

Dritter Beratungsgegenstand:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

1. Referat von *Annette Guckelberger*, Saarbrücken

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	236
II. E-Government: Vorläufer und Bedeutung	237
1. Weites und enges Begriffsverständnis von E-Government. .	238
2. Ablösung des E-Governments durch Smart Government? . .	242
III. Vision des E-Governments aus IT-Sicht	244
IV. Ernüchternder Befund hinsichtlich der E-Government- Realisierung	250
1. Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government. . .	251
2. Konsequenzen	252
3. Übergreifender informationstechnischer Zugang zu Verwaltungsleistungen	254
V. Organisationsrechtliche Auswirkungen	256
1. Koordinierung der IKT in der Verbundverwaltung.	256
a) Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen	256
b) Ressortübergreifende IKT-Abstimmung auf Bundesebene	258
c) IKT-Abstimmung in den Bundesländern	260
2. Änderung der Zuständigkeiten infolge der IKT	260
VI. Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren	262
1. Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten, § 35a VwVfG	263
2. Anforderungen an den Algorithmeneinsatz bei vollautomatisierten Entscheidungen	267
3. Veröffentlichung der Algorithmen bei vollautomatisierten Entscheidungen	269
4. Vollautomatisierte Entscheidungen und Verfahrensrechte . .	272

5. Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung	275
VII. Folgen für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts. .	279
1. Aufbrechen der VwVfG-Simultangesetzgebung durch EGovGe.	279
2. Integration von EGovG-Normen in die VwVfGe.	281

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung nimmt das Thema „Digitalisierung“ einen zentralen Platz ein. Diesem wird sogar ein eigener Abschnitt mit der Überschrift „Auf dem Weg in die digitale Verwaltung“ gewidmet.¹ Von dieser Zukunftsgerichtetheit ausgehend scheint es um die Digitalisierung bzw. „Elektronifizierung“ im Behördenbereich nicht zum Besten bestellt zu sein. Regelmäßig wird E-Government als ein wesentliches Instrument zur Modernisierung der Verwaltung angepriesen. Aber hat es wirklich zu einem Paradigmenwechsel, der hier im umgangssprachlichen Sinne verstanden wird,² in Verwaltung und Verwaltungsrecht geführt? Im Folgenden möchte ich zur Beantwortung dieser Frage zunächst den E-Government-Begriff erläutern (II.). Nach einer möglichen Vision des E-Governments vornehmlich aus IT-Perspektive (III.) nehme ich

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, 45. Dazu auch *Veith Mehde* Die verwaltungspolitische Dimension der Koalitionsbildung 2017/18, VM 2018, 63 (65 f.).

² Im Sinne eines grundlegenden Denkmusters. Die von *Thomas S. Kuhn* Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1. Aufl. 1973, insbesondere 39 f., 44, 90, 110 f. u. 151, geprägte Begrifflichkeit wurde auf die Wissenschaftstheorie bezogen. E-Government beinhaltet jedoch keine Grundauffassung einer bestimmten Wissenschaftsdisziplin sondern weist Bezüge zu mehreren Disziplinen auf. S. allgemein zum Unterschied zwischen Leitbild und Paradigma *Johanna Braun* Leitbilder im Recht, 2015, 35. Instrukтив zu den verschiedenen Verständnissen des Worts Paradigma auch *Gunnar Hindrichs* Paradigma und Idealtyp, in: *Andrea Sakoparnig/Andreas Wolfsteiner/Jürgen Böhm* (Hrsg.) Paradigmenwechsel, 2014, 21 ff. Geht man, wie hier, von einem unspezifischen Verständnis des sich aus den beiden Komponenten „Paradigma“ und „Wechsel“ zusammengesetzten Begriffs aus und setzt man Paradigma mit einer Grundannahme gleich, verwundert es nicht, dass je nach Autor bei einem unspezifischen Begriffsverständnis die Anforderungen zur Bejahung eines Paradigmenwechsels mehr oder minder hoch gezogen werden. *Lorenz Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 (1255) betont, dass Veränderungen in der Verwaltung nicht revolutionär im staatsrechtlichen Sinne sein können. Dabei wird zu wenig berücksichtigt, dass das Wort „Revolution“ als Metapher verwendet wird und in anderen Disziplinen durchaus von „Digitaler Revolution“ die Rede ist, s. *Lutz M. Hagen* Digitale Revolution – Politikwissenschaftlich, in: Staatslexikon, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, Sp. 1381 f.

zu dem eher ernüchternden Befund seiner Realisierung Stellung (IV.). Im Anschluss an die Ausführungen zu den Auswirkungen des E-Governments auf die Organisation (V.) und das Verwaltungsverfahren (VI.) werde ich die Folgen für die Kodifikation des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts behandeln (VII.).

II. E-Government: Vorläufer und Bedeutung

Bereits ab Ende der 1950er Jahre befassten sich erste rechtswissenschaftliche Abhandlungen mit der „Technisierung“ und „Automation“ von Verwaltungsentscheidungen.³ Auslöser war der zunehmende Einsatz von Großrechenanlagen in der Verwaltung zur Erledigung bestimmter massenhaft anfallender Vorgänge,⁴ etwa im Bereich des Steuerwesens.⁵ Die Ära des E-Governments begann in den 1990er Jahren,⁶ also zu einer Zeit, in der sich allmählich leistungsfähigere und kostengünstige PCs sowie die Nutzung des Internets durchsetzten. Unter der Überschrift „Electronic Government“ schlug US-Vizepräsident *Al Gore* 1993 Abhilfemaßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informati-

³ *Karl Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, 18, der derartige Entscheidungen in eine rechtliche und technische Komponente aufteilte und letztere als „Verwaltungsfabrikate“ einordnete. Dagegen für eine einheitliche Sichtweise sowie die Zurechenbarkeit der Maschinenentscheidungen zur Verwaltung aufgrund der vorausgegangenen Programmierung *Hans Peter Bull* Verwaltung durch Maschinen, 2. Aufl. 1964, 67; *Niklas Luhmann* Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, 108 ff.; s. auch *Malte von Berg* Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, 12 f. S. zu den Anfängen auch *Martin Eifert* Electronic Government, 2006, 313 ff.; *Anna Bettina Kaiser* Intelligente Verwaltungsmaschine – intelligente Maschinen in der Verwaltung: Die Diskussion über die Verwaltungsautomation in den 1950er und 1960er Jahren, in: Peter Collin/Klaus-Gert Lutterbeck (Hrsg.) Eine intelligente Maschine?, 2009, 233 (234 ff.); teils wird zwischen fünf Phasen bei der Nutzung der IKT bis Anfang des Jahrtausends unterschieden, s. *Andreas Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft, in: Dieter Leipold (Hrsg.) Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, 2002, 97 (100 f.) m.w.N.

⁴ Die darüber hinaus leicht formalisierbar waren, s. *Thomas Groß* Die Informatisierung der Verwaltung, *VerwArch* 95 (2004), 400 (401); *Panagiotis Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, 36.

⁵ Vgl. den Überblick mit Nachweisen bei *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 37 ff.; zur Rentenversicherung *Hans Brinckmann/Stefan Kuhlmann* Computerbürokratie, 1990, 53 ff.

⁶ Dazu *Gabriele Britz* Elektronische Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 18; *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 20; *Jan Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, 20.

onstechnologien vor.⁷ Etwas später wurde dieses Wort als Anglizismus in Deutschland aufgegriffen.⁸ Auch wenn diese Begrifflichkeit heute in der Verwaltungssprache oft gebraucht wird,⁹ gehen die Meinungen über ihren Bedeutungsgehalt auseinander.¹⁰

1. *Weites und enges Begriffsverständnis von E-Government*

Zu den bekanntesten Begriffsbeschreibungen gehört die Speyerer Definition von E-Government als „die Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien“.¹¹ Diese Definition bringt jedoch zu wenig zum Ausdruck, dass E-Government mehr als die bloße elektronische Nachbildung bestehender Verwaltungsvorgänge ist.¹² Die Spezifika moderner Informations- und Kommunikationstechniken erlauben es, Organisation und Verfahren der Verwaltung auf den Prüfstand zu stellen und insbesondere stärker an den

⁷ *Al Gore* From Red Tape to Results, Creating a Government That Works Better & Costs Less, Report of the National Performance Review, September 7, 1993, 119 f.

⁸ *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 65 sowie *Christin Petersen* Die Rechtsprobleme des Electronic Government, 2014, 5 f.; zur Ablösung des Oberbegriffs virtuelle Verwaltung *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 410.

⁹ S. nur *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 8), § 1 Rn. 65.

¹⁰ *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 20 f.; *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 5 f.; *Wolf J. Schünemann* E-Government und Netzpolitik, in: ders./Stefan Weiler (Hrsg.) E-Government und Netzpolitik im europäischen Vergleich, 1. Aufl. 2012, 9 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 6), 21.

¹¹ *Heinrich Reinermann/Jörn von Lucke* E-Government – Gründe und Ziele, in: dies. (Hrsg.) Electronic Government in Deutschland, 2. Aufl. 2002, 1. Diese Definition hat sich der Berliner Landesgesetzgeber in § 2 Abs. 1 S. 1 BerEGovG zu eigen gemacht. Hervorzuheben ist des Weiteren die E-Government-Definition im Memorandum des Fachausschusses Verwaltungsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. und des Fachbereichs 1 der informationstechnischen Gesellschaft im VDE, 2000, 3 als „die Durchführung von Prozessen der öffentlichen Willensbildung, der Entscheidung und der Leistungserstellung in Politik, Staat und Verwaltung unter sehr intensiver Nutzung der Informationstechnik“. Beim Mobile Government handelt es sich nach *Bernd W. Wirtz/Daniel Schmitt* Mobile Government: Umsetzung und Entwicklungsperspektiven, VM 2018, 33 (34) um die elektronische Abwicklung von staatlichen Aktivitäten mittels mobiler IKT, um öffentliche Aufgaben effizient und effektiv zu unterstützen.

¹² *Utz Schliesky* Legitimation und Verantwortung im komplexen, arbeitsteiligen Staat, in: Hermann Hill/ders. (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 11 (15). Dazu auch *August-Wilhelm Scheer/Helmut Kruppke/Ralf Heib* E-Government – Prozessoptimierung in der öffentlichen Verwaltung, 2003, 3 f.

