

Ent- und Redifferenzierung von Entscheidungsherstellung und -darstellung im Digitalen – Zum Wesensunterschied menschlicher und maschineller Entscheidungsbegründung aus rechtssoziologischer Perspektive

Tobias Mast

„Galileis Widerruf hatte auf die Bewegung der Gestirne keinerlei Einfluß. Im Bereich der Jurisprudenz wirkt jedoch die Leugnung der Wirklichkeit, anders als in der Naturwissenschaft, auf die Wirklichkeit zurück.“¹

Inwiefern die Herstellung einer Entscheidung in ihrer Darstellung abgebildet wird, darüber streitet die Rechtswissenschaft seit etwa 100 Jahren. Dabei spenden rechtssoziologische Einsichten seit inzwischen 50 Jahren der realistisch-pessimistischen Fraktion empirischen Aufwind. Wenn nun in den Köpfen der Justiz und Verwaltung aber doch vieles anders abläuft, als man annahm, als man die Lobgesänge auf die Funktionalitäten ihrer Begründungen und deren verfassungsrechtliche Rückbindungen verfasste, könnte dies legitimatorische Neubewertungen nahelegen.

Der vorliegende Beitrag setzt sich das nicht als Hauptziel, sondern möchte die Einwände gegen ein idealistisches, rein rechtlich geleitetes Begründungsverständnis als Vehikel dafür nutzen, Vor- und Nachteile automatisierter Entscheidungsbegründungen aufzuzeigen. Dafür sollen zunächst die Funktionen, die staatlichen Begründungen zugeordnet sind und das hinter ihnen stehende verfassungsrechtliche Desiderat erörtert werden (A.). Anschließend befasst er sich mit der Differenzierung zwischen der Herstellung und Darstellung von Entscheidungen bei Menschen (B.), um sich sodann automatisierten, v.a. unter Einsatz von KI erstellten Entscheidungen zuzuwenden (C.) und schließlich deren Funktionalität auf einer hohen Generalisierungsebene zu vergleichen (D.).

Zwei klarstellende Eingrenzungen vorweg: Zum einen geht es mir nicht um die Qualität der *Entscheidungen selbst*. Zum anderen hinterfrage ich nicht die tatsächliche Umsetzbarkeit der in der KI-Forschung entwickelten

1 M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1976, S. 333 (Nachwort zur 2. Aufl.).

Erklärungsansätze,² sondern führe zu ihren Legitimitätspotenzialen für den Fall aus, dass sie ihren Versprechungen gerecht werden. Als Laie bin ich weitgehend gehalten, diese für bare Münze zu nehmen, ganz ähnlich den Empfängerinnen und Empfängern staatlicher Entscheidungsbegründungen.

A. Die Begründung und ihre Funktionen im Wandel der Zeit

I. Begründungsfunktionen

Mit ihrer Begründung erläutert die entscheidende Person, weswegen sie „so und nicht anders entscheidet, unabhängig davon ob [sie] dabei auf den klassischen Auslegungskanon, Präjudizieren oder allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen zurückgreift, eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt oder die topischen [sic!] Methode anwendet.“³ Dass staatliche Stellen ihre Entscheidungen begründen, dient unterschiedlichen Funktionen. Im besten Falle werden Betroffene von ihrer Richtigkeit überzeugt und daher befriedet. Durch sie wird klar, was zukünftig geändert werden müsste, um ein anderes Ergebnis zu erzielen. Jedenfalls ermöglicht erst die Begründung den Betroffenen, eine Entscheidung zu kontrollieren und substantiierte Rechtsbehelfe gegen diese einzulegen. Innerhalb des Rechtsschutzsystems bildet die Begründung sodann die effizient abzuarbeitende Folie für höherrangige Instanzen. Die jeweils individuellen Chancen, auf Akzeptanz für einzelne Entscheidungen zu stoßen und damit justizielle Ressourcen zu schonen, kumulieren sodann der Idee nach auf systemischer Ebene zur Vertrauenswürdigkeit der Exekutive und Judikative.⁴ Die-

2 Vgl. etwa die kritischen Beiträge von C. Rudin, Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead, *Nature Machine Intelligence* 2019, 206 ff.; K. de Vries, in: L. Colonna/S. Greenstein (Hrsg.), *Nordic Yearbook of Law and Informatics 2020–2021: Law in the Era of Artificial Intelligence*, Stockholm 2022, S. 133 (151 ff.).

3 U. Kischel, *Die Begründung*, Tübingen 2003, S. 6; hieran anknüpfend T. Wischmeyer, *Regulierung intelligenter Systeme*, AÖR 2018, 1 (56).

4 Vgl. die Funktionsbeschreibungen mit jeweils unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen bei F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik I*, Berlin 2013, Rn. 160; Kischel, *Die Begründung* (Fn. 3), S. 39 ff.; K. Towfigh, *Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsentscheidungen nach dem deutschen und englischen Recht und ihre Europäisierung*, Bern 2007, S. 11 ff.; J. Saurer, *Die Begründung im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Verwaltungsverfahren*, *VerwArch* 2009, 364 (382 f.); P. Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, 9. Aufl., Mün-

se Funktionen lassen sich zu unterschiedlichen Graden dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zuordnen, in bestimmten Konstellationen auch weiteren Verfassungsnormen.⁵

II. Normative Kraft unter dem Vorbehalt des Möglichen

Die Art und Weise einer Begründung beeinflusst, in welchem Maße sie sich dazu eignet, die genannten Funktionen zu erfüllen und damit den verfassungsrechtlich gewünschten Zustand herzustellen. Die staatliche Begründungspflicht ist deswegen keine Regelvorgabe, die Begründungen zeitlos dieselbe Mindestqualität abverlangt, sondern ein *Prinzip*, das danach strebt, ihren Funktionen unter den jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen gerecht zu werden.⁶

Dabei steht die Begründungspflicht wie jede Verfassungsvorgabe unter dem *Vorbehalt des tatsächlich Möglichen* und relativiert sich im Spannungsfeld zwischen Sein und Sollen in eine Vorgabe der möglichst weitgehenden Annäherung an den erwünschten Zustand.⁷ Die normative Kraft der Verfassung kann schwanken. Mit *Konrad Hesse* lässt sich zu jedem Zeitpunkt gesellschaftlicher und technologischer Entwicklung fragen, ob „die verfassungsmäßige Ordnung den Gegebenheiten der geschichtlichen Situation entspricht“.⁸ Das verfassungsrechtliche Gewicht, das einer Begründung zukommt, variiert dabei in dem Maße, in dem sie nach ihrer

chen 2018, § 39 Rn. 1; S. *Wachter/B. Mittelstadt/C. Russell*, Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, *Harvard Journal of Law & Technology* 2018, 841 (843 f., 863 ff.); M. *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, Berlin 2019, S. 189 f.; D. *Roth-Isigkeit*, Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts, *DÖV* 2020, 1018 (1019); F. *Campos Zamora*, *Das Problem der Begründung richterlicher Entscheidungen*, Bern 2021, S. 194.

5 Ausführlich *Kischel*, *Die Begründung*, (Fn. 3), S. 63–142 m.w.N.

6 *Kischel*, *Die Begründung* (Fn. 3), S. 171 ff.; vgl. zur Prinzipienqualität materieller Gesetzespublizität und deren Verwirklichungsbedingungen im Digitalen T. *Mast*, *Gesetzespublizität im Zeitalter der Vernetzung*, ZG 2022, 35 (55 ff.).

7 O. *Deppenheuer*, in: J. *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Band 12, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 269 Rn. 5 ff., 28; vgl. S. *Müller-Franken*, in: *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg 2007, S. 229 (234 f.); H. *Kelsen*, in: M. *Jestaedt* (Hrsg.) *Reine Rechtslehre*, Studienauflage der 2. Aufl. 1960, Tübingen 2017, S. 37.; jüngst monographisch L. *Munaretto*, *Der Vorbehalt des Möglichen*, Tübingen 2022.

8 K. *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 692; vgl. *ders.*, *Die normative Kraft der Verfassung*, in: P. *Häberle* (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg 1984, S. 10 ff.

konkreten Gestalt dazu geeignet ist, die ihr zgedachten Funktion zu erfüllen. Umgekehrt kann eine Begründung als so defizitär in Bezug auf eine ihr zgedachte Funktion ausfallen, dass sie der Norm, die die Begründungspflicht aufstellt, nicht mehr genügt.⁹

B. Herstellung und Darstellung menschlicher Entscheidungen

Nachdem die Multifunktionalität der Begründungen und das verfassungsrechtliche Streben nach ihrer Realisierung herausgestellt wurden, soll nun ein Blick auf die tatsächlichen Tücken dieses Unterfangens geworfen werden.

