

## § 4 Rechtssprache als Kulturgut: Kennt das deutsche Recht ein Algorithmenverbot?

*Ekkehart Reimer*

Das Recht muss verstanden werden, sonst ist es kein Recht. Vieles spricht dafür, dass es richtig oder jedenfalls klug ist, schon in den Begriff des Rechts Mindestanforderungen an die Verstehbarkeit des Rechtssatzes zu integrieren. Dann könnte Kauderwelsch ebenso wenig Recht sein wie reine Willkür<sup>1</sup> oder eine schlechthin nicht durchsetzbare Regel. Auf der Kölner Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft am 17./18. September 2018 ist allerdings die Frage kontrovers geworden, inwieweit Rechtstexte in deutscher Sprache abgefasst sein müssen.

Für die zweite und dritte Gewalt scheint dies klar zu sein: Die Rechtssprache ist deutsch (§§ 23 Abs. 1 VwVfG, 87 Abs. 1 AO, 184 Satz 1 GVG). Für die Verwaltung relativieren bereits §§ 23 Absätze 2 ff. VwVfG, 87 Absätze 2 ff. AO diese Grundregel; und namentlich das Bundeszentralamt für Steuern korrespondiert mit ausländischen Behörden auch in fremden Sprachen. Seit jeher verwenden die Verwaltungen aber auch nonverbale Äußerungsformen: Handzeichen, Verkehrszeichen und Formeln. Ihre Komplexität geht dabei weit über die rote Ampel hinaus. So findet sich etwa in einer Allgemeinverfügung über die Berechnungsmethodik der Effektiv-

$$TA(k, i; T) = \frac{\sum_{t=0}^{12T-1} TA\left(\frac{t}{12}; k, i\right) V\left(\frac{t}{12}; k\right)}{\sum_{t=0}^{12T-1} V\left(\frac{t}{12}; k\right)}$$

---

<sup>1</sup> *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *ders.*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. (1973), S. 339 (346); und hierzu *Martin Borowski*, Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch. Gegen die These seiner naturrechtlichen Bekehrung, in: *ders./Stanley Paulson* (Hrsg.), Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch (2015), S. 229 (234 ff.).

kosten bei Altersvorsorgeverträgen nebenstehende Formel<sup>2</sup>. Das BMF selbst muss regelmäßig Programmierschemata (sog. Programmablaufpläne) über den Lohnsteuereinbehalt im Bundessteuerblatt veröffentlichen (§ 39b Abs. 6 Satz 1 EStG). Der Gesetzgeber gestattet es der Verwaltung sogar, in diesen Programmablaufplänen von den gesetzlichen Vorgaben des materiellen Lohnsteuerrechts abzuweichen, „wenn sich das Ergebnis der maschinellen Berechnung der Lohnsteuer an das Ergebnis einer Veranlagung zur Einkommensteuer anlehnt“ (§ 39 Abs. 6 Satz 2 EStG). Diese Regelung geht sehr weit. Sie sagt zwar nicht ausdrücklich, dass der maschinellen Berechnung rechtliche Verbindlichkeit zukommt; in der Sache lässt der Gesetzgeber aber keinen Zweifel daran, dass ein Arbeitgeber rechtmäßig handelt, wenn er dem Programmablaufplan auch dort folgt, wo dieser gegen das Lohnsteuerrecht verstößt, wenn er sich nur „an das Ergebnis einer Veranlagung zur Einkommensteuer anlehnt“. Das Gesetz misst dem Programmablaufplan also durchaus Außenwirkung bei. Ob diese Auslegung von § 39 Abs. 6 EStG verfassungskonform ist, ist zweifelhaft<sup>3</sup>.

Im Kern ist der kontrollierte EDV-Einsatz bei Behörden und Gerichten jedenfalls für Tatfragen, zu denen i.w.S. auch Bewertungsfragen gehören, zulässig und sinnvoll. Zugelassen ist auch der automatisierte Erlass von Verwaltungsakten. Damit werden rechtliche Entscheidungen selbst automatisiert (§§ 35a VwVfG, 11 EGVfG, 150 Abs. 6 AO). Diese Verfahren verlangen eine Übersetzung des rechtlichen Entscheidungsprogramms in Algorithmen. Bei diesen Übersetzungen handelt es sich allerdings – sieht man von der oben genannten Sonderregelung des § 39 Abs. 6 Satz 2 EStG ab – durchgehend um den Nachvollzug von in menschlicher Sprache vorgegebenen Rechtsnormen und Verwaltungsanweisungen. Im Außenverhältnis empfängt die Exekutive ihre Handlungsmaßstäbe (Art. 20 Abs. 3 GG) in den tradierten Medien gedruckter deutschsprachiger Normtexte; und nur diese bilden auch den Maßstab für die Überprüfung des exekutivischen

---

<sup>2</sup> Allgemeinverfügung der vom BMF nach § 3a AltZertG mit VA-Befugnis beliehenen Produktinformationsstelle Altersvorsorge gGmbH über die Berechnungsmethoden der Effektivkosten bei Anwendung des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes, BStBl. I 2017, 1608, Rn. 12 b) ii.