Bedürfnissen von Bürgern und Wirtschaft auszurichten.¹³ Folglich werden gemäß § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 E-Government-Gesetz des Bundes (EGovG Bund) die Bundesbehörden vor Einführung sowie bei wesentlichen Änderungen informationstechnischer Systeme zur Optimierung der Verwaltungsabläufe angehalten.¹⁴ Auch der geltende EU-eGovernment-Aktionsplan betont deren Potenzial für die Erleichterung von Verwaltungsverfahren, die Verbesserung der Qualität von Dienstleistungen sowie die Effizienzsteigerung interner Verfahren im öffentlichen Sektor.¹⁵ Dementsprechend versteht *Eifert* unter E-Government den verstärkten Einsatz von Informations- und Kommunikationstechniken zur Verbesserung der Verwaltung.¹⁶

Die uneinheitliche Verwendung dieses Begriffs lässt sich mit dessen Leitbildcharakter erklären.¹⁷ Leitbilder eröffnen durch ihre Verkürzung Sinn- und Interpretationsspielräume¹⁸ und sollen das Verhalten ihrer Adressaten auf ein Ziel richten.¹⁹ Das Präfix „E“ drückt aus, dass sich die Ver-

¹³ *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 2 ff.; *Dirk Heckmann* E-Government, in: ders. (Hrsg.) *juris PraxisKommentar Internetrecht*, 4. Aufl. 2014, Kap. 5 Rn. 1 ff.; *Alexander Roßnagel* Auf dem Weg zur elektronischen Verwaltung – Das E-Government-Gesetz, *NJW* 2013, 2710 (2710); *Thorsten Siegel* Der virtuelle Verwaltungsakt, *VerwArch* 105 (2014), 241 (243); *Andreas Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie, in: Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Kerstin Holzinger/Stefan Leo Frank (Hrsg.) *FS Gerhart Holzinger*, 2017, 767 (770 f.); *Danny Christian Lau* Kommunale Demokratie 2.0, 2018, 88.

¹⁴ Vergleichbare Landesregelungen finden sich etwa in § 12 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 EGovG NRW oder § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EGovG BW.

¹⁵ COM(2016) 179 final, 1. In anderen Dokumenten werden dagegen als Synonyme für E-Government die „elektronischen Behördendienste“ (z.B. ErwGrd (10) Richtlinie 2006/86/EG zur Umsetzung der Richtlinie 2004/23/EG, ABl. EU L 294, 33 oder ErwGrd (41) Beschluss Nr. 1639/2006/EG, ABl. EU L 310, 19) oder die „elektronische Verwaltung“ (z.B. Überschrift von Art. 95 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012, ABl. EU L 298, 49; ErwGrd (86) sowie Überschrift des Art. 147 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 2018/1046, ABl. EU L 193, 103) ausgewiesen.

¹⁶ *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 21; für eine Berücksichtigung der qualitativen und dynamischen Anforderungen auch *Heckmann* E-Government (Fn. 13), Kap. 5 Rn. 4. Dieses Verständnis ist unionsrechtlich besser anschlussfähig und liegt im Übrigen auch auf der Linie des Berichts von *Gore* From Red Tape to Results (Fn. 7), 119: „We can design a customer-driven electronic government that operates in ways that, 10 years ago, the most visionary planner could not have imagined.“, Kursivhervorhebung durch die Verfasserin.

¹⁷ Zum Leitbildcharakter *Martin Eifert* Electronic Government als gesamtstaatliche Organisationsaufgabe, *ZG* 2001, 115 (128 f.); *Heinz Schäffer* Verwaltungsinnovation durch E-Government, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) *FS Klaus König*, 2004, 495 (515); *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 97 ff.

¹⁸ *Braun* Leitbilder im Recht (Fn. 2), 2.

¹⁹ Eingehend zu den Leitbildern *Braun* Leitbilder im Recht (Fn. 2), 11 ff.; s. auch *Claudio Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang

wender möglichst umfassend der elektronischen Informations- und Kommunikationstechniken bedienen sollen.²⁰ Unschärfen bestehen hinsichtlich der Adressaten des Leitbilds. *Reinermann* und *von Lucke* wollen ihre Speyerer Definition auf alle drei Gewalten erstrecken.²¹ Damit würde auch die E-Justice im E-Government aufgehen. Unter dem Terminus E-Justice wird die Digitalisierung gerichtlicher Verfahren²² durch Vorgaben zur elektronischen Kommunikation mit der Gerichtsbarkeit²³ sowie die Einführung der E-Akte in der Justiz bis spätestens 2026 erörtert.²⁴ Würden die Behörden ihre Akten in Papierform, die Gerichte dagegen elektronisch führen, würde die mit der Digitalisierung der Justiz angestrebte Verfahrensbeschleuni-

Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 23; *Andreas Voßkuhle* Der „Dienstleistungsstaat“ – Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), 495 (508 f.).

²⁰ S. nur *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 8. Dazu, dass das Novum des E-Governments in der umfassenden Ausrichtung auf die Informations- und Kommunikationstechniken in Abkehr von deren bisherigen, punktuellen Hilfsfunktion liegt, *Wolfgang Denkhau* Vom E-Government zur Digitalisierung, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 1 Rn. 14.

²¹ *Reinermann/von Lucke* E-Government (Fn. 11), 1; ebenso *Uwe Berlit* „Nach dem Gesetz ist vor dem Gesetz“ – Regulierungsbedarfe in der elektronischen Justiz, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 95 (106) sowie *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 20.

²² Zur E-Justice als Kommunikation der Justiz mit Externen und zur Digitalisierung justizinterner Vorgänge *Nadja Braun Binder* in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.) VwGO, 5. Aufl. 2018, § 55a Rn. 1, 4 ff.; *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772; *Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann* Die Digitalisierung im Fokus, in: dies. (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 7; *David Jost/Johann Kempe* E-Justice in Deutschland, *NJW* 2017, 2705 ff.

²³ Seit 2018 können Behörden das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPO) nutzen, s. das in § 55a Abs. 1 VwGO, § 6 Abs. 1 ERVV verwendete „können“ sowie BT-Drucks. 17/13948, 33. Demgegenüber müssen Anwälte ab 2018 das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) nutzen, s. § 31a BRAO. Nachdem das BVerfG, *NJW* 2018, 288 f. eine wegen nicht ausreichender Sicherheitsvorkehrungen gegen das Postfach eingelegte Rechtssatzverfassungsbeschwerde abgelehnt hatte, wurde dieses kurz darauf aufgrund grundlegender Sicherheitsmängel außer Betrieb genommen und am 3.9.2018 freigeschaltet. Bei der Überprüfung des beA zeigten sich auch unbemerkt gebliebene Sicherheitsmängel des beBPO, die nun beide während des laufenden Betriebs behoben werden sollen. Spätestens ab 2022 müssen Behörden und Anwälte ihre Dokumente der Verwaltungsgerichtsbarkeit elektronisch übermitteln, § 55d S. 1 VwGO, s. auch Sätze 3 und 4 zu vorübergehenden Übermittlungsschwierigkeiten.

²⁴ § 55b Abs. 1a S. 1 VwGO. Schon jetzt können nach Absatz 1 Satz 1 die Prozessakten elektronisch geführt werden, nach Satz 2 bestimmen die Bundesregierung und die Landesregierungen jeweils für ihren Bereich den Zeitpunkt der elektronischen Führung der Prozessakten, s. dazu *Braun Binder* in: Sodan/Ziekow (Fn. 22), § 55b Rn. 27 ff.

gung sowie Vereinfachung der Kommunikation entwertet.²⁵ Umgekehrt werden Personen, die zuvor mit der Verwaltung elektronisch kommuniziert haben, Vergleichbares für anschließende Gerichtsverfahren erwarten dürfen.²⁶ Obwohl es also gute Argumente für eine übergreifende Betrachtung von Behörden- und Gerichtsverfahren gibt,²⁷ sprechen Gewaltenteilungsgesichtspunkte²⁸ für eine Ausklammerung der Rechtsprechung. Außerdem setzen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG der Automatisierung von Gerichtsverfahren engere Grenzen.²⁹

²⁵ Dazu auch *Benedikt Beckermann* Spezifische Gelingensbedingungen und Chancen der Digitalisierung im Verwaltungsprozess, in: Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 95 (99 f., 104 f.). Nach dem Vorsitzenden des BDVR *Robert Seegmüller* führte das Zuschicken ausgedruckter Akten des BAMF bei mehr als 100.000 gerichtlichen Rechtsschutzbegehren zu erheblichen Problemen beginnend bei der Menge des zu lagernden Papiers bis hin zur Sortierung und Zuordnung der Akten, s. dazu *Jens Dierolf* Abarbeitung der Asylklagen wird Jahre dauern, STIMME.de vom 7.2.2018, <<https://www.stimme.de/deutschland-welt/politik/dw/Abarbeitung-der-Asylklagen-wird-Jahre-dauern;art295,3981865>> (Stand 30.10.2018).

²⁶ S. auch *Wilfried Bernhardt* Schlüsselemente einer erfolgreichen Digitalisierung der Justiz, in: Almuth Buschmann/Anne-Christin Gläß/Hans-Henning Gonska/Markus Philipp/Ralph Zimmermann (Hrsg.) Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, 21 (30).

²⁷ *Beckermann* Spezifische Gelingensbedingungen (Fn. 25), 100.

²⁸ In diese Richtung *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung zwischen IT-Sicherheit und Rechtssicherheit, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 131 (138). Dazu, dass die Verwaltung des EDV-Netzes der Hessischen Justiz durch die Hessische Zentrale für Datenverarbeitung allein dann mit der Gewaltenteilung vereinbar ist, wenn die Zugriffsrechte der Systemadministratoren streng limitiert sind und sich auf die für das Funktionieren des EDV-Netzes notwendigen Maßnahmen beschränken, BVerfG, NJW 2013, 2102 (2103).

²⁹ Dazu *Braun Binder* in: Sodan/Ziekow (Fn. 22), § 55a Rn. 1; *Annette Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 397 (398); *Mario Martini/David Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl. 2018, 1128 (1135 f.); *Wilfried Bernhardt* Digitalisierung im Spannungsfeld der grundgesetzlichen Kompetenzträger, in: Christian Bär/Thomas Grädler/Robert Mayr (Hrsg.) Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, 2018, 1 (5 ff.); *Peter Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz bei juristischer Entscheidungsfindung, JA 2018, 721 (723); s. auch *Axel Adrian* Der Richterautomat ist möglich, Rechtstheorie 48 (2017), 77 (80). S. auch die Präambel der Vereinbarung über die Errichtung des E-Justice-Rats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in der Justiz, Justizministerialblatt Brandenburg 2012, 107 ff., wonach der Rechtsprechung als einer der drei Staatsgewalten im staatlichen Gefüge der Bundesrepublik eine besondere Bedeutung zukommt und den Besonderheiten, die sich daraus sowie aus der verfassungs- und einfachrechtlich garantierten Position der unabhängigen Rechtspflegeorgane ergeben, auch bei der Informationstechnik Rechnung zu tragen ist. Ein weiteres Argument für die Ausklammerung der Rechtsprechung aus dem E-Government-Begriff ist die

Nachfolgend beschränke ich mich auf die Verwaltung, weil mit dem E-Government ein besonderes Optimierungspotenzial für diese verbunden wird.³⁰ Wenn auch die Regierung regelmäßig vom Governmentbegriff umfasst ist,³¹ soll diese angesichts ihrer Eigenständigkeit sowie geringeren rechtlichen Determinierung gegenüber der Verwaltung grundsätzlich ausgeblendet bleiben.³² Das hier zugrunde gelegte enge Verständnis liegt auf einer Linie mit den regelmäßig an die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit anknüpfenden E-Government-Gesetzen von Bund und mehreren Ländern.³³ Daneben behalten aber selbstverständlich weiter gefasste Begriffsverständnisse durchaus ihre Berechtigung.³⁴

2. Ablösung des E-Governments durch Smart Government?

In Reaktion auf das Internet der Dinge, bei welchem insbesondere Gegenstände elektronisch miteinander kommunizieren,³⁵ erweiterten For-

gegenüber dem Verwaltungsverfahrenrecht stärkere Durchnormierung des Prozessrechts, s. *Berlit* „Nach dem Gesetz ist vor dem Gesetz“ (Fn. 21), 95 (97); *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 20 f. Dagegen kann man Tätigkeiten der Gerichtsverwaltung durchaus unter den E-Government-Begriff subsumieren, s. z.B. § 1 Abs. 3 EGovG Bund und die Legaldefinition der Verwaltungsleistungen in § 2 Abs. 3 OZG, s. dazu BT-Drucks. 18/11135, 92; s. auch *Wlfrid Bernhardt* Quo Vadis Digitalisierung der Justiz?, JM 2018, 310 (314).