I. Differenzierung

Der Begründungsprozess einer rechtlichen Entscheidung lässt sich kategorial von ihrem Herstellungsprozess unterscheiden. Ob sie auch mündlich verkündet oder schriftlich verfasst ist, die Begründung teilt nicht einfach den Entscheidungsfindungsprozess mit. Die zunächst präferierten Alternativbegründungen, alsbald wieder verworfenen Gedanken und erst zögerlich verlassenem Sackgassen bleiben allesamt verborgen. Empirisch fraglich ist gar, ob sich überhaupt das nach dem letztlich gewählten Lösungspfad als entscheidungserheblich Ausgewiesene mit den Herstellungserwägungen deckt. Mit *Hermann Isay*, *Josef Esser* und *Martin Kriele* hatten bereits einige Klassiker der Rechtstheorie hieran Zweifel. Sie gingen stattdessen davon aus, dass die Suche und Darstellung eines juristischen Begründungsweges der eigentlichen Entscheidung nachlaufe, diese sekundär rechtfertige statt primär anleite.¹⁰ Die Unterscheidung erlebte sodann ein Revival,

9 Vgl. *H. Christensen/R. Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 327; *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 336 f., 338.

10 *H. Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Nachdruck Aalen 1970 [Erstveröffentlichung Berlin 1929], S. 153, 162 ff., 177; Darstellung bei *R. Nierwetberg*, Die Lehre Hermann Isays von Entscheidung und Rechtsnorm: Versuch einer Verbindung von Recht und Ethik, ARSP 1983, 529–549; *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beitr. zur Rechtsquellen- u. Interpretationslehre, Tübingen 1956, S. 256 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1) [Erstveröffentlichung 1967], S. 21 ff., 169, 195; zu allem *P. Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus I, Rechtstheorie 1971, 67 (69 ff.); Kritik bei *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissen-

zuvörderst in Reaktion auf *Niklas Luhmanns* Monographie zur Automation der Verwaltung in den 60er- und *Rüdiger Lautmanns* entscheidungssoziologische Analyse der Justiz in den 70er-Jahren.¹¹ Auch für viele europäische Höchst- und Verfassungsgerichte ist betont worden, dass sich der Prozess und die Logik rechtlicher Begründung wesentlich von der eigentlichen Entscheidungsfindung unterscheiden.¹²

schaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 348 f.; *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Berlin 2018, S. 77–80.

- 11 *N. Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl., Berlin 1997 [Erstveröffentlichung 1966], S. 51 ff.; *H. Koch/H. Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 115 ff.; *H. Koch*, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, EuGRZ 1986, 345 (354 f.); *H. Trute*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, 293 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, ebd., 9 (20 f.); *ders.*, »Außerjuridisches« Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, VERW 2016, 1 (20); *ders.*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016, S. 98 ff.; *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 9 ff.; *K. Gräfin von Schlieffen*, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: G. Gabriel/R. Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 379 (381 ff.); *A. Guckelberger/H. Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 2019, 289 (319 f.); ähnlich *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., Warschau 1991, S. 282: Unterscheidung zwischen Entdeckungsprozess und Rechtfertigungsprozess; *B. Schlink*, Die Entthronung der Staatswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 1980, 73: Findung und Rechtfertigung; *W. Scheuerle*, Finale Subsumtionen: – Studien über Tricks und Schleichwege in der Rechtsanwendung, AcP 1967, 305 (308 f.); *Campos Zamora*, Das Problem der Begründung (Fn. 4), S. 200; ein anderes Begriffsverständnis zu Grunde legend *M. Jestaedt*, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 241 (276).
- 12 Zur sog. Leseberatung und Entscheidungsgestaltung des BVerfG *U. Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Berufsgeheimnisses, Wiesbaden 2010, S. 98–100, 308–330; *A. Kaiser*, Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Masing /M. Jestaedt/O. Jouanjan/D. Capitant (Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, Tübingen 2020, S. 1–15; zu EuGH und EGMR *T. Groß*, ebd., 71 (77 ff.); zum EuGH *U. Everling*, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, 127 ff.; zum Conseil constitutionnel *T. Hochmann*, Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung – Europa, in: J. Masing/M. Jestaedt/O. Jouanjan/D. Capitant (Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, Tübingen 2020, S. 17 (23): Es gebe „sehr wohl juristische Debatten im Verfassungsrat“, dieser achte aber darauf, „dass diese in der Entscheidung selbst nicht mehr durchscheinen.“ Ähnlich konstatiert für den Conseil d’État *B. Latour*, Die Rechtsfabrik – Eine Ethnographie des Conseil d’État, Göttingen 2016, S. 192, der Urteilstext sei „so trocken und kurz wie möglich“ und kön-

II. Herstellungsmängel

Die Rechtstheorie streitet seit *Ronald Dworkin* wieder herzlich über die Existenz einzig richtiger Entscheidungen¹³ und viele Personen in Justiz und Verwaltung werden sich dieser regulativen Idee zumindest als bewusster Fiktion verpflichtet fühlen. Systemisch operiert die Rechtspraxis ebenfalls im Grundsatz nach der Logik richtig-falsch und zieht sich nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle zurück. Dies ist aber weniger rechtstheoretischen Überzeugungen geschuldet, denn praktischen Bedürfnissen eines nach Instanzenzügen geordneten Rechtssystems: Die hierarchisch gegliederte Autorität der Rechtsprechung soll eine einheitliche Rechtsauslegung gewährleisten, Orientierungskraft spenden und damit der Rechtssicherheit dienen.¹⁴ Von diesem Grundsatz wird nur abgewichen, wo die anzuwendenden Normen ihrem Zweck nach keine eindeutige Regel aufstellen wollen oder wo staatliche Überprüfungsinstanzen an die Ränder ihrer Kompetenzen gelangen. So kontrollieren rechtsaufsichtsbefugte Stellen und Verwaltungsgerichte Verwaltungshandeln grundsätzlich in voller tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und reduzieren diese Kontrolldichte nur ausnahmsweise zu einem differenzierten Fehlermaßstab bei Letztent-

ne die richterliche Argumentation „niemals ausreichend erhellen“. Vergleichend zum Stil höchstrichterlicher Entscheidungen *H. Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, *RabelsZ* 1973, 245–263.

- 13 *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1978, S. 81, 279 und passim; hierzu *U. Neumann*, *Wahrheit im Recht: Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden 2004, S. 37 ff.; *S. Beck*, in: *Schuhr* (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Tübingen 2014, 11 ff.; *H.-H. Trute*, in *ders./T. Gross/H. C. Röhl/C. Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen 2008, S. 211 (215 ff.); *T. Herbst*, *Die These der einzig richtigen Entscheidung Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas*, *JZ* 2012, 891 ff.; *U. Stelkens*, *Die Idee der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung und ihre Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft*, in: *van Oostrom/Weth* (Hrsg.), *Festschrift für Maximilian Herberger*, Saarbrücken 2016, S. 895 ff.
- 14 *Neumann*, *Wahrheit im Recht* (Fn. 13), S. 58; vgl. *K. Röhl*, *Fehler in Gerichtsentscheidungen*, *Die Verwaltung* Beiheft 5, Berlin 2002, 67 (74); *J. Schuhr*, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, *JZ* 2008, 603 (609); *M. Eichberger/J. Buchbeister*, in: *F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier* (Hrsg.), *VwGO*, 25. EL (2013), § 137 Rn. 92; *M. Jestaedt*, *Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts*, in: *S. Deterbeck et al.* (Hrsg.): *Recht als Medium der Staatlichkeit: Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag*, Berlin 2009, 513 (514): „Richtersprüche sind denn auch nicht *Wahr*sprüche, sondern *Macht*sprüche“.

scheidungskompetenzen der Verwaltung. Die Revisionsinstanz überprüft, ob die Rechtsauslegung durch die Vorinstanz „richtig“ oder „falsch“ erfolgte, wobei auch eine vertretbare, von der Revisionsinstanz aber nicht präferierte Interpretation in diesem Sinne falsch ist.¹⁵ Das BVerfG nimmt schließlich bei Verfassungsfragen eine Vollprüfung für sich in Anspruch. In Abgrenzung zum Kompetenzbereich der Fachgerichtsbarkeit zieht es sich bei der Urteilsverfassungsbeschwerde durch die Heck'sche Formel und die Mephisto-Formel auf Prüfungen spezifischen Verfassungsrechts zurück und betrachtet die fachgerichtliche Rechtsanwendung und Auslegungsergebnisse zurückgenommen durch diese Lupe.¹⁶

Nun ist sich die Rechtswissenschaft einig darin, dass die Auslegung und Anwendung auch vollständig revisibelen Rechts nicht logisch aus Rechtsnorm und Tatbestand ableitbar ist.¹⁷ Es existieren auch Optionenräume außerhalb von Ermessensermächtigungen.¹⁸ Dementsprechend können sich auch Begründungen nicht in zwingenden Deduktionen erschöpfen.¹⁹ Ein juristisches Entscheidungsergebnis und die Begründung dieses Ergebnisses lässt sich also nicht mit mathematischer Genauigkeit falsifizieren, was den entscheidenden Personen Möglichkeitsräume öffnet, in denen sie sich ohne Ansehensverlust positionieren können. Wo man sich nun im Raum positioniert, dafür sind auch außerjuridische Einflussfaktoren mitursächlich, seien es Vorverständnisse, Intuitionen, Emotionen oder unbewusste Sinnesregungen. Für den administrativen Bereich legte *Herbert A. Simon*

15 *Eichberger/Buchbeister*, VwGO (Fn. 14), § 137 Rn. 92.