<sup>3</sup> Näher *Hanno Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? VVDStRL 78 (2019; in Druck); *Ekkehart Reimer*, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, DSJG Bd. 41 (2019; in Vorbereitung).

Handelns durch die Gerichte. Übersetzungen in *code* dienen allein dem behördeninternen Gebrauch. Sobald die Behörde wieder nach außen tritt – namentlich im Staat-Bürger-Verhältnis, etwa beim Erlass verfahrensabschließender Verwaltungsakte oder bei der exekutivischen Normsetzung – bedient auch sie sich wieder des Mediums menschlicher Sprache.

Viel offener ist die Frage, ob auch dem Gesetzgeber die Verwendung von Algorithmen gestattet ist. Gegenwärtig ist das parlamentarische Gesetzesrecht ganz überwiegend in menschlicher Sprache formuliert; soweit bereits heute private Dritte (etwa Verlage, Beratungsgesellschaften oder die mächtige Steuerberatergenossenschaft DATEV) die Gesetzessprache in Software übersetzen, kommt diesen Übersetzungen keine normative Bedeutung zu. Diese Algorithmen sind also keine authentischen Rechtsnormen, sondern Interpretamente.

Muss das so bleiben? Denkbar ist auch ein gleichsam bilingual arbeitendes Parlament. Eine ähnliche Bilingualität ist schon heute üblich: Völkerrechtliche Verträge – allen voran die EMRK und das Primärrecht der Europäischen Union – sind nicht allein in deutscher Sprache beschlossen und verkündet worden. Es gibt sogar zahlreiche Beispiele völkerrechtlicher Verträge, deren amtliche deutsche Fassung nicht authentisch ist (so z.B. das MLI vom 07.06.2017) oder die sich jedenfalls bei semantischen Unterschieden zwischen mehreren authentischen Vertragssprachen nach den Regeln des Art. 33 Abs. 1 Halbs. 2 WÜRV einer vorgängigen Fremdsprache unterordnet (so z.B. zahlreiche DBA). Solange das Grundgesetz keine Festlegung allein der deutschen Sprache als Gesetzessprache enthält<sup>4</sup>, dürfen Bundestag und Bundesrat auch von Verfassungs wegen so verfahren.

Doch Software hat eine andere Qualität. Im Unterschied zu allen aus der Alltagssprache entwickelten Rechtssprachen fehlen ihr die Auslegungsoffenheit und die – oft bewusst eingesetzte – Mehrdeutigkeit. Gleiches gilt allerdings auch für die – teils einfachen, teils durchaus komplexen, bislang aber stets als integrale Bestandteile eines in menschlicher Sprache abgefass-

---

<sup>4</sup> Überlegungen *de constitutione ferenda* bei Wolfgang Kahl, Sprache als Kultur- und Rechtsgut, in: VVDStRL 65 (2006), S. 386 ff.

ten Rahmenwerks verwendeten – Formeln, deren sich der parlamentarische Gesetzgeber traditionell bedient. Zu denken ist insoweit etwa an die Tarifvorschriften der §§ 32a Abs. 1 und 32d Abs. 1 Satz 4 EStG.

Der verfassungsrechtliche Vorteil einer derartigen Zweisprachigkeit liegt auf der Hand: Weil es weiterhin (auch) ein in menschlicher Sprache verfasstes und verkündetes Gesetz gibt, bleibt die deutsche Sprache als Gesetzessprache erhalten. Wer den Algorithmus nicht lesen will oder kann, findet die Regelung – wie bisher – auch in menschlicher Sprache.

Immer stellt sich aber die Frage, ob es nicht doch Divergenzen des Normgehalts der beiden Sprachfassungen gibt. Denkbar ist dies schon mit Blick auf die üblichen Auslegungsspielräume. Verfassungsrechtlich dürfte indes eine semantische Konkordanz geboten sein. Sollen beide Texte gleichermaßen authentisch sein, dann müssen sie auch inhaltsgleich sein. Es gälte also – ähnlich wie bei Art. 33 Abs. 3 WÜRV – die Vermutung, dass die Ausdrücke des Vertrags in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben. Die Lösung des Perplexitätsproblems erfordert also eine semantische Verkoppelung des menschlichen Textes mit dem Algorithmus.

Aber welchen Regeln folgt diese Verkoppelung, wie ist die Konkordanz zwischen menschlichem Text und Algorithmus auf Rechtsanwendungsebene herzustellen? Da allein der Text in menschlicher Sprache der Auslegung zugänglich, der Algorithmus dagegen semantisch starr ist, führt das Konkordanzpostulat zu einem faktischen Vorrang des Algorithmus. Der Text in menschlicher Sprache müsste algorithmenkonform ausgelegt werden. Das reduziert die im menschlichen Text an sich noch enthaltenen Auslegungsspielräume der anderen Staatsgewalten, aber auch des Bürgers auf null. Die zweite Sprache – der Algorithmus – führt damit im Ergebnis eine Vollbindung der Rechtsunterworfenen herbei.