³⁰ Zum Optimierungspotenzial § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EGovG Bund sowie BT-Drucks. 17/11473, 40.

³¹ Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 des Vertrags über die Errichtung des IT-Planungsrats, BGBl. 2010 I 663, steuert der IT-Planungsrat „die Projekte zu Fragen des informations- und kommunikationstechnisch unterstützten Regierens und Verwaltens (E-Government-Projekte)“. Des Weiteren wurden in der nicht unumstrittenen Entscheidung des BVerfG, NVwZ 2018, 485 (487 f.) ähnliche Maßstäbe für die Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Verwaltung entwickelt.

³² Für diese Verengung spricht darüber hinaus, dass das mit dem E-Government verfolgte Modernisierungsanliegen durch Infragestellung und Neukonzeption organisatorischer Strukturen vor allem die Verwaltung betrifft. S. zu den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben, BVerfGE 137, 185 (250 Rn. 170); BVerfG, NVwZ 2018, 51 (57), wonach Informationen aus dem Bereich der Vorbereitung von Regierungsentscheidungen mit zunehmender Nähe zu gubernativen Entscheidungen als umso schutzwürdiger anzusehen sind.

³³ In aller Regel enthalten diese spezielle Bestimmungen, wonach auch die Gerichtsverwaltung eingeschlossen und somit an den funktionellen Verwaltungsbegriff angeknüpft wird, s. dazu § 1 EGovG Bund; § 1 EGovG BW; § 1 EGovG SL. Auch Art. 91c Abs. 5 GG beschränkt sich auf den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern. Einfachgesetzlich wird dieser Begriff in § 2 Abs. 3 OZG umschrieben. Nach den Materialien BT-Drucks. 18/11135, 92 sollen darunter Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG zu verstehen sein.

³⁴ Zum weiten Begriffsverständnis *Petersen* Die Rechtsprobleme (Fn. 8), 14 sowie 20.

³⁵ *Jörn von Lucke* Deutschland auf dem Weg zum Smart Government, VM 2016, 171 (175); s. zum Internet der Dinge auch *Stefan Strohmeier/Dragana Majstorovic/Franca*

scher der Zeppelin-Universität die Speyerer E-Government-Definition hin zum Smart Government (Häfler Definition).³⁶ Dieses soll die Abwicklung geschäftlicher Regierungs- und Verwaltungsprozesse mithilfe intelligent vernetzter Informations- und Kommunikationstechniken beinhalten und das E-Government mitumfassen.³⁷

Von diesem neuen Leitbild ist abzuraten.³⁸ Das Adjektiv „smart“ ist wenig aussagekräftig.³⁹ Zudem müssen und können nicht sämtliche Informations- und Kommunikationstechniken innerhalb der Verwaltung intelligent vernetzt sein.⁴⁰ Überdies ist auf Unionsebene das Leitbild des E-Governments fest etabliert. Selbst wenn dieses vorrangig auf die Analyse und Optimierung bestehender Prozesse abzielt, schließt es auch technologische Neuerungen ein, aus denen die Einstellung bestimmter Tätigkeiten oder deren Wahrnehmung ohne analoges Pendant resultieren.⁴¹ Weil der

Piazza/Christian Theres Smart HRM – das „Internet der Dinge“ im Personalmanagement, HMD 2016, 838 (839 f.).

³⁶ *Jörn von Lucke* Wie uns die intelligente Vernetzung zum Leitbild „Verwaltung 4.0“ und einem smarten Regierungs- und Verwaltungshandeln führt, Whitepaper 2015; *ders.* Deutschland auf dem Weg (Fn. 35), 176; hierzu auch *Christian Djeflal* Leitlinien der Verwaltungsinnovation und das Internet der Dinge, in: Anika Klafki/Felix Würkert/Tina Winter (Hrsg.) Digitalisierung und Recht, 2017, 83 (86); in diese Richtung auch die Überschrift des Berichts von *Julian Hölzel* Vom E-Government zum Smart Government, DVBl. 2017, 1015 (1015).

³⁷ *Von Lucke* Deutschland auf dem Weg (Fn. 35), 178; *ders.* Smart Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 2 Rn. 18. In eine ähnliche Richtung *Labintot Demaj* Smart Government: Die Verwaltung und den Staat der Zukunft denken, Informatik-Spektrum 2018, 123 (124 ff.): Abschied vom Staat als Warenautomat: Digitale Koordinations- und Transaktionsplattformen ersetzen zunehmend öffentliche Intermediäre, zunehmende Ausrichtung am realen statt vermuteten Verhalten gesellschaftlicher Akteure, Einsatz der KI bei Ermessensentscheidungen; s. auch *Andreas Glaser* Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018, 181 (185); *Hermann Hill* Digitalisierung – Veränderungen und Herausforderungen, in: *Jörn von Lucke/Klaus Lenk* (Hrsg.) FS Heinrich Reiner mann, 2017, 101 (103).

³⁸ Da die Bundesländer erst allmählich eigenständige E-Government-Gesetze verabschieden, sind die Überlegungen von *Jörn von Lucke* In welcher smarten Welt wollen wir eigentlich leben?, VM 2018, 177 (179) hinsichtlich der Smart-Government-Gesetze jedenfalls momentan verfrüht.

³⁹ Zur vielfältigen Verwendung von *Lucke* Smart Government (Fn. 37), Kap. 2 Rn. 4, 7.

⁴⁰ Zum Unterbleiben von Vernetzungen aus Sicherheitsgründen *Christoph Sorge* Sichere Informationstechnik, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 19 Rn. 9. S. auch *Johann Herzberg* Wird die Bedeutung der eAkte für die Digitalisierung der Verwaltung überschätzt?, VM 2018, 96 (99). Damit gehen Abgrenzungsprobleme zwischen E-Government- und Smart-Government-Projekten einher. Im Übrigen mag das Abstellen auf die „intelligente“ Vernetzung bei manchen Assoziationen zur KI hervorruhen, die aber ebenfalls nicht in allen Verwaltungsbereichen einsetzbar sein wird.

⁴¹ Im Ergebnis wie hier *Prell* E-Government (Fn. 2), 1258. Ein weiteres Argument gegen die Aufgabe des E-Governments folgt aus dem nur mäßigen Abschneiden Deutsch-

Begriff des E-Governments schon etwas in die Jahre gekommen ist, findet man zunehmend Begrifflichkeiten, die an die Digitalisierung⁴² der Verwaltung anknüpfen.⁴³ Der in fast allen Lebensbereichen anzutreffende Begriff der Digitalisierung erleichtert die bereichsübergreifende Verständigung.⁴⁴

III. Vision des E-Governments aus IT-Sicht

Spinnt man die momentanen Vorstellungen einer IT-begeisterten Person in ihrer Euphorie bezüglich der Verwaltung weiter, könnten diese wie folgt aussehen: Nach der flächendeckenden Einführung der E-Akte⁴⁵ arbeitet die

lands in internationalen Vergleichsstudien, s. dazu etwa die Studie eGovernment Monitor 2017, 8, <https://initiated21.de/app/uploads/2017/10/egovernmentmonitor2017_20171129.pdf> (Stand: 30.10.2018). So im Jahre 2011 *Heinrich Reinermann* Über verwaltungswissenschaftliche Seins- und Sollensaussagen, in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.) FS Hans Peter Bull, 2011, 749 (765); s. auch *Martin Brüggemeier* Grundfragen des Public Management im Lichte der Informationstechnik, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 121 (125) zum Fallenlassen des „E“, wenn es selbstverständlich geworden ist.

⁴² Dazu, dass Informationen in der Digitalisierung binär codiert werden, *Indra Spiecker gen. Döhmman* Kontexte der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), 9 (36) m.w.N. Dazu, dass dieser ursprüngliche Begriff der Digitalisierung mittlerweile in einem weiteren Sinne verstanden wird, *Marion Albers* Sicherheitsbehördliche Vernetzung und Datenschutz, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 23 Rn. 8. Nach *Volker Boehme-Neßler* Unscharfes Recht – Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, 101 sind für die Digitalisierung die Ubiquität, Multimedialität, Virtualität und Vernetzung kennzeichnend. Dazu, dass es sich bei der Digitalisierung um einen Prozess kontinuierlichen Lernens und der Veränderung, technisch wie menschlich, handelt, These 1 von *Thilo Böhmann* zum Workshop „Algorithmen und Verwaltungs(gerichtliche) Kontrolle“ im Rahmen der Veranstaltung „Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung“ am 12.10.2018 in Hamburg.

⁴³ So befasst sich der EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020, COM(2016) 179 final mit der „Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung“. S. auch die im Koalitionsvertrag (Fn. 1) verwendete Formulierung: auf dem Weg zur „digitalen Verwaltung“.

⁴⁴ Nach *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 3 wird damit ein Prozess umschrieben, der im Wesentlichen auf einer intelligenten Vernetzung von Prozessketten und einer durchgängigen Erfassung, Aufbereitung, Analyse und Kommunikation von Daten beruht. Dadurch wird auch ausgedrückt, dass man nicht mehr ganz am Anfang der Elektronifizierung steht, so heißt es in COM(2018) 434 final, 4, die öffentlichen Verwaltungen konnten „den digitalen Wandel unter realen Bedingungen erproben und den Übergang vom eGovernment zur digitalen Verwaltung beginnen“.

⁴⁵ Näher zur elektronischen Aktenführung in der Verwaltung *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 75 ff.; *Annette Guckelberger* Elektronische Akten und Akteneinsicht, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Auf dem Weg zum digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, 2015, 129 ff.; *Nadja Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in:

Verwaltung papierlos. Zwischen den Behörden wird beinahe ausschließlich elektronisch kommuniziert. Die Kommunikation mit den Privatrechtssubjekten erfolgt über einen digitalen Verwaltungszugang, über den auch die Antworten der Verwaltung abzuholen sind. Nachdem der Gesetzgeber den Weg für vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen geebnet hat, erlassen IT-Systeme zunehmend vollständig automatisierte Verwaltungsakte.⁴⁶ Die Haupttätigkeit der menschlichen Amtswalter besteht in der Programmierung, Überwachung und Anpassung der IT-Systeme. Nur äußerst selten vollziehen sie selbst die Gesetze nach vorheriger Prüfung des Einzelfalls. Dabei stehen ihnen sog. Legal Tech-Anwendungen zur Verfügung,⁴⁷ die zur Arbeitserleichterung und Verfahrensbeschleunigung beitragen.⁴⁸

Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 12 Rn. 26 ff. Dazu, dass die E-Akte nicht einfach aus der Nachbildung herkömmlicher Akten, sondern im Hinblick auf die Digitalisierung zukunftsöffener gestaltet werden sollte, *Herzberg* Wird die Bedeutung der eAkte überschätzt? (Fn. 40), 96 ff.