16 *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl., München 2021, Rn. 292 ff. m.w.N.

17 *Luhmann*, Recht und Automation (Fn. 11), S. 54 ff.; *J. Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971, S. 47 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Fn. 10), S. 155; *K. Larenz/C. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1995, S. 26; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 11), S. 17; *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 5, 8; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I (Fn. 4), Rn. 471; vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 2016, 1 (1 ff.).

18 *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016, S. 99.

19 *H. Coing*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Wiesbaden 1959, S. 22; *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 8; vgl. *F. Brecher*, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, 227 (235 ff.); *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 11), S. 43 f.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 76: „Fiktion und Lebenslüge der Juristen“; *Jestaedt*, Autorität und Zitat (Fn. 14), S. 514.

frühzeitig die begrenzte Rationalität des Entscheidungsprozesses dar²⁰ und auch die Forschung zum Entscheidungsverhalten der US-Justiz ist längst den Kinderschuhen entwachsen.

Immer neue Studien meinen den Einfluss unliebsamer Faktoren auf die Urteilspraxis feststellen zu können. Sie erkennen Auswirkungen der Ethnie²¹ und anderer rechtlich irrelevanter Umstände²² angeklagter Personen auf das von US-Bundesgerichten verhängte Strafmaß und stellen generell rolleninduzierte Wahrnehmungsverzerrungen bei Juristen fest.²³ Manche dieser Untersuchungen werden sehr kontrovers beurteilt und in ihren Ergebnissen angegriffen,²⁴ in ihrer Gesamtheit muss ihre Lektüre aber doch allzu idealistische Rollenbilder in Justiz und Verwaltung irritieren. Für das Anliegen dieses Beitrags bleibt festzuhalten, dass all dies, falls es denn geschieht, im Verborgenen geschieht und keinen Niederschlag in den Entscheidungsgründen findet.

-
- 20 H. Simon, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*, 4. Aufl., New York 1997 [Erstveröffentlichung 1947], S. 92 ff.; generell mit vielen Beispielen zur begrenzten menschlichen Entscheidungsrationalität: T. Arntz, *Systematische Urteilsverzerrungen im Rahmen richterlicher Entscheidungsfindung*, JR 2017, 253–264; C. Coglianese/A. Lai, *Algorithm Vs. Algorithm*, Duke Law Journal 2022, 1281 (1288 ff.); D. Nink, *Justiz und Algorithmen*, Berlin 2021, S. 45 ff.
- 21 D. Steffensmeier/S. Demuth, *Ethnicity and Sentencing Outcomes in U.S. Federal Courts: Who is Punished More Harshly?*, American Sociological Review 2000, 705 (705 ff.); C. Yang, *Free at Last? Judicial Discretion and Racial Disparities in Federal Sentencing*, Journal of Legal Studies 2015, 75.
- 22 A. J. Wistrich/J. J. Rachlinski/C. Guthrie, *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, Texas Law Review 2014, 855; H. Spamann/L. Klöhn, *Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges*, Journal of Legal Studies 2016, 255; nicht bestätigt in D. Klerman/H. Spamann, *Law Matters – Less Than We Thought*, Legal Studies Research paper 2022, 19 (19).
- 23 Z. Eigen/Y. Listokin, *Do Lawyers Really Believe Their Own Hype, and Should They? A Natural Experiment*, Journal of Legal Studies 2012, 239; C. Engel/A. Glöckner, *Role-Induced Bias in Court: An Experimental Analysis*, Journal of Behavioral Decision Making 2013, 272; H. Spamann, *Extension: Lawyers' Role-Induced Bias Arises Fast and Persists despite Intervention*, Journal of Legal Studies 2020, 467.
- 24 Dies gilt insb. für die populäre Studie, nach welcher das Entscheidungsverhalten von Richtern von dem Umstand abhängt, ob diese zeitnah pausiert und eine Mahlzeit zu sich genommen haben: L. Danziger/J. Levav/L. Avnaim-Pesso, *Extraneous factors in judicial decisions*, PNAS 2011, 6889. Darstellung der Kritik an der Studie bei K. Chatziathanasiou, *Der hungrige, ein härterer Richter? Zur heiklen Rezeption einer vielzitierten Studie*, JZ 2019, 455.

III. Darstellungsmodalitäten

Nach *Paul Kirchhof* soll eine Begründung „Rationalität sprachlich vermitteln“.²⁵ Es handelt sich bei der menschlichen Entscheidungsbegründung also um einen kommunikativen Akt, der verfassungsrechtlich vorgegeben wird und gesetzlich ausgestaltet meist bestimmte Mindestbestandteile enthalten muss, der inhaltlich aber nicht vollständig determiniert wird und gewisse Gestaltungsfreiräume – in staatsrechtlich-unorthodoxem Duktus könnte man auch sagen: Kreativität – belässt.²⁶

Dabei wird die Abfassung der Begründung in Reinform dem tatsächlichen Zeitpunkt der inhaltlichen Festlegung regelmäßig nachfolgen. Kaum einmal wird die entscheidende Stelle einfach „darauf losschreiben“. Schon der Aufbau von Verwaltungsakten und Gerichtsentscheidungen mit vorangestelltem Tenor und anschließender Begründung im „Urteilsstil“ widerspricht so einer Logik.²⁷ Die Begründung kann nun nicht einfach das komplette Seelenleben der entscheidenden Person im Hinblick auf die konkrete Entscheidung offenlegen. Zwar fordern manche einen Grundsatz der *Begründungswahrheit* ein, nach welchem die Begründung die subjektiv-wirklichen Gründe des Entscheidungsträgers in rechtlicher Hinsicht wiederzugeben habe und keine vorgeschobenen Erwägungen oder bloße Begründbarkeitsoptionen liefern dürfe.²⁸

-
- 25 *P. Kirchhof*, in: J. Isensee/P. Kirchhoff (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 20 Deutsche Sprache Rn. 27; aufgreifend *Kischel*, *Die Begründung* (Fn. 3), S. 338; *ders.*, in: H. Kube/G. Morgenthaler/R. Mellinghoff/U. Palm/T. Puhl/C. Seiler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts I*, Heidelberg 2013, § 34 Rn. 1, 19.
- 26 Vgl. zu staatlichem Informationshandeln *T. Mast*, *Staatsinformationsqualität*, Berlin 2020, S. 171 f.
- 27 Vgl. auch § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG: „Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung *bewogen haben*“ (Hervorhebung hier).
- 28 *Kischel*, *Die Begründung* (Fn. 3), S. 357 f.; *ders.*, *Leitgedanken des Rechts I* (Fn. 25) § 34 Rn. 1, 19; *W. Hoffmann-Riem*, in *ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I*, 2. Aufl., München 2012, § 10 Rn. 31 f.; *ders.*, *Innovation und Recht – Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016, S. 101: „Eine nur äußerlich eindrucksvolle, aber die wirkliche Vorgehensweise verdeckende Fassade kann nicht rechtsstaatliches Leitbild sein.“ *A.A. D. Roth-Isigkeit*, *Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts*, DÖV 2020, 1018 (1021 f.). Bzgl. § 39 I 2 VwVfG, dessen Wortlaut freilich so eine Begründungswahrheit mindestens anklängen lässt: *P. Stelkens* in: *ders./Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG* (Fn. 4), § 39 Rn. 47; *M. Schuler-Harms*, in: *F. Schoch/J. Schneider* (Hrsg.), *VwVfG*, München 2020, § 39 Rn. 51, 53 f.

