

Künstliche Intelligenz und neue Begründungsarchitektur*

Thomas Wischmeyer

I. Einführung

Zu den Grundbausteinen der rechtswissenschaftlichen Diskussion über Methode gehört die Unterscheidung von Herstellung und Darstellung einer Entscheidung.¹ Letztere erfolgt üblicherweise in Form einer Begründung, die, wie § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG für den Verwaltungsakt formuliert, die für die Entscheidung „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe“ mitteilt. Nun kommt den Modalitäten der Herstellung gerade aus steuerungswissenschaftlicher Sicht große Bedeutung für die Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des Verwaltungshandelns zu.² Dennoch gilt, wie *Wolfgang Hoffmann-Riem* in seinem Einleitungsbeitrag zum Reform-Band „Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft“ vermerkt hat: „Rechtswissenschaft definiert sich in erster Linie über die Anforderungen an die argumentative Rechtfertigung von Entscheidungen“.³ Und weiter – nicht mehr nur auf die Wissenschaft beschränkt: „Die argumentative Begründbarkeit und Begründung der Entscheidung sind Garanten ihrer normativen Richtigkeit.“⁴

* Mit Nachweisen versehene Fassung des Vortrags auf dem Symposium „Digitale Disruption und Recht“ in Hamburg am 5. März 2020. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Fußnoten streben keine Vollständigkeit an. Der Verfasser dankt *Christian Bumke* für den Austausch über das Thema.

- 1 Populär wurde diese Unterscheidung wohl nicht zufällig im Zuge der ersten Diskussion um die Automatisierung der Verwaltung, vgl. *N. Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin 1966, S. 51 ff.
- 2 Dazu methodenhistorisch *C. Bumke*, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden 2004, S. 73 (105 ff.).
- 3 *W. Hoffmann-Riem*, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2.), S. 9 (21).
- 4 *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 21.

Im Rechtsinstitut der Begründung kreuzen sich gleich mehrere verfassungsrechtliche Kraftlinien.⁵ Die Begründung verkörpert *erstens* den Anspruch der rechtsstaatlichen Entscheidung auf Rationalität, präziser auf eine Rationalität, die Richtigkeit argumentativ, durch den Austausch von Gründen und Gegengründen ermittelt.⁶ Durch die Begründung wird *zweitens* die Bindung der Verwaltung an das demokratische Gesetz gesichert. Die offene Textur des positiven Rechts, die jeden Akt der Normanwendung auch zur konkretisierenden Normerzeugung macht, muss „lege artis“ so gefüllt werden, dass eine „möglichst richtige“ Entscheidung entsteht.⁷ Das Begründungserfordernis erinnert die handelnde Verwaltungsbeamtin an ihre Pflicht zur handwerksgerechten Argumentation. Die Begründung darf daher nicht zur „Fassadenlegitimation“ (Alf Ross) genutzt werden.⁸ Und *drittens* ermöglicht die Begründung den Adressaten des Rechtsakts zu prüfen, ob es aussichtsreich ist, sich gegen die Entscheidung „sachgemäß zu verteidigen“.⁹ Begründungen treffen also immer auch Vor-sorge für die Kontrollierbarkeit von Entscheidungen und weisen voraus auf die differenzierte Kontrollarchitektur des Rechtsstaats.¹⁰ Das gilt im Übrigen nicht nur für das deutsche Recht. Auch der EuGH verlangt, dass die Begründung einer Einzelfallentscheidung „die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen muß, daß die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann“.¹¹

Wie verhält sich nun der Einsatz algorithmischer Systeme bzw. künstlicher Intelligenz (KI)¹² in der Verwaltung zum rechtsstaatlichen Begründungserfordernis? Lässt sich die neue Technik in den tradierten Rahmen

5 Zum Folgenden T. Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), S. 1 (56 ff.) m.w.N.

6 Dazu weiter R. Poscher, Wozu Juristen streiten, JZ 2013, S. 1 ff.

7 W. Hoffmann-Riem, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung, in: Scherzberg (Hrsg.), Kluges entscheiden, Tübingen 2006, S. 3 f.

8 A. Ross, Om ret og retfaedighed, Kopenhagen 1953, S. 179 (zit. bei S. Strömholm, Zur Frage nach der juristischen Argumentationstechnik, ARSP 58 (1972), S. 337).

9 Zu dieser Funktion der Begründung BVerwG, DVBl 1982, 198 (199).

10 Zum Zusammenhang von Begründung und Kontrolle bereits Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 22. Damit Kontrolle wirksam werden kann, gehen mit Begründungs- immer auch Dokumentationspflichten einher: BVerfGE 103, 142/159 f.

11 EuGH, Urt. v. 2. April 1998 – C-367/95 P, Rn. 63 (st. Rspr.).

12 Differenzierend zur den Begriffen „Maschinelles Lernen“, „Künstliche Intelligenz“ und „Algorithmisches System“: Datenethikkommission, Gutachten, 2019, S. 57 ff., 160.

einpassen oder wird, wie der mir zugedachte Vortragstitel suggeriert, ein neuer Rahmen bzw. eine neue Begründungsarchitektur notwendig? Und wie könnte eine solche aussehen? Diesen Fragen will ich im Folgenden nachgehen.

II. Künstliche Intelligenz in der rechtsstaatlichen Begründungsarchitektur

Man muss *Armin Nassehi*s Überzeugung, dass die digitale Technik nur die logische Konsequenz einer in ihrer Grundstruktur bereits digital gebauten Gesellschaft ist, nicht teilen, um seiner Diagnose zuzustimmen, dass die heutige Gesellschaft einen großen Bedarf an der spezifischen Leistung algorithmischer Systeme hat, namentlich deren Fähigkeit, in großen Datenmengen zuvor latente Regelmäßigkeiten, Muster und Cluster zu erkennen.¹³ Dies gilt natürlich auch für den Staat und seine Verwaltung, die diese Technik insbesondere für Kontrollzwecke vermehrt nutzbar machen wollen.¹⁴ Zu den zahlreichen, derzeit in der Erprobung befindlichen algorithmischen Systemen gehört *iBorderCtrl*, ein von der EU-Kommission finanziell gefördertes und derzeit von den Behörden verschiedener EU-Mitgliedstaaten getestetes Programm, das in Zukunft beim Grenzübertritt durch Drittstaatsangehörige eingesetzt werden soll.¹⁵ *iBorderCtrl* beinhaltet ein sog. Automatic Deception Detection System (ADDS). Dieses besteht aus einem Avatar, der den Einreisewilligen Fragen stellt und sie bei der Antwort filmt. Ein KI-basiertes System analysiert Mimik und Aussagen auf charakteristische Muster einer Täuschung.

Die Nutzung eines solchen Systems durch staatliche Stellen wirft zahlreiche Rechtsfragen auf. Geprüft werden muss, was mit den personenbezogenen Daten geschieht, wie Diskriminierungen vermieden werden – sofern überhaupt hinreichend stabile Muster bestehen, sind diese vermutlich kaum kulturinvariant –, ob hinreichende organisations- und verfahrensrechtliche Schutzmaßnahmen getroffen wurden, ob es ergänzender Vorga-

13 *A. Nassehi*, *Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft*, München 2019, S. 8, 50 ff.