⁴⁶ Zum vollständig automatisierten Verwaltungsakt z.B. *Ariane Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt – Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 a VwVfG, NVwZ 2018, 1260 ff.; *Nadja Braun Binder* Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, 891 ff.; *Hans Peter Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt, DVBl. 2017, 409 ff.; *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 397 ff.; *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Neues zum E-Government – Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1273 ff.; *Thorsten Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens DVBl 2017, 24 ff.; *Ulrich Stelkens* Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: Hermann Hill/Dieter Kugelman/Mario Martini (Hrsg.) Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, 81 ff.

⁴⁷ Dazu, dass es keine feststehende Definition für Legal Tech gibt, *Nico Kuhlmann* Legal Tech – Zugang zum Recht im Zeitalter der Digitalisierung, in: Christian Bär/Thomas Grädler/Robert Mayr (Hrsg.) Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, Bd. 2, 2018, 87 (88); *Jens Wagner* Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 (898); oft wird Legal Tech auf die Anwaltschaft bezogen. Zu dessen Charakterisierung als „industrialisierte“ Rechtsdienstleistungen auf hohem Niveau *Stephan Breidenbach/Florian Glatz* Einführung, in: dies. (Hrsg.) Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, § 1 Rn. 7. *Richard Susskind* Tomorrow's Lawyers, 2. Aufl. 2017, 3, 91 geht davon aus, dass sich in den nächsten Jahrzehnten die juristische Tätigkeit tiefgreifend verändern wird. Zurückhaltender fällt dagegen oft die Einschätzung in Deutschland aus, z.B. *Gabriele Buchholtz* Legal Tech: Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, 955 (959); *Matthias Kilian* Die Zukunft der Juristen, NJW 2017, 3043 (3048).

⁴⁸ *Buchholtz* Legal Tech (Fn. 47), 959; *Markus Hartung* Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung, in: ders./Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib (Hrsg.) Legal Tech, 2018, 1.1 Rn. 58; s. auch *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), 1 (15 ff.) mit Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Art und Qualität rechtlicher Aktivitäten.

Weil sich immer größere Datenmengen mithilfe der Informationstechnologien sekundenschnell auswerten lassen,⁴⁹ kann die Verwaltung ihre Maßnahmen oft an Echtzeitinformationen ausrichten.⁵⁰ Big Data-Analysen werden zur Sichtbarmachung andernfalls verborgen gebliebener Zusammenhänge genutzt,⁵¹ man denke etwa an Software zur Verbrechensprognose für die Polizei (Predictive Policing).⁵² Riesige Datenmengen benötigt die Technologie der Künstlichen Intelligenz (KI),⁵³ deren Systeme aufgrund eines dahinterstehenden Algorithmus aus Datenmaterial selbstständig lernen.⁵⁴ Da KI-Systeme zumindest partiell eine dem Menschen vergleich-

⁴⁹ Eingehend dazu *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: ders. (Hrsg.) *Big Data – Regulative Herausforderungen*, 2018, 11 (17).

⁵⁰ *Demaj Smart-Government* (Fn. 37), 129 f. Dazu, dass dadurch in bestimmten Bereichen höchstpersönliche Eigenschaften und Umstände stärker berücksichtigt werden können, Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung vom 30.11.2017, 2018, 14, 79 f. Zu den Gefahren aus dem Einsortieren der Menschen *Spiecker gen. Döhmman* Kontexte (Fn. 42), 44 f.

⁵¹ *Matthias Bäcker* Big Data und Sicherheitsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Big Data – Regulative Herausforderungen*, 2018, 167 (167); zu dieser Stärke von Big Data auch *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 142 (2017), 366 (389), auf 410 ff. zum Einsatz dieses Instruments bei der Auswertung von Fluggastdaten (§ 4 FlugDaG), zu den verfassungsrechtlichen Bedenken daran *Clemens Arzt* Das neue Gesetz zur Fluggastdatenspeicherung, DÖV 2017, 1023 (1024 ff.).

⁵² S. die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1513. S. dazu auch *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung (Fn. 48), 15. Aktuell wird die Software auf Vorhersagen hinsichtlich Wohnungseinbrüchen ohne Analyse personenbezogener Daten eingesetzt. Allerdings planen einige Bundesländer eine Ausdehnung auf weitere Delikte, *Tobias Singelstein* Predictive Policing, NStZ 2018, 1 ff. Auch muss die Software so ausgestaltet werden, dass es zu keinem Racial Profiling kommt, s. zu Letzterem OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, juris. Zur Notwendigkeit rechtlicher Rahmenbedingungen *Spiecker gen. Döhmman* Kontexte (Fn. 42), 45.

⁵³ Zur KI *Annette Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit bei „intelligenten“ Robotern?, IUTR 2018, 7 (14 ff.); *Manuela Lenzen* Künstliche Intelligenz, 2018; *Thomas Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), 1 ff.; dazu, dass der Begriff der KI nicht klar gefasst und insbesondere das Adjektiv „intelligent“ nicht empfehlenswert ist, *Maximilian Herberger* „Künstliche Intelligenz“ und Recht, NJW 2018, 2825 (2826 f.).

⁵⁴ Nach der Gesellschaft für Informatik, Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, unter 3.1. ist ein „lernender“ Algorithmus „ein Algorithmus, der durch das Verarbeiten von Daten (und gegebenenfalls anderen Algorithmen) ein Modell trainiert“. S. auch *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3; *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 14 f. In den Empfehlungen der Datenethikkommission für die Strategie der Künstlichen Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 wird KI als ein Sammelbegriff für Technologien und ihre Anwendungen verstanden, „die durch digitale Methoden auf der Grundlage potenziell sehr

bare Problemlösungskompetenz besitzen,⁵⁵ werden hohe Erwartungen in diese gesetzt.⁵⁶ Auf ihr basiert z.B. die intelligente Videoüberwachung unter Nutzung der biometrischen Gesichtserkennung.⁵⁷ Auch bedient sich die moderne Verwaltung intelligenter Software-Agenten, die automatisiert Kommunikationsaufgaben übernehmen,⁵⁸ sog. Govbots, um Fragen Dritter zu beantworten oder Bürgern bei der Antragstellung zu helfen.⁵⁹ Indem sich letztere ebenfalls sprachgesteuerter Assistenzsysteme wie Alexa oder Siri bedienen, erledigen Bots gemeinsam Verwaltungsangelegenheiten, etwa das Ummelden eines Autos.⁶⁰

Die immer leistungsfähigeren Informationstechnologien lösen zunehmend menschliche Behördenbedienstete ab. Diese Entwicklung wird durch die Blockchain-Technologie beschleunigt.⁶¹ Eine Blockchain ist eine dezentral geführte Datenkette, bei der fortlaufend neue Datenblöcke in chronologischer Reihenfolge unveränderbar und nachvollziehbar gespeichert werden.⁶² Da die Blockchain infolge ihrer Eigenschaften mindestens

groß und heterogener Datensätze in einem komplexen und die menschliche Intelligenz gleichsam nachahmenden Verarbeitungsprozess ein Ergebnis ermitteln, das ggf. automatisiert zur Anwendung gebracht wird“.

⁵⁵ Zur Unterscheidung zwischen schwacher und starker KI *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 14 m.w.N.; s. auch *Roland Heuermann* Wirkungen und Erfolge der Digitalisierung, in: ders./Matthias Tomenendal/Christian Bressen (Hrsg.) Digitalisierung in Bund, Ländern und Gemeinden, 2018, 215 (226).

⁵⁶ *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 134; s. auch COM (2018) 137 final, 2: eine „der strategisch bedeutendsten Technologien des 21. Jahrhunderts“.

⁵⁷ *Heuermann* Wirkungen und Erfolge der Digitalisierung (Fn. 55), 230 f.; *Margrit Seckelmann* Einsatz bei der Polizei: Twitter-Nutzung, Online-Streifen, Trojaner, Facebook-Fahndung, Biometriesoftware, (intelligente) Videoüberwachung, Predictive Policing, Body-Cams und Fotodrohnen in: dies. (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 22 Rn. 42 ff.; s. die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1982, 13, auch allg. 12 ff. zu weiteren Bereichen, in denen KI zurzeit in der Verwaltung eingesetzt wird.

⁵⁸ So zur Begriffsbestimmung im Allgemeinen *Meinhard Schröder* Rahmenbedingungen der staatlichen Regulierung von Social Bots, DVBl. 2018, 465 ff.

⁵⁹ Dazu etwa *Mario Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (453); *ders./Nink*, Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129. Dazu, dass Chatbots Gespräche mit Menschen simulieren *Thomas Köbrich/Oliver Froitzheim* Lass uns quatschen, WRP 2017, 1188 (1188); näher zu Bots und Social Bots *Schröder* Rahmenbedingungen (Fn. 58), 465 ff.

⁶⁰ S. auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129.

⁶¹ Dazu auch *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 128 f.

⁶² *Christian Welzel/Klaus-Peter Eckert/Fabian Kirstein/Volker Jacumeit* Mythos Blockchain: Herausforderung für den öffentlichen Sektor, 2017, 7. Zu dieser Technologie *Ariane Berger* Blockchain – Mythos oder Technologie für die öffentliche Verwaltung?, DVBl. 2017, 1271 ff.; *Jörn Erbguth* Konfliktlösung auf der Blockchain, in: Samuel van Oostrom/Stephan Weth (Hrsg.) FS Maximilian Herberger, 2016, 285 ff.; *Mario Martini/Quirin Weinzierl* Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden, NVwZ 2017,

so vertrauenswürdig wie ein Amtswalter ist, der gewisse Vorgänge prüft und validiert, braucht die Verwaltung öffentliche Register nicht mehr zu führen.⁶³ Elektronisch gestellte Rechnungen (s. auch § 4a EGovG Bund)⁶⁴ werden durch auf Blockchain basierende Zahlungsmittel beglichen. Weil Smart Contracts Vereinbartes selbst ausführen oder durchsetzen,⁶⁵ wird auch hierfür kein staatliches Personal mehr benötigt, sondern beispielsweise bei Zahlungsrückständen automatisch per Fernbefehl eine Energieversorgungssperre ausgelöst.⁶⁶ Nicht zuletzt können infolge der Ausstattung von Gegenständen mit Sensoren z.B. selbstfahrende Polizeiautos⁶⁷ durch Kommunikation mit Ampeln intelligente Polizeiroboter⁶⁸ schnellstmöglich zum Einsatzort befördern.

Die Verwirklichung dieser E-Government-Vision ist mit einem grundlegenden Paradigmenwechsel für die Verwaltung verbunden. Auf den ersten Blick ruft sie zwar Assoziationen zur Charakterisierung der Verwaltung als Maschine bei *Max Weber* hervor.⁶⁹ Während jedoch bei dessen Konzeption

1251 ff. Zu den Manipulationsmöglichkeiten von Blockchains *Martin Heckelmann* Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504 (505).

