

Svenja Behrendt

Menschliches und maschinelles Entscheiden bei der Analyse und Anwendung des Rechts

Abstract: Until recently, analysing and applying the law has been a distinctly human activity involving human decision-making processes. The rise of artificial intelligence could challenge that. Because the analysis and application of law only draw on processing data and providing a certain output, there can be machine equivalences. This begs the question of how the use of algorithmic data processing impacts the law. Knowing the answer would allow us to decide how AI should be trained and under which circumstances it may be used. However, this is built on sand if we fail to acknowledge that every application of the law is a creative act. The established understanding in legal studies distinguishes between easy and hard cases and adheres to the misleading thesis that the interpreter only creates law when the law runs out. If we acknowledge that any application of law is an entirely creative act, we begin to see the complex problems of both human and machine decisions in the analysis and application of law (and of law itself) and are less prone to fall prey to a reduction of complexity, which promotes an idealization of human reasoning capacities or of algorithmic data processing.

I Einführung

Was bedeutet es für das Recht, wenn Algorithmen Recht analysieren und anwenden? Diese Frage ist mittlerweile von erheblicher praktischer Relevanz, denn dass Künstliche Intelligenz (KI) auch im Recht zur Anwendung kommen könnte, dürfte spätestens seit ChatGPT allen klar sein. Denn angesichts der sprachlichen Qualität des erzeugten Textes und des Umstandes, dass der Text häufig Sinn ergibt, dringt KI zum Herzstück des Rechts – Zeichen, die als Träger von Informationen über das Gesollte verstanden werden – vor. Damit bewegen wir uns auf noch nicht vollständig erschlossenem Terrain. Die Analyse und Anwendung des Rechts waren bislang allein durch menschliche Entscheidungen geprägt. Auch wenn das im Laufe der Zeit zunehmend mit einer gewissen maschinellen Unterstützung verbunden wurde, ist die Entwicklung von algorithmischen Systemen bzw. KI geeignet, einiges umzuwälzen und die maschinelle Unterstützung – aber auch die Einbindung ma-

schineller Entscheidung im Recht ganz allgemein – auf ein qualitativ und quantitativ ganz anderes Niveau zu heben.¹

Die Beschäftigung mit menschlichen und maschinellen, insbesondere algorithmischen, Entscheidungen und Entscheidungsfindungsprozessen (inklusive ihrer Mischformen) bei der Analyse und Anwendung des Rechts wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Das beginnt bei der Frage, was mit der Analyse und Anwendung des Rechts genau gemeint ist. Zur Vereinfachung werde ich mich in diesem Beitrag auf die Konstellationen beziehen, die in diesem Zusammenhang typischerweise im Fokus liegen: Konstellationen, in denen Akteure der zweiten oder dritten Gewalt unter Berufung auf das Recht gegenüber den „Rechtsunterworfenen“ Entscheidungen treffen und/oder agieren und mit Anspruch auf Verbindlichkeit Aussagen darüber treffen, was aus dem Recht für den konkreten Fall folgt. Die Analyse des Rechts ist dann ein der Anwendung vorgeschalteter Schritt, kann aber auch einem bloß rechtswissenschaftlichen Interesse dienen. Damit wurde der Gegenstand der menschlichen und maschinellen/algorithmischen Entscheidungen zwar auf eine Weise eingegrenzt, die das Thema einer theoretischen Befassung zugänglich macht – das entbindet aber nicht von einer näheren Befassung mit der Frage, was Rechtsanwendung ausmacht und bedeutet. Zudem stellen sich weitere, grundlegende Fragen, darunter solche aus dem Themenkomplex der Entscheidung. Können Maschinen überhaupt Entscheidungen treffen? Impliziert das nicht eine Urteilskraft, ein reflektierendes Abwägen von Handlungsoptionen, welche algorithmischer Datenverarbeitung (bislang) fehlt? Selbst wenn man ein bereits in den Fragen anklingendes, an neuro-biologischer Datenverarbeitung orientiertes Verständnis zugrunde legen würde, kann kaum geleugnet werden, dass algorithmische Systeme bereits in einem schwachen Sinne handlungsfähig sind.² Algorithmisch datenverarbeitende Systeme können Daten und Informationen aus der Umwelt aufnehmen, verarbeiten und einen Output generieren (z.B. Durchführung einer bestimmten Bewegung, Versendung einer bestimmten Nachricht an einen bestimmten Empfänger) – sofern die entsprechende Hardware vorhanden und mit dem System verbunden ist. Damit können sie bestimmte Handlungsoptionen ergreifen, welche

1 Zu den Vorteilen des Einsatzes von KI im Recht s. exemplarisch *Meyer*, Digitale Anwendbarkeit von Rechtsnormen – Auch eine Frage des Rechtskreises?, in: Kuhli/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie im digitalen Zeitalter, 2023, S. 37, 38 ff.; *Broemel*, Algorithmen in der Rechtsanwendung, in: Kuhli/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie im digitalen Zeitalter, 2023, S. 123, 125 f. Aus dem Bereich des LegalTech vgl. exemplarisch *Khoja/Kölbl/Leue/Wilhelmi*, Formal Modeling and Analysis of Legal Contracts using ContractCheck.

2 Zu dem Themenkomplex siehe exemplarisch *Hirsch*, Künstliche Intelligenz, normative Ansprechbarkeit und die normentheoretische Beschreibung des Strafrechts, in: Kuhli/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie im digitalen Zeitalter, 2023, S. 151, 156.

erst das Resultat des konkreten algorithmischen Datenverarbeitungsprozesses sind und bei anders gelagerter Datenverarbeitung ggfs. anders ausgefallen wären.³ Wenn man sich von metaphysischen Überhöhungen menschlicher Datenverarbeitung befreit und menschliche Entscheidungsfindung als einen nach Kausalgesetzen ablaufenden, komplexen neuro-biologischen Prozess begreift, dann gibt es durchaus Grund zur Annahme, dass algorithmische und neuro-biologische Entscheidungsfindung zwar gravierende Unterschiede aufweisen, es sich aber in beiden Fällen um Entscheidungsfindungsprozesse handelt. Davon ausgehend dürfte auch die Frage, ob eine rein maschinelle Verarbeitung von Daten eine Analyse und Anwendung des Rechts sein kann, nicht kategorisch abzulehnen sein. Akzeptiert man, dass menschlichem Entscheidungsverhalten und kognitiven Datenverarbeitungsprozessen nichts Metaphysisches anhaftet, dass es sich also lediglich um eine biologische Form der Datenverarbeitung handelt,⁴ dann wird deutlich, dass es jedenfalls maschinelle Äquivalente für das, was man bei menschlicher (neurobiologischer) Datenverarbeitung⁵ als Entscheidung, Analyse oder Anwendung bezeichnen würde, geben muss. Dementsprechend muss es grundsätzlich möglich sein, Phänomene der maschinellen/algorithmischen Datenverarbeitung als Analyse und Anwendung des Rechts zu qualifizieren. Bei menschlichen Entscheidungen und menschlichem Verhalten müsste man sich insofern die Frage stellen, unter welchen Bedingungen man von einer Analyse und Anwendung des Rechts sprechen kann. Bei maschinellen Entscheidungen und maschinell angestoßenen realen Prozessen, welche den Bereich der reinen Datenverarbeitung verlassen, wäre die Frage dieselbe. Die Beantwortung der Fragen kann aber unterschiedlich

³ Zu algorithmischer Datenverarbeitung siehe exemplarisch: *Tamò-Larrieux*, Decision-making by machines: Is the ‘Law of Everything’ enough?, 41 Computer Law & Security Review 105541 (2021); *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026, 1027f.; *Nink*, Justiz und Algorithmen. Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, 2021, S. 143 ff., 201.