14 Zur Kontrolle als charakteristischem Moment der „Computergesellschaft“ *D. Baecker*, *Studien zur nächsten Gesellschaft*, Berlin 2007.

15 Siehe die Darstellung des Programms unter <https://www.iborderctrl.eu/Technical-Framework>.

ben zur Sicherheit der Systeme und zur Qualität der Daten bedarf etc.¹⁶ Das alles soll hier außer Betracht bleiben.

Stattdessen konzentriere ich mich auf die Frage nach der Begründung einer durch ein solches System mitverursachten Verwaltungsentscheidung. Diese Frage wird in erster Linie deswegen relevant, weil zumindest einige intelligente Systeme – das ist mittlerweile allgemein bekannt – weitgehend „opak“ sind, d.h. selbst für Expert:innen ist ein intuitives Verstehen der einzelnen Systemprozesse schwierig bis unmöglich.¹⁷ Wohlgemerkt: Undurchschaubar ist (nur) der einzelne Rechengang; die angewendeten Methoden und auch die jeweilige Programm- und Systemarchitektur sind für Fachleute hingegen durchaus verständlich – diese erstellen dafür ja auch die Baupläne und führen Audits durch. KI-basierte Systeme entziehen sich daher auch nicht generell einer Kontrolle. Im Gegenteil: Die Tatsache, dass sie sich für ganz spezifische Aufgabenstellungen programmieren und in ihrer Leistungsfähigkeit exakt messen lassen, macht die Technologie regelmäßig überhaupt erst interessant.¹⁸ Sofern sich der Staat diese „kontrollierte Autonomie“ der Technik zu Nutze macht und mit ihrer Hilfe kognitive Prozesse der einzelnen Sachbearbeiter:innen externalisiert, also auf technische Systeme auslagert, internalisiert er allerdings die durch die Systeme erzeugte Intransparenz des *konkreten* Entscheidungsvorgangs.

Auf das Begründungserfordernis wirkt sich das insbesondere dann aus, wenn derartige Systeme im Zuge einer (voll-)automatisierten Verwaltungsentscheidung im Sinne von § 35a VwVfG zum Einsatz kommen. Denn das Begründungserfordernis knüpft traditionell an das Vorliegen einer Ent-

16 Für einen Überblick über die relevanten Rechtsfragen siehe T. Wischmeyer, Regierungs- und Verwaltungshandeln durch KI, in: Ebers u.a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, München 2020, § 20.

17 Die einzelnen Methoden unterscheiden sich im Grad ihrer Intransparenz, vgl. näher T. Wischmeyer, Artificial Intelligence and Transparency, in: Wischmeyer/Rademacher (Hrsg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, S. 80 ff. Hinzu kommt, dass „Verständlichkeit“ ein relativer Begriff ist. Es ist durchaus denkbar, dass in Zukunft technische und mathematische Verfahren entwickelt werden, die eine leichte Übersetzung zwischen menschlicher und maschineller Mustererkennung ermöglichen.

18 Konzipiert von der *European Commission*, White Paper on Artificial Intelligence, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, S. 16: „While AI-based products can act autonomously by perceiving their environment and without following a pre-determined set of instructions, their behaviour is largely defined and constrained by its developers. Humans determine and programme the goals, which an AI system should optimise for.“

scheidung an.¹⁹ Soweit in der deutschen öffentlichen Verwaltung allerdings bisher überhaupt intelligente Techniksysteme zum Einsatz kommen, geschieht dies üblicherweise im Vorfeld außenwirksamen Verwaltungshandels, etwa bei Entscheidungen über die Verteilung administrativer Ressourcen oder in Form von Assistenzsystemen. Beispiele sind das sogenannte Predictive Policing, die intelligente Videoüberwachung oder die KI-basierte Auswertung von Anhörungsprotokollen Geflüchteter durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, deren Erkenntnisse dann zur weiteren Veranlassung an die Sicherheitsbehörden übermittelt werden. Die existierenden vollautomatisierten Verwaltungsverfahren, etwa in der Steuerverwaltung (§§ 88 Abs. 5, 155 Abs. 4 AO) oder in bestimmten Konstellationen der Fahrzeugzulassung (§ 6g StVG), nutzen demgegenüber, soweit mir bekannt, konventionelle regelbasierte algorithmische Systeme (deterministische Systeme).²⁰ Und auch bei iBorderCtrl ist keineswegs geplant, dass das technische System selbst eine Falschaussage sanktionieren soll, also etwa ohne menschliche Supervision den Grenzübertritt verweigern kann.

Glaubt man den diversen KI-Strategien der öffentlichen Hand, ist es zwar nur eine Frage der Zeit, bis sich dies ändert. Wir müssen aber für die Zwecke dieses Vortrags gar nicht übermäßig optimistisch – wahlweise: naiv – sein, was den Fortschritt der Verwaltungsdigitalisierung betrifft. Denn auch dort, wo KI der menschlichen Entscheiderin nur „assistiert“, stellt sich die Frage, wie diese den ihr unverständlichen Entscheidungsbeitrag einer KI in ihrer Begründung verarbeiten soll. Auch auf teil-automatisierten Entscheidungsprozessen wirkt sich die Intransparenz von KI daher aus. Ohnehin müssen wir uns die Übergänge zwischen algorithmenbasierten, algorithmengetriebenen und algorithmendeterminierten Entscheidungen aufgrund von Automation Bias und Default-Effekten als fließend vorstellen.

19 § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG soll hier vorübergehend außer Betracht bleiben. Dazu unten Fn. 65.

20 Zur Regelbasiertheit der Risikomanagementsysteme, die bei der ausschließlich automationsgestützten Bearbeitung von dazu geeigneten Steuererklärungen eingesetzt werden (§§ 88 Abs. 5, 155 Abs. 4 AO), vgl. N. Braun Binder, Artificial Intelligence and Taxation, in: Wischmeyer/Rademacher (Fn. 17), S. 295 (300 f.).

len.²¹ Der Einfachheit halber spreche ich im Folgenden pauschal von „KI-basierten“ (Verwaltungs-)Entscheidungen.²²

Wir können also festhalten: Nutzen Entscheidungssysteme bestimmte KI-basierte Komponenten, dann lässt sich das Zustandekommen konkreter Entscheidungen nicht mehr vollständig rekonstruieren, d.h. selbst bei offensichtlichen Fehlentscheidungen kann im Einzelfall nicht sicher angegeben werden, wo genau der Fehler liegt.²³ Schlägt nun die Tatsache, dass bei solchen Entscheidungen die „Herstellung“ der Entscheidung nicht im Detail nachvollziehbar ist, auf die Darstellungsebene durch? Ist, wenn die Entscheidungsfindung uns unverständlich bleibt, die Entscheidung gar nicht mehr eigentlich *begründbar*? Und gilt im Umkehrschluss: Die Grenzen der Begründbarkeit markieren die Grenzen rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns?

