

## Prüfseite zu Metadaten

*Diese Seite dient nur zu internen Prüfzwecken und wird nicht gedruckt*

|                  |   |
|------------------|---|
| Zeitschrift      | DVBI  |
| Datum des Proofs | 2/03/2024   |
| Rubrik           | Aufsätze  |
| Titel            | Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt  |
| Taxonomy         | <a href="http://taxonomy.wolterskluwer.de/law/11578">http://taxonomy.wolterskluwer.de/law/11578</a> |

## Informationen über den Autor

|            |              |
|------------|--------------|
| Geschlecht | Weiblich     |
| Grad       | Prof. Dr.    |
| Vorname    | Diana-Urania |
| Nachname   | Galetta      |

|            |              |
|------------|--------------|
| Geschlecht | Männlich     |
| Grad       | Prof. Dr.    |
| Vorname    | Herwig C. H. |
| Nachname   | Hofmann      |

# Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

von Prof. Dr. Diana-Urania Galetta, Mailand und Prof. Dr. Herwig C. H. Hofmann, Luxemburg\*

Automatisierte Entscheidungssysteme, die künstliche Intelligenz (KI) nutzen, werden in den EU-Verwaltungen in den Verwaltungssystemen der Mitgliedstaaten zunehmend eingesetzt. Die zugrunde liegende Technologie entwickelt sich schnell. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit und Verantwortlichkeit der öffentlichen Entscheidungsfindung werden aber mit zunehmender Automatisierung nicht geringer, sie bestehen weiterhin. Dieser Artikel legt dar, wie KI gestützte automatisierte Entscheidungssysteme mit den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit und den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts der EU in Einklang gebracht werden können. Er setzt die technischen Entwicklungen mit etablierten Prinzipien des europäischen öffentlichen Rechts in Bezug und zeigt auf, dass ihr Einsatz fundamentalen Grundsätzen des öffentlichen Rechts entsprechen muss, schließt jedoch nicht aus, dass letztere möglicherweise den Spezifika der KI basierten automatisierten Entscheidungsverfahren Rechnung tragen müssen. Spezifisches Augenmerk muss insbesondere auf Fragen der Rechtsgrundlage, ihres Einsatzes und auf Begründungspflichten von mit Hilfe von automatisierten Systemen erstellten Entscheidungen gelegt werden.

## I. KI basierte automatisierte Entscheidungssysteme im öffentlichen Recht

Die öffentliche Verwaltung nutzt in zunehmendem Maße die Unterstützung durch automatisierte Entscheidungssysteme auf der Grundlage der Programmierung von KI. Beispiele hierfür finden sich sowohl in der EU-Verwaltung als auch in der Verwaltung der EU-Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob diese innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs des EU-Rechts agieren. Die KI-Technologie steht am Anfang und wird sich aller Voraussicht nach weiterhin im Rahmen zunehmender Rechenleistung und schnell wachsender Datenverfügbarkeit weiterentwickeln. Doch trotz der Vielfalt der Technologien, die in automatisierten Entscheidungssystemen angewandt werden sowie der raschen technologischen Entwicklung bleiben die grundlegenden rechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit öffentlicher Entscheidungen unverändert und in den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der guten Verwaltung verankert.<sup>1</sup>

### 1. Sicherstellung von Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsgrundsätzen wie der guten Verwaltung

Die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass die aus der Rechtsstaatlichkeit abgeleiteten Verfassungsgrundsätze – einschließlich der Grundsätze der guten Verwaltung – in Zeiten der rasanten technologischen Entwicklung und der Ausbreitung der KI-gesteuerten automatisierten Entscheidungssysteme im Bereich des öffentlichen Rechts der EU Vorrang haben, ist von großer Aktualität und Brisanz. Dieser Beitrag skizziert einige grundlegende technologische Überlegungen, die bei der Nutzung automatisierter Entscheidungssysteme im öffentlichen Recht zu berücksichtigen sind, und zeigt einige sich abzeichnende Anwendungsfälle in der öffentlichen Verwaltung auf der EU-Ebene und der Ebene der EU-Mitgliedstaaten auf. Anschließend wird gezeigt, dass automati-

sierte Entscheidungssysteme – auch solche, die KI nutzen – mit den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit und den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts der EU, wie etwa der guten Verwaltung, in Einklang gebracht werden können. In einigen Fällen könnte die öffentliche Verwaltung sogar verpflichtet sein, automatisierte Entscheidungssysteme einzusetzen, um die Vorgaben des EU-Verfassungsrechts zu erfüllen.

Bestehende Grundsätze des öffentlichen Rechts – wie zum Beispiel die Rechtsgrundsätze der guten Verwaltung und der Rechtsstaatlichkeit – können zur Verantwortlichkeit im öffentlichen Recht beitragen, was an Hand von drei Aspekten erläutert wird: Erstens wird diskutiert, ob und wie im Kontext des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme in der Ausübung öffentlicher Aufgaben, die Einhaltung von EU-Verfassungsgrundsätzen sichergestellt werden kann. Dieser Beitrag legt dar, dass dies relativ detaillierter Vorgaben in der Rechtsgrundlage bedarf, die die Nutzung von automatisierten Entscheidungssystemen autorisiert. Solche Vorgaben müssen dann durch ex-ante, oder ex-post erfolgende Überprüfungen der Ergebnisse der Entscheidungsfindung verifiziert werden. Zweitens ist eine detaillierte Begründung von Einzelfallentscheidungen zentral für die Einhaltung der EU-Rechtsgrundsätze. Hierbei ist wichtig, dass Begründungen, die die verwerteten Informationen detailliert angeben und nachweisen, wie die in Betracht gezogenen Informationen mit dem Ergebnis im Verhältnis stehen.

Drittens muss die Programmierung der automatisierten Entscheidungssysteme an die Grundsätze der guten Verwaltung angepasst werden. Dies kann für den Einsatz von KI in der öffentlichen Verwaltung eine Herausforderung darstellen – ungeachtet davon, ob die entsprechende Software von den Verwaltungsdiensten selbst programmiert oder extern für den Einsatz in öffentlichen Verfahren bezogen wurde. Spezifisch öffentlich-rechtliche Anforderungen setzen hierbei Maßstäbe

\* Diana-Urania Galetta ist Professorin für Verwaltungsrecht und Europäisches Verwaltungsrecht an der Universität Mailand und Direktorin von CERIDAP <https://ceridap.eu>, [dianaurania.galetta@unimi.it](mailto:dianaurania.galetta@unimi.it); Herwig C. H. Hofmann ist Professor für Europäisches und Transnationales Öffentliches Recht an der Universität Luxemburg, und einer der Koordinatoren des Research Network on European Administrative Law (ReNEUAL), [herwig.hofmann@uni.lu](mailto:herwig.hofmann@uni.lu). Dieser Beitrag ist eine auf Einladung des DVBl für die deutsche Leserschaft überarbeitete Version des Artikels »Evolving AI-based Automation – Continuing Relevance of Good Administration«, im Ende 2023 erschienenen vierten Heft der European Law Review. Wir danken Frau Tanja Hilpold für die Überarbeitung der deutschen Version und Giulia Re Ferré für die redaktionelle Anpassung.

1 Daher auch das Wortspiel im Titel mit der bekannten Feststellung von Otto Mayer »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht« (O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd I, 3. Aufl., 1924). Zugleich können unsere in diesem Artikel vertretenen Thesen als nahe an dem Verständnis der Programmierung automatisierter Entscheidungsverfahren als »Konkretisierung von Verfassungsbestimmungen« betrachtet werden. Siehe F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl 1959, 527 f., wo der seit Nachkriegszeit wachsende Konsens dargelegt wird, dass Verfassungsnormen und insb. die Grundrechte die ultimativen Kriterien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von verwaltungsrechtlichen Regelungen sind.

für die Entwicklung und Programmierung von automatisierten Entscheidungssystemen.

## 2. Fragen aufgrund des zunehmenden Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme

Der zunehmende Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme in öffentlichen Entscheidungsprozessen wirft einige neue Fragen zur Verantwortlichkeit bei der Ausübung öffentlicher Befugnisse auf. Diese lassen sich ganz gut durch eine kurze Bestandsaufnahme der verschiedenen Politikbereiche, in denen bei der Umsetzung sowohl von EU-Recht, aber auch im rein nationalen Recht, KI-basierte automatisierte Entscheidungssysteme eingesetzt werden darstellen. Einem Bericht des Europäischen Bürgerbeauftragten nach<sup>2</sup> wird KI nicht nur eingesetzt, um Übersetzungen innerhalb der EU-Dienste zu entwickeln, sondern auch, um die Kommunikation mit den Bürgern über Eingabeplattformen und partizipative Kommunikationswerkzeuge zu verbessern. Weitere Beispiele sind ein »Frühwarn- und Vorbereitungssystem« der EU-Agentur für Asyl, das Risikoprofile in Asyl- und Einwanderungsangelegenheiten bewertet, sowie ein System, das von der Europäischen Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) eingesetzt wird, um Situationen an den Außengrenzen zu bewerten, etwa wenn Schiffe in EU-Gewässer einfahren. Der Bericht erwähnt auch verschiedene Initiativen zum Einsatz von KI in der Kommunikation mit den Bürgern, z.B. bei Beteiligungs- und Anhörungsverfahren der EU Kommission oder von EU Agenturen und Stellen, bei denen ein intensiver Austausch mit einer Vielzahl von Eingaben stattfinden muss. Andere Projekte zielen dem Bericht des Bürgerbeauftragten nach darauf ab, KI für die Suche und Zusammenfassung relevanter Informationen aus EU- und externen Datenbanken zur Unterstützung von Entscheidungsträgern einzusetzen. Einige der am besten entwickelten Ansätze für den Einsatz von KI in der öffentlichen Entscheidungsfindung in der EU stammen aus dem »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« der EU. Dort versucht die EU-Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen (eu-LISA), Datenbanken wie das SIS II und Eurodac zu verbessern, indem sie sie mit KI-Ansätzen für die Suche und Untersuchung kombiniert. KI wird auch von Personalvermittlern zur Überprüfung von Bewerbern eingesetzt, und das Europäische Amt für Personalauswahl prüft derzeit die Möglichkeit des Einsatzes von KI bei der Personalauswahl. Darüber hinaus werden KI-Systeme als Hilfsmittel zum Scannen von Satellitenbildern im Rahmen der Subventionskontrolle in der Landwirtschaft eingesetzt, um nach verdächtigen Mustern in landwirtschaftlich genutzten Flächen zu suchen und um mögliche Quellen der Meeresverschmutzung zu erkennen. Auch wenn der Einsatz von KI-Tools anfangs in Verwaltungen nur zögerlich erfolgte, wird sich dies in Zukunft wohl ändern, wie weitere Fallstudien über den Einsatz von KI und ihr Potenzial in der öffentlichen Verwaltung der EU in den Bereichen Regulierung und Kartellrechtsdurchsetzung zeigen.<sup>3</sup> Der Einsatz von KI in den nationalen Rechtssystemen ist ebenso vielfältig und beschränkt sich selbstverständlich nicht auf Anwendungsbereiche des EU-Rechts. Hier wird KI häufig in der Steuer- und Sozialversicherungsverwaltung verwendet.<sup>4</sup> Andere Anwendungsfälle finden sich in der Verkehrslenkung.<sup>5</sup>