⁴ *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 33 geht davon aus, dass „Überlegungen zur Entscheidungsfindung im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung sowie darüber, ob und wie Entscheidungsfindung rationaler gestaltet werden könnte, [...] nur [...] unter der Grundannahme [sinnvoll sind], dass Entscheidungen prinzipiell frei zustande kommen“. Diese Annahme teile ich nicht, s. *Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte, 2023, S. 284 ff. m.w.N.

⁵ Zur menschlichen Entscheidungsfindung s. *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 4. Aufl. 2017, S. 2 ff., 16 ff.; *Hastie*, Problems for Judgment And Decision Making, 52 Annual Review of Psychology 653, 655 ff. (2001); *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 30 f.; zur verhaltensökonomischen Diskussion s. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 31 ff.

ausfallen, weil menschliche Datenverarbeitung grundlegend anders funktioniert als maschinelle.⁶

Dieser Beitrag beschäftigt sich insbesondere mit dem Verständnis des Rechts bzw. mit den rechtstheoretischen Grundlagen der Anwendung des Rechts und erfragt, darauf aufbauend, was das für menschliche und maschinelle Entscheidungen bei der Anwendung des Rechts bedeutet. Nach dem etablierten Verständnis wird nach wie vor zwischen der Anwendung des Rechts und der Fortbildung des Rechts unterschieden. Rechtserzeugung wird allenfalls mit Rechtsfortbildung assoziiert. Maschinelles und algorithmisches Entscheiden wird deshalb auch eher in diesem Bereich für problematisch gehalten. Im Grunde ist aber jedwede normativ geprägte Entscheidung ein Akt der Rechtserzeugung.⁷ Wenn wir menschliches und maschinelles Entscheiden bei der Analyse und Anwendung des Rechts verstehen wollen, sollten wir uns zunächst von den Idealisierungen befreien, welche das Verständnis normativ geprägter Entscheidungen nach wie vor begleiten. Der Beitrag schließt mit einigen Überlegungen dazu, welche Rolle maschinelle Entscheidungen bzw. die maschinelle Unterstützung menschlicher Entscheidungen bei der Analyse und Anwendung des Rechts haben kann.

II Anwendung und Erzeugung des Rechts

Die Frage nach dem, was Rechtsanwendung substantiell ausmacht, bringt uns zu dem ersten Problem, denn die Anwendung des Rechts lässt sich nicht von der Erzeugung des Rechts trennen. Es gilt „Abschied zu nehmen von einem – zumindest unerschwellig noch weitverbreiteten – einseitig am Gesetz als Rechts(erzeugungs)quelle orientierten Verständnis von Rechtsgewinnung“. Dass „alles Recht bereits im Gesetz beschlossen und die in concreto zu fällende Einzelfallentscheidung dem Gesetz allein auf logisch-deduktivem Wege zu entnehmen [ist]“, müsse – so sagt *Matthias Jestaedt* – „längst als widerlegt gelten“.⁸ Das mechanistische Rechtsver-

⁶ *Ernst* (Fn. 3), JZ 2017, 1026, 1027f.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 176.

⁷ Kein mit autoritativer Entscheidungsmacht ausgestatteter Interpret des Rechts wird indes behaupten, dass seine Entscheidung auf Rechtserzeugung beruht – er wird sie im Regelfall als bloße Anwendung des Rechts ausgeben, *Shapiro*, *Legality*, 2011, S. 261, und sich durch diese Entpersonalisierung aus der Verantwortung stehlen.

⁸ *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 9. Siehe auch *ders.*, Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung: Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49; *Becker*, Was Bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay, 2014, S. 17, 96.

verständnis des Rechtsformalismus, welches insbesondere dem deutschen Rechtsverständnis gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts nachgesagt wird,⁹ ist rechtstheoretisch unhaltbar. Jede Anwendung des Rechts ist Rechtskreation.¹⁰ Außerdem kommt jedenfalls gelegentlich durchaus in Betracht, dass die Rechtsanwendung mit gleicher Berechtigung auch anders hätte ausfallen können. Das ist kein Phänomen, welches sich damit erklären ließe, dass die Rechtsanwendung bislang primär auf menschlichen Entscheidungen beruht. Das schöpferische Element bei der Rechtsanwendung entspringt – worauf ich im Folgenden noch näher eingehen werde – der strukturellen Offenheit des Rechts, dem unausweichlich subjektiven Zugriff auf das Recht und die hermeneutische Struktur bei dem Vorgang, welcher vom Interpretieren als Vorgang der Rechtserkenntnis empfunden wird, im Grunde aber ein Vorgang der Rechtserzeugung ist.

1 Rechtsfortbildung und Rechtserzeugung als Problemkind des Rechts

Es ist indes kaum zu leugnen, dass man in der (deutschen) Rechtswissenschaft nach wie vor ein tief verankertes Misstrauen gegen eine allzu große interpretatorische Macht hegt – nicht zuletzt aus demokratietheoretischen Gründen.¹¹ Man misstraut dem Interpretieren, will ihn bändigen, Willkür verhindern.¹² Richter, welche jedenfalls

9 Der Rechtsrealismus hat sich insbesondere als Gegenbewegung zum deutschen Rechtsformalismus formiert, siehe dazu *Priel*, *The Return of Legal Realism*, in: *Dubber/Tomlins* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Legal History*, 2018, S. 457, 461f. Ob der Stein des Anstoßes – ein mechanistisches Rechtsverständnis – in dieser Form indes derart verbreitet vertreten wurde, wird von *Tamanaha*, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, 2009, S. 28ff. in Zweifel gezogen. Er geht sogar so weit, zu behaupten, dass der Rechtsformalismus in der vom Rechtsrealismus behaupteten Weise gar nicht existiert habe: „The formalists never speak for themselves. Every account of the legal formalists and the purportedly widespread belief in ‘mechanical jurisprudence’ has been written by critics [...], and by modern historians and theorists relying upon the accounts of critics“, ebd., S. 4.

10 *Becker*, *Recht und Postmoderne*, S. 73; *Behrendt*, *A Constructivist Discourse Theory of Law*, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171, 179. Ähnlich, aber nicht ganz so weit gehend: *Jestaedt*, in: *Bumke*, S. 51, 62ff. (Mischung von Fremd- und Selbstprogrammierung).

11 *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz*, 101. EL Mai 2023, Art. 97 Rn. 63; *Hirsch*, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, *JZ* 2007, 853, 857. Aus beobachtender Perspektive: *Jestaedt*, in: *Bumke*, S. 50.

