

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Tinam Lorenzo

**Nutzung von Big Data und Algorithmus-basierter Datenanalyse
in der Beweisführung zum Nachweis des Vorsatzes**

Inhaltsverzeichnis

I. Vorsatz: Ein nie abschließend festzustellendes Tatbestandsmerkmal.....	16
II. Indizien für den Vorsatz und ihre Geeignetheit für einen Algorithmus	17
1. Die objektive Gefährlichkeit der Tat	17
2. Gegenindikatoren	17
a) Das kognitive Vorsatzelement	18
b) Das voluntative Vorsatzelement	18
aa) Spontanität der Tat	18
bb) Vermeideverhalten oder Rettungswille	19
cc) Positive Beziehung/Einstellung zum Opfer	19
3. Verarbeitung durch einen Algorithmus	19
a) Rationalisierbarkeit für regelbasierten Algorithmus	19
aa) Normative Betrachtung des Vorsatzes	20
bb) Kritik	21
b) Abwägung der Indikatoren	22
c) Einsatz eines beispielbasierten Algorithmus	22
d) Risiken eines beispielbasierten Algorithmus	23
III. Fazit	24

I. Vorsatz: Ein nie abschließend festzustellendes Tatbestandsmerkmal

Das Strafverfahren besteht aus einer ewig langen Aneinanderreihung von entscheidungserheblichen Fragen, die vom Gericht beantwortet werden müssen. Dies trägt zur ständigen Überlastung des deutschen Justizsystems bei.¹ Insbesondere der Vorsatz führt immer wieder zu heftigen Diskussionen, da er sich als interne psychisch-kognitive Gegebenheit einer unmittelbaren Wahrnehmung als Faktum in der Außenwelt entzieht.

Grundsätzlich handelt es sich bei dem strafprozessualen Beweis der subjektiven Tatseite daher – wenn auch unterschiedlich ausgeprägt – immer um einen Indizienbeweis, d.h. auf die Tatsachen, welche für die Urteilsfällung relevant sind, kann nur mittelbar durch Beweisanzeichen (Indizien) geschlossen werden.² Die diesbezügliche Problematik bei der Feststellung des Vorsatzes ist spätestens durch den Fall der Ku'damm-Raser im Jahr 2017³ auch in die Laiensphäre übergeschwappt. Die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist jedoch auch zwischen Juristinnen⁴ eine der meist diskutierten und brisantesten Problemstellungen im Strafrecht. Nicht zuletzt ist hieran auch die Inkonsistenz der Gerichte bezüglich der Bewertung des Vorsatzes schuld.

Definiert wird der Vorsatz als Wissen und Wollen der Tatbestandverwirklichung.⁵ Allerdings ist weder das kognitive („Wissen“), noch das voluntative („Wollen“) Merkmal des Vorsatzes abschließend und mit voller Sicherheit ermittelbar. Denn im Gegensatz zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen ist dieses subjektive Tatbestandsmerkmal nur für die Angeklagte abschließend festzustellen, da die psychischen Gedankenabläufe der Angeklagten während der Tat nicht nachvollzogen werden können. Anhand verschiedener Indizien ist festzustellen, dass die Täterin den Tod des Opfers zumindest billigend in Kauf genommen hat.⁶ Wenn ihr dies nicht gelingt, greift der Grundsatz „in dubio pro reo“⁷, sodass – soweit die Tat auch bei Fahrlässigkeit bestraft wird – ein erheblich geringerer Strafrahmen zur Verfügung steht (z.B. bei einer fahrlässigen Körperverletzung bis zu drei Jahre (§ 223 StGB) im Vergleich zu bis zu fünf Jahre Haftstrafe bei einer vorsätzlichen Körperverletzung (§ 229 StGB). Die Richterin muss zur Feststellung des Vorsatzes auf ihre Erfahrungssätze zurückgreifen, sodass die Bewertung und Würdigung verschiedener Beweise und Indizien auf subjektiver Basis erfolgt.

Ebenso wie eine Richterin, können Algorithmen Prognosen bzw. Vermutungen aus Erfahrungssätzen erstellen. Hierdurch kann ermöglicht werden, dass in die Entscheidung des Gerichts nicht lediglich die Erfahrungswerte einer Richterin einfließen, sondern die aller Richterinnen. Dies wäre aufgrund der riesigen Datenmengen auf manuelle Weise kaum zu bewältigen. Hierdurch könnten inkonsistenten Bewertungen des Vorsatzes minimiert werden. Wie verschiedene Beweise und Indizien, die für bzw. gegen den Vorsatz sprechen, durch einen Algorithmus verwertet werden könnten und wie diese zu gewichten sind, wird im nächsten Schritt erörtert.

¹ Justiz in Not – So überlastet sind deutsche Gerichte, MDR 30.04.2019, abrufbar unter: <https://www.mdr.de/nachrichten/politik/gesellschaft/justiz-richter-mangel-und-verfahrenseinstellungen-100.html> (zuletzt abgerufen am 04.10.2019)

² Velten, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2014), Vor § 261 Rn. 4.

³ LG Berlin, NStZ 2017, 471 (nicht rechtskräftig).