## 3. Quantitative und qualitative Aspekte der Informationsverarbeitung

Die Technologien, mit der KI-basierte automatisierte Entscheidungssysteme betrieben werden, sind keine technische Nachbildung menschlicher Intelligenz.<sup>6</sup> Die unterschiedlichen Stärken und Schwächen erlauben komplementäre Verteilung von Aufgaben innerhalb von Verfahren. Dort wo KI gestützte Systeme menschliche Fähigkeiten übertreffen, kann ihr Einsatz einen genuine Mehrwert erzeugen.<sup>7</sup> Fähigkeiten bestehen vor allem hinsichtlich der Quantität und der Qualität der Informationsverarbeitung. Der Einsatz von automatisierten Entscheidungssystemen hat quantitative Auswirkungen durch die *Geschwindigkeit*, mit der Informationen verarbeitet werden können. *Quantitative* Auswirkungen bestehen in erster Linie darin, dass mehr Informationen in die Entscheidungs- und Regelsetzungsverfahren einfließen können, als dies bei rein menschlicher Bearbeitung von Sachverhalten möglich wäre. Größere Mengen an relevanten Informationen können aus Datenbanken extrahiert und verschiedene Datensätze aus unterschiedlichen Quellen kombiniert werden. Letzteres ist besonders in Bereichen nützlich, die schnelle Entscheidungen benötigen – wie in der Geldpolitik, der Banken- und Finanzaufsicht, wo Algorithmen große Datenmengen schnell verarbeiten, Muster und Anomalien erkennen und Warnmeldungen generieren können, die zu weiteren Untersuchungen führen. »Data Governance« ist dabei die eigentliche Triebfeder der Automatisierung.

2 Der Europäische Bürgerbeauftragte, Closing note on the Strategic Initiative concerning the impact of AI on the EU administration and public administrations in the EU (SI/3/2021/VS).

3 H. C. H. Hofmann/I. Lorenzoni, Future Challenges for Automation in Competition Law Enforcement, Stanford Computational Antitrust 3 (2023) (open access online); H. C. H. Hofmann/O. Mir/J.-P. Schneider, Digital Administration- The ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure Revisited, in Diane Fromage (Hrsg.), Jacques Ziller: a European Scholar, 2023, S. 77–106 (open access online).

4 Siehe hierzu die kürzlich in CERIDAP, 1 (2023) veröffentlichten Berichte unter <https://ceridap.eu>: H. C. H. Hofmann, Comparative Law of Public Automated Decision-Making. An Outline, 1 ff.; D. U. Galetta/G. Pinotti, Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian public administration, 13 ff.; E. Gamero Casado, Automated Decision-Making Systems in Spanish Administrative Law, 24 ff.; F. Merli, Automated Decision-Making Systems in Austrian Administrative Law, 41 ff.; I. Pilving, Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in public administration: An Estonian Perspective, 51 f.; J. Reichel, Regulating Automation of Swedish public administration, 75 ff.; J.-P. Schneider/F. Enderlein, Automated Decision-Making Systems in German Administrative Law, S. 95 ff.

5 Siehe hierzu z.B. L. Guggenberger, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ 2019, 844 (846).

6 Alan Turing hatte vorausgesehen, dass tausend Jahre wahrscheinlich nicht ausreichen werden, um eine vollständige mathematische Beschreibung der Arbeitsweise des menschlichen Gehirns zu erreichen: A. M. Turing, Computing Machinery and Intelligence, Mind 59 (1950), 433 f., <https://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>; R. Brooks/D. Hassabis/D. Bray/A. Shashua, Is the brain a good model for machine intelligence?, Nature 482 (2012), 462 f.

7 Darüber hinaus ist es wichtig zu bedenken, dass es bei der Entwicklung von KI nicht – zumindest nicht ausschließlich – darum geht, das menschliche Gehirn zu imitieren oder zu kopieren. KI verwendet eine Vielzahl von Methoden, um Informationen zu verarbeiten und Probleme zu lösen oder Entscheidungen zu treffen. Zu diesem Punkt s.a. D. U. Galetta/J. G. Corvalán, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, Federalismi.it 3 (2019), 1 ff. mit weiteren Hinweisen (<http://www.federalismi.it>).

Zweitens beeinflusst der Einsatz von automatisierten Entscheidungssystemen die *Qualität* und Intensität, mit der Informationen analysiert werden können. *Qualitative* Auswirkungen ergeben sich aus dem Einsatz von automatisierten Entscheidungssystemen durch einfache Möglichkeiten des Vergleichs von Datensätzen (z.B. im Zusammenhang mit der Analyse biometrischer Daten und dem Abgleich von Informationen, die bei einer rein menschlichen Analyse nicht möglich gewesen wären).

Die rechtliche Beurteilung der Automatisierung öffentlicher Entscheidungsverfahren muss aber auch berücksichtigen, dass selten alle Phasen eines Entscheidungsprozesses – von der Einleitung bis zur Umsetzung – automatisiert werden.<sup>8</sup> Sie werden bisher grundsätzlich nur in bestimmten Verfahrens-Phasen eingesetzt. Automatisierte Entscheidungssysteme finden sich häufig bei der Initiierung eines Verfahrens und den Ermittlungsphasen, deren Ergebnisse bestimmte spätere Entscheidungen vordefinieren können.<sup>9</sup> Möglich ist daher auch, dass automatisierte Entscheidungssysteme in mehreren unterschiedlichen, manchmal aufeinanderfolgenden Phasen des Entscheidungsprozesses eingesetzt werden. Dabei folgt dann technisch gesehen der Einsatz mehrerer, jeweils automatisierter Entscheidungssysteme innerhalb eines Verfahrens aufeinander. Der Einsatz von automatisierten Entscheidungssystemen könnte sogar nicht nur in einzelnen Phasen der Entscheidungsfindung, wie z.B. der Einleitung eines Verfahrens oder der Untersuchung, anwendbar sein. So unterstreicht bspw. die italienische CONSOB – die für die Regulierung der italienischen Finanzmärkte zuständige Behörde<sup>10</sup> – in ihrem Bericht vom März 2022 über ihre Aktivitäten im Jahr 2021 die Bedeutung des Einsatzes von KI-Tools im Rahmen der vorbereitenden Tätigkeiten für ihre Entscheidungen.<sup>11</sup> Auch ARERA, die italienische Regulierungsbehörde für Energie, Netze und Umwelt, die bereits in großem Umfang auf solche Tools zurückgreift, um ihre Aufsichtstätigkeit effizienter zu gestalten, stützt ihre Auswahl der zu überprüfenden Unternehmen auf die Entscheidungen von KI-Tools.<sup>12</sup>

#### 4. Zur Abgrenzung von Teil- und Vollautomatisierung

Tatsache ist aber auch, dass automatisierte Entscheidungssysteme bisher nur in den seltensten Fällen in der Lage sind, ganze Verwaltungsverfahren zu übernehmen (was zu einer *Vollautomatisierung* führen würde). Von Vollautomatisierung könnte man aber auch erst sprechen, wenn alle Phasen eines spezifischen Verwaltungsverfahrens – auch im Falle von Verbundentscheidungen europäische und nationale Phasen – betroffen wären. Wo aber *vollständige Automatisierung* im Moment angedacht wird – einem Szenario, bei dem Algorithmen automatisch Daten mit Dokumenten verknüpfen – werden gegenwärtig regelbasierte KI-Systeme (besser bekannt als »Expertensysteme«) eingesetzt, um das endgültige Dokument zu erstellen, das die Verwaltungsentscheidung enthält. Voll-Automatisierung bestünde jedoch nur da, wo eine das Verfahren abschließende verbindliche Entscheidung »automatisch« und ohne menschliches Eingreifen generiert werden würde. Im deutschen Recht ist mit § 35a des VwVfG eine Rechtsnorm geschaffen worden, die den vollautomatisierten Erlass von Verwaltungsakten erlaubt, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht. Im Bereich des europäischen öffentlichen Rechts gibt es keine äquivalente Bestimmung. In anderen EU- und EWR-Staaten werden diese Fragen auch

anders gewertet. Gegenwärtig versucht bspw. der norwegische Gesetzgeber, Rechtsgrundlagen zu schaffen, um in einigen Bereichen zu vollständig automatisierten Entscheidungsfindungen überzugehen.<sup>13</sup> Dieses Projekt soll die Effizienz der Entscheidungsfindung in der öffentlichen Verwaltung und die Gleichbehandlung der Bürger verbessern und zu weniger fehleranfälligen Entscheidungen führen als dies bei menschlichen Entscheidungen der Fall wäre. Einzelne Studien weisen darauf hin, dass in Norwegen die meisten Steuerentscheidungen, die einzelne Steuerzahler betreffen, bereits automatisiert sind und dass dies auch für mehr als 70 % der Anträge an den staatlichen norwegischen Bildungskreditfonds und für die meisten Anträge auf Wohngeld gilt.<sup>14</sup>

Die vollständige Automatisierung ist wohl der umstrittenste und problematischste Fall. Wenn personenbezogene Daten betroffen sind, kann dies gegen die von Art. 22 DSGVO<sup>15</sup> und Art. 24 EUDSVO<sup>16</sup> gesetzten Kriterien verstoßen, die dem Einzelnen das Recht einräumen, sich einer vollständig automatisierten Entscheidungsfindung, die seine Rechte beeinträchtigt, zu widersetzen. Diese Artikel beruhen auf dem Konzept, dass eine Entscheidung »ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung« personenbezogener Daten beruht.<sup>17</sup> Dennoch sind wir der Ansicht, dass die Vorstellung, den Ermessensspielraum zu beschneiden und zu vollautomatisierten Entscheidungen mit unzweifelhaften Ergebnissen übergehen zu können, eine Illusion im öffentlichen Recht darstellt. In den meisten Fällen werden die Rechtsauslegung, Beurteilungs- und Ermessensspielräume bei der Entscheidungsfindung in die Software zur Vorbereitung der individuellen Entscheidungsfindung einprogrammiert. Daher unsere obige Diskussion über die notwendige Rechtsgrundlage.

Gegenwärtig ist am ehesten eine *teilautomatische Entscheidungsfindung* zu erwarten, d.h. eine Automatisierung, die an einem bestimmten Punkt ein menschliches Eingreifen voraussetzt. Automatisierung verbunden mit prädikativen Maßnahmen kann in der Tat als sehr effizientes Hilfsmittel sowohl

8 Ein seltenes Beispiel ist eine Radarkamera am Straßenrand, die Geschwindigkeitsüberschreitungen analysiert und automatisch Strafzettel an die registrierten Fahrzeughalter verschickt.