III. Begründbarkeit KI-basierter Verwaltungsentscheidungen

1. Begründung zwischen Einzelfall- und Systemkontrolle

Oft übersehen wird, dass eine Begründung keine naturwissenschaftliche Erklärung aller für die Entscheidung kausal gewordenen Faktoren ist. Begründungen schweigen sich daher üblicherweise auch über zahlreiche Modalitäten der Entstehungsherstellung aus, etwa über versteckte Motive der Entscheider:innen. Stattdessen erläutern sie – und das genügt –, weshalb aus Sicht der Behörde der Tatbestand einer Norm erfüllt, die Entscheidungsherstellung also im Rechtssinne richtig ist.²⁴ Dort allerdings, wo KI genutzt wird, um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zu prüfen –

21 Zu dieser Differenzierung *Datenethikkommission*, Gutachten (Fn. 12), S. 161 ff. Zur Problematik „teilautomatisierter“ Entscheidungen bereits W. Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), S. 1 (36).

22 Aus eben diesem Grund ist daher nicht richtig, wenn teilweise behauptet wird, KI sei aktuell noch keine Fragestellung für das Verwaltungsrecht. In diese Richtung aber U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.) VwVfG, 9. Aufl. München 2018, § 35a Rn. 47.

23 Vgl. das Beispiel *Datenethikkommission*, Gutachten (Fn. 12), S. 61.

24 Zur Differenzierung zwischen „Entstehung“ und „Herstellung“ H.-J. Koch, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, EuGRZ 1986, S. 345 ff. Die Notwendigkeit, zwischen den Umständen der innerbehördlichen Entscheidungsfindung, die Gegenstand der Verwaltungstransparenz ist, und der am Gesetz orientierten Begründung zu unterscheiden, betont auch H. Kube, E-Government: Ein

ich konzentriere mich hier zunächst auf sog. deskriptive Tatbestandsmerkmale –, kann das technische Erklärungsproblem zum rechtlichen Begründungsproblem werden. Denn bleibt unverständlich, anhand welcher Faktoren bspw. iBorderCtrl eine „Täuschung“ detektiert haben will, mithin ein Tatbestandselement der (fiktiven) Ermächtigungsgrundlage für die Zurückweisung erfüllt sieht, begrenzt dies notwendig den argumentativen Sättigungsgrad der mit der Entscheidung gelieferten „Gründe“. Die Technik führt uns also erneut vor Augen, dass die analytische Unterscheidbarkeit die tatsächlich bestehenden Wechselbezüge zwischen Herstellung und Darstellung nicht aufhebt.²⁵

Allerdings muss es im vorliegenden Fall für die Einreisewilligen, die Grenzbeamten:innen oder die Kontrollstellen nicht bei einem „Computer says no“ sein Bewenden haben. Das System ist ja nicht stumm. Vielmehr kann es bzw. die Behörde als sein Betreiber in einem sehr präzise skalierbaren Maße Auskunft erteilen: Das reicht von der bloßen Angabe, dass eine KI-basierte Entscheidung erfolgt ist, über die Nennung typischer Entscheidungsfaktoren und eine mehr oder weniger präzise Beschreibung der Systemarchitektur bis hin zur Bereitstellung von Daten, die ein umfassendes System-Audit ermöglichen. Die Frage aber bleibt: Reicht es für eine Begründung aus, dass wir Informationen erhalten, die uns das System und sein *allgemeines* Entscheidungsverhalten verstehen und überprüfen lassen, auch wenn der *einzelne* Entscheidungsprozess im Dunkeln bleibt? Zuge-spitzt: Darf die Verwaltung Systeme nutzen, deren Wirkungsweise sie zwar allgemein einschätzen, aber im Einzelfall nicht vollständig durchschauen kann?

Nun liegt die Antwort nahe, dass die Begründung nicht auf eine System-, sondern auf eine Einzelfallkontrolle zielt und dementsprechend auch den Einzelfall vollständig erläutern muss. Materiell-rechtliche Normen wie Art. 103 Abs. 1 GG oder Art. 22 DSGVO stützen diese Position. Umgekehrt wird darauf verwiesen, dass es mit einer Nachvollziehbarkeit im Einzelfall schon bisher, d.h. auch ohne KI nicht allzu weit her ist. Denn auch das Handeln der menschlichen Verwaltungsbeamtin mit ihrer versteckten Agenda, ihrer Trägheit und ihren Diskriminierungsneigungen entzieht sich aus verschiedenen Gründen einer vollständigen Rekonstruktion im Einzelfall.

Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL Bd. 78 (2019), S. 289 (319).

25 H.-H. Trute, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2.), S. 293 (294).

Freilich trägt die Mensch-Maschine-Parallele nur bedingt, kann ich die Verwaltungsbeamtin doch zum mich interessierenden Einzelfall befragen und im Rahmen des epistemisch Möglichen um Aufklärung nachsuchen. Auch muss ihr eine prinzipiell mit der meinigen kommensurable Logik unterstellt werden; dass wir uns als Menschen prinzipiell verstehen können, ist als Grundbedingung einer jeden menschlichen Gemeinschaft zu setzen. Genau daran fehlt es jedoch im Verhältnis zur KI, die ich als Mensch jedenfalls gegenwärtig in ihrem konkreten „Handeln“ und „Denken“ nicht verstehen *kann*.

Allerdings dürfte dieser theoretisch durchaus überzeugende Unterschied in der Praxis eher graduell als kategorial wahrgenommen werden. Denn auch wenn die Verwaltungsbeamtin befragt wird, dürfte in aller Regel nur ein kleiner Ausschnitt der sie tatsächlich bewegenden Gründe ans Licht kommen: Wie sollte ohnehin die „vollständige“ Begründung einer Grenzbeamtin aussehen, weshalb sie die Aussage einer einreisewilligen Person für eine Täuschung gehalten hätte? Vielfach wird eine Befragung schon deswegen nichts Brauchbares zu Tage bringen, weil die Beamtin selbst ihre Urteilsbildung nur in begrenztem Maße rationalisieren und verbalisieren kann – hier helfen auch Regeln über die Aktenführungspflicht, das Akteneinsichtsrecht oder sonstige Transparenzvorgaben nur sehr bedingt weiter.²⁶ Zudem müssen wir die menschliche Fähigkeit zur Lüge in Rechnung stellen, die gewissermaßen das funktionale Äquivalent zur Inkommensurabilität der Maschine bildet. Eventuell vorhandene Diskriminierungsneigungen der Beamtin können daher typischerweise nur durch die Dokumentation und Analyse einer größeren Zahl von Fällen, aus denen sich ein Muster rekonstruieren lässt, aufgedeckt werden – auf dieselbe Art und Weise also, wie auch bei KI-basierten Systemen heute bereits deren sog. „Bias“ festgestellt werden kann.²⁷

-
- 26 Dies gilt im Übrigen bereits dann, wenn die Beamtin deterministische technische Systeme, etwa ein Alkoholtestgerät, nutzt. Denn die Kognitionsforschung lehrt, dass wir selbst triviale technische Dinge, die im Alltag selbstverständlich genutzt werden, in aller Regel nicht erklären können (S. Sloman/P. Fernbach, *Wir denken, also bin ich – Über Wissen und Wissensillusionen*, Weinheim 2019). Auch hier verlassen wir uns darauf, dass andere das Gerät allgemein auf sein Funktionieren hin überprüft haben.
- 27 Ähnlich ist die Situation im Übrigen dort, wo die Verwaltungsentscheidung durch ein Kollegium getroffen wird. Auch dort stößt der Versuch einer Rekonstruktion der „eigentlichen“ Ursachen rasch an Grenzen, entwickeln diese Prozesse doch regelmäßig eine von kontingenten Faktoren abhängige Eigendynamik.