⁴ Aus Gründen der Einfachheit wird im Rahmen dieser Arbeit nur die weibliche Form verwendet, soweit nicht über eine bestimmte Person gesprochen wird. Gemeint sind hiermit allerdings alle Geschlechter.

⁵ Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2015), Rn. 152; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 15 Rn. 9.

⁶ Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 31; BGH, NStZ 2007, 704 Rn. 9.

⁷ Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 43. Edition (2019), § 1 Rn. 39.

II. Indizien für den Vorsatz und ihre Geeignetheit für einen Algorithmus

Die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit stellt sich aus den vorgenannten Gründen oft als große Herausforderung für die Gerichte dar. Insbesondere in Grenzfällen wie bei dem Berliner-Raser-Fall⁸ oder dem Göttinger Transplantationsfall⁹ kann der Vorsatz nur anhand einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls erfolgen.¹⁰ Die Aspekte, die bei einer solchen Prüfung besonders zu beachten sind, werden im Folgenden erörtert und auf deren Geeignetheit für einen Algorithmus geprüft. Aufgrund der Aktualität beziehen sich die folgenden Ausführungen auf den Tötungsvorsatz.

1. Die objektive Gefährlichkeit der Tat

Ein besonders entscheidender Indikator für einen Tötungsvorsatz ist nach der Rechtsprechung die objektive Gefährlichkeit der Tat.¹¹ Wann genau eine solche besteht, lässt sich nicht generell-abstrakt feststellen, sodass sie anhand von Fallbeispielen zu bestimmen ist. Während die Abgabe von Schüssen regelmäßig auf einen Tötungsvorsatz schließen lässt,¹² ist bei Messerangriffen zwischen Stichen und Schnitten abzugrenzen.¹³ Denn neben der mit dem Messer angegriffenen Stelle¹⁴ ist auch entscheidend, wie tief das Messer in das Opfer eingedrungen ist. Dementsprechend ist sogar bei Angriffen in hochsensible Körperpartien die objektive Gefährlichkeit nicht ohne Weiteres anzunehmen, wenn es sich lediglich um Schnittverletzungen handelt.¹⁵ Grds. ist allerdings nicht nur die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs ausreichend, um eine objektive Gefährlichkeit der Handlung anzunehmen, die auf einen Tötungsvorsatz schließen lässt. So sind Schläge auf den Rumpf eines Menschen zwar gefährlich, allerdings „führen [sie] grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Verletzungen, die wegen ihrer Gefährlichkeit mit hoher oder gar sehr hoher Wahrscheinlichkeit zum Tode führen.“¹⁶ Auch im Fall der Ku'damm-Raser stützte das *LG Berlin* den Vorsatz der beiden Angeklagten insb. auf die Gefährlichkeit der Tat, die durch die hohen Geschwindigkeiten in Verbindung mit dem hohen Verkehrsaufkommen am Berliner Kurfürstendamm erkennbar ist.¹⁷ Sie hätten aufgrund der hohen objektiven Gefährlichkeit ihres Handelns nicht auf einen positiven Ausgang hoffen können,¹⁸ da die Gefährlichkeit kaum noch zu toppen sei.¹⁹

2. Gegenindikatoren

Auch wenn die Rechtsprechung die besondere objektive Gefährlichkeit einer Handlung als einen ausschlaggebenden Faktor für die Feststellung des Vorsatzes sieht, sei „jedoch immer auch in Betracht zu ziehen, dass [die Täterin] die Gefahr der Tötung nicht [erkannt] oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht

⁸ *LG Berlin*, NSStZ 2017, 471 (nicht rechtskräftig).

⁹ *BGH*, NSStZ 2017, 701 (Der Vorsatz wurde verneint, da der Arzt „begründet darauf vertraut“, dass die „überholten“ Patientinnen zu einem späteren Zeitpunkt das benötigte Organ transplantiert bekommen können.)

¹⁰ *BGH*, NSStZ 2017, 701 (705); *BGH*, NSStZ 2015, 216.

¹¹ *BGH*, NSStZ-RR 2015, 172; *Heinke*, NSStZ 2010, 119 (123); *BGH*, NSStZ 2015, 516; *BGH*, NSStZ 2011, 210 (211).

¹² *BGH*, NSStZ-RR 1996, 323; *BGH*, Beck RS 1996 30390888.

¹³ *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 212 Rn. 28.

¹⁴ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 28.

¹⁵ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 28.

¹⁶ *BGH*, NSStZ 2009, 91.

¹⁷ *Lorenz/Sehl*, Und es war doch Mord, LTO 26.3.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-berlin-532-ks-918-ku-damm-raser-zweites-urteil-mord-bedingter-vorsatz-kein-dolus-subsequens-mordmerkmale/> (zuletzt abgerufen am 29.9.2019).

¹⁸ Pressemitteilung v. 26.3.2019, Landgericht Berlin verurteilt Angeklagte nach tödlichem Zusammenstoß bei illegalem Autorennen auf dem Kurfürstendamm erneut wegen Mordes (PM 18/2019), abrufbar unter: <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2019/pressemitteilung.796501.php>. (zuletzt abgerufen am 29.9.2019).