9 L. Guggenberger, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ (2019), 844 (846 f.).

10 Siehe unter <https://www.consob.it/web/consob-and-its-activities/consob>.

11 Siehe <https://www.consob.it/documents/46180/46181/ra2021.pdf/5da5eda5-85a9-464b-8e08-944e462aec33>.

12 <https://www.arera.it/it/inglese/index.htm>.

13 Siehe Norwegisches Ministerium für Kommunalverwaltung und Modernisierung, National Strategy for AI. Dokument 01/2020, [https://www.regjeringen.no/contentassets/1febbbb2c4fd4b7d92c67ddd353b6ae8/en-gb/pdfs/ki-strategi\\_en.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/1febbbb2c4fd4b7d92c67ddd353b6ae8/en-gb/pdfs/ki-strategi_en.pdf).

14 Siehe E. M. Weitzenboeck, Simplification of Administrative Procedures through Fully Automated Decision-Making: The Case of Norway, Administrative Sciences 11 (2021), 149 ff.

15 Siehe hierzu insb. L. A. Bygrave, Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, in C. Kuner/L. A. Bygrave/C. Docksey (Hrsg.), The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary, 2020, S. 522 ff.

16 Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, ABl. 2018 L 295/39 (EUDSVO).

17 Art. 24 (1) der Verordnung 2018/1725 (EUDSVO).



## Aufsätze

Galetta/Hofmann · Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

in der Vorphase als auch in der Ermittlungsphase eines Verwaltungsverfahrens eingesetzt werden. So unterstreicht bspw. die italienische CONSOB – die für die Regulierung der italienischen Finanzmärkte zuständige Behörde<sup>18</sup> – in ihrem Bericht vom März 2022 über ihre Aktivitäten im Jahr 2021 die Bedeutung des Einsatzes von KI-Tools im Rahmen der vorbereitenden Tätigkeiten für ihre Entscheidungen.<sup>19</sup> Auch ARERA, die italienische Regulierungsbehörde für Energie, Netze und Umwelt, die bereits in großem Umfang auf solche Tools zurückgreift, um ihre Aufsichtstätigkeit effizienter zu gestalten, stützt sich bei der Auswahl der zu überprüfenden Unternehmen auf die Entscheidungen von KI-Tools.<sup>20</sup>

Bei der Unterscheidung zwischen *Vollautomatisierung* und *Halbautomatisierung* besteht das Risiko eines *Trompe-l'œil*-Effekts. Es kann sehr wohl vorkommen, dass zwar formell ein Mensch eine abschließende Entscheidung trifft, diese Entscheidung aber maßgeblich von automatisierten Verfahren vorherbestimmt worden ist. In einem solchen Kontext kann die Ausübung eines (menschlichen) Beurteilungsspielraums oder Ermessens bei der Entscheidungsfindung einer Illusion gleichkommen. Einigen Stimmen in der akademischen Literatur zufolge sind menschliche Mitarbeiter in der Verwaltung jedoch umso weniger bereit, von ihrem Entscheidungsspielraum Gebrauch zu machen, je höher der Grad der Automatisierung ist,<sup>21</sup> was manchmal als »Default-Effekt« bezeichnet wird.<sup>22</sup> Andere Studien aus dem Bereich der Sozialwissenschaften und der Psychologie, bezeichnen dies auch als »automation bias« nach dem sich Menschen auch dann auf die Ergebnisse automatisierter Systeme verlassen, wenn die von diesen Systemen gelieferten Informationen bekanntermaßen unzuverlässig sind oder im Widerspruch zu anderen Erkenntnissen stehen.<sup>23</sup> Insbesondere Faktoren wie schwierige Entscheidungsprozesse, die Einbeziehung multipler Faktoren in der Entscheidungsfindung und eine hohe Komplexität von Algorithmen lassen Menschen dazu neigen, automatisiert erstellten Ergebnissen zu vertrauen.<sup>24</sup> Für die öffentliche Verwaltung ist es wichtig, sich der Gefahr dieses Effekts bewusst zu sein und die Verfahrensgestaltung entsprechend anzupassen. Nicht immer ist jedoch menschliche Voreingenommenheit im Spiel, oft besteht einfach nicht die Möglichkeit, eine vollständige *de novo*-Untersuchung durchzuführen und alle einschlägigen Datenbanken eigenhändig zu durchsuchen.

Für menschliche Entscheidungsträger entstehen Anreize, ihren Beurteilungsspielraum und ihr Ermessen so auszuüben, wie es das jeweilige KI-System nahelegt. In diesem Sinne erscheint es auch nahezu unmöglich, eine klare Grenze zu ziehen, wo der Einsatz automatisierter oder teilautomatischer Entscheidungsfindung zulässig ist, indem die Frage gestellt wird, ob öffentliche Verwaltungen tatsächlich über Beurteilungs- oder Ermessensspielraum verfügen, wie es der § 35a VwVfG vorsieht und etwa der norwegische Gesetzgeber (wie bereits erörtert) versucht.<sup>25</sup>

## II. Abgrenzung von Verwaltungsvorschriften, Software und Einzelfallentscheidungen im Bereich automatisierter Systeme

In der Literaturdebatte über KI und den Einsatz von automatisierten Entscheidungsverfahren im öffentlichen Recht wird oftmals nicht grundlegend zwischen der Systemebene (reprä-

sentiert durch die Softwareprogrammierung) und den Verfahren, die zur Einzelfallentscheidung führen, differenziert. Jedoch ist eine klare Unterscheidung dieser beiden notwendig. Die Systemebene betrifft vorwiegend die Diskussion über die *Rechtmäßigkeit von automatisierten Entscheidungssystemen* im öffentlichen Recht und der *Rechtmäßigkeit von individuellen Entscheidungen*, die mit ihrer Hilfe getroffen werden. Obwohl Probleme mit letzteren auf Probleme mit ersteren hindeuten können, ist der Umkehrschluss nicht unbedingt zutreffend.

### 1. Rechtsgrundlagen von automatisierten Entscheidungssystemen

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Vorschriften zur Vorbereitung individueller Entscheidungen und der eigentlichen Entscheidungsphase lässt sich gut mit den Tatsachen veranschaulichen, die dem EuGH Fall C-401/19 zu Grunde liegen. In dem Rechtsstreit ging es um die Auslegung von Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie über geistiges Eigentum,<sup>26</sup> die Unternehmen verpflichtete, Verletzungen des geistigen Eigentums beim Hoch- oder Runterladen von Online-Inhalten zu überwachen. Diese Verpflichtung war mit der Abwägung von Grundrechten natürlicher und juristischer Personen, wie Eigentumsrechte und Meinungsfreiheit, im Rahmen öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen verbunden. Auf der Grundlage von Art. 52 (1) der Charta stellte der EuGH fest, dass die Befugnis zur Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und dem Schutz der Eigentumsrechte durch Private in einer Rechtsvorschrift enthalten sein muss. Diese muss »klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen«<sup>27</sup> festlegen und darüber hinaus angeben, »unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine solche Maßnahme getroffen werden darf«.<sup>28</sup> Der EuGH stellte ausdrücklich fest, dass die Notwendigkeit vordefinierter gesetzlicher Kriterien für die Einschränkung oder Abwägung von Grundrechten »umso bedeutsamer« ist, »wenn sich der Ein-

18 Siehe unter <https://www.consob.it/web/consob-and-its-activities/consob>.

19 Siehe <https://www.consob.it/documents/46180/46181/ra2021.pdf/5da5eda5-85a9-464b-8e08-944e462aec33>.

20 <https://www.arera.it/it/inglese/index.htm>.

21 A. Hall, Decisions at the Data Border: Discretion, Discernment and Security Security Dialogue 48 (2017), 488 (493). S.a. S. Demková, The Decisional Value of Information in European Semi-Automated Decision-Making Review of European Administrative Law 14 (2021), 29 ff.

22 Dies ist ein Konzept, das i.R.d. Nudge-Theorie entwickelt wurde, um die Tendenz eines Agenten zu erklären, generell die »Standardoption« zu akzeptieren.

23 Siehe L. Skitka/K. Mosier/M. Burdick, Accountability and automation bias, International Journal of Human-Computer Studies 52 (1999), 701 ff.

24 J. M. Logg/J. A. Minson/D. A. Moore, Algorithm appreciation: People prefer algorithmic to human judgment, Organizational Behavior and Human Decision Processes 151 (2019), 90 ff.

25 Siehe Norwegisches Ministerium für Kommunalverwaltung und Modernisierung, Nationale Strategie für AI. Dokument 01/2020 cit.

26 EuGH, Urt. v. 26.04.2022 – C-401/19 (Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), ECLI:EU:C:2022:297.

27 EuGH, Urt. v. 26.04.2022 – C-401/19 (Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 67 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 16.07.2020 – C-311/18 (Data Protection Commissioner gegen Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems II), ECLI:EU:C:2020:559, Rn. 176. Der Grund dafür ist, »dass die Personen, deren Daten übermittelt wurden, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen.«

28 EuGH, (Fn. 27).

griff aus einem automatisierten Verfahren ergibt<sup>29</sup>. In dem Urteil wird daher der Wert einer hinreichend präzisen Rechtsgrundlage aufgezeigt.

Art. 52 (1) GRC enthält daher quasi eine eingebaute Grenze für die Übertragung auf automatisierte Entscheidungssysteme. Jegliche Einschränkung von Grundrechten, die sich aus der Anwendung (softwarebasierter) automatisierter Entscheidungssysteme ergeben könnte, muss gesetzlich vorgesehen sein (Art. 52 (1) GRC). Der Begriff »Gesetz« ist in diesem Zusammenhang konzeptionell mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Zugänglichkeit verbunden. Dies bedeutet, dass der Einzelne in der Lage sein muss, aus frei zugänglichen, offiziell veröffentlichten Quellen zu erkennen, welche Einschränkungen seiner Rechte und Freiheiten er möglicherweise hinzunehmen hat.<sup>30</sup> Dies gilt auch, wenn die Grundrechtsbeschränkung nur »aufgrund« Gesetzes stattfindet.

Dieses Erfordernis wirft grundsätzliche Fragen nach dem Wesen des Rechts von Softwarecodes auf. Obwohl Computerprogramme – *de facto* – eine ähnliche Funktion bei der Spezifizierung gesetzlicher Anforderungen erfüllen können wie Verwaltungsvorschriften, ist dieser Code kein Recht im Sinne rechtsverbindlicher Regeln oder Grundsätze mit normativem Inhalt.

## 2. Programmierung und Verantwortlichkeit

Mit der Frage nach der gesetzlichen Vorprogrammierung von grundrechtsrelevanten Fragestellungen im Rahmen der rechtsstaatlichen Anforderungen ist das Prinzip der Transparenz verbunden, welches ebenfalls aus den rechtsstaatlichen Anforderungen resultiert. Der Einzelne muss in der Lage sein, die ihm aus dem Gesetz erwachsenden Pflichten und die Kriterien, nach denen die Einhaltung der Rechtsgrundlage beurteilt wird, zu erkennen. Transparenz ist auch eine zentrale Forderung im Kontext der Diskussion über Verantwortlichkeit von automatisierten Entscheidungssystemen.<sup>31</sup>

Transparenz kann in diesem Zusammenhang sowohl normative Anforderungen auf Systemebene definieren, aber sie kann auch bei Einzelentscheidungen gefordert werden. Im letzteren Fall ist der Begriff der Transparenz mit der Veröffentlichung und Begründung einer Entscheidung verbunden.