12 BVerfGE 34, 269, 287; 87, 273, 280 m.w.N. Willkür und subjektive Devisen sind äußerst negativ belegt; gleichzeitig sind Entscheidungen aber elementar für das Funktionieren des Rechtssystems (und sonstige Bereiche des individuellen und gesellschaftlichen Lebens). Man trifft eine Entscheidung, wenn man sich auf eine bestimmte Option festlegt, obwohl man sich auch auf eine andere Option festlegen könnte, s. beispielsweise *Laux* u. a., *Entscheidungstheorie*, 10. Aufl. 2018, S. 3, zur

zu den im Rechtssystem bedeutendsten Interpreten gehören, sollen das Recht anwenden, es aber nicht erzeugen. Sie sollen die Rechtsanwendung durch die Exekutive daraufhin überprüfen, ob sie rechtskonform ist (mithin ob es sich um eine/die „richtige“ Anwendung des Rechts handelt). Richter sollen nicht ihre Rechtsauffassung an die Stelle derjenigen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers setzen, sich keine politische Gestaltungsmacht anmaßen, sich nicht von eigenen moralischen Überzeugungen oder Vorverständnissen leiten lassen.¹³ Alles, was sich bei Entscheidungen mit normativem Gepräge nicht als *Anwendung* des Rechts darstellen lässt, ist demnach *Schöpfung* von Recht und zur Schöpfung von Recht ist – so das wohl etablierte Verständnis – nur der Gesetzgeber ermächtigt.

Richterliche Rechtsanwendung wird demnach als der nicht-pathologische Normalfall verstanden, bei dem ein eigener schöpferischer Anteil des Interpreten (also des Richters) entweder geleugnet (Rechtsschöpfung ist erst das, was nicht mehr Rechtsanwendung ist) oder als unproblematisch skizziert wird. Indes: Wenn jegliche Rechtsanwendung ein schöpferisches Element in sich trägt, dann kann man nicht behaupten, dass Rechtsanwendung und Rechtserzeugung voneinander zu unterscheiden wären, denn Rechtsanwendung *ist* dann – jedenfalls zum Teil – auch Rechtserzeugung.¹⁴ Mit *Jestaedt* ließe sich die These aufstellen, dass Gerichte wenigstens zu diesen rechtsschöpfenden Akten ermächtigt sind: Da unsere Rechtsordnung von der Rechtsanwendung durch die Gerichte ausgeht, müssen sie zu solchen Akten der Rechtskreation ermächtigt sein, die mit der Anwendung des Rechts zwingend einhergehen. Auf der Basis eines setzungsorientierten, gestuft-arbeitsteiligen Verständnisses des Rechts kann es sich aber nicht um eine vollumfassende Ermächtigung zur Rechtserzeugung handeln, diese gesteht man schließ-

Inklusion der Vorbereitungsphase in den Begriff der Entscheidung s. ebd., S. 12. Entscheidungen haben dementsprechend immer einen subjektiven Charakter; es ist schließlich der Entscheidungsträger selbst, der sich festlegt. Eine Dezision ist nichts anderes als eine Entscheidung: der lateinische Begriff für Entscheidung lautete *decisio*. Schon aus etymologischen Gründen ist es deshalb unverständlich, wenn man subjektiven Dezisionen mit Skepsis begegnet, Entscheidungen aber für unproblematisch hält. Siehe dazu auch *Greven*, Über demokratischen Dezisionismus, in: *Greven* (Hrsg.), *Kontingenz und Dezision. Studien zur politischen Gesellschaft*, 2000, S. 51, 55. Die Annahme, dass ein konstruktivistisches Verständnis des Rechts Willkür Vorschub leisten würde, ist unbegründet, s. *Becker*, *Recht und Postmoderne*, S. 73 (Zitat), 113 ff.: „Die damit oft verknüpfte Angst vor Relativismus und Willkür [...] ist] unbegründet [...]. Konstruktivistisch bedeutet keineswegs, dass der Konstrukteur völlig frei in der Wahl des zu konstruierenden ‚Objekts‘ ist. Es ließe sich sogar behaupten, dass die konsequente Anerkennung dieses konstruktivistischen Moments der Rechtsanwendung die Begründungslast erhöht.“

¹³ So gibt *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 8 das damalige etablierte Verständnis in Großbritannien und den USA wieder. Vgl. auch *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 8. Aufl. 2020, S. 38, 50.

¹⁴ *Jestaedt*, in: *Bumke*, S. 49 (62 ff.).

lich nur der Legislative zu.¹⁵ Aus diesem Grund geht es dann eigentlich um die Kontrastierung von *legitimer Rechtserzeugung* und *illegitimer Rechtserzeugung*. Illegitime Rechtserzeugung wäre dann grundsätzlich alles, was nicht Rechtsanwendung ist. Ausnahmen wäre auf der Basis dieses Verständnisses nur denkbar, wenn der jeweilige Akteur ausnahmsweise doch zur Rechtserzeugung ermächtigt wäre.

Rechtsfortbildung wird damit jedenfalls auf einer semantischen Ebene in den Bereich illegitimer Rechtserzeugung gerückt, denn wer das Recht fortbildet, der geht über die Anwendung des Rechts hinaus. Richterliche Rechtsfortbildung ist in diesem Narrativ ein Phänomen, dass man nur wegen der unausweichlich offenen Struktur des Rechts¹⁶ und der Existenz von sog. *hard cases*¹⁷ duldet, weil man es wohl oder übel dulden muss.¹⁸ Wenn dem Recht keine klare Aussage zu entnehmen ist („*when the law runs out*“)¹⁹ muss trotzdem darüber entschieden werden (können), was das Recht gebietet.²⁰ Ein Gericht kann sich der Entscheidung des Falles nicht entziehen. Selbst wenn das Verhalten eines Akteurs in einem Fall „unreguliert“ zu sein scheint – das Gericht also annimmt, dass es weder eine ausdrückliche noch eine irgendwie geartete, im Wege der Interpretation ermittelbare klare Regelung gibt, und es annimmt, dass dem Vorhandenen keinerlei Aussagekraft mit Blick auf den konkreten Fall zukommt – der Fall muss entschieden werden. Wenn es richtig ist, dass das Recht überhaupt „Lücken“ aufweisen kann, dann würde sich die Frage aufdrängen, ob die in diesen Fällen vorgenommene, „lückenschließende“

15 *Jestaedt* spricht deshalb von einer Mischung aus Fremdprogrammierung und Selbstprogrammierung, welche sich in jeder Rechtsanwendung zeige, s. *Jestaedt*, in: Bumke, S. 62f.; *ders.*, in: Ehlers/Pünder Rn. 10 f.

16 Siehe zur offenen Struktur des Rechts *Hart*, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, S. 124 ff.; *Shapiro*, *Legality*, S. 260 ff., 277 ff.

17 Zur Differenzierung von easy und hard cases *Marmor*, *No Easy Cases?*, 3 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 61 (1990); *Shapiro*, *Legality*, S. 261 ff.