Die Konsequenzen einer derartigen Vollbindung sind zahlreich und heterogen: Einerseits ist der Algorithmus hochverfügbar; die Rechtsunterworfenen können ihn möglicherweise ohne fremde Hilfe anwenden oder in ihre eigene Software integrieren. Das knappe Gut Recht ist beliebig vermehrbar, der Computer unbestechlich. Rechtsrat wird günstig und schnell. Vor allem im Privatrecht kann eine Rechtsordnung, die sich algorithmisiert hat und frei im Internet nutzbar ist, eine Reise um die Welt antreten. Die Rechtssicherheit steigt. Besser als das geschriebene Gesetz erfüllt ein

Algorithmus die Gewähr gleicher Anwendung in der Zeit und in der Fläche. Das alles macht die Algorithmisierung des Rechts hochattraktiv, möglicherweise auch lukrativ. Viel spricht dafür, dass sie kommen wird, sobald es gelingt, eine kritische Masse an Normen zu modellieren und zugleich eine standardisierte, leicht zu befüllende und leicht nutzbare „semantische“ Datenbank zur Repräsentation der tatsächlichen Umstände des zur Prüfung gestellten Falles zu entwickeln. Und es besteht Hoffnung, dass die Repräsentation der Entscheidungsmaßstäbe den regelbasierten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen besser und exakter gelingt als dem fallbasierten Rechtskreis des *common law*.

Andererseits wohnt dieser *majestueuse égalité des lois* aber auch eine neue Unentrinnbarkeit inne: Versäumt es der Gesetzgeber, zumindest einzelnen besonders qualifizierten Anwendern des *law* auch die Befugnis zur Gewährung von *equity* zu eröffnen, versklavt das für alle gleiche Gesetz diejenigen, in deren Person (oder Fall) besondere Umstände nach bisheriger Rechtsauffassung eine Sonderbehandlung gestattet oder geboten hätten. Verwaltung und Gerichte können und müssen die parlamentarisch vorgegebenen Algorithmen anwenden; ihre Aufgabe reduziert sich auf die Tatsachenermittlung und auf die Nachverdichtung der im Algorithmus noch nicht eindeutig vorgegebenen Regeln – etwa die Ermessensausübung.

Eine Vollautomation der Rechtsanwendung hätte überdies den Nachteil, dass eine unterlegene Partei, die nachhaltig uneinsichtig ist und mit den Rechtsausführungen der Entscheidung hadert, nicht mehr – wie bisher – einzelne Richterpersönlichkeiten für die „Fehlentscheidung“ verantwortlich machen und Rechtsmittel einlegen kann. Sie wird vielmehr ihren Zorn gegen die Programmierer und gegen die algorithmisierte Rechtsregel selbst richten. Das Recht verliert an Akzeptanz. Die Monopolisierung der Maßstababbildung beim Parlament würde zudem den Druck auf die parlamentarische Rechtsetzung signifikant erhöhen, neue Ausnahmetatbestände zu schaffen. Abgeordnete und Fraktionen, die ihren demokratischen Integrationsauftrag erfüllen, werden zur Mehrheitsbeschaffung immer filigranere, immer stärker auf den Einzelfall zielende Gesetzesalgorithmen verabschieden und damit der vielbeschriebenen Granularisierung des Rechts Vorschub leisten.

Wo liegt der schonende Ausgleich? Will man die positiven Potenziale einer Algorithmisierung des Rechts nicht ungenutzt lassen, zugleich aber die zuletzt genannten Gefahren bannen, muss jede starre Vollautomation – wenn

es sie überhaupt geben soll – auf den vorstaatlichen Bereich beschränkt bleiben. Sobald ein rechtssuchender Bürger dagegen einen staatlichen Amtsträger (insbesondere: Richter) anruft, müssen diese Entscheidungsträger (1) eine strenge Algorithmenkontrolle durchführen und (2) deren Ergebnis auch umsetzen können. Aber auch dort, wo sich der Algorithmus für sich genommen als richtig erweist (insbesondere: mit dem Gesetz in menschlicher Sprache übereinstimmt), müssen sie (3) im Anwendungsbereich der Art. 33 Absätze 4 und 5 und Art. 92 Halbs. 1 GG ihre Hoheitsgewalt zur Konkretisierung – und das heißt auch: zur partiellen Derogation – des algorithmisierten Gesetzes nutzen können.

Das programmierende Parlament ist nur Gesetzgeber; an der Rechtserzeugung haben dagegen auch die zweite und dritte Gewalt teil. Sie wenden dem Bürger ihr Ohr zu. Dieser erlangt rechtliches Gehör und kann zur Rechtserzeugung beitragen. Daraus gewinnen Behörden und Gerichte Autorität. Zugleich stoßen ihre Entscheidungen – *ceteris paribus*, insbesondere bei richtigem Gebrauch der Rechtserzeugungskompetenz – auf hohe Akzeptanz. Im Ergebnis eröffnet das hier vorgestellte bilinguale Modell damit einerseits die Möglichkeit nie dagewesener Effizienzsteigerungen, andererseits gestattet es weiterhin entschleunigte und entschleunigende Einzelentscheidungen im digitalen Rechtsstaat der Zukunft.