Selbst wenn man diesen Grundsatz anerkennt, ist sein Appell aber auf eine Rechtsentscheidung gemünzt und daher nach überwiegender Ansicht gegenständlich auf die *rechtlichen* Erwägungen der Person begrenzt.²⁹ Zu einer ersten Verengung des Begründungsumfangs kommt es also, indem etwaige soziologische, psychologische und anderen außerjuridische Entscheidungsmotive außenvor belassen werden. Zu einer zweiten Verengung kommt es, indem sodann aus sämtlichen rechtlichen Erwägungen jene herausgestellt werden, die letztlich als *entscheidungserheblich* gelten sollen.

Auch insoweit ist über seine normative Kraft indes noch nichts gesagt, denn unauthentische Begründungen können in vielen Schattierungen auftreten. Sie müssen keiner Unredlichkeit, sondern können auch schierer Unfähigkeit geschuldet sein. So scheint unsere Fähigkeit zur Introspektion recht beschränkt. Erkenntnisse der Psychologie und Neurobiologie deuten darauf hin, dass Menschen kaum Einblick in ihre kognitiven Prozesse höherer Ordnung haben und stattdessen kognitive Reaktionen auf Stimuli mit für plausibel erachteten Kausaltheorien zu erklären versuchen.³⁰ Insbesondere gehen einige Neurobiologen davon aus, dass unsere moralische Haltung nicht kausal für unsere Entscheidungen ist, sondern diese nachgelagert rechtfertigt.³¹ Auch unser Gedächtnis ist fehleranfällig und täuscht uns mitunter.³² Begründende Personen können danach schlicht nicht wissen, welche unbewussten Faktoren ihre Entscheidung mitbestimmt haben.

-
- 29 Vgl. H. Trute, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 11), S. 301 f.; Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 3), 1 (59); befürwortend Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre (Fn. 11), S. 1; H. Koch, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, EuGRZ 1986, 345 (355); R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 11), S. 32 f.; kritisch W. Hoffmann-Riem, in: ders. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht, München 1981, S. 10 ff.; ders., GVwR I (Fn. 29), § 10 Rn. 31 f.; empirisch R. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, Wiesbaden 2011 [Erstveröffentlichung 1972], S. 205 ff.
- 30 R. Nisbett/T. Wilson, Telling More Than We Can Know: Verbal Reports on Mental Processes, Psychological Review 1977, 231; P. Johansson et al., Failure to detect mismatches between intention and outcome in a simple decision task, Science 2005, 116; C. Petitengin/A. Remillieux/B. Cabour/S. Carter-Thomas, A gap in Nisbett and Wilson's findings? A first-person access to our cognitive processes, Consciousness and Cognition 2013, 654.
- 31 C. Funk/M. Gazzaniga, The functional brain architecture of human morality Current Opinion in Neurobiology 2009, 678 (680).
- 32 E. Loftus, Creating False Memories, Scientific American 1997, 70; M. Steffens/S. Mecklenbräuker, False memories: Phenomena, theories, and implications, Journal of Psychology 2017, 12 (12 ff.); H. Welzer, Das kommunikative Gedächtnis, 4. Aufl., München 2017, S. 19 ff.; D. Myers/J. Wilson, in: D. Myers (Hrsg.), Psychology, 3. Aufl., Heidelberg 2014, S. 356 ff.

Besonders delikant wird es, wenn bewusste Taktiererei hinzukommt. Nach der Alltagserfahrung der allermeisten Personen, die professionelle Einblicke in Justiz und Verwaltung erhalten haben, werden die dortigen Amtsträger die aus ihrer subjektiven Sicht „richtige“ Begründung angeben. Auch für das deutsche Gerichtswesen existiert aber durchaus ethnographische Forschung, die die taktischen und auf Selbstschutz gerichteten Erwägungen bei der Abfassung der Entscheidungsbegründung hervorhebt.³³ Hiernach soll es durchaus vorkommen, dass mehrere als vertretbar eingeschätzte Begründungen staatlich identifiziert und zwischen diesen sodann aus außerjuridischen Erwägungen ausgewählt wird. In solchen Fällen scheint es also zu einer Wechselwirkung zwischen Entscheidungsherstellung und -begründung insofern zu kommen, als das Wissen darum, die ausgegebene Entscheidung in einer den rechtlichen Anforderungen genügenden Weise begründen zu müssen, bereits auf den Entscheidungsprozess ausstrahlt.³⁴ Authentisch wird man solche Begründungen aber kaum mehr bezeichnen können. Das Entstehende ist kein Kondensat, keine Essenz, sondern im besten Falle eine Selektion, im schlechteren Falle ein Aliud.³⁵

C. Herstellung und Darstellung automatisierter Entscheidungen

Bei automatisiert erstellten Entscheidungen, auch solchen die unter Einsatz künstlicher Intelligenz operieren, stehen der Herstellungsprozess und die Darstellung in einem epistemisch wesentlich anderen Verhältnis zueinander.

33 *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt (Fn. 29), S. 205 ff.

34 *W. Hoffmann-Riem*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9 (22 f.); *ders.*, in: *GVwR I* (Fn. 29), § 10 Rn. 33; *ders.*, Innovation und Recht – Recht und Innovation (Fn. 29), S. 99; ähnlich *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung (Fn. 11), S. 66; *Schlüter*, Das Obiter dictum, 1973, S. 97; *Koch*, *EuGRZ* 1986, 345 (355); *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 11) S. 282; *Christensen/Kudlich* (Fn. 10), S. 124 f.; *K. Gräfin von Schlieffen* (Fn. 11), S. 384; *T. Wischmeyer*, in: M. Eifert (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, Baden-Baden 2020, S. 73 (79); empirisch *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt (Fn. 29), S. 218–223.

35 Optimistischer *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 13: minus statt aliud.

I. Ansätze

Viele Ansätze werden diskutiert, um unter KI-Einsatz zustande gekommene Entscheidungen zu erklären. Gemeint sind hier keine Systemtransparenz im Sinne der Einsicht in den Programmcode³⁶ oder generellen Funktionsbeschreibungen. Diese eignen sich nicht dazu, eine konkrete Entscheidung des Systems verständlich werden zu lassen und deren Qualität überprüfbar zu halten.³⁷

Als übergeordnete Kategorien seien hier lediglich zwei genannt: Erstens existieren Ansätze, menschlich interpretierbare Informationen über die *herangezogenen Faktoren* und deren Gewichtung bereitzustellen.³⁸ Hierbei kann die Erklärbarkeit vereinfacht werden, indem nicht das gesamte Modell in seiner globalen Verhaltensweise (Model-Centric Explanations), son-

-
- 36 Hierzu J. A. Kroll/J. Huey/S. Barocas/E. W. Felten/J. R. Reidenberg/D. G. Robinson/H. Yu, *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review* 2017, 633 (657 ff.); A. Tutt, *An FDA for Algorithms*, *Administrative Law Review* 2017, 83 (110 f.); L. Edwards/M. Vaele, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, *Duke Law & Technology Review* 2017, 18 (43, 65 f.); M. Martini/D. Nink, *Wenn Maschinen entscheiden... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, *NVwZ – Extra* 10/2017, 1 (11); Martini, *Blackbox Algorithmus* (Fn. 4), S. 181 f.; K. Zweig, *Algorithmische Entscheidungen: Transparenz und Kontrolle*, 2019, S. 8 f., abrufbar unter <https://www.kas.de/de/analysen-und-argumente/detail/-/content/algorithmische-entscheidungen-transparenz-und-kontrolle> (zuletzt abgerufen: 14.09.2022); Wischmeyer, *Regulierung intelligenter Systeme* (Fn. 3), 1 (53); T. Wischmeyer, in: ders./T. Rademacher (Hrsg.), *Regulating Artificial Intelligence*, Heidelberg 2020, 75 (86 Rn. 23); Nink, *Justiz und Algorithmen*, (Fn. 20), S. 339.
- 37 Wischmeyer, *Regulierung intelligenter Systeme* (Fn. 3), 1 (53); F. Doshi-Velez/M. Kortz/R. Budish/C. Bavitz/S. Gershman/D. O'Brien/K. Scott/S. Schieber/J. Waldo/D. Weinberger/A. Welle/A. Wood, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, v3 (2019), S. 4, abrufbar unter <https://arxiv.org/abs/1711.01134> (zuletzt abgerufen: 14.09.2022) M. Kaminsky, in: W. Barfield (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge 2021, 121 (127 ff.).
- 38 Vgl. S. Wachter/B. Mittelstadt/L. Floridi., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *International Data Privacy Law* 2017, 76 (78 f.); K. Atkinson/T. Bench-Capon/D. Bollegala, *Explanation in AI and law: Past, present and future*, *Artificial Intelligence* 2020, 4 f.; C. Busch, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 57 f., abrufbar unter <https://www.abida.de/de/blog-item/gutachten-algorithmic-accountability> (zuletzt abgerufen: 14.09.2022); Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation* (Fn. 37), S. 4; Wischmeyer (Fn. 36), S. 87 f.