¹⁹ *Lorenz/Sehl*, Und es war doch Mord, LTO 26.3.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-berlin-532-ks-918-ku-damm-raser-zweites-urteil-mord-bedingter-vorsatz-kein-dolus-subsequens-mordmerkmale/> (zuletzt abgerufen am 29.9.2019).

eintreten.“²⁰ Dementsprechend sind auch bei Feststellung der objektiven Aspekte der Handlung die „sorgfältige Prüfung des bedingten Vorsatzes nicht entbehrlich“,²¹ sodass festgestellt werden muss, ob Umstände vorliegen, die gegen den Vorsatz sprechen.²² Solche Umstände können sowohl auf kognitiver als auch auf voluntativer Seite des Vorsatzes bestehen.²³

a) Das kognitive Vorsatzelement

Bei Betrachtung der kognitiven Vorsatzelemente kann das Fehlen der Fähigkeit, die Gefährlichkeit des Handelns zu erkennen, da die Wahrnehmungsfähigkeit durch den Einfluss von Alkohol, anderen Rauschmitteln, oder durch eine affektiv belastete Situation²⁴ eingeschränkt war, zum Ausschluss des Vorsatzes führen. Allerdings kann diese Bewertung ausgeschlossen sein, „wenn der vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe ist, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann“.²⁵ In solchen Fällen bestehen daher keine besonderen Anforderungen an die Darlegung der inneren Tatseite.²⁶

b) Das voluntative Vorsatzelement

Ähnlich verhält es sich bei den voluntativen Aspekten der objektiven Gefährlichkeit. Soweit keine Indikatoren bestehen, die auf das Gegenteil hinweisen, kann bei besonderer Gefährlichkeit einer Handlung auf die Billigung des tödlichen Ausgangs geschlossen werden.²⁷ Der Tötungsvorsatz kann zwar entfallen, wenn die Täterin nicht nur vage darauf vertraut, dass die Todesfolge ausbleibt; allerdings reicht hierfür ein bloßes Hoffen auf einen nicht-tödlichen Ausgang nicht aus, da es tatsachenfundiert sein muss.²⁸ In Betracht kommen hier einige Indikatoren, welche im Folgenden erörtert werden.

aa) Spontanität der Tat

Ein oft gegen das Bestehen des voluntativen Vorsatzelements sprechendes Indiz ist die Spontanität einer Tat. So ist laut Rechtsprechung „insbesondere bei spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen“ auch bei bestehendem kognitiven Element der Vorsatz nicht ohne weiteres zu bejahen.²⁹ Dies wird vor allem in solchen Fällen angenommen, in denen die Täterin aus Wut oder Verärgerung gehandelt hat und bspw. durch Beleidigungen provoziert wurde.³⁰ Indizien für eine affektive Erregung können „zeitlich eng begrenzte totale Erinnerungslücke[n] oder inselhaft erhalten gebliebene Erinnerungsreste“ sein.³¹ Allerdings ist oft schwer feststellbar, ob die Erinnerungen tatsächlich fehlen, oder ob diese Aussage lediglich zum Selbstschutz angeführt wird,³² sodass hier in jedem Fall die gutachterliche Betrachtung durch eine Sachverständige notwendig ist.

²⁰ BGH, NStZ 2009, 91.

²¹ A.a.O.

²² BGH, NStZ 2011, 210 (211).

²³ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 212 Rn. 12 f.

²⁴ BGH, NStZ-RR 2016, 204.

²⁵ BGH, NStZ 2007, 150 (151).

²⁶ BGH, NStZ 2004, 330.

²⁷ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 212 Rn. 13.

²⁸ BGH, NStZ 2019, 208 Tz. 7; Schneider, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 70.

²⁹ BGH, NStZ-RR 2011, 73; BGH, NStZ 2009, 91; BGH, NStZ 2003, 603.

³⁰ BGH, NStZ 2011, 338 (339).

³¹ BGH, NStZ-RR 2003, 8.

³² BGH, NStZ-RR 2003, 8 (9).

bb) Vermeideverhalten oder Rettungswille

In Betracht kommt ein sogenanntes „Vermeideverhalten“ der Täterin oder auf die Rettung des Opfers fokussiertes Nachtatverhalten³³. Ein solches liegt vor, wenn die Täterin Vorkehrungen trifft, um die Wahrscheinlichkeit des Todeseintritts möglichst gering zu halten. Allerdings bleibt zu beachten, ob die Täterin die Handlung nur vornimmt, um die Folgen der Tat für sie selbst zu verringern oder ob es tatsächlich auf das Überleben des Opfers gerichtet ist.³⁴

cc) Positive Beziehung/Einstellung zum Opfer

Auch die zwischen Täterin und Opfer bestehende Beziehung kann einen Einfluss auf die Bewertung des Vorsatzes haben. Einem Mann, der seine Partnerin über mehrere Tage hinweg misshandelt, woraufhin sie an inneren und äußeren Blutungen sowie einem hämorrhagischen Schock stirbt, ist nach der Bewertung des *BGH* anzurechnen, dass er sie liebte und mit Medikamenten und Nahrung versorgt hat.³⁵ Hier wird argumentiert, dass der Täter kein Anliegen an dem Tod seiner Partnerin gehabt habe. Weniger kritisch zu betrachten ist die Behandlung von Beziehungen in einem Fall, in welchen eine Täterin ihr Kind stark schüttelte, da sie es dazu bringen wollte, aufzuhören zu schreien. Laut *BGH* ist die Hemmschwelle für die Tötung des eigenen Kindes am höchsten, sodass hier nicht aufgrund der äußerst hohen objektiven Gefährlichkeit des Schüttelns eines Kindes auf Vorsatz geschlossen werden darf.³⁶