2. Nachvollziehbarkeit im Einzelfall als regulative Idee für die Regulierung intelligenter Systeme („neue Begründungsarchitektur“)

All das spricht dafür, dass unser Verständnis der Begründungspflicht als Anspruch auf Nachvollziehbarkeit des Einzelfalls schon bisher eher regulative Idee als strikte Regel war. Nun haben regulative Ideen ihre Funktion im Rechtssystem, schon weil sie uns die Richtung vorgeben, in die sich die Praxis entwickeln soll. Sie dürfen daher keineswegs vorschnell als bloße Illusion abgetan werden. Allerdings zwingt der Einsatz intelligenter Technik keineswegs dazu, von der Nachvollziehbarkeit als regulativer Idee abzugehen. Vielmehr lässt sich auch für technische Systeme der Anspruch formulieren, dass diese möglichst nachvollziehbar gestaltet werden *sollten*. Und Regulierung kann einen Beitrag dazu leisten, dass dieser Anspruch besser als bisher realisiert wird.

In eben diese Richtung gehen jene Vorschläge zur Regulierung algorithmischer Systeme, die meist unter dem Leitbegriff „Transparenz“ darauf zielen, den Betroffenen mehr und bessere Informationen über die Systeme und deren Entscheidungsverhalten zur Verfügung zu stellen. Diese sind Teil der gegenwärtig intensiv geführten Debatte zur Regulierung von KI bzw. von algorithmischen Systemen.²⁸ In diesem Zusammenhang vielfach und zu Recht vor überzogenen Erwartungen an Transparenzvorgaben gewarnt wird. Soweit jedoch teilweise vorgebracht wird, dass Transparenzregulierung immer nur eine „Illusion“ von Kontrolle schaffe, aber nie eigentliche Handlungsfähigkeit (agency) verleihe, gilt das nur dann, wenn sich die Regulierung ganz auf Maßnahmen zur Transparenzherstellung beschränken würde.²⁹

Nun gibt es nicht den einen Mechanismus, der aus der „Black Box“ eine „White Box“ macht. Ohnehin lässt sich das Thema nur sinnvoll adressieren, wenn man eine umfassendere Governance-Perspektive auf die Techno-

28 Diese breitere Debatte, die etwa auch Fragen der Sicherheit, der Diskriminierungsneigung oder der Haftung einschließt, orientieren sich im Ansatz an dem aus dem Technikrecht vertrauten Modell risikobasierter Regulierung. In den Details bestehen hier noch zahlreiche Unsicherheiten, etwa, ob ein primär sektoraler oder ein horizontaler Ansatz sinnvoller ist, wie genau sich einzelne Systeme in ihrer Risikoneigung bewerten lassen, in welchen Umfang auf Maßnahmen der Selbstregulierung gesetzt werden sollte etc. Vorgaben zur Transparenz der Systeme sind aber in jedem Fall ein festes Element aller entsprechender Regulierungspläne. Dazu umfassend *Datenethikkommission*, Gutachten (Fn. 12), S. 173 ff. Die Europäische Kommission hat sich den dort angestellten Überlegungen in ihrem White Paper von Februar 2020 (vgl. Fn. 18) im Grundsatz angeschlossen.

29 Zu dieser Diskussion näher *Wischmeyer* (Fn. 17), S. 77, 86.

logie einnimmt.³⁰ Hier müssen einige knappe Bemerkungen zu möglichen Inhalten entsprechender Transparenz-Regulierung genügen:

Innovationsermöglichende Regulierung kann und muss zunächst Impulse für die Entwicklung neuer technischer Verfahren und Standards setzen, die eine Offenlegung von Informationen rechtlich und tatsächlich einfacher machen.³¹ Dies umfasst auch die bereits erwähnten Bemühungen zur Verbesserung der Verständlichkeit KI-basierter Systeme (XAI).³² Jedenfalls langfristig erscheint es zudem nicht ausgeschlossen, dass technische und mathematische Verfahren entwickelt werden, die eine leichte Übersetzung zwischen menschlicher und maschineller Objekt- und Mustererkennung ermöglichen und so die jetzt noch fehlende Kommensurabilität herstellen.

Darüber hinaus kennt die Rechtsordnung zahlreiche weitere skalierbare Instrumente, um Transparenz zu fördern. Diese können auch gegenüber den Betreibern algorithmischer Systeme in Stellung gebracht werden. Stichworte sind: Kennzeichnungspflichten, individuelle Informationspflichten und Auskunftsrechte, Pflichten zur Publikumsinformation, Berichtspflichten an Behörden sowie speziell gegenüber staatlichen Stellen, Informationszugangsrechte und Akteneinsichtsrechte.³³ Wenig invasiv sind zunächst Kennzeichnungspflichten für den Betrieb algorithmischer Systeme, die Wissen darüber vermitteln, wann und in welchem Umfang („ob“) algorithmische Systeme zum Einsatz kommen. Informationspflichten und Auskunftsrechte können je nach Ausgestaltung eher zur allgemeinen Wissensgenerierung beitragen oder spezieller eine Form der Erklärung einzelner Entscheidungen bieten.³⁴ Auch die Bedeutung entsprechender

30 Vgl. W. Hoffmann-Riem, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, Baden-Baden 2011.

31 Zum Zusammenspiel von Recht und Innovation umfassend W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016, sowie speziell zum Einfluss des Rechts auf den technischen Innovationsprozess ebd., S. 389 ff. Zu den dabei leitenden Parametern siehe auch *ders.*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, AöR 131 (2006), S. 255 ff.

32 Siehe zum aktuellen Forschungsstand W. Samek/G. Montavon/A. Vedaldi/L. Hansen/K.-R. Müller (Hrsg.) Explainable AI. Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning, Cham 2019.

33 Zum Folgenden weiter Datenethikkommission, Gutachten (Fn. 12), S. 185 ff.; A. Guckelberger, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL Bd. 78 (2019), S. 235 (269 ff.).

34 Vgl. bereits Art. 15 Abs. 1 lit. h) i.V.m. Art. 22 DSGVO, der den betroffenen Personen einen Anspruch auf „aussagekräftige“ Informationen über die „involvierte Logik“, die „Tragweite“ und die „angestrebte Auswirkung“ der Verarbeitung verleiht. Zur (beschränkten) Reichweite der Norm Wischmeyer (Fn. 17), S. 83 m.w.N.

Publikumsinformationen durch die Verwaltung, also einer allgemeinen Aufklärung durch Beauftragte, Öffentlichkeitsarbeit, Dokumentationen, per Apps etc. ist nicht zu unterschätzen³⁵ Transparenz lässt sich ferner auch durch Informationszugangsrechte gewährleisten. Soweit die Informationsfreiheits- bzw. Transparenzgesetze die Konstellationen nicht greifen, lassen sie sich gegebenenfalls ausbauen.³⁶ Offene Fragen wirft noch die Gestaltung des Akteneinsichtsrechts auf.³⁷ Die etwa in § 4 Abs. 3 FlugDaG vorgesehenen Berichtspflichten sind hingegen ein etabliertes Element der Verwaltungskontrolle.