dern lediglich die für den konkreten Input lokal relevant gewordenen Faktoren erklärt werden (Subject-Centric Explanations).³⁹

In Verwandtschaft zu letzteren zielen zweitens *kontrafaktische Erklärungsansätze* auf die Offenlegung (nur) der Faktoren, die geändert werden müssten, um das Ergebnis (in der gewünschten Weise) zu beeinflussen. Sie zeigen mithin hypothetische Szenarien auf und ermöglichen dadurch, das eigene Verhalten anzupassen oder die Entscheidung anzufechten, ohne den Entscheidungsprozess in all seinen Details exakt nachzeichnen zu können.⁴⁰

II. Authentizität

Insofern betont insbesondere *Thomas Wischmeyer*, dass intelligente Systeme und ihre Entscheidungen nicht per se intransparenter sind als ihre menschlichen Pendanten.⁴¹ Während nämlich der Mensch tatsächlich eine „black box“ ist, dessen Begründungsauthentizität absehbar nicht kontrolliert werden kann,⁴² ist diese bei algorithmischen Entscheidungssystemen,

39 *Edwards/Vaele*, *Slave to the Algorithm?* (Fn. 37), 18 (55 ff.); *A. Deeks*, *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence*, *Columbia Law Review* 2019, 1829 (1835 ff.); *Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gersbman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo*, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, (Fn. 37), S. 13.

40 Dazu *Wachter/Mittelstadt/Russell*, *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box* (Fn. 4), 841 (860 f.); *Deeks*, *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence* (Fn. 40), 1829 (1836 f.); *Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gersbman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo*, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, (Fn. 37), S. 5, 14; *Wischmeyer*, *Digitale Disruption und Recht* (Fn. 36), S. 91; (noch) skeptisch *A. Páez*, *Artificial Explanations: The Epistemological Interpretation of Explanation in AI*, *Synthese* 2009, 131 (143 ff.).

41 *Wischmeyer*, *Regulierung intelligenter Systeme* (Fn. 37), 1 (8, 44 f., 54); *ders.*, *Regulating Artificial Intelligence* (Fn. 36), S. 78; dem folgend *Nink*, *Justiz und Algorithmen* (Fn. 20), S. 337 f.; aus dem englischsprachigen Raum *J. Kleinberg/J. Ludwig/S. Mullainathan/C. R. Sunstein*, *Algorithms as discrimination detectors*, *PNAS* 2020, 30096 (30097); *Coglianesi/Lai*, *Algorithm Vs. Algorithm* (Fn. 21), 1281 (1286 f., 1313).

42 Vgl. *Kischel*, *Die Begründung* (Fn. 3), S. 10; *C. Ernst*, *Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten*, *JZ* 2017, 1026 (1029); *Scheuerle*, *Finale Subsumtionen* (Fn. 11), 305 (340 Fn. 129): „die (psychischen) Fakten des (tatsächlichen) Zustandekommens der Entscheidung [sind] hinter richterlichen Stirnen wohlthuend verborgen und hoffentlich durch keinen technischen „Fortschritt“ je ans Licht zu zerren.“; *A. Posner*, *How Judges Think*, Cambridge Mass.

für die ein Erklärungstool existiert, lediglich von der korrekten Programmierung (und Anwendung) des Erklärungstools abhängig und als solche überprüfbar. Zwar wird auch ein Mensch in seiner Entscheidungsbegründung regelmäßig Faktoren anführen und gewichten und mitunter auch auf kontrafaktische Argumente zurückgreifen⁴³ (ohne dass damit notwendigerweise ein obiter dictum geäußert würde⁴⁴). Bei alledem kann man sich aber nie sicher sein, ob all dies eine bloße Fassade darstellt, ob im Hintergrund andere Faktoren wirkten und die behaupteten kontrafaktischen Gegebenheiten bei ihrem Vorliegen doch nicht als ausschlaggebend betrachtet worden wären.

In gewisser Weise kommt es bei automatisierten Erklärungsprogrammen demgegenüber zu einer *Ent-Differenzierung*: Die so erzeugten Darlegungen sind zwar nicht identisch mit den Herstellungen, häufig werden sie von zweiten Systemen erstellt, die an die eigentlichen Entscheidungssysteme anknüpfen ohne notwendigerweise selbst vollständigen Einblick in deren Programmabläufe zu haben.⁴⁵ Sie können in ihrem Zuschnitt und ihrer Verständlichkeit auch unterschiedlich geeignet sein. Aber während unser menschliches Gedächtnis uns mitunter täuscht und wir uns auch sonst nicht immer verstehen, haben KI-Systeme ein prinzipiell fehlerfreies Gedächtnis, unterliegen keinen kognitiven Verzerrungen oder sozialen Zwängen. Darauf aufsetzende Erklärungsprogramme glätten nicht taktisch, sparen nichts aus Selbstschutzerwägungen aus, sondern liefern soweit technisch möglich die nackte Wahrheit. Sie profitieren davon, dass sich intelligente Systeme durch eine *Plastizität* auszeichnen, die ihnen er-

2008: „judges’ decision-making methods are often and inevitably opaque because they involve telescoped rather than step-by-step thinking“.

- 43 T. Miller, *Explanation in artificial intelligence: Insights from the social sciences*, *Artificial Intelligence* 2019, Kapitel 1.2 Ziffer 1, Kapitel 2.3 m.w.N.
- 44 Eine staatliche Stelle kann etwa einen rechtlichen Maßstab aufzeigen und dann darlegen, inwiefern die betroffene Person diesem nicht genügt, welche nicht gegebenen Aspekte bei ihrem Vorliegen mithin zu einer anderen Entscheidung geführt hätten.
- 45 Die Vorteile dieses Ansatzes hervorhebend *Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershan/O’Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo*, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, (Fn. 37) S. 16 f.; *L. Edwards/M. Vaele*, *Slave to the Algorithm?* (Fn. 37), 18 (64 f.); sehr kritisch demgegenüber *C. Rudin*, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, *Nature Machine Intelligence* 2019, 206–215; vgl. auch *Wischmeyer*, *Regulierung intelligenter Systeme* (Fn. 3), 1 (61): „Langfristiges Ziel ist hier, intelligente Systeme so zu programmieren, dass sie selbst Auskunft über die ihre Entscheidung „tragenden“ Gründe geben und diese in einer für menschliche Empfänger verständlichen Form aufbereiten können.“

laubt, „sich leichter und präziser als menschliche Entscheider bzw. die tradierten Modi der Verhaltenssteuerung programmieren [zu] lassen“.⁴⁶ Im besten Fall können die gespeicherten Inputs, Zwischenschritte und Outputs exakt wiedergegeben werden, ohne kognitiven Unzulänglichkeiten oder strategischen Glättungen zu unterliegen.⁴⁷ Dem Resultat ist dann eine höhere „Methodenehrlichkeit“⁴⁸ zu attestieren. Zwar mögen auch Fehlfunktionen von Erklärungstools auftreten, die im Ausgangspunkt menschlichen Begründungsdefiziten entsprechen. Etwaige Programmfehler können aber, nachdem sie erkannt wurden, ausgemerzt werden, menschliche Denkmuster kaum. Eine gelogene Begründung einer Erklärungssoftware – erinnert sei an die geheime Volkswagen-Software, die in Testscenarien andere Werte als im Normalbetrieb ausgab ("Abgasskandal") – wäre eine Lüge der Programmierer, die im Code der Erklärungssoftware niedergeschrieben und damit entdeckbar wäre.

Wenn es dann doch zu *Re-Differenzierungen* kommt, ist dies anders als bei menschlichen Begründungen nicht subjektintern bedingt, sondern dem Zweck geschuldet, die Verständnishorizonte der Erklärungsempfänger zu berücksichtigen. Im Ausgangspunkt ähnlich einer menschlichen Rechtsbegründung wird auch für KI-Erklärungsansätze mit Blickverengungen und Komplexitätsreduzierungen gearbeitet.⁴⁹ Jede Erklärung, ob menschlich oder maschinell getätigt, unterliegt einem Zielkonflikt zwi-

46 T. Wischmeyer, AÖR 143 (2018), 1 (45); vgl. auch Lubmann (Fn. 11), S. 49; C. Ernst, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 (1027 f.).