18 *Jestaedt*, in: Bumke, S. 51; *Fischman*, *How Many Cases Are Easy?*, 13 *Journal of Legal Analysis* 595, 596 (2021); *Poscher*, *Hermeneutics, Jurisprudence and Law*, in: Malpas/Gander (Hrsg.), *The Routledge Companion to Hermeneutics*, 2015, S. 451, 455: „Legal construction creates a kind of a double bind: On the one hand it seems inevitable for the law, and on the other hand it shifts the full burden of legitimation to the judge or whoever has to construct, that is, to amend, the law. So there has always been some unease about whether legal construction can be supported by a sufficiently strong legitimation given the wide-ranging effects of legal hermeneutics.“

19 *Shapiro*, *The „Hart–Dworkin“ Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in: Ripstein (Hrsg.), *Ronald Dworkin*, 2007, S. 22, 29, 31; *Tamanaha*, *Role of Politics in Judging*, S. 91, 184, 186.

20 Siehe dazu insbesondere *Hart*, *Concept of Law*, S. 126 ff., 272 f. (postscript); *Poscher*, in: Malpas/Gander, S. 451, 455; *Fischman*, 13 *Journal of Legal Analysis* 595, 596 (2021). Zur Entscheidung, sofern das Recht mehrere Möglichkeiten offen lässt, aus Sicht der Reinen Rechtslehre siehe *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 348 ff. Gegen die Annahme, dass das Recht überhaupt Lücken aufweisen könne, siehe *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz* (Fn. 11), Art. 97 Rn. 69.

richterliche Rechtsfortbildung nicht auch eine Form *legitimer* Rechtserzeugung kraft impliziter Ermächtigung darstellt. Die Vorbehalte, die richterlicher Rechtsfortbildung entgegengebracht werden, wären dann allenfalls aus pragmatischer Sicht berechtigt, da man dann auch in diesen Fällen legitime Rechtserzeugung von illegitimer Rechtserzeugung unterscheiden müsste und sich diese Differenzierung nicht trennscharf durchführen lässt.

Dass es jedenfalls auch jenseits dessen, was als reine Rechtsanwendung deklariert wird, um legitime Rechtserzeugung handeln kann, ist schon deshalb plausibel, weil Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung sich nur in der semantischen Abstraktion klar voneinander trennen lassen.²¹ Phänomenologisch liegt in beiden Fällen eine Entscheidung vor, die sich auf bestimmte Normtexte (und in das System des Rechts eingespeiste Kommunikationsakte) stützt und argumentativ begründet, warum der Fall in Anbetracht der Normtexte so zu entscheiden ist, wie er entschieden wurde. Ob die Entscheidung damit das Recht anwendet oder fortbildet, ist ebenso wie die Frage, ob es sich um eine richtige, falsche oder vertretbare Anwendung des Rechts handelt, eine Wertung, die von dem eigenen interpretatorischen Zugriff auf das Recht abhängt und von außen an die Entscheidung herangetragen wird. Die Wertung ordnet die Entscheidung aufgrund einer Analyse am Maßstab des eigenen Zugriffs auf das Recht ein. Die Einordnung als Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung ist also nichts, was der Entscheidung als solcher anhaftet. Phänomenologisch ist die Entscheidung zunächst einmal ein Akt der Rechtserzeugung; ob es sich um eine rechtsanwendende oder rechtsfortbildende Rechtserzeugung handelt, ist eine Frage eben jener Einordnung.²²

Die Beurteilung der *Legitimität* der Rechtserzeugung ist eine Frage, die gesonderte Betrachtung erfordert. Der Gedanke speist sich aus dem überkommenen demokratietheoretischen Rechtfertigungsnarrativ, demzufolge die Rechtsetzung von der Ausführung des Rechts durch die Exekutive und der Kontrolle jener Ausführung durch die Judikative getrennt wird. Rechtserzeugung kann dementsprechend nur der Legislative zugeordnet werden; weder die Exekutive noch die Judikative kann dazu befugt sein, das Recht zu kreieren, an das es sich dann selbst bindet. Die These, dass jeder Rechtsanwender (und damit auch Akteure der Exekutive und Judikative) bei ihren normativ geprägten Entscheidungen das Recht

21 Zu den Problemen der Abgrenzung *Jestaedt*, in: Bumke, S. 58 ff.

22 Auch der Entscheidungsträger kann den beobachtenden Standpunkt einnehmen und seine Entscheidung einordnen. Die Einordnung ist aber nicht Teil der Entscheidung als solcher, da sie erst das Ergebnis einer analytischen Auseinandersetzung mit der Frage ist, in welchem Verhältnis die konkrete Entscheidung zum bisherigen Recht steht, was unter dem bisherigen Recht verstanden wird, was Rechtsanwendung ist und was vor diesem Hintergrund als Fortbildung des Rechts begriffen wird.

überhaupt erst erzeugen, steht dementsprechend in einem Spannungsverhältnis zu dieser demokratiethoretischen Grundannahme. Allerdings müssen auch Thesen über Normativität einen Bezug zur Realität haben. Gegen die Tragfähigkeit des Narrativs sprechen insbesondere zwei Gründe: (1) Das konkrete normative Gebot, welches von einem Organ der Exekutive ausgeführt wird, müsste vom Gesetzgeber tatsächlich so gesetzt worden sein könne. Sofern man damit eine substantielle Entscheidung über die Setzung eben jenes *konkreten* Sollensgebotes (ggfs. als Bestandteil eines allgemeineren Gebotes) verstehen würde, würde man die Leistungsfähigkeit des Gesetzgebungsprozesses als kollektiven Entscheidungsfindungsprozess überhöhen und idealisieren; ein ontologisches Fundament für eine solche Annahme ist nicht in Sicht.²³ Nimmt man hingegen Abstand von der These, dass es um eine substantielle Entscheidung über das konkrete Sollensgebot geht, und lässt die formale kollektive Entscheidung über die Setzung des Normtextes genügen, dann stellt sich die Frage, woher das Sollensgebot kommen kann, an welchem die rechtsanwendende oder rechtsfortbildende Rechtserzeugung gemessen werden soll.²⁴ Hinzukommt, dass es – selbst wenn die Entscheidung über die Kreierung dieses konkreten Gebotes möglich wäre und gelingen würde – des Weiteren möglich sein müsste, dass dieses Gebot verlustfrei an den Rechtsanwender kommuniziert werden könnte. Das würde voraussetzen, dass das konkrete normative Gebot nicht durch Sprache übermittelt werden müsste, sondern es (unter Umgehung der hermeneutischen Sinngebungsprozesse) als fertige Entscheidung gewissermaßen in den Kopf des Rechtsanwenders transplantiert werden könnte. Eine absurde Vorstellung. Es wäre allein möglich, die Entscheidung des Rechtsanwenders mit dem zu vergleichen, was – seitens anderer Interpreten, ggfs. den Beteiligten der Gesetzgebung selbst – als Entscheidung des Gesetzgebers aufgefasst

23 Zur Vermeidung eines Missverständnisses: Damit wird die Möglichkeit kollektiver Intentionalität, „we-intensions“, kollektiver Willensbildungsprozesse und kollektiver „Agency“ nicht in Frage gestellt. Insbesondere kann die Entscheidung, das jeweilige Gesetz zu erlassen, durchaus als kollektiv-intentionale Handlung verstanden werden. Es ist indes nicht überzeugend, dass der Autor, also das gesetzgebende Organ in seiner Eigenschaft als Kollektiv, in Bezug auf das konkrete Sollensgebot die erforderlichen substantiell gehaltvollen Intentionen tatsächlich gebildet hat. Siehe dazu auch den kurzen Überblick bei *Wischmeyer*, Der „Wille des Gesetzgebers“: Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, 957, 959 ff.