⁶³ *Berger* Blockchain (Fn. 62), 1271. Zum Vertrauen in Blockchain *Markus Kaulartz* Die Blockchain in der öffentlichen Verwaltung, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 30 Rn. 5 f.; s. auch *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 127. S. aber die Bedenken der Bundesregierung in BT-Drucks. 19/3817, 9.

⁶⁴ S. die Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. EU L 133, 1 ff.; *Beate Lohmann/Stefan Werres* Neue Vorgaben für die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, VM 2014, 199 ff.; s. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung dieser Richtlinie BT-Drucks. 18/9945, 9, wonach bis 2020 innerhalb der Europäischen Union die elektronische Abrechnung als vorherrschende Methode etabliert werden soll.

⁶⁵ *Wagner* Legal Tech (Fn. 47), 901. Näher dazu einschließlich der zu überwindenden Herausforderungen BT-Drucks. 19/3817, 10.

⁶⁶ So die Praxis in anderen Ländern, s. dazu *Christoph G. Paulus/Robin Matzke* Smart Contracts und Smart Meter – Versorgungssperre per Fernzugriff, NJW 2018, 1905; s. auch *Heckelmann* Smart Contracts (Fn. 62), 505.

⁶⁷ Zum autonomen Fahren etwa *Hoffmann-Riem* Verhaltensteuerung (Fn. 48), 18 f.; *Eric Hilgendorf* (Hrsg.) Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017; *ders.* Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick, JA 2018, 801 ff.; *Kay Nehm* Autonomes Fahren – Bremsen Ethik und Recht den Fortschritt aus?, JZ 2018, 398 ff.; *Bernd Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs* (Hrsg.) Autonomes Fahren, 2017; s. auch *Georg Borges* Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, 977 ff.

⁶⁸ Allgemein zu intelligenten Robotern ohne Einsatz auf staatlicher Seite *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 12 f.

⁶⁹ *Max Weber* Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.) Gesammelte politische Schriften, 3. Aufl. 1971, 306 (332), wonach „die bürokratische Organisation mit ihrer Spezialisierung der Facharbeit, ihrer Abgrenzung der Kompetenzen, ihrer Reglements und hierarchisch abgestuften Gehorsamsverhältnissen“ wie eine „lebende Maschine“ ist. Zur historischen Entwicklung des Bildes des Staats als

menschliche Amtswalter „in Bureaus“ Papierakten bearbeiten,⁷⁰ eröffnen die heutigen Informations- und Kommunikationstechniken nicht nur andere Möglichkeiten mobilen Arbeitens.⁷¹ Zunehmend ersetzt die Technik Tätigkeiten menschlicher Behördenbediensteter.⁷² Aufgrund der Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechniken ist insbesondere in den Bereichen Datenschutz und IT-Sicherheit ein Ausbau der Verwaltung zu verzeichnen.⁷³ Während der Bedarf an IT-Spezialisten und Mitarbeitern

Maschine *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 36 ff.; *Barbara Stollberg-Rilinger* Der Staat als Maschine: Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaates, 1986. Dazu, dass die Verwaltung durch Algorithmen die konsequente Fortentwicklung der Bürokratie als der Versuch der Nachbildung einer Maschine mit Menschen ist, *Basanta Thapa* Thesenblatt zum Workshop „Algorithmische Entscheidungen in der Verwaltung – Innovationspotenziale“ im Rahmen der Veranstaltung „Algorithmen und künstliche Intelligenz in der Verwaltung“ am 12.10.2018 in Hamburg. S. auch *Peter Fleer* Conclusion: Digitization and the Continuities of Change in Administrative Information Processing, *Administration & Society* 2018, Vol. 50(9), 1335 (1339).

⁷⁰ *Max Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, Soziologie, Bd. 23, unvollendet 1919–1920, zit. nach *Knut Borchardt/Edith Hanke/Wolfgang Schluchter* (Hrsg.) Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, 2014, 159; so benennt auch *Prell* E-Government (Fn. 2), 1255 die Schriftlichkeit und tragende Rolle der Amtswalter, die nach für jedermann erkennbaren, demokratisch legitimierte Regeln handeln, als Paradigmen für die analoge Verwaltung.

⁷¹ Zum Mobile Government etwa *Christian Hoffmann* Apps der öffentlichen Verwaltung. Rechtsfragen des Mobile Government, *MMR* 2013, 631 ff.; *Franz Vetter* Landesverwaltung 21 – eine persönliche Innenansicht, *VBIBW* 2018, 312 (313 f.); *Wirtz/Schmitt* Mobile Government (Fn. 11), 33 ff.; *ISPRAT*, Whitepaper zu Mobile Government – Mobiles Regieren und Verwalten in einer mobilen Welt, 6.3.2014, <http://www.isprat.net/fileadmin/downloads/publikationen/ISPRAT_Whitepaper_Mobile_Government.pdf> (Stand 30.10.2018); *Fraunhofer-Institut für Offene Kommunikationssysteme*, Mobiles E-Government – Heute und Morgen, <<https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/14412/Digitale+Mobilit%C3%A4t+Dynamik+im+%C3%b6ffentlichen+Raum+Kurzfassung>> (Stand 30.10.2018); s. auch *Thomas Kirchner* Einsatz mobiler Endgeräte zur polizeilichen Aufgabenbewältigung – notwendige Veränderungen im Bereich der Lehre, *VM* 2017, 261 f.; *Mario Martini/Saskia Fritzsche/Michael Kolain* Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung – Forschungskonzept des Programmbereichs „Transformation des Staates in Zeiten der Digitalisierung“, 2016, 74 f.; *Stephan Schwarz* Apps, in: *Margrit Seckelmann* (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 25.

⁷² S. auch *von Lucke* In welcher smarten Welt (Fn. 38), 191. Nach dem Artikel von *Sarah Mühlberger* E-Government: Nie wieder Schlange stehen, brand eins, <<https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/service/nie-wieder-schlange-gehen>> (Stand 30.10.2018) hat sich die Zahl der Sachbearbeiter in dem beim E-Government bereits weit fortgeschrittenen Kopenhagener Bürgeramt von 160 auf 60 verringert. Zu den Hindernissen der Vollautomatisierung und den Gründen für eine Hybridisierung i.S.e. Zusammenwirkens zwischen Behördenbediensteten und Maschinen *Fleer* Digitization (Fn. 69), 1340: Angewiesensein auf menschliches Input, Output ist menschenbezogen, Notwendigkeit der menschlichen Kontrolle.

⁷³ Zum Ressourcenbedarf für die Realisierung des Onlinezugangs, aber auch zum Aufbau der FITKO und E-Government-Agentur, Nationaler Normenkontrollrat (NKR), Jahresbericht 2018, 42 f.

mit einem IT-Bezug in der Verwaltung steigt, sinkt allmählich die Zahl der Sachbearbeiter und Verwaltungsjuristen.⁷⁴

IV. Ernüchternder Befund hinsichtlich der E-Government-Realisierung

Wirft man dagegen einen Blick auf den Ist-Zustand der deutschen Verwaltung, schneidet diese im europäischen Vergleich beim E-Government nur mittelmäßig ab.⁷⁵ Der Nationale Normenkontrollrat gelangte 2016 zu folgendem ernüchternden Befund: „Wirksames E-Government gibt es in Deutschland de facto nicht, vielmehr eine heterogene und zerklüftete IT- und E-Government-Landschaft mit vielen Insellösungen und einzelnen Leuchttürmen.“⁷⁶ Weil die Verwaltung ein heterogenes Gebilde,⁷⁷ die Finanzkraft der Bundesländer und Kommunen unterschiedlich ist und es immer noch Ortschaften ohne Breitbandausbau gibt,⁷⁸ lassen sich momentan keine allgemeinen Aussagen zum Ausmaß des Paradigmenwechsels durch E-Government für die Verwaltung treffen.⁷⁹

⁷⁴ Dazu auch *Prell* E-Government (Fn. 2), 1258 auch unter Betonung des Angewiesenseins des Staates auf Private in Sachen IT.

⁷⁵ Im Bericht über den Stand der Digitalisierung in Europa 2017 – Länderprofil Deutschland, 2, belegte Deutschland unter den 28 Mitgliedstaaten den 11. Platz, bei dem sog. Digital Economy and Society Index im Bereich Digital Public Services erreichte Deutschland sogar nur den 21. Platz, vgl. Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 35; s. auch Abbildungen Capgemini, eGovernment Benchmark, 2017, 34 ff.; *Utz Schliesky* Die Zukunft der öffentlichen Verwaltung DVP 2017, 91 (94) ordnet das aktuelle E-Government sogar als gescheiterte Reformbemühung ein.

⁷⁶ Nationaler Normenkontrollrat (NKR), Jahresbericht 2016, 69. Im Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrates (Fn. 73), 35 heißt es: „Der große Durchbruch und ein flächendeckendes, nutzerfreundliches Onlineangebot aller wichtigen Verwaltungsleistungen sind bisher jedoch nicht gelungen.“ Nach Fortiss/D21 Initiative, eGovernment Monitor 2017, 14 f. sind die Privaten mit den behördlichen E-Government-Angeboten wenig zufrieden und ist deren Nutzung sogar im Vergleich zu den Vorjahren rückläufig. Zur zurückhaltenden Annahme des E-Governments auch *Vofßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772 f. Zum Rückstand Deutschlands beim M-Government *Wirtz/Schmitt* Mobile Government (Fn. 11), 35 ff.

⁷⁷ S. nur *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 213 ff.; *Harald Lemke* IT-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung, Die Verw. 46 (2013), 123 (126); *Stephan Kirste* Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie – Verwaltungsorganisation zwischen Fragmentierung und differenzierter Legitimierung, VVDStRL 77 (2018), 161 (167).

⁷⁸ Nach Deutscher Landkreistag (Hrsg.) Der digitale Landkreis, 2018, 8 sehen 34 % der Landkreise im fehlenden bzw. unzureichenden Breitbandausbau das größte Hemmnis für die Digitalisierung, 29 % beklagen ein fehlendes lückenloses Mobilfunknetz.

⁷⁹ S. *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 402; *von Lucke* Smart Government (Fn. 37), Kap. 2 Rn. 1.

1. Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government

Zu dem Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government gehört die mangelnde Bekanntheit seiner Online-Dienste.⁸⁰ Außerdem wird für deren Nutzung oft ein Lesegerät oder eine Software benötigt, deren Besorgung mühsam, möglicherweise sogar kostenpflichtig ist.⁸¹ Hinzu kommen datenschutz- und sicherheitsrechtliche Bedenken.⁸² Erinnert sei an Berichte vom März 2018 über ein beinahe einjähriges Eindringen von Hackern in das zentrale Datennetz der Bundesverwaltung.⁸³ Des Weiteren werden die Beharrungstendenzen in der Verwaltung⁸⁴ und teilweise auch deren starke Prägung durch Juristen als Verhinderungsfaktoren ausgemacht.⁸⁵ Allerdings sollte man sich vor allzu einseitigen Schuldzuweisungen hüten. Heute stehen viele Juristen Digitalisierungschancen aufgeschlossener gegenüber.⁸⁶ Im Übrigen deuten die „Zauberworte“ E-Government bzw. Digitalisierung⁸⁷ auf die vordergründige Ausrichtung allen Handelns am technisch

⁸⁰ Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16, die auch mit der geringen Anzahl jährlicher Behördenkontakte der Bürger zusammenhängen dürfte, dazu *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 444.