47 Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo, Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation (Fn. 37), S. 18; Coglianese/Lai, Algorithm Vs. Algorithm (Fn. 21), 1281 (1309); W. Hoffmann-Riem, Recht im Sog der digitalen Transformation, Tübingen 2022, S. 54.

48 Zum Begriff F. Brecher, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 277 ff.; W. Scheuerle, Finale Subsumtionen (Fn. 11), 429 (436); Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht (Fn. 17), S. 72 ff.; H. Haferkamp, in: K. P. Berger/G. Borges/H. Herrmann/A. Schlüter/U. Wackerbarth (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext – Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006; H. Hamann/L. Hoefl, Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht. Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?, AcP 2017, 311 ff.

49 Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo, Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation (Fn. 37), S. 13; de Vries, Nordic Yearbook of Law and Informatics 2020–2021 (Fn. 2), S. 149.

schen Verständlichkeit und Genauigkeit.⁵⁰ Gut gestaltete Begründungsprogramme, die sich einer hohen Verständlichkeit verschreiben, liefern als Resultate aber im besten Sinne Kondensate, kein aliud.

D. Funktionalitätsvergleich auf hoher Generalisierungsebene

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, die Verwirklichungschancen der Begründungsfunktionen auf einer hohen Generalisierungsebene im menschlichen wie maschinellen Kontext zu vergleichen. Hierbei müssen zunächst die unterschiedlichen *Gegenstände* menschlicher und maschineller Begründungen berücksichtigt werden. Während entscheidende Personen Gründe dafür angeben, weswegen sie die entsprechende Entscheidung aus dem Recht herleiten, beschränken sich Methoden der „Explainable AI“ regelmäßig darauf, Entscheidungen rein tatsächlich erklärbar zu machen. Ihre Erklärungen sind vor allem tatsächliche Beschreibungen, welche Datenbereiche bzw. Inputfaktoren eine Rolle für eine Klassifizierung gespielt haben. Aktuelle Anwendungsfälle automatisierter Entscheidungssysteme würden allenfalls Aussagen zu einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgenbestandteilen, etwa der Zuverlässigkeit einer Person oder der adäquaten Forderungs- oder Strafhöhe treffen. Sie stellen aber keine Rechtfertigung dafür dar, weswegen die getroffene Entscheidung sich aus dem Recht ergibt, also rechtlich richtig bzw. vertretbar ist (insbesondere auf welcher Rechtsgrundlage sie beruht, welche Tatbestandsvoraussetzungen diese hat oder welche methodisch rückgebundenen Argumente für oder gegen sie gesprochen haben).

Etwaige Versuche, die „Explainable AI“ um juristische Erklärungszusammenhänge zu erweitern, könnten auf dem aktuellen Stand der Technik kaum mit einer auf juristischem Wissen gründenden Argumentation verglichen werden.⁵¹ Es wird zwar mitunter für möglich gehalten, irgendwann eine KI zu entwickeln, die Strukturen in menschlichen Rechtstex-

50 Edwards/Vaele, *Slave to the Algorithm?* (Fn. 37), 18 (59); Wischmeyer (Fn. 36), S. 88 Rn. 26; H. Asghari/N. Birner/A. Burchardt/D. Dicks/J. Faßbender/N. Feldhus/F. Hewett/V. Hofmann/M. C. Kettemann/ W. Schulz/J. Simon/J. Stolberg-Larsen/T. Züger, *What to explain when explaining is difficult?*, 2022, S. 7 f, abrufbar unter: <https://graphite.page/explainable-ai-report/> (zuletzt abgerufen: 15.09.2022).

51 M. Herberger, *Künstliche Intelligenz*, NJW 2018, 2825 (2828); Nink, *Justiz und Algorithmen* (Fn. 20), S. 228; Darstellung eines Ansatzes bei V. Herold, in: J. Taeger (Hrsg.), *Rechtsfragen digitaler Transformationen*, Oldenburg (Oldenburg) 2018, S. 453 (458 f.).

ten erfassen und mittels Sprachtaktiken und gelernten Reaktionsmustern rechtliche Fragen klären und passende Begründungen produzieren kann.⁵² Dabei würde eine rechtliche Begründung aber lediglich *simuliert*.⁵³ Thomas Wischmeyer bemüht insofern das Bild der KI-basierten Rechtsargumentation als eines schlechten Sachbearbeiters „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.“⁵⁴ Um solche Ansätze soll es im Folgenden nicht gehen.

Des Weiteren können die Eigenheiten von einzelnen Rechtsbereichen, Anwendungsfällen oder Erklärungsansätzen im vorliegenden Rahmen nicht berücksichtigt werden. Die daraus resultierenden Ungenauigkeiten bitte ich zu entschuldigen; sie sind der Preis dafür, im Rahmen eines Kolloquiums die Eigenschaften eines Meta-Prozesses skizzieren zu können. Mir scheinen sich jedenfalls sämtliche Begründungsfunktionen im Mensch-Maschinen-Vergleich spezifisch zu unterscheiden.⁵⁵

I. Selbstkontrolle

Bei Menschen erfolgt eine *Selbstkontrolle* durch das Begründungserfordernis bereits ex ante während des Abfassungsprozesses disziplinierend und dient der Selbstvergewisserung der Rechtmäßigkeit.⁵⁶ Der Herstellungsprozess wird hierdurch angeleitet oder wenigstens irritiert.

52 J. Wagner, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 (902 f.); A. Adrian, Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, Rechtstheorie 2017, 77 (95 ff.; 112 ff.); Darstellung bei von A. von Graevenitz, „Zwei mal Zwei ist Grün“ – Mensch und KI im Vergleich, ZRP 2018, 238 (240); Wischmeyer, Digitale Disruption und Recht (Fn. 34), S. 88 f.

53 Vgl. Adrian, Der Richterautomat ist möglich (Fn. 53), 77 (79 und passim); von Graevenitz, „Zwei mal Zwei ist Grün“ (Fn. 53), 238; Nink, Justiz und Algorithmen (Fn. 20), S. 228.

54 Wischmeyer, Digitale Disruption und Recht (Fn. 34), S. 87 f.; ähnlich V. Herold, Rechtsfragen digitaler Transformationen (Fn. 51), S. 462; vgl. auch Nink, Justiz und Algorithmen (Fn. 20), S. 337: „Wozu der Vorgang dient, welchen Sinn dies hat, was daraus folgt, ist für die Maschine weder erkennbar noch relevant.“

55 Meines Erachtens zu stark nivellierend F. Doshi-Velez et. al., Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation (Fn. 37), S. 18: „the significance of the decision, the relevant social norms, the extent to which an explanation will inform future action – are likely to be the same“; T. Wischmeyer, in: Regulating Artificial Intelligence (Fn. 37), S. 78.

56 Kischel, Die Begründung (Fn. 3), S. 40 f., 43.

Demgegenüber werden automatisiert erstellte Begründungen aktuell, soweit ersichtlich, nicht mit den eigentlichen ML-Prozessen dergestalt rückgekoppelt, dass gerade die Begründung dem Programm als Kontrollmaßstab dient. Automatisiert ablaufende Entscheidungsprozesse müssen auch nicht dazu angehalten werden, sich vorschnell festzulegen. Automatisierte Begründung sind zwar den Programmierern sowohl vor dem eigentlichen Programmeinsatz in der Trainingsphase sowie ex post nützlich (Selbstkontrolle i.w.S.): Aufgrund der hohen Begründungsauthenzität ist es möglich, Fehler und Ungewolltes zu erkennen und auszumerzen.⁵⁷ Die Art der Erklärung, die für die Entwickler interessant ist, unterscheidet sich aber meist erheblich von denen, die für Betroffene und interessierte Dritte adäquat wäre.

II. Befriedung

Hinsichtlich der *Chance, einen Rechtsstreit zu befrieden* als empirischer Frage hat die menschliche Begründung einen Trumpf und einen Malus. Zwar kann bereits der Umstand, dass das gefundene Ergebnis rechtlich rückgebunden ist, befrieden. Dennoch dürfte tendenziell abträglich sein, dass der menschliche Entscheidungsfindungsprozess nicht nachvollziehbar ist und Raum für allerlei Spekulation belässt. Andererseits können Menschen bei der Abfassung ihrer Begründungen aus der Gesamtheit ihrer Erfahrungen schöpfen und damit maßgeschneidert den Kontext, die Bedürfnisse des Einzelfalls und den Erwartungshorizont ihres Gegenübers berücksichtigen.⁵⁸ Sie können auch Verständnis für die Notlage oder Unzufriedenheit einer beteiligten Person artikulieren, ohne dieser Recht zu geben.