24 Semantische Begründungsansätze, die die Lösung in einer objektiven/intersubjektiven Bedeutung sprachlicher Zeichen sehen, können nicht überzeugen, s. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 71; *dies.*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis. 2008, S. 80 ff.; *Becker*, Recht und Postmoderne, S. 70. Eine Art metaphysisch erzeugter Sinn, welcher unter idealen Bedingungen mithilfe von praktischer Vernunft rekonstruiert bzw. konstruiert werden könnte, ebenso wenig, s. *Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Aufl. 2019, S. 11.

wird. Aber das spielt sich dann allein auf der Ebene der Interpretation und im Diskurs unter den Interpreten ab.

Die Frage danach, ob der jeweilige Rechtsanwender zur jeweiligen Rechtserzeugung *ermächtigt* ist, verzeichnet die Problematik. Rechtserzeugung ist aus hermeneutischen Gründen im System des Rechts unausweichlich;²⁵ es kann daher nicht auf eine irgendwie geartete Ermächtigung durch den Gesetzgeber ankommen. Dementsprechend kann es im Grunde allein darum gehen, ob der jeweilige Akt der Rechtserzeugung im Diskurs überzeugt.²⁶ Aus diesem Grund ist es überzeugender, jede normativ geprägte Entscheidung zunächst einmal als Rechtserzeugung zu begreifen.²⁷ Wie man mit diesen Entscheidungen umgeht, und inwiefern man sie als richtige, falsche oder vertretbare Anwendung des Rechts, als Fortbildung des Rechts oder vielleicht auch einfach als Unsinn und mit dem Recht nicht zu vereinbarende Entscheidung begreift, sind Fragen, denen man sich mit Blick auf den sich dynamisch entwickelnden Diskurs über das Recht, in Relation zu bestimmten Akteuren und mit Blick auf die Verwendung der Begriffe durch spezifische Akteure nähern kann, aber sie sind zu komplex, als dass sie sich simplifizierend beantworten ließen.

2 Rechtserzeugung im sozialen System des Rechts

Der Interpret wird seine Entscheidung in der Regel nicht als einen schöpferischen Akt begreifen. Er ist schließlich bestrebt, zu ermitteln, was das Recht im konkreten Fall gebietet. Das Recht hat seinem Anspruch nach eine überindividuelle,²⁸ präskriptive Natur;²⁹ es zielt darauf ab, dass nicht im Belieben steht, wer sich wie verhalten darf.³⁰ Nur unter diesen Umständen kann das Recht seine koordinierende

25 Ralf Poscher differenziert zwei Formen hermeneutischer Vorgehensweisen und spricht von „communicative interpretation“ und „legal construction“. *Rechtserzeugung* wird bei ihm allein mit „legal construction“ in Verbindung gesetzt, vgl. *ders.*, in: Malpas/Gander, S. 451 f., 454 f., 458. Sofern es aber richtig ist, dass auch die (seines Erachtens allein mittels *communicative interpretation* herstellbare) Rechtsanwendung Rechtserzeugung ist, dann folgt auch aus seinem Ansatz, dass Rechtserzeugung aus hermeneutischen Gründen unausweichlich wäre. Poscher zielt indes vor allem auf die Begründung der These ab, dass nicht nur Rechtsanwendung, sondern auch Rechtsfortbildung hermeneutische Prozesse impliziert und auf diese Weise verstanden werden sollte.

26 Insofern scheint dies auf der Kernthese des sozialen Konstruktivismus aufzubauen, siehe dazu Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 38–67 m.N.

27 Dazu bereits Becker, *Recht und Postmodern*, S. 73, 145; Jestaedt, in: Bumke, S. 67; Christensen/Kudlich, *Gesetzesbindung*, S. 130, 137 f.

28 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 4, 7.

29 Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, 2017, S. 121.

30 Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 147.

und der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen dienende Funktion erfüllen. Es ist offensichtlich, dass dies ein konzeptionelles Problem darstellt, wenn der Zugang zum Recht stets subjektiv geprägt ist und es kein objektives Recht im Sinne von quasi-ontologischen Sollensgeboten gibt.³¹ Aber gerade weil das Recht diesen überindividuellen Charakter hat und vom Interpreten die Ermittlung eines Sollensgebotes verlangt, zwingt es bei der Ermittlung des normativen Gebots (also dem Prozess der Rechtserzeugung) zur Befassung mit den einschlägigen Normtexten, zur Auseinandersetzung mit relevanten Kommunikationsakten über die Normtexte und ihren normativen Zusammenhänge sowie zum Kommunizieren einer rationalen Begründung.³² Diese Schritte können dazu führen, dass ein Fall derart klar liegt, dass kein anderer professioneller Interpret den Fall anders entscheiden würde. Man mag diese Fälle eines Konsenses als „clear cases“³³ bezeichnen. Interpretatorischer Konsens bedeutet allerdings nicht, dass es sich um die „richtige“ Interpretation handelt – sofern mit der richtigen Interpretation gemeint ist, dass das Ergebnis der Interpretation mit dem „objektiven“ Gebot des Rechts übereinstimmt. Das kann es schon deshalb nicht bedeuten, weil jeder Teilnehmer des Diskurses (inklusive der Autoren der in Rede stehenden Rechtstexte) nur ein Interpret ist.³⁴ Ein substantieller Konsens aller Interpreten würde deshalb lediglich die Prognose plausibilisieren, dass eine andersgelagerte Interpretation als falsche Interpretation abgelehnt werden würde. Die Einordnung als „falsche“ Interpretation bezieht sich indes lediglich auf einen Maßstab, der durch die eigene Interpretation – bzw. die (eigene) These hinsichtlich der Interpretation anderer (professioneller) Interpreten – kreiert wird.³⁵ Die Bezeichnung als falsch oder richtig

31 Diese Diskussion wird unter sehr vielen verschiedenen Gesichtspunkten (u.a. semantische Objektivität, metaethische Objektivität, Wahrheit) geführt und hängt mit weiteren kontrovers diskutierten Fragen (z.B. Abhängigkeit des Geltungsanspruchs des Rechts von der Vereinbarkeit mit moralischen Erwägungen/Erwägungen der Gerechtigkeit) zusammen, siehe dazu exemplarisch *Leiter*, Law and Objectivity, in: Coleman u.a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, S. 969; *Becker*, Recht und Postmoderne, S. 15, 37, 48, 55, 62 f., 67, 72, 83, 96 ff.; *Poscher*, Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, ARSP 89 (2003), 200; *Christensen/Kudlich*, Theorie, S. 48 ff.; *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 94 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. 1991, S. 134 ff.

32 *Alexy*, Theorie, S. 264 ff. *Alexy* spricht hier den Anspruch auf Richtigkeit an, welchen er in späteren Arbeiten indes mit seinem nichtpositivistischen Ansatz verbindet, s. *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, Der Staat 50 (2011), 389. Rationale Argumentation beinhaltet die Beachtung der Logik; zu dem Thema s. exemplarisch *Sieckmann*, Logik juristischer Argumentation, 2020, S. 17; *Alexy*, Theorie, S. 234 ff.