⁸¹ Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16; dazu auch *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 449.

⁸² Fortiss/D21Initiative (Fn. 76), 16.

⁸³ Die nur kurz gehaltenen Stellungnahmen dazu gegenüber der Öffentlichkeit, s. etwa die Antwort des Staatssekretärs *Günter Krings* Plenarprotokoll 19/22, 1913 f., sind wenig vertrauensfördernd.

⁸⁴ *Hans Peter Bull* Modernisierung der Verwaltung – Wie weit haben wir es gebracht?, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 219 (229 f.); *Dirk Heckmann* Perspektiven des IT-Einsatzes in der öffentlichen Verwaltung, *Die Verw* 46 (2013), 1 (6).

⁸⁵ So *Jörn von Lucke* Die Speyerer Schule der Verwaltungsinformatik, in: ders./Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reinermann, 2017, 31 (45); in diese Richtung auch *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 5), 153 sowie Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 42, welcher bemängelt, dass die Einstellungs- und Beförderungspraxis vieler Bundesministerien zu stark auf Juristen ausgerichtet ist. Dazu, dass für Juristen die zeit- und kostenaufwändige Prozessanalyse ungewohnt ist, *Micha-Manuel Bues* Auswirkungen und Erfolgsfaktoren der Digitalisierung von Kanzleien, in: Markus Hartung/ders./Gernot Halbleib (Hrsg.) Legal Tech, 2018, 1.2 Rn. 89; dazu, dass sich Juristen nicht nur aus Angst vor eigener Funktionslosigkeit gegen die Automatisierung wehren werden, bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 3), 52.

⁸⁶ Zudem dürften bei den Verwaltungsjuristen angesichts des dem E-Government zeitlich vorgelagerten New Public Managements keine allzu großen Vorbehalte gegenüber Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen von Prozessen bestehen.

⁸⁷ *Harald Staun* Die Ideologie der Digitalisierung, FAS v. 25.3.2018, 45 spricht von einer mystischen historischen Kraft des Wortes „Digitalisierung“, vor deren Unausweichlichkeit man schon kapituliert hat.

Machbaren hin.⁸⁸ Dadurch gerät in Vergessenheit, dass Unions- und Verfassungsrecht, insbesondere die Menschenwürdegarantie, dem Technikeinsatz Grenzen setzen,⁸⁹ und nicht alles technisch Machbare auch erstrebenswert ist.⁹⁰

2. Konsequenzen

Angesichts des ernüchternden Befundes könnte man dieses Leitbild möglicherweise bei den gescheiterten Reformüberlegungen einreihen.⁹¹ Weil jedoch u.a. das Unionsrecht den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Binnenmarktes Vorgaben für elektronische Behördendienste macht,⁹² ist eine Aufgabe dieses Leitbildes unrealistisch.⁹³ Vielmehr ist zu überlegen, wie sich die Umsetzung des E-Governments verbessern lässt. Dazu gehört etwa, für eine größere Bekanntheit⁹⁴ sowie nutzerfreundlichere Ausgestaltung der Angebote zu sorgen.⁹⁵ Aufgrund des Erfahrungswissens der Amtswalter im Hinblick auf den Gesetzesvollzug können diese wertvolle Hinweise für eine sinnvolle Konzeption der Online-Dienste liefern. Andererseits sind sie auf die Änderungen ihres Tätigkeitsfelds vorzubereiten und ggf. fortzubilden.⁹⁶ Nachdem bereits zwei Bundesländer Staatszielbe-

⁸⁸ S. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht zur sog. intelligenten Videoüberwachung Nr. 47/2017, 6.

⁸⁹ S. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 88), 6.

⁹⁰ Zutreffend *Bull* Modernisierung der Verwaltung (Fn. 84), 229 ff.; s. auch von Lucke In welcher smarten Welt (Fn. 38), 195.

⁹¹ So eine Überlegung von *Schliesky* Die Zukunft (Fn. 75), 94.

⁹² S. dazu *Veith Mehde* Der unionale Rahmen von E-Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 7. S. neuerdings die neue Verordnung über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors VO (EU) 2018/1724, ABl. EU L 295/1, die gravierende Folgewirkungen haben wird.

⁹³ Des Weiteren muss sich auch die Verwaltung veränderten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen stellen, s. *Heckmann* Perspektiven des IT-Einsatzes (Fn. 84), 6; *Martini/Fritzsche/Kolain* Digitalisierung (Fn. 71), 6. Als weiterer Treiber wird der demographische Wandel ausgemacht, s. BT-Drucks. 17/11473, 20. Dazu, dass man auf diese Weise eigenes Steuerungswissen erlangt und durch eigene Nachfrage gewünschte Entwicklungen befördern kann, *Martin Wind* Technisierte Behörden, 1999, 16, 146 f.

⁹⁴ *Gunnar Schwarting* E-government – eine kritische Zwischenbilanz, PersV 2018, 84 (87).

⁹⁵ S. etwa *Sönke E. Schulz/Christian Hoffmann/Maximilian Tallich* Anreizsysteme und Instrumente zur Nutzen- und Nutzersteigerung im E-Government, Die Verw. 45 (2012), 207 ff.

⁹⁶ Dazu *Jürgen Stember/Andreas Spichiger/Wolfgang Eixelsberger/Manfred Wundara* Ergebnisse einer Studie in den Ländern Deutschland, Schweiz und Österreich, in: Jürgen Stember/Wolfgang Eixelsberger/Andreas Spichiger (Hrsg.) Wirkung von E-Government, 2018, 3 (52 f.). In Bereichen der Vollautomatisierung wird oft hervorgehoben, die Amts-

stimmungen zur digitalen Infrastruktur in ihre Verfassungen aufgenommen haben,⁹⁷ wird in Hessen Ende Oktober 2018 über eine vergleichbare Verfassungsbestimmung abgestimmt.⁹⁸ Außerdem müssen Personen jeden Alters über ausreichende Möglichkeiten zum Erwerb des notwendigen Wissens in Sachen digitaler Technologien samt ihrer Risiken verfügen.⁹⁹ Vom Abbau gesetzlicher Schriftform- und persönlicher Erscheinenserfordernisse erhofft man sich Positiveffekte für die Verwirklichung sowie Inanspruchnahme elektronischer Verwaltungsdienste.¹⁰⁰ Schließlich sind die Einhaltung des

walter könnten sich dann auf komplexe und anspruchsvolle Aufgaben konzentrieren, etwa *Glaser* Einflüsse (Fn. 37), 189; zur dadurch möglichen Humanisierung der Tätigkeiten *Ralf-Michael Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, 38.

⁹⁷ Art. 3a Abs. 2 LVerf BW: Der Staat fördert gleichwertige Lebensverhältnisse, Infrastrukturen und Arbeitsbedingungen im gesamten Land. Nach Art. 14 Abs. 1 Verf SH gewährleistet das Land im Rahmen seiner Kompetenzen den Aufbau, die Weiterentwicklung und den Schutz digitaler Basisdienste sowie die Teilhabe der Bürger/innen an diesen. Dazu, dass es sich hierbei um eine Staatszielbestimmung handelt, LT-Drucks. SH 18/2116, 20 f. S. auch *Christian Hoffmann/Sönke E. Schulz* Schleswig-Holsteins digitale Verfassung – Digitale Basisdienste, elektronischer Zugang zu Behörden und Gerichten und digitale Privatsphäre in der Schleswig-Holsteinischen Landesverfassung, NordÖR 2016, 389 ff. Kritisch gegenüber solchen Anpassungen *Hans Peter Bull* Der „digitale Staat“ und seine rechtliche Ordnung, ZRP 2015, 98 ff.

⁹⁸ Art. 26d HessVerf-E wurde zwischenzeitlich angenommen: Der Staat, die Gemeinden und Gemeindeverbände fördern die Errichtung und den Erhalt [...] der digitalen [...] Infrastruktur, Hess. LT- Drucks. 19/5715, 2 f. Ohne solche Staatszielbestimmungen kann nur aus grundrechtlichen Schutzpflichten, ggf. i.V.m. Art. 87f GG, ein Hinwirken auf einen flächendeckend guten Internetzugang entnommen werden. Zur Entbehrlichkeit eines expliziten Grundrechts auf Internet *Kai von Lewinski* Recht auf Internet, RW 2011, 70 (92 ff.); s. auch *Reent Ricklef Reents* Ausbau und Finanzierung einer flächendeckenden Breitbandversorgung in Deutschland, 2016, 229 ff. Zur dogmatischen Konstruktion eines Rechts auf Internet *Anika D. Luch/Sönke E. Schulz* Das Recht auf Internet, 2013, 57 ff. Nach dem aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung (Fn. 1), 38, ist anvisiert, für alle Bürger ab 2025 einfachgesetzlich einen Anspruch auf schnelles Internet einzuführen.

⁹⁹ Wobei auch deren besondere Bedürfnisse zu berücksichtigen sind. S. auch *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 783; *Gabriele Buchholtz* Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit, DÖV 2017, 1009 (1015 f.), wobei sich beide auf die von den neuen Medien ausgehenden Gefahren für die Demokratie beziehen. S. insb. zur Schulbildung *Buchholtz* ebd., 1016; *Klaus Ferdinand Gärditz* Der digitalisierte Raum des Netzes als emergente Ordnung und die repräsentativ-demokratische Herrschaftsform, Der Staat 54 (2015), 113 (137). Um die Voraussetzungen diesbezüglicher Finanzhilfen des Bundes zu schaffen, ist eine Änderung von Art. 104c GG geplant, s. BT-Drucks. 19/3440, 10. Zu überlegen ist auch, wo E-Government- und E-Justice-Kompetenzen im rechtswissenschaftlichen Studium verortet werden können, dazu *Bernhardt* Schlüsselemente (Fn. 26), 39; *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 727. Dazu, dass sie jedenfalls zu etablieren sind, *Herberger* „Künstliche Intelligenz“ (Fn. 53), 2828.

¹⁰⁰ S. aktueller Koalitionsvertrag (Fn. 1), 45; zu den Schriftformerfordernissen als Hinderungsgrund für das E-Government *Prell* E-Government (Fn. 2), 1256 f.