Auf Systemebene kann die Transparenz einerseits durch die Komplexität des Computercodes beeinträchtigt werden, der oft in proprietärer Software gut versteckt ist. Transparenz kann andererseits auch dadurch *erschwert*, dass ein Computercode, wenn überhaupt, nur von Experten interpretiert werden kann. Dort wo Machine Learning (ML) Technologie zum Einsatz kommt, wird dies selbst für Experten schwierig, da diese Technologie die Gewichtung bestimmter Faktoren und Parameter experimentell verändert, um die Berechnungen im Hinblick auf das Erreichen bestimmter Ergebnisse zu optimieren. Oftmals wird es hier keine unmittelbare, »zwangsnotwendige« Ableitung vom entscheidungsunterstützenden Computercode zur Entscheidung selbst geben. Weiterreichend ist dies im Kontext der generativen KI, die modernen, auf großen Sprachmodellen basierenden Systemen wie GPT und LLaMa zugrunde liegt. Hier wird der Zugang zum Quellcode gar keine spezifischen Einblicke in die Wege der Entscheidungsfindung im Einzelfall ermöglichen.

## 3. Vordefinierte Kriterien und Verhältnismäßigkeit

Dies wirft grundsätzliche Fragen für ein System auf, das mit Hilfe von *ML-Techniken* oder generativen KI-Modellen entwickelt wird und dessen Logik im Widerspruch zu den vordefinierten Kriterien für die Einschränkung oder Abwägung von Rechten steht. Jedes System, das zur Unterstützung der öffentlichen Entscheidungsfindung eingesetzt wird, muss konsequent auf die Einhaltung höherrangiger *rechtliche* Werte ausgerichtet sein und diese einhalten. So darf die Entscheidungsfindung nicht willkürlich sein oder Rechte unverhältnismäßig einschränken. Der Schutz vor Diskriminierung enthält bspw. Kriterien, die nicht zur Differenzierung verwendet werden dürfen. Laut EuGH sind »die in der Rechtsgrundlage im Voraus festgelegten Kriterien so zu bestimmen, dass sie in ihrer Anwendung, auch wenn sie neutral formuliert sind, nicht geeignet sind, Personen mit den geschützten Merkmalen besonders zu benachteiligen«.<sup>32</sup> Die Behörden müssen sicherstellen und dokumentieren, dass die Software, die letztlich für Einzelfallentscheidungen verwendet wird, ihre Ergebnisse nicht auf der Grundlage solcher Kriterien generiert, unabhängig davon, ob sie vorgegebene Algorithmen in Expertensystemen, maschinellen Lernsystemen oder generativen KI-Systemen verwenden.

Wenn es um die Einschränkung oder Abwägung von Grundrechten geht, gilt generell der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muss, auf der Ebene der Prüfung der Erforderlichkeit der Maßnahme auch auf kontrafaktische Überlegungen zurückgreifen, um zu zeigen, dass eine bestimmte Maßnahme das am wenigsten einschränkende Mittel zur Erreichung des politischen Ziels ist. In der Rechtsgrundlage für die Verwendung eines automatisierten *Entscheidungssystem*, kann die Anwendung von Verhältnismäßigkeitsabwägungen vorgesehen werden. Verhältnismäßigkeitskriterien können auch in ein automatisiertes Entscheidungssystem einprogrammiert werden, um sie bei individuellen Entscheidungen anzuwenden.<sup>33</sup> Letzteres würde jedoch eine umfangreiche Dokumentation der zu berücksichtigenden Daten und den Vergleich von alternativen Ergebnisszenarien erfordern. Die Schwierigkeiten bei der Durchführung dieses Ansatzes haben den EuGH dazu veranlasst, ein automatisiertes Entscheidungssystem, das sich auf die heutigen maschinellen Lernverfahren stützt, besonders

<sup>29</sup> EuGH, (Fn. 27).

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 10.03.2009 – C-345/06 (Heinrich), ECLI:EU:C:2009:140, Rn. 41–47, 64–66; Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Heinrich (C-345/06) ECLI:EU:C:2008:212, Rn. 70–77.

<sup>31</sup> Für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze zur Forderung nach Transparenz im Bereich automatisierter Entscheidungsfindung siehe z.B. D. R. Desai/J. A. Kroll, Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2017), 1 ff.; M. Ananny/K. Crawford, Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability new media & society 20 (2018), 973 ff. (diskutiert die verschiedenen Facetten von Transparenz vor dem Hintergrund von KI und Algorithmen); T. D. Krafft/K. A. Zweig/P. D. König, How to Regulate Algorithmic Decision-Making: A Framework of Regulatory Requirements for Different Applications Regulation & Governance 16 (2020), 1 (18).

<sup>32</sup> EuGH Urt. v. 21.06.2022 – C-817/19 (Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres), ECLI:EU:C:2022:491, Rn. 197.

<sup>33</sup> D. Liga, The Interplay Between Lawfulness and Explainability in the Automated Decisionmaking of the EU Administration, University of Luxembourg Law Research Paper 12 (2023).

## Aufsätze

## Galetta/Hofmann · Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

kritisch zu betrachten, da diese keine Informationen über die Einzelheiten solcher Abwägungen liefern. Nach Ansicht des EuGH müssen die Kriterien für die Einschränkung oder Abwägung von Rechten »spezifisch und zuverlässig sein«.<sup>34</sup> Mit anderen Worten: Die normative rechtliche Programmierung von Rechtsbeschränkungen muss nicht nur im delegierenden Rechtsakt vordefiniert sein, sondern diese Programmierung muss auch im Computerprogrammcode zuverlässig dargestellt werden, der dem jeweiligen automatisierten Entscheidungssystem zugrunde liegt.<sup>35</sup> So hat der EuGH festgestellt, dass ein solches Erfordernis »der Heranziehung von Technologien der künstlichen Intelligenz im Rahmen selbstlernender Systeme« entgegensteht, die die Bewertungskriterien und die Gewichtung der Kriterien für die endgültige Entscheidung eigenständig ändern können.<sup>36</sup>

Unserer Ansicht nach sollte diese Aussage des EuGH nicht als Verbot des Einsatzes bestimmter Technologien verstanden werden. Vielmehr sollte sie so interpretiert werden, dass sie Technologien ausschließt, die keine menschliche Überprüfung oder Intervention in die Entscheidungsfindung zulassen, weil unklar ist welche Informationen berücksichtigt wurden, wie diese Informationen verarbeitet wurden und nach welchen Kriterien und mit welchem Ergebnis diese in die abschließende Entscheidungsfindung einfließen. Diese Kriterien sind – nicht zufällig – auch Kriterien für die gerichtliche Überprüfung im Rahmen des unionsspezifisch definierten Prinzips der Sorgfaltspflicht,<sup>37</sup> einem Schlüsselprinzip der *nachträglichen* gerichtlichen Kontrolle und Einforderung von Verantwortlichkeit. Möglicherweise würde der EuGH Entscheidungen, die mit Hilfe generativer KI getroffen werden, z.B. mit large language-models wie ChatGPT<sup>38</sup> und seinen Nachfolgern, ähnlich kritisch sehen.<sup>39</sup>

Aus dieser Diskussion ergibt sich eine weitere Frage. Wenn der Code des KI-Systems keinen Rechtsnormcharakter hat, wie ist er dann zu beurteilen? Ist die Software mit einem internen Verwaltungsdokument zu vergleichen, das den Bestimmungen über den Zugang zu Dokumenten nach Art. 42 GRC und der Verordnung 1049/2001 unterliegt? Ist sie den Akten zuzurechnen, zu denen ein Verfahrensbeteiligter gemäß Art. 41 (2) (b) GRC Zugang haben könnte? Für einen solchen Ansatz spricht die Tatsache, dass die Computerprogrammierung *de facto* Funktionen der administrativen Regelsetzung übernehmen kann, insbesondere die Umsetzung von normativen Anforderungen des Gesetzgebers in Einzelentscheidungen.

### III. Automatisierte Entscheidungssysteme und das Recht auf eine gute Verwaltung

Der Einsatz von KI basierten automatisierten Entscheidungssystemen hat die Grundsätze zu beachten, die die Verantwortlichkeit des öffentlichen Rechtssystems sicherstellen und die Verwaltungstätigkeit regeln sollen.<sup>40</sup> Die entsprechenden Grundsätze der guten Verwaltung normieren ein weites Spektrum an Vorgaben für die Verantwortlichkeit öffentlichen Handelns, wenn dieses durch automatisierte Entscheidungsverfahren unterstützt werden soll.

Rechte im Kontext der guten Verwaltung sind in der Rechtsprechung des EuGH weitgehend als allgemeine Grundsätze des EU-Rechts geschützt<sup>41</sup> und gelten für die Mitgliedstaa-

ten und die EU-Einrichtungen gleichermaßen. Art. 41 der Charta enthält ebenfalls eine Aufzählung von Rechten im Rahmen der guten Verwaltung, die nur für EU-Organe und -Einrichtungen gelten, und gibt in seinem ersten Absatz jeder Person das »Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden«.

Die besonderen Merkmale von KI-gestützten automatisierten Entscheidungssystemen – insbesondere die quantitativ und qualitativ verbesserte Informationsverarbeitung – sind für den Begriff der guten Verwaltung von großer Bedeutung. Beide können sich auf die in Art. 41 (1) der Charta geforderte Fairness und Unparteilichkeit der Entscheidungsfindung beziehen. Spezifische Anforderungen an die Entscheidungsfindung ergeben sich jedoch auch aus den Begriffen: (i) Recht auf Anhörung, (ii) Recht auf Akteneinsicht und (iii) Recht auf eine begründete Entscheidung – den Grundsätzen eines fairen Verfahrens, die in Art. 41 (2) der Charta zusammengefasst sind.

Ein Beispiel dafür ist das Recht auf Verwaltungshandeln innerhalb einer angemessenen Frist (Art. 41 (1) der Grundrechtecharta). In einem Entscheidungsprozess extrahieren, selektieren und organisieren KI Systeme verfügbare Informationen und sind dabei in der Lage, eine weitaus größere Menge an Informationen mit einer weitaus höheren Geschwindigkeit zu verarbeiten, als dies ein Mensch könnte. Der Einsatz von KI-Systemen, insbesondere in der Ermittlungsphase eines Verwaltungsverfahrens, kann dazu beitragen, die Entschei-

34 EuGH Gutachten v. 26.07.2017, 1/15 (PNR-Abkommen EU-Kanada), EU:C:2017:592, Rn. 172.

35 B. Lepri et al., Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-Making Processes *Philosophy & Technology* 31 (2018), 611 ff.; D. Innerarity, Making the Black Box Society Transparent, *AI and Society* 36 (2021), 975 ff.