33 *Hart*, Concept of Law, S. 126 (Hart spricht mitunter auch von „plain cases“).

34 *Becker*, Recht und Postmoderne, S. 67.

35 *Becker*, Recht und Postmoderne, S. 90.

kann sich nicht auf die quasi-ontologische Ebene, welche durch die Berufung auf das objektive Sollen invoziert wird, beziehen, weil es diese nicht gibt.

Das Gericht muss die eigene Entscheidung, schon wegen der institutionellen Zusammenhänge im Rechtssystem, vollumfänglich rechtlich begründen. Die Begründung ist auch deshalb von enormer Bedeutung, weil eine normativ geprägte Entscheidung stets Rechtserzeugung ist und ein dezisionäres Element unausweichlich ist,³⁶ aber es ist letzten Endes der Diskurs, welcher aus pragmatischen Gründen die Spielräume des Entscheiders erheblich eingrenzt.³⁷ Jede Entscheidung wird nur dann als eine legitime Interpretation des Rechts angesehen werden, wenn sie an relevante Normtexte anknüpfen kann und entweder auf im (professionellen) juristischen Diskurs vorgebrachten Thesen aufbauen kann oder die eigenen Thesen auf andere, intersubjektiv überzeugende Weise als rechtlich begründet darstellen kann. Es geht insofern nicht um die Vereinbarkeit der Interpretation mit der „richtigen“ Interpretation, sondern nur darum, ob die Interpretation vom jeweils anderen Interpreten als „vertretbare“ Interpretation des Rechts akzeptiert wird. Der Interpret muss möglichst rational³⁸ und intersubjektiv überzeugend erklärt, *warum* er zu eben jenem Ergebnis gekommen ist,³⁹ und das bedeutet regelmäßig, dass er die Entscheidung mit Kommunikationsakten und Normtexten verknüpfen sowie Rationalitätsstandards und methodische Standards⁴⁰ beachten muss. In welcher Intensität das erfolgen muss und nach welchen Selektionskriterien die Kommunikationsakte ausgewählt werden sollten, um im jeweiligen Diskurs Aussicht auf Akzeptanz zu haben, wird auch durch die jeweiligen institutionellen/diskursiven Rahmenbedingungen (z.B. die beteiligten Akteure) sowie der Finalität und den Folgen der Entscheidung beeinflusst. (Insbesondere) in der professionellen Praxis dürfte eine Auseinandersetzung mit relevanter Judikatur zu den Voraussetzungen für im Diskurs überzeugende Entscheidungen gehören – welche Entscheidungen relevant sind, ist indes eine Frage der Wertung und kann dementsprechend von unterschiedlichen Interpreten unterschiedlich beantwortet werden. Eine willkürliche Entscheidung würde die Kontrolle durch den Diskurs nicht

36 *Becker*, *Recht und Postmoderne*, S. 99.

37 *Becker*, *Recht und Postmoderne*, S. 113 ff.

38 BVerfGE 34, 269, 287; 87, 273, 280 m.w.N.

39 *Makowski*, *Juristische Begründung und Logik*, *Rechtstheorie* 52 (2021), 341.

40 Der Einsatz juristischer Methodik dient in der praktischen Handhabung indes regelmäßig weniger der Herstellung, denn der Darstellung von Ergebnissen, *Jestaedt*, in: *Bumke*, S. 49. Zur wichtigen Unterscheidung von Rechtsherstellung und Rechtsdarstellung siehe *Lee*, *Struktur der juristischen Entscheidung*, S. 474.

überstehen.⁴¹ Wenn der Richter den Würfel entscheiden lassen würde, welche von mehreren Optionen er wählt, so wäre das keine rationale Begründung der Entscheidung.⁴² Dieser Umstand lässt erkennen, dass es im Grunde weniger um die sachliche Entscheidung als solche geht – es geht vielmehr um den Entscheidungsfindungsprozess und die *Begründung* der Entscheidung.⁴³ Die Begründung der Entscheidung soll die die Entscheidung tragenden Gründe, mithin die Gründe, welche den Akteur zu der Entscheidung bewegt haben, offenlegen. Da das aber ein kommunikativer Akt ist, lässt sich die Darstellung der Begründung nicht von soziopsychologischen Verzerrungen (z. B. Ex-post-Rationalisierung) befreien. Das bedeutet naturgemäß, dass sich willkürliches Entscheiden nicht vollständig verhindern lässt. Ein Richter könnte den Würfel entscheiden lassen und die ausgewürfelte Entscheidung begründen; der Begründung als solcher wird man den Unterschied nicht ansehen. Das kann aber schwerlich dem konstruktivistischen Rechtsverständnis angelastet werden.

Das konstruktivistische Rechtsverständnis lässt den Dualismus von Rechtsanwendung-Rechtsfortbildung in einem ganz anderen Licht erscheinen: Der Entscheidungsträger ist der Ansicht, das Recht anzuwenden. Er ist für die rechtsschöpferische Qualität der eigenen Entscheidung ggfs. blind, empfindet den eigenen Entscheidungsfindungsprozess jedenfalls als Vorgang der Rechtsfindung – unabhängig davon, ob das Recht nun aus seiner Sicht in Bezug auf den konkreten Fall klar ist oder nicht. Ein anderer Interpret mag hingegen der Ansicht sein, dass die Entscheidung keine Anwendung des Rechts ist, denn das Recht gebietet – seiner Ansicht nach – eine andere Entscheidung. Er empfindet dementsprechend die Entscheidung des anderen als Rechtsschöpfung.

41 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 39: „jedermann weiß, daß im Recht nie und nimmer beliebig entschieden werden kann.“

42 Vgl. Hart, *Concept of Law*, S. 273: „there will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers. But he must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values.“ Die These, dass die richterliche Rechtsfortbildung mit einem hypothetischen gesetzgeberischen Willen gerechtfertigt werden muss, wurde von Ralf Poscher umfassend ausgearbeitet, siehe exemplarisch Poscher, *The Normative Construction of Legislative Intent*, *Droit & Phil.* 2017, 107; ders., *Legal Construction between Legislation and Interpretation*, in: Hein u. a. (Hrsg.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, 2017, S. 41, 53. Rechtsfortbildung sei ein hermeneutischer Akt. Das bedeute, dass eine kommunikative Intention unterstellt werden müsse, welche dem Text den Sinn gibt, der durch den jeweiligen Akt der Rechtsfortbildung behauptet wird. Das wiederum erfordere, dass ein fiktiver Autor behauptet werden müsse.

43 Zur Kontrolle durch den Diskurs und die Bedeutung der Begründung s. Becker, *Recht und Postmoderne*, S. 67, 103. Als diskursive Praxis des Aushandelns und Streitens bei konstanter Erzeugung: Christensen/Kudlich, *Gesetzesbindung*, S. 123.

III Konsequenzen mit Blick auf maschinelles Entscheiden bei der Anwendung des Rechts

Diese Überlegungen zu der Frage, was Rechtsanwendung substantiell ausmacht, haben erhebliche Konsequenzen für die Einordnung maschineller Entscheidungen in der Analyse und Anwendung des Rechts.

