkungen auf die Möglichkeit einer Richterstellung des Rechtsgenerators. Aus diesem Bezug kann ein mit dem Fehlen sozialer Kompetenzen begründeter Kerneinwand gegen den Einsatz solcher Technologien entwickelt werden.

bb) Emotionale Intelligenz und Empathie

Kenntnisnahme- und Berücksichtigungspflicht bedingen, dass ein Rechtsgenerator nicht nur Zeichenketten aufnehmen und mit anderen Zeichenketten vergleichen können muss, er muss das Vorgebrachte *verstehen*. Verstehen in einem menschlichen Sinne, in dem Menschen die Sprachbedeutung in der von ihnen physisch empfundenen Welt verankern, kann jedoch keine bislang bekannte Maschine.⁵⁹⁹

In einigen rein technischen Rechtsfragen ist diese Art des Verstehens wohl aber auch weniger gefordert. Hier kann eine analytische Art des Verstehens, wie sie Maschinen, als Option für eine schnelle und effektive Entscheidung möglich ist, gefragt sein; das menschliche Verstehen beherrscht jedoch große Teile der heute den Richtern überantworteten Aufgabenbereiche.

Eng hiermit verknüpft ist der verwandte Begriff des *zwischenmenschlichen Verständnisses* und der Umstand, dass es in der Rechtspraxis als evident gelten kann, dass es für richterliche Rechtsfindung in der überwiegenden Anzahl der Fälle mehr braucht als eine vollständige Wissensbasis und eine rationale Rechtsanwendungsmethodik. Es

⁵⁹⁷Hierzu ausführlich Maunz/Dürig GG/*Remmert*, 78. EL Sep. 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 96 m. w. N.; Schmidt-Bleibtreu GG/*Schmahl*, ¹⁴2017, Art. 103 Rn. 27 m. w. N.; Sachs GG/*Degenhart*, ⁹2021, Art. 103 Rn. 31 m. w. N.

⁵⁹⁸Siehe Kap. 5, B, II, 2.

⁵⁹⁹*Shanahan*, *The Technological Singularity*, 2015, S. 113; *Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, ²2018, S. 135 ff., insb. 137; *Nida-Rümelin/Weidenfeld*, *Digitaler Humanismus*, ³2018, S. 110; *Greco*, RW 2020, 29, 50, 59 m. w. N.

braucht häufig *emotionale Intelligenz und Empathie*, um ein zufriedenstellendes Ergebnis zu erzeugen.⁶⁰⁰ Denn Rechtssuchende erstreben vor Gericht zumeist nicht nur harte Fakten und ein gerechtes und rational überzeugendes Urteil, sondern eben auch zwischenmenschliches Verständnis für ihre Situation.⁶⁰¹

Nicht ohne Grund charakterisiert das Bundesverfassungsgericht den Richter auch als den „unbeteiligten *Dritten*“.⁶⁰² Eine mögliche Lesart dieser Formulierung ist, dass der Richter als Dritter (typischerweise) antritt, den Konflikt zweier divergierender Auffassungen zu schlichten. Er erweitert ein Verhältnis, das bis dahin nur auf zwei polaren Ebenen stattfand, somit durch eine dritte soziale Dimension und eröffnet der Situation damit einen neuen Raum für Dialog und Verständigung. Seine Sichtweise kann das persönliche Konfliktgeschehen an die objektiven Maßstäbe zivilisierter Konfliktbewältigung binden und es erleichtern, auch nachteilige Ergebnisse zu akzeptieren. Durch das Hinzutreten einer dritten Instanz findet somit bereits ein Vergesellschaftungsprozess statt, in dem der unparteiische Dritte in der soziologischen Tradition nach *Georg Simmel* als Keimzelle des sozialen Miteinanders auftritt.⁶⁰³

Diese Herangehensweise an die richterliche Aufgabe, die einen Schwerpunkt bei der Herstellung einer Interaktion zwischen Richter und den Prozessbeteiligten setzt, stellt die Subjektstellung aller Beteiligten, insbesondere der Rechtssuchenden in den Vordergrund. Sie macht es erforderlich, dass die richterliche Entscheidung als ein *dialogischer* (oder besser *trialogischer*) Vorgang der Wahrheitsfindung und Rechtserkenntnis⁶⁰⁴ zu charakterisieren ist.

Eine Kommunikation zwischen Mensch und Maschine beruht auf einer gänzlich anderen Ausgangssituation. Es handelt sich nicht um eine soziale Interaktion zwischen den direkt involvierten Akteuren Mensch und Maschine, sondern um eine mittelbare

⁶⁰⁰So auch *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; *La Diega*, jipitec 2018, 3, 11; *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 59; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 66; *Martini/Nink*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Automatisch erlaubt?*, 2020, S. 44 ff., 48 f.; *Schwintowski*, *Rethinking law* 2020/1, 54, 56; *Ulenaers*, *Asian Journal of Law and Economics*, 11 (2020), 1, 19; *Nink*, *Justiz und Algorithmen*, 2021, S. 231 ff.

⁶⁰¹Diesen Aspekt betont auch *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3050; vgl. auch Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 66; *Grigoleit/Bender*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, S. 115 ff., Rn. 61.

⁶⁰²Für Nachweise siehe Kap. 5, A, I, 1, a.

⁶⁰³Grundlegend *Simmel*, *Soziologie*, ²1922, der Dritte als Schiedsrichter insb. auf S. 104 ff.; weiterführend auch *Bröckling*, in: *Bedorf/Fischer/Lindemann* (Hrsg.), *Theorien des Dritten*, 2010, S. 189 ff.

⁶⁰⁴Zu diesem Terminus *Wassermann*, DRiZ 1984, 425; *Smid*, *Rechtsprechung*, 1990, S. 158 m. w. N.; *Vofßkuble*, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, S. 316 m. w. N.; *Dreier GG/Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 103 Rn. 12.

Form der Kommunikation mit den Entwicklern des genutzten Programms oder der genutzten Daten.⁶⁰⁵ Damit kann eine zwischenmenschliche Verständigung in einer direkten Auseinandersetzung nicht eintreten, was in sensiblen sozialen Situationen wie einer Gerichtsverhandlung nicht nur erfolgshemmend, sondern auch freiheitsbegrenzend und individuell entwürdigend wirken kann.⁶⁰⁶ Bedeutung findet das zwischenmenschliche Verständnis auf Grundlage von emotionaler Intelligenz und Empathie aber nicht nur in dem Gedanken der individuellen Freiheit und Gleichheit der Bürger im Rechtssystem, sondern es dient auch wesentlich dem *Rechtsfrieden*.⁶⁰⁷ Durch Vertrauen auf Grundlage gegenseitigen Verständnisses und Identifikation wird Einsicht und Befriedung gefördert. Diese ist nicht nur für Rechtsprechungsaufgaben im klassischen Sinne bedeutsam, sondern in besonderem Maße auch dann, wenn Rechtspflege mit dem Ziel einer einvernehmlichen Verständigung der Streitparteien betrieben wird. In Verfahren, in denen Entscheidungen naturgemäß stark durch emotionale Faktoren bestimmt sind, wie beispielsweise bei der Zuweisung der elterlichen Sorge⁶⁰⁸ oder dem Streit zwischen Nachbarn, kann eine rein rationale rechtliche Würdigung, wie sie durch Algorithmen erfolgen könnte, daher keinen Mehrwert bieten. Ob es einzelne Bereiche gibt, die diese Fähigkeiten nicht erfordern, ist stark von der subjektiven Einstellung der Person zu der Streitmaterie abhängig. Es scheint fraglich, ob es angesichts der damit verbundenen staatlichen Eingriffe gerechtfertigt werden könnte, eine externe Vorabbewertung hierzu bereits bei Zuweisung der Zuständigkeit an Algorithmen vorzunehmen. Am ehesten ist dies noch in Bereichen denkbar, die rein technische Sachverhalte behandeln, etwa im unternehmerischen Bereich.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Heesen, in: Gröschner/Kapust/Lembcke (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, 2013, S. 360 f., 361.

⁶⁰⁶ Hierzu mit anderem Beispiel bei *dies.*, in: Gröschner/Kapust/Lembcke (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, 2013, S. 360 f., 361 „In verschiedenen Konzepten wird jedoch diskutiert, dass es unter bestimmten Umständen dem Menschen grundsätzlich nicht würdig ist, mit einer Maschine statt mit Menschen zu kommunizieren. Das ist dann der Fall, wenn ihm durch technische Apparate Anpassungsleistungen aufgezwungen werden, die ihn im freien Verhalten einschränken oder ihn herabwürdigen, indem aufgrund von Effizienzüberlegungen eine soziale Interaktion durch eine maschinelle ersetzt wird“.

⁶⁰⁷ Dies betonen ebenfalls v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*,⁷2018, Art. 92 Rn. 25, 28; *Rostalski*, Rethinking law 2019/1, 4, 13; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 287; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 66; Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 213.

⁶⁰⁸ Vgl. *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982, 986.

⁶⁰⁹ Erneut hierzu in Kap. 5, C, III, 3, b.

Vierter Zwischenstand

Ein Rechtsgenerator, wie er heute vorstellbar ist, kann die Bedingungen rechtlichen Gehörs somit nicht erfüllen. Nur in der Theorie und allenfalls in Fällen, die eine besondere Berücksichtigung persönlicher Umstände nicht erfordern ist dies zukünftig vorstellbar. Probleme zeigten sich auf allen Ebenen des Stufenmodells rechtlichen Gehörs. Insbesondere ließ sich feststellen, dass Rechtsgeneratoren eine umfassende Fähigkeit, Gehör auch in persönlichen Konfliktsituationen zu vermitteln, nicht besitzen. Ihnen fehlen unter anderem die Fähigkeiten zu einem zwischenmenschlichen Dialog, wie er der mündlichen Verhandlung zum Idealbild dient, zur Verständigung mit den Prozessparteien und zu einer empathischen und emotionalen Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, die Teil der Kenntnisnahme und Berücksichtigungspflicht sind.

Trotzdem bleibt die Frage langfristig offen, ob diese Grenze wirklich so fundamental und unerschütterlich ist, wie sie uns heute erscheinen mag. Könnte es nicht vielleicht auch ausreichen, wenn der Mensch sich dadurch vom einem Algorithmus verstanden fühlt, dass dieser eine überzeugende emotionale Erfahrung simuliert?⁶¹⁰ Könnte ein humanoider Roboter nicht vielleicht irgendwann sogar soweit körperlich in der Welt verankert sein, dass er eigene Erfahrungen sammeln kann, die es ihm ermöglichen, menschliche Empfindungen vollständig und gleichwertig zu verstehen?⁶¹¹ All dies ist aus heutiger Sicht Spekulation. Dennoch reicht auch schon der durch die Vorstellbarkeit solch einer Entwicklung geweckte Zweifel aus, um festzustellen, dass das Recht auf rechtliches Gehör in diesem Sinne zwar eine Eigenwertigkeit des Menschen beschreiben, nicht aber die erhofften absoluten Grenzen für die Unersetzbarkeit des Menschen aufgrund seiner einzigartigen Fähigkeiten zur Ausbildung sozialer Kompetenzen aufstellen kann. Gehör lässt sich nur in Zusammenspiel mit einem Rezipienten betrachten und vermitteln, der sich durch sein Gegenüber gehört, ja verstanden und in seinen Interessen berücksichtigt erlebt. Ein solches Erleben irgendwann einmal – sei es in Jahrzehnten oder Jahrhunderten – gegenüber einer Maschine zu entwickeln, die so weit entwickelt ist, dass sie in der Lage scheint, richterliche Entscheidungen auch außerhalb einfacher automatisierungsgeeigneter Bereiche zu treffen, ist auf dieser Grundlage nicht reglementierbar.

⁶¹⁰Dieser Gedanke bereits bei *Shanahan*, *The Technological Singularity*, 2015, S. 113 ff.; *Volokh*, *Duke Law Journal*, 68 (2019), 1135, 1190.

⁶¹¹*Lenzen*, *Künstliche Intelligenz*, 2018, S. 138.

III. Die menschenwürdige Behandlung durch den Richter

Ein Ansatz, der sich mit einem Anspruch auf Gültigkeit für die fernere Zukunft um eine Antwort auf die Frage des Eigenwertes menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung bemüht, muss daher versuchen, noch grundsätzlicher als bislang geschehen in der Verfassung nach der Bedeutung sozialer Kompetenzen und eines menschlichen Aufgabenverständnisses des Richters zu fragen und sich hierfür in einem letzten Schritt von dem Untersuchungsschwerpunkt aktuell automatisierungsgerechter Fälle lösen, um einen Blick über die rechtlichen und technischen Grenzen der Gegenwart hinauszuerwerfen. Ansätze hierzu sollen entlang der Fundamentalnorm der *Menschenwürde* aus Art. 1 Abs. 1 GG untersucht werden. Auf ihrer Grundlage sollen Vorschläge entwickelt werden, wie in einer Situation struktureller Ungewissheit über zukünftige Entwicklungen Anknüpfungspunkte für eine weiterführende Diskussion herausgearbeitet werden könnten, und zugleich dargestellt werden, welchen Limitationen ein Verweis auf diese Art absoluter verfassungsrechtlicher Grenzen dennoch begehnet.

1. Strukturelle Befähigung zur menschenwürdigen Behandlung als Wesensmerkmal eines Richters

Eine menschenwürdige Behandlung ist Grundvoraussetzung jeder staatlichen Handlung. Folglich auch des Tätigwerdens eines Richters. Übersetzt in das Konglomerat der hier erfassten verfassungsrechtlichen Wesensmerkmale eines Richters soll das Erfordernis einer menschenwürdigen Behandlung daher zunächst einmal so zu verstehen sein, dass es diesem möglich sein muss, die Würde der Person unantastbar zu belassen.

Ebenso wie bei der Heranziehung rechtlichen Gehörs als einem Wesensmerkmal,⁶¹² kann es auch hier nicht um eine individuelle, sondern nur eine *strukturelle* Befähigung zu einer solchen Behandlung gehen, die eine Differenzierung zwischen den Fähigkeiten einzelner Personen nicht zulässt. Das Merkmal der strukturellen Befähigung zur menschenwürdigen Behandlung ist aber möglicherweise geeignet, Entscheidungen von Menschen und Rechtsgeneratoren abzugrenzen, soweit es mittelbar auch an das Menschsein als solches und das Vorhandensein spezifisch menschlicher Fähigkeiten anknüpft. Denn was bei einer Betrachtung menschlicher Akteure selbstverständlich erscheint, ist für Algorithmen eine bereits im Ansatz fremde Materie.

2. Relevante Bestandteile der Menschenwürdediskussion

Um diese These zu überprüfen, muss zunächst aufbereitet werden, welche Aspekte der Menschenwürdegarantie in der Diskussion um einen algorithmischen Richterspruch

⁶¹²Siehe schon Kap. 5, C, II, 1.

zukünftig eine wesentliche Rolle spielen müssen. Hierzu werden einige Gedankengänge zu möglichen Argumentationsschwerpunkten in den Blick genommen.

a. Allgemeine Vorbemerkungen zur Menschenwürde

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass man sich der Menschenwürde auf mindestens zwei Arten, *positiv von ihrem Schutzbereich* oder *negativ von der Verletzungshandlung* (Eingriff) aus nähern kann.⁶¹³ Eine hochfrequentierte positive Auslegung geht auf *Kants*⁶¹⁴ Beschreibung eines Menschen zurück, der einen Zweck in sich selbst darstellt und zu freier und selbstverantwortlicher Selbstbestimmung fähig ist.⁶¹⁵ Daneben ist – insbesondere beim Bundesverfassungsgericht – auch die Verwendung der oben bereits erwähnten Objektformel nach *Dürig*⁶¹⁶ üblich, die eine Verletzungshandlung der Menschenwürde annimmt, wenn der Mensch zum „bloßen Objekt“ des Staates gemacht wird.⁶¹⁷ Diese Ansätze haben an verschiedenen Stellen aber auch Kritik und Relativierung erfahren.⁶¹⁸ Eine konsensfähige Allgemeindefinition davon, was die Menschenwürde im Ganzen ausmacht, ist mit ihnen nicht gelungen und kann auch durch andere Ansätze nicht gelingen.⁶¹⁹ Allein gewisse Grundtendenzen, die mehr oder weniger an die Probleme einer automatisierten Rechtsprechung angepasst werden können, lassen sich jeweils in Bezug auf bestimmte Fragestellungen identifizieren.

⁶¹³Hierzu statt vieler *Enders*, Die Menschenwürde, 1997, S. 10 ff., 20 ff. m. w. N.; Maunz/Dürig GG/Herdegen, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 34 ff. m. w. N.

⁶¹⁴Zurückgehend auf *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 1785 (Nachdruck 2016).

⁶¹⁵BVerfG, Urt. v. 17.08.1956, BVerfGE, 5, 85, 204 = NJW 1956, 1393 ff. n. a.; BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE, 45, 187, 227 f. = NJW 1977, 1525, 1526; zusammenfassend *Enders*, Die Menschenwürde, 1997, S. 10 ff. m. w. N.; erneut BVerfG, Urt. v. 15.02.2006, BVerfGE, 115, 118, 153 = NJW 2006, 751, 757 f.; *Classen*, DÖV 2009, 689, 692 m. w. N.

⁶¹⁶*Dürig*, AöR, 42 (1956), 117, 127.

⁶¹⁷Siehe Kap. 5, C, II, 2. Außerdem BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707; BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE, 45, 187, 228 = NJW 1977, 1525, 1526; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1992, BVerfGE, 87, 209, 228 = NJW 1993, 1457, 1459; BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997, BVerfGE, 96, 375, 399 = NJW 1998, 519, 521; BVerfG, Urt. v. 05.02.2004, BVerfGE, 109, 133, 149 f. = NJW 2004, 739; BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, BVerfGE, 109, 279, 311 = NJW 2004, 999, 1001; *Isensee*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 4, 2011, § 87, Rn. 174 ff.

⁶¹⁸Etwa BVerfG, Urt. v. 15.12.1970, BVerfGE, 30, 1, 25 f. = NJW 1971, 275, 279; *Benda*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 6, Rn. 17; *Dederer*, JöR, 57 (2009), 89, 106.

⁶¹⁹Vgl. zur Schwierigkeit einer Definition *Enders*, Die Menschenwürde, 1997, S. 5; *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 77: „Würde man den Versuch unternehmen, näher festzulegen, was mit Menschenwürde gemeint ist, hätte dies unweigerlich zur Folge, daß Menschen, denen diese Eigenschaften fehlen oder die sie nur unvollkommen haben, rechtlich isoliert und schutzlos gestellt würden. Aus dieser Perspektive hat die bereits früh geäußerte These, der Begriff der Menschenwürde sei als „nicht definierbar“ anzusehen, weiterhin seine Berechtigung.“, siehe außerdem S. 78 und 85; weiterhin *Hofmann*, in: Pitschas/Uhle (Hrsg.), FS Scholz, 2007, S. 225 ff., 226; Stern/Becker GG/Enders, ³2019, Art. 1 Rn. 25.

b. Autonomie und Gesellschaftsgebundenheit des Menschen

Eine richtungsweisende Stellung in einer sinnvollen Argumentationsführung zum Thema algorithmischer Richter und Menschenwürdeverletzung nimmt die grundlegende Erkenntnis ein, dass ein Richter als staatlicher Akteur fähig sein muss, die Menschenwürde der Verfahrensbeteiligten zu wahren und zu schützen und das trotz der der Richterschaft in besonderem Maße überantworteten umfassenden Kompetenz, staatliche Entscheidungen im Einzelfall letztverbindlich auch gegen die persönlichen Individualinteressen aussprechen zu können. Den Richtern ist hiermit in der gerichtlichen Auseinandersetzung eine besonders sensible soziale Aufgabe überantwortet, die insgesamt eine Grundvoraussetzung für ein Zusammenleben in einem freiheitlichen Staat darstellt; die Aufgabe, *Autonomie* und *Gemeinschaftsgebundenheit* des Individuums in befriedigender Weise auszutarieren.

Die staatliche Aufgabe, das Spannungsverhältnis zwischen individueller Eigenständigkeit des Menschen und der Einbindung in das gesellschaftliche Zusammenleben zu lösen, ist bei der Qualifikation des Menschenwürdesatzes, insbesondere wenn staatliche Entscheidungen überprüft werden sollen, stets mitzudenken.⁶²⁰

Die Einbindung in gesellschaftliche Strukturen kann den Anerkennungsanspruch des Individuums – wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach feststellte – begrenzen, sie muss den Eigenwert der Person aber stets unangetastet lassen.⁶²¹ Diese Heterogenität ist bei dem Ausspruch einer letztverbindlichen richterlichen Entscheidung besonders herausgefordert und muss im Einzelfall ausgeglichen werden. Nur Akteure, die diesen Ausgleich als Grundlage ihrer Entscheidungstätigkeit strukturell gewährleisten können, sind als richterliche Funktionsträger zulässig und geeignet.

Hierzu gehört im heutigen Verständnis neben sozialen Fähigkeiten auch die Fähigkeit zum eigenverantwortlichen Einstehen für Entscheidungen, die Rechtsgeneratoren, wie im vorangegangenen Abschnitt dargestellt, mangels eigener sozialer Identität fehlt.⁶²² Wichtig ist es in diesem Sinne, die Achtung der Menschenwürde auch in diesen Verbindungen und Wechselwirkungen zu den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG und als Voraussetzung und Maßstab von Legitimation, Verantwortung

⁶²⁰BVerfG, Urt. v. 17.08.1956, BVerfGE, 5, 85, 205 = NJW 1956, 1393 ff. n. a.; Benda, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 6, Rn. 4; Volkmann, Solidarität, 1998, S. 221 f.; BVerfG, Beschl. v. 08.11.2006, BVerfGE, 117, 71, 89; Dederer, JöR, 57 (2009), 89, 119.

⁶²¹BVerfG, Urt. v. 20.07.1954, BVerfGE, 4, 7, 15 f. = NJW 1954, 1235; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 1, 7 = NJW 1969, 1707; BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE, 45, 187, 227 f. = NJW 1977, 1525, 1526; BVerfG, Beschl. v. 17.01.1979, BVerfGE, 50, 166, 175 = NJW 1979, 1100; BVerfG, Urt. v. 05.02.2004, BVerfGE, 109, 133, 151 = NJW 2004, 739; Dederer, JöR, 57 (2009), 89, 119.

⁶²²Siehe Kap. 5, B, II, 3, a.

und Vertrauen zu begreifen.⁶²³ Eine Menschenwürdeverletzung kann sich somit nicht allein aus dem Fehlen sozialer Kompetenzen begründen.

c. Selbstbestimmung als Ausschlusskriterium einer Menschenwürdeverletzung

Eine gewisse Differenzierung sollte aber bei freiwilliger Inanspruchnahme algorithmischer Leistungen im Rechtsprechungskontext in Betracht gezogen werden. Diese gebietet die Doppelfunktionalität des der Menschenwürde entnommenen *Rechts zur freien Selbstbestimmung*. Das Argument des Schutzes der individuellen Rechtsstellung vor einer Vereinnahmung durch gesellschaftliche Interessen und der Entmenschlichung durch Algorithmen kann (wenn überhaupt) nur sehr eingeschränkt gegen die freie Entscheidung einer Person ausgesprochen werden, weil der Gedanke der Autonomie nicht nur Schutzgut, sondern auch konstituierendes Merkmal der Menschenwürde⁶²⁴ ist.⁶²⁵ Nur in Fällen besonders schwerwiegender Selbstentwürdigung kann es den Freiheitsgebrauch tabuisieren und eine Verpflichtung gegen sich selbst auslösen.⁶²⁶ Am ehesten ist dies noch bei gewissen Teilen der Strafjustiz vorstellbar.⁶²⁷ Ein Verbot einer freiwilligen Inanspruchnahme von algorithmischen Rechtsprechungsakten durch die Verletzung der Menschenwürde des Individuums zu begründen, muss aber insbesondere in der Ziviljustiz, die die Selbstbestimmung der Parteien in besonderem Maße herausstellt, großen Zweifeln begegnen.⁶²⁸

Gleichzeitig sollte dies nicht zu dem über das gebotene Maß an argumentativer Flexibilität hinausreichenden Fehlschluss verleiten, dass die Möglichkeit, sich einer (freiwilligen) algorithmischen Gerichtsentscheidung zu unterziehen, durch den Staat sogar

⁶²³Zu diesen *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 105 ff.; *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, ³2004, § 22, Rn. 63, 65; *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 101 f.

⁶²⁴So u. a. BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE, 45, 187, 227 f. = NJW 1977, 1525, 1526; BVerfG, Beschl. v. 08.11.2006, BVerfGE, 117, 71.

⁶²⁵BVerfG, Beschl. v. 09.05.2016, NVwZ, 2016, 1804, 1807: „Überdies lässt sich der Würdeschutz gegen das freiwillige und eigenverantwortliche Handeln der Person – trotz der auch objektivrechtlichen Geltungsdimension der Menschenwürde – auch deshalb nicht begründen, weil andernfalls die als Freiheits- und Gleichheitsversprechen zu Gunsten aller Menschen konzipierte Menschenwürdegarantie zu einer staatlichen Eingriffsermächtigung verkehrt würde. Der Schutz der Menschenwürde würde gegen ihren personalen Träger gewendet mit der Konsequenz, diesem gerade diejenige individuelle Autonomie abzuspochen, die ihm Art. 1 I GG garantieren will“.

⁶²⁶Umbach/Clemens GG/*Robbers*, 2002, Art. 1 Rn. 22.

⁶²⁷Hierzu *Greco*, RW 2020, 29, 54.

⁶²⁸*Ders.*, RW 2020, 29, 54 sieht hierin eine „Einstiegstür für beschränkte Zulassung von maschineller Rechtspflege“; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 252 f. gibt aber zu Bedenken, dass an eine freiwillige Einwilligung im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO hohe Anforderungen zu stellen sind, die er durch das Ungleichgewicht zwischen Gericht und Rechtsunterworfenen als nicht erfüllt ansieht. Nicht vergessen werden sollte aber, dass zu hohe Anforderungen an die Freiwilligkeit auch entmündigend wirken können.

gewährleistet werden sollte oder gar müsste. Eine Person, die eine Beurteilung durch einen Algorithmus wünscht, kann in diesem Bestreben – zumindest vor staatlichen Stellen – durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, mithin bis auf Weiteres durch den Verweis auf die objektive Untauglichkeit und mindere Qualität algorithmischer Entscheidungen, begrenzt werden. Der Justiz und Gesetzgebung kann das Argument des Verlangens nach einer selbstbestimmten Wahl algorithmischer Entscheidungssysteme nicht als Leistungsrecht vorgehalten werden, insbesondere solange erhebliche Zweifel an ihrer Funktionalität bestehen.

Dies wird durch Parallelitäten zur Diskussion um die Einführung von *Polygraf*en (sogenannten Lügendetektoren) im gerichtlichen Strafverfahren bestätigt: Dort wurde durch den Bundesgerichtshof auf die Unzulässigkeit des Beweismittels der Polygrafenauswertung bei freiwilliger Inanspruchnahme richtigerweise nicht etwa aufgrund einer objektiven Verletzung der Menschenwürde, sondern wegen der geringen Aussagekraft und Zuverlässigkeit der Testergebnisse geschlossen.⁶²⁹ Damit ist zugleich aber nicht ausgeschlossen, dass solche Verfahren irgendwann einmal zugelassen werden könnten.⁶³⁰ Ähnliches ließe sich unter diesem Gesichtspunkt dann auch für eine freiwillige Entscheidung durch einen Rechtsgenerator behaupten.

d. Die Frage nach der Existenz und Verletzung einer Gattungswürde

Eine Möglichkeit, der Zulässigkeit selbst eines freiwilligen Einsatzes entscheidungstreffender Rechtsgeneratoren in der Rechtsprechung mit einem Menschenwürdeargument entgegenzutreten, wäre es, den Vorwurf eines Menschenwürdeverstößes weiter zu fassen und auch Verstöße gegen die *Würde der Menschheit*, also des *Menschen als Gattungswesen (Gattungswürde)*, miteinzubeziehen. Diese Herangehensweise zeigt sich heute etwa bei möglichen Eingriffen in die menschliche Natur durch biotechnologische Veränderungen und wird in Teilen als Ergänzung des individuellen Menschenwürdeschutzes befürwortet.⁶³¹

Argumentierte man in der hiesigen Frage, es sei der menschlichen Gattung im Ganzen unwürdig, wenn sich einzelne ihrer Mitglieder algorithmischen Gerichtsentschei-

⁶²⁹BGH, Urt. v. 17.12.1998, BGHSt, 44, 308, 315, 319 ff. = NJW 1999, 657, 658, 659 ff.; für das Zivilverfahren BGH, Beschl. v. 24.06.2003, NJW, 2003, 2527 ff.; mit diesen Schmidt-Bleibtreu GG/Hofmann, ¹⁴2017, Art. 1 Rn. 50. Anders noch BGH, Urt. v. 16.02.1954, BGHSt, 5, 332, 334 = NJW 1954, 649; BVerfG, Beschl. v. 18.08.1981, NJW, 1982, 375.