3. Verarbeitung durch einen Algorithmus

a) Rationalisierbarkeit für regelbasierten Algorithmus

Fraglich ist, inwiefern dieser Vorsatzindikator durch einen Algorithmus erkannt und verarbeitet werden kann. Unterschieden wird hier zwischen beispielbasierten und regelbasierten Algorithmen. Während ein beispielbasierter Algorithmus verschiedene Fälle mit denen er „gefüttert“ wird, derart analysiert, dass er ein eigenes Muster darin erkennt, erreicht ein regelbasierter Algorithmus sein Ziel durch die Anwendung von Regeln und Informationen, welche durch menschliche Expertinnen kodiert werden müssen. Die objektive Gefährlichkeit an sich kann anhand verschiedener Faktoren – sowohl regel- als auch beispielbasiert – festgestellt werden. Um Regeln zu implementieren, müssten Statistiken erstellt werden, welche untersuchen, welche Art von Verletzungshandlung typischerweise zum Tode führt. Wie hoch allerdings die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Todesfalls sein muss, um eine objektive Gefährlichkeit festzustellen, ist nicht klar abgrenzbar. Auch in der Rechtsprechung finden sich zu solchen Grenzen keine Angaben.

Nicht außer Acht zu lassen für die Gefährlichkeit der Handlung ist auch der Gesundheitszustand des Opfers.³⁷ So birgt das Schubsen einer älteren Person ein höheres Gefahrenpotenziell als bei einer jungen Person. Hier können allerdings nur solche Gesundheitsdefizite oder -risiken einbezogen werden, die die Täterin kannte, bzw. die für die Täterin erkennbar waren. Da der Gesundheitszustand einer Person objektiv ist, ist die Wertung dessen in Relation zur Tathandlung durch einen Algorithmus verwertbar.

³³ *BGH*, NSStZ 2003, 259 Tz. 4.

³⁴ *BGH*, NSStZ 2012, 443 (444).

³⁵ *BGH*, NSStZ-RR 2014, 139 f.

³⁶ *BGH*, NSStZ-RR 2007, 267.

³⁷ *BGH* NSStZ 2013, 75 (77); zu Recht kritisch: *Schneider*, in: MüKo StGB, § 212 Rn. 30.

Der Vorteil eines Algorithmus zur Feststellung der objektiven Gefährlichkeit wäre die gleiche Bewertung einer Handlung durch verschiedene Gerichte, insb. wenn diese keine Erfahrungswerte zur durchgeführten Handlung haben. Auf kognitiver Seite des Vorsatzes sind entsprechende Gegenindikatoren wie ein Rauschzustand miteinzubeziehen. Diese lassen sich (soweit nachweisbar) für einen Algorithmus rationalisieren, sodass dieser eine Abwägung zwischen der objektiven Gefährlichkeit und der eingeschränkten kognitiven Fähigkeit der Täterin vornehmen könnte. Schwieriger gestaltet sich die Rationalisierung des voluntativen Vorsatzelements. Bei Betrachtung der oben genannten Gegenindikatoren lässt sich schnell erkennen, dass diese nur subjektiv durch die Täterin feststellbar sind. So ist für eine Außenstehende kaum erkennbar, ob eine Rettungshandlung, welche die Täterin nach der Tat vornimmt, tatsächlich auf das Überleben des Opfers gerichtet ist oder lediglich der plötzlichen Realisierung der Täterin bezüglich der bevorstehenden Strafe geschuldet ist.

Auch die Beziehung der Täterin zum Opfer kann – insb. wenn das Opfer verstorben ist – kaum durch objektive Indizien festgestellt werden. Infrage kommen hier lediglich Aussagen von Zeuginnen aus dem Bekanntenkreis, wobei in Beziehungen bestehende Probleme oft kaum nach außen dringen.³⁸ Zudem ist bekanntermaßen die Zeugenaussage eine unverlässliche Quelle, da viele Faktoren die Wahrnehmung und Erinnerung eines Menschen beeinflussen können.³⁹ Die selektive Wahrnehmung von Menschen sorgt dafür, dass Geschehensabläufe nie im Gesamten wahrgenommen werden.⁴⁰ Die wahrgenommenen Bruchstücke werden dann durch für die Aussagende sinnvolle Folgerungen ausgefüllt (sog. Logischer Ergänzungsmechanismus), welche auf den Erfahrungen des Individuums basieren.⁴¹ Der durch Außeneinflüsse geprägte Erwartungshorizont der Befragten kann dazu führen, dass eine Außenstehende, die die Täterin nicht mochte, nun in all ihren Verhaltensweisen Anzeichen für eine aggressive und gewalttätige Art erkennt und damit ihr Vorurteil der Täterin gegenüber unterstützt (sog. knew-it-all-along-attitude).⁴² Eine einheitliche und objektive Bewertung der Psyche der Täterin während der Tat ist daher nicht möglich. Dies gilt allerdings nicht nur für Algorithmen, sondern auch für Richterinnen.