Die Befriedungsfunktion steht und fällt bei KI-gestützten Systemen damit, ob der gewählte Erklärungsansatz den Betroffenen verständlich macht, weswegen eine konkrete Entscheidung getroffen wurde. Auch sie unterliegen der Adressatenproblematik und müssen sich um eine kontext-

57 Vgl. Martini, Blackbox Algorithmus (Fn. 4), S. 190.

58 Miller, Explanation in artificial intelligence (Fn. 44), Kapitel 1.2 Ziffer 4, Kapitel 4, Kapitel 5 m.w.N.; Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo, Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation (Fn. 37), S. 18; vgl. Kischel, Die Begründung, (Fn. 3), S. 340 ff., 379 ff.; Mast, Staatsinformationsqualität (Fn. 27), S. 282 ff., 308 ff.

spezifische, benutzerfreundliche Art und Weise der Erklärung bemühen.⁵⁹ Rein technische Informationen oder Hinweise auf relevant gewordene „Datenbereiche“ genügen dem jedenfalls nicht. Solche müssten zunächst von menschlichen Experten interpretiert und sodann den betroffenen Laien übersetzt werden. Ohne eine solche Übersetzungsleistung könnten hochkomplexe Erklärungen Betroffene überwältigen und eher abschrecken. Aber selbst in den Fällen, in denen eine benutzerfreundliche Erklärung in natürlicher Sprache gelingt, dürften automatisierte Entscheidungen von manchen als unheimlich empfunden und daher kaum von dieser befriedet werden. Falls das Bewusstsein um deren gesteigerte Authentizität zunimmt, liegen gegenläufige Prozesse nahe. Was die Möglichkeiten der Eigenwerbung und Kritikantizipation anbelangt, bleiben automatisiert erstellte Begründungen deutlich hinter ihren menschlichen Pendants zurück, solange diese keine entsprechende Empathie entwickeln.⁶⁰

III. Ausrichtung zukünftigen Verhaltens

Was die *Ausrichtung zukünftigen Verhaltens* anbelangt, erlauben begründete Einzelfallentscheidungen im Ausgangspunkt entsprechende Verhaltensausrichtungen. Allerdings kann man sich in den Fällen, in denen Menschen kontrafaktisch argumentieren, realiter nicht absolut sicher sein, ob im Falle des Vorliegens der verneinten Aspekte nicht doch ein anderer Weg für dasselbe Ergebnis eingeschlagen worden wäre.

Demgegenüber ist bei Entscheidungen deterministischer Systeme eine Verhaltensausrichtung vollumfänglich möglich. Bei ML-Systemen ermöglichen kontrafaktische Erklärungen zwar, die tatsächliche Konsistenz zwischen unterschiedlichen Entscheidungen desselben Systems zu überprüfen.⁶¹ Allerdings erlaubt der Umstand, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Input zu einem Ergebnis geführt hätte, aufgrund

59 Überblick m.w.N. bei Miller, *Explanation in artificial intelligence* (Fn. 44), Kapitel 5.3; K. Sokol/P. Flach, *Explainability Fact Sheets: A Framework for Systematic Assessment of Explainable Approaches*, FAT* 2020, 56 (59 ff.).

60 Darstellung erster Ansätze Miller, *Explanation in artificial intelligence* (Fn. 44), Kapitel 5.3.

61 Doshi-Velez/Kortz/Budish/Bavitz/Gershman/O'Brien/Scott/Schieber/Waldo/Weinberger/Welle/Woo, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation* (Fn. 37), S. 5; Coglianese/Lai, *Algorithm Vs. Algorithm* (Fn. 21), 1281 (1307).

der ständigen Weiterentwicklung des ML-Systems keine sichere Prognose, ob dies auch zukünftig der Fall sein wird.⁶²

IV. Rechtsschutz

Unter formeller Betrachtung wird Rechtssicherheit bei menschlichen Entscheidungen dadurch geleistet, dass nicht irgendwelche implizit gebliebenen Erwägungen der entscheidenden Stelle, sondern die Entscheidungsbeurteilung den Maßstab der weiteren Überprüfung im Instanzenzug bildet. Allerdings kann neben der nicht völlig auszuräumenden Möglichkeit, dass verdeckt gebliebene Diskriminierungen zu einer Entscheidung geführt haben, auch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Stelle ihre Entscheidung unter Strapazierung des tatsächlichen Geschehens „rechtsmittelfest“ formuliert.⁶³ „In der Praxis orientiert die Darstellung sich allerdings häufig vorrangig nur an dem Ziel, die Unangreifbarkeit der Entscheidung vor der Kontrollinstanz zu sichern“.⁶⁴ Jedenfalls denkbar sind damit Situationen, in denen die entscheidende Stelle die Position derjenigen Seite stärkt, die sie im Recht sieht und die Chancen zur höherinstanzlichen Abänderung im Interesse der anderen Seite schmälert.

Sowohl die Faktorenerörterung als auch kontrafaktische Erklärungen erlauben bei KI-basierten Entscheidungen eine Überprüfung anhand der rechtlichen Vorgaben im Instanzenzug. Anders als bei menschlichen Begründungen kann bei automatisiert erstellten Begründungen taktische Kosmetik ausgeschlossen werden, was die Rechtsschutzfunktion stärkt. Demgegenüber wird die Rechtsschutzfunktion geschwächt, wenn

-
- 62 Vgl. R. Binns, Analogies and Disanalogies Between Machine-Driven and Human-Driven Legal Judgment, CRCL online-first 2020, 1 (5 f.), abrufbar unter: <https://journalcrcl.org/crcl/article/view/5> (zuletzt abgerufen: 15.09.2022); K. Kaminski, Gründe geben. Maschinelles Lernen als Problem der Moralfähigkeit von Entscheidungen, in: K. Wieglering/M. Nerurkar/C. Wadepful, Datafizierung und Big Data, Heidelberg 2020, 151 (157); Wischmeyer, Regulating Artificial Intelligence (Fn. 37), S. 82 Rn. 15. Daran ändert auch der „rückblickende Charakter“ von ML-Systemen, der daraus folgt, dass Prognosen stets anhand des benutzten Datenmaterials erfolgen, nichts, vgl. Herold, Rechtsfragen digitaler Transformationen (Fn. 51), S. 462 f.
- 63 Vgl. Jestaedt, Autorität und Zitat (Fn. 14), S. 516; C.-O. Bauer/F. Graf Westphalen/G. Otto/H.-G. Weiss/G. Heine, Das Recht zur Qualität, Heidelberg 1996, S. 376.
- 64 Hoffmann-Riem, GVwR I (Fn. 29), § 10 Rn. 32; empirisch Lautmann, Justiz – die stille Gewalt (Fn. 29), S. 206.

bei künstlichen neuronalen Netzwerken kontrafaktische Erklärungen versagen, etwa weil nicht sämtliche Entscheidungsschritte zwischen Input und Output nachvollzogen werden können.⁶⁵ Im Unterschied zum Menschen, bei dem die einzelnen Gedankenschritte ebenfalls im Dunkeln verbleiben, aber die hiernach verfasste Begründung auf ihre Stringenz und Folgerichtigkeit überprüft werden kann, kann ein „Explainable AI“-Einsatz aufgrund seiner authentischeren Beziehung zum eigentlichen Herstellungsprozess keine Stringenz oder Folgerichtigkeit darstellen, wo diese im Entscheidungsprozess nicht erkennbar sind. Da gerichtlich primär das *Ergebnis* des automatisierten Entscheidungsvorgangs überprüft wird,⁶⁶ führen entsprechende Dunkelfelder zwar nicht dazu, dass Rechtsschutz per se verstellt wäre; ohne genau nachvollziehen zu können, inwiefern die herangezogenen Kriterien zu dem Ergebnis geführt haben, lassen sich aber etwa Diskriminierungen kaum nachweisen.⁶⁷ Dies gilt umso mehr, als uns menschliche Ausflüchte und Täuschungsmotive noch vergleichsweise intuitiv sind, während Fehlfunktionen eines automatisierten Systems maximal unintuitiv ausfallen können.