⁶³⁰Schmidt-Bleibtreu GG/Hofmann, ¹⁴2017, Art. 1 Rn. 50.

⁶³¹Grimm, NJW 1989, 1305, 1310; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1992, BVerfGE, 87, 209, 228 = NJW 1993, 1457; Isensee, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 4, 2011, § 87, Rn. 139, 165, 197.

dungen (ob freiwillig oder verpflichtend) unterzögen und sich so zum Objekt algorithmischer Berechnung machten, könnte dies Ausgangspunkt für ein absolutes Verbot algorithmischer Entscheidungstätigkeit in der Rechtsprechung sein.⁶³²

Unabhängig davon, ob eine derart weitgehende Feststellung geboten erscheint, sollte aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass schon einige grundsätzliche Einwände gegen solch ein erweitertes Verständnis des Würdebegriffs durchgreifen. Nicht nur, dass – ohne dass sich dieser überindividuelle Würdebegriff in der Verfassung konkret wiederfinden würde – mit ihm stark wertungsbehaftete Konzepte verbunden wären,⁶³³ diese Art Würdebegründung stünde dem einzelnen Menschen zudem nicht mehr auf individueller Ebene zur Verfügung, was ihn von einer Disposition hierüber ausschliesse. Eine Gattungswürde hätte damit die Kraft, sich gegen die Würde des Einzelnen durchzusetzen und würde den durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierten individuellen Freiheitsgebrauch beschränken.⁶³⁴ Eine Argumentation in diese Richtung kann daher nur Gültigkeit erlangen, wenn es ihr gelingt, diesen Widerspruch aufzulösen, ohne Art. 1 Abs. 1 GG anzutasten.⁶³⁵

2. Grenzen des Menschenwürdearguments

In letzter Konsequenz kann es nicht ausgeschlossen werden, dass auch Maschinen zukünftig die Voraussetzungen für einen angemessenen Ausgleich von Individual- und Gesellschaftsinteressen gewährleisten könnten und so nach der vorgenannten Lesart die Menschenwürde wahren könnten. Im Ganzen sind der Argumentationsführung hiergegen aber auch schon an früherer Stelle gewisse Grenzen gesetzt.

a. Der Stellenwert des Menschenwürdearguments für eine zukunftsweisende Debatte

Eine zentrale Schwierigkeit besteht darin, eine konkrete Fragestellung, wie hier den Aspekt der Menschlichkeit des Richters, überhaupt in dem offenen Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu verankern. Hiernach ist die Würde des Menschen bekanntermaßen ganz allgemein als „unantastbar“ beschrieben. Der Verweis auf diese Grundsatznorm als eine absolute Grenze aller staatlichen Handlungsmöglichkeiten und als schlichtweg unwiderlegbares Argument gegen die Zulässigkeit bestimmter Handlungsformen ist seit jeher für die Beantwortung von zukunftsweisenden Fundamentalfragen reizvoll. Beispiele für seinen Einsatz finden sich ebenfalls zahlreich in der bioethischen

⁶³²In Ansätzen in diese Richtung *Geminn*, DÖV 2020, 172, 176.

⁶³³Maunz/Dürig GG/*Herdegen*, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 32; Dreier GG/*Dreier*, 32013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 115.

⁶³⁴*Gutmann*, in: v. d. Daele (Hrsg.), Biopolitik, 2005, S. 235 ff., 243 f.

⁶³⁵Gleichzeitig können sich auch solche Konzepte relativieren, so *Geminn*, DÖV 2020, 172, 176.

Debatte um die Grenzen des Einsatzes von Biotechnologien wie dem therapeutischen oder reproduktiven Klonen oder der Embryonenforschung.⁶³⁶

Dabei ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass bei einer konkret auf ein komplexes Zukunftsproblem bezogenen Verwendung des Menschenwürdearguments Zurückhaltung geboten sein muss.⁶³⁷ Der Schutz und die Achtung der Menschenwürde sind als objektiv-rechtliche Grundgedanken der Verfassung mit absoluter Gültigkeit formuliert und dem Grundgesetz bewusst vorangestellt. Ihre Funktion kann die Norm nur dann erfüllen, wenn sie nicht als Stichwortgeber zur Beantwortung beliebiger Fragen zukünftiger gesellschaftlicher und technischer Entwicklungen⁶³⁸ oder zur Befriedung einer „Sehnsucht nach einfachen Gewissheiten“⁶³⁹ als Ausfluss eigener technikskeptischer Projektionen missbraucht wird⁶⁴⁰. Die Menschenwürde darf gleichzeitig ob ihres Absolutheitsanspruchs auch nicht durch Anrufung in trivialen Alltagsfragen marginalisiert werden.⁶⁴¹

Es ist keine einfache Aufgabe, all dies zu vermeiden und dennoch die zentrale Bedeutung, die Art. 1 Abs. 1 GG in der Verfassung einnimmt, für die jeweilige (und auch die hiesige) Fragestellung nicht zu vernachlässigen. Was schließlich auch die unerwünschte Folge haben könnte, die Norm im Ganzen für praktische Probleme unbrauchbar zu machen.

Als unzureichend können insgesamt solche Ansätze gelten, die den Höchstwert der Menschenwürde zur Bestätigung eines vermeintlichen Konsenses in einer mehr oder weniger pauschalen Art und Weise anrufen, ohne dies inhaltlich zu untermauern und damit rechtswissenschaftlichen Standards zu genügen.⁶⁴² Diese Art der Bezugnahme ist der eigenen Sache kaum förderlich, belässt sie doch offene Flanken für die Formulierung einer Gegenposition mit entgegengesetzter Wertung. Man sollte den eigenen

⁶³⁶ Aus dieser Debatte exemplarisch *Herdegen*, JZ 2001, 773 ff.; *Kloepfer*, JZ 2002, 417 ff.; *Böckenförde*, JZ 2003, 809 ff.; *Schweidler*, in: Klein/Menke (Hrsg.), Menschenrechte und Bioethik, 2004, S. 13 ff.; *Gutmann*, in: v. d. Daele (Hrsg.), Biopolitik, 2005, S. 235 ff.

⁶³⁷ So auch *Höfling*, JuS 1995, 857, 860 f.; *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2001, 925 f.; *Hufen*, JuS 2010, 1, 2; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 346.

⁶³⁸ Dies kritisieren auch *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 85; *Trute*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 4, ³2006, § 88, Rn. 30; *Maunz/Dürig GG/Herdegen*, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 32; *Dreier GG/Dreier*, ³2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 51.

⁶³⁹ *Maunz/Dürig GG/Herdegen*, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 47.

⁶⁴⁰ Hierzu *Hoerster*, JuS 1983, 93, 95; *Isensee*, AöR, 131 (2006), 173, 195; *Baldus*, AöR, 136 (2011), 529, 531; *Isensee*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 4, 2011, § 87, Rn. 8; *Golla*, DÖV 2019, 673, 676.

⁶⁴¹ v. *Münch*, in: Ipsen/Schmidt-Jortzig (Hrsg.), FS Rausching, 2001, S. 27 ff., 38; *Isensee*, AöR, 131 (2006), 173, 190; *Dreier GG/Dreier*, ³2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 43.

⁶⁴² Vgl. zu dieser Kritik *Mainzer*, Computer, 1994, S. 797; *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 85; *Isensee*, AöR, 131 (2006), 173, 182, 187; *Dederer*, JöR, 57 (2009), 89, 122.

Standpunkt – trotz scheinbarer Konsensfähigkeit – mit ein wenig Weitsicht nicht derart schutzlos zurücklassen, sonst verkommt der Verweis auf eine Menschenwürdeverletzung zum reinen Schönwetterargument.

Der Menschenwürde droht aber die größte Gefahr doch erst dort, wo ein Konsens nicht (mehr) besteht.⁶⁴³ Wenn sie nur dort Anwendung fände, wo sie auf einen gesellschaftlichen Konsens trifft und neuartige Herausforderungen und Entwicklungen völlig ausklammern würde, ließe sich an ihr kritisieren, dass sie als normatives Leitbild der Gesellschaft nicht taugen würde.⁶⁴⁴ Gleichzeitig kann es den Normgehalt der Menschenwürde aber auch überfordern, wenn sie beliebig mit konkreten Problemen komplexer Zukunftsfragen beladen wird.⁶⁴⁵

Diese bereits gewichtigen Schwierigkeiten bei der Anwendung der Menschenwürde auf konkrete Probleme werden durch die Abwägungsfestigkeit des Menschenwürdesatzes noch verstärkt. Einigkeit besteht zu großen Teilen darin, dass ein einmal festgestellter Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde nicht mehr gerechtfertigt werden könne,⁶⁴⁶ was der Identifikation menschenwürderelevanter Fallgruppen zusätzliche Bedeutung verleiht. Nicht abschließend geklärt ist, ob sich die Feststellung eines Menschenwürdeverstößes aber an der Gesamtwürdigung der Umstände orientieren darf oder gar – da es sich um eine Form der Wertung handelt – muss.⁶⁴⁷ Eine gewisse Wahrheit liegt wohl in der Erkenntnis, dass auch ein Anerkennungsanspruch, der sich aus der Menschenwürde ableitet, zumindest abseits enger Grenzen strikter Verbote, nicht ohne Kontext und differenzierte Konkretisierung bestehen kann.⁶⁴⁸ Wo hier die Grenze zu einer abwägenden und relativierenden Rechtfertigung liegt, bleibt zwangsläufig *vage*.⁶⁴⁹

Eine produktive Diskussion muss sich all dieser Grenzen bewusst sein. Auch wenn die Menschenwürde in ihrem Wortlaut Absolutheit verspricht, muss die Auslegung des

⁶⁴³So auch *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 29; *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 78.

⁶⁴⁴Dieses Versagen der Norm kritisieren ganz grundsätzlich *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 75; *Isensee*, AöR, 131 (2006), 173, 196.

⁶⁴⁵*Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 84 f.

⁶⁴⁶So etwa *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 83; *Höfling*, JuS 1995, 857, 859; Dreier GG/*Dreier*,³2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Starck*,⁷2018, Art. 1 Rn. 34; Stern/Becker GG/*Enders*,³2019, Art. 1 Rn. 16.

⁶⁴⁷Ausführlich hierzu *Quecke*, Unantastbare Menschenwürde, 2020.

⁶⁴⁸Vgl. *Classen*, DÖV 2009, 689, 692; *Dederer*, JöR, 57 (2009), 89, 112 f.; Maunz/Dürig GG/*Herdegen*, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 47; *Baldus*, AöR, 136 (2011), 529, 531 ff.

⁶⁴⁹Hierzu wird vertreten, absolute Geltung habe erst das, was einen Abwägungsvorgang erfolgreich durchlaufen habe, Maunz/Dürig GG/*Herdegen*, 55. EL Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 73; *Baldus*, AöR, 136 (2011), 529, 538 oder, dass antastbar (also auch abwägbar) zwar nicht die Würde sei, aber der aus ihr folgende Anerkennungsanspruch, *Dederer*, JöR, 57 (2009), 89, 110.

Achtungsanspruchs, der sich aus dem Menschenwürdesatz im konkreten Fall ergibt, stets Wandlungen des gesellschaftlichen Vorstellungsbildes miteinbeziehen und kann nicht abschließend für alle Zeiten gelten.⁶⁵⁰ Die Menschenwürde ist kein unerschöpflicher Quell absoluter Wahrheiten und sollte auch nicht als solcher behandelt werden.

b. Das Verhältnis zu spezielleren Vorschriften

Die Anrufung der Menschenwürde sollte daher gerade in sich wandelnden gesellschaftlichen Bereichen nicht ohne fundierte Argumente erfolgen und auf solche Fundamentalfragen beschränkt werden, die nur diese zu lösen vermag. Sie kann im hiesigen Problemerkostext etwa, sofern es um aktuell vorstellbare Anwendungsfälle von Rechtsgeneratoren geht, also um all die Fälle, in denen das Einsatzgebiet schon allein deshalb stark beschränkt werden muss, weil nur eine unvollkommene Version eines Rechtsgenerators zugrunde gelegt werden kann, keinen nennenswerten Mehrwert bieten und sollte unterbleiben. Sie abstrahiert die Behauptung einer potenziellen Menschenwürdeverletzung hierbei zu stark von einer konkreten realen Gefahrensituation. In diesem Zusammenhang sollte daher darauf verzichtet werden, sie zu bemühen, um ihren normativen Absolutheitsanspruch zu schützen. Hier ist die Inbezugnahme der spezielleren Verfassungsnormen – insbesondere Art. 97 und 103 Abs. 1 GG – sowie die Feststellung der fehlenden Fähigkeiten zur Bindung an das Gesetz und zur Kenntnisnahme und Berücksichtigung in einem menschlichen Sinne, vorzugswürdig. Diese können – wie beim rechtlichen Gehör gezeigt – mittelbar auf Wertungen aus dem Menschenwürdegedanken zurückgreifen, ohne den gleichen normativ-absoluten Stellenwert zu besitzen.⁶⁵¹ Solange gewisse algorithmische Fähigkeiten nicht bestehen, lässt sich ein Verbot daher auch ohne direkten Rekurs auf die Menschenwürde herleiten und sollte deshalb möglichst ohne den Bezug auf diese Höchstnorm auskommen.

3. Mögliche Folgerungen aus dem Menschenwürdeargument

Menschenwürdeargumente können aber vor allem unter der Hypothese eines vollfunktionsfähigen Rechtsgenerators, der dem Menschen ebenbürtig wäre, angebracht sein. Die Grundlagen einer menschenwürdigen Behandlung der Beteiligten im Gerichtsverfahren werden insbesondere in diesem Fall nicht vollständig von speziellen Vorschriften wie dem Recht auf rechtliches Gehör beschrieben. Sie umfassen neben ihren ge-

⁶⁵⁰ Hierauf verweisen auch *Benda*, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), *HVerfR*, Bd. 1, ²1995, § 6, Rn. 15; *BVerfG*, *Beschl. v. 12.11.1997*, *BVerfGE*, 96, 375, 399 f. = *NJW* 1998, 519, 521; *BVerfG*, *Urt. v. 15.02.2006*, *BVerfGE*, 115, 118, 153 = *NJW* 2006, 751, 757 f.; *Golla*, *DÖV* 2019, 673, 675.

⁶⁵¹ Siehe hierzu Kap. 5, C, II.

hörsspezifischen Aspekten (als objektiv-rechtliche Richtlinie allen staatlichen Handelns) einen breiteren Rahmen, in dem jede Staatsgewalt eine menschenwürdige Handhabung des Rechts (und im Falle der Gerichte insbesondere jedes Einzelfalles) gewährleisten können muss, weil der Menschenwürdeschutz das Fundament des staatlichen Gemeinwesens konstituiert.⁶⁵² Dies müsste auch in einer direkten Konkurrenzsituation zwischen Menschen und Algorithmen deutlich herausgestellt bleiben.

An einer automatisierten Gerichtsentscheidung lässt sich von dieser Perspektive aus die Gefahr der *Entmenschlichung* als solche, also die schwer zu differenzierende Gesamtheit von Defiziten aus fehlender zwischenmenschlicher Empathie, eigener sozial geprägter Persönlichkeit, menschlicher Verantwortungsfähigkeit und dem durch die schematisierende und pauschalisierende Erfassung ausgelösten *Unbehagen der Rechtsunterworfenen* als besonders konfliktbehaftetes Hindernis für die Automatisierung der Richtertätigkeit kritisieren.⁶⁵³ Diese Kritikpunkte lassen sich als Ganzes an einer speziellen verfassungsrechtlichen Grundrechtsnorm kaum festmachen. Eine Standortbestimmung ist für die Bewertung zukünftiger Entwicklungen aber notwendig. Um die Menschenwürdegarantie zu entlasten wäre hierzu daher eine Anpassung des Verfassungstextes wünschenswert.

Mangels konkreter Verortbarkeit sind aber faktisch – ungeachtet der vorgebrachten Bedenken – verschiedene Ansätze zu verzeichnen, die direkt oder mittelbar Rekurs auf die Menschenwürdeformel und ihre Argumentationstopoi nehmen, um die Automatisierung der Rechtsprechungstätigkeit als Unterform algorithmischer Entscheidungstätigkeit zu begrenzen.⁶⁵⁴ Traditionell wurde die Frage der Menschenwürdeverletzung durch Technisierung und Maschinisierung eher als Problem der Bedrohung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der informationellen Selbstbestimmung durch Datenmacht und Überwachung⁶⁵⁵ thematisiert und seltener als Frage der Ersetzung von menschlichen Entscheidungen durch maschinelle und der Autonomiegefährdung

⁶⁵²Vgl. u. a. *Dürig*, AöR, 42 (1956), 117, 123; BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, BVerfGE, 6, 32, 40 = NJW 1957, 297, 298; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707; BVerfG, Beschl. v. 17.01.1979, BVerfGE, 50, 166, 175 = NJW 1979, 1100; BVerfG, Beschl. v. 24.04.1986, BVerfGE, 72, 105, 115 = NJW 1986, 2241; *Benda*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 6, Rn. 6; *Isensee*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. 4, 2011, § 87, Rn. 92.

⁶⁵³In dieser Hinsicht siehe *Simitis*, Automation in der Rechtsordnung, 1967, S. 21; *Frese*, NJW 2015, 2090, 2092; *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; *Sourdin*, UNSW Law Journal, 41 (2018), 1114, 1129 f.; *Bull*, Der Staat, 58 (2019), 57, 80.

⁶⁵⁴Mit ausdrücklichem Bezug vgl. *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 84; *Greco*, RW 2020, 29, 49, 58 f.

⁶⁵⁵Siehe etwa schon BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707; BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, BVerfGE, 65, 1 = NJW 1984, 419.

durch Letztere. Die Debatte steht hierzu noch relativ am Anfang.⁶⁵⁶ Gerade im gerichtlichen Bereich ist dieser Ansatzpunkt aber von gesteigerter Relevanz.

In einer Kurzformel zusammengefasst ist ein zentrales Argument hierbei, dass ein Mensch, der einer automatisierten Rechtsanwendung unterzogen werde, unter gewissen Umständen – zu denen die besonders sensible Situation einer letztverbindlichen, grundrechtsbegrenzenden Gerichtsentscheidung gezählt wird – seiner Subjektstellung verlustig ginge und zum bloßen vermessbaren Objekt (zur reinen „Sammlung von Datenpunkten“⁶⁵⁷) des algorithmischen Entscheidungsaktes herabgewürdigt und somit entmenschlicht würde.⁶⁵⁸ Diese Frage ist von derjenigen, ob Maschinen je selbst Menschenwürde oder zumindest Gattungsrechte besitzen könnten⁶⁵⁹, und den Problemen rund um die Verwendung und den Missbrauch von gesammelten Daten zu trennen und thematisiert eine eigene Fragestellung, die sich auf die Entscheidungsmacht von Algorithmen über menschliche Verhaltensweisen und Freiheiten bezieht⁶⁶⁰.

a. Der Gedanke des Art. 22 DSGVO

Insbesondere der 2018 mit der Novellierung des europäischen Datenschutzrechts eingeführte Art. 22 DSGVO hat hier neuen Diskussionsstoff geliefert. Untersuchenswert ist er im hiesigen Kontext der Wesensmerkmale eines Richters insbesondere in seiner Bedeutung und seinen Parallelitäten zu vergleichbaren verfassungsrechtlichen Menschenwürdeargumenten.

Auf den ersten Blick scheint Art. 22 DSGVO Quelle einer lang gesuchten Erkenntnis. Nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO haben Personen das Recht, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihnen gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet. Entgegen dem Wortlaut ist hiermit nicht nur ein subjektives Recht, sondern ein *objektives Verbot* normiert.⁶⁶¹

Die dem Art. 22 Abs. 1 DSGVO in der Literatur zugeordnete Zwecksetzung weist in ihrer Terminologie erstaunliche Ähnlichkeiten zu herkömmlichen Würdebegründungen auf. Einige sehen die Wertung der datenschutzrechtlichen Verbürgung sogar

⁶⁵⁶Siehe aber beispielsweise *Mainzer*, Computer, 1994, S. 804 f.; mit Blick auf die Verschmelzung von Mensch und Maschine *Nettesheim*, AöR, 130 (2005), 71, 94 f.; zur Mensch-Maschine-Interaktion *Heesen*, in: Gröschner/Kapust/Lembcke (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, 2013, S. 360 f., 361; konkreter zu der genannten Frage bereits Ansätze bei *Golla*, DÖV 2019, 673 ff.; *Nettesheim*, JZ 2019, 1, 10; *Geminn*, DÖV 2020, 172, 176; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 349.

⁶⁵⁷*Hoeren/Niehoff*, RW 2018, 47, 53.

⁶⁵⁸Siehe etwa *Bull*, Der Staat, 58 (2019), 57, 80; vgl. auch *Pfeil*, InTeR 2020, 82, 88.

⁶⁵⁹Hierzu *Gaede*, Künstliche Intelligenz, 2019, S. 31 ff.

⁶⁶⁰Siehe *Simitis Datenschutzrecht/Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 8.

⁶⁶¹Vgl. u. a. *Abel*, ZD 2018, 304, 305; *Simitis Datenschutzrecht/Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 16 m. w. N.; *Paal/Pauly DSGVO/Martini*, 32021, Art. 22 DSGVO Rn. 1, 29a.

direkt in der Menschenwürdegarantie verwurzelt.⁶⁶² So sei es die Intention auch dieser Vorschrift, den Einzelnen davor zu schützen, zum Objekt der Entscheidung gemacht zu werden.⁶⁶³ Die Vorschrift findet nach überwiegender Ansicht als Norm aus der Querschnittsmaterie des Datenschutzrechts auch auf den justiziellen Bereich Anwendung, der der Regelungskompetenz der Union im Übrigen nicht unterfällt,⁶⁶⁴ und hat in ihrem Anwendungsbereich Vorrang vor nationalen Regelungen. Es handelt sich bei Art. 22 DSGVO zudem nicht um eine – in der Kernkompetenz des Datenschutzrechts liegende – Regulierung des Bearbeitungsprozesses personenbezogener Daten im eigentlichen Sinne, sondern seiner möglichen Resultate in Form automatisierter Entscheidungen.⁶⁶⁵

Dass mit ihr aber nicht im gleichen Maße ein absolutes Verbot aufgestellt ist, wie mit einer Bezugnahme auf den höchsten Verfassungswert des Grundgesetzes, zeigt die Norm selbst, indem sie in ihrem Absatz 2 zahlreiche Ausnahmen zulässt. Für den justiziellen Kontext ist besonders die Öffnungsklausel in lit. b relevant, die automatisierte Entscheidungen unter anderem auf Grundlage nationaler Rechtsvorschriften zulässt, sofern diese „angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten“. Daneben ist als Ausnahmetatbestand die Erforderlichkeit für den Abschluss eines Vertrages (lit. a) und die ausdrückliche Einwilligung (lit. c) aufgeführt, die nach Absatz 3 ebenfalls Sicherungsmaßnahmen voraussetzen.

⁶⁶²So u. a. *Martini*, JZ 2017, 1017, 1019; *Golla*, DÖV 2019, 673, 676; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 170; *Schliesky*, NJW 2019, 3692, 3695; DSK, Hambacher Erklärung zur Künstlichen Intelligenz, 03.04.2019 (datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20190405_hambacher_erklaerung.pdf), S. 3; *Geminn*, DÖV 2020, 172, 176; v. *Walter*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch AI und ML, 2020, S. 391 ff., 395; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 349. Zumindest eine begriffliche Nähe sieht *Ernst*, JZ 2017, 1026, 1030.

⁶⁶³*Martini*, JZ 2017, 1017, 1019; *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 557; Simitis Datenschutzrecht/*Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 3, 16; Taeger/Gabel DSGVO/*Taeger*, ³2019, Art. 22 DSGVO Rn. 8; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 110; Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 191; Kühling/Buchner DSGVO/*Buchner*, ³2020, Art. 22 DSGVO Rn. 1, 11; *Pfeil*, InTeR 2020, 17, 20; Jähnel DSGVO/*Jähnel*, 2021, Art. 22 DSGVO Rn. 1; BeckOK Datenschutzrecht/v. *Lewinski*, ³⁶2021, Art. 22 DSGVO Rn. 2; Paal/Pauly DSGVO/*Martini*, ³2021, Art. 22 DSGVO Rn. 1, 20.

⁶⁶⁴Vgl. mit näheren Ausführungen zu Kompetenzfragen *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128, 1136; *Ory/Weth*, NJW 2018, 2829, 2830; *Bieresborn*, DRiZ 2019, 18 ff.; *Engeler*, NJOZ 2019, 593 f.; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 110; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 164 f.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 246 f., von der DSGVO ausgenommen seien aber die Strafgerichte, diese unterfielen der JI-RL (siehe S. 247 f.).

⁶⁶⁵*Abel*, ZD 2018, 304, 305; Simitis Datenschutzrecht/*Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 4, 8; Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 110; Kühling/Buchner DSGVO/*Buchner*, ³2020, Art. 22 DSGVO Rn. 4.

In der Einschränkung ihrer Ausnahmen durch das Erfordernis solcher Maßnahmen liegt die eigentliche Begrenzungswirkung der Vorschrift für den Einsatz von Rechtsgegeneratoren in entscheidungstreffender richterlicher Position: Solange die hier geforderte Art von Sicherungsmaßnahmen nicht bestehen – nicht einmal in der Theorie bestehen können – und somit nicht hinreichend effektiv eingesetzt werden können,⁶⁶⁶ kann auch keine Rechtsvorschrift den Einsatz dieser Technologie legitimieren.

Nur in allgemeiner Form äußert sich Art. 22 DSGVO aber dazu, wie genau diese Schutzmaßnahmen auszugestalten sind. Ansätze finden sich in der Wertung des Absatz 3, der zwar direkt nur für lit. a und c Anwendung findet, jedoch auch Rückschlüsse auf die in lit. b genannten Vorkehrungen zulässt.⁶⁶⁷ Darunter fallen ausdrücklich ein *Recht auf Eingreifen einer Person, auf Darlegung des eigenen Standpunktes* und *auf Anfechtung der Entscheidung*. Diese Rechte waren im gerichtlichen Bereich aber überwiegend schon zuvor selbstverständlicher Bestandteil jeder (erstinstanzlichen) Entscheidung und werden zum Teil auch von Art. 103 Abs. 1 GG abgesichert; die Wertungen von Datenschutz- und Verfassungsrecht laufen hier also in Teilen bereits parallel.

Hierbei bleibt die wesentliche Frage ungeklärt, ob und wie es überhaupt möglich ist, solche (bestehenden) Sicherungsmaßnahmen in einem Bereich wie der Justiz neu in Bezug auf Algorithmen auszugestalten. Die Regelungswirkung des Art. 22 DSGVO zieht mit der verfassungsrechtlichen Normlage somit allenfalls gleich, sie eröffnet aber keinen neuen oder größeren Anwendungsbereich und verbietet automatisierte gerichtliche Entscheidungen nicht grundsätzlich⁶⁶⁸. Ihm allgemein und für jeden Anwendungsfall einen Menschenwürdegehalt zuzusprechen, ist daher wenig überzeugend. So kritisiert auch *Schulz*, dass die Norm die Vorteile automatisierter Entscheidungsfindung in einigen Bereichen verkenne. Er sieht hierin einen „Ausdruck eines diffusen Unbehagens des Verordnungsgebers gegenüber maschinellen Entscheidungen“.⁶⁶⁹ Der Regelungszweck des Art. 22 DSGVO darf algorithmische Entscheidungen nicht unter Generalverdacht stellen, er muss differenzierter ausgearbeitet werden.

⁶⁶⁶Siehe hierzu Kap. 5, A, I, 2 und Kap. 5, B, II, 3, b, bb).

⁶⁶⁷*Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung, 2019, Rn. 550; der Normgeber kann aber auch andere Maßnahmen vorsehen, siehe *Simitis Datenschutzrecht/Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 47; *BeckOK Datenschutzrecht/v. Lewinski*, 36/2021, Art. 22 DSGVO Rn. 46 f.