36 Urt. v. 21.06.2022 – C-817/19 (Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres), ECLI:EU:C:2022:491, Rn. 194, 197.

37 H.C. H. Hofmann, The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality, *Review of European Administrative Law* 13 (2020), 87, 100. Als Beispiel dient die Rechtssache EuGH Urt. v. 22.11.2007 – C-525/04 (Spanien/Lenzing AG), ECLI:EU:C:2007:698, Rn. 57. In diesem Urteil bekräftigte der Gerichtshof: »der Gemeinschaftsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.«.

38 »ChatGPT« steht für »Chat Generative Pre-trained Transformer« und ist laut Wikipedia »ein von OpenAI entwickelter, auf einem großen Sprachmodell basierender Chatbot, der am 30.11.2022 auf den Markt kam und es den Nutzern ermöglicht, eine Konversation in Bezug auf die gewünschte Länge, das Format, den Stil, den Detaillierungsgrad und die verwendete Sprache zu verfeinern und zu steuern.«, Wikipedia unter <https://en.wikipedia.org/wiki/ChatGPT> (letzter Zugriff am 11.12.2023).

39 Siehe: Rat der Europäischen Union, Generalsekretariat, »ChatGPT in the Public Sector – overhyped or overlooked?«, v. 24.04.2023, [https://www.consilium.europa.eu/media/63818/art-paper-chatgpt-in-the-public-sector-overhyped-or-overlooked-24-april-2023\\_ext.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/63818/art-paper-chatgpt-in-the-public-sector-overhyped-or-overlooked-24-april-2023_ext.pdf).

40 Italienischer Staatsrat, Urt. v. 08.04.2019, n. 2270/2019 cit. Rn. 8.2, sowie Italienischer Staatsrat, VI, Urt. v. 13.12.2019, n. 8472/2019, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

41 Siehe D. U. Galetta, Das Recht auf gute Verwaltung in der Europäischen Charta der Grundrechte und in der Rechtsprechung der EG-Gerichte, in K. Stern/P. Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im werten Verfassungsvergleich, 2005, S. 207 ff.



dungsfindung zu beschleunigen, so dass es wahrscheinlicher wird, dass Entscheidungen »innerhalb einer angemessenen Frist« getroffen werden. Wie Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-270/99 betonte, ist eine »langsame Verwaltung eine schlechte Verwaltung«. <sup>42</sup> Unter diesem Gesichtspunkt fördert der Einsatz von KI-Systemen zur Sammlung und Verarbeitung von Informationen in der Einleitungs- und Untersuchungsphase eines Verwaltungsverfahrens die Verwirklichung des Kriteriums der Fristgerechtigkeit.

Aus der Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen, kann jedoch ein Maßstab über die Einhaltung der verschiedenen materiellen und prozeduralen Rechte, die sich aus der guten Verwaltung ergeben, gewonnen werden. <sup>43</sup> Wie die folgende Diskussion zeigt, hat sich ein Großteil der Debatte über die KI-Transparenz bisher auf das Recht des Einzelnen konzentriert, Erklärungen darüber zu erhalten, wie ein automatisiertes System funktioniert und welche personenbezogenen Daten in diesem Zusammenhang verarbeitet werden könnten. Unserer Ansicht nach kann der Einsatz von KI-basierten automatisierten Entscheidungssystemen nicht rechtfertigen, dass dieses Schlüsselement der Transparenz bei der Entscheidungsfindung nicht eingehalten wird, da es eine der Voraussetzungen für wirksame Rechtsbehelfe ist (Art. 47 der Charta), die nach den Worten des EuGH für die Rechtsstaatlichkeit von wesentlicher Bedeutung sind. <sup>44</sup> Daher argumentieren wir, dass neben allgemeinen Informationen, die im Datenschutzkontext besonders wichtig sind, spezifische Informationen über die Verwendung von Daten in automatisierten Verfahren den Schlüssel zur Entscheidungsfindung darstellen sollten. Eine solche erhöhte Transparenz, die Teil der Begründung ist, könnte zu einer Erhöhung der Transparenz der Entscheidungsfindung beitragen, unabhängig davon, ob ein Computerprogramm, das auf generativer KI oder maschinellen Lernwerkzeugen basiert, für sogenannte Laien und Computerexperten gleichermaßen verständlich ist.

### 1. Transparenz und Begründungspflicht der Verwaltung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH muss jede öffentliche Verwaltung in der Lage sein, die Gründe für ihre Entscheidungen zu rechtfertigen und zu erläutern. Obwohl die Begründung kontextbezogen sein kann, muss sie im Hinblick auf die KI-gestützten automatisierten Entscheidungssysteme mit ihren erhöhten Anforderungen an eine zugrunde liegende Rechtsgrundlage detailliert im Hinblick auf die im Gesetz festgelegten Kriterien erfolgen. So muss eine Entscheidung, die auf der Grundlage der automatisierten Entscheidungssysteme getroffen wurde, eine angemessene Begründung enthalten, einschließlich einer klaren und präzisen Erklärung der, der Entscheidung zugrunde liegenden Überlegungen. Eine solche Begründung kann eine Beschreibung der Faktoren, die vom Algorithmus berücksichtigt wurden, die verwendete Methodik und alle relevanten Daten oder Informationen, die bei der Berechnung verwendet wurden, beinhalten.

Eine Begründung der Entscheidungsfindung steht vor dem Problem, dass viele der heutigen Systeme Ergebnisse über eine »Black Box« generieren. System-Software ist von vornherein nicht in der Lage, eine klare und präzise Erklärung dafür zu geben, wie oder warum das System zu seinem Ergebnis

gekommen ist. Stattdessen wird derzeit vor allem über den Einsatz von zusätzlichen Begründungs-KI-Systemen – also KI-basierten Werkzeugen diskutiert, die den Output eines KI-basierten automatisierten Entscheidungssystems verwenden und auf der Grundlage des Outputs *ex post* und ohne genaue Kenntnis der Erwägungen, die zu dem ursprünglichen Entscheidungsvorschlag oder -Input eine möglichst plausible Begründung rekonstruieren. <sup>45</sup> In diesem Fall könnte es jedoch Unterschiede zwischen den »echten« Erwägungen geben, die die endgültige Entscheidung beeinflusst haben, und den Erwägungen, die eine solche »Argumentationssoftware« als legitime Kriterien für diese Entscheidung anerkennt.

Unserer Ansicht nach sollte eine Begründung zur Erfüllung des Grundsatzes der guten Verwaltung in zweierlei Hinsicht zur Transparenz beitragen: (i) Erstens sollte die Begründung einer Entscheidung so gut wie möglich zum Ausdruck bringen, dass eine automatisierte Methodik bei der Entscheidungsfindung verwendet wurde, (ii) die von automatisierten Entscheidungssystemen verwendeten Datenbanken benennen, und (iii) das automatisierte Entscheidungssystem, das am Verfahren beteiligt war selbst benennen. Diese Elemente sollten zusammengefasst die allgemeine Gestalt des Entscheidungsverfahrens sowie die individuelle Entscheidung verständlich machen. Die Rechtfertigung für eine solche erhöhte Transparenz auf Systemebene besteht darin, dass sie zu einem verbesserten Verständnis des Prozesses beiträgt, wobei eine solche Offenheit das Vertrauen in das System erhöht und den Einzelnen über das – für automatisierte Systeme spezifische – Fehlerpotenzial informiert.

#### a) Erste Ansätze

Ein erster Ansatz in dieser Richtung war in Artikel L.311–3–1 des 2016 verabschiedeten »*Code des relations entre le public et l'administration*« (Gesetzbuch für die Beziehungen zwischen Öffentlichkeit und Verwaltung) niedergelegt. <sup>46</sup> Darin wird ein Recht auf Information über den Umfang der Algorithmusbasierten Regeln formuliert, die für Verwaltungsentscheidungen verwendet werden, sowie über die verwendeten Kriterien und deren Gewichtung durch das Computerprogramm. Diese Bestimmung sieht auch vor, dass die betroffene(n) Person(en) informiert werden muss (müssen), wenn eine relevante Verwaltungsentscheidung auf der Grundlage einer Algorithmusbasierten Verarbeitung getroffen wurde, und dass diese Person(en) die Möglichkeit hat (haben), Informationen über bestimmte Elemente des betreffenden Verfahrens zu

<sup>42</sup> Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 22.03.2001 in der Rechtssache C-270/99, Z. ECLI:EU:C:2001:180, Rn. 40. S.a. insb. EuGH Urt. v. 18.03.1997 – C-282/95P (Guérin automobiles gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften), ECLI:EU:C:1997:159, Rn. 37.

<sup>43</sup> Art. 41 (2) c) der Charta.

<sup>44</sup> Neben vielen anderen siehe: EuGH Urt. .v. 27.02.2018 – C-64/16 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas), ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31, 40 f.; EuGH Urt. v. 25.07.2018 – C-216/18, (PPU Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)), ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 63–67.

<sup>45</sup> D. Liga, The Interplay Between Lawfulness and Explainability in the Automated Decisionmaking of the EU Administration, University of Luxembourg Law Research Paper 12 (2023).

<sup>46</sup> Als Disclaimer: Der Autor dieses Papiers war Mitglied des Cercle d'Experts, der vom Legislativdienst des französischen Premierministers ernannt wurde, um über den Code des relations entre le public et l'administration 2016 zu beraten.



## Aufsätze

## Galetta/Hofmann · Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

verlangen.<sup>47</sup> So innovativ diese Bestimmung seinerzeit auch war, so wenig vielversprechend sind unserer Ansicht nach die ersten Erfahrungen mit der Anwendungspraxis zu dieser Bestimmung, da das Verständnis der Einzelheiten eines automatisierten Entscheidungssystems möglicherweise nicht sehr hilfreich ist, um die Entscheidung im Einzelfall zu verstehen. Die gegenwärtigen Tendenzen zum verstärkten Einsatz generativer KI-Systeme, bei denen es sich um nicht zweckspezifisch programmierte, sondern »Allzwecksysteme« handelt, machen einen solchen Zugang zur Systemebene noch weniger vielversprechend. Der Zugang zu einem KI-System auf allgemeiner Ebene kann nicht das Wissen darüber ersetzen, wie die spezifischen Informationen, die zu einer individuellen Entscheidung führen, verarbeitet werden.