aa) Normative Betrachtung des Vorsatzes

Aufgrund dessen haben sich in der Literatur einige Meinungen herausgebildet, die von der Einbeziehung des voluntativen Elements in die Bewertung des Vorsatzes absehen wollen. Solche normativ geprägten Herangehensweisen – wie *Puppe* sie vertritt – stellen lediglich darauf ab, ob die Täterin die Gefahr erkannt hat, denn „[o]b eine Gefahr ernst zu nehmen ist, hat [...] nicht [die Täterin] zu entscheiden, sondern das Recht.“⁴³ Dementsprechend sei ein vorsätzliches Verhalten dann zu bejahen, „wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle nur dann so hätte handeln können, wenn er den Erfolg tatsächlich gewollt oder doch gebilligt hätte.“⁴⁴ Dieser Bewertung ist das *LG Berlin* mit der Entscheidung im Berliner-Raser-Fall etwas entgegengekommen.⁴⁵ Hier wurde angenommen, dass die Täter – egal ob sie tatsächlich ernsthaft darauf vertraut haben – auf das Ausbleiben eines Todesfalls nicht mehr ernsthaft vertrauen konnten und durften.⁴⁶

³⁸ Deutschlandfunk, Gewalt in Deutschland – Jeden Tag versucht ein Mann seine Frau zu töten, 20.11.2018, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/gewalt-in-deutschland-jeden-tag-versucht-ein-mann-seine.2852.de.html?dram:article_id=433613 (zuletzt abgerufen am 3.10.2019).

³⁹ *Miebach*, NStZ-RR 2016, 329 ff.; *Nestler*, JA 2017, 10 (11 f.).

⁴⁰ *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl. (2017), § 22 Rn. 13.

⁴¹ *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, § 22 Rn. 14 f.

⁴² *Fischhoff/Beyth*: „I knew it would happen“ – Remembered Probabilities of Once-Future Things, 1975, S. 3

⁴³ *Puppe*, in: NK-StGB, § 15 Rn. 64.

⁴⁴ *Puppe*, in: NK-StGB, § 15 Rn. 68.

⁴⁵ *LG Berlin*, NStZ 2017, 471 (nicht rechtskräftig).

⁴⁶ *LG Berlin*, NStZ 2017, 471 (475) (nicht rechtskräftig).

Diese Ansicht wird in abgewandelter Form auch von *Jakobs*⁴⁷ und *Herzberg*⁴⁸ vertreten. All diese Herangehensweisen haben gemeinsam, dass sie die Fokussierung der Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz auf die voluntativen Elemente kritisieren. Diese Herangehensweisen erscheinen sinnvoll, da selbst die Wahrnehmung, Erinnerung und Reproduktion von Gedanken und Gefühlen der einzigen Person, die den inneren Sachverhalt tatsächlich wiedergeben kann – die Täterin – insbesondere bei Affekttaten erheblich fehlerhaft sein kann.⁴⁹

bb) Kritik

Allerdings ist die Einbeziehung des voluntativen Elements vor allem bei Grenzfällen unabdingbar, wenn andere Indizien fehlen.⁵⁰ *Roxin* sieht in der Vorsatzgefahr kein geeignetes Abgrenzungskriterium zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, da dies nur unter Einbeziehung aller Sachverhaltsumstände möglich sei.⁵¹ Zudem kritisiert *Roxin* die Lehre von der Vorsatzgefahr in solchen Fällen als zu eng, in denen die von der Täterin geschaffene Gefahr nur gering oder mittel ist, da hier der Vorsatz kategorisch ausgeschlossen werden würde.⁵²

Kritisiert wird auch, dass die Lehre von der Vorsatzgefahr dem Prinzip der individuellen Vorwerfbarkeit widerspricht.⁵³ Es ist „zutiefst ungerecht“, einer Täterin, bei welcher kein Risikowissen bestand, vorzuwerfen, vorsätzlich gehandelt zu haben.⁵⁴ Denn ein Urteil kann nur gerecht sein, wenn „die individuelle Lebenswirklichkeit jedes einzelnen Menschen“ beachtet und berücksichtigt wird, wobei auch Emotionen, Hoffnungen und Wünsche einbezogen werden müssen, auch wenn diese für andere irrational und unvernünftig wirken.⁵⁵

Insbesondere bei Raser-Fällen zeigt sich bei der Annahme eines objektiv bewerteten Vorsatz folgendes Problem: Wenn bei einem Rennen mit tödlichem Ausgang für einen Dritten Mord angenommen wird, so muss konsequenter Weise bei einem gleichermaßen gefährlichen Rennen, welches nicht im Tod eines Dritten endet, versuchter Mord angenommen werden.⁵⁶ Dies würde zu abstrusen Ergebnissen führen, bei denen ohne die Verletzung eines Menschen oder auch nur die Konkretisierung der objektiv gefährlichen Handlung auf eine Person ein Strafraumen von nicht unter drei Jahren besteht, §§ 23, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Das Urteil erscheint durch einen stark symbolischen Charakter geprägt zu sein, der zum einen einen Appell an den Gesetzgeber darstellt und zum anderen der Besänftigung der Bevölkerung dient.⁵⁷ Auch wenn die Bestrafung der Raser als Mörder in weiten Teilen der Gesellschaft als positives Zeichen seitens der Justiz und Abschreckung der Raser-Szene wahrgenommen wird, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Aufgabe der Justiz nicht das Setzen von Zeichen, sondern die Findung von möglichst gerechten und angemessenen Strafen ist.⁵⁸

⁴⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 8. Abschnitt Rn. 5 ff.