Wenn die Rechtsfindung ein *rein* epistemisches Problem wäre (was mittlerweile, wie u.a. Jestaedt darlegt, als überholt gelten muss), dann ginge es um das Auffinden der einen richtigen Antwort und wäre somit ein Ressourcenproblem: Wenn man nur die Zeit, die Fähigkeiten und Methoden, die Daten und die Informationen hätte, die für die Erkenntnis erforderlich sind, dann würde man die eine richtige Antwort „finden“ können. Bei einem solchen Verständnis könnte man auf den Gedanken kommen, dass KI bei der Bewältigung dieses Ressourcenproblems hilft und einen normalen menschlichen Richter in einen „herkulianischen“ Richter⁴⁴ verwandeln könnte. Da ein solches Rechtsverständnis aber nicht tragfähig ist, kann auch die Hinzuziehung von KI bei der Analyse und Anwendung des Rechts nicht im Dienst der Erkenntnis des richtigen Rechts stehen. Da die Rechtsanwendung immer Rechtserzeugung ist, kann es nur darum gehen, den konkreten Fall in einer im fachlichen Diskurs anschlussfähigen Weise *begründet* zu entscheiden und diese Begründung muss den Rationalitätsstandards und methodischen Standards der Rechtsgemeinschaft genügen, um als zumindest vertretbar angesehen zu werden.

Die Hinzuziehung von KI bei Rechtsfindungs- bzw. Rechtserzeugungsprozessen steht vor diversen Herausforderungen, die schlussendlich auf ganz generelle Probleme verweisen. Weil sowohl menschliche als auch algorithmische Entscheidungen im Rahmen von Rechtserzeugungsprozesse auf die Verarbeitung von Daten und Informationen angewiesen sind, stellt sich u. a. die Frage, *welche* Daten und Informationen verarbeitet werden dürfen/müssen/können.⁴⁵ Bei menschlichen Rechtserzeugungsprozessen kann sehr viel im Abstrakten verbleiben, sofern man darauf vertraut, dass der jeweilige Akteur kognitiv in der Lage sein wird, die Selektion der Daten und Informationen nach Maßgabe eines positivistischen Rechtsverständnisses vorzunehmen. Wenn es um algorithmische Entscheidungen im Rechtserzeugungsprozess geht, kommen wir um ein Ausbuchstabieren und Determinieren der Kriterien hingegen nicht herum – insbesondere, wenn der Algorithmus auch mit

⁴⁴ *Dworkin*, Law's Empire (Fn. 13), S. 239 ff.

⁴⁵ Zu dem Problem der Einzelfallgerechtigkeit siehe außerdem *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 202 ff.; zur kontextspezifischen Ausdifferenzierung *Broemel*, in: Kuhli/Rostalski, S. 145 f. Bekannt ist außerdem das Problemfeld der Diskriminierung. Zu dem Selektionsproblem siehe außerdem *Meyer*, in: Kuhli/Rostalski, S. 60.

Texten arbeitet/arbeiten müsste, die nicht eindeutig als dem System des Rechts zuzuschlagenden Kommunikationsakten zuzurechnen sind. Denn eine gewisse Grenzziehung ist (schon aus rechtspositivistischen Gründen) wichtig, durch die Grenze wird dann aber naturgemäß auch determiniert, anhand welcher Kommunikationsakte der Algorithmus „das Recht“ erlernt. Da unterschiedliche Interpretationen gegebenenfalls unterschiedlicher Ansicht sind, was zu berücksichtigen ist, erlernt der Algorithmus zwangsläufig gewisse kontingente Wertungen, ist für deren Kontingenz aber blind.

KI kann Rechtsanwendung, also Rechtserzeugungsprozesse, auch erheblich erleichtern.⁴⁶ Auf der Basis des hier vertretenen Rechtsverständnisses spielen die Ressourcen, die bei den Rechtserzeugungsprozessen herangezogen werden und zum Einsatz kommen, eine große Rolle. Durch geeignete, ggfs. KI-betriebene Software kann der Aufwand für die Recherchen relevanter Kommunikationsakte erheblich reduziert werden.⁴⁷ Das ist – unter anderem – eine Chance für die Justiz. Wenn dadurch eine gewisse thematische Komplexität sichtbar wird, die sich dem erstinstanzlichen Richter sonst nicht offenbaren würde, könnte das dazu führen, dass die Entscheidung vielleicht doch noch etwas „reift“. Das würde die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidung verbessern. Wegen der Anreize im System ist aber zu befürchten, dass die maschinelle Unterstützung bei der Entscheidungsfindung einen anderen Effekt haben wird: Durch die leichter auffindbaren Kommunikationsakte werden Präjudizien und etablierte Pfade,⁴⁸ die es dem Richter ermöglichen, den Fall vom Tisch zu bekommen, ohne sich große Sorgen hinsichtlich einer Aufhebung der Entscheidung machen zu müssen, ggfs. noch stärker sichtbar. Er kann seine Entscheidung ggfs. leichter in die bereits geprägten Pfade einordnen; das immunisiert seine Entscheidung gegen Vorwürfe, weil das Prozedere völlig fachgerecht ist. Es ist schließlich eher das Ausbrechen aus Pfaden, dass als begrün-

46 Beispiele bei *Kähler*, Norm, Code, Digitalisat, in: Kuhli/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie im digitalen Zeitalter, 2023, S. 13, 34 f. – Umgang mit Ungewissheit; *Broemel*, in: Kuhli/Rostalski, S. 127 f.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 200 – Berücksichtigung von gegebenenfalls verborgenen Kriterien, welche durch Korrelation und die Verarbeitung großer Datenmengen sichtbar werden.

47 Exemplarisch *Broemel*, in: Kuhli/Rostalski, S. 138 f. Zur Bedeutung rechtswissenschaftlicher Reflexion bei der Verarbeitung von konkret-individuellen Entscheidungen mit normativem Gepräge s. *Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 2019, 793, 796 ff.

48 Zu Präjudizien s. insbesondere *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung: Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017; *Effer-Uhe*, Präjudizienbindung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, JöR 68 (2020), 37; von *Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1; *Behrendt*, Wandel im Recht: Hemmnisse und Wege zu mehr Nachhaltigkeit, in: Valentin (Hrsg.), Klimaschutz und Städte, 2023, S. 65, 66 ff.