#### b) Transparenz nach der KI-Verordnung

Der 2021 veröffentlichte Entwurf des KI-Gesetzes der Kommission enthält einige Transparenz- und Erklärungsspflichten, ist aber nicht speziell für die öffentliche Entscheidungsfindung konzipiert.<sup>48</sup> Art. 11 (1) des Kommissionsentwurfs des KI-Gesetzes verpflichtet »Hochrisiko-KI-Systeme« dazu, eine technische Dokumentation so zu erstellen, dass aus ihr der Nachweis hervorgeht, dass das Hochrisiko-KI-System die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, und dass die Aufsichtsbehörden die Einhaltung dieser Anforderungen überprüfen können.<sup>49</sup> Gemäß Art. 12 muss die Verwaltungsbehörde (möglicherweise durch den Algorithmus selbst) sicherstellen, dass KI-Systeme mit hohem Risiko, die in der automatisierten Entscheidungssystemen eingesetzt werden, »mit Funktionsmerkmalen konzipiert und entwickelt [werden], die eine automatische Aufzeichnung von Vorgängen und Ereignissen (»Protokollierung«) während des Betriebs der Hochrisiko-KI-Systeme ermöglichen. Diese Protokollierung muss anerkannten Normen oder gemeinsamen Spezifikationen entsprechen«. Beide Bestimmungen, beschränkt auf sogenannte Hochrisikoanwendungen, beziehen sich jedoch nicht auf die individuelle Begründung von Entscheidungen. Das möglicherweise am unmittelbarsten zutreffende Anliegen findet sich bspw. in Art. 10 (3) des Kommissionsentwurfs für ein KI-Gesetz, wonach Datensätze in Hochrisikoanwendungen bestimmte Qualitätskriterien erfüllen müssen: Sie »müssen relevant, repräsentativ, fehlerfrei und vollständig sein« und müssen »die geeigneten statistischen Merkmale« für die Erfüllung ihres Zweckes aufweisen, wozu auch automatisierte Entscheidungssysteme im öffentlichen Raum gehören könnten.

#### c) Pflichten aus dem Datenschutz

Darüber hinaus enthalten sowohl die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) als auch die EU-Datenschutzverordnung (DSVO) die Verpflichtung, Entscheidungen zu erläutern, wenn diese auf der Verarbeitung personenbezogener Daten beruhen – allerdings zielen diese Verpflichtungen nicht speziell auf die Entscheidungen öffentlicher Stellen ab. Hier ist die Unterscheidung zwischen Regelsetzung und Entscheidungsfindung von Bedeutung. Gemäß Art. 15 (1) (h) DSGVO sollte der für die Verarbeitung Verantwortliche den betroffenen Personen »Auskunft über die angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung erteilen [...], statt eine bestimmte Entscheidung zu erläutern«.<sup>50</sup> Erwägungsgrund 63 der DSGVO konzentriert sich auf das Auskunftsrecht, um eine Form der »Mitteilung« über die Logik, die hinter der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten steht, zu erhalten. Die letztgenannte Verpflichtung ist genereller Natur.

Die in diesem Erwägungsgrund vorgesehene Transparenz bei Einzelentscheidungen ist nur dann relevant, wenn die endgültigen Entscheidungen auf Profiling beruhen; in diesem Fall müssen die Folgen einer solchen Verarbeitung deutlich gemacht werden. Das Gleiche gilt für die EUDSVO, die für die Organe und Einrichtungen der EU geltende Datenschutzverordnung. Nach Art. 15 (2) (f) ist die betroffene Person über das »Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung« zu unterrichten, wobei »aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person« gegeben werden müssen. Diese Transparenz bezieht sich nicht in erster Linie auf die individuelle Entscheidungsfindung, sondern auf die eher grundlegenden, systembezogenen Überlegungen zum Datenschutz.

#### d) Gute Verwaltung

Die sich aus dem Grundsatz der guten Verwaltung ergebende Verpflichtung, begründete Entscheidungen zu erlassen, steht zwar sicherlich nicht im Widerspruch zur Transparenz auf Systemebene, zielt aber in erster Linie auf die Verständlichkeit von Einzelfallentscheidungen ab. Der Umfang der nach diesem Grundsatz erforderlichen Begründung steht in unmittelbarem Verhältnis zum Umfang der möglichen gerichtlichen Kontrolle. Insgesamt kommt der Begründungspflicht in Bezug auf die eingesetzten Techniken die Funktion zu, über gerichtliche Verfahren zur Überprüfung des Entscheidungsprozesses die Einhaltung der vorgegebenen rechtlichen Regeln zu garantieren. Damit soll sichergestellt werden, dass der Betroffene die Grundlage für die Entscheidung nachvollziehen und feststellen kann, ob es Gründe gibt, diese anzufechten. Die Begründung ist unseres Erachtens eines der wichtigsten Instrumente zur Gewährleistung der administrativen Verantwortlichkeit für Entscheidungen, die mit KI-basierten automatisierten Entscheidungssystemen getroffen werden. Dieses Instrument zur Sicherstellung der Verantwortlichkeit muss beim Einsatz in Bezug auf die individuelle Entscheidungsfindung weiteren Verpflichtungen Rechnung tragen, die weiter unten ausgeführt werden. Dazu zählen unter anderem die Einhaltung der nach EU-Recht zu erfüllenden Sorgfaltspflicht des Entscheidungsträgers, das Recht auf Anhörung und das Recht auf Einsicht in die relevanten Akten.

<sup>47</sup> Siehe französisches Décret No 2017–330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique, JORF n°0064 du 16 mars 2017.

<sup>48</sup> Art. 52 der Europäischen Kommission, »Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz« (KI-Gesetz) v. 21.04.2021, KOM (2021) 206 endgültig, 2021/0106 (COD), schreibt für KI-Systeme, die nicht als hochriskant gelten, keine besondere Art von Transparenz vor, sondern lediglich die Benachrichtigung natürlicher Personen darüber, dass sie mit einem KI-System interagieren, sofern dies nicht offensichtlich ist (Art. 52 (1)), und dass sie möglicherweise damit rechnen müssen, dass ihre Daten von einem Emotionserkennungssystem verarbeitet werden (Art. 52 (2)) oder dass ihre Bilder künstlich erzeugt oder manipuliert wurden (Art. 52 (3)), es sei denn, dies geschieht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder anderer überwiegender öffentlicher Interessen.

<sup>49</sup> Europäische Kommission, »Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz« (KI-Gesetz) v. 21.04.2021, KOM (2021) 206 endgültig, 2021/0106 (COD).

<sup>50</sup> Art. 29 Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, 17/EN WP251rev.01, S. 27.

## 2. Automatisierte Entscheidungssysteme und die Begründung von Entscheidungen nach den Maßstäben der Sorgfaltspflicht

Eine gute Verwaltung erfordert, dass eine angemessene Datenverwaltung erfolgt. Je größer das Volumen der gesammelten, gespeicherten und verarbeiteten Daten ist, desto größer ist das Potenzial für Fehler und Rechtsverstöße in den automatisch generierten, faktisch vorliegenden Quellen, die solche Entscheidungen unterstützen.<sup>51</sup> Außerdem kann ein KI-System im Gegensatz zu einem Verwaltungsbeamten mit natürlicher Intelligenz möglicherweise nicht detailliert erklären, wie es zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist oder welche Faktoren es berücksichtigt hat, geschweige denn, welches Gewicht es diesen Faktoren beigemessen hat, um zu diesem Ergebnis zu gelangen. Dies gilt insbesondere bei der Verwendung von »Deep-Learning«-Algorithmen: In diesem Fall ist es prinzipiell unmöglich festzustellen, wie ein solcher Algorithmus die von ihm verarbeiteten Daten und Informationen auswertet, was wiederum zu »Black-Box«-Entscheidungen führt.<sup>52</sup> Selbst wenn die Unklarheiten nicht auf die Verwendung von Algorithmen und Software zurückzuführen sind, die urheberrechtlich geschütztes geistiges Eigentum sind, besteht das Problem im Allgemeinen darin, dass Personen, die nicht über spezifische technische Kenntnisse verfügen, nicht in der Lage sind, den von der KI-gestützten Software durchgeführten Prozess nachzuvollziehen. Darüber hinaus vergrößert die Verwendung großer Datenmengen und »Big Data«-Sammlungen potenziell das Problem der fehlenden Transparenz, da die Ergebnisse sehr ungenau und unvorhersehbar sind.

Diese technischen Schwierigkeiten dürfen jedoch nicht von der Suche nach Erklärungsmöglichkeiten abhalten. KI-Experten entwickeln zunehmend fortgeschrittenere Anwendungen generativer KI die in der Lage sind, die Quellen der für ihre Ergebnisse verwendeten Informationen anzugeben.<sup>53</sup> Dies sollte unserer Ansicht nach verpflichtend werden, und tatsächlich könnte die aus dem Grundsatz der guten Verwaltung ableitbare EU-spezifische Sorgfaltspflicht die Verantwortlichkeit bei automatisierten Entscheidungsverfahren mit einer Begründungspflicht in Einklang bringen. Die Sorgfaltspflicht ist insbesondere mit den Begriffen der Unparteilichkeit und Fairness gemäß Art. 41 (1) der Charta verbunden. Rechtsprechung des EuGH stellt klar, dass »als Voraussetzung für eine unparteiische Entscheidung« die öffentliche Verwaltung verpflichtet ist, »bei der Vorbereitung einer Entscheidung mit aller erforderlichen Sorgfalt vorzugehen und die Entscheidung auf der Grundlage aller Informationen zu treffen, die sich auf das Ergebnis auswirken können«.<sup>54</sup> Daher muss die Begründung einer Maßnahme<sup>55</sup> zeigen, dass die Entscheidung auf der Grundlage »möglichst vollständiger, sachlich richtiger, zuverlässiger und kohärenter Informationen« getroffen wurde.<sup>56</sup> Nach dieser Auslegung der Sorgfaltspflicht erfordert eine ordnungsgemäße Begründung einer mit Hilfe eines automatisierten Entscheidungssystems ergangenen Entscheidung eine Dokumentation, in der die verwendeten Informationsquellen und die durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten im Allgemeinen sowie hinsichtlich der konkreten Entscheidung beschrieben werden. Dies gilt auch für Ermessensentscheidungen. Je wichtiger Ermessens- und Verhältnismäßigkeitserwägungen für eine bestimmte Entscheidung sind, desto wichtiger werden die berücksichtigten Daten und Informationen.

Diese Aspekte müssen in der Begründung der Entscheidung dokumentiert werden. Da der Nachweis der Einhaltung der im EU Recht definierten Sorgfaltspflicht informationsbezogen ist – ein Entscheidungsträger muss darlegen, wie und auf der Grundlage welcher Informationen eine bestimmte Entscheidung getroffen wurde –, erfordert die Sorgfaltspflicht eine detaillierte Dokumentation in Form von automatisierten Entscheidungssystemen; die Nachvollziehbarkeit solcher Informationen in der Begründung würde den Prozess transparent machen und somit solche Entscheidungen, die ansonsten über ein KI-basiertes »Black-Box«-System getroffen werden, einer detaillierten Überprüfung zugänglich machen.

Eine solche ausführliche informationsbezogene Begründung dürfte auch mehr zur Einhaltung des Grundsatzes der Transparenz beitragen, als es eine notwendigerweise vage und schematische Erläuterung der Funktionsweise eines Computersystems könnte. Die Begründung der öffentlichen Entscheidungsfindung<sup>57</sup> sollte sich daher zentral auf die Aufzeichnung der Vorgänge innerhalb des Systems, die Quelle(n) und die Art der für die Entscheidungsfindung verwendeten allgemeinen Informationsdaten stützen und erläutern, wie die verarbeiteten Daten mit der letztendlich getroffenen Entscheidung zusammenhängen.