⁴⁸ *Herzberg*, JuS 1986, 249 (261).

⁴⁹ *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 212 Rn. 22.1.

⁵⁰ *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 212 Rn. 22.1.

⁵¹ *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 50.

⁵² *Roxin*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 51.

⁵³ *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 357.

⁵⁴ *Prittwitz*, S. 357.

⁵⁵ *Schweiger*, HRRS 2018, 407 (411).

⁵⁶ *Walter*, NJW 2017, 1350 (1352).

⁵⁷ *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (80).

⁵⁸ *Walter*, NJW 2017, 1350 (1352 f.).

b) Abwägung der Indikatoren

Ein entscheidendes Problem bei der Verwendung von regelbasierten Algorithmen stellt sich bei der Frage der Abwägung der verschiedenen Indikatoren. Während im Vorangegangenen bereits erörtert wurde, dass die objektive Gefährlichkeit einer Handlung grds. die Annahme des Vorsatzes nahelegt, ist nicht zu generalisieren, wie stark einzelne Indizien für oder gegen einen Vorsatz sprechen. Auch durch eine Analyse der Rechtsprechung ist es nicht möglich, ein Muster für die Gewichtung von Indikatoren zu finden. Neben der Anforderung einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Indizien bestehen keine genauen Anforderungen an die Verarbeitung derselben. Grundsätzlich liegt die Feststellung des Vorsatzes umso näher, desto gefährlicher die Tötungshandlung war. Aber auch hier können verschiedene Aspekte – wie die Fähigkeit zum „Dosieren der Wucht“ bei Tritten gegen den Kopf⁵⁹ oder auch bei Hammerschlägen⁶⁰ – die Argumentationskraft der hohen Gefährlichkeit schwächen. Darüber hinaus kann allerdings auch das Bestehen aller anderen Indizien für einen Vorsatz nicht einfach bejaht oder verneint werden. Sie müssen nuanciert festgestellt werden. Im Rahmen der Verwertung durch einen regelbasierten Algorithmus müssten diese Nuancen erst durch einen Menschen festgestellt und an den Algorithmus weitergegeben werden. Eine Automatisierung ist in einem solchen Vorgang mit einem regelbasierten Algorithmus nicht vorstellbar, da in jedem Sachverhalt andere Gegebenheiten bestehen, die sich nicht verallgemeinern lassen.

Zusätzlich müssen auch die einzelnen Vorsatzindikatoren gegeneinander aufgewogen werden. Hierfür bestehen ebenfalls keine allgemein anzuwendenden Regeln, welche zur Programmierung eines Algorithmus herangezogen werden könnten. Lediglich die hohe Gewichtung der objektiven Gefährlichkeit ist erkennbar, sodass die Anforderungen an die Begründung der Verneinung des Vorsatzes umso höher sind, desto gefährlicher die Tathandlung war.⁶¹ Insgesamt ist aufgrund der inkonsistenten Rechtsprechung kaum erkennbar, in welcher Weise die einzelnen Indikatoren zueinanderstehen. Dies erschwert die Möglichkeit, Regeln festzustellen, auf dessen Basis ein Algorithmus den Vorsatz begründen kann.

c) Einsatz eines beispielbasierten Algorithmus

Um zu umgehen, dass subjektiv belastete Beweismittel nicht rationalisiert und somit nicht als Regeln in den Algorithmus eingearbeitet werden können, besteht die Möglichkeit, einen beispielbasierten Algorithmus zu verwenden. Um diesem möglichst verlässlich zu gestalten, muss er mit so vielen Informationen aus Beispielen „gefüttert“ werden, wie möglich.⁶² Eine hohe Anzahl an Daten ist besonders entscheidend, da Computer im Gegensatz zu Menschen deutlich langsamer lernen.⁶³ So würde ein Mensch verstehen, was ein Auto ist und entsprechend andere Autos erkennen, wenn ihm eine Hand voll solcher gezeigt werden; Computer hingegen benötigen hierfür hunderttausende Bilder, da sie nicht verstehen, was ein Auto ist, sondern eher ein Muster für ein solches erstellen.⁶⁴ Entsprechendes gilt für die Feststellung dessen, welche Indizien in welcher Höhe für bzw. gegen eine vorsätzliche Tat sprechen. Notwendig sind somit hunderte von Fällen für jedes Delikt. Hierfür müssten neben den Indizien selbst auch deren Schlussfolgerungen in den Algorithmus eingearbeitet werden, sodass der Algorithmus darin ein Muster erkennen kann, welches er auf andere Sachverhalte und Indizienlagen anwenden kann. Dieses Muster muss

⁵⁹ BGH, NStZ 2013, 581.