Datenschutzes sowie eine ausreichende Daten- und IT-Sicherheit für die Annahme des E-Governments seitens der Bürger unerlässlich.¹⁰¹

E-Government ist zunächst einmal zeit- und ressourcenaufwändig.¹⁰² Weil angesichts unterschiedlicher Fähigkeiten und IT-Ausstattung der Bevölkerung in den allermeisten Bereichen aus verfassungsrechtlichen Gründen¹⁰³ traditionelle Zugänge zur Verwaltung fortbestehen müssen, können sich die Potenziale der Informations- und Kommunikationstechniken momentan nicht voll entfalten.¹⁰⁴ Dadurch bleibt aber auch das „menschliche Antlitz“ der Verwaltung erhalten¹⁰⁵ und es wird berücksichtigt, dass sich beispielsweise im Gespräch Missverständnisse besser ausräumen lassen.¹⁰⁶

3. *Übergreifender informationstechnischer Zugang zu Verwaltungsleistungen*

Weil im Bereich der Online-Angebote der Verwaltung ein unübersichtlicher „digitale[r] Flickenteppich“ entstanden ist,¹⁰⁷ wurde Art. 91c GG im Juli 2017 ein fünfter Absatz hinzugefügt.¹⁰⁸ Dieser enthält den Auftrag, den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu Verwaltungsleistungen

¹⁰¹ S. auch *Martini* Transformation der Verwaltung (Fn. 59), 446.

¹⁰² *Voßkuhle* Auf dem Weg zur Online-Demokratie (Fn. 13), 772; s. auch *Marc Schardt* Der IT-Planungsrat – Zentrum der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung?!, VM 2017, 227 (230). S. auch COM(2018) 39 final, 11 f., wonach nicht alle für den elektronischen Vollzug des neuen Zollkodex benötigten 17 IT-Systeme bis 2020 einsatzbereit sein werden, weil man die Komplexität dieser Aufgabe und die Kosten, aber auch den Anpassungsbedarf der IT-Systeme an ein zwischenzeitliches Sicherheitsupgrade unterschätzt habe. Dazu, dass manchmal die Implementierung einer technischen Lösung bis zur Anwendungsreife in der Praxis durch aktuelle technische Entwicklungen in Bedrängnis geraten kann, *Brinckmann/Kuhlmann* Computerbürokratie (Fn. 5), 10.

¹⁰³ *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 41 ff.; *Hanno Kube* Neue Medien – Internet, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rn. 70. S. zu Überlegungen in Bezug auf Zugangsverengungen *Annette Guckelberger* Der Übergang zur (aus-schließlich) elektronischen Gesetzesverkündung, 2009, 99 ff.

¹⁰⁴ Nach Art. 14 Abs. 2 S. 1 Verf S-H sichert das Land im Rahmen seiner Kompetenzen einen persönlichen, schriftlichen und elektronischen Zugang zu seinen Behörden und Gerichten.

¹⁰⁵ *Ariane Berger* Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, 804 (806).

¹⁰⁶ *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 405.

¹⁰⁷ *Martini/Fritzsche/Kolain* Digitalisierung (Fn. 71), 8. *Daniel Rüscher* Der digitale Zugang der Bürger zum Staat durch das Onlinezugangsgesetz, DVBl. 2017, 1530 (1530) bezeichnet den bisherigen Zustand als „Wildwuchs“.

¹⁰⁸ Gesetz v. 13.3.2017, BGBl. I 2347.

von Bund und Ländern durch Bundesgesetz zu regeln.¹⁰⁹ Entgegen anderslautender Stimmen¹¹⁰ wird auch die Zusammenführung erst noch zu digitalisierender Verwaltungsleistungen im Portalverbund erlaubt.¹¹¹ Nach § 1 Abs. 1 Onlinezugangsgesetz (OZG) müssen Bund und Länder ihre Verwaltungsleistungen, das sind derzeit rund 575 Anliegen,¹¹² spätestens Ende 2022 elektronisch anbieten.¹¹³

Jedoch fallen die Zeitschienen für den Onlinezugang sowie die verpflichtende Einführung der E-Akte in der Verwaltung nach Maßgabe der E-Government-Gesetze teils auseinander. Mancherorts sollen die Behörden die E-Akte erst bis 2025 einführen.¹¹⁴ Oftmals werden die Gemeinden und Landkreise sogar ganz von derartigen Zeitvorgaben ausgenommen.¹¹⁵ Keine Probleme entstehen, wenn man mit dem Bundesrat der Auffassung ist, dass aus dem OZG keine Verpflichtungen für Kommunen und Kreise

¹⁰⁹ Richtigerweise handelt es sich dabei um einen Regelungsauftrag, s. etwa *Christoph Gröpl* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 2018, Art. 91c Rn. 53 (2018); *Mario Martini/Cornelius Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung – Quantensprung oder zu kurz gesprungen?, ZG 2017, 193 (197); *Thorsten Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz, DÖV 2018, 185 (187); *Werner Heun/Alexander Thiele* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 7.

¹¹⁰ *Martini/Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG (Fn. 109), 200 ff.; *Kay Ruge* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 45.

¹¹¹ Dies legen bereits Sinn und Zweck dieser Neuerung nahe. Zu den Argumenten *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 187; *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 58 ff.; *Margrit Seckelmann* in: Karl-Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 91c Rn. 56 (2018); *Thomas Wischmeyer* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 33.

¹¹² Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 36 f.

¹¹³ Ausweislich der Materialien ergeben sich aus dem Gesetz aber keine subjektiven Rechte, BT-Drucks. 18/11135, 91; *Utz Schliesky/Christian Hoffmann* Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 193 (196). Auch wenn sich aus Art. 91c Abs. 5 GG kein bestimmtes Datum entnehmen lässt, sollte jedoch richtigerweise beachtet werden, dass diese Verfassungsbestimmung mit dem Wort „Zugang“ über den Bereich der Verwaltung hinausweist. Zu den Zweifeln, ob sich dieses Ziel angesichts der dafür notwendigen Ressourcen tatsächlich erreichen lässt, Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 38.

¹¹⁴ Gem. § 6 S. 1 EGOVG Bund ab 2020; gem. § 6 Abs. 1 S. 1 EGOVG BW u. § 6 S. 1 EGOVG Brem ab 2022; gem. § 7 Abs. 1 S. 1 EGOVG Bln ab 2023; gem. § 5 Abs. 1 S. 1 EGOVG SL ab 2025.

¹¹⁵ S. Art. 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayEGVG; § 9 Abs. 3 S. 3 EGOVG NRW; § 6 Abs. 2 EGOVG BW, sowie LT-Drucks. BW 15/7724, 55. Zur disparaten Rechtslage auch *Benedikt Beckermann* E-Government-Gesetzgebung im Vergleich, VM 2018, 167 (170).

folgen sollen.¹¹⁶ Diese Ansicht ist aber abzulehnen. Gemeinden und Kreise sind regelmäßig die ersten Anlaufstellen für die Bürger und gehören staatsorganisationsrechtlich zu den Ländern.¹¹⁷ Allerdings müssen unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Organisationshoheit aus Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG durch das OZG unterbleiben.¹¹⁸ Insgesamt belegen die soeben erwähnten Regelungen den Willen zur Beschleunigung der Digitalisierung, deren Umsetzung aber oftmals noch Zeit benötigt.

V. Organisationsrechtliche Auswirkungen

1. Koordinierung der IKT in der Verbundverwaltung

Damit die elektronische Kommunikation in der heutigen Verbundverwaltung¹¹⁹ gelingen kann, bedarf es der Verständigung auf gewisse einheitliche technische Standards.¹²⁰

a) Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen

Bereits anlässlich der Föderalismusreform 2009¹²¹ wurde mit Art. 91c Abs. 1–4 GG eine Vorschrift über das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen aufgenommen.¹²² Die Ver-

¹¹⁶ BT-Drucks. 18/11135, 138. S. auch *Ariane Berger* Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 799 (806), wonach die Länder durch eigene Ausführungsgesetze zum OZG die Kommunen in die Pflicht nehmen müssen.

¹¹⁷ *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 187 f.; *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 65 ff.; s. auch *Rüscher* Der digitale Zugang (Fn. 107), 1532 f. Enger *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 169, wonach die Kommunen nur hinsichtlich der Ausführung von Bundesrecht verpflichtet werden.

¹¹⁸ Für eine verfassungskonforme Auslegung des OZG *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 188 f.; in diese Richtung auch *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 69 f.; *Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 110), Art. 91c Rn. 50; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 57.

¹¹⁹ S. etwa *Markus Winkler* Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, 31; s.a. *Thorsten Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 11 ff., 381 f.

¹²⁰ S. nur *Utz Schliesky* Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationsstatbestände, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 8 Rn. 8.

¹²¹ Gesetz v. 29.7.2009, BGBl. I 2248; zur Verankerung der IT im Grundgesetz *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung (Fn. 28), 131; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 7.

¹²² BT-Drucks. 16/12410, 3; *Heun/Thiele* in: Dreier (Fn. 109), Art. 91c Rn. 1 sowie zum Zusammenwirken Rn. 6, 26. Damit wurden Abstimmungen aus früheren Zeiten, die teilweise vor dem Hintergrund des Verbots der Mischverwaltung auf tönernen Füßen standen, auf ein verfassungsrechtlich abgesichertes Fundament gestellt. S. zu zwingenden Soft-

fassungsbestimmung signalisiert die Erwünschtheit eines solchen Zusammenwirkens¹²³ und legt den Rahmen fest, um sich u.a. auf gemeinsame Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards für eine ebenenübergreifende digitale Kommunikation zu verständigen.¹²⁴ Zum dauerhaften planvollen Zusammenwirken¹²⁵ wurde auf Grundlage eines Staatsvertrages¹²⁶ der IT-Planungsrat geschaffen. Diesem gehören der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (BfIT) sowie vergleichbare Pendanten aller Länder an (§ 1 Abs. 2 S. 1 IT-StV).¹²⁷ Angesichts der Komplexität und langwieriger Abstimmungen¹²⁸ beschloss der IT-Planungsrat bislang nur eine überschaubare Zahl verbindlicher Standards.¹²⁹ Zu seiner Stärkung soll ihn deshalb künftig anstelle der Geschäftsstelle des Bundesinnenministeriums (§ 2 Abs. 1 S. 1 IT-StV) eine Anstalt des öffentlichen Rechts für die föderale IT-Kooperation (FITKO) in gemeinsamer Trägerschaft unterstützen.¹³⁰

warevorgaben des Bundes an die Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften BVerfGE 119, 331 (374). Dazu, dass die IT als Querschnittsmaterie auch Entscheidungsinhalte beeinflussen und Entscheidungsspielräume einengen kann, *Thorsten Siegel* E-Government im Grundgesetz: Die Neuregelung des Art. 91c GG, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 337 (342); zur verfassungsrechtlich notwendigen Legitimation hinsichtlich der nach Art. 91c Abs. 2 S. 2 GG für überstimmte Mitglieder bindende Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit *Wischmeyer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 111), Art. 91c Rn. 5.

¹²³ *Wischmeyer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 111), Art. 91c Rn. 3.

¹²⁴ BT-Drucks. 16/12410, 7 ff.; *Seckelmann* in: Friauf/Höfling (Fn. 111), Art. 91c Rn. 1.

¹²⁵ BT-Drucks. 16/12410, 8.

¹²⁶ Vertrag über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern, BGBl. 2010 I 662 ff. Dazu, dass § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IT-StV sich aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die zwischenbehördliche Kommunikation beschränken muss, *Raoul André Kirmes* Informelle technische Vorschriften und Wettbewerb, 2014, 312 f.