Parallel dazu bedarf es des Aufbaus bzw. der Stärkung entsprechender objektiver Kontrollstrukturen, d.h. konkret etwa sachkundige Aufsichtsbehörden sowie für die Materie entsprechend geschulter Gerichte.³⁸ Auskunftsrechte und Transparenzpflichten sind also immer nur als Elemente einer breit angelegten Reform sinnvoll. Hier verbindet sich der Diskurs um eine neue Begründungsarchitektur mit dem allgemeinen KI-Regulierungsdiskurs, der den Aufbau bzw. die Stärkung spezialisierter Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden vorsieht. Darauf kann ich an dieser Stelle nicht näher eingehen. Stattdessen ist noch darauf hinzuweisen, dass auch Präzisierungen im materiellen Recht zur Steigerung der Transparenz beitragen können: „Je dunkler das Verwaltungsverfahren bleibt, desto stärker muss sich die Verwaltungsentscheidung aus dem materiellen Gesetz ergeben.“³⁹

Soweit die auf diese Weise zur Steigerung der Transparenz in Stellung gebrachten Instrumente die bisher mit dem Institut der Begründung verbundenen rechtsstaatlichen und demokratischen Funktionen – Rationalisierung, Selbstkontrolle, Fremdkontrolle – übernehmen, können sie womöglich als Elemente einer „neuen Begründungsarchitektur“ verstanden werden. Diese stellt sicherlich eine Verbesserung gegenüber dem status quo dar, gewährleistet allerdings auf dem aktuellen Stand der Technik nach wie vor nur, dass Betroffene und Kontrollstellen bessere Informationen über die Verlässlichkeit des algorithmischen Systems im Allgemein er-

35 Vgl. die Überlegungen bei *L. Beining*, Wie Algorithmen verständlich werden. Ideen für Nachvollziehbarkeit von algorithmischen Entscheidungsprozessen für Betroffene, Stiftung Neue Verantwortung/BertelsmannStiftung, November 2019, S. 22.

36 Ob eine Einstufung der Algorithmen als Verwaltungsvorschriften in Frage kommt, so dass sich die Frage nach einer Veröffentlichungspflicht bzw. um Informationszugangsrechte nach den etablierten Grundsätzen richtet, hängt von der Systemarchitektur ab, vgl. *Guckelberger* (Fn. 33) S. 270 f. m.w.N.

37 Vgl. *Guckelberger* (Fn. 33), S. 274 f.

38 Hierzu ausführlich *Wischmeyer* (Fn. 17), S. 95 ff.

39 *Kube* (Fn. 24), S. 319.

halten. Dass der Einzelfall nicht nachvollziehbar ist, daran ändern die skizzierten Maßnahmen nichts. Wir müssen daher an dieser Stelle noch einmal einen Schritt zurücktreten und fragen, ob eine Steigerung der Systemtransparenz überhaupt die fehlende Nachvollziehbarkeit im Einzelfall kompensieren kann. Oder ist jedenfalls dort, wo technische Systeme statt menschlicher Amtswalter tätig werden, die Forderung nach Nachvollziehbarkeit im Einzelfall nicht nur regulative Idee, sondern doch strikte Regel?

3. Ein Gebot umfassender Techniktransparenz?

Viel Aufsehen hat in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshof des Saarlandes (VerfGH) vom vergangenen Jahr erregt. Diese galt der Rechtmäßigkeit des Einsatzes eines bestimmten Typus von Geschwindigkeitsmessanlagen.⁴⁰ Diese Anlagen waren durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) gemäß § 6 Abs. 2 MessEG i.V.m. der Anlage 2 der Mess- und Eichverordnung getestet, für allgemein zuverlässig erklärt und zugelassen worden. Im Zuge dieser Prüfung war nicht beanstandet worden, dass die Anlagen bestimmte Rohmessdaten nicht speicherten, sondern direkt nach ihrer Auswertung löschten.⁴¹ Anders als die Vorinstanzen hielt es der VerfGH nun nicht für ausreichend, dass die Systeme, wie von der PTB bestätigt, allgemein verlässlich waren. Vielmehr verlangte er aus rechtsstaatlichen Gründen die „grundsätzliche Möglichkeit der Nachprüfbarkeit einer auf technischen Abläufen und Algorithmen beruhenden“ Entscheidung in jedem Einzelfall.⁴² Diese Entscheidung ent-

40 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes Lv 7/17, Urt. v. 5. Juli 2019, S. 20.

41 Die „Erklärungslücke“ entstand im vorliegende Fall also nicht durch intelligente Algorithmen, sondern durch das Fehlen bestimmter Daten. Für unsere Zwecke macht das jedoch keinen wesentlichen Unterschied.

42 Vgl. Verfassungsgerichtshof des Saarlandes Lv 7/17, Urt. v. 5. Juli 2019, S. 19: „Zu den grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verurteilung einer Bürgerin oder eines Bürgers gehört, dass er die tatsächlichen Grundlagen seiner Verurteilung zur Kenntnis nehmen, sie in Zweifel ziehen und sie nachprüfen darf. Das gilt nicht nur in Fällen strafrechtlicher Sanktionen, sondern stets. Staatliches Handeln darf, so gering belastend es im Einzelfall sein mag, und so sehr ein Bedarf an routinisierten Entscheidungsprozessen besteht, in einem freiheitlichen Rechtsstaat für die Bürgerin und den Bürger nicht undurchschaubar sein; eine Verweisung darauf, dass alles schon seine Richtigkeit habe, würde ihn zum unmündigen Objekt staatlicher Verfügbarkeit machen. Daher gehören auch die grundsätzliche Nachvollziehbarkeit technischer Prozesse, die zu belastenden Erkenntnissen über eine Bürgerin oder einen Bürger führen, und ihre staatsferne

faltet, jedenfalls im Saarland, Folgen auch für den Einsatz KI-basierter Systeme in der Verwaltung.

Doch überzeugt sie? Der VerfGH verweist in seiner selbst eher schlanken Begründung tragend auf die Entscheidung des BVerfG zum Einsatz elektronischer Wahlgeräte.⁴³ Darin habe das BVerfG ebenfalls eine Vorab-Kontrolle technischer Systeme für nicht ausreichend erachtet, sondern verlangt, dass „alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen“.⁴⁴ Die Entscheidung des BVerfG von 2008 kann angesichts der seither gewonnenen Erfahrungen mit der Sicherheit staatlicher IT-Systeme als überaus vorausschauend gelten. Sie betrifft allerdings mit dem Wahlakt einen herausgehobenen und hochsensiblen Bereich des Staatshandelns. Auf den ersten Blick spricht nicht viel dafür, dass sich hieraus allgemeingültige Maßstäbe für den IT-Einsatz in der Verwaltung ableiten lassen.