dungsbedürftig angesehen wird.⁴⁹ Bemerkenswert ist indes, dass das Phänomen der Pfadbildungsprozesse etwas abbildet, was in der Psychologie jedenfalls auch mit kognitiven Verzerrungen in Verbindung gebracht wird. Ankereffekte, Bestätigungsfehler, Mitläufereffekte, Rationalisierungstendenzen, Status-quo-Verzerrungen und das Phänomen der Verzerrungsblindheit dürften gerade im Zusammenhang mit Pfadbildungsprozessen häufig auftreten, sind aber ggfs. wegen der institutionellen Rahmenbedingungen und Eigenheiten der Rechtserzeugungsprozesse schwerer als solche erkennbar. In diesem Fall wäre zu befürchten, dass die Hinzuziehung von KI bei Entscheidungen in der Analyse und Anwendung des Rechts nicht nur die Pfadbildungsprozesse, sondern auch kognitive Verzerrungen intensivieren wird. Schon dann, wenn die KI lediglich zur Sammlung und Filterung von Kommunikationsakten eingesetzt wird, kann es passieren, dass relevante Kommunikationsakte nicht erkannt werden – es dürfte naheliegen, dass die ggfs. verzerrte Filterung durch den menschlichen Akteur nicht erkannt und/oder korrigiert wird. Zur Verkennung relevanter Kommunikationsakte kann es selbstverständlich auch ohne Hinzuziehung von KI kommen, dennoch sollte man sich der durch das konkrete KI-Programm entstehenden potentiellen Asymmetrien bewusst sein. Wenn KI nicht nur zur Sammlung von Informationen eingesetzt wird, sondern auch bei Entscheidungen im Vorfeld der finalen Entscheidung eingesetzt wird, verschärft sich die Problematik. Da KI bei einem guten, *use-case*-bezogenen Training regelmäßig ein plausibles Ergebnis auswerfen wird, werden die im Rechtssystem enthaltenen Schiefen ggfs. noch stärker als bislang perpetuiert. Denn das maschinell ausgeworfene, plausible Ergebnis „ankert“ die kognitiven Prozesse des evaluierenden menschlichen Entscheiders gewissermaßen; wenn und soweit es konsistent ist, fehlt es an einem Anlass, das ausgeworfene Ergebnis (weiter) zu hinterfragen.⁵⁰ Die dadurch drohende Zementierung der Pfade ist aber ggfs. keine gute Entwicklung. Es droht ein System zu entstehen, in dem eine kritische Reflexion bereits geprägter Pfade kaum noch stattfindet. Da KI zunehmend zum Einsatz

⁴⁹ Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, S. 261f.; Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 329; Behrendt, in: Valentiner, S. 73.

⁵⁰ Zum sog. automation bias s. Horowitz/Kahn, *Bending the Automation Bias Curve: A Study of Human and AI-based Decision Making in National Security Contexts*, 28.6.2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2306.16507> (4.2.2024); Vered u. a., *The effects of explanations on automation bias*, 322 *Artificial Intelligence* 103952 (2023), jeweils m.w.N. In der Psychologie wird seit den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts dazu geforscht, dass und inwiefern die Wahrnehmung von Dissonanzen psychologisch Prozesse zur Reduktion dieser Dissonanzen auslöst. Forschungen zur Dissonanztheorie aus der Psychologie wecken erhebliche Zweifel daran, dass der Mensch sich von den maschinell ausgeworfenen, als konsistent empfundenen Entwürfen lösen würde.

kommen und weiterentwickelt werden wird, sollten Mechanismen entwickelt werden, um diesen Risiken zu begegnen.

Die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung⁵¹ könnten es attraktiv erscheinen lassen, sich auch bei normativ geprägten Entscheidungen Lösungen durch KI zuzuwenden.⁵² Indes würde dieses Unterfangen bedeuten, den Teufel mit dem Belzebug austreiben zu wollen. Schlimmer noch: Es droht die Illusion, vermeintliche Objektivität in der Auslegung und Anwendung des Rechts herbeiführen zu können, obwohl eine an bisherigen Entscheidungen lernende KI sich nur darauf trainiert, den menschlichen Rechtsanwender zu imitieren.

Bei dem Einsatz von KI in der Rechtsanwendung durch die Exekutive besteht auch in ganz anderer Hinsicht einiges an Potential, denn bei der Kommunikation über das Recht an Akteure der Exekutive geht viel Input, viel Substanz, verloren. KI *könnte* hier eine Chance sein, um in der Ausbildung und im konkreten Einsatz für bessere Entscheidungen zu sorgen – das setzt aber voraus, dass die ontologischen Bezugspunkte der normativ geprägten Entscheidungen auch substantiell belastbar verarbeitet und so aufbereitet werden, dass das Exekutivorgan die Komplexität der normativ geprägten Entscheidung in Ansehung des konkreten Sachverhalts wahrnehmen und verantwortungsvoll entscheiden kann. Man könnte den Legalismus, der gelegentlich bei der exekutivistischen Umsetzung des einfachen Rechts beobachtbar ist, hinter sich lassen und zu einer differenzierteren, grundrechtsschonenderen Anwendung des Rechts durch die Exekutive gelangen, wenn es gelänge, für bestimmte Use Cases Software zu entwickeln, die insbesondere die verfassungsrechtlichen Belange berücksichtigt. Überschießende Komplexitätsreduktion und Verzerrungen, welche durch die bisherige Praxis der inhaltlichen Kommunikation entstehen, könnte durch klug konzipierte KI-Software vermieden oder zumindest quantitativ/qualitativ gemindert werden. Das würde aber deutlich mehr voraussetzen als das bloße Zugänglichmachen von Texten, denn in Bezug auf die Anwendung des Rechts stellt auch der *Umgang* mit Texten ein Problem dar.

IV Schlussbemerkungen

Eine einfache, mechanistische Anwendung des Rechts durch maschinelle Entscheidung ist nicht möglich, weder durch den Menschen noch durch die Maschine. Die Annahme, dass das Recht so funktionieren könnte, blendet aus, dass auch die

⁵¹ Siehe exemplarisch die Ausführungen bei *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 22, 45 ff.

⁵² *Meyer*, in: Kuhl/Rostalski, S. 37 f.; *Nink*, Justiz und Algorithmen (Fn. 3), S. 22; *Eidenmüller/Wagner*, Law by Algorithm, 2023, S. 1.

Anwendung in vermeintlich klar gelagerten Fällen immer Entscheidungen und Wertungen beinhaltet. Hinzukommt, dass die Beantwortung der Frage, ob ein Fall einfach gelagert ist, erst das Ergebnis einer Interpretation des Rechts bzw. der Rechtstexte und der in Bezug genommenen Kommunikationsakte ist. Es ist deshalb jedenfalls möglich (und hinlänglich bekannt), dass die Frage nicht immer von allen (professionellen) Interpreten gleich beantwortet wird. Das ist kein K.O.-Kriterium für maschinelle/algorithmische Entscheidungen im Recht, aber es hat Konsequenzen dafür, wie man mit solchen Entscheidungen umgeht – insbesondere bei der Kontrolle solcher Entscheidungen, denn dann sollte insbesondere darauf geachtet werden, wofür die maschinelle Entscheidung wegen ihres Trainings bzw. der konkreten Datenverarbeitungsprozesse ggfs. blind ist.

Maschinelle und algorithmische Entscheidungen bei der Analyse des Rechts und Anwendung des Rechts bergen – neben diversen Risiken – auch vielfältige Chancen. Unser Rechtssystem und Rechtsverständnis muss auf die Umwälzungen, die mit dem Einsatz und der Verfügbarkeit von KI verbunden ist, aber vorbereitet sein. Das bedeutet auch, dass der rechtserzeugende Charakter, der mit normativ geprägten Entscheidungen stets verbunden ist, erkannt wird. Was es für unsere Rechtsordnung bedeutet, wenn Maschinen bzw. Algorithmen Recht analysieren und anwenden, hängt deshalb ganz erheblich davon ab, wie sie trainiert und eingesetzt werden und wie der Mensch und das Rechtssystem mit den maschinellen Entscheidungen umgehen. Somit lässt sich die eingangs gestellte Frage nur mit der einigermaßen enervierenden, fachlich fast schon standardisierten Aussage beantworten: Es kommt darauf an.