### a) Rückverfolgung, Protokollierung, Dokumentation

In Entwürfen für EU-Rechtsvorschriften wird diese Notwendigkeit bereits anerkannt. So hat bspw. die Forderung nach Rückverfolgbarkeit der Datenbewegungen und der Datenverarbeitung durch automatisierte Entscheidungssysteme, die in der juristischen Fachliteratur erhoben wurde,<sup>58</sup> ihren Weg in

51 Siehe hierzu die jüngste Analyse von S. Demková, *Automated Decision-making and Effective Remedies. The New Dynamics in the Protection of EU Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, 2023, Kapitel 2.

52 J. Barrat, *Unsere neueste Erfindung*, 2014, S. 92. S.a. M. Martini/D. Nink, *Wenn Maschinen entscheiden*, NVwZ (2017), 682 f.; S. Wachter/B. Mittelstadt/C. Russell, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, *Harvard Journal of Law & Technology* 31 (2018), 31.

53 D. Liga, *The Interplay Between Lawfulness and Explainability in the Automated Decisionmaking of the EU Administration*, *University of Luxembourg Law Research Paper* 4 (2023).

54 EuG Urt. v. 19.03.1997 – T-73/95 (Oliveira/Kommission), ECLI:EU:T:1997:39, Rn. 32; S.a. EuGH Urt. v. 31.03.1992 – C-255/90 (Burban gegen Europäisches Parlament), ECLI:EU:C:1992:153, Rn. 7.

55 Siehe z.B. EuGH Urt. v. 05.11.2014 – C-166/13 (Mukarubega/Seine-Saint-Denis), ECLI:EU:C:2014:2336, Rn. 43–49; EuGH Urt. v. 08.05.2014 – C-604/12 (H. N.), ECLI:EU:C:2014:302, Rn. 49; EuGH Urt. v. 20.12.2017 – C-521/15 (Spanien/Rat), ECLI:EU:C:2017:982, Rn. 89.

56 H. C. H. Hofmann, *The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality*, *Review of European Administrative Law* 13 (2020), 87, 100. Zitiert wird die EuGH Urt. v. 09.11.2006 – C-525/04 (Spanien/Lenzing), ECLI:EU:C:2007:698, Rn. 57. In diesem Urteil bekräftigte der Gerichtshof: »der Gemeinschaftsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.«.

57 I. Koivisto, *The Anatomy of Transparency: The Concept and its Multifarious Implications*, *EUI MWP Working Papers* (2016/09).

58 Siehe z.B. H. C. H. Hofmann/M. Tidghi, *Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks*, *European Public Law* (2014), 147 ff., in dem die Begriffe der Kennzeichnung von Informationen diskutiert werden.

## Aufsätze

## Galetta/Hofmann · Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

Art. 12 des Kommissionsentwurfs für ein KI-Gesetz gefunden, das für KI-Systeme mit »hohem Risiko« gilt. Dieser Artikel würde von KI-Systemen verlangen, dass sie über Aufzeichnungseinrichtungen verfügen, die den Betrieb des KI-Systems protokollieren und verfolgen. Gemäß Art. 12 des Kommissionsentwurfs für ein KI-Gesetz müssten solche Aufzeichnungseinrichtungen gewährleisten, »dass das Funktionieren des KI-Systems während seines gesamten Lebenszyklus (...) rückverfolgbar ist«. Zudem müssten die Protokollierungsfunktionen zumindest »die Aufzeichnung jedes Zeitraums der Verwendung des Systems (...); die Referenzdatenbank, mit der das System die Eingabedaten abgleicht« umfassen sowie »die Identität der (...) an der Überprüfung der Ergebnisse beteiligten natürlichen Personen«. Diese Formulierung ist technologieneutral, aber es wird daran gearbeitet, die Distributed-Ledger-Technologie, wie z.B. Blockchain-Ansätze, für die Aufrechterhaltung einer solchen Kennzeichnung und Verfolgung zu nutzen.

Eine solche ausführliche Begründung kann wiederum auch den Erlass einer Verwaltungsentscheidung auf der Grundlage einer möglichst vollständigen Dokumentationsbasis begünstigen und ist daher zu begrüßen. Eine wesentliche Voraussetzung ist jedoch, dass die bei der öffentlichen Entscheidungsfindung eingesetzte Informationstechnologie so entwickelt wird, dass die Informationen in einer »fälschungssicheren Aufzeichnung gesichert werden, die einen unanfechtbaren Beweis für alle Handlungen der Beteiligten liefert«,<sup>59</sup> was zunehmend an Bedeutung gewinnt. Eine solche Voraussetzung würde die Rückverfolgbarkeit von Daten über ihre Quellen in mehrstufigen Informationssystemen verbessern. Sie würde auch die Überprüfung der Prozesse eines automatisierten Entscheidungssystems in einem konkreten Verfahren ermöglichen.<sup>60</sup>

Andererseits lässt sich eine verbindliche, individualisierte Begründung nicht dadurch erreichen, dass man nicht fachkundigen Menschen einfach einige technische Daten über die Kriterien zur Verfügung stellt, die das KI-System im Allgemeinen berücksichtigt. Darüber hinaus kann die Bereitstellung technischer Datenblätter nicht nur gewaltige technische Hindernisse (je nach Komplexität eines Algorithmus) für eine sinnvolle Erklärung schaffen, sondern auch Fragen in Bezug auf geistige Eigentumsrechte und die Einbeziehung von Staats- und Geschäftsgeheimnissen in ein automatisiertes Entscheidungssystem aufwerfen.<sup>61</sup>

#### b) Erklärungs- und Begründungspflichten

Somit ist das »Recht auf eine Erklärung«, wie ein automatisiertes Entscheidungssystem in einem Einzelfall zu ihrem Ergebnis gekommen ist,<sup>62</sup> untrennbar mit dem Recht auf eine begründete Entscheidung verbunden, wobei der erforderliche Detailgehalt durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen der guten Verwaltung und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz festgelegt wird. Bei der Verwendung von automatisierten Entscheidungssystemen muss die Begründung umfassender sein als bei einem herkömmlichen Entscheidungsprozess; sie sollte die berücksichtigten Informationen, ihre Verarbeitung und die Art und Weise, wie die Ergebnisse des automatisierten Entscheidungssystems das Gesamtergebnis einer Entscheidung letztlich beeinflusst haben, enthalten, da die Wahrscheinlichkeiten, auf die sich KI-Systeme beziehen, nicht mit jenen vergleichbar sind, die bei

einem auf menschlicher Kausalität beruhenden Ansatz verwendet werden. Darüber hinaus ergibt sich die Verpflichtung, eine Entscheidung, die auf automatisierten Entscheidungssystemen basiert, mit detaillierten Angaben zu den berücksichtigten Informationen zu begründen, aus dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, einem allgemeinen Grundsatz des EU-Rechts, der auch durch Art. 47 GRCh geschützt wird. Danach muss eine Entscheidung die Einhaltung wesentlicher Verfahrensvorschriften nachweisen. Der EuGH formuliert diese Verpflichtung häufig als eine Begründungspflicht, die es dem Betroffenen ermöglicht »Kenntnis von den Gründen, auf denen die ihm gegenüber ergangene Entscheidung beruht« zu erlangen und ihn damit in die Lage versetzt, »seine Rechte unter den bestmöglichen Bedingungen zu verteidigen (...)«.<sup>63</sup>

Diese Formulierung schließt nicht aus, dass eine angemessene Begründung im Einzelfall auch Erklärungen zur Funktionsweise und Logik, der in den automatisierten Entscheidungssystemen verwendeten Programme auf der Systemebene erfordern kann.<sup>64</sup> Sie verlangt sie aber nicht als solche, da die Systemebene bei einer zweckgebundenen und in gewissem Maße statischen Programmierung nur das Ergebnis anzeigen kann. Dementsprechend wurde gefordert, dass automatisierte Entscheidungssysteme »von einem »Datenblatt« begleitet werden sollte, in dem die Auswahl und die Manipulationen der Trainingsdaten sowie die »Zusammensetzung, der Erhebungsprozess, die empfohlenen Verwendungen usw.« aufgezeichnet werden, damit Dritte das Verhalten des Algorithmus untersuchen und überprüfen können«.<sup>65</sup>

### 3. Automatisierte Entscheidungssysteme, Akteneinsicht und das Recht auf Anhörung

Die oben im Zusammenhang mit der EU-spezifischen Sorgfaltspflicht erörterten Begriffe sind auch für das Recht des Einzelnen auf Anhörung vor der Entscheidungsfindung rele-

59 A.Z. Huq, Constitutional Rights in the Machine Learning State, Cornell Law Review 105 (2020), 49 ff.; D. R. Desai/J. A. Kroll, Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law, Harvard Journal of Law and Technology 31 (2017), 10 f. Ein derzeit zunehmend verbreiteter Ansatz basiert auf der Distributed-Ledger-Technologie, die häufig als »Blockchain« bezeichnet wird.

60 H. C. H. Hofmann/M. Tidghi, Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks, European Public Law (2014), 147 ff., in dem die Begriffe der Kennzeichnung von Informationen diskutiert werden.

61 M. Brkan, Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond, International Journal of Law and Information Technology 27 (2019), 91 (120).

62 L. Edwards/M. Veale, Slave to the Algorithm? Why a »right to an Explanation« Is Probably Not the Remedy You Are Looking For, Duke Law & Technology Review 16 (2017), 18 ff.; B. Casey/A. Farhang/R. Vogl, Rethinking Explainable Machines: The GDPR's »Right to Explanation« Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise, Berkeley Technology Law Journal 34 (2019), 143 ff.

63 Verbundene Rechtssachen EuGH Urt. v. 24.11.2020 – C-225/19, C-226/19 (R.N.N.S., K.A. gegen Minister van Buitenlandse Zaken), ECLI:EU:C:2020:951, Rn. 43.

64 G. Coglianese/D. Lehr, Regulating by Robot: Administrative Decision-making in the Machine-Learning Era, The Georgetown Law Journal 105 (2017), 1147 (1207), stellen fest, dass die Begründung »die Offenlegung der algorithmischen Spezifikationen, einschließlich der zu optimierenden Zielfunktion, der für diese Optimierung verwendeten Methode und der Eingabevariablen des Algorithmus« erfordert.

65 A. Z. Huq, Constitutional Rights in the Machine Learning State, Cornell Law Review 105 (2020), 48 ff.



vant. Die Anhörung einer Partei trägt zu einer vollständigen und unparteiischen Beurteilung eines Falles bei und ist ein notwendiges Element davon. Obwohl automatisierte Verfahren Anhörung und Beteiligung im Verfahren verbessern können, da der Einzelne wirksamer in den Prozess einbezogen werden kann, ist es schwieriger, aus Datenbanken gewonnene Daten mit individuell erstellten Inhalten als Antwort auf eine Anhörung zu verbinden. Das wesentliche Merkmal der digitalen Welt ist, dass sie ein »Universum der Unmittelbarkeit« ist,<sup>66</sup> weil die Idee des Raums (und des physischen Ortes) irrelevant wird. Dies könnte natürlich dazu beitragen, die Ineffizienzen im Zusammenhang mit der zeitlichen Planung von Anhörungen und der Teilnahme daran im Rahmen von Verwaltungsverfahren, die von Natur aus asynchron sind, zu verringern.