Näher liegt hingegen an dieser Stelle der Seitenblick auf die typisierende und pauschalierende (Massen-)Verwaltung. Die Konstellationen unterscheiden sich zwar im Ausgangspunkt: Die Typisierung entbindet die Verwaltung von der Pflicht zur „umfangreichen Einzelfallprüfung“, senkt also den Standard für das erforderliche Beweismaß.⁴⁵ Verwaltungsverfahrensrechtlich gesprochen ist die Typisierung im Umfeld von § 24 VwVfG verortet, nicht von § 39 VwVfG. Dort wie hier stellt sich jedoch die Frage, inwieweit Betroffene bestimmte nicht widerlegbare bzw. nicht aufklärbare Verallgemeinerungen zu ihren Lasten hinnehmen und damit ertragen müssen, nicht nur als Individuum, sondern auch als Teil eines Kollektivs behandelt zu werden. Im Falle der typisierenden Verwaltung werden insoweit kategoriale Lösungen vermieden. Vielmehr wird zunächst der Gesetzgeber in die Pflicht genommen. Dieser darf zudem nur in bestimmten Grenzen typisieren, nicht etwa dort, wo es sich um besonders grundrechts-sensible Materien handelt.⁴⁶ Grob gesagt kommen im Strafrecht Typisierungen weniger in Frage als im Sozialrecht.⁴⁷

Prüfbarkeit zu den Grundvoraussetzungen freiheitlich-rechtsstaatlichen Verfahrens.“

43 BVerfGE 123, 39.

44 BVerfGE 123, 39 (LS 1).

45 BVerfGE 129, 49/72.

46 Vgl. BVerfGE 133, 377/413; 142, 353 Rn. 69.

47 Vgl. entsprechend *Kube* (Fn. 24), S. 322: „Das zahlennahe und von gebundenen Entscheidungen geprägte, schon deshalb algorithmenoffene Steuerrecht wird in diesem Zusammenhang anders zu beurteilen sein als das menschnahe, stark ermessensgeprägte und grundrechtserhebliche Polizeirecht.“

Vergleichbares muss meines Erachtens auch für den Einsatz algorithmischer Systeme durch die „programmierende“ Verwaltung gelten. Ob eine systembezogene Prüfung der Verlässlichkeit des Systems ausreichen soll oder ob das Zustandekommen einer konkreten Entscheidung bis auf den letzten Bit nachvollziehbar dargelegt werden muss – hier ist der Gesetzgeber gefordert, hat aber je nach Einsatzkontext Gestaltungsspielräume. Zuzugeben ist allerdings, dass für deren Ausfüllung bislang klare Maßstäbe fehlen. Mit dieser Konkretisierungsarbeit werden sich Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in Zukunft intensiv befassen müssen.

Ohnehin bedürfte es, bevor man der Verwaltung die Nutzung intelligenter Systeme untersagen wollte, der Gegenprobe: Was geben wir auf, wenn wir für den Technikeinsatz der Verwaltung stets auf einer „Nachvollziehbarkeit im Einzelfall“ bestehen? Dass wir im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung auf einzelne Systeme wie die intelligente Videoüberwachung verzichten müssten, erscheint verschmerzbar. Aber sollte sich die Verwaltung tatsächlich gänzlich von einer Zukunftstechnologie verabschieden und diese dem Privatsektor überlassen?⁴⁸ Das scheint mir eher eine Kapitulation vor der Technik als ein verantwortungsvoller Umgang mit deren Risiken.

Ich fasse zusammen: Aus meiner Sicht hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes eine regulative Idee vorschnell in eine Regel verwandelt. Statt intelligente Systeme wegen ihrer Opazität gänzlich aus der Verwaltung zu verbannen, bedarf es mit Blick auf das konkrete System der Prü-

48 Zwar hat sich die zeitweise populäre Idee, dass das Konzept der Erklärung im Zeitalter von KI und Big Data insgesamt überholt sei und dass das mühsame Geschäft der Hypothesen- und Theoriebildung bald durch simple *brute force*-Analysen ersetzt werden könne, zu Recht nicht durchgesetzt (dazu näher W. Hoffmann-Riem, Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: ders. (Hrsg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, Baden-Baden 2018, S. 11 (19 f.)). Allerdings muss man anerkennen, dass KI-basierte Datenanalysen in zahlreichen Feldern durchaus wichtige Erkenntnisse liefern, ohne dass dafür stets kausale Erklärungen im Einzelfall bereit stehen. Umgekehrt muss wiederum berücksichtigt werden, dass der Verzicht auf Erklärungen Folgewirkungen haben kann, für die der U.S.-Rechtswissenschaftler Jonathan Zittrain jüngst die Formulierung der „intellectual debts“ geprägt hat (J. Zittrain, The Hidden Costs of Automated Thinking, The New Yorker, 23. Juli 2019, <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/the-hidden-costs-of-automated-thinking>). Damit ist gemeint, dass sich ohne Kenntnis der Kausalverläufe mögliche Wechselwirkungen und dadurch bedingte Nebenwirkungen nicht überschauen lassen. Je mehr intelligente Systeme in der Gesellschaft solche „intellektuelle Schulden“ anhäufen, desto komplexer sind die möglichen Wechselwirkungen und die damit verbundenen Nebenfolgen.

fung, inwieweit durch die Nichtaufklärbarkeit individuelle Rechtspositionen beeinträchtigt werden einschließlich möglicher nicht-intendierter Nebenfolgen, inwieweit durch den Einsatz der Systeme Individualinteressen und Gemeinwohlbelange gefördert werden und inwieweit durch die Instrumente der „neuen Begründungsarchitektur“ die fehlende Nachvollziehbarkeit im Einzelfall kompensiert und eine Kontrolle der Systeme hinreichend gesichert werden können.⁴⁹

IV. Begründungsfähigkeit KI-basierter Systeme: Möglichkeiten und Grenzen maschinengenerierter Argumentation

Bis hierhin haben wir die Konstellation betrachtet, dass ein algorithmisches System einen Output generiert, der für die Bewertung einer rechtserheblichen „Tatsache“ bedeutsam ist: Liegt eine Täuschungshandlung vor oder nicht? Nun wollen wir uns der Frage zuwenden, wie es sich verhält, wenn eine Entscheidung eine argumentative Auseinandersetzung mit Rechtsfragen erfordert.⁵⁰ Können KI-basierte Systeme auch diesen durchaus zentralen Teil einer Begründung übernehmen und – in der Terminologie von § 39 VwVfG – die für die Entscheidung „wesentlichen rechtlichen Gründe“ mitteilen oder scheitern sie jedenfalls an dieser Hürde?⁵¹ Beide Konstellationen – die tatsächliche und die rechtliche Seite der Begründung – werden in der Diskussion um Verwaltungsautomatisierung oft vermengt, auch wenn sich hier im Ausgangspunkt ganz unterschiedliche Fragen stellen.

49 Diese Flexibilität lässt auch – soweit der Anwendungsbereich der Norm überhaupt eröffnet ist (dazu *Wischmeyer* (Fn. 5), S. 48 ff.) – Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO zu, der zur Wahrung der berechtigten Interessen des Betroffenen gemäß des (unverbindlichen) ErwGr 71 UAbs. 1 S. 4 einen Anspruch auf „Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung“ gewährt.

50 Die Frage nach der Begründungs- bzw. Argumentationsfähigkeit stellt sich in erster Linie für vollautomatisierte Systeme, da in teilautomatisierten Systemen in vielen Fällen der Mensch gerade den Part der rechtlichen Begründung übernehmen wird.

51 Analoge Fragen stellen sich mit Blick auf die Automatisierung von Gerichtsverfahren und werden dort viel diskutiert, vgl. die Nachweise bei *Guckelberger* (Fn. 33), S. 241. Aufgrund der speziellen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Justiz (Art. 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG) lassen sich die dortigen Wertungen jedoch nur zum Teil auf die Nutzung technischer Systeme in der Verwaltung übertragen.