⁶⁶⁸So auch *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 254.

⁶⁶⁹*Gola DSGVO/Schulz*, 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 2; ähnlich auch *Trute*, in: *Bär/Grädler/Mayr* (Hrsg.), Digitalisierung im Spannungsfeld, Bd. 2, 2018, S. 313 ff., 323.

b. Absoluter Humanvorbehalt bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen

Zum Abschluss dieses Kapitels stellt sich daher die Frage, welche Entscheidungsinhalte im gerichtlichen Bereich aus Sicht der Menschenwürdegarantie unter einen *absoluten Humanvorbehalt* zu stellen sind, weil, selbst bei einem vollfunktionsfähigen System und strengen Schutzmaßnahmen, das bestehende Risiko nicht ausgeglichen werden kann und welche Anwendungen auf der anderen Seite unter bestimmten (strengen) Sicherheitsvorkehrungen zugelassen werden können.⁶⁷⁰

Ein taugliches Mittel der Differenzierung, das sich auch auf die Frage einer möglichen Menschenwürdeverletzung durch algorithmische Entscheidungen übertragen lässt, liegt in der Einführung einer *Risikomatrix*, wie konkret für den gerichtlichen Bereich vom *Deutschen Anwaltsverein* in seiner Stellungnahme 2020 in Anlehnung an eine allgemeinere Kritikalitätspyramide aus dem Gutachten der *Datenethikkommission* vom 23.10.2019⁶⁷¹ vorgeschlagen.⁶⁷² Diese Art der Regulierung findet sich auch im aktuellen Vorschlag der *Europäischen Kommission* zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz vom April 2021 wieder.⁶⁷³

Der risikobasierte Regulierungsansatz setzt daran an, dass neben verschiedenen Risikostufen, die teils besondere Sicherungsmaßnahmen vorsehen (sogenannte Hochrisiko-KI-Systeme),⁶⁷⁴ nur auf der Stufe höchsten Risikos, wenn also ein unvertretbares Schädigungspotenzial besteht, ein striktes Verbot eingreifen soll. Diese Art der Gefährdung ist nicht zwangsläufig bei allen Anwendungen inhaltlicher Art in der Justiz anzunehmen, auch wenn diese unzweifelhaft ein erhöhtes Risiko aufweisen. Ein gewisses Maß an Schematisierung und Typisierung ist in einfach gelagerten Fällen, wie die vorangegangene Analyse zeigte, nicht ausgeschlossen.⁶⁷⁵ Wegen des besonders relevanten Schutzgutes und der Tragweite möglicher Auswirkungen, ist eine inakzeptable Gefährdung aber aus dem Blickwinkel des Entscheidungsinhalts bei *grundrechtsrelevanten* gerichtlichen Entscheidungen, die *letztverbindlich* wirken, nahe liegend.⁶⁷⁶ Dies ist bei

⁶⁷⁰Zu risikobehafteten Anwendungen bereits Kap. 5, B, II, 3, b, bb), (3).

⁶⁷¹Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019 (bit.ly/3l0lSwq), S. 177.

⁶⁷²DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, S. 20 ff.

⁶⁷³Europäische Kommission, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), in Anhang III Nr. 8a sind bereits „KI-Systeme, die bestimmungsgemäß Justizbehörden bei der Ermittlung und Auslegung von Sachverhalten und Rechtsvorschriften und bei der Anwendung des Rechts auf konkrete Sachverhalte unterstützen sollen“ als Hochrisikotechnologien aufgeführt.

⁶⁷⁴Solche etwa in *dies.*, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), S. 54 ff., Kapitel 2: Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme.

⁶⁷⁵Siehe Kap. 3, A und Kap. 5 A bis C.

⁶⁷⁶Mit Einschränkung auf weniger grundrechtssensible Fälle auch *v. Graevenitz*, ZRP 2018, 238, 241; eine grundsätzlich hohe Grundrechtsrelevanz gerichtlicher Entscheidungen sieht DAV, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Juni 2020, S. 5; außerdem Europäische Kommission, Vorschlag für ein Gesetz über

Fällen eines erheblichen strafrechtlichen Schuldvorwurfs, im Öffentlichen Recht bei Gefährdung grundrechtlich geschützter Güter durch staatliche Intervention und in Konstellationen mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte im zivilen Rechtsverkehr denkbar. Hier liegt durch den letztgültigen, eingriffsintensiven Charakter eine Menschenwürdeverletzung besonders nahe, wenn Entscheidungen nicht unter absolutem Humanvorbehalt stünden.

Ein Erklärungsansatz hierfür könnte aus der Warte der Menschenwürdegarantie dahingehend formuliert werden, dass spezielle Grundrechte den Würdegedanken konkretisieren, indem sie dem Menschen in seiner Fähigkeit zur Selbstverwirklichung gegeben sind und diesen als soziales Wesen beschreiben, ohne über die Qualität des Mittels und der Art seiner Entfaltung zu urteilen oder diese sachgrundlos zu begrenzen. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass nur Menschen, die gleichermaßen durch ein gewisses Maß an Selbstverwirklichungsfähigkeit aber auch Fehlbarkeit und Imperfektion gekennzeichnet sind, in Fragen, die diese Entfaltung *erheblich* begrenzen, über andere fehlbare Menschen richten können sollten, da nur diese das menschliche Potenzial der Selbstverwirklichung, der Persönlichkeitsentwicklung und der Läuterung zu würdigen in der Lage sind.

Die Grundrechtsrelevanz eines Falles ist aber schlussendlich völlig unabhängig von seiner Komplexität und der Fähigkeit eines fortschrittlichen Algorithmus zu seiner Bewältigung zu bewerten. Auch inhaltlich und normlogisch sehr einfache Fälle können eine erhebliche Beeinträchtigung grundrechtlicher Positionen beinhalten, weshalb schon die Vorabzuweisung eines Falles zu einer Kategorie höherer oder niedrigerer Grundrechtsrelevanz⁶⁷⁷ die Subjektstellung und die Autonomie der Betroffenen infrage stellen kann.⁶⁷⁸

Künstliche Intelligenz, 21.04.2021 (bit.ly/37265oG), S. 33 zur Justiz in Erwägungsgrund 40: „Bestimmte KI-Systeme, die für die Rechtspflege und demokratische Prozesse bestimmt sind, sollten angesichts ihrer möglichen erheblichen Auswirkungen auf die Demokratie, die Rechtsstaatlichkeit, die individuellen Freiheiten sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht als hochriskant eingestuft werden. Um insbesondere den Risiken möglicher Verzerrungen, Fehler und Undurchsichtigkeiten zu begegnen, sollten KI-Systeme, die Justizbehörden dabei helfen sollen, Sachverhalte und Rechtsvorschriften zu ermitteln und auszulegen und das Recht auf konkrete Sachverhalte anzuwenden, als hochriskant eingestuft werden. Diese Einstufung sollte sich jedoch nicht auf KI-Systeme erstrecken, die für rein begleitende Verwaltungstätigkeiten bestimmt sind, die die tatsächliche Rechtspflege in Einzelfällen nicht beeinträchtigen, wie die Anonymisierung oder Pseudonymisierung gerichtlicher Urteile, Dokumente oder Daten, die Kommunikation zwischen dem Personal, Verwaltungsaufgaben oder die Zuweisung von Ressourcen.“

⁶⁷⁷Hierbei bestehen ähnliche praktische Hindernisse wie bei der Zuweisung in einen Komplexitätsgrad. Siehe Kap. 3, A, I, 1.

⁶⁷⁸In diese Richtung *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 95 f.

Fünfter Zwischenstand

Schlussendlich muss das Resümee zu der Verwendung des Menschenwürdearguments im Kontext der Frage nach dem menschlichen Richterbegriff gemischt ausfallen. Naturgemäß wird es potenziellen Befürwortern einer automatisierten Rechtsprechung weniger leicht gelingen, konkret mit einer Menschenwürdebegründung auf inhaltlicher Ebene einhergehenden Folgerungen entgegenzutreten. Es ist aber weitgehend ungeklärt, ob und wie sich solche Inhalte überhaupt mit dem offenen Wortlaut des Menschenwürdeprinzips verknüpfen lassen, ohne diesen begrifflich überzustrapazieren. Ein möglicher Ansatz wurde hier in knapper Form in einer gestuften Risikobewertung und der besonderen Bedeutung grundrechtssensibler Schutzgüter vorgestellt. Der Versuchung einer Sehnsucht nach absoluten Wahrheiten sollte aber auch dieser Ansatz nicht erliegen. Letztlich steht in Abrede, ob es der eigenen Position nicht vielleicht sogar zu mehr Glaubwürdigkeit verhelfen könnte, im Zweifelsfall auf das Argument der Würdeverletzung zugunsten speziellerer Begründungen zu verzichten.

Soll die Menschenwürde als Argument aber weiterhin in die Debatte miteinbezogen werden, müssen die Besonderheiten automatisierter Entscheidungen in der Rechtsprechung berücksichtigt bleiben und es muss eine klare Trennung zu verwandten, aber dennoch letztlich unabhängigen, Fragestellungen gefunden werden.

Dies kann aber nur den Beginn einer Debatte darstellen. Bestehende und in Entwicklung begriffene Regulierungsansätze müssten letztlich in Zukunft weiter konkretisiert und ausdifferenziert werden, um das Pauschalargument der Menschenwürdeverletzung zu entlasten. Der Gesetzgeber sollte seine Aufgabe, das Recht auf alle vorstellbaren Entwicklungen gravierender Art in einer digitale Zukunft vorzubereiten, auch in diesem Sinne umfassend wahrnehmen. Auch im hiesigen Regelungsbereich sollte eine Konkretisierung zugunsten einer größeren Eindeutigkeit des Eigenwertes menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung ernsthaft erwogen werden. Dass Konsens und Selbstverständlichkeit noch so sicher die praktische Erheblichkeit dieser Frage auszuschließen scheinen, sollte nicht als Anlass zur Untätigkeit verstanden werden

Kapitel 6

Zusammenstellung der Ergebnisse und Ausblick

A. Rückblick

Eingangs wurde die untersuchungsleitende Kernfrage aufgeworfen, ob die Verwendung von entscheidungstreffenden Rechtsgeneratoren in einem staatlichen Gerichtsverfahren in Deutschland, insbesondere für die selbstständige Bearbeitung von einfachen gerichtlichen Entscheidungen, denkbar wäre und wie diese in Hinblick auf einen Eigenwert menschlicher Entscheidungen unter besonderer Würdigung der Art. 92 ff. GG verfassungsrechtlich zu bewerten sei.¹ Eine Antwort auf den ersten Teil dieser Frage gaben Kapitel 1 bis 3.

In Kapitel 1 zeigte sich, dass es sich bei der Frage nach einer algorithmischen Richtertätigkeit um kein isoliertes Phänomen handelt. Rechtsgeneratoren werden als Elemente einer breiteren Entwicklung im Bereich Legal Tech diskutiert und in Zukunft sehr wahrscheinlich fester Bestandteil von privaten und staatlichen Entscheidungs- und Rechtsfindungsszenarien sein.² Die Debatte um die Automatisierung der Entscheidung in der Rechtsprechung nimmt hierbei aber verfassungsrechtlich eine Sonderrolle ein.

Aus diesem Anlass wurden in Kapitel 2 und 3 Gefahren, Grenzen, Perspektiven und Vorteile spezifisch in Hinblick auf dieses Anwendungsszenario untersucht. In diesem Zusammenhang zeigte sich, dass ein solcher Einsatz durch technische und rechtstheoretische Schranken unabhängig von seiner Zulässigkeit in vielen Bereichen des Rechts bereits nicht umsetzbar oder zumindest nicht praktikabel wäre.³ Gerade einfache Entscheidungen, unter die einige unechte Massenverfahren, bestimmte Fälle mit geringem Streitwert, unstrittige Fälle, strukturierte Teil- und Vorentscheidungen und Teile der gerichtlichen Streitbeilegung gefasst wurden,⁴ sind jedoch prinzipiell automatisierungsg geeignet und könnten zukünftig in Teilen auch durch entscheidungstreffende Algo-

¹ Siehe Einleitung

² Siehe Kap. 1, B, II und III.

³ Siehe Kap. 2, A und B.

⁴ Siehe Kap. 3, A, I, 2.

rithmen selbstständig bearbeitet werden. Welche Vorteile ihr Einsatz letztendlich beispielsweise in Hinblick auf die Rechtsanwendungsgleichheit oder den Zugang zum Recht haben könnte, lässt sich aber nur in Zusammenspiel mit der verfassungsrechtlichen Bewertung dieser Technologie bestimmen.

B. Fazit der verfassungsrechtlichen Analyse

Eine Antwort auf den zweiten Teil der einleitenden Fragestellung nach der verfassungsrechtlichen Bewertung ist in Kapitel 4 und 5 gefunden worden.

Kapitel 4 widmete sich zunächst der Identifikation eines geeigneten verfassungsrechtlichen Bewertungsmaßstabes. Hierfür wurde der verfassungsrechtliche Begriff des Richters als Eröffnungsvoraussetzung der Anwendungsbereiche der Art. 92 ff. GG herangezogen. Der hierbei gewählte Ansatz stand unter der Fragestellung, ob eine Verortung nicht-menschlicher Akteure unter den Begriff des Richters denkbar wäre. Es konnte gezeigt werden, dass es als Antwort hierauf nicht genügt, auf eine historisch geprägte Selbstverständlichkeit menschlicher Rechtsprechungstätigkeit zu verweisen.⁵ Stattdessen ist das Heranziehen materieller Kriterien notwendig. Solche sollten auf die neue und besondere Situation einer Konkurrenz durch entscheidungstreffende Algorithmen angepasst und aus bereits bestehenden Ansätzen weiterentwickelt werden.

Hierfür wurde in Kapitel 5 eine Systematisierung in einem Dreischritt gewählt, der diese Merkmale nach den Aspekten rechtsstaatlicher Funktionserfüllung, demokratischer Rückbindung und sozialer Aufgabenerfüllung gliederte.

I. Teilergebnis A

Teilabschnitt A schloss mit der Erkenntnis, dass ein Rechtsgenerator die rechtsstaatliche Funktion eines Richters auf unabsehbare Zeit nicht erfüllen kann.

Hierbei wurde aber deutlich, dass dies für einige ausgewählte Fälle kein Argument der fehlenden prinzipiellen Erreichbarkeit dieses Ziels ist, sondern sich teilweise aus heute unüberwindbar erscheinenden praktischen Hürden und technischen Unzulänglichkeiten oder zu hohen Kosten und Risiken ergibt, also aus Faktoren, die sich perspektivisch möglicherweise beheben lassen könnten. Besonders die eingeschränkten Fähigkeiten von regelbasierten und einfachen datenbasierten Rechtsgeneratoren erwiesen sich für die gerichtliche Rechtsautomation als Fluch und Segen zugleich. Die mit einer heteronomen Funktionsweise verbundenen technischen Restriktionen sind der Verwirklichung von Unabhängigkeitsschutz nach Art. 97 GG und Gesetzesbindung nach

⁵ Siehe Kap. 4, A.

Art. 20 Abs. 3 GG zwar dienlich, sie ermöglichen aber gleichzeitig kaum nennenswerte Einsatzbereiche. Datenbasierte Systeme, die Künstliche Intelligenz einsetzen, sind hingegen für komplexere Fragestellungen besser geeignet. Sie sind jedoch unkontrollierbar und das mit ihnen verbundene Risiko daher unkalkulierbar.

Eine entscheidende Frage wird deshalb in Zukunft sein, welche Fälle wirklich so einfach sind, dass sie durch Rechtsgeneratoren ohne nennenswerte autonome Entscheidungsfähigkeit bearbeitet werden können. Gewisse inhaltlich-qualitative Unterscheidungen im Schwierigkeitsgrad der Entscheidung ließen sich den verfassungsrechtlichen Maßgaben anlegen, jedoch waren diese eher allgemeiner Natur. So können Unabhängigkeitsschutz, Gesetzesbindung und richterliche Qualifikation unter den Bedingungen eines automatisierungsgeeigneten Falls andere Funktionen erfüllen als bei den in der überwiegenden Zahl der Fälle notwendigen komplexen Wertentscheidungen. Die Gesamtschau der betrachteten Aspekte deutet in der Folge darauf hin, dass die Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit algorithmischer Entscheidungen in Hinblick auf die rechtsstaatliche Funktion von Richtern abgestuft stattfinden muss.

(I.) Es gibt zunächst einen sehr großen Bereich innerhalb dessen menschliche Fähigkeiten noch auf unabsehbare Zeit einen unverzichtbaren Bestandteil der richterlichen Tätigkeit darstellen werden. Insbesondere, aber nicht nur, um für Menschen sinnvolle Wertentscheidungen treffen zu können. Dies ergibt sich nicht nur aus den technischen Defiziten des aktuellen Befunds, sondern auch aus den Zielsetzungen, die richterliche Gesetzesbindung und Unabhängigkeit in diesen Bereichen für die Aufgabenerfüllung des Richters setzen. Auch wenn Algorithmenhersteller Wertungen von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung durchaus im Vorhinein vornehmen könnten, würde dadurch eine immense Machtverschiebung drohen und ein unflexibles Abbild unserer gesellschaftlichen Werte entstehen.

(II.) Daneben gibt es einen schon sehr viel kleineren Zwischenbereich von Fällen, in dem die technische Unmöglichkeit zunächst einmal nicht prinzipiell gegen den potenziellen Einsatz von Rechtsgeneratoren spricht, in dem aber ebenfalls gravierende verfassungsrechtliche Einwände gegen die Zulässigkeit von Rechtsgeneratoren vorgebracht werden können. Hierzu zählen auch die meisten Fälle standardisierter und unstrittiger richterlicher Rechtsanwendung, die keine oder nur kleinere Wertungsoperationen erfordern.

Mit den nötigen immensen Aufwendungen, technischem Fortschritt und einem entsprechenden politischen Willen könnten sich hier unter großer Kraftanstrengung Anwendungsräume für Rechtsgeneratoren schaffen und Gefahren für Unabhängigkeit und Gesetzesbindung abwenden lassen. Dass dies auf absehbare Zeit in größerem Maße geschieht, ist jedoch sehr unwahrscheinlich, da nach momentanem Stand der Technik die Kosten für die aufwendige Sicherung und Wartung eines entsprechenden Systems den möglichen Nutzen in einem vergleichsweise kleinen Anwendungsbereich weit

übersteigen würden. Bestehende algorithmenspezifische Risiken können zudem noch nicht hinreichend sicher ausgeschlossen werden. Die Vorsicht und Vorbildfunktion des Staates gebietet es daher, auch in diesen Bereichen von risikobehafteten Entscheidungen zugunsten algorithmischer Rechtsprechung abzusehen.

(III.) Zuletzt gibt es eine sehr kleine Anzahl von Fällen, die sich mit einem etwas geringeren Aufwand und Risiko, mittelfristig vollautomatisieren lassen könnten. Hierbei handelt es sich aber meist nur um rein logische Teiloperationen, die nur in seltenen Ausnahmefällen einen so großen Stellenwert in einer richterlichen Entscheidung einnehmen, dass ein sinnvoller entscheidungstreffender Einsatz ohne Hinzuziehung des Menschen denkbar ist. Hier kommt der Einsatz als Entscheidungsunterstützungssystem oder zur Übernahme von Aufgaben unterhalb des Richtervorbehalts in Betracht. Die Einführung eines Rechtsgenerators zur umfänglichen eigenständigen Bearbeitung von Fällen ist aber auch in diesem Feld keine praktikable Option.

II. Teilergebnis B

Die demokratische Dimension richterlicher Tätigkeit bestätigt diesen Befund, wenngleich sie eine andere Perspektive auf dieses Ergebnis ermöglicht.

Der Verweis auf eine durch das Volk vermittelte Legitimation stellt klar, dass Entwicklungen dieser Art letztlich durch das Vertrauen und der Akzeptanz in der Bevölkerung mitbestimmt sind. Als Faktoren, die eine vertrauensstiftende Entwicklung in algorithmische Entscheidungssysteme zukünftig begünstigen könnten, wurden die Qualifikation, die Begründbarkeit und die Verantwortlichkeit der genannten Systeme untersucht.⁶ Die Analyse zeigte, dass ein übersteigertes Vertrauen in die Fähigkeiten entscheidungstreffender Algorithmen nicht gerechtfertigt ist. Besonders die fehlende Fähigkeit von Algorithmen, Verantwortung für die eigenen Entscheidungen zu übernehmen, erwies sich als ein Faktor, den auch eine technische Weiterentwicklung nicht revidieren können wird.⁷

In gewissen Bahnen lassen sich die Pfade zukünftiger Entwicklungen heute schon vorzeichnen. Der Staat und die Europäische Union können den gesellschaftlichen Diskurs über die Vertrauenswürdigkeit dieser Technologie durch Regeln, einen Verzicht auf bestimmte Praktiken im eigenen Verantwortungsbereich sowie durch Ausübung ihrer Informationsaufgabe und zuletzt auch durch Verbote in Einzelbereichen kritisch begleiten. Sie können am Gemeinwohl orientierte Möglichkeiten für den Einsatz schaffen. Staatliche Akteure könnten darüber hinaus Anforderungskataloge bereithalten, die Sicherungsmaßnahmen benennen und durchsetzen. Ein solcher ist im Entwurf für

⁶ Siehe Kap. 5, B, II.

⁷ Siehe Kap. 5, B, II, 3.

ein Gesetz über Künstliche Intelligenz durch die Europäische Kommission bereits angedeutet worden.⁸ Normgeber besitzen schlussendlich die Möglichkeit, eine menschliche Entscheidung in der Rechtsprechung selbst dann normativ zu garantieren, wenn technische Fähigkeiten die menschlichen irgendwann einmal überholen sollten. Es wäre zu begrüßen, wenn gewisse Grundentscheidungen in einer an die Bedingungen digitaler Umwelten angepassten Art und Weise im nationalen Verfassungstext und europäischen Primärrecht noch deutlicher zum Ausdruck kommen würden, um das demokratische Element dieses Entscheidungsfindungsprozesses zu stärken.

III. Teilergebnis C

Der letzte Untersuchungsabschnitt widmete sich unter dem Aspekt der sozialen Kompetenz und Aufgabe von Richtern der Frage, inwiefern sich auch dort noch verfassungsrechtliche Grenzen ziehen lassen, wo sich gewisse Einschätzungen und Vorbehalte bezüglich der in Abschnitt A und B genannten Bedingungen ändern könnten. Um diesen Aspekt einzupreisen, wurden die sozialen Kompetenzen der Richter unter den Gesichtspunkten des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG und der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG näher betrachtet.

Es lässt sich im Nachgang an diese Untersuchung festhalten: Trotz scheinbar unverrückbarer Hürden sind absolute Grenzen auch hier nur eingeschränkt zu ziehen. Ihre Anrufung belastet den normativen Gehalt der Verfassung, verhindert Wandlungen und muss daher zurückhaltend geschehen.⁹

Wenngleich als Richter daher aus der Warte der Frage nach der Unersetzbarkeit seiner sozialen Kompetenzen betrachtet in ferner Zukunft nicht zwangsläufig immer nur tätig werden könnte, wer gattungsspezifisch menschlich ist, muss ein Richter aber in vielerlei Hinsicht stets *menschlich handeln* können. Diese Fähigkeit wird maßgeblich durch soziale Fähigkeiten, wie die Befähigung zum Dialog und zu emotionaler Intelligenz geprägt, die es ermöglichen, den Betroffenen rechtliches Gehör zu vermitteln und sie menschenwürdig zu behandeln. Die hierfür notwendigen Eigenschaften sind einer Künstlichen Intelligenz oder gar einem programmierten regelbasierten Rechtsgenerator auf unabsehbare Zeit nicht zuzutrauen.

Zu einer menschenwürdigen Behandlung und dem verfassungsrechtlichen Gehörsrecht gehört es außerdem auch, dass die betroffene Person selbst über die persönliche Relevanz des sie betreffenden Falles befinden kann. Die notwendige Flexibilität, um auf solche Umstände einzugehen, besitzt eine Maschine nicht.

⁸ Siehe Kap. 5, C, III, 3, b.

⁹ Siehe Kap. 5, C, III, 2.

IV. Zusammenfassung

Die menschliche Gestalt des Richters besitzt im Ergebnis durch ihre bislang unnachahmbaren Eigenschaften also einen klaren verfassungsrechtlichen Eigenwert.

Es ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass Richter im Sinne von Art. 92 Hs. 1 GG nur sein kann, wer die in vielerlei Hinsicht durch die menschliche Natur geprägten rechtsstaatsfördernden, demokratiegetragenen und sozial in eine menschliche Gemeinschaft eingebetteten Wesensmerkmale des verfassungsrechtlichen Richterbegriffs erfüllen kann. Entscheidender Grund hierfür ist nicht die strukturelle Überlegenheit der Menschen über den Maschinen, sondern das in der Verfassung zum Ausdruck kommende Zutrauen, dass durch die Mitwirkung menschlicher Richter ein auf den Grundpfeilern der Unabhängigkeit, Gesetzesbindung, Legitimation und der Garantie einer menschenwürdigen Behandlung errichtetes Rechtssystem, Rechtsstaat, Demokratie und ein friedvolles soziales Miteinander bestmöglich verwirklichen kann.

Die Erkenntnisse dieser Arbeit lassen sich somit abschließend in fünf Aussagen zusammenfassen:

(1) Dass sich Möglichkeiten für Rechtsautomation in diversen Bereichen des Rechtsdienstleistungssektors und auch im gerichtlichen Kontext, bedingt durch die gesamtgesellschaftlichen technologischen Entwicklungen im Zuge der Digitalisierung, zunehmend konkretisieren,

(2) dass sich Anwendungsbereiche algorithmisiert rechtsprechender Rechtsprüfung aber nach aktuellem technischem Stand wegen diverser rechtstheoretischer und technischer Bedingungen nur bei begrenzten automatisierungsgeeigneten Fällen ergeben können, da sie dort zudem die größten Vorteile versprechen,

(3) dass das Verfassungsrecht weder ausdrückliche Ausführungen noch unüberwindbare selbstverständliche Prämissen zum inhaltlichen Technologieeinsatz in der Rechtsprechung beinhaltet. Eine verfassungsmäßige Verbürgung eines menschlichen Richters aber, da der Richterbegriff materiell an zahlreiche aktuell nur durch Menschen erfüllbare Eigenschaften geknüpft ist, dennoch aus dieser abgeleitet werden kann,

(4) dass eine automatisierte Entscheidung diesen verfassungsrechtlichen Anspruch insbesondere in den Aspekten der Rechtsstaatlichkeit, der demokratischen Rückbindung und in dem sozialen Aufgabenverständnis der Richter verletzen würde, aber trotzdem unter bestimmten Vorbedingungen und Grenzen in Zukunft nicht absolut ausgeschlossen werden kann, und

(5) dass es daher Aufgabe des Gesetzgebers sein muss, die Verfassung im digitalen Kontext eindeutig zu positionieren und den Eigenwert menschlicher Entscheidungen herauszustellen.

C. Ausblick auf eine Alternative gerichtsnaher Entscheidungsautomation

Da eine Richterqualität von Rechtsgeneratoren als Schluss des vorstehenden fünften Kapitels auf absehbare Zeit also weder zulässig noch erstrebenswert ist, soll diese Arbeit ein Ausblick auf die Alternativen solch eines Szenarios abschließen.