#### a) Anhörungen

Derzeit werden Verfahren, die eine Anhörung vorsehen, häufig teilautomatisch abgewickelt. Die automatisierte Erstellung eines Entscheidungsentwurfs könnte bspw. die Geschwindigkeit des Verfahrens erhöhen und somit wertvolle Zeit für die Möglichkeit einer Anhörung gewinnen lassen. Außerdem könnte der Einzelne besser einschätzen, ob eine Anhörung das Ergebnis einer Entscheidung beeinflusst hätte und ob eine gerichtliche Überprüfung eine mögliche Lösung für eine wahrgenommene Verletzung des Rechts auf Anhörung sein könnte. So befasste sich der EuGH im Jahr 2014 mit einer Einschränkung des Rechts auf Anhörung durch die niederländischen Behörden im Interesse der Verfahrenseffizienz, da nach Angaben der niederländischen Regierung in Zollangelegenheiten »aufgrund der sehr hohen Anzahl an Zahlungsaufforderungen eine vorherige Anhörung der Betroffenen nicht effizient« wäre.<sup>67</sup> Dennoch stellte der EuGH fest, dass der »Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte durch die Verwaltung und den daraus für jedermann folgenden Anspruch, vor Erlass jeder Entscheidung, die seine Interessen beeinträchtigen kann, gehört zu werden (...) im Rahmen des Zollkodex vorgesehen sind«, betonte aber, dass »ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte nur dann zur Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung [führt], wenn das Verfahren ohne diesen Verstoß zu einem anderen Ergebnis hätte führen können«.<sup>68</sup>

#### b) Akteneinsicht und -zugang

Das Recht auf Anhörung und das Recht auf Akteneinsicht sind oft miteinander verbunden. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall. Nach Art. 41 (2) (a) der Charta ist das Recht auf Anhörung ausdrücklich ein Recht auf Verteidigung, während Art. 41 (2) (b) der Charta ausdrücklich das Recht auf Zugang zu den Akten für jede Person formuliert, *die* von einer Akte *betroffen ist* – ein Recht somit, dessen Reichweite über die Verfahrensbeteiligten hinausgehen kann.<sup>69</sup> Außerdem muss die Akteneinsicht nach Art. 41 (2) (b) der Charta unabhängig davon gewährt werden, ob die Akte in einem mehrstufigen Verfahren entsteht, das von einer oder mehreren Verwaltungen eines Mitgliedstaats ausgeht oder weitergeführt wird, einschließlich zusammengesetzter Verfahren. Daher sollte das Recht auf Akteneinsicht nach Art. 41 (2) (b) der Charta so ausgelegt werden, dass es sich auch auf die Informationsquellen und die spezifischen Daten bezieht, die bei einem KI-gesteuerten automatisierten Datenverarbeitungsvorgang berücksichtigt werden. So wie in Zusammenhang mit den vorangehenden Überlegungen erfordert dies wiederum ent-

sprechende Datenspeicherformate und Kenntnisse, die einem KI-gestützten automatisierten Entscheidungssystem gerecht werden können. Der Gewinn an Transparenz und Verantwortlichkeit wäre beträchtlich.

### IV. Die KI-Revolution kommt, das öffentliche Recht bleibt: Zusammenfassung, Schlussfolgerungen und Ausblick

Bei der Konzipierung verantwortlichen Einsatzes von KI-gestützten automatisierten Entscheidungssystemen im öffentlichen Recht ist eine grundsätzliche Unterscheidung notwendig: Einerseits gibt es eine »Systemebene«. Diese besteht aus den Programmen, die die Automatisierung von Entscheidungsprozessen vornehmen. Deren Einsatz bedarf einer Rechtsgrundlage, da solche Software *de facto* durch ihren Einfluss auf Verfahren und im Verfahren vorzunehmende Abwägungen von Faktoren normensetzenden Charakter haben kann. Davon zu unterscheiden ist die Einzelfallentscheidung, die aufgrund des Einsatzes einer relevanten Software stattfindet. Beide Ebenen haben unterschiedliche Funktionen. Die Software-Ebene bereitet Einzelfallentscheidungen vor, konkretisiert mithin gesetzliche Vorgaben und bedarf daher einer hinreichend präzisen Rechtsgrundlage, da sie keine Rechtsnorm im Sinne eines »Gesetzes« nach Art. 52 (1) der Grundrechtecharta ist, aber doch einige der Funktionen von Verwaltungsvorschriften erfüllt. Daher muss ihre Rechtsgrundlage klare und präzise Vorgaben zu den jeweils zu treffenden Abwägungsentscheidungen enthalten, die von den im Rahmen der Nutzung der Software getroffen werden. Ebenso muss genau detailliert werden welche Sorte von Daten und Informationen bei dem automatisierten Teil von Entscheidungsprozessen zu verwerten sind. Im öffentlichen Bereich sollten dann alle KI-gestützten automatisierten Entscheidungsprozesse regelmäßigen Evaluierungen in Bezug auf Genauigkeit und Zuverlässigkeit der KI-Software unterzogen werden, eine Vorgabe, die der Kommissions-Entwurf des KI-Gesetzes für bestimmte Arten von Hochrisiko KI fordert. Daten, die für KI-gestützte automatisierte Entscheidungssysteme benutzt werden, müssen so behandelt werden, dass Transparenz nicht nur durch die Begründung von Einzelfallentscheidungen sichergestellt wird, sondern insbesondere auch durch Transparenz hinsichtlich der in den Entscheidungsprozess eingeflossenen Informationen. Ferner muss in der Begründung eine Erläuterung enthalten sein, wie diese tatsächlich genutzten Informationen in Bezug auf das Entscheidungsergebnis stehen. Eine Entscheidungsbegründung muss im Rahmen der

66 V.-A. Martínez Fernández, *Immediacy and Metamedia*, in F. Campos Freire/X. Rúa Araújo/V. Alejandro/M. Fernández/X. López García (Hrsg.), *Time Dimension on Networks*, 2017, S. 19 f.

67 EuGH Urt. v. 03.07.2014 – C-129/13 (Kamino International Logistics), ECLI:EU:C:2014:2041, Rn. 42 ff.

68 EuGH Urt. v. 03.07.2014 – C-129/13 (Kamino International Logistics), ECLI:EU:C:2014:2041, Rn. 35, 77, 80.

69 Die englische Fassung dieser Bestimmung spricht davon, dass jeder Zugang zu »seiner Akte« hat, was irreführend sein kann, da es den Eindruck erwecken könnte, dass nur die an einem Verfahren Beteiligten Zugang zu der Akte haben können. Die französische, deutsche und italienische Fassung von Art. 41 (2) b) der Charta sind klarer, da sie jedem Betroffenen (»le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne« und »Zugang zu den sie betreffenden Akten«, *accedere al fascicolo che la riguarda*) einen solchen Zugang erlauben.

**Aufsätze**

Galetta/Hofmann · Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt

Nutzung von automatisierten Entscheidungsverfahren dementsprechend präzisiert werden.

Darüber hinaus kann die Einbeziehung menschlicher Überprüfungen und Kontrollen in den Entscheidungsprozess dazu beitragen, sicherzustellen, dass Entscheidungen auf einer umfassenden und wohlüberlegten Analyse aller relevanten Informationen beruhen. Eine solche Verknüpfung automatisierter und menschlicher Entscheidungsfindungsprozesse könnte im Kontext der guten Verwaltung zu einem essenziellen Baustein beim Versuch der Schaffung partizipatorischer Elemente im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren werden. Zur Sicherstellung gerichtlicher Kontrolle von KI und automatisierten Entscheidungssystemen müssen Gerichte erhöhte Begründungspflichten durchsetzen. Dies wird eine Neubetrachtung des EU-spezifischen Prinzips der Sorgfaltspflicht erfordern, die die Frage, ob alle für eine Situation relevanten Daten vor der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden sind, gerichtlicher Kontrolle unterstellt. Die Identifizierung der in jedem Einzelfall berücksichtigten Daten und Informationen und der Nachweis des Entscheidungsträgers, wie diese Daten im Entscheidungsprozess gewichtet wurden und wie diese Informationen das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst haben, würde auch erfordern, dass das Datenmanagement für die Kennzeichnung oder Identifizierung von Daten in einem Entscheidungsprozess angepasst wird. Eine solche Transparenz von Daten und Informationen ist auch eine Voraussetzung dafür, eine wirkliche Kooperation und Kontrolle von Menschen über Maschinen zu gewährleisten. Dies wäre unabhängig davon, ob eine solche Kontrolle innerhalb eines (mehrstufigen) Verwaltungsvorgangs oder durch nachträgliche gerichtliche Kontrolle erfolgt. Insbesondere dort, wo Beurteilungs- oder Ermessensspielräume bestehen,

muss ein menschlicher Entscheidungsträger selbst nachvollziehen können auf welcher Grundlage ein automatisiertes System eine bestimmte Lösung einer Frage vorschlägt. Ohne diese Transparenz ist die menschliche Überprüfung von Entscheidungen nur eine Schimäre. Beamte müssen in die Lage gesetzt werden, von ihrer Befugnis Gebrauch zu machen, eine Entscheidung nach Möglichkeit zu ändern.<sup>70</sup>

Insgesamt ist die Berücksichtigung der Besonderheiten des öffentlichen Rechts und die Anpassung der Grundsätze der guten Verwaltung an die Erfordernisse und Möglichkeiten der automatisierten Entscheidungssysteme und der weitgehend datengesteuerten KI-Systeme ein Schlüsselement für alle zukünftigen Bemühungen zur Sicherstellung einer gesetzestesteuerten Verwaltung und damit des Rechtsstaatsgedankens. Mit der notwendigen Transparenz von Daten und Informationen und hinreichend präziser Rechtsgrundlagen, kann eine weitgehende Automatisierung von Entscheidungsverfahren möglich und Rechtsstaatskonform gestaltet werden. Transparenz ist ein Schlüssel zur Aufdeckung und Korrektur von Fehlentscheidungen. Unter diesen Bedingungen können KI-Systeme im öffentlichen Recht nicht nur die Qualität der Entscheidungsfindung verbessern, indem sie die Geschwindigkeit und die Tiefe der Daten- und Informationsverarbeitung steigern; sie können auch dazu beitragen, die »Gesamtintelligenz« des (verwaltungsrechtlichen) Systems verbessern.

<sup>70</sup> Siehe dazu: B. Wagner, *Liable, but Not in Control? Ensuring Meaningful Human Agency in Automated Decision-Making Systems*, Policy & Internet 11 (2019), 104, (114–116).