V. Entlastung des Justizsystems

Menschliche Begründungen *entlasten das Justizsystem* potentiell in doppelter Hinsicht. Zum einen sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass das Rechtssystem überhaupt angerufen wird, wenn eine Entscheidung verständlich und akzeptabel erscheint.⁶⁸ Zum anderen ermöglicht die Begründung anfechtenden wie kontrollierenden Personen, „sich auf eine bestimmte Anzahl zweifelhafter Teile des Gedankenganges zu beschränken“,

65 Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Möglichkeit, dass ein sog. Rashomon-Effekt auftritt, bei dem unterschiedliche kontrafaktische Erklärungen widersprüchlich ausfallen. Hierzu *de Vries*, *Nordic Yearbook of Law and Informatics 2020–2021* (Fn. 2), S. 151 ff.

66 Nach der h.M. genügt es etwa für die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts, dass dieser objektiv die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Unerheblich ist demgegenüber, ob er sachlich zutreffend begründet ist, *Stelkens*, *VwVfG* (Fn. 4), § 39 Rn. 30 m.w.N.

67 *Roth-Isigkeit*, Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts (Fn. 4), 1018 (1024f.), vgl. § 114 Satz 2 VwGO.

68 *Kischel*, Die Begründung (Fn. 3), S. 58.

sie sind nicht gezwungen, „die Entscheidung uneingeschränkt und in allen Teilen infragezustellen.“⁶⁹

Bei *automatisiert erstellten Begründungen* ist eine tendenziell größere Übersetzungsleistung notwendig um diese im Rechtssystem aufzugreifen und zu verarbeiten, als bei von Juristinnen und Juristen erstellten Begründungen. Die statistischen Korrelationen, auf denen ML-Systeme aufbauen, stimmen nicht notwendigerweise mit denjenigen Aspekten überein, die juristisch in die Entscheidungsbegründung miteingeflossen wären.⁷⁰ Weiter geschwächt wird die Entlastungsfunktion, wenn bei künstlichen neuronalen Netzwerken nicht sämtliche Entscheidungsschritte zwischen Input und Output nachvollzogen werden können. In dem Falle kann sich eine rechtliche Überprüfung nicht am automatisierten Entscheidungsweg orientieren, sondern muss das gefundene Ergebnis „von der Pike auf“ eigenständig konstruieren.

VI. Akzeptanz- und Vertrauenswürdigkeit

Die Möglichkeit, Entscheidungen öffentlich zu diskutieren und ein gesundes Maß an Misstrauen auf seine Berechtigung hin abzutasten, ist demokratisch positiv.⁷¹ Hier kommt menschlichen Entscheidungen der Vorteil zu, offensiv für sich werben und sich als interessengerecht und vernünftig ausweisen zu können.⁷² Andererseits dürfte die nicht ausräumbare Möglichkeit von vorgeschobenen oder sonstig unaufrichtigen Entscheidungsbegründungen die *Akzeptanz- und Vertrauenswürdigkeit* aus Sicht Betroffener unterminieren. Die Vertrauenssoziologie deutet darauf hin, dass institutionelles Vertrauen davon lebt, dass effektive Misstrauens- und Sanktionsmechanismen bestehen.⁷³

69 Kischel, Die Begründung (Fn. 3), S. 58; T. Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 3), 1 (57 f., 60); vgl. Campos Zamora, Das Problem der Begründung richterlicher Entscheidungen (Fn. 4) S. 195.

70 Herold, Rechtsfragen digitaler Transformationen (Fn. 52), S. 462; Nink, Justiz und Algorithmen (Fn. 20), S. 228.

71 Kischel, Die Begründung (Fn. 3), S. 59 f.

72 Vgl. T. Würtenberger, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren NJW 1991, 257 (259).

73 Vgl. T. Strulik, Nichtwissen und Vertrauen in der Wissensökonomie, Frankfurt am Main 2004, S. 88 ff.; R. Lepsius, in: S. Hradil (Hrsg.), Differenz und Integration: die Zukunft moderner Gesellschaften, Frankfurt am Main 2004, S. 289 f.; M. Endreß, Vertrauen, Bielefeld 2015, S. 59 ff.; S. Marshall, Lügen und Politik im "postfaktischen Zeitalter", APuZ 2017, 17 (19); vgl. H. Jäckel, in: P. Haungs

An die Stelle der Zweifel an der menschlichen Aufrichtigkeit treten bei automatisierten Entscheidungsbegründungen Technikaversionen in Justiz und Bürgerschaft. Durch deren Einsatz verschiebt sich Macht hin zu den entwickelnden und betreibenden Personen und Unternehmen. Wer also sein Vertrauen v.a. auf die richterliche Kompetenz stützt, dem dürfte negativ aufstoßen, dass sich bei automatisierten Begründungen Macht hin zu den entwickelnden und betreibenden Personen und Unternehmen verschiebt. Andererseits bietet die Technologie – sofern sie die hohen Zuverlässigkeitshürden für einen staatlichen, insb. gerichtlichen Einsatz nähme⁷⁴ – vielzählige Möglichkeiten, Entscheidungen durch nichtstaatliche Experten oder im Wege von „Probendurchläufen“ auch durch Laien überprüfen zu lassen und gesellschaftlichen Akteuren damit unmittelbare Kontrollen zu erlauben.⁷⁵

E. Fazit

Eine um normative Kraft bedachte Verfassungsauslegung muss den Blick ab und an vom Sollen aufs Sein schwenken. Die Digitalisierung der Ge-

(Hrsg.), *Politik ohne Vertrauen?*, Baden-Baden 1990, S. 33 f.; nach *E. Schmidt-Aßmann*, in: ders./W. Hoffmann-Riem/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Band II, 2. Aufl., München 2012 § 27 Rn. 106 spiegeln sie den „Ernst exekutivischer Gesetzesbindung“ wider.

74 Allgemein hierzu *Kroll/Huey/Barocas/Felten/Reidenberg/Robinson/Yu*, *Accountable Algorithms* (Fn. 37), 633 (703); vgl. frühzeitig *D. Citron*, *Technological Due Process*, *Washington University Law Review* 2008, 1249 (1298 ff.); optimistischer hinsichtlich der Position der Judikative *Deeks*, *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence* (Fn. 40), 1829 (1837 f.). Das BVerfG fordert im Hinblick auf Wahlcomputer – wenn auch mit der wenig überzeugenden Lösung eines Papierprotokolls – die „Möglichkeit einer zuverlässigen Richtigkeitskontrolle“ (BVerfGE 123, 39 (73)); kritisch *T. Mast*, *Schöne neue Wahl – Zu den Versprechen der Blockchain-Technologie für demokratische Wahlen*, *JZ* 2021, 237 (243)). Der Saarländische Verfassungsgerichtshof knüpfte an diese Erwägungen im Hinblick auf die Verwertbarkeit von Geschwindigkeitsmessgeräten an, *NJW* 2019, 2456 (2458); *J. Mysegedes*, *Eine Lanze für den SaarlVerfGH – zugleich eine Erwiderung auf B. Krenberger*, Anm. zu AG Waldbröl: Polizeiliche Verfolgungsfahrt als Fahrzeugrennen? *Entscheidungsbesprechung*, *NZV* 2019, 317, sowie *C. Krumm*, *VerfGH Saarl: Fehlen von Rohmessdaten bei Geschwindigkeitsmessung – Recht auf faires Verfahren*, *NJW* 2019, 2460 und *E. Peuker*, *Verfassungsrechtlich verfahren: Zum „Blitzer-Urteil“ des saarländischen VerfGH*, *NZV* 2019, 443, *NZV* 2020, 119 ff. m.w.N.

75 *Kroll/Huey/Barocas/Felten/Reidenberg/Robinson/Yu*, *Accountable Algorithms* (Fn. 37), 633 (702 f.).

sellschaft und des Staates beeinflusst das sich ständig neu ausrichtende Pendel der verfassungsrechtlichen Wirklichkeitsgestaltung vielfältig in positiver und negativer Weise. Die verfassungsrechtliche Legitimität einer Begründung hängt dabei von ihrer tatsächlichen Funktionalität ab. Zwar dürften menschliche Entscheidungen in Exekutive und Judikative in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht nur primär rechtsgeleitet hergestellt, sondern auch authentisch und rechtmäßig begründet sein. Dennoch gedeihen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit dort besser, wo Vertrauen gegen Kontrollierbarkeit ausgetauscht werden kann. Sich der funktionalen Vor- und Nachteile hergebrachter menschlicher Praktiken gegenüber ihren digitalen Surrogaten bewusst zu machen, kann im besten Falle sowohl die bisherigen Praktiken irritieren als auch technologische Weiterentwicklungen anleiten. Denn wer das Alte mit dem Neuen vergleicht, erhält von beiden ein besseres Bild.