Den Befürwortern der Rechtsautomation verbleibt – neben dem Einsatz zur reinen Entscheidungsunterstützung – noch eine weitere sekundäre Möglichkeit, Rechtsgeneratoren in Bereichen aktuell richterlicher Entscheidungsgewalt einzusetzen: Aus der Sentenz des Art. 92 Hs. 1 GG, die rechtsprechende Gewalt sei (allein) den Richtern anvertraut, lässt sich schließlich auch ein den Aussagewert des vorgefundenen Ergebnisses relativierender Rückschluss bilden: Ist eine bis dato richterliche Aufgabe *nicht* Rechtsprechung in Sinne des Art. 92 GG, sondern steht in einem allgemeineren Verhältnis zur Rechtspflege, muss sie nicht zwingend durch einen Richter im Sinne des Art. 92 Hs. 1 GG erfüllt werden und kann diesem etwa zugunsten eines Exekutivorgans entzogen werden.¹⁰

In diesem Falle könnten algorithmischen Entscheidungssystemen in Übereinstimmung mit Art. 92 Hs. 1 GG entscheidungstreffende Aufgaben der Richterschaft übertragen werden, wenn diese Aufgaben als nicht notwendiger Bestandteil des Rechtsprechungsbegriffs des Art. 92 GG definiert werden könnten und es daher möglich wäre, sie der Richterschaft in ihrer *Erstentscheidungskompetenz* zu entziehen und sie zu einer verwaltenden Aufgabe zurückzustufen, die dann in einem zweiten Schritt einfachgesetzlich als Teil der automatisierten Verwaltung Rechtsgeneratoren in einer Art verwaltungsrechtlichem Vorverfahren übertragen werden könnte.¹¹

I. Rechtsgeneratoren und der Begriff der Rechtsprechung

Verfassungsdogmatisch ist diese Option höchst problematisch. Ohne die Existenz tauglicher Abgrenzungskriterien zwischen rechtsprechender und nichtrechtsprechender richterlicher Tätigkeit droht durch diese Alternative eine erhebliche Umgehungsmöglichkeit der Grenzen, die die Verfassung an die richterliche Aufgabenausübung anlegt. Daher soll angelehnt an die in Kapitel 3 aufgestellten *inhaltlich-qualitativen Abgrenzungskriterien* nach dem *Schwierigkeitsgrad* der Entscheidung¹² und anhand artverwandter *quantitativer Kriterien* nach dem *Streitwert* eine Vorschau auf die Bedingungen der Zulässigkeit dieser Alternative gegeben werden.

¹⁰ So z. B. *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 232 f.

¹¹ Siehe Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 54.

¹² Siehe Kap. 3, A, I und II, 2.

Für die in diesem Zusammenhang zu führende Diskussion ist erneut wesentlich, dass die Frage nach dem Rechtsprechungsbegriff auch hier im Kern die Frage danach sein muss, was dieser rechtsprechenden Gewalt als *alleinige* Aufgabe im Sinne eines Richter- oder Rechtsprechungsmonopols aufgetragen ist, was also von keiner anderen Gewalt (weder der vollziehenden noch der rechtssetzenden) ausgeübt oder dieser auch nur vorbereitend übertragen werden kann.¹³

Dass unmittelbar aus der bereits bestehenden Forschungslage eine Antwort hierauf nicht ohne Weiteres zu finden ist, wird jedoch durch die Tatsache deutlich, dass trotz der unmittelbar einleuchtenden Bedeutsamkeit der Klärung der Frage nach dem Rechtsprechungsbegriff – auch wegen der wesentlichen Bedeutung der Rechtsprechung in der demokratischen Grundordnung zur Wahrung des staatlichen Gewaltmonopols, des Rechtsstaats und des Friedens¹⁴ – eine anerkannte Begriffsdefinition, ebenso wie für den Richterbegriff, bisher nicht gelungen ist¹⁵. Statt einer einheitlichen Definition existiert ein Konglomerat verschiedener formeller, funktionaler und materieller Kriterien, die vom Bundesverfassungsgericht kasuistisch und in der Literatur uneinheitlich angewendet werden.¹⁶

1. Formeller Rechtsprechungsbegriff

Als erster Ansatzpunkt einer Definition der Rechtsprechung muss zwangsläufig der Wortlaut der Verfassung dienen, die an verschiedenen Stellen Aufgaben formell der

¹³ Ähnliche Ansatzpunkte bei *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff., 128; BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 136 = NJW 2001, 1048, 1052; Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*,¹⁴2017, Vorb. v. Art. 92 Rn. 7; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 236; BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 4.

¹⁴ Siehe Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 57; Umbach/Clemens GG/*Wolff*, 2002, Art. 92 Rn. 6; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 8; Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*,¹⁴2017, Vorb. v. Art. 92 Rn. 8; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*,⁷2018, Art. 92 Rn. 1.

¹⁵ So auch festgestellt bei Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 64; *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 58; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 39 = NJW 2015, 610; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 92 Rn. 25.

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.1983, BVerfGE, 64, 175, 179 = NJW 1983, 2812; BVerfG, Beschl. v. 23.06.1987, BVerfGE, 76, 100, 106 = NJW 1988, 405, 406; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 39 = NJW 2015, 610; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*,³2018, Art. 92 Rn. 28; BeckOK GG/*Morgenthaler*,⁴⁷2021, Art. 92 Rn. 6.

rechtsprechenden Gewalt überträgt.¹⁷ Daneben können wohl auch aus den Zuweisungen der Prozessordnungen und des GVG¹⁸ einige (wenn auch nur indizielle) Parallelen gezogen werden.

Der so gebildete *formelle Rechtsprechungsbegriff* begegnet allerdings Schwierigkeiten: Er negiert im Ergebnis in tautologischer Weise die eigenständige Bedeutung des Art. 92 GG als Grundsatznorm, indem er die eigentliche Aufgabenzuweisung an andere Stellen verlagert. In seiner weiten Auslegung führt er dazu, das Richtermonopol durch einen umfänglichen Gesetzesvorbehalt auszuhöhlen.¹⁹ Wenn nämlich gesetzgeberisch frei darüber disponiert werden könnte, was unter Rechtsprechung zu verstehen sei, verkäme Art. 92 GG als exklusive Aufgabenzuweisungsnorm zu einer inhaltsleeren Floskel.²⁰ Orientiert sich die Begriffsfindung hingegen an einem engen Verfassungsmaßstab, exkludiert der Begriff weite Bereiche der heutigen Rechtsprechungstätigkeit. So könnte zu schließen sein, dass den bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die nirgends als Rechtsprechungsmaterie Eingang in das Grundgesetz gefunden haben,²¹ insgesamt die Eigenschaft einer exklusiven Rechtsprechungsmaterie fehle.²²

Wegen dieser inhärenten Probleme wird der formelle Rechtsprechungsbegriff nicht (mehr)²³ zur alleinigen Definition der Rechtsprechung verwendet, sondern außerhalb einiger durch die Verfassung klar definierter Aufgabenbereiche nur noch insofern

¹⁷ So beispielsweise Art. 13 Abs. 2, 3 und 4; 14 Abs. 3 S. 3; 15 S. 2; 18 S. 2; 19 Abs. 4; 34 S. 2; 41 Abs. 2; 61; 93; 95; 96; 98 Abs. 5; 100; 104 Abs. 2 und 3; 126 GG. Das Grundgesetz verwendet den Begriff der Rechtsprechung in Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3; 20a; 95 Abs. 3 GG.

¹⁸ Beispiele aus der Zivilgerichtsbarkeit: §§ 12; 13; 23; 23a; 71 GVG; § 1 ZPO.

¹⁹ Zur aus diesem Grund umfänglichen Kritik am formellen Rechtsprechungsbegriff u. a. *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff., 133; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 70 f.; *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 2007, § 112, Rn. 57. Gegen diese Kritik argumentierte etwa noch *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 199 ff.

²⁰ Hierzu *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 363; *Wolf*, ZZZ, 99 (1986), 361, 367; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, 1995, § 33, Rn. 13, er begründet das damit, dass in diesem Fall die Sorgfalt des Verfassungsgebers bei der Erstellung von Art. 92 GG nicht verständlich sei.

²¹ *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 193 ff. hält dieses Begriffsverständnis aber mit dem Argument aufrecht, dass auch die genannte Materie mittelbar durch das Grundgesetz deutlich werde und überdies zivile Rechtspflege nur insoweit der Rechtsprechung vorbehalten sei als dies aus den Verfassungsbestimmungen hervorgehe.

²² Vgl. *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 363; *Wolf*, ZZZ, 99 (1986), 361, 366. Gleichzeitig sind die in der Verfassung enthaltenen speziellen Aufgabenzuweisungen an Organe der Rechtsprechung häufig nicht exklusiv und eröffnen gelegentlich Spielräume für das Tätigwerden nicht-richterlicher Akteure, so etwa für das Tätigwerden anderer Amtsträger bei „Gefahr im Verzug“ nach Art. 13 Abs. 2, 3 und 4 GG, was die Aussagekraft solcher Aufgabennormen insgesamt schmälert.

²³ Obschon sie in Bezug auf die Vorgängernorm des Art. 103 WRV noch vorherrschend war, so *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, 1995, § 33, Rn. 13; Hintergrund für die Abkehr von diesem Konzept ist maßgeblich die negative Erfahrung mit einem rein formellen Rechtsprechungsbegriff aus der NS-Zeit, *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 240.

fruchtbar gemacht, als er einen Hinweis darauf liefern könne, welche Bereiche die Verfassung „wegen der Schwere des Eingriffs und ihrer Bedeutung für die Rechtsstellung des Staatsbürgers am ehesten der Sicherungen eines gerichtlichen Verfahrens“²⁴ zuzuführen beabsichtigen könnte. Da der formelle Rechtsprechungsbegriff also zwar einen (wesentlichen)²⁵ Teil der Rechtsprechungsmaterie umfasst, aber eben auch einen großen Teil des Begriffsrands unbeleuchtet lässt,²⁶ verhindert die fehlende Erwähnung von Materien wie der Zivilgerichtsbarkeit im Grundgesetz die Eigenschaft dieses Gerichtszweigs als Rechtsprechungsmaterie nicht.

2. Funktioneller Rechtsprechungsbegriff

Erwogen wird außerdem ein *funktionales Begriffsverständnis*. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, das diese Herangehensweise etablierte, sei es erfüllt, „wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich [...] eine Ausgestaltung wählt, die bei funktionaler Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann.“²⁷ Diese Art der Ausgestaltung sei durch ein Element der mit Rechtskraft versehenen letztverbindlichen Entscheidung bestimmt.²⁸

Damit umfasst diese Definition auch die über die Bestandsgarantie des Art. 92 GG hinausgehenden Aufgaben der Rechtspflege.²⁹ Dadurch kann sie die hier wesentliche Kernfrage, was *nur* durch Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG geschehen kann, nicht beantworten, sondern definiert die Befugnis des Gesetzgebers, zusätzlich Rechtsprechungsaufgaben außerhalb der Materien des Art. 92 GG sozusagen auf Widerruf zuzuweisen.³⁰ Dies ist für diesen Ansatz aber auch völlig ausreichend, will er sich doch ausdrücklich *neben* weitere Ansätze stellen³¹ und primär die Anwendbarkeit von Ver-

²⁴ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 77 = NJW 1967, 1219, 1220.

²⁵ So etwa BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 74 f. = NJW 1967, 1219; Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 14.

²⁶ *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 67, 70.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 137 = NJW 2001, 1048, 1052; Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 37; Schmidt-Bleibtreu GG/Hopfauß, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 20; Sachs GG/Detterbeck, ⁹2021, Art. 92 Rn. 21a; anders bei v. Münch/Kunig GG/Meyer, ⁷2021, Art. 92 Rn. 26, der hierunter die althergebrachten Aufgaben der Rechtsprechung verstehen will.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 137 f. = NJW 2001, 1048, 1052 m. w. N.; weitergehend Ballhausen, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 47 ff.

²⁹ *Hermes*, JZ 2001, 873, 876; *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 57.

³⁰ So am Beispiel der freiwilligen Gerichtsbarkeit BVerfG, Beschl. v. 08.02.1967, BVerfGE, 21, 139, 144 = NJW 1967, 1123; siehe auch *Hermes*, JZ 2001, 873, 876, dieser zudem kritisch zum Kriterium der Letztverbindlichkeit; vgl. auch *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 75.

³¹ BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 137 = NJW 2001, 1048, 1052.

fahrensgarantien in gewissen Randbereichen der Rechtsprechung bestimmen, die richtigerweise unabhängig davon bestehen, ob ein Bereich Rechtsprechung sein *muss* oder es einfach (momentan) als gerichtliches Verfahren ausgestaltet *ist*.³²

In der Folge ist es, auch wenn Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG definieren soll, was *nur* durch Richter geschehen kann, also auch nicht möglich, den Rechtsprechungsbegriff von seiner Rechtsfolge – dem Tätigwerden der Richterschaft – heraus zu bestimmen,³³ denn unbestritten ist, dass Richtern neben Aufgaben der funktionalen Rechtsprechung ohne Weiteres auch (in einem gewissen Rahmen) Verwaltungsaufgaben übertragen werden können.³⁴

3. Materieller Rechtsprechungsbegriff

Zuletzt verbleibt die Heranziehung eines *materiellen Rechtsprechungsbegriffs*. Hierzu existieren diverse Ansätze.³⁵

Begriffsdefinitionsversuche dieser Art orientieren sich häufig an konkreten Elementen, die durch die Rechtsprechung erfüllt sein müssten.³⁶ Unter anderem wird auf die *strenge Gesetzesbindung* der Rechtsprechung³⁷ im Vergleich zu einer eher freien Zukunftsgestaltung durch die Verwaltung³⁸ abgestellt. Für ausschlaggebend halten einige zudem die *Letztverbindlichkeit* der Entscheidung, die durch kein anderes Staatsorgan

³² Denn habe sich der Gesetzgeber für eine gerichtliche Zuständigkeit entschieden, müsse er das Verfahren auch mit den entsprechenden verfassungsrechtlichen Garantien versehen, BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 78 = NJW 1967, 1219, 1220; BVerfG, Beschl. v. 16.04.1969, BVerfGE, 25, 336, 345 f. = NJW 1969, 1104, 1106.

³³ *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 46, 97 ff. u. a; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 43.

³⁴ Die besondere Abgrenzung der Rechtsprechung zu den anderen Gewalten verhindert nämlich nur den Aufgabentransfer aus der rechtsprechenden Gewalt hinaus, verschließt aber nicht den Weg von Verwaltungsaufgaben in die Rechtsprechung hinein. Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955, BVerfGE, 4, 331, 347 = NJW 1956, 137, 138; *Bernbard*, DRiZ 1981, 361, 366 f.; *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 60; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 6, 17; BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 137 = NJW 2001, 1048, 1052.

³⁵ Partiiell existieren auch divergierende Verständnisse des Begriffsmerkmals „materiell“. Hier soll aber auf die üblicherweise in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung unter dem Stichwort „materiell“ erfassten Begriffe abgestellt werden.

³⁶ Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 38; teilweise werden diese Eigenschaften aber auch in Zusammenhang mit einem funktionalen Rechtsprechungsbegriff gebracht, die Begrifflichkeiten sind dahingehend nicht eindeutig, siehe beispielsweise *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 47 ff.

³⁷ Siehev. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 10; v. Münch/Kunig GG/*Meyer*, ⁷2021, Art. 92 Rn. 34.

³⁸ Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*, ¹⁴2017, Vorb. v. Art. 92 Rn. 28.

aufgehoben werden könne,³⁹ sowie die typische *Streitigkeit* der den Gerichten vorgebrachten Materie,⁴⁰ in der der Entscheidungsträger eine *passive* und *unbeteiligte Rolle* einnehme⁴¹. Weiterhin lässt sich auch auf die besondere *verfahrensmäßige* beziehungsweise *prozesshafte Ausgestaltung* von Rechtsprechungsaufgaben abstellen.⁴²

Unabhängig davon, welches dieser Elemente in den Vordergrund gestellt wird, sind die wesentlichen Probleme dieser Herangehensweise stets die meist nicht hinreichende Abgrenzbarkeit von den Aufgaben anderer Staatsgewalten⁴³ und die nicht hinlänglich vollständige Erfassung der verschiedenen Tätigkeitsbereiche der dritten Gewalt.⁴⁴ Da sich Vorwürfe dieser Art für die meisten Rechtsprechungsmerkmale wiederholen ließen,⁴⁵ und keine isolierte Eigenschaft alle Eigenheiten rechtsprechender Tätigkeit erfassen kann, kann es schlussendlich nicht ein allein ausschlaggebendes materielles Kriterium geben. Die genannten Maßstäbe bilden vielmehr ein Reservoir, aus dem sich der Verfassungsbegriff speisen kann.⁴⁶

Daher werden die Kriterien häufig in Kombination gebracht und zu Definitionen⁴⁷

³⁹ *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 896, 898; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, 21995, § 33, Rn. 15; *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 52; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 40 = NJW 2015, 610.

⁴⁰ *Friesenhahn*, in: FS Thoma, 1950, S. 21 ff., 27; differenzierend *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff., 136, er meint das Kriterium sei erfüllt, wenn die Entgegengesetzlichkeit der Rechtsauffassungen typisch sei; vgl. außerdem *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 151 unter Einschränkungen (vgl. S. 181 ff.); BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 40 = NJW 2015, 610.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 29.04.1954, BVerfGE, 3, 377, 381 = NJW 1954, 833; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 896 ff.; BVerfG, Ur. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 138 = NJW 2001, 1048, 1053.

⁴² *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 898; unter Bezugnahme auf den Prozess als besonderes Verfahren des Rechtsschutzes: *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 151; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 94 ff., 104 ff.; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 40 = NJW 2015, 610.

⁴³ Vgl. *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 46 ff. sieht eine besondere Bedeutung in der Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung und begründet dies mit Art. 19 Abs. 4 GG.

⁴⁴ So auch BVerfG, Ur. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 76 = NJW 1967, 1219, 1220; *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 363; *Wenzel*, Der Rechtspfleger, 2019, S. 243 f.

⁴⁵ Vgl. zum Kriterium der strengen Gesetzesbindung *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 895 f. mit der Kritik, dass auch die Rechtsprechung Ermessen kenne, oder zum Element der fehlenden Zukunftsgestaltung, dass diese durch Gestaltungsurteile sehr wohl möglich sei; zu diesem Kritikpunkt auch *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 81 außerdem gegen das Kriterium der Streitigkeit (S. 73) des unbeteiligten Dritten (S. 80) oder der Letztverbindlichkeit (S. 77); gegen Letztverbindlichkeit als Maßstab beispielsweise Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 43, da auch bestandskräftige Verwaltungsakte letztverbindlich seien könnten; gegen das von *Vofskuble* wiederum in den Vordergrund gestellte Verfahren aber etwa v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, 72018, Art. 92 Rn. 9, es drohe ein Zirkelschluss, der Tatbestand und Rechtsfolge vermische.

⁴⁶ So auch Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, 32018, Art. 92 Rn. 28.

⁴⁷ So sei Rechtsprechung u. a. die „in besonders geregelten Verfahren zu letztverbindlicher Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden Rechts durch ein unbeteiligtes (Staats-)organ, den Richter.“, *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 898. Oder die „ver-

zusammengefasst.⁴⁸

Die Stärken und Schwächen einzelner Merkmale und Definitionen zu evaluieren, führt an dieser Stelle für sich genommen nicht weiter und ist schon zahlreich andersorts⁴⁹ geschehen, ohne dass dadurch eine überzeugende Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Bestandgarantie des Art. 92 GG gefunden werden konnte. Grund dafür ist, dass der Kritikpunkt all dieser Definitionen sein muss, dass sie in all ihren Ausprägungen lediglich einen Istzustand einfangen, ohne aus sich heraus konkret zu definieren, wann eine Aufgabe nach Art. 92 GG inhaltlich allein dieser Art der Ausübung vorbehalten sein muss.⁵⁰

Für diesen Transferschritt ist ein weiter gefasster materieller Begriffsansatz notwendig, anhand dessen die vorgenannten Merkmale kategorisiert werden können.⁵¹

Eine Herangehensweise, die dies zu erfassen versucht, fußt auf der Annahme, dass der Begriff der Rechtsprechung – ähnlich wie von einigen für den Begriff des Richters angenommen – „vorkonstitutionell vorausgesetzt“ sei und vom Verfassungsgeber als (in gewissen Grenzen) unverändert gewollt angenommen werden könne.⁵² Diesem Ansatz steht indes auch für die vermeintlich traditionsreiche⁵³ ordentliche Gerichtsbarkeit gegenüber, dass es ähnlich wie bei dem Richterbegriff an einer eindeutigen historischen

bindliche rechtliche Beurteilung – letztlich rechtskräftige Entscheidung – von festzustellenden Sachverhalten in Fällen bestrittenen, verletzten oder bedrohten Rechts mit dem Ziel möglichst richtiger Rechtserkenntnis“, *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 15.

⁴⁸ Definiert wird Rechtsprechung beispielsweise auch als die „verbindliche Entscheidung eines Streits allein am Maßstab des Rechts“, v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Classen*, ⁷2018, Art. 92 Rn. 10.

⁴⁹ Zum Beispiel *Friesenbahn*, in: FS Thoma, 1950, S. 21 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 889 ff.; *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff.; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 65 ff.; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 12 ff.; *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 56 ff.

⁵⁰ Ähnlich BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 76 = NJW 1967, 1219, 1220; *Bernbard*, DRiZ 1981, 361, 364; diesen Konflikt erkennt auch Umbach/Clemens GG/*Wolff*, 2002, Art. 92 Rn. 16, er argumentiert aber, dass der Aspekt hinreichend über den Justizgewährungsanspruch und Art. 19 Abs. 4 GG abgedeckt sei.

⁵¹ Eine Kombination von materiellen Kriterien und Kernbereichslehre etwa auch bei Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 77 ff.

⁵² Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, 1980, S. 899; differenzierend *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff., 134; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 16; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 6, 41; Schmidt-Bleibtreu GG/*Hopfauf*, ¹⁴2017, Art. 92 Rn. 7, 16.

⁵³ Deshalb wird diese Herangehensweise verstärkt in Bezug auf die ordentliche Gerichtsbarkeit genutzt, wohingegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit, der es an einer vergleichbar langen Tradition fehlt, meist eher funktional und durch Kriterien wie dem der Letztverbindlichkeit definiert wird. Siehe hierzu Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 49.

Sachlage und einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Bereichen der Rechtsprechung bei Entstehung des Grundgesetzes fehlt,⁵⁴ auch wenn wohl berechtigterweise davon ausgegangen werden kann, dass der Verfassungsgeber von der Existenz einiger vorgefundener Rechtsprechungsaufgaben in ihren wesentlichen Elementen ausgegangen ist.⁵⁵ Nicht angenommen werden kann hingegen, der Verfassungsgeber habe alle vorgefundene Rechtsprechungsaufgaben stillschweigend festschreiben wollen.⁵⁶

Weil auch sie dies erkennt, beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung für den Umfang der Bestandsgarantie des Art. 92 GG auf einen sogenannten „*traditionellen Kernbereich*“ der jeweiligen Rechtsprechungsaufgabe.⁵⁷ So sei auch nur dieser Kernbereich der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit von der Bestandsgarantie des Art. 92 GG geschützt und damit unveränderbar.⁵⁸ In Bezug auf die Bereiche außerhalb des Kernbereichs wird hingegen allgemein eine Änderungskompetenz des einfachen Gesetzgebers anerkannt.⁵⁹ Diese Änderungsbefugnis kann umfassen, zuvor durch Richter außerhalb des Rechtsprechungsbegriffs des Art. 92 GG, in funktional rechtssprechender Tätigkeit erfüllte Aufgaben, Verwaltungsakteuren zuzuweisen.⁶⁰ Die korrekte Aufgabenerfüllung der Verwaltung bleibt im Sinne der Rechtsweggarantie Art. 19 Abs. 4 GG auch in diesem Falle weiterhin in einem zweiten Schritt gerichtlich überprüfbar.

⁵⁴ Das BVerfG verweist darauf, dass die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keine sicheren Schlüsse zulasse, BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 74 = NJW 1967, 1219; vgl. auch *Bernhard*, DRiZ 1981, 361, 364; zur historischen Lage auch *Achterberg*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 125 ff., 134; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 84.

⁵⁵ Vgl. beispielsweise *Smid*, Rechtsprechung, 1990, S. 125 f.

⁵⁶ Hierzu Bonner Kommentar GG/*Achterberg*, 42. EL Apr. 1981 (Altauf.), Art. 92 (Zweitbearbeitung) Rn. 102; *Wolf*, ZfP, 99 (1986), 361, 369; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 71, denn es müsse erkannt werden, dass dieser Ansatz bei allzu weitem Verständnis den historischen Zustand einzufrieren drohen würde.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 77 f. = NJW 1967, 1219, 1220; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 18, 28 = NJW 1969, 1619, 1621; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993; BVerfG, Urt. v. 08.02.2001, BVerfGE, 103, 111, 137 = NJW 2001, 1048, 1052; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2014, BVerfGE, 138, 33, 40 = NJW 2015, 610, 611. Kritisch zum Begriff des Kernbereichs jedoch u. a. *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 68; *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, ³2007, § 112, Rn. 73.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 77 f. = NJW 1967, 1219, 1220; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 18, 28 = NJW 1969, 1619, 1621; *Heyde*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HVerfR, Bd. 1, ²1995, § 33, Rn. 14; Maunz/Dürig GG/*Hillgruber*, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 19 f.; Sachs GG/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 92 Rn. 9, 16.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 78 = NJW 1967, 1219, 1220; vgl. auch Bonner Kommentar GG/*Ipsen*, 167. EL Mai 2014, Art. 101 Rn. 49; Dreier GG/*Schulze-Fielitz*, ³2018, Art. 92 Rn. 38 f.

⁶⁰ Dies ist in mehreren Fällen auch schon geschehen. *Wolf*, ZfP, 99 (1986), 361, 369 nennt beispielsweise die nachkonstitutionelle Aufgabenübertragung an Rechtspfleger oder die Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenrechts.

Der Vorteil der Anwendung der Kernbereichsmethode ist, richtig umgesetzt, dass sie bei der Feststellung einer Existenz bestimmter Kernelemente der Rechtsprechung allein nicht stehen bleiben darf, sondern diese vom Ansatz her auch benennen muss, um umsetzbar zu sein. So kann es ihr gelingen, Rechtsprechung nicht nur abstrakt in einen unveränderbaren Kern und einen veränderbaren Randbereich aufzugliedern, sondern auch die zuvor genannten formellen, funktionellen und materiellen Kriterien der Rechtsprechung entlang ihrer Kriterien zu systematisieren.

Der historisch vorgefundene Bestand kann hierfür nur als erster Anknüpfungspunkt dienen und muss durch die wertungsbehaftete Differenzierung von Kern- und Randbereich zwangsläufig auch einer Prüfung mit Bezügen zur Gegenwart unterzogen werden. Der Begriff des Kernbereichs ist daher nicht auf eine ungewisse historische Sachlage begrenzt. Als Grund für die Notwendigkeit dieses aktuellen Bezugs lässt sich ein ständiger Wandel auch des Verständnisses des Rechtsprechungsbegriffs im gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Gefüge benennen,⁶¹ der den vorkonstitutionellen Kern seines traditionellen Begriffsverständnisses umschließt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt zwar dezidiert auf einen traditionellen Kernbereich ab, stellt also auf den ersten Blick ein rein historisches Kriterium in den Vordergrund; auf den zweiten Blick wird jedoch deutlich, dass der genaue Umfang des traditionellen Kernbereichs eine Wertungsfrage ist, die nicht allein aus dem historischen Blickwinkel heraus beantwortet werden kann, sondern eine stark ausgeprägte *rechtspolitische Dimension* enthält. Allein mit dieser vorzugswürdigen Herangehensweise lassen sich ein zu starres und gleichzeitig ein zu weites Verständnis der Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG verhindern und nicht nur ein Istzustand beschreiben, sondern auch Maßstäbe für Grenzen weiterer Entwicklungen definieren, ohne die Wandlungsfähigkeit außerhalb des Kernbereichs des Art. 92 GG zu leugnen. Diese Wandlungsfähigkeit könnte gerade den digitalen Entwicklungen Spielräume eröffnen.

II. Auslagerung vormals richterlicher Aufgaben

Somit ist es verfassungsrechtlich nicht prinzipiell ausgeschlossen, vormals richterliche Aufgaben in Randbereichen der rechtsprechenden Tätigkeit zu Verwaltungsaufgaben zurückzustufen. Offen blieb in der Vergangenheit häufig aber noch, wo genau die Grenzen des Kernbereichs zu wandlungsfähigen Randbereichen zu ziehen seien. Hier stößt auch dieser Definitionsansatz an Schwierigkeiten.

⁶¹ Vgl. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers, 1973, S. 192; *Vofskuble*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 69.

Während etwa für die Strafgerichtsbarkeit bereits Maßstäbe zur Identifizierung und Abgrenzung dieses Kernbereichs von änderbaren Randbereichen entwickelt wurden,⁶² ist der Umfang des Kernbereichs anderer Zweige bislang noch weitestgehend unbeleuchtet geblieben.⁶³ Der Kernbereich zivilrechtlicher Rechtsprechung wurde durch das Bundesverfassungsgericht etwa nur sehr allgemein als die „Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art“⁶⁴ beschrieben.

Ohne konkretere Maßstäbe ist es jedoch auch anhand der Kernbereichsdefinition nicht möglich, festzustellen, welche richterlichen Aufgaben der Bestandgarantie konkret unterfallen sollen.