⁶⁰ BGH, BeckRS 1988, 31105618.

⁶¹ Schneider, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 25.

⁶² Geitgey, Machine Learning Is Fun!, 2019, S. 255.

⁶³ Geitgey, S. 254 f.

⁶⁴ Geitgey, S. 255.

möglichst viele erdenkliche Sachverhalte abdecken, um sicherzustellen, dass bestimmte Daten nicht falsch einordnet und interpretiert werden. Allerdings ist kaum möglich, alle Szenarien im Rahmen eines Musters festzulegen. Denn Stimmnuancen in einer Reuebekundung können dazu führen, dass sie nicht als ernsthaft anzuerkennen ist und somit nicht gegen eine vorsätzliche Tat spricht. Inwiefern solche Nuancen durch den Algorithmus erkannt und darüber hinaus auch richtig gewertet und interpretiert werden, muss im Rahmen von Testläufen überprüft werden. Zu beachten ist zudem, dass sich die Rechtsprechung bezüglich der Feststellung des Vorsatzes bei bestimmten Konstellationen ändert. Dies würde dazu führen, dass die Daten, die bereits für eine bestimmte Konstellation gesammelt wurden, auf diese nicht mehr anwendbar sind. Erkennbar ist diese Problematik auch bei den Raser Fällen: Bis zum Prozess der Ku'damm-Raser gab es keine Verurteilung von Straßenrennfahrern zum Mord. Die Hamburger Raser wurden allerdings vom *LG Hamburg* wegen Mordes verurteilt.⁶⁵ Dies wurde vom *BGH* bestätigt.⁶⁶ Hiermit wurde die Möglichkeit „eröffnet“ bei solchen Straßenrennen einen Tötungsvorsatz anzunehmen. Demnach sind ältere Fälle, in denen der Tötungsvorsatz verneint wurde, nicht mehr in vollem Maße auf die aktuelle Rechtsprechung anwendbar. Die bereits bestehenden Daten können in solcher Weise angepasst werden, dass sie der neuen Rechtsprechung entsprechen. Andernfalls wird es einige Jahre dauern, bis genügend Daten zu solchen Fallkonstellationen gesammelt wurden, um einen beispielbasierten Algorithmus auf die Daten zu stützen.

d) Risiken eines beispielbasierten Algorithmus

Allerdings stellt sich auch bei Umsetzbarkeit eines beispielbasierten Algorithmus folgendes Problem: Die Subjektivität, die in den Daten besteht, welche als Beispieldaten die Grundlage des Algorithmus bilden würden, würde auch in diesen einfließen. Dies kann zum einen förderlich sein, wenn man betrachtet, dass viele Indizien auch nur durch die subjektive Wertung einer Richterin interpretiert und aus ihnen Schlussfolgerungen gezogen werden können. Nicht außer Acht zu lassen ist allerdings, dass die subjektive Betrachtung durch Richterinnen nicht immer positiv gerichtet ist. Sie kann von Diskriminierung, Druck, Vorurteilen, politischer Einstellung oder Ähnlichem geprägt sein.⁶⁷ Wenn solche Daten in einen Algorithmus eingearbeitet werden, wird auch dieser solche Tendenzen übernehmen. Solche Fehler sind bereits in einigen Algorithmen aufgetreten. Sie können „harmlos“ sein, wie wenn eine dunkelhäutige Person durch einen Gesichtsscanner nicht richtig erkannt wird, weil die künstliche Intelligenz mit hellhäutigen Menschen trainiert wurde.⁶⁸ Allerdings können solche Fehler auch gravierender sein: In den USA kam es dazu, dass ein Algorithmus, der voraussehen sollte, ob Straftäterinnen rückfällig werden würden („risk assessment“), als entscheidende Kriterium für den „risk factor“ die Hautfarbe der Täterin heranzog.⁶⁹ Trotz der Verwendung von modernsten Lerntechnologien ist kaum erkennbar, ob der trainierte Algorithmus vorurteilsbelastet ist. Erkennbar wird dies oft erst, wenn der Algorithmus bedenkenswerte Ergebnisse herausgibt.⁷⁰

Aufgrund des hohen Einflusses auf Entscheidungen, den ein solcher Algorithmus innehaben würde, ist es wichtig, dass er auch verantwortlich für seine Entscheidungen ist. Dies kann erreicht werden, indem der in der Justiz genutzte Algorithmus und seine Funktionsweisen offengelegt werden. Im anglo-amerikanischen Raum spricht man hier

⁶⁵ *LG Hamburg*, BeckRS 2018, 39544.

⁶⁶ *BGH*, NZV 2019, 306.

⁶⁷ *Heussen*, NJW 2015, 1927 (1927 f.).

⁶⁸ *Lohr*, Facial Recognition Is Accurate, If You're a White Guy, *The New York Times* 9.2.2018, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2018/02/09/technology/facial-recognition-race-artificial-intelligence.html> (zuletzt abgerufen am 29.9.2019).

⁶⁹ *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias, *ProPublica* 23.3.2016, abrufbar unter: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (zuletzt abgerufen am 1.10.2019).