1. Begründung zwischen praktischer Vernunft und juristischem Handwerk

Gründe-geben-Können zeichnet nach klassischem Verständnis den Menschen als autonomes Subjekt aus. Maschinen wird hingegen bisher ganz überwiegend eine im Reich der Gründe operierende praktische Vernunft abgesprochen. Dass Maschinen strikt logisch operieren (auch wenn sich diese Logik unserem Verständnis entzieht), hilft nicht, denn praktische Rationalität geht ebenso wenig wie juristische Rationalität in Logik auf.⁵² Schon aus diesen Gründen könnten Zweifel daran entstehen, dass Automaten eine genuin rechtliche Begründung liefern können.⁵³

Wir müssen an dieser Stelle allerdings nicht den Subjekt-Status „autonomer Systeme“ klären. Denn das philosophische Konzept eines allgemeinen praktischen Diskurses mag zwar als Leitbild hinter dem rechtlichen Institut der Begründung stehen. Doch beschränkt sich das rechtliche Begründungserfordernis profan darauf, dass die entscheidende Stelle die relevanten Elemente des Tatbestands sowie die aus ihrer Sicht entscheidenden Auslegungsfragen *lege artis* unter Rückgriff auf die anerkannten Methoden darlegen muss. Zwar genügen dafür – wie erwähnt – juristisches Blendwerk und argumentative Fassadenarchitektur nicht.⁵⁴ Gefordert ist aber auch nicht mehr und nicht weniger als eine vertretbare, d.h. den methodischen Standards genügende Begründung. Der ethisch-moralische Status der diese Leistung erbringenden Entität ist hingegen nicht relevant.

Dass Maschinen nun prinzipiell nicht in der Lage sind, durch eine geschickte Auswertung und Aufbereitung des bestehenden Rechtsstoffs eine solchermaßen detranszendentalisierte Begründung im Rechtssinne zu präsentieren – dafür spricht im Prinzip nichts. Hergebrachte deterministische algorithmische Systemen können zwar nur mitprogrammierte Textbausteine liefern.⁵⁵ Anders verhält es sich jedoch bei KI-basierten Systemen, die – ein entsprechendes Training und hinreichend präparierte Datenbanken vorausgesetzt – *ad hoc* Argumente identifizieren, klassifizieren und mittels

52 Zur Komplexität des juristischen „Wissens“ W. Hoffmann-Riem, *Außerjuridisches Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht*, in: *Die Verwaltung* 2016, S. 1 ff.

53 Vgl. etwa K. Kotsoglou, *Subsumtionsautomat 2.0*, JZ 2014, S. 451 ff.

54 Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 21 f.: „Insofern wäre es verfehlt, das Darstellungserfordernis vor dem Hintergrund einer Gegenüberstellung von »wahren Gründen« und einer argumentativen Fassade zu sehen und sich mit einer Rechtswissenschaft zu begnügen, die (fast) alles für begründbar hält und die von den Rechtsanwendern in erster Linie erwartet, Meister für Darstellungsfassaden zu sein.“

55 Instrukтив hierzu bereits die Beiträge in D. Suhr (Hrsg.), *Computer als juristische Gesprächspartner, Arbeitspapiere Rechtsinformatik Heft 2*, 1970.

probabilistischer Verfahren arrangieren können. Was sich in der Vergangenheit in vergleichbaren Kontexten als verlässlicher Grund erwiesen hat, wird so auf ähnlich erscheinende Sachverhalte angewendet.⁵⁶ Die intelligente Technik mag darin einem schlechten Sachbearbeiter gleichen, der die Rechtsmaterie nicht „verstanden“ hat und sich daher mit der Lektüre ähnlicher Bescheide behilft, um daraus mit einer gewissen Trefferquote die zutreffenden Textbausteine zu kopieren. Das ist gewiss nicht ideal, soll aber vorkommen und ist kein Anlass, das Vorliegen einer Begründung zu verneinen, wenn die auf diese Weise gelieferte juristische Argumentation im Ansatz tragfähig ist.⁵⁷

2. Begründung zwischen Norm und Kontext

Allerdings stößt der schlechte Sachbearbeiter ebenso wie das technische System mit dieser Methode schnell an Grenzen. Denn eine kompetente „Simulation“ juristischer Argumentationen erweist sich bei näherer Betrachtung als durchaus schwierig. Grund dafür ist nicht in erster Linie, dass die Technik so schwach ist. Wie erwähnt erzielt KI vielmehr heute bereits respektable Ergebnisse beim Umgang mit Texten und Argumenten. Zumindest unter Laborbedingungen gelingt die Analyse von Standardvertragsklauseln Software teils schon schneller und präziser als Anwälten. Grund ist vielmehr, dass juristisches Argumentieren in gewisser Weise selbst Elemente einer „black box“ aufweist. Die dafür verantwortlichen Punkte, die letztlich an den Kern der juristischen Methode rühren, hat die Diskussion um „legal tech“ intensiv aufgearbeitet, so dass ich mich hier kurz halten kann.⁵⁸

Probleme bereiten der Technik insbesondere solche Fälle, in denen die Strukturen, an denen sich die Argumentation orientieren muss, derart offen gehalten sind, dass im Rahmen der Begründung weitere Entscheidun-

56 A. Kaminski, Gründe geben. Maschinelles Lernen als Problem der Moralfähigkeit von Entscheidungen in: Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Hrsg.), Datafizierung und Big Data, Wiesbaden 2020, S. 151 ff., spricht von „Verlässlichkeitsgründen“, die nicht nur Maschinen, sondern auch Menschen nutzen, etwa wenn sie anhand von Statistiken Urteile fällen.

57 Nach herrschendem Verständnis lässt § 39 VwVfG sogar die Angabe subjektiv bestimmender, aber objektiv unrichtiger Gründe genügen, vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 22), § 39 Rn. 47; Sachs, in: ebd., § 45 Rn. 46 ff.

58 Vgl. nur Kotsoglou (Fn. 53); S. Hähnchen/R. Bommel, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, S. 336 ff.

gen getroffen werden müssen. Hier verschränken sich erneut Herstellung und Darstellung einer Entscheidung.⁵⁹ Ganz allgemein ist die Offenheit von Rechtsnormen eine zentrale Eigenschaft demokratischen Rechts: Sie kann und muss daher zwar im Einzelfall reduziert, kann und darf aber nicht im Sinne einer automationsgerechten Gesetzgebung umfassend „wegoptimiert“ werden.⁶⁰

Erschwert wird eine Automatisierung weiterhin dadurch, dass sich Rechtsanwendung immer zwischen Norm und Sachverhalt bewegt: „Die im Kontext des lösungsbedürftigen Problems entscheidungserhebliche Rechtsnorm muss im Rechtsanwendungsakt gesucht und gefunden und im Hinblick auf die anstehende Entscheidung so konkretisiert (konstruiert) werden, dass sie auf den konkreten Sachverhalt beziehbar und zur Problemlösung einsetzbar ist“.⁶¹ Was alles zu dem in die Rechtsanwendung einzubeziehenden Entscheidungskontext gehört, darüber gibt es unterschiedliche Auffassungen. Gerade die steuerungsorientierte Methodenlehre hat hier anspruchsvolle Konzepte vorgelegt und die Rechtsanwendung auf die Berücksichtigung von „Problem(lösungs)bereich, Normprogrammbereich, Entscheidungsbereich, Vollzugsbereich, Kontrollbereich sowie Lernbereich“ verpflichtet.⁶² Dies zeigt, vor welchen Herausforderungen jeder Versuch einer technischen Abbildung des Prozesses der Rechtsanwendung steht. Zumindest bislang gilt: Die Technik endet ziemlich genau dort, wo die juristische Methode im eigentlichen Sinne beginnt.