In ihrer Gänze lässt sich diese Grundsatzfrage nach dem Inhalt des rechtsprechenden Kernbereichs in diesem Ausblick nicht beantworten. Von gesteigertem Interesse ist für die hiesige Untersuchung in einem ersten Aufschlag aber, ob die zuvor beschriebenen einfach gelagerten Fälle zwingend dem Kernbereich der Rechtsprechung unterfallen müssen, oder ob zwischen Kern- und Randbereich eine *inhaltlich-qualitative Differenzierung* nach dem Schwierigkeitsgrad der Entscheidungsinhalte oder auch *quantitative Differenzierung* nach dem Streitwert des Verfahrens denkbar sein könnte.

1. Hergebrachte Kriterien

Wie beschrieben existieren für die Kernbereichsabgrenzung bislang aber nur in vereinzelten Bereichen anwendungsfähige Kriterien. Im Strafprozess wird für die Bestimmung des Kernbereichs maßgeblich auf den *ethischen Schuld- und Unrechtsvorwurf* einer Strafvorschrift abgestellt: Differenziert wird danach, ob dieser nach rechtspolitischer Wertung *Kriminalstrafe* (dann alleinige Rechtsprechungsaufgabe) oder *Buße* (dann Verwaltungsaufgabe) betreffe.⁶⁵ Allein durch die Verhängung von Kriminalstrafe werde ein *schweres Unwerturteil* und ein ethischer Schuldvorwurf ausgesprochen.⁶⁶ Im Zentrum der Bestimmung dieser Abgrenzung steht, ob durch die Bestrafung „ein so schwerwiegender Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers [vorliegt], daß sie unter allen Umständen nur durch den Richter vorgenommen werden darf.“⁶⁷ Wenn dies nicht der Fall ist, kann der Gesetzgeber eine vormalis im Gerichtsverfahren durch

⁶² BVerfG, Beschl. v. 14.10.1958, BVerfGE, 8, 197, 207 = NJW 1958, 1963, 1964; BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 79 f. = NJW 1967, 1219, 1221; BVerfG, Beschl. v. 22.02.1968, BVerfGE, 23, 113, 126 = NJW 1968, 1083, 1085; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, BVerfGE, 27, 18, 28 = NJW 1969, 1619, 1621.

⁶³ Vgl. Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 41.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 09.05.1962, BVerfGE, 14, 56, 66 = NJW 1962, 1611, n. a.; BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 78 = NJW 1967, 1219, 1220.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 78 = NJW 1967, 1219, 1220.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 79 f. = NJW 1967, 1219, 1220 f.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967, BVerfGE, 22, 49, 80 = NJW 1967, 1219, 1221.

Kriminalstrafe geahndete Strafvorschrift entkriminalisieren und zu einer durch Buße geahndeten Ordnungswidrigkeit zurückstufen.⁶⁸ Folge dieser Rückstufung muss dann sein, dass die Buße nicht (mehr) in einem als „gerichtlich“ zu qualifizierenden Verwaltungsverfahren geahndet wird.

Es lassen sich hieraus erste Anhaltspunkte für die allgemeine Quali- und Quantifizierbarkeit von Abgrenzungskriterien in Hinblick auf Kernaufgaben der Rechtsprechung herleiten. Hierzu fällt die Bezugnahme auf die „Schwere des Eingriffs“ und die „Schwere des Unwerturteils“ als Abgrenzungskriterien ins Auge. Es handelt sich bei diesen um gewichtbare, aber dennoch wertungsoffene qualitative Merkmale.

In den Erwägungen zum Kernbereich der Strafjustiz spiegeln sich aber auch einige nicht unbedeutende Besonderheiten der Strafrechtsdogmatik wider, die sich im Einzelnen nicht auf andere Rechtsgebiete übertragen lassen. Beispielsweise lässt sich im Strafrecht die zwangsweise Durchsetzbarkeit als Rechtsprechungsaufgabe als viel zentraler denn etwa im Zivilrecht deuten, in dem die Privatautonomie eine wesentliche Rolle einnimmt. Das Strafrecht knüpft außerdem bei gravierendem Strafunrecht auch an eine nicht unwesentliche verfassungsrechtlich verankerte *Erstentscheidungskompetenz* der Rechtsprechung an,⁶⁹ die wegen des besonderen Verächtlichkeitswertes einer strafrechtlichen Verurteilung für schwerwiegende Delikte notwendig ist.

2. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Vorverfahren

Verwaltungsrechtliche Vorverfahren, die aufgrund dieses Umstandes in diesen Teilen des Strafrechts unzulässig wären, sind in Zivil- und Verwaltungsjustiz, da hier wegen der unterschiedlichen Zwecksetzung nur die *Letztentscheidungsbefugnis* umfasst ist, aber prinzipiell zulässig.⁷⁰ Neben der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist auch in der Zivilgerichtsbarkeit ein vorgeschaltetes Verwaltungsverfahren durch Art. 92 GG nicht ausgeschlossen.⁷¹ Es können also auch (verpflichtende) Vorverfahren zugelassen werden, wie es mit der Einrichtung des verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens und einzelnen Aufgabenzuweisungen an Rechtspfleger bereits geschehen ist. Ob man diese deshalb zulässt, weil man diese Randbereiche bereits begrifflich nicht mehr als Rechtsprechungsaufgabe fasst, oder ob man sie als Randmaterie dem Rechtsprechungsbe-

⁶⁸ Daraus folgert die Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Abschlussbericht, 01.07.2019 (bit.ly/3i7Q1b6), S. 54 f.: „Entschlüsse sich also der Bundesgesetzgeber, z.B. die Beförderungerschleichung zu entkriminalisieren, so stünde Art. 92 GG einer möglichen automatisierten Erstellung von Bußgeldbescheiden in diesem Bereich nicht entgegen“.

⁶⁹ Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 36 m. w. N.

⁷⁰ Wolf, ZfP, 99 (1986), 361, 384 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Classen, 72018, Art. 92 Rn. 32. Anders Maunz/Dürig GG/Hillgruber, 51. EL Dez. 2007, Art. 92 Rn. 56.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 28.10.1958, BVerfGE, 8, 240, 246 = NJW 1959, 139; so BGH, Urt. v. 09.01.1960, BGHZ, 32, 1, 5 = NJW 1960, 914, 915.

griff zwar weiterhin unterfallen lässt, aber Art. 92 Hs. 1 GG auf Kernbereiche beschränkt, ist im Ergebnis unerheblich. Die betroffene Materie verbleibt in jedem Fall in Letztentscheidungsbefugnis richterlich verantwortete Rechtsprechung, ihre Erstentscheidung wird indes zum Teil des Verwaltungsverfahrens, für den der Rechtsweg eröffnet ist. Diese Differenzierung greift auf das zuvor genannte materielle Rechtsprechungskriterium der Letztverbindlichkeit zurück und verhilft diesem zu Umsetzbarkeit. Vorteil des Ansatzpunktes der Letztverbindlichkeit für eine Diskussion über algorithmische Vorverfahren ist, dass in diesem eine Kontrolle des gefundenen Ergebnisses bereits systemimmanent vorgesehen ist. Der Einsatz von Rechtsgeneratoren ist in diesem Sinne also nur in Kombination mit gerichtlichen Kontrollverfahren zulässig. Den menschlichen Richtern bleibt die Kompetenz des letzten Wortes.

3. Verzicht auf richterliche Erstentscheidungskompetenz?

Dies führt zu der abschließenden Überlegung, ob, wenn man die Differenzierung anhand der Frage nach der Letztverbindlichkeit vornimmt, zusätzlich auch die Schwierigkeit des zu entscheidenden Falles und die Höhe des Streitwerts taugliche Unterscheidungsmaßstäbe zwischen Kern- und Randaufgaben der Rechtsprechung sein könnten. Solch eine mögliche Abgrenzung könnte eine Umgehungsmöglichkeit verfassungsrechtlicher Grenzen eröffnen. Eine mögliche These technikfreundlicher Kräfte könnte sein, dass in einfach gelagerten Randbereichen rechtsprechender Tätigkeit algorithmische Vorverfahren zugelassen werden könnten.

Gegen eine qualitativ-inhaltliche Abgrenzung können jedoch Einwände aufgrund der generellen Schranken der antizipierten Differenzierung nach dem Schwierigkeitsgrad, die in Kapitel 3 bereits angeklungen sind,⁷² vorgebracht werden. Die Frage, welche Fälle als schwierig anzusehen sind, ist, wie auch *Wolf* einwandte, stark wandlungsfähig.⁷³ Er schlägt als Alternative daher vor, Richtern „solche Aufgaben in Erstkompetenz zuzuweisen, bei denen im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes die richtige Rechtskenntnis oberstes Gebot ist.“⁷⁴ Fälle, in denen dies eher nicht der Fall sein könnte, finden sich aber auch unter Inbezugnahme dieses Kriteriums wohl vermehrt dort, wo Rechtsanwendung schematisch und konsensual geschieht. Dass sich diese Bereiche wandeln können, verhindert eine ebenfalls wandlungsfähige Zuweisung solcher Aufgaben an Algorithmen nicht grundsätzlich.

Sieht man bestimmte Einwände deshalb als durch technische und regulative Maßnahmen überwindbar an, stellt sich die weitere Frage, ob eine solche Differenzierung in eine sinnvolle praktische Lösung übersetzt werden könnte. In Anbetracht begrenzter

⁷² Siehe Kap. 3, A, I, 1.

⁷³ *Wolf*, ZZZP, 99 (1986), 361, 405.

⁷⁴ *Ders.*, ZZZP, 99 (1986), 361, 405.

technischer Fähigkeiten würde eine algorithmische Vorprüfung momentan insbesondere bei finanziell relevanten Auseinandersetzungen kaum zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen und könnte Rechtsstreitigkeiten somit im Zweifel sogar verlängern. Mit der Schwierigkeit des Falles allein ist, da es sich um einen sehr allgemeinen Terminus handelt, also noch kein handhabbares Kriterium geschaffen. Daher kann die Miteinbeziehung des Streitwerts sinnvoll erscheinen. Dieses Merkmal stellt schon einen sehr viel greifbareren Ansatzpunkt dar. Der Streitwert ist im Allgemeinen leicht feststellbar und besitzt einen gewissen indiziellen Aussagewert über die Relevanz des Falles. Für die Möglichkeit seiner Heranziehung zu dem genannten Zweck spricht auch, dass nach § 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGZPO bereits eine Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung eines obligatorischen Vorverfahrens vor einer Gütestelle bei einem Streitwert von bis zu 750 Euro vorgesehen ist. Dieses könnte grundsätzlich – wie beispielsweise in Estland geschehen – auch um algorithmische Unterstützung ergänzt werden. Da der Streitwert allein aber noch keine Auskunft über die individuelle Schwierigkeit des Falles und damit über die Automatisierungsfähigkeit geben kann, könnte eine Kombination inhaltlich-qualitativer und quantitativer Kriterien erwägenswert sein.

Algorithmische Vorverfahren müssten in Hinblick auf ihre möglichen Chancen und Grenzen insgesamt aber anders beurteilt werden als entscheidungstreffende Systeme, die unmittelbar Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen. Dadurch, dass sie keine Rechtsprechung ausüben, verwirklichen sie den Justizgewährungsanspruch und das Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht unmittelbar. Zumindest mittelbar lassen sie sich aber als Maßnahmen zur Zugangsförderung zum Recht begreifen.

Vorteile halten sie zudem nur dort bereit, wo ihre Funktionsweise ausgereift und sicher ist, da sie ansonsten aufgrund mangelnder Akzeptanz im Zweifel sogar weitere Zugangshürden aufstellen könnten. Algorithmische Vorverfahren treten zuletzt, da sie eben gerade keinen autoritativen Rechtsprechungsakt beinhalten, verstärkt in die Konkurrenz privatwirtschaftlicher Angebote. Der Mehrwert eines solchen staatlichen Angebots, zusätzlich zu den in der Legal-Tech-Wirtschaft in Entwicklung begriffenen Angeboten, muss kritisch hinterfragt werden. Die Positionsbestimmung sollte allerdings auch nicht allein von finanziellen Aspekten dominiert werden. Die Präsenz staatlicher Verfahren auf allen Ebenen des Rechtsschutzsystems ist zugleich auch ein Garant für die gemeinwohlorientierte staatliche Hoheit über die Entwicklung des Rechtssystems insgesamt.

Als dem Regelungsregime der Art. 92 ff. GG nicht länger unterfallende Regelungsmaterie wäre ein algorithmisches Vorverfahren schließlich natürlich trotzdem nicht rechtsfrei gestellt. Der Verfassungsmaßstab wäre in diesem Falle aber ein anderer als der hier angewendete. Als Teil der automatisierten Verwaltung wäre die Frage nun beispielsweise, ob das Recht auf ein faires Verwaltungsverfahren aus Art. 6 Abs. 1 EMRK

und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG gewahrt wäre. Hier sollten vertiefende Überlegungen ansetzen.

Literaturverzeichnis

Die aufgeführten URLs wurden zuletzt am 30.09.2021 aufgerufen.

- Aamodt, Agnar/Plaza, Enric*, Case-Based Reasoning: Foundational Issues, Methodological Variations, and System Approaches, *AI Communications*, 7 (1994), S. 39–59.
- Abel, Ralf*, Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DS-GVO, Anwendungsbereich und Grenzen im nicht-öffentlichen Bereich, *ZD* 2018, S. 304–307.
- Achterberg, Norbert*, Der Begriff »Rechtsprechung im materiellen Sinne«, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/Mutius, Albert von (Hrsg.), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1985, S. 125–141.
- Ackermann, Luis*, Artificial Intelligence and Advanced Legal Systems, in: DeStefano, Michele/Dobrauz, Guenther (Hrsg.), *New Suits, Appetite for Disruption in the Legal World*, Bern 2019, S. 475–492.
- Adadi, Amina/Berrada, Mohammed*, Peeking inside the Black Box: A Survey on Explainable Artificial Intelligence (XAI), *IEEE Access*, 6 (2018), S. 52138–52160.
- Adrian, Axel*, Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, *Rechtstheorie*, 48 (2017), S. 77–121.
- , Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, Die begrifflichen und ("fuzzy"-)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, Berlin 2009.
- , Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, Konsequenzen aus Zweifeln postmoderner/zeitgenössischer Philosophie für eine allgemeine Wissenschaftstheorie sowie für jede juristische Methodenlehre, Berlin 2014.
- Abrendt, Christian*, Alte Zöpfe neu geflochten – Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, *NJW* 2017, S. 537–540.
- AI HLEG (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence)*, A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines, 08.04.2019, <https://bit.ly/3BQHdOD>, lang URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.
- , Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 08.04.2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.
- Al-Abdulkarim, Latifa/Atkinson, Katie/Bench-Capon, Trevor*, A methodology for designing systems to reason with legal cases using Abstract Dialectical Frameworks, *Artif Intell Law*, 24 (2016), S. 1–49.
- Aletras, Nikolaos/Tsarapatsanis, Dimitrios et al.*, Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective, *PeerJ Computer Science*, 2 (2016), e93.

- Alschner, Wolfgang/Skougarevskiy, Dmitriy*, Towards an automated production of legal texts using recurrent neural networks, in: Association for Computing Machinery (ACM) (Hrsg.), Sixteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law, Proceedings of the Conference, New York 2017, S. 229–232.
- Alvarez-Melis, David/Jaakkola, Tommi*, A causal framework for explaining the predictions of black-box sequence-to-sequence models, in: Association for Computational Linguistics (ACL) (Hrsg.), Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, Conference Proceedings, Stroudsburg 2017, S. 412–421.
- Angwin, Julia/Larson, Jeff* et al., Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks, 23.05.2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
- Anzinger, Heribert*, Möglichkeiten der Digitalisierung des Rechts, in: Hey, Johanna (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Köln, 17. und 18. September 2018, Köln 2019, S. 15–58.
- Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“*, Thesenpapier der Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“, 21.07.2020, <https://bit.ly/3i7xADp>, lang URL: https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/thesenpapier_der_arbeitsgruppe.pdf.
- Arndt, Adolf*, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6–8.
- Arndt, Gottfried*, Die dynamische Rechtsnormverweisung in verfassungsrechtlicher Sicht – BVerfGE 47, 285, JuS 1979, S. 784–789.
- Ashley, Kevin*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, New Tools for Law Practice in the Digital Age, Cambridge 2017.
- Ast, Friedrich*, Grundlinien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik, Landshut 1808.
- Augsberg, Ino/Burkiczak, Christian*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, JA 2008, S. 59–62.
- Axer, Peter*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tübingen 2000.
- Ay, Nihat*, Prinzipien der Robustheit, Forschungsbericht 2005 – Max-Planck-Institut für Mathematik in den Naturwissenschaften, 2005, <https://www.mpg.de/429102/forschungsschwerpunkt2>.
- Babura, Peter*, Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, in: Selmer, Peter/Münch, Ingo von (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin u. a. 1987, S. 25–37.
- , Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 12, Heidelberg 2014, § 265.
- Baldus, Manfred*, Menschenwürdegarantie und Absolutheitstheorie, Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte, AöR, 136 (2011), S. 529–552.
- Ballhausen, Miriam*, IT-Einsatz in der Justiz, Technik, Recht, Realisierung, Stuttgart 2012.
- Barker, Christian*, Artificial Intelligence: Direct and indirect impacts on the Legal Profession, Tort-Source, 19 (2017), S. 4.
- Baur, Fritz*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP, 153 (1954), S. 393–412.
- Beck, Susanne*, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 2009, S. 225–230.

- , Über Sinn und Unsinn von Statusfragen – zu Vor- und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person, in: Hilgendorf, Eric/Günther, Jan-Phillipp (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, Beiträge zur Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, Baden-Baden 2013, S. 239–260.
- Beck, Wolfgang, Legal Tech und Künstliche Intelligenz – Ein Überblick zum aktuellen Stand –, DÖV 2019, S. 648–653.
- Beck'scher Kommentar DRiG – Schmidt, Rantsch, Johanna (Hrsg.), Beck'scher Kommentar Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl., München 2009 (zit. Beck'scher Kommentar DRiG/Bearbeiter).
- Becker, Maximilian, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM 2019, S. 636–648.
- BeckOK Datenschutzrecht – Brink, Stefan/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht, 36. Aufl., München 2021 (zit. BeckOK Datenschutzrecht/Bearbeiter).
- BeckOK GG – Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, 47. Aufl., München 2021 (zit. BeckOK GG/Bearbeiter).
- Bebr, Nele, Konfliktlösung im Internet, Berlin 2005.
- Beijing Internet Court, Beijing Internet Court launches online litigation service center, 01.07.2019, https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm.
- Ben-Ari, Daniel/Frish, Yael et al., "Danger Will Robinson?", Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment, Richmond Journal of Law and Technology, 23 (2017), S. 3–55.
- Benda, Ernst, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 1995, § 6.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart, Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1975, S. 166–171.
- Berger, Ariane, Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, S. 804–808.
- Berkemann, Jörg, Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht, JZ 1971, S. 537–540.
- Berliner Kommentar GG – Friauf, Karl Heinrich (Begr.)/Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 5, Loseblattsammlung, Berlin Mai 2021 (zit. Berliner Kommentar GG/Bearbeiter).
- Berlit, Uwe, eJustice – was soll denn das?, JurPC Web-Dok 117/2014, <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140117>.
- Bernhard, Ralf, Rechtspfleger, Richter- und Rechtsprechungsbegriff, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Verhältnis von Richter und Rechtspfleger, DRiZ 1981, S. 361–369.
- Bernhardt, Wilfried, Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, Entwicklung und Entwicklungsperspektiven von E-Justice, NJW 2015, S. 2775–2780.
- , Schlüsselemente einer erfolgreichen Digitalisierung der Justiz, in: Buschmann, Almuth/Gläß, Anne-Christin et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, Berlin 2018, S. 21–40.
- Bernzen, Anna/Kebrberger, Roman, Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik, RW 2019, S. 374–407.
- Bettermann, Karl August, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 92 (1967), S. 496–543.

- , Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 94 (1969), S. 263–312.
- , Der Richter als Staatsdiener, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen/Schmidt, Karsten/Zeuner, Albrecht (Hrsg.), Karl August Bettermann, Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, Schriften aus vier Jahrzehnten, Köln u. a. 1988, S. 119–139.
- , Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen/Schmidt, Karsten/Zeuner, Albrecht (Hrsg.), Karl August Bettermann, Staatsrecht, Verfahrensrecht, Zivilrecht, Schriften aus vier Jahrzehnten, Köln u. a. 1988, S. 140–147.
- Biallaß, Isabelle Désirée*, Der Einsatz von KI in der Justiz, Mögliche künftige Einsatzszenarien, Rethinking law 2021/2, S. 34–36.
- Bieresborn, Dirk*, Die Auswirkungen der DSGVO auf das gerichtliche Verfahren, DRiZ 2019, S. 18–23.
- Bihler, Michael*, Rechtsgefühl, System und Wertung, Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung, München 1979.
- Bilda, Klaus*, Unabhängigkeit des Richters – ein Mythos?, JR 2001, S. 89–93.
- Bilski, Nico/Schmid, Thomas*, Verantwortungsfindung beim Einsatz maschinell lernender Systeme, NJOZ 2019, S. 657–661.
- Binder, Alexander/Montavon, Grégoire* et al., Layer-Wise Relevance Propagation for Neural Networks with Local Renormalization Layers, in: Villa, Alessandro/Masulli, Paolo/Pons Rivero, Antonio (Hrsg.), Artificial Neural Networks and Machine Learning – ICANN 2016, 25th International Conference on Artificial Neural Networks, Barcelona, Spain, September 6-9, 2016, Proceedings, Part I, Bd. 2, Basel 2016, S. 63–71.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Babura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 3–14.
- , Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 2004, § 24.
- , Menschenwürde als normatives Prinzip, Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2003, S. 809–815.
- Boehme-Nefler, Volker*, Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts, Wie die Digitalisierung das Recht relativiert, NJW 2017, S. 3031–3037.
- , Unscharfes Recht, Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, Berlin 2008.
- Bonner Kommentar GG – Kabl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Werkstand 213. EL, Heidelberg 2021 (zit. Bonner Kommentar GG/Bearbeiter).
- Bosch, Nikolaus*, Sachliche und persönliche Unabhängigkeit von Gerichtspersonen, JURA 2015, S. 56–65.
- Böttcher, Eduard*, Inwieweit sichern die Art. 102ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?, ZZP, 50 (1926), S. 201–232.
- Braegelmann, Tom*, Datenmangel, Jura und XAI, Produziert das Rechtssystem genug Daten für die Entwicklung juristischer und erklärbarer künstlicher Intelligenz?, Rethinking law 2019/1, S. 22–23.
- , Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR), in: Hartung, Markus/Bues, Michael/Michael/Halbleib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, Rn. 922–961.

- Branting, Karl*, Data-centric and logic-based models for automated legal problem solving, *Artif Intell Law*, 25 (2017), S. 5–27.
- Braun Binder, Nadja*, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht?, *Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG*, NVwZ 2016, S. 960–965.
- , Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale – Anmerkungen zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3, 35 a und 41 Abs. 2 a VwVfG, DÖV 2016, S. 891–898.
- Braun, Binder, Nadja/Burri, Thomas/Lohmann, Melinda et al.*, Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, *jusletter*, 28.06.2021.
- Breidenbach, Stephan/Gaier, Reinhard*, Strukturierter Vortrag – Zur Digitalisierung des Zivilprozesses, in: Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2. Aufl., München 2021, S. 286–290.
- Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian*, Die Digitalisierung des Rechts, in: Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2. Aufl., München 2021, S. 1–9.
- Brennan-Marquez, Kiel/Henderson, Stephen*, Artificial Intelligence and Role-Reversible Judgment, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 109 (2019), S. 137–164.
- Breuer, Marten*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht, Tübingen 2011.
- Briggs, Michael*, Civil Courts Structure Review: Final Report, Juli 2016, <https://bit.ly/2VhBtgN>, lang URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>.
- Brinkmann, Hans Jürgen*, Rechtsanwendung durch Computer, ein Ding der Unmöglichkeit?, *DRiZ* 1993, S. 349–353.
- Britz, Gabriele*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG, *JA* 2001, S. 573–578.
- Brückling, Ulrich*, Gesellschaft beginnt mit Drei. Eine soziologische Triadologie, in: Bedorf, Thomas/Fischer, Joachim/Lindemann, Gesa (Hrsg.), *Theorien des Dritten, Innovationen in Soziologie und Sozialphilosophie*, München 2010, S. 189–211.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Dritte Gewalt im Wandel: Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, 2. Referat, *VVDStRL*, 74 (2015), S. 169–223.
- Brüggemann, Dieter*, Bemerkungen zur Eigenständigkeit des Rechtspflegeramtes, *JR* 1965, S. 81–87.
- Brüggemann, Jürgen*, Die richterliche Begründungspflicht, Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1971.
- Brugger, Winfried*, Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat, *VerwArch* 1987, S. 1–44.
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.
- Buchholtz, Gabriele*, Legal Tech, Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, *JuS* 2017, S. 955–960.
- Bues, Micha-Manuel*, Artificial Intelligence im Recht, in: Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), *Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts*, München 2018, Rn. 1156–1207.
- Bues, Micha-Manuel/Matthaei, Emilio*, LegalTech on the Rise: Technology Changes Legal Work Behaviours, But Does Not Replace Its Profession, in: Jacob, Kai/Schindler, Dierk/Strathausen,

- Roger (Hrsg.), *Liquid Legal, Transforming Legal into a Business Savvy, Information Enabled and Performance Driven Industry*, Cham 2017, S. 89–109.
- Bull, Hans Peter*, Über die rechtliche Einbindung der Technik, *Juristische Antworten auf Fragen der Technikentwicklung, Der Staat*, 58 (2019), S. 57–100.
- , *Verwaltung durch Maschinen, Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, Köln 1964.
- Bünau, Paul von*, Algorithmen und Transparenz, *Unsere Sehnsucht nach Begründung, LR* 2018, S. 98–107.
- Bund, Elmar*, Rechtsinformatik aus der Sicht der juristischen Methodenlehre, *Informatik und Recht* 1988, S. 273–278.
- Bürck, Harald*, Richterliche Rechtsfindung durch Computer?, Ein methodologisches Problem, o. O. 1974.
- Burr, Marcel*, Die Entwicklung von Legal Robots am Beispiel der grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel, *BB* 2018, S. 476–483.
- Callies, Christian*, Vorsorgeprinzip, in: Grunwald, Armin (Hrsg.), *Handbuch Technikethik*, Stuttgart 2013, S. 390–394.
- Carneiro, Davide/Novais, Paulo et al.*, Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective, *Artif Intell Rev*, 41 (2014), S. 211–240.
- Casey, Tony/Niblett, Anthony*, The Death of Rules and Standards, in: Busch, Christoph/De Franceschi, Alberto (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law, A Handbook*, München 2021, S. 98–113.
- CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice)*, European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018), Feb. 2019, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.
- Chatziathanasiou, Konstantin*, Der hungrige, ein härterer Richter?, Zur heiklen Rezeption einer vielzierten Studie, *JZ* 2019, S. 455–458.
- Chivot, Eline*, French Law Banning Analytics About Judges Restricts Legitimate Use of Public Data, 09.07.2019, <https://bit.ly/3BSIsNi>, lang URL: <https://www.datainnovation.org/2019/07/french-law-banning-analytics-about-judges-restricts-legitimate-use-of-public-data/>.
- Chopra, Samir/White, Laurence*, *A Legal Theorie for Autonomous Artificial Agents*, Michigan 2011.
- Christen, Markus/Mader, Clemens et al.*, *Wenn Algorithmen für uns entscheiden: Chancen und Risiken der künstlichen Intelligenz*, Zürich 2020.
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans*, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001.
- Classen, Claus Dieter*, Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar, *DÖV* 2009, S. 689–698.
- , Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, *Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, JZ* 2003, S. 693–701.
- Clemens, Thomas*, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften – insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit –, *AöR*, 111 (1986), S. 63–127.
- , Normenstrukturen im deutschen Recht, in: Grawert, Rolf/Schlink, Bernhard/Wahl, Rainer/Wieland, Joachim (Hrsg.), *Offene Staatlichkeit, Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Berlin 1995, S. 259–276.
- , Normenstrukturen im Sozialrecht – Unfallversicherungs-, Arbeitsförderungs- und Kassenartzrecht, *NZS* 1994, S. 337–347.