⁷⁰ *Wolfangel*, Programmierter Rassismus, *Zeit Online* 19.6.2018, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/digital/internet/2018-05/algorithmen-rassismus-diskriminierung-daten-vorurteile-alltagsrassismus/komplettansicht> (zuletzt aufgerufen am 1.10.2019).

von „accountability“, also Verantwortbarkeit; hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Entscheidungen, die der Algorithmus trifft, nicht willkürlich sind und nachvollzogen werden können.⁷¹ Dies sieht auch die Europäische Union als Voraussetzung für eine vertrauenswürdige künstliche Intelligenz und verlangt, dass die Systeme zurückverfolgbar sind.⁷² Hiermit soll verhindert werden, dass Algorithmen unerkannt auf vorurteilsbehafteten Daten basieren. Eine solche Offenlegung würde es nicht nur der Richterin, sondern auch der Strafverteidigerin der Angeklagten möglich machen, nachzuvollziehen, wie es zu der Entscheidung kam und dementsprechend zu überprüfen, ob hierbei Indizien in einem zu hohen Maße eingespielt haben (bzw. nicht hinreichend einbezogen wurden) oder falsch interpretiert wurden, um den Vorsatz zu belegen. Allerdings kann es auch bei einer Offenlegung des Entscheidungsweges dazu kommen, dass für die Richterin nicht erkennbar ist, ob Indizien hier falsch gewertet wurden, da Fahrlässigkeit und Vorsatz nicht klar voneinander abgegrenzt werden können. Dementsprechend können hierdurch nur gravierende Fehler, die für die Verfahrensbeteiligten erkennbar sind, festgestellt und korrigiert werden.

III. Fazit

Die Richterin stellt das Zentrum des Verfahrens dar, da sie allein die Verantwortung für Entscheidungen innehat.⁷³ Ob ihr solche Entscheidungen durch einen Algorithmus abgenommen werden sollten, stellt die entscheidende Frage im Rahmen dieser Arbeit dar. Hierfür spricht vor allem die Entlastung der Gerichte und die sichergestellte Beachtung aller Aspekte im Rahmen der Feststellung des Vorsatzes. Allerdings ist insbesondere bei der Feststellung des Vorsatzes die Verwendung eines Algorithmus kritisch zu betrachten. Sowohl auf technischer als auch auf juristischer Ebene ergeben sich derzeit unlösbare Schwierigkeiten. Bei Betrachtung der technischen Aspekte ist entscheidend, dass der subjektive Tatbestand in jedem Sachverhalt anders aufgebaut ist, sodass eine Verallgemeinerung für die Feststellung nicht möglich ist, ohne den Vorsatz an rein objektive Voraussetzungen wie die Gefährlichkeit einer Tötungshandlung zu knüpfen. Zudem bestehen in weiten Teilen der Gesellschaft noch Bedenken bezüglich der Anwendung von künstlicher Intelligenz. Diese Tendenzen zeigten sich in einer Umfrage des Weltwirtschaftsforums, wobei 41 % der 20.000 Befragten aus 27 Ländern ihre Sorgen vor der Verwendung von künstlicher Intelligenz geäußert haben.⁷⁴ Das Vertrauen in die Justiz ist allerdings eine grundlegende Voraussetzung für einen funktionierenden Rechtsstaat. Dieses Vertrauen kann erst dann erreicht werden, wenn Fortschritte in der Technologie zu einer Minimierung der Nachteile und Risiken führt, sodass sie im Gegensatz zu den Vorteilen verschwindend gering sind.

Um einen solchen Grad an Sicherheit und Gewissheit zu erlangen, müsste die eingesetzte künstliche Intelligenz ein derart genaues Persönlichkeitsprofil erstellen können, durch welches die Gedanken und Gefühle der Angeklagten im Zeitpunkt der Tat rekonstruiert werden können. Allerdings stellt sich selbst bei technischer Umsetzbarkeit dieser Voraussetzungen das Problem eines möglichen Eingriffs in die durch Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Intimsphäre.

⁷¹ *Martin*, Ethical Implications and Accountability of Algorithms, *Journal of Business Ethics* 7.6.2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s10551-018-3921-3>. (zuletzt abgerufen am 1.10.2019).

⁷² Europäische Kommission, Künstliche Intelligenz, 8.4.2019, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/news/artificial-intelligence-2019-apr-08_de (zuletzt abgerufen am 28.9.2019).

⁷³ *Heussen*, NJW 2015, 1927 (1927 ff.).

⁷⁴ World Economic Forum, Public Concern Around Use of Artificial Intelligence is Widespread, Poll Finds, abrufbar unter: <https://www.weforum.org/press/2019/07/public-concern-around-use-of-artificial-intelligence-is-widespread-poll-finds> (zuletzt abgerufen am 10.10.2019).

Trotz sich stetig verändernder Moralvorstellungen in Bezug auf die Offenlegung persönlicher Daten in der Gesellschaft ist nicht vorstellbar, dass sich die Akzeptanz dahingehend entwickelt, dass künstliche Intelligenzen angewendet werden, um zu entscheiden, ob ein Mensch wegen fahrlässiger Tötung zu bis zu fünf Jahren Haft oder wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt wird.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.