3. *Triviale und nicht-triviale Fälle*

Die entscheidende Frage ist, wie wir mit der begrenzten Leistungsfähigkeit maschinengenerierter Argumentationen umgehen. Auch hier scheint mir eine Differenzierung erforderlich. Nicht jede rechtliche Argumentation ist so komplex, dass jedenfalls auf mittlere Sicht kompetente Maschinen da-

59 Dazu *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht* (Fn. 31), S. 80 ff.

60 Zu den Funktionen der „offenen Textur“ des Rechts mit Blick auf die Grenzen der Automatisierung bereits *Luhmann* (Fn. 1), S. 52 f. Siehe insbes. auch BVerfGE 34, 269, 286 f. – Soraya.

61 *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 34.

62 *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 32. Vgl. weiter *ders.* (Fn. 21), S. 17: „Vorausgesetzt ist über die Maschinenlesbarkeit des Textes von Normen hinaus die Abbildung weiterer die Auslegung und Anwendung prägenden Faktoren – etwa der durch Organisation, Verfahren und Personal im Prozess der Herstellung von Entscheidungen aktivierbaren Einflussfaktoren.“

mit überfordert wären. Gerade in der Massenverwaltung gibt es einfache Wenn-Dann-Entscheidungen, wie sie auch § 35a VwVfG in Sinn hat.⁶³ Zudem kennt das Verwaltungsrecht verschiedene Instrumente, um den rechtlichen Begründungsaufwand durch „Stoppregeln“ zu erden.⁶⁴ In derartigen Fällen besteht daher durchaus Raum für maschinengenerierte Begründungen, die auch jene eingangs genannten Funktionen erfüllen können, die wir bisher der rechtlichen Seite der Begründung zuschreiben.

In komplexeren Fällen, die gesellschaftliche Verwerfungslinien berühren und daher einen höheren Argumentationsaufwand verlangen, sieht das jedoch anders aus. Hier ist die Technik (noch) überfordert. Damit stellt sich die Frage, ob hier gleichfalls kompensatorische Strategien der Art verfolgt werden können, die oben für die tatsächliche Seite der Begründung in Form einer verschärften Systemkontrolle diskutiert wurden. Insoweit ließe sich überlegen, ob die „neue Begründungsarchitektur“, wie sie im Zuge der Regulierung algorithmischer Systeme diskutiert wird, auch an dieser Stelle eine Lösung bereitstellt. Das ist meines Erachtens jedoch nicht der Fall. Wenn wir in Fällen, in denen die Komplexität der Rechtslage an sich eine argumentative Auseinandersetzung mit Rechtsfragen erfordern würde, davon mit Rücksicht auf die begrenzten Möglichkeiten der Technik absehen wollen, letztlich also auf Begründungen verzichten, dann bringt uns ein mehr an Transparenz nichts. Denn wir haben hier kein Transparenzproblem, sondern ein Legitimationsproblem.⁶⁵ Effektiv wird in diesem Fall nämlich eine Entscheidung an ein technisches System bzw.

63 Freilich ist zu berücksichtigen, dass die in § 35a VwVfG unterstellte Parallelität der Unterscheidung von gebundenen und Ermessensakten mit der Unterscheidung von stark normativ vorstrukturierten (d.h. besser automatisierbaren) und weniger stark normativ vorstrukturierten (d.h. schlechter automatisierbaren) Entscheidungen nicht tragfähig ist. Konkret: Einzelne gebundene Entscheidungen können schwierige Abwägungen erfordern, während manche Ermessensentscheidungen durch Verwaltungsvorschriften o.ä. letztlich zu trivialen Subsumtionen werden, vgl. *Kube* (Fn. 24), S. 304 f., 324. Siehe auch *W. Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: Unger/von Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, Köln 2019, S. 129 (148 ff.).

64 *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 62 ff.

65 In diesem Sinne handhabt die Rechtsordnung das Begründungserfordernis differenziert und in Abhängigkeit von den einem Organ jeweils zur Verfügung stehenden Legitimationsressourcen und dem konkreten Legitimationsbedarf. So sind Parlamentsgesetze von der Begründungspflicht ausgenommen. Für Rechtsverordnungen ist der Verzicht auf eine Begründungspflicht seit jeher umstritten. Aber auch bei administrativen und justiziellen Einzelentscheidungen gilt das Erfordernis nicht absolut. Diese Ausnahmen beruhen auf unterschiedlichen Grün-

an dessen Gestalter:innen delegiert, ohne dass sofort klar ist, wie sich dies in die bisherigen *Legitimationsarchitektur* der Verwaltung einbauen lässt.⁶⁶ Es erscheint zwar nicht ausgeschlossen, dass die Entwicklung einer entsprechenden „neuen Legitimationsarchitektur“ für KI-basierte Verwaltungstechnik gelingen kann. Auch sollte von der Vorstellung Abstand genommen werden, dass rechtlichen Lösungen *per se* gegenüber technischen Lösungen vorzugswürdig sind. Das ist aber, wie gesagt, keine Frage der Begründung mehr und sprengt daher das Thema dieses Vortrags.

V. Ausblick

Ich komme zum Schluss und fasse kurz zusammen: Das Begründungserfordernis führt nicht dazu, dass die Verwaltung am Einsatz KI-basierter Systeme generell gehindert ist. Was die Ermittlung von Tatsachen betrifft, die in Verwaltungsentscheidungen Eingang finden, stellt die Opazität der KI zwar eine Herausforderung dar. Doch lässt sich hier u.a. durch die Instrumente der „neuen Begründungsarchitektur“ eine hinreichende Selbst- und Fremdkontrolle gewährleisten. Was die rechtliche, die eigentlich argumentative Seite der Begründung betrifft, reicht die Technik aktuell allenfalls für die Bewältigung trivialer Fälle aus. Wenn uns das nicht genügt, sondern wir auch komplexere Entscheidungen an Maschinen delegieren wollen, dann gibt uns das Institut der Begründung keine Orientierung mehr. Stattdessen müssen wir die Legitimationsfrage stellen.

den, etwa dass die Entscheidung trivial erscheint (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) oder dass die Begründung die betroffene Stelle übermäßig belasten würde (vgl. § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG). Ob der Gesetzgeber die Verwaltung vom Begründungserfordernis bei KI-basierten Entscheidungen in bestimmten, nicht kritischen Fällen entbinden könnte, etwa durch Aktualisierung des § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, der heute verbreitet als „totes Recht“ gilt (*Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 22), § 35a Rn. 50 und § 39 Rn. 97), sei hier dahingestellt.

⁶⁶ Zur Legitimationsfrage, die sich stets stellt, wenn staatliche Stellen auf (private) Technik zurückgreifen, vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 21), S. 31 ff.; *Kube* (Fn. 24), S. 309 ff.; *Hoffmann-Riem* (Fn. 63), S. 145 ff.