- Coester, Ulla/Pohlmann, Norbert*, Vertrauen – ein elementarer Aspekt der digitalen Zukunft, DuD 2021, S. 120–125.
- Collobert, Ronan/Weston, Jason et al.*, Natural Language Processing (Almost) from Scratch, Journal of Machine Learning Research, 12 (2011), S. 2493–2537.
- Conrad, Hermann*, Gestalt und Status des Richters in sozialhistorischer Betrachtung, DRiZ 1960, S. 6–8.
- Corrales, Marcelo/Fenwick, Mark et al.*, Tomorrow's Lawyers today?, Platform driven LegalTech, Smart Contracts & the New World of Legal Design, Journal of Internet Law 2019, S. 3–12.
- Corvalán, Juan Gustavo*, Artificial Intelligence, Threats, Challenges and Opportunities, Prometea, the first Predictive Artificial Intelligence at the Service of Justice is argentinian, International Journal of Digital and Data Law, 4 (2018), S. 17–36.
- , Prometea, Artificial Intelligence to Transform Public Organisations, Buenos Aires 2019.
- Cremer, Wolfram*, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, 1. Referat, VVDStRL, 78 (2019), S. 117–160.
- Cui, Yadong*, Artificial Intelligence and Judicial Modernisation, Shanghai 2020.
- d'Alessandro, Brian/O'Neil, Cathy/LaGatta, Tom*, Conscientious Classification: A Data Scientist's Guide to Discrimination-Aware Classification, Big Data, 5 (2017), S. 120–134.
- D'Amato, Anthony*, Can/Should Computers Replace Judges?, Georgia Law Review 1977, S. 1277–1301.
- Danks, David/London, Alex John*, Algorithmic Bias in Autonomous Systems, in: Sierra, Carles (Hrsg.), Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence, Melbourne 2017, S. 4691–4697.
- Danwitz, Thomas von*, Rechtsverordnungen, JURA 2002, S. 93–102.
- Danziger, Shai/Levav, Jonathan/Avnaim-Pesso, Liora*, Extraneous factors in judicial decisions, PNAS, 108 (2011), S. 6889–6892.
- Datenethikkommission (Datenethikkommission des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz)*, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019, <https://bit.ly/3l0lSwq>, lang URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- DAV (Deutscher Anwaltverein)*, Stellungnahme Nr.: 40/2020, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Europa und den Ausschuss Zivilrecht zur Konsultation der Europäischen Kommission zum Weißbuch Künstliche Intelligenz COM(2020) 65 final, Berlin u. a. Juni 2020.
- Davis, Joshua*, Artificial Wisdom? A Potential Limit on AI in Law (and Elsewhere), Oklahoma Law Review, 72 (2019), S. 51–89.
- de Diego Carreras, Alberto*, The Moral (Un)intelligence Problem of Artificial Intelligence in Criminal Justice: A Comparative Analysis unter Different Theories of Punishment, UCLA Journal of Law and Technology, 25 (2020), S. 1–38.
- Debus, Alfred*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, Berlin 2008.
- Dederer, Hans-Georg*, Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), Dogmatische Grundfragen auf dem Stand der Wissenschaft, JöR, 57 (2009), S. 89–124.
- Degen, Thomas/Krahmer, Benjamin*, Legal Tech: Erbringt ein Generator für Vertragstexte eine Rechtsdienstleistung?, GRUR-Prax 2016, S. 363–365.
- Degenhart, Christoph*, Gerichtsorganisation, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 5, Heidelberg 2007, § 114.

- , Gerichtsverfahren, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 5, Heidelberg 2007, § 115.
- Denga, Michael*, Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz, Warum die Verschuldenshaftung des BGB auch künftig die bessere Schadensausgleichsordnung bedeutet, CR 2018, S. 69–78.
- Denga, Michael/Poble, Jörg/Hölzel, Julian*, Technikregulierung durch doppelte Delegation, Bewältigungsmöglichkeiten für Staat und Private, RW 2020, S. 420–449.
- Dervanović, Dena*, Inhuman Lawyer: Developing Artificial Intelligence in the Legal Profession, in: Corrales, Marcelo/Fenwick, Mark/Forgó, Nikolaus (Hrsg.), Robotics, AI and the Future of Law, Singapore 2018, S. 209–234.
- Detterbeck, Steffen*, Staatshaftung bei normativem Unrecht, JA 1991, S. 7–12.
- Deutsche Bundesregierung* (Hrsg.), Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, Nov. 2018, https://www.bmbf.de/files/Nationale_KI-Strategie.pdf.
- Deutscher Richterbund*, Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz in der Bundesrepublik Deutschland, 28.12.2018, https://www.drj.de/fileadmin/DRB/pdf/Publikationen/DRB-Positionspapier_Nachwuchsgewinnung_kl.pdf.
- Dialani, Priya*, AI Will have Robot Judges Soon. What about Human Judges?, 04.03.2021, <https://www.analyticsinsight.net/ai-will-have-robot-judges-soon-what-about-human-judges/>.
- Dieterich, William/Mendoza, Christina/Brennan, Tim*, COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity, Performance of COMPAS Risk Scales in Broward County, 08.07.2016, http://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf.
- Djeffal, Christian*, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, 22.11.2018, <https://bit.ly/3js3Pwv>, lang URL: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2019/03/NEGZ-Kurzstudie-3-KuenstlIntelligenz-20181113-digital.pdf>.
- Döbel, Inga/Leis, Miriam* et al., Maschinelles Lernen, Eine Analyse zu Kompetenzen, Forschung und Anwendung, 2018, <https://bit.ly/3inGIUz>, lang URL: <https://www.bigdata-ai.fraunhofer.de/de/publikationen/ml-studie.html>.
- Dohnold, Heike*, Die Haftung des Staates für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DÖV 1991, S. 152–158.
- Döhring, Erich*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953.
- Domingos, Pedro*, The Master Algorithm, How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World, New York 2015.
- Donohue, Michael*, A Replacement for Justitia’s Scales?: Machine Learning’s Role in Sentencing, Harvard Journal of Law & Technology, 32 (2019), S. 657–678.
- Dörr, Sina*, Algorithmen in der Justiz, Wie berechenbar ist die menschliche Entscheidung?, Rethinking law 2021/2, S. 41–43.
- Doshi-Velez, Finale/Kortz, Mason*, Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation, 2017, <https://dash.harvard.edu/handle/1/34372584>.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Bd. 1, Tübingen 2013 (zit. Dreier GG/*Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Bd. 2, Tübingen 2015 (zit. Dreier GG/*Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Bd. 3, Tübingen 2018 (zit. Dreier GG/*Bearbeiter*).
- , Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JURA 1997, S. 249–257.
- , Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 1994, S. 741–752.

- Dreyer, Stephan/Schmees, Johannes*, Künstliche Intelligenz als Richter?, Wo keine Trainingsdaten, da kein Richter – Hindernisse, Risiken und Chancen der Automatisierung gerichtlicher Entscheidungen, CR 2019, S. 758–764.
- DSK (Datenschutzkonferenz)*, Hambacher Erklärung zur Künstlichen Intelligenz, Sieben datenschutzrechtliche Anforderungen, Entschließung der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, 03.04.2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20190405_hambacher_erklaerung.pdf.
- Dulle, Thomas/Galetzka, Christian/Partheymüller, Johannes*, Automatisierte Dokumentengeneratoren – Wer Haftet?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Tagungsband Herbstakademie 2017, Edeweicht 2017, S. 625–640.
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR, 42 (1956), S. 117–157.
- Duve, Christian/Zollitsch, Viola*, Spricht der Mensch oder der Algorithmus Recht, 02.09.2020, <https://bit.ly/3lz7eN2>, lang URL: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/anwaltspraxis/kuenstliche-intelligenz-und-recht>.
- Dworkin, Roland*, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977.
- Dzida, Boris/Groh, Naemi*, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, NJW 2018, S. 1917–1922.
- Eckertz-Höfer, Marion*, „Vom guten Richter“ – Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität –, DÖV 2009, S. 729–741.
- , Kein Kopftuch auf der Richerbank?, DVBl. 2018, S. 537–545.
- Egbert, Simon*, Siegeszug der Algorithmen?, Predictive Policing im deutschsprachigen Raum, 04.08.2017, <https://bit.ly/2Vvw6dB>, lang URL: <http://www.bpb.de/apuz/253603/siegeszug-der-algorithmen-predictive-policing-im-deutschsprachigen-raum?p=all>.
- Eidenmüller, Horst*, The Rise of Robots and the Law of Humans, ZEuP 2017, S. 765–777.
- Enders, Christoph*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997.
- Enders, Peter*, Einsatz künstlicher Intelligenz bei juristischer Entscheidungsfindung, JA 2018, S. 721–727.
- Endres, Herbert/Helm, Roland*, Predictive Analytics: Welchen Beitrag können vorausschauende Analysen bei der Anpassungsfähigkeit von Unternehmen leisten?, IM+io 2015, S. 58–61.
- Engel (nun Fries), Martin*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, S. 1633–1637.
- , Erwiderung, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, Zu Kyriakos N. Kotsoglou JZ 2014, 451–457, JZ 2014, S. 1096–1100.
- Engeler, Malte*, Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung auf die Arbeit der justiziellen Beteiligungsgremien, NJOZ 2019, S. 593–602.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- , Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.
- Erbguth, Jörn*, Juristische Entscheidungen nach maschinellem Bauchgefühl, DRiZ 2018, S. 130–131.
- Erbardt, Jonathan/Mona, Martino*, Rechtsperson Roboter – Philosophische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit künstlicher Intelligenz, in: Gless, Sabine/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, S. 61–93.

- Erler, Adalbert*, Der Ursprung der Gottesurteile, Paideuma: Mitteilungen zur Kulturkunde 1941, S. 44–65.
- Ernst, Christian*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, S. 1026–1036.
- Ernst, Stefan*, Verbraucherschutz durch „faire“ Algorithmen – eine Illusion, VuR 2019, S. 401–402.
- Eschelbach, Ralf*, Gehör vor Gericht, GA 2004, S. 228–245.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/M. 1972.
- 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, 21.04.2021, <https://bit.ly/37265oG>, lang URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF.
- , Weissbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM(2020) 65 final, 19.02.2020, <https://bit.ly/3jk2J66>, lang URL: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_de.pdf.
- Faller, Hans Joachim*, Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin u. a. 1987, S. 81–100.
- Fernandez, Jean-Claude/Mounier, Laurent/Pachon, Cyril*, A Model-Based Approach for Robustness Testing, in: Knendek, Ferhat/Dssouli, Rachida (Hrsg.), Testing of Communicating Systems, 17th IFIP TC6/WG 6.1 International Conference, TestCom 2005, Montreal, Canada, May 31 – June 2, 2005 Proceedings, Heidelberg u. a. 2005, S. 333–348.
- Feuchthofen, Jörg*, Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren, DVBl. 1984, S. 170–175.
- Fiedler, Bernhard/Grupp, Michael*, Legal Technologies: Digitalisierungsstrategien für Rechtsabteilungen und Wirtschaftskanzleien, DB 2017, S. 1071–1076.
- Fiedler, Herbert*, Automatisierung im Recht und juristische Informatik, 1. Teil: Grundbegriffe der elektronischen Informationsverarbeitung und ihrer juristischen Anwendung, JuS 1970, S. 432–436.
- , Automatisierung im Recht und juristische Informatik, 2. Teil: Datenverarbeitung und Automatisierung in der öffentlichen Verwaltung, JuS 1970, S. 552–556.
- , Automatisierung im Recht und juristische Informatik, 3. Teil: Elektronische Rechtsdokumentation und juristische Informationssysteme, JuS 1970, S. 603–607.
- , Automatisierung im Recht und juristische Informatik, 4. Teil: Datenverarbeitung als Hilfsmittel für Gesetzgebung und Rechtspflege, JuS 1971, S. 67–71.
- , Automatisierung im Recht und juristische Informatik, 5. Teil: Perspektiven der Automatisierung im Recht und der juristischen Informatik, JuS 1971, S. 228–233.
- , Rechtsautomaten in Recht und Verwaltung, JZ 1966, S. 689–696.
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 2, Tübingen 1975.
- Fischer, Peter/Hofer, Peter*, Lexikon der Informatik, 15. Aufl., Berlin u. a. 2011.
- Fitzl, Gregor*, Roboter als „legale Personen“ mit begrenzter Haftung. Eine soziologische Sicht, in: Hilgendorf, Eric/Günther, Jan-Phillipp (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, Beiträge zur Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, Baden-Baden 2013, S. 377–398.

- Flotbo, Manfred*, Richterpersönlichkeit und Richterauslese, DRiZ 1988, S. 167–171.
- Fraser, Steven/Campara, Djenana et al.*, Fostering Software Robustness in an Increasingly Hostile World, in: Association for Computing Machinery (ACM) (Hrsg.), OOPSLA '05 Conference Companion, 20th Annual ACM Conference on Object-Oriented Programming, Systems, Languages, and Applications, o. O. 2005, S. 378–380.
- Frese, Yorck*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, S. 2090–2092.
- Fries, Martin*, Automatische Rechtspflege, RW 2018, S. 414–430.
- , PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, S. 2860–2865.
- , Staatsexamen für Roboteranwälte?, Optionen für die Regulierung von Legal-Tech-Dienstleistern, ZRP 2018, S. 161–166.
- Friesenbahn, Ernst*, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: *a. A.*, Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949, Tübingen 1950, S. 21–69.
- Froitzheim, Oliver*, code is law, isn't it?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformation – Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Tagungsband Herbstakademie 2018, Edeweicht 2018, S. 311–325.
- Führ, Martin*, Technikrecht, in: Grunwald, Armin (Hrsg.), Handbuch Technikethik, Stuttgart 2013, S. 384–390.
- Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 6. Aufl., Tübingen 1960 (Nachdruck 1990).
- Gaede, Karsten*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?, Plädoyer für eine Regulierung künstlicher Intelligenz jenseits ihrer reinen Anwendung, Baden-Baden 2019.
- Gaier, Reinhard*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, in: Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl., München 2021, S. 275–285.
- , Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, JurPC Web-Dok. 133/2015, <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150133>.
- Gantner, Felix*, Rechtsdurchsetzung und autonome Systeme, JurPC Web-Dok 121/2019, <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20190121>.
- Geddert-Steinacher, Tatjana*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990.
- Gebmann, Ludwig*, Der demokratische Auftrag des ehrenamtlichen Richters und sein Informationsbedürfnis, DRiZ 1988, S. 126–131.
- Geminn, Christian*, Menschenwürde und menschenähnliche Maschinen und Systeme, DÖV 2020, S. 172–181.
- Gesellschaft für Informatik*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Aug. 2018, http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf.
- Gless, Sabine/Weigend, Thomas*, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW, 126 (2014), S. 561–591.
- Gless, Sabine/Woblers, Wolfgang*, Subsumtionsautomat 2.0, Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter?, in: Böse, Martin/Schumann, Kay/Toepel, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2019, S. 147–165.

- Glock, Phillipp*, Kollege Software – Der Anwalt der Zukunft?, in: Schulz, Martin/Schunder-Hartung, Anette (Hrsg.), Recht 2030, Legal Management in der digitalen Transformation, Frankfurt/M. 2019, S. 129–139.
- Glöckner, Andreas*, The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated, *Judgement and Decision Making*, 11 (2016), S. 601–610.
- Glynn, Adam/Sen, Maya*, Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women’s Issues?, *American Journal of Political Science*, 59 (2015), S. 37–54.
- Goebel, Jürgen/Schmalz, Reinhard*, Probleme beim Einsatz juristischer Expertensysteme in der Rechtspraxis, *CR* 1986, S. 510–515.
- Gola, Peter* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar, 2. Aufl., München 2018 (zit. *Gola DSGVO/Bearbeiter*).
- Golla, Sebastian*, In Würde vor Ampel und Algorithmus, – Verfassungsrecht im technologischen Wandel –, *DÖV* 2019, S. 673–681.
- Goodenough, Oliver*, Legal Technology 3.0, 06.04.2015, https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658.
- Grabmair, Matthias*, Modeling purposive legal argumentation and case outcome prediction using argument schemes in the value judgement formalism, Pittsburgh 2016.
- Graevenitz, Albrecht von*, „Zwei mal Zwei ist Grün“ – Mensch und KI im Vergleich, *ZRP* 2018, S. 238–241.
- Graßhof, Karin*, Rechtliches Gehör, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 5, Heidelberg u. a. 2013, § 133.
- Greco, Luis*, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Roboter-Richter nicht geben darf, *RW* 2020, S. 29–62.
- Greger, Reinhard*, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, *NJW* 2019, S. 3429–3432.
- , Postkutsche auf der Autobahn – Ist der Zivilprozess noch zeitgemäß?, *NZV* 2016, S. 1–6.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Der Zivilrechtslehrer und die Digitalisierung, *AcP*, 218 (2018), S. 601–605.
- Grigoleit, Hans Christoph/Bender, Philip*, The Law between Generality and Particularity. Chances and Limits of Personalized Law, in: Busch, Christoph/De Franceschi, Alberto (Hrsg.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law, A Handbook*, München 2021, S. 115–136.
- Grimm, Dieter*, Das Grundgesetz nach vierzig Jahren, *NJW* 1989, S. 1305–1312.
- Gröschner, Rolf*, *Judiz — was ist das und wie läßt es sich erlernen?*, *JZ* 1987, S. 903–908.
- Groß, Thomas*, Grenzen der Pluralisierung der Judikative, *Das Gebot struktureller Unparteilichkeit ehrenamtlicher Richter*, *KJ* 2000, S. 209–228.
- , Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, *ZRP* 1999, S. 361–365.
- Grundies, Volker*, Gleiches Recht für alle? – Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, Mönchengladbach 2016, S. 511–525.
- Grupp, Michael*, Legal Tech – Impulse für Streitbeilegung und Rechtsdienstleistung, *Informationstechnologische Entwicklung an der Schnittstelle von Recht und IT*, *AnwBl* 2014, S. 660–665.
- , Wie baut man einen Rechtsautomaten?, Modellierung juristischer Entscheidungsstrukturen mit Lexalgo, in: Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), *Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts*, München 2018, Rn. 1100–1130.

- Grupp, Michael/Bues, Micha-Manuel*, Die Automation des Rechts: zu Anforderungen und Möglichkeiten im Rechtsmarkt heute, *Rethinking law* 2019/2, S. 19–27.
- Guckelberger, Annette*, Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, *ZG* 2004, S. 62–88.
- , E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, 1. Referat, *VVDStRL*, 78 (2019), S. 235–288.
- , Modernisierung der Gesetzgebung aufgrund der Digitalisierung, *DÖV* 2020, S. 797–808.
- , Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 2019.
- , Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, in: Oostrom, Samuel van/Weth, Stephan (Hrsg.), *Festschrift für Maximilian Herberger*, Saarbrücken 2016, S. 397–414.
- Guckelberger, Annette/Starosta, Gina*, Rechtsschutzgarantie als Taktgeber für die Digitalisierung der Justiz, *DRiZ* 2020, S. 22–25.
- Guggenberger, Leonid*, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, *NVwZ* 2019, S. 844–850.
- Guggenberger, Nikolas*, KI und Recht: Neue Methodik, billige Entscheidungen und Ergebnisvorgaben, *MMR* 2019, S. 777–778.
- Günzl, Clara*, Subsumtionsautomaten und -maschinen, Rechtshistorische Anmerkungen zu einem beliebten Vorwurf, *JZ* 2019, S. 180–188.
- Gusy, Christoph*, Der Vorrang des Gesetzes, *JuS* 1983, S. 189–194.
- , Probleme der Verrechtlichung technischer Standards, *NVwZ* 1995, S. 105–112.
- Gutmann, Thomas*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: Daele, Wolfgang van den (Hrsg.), *Biopolitik*, Wiesbaden 2005, S. 235–264.
- Häberle, Peter*, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971, *JZ* 1971, S. 145–156.
- , Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 2004, § 22.
- , Zeit und Verfassung, Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis, *ZfP* 1974, S. 111–137.
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1992.
- Haft, Fritjof*, Computergestützte Entscheidungsfindung, in: Hoppe, Werner (Hrsg.), *Rechtssprechungslehre*, Zweites internationales Symposium 1988, Köln 1992, S. 589–607.
- , Mündlich, schriftlich, digital, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf/Garber, Thomas (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts*, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, Wien 2012, S. 197–204.
- , Nutzenwendungen kybernetischer Systeme im Recht, Gießen 1968.
- , Von der Datenverarbeitung zur Problemverarbeitung, *DSWR* 1983, S. 279–283.
- Hage, Jaap*, Theoretical foundations for the responsibility of autonomous agents, *Artif Intell Law*, 25 (2017), S. 255–271.
- Hähnchen, Susanne/Bommel, Robert*, Digitalisierung und Rechtsanwendung, *JZ* 2018, S. 334–340.
- Hähnchen, Susanne/Schrader, Paul* et al., Legal Tech, Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, *JuS* 2020, S. 625–635.

- Hain, Karl*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden 1999.
- Halbleib, Gernot*, Automatisierte Dokumentenerstellung in der juristischen Praxis, in: Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, Rn. 1131–1155.
- Haman, Christian*, Integration neuronaler Netze in regelbasierte juristische Expertensysteme, Frankfurt/M. 1998.
- Hamm, Rainer*, Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens, o. O. 1973.
- Hanebeck, Alexander*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip – Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis –, DÖV 2004, S. 901–909.
- Harris, Allen*, Judicial Decision Making and Computers, Villanova Law Review, 12 (1967), S. 272–312.
- Hartmann, Felix*, Diskriminierung aus der Black Box – Neue Herausforderungen durch KI-gestützte Personalentscheidungen, EuZA 2019, S. 421–422.
- Hartmann, Karsten*, Einführung in die Expertensystem-Technologie, Merseburg 2015.
- Hartung, Markus*, Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung, in: Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, Rn. 10–64.
- , Inkasso, Prozessfinanzierung und das RDG, Was darf ein Legal-Tech-Unternehmen als Inkassodienstleister?, AnwBl 2019, S. 353–361.
- Hartung, Markus/Meising, Ulrike*, Legal Tech im Familienrecht, NZFam 2019, S. 982–987.
- Hassemer, Winfried*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 213–219.
- , Rechtssystem und Kodifikation, Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227–242.
- Häuser, Horst*, Die Illusion der Subsumtion, Der Richter als Teil des Rechtsfindungsprozesses, Betrifft JUSTIZ, 107 (2011), S. 151–155.
- Heck, Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurispundenz, AcP, 112 (1914), S. 1–313.
- Heckelmann, Martin*, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, S. 504–510.
- Heesen, Jessica*, Mensch-Maschine Interaktion, in: Gröschner, Rolf/Kapust, Antje/Lembcke, Oliver (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, München 2013, S. 360–361.
- Heil, Benedict*, IT-Anwendungen im Zivilprozess, Untersuchung zur Anwendung künstlicher Intelligenz im Recht und zum strukturierten elektronischen Verfahren, Tübingen 2020.
- Heinz, Karl Eckhart*, Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde wegen Nichtgewährung des Rechtlichen Gehörs, DÖD 2016, S. 222–231.
- Heister-Neumann, Elisabeth*, „Große Justizreform“ – Der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, ZRP 2005, S. 12–15.
- Hellmann, Roland*, IT-Sicherheit, Eine Einführung, Berlin u. a. 2018.
- Henkes, Phillipp*, Rechtswissenschaft und Transhumanismus, Zu den Anforderungen an Juristinnen und Juristen von übermorgen, Rethinking law 2019/1, S. 55–61.
- Hensler, Martin*, Prozessfinanzierende Inkassodienstleister – Befreit von den Schranken des anwaltlichen Berufsrechts?, NJW 2019, S. 545–550.
- Herberger, Maximilian*, „Künstliche Intelligenz“ und Recht – Ein Orientierungsversuch –, NJW 2018, S. 2825–2829.

- Herdegen, Matthias*, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773–779.
- , Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, 1. Bericht, VVDStRL, 62 (2003), S. 7–36.
- Hermes, Georg*, Anmerkung zu BVerfGE 103, 111, JZ 2001, S. 873–876.
- Herold, Viktoria*, Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch Machine Learning, InTeR 2019, S. 7–11.
- , Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, Berlin 2020.
- , Grenzen automationsgerechter Gesetzgebung, DÖV 2020, S. 181–189.
- Heyde, Wolfgang*, Rechtsprechung, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 1995, § 33.
- Hilbert, Patrick*, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, S. 130–136.
- Hildebrandt, Mireille*, Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics, University of Toronto Law Journal, 68 (2018), S. 12–35.
- , Technology and the End of Law, in: Claes, Erik/Devroe, Wouter/Keirsbilck, Bert (Hrsg.), Facing the Limits of the Law, Berlin u. a. 2009, S. 443–464.
- Hilgendorf, Eric*, Digitalisierung und (Straf-)Recht. Plädoyer für eine Perspektivenerweiterung, in: Hoven, Elisa/Kubicel, Michael (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend, Baden-Baden 2020, S. 137–158.
- Hill, Hermann*, Die Veränderung juristischer Arbeit durch neue Medien, in: Hof, Hagen/Götz von Olenhusen, Peter (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ..., Neue Akzente für die Juristenausbildung, Baden-Baden 2012, S. 334–344.
- , Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen, in: Hill, Hermann/Schliesky, Utz (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, Baden-Baden 2015, S. 267–287.
- Hillgruber, Christian*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118–125.
- Hirsch, Günter*, „Vom Vorurteil zum Urteil“, Kein Richter geht „jungfräulich“ an die Entscheidung eines Falls, ZRP 2009, S. 61–62.
- , Außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – ein alternativer Zugang zum Recht entsteht, NJW 2013, S. 2088–2094.
- , Im Namen des Volkes: Gesetz – Recht – Gerechtigkeit, ZRP 2012, S. 205–209.
- Hoch, Veronica*, Anwendung Künstlicher Intelligenz zur Beurteilung von Rechtsfragen im unternehmerischen Bereich, Zulässigkeit, Grenzen und Haftungsfragen beim Einsatz von Legal Robots, AcP, 219 (2019), S. 646–702.
- Hoeren, Thomas/Niehoff, Maurice*, KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, S. 47–66.
- Hoerster, Norbert*, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, S. 93–96.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Rechte im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016.
- , Modernisierung von Recht und Justiz, Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, Frankfurt/M. 2001.
- , Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, Baden-Baden 2018, S. 11–78.

- , Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, *AöR*, 142 (2017), S. 1–42.
- Höfling, Wolfgang*, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, *JuS* 1995, S. 857–862.
- Hofmann, Hans*, Die Menschenwürde in Grenzbereichen der Rechtsordnung, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd (Hrsg.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik*, Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 225–249.
- Höland, Armin/Meller-Hannich, Caroline*, Rückgang der Klageeingangszahlen – wo liegt das Problem?, in: Höland, Armin/Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), *Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz, Mögliche Ursachen und Folgen*, Baden-Baden 2016, S. 11–20.
- Holländer, Pavel*, Das Jörgensensche Dilemma, Die Unterscheidung zwischen gut und böse bzw. die Suche nach dem Inhalt einer deontisch idealen Welt, *Rechtstheorie*, 43 (2012), S. 365–376.
- Hömig, Dieter*, Zur Zulässigkeit statischer Verweisung des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, *DVBl.* 1979, S. 307–311.
- Horacek, Tim*, Legal Tech und Rechtstatsachenforschung, Wie der Einsatz von Legal Tech im juristischen Arbeitsalltag die empirische Erkenntnisgewinnung in Massenverfahren revolutioniert, *Rethinking law* 2019/3, S. 38–40.
- Horn, Hans-Detlef*, Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 5, Heidelberg u. a. 2013, § 132.
- Huber, Peter/Kuhlmann, Nico*, Künstliche Intelligenz im Recht, Ein hilfreiches Phantom, 07.04.2018, <https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/kuenstliche-intelligenz-recht-legal-tech-in-der-praxis/>.
- Hufen, Friedhelm*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, *JuS* 2010, S. 1–10.
- IEEE (Institute of Electrical and Electronics Engineers)*, *IEEE Standard Glossary of Software Engineering Terminology*, New York 1990.
- Ingold, Albert*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. Karriere – Konzept – Kritik, *AöR* 140 (2015), S. 1–30.
- Isay, Hermann*, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929 (Nachdruck 1970).
- Isensee, Josef*, Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, *AöR*, 138 (2013), S. 325–362.
- , Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, *AöR*, 131 (2006), S. 173–218.
- , Würde des Menschen, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 4, Heidelberg u. a. 2011, § 87.
- Jacoby, Florian*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2020.
- Jahnel, Dietmar* (Hrsg.), *Kommentar zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)*, Wien 2021 (zit. *Jahnel DSGVO/Bearbeiter*).
- Jajal, Tannya*, Will AI Ever Enter the Courtroom?, 06.08.2020, <https://medium.com/mapping-out-2050/will-ai-ever-enter-the-courtroom-52757ed9a527>.
- Jandach, Thomas*, *Juristische Expertensysteme, Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung*, Berlin u. a. 1993.
- Jarass, Hans*, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, *NJW* 2011, S. 1393–1398.

- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl., München 2020 (zit. Jarass/Pieroth *GG/Bearbeiter*).
- Jestaedt, Matthias*, Selbststand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 12, Heidelberg 2014, § 264.
- Jost, David/Kempe, Johann*, E-Justice in Deutschland, Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Justiz, NJW 2017, S. 2705–2708.
- JuMiKo (Justizministerkonferenz)*, Beschluss TOP I.11. Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, 90. Konferenz der Justizministerinnen und -minister, 05.-06.06.2019, https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2019/Fruhjahrenskonferenz_2019/index.php.
- Käde, Lisa/Maltzan, Stephanie von*, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI), Entmystifizierung der Black Box und Chancen für das Recht, CR 2020, S. 66–72.
- , Towards a Demystification of the Black Box – Explainable AI and Legal Ramifications, Journal of Internet Law 2019, S. 3–13.
- Kahl, Wolfgang*, Vertrauen (Kontinuität), in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts zu Staat und Verfassung, Studienausgabe, Heidelberg 2015, § 27.
- Kahneman, Daniel*, Thinking, fast and slow, London 2011.
- Kalenscher, Tobias*, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, Oder: Was hat das Frühstück mit richterlichen Entscheidungen zu tun?, Justice – Justiz – Giustizia, 3 (2018).
- Kalinowski, Georges*, Einführung in die Normenlogik, Frankfurt/M. 1972.
- Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 1785 (Nachdruck 2016).
- Kaplan, Jerry*, Künstliche Intelligenz, Eine Einführung, Frechen 2017.
- Karlsruher Kommentar StPO – Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., München 2019 (zit. Karlsruher Kommentar StPO/*Bearbeiter*).
- Karpen, Hans-Ulrich*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970.
- Kastl, Graziana*, Algorithmen – Fluch oder Segen?, Eine Analyse der Autocomplete-Funktion der Google-Suchmaschine, GRUR 2015, S. 136–141.
- Katsb, Ethan/Rabinovich-Einy, Orna*, Digital justice, Technology and the Internet of Disputes, New York 2017.
- Katz, Daniel Martin/Bommarito, Michael/Blackman, Josh*, A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, 19.01.2017, <https://ssrn.com/abstract=2463244>.
- Kaufmann, Arthur*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997.
- , Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 295–309.
- Kaulartz, Markus*, Smart Dispute Resolution – Automatisierte Konfliktlösung, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Tagungsband Herbstakademie 2017, Edeweicht 2017, S. 599–609.
- Kaulartz, Markus/Heckmann, Jörn*, Smart Contracts, Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 618–624.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, Wien 1934 (Nachdruck 1967).
- Keltsch, Jürgen*, Die Grenzen der automatischen Rechtsfindung, DSWR 1985, S. 41–47.

- Kemper, Carolin*, Rechtspersönlichkeit für Künstliche Intelligenz?, *cognitio* 2018/1.
- Kilian, Matthias*, Die Zukunft der Juristen, Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer – und entbehrlicher?, *NJW* 2017, S. 3043–3050.
- Kilian, Wolfgang*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, Methodenorientierte Vorstudie, Frankfurt/M. 1974.
- Kirchhof, Gregor*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, Über einen notwendigen Garanten der Freiheit, der Gleichheit und der Demokratie, Tübingen 2009.
- , Einzelfallgerechtigkeit und Maßstabbildung im digitalen Massenfallrecht, Zur steuerlichen Zinsregelung, zur notwendigen Neubestimmung des Steuersystems und zum objektiven Nettoprinzip, in: Drüen, Klaus-Dieter/Hey, Johanna/Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Festschrift für den Bundesfinanzhof, Bd. 1, Köln 2018, S. 361–383.
- Kirchhof, Paul*, Die Identität der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 2004, § 21.
- , Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater, *DStR* 2018, S. 497–504.
- , Richterliche Rechtsfindung, gebunden an "Gesetz und Recht", *NJW* 1986, S. 2275–2280.
- Kissel, Otto Rudolf*, Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, *NJW* 1982, S. 1777–1785.
- Klaas, Arne*, Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz, Demokratische Entscheidungsfindung durch und mithilfe von selbstlernenden Algorithmen, *MMR* 2019, S. 84–90.
- Klatt, Matthias*, Juristische Hermeneutik, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Darmstadt 2017, S. 224–230.
- Klein, Andreas*, Automatisierter Fallvergleich, Heidelberg 1998.
- Klement, Jan Henrik*, Verantwortung, Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.
- Kley, Andreas*, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1993.
- Kloepfer, Michael*, Humangentechnik als Verfassungsfrage, *JZ* 2002, S. 417–428.
- Klug, Ulrich*, Juristische Logik, 4. Aufl., Berlin u. a. 1982.
- Knauff, Matthias*, Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie, *NVwZ* 2007, S. 546–549.
- Knemeyer, Franz-Ludwig*, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 8, Heidelberg 2010, § 178.
- Knobloch, Tobias*, Vor die Lage kommen: Predictive Policing in Deutschland, Policy Brief, 29.08.2018, <https://www.stiftung-nv.de/de/publikation/vor-die-lage-kommen-predictive-policing-deutschland>.
- Kopp, Ferdinand*, Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR*, 106 (1981), S. 604–632.
- Korves, Robert*, Die Zukunft und die Zeit danach – Gedanken zu elektronischem Rechtsverkehr und elektronischer Akte, in: Buschmann, Almuth/Gläß, Anne-Christin et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, Berlin 2018, S. 41–53.

- Kotsoglou, Kyriakos*, Subsumtionsautomat 2.0, Über die (Un-)Möglichkeit der Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, S. 451–457.
- Kowalski, Christian*, Lösungsansätze für juristische Expertensysteme, warum kann und soll es juristische Expertensysteme geben?, Tübingen 1987.
- Krafft, Tobias/Zweig, Katharina*, Wie Gesellschaft algorithmischen Entscheidungen auf den Zahn fühlen kann, in: Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta/Parycek, Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar?, Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 471–492.
- Krimphove, Dieter/Niehaus, Sebastian*, Automatisierte Entscheidungsfindung: Fuzzy-Logik und maschinelles Lernen in der Rechtswissenschaft, in: Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl., München 2021, S. 356–370.
- Kroll, Joshua/Huey, Joanna et al.*, Accountable Algorithms, University of Pennsylvania Law Review, 165 (2017), S. 633–705.
- Kube, Hanno*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, 2. Referat, VVDStRL, 78 (2019), S. 289–332.
- Kuchinke, Kurt*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Bielefeld 1964.
- Kugler, Logan*, AI Judges and Juries, Artificial intelligence is changing the legal industry., Communications of the ACM, 61 (2018), S. 19–21.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, BDSG Kommentar, 3. Aufl., München 2020 (zit. Kühling/Buchner DSGVO/Bearbeiter).
- Kuhlmann, Nico*, Baum der Erkenntnis nicht nur im Paradies verboten, 14.06.2019, <https://bit.ly/3iTHHLy>, lang URL: <https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/frankreich-legal-tech-beschaerung-predictive-analysis-verbotene-erkenntnis/>.
- , Legal Tech – Zugang zum Recht im Zeitalter der Digitalisierung, in: Bär, Christian/Grädler, Thomas/Mayr, Robert (Hrsg.), Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, Berlin u. a. 2018, S. 87–101.
- , Legal Tech in einer smarten Welt – Ermöglichungs- und Beschränkungspotenzial, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law?, Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Tagungsband der Herbstakademie 2016, Edewecht 2016, S. 1039–1051.
- Künast, Renate*, Algorithmen: >Ethik-by-Design< – Diskriminierung systematisch verhindern, in: Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta/Parycek, Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar?, Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 553–560.
- Kwiatkowski, Gerhard*, Meyers Kleines Lexikon der Philosophie, Mannheim 1987.
- La Diega, Guido Noto*, Against the Dehumanisation of Decision-Making, Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information, jipitec 2018, S. 3–34.
- Ladeur, Karl-Heinz/Augsburg, Ino*, Auslegungsparadoxien, Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation, Rechtstheorie, 36 (2005), S. 143–184.
- Lampe, Jan*, Legal Tech in Massenverfahren – Eine historische Chance für Verbraucher?, Rethinking law 2019/3, S. 34–37.
- Länderarbeitsgruppe Legal Tech*, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe, 01.07.2019, <https://bit.ly/3i7Q1b6>, lang URL: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Minister/Justizministerkonferenz/Downloads/190605_beschluesse/TOPI_11_Abschlussbericht.html.

- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u. a. 1991.
- Laumen, Hans-Willi*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, Köln u. a. 1984.
- Leeb, Christina-Maria*, Digitalisierung, Legal Technology und Innovation, Der maßgebliche Rechtsrahmen für und die Anforderungen an den Rechtsanwalt in der Informationstechnologiesellschaft, Berlin 2019.
- Leenes, Ronald/Lucivero, Federica*, Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design, Law, Innovation and Technology, 6 (2014), S. 193–220.
- Legg, Michael*, The Future of Dispute Resolution: Online ADR and Online Courts, 05.08.2016, <https://ssrn.com/abstract=2848097>.
- Leipold, Dieter*, Das Haftungsprivileg des Spruchrichters, JZ 1967, S. 737–741.
- Leisner, Walter*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Betrachtungen zur möglichen selbstständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, Recht und Staat, 286/287 (1964), S. 1–71.
- Lembcke, Moritz*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, NVwZ 2008, S. 42–45.
- Lent, Michael van/Fisber, William/Mancuso, Michael*, An Explainable Artificial Intelligence System for Small-unit Tactical Behavior, in: American Association for Artificial Intelligence (AAAI) (Hrsg.), Nineteenth National Conference on Artificial Intelligence (AAAI-04), Sixteenth Innovative Applications of Artificial Intelligence Conference (IAAI-04), Proceedings, Menlo Park u. a. 2004, S. 900–907.
- Lenzen, Manuela*, Künstliche Intelligenz, Was sie kann & was uns erwartet, 2. Aufl., München 2018.
- Lerche, Peter*, Dunklere und hellere Seiten des Anspruchs auf rechtliches Gehör, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander et al. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1283–1293.
- Lessig, Lawrence*, Code, Version 2.0, 2. Aufl., New York 2006.
- Liebwald, Doris*, Law's Capacity for Vagueness, International Journal for the Semiotics of Law, 26 (2013), S. 391–423.
- Liu, Han-Wei/Lin, Ching-Fu/Chen, Yu-Jie*, Beyond State v Loomis: artificial intelligence, government algorithmization and accountability, International Journal of Law and Information Technology, 27 (2019), S. 122–141.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996.
- Lorenz, Dieter*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.
- Lücke, Jörg*, Begründungszwang und Verfassung, Tübingen 1987.
- Lucke, Jörn von/Reinermann, Heinrich*, Speyerer Definition von Electronic Government, in: Reinermann, Heinrich/Lucke, Jörn von (Hrsg.), Electronic Government in Deutschland, Ziele, Stand, Barrieren, Beispiele, Umsetzung, 2. Aufl., Speyer 2002, S. 1–8.
- Lubmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt/M. 1969 (Nachdruck 1983).
- , Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, 2. Aufl., Berlin 1997.
- Mader, Amadeus*, Algorithmen & Rechtsprechung, Ein rechtsethischer Vergleich von menschlicher und digitaler Rechtsprechung anhand des Beispiels der Gefährlichkeitsprognose, Masterarbeit, 2019, <https://diglib.uibk.ac.at/ulbtirolhs/download/pdf/3479042?originalFilename=true>.

- Mahrenholz, Gottfried*, Justiz – eine unabhängige Staatsgewalt?, Festvortrag beim Deutschen Richtertag, DRiZ 1991, S. 432–437.
- Maier, Moritz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, JZ 2017, S. 614–619.
- Mainzer, Klaus*, Computer – Neue Flügel des Geistes?, Die Evolution computergestützter Technik, Wissenschaft, Kultur und Philosophie, Berlin u. a. 1994.
- , Künstliche Intelligenz, Wann übernehmen die Maschinen?, 2. Aufl., Berlin 2019.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Begr.) et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. 1, München 2018 (zit. v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. 2, München 2018 (zit. v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. 3, München 2018 (zit. v. Mangoldt/Klein/Starck GG/*Bearbeiter*).
- Markou, Christopher*, Judge KI?, Warum es gefährlich ist, Künstliche Intelligenz für die Urteilsfindung zu nutzen, 15.06.2017, <https://www.netzpiloten.de/ki-urteilsfindung-gericht/>.
- Martini, Mario*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, S. 1017–1025.
- , Blackbox Algorithmus, Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin 2019.
- Martini, Mario/Nink, David*, Strafjustiz ex machina?, Zu den Grenzen algorithmenbasierter Assistenzsysteme bei Haftentscheidungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Automatisch erlaubt?, Fünf Anwendungsfälle algorithmischer Systeme auf dem juristischen Prüfstand, Gütersloh 2020, S. 44–62.
- , Subsumtionsautomaten ante portas? – Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-) Verfahren, DVBl. 2018, S. 1128–1138.
- , Wenn Maschinen entscheiden..., Persönlichkeitsschutz in vollautomatisierten Verwaltungsverfahren, NVwZ 2017, S. 681–682.
- , Wenn Maschinen entscheiden..., vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra, 36 (2017), S. 1–14.
- Marx, Erwin*, Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2, Berlin 1969.
- Marx, Iris*, Legal Tech – wann kommt der Robo-Richter?, DRiZ 2018, S. 422.
- Matthes, Florian*, Stehen regelbasierte Expertensysteme vor einer Renaissance im Bereich Legal Tech?, Rethinking law 2019/2, S. 28–32.
- Mauder, Johannes*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, München 1986.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.)/*Herzog, Roman* et al. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, Werkstand 94. EL, München 2021 (zit. Maunz/Dürig GG/*Bearbeiter*).
- Maurer, Hartmut*, Der Justizgewährungsanspruch, in: Detterbeck, Steffen/Rozek, Jochen/Coelln, Christian von (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 535–549.
- Mayer-Schönberger, Viktor/Cukier, Kenneth*, Big Data, Die Revolution, die unser Leben verändern wird, 2. Aufl., München 2013.
- Mayinger, Samantha Maria*, Die künstliche Person, Untersuchung rechtlicher Veränderungen durch die Installation von Softwareagenten im Rahmen von Industrie 4.0, unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzrechts, Frankfurt/M. 2017.

- McCarthy, John/Minsky, Marvin* et al., A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, o. O. 31.08.1955.
- McGinnis, John/Pearce, Russell*, The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services, *Fordham Law Review*, 82 (2014), S. 3041–3066.
- McNamara, Paul*, Deontic Logic, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 21.04.2010, <https://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/>.
- Merkt, Hanno/Zimmermann, Jennifer*, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, *VuR* 2018, S. 363–373.
- Merten, Detlef*, Zum Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB, in: Tittel, Josef (Hrsg.), *Multitudo Legum Ius Unum*, Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag, Bd. 2, Berlin 1973, S. 519–540.
- Metz, Frank*, Case-based Reasoning im anglo-amerikanischen Case Law und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Recht, Eine rechtsvergleichende Darstellung über Möglichkeiten und Formen fallbezogener Argumentation einschließlich der Möglichkeit computergestützten Case-based Reasoning, Frankfurt/M. 1997.
- Meyer, Stephan*, Künstliche Intelligenz und die Rolle des Rechts für Innovation, *Rechtliche Rationalitätsanforderungen an zukünftige Regulierung*, *ZRP* 2018, S. 233–238.
- Miller, Tim*, Explanation in Artificial Intelligence: Insights from the Social Sciences, 15.08.2018, <http://arxiv.org/pdf/1706.07269v3>.
- Milstein, Alexander*, Search Engine Bias als Rechtsproblem, *CR* 2013, S. 721–727.
- Ministerium der Justiz Nordrhein-Westfalen*, Schriftlicher Bericht zu TOP 8 „Künstliche Intelligenz in der Justiz“, 26. Sitzung des Rechtsausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen am 5. Dezember 2018, 05.12.2018, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-1463.pdf>.
- Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz*, EDV-Bericht des Landes Rheinland-Pfalz für das Jahr 2018, 18.06.2018, <https://api.edoweb-rlp.de/resource/edoweb:7018247/data>.
- Minsky, Marvin*, *Semantic Information Processing*, Cambridge 1968.
- Mitchell, Tom*, *Machine learning*, New York 1997.
- Mitsopoulos, Georg*, Zur Trennung von Rechts- und Tatfrage, *ZZP*, 120 (2007), S. 107–120.
- Mittelstadt, Brent Daniel/Allo, Patrick* et al., The ethics of algorithms: Mapping the debate, *Big Data & Society*, 3 (2016), S. 1–21.
- Mittelstadt, Brent/Russell, Chris/Wachter, Sandra*, Explaining Explanations in AI, in: *Association for Computing Machinery (ACM) (Hrsg.), FAT* '19, Proceedings of the 2019 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, New York 2019, S. 279–288.
- Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta* et al., Recht digital: Maschinenverständlich und automatisierbar, Impuls zur digitalen Vollzugstauglichkeit von Gesetzen, Sep. 2019, <https://bit.ly/373vkXJ>, lang URL: <https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Recht+Digital+-+Maschinenverst%C3%A4ndlich+und+automatisierbar>.
- MüKo BGB – Säcker, Franz/Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut* et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., Bd. 7, München 2020 (zit. *MüKo BGB/Bearbeiter*).
- Müller, Henning*, eJustice – Der elektronische Rechtsverkehr tritt aus der Nische, *JuS* 2018, S. 1193–1199.

- Münch, Ingo von* (Begr./*Kunig, Philip* (Hrsg.)), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., Bd. 1, München 2021 (zit. v. Münch/Kunig GG/*Bearbeiter*).
- (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., Bd. 2, München 2021 (zit. v. Münch/Kunig GG/*Bearbeiter*).
- Münch, Ingo von*, Die Würde des Menschen im deutschen Verfassungsrecht, in: Ipsen, Jörn/Schmidt-Jortzig, Edzard (Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rausching, Köln u. a. 2001, S. 27–39.
- Nadkarni, Prakash/Obno-Machado, Lucila/Chapman, Wendy*, Natural language processing: an introduction, Journal of the American Medical Informatics Association, 18 (2011), S. 544–551.
- Nakad-Weststrate, Henriëtte/Herik, Jaap van den et al.*, The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings, in: Al-Dahoud, Ali/Mimi, Hani et al. (Hrsg.), The 7th International Conference on Information Technology, Big Data, Conference Proceeding, Amman 2015, S. 59–67.
- Nell, Ernst Ludwig*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983.
- Nettesheim, Martin*, „Leben in Würde“: Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, JZ 2019, S. 1–11.
- , Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR, 130 (2005), S. 71–113.
- Netzer, Felix*, Legal Tech und kollektive Rechtsverfolgung, Die geplante Musterfeststellungsklage – (k)ein Fall für den digitalen Zivilprozess?, AnwBl 2018, S. 280–284.
- Neumann, Ulfrid*, Die Katze im Bier, oder: die Abgrenzung von Tatfrage und Rechtsfrage im strafprozessualen Revisionsrecht, in: Michalke, Regina/Köberer, Wolfgang/Pauly, Jürgen/Kirsch, Stefan (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2008, S. 525–536.
- , Juristische Logik, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 272–290.
- Nicolai, Jakob/Wölber, Jill*, Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz, Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, S. 229–233.
- Nida-Rümelin, Julian/Battaglia, Fiorella*, Mensch, Maschine und Verantwortung, in: Bendel, Oliver (Hrsg.), Handbuch Maschinenethik, Wiesbaden 2019, S. 57–71.
- Nida-Rümelin, Julian/Weidenfeld, Nathalie*, Digitaler Humanismus, Eine Ethik für das Zeitalter der Künstlichen Intelligenz, 3. Aufl., München 2018.
- Nierwetberg, Rüdiger*, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, S. 237–241.
- Niiler, Eric*, Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks so, 2019, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>.
- Nink, David*, Justiz und Algorithmen, Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, Berlin 2021.
- Nomos Kommentar DRiG – Staats, Johann-Friedrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar Deutsches Richtergesetz, Baden-Baden 2012 (zit. Nomos Kommentar DRiG/*Bearbeiter*).
- Northoff, Thomas/Gresbrand, Klaus*, "Deloitte + Legal + Tech", in: Hartung, Markus/Bues, Micha-Manuel/Halbleib, Gernot (Hrsg.), Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, Rn. 466–488.
- Oehler, Dietrich*, Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit im Strafverfahren, ZStW 1952, S. 292–305.

- Oehmer, Franziska*, Robot judge: Verdict in the name of the algorithm?, 07.08.2019, <https://www.hiig.de/en/robot-judge-verdict-in-the-name-of-the-algorithm/>.
- ÖFIT (Kompetenzzentrum Öffentliche IT)*, Digitalisierung des Öffentlichen, Dez. 2016, <https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Digitalisierung+des+%C3%96ffentlichen>.
- Ogorek, Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1986.
- Ory, Stephan/Weth, Stephan*, Betroffenenrechte in der Justiz – Die DS-GVO auf Konfrontationskurs mit der ZPO?, NJW 2018, S. 2829–2834.
- Ossenbühl, Fritz*, Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1–7.
- , Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1967, S. 401–408.
- , Rechtsverordnung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 5, Heidelberg 2007, § 103.
- , Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, S. 497–503.
- Paal, Boris/Pauly, Daniel* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2021 (zit. Paal/Pauly DSGVO/Bearbeiter).
- Pache, Eckhard*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, S. 1342–1347.
- Papier, Hans-Jürgen*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089–1094.
- , Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, NJW 1990, S. 8–14.
- , Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt, NJW 2002, S. 2585–2593.
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR, 122 (1997), S. 177–211.
- Parlamentarischer Rat, (Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege)*, Siebte Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege 06.12.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Ausschuss für Organisation des Bundes/Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, Bd. 13.2, München 2002, S. 1347–1448.
- Parlamentarischer Rat, (Hauptausschuss)*, Dreiundzwanzigste bis Sechszwanzigste Sitzung des Hauptausschusses 08. bis 09.12.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Hauptausschuss, Bd. 14.1, München 2009, S. 679–780.
- , Fünfundzwanzigste Sitzung des Hauptausschusses 10.02.1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Hauptausschuss, Bd. 14.2, München 2009, S. 1582–1626.
- , Siebenunddreißigste und Achtunddreißigste Sitzung des Hauptausschusses 13.01.1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Hauptausschuss, Bd. 14.2, München 2009, S. 1131–1181.
- , Siebenundfünfzigste Sitzung des Hauptausschusses 05.05.1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Hauptausschuss, Bd. 14.2, München 2009, S. 1780–1828.
- Parlamentarischer Rat, (Plenum)*, Neunte Sitzung des Plenums 06.05.1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Plenum, Bd. 9, München 1996, S. 429–503.

- , Sechste und Siebte Sitzung des Plenums 20. und 21.10.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Plenum, Bd. 9, München 1996, S. 176–317.
- , Zehnte Sitzung des Plenums 08.05.1949, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Plenum, Bd. 9, München 1996, S. 504–630.
- Paschke, Anne*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung, Macht automatisierte Rechtsdurchsetzung die Dritte Gewalt entbehrllich?, MMR 2019, S. 563–567.
- Peuker, Enrico*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild, Tübingen 2020.
- Pfeiffer, Gerd*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin u. a. 1987, S. 67–79.
- Pfeiffer, Thomas*, Rechtsprechungs-begriff, richterliche Neutralität und hessische Wahlprüfung, ZRP 2000, S. 378–386.
- Pfeil, Werner*, „Der Mensch steht höher als Technik und Maschine“ – Benötigen wir ein Grundrecht zum Schutz vor Künstlicher Intelligenz?, Die Corona-Krise und die Entwicklung von Gesichts- und Emotionserkennung sowie einer Tracing-App, InTeR 2020, S. 82–89.
- , „Leinen los und Fahrt voraus!“ – Evolutionäre Algorithmen, Künstliche Intelligenz und Legal Tech ändern das Recht, die Rechtsordnung und den Zugang zum Recht, InTeR 2020, S. 17–25.
- Philippis, Lothar*, Analogie und Computer, in: Alexy, Robert/Dreier, Ralf/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Beiträge zur Standortbestimmung, Stuttgart 1991, S. 275–286.
- , Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy-Logic, Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen (§ 142 Abs. 2 StGB), in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried et al. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 265–280.
- Philipsen, Stefan/Themeli, Erlis*, Artificial intelligence in courts: A (legal) introduction to the Robot Judge, 15.05.2019, <https://bit.ly/375kvEt>, lang URL: <http://blog.montaignecentre.com/index.php/1942/artificial-intelligence-in-courts-a-legal-introduction-to-the-robot-judge/>.
- Pillai, Monisha*, China Now Has AI-Powered Judges, 16.08.2019, <https://radiichina.com/china-now-has-ai-powered-robot-judges/>.
- Poguntke, Werner*, Basiswissen IT-Sicherheit, Das Wichtigste für den Schutz von Systemen und Daten, 3. Aufl., Dortmund 2013.
- Pohlreich, Erol*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, Tübingen 2016.
- Posner, Richard*, The Role of the Judge in the Twenty-First Century, Boston University Law Review, 86 (2006), S. 1049–1068.
- Prakken, Henry*, On the problem of making autonomous vehicles conform to traffic law, Artif Intell Law, 25 (2017), S. 341–363.
- Prütting, Hanns*, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, Faktoren in der Zukunftsdebatte: Anwälte, Richter und die ZPO, AnwBl 2013, S. 401–405.
- Quarch, Benedikt/Hähnle, Johanna*, Zurück in die Zukunft: Gedanken zur Automatisierung von Gerichtsverfahren, NJOZ 2020, S. 1281–1286.
- Quaritsch, Helmut*, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, Rang und Geltung der Rechtssätze im demokratischen Staat, untersucht am hamburgischen Planungsrecht, 2. Aufl., Hamburg u. a. 1961.

- Quecke, Justus*, Unantastbare Menschenwürde, Zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG zwischen Absolutheitsanspruch und Abwägungsdenken, Baden-Baden 2020.
- Raabe, Oliver/Wacker, Richard* et al., Recht ex machina, Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, Berlin u. a. 2012.
- Rademacher, Timo*, Künstliche Intelligenz und neue Verantwortungsarchitektur, in: Eifert, Martin (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden 2020, S. 45–72.
- , Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?, JZ 2019, S. 702–710.
- Raisch, Peter*, Überlegungen zur Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen in der Gesetzgebung und im Rechtsfindungsprozeß, Insbesondere auch zur Frage, ob die Einschaltung von Computern als Hilfsmittel eine neue Art und Weise der Gesetzgebung und der Rechtsfindung erfordert, JZ 1970, S. 433–441.
- Rath, Christian*, Überlastung der Gerichte durch Firmen wie Flightright?, DRiZ 2019, S. 288–289.
- Re, Richard/Solow-Niederman, Alicia*, Developing Artificially Intelligent Justice, Stanford Technology Law Review, 22 (2019), S. 242–289.
- Redeker, Konrad*, Verfahrensgrundrechte und Justizgewährungsanspruch, NJW 2003, S. 2956–2958.
- Reimer, Ekkehart*, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: Hey, Johanna (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Köln, 17. und 18. September 2018, Köln 2019, S. 97–133.
- , Rechtssprache als Kulturgut: Kennt das deutsche Recht ein Algorithmenverbot?, in: Kube, Hanno/Reimer, Ekkehart (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2018/19, Impulse aus dem Institut für Finanz- und Steuerrecht, Berlin 2019, S. 27–32.
- Reinhardt, Michael*, Konsistente Jurisdiktion, Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997.
- Remmert, Frank*, Aktuelle Entwicklungen im RDG – In dubio pro libertate?, BRAK Mitteilungen 2018, S. 231–239.
- , Automatisierte Rechtsdienstleistungen im RDG, ZRP 2019, S. 139–142.
- , Legal Tech – Rechtliche Beurteilung nach dem RDG, BRAK Mitteilungen 2017, S. 55–61.
- Rennert, Klaus*, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529–538.
- Rheinstein, Max*, Wer wacht über die Wächter?, Gewaltmonopol und Richteramt im modernen Rechtsstaat, JuS 1974, S. 409–418.
- Riggert, Rainer*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), Berlin 1993.
- Ring, Stephan*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, Voraussetzungen, Grenzen und Perspektiven, Köln u. a. 1994.
- Ringwald, Gerhard*, Automatisierte Subsumtion, DSWR 1983, S. 279–283.
- Risse, Jörg*, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild, Wie Heuristiken richterliche Entscheidungen beeinflussen, NJW 2018, S. 2848–2853.
- Ritter, Ernst-Hasso*, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft?, NJW 2001, S. 3440–3448.
- Roellecke, Gerd*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, 1. Bericht, VVDStRL, 34 (1976), S. 7–42.

- , Identität und Variabilität der Verfassung, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 13.
- ROLAND-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport, 2014, <https://bit.ly/2VgYsrI>, lang URL: https://www.roland-rechtsschutz.de/media/roland-rechtsschutz/pdf-rr/042-presse-pressemitteilungen/roland-rechtsreport/roland_rechtsreport_2014_sonderbericht_richter_und_staatsanwaelte.pdf.
- , Roland Rechtsreport, 2019, <https://bit.ly/3ydZEus>, lang URL: https://www.roland-rechtsschutz.de/media/roland-rechtsschutz/pdf-rr/042-presse-pressemitteilungen/roland-rechtsreport/roland_rechtsreport_2019.pdf.
- Rollberg, Christoph, Algorithmen in der Justiz, Rechtsfragen zum Einsatz von Legal Tech im Zivilprozess, Baden-Baden 2020.
- Römermann, Volker/Günther, Tim, Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung, Zulässige Rechtsdurchsetzung mit Prozessfinanzierung und Erfolgshonorar, NJW 2019, S. 551–556.
- Rorty, Richard, The linguistic turn, Essays in Philosophical Method, Chicago 1967.
- Rostalski, Frauke, Legal Tech now and then, Sollte Technik den Menschen in der Rechtsfindung ersetzen?, Rethinking law 2019/1, S. 4–13.
- Roth, Herbert, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, JZ 2013, S. 637–644.
- , Die Zukunft der Ziviljustiz, ZZP, 129 (2016), S. 3–24.
- Roth, Thomas, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, Berlin 2000.
- Roth-Isigkeit, David, Staatshaftungsrechtliche Aspekte des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme in der öffentlichen Verwaltung, AöR, 145 (2020), S. 321–351.
- Rouse, Margaret, E-Discovery, Definition, Okt. 2016, <https://whatis.techtarget.com/de/definition/E-Discovery>.
- Rühl, Giesela, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, S. 809–817.
- , KI in der gerichtlichen Streitbeilegung, in: Kaulartz, Markus/Braegelmann, Tom (Hrsg.), Rechts-handbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020, S. 617–632.
- Rüping, Hinrich, Verfassungs- und Verfahrensrecht im Grundsatz des rechtlichen Gehörs, NVwZ 1985, S. 304–309.
- Russell, Stuart/Norvig, Peter, Artificial Intelligence, A modern approach, 4. Aufl., Boston 2022.
- Rüthers, Bernd, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759–2761.
- , Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, S. 53–60.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl., München 2020.
- Saam, Daniel, Justiznachwuchs muss vielfältig motiviert werden, DRiZ 2019, S. 290–291.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. Sachs GG/Bearbeiter).
- Sarkar, Sanjoy/Weyde, Tillman et al., Accuracy and Interpretability Trade-offs in Machine Learning Applied to Safer Gambling, in: Besold, Tarek/Bordes, Antoine/Garcez, Artur (Hrsg.), Cognitive Computation (CoCo) 2016, Proceedings of the Workshop on Cognitive Computation: Integrating neural and symbolic approaches 2016 co-located with the 30th Annual Conference on Neural Information Processing Systems, Barcelona 2016, Vol. 1773.
- Schaffer, Wolfgang, Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters, BayVBl. 1991, S. 641–648.
- Schank, Roger, Dynamic memory, a theory of reminding and learning in computers and people, Cambridge 1982.

- Schaub, Renate*, Interaktion von Mensch und Maschine, Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen autonomer Systeme, JZ 2017, S. 342–349.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743–749.
- , Verfassung und Zeit – von der „entzeiteten“ zur zeitgemäßen Verfassung, AöR, 103 (1978), S. 566–602.
- Scheuerle, Wilhelm*, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP, 157 (1958), S. 1–85.
- Schilken, Eberhard*, Die Sicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, JZ 2006, S. 860–868.
- Schindler, Benjamin*, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, 2. Referat, VVDStRL, 78 (2019), S. 167–209.
- Schirmer, Jan-Erik*, Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit, JZ 2019, S. 711–718.
- Schlaich, Klaus*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip: vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972.
- Schliesky, Utz*, Die Amtswürde im demokratischen Verfassungsstaat, in: Schliesky, Utz/Ernst, Christian/Schulz, Sönke (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg u. a. 2011, S. 311–328.
- , Digitale Ethik und Recht, NJW 2019, S. 3692–3697.
- Schmidt, Johannes*, Belastungssituation aufgrund von Klagen nach der Fluggastrechteverordnung, 18.08.2019, <https://bit.ly/3zIMLZN>, lang URL: <https://www.richterbund-hessen.de/pressemeldung-des-richterbundes-hessen-zur-belastungssituation-infolge-der-zunehmenden-geltendmachung-von-ausgleichsanspruechen-nach-der-fluggastrechteverordnung-durch-spezialisierte-inkassounternehme/>.
- Schmidt-Assmann, Eberhard*, Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 2004, § 26.
- , Verfahrensfehler als Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG, DÖV 1987, S. 1029–1037.
- , Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR, 116 (1991), S. 329–390.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz* (Begr.)/*Hofmann, Hans* et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., Köln 2017 (zit. Schmidt-Bleibtreu GG/*Bearbeiter*).
- Schmidt-Jortzig, Edzard*, Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, NJW 1991, S. 2377–2383.
- , Systematische Bedingungen der Garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG – unter besonderer Berücksichtigung der Probleme am Anfang des menschlichen Lebens –, DÖV 2001, S. 925–932.
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, Berlin 1928 (Nachdruck 1983).
- Schnapp, Friedrich*, Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 7. Aufl., München 2016.
- Schneider, Jochen*, Information und Entscheidung des Richters, Zu einer juristischen Entscheidungs- und Kommunikationstheorie automatischer Informationssysteme im Recht, Ebelsbach 1980.
- , Theorie des juristischen Entscheidens, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 316–350.

- Schönenbroicher, Klaus*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung, BayVBl. 2011, S. 624–626.
- Schreiber, Hans-Ludwig*, Wie unabhängig ist der Richter?, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 757–775.
- Schriml, Sebastian*, Informatische Modellierung rechtlichen Denkens und Entscheidens – Eine Untersuchung der Einsatzmöglichkeiten des Fallbasierten Schließens im Recht, 2022, i. E.
- Schröder, Tim*, Auf Fairness programmiert, MaxPlanckForschung, 2 (2019), S. 68–73.
- Schulte-Nölke, Hans*, Private Internet-Gerichte als Alternative zu den ordentlichen Gerichten, ZGS, 9 (2010), S. 385.
- Schulz, Martin*, Wissensmanagement – Herausforderung und Chance für Anwälte, NJW 2005, S. 2049–2052.
- Schulz, Sönke*, Änderungsfeste Grundrechte, Die grundrechtsrelevante Ausstrahlungswirkung des Art. 79 Abs. 3 GG i. V. m. der Menschenwürdegarantie, der Menschenrechtsbekenntnis und den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, Frankfurt/M. 2008.
- Schumann, Ekkehard*, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs – Dauerauftrag für das BVerfG?, NJW 1985, S. 1134–1140.
- Schuster, Peter Felix*, Subsumieren und Programmieren – die neue Doppelnatur der prozessualen Hilfsaufrechnung, Oder: juristisches und informatisches Denken. Vom Problem zum Programm am Beispiel einer Umsetzung der prozessualen Hilfsaufrechnung und der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit in Java™, JurPC Web-Dok. 141/2020, https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20200141&q=%3A*.
- Schüttel, Nadine*, Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?, Karlsruhe 2014.
- Schweidler, Walter*, Gattungszugehörigkeit als Personsein – Zur rechtlichen Konstruktion des Menschen, in: Klein, Eckart/Menke, Christoph (Hrsg.), Menschenrechte und Bioethik, Berlin 2004, S. 13–23.
- Schweizer, Mark Daniel*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Eine empirische Studie, Zürich 2005.
- Schweizer, Mark*, Beweiswürdigung und Beweismaß, Rationalität und Intuition, Tübingen 2015.
- Schwinge, Erich*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960.
- Schwintowski, Hans-Peter*, Digitalisierung des rechtlichen Subsumtionsprozesses, Rethinking law 2020/1, S. 54–60.
- , Legal Tech – Im Spannungsfeld zwischen Gewerbefreiheit und (erlaubnispflichtiger) Rechtsdienstleistung, EWeRK 2018, S. 214–223.
- , Wird Recht durch Robotik und künstliche Intelligenz überflüssig?, NJOZ 2018, S. 1601–1609.
- Seif, Ulrike*, Recht und Justizhoheit, Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich, Berlin 2003.
- Sendler, Horst*, Politikermeinung und richterliche Unabhängigkeit, NJW 2001, S. 1909–1911.
- , Zur Unabhängigkeit des Verwaltungsrichters, NJW 1983, S. 1449–1458.
- Sennekamp, Christoph*, Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus!, Demokratieprinzip und Selbstverwaltung der Justiz, NVwZ 2010, S. 213–217.
- Sergot, Marek/Sadri, Farbia et al.*, The British Nationality Act as a logic program, Communications of the ACM, 29 (1986), S. 370–386.
- Shanahan, Murray*, The Technological Singularity, Cambridge u. a. 2015.

- Silva, Selena/Kenney, Martin*, Algorithms, Platforms, and Ethnic Bias, How computing platforms and algorithms can potentially either reinforce or identify and address ethnic biases., *Communications of the ACM*, 62 (2019), S. 37–39.
- Simitis, Spiros*, *Automation in der Rechtsordnung – Möglichkeiten und Grenzen*, Karlsruhe 1967.
- , Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, *AcP*, 172 (1972), S. 131–154.
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spieker genannt Döbmann, Indra* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Datenschutzrecht, DSGVO und BDSG*, Baden-Baden 2019 (zit. *Simitis Datenschutzrecht/Bearbeiter*).
- Simmel, Georg*, *Soziologie, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 2. Aufl., München u. a. 1922.
- Simmler, Monika/Markwalder, Nora*, *Roboter in der Verantwortung? – Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff*, *ZStW*, 129 (2017), S. 20–47.
- Simon, Dieter*, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975.
- Singelstein, Tobias*, *Predictive Policing: Algorithmenbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention*, *NStZ* 2018, S. 1–9.
- Smid, Stefan*, *Rechtsprechung, Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß*, Köln u. a. 1990.
- , Zum prozeßrechtlichen Grund des Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB, *JURA* 1990, S. 225–231.
- Sodan, Helge*, Der Status des Richters, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. 5, Heidelberg 2007, § 113.
- Solum, Lawrence*, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, *North Carolina Law Review*, 70 (1992), S. 1231–1287.
- Sommerrmann, Karl-Peter*, *Entwicklungsperspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa*, *DÖV* 2019, S. 293–305.
- Sorge, Christoph*, *Modellierung in Recht und Informatik*, in: *Oostrom, Samuel van/Weth, Stephan* (Hrsg.), *Festschrift für Maximilian Herberger*, Saarbrücken 2016, S. 877–884.
- Sourdin, Tania*, *Judge v Robot?, Artificial Intelligence and judicial decision-making*, *UNSW Law Journal*, 41 (2018), S. 1114–1133.
- , *Justice and Technological Innovation*, *Journal of Judicial Administration*, 25 (2015), S. 96–105.
- Sourdin, Tania/Cornes, Richard*, *Do judges need to be human?, The implications of technology for responsive judging*, *IUS Gentium*, 67 (2018), Rn. 87–119.
- Sowada, Christoph*, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, Berlin 2002.
- Specht, Florian*, *Chancen und Risiken einer digitalen Justiz für den Zivilprozess, Vor- und Nachteile von außergerichtlichen Konfliktlösungsmöglichkeiten*, *MMR* 2019, S. 153–157.
- Spindler, Gerald*, *Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?, Eine kritische Analyse möglicher Haftungsgrundlagen für autonome Steuerung*, *CR* 2015, S. 766–776.
- Staake, Marco*, *Rechtliches Wissen*, *JURA* 2018, S. 661–676.
- , *Werte und Normen*, Baden-Baden 2018.
- Staffler, Lukas/Jany, Oliver*, *Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung*, *ZIS* 2020, S. 164–177.
- Starck, Christian*, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff*, Baden-Baden 1970.

- Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Zivilgerichte, 2018, Fachserie 10 Reihe 2.1, 20.09.2019, <https://bit.ly/3f3xWcm>, lang URL: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210187004.pdf?__blob=publicationFile.
- Steege, Hans*, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, MMR 2019, S. 715–721.
- Steffen, Till*, Recht muss auch im Kleinen wirken, DRiZ 2018, S. 334–335.
- Stegmüller, Martin*, Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35 a VwVfG, NVwZ 2018, S. 353–358.
- Steinmüller, Wilhelm*, Rechtsinformatik, Elektronische Datenverarbeitung und Recht, JR 1971, S. 1–9.
- Stelkens, Ulrich*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: Hill, Hermann/Kugelman, Dieter/Martini, Mario (Hrsg.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, Baden-Baden 2018, S. 81–122.
- , Die Idee der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung und ihre Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft, in: Oostrom, Samuel van/Weth, Stephan (Hrsg.), Festschrift für Maximilian Herberger, Saarbrücken 2016, S. 895–908.
- Stern, Klaus*, Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte, JuS 1985, S. 329–338.
- , Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.
- , Qualität und Bedeutung der Prozeßgrundrechte für die Grundrechtsbindung der Rechtsprechung, in: Blümel, Willi/Merten, Detlef/Quaritsch, Helmut (Hrsg.), Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Februar 1987, Köln u. a. 1987, S. 359–374.
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., Köln 2019 (zit. Stern/Becker GG/Bearbeiter).
- Stiemerling, Oliver*, "Künstliche Intelligenz" – Automatisierung geistiger Arbeit, Big Data und das Internet der Dinge, Eine technische Perspektive, CR 2015, S. 762–765.
- Stierstorfer, Klaus*, Linguistic turn, in: Nünning, Ansgar (Hrsg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, Ansätze – Personen – Grundbegriffe, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 2013, S. 447–448.
- Stilz, Ederhard*, Das Justizgewährungsdefizit, DRiZ 2006, S. 320–325.
- Sujecki, Bartosz*, Das Online-Mahnverfahren in Deutschland, MMR 2006, S. 369–373.
- Surden, Harry*, Machine Learning and Law, Washington Law Review, 89 (2014), S. 87–115.
- Susskind, Richard*, Expert Systems in Law, A Jurisprudential Inquiry, Oxford 1987.
- , Tomorrow's Lawyers, An Introduction to Your Future, 2. Aufl., Oxford 2017.
- Susskind, Richard/Susskind, Daniel*, The Future of the Professions, How Technology Will Transform the Work of Human Experts, Oxford 2015.
- Szostek, Dariusz*, Blockchain and the Law, Baden-Baden 2019.
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.), Kommentar DSGVO – BDSG, 3. Aufl., Frankfurt/M. 2019 (zit. Taeger/Gabel DSGVO/Bearbeiter).
- Tan, Sarah/Caruana, Rich et al.*, Learning Global Additive Explanations for Neural Nets Using Model Distillation, 03.12.2018, <http://arxiv.org/pdf/1801.08640v2>.

- Taruffo, Michele*, Judicial Decisions and Artificial Intelligence, in: Sartor, Giovanni/Branting, Karl (Hrsg.), *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, Dordrecht 1998, S. 207–222.
- Taylor, Simon*, France Bans Data Analytics Related to Judges' Rulings, 04.06.2019, <https://bit.ly/378egQa>, lang URL: <https://www.law.com/legal-week/2019/06/04/france-bans-data-analytics-related-to-judges-rulings/?slreturn=20190624042048>.
- Tegmark, Max*, *Leben 3.0, Mensch sein im Zeitalter Künstlicher Intelligenz*, 3. Aufl., Berlin u. a. 2020.
- Teubner, Gunther*, Digitale Rechtssubjekte?, Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, *AcP*, 218 (2018), S. 155–205.
- Thapa, Basanta/Parycek, Peter*, Data Analytics in Politik und Verwaltung, in: Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta/Parycek, Peter (Hrsg.), *(Un)berechenbar?, Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*, Berlin 2018, S. 40–75.
- Thiele, Alexander*, Die Unabhängigkeit des Richters – Grenzenlose Freiheit? – Das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, Zugleich Anmerkung zum Urteil des baden-württembergischen Richterdienstgerichts vom 4.12.2012, *RDG* 6/12, *Der Staat*, 52 (2013), S. 415–433.
- Tobschall, Dominik/Kempe, Johann*, Der deutsche Legal-Tech-Markt, in: Breidenbach, Stephan/Glatz, Florian (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2. Aufl., München 2021, S. 27–35.
- Träger, Ernst*, Der gesetzliche Richter, Aktuelle Fragen aus Verfassung und internationalem Recht, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 1, Berlin u. a. 1987, S. 123–145.
- Trusilo, Daniel/Burri, Thomas*, Ethical Artificial Intelligence: An Approach to Evaluating Disembodied Autonomous Systems, in: Väljataga, Ann/ Liivoja, Rain (Hrsg.), *Autonomous Cyber Capabilities under International Law*, Tallin 2021, S. 51–66.
- Trute, Hans-Heinrich*, Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, Daten – Algorithmen – Wissen, in: Bär, Christian/Grädler, Thomas/Mayr, Robert (Hrsg.), *Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht*, Bd. 2, Berlin u. a. 2018, S. 313–330.
- , *Wissenschaft und Technik*, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. 4, Heidelberg 2006, § 88.
- Tschentscher, Axel*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Tübingen 2006.
- Turner, Jacob*, *Robot Rules, Regulating Artificial Intelligence*, Cham 2019.
- Ulenaers, Jasper*, The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?, *Asian Journal of Law and Economics*, 11 (2020), S. 1–38.
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas* (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. 1, Heidelberg 2002 (zit. *Umbach/Clemens GG/Bearbeiter*).
- (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. 2, Heidelberg 2002 (zit. *Umbach/Clemens GG/Bearbeiter*).
- Ungern-Sternberg, Antje von*, Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierten Entscheidungen, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrhad (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht – Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*, Tübingen 2021, i.E.
- , Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR*, 138 (2013), S. 1–59.
- Veit, Barbara*, *Die Rezeption technischer Regeln im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungsrechtlichen Problematik*, Düsseldorf 1989.

- Veith, Christian/Bandlow, Michael* et al., How Legal Technology Will Change the Business of Law, Jan. 2016, <http://media-publications.bcg.com/How-legal-tech-will-change-business-of-law.pdf>.
- Vesting, Thomas*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015.
- Vogel, Max*, Das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter, jM 2018, S. 245–250.
- Vogelsang, Stephanie/Krüger, Jochen*, Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 1), jM 2019, S. 398–404.
- Volkman, Uwe*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998.
- Volokh, Eugene*, Chief Justice Robots, Duke Law Journal, 68 (2019), S. 1135–1192.
- Vöneky, Silja*, Biotechnologie und der rechtliche Rahmen der künftigen Weltgesellschaft, in: Messner, Dirk/Meyer, Lutz e. al. (Hrsg.), Deutschland und die Welt 2030, Was sich verändert und wie wir handeln müssen, Düsseldorf u.a. 2018, S. 265–273.
- Vorwerk, Volkert*, Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, S. 2326–2330.
- Vofskuhle, Andreas*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat, 43 (2004), S. 450–459.
- , Rechtsschutz gegen den Richter, Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.
- , Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, 29.11.2018, <https://bit.ly/2TDsPbk>, lang URL: <https://www.kas.de/documents/252038/3346186/Verfassungsinterpretation+und+Verfassungswandel-Festvortrag+KAS+Berlin.pdf/2779c5a1-f31e-2d45-e900-0ce4db789456?version=1.0&t=1543847127152>.
- Vofskuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673–682.
- Wachter, Sandra/Mittelstadt, Brent/Russell, Chris*, Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, Harvard Journal of Law & Technology, 31 (2018), S. 841–887.
- Wagner, Jens*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, Teil 1: Einsatzbereiche und praktische Folgen, BB 2017, S. 898–905.
- , Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtswesen durch neue Technologien und Künstliche Intelligenz, 2. Aufl., Wiesbaden 2020.
- Wahedi, Franziska*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Automatisierung der Justiz, Hamburg 2021.
- Waldhoff, Christian*, Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: Hey, Johanna (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Köln, 17. und 18. September 2018, Köln 2019, S. 59–96.
- Waldner, Wolfram*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Aufl., Köln 2000.
- Walter, Axel von*, Automatisierte Entscheidungsfindung (Art. 22 DSGVO), in: Kaulartz, Markus/Braegelmann, Tom (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020, S. 391–402.
- Walter, Christian*, Hüter oder Wandler der Verfassung?, Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR, 125 (2000), S. 517–550.
- Waltl, Bernhard/Vogl, Roland*, Increasing Transparency in Algorithmic-Decision-Making with Explainable AI, DuD 2018, S. 613–617.

- Washington, Anne*, How to argue with an Algorithm: Lessons from the Compas-Propublica Debate, Colorado Technology Law Journal, 17 (2019), S. 131–160.
- Wassermann, Rudolf*, Zur Bedeutung, zum Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), DRiZ 1984, S. 425–430.
- Weber, Albrecht*, Richterliche Unabhängigkeit aus menschenrechtlicher Perspektive – Teil 1, DRiZ 2012, S. 16–18.
- Weber, Max*, Rechtssoziologie, München 1926 (Nachdruck 1960).
- Weberstaedt, Jakob*, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen?, Legal-Tech-Innovationen: Kein Objekt der Regulierung für Rechtsdienstleistungsrecht, AnwBl 2016, S. 535–538.
- Weimar, Robert*, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, Bern 1996.
- Weinberger, Ota*, Rechtslogik, 2. Aufl., Berlin 1989.
- Weizenbaum, Joseph*, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1990.
- Welzel, Christian/Grosch, Dorian*, Das ÖFIT-Trendsonar Künstliche Intelligenz, Apr. 2018, <https://bit.ly/3jFNXXJ>, lang URL: <https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Das+%C3%96FIT-Trendsonar+K%C3%BCnstliche+Intelligenz>.
- Wend, Tilo*, Legal Tech für Massenklagen – eine digitale Fertigungsstrafe, Rethinking law 2019/3, S. 30–33.
- Wendel, Bradley*, The Promise and Limitations of Artificial Intelligence in the Practice of Law, Oklahoma Law Review, 72 (2019), S. 21–49.
- Wenzel, Michael*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, zugleich ein Beitrag zum Richter- und Gerichts begriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 2019.
- Werner, Micha*, Verantwortung, in: Grunwald, Armin (Hrsg.), Handbuch Technikethik, Stuttgart 2013, S. 38–43.
- Wernicke, Stephan*, Privatisierung des Rechts als Folge der Digitalisierung der Wirtschaft, ZEuP 2020, S. 1–10.
- Wettläufer, Jan*, Vertragsgestaltung, Legal Techs und das Anwaltsmonopol, Bewertung von Angeboten automatisierter Vertragsgestaltung durch das RDG, MMR 2018, S. 55–58.
- Wieacker, Franz*, Recht und Automation, in: Bettermann, Karl August/Zeuner, Albrecht (Hrsg.), Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, Berlin 1969, S. 383–404.
- Wilke, Dieter*, Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. 5, Heidelberg 2007, § 112.
- Wimmer, Raimund*, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs – Dauerauftrag des Bundesverfassungsgerichts –, DVBl. 1985, S. 773–780.
- Wischmeyer, Thomas*, Künstliche Intelligenz und neue Begründungsarchitektur, in: Eifert, Martin (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden 2020, S. 73–92.
- , Regulierung intelligenter Systeme, AöR, 143 (2018), S. 1–66.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Algorithmen, Einzelfragen zu Instrumenten und Regelansätzen, Sachstand WD 8 - 3000 - 031/17, 15.08.2017, <https://bit.ly/3irGDzw>, lang

- URL: <https://www.bundestag.de/resource/blob/529290/6c67be680882ef8e04fa752ab2a15c34/wd-8-031-17-pdf-data.pdf>.
- Wittreck, Fabian*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- Wolf, Gerhard*, Lösung von Rechtsfällen mit Hilfe von Computern?, Bisher nicht genutzte Chancen der Rechtsinformatik, in: Graul, Eva/Wolf, Gerhard (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 665–683.
- Wolf, Manfred*, Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren, ZZP, 99 (1986), S. 361–406.
- Wolff, Daniel*, Willkür und Offensichtlichkeit, Die verfassungsgerichtliche Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG i. V. m. Art. 267 Abs. 3 AEUV, AöR, 141 (2016), S. 40–105.
- World Justice Project*, Rule of Law Index, 2019, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf>.
- Wysk, Peter*, Das Gesetz und seine Richter: Mund des Gesetzes? Rechtsbestand des Gesetzgebers? Oder ...?, in: Klopfer, Michael (Hrsg.), Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung, Gedächtnisschrift für Thilo Brandner, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 137–154.
- Yosinski, Jason/Clune, Jeff et al.*, Understanding Neural Networks Through Deep Visualization, 22.06.2015, <http://arxiv.org/pdf/1506.06579v1>.
- Zander, Henning*, Vorhersagen, wie Richter ticken: Legal Prediction, Mit Legal Tech Erfolgsaussichten eines Gerichtsverfahrens beurteilen – was wirklich dran ist, AnwBl 2017, S. 181–183.
- Zantis, Christina*, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, Frankfurt/M. 2010.
- Zeidler, Karl*, Über die Technisierung der Verwaltung, eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung, Karlsruhe 1959.
- Zenthöfer, Philipp*, That- und Rechts-Frage, Kattowitz 1870.
- Ziegler, Peter-Michael*, Im Namen des Algorithmus, Wenn Software Haftstrafen verhängt, Heise Magazine, 25 (2017), S. 68.
- Ziekow, Jan*, Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, S. 1169–1172.
- Zimmerman, Larry*, Artificial intelligence in the judiciary, Journal of the Kansas Bar Association, 85 (2016), S. 20.
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021.
- Zuck, Rüdiger*, Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess, NJW 2013, S. 1132–1135.
- , Wann verletzt ein Verstoß gegen ZPO-Vorschriften zugleich den Grundsatz rechtlichen Gehörs?, NJW 2005, S. 3753–3757.
- Zweig, Katharina*, Wo Maschinen irren können, Verantwortlichkeiten und Fehlerquellen in Prozessen algorithmischer Entscheidungsfindung, Arbeitspapier, Feb. 2018, <https://bit.ly/3y9TADi>, lang URL: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/WoMaschinenIrrenKoennen.pdf>.
- Zweig, Katharina/Krafft, Tobias*, Fairness und Qualität algorithmischer Entscheidungen, in: Mohabbat Kar, Resa/Thapa, Basanta/Parycek, Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar?, Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 204–227.
- Zwickel, Martin*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann, Almuth/Gläß, Anne-Christin et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 3.

Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, Berlin 2018, S. 179–204.

- , Die Strukturierung von Schriftsätzen, Lösung des französischen und englischen Rechts sowie Idee zur Umsetzung im deutschen Zivilprozess, MDR 2016, S. 988–992.

Lydia Wolff

Algorithmen als Richter

Die menschliche Entscheidungsgewalt wird durch algorithmische Entscheidungssysteme herausgefordert. Verfassungsrechtlich besonders problematisch ist dies in Bereichen, die das staatliche Handeln betreffen. Eine herausgehobene Stellung nimmt durch den besonderen Schutz der Art. 92 ff. GG die rechtsprechende Gewalt ein. *Lydia Wolff* fragt daher danach, welche Antworten das Grundgesetz auf digitale Veränderungen in diesem Bereich bereithält und wie sich ein Eigenwert menschlicher Entscheidungen in der Rechtsprechung angesichts technischen Wandels darstellen lässt. Das Werk erörtert hierzu einen Beitrag zum verfassungsrechtlichen Richterbegriff und stellt diesen etablierten Begriff in einen Kontext neuer digitaler Herausforderungen durch algorithmische Konkurrenz.