¹²⁷ Nach § 1 Abs. 2 S. 3 IT-StV können drei Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit beratend an den Sitzungen teilnehmen.

¹²⁸ S. näher zu den diversen Ursachen *Schardt* Der IT-Planungsrat (Fn. 102), 229; *Sönke E. Schulz* Kommunal-staatliches E-Government aus organisatorischer Perspektive, NWVBl. 2017, 54 (59).

¹²⁹ *Schardt* Der IT-Planungsrat (Fn. 102), 229.

¹³⁰ *Gröpl* in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 91c Rn. 28. Dazu muss der IT-Staatsvertrag geändert werden, der jedoch im Hinblick auf den Kernbereich der Exekutive als Ermöglichungsmodell ausgestaltet wird, s. den Ergebnisbericht für den IT-Planungsrat, Föderale IT-Kooperation (FITKO), Projektphase 4 Umsetzung, Stand: 26.8.2016, 31, s. auch auf S. 56 zum neuen § 5 IT-Staatsvertrag, wonach der Planungsrat durch einstimmigen Beschluss eine gemeinsame Einrichtung in Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts errichten kann. S. zur Verfassungsmäßigkeit auch *Utz Schliesky/Florian Kuhlmann/*

b) *Ressortübergreifende IKT-Abstimmung auf Bundesebene*

Für eine medienbruchfreie Kommunikation bedarf es außerdem ressortübergreifender Abstimmungen.¹³¹ Obgleich Art. 91c GG nur die föderale IT-Kooperation betrifft,¹³² ergibt sich daraus indirekt das Gebotensein ressortübergreifenden Zusammenwirkens.¹³³ An verfassungsrechtliche Grenzen stößt dieses erst, wenn die IT die Wahrnehmung spezifischer Sachaufgaben unmittelbar beeinflussen kann.¹³⁴ Bis dato ist die ressortübergreifende Koordinierung auf Bundesebene gesetzlich kaum ausgestaltet. Ende Juni 2018 tagte erstmals das sog. Digitalkabinett. Weil dieses jedoch nur ein Kabinettsausschuss zur Vorbereitung digitalpolitischer Themen ist, entscheidet letztverantwortlich die Regierung, die in Sachen Digitalisierung überdies durch Expertengremien, wie den Digitalrat, beraten wird.¹³⁵

Jakob Tischer/Sönke E. Schulz Föderale IT-Kooperation (FITKO), Projektphase 4 – Umsetzung – Ergänzende verfassungsrechtliche Prüfung, Stand: 26.8.2018, 74 ff. Dazu, dass die FITKO erst 2020 voll einsatzfähig ist, sowie zu den Bedenken an deren ausreichender personeller Ausstattung Nationaler Normenkontrollrat (Fn. 73), 38, 42.

¹³¹ Näher zu diesem Themenkreis *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 360 ff.; *Frauke Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip als Hindernis staatlicher Innovationen?, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Innovationen im und durch Recht, 2010, 23 ff.; dazu auch *Stefanie Köhl/Klaus Lenk/Stephan Löbel/Tino Schuppan/Anna-Katharina Viehstädt* (Hrsg.) Stein-Hardenberg 2.0 – Architektur einer vernetzten Verwaltung mit E-Government, 2014, 84 ff.

¹³² Mit Ausnahme des Art. 91c Abs. 3 GG.

¹³³ Wie hier auch *Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip (Fn. 131), 45 f., da ohne eine solche ein föderales Zusammenwirken kaum möglich wäre. Im Ergebnis rekurriert *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 368 ff. auf das Kabinettsprinzip mit Beurteilungsspielraum, wenn der IKT-Einsatz zugleich erhebliche Zwänge für andere Ressorts auslöst.

¹³⁴ S. auch *Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtliches Ressortprinzip (Fn. 131), 47 f., welche zutreffend eine Aufweichung des Ressortprinzips unter Rekurs auf das Wirtschaftlichkeitsgebot ablehnt. Kritisch *Köhl/Lenk/Löbel/Schuppan/Viehstädt* Stein-Hardenberg 2.0 (Fn. 131), 89 f. Zu den Grenzen auch *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 360 ff.

¹³⁵ S. dazu eingehend die Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 19/4096. Die Ausschusskonstruktion dürfte darauf zurückgehen, dass dem Digitalkabinett auch drei nicht zur Regierung i.S.d. Art. 62 GG gehörende Mitglieder angehören. Daher den Begriff Kabinettsausschuss anzweifeln, *Florian Meinel* Organisation und Kontrolle im Bereich der Regierung, DÖV 2015, 717 (721), der in diesem Zusammenhang auch auf andere verfassungsrechtliche Fragen derartiger Ausschüsse eingeht. Dazu, dass Kabinettsausschüsse an die „Grenze der Verfassungswidrigkeit“ geraten, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl. 1998, 247. S. zu den Kabinettsausschüssen auch *Volker Busse* Die Kabinettsausschüsse der Bundesregierung, DÖV 1993, 413 ff.; BVerfGE 137, 185 (237); *Steffen Detterbeck* in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR III, 3. Aufl. 2005, § 66 Rn. 63 f. S. Näheres zum Digitalrat in der Antwort der Bundesregierung in BT-Drucks. 19/4642.

Neben diversen anderen Abstimmungsgremien¹³⁶ ist beim BMI der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik angesiedelt.¹³⁷ Diesem obliegt u.a. die Ausarbeitung und Umsetzung der E-Government-, IT- und IT-Sicherheitsstrategie der Bundesregierung.¹³⁸ Die einstigen Zuständigkeiten des BMI für die IT-Steuerung des Bundes, die Geschäftsstelle des IT-Rats sowie die Gemeinsame IT des Bundes gingen aufgrund eines Organisationserlasses vom März 2018 auf das Kanzleramt über.¹³⁹ Dort gibt es nun eine Staatsministerin, welche als Beauftragte der Bundesregierung für Digitalisierung tätig ist.¹⁴⁰ Es bleibt abzuwarten, ob angesichts der dadurch geschaffenen Nähe zur Richtlinienkompetenz der Kanzlerin (Art. 65 S. 1 GG) die digitale Verwaltung besser voranschreitet oder die Abstimmung insbesondere aufgrund zweier Beauftragter der Bundesregierung mit ähnlichem Tätigkeitsfeld noch komplizierter wird.¹⁴¹

¹³⁶ Zu nennen ist u.a. der IT-Rat bestehend aus den IT-Beauftragten der Ressorts, der in § 8 Abs. 1 S. 2 BSIG sowie in § 10 S. 1 EGovG Bund erwähnt und in der zuletzt genannten Vorschrift als „Rat der IT-Beauftragten der Bundesregierung“ umschrieben wird. S. auch Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Die Ausgestaltung des Amtes eines Chief Information Officers, WD 3 – 3000 – 112/14, 4; s. auch *Kirmes* Informelle technische Vorschriften (Fn. 126), 332. Daneben gibt es die IT-Steuerungsgruppe, zu deren Mitgliedern neben der Beauftragten der Bundesregierung für Digitalisierung der Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik, der Haushaltsstaatssekretär des BMF sowie der Staatssekretär des BMWi gehören, dazu auch *Kirmes* ebd., 333.

¹³⁷ BT-Drucks. 19/2270, 5, dessen Tätigkeit von einem Staatssekretär im BMI wahrgenommen wird, beruhend auf einem Beschluss der Bundesregierung vom 5.12.2007.

¹³⁸ Näher zu seinem Aufgabenspektrum BT-Drucks. 19/2270, 5.

¹³⁹ BGBl. 2018 I 374.

¹⁴⁰ Diese unterstützt die Bundeskanzlerin und den Chef des Bundeskanzleramts bei der Koordinierung der Regierungstätigkeit, BT-Drucks. 19/2270, 5. S. auch *Mehde* Koalitionsbildung (Fn. 1), 69.

¹⁴¹ Zur Ungewöhnlichkeit der Verortung einer Staatsministerin beim Bundeskanzleramt *Böckenförde* Die Organisationsgewalt (Fn. 135), 230. Dazu, dass die Staatsministerin eine integrierende Betrachtung der Digitalisierung aller Lebensbereiche anstellen und als Enabler, Promoter und Treiber wirken, der BfIT sich dagegen stärker um die Umsetzung der Digitalisierung in der Verwaltung kümmern und auf diese Einfluss nehmen soll, *Sirko Hunnius/Dirk Stockmeier/Stephan Löbel/Tino Schuppan* (Hrsg.) Digitalisierungsministerium oder Staatsminister?, SHI 2017, 25 f., 33, *dies.* auf S. 34 zur Richtlinienkompetenz und auf S. 14 zu Stimmen (auch aus der Privatwirtschaft), wonach diese beiden Rollen in einer Person zu vereinen sind. Nach *Günter Püttner* Das Beauftragtenwesen in der öffentlichen Verwaltung, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) FS Klaus König, 2004, 231 ff. wird durch Beauftragte signalisiert, dass man sich eines Problems annimmt. Jedoch können die Beauftragten infolge mangelnder Ressourcen und Fremdkörperstellung innerhalb der Verwaltung nicht immer die erwünschten Erfolge erreichen. S. auch *Julia Kruse* Der öffentlich-rechtliche Beauftragte, 2007, 154 f.

c) IKT-Abstimmung in den Bundesländern

Auch in allen Bundesländern gibt es in unterschiedlicher Ausgestaltung Beauftragte für Informationstechnologien¹⁴² sowie Gremien für ressortübergreifende Abstimmungen.¹⁴³ Darüber hinaus finden sich auf Landesebene Kooperationsräte oder -ausschüsse für das Zusammenwirken mit den Kommunen.¹⁴⁴ Einige Länder haben inzwischen einzelne Abstimmungsmechanismen in ihren E-Government-Gesetzen ausgeformt.¹⁴⁵ Derartige Regelungen führen zu einer ganzheitlicheren Betrachtung,¹⁴⁶ mehr Transparenz und erleichtern die Entstehung von Routinen bei den Abstimmungsprozessen.¹⁴⁷

2. Änderung der Zuständigkeiten infolge der IKT

Was die Behördenzuständigkeiten anbetrifft, wurde deren Zuschnitt zu analogen Zeiten vielfach daran ausgerichtet, dass die Privatrechtssubjekte die Verwaltung bequem erreichen können und umgekehrt.¹⁴⁸ Weil sich mit-

¹⁴² Meistens wird dieses Amt durch Staatssekretäre beim Innen- oder Finanzministerium ausgeübt, in Bayern sogar bislang durch den Finanz- und Heimatminister und in Hessen durch den Finanzminister. Dazu auch *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 172. Seit den Neuwahlen 2018 gibt es in Bayern und Hessen Digitalministerien.

¹⁴³ Z.B. IT-Rat in Baden-Württemberg, § 20 EGovG BW; IKT-Lenkungsrat in Berlin § 22 EGovG Bln; Koordinierungsgremium in Sachsen, § 17 Abs. 1 S. 1 SächsEGovG.

¹⁴⁴ Z.B. IT-Kooperationsrat in Baden-Württemberg, § 23 EGovG BW; Lenkungsausschuss E-Government in Mecklenburg-Vorpommern, § 17 EGovG M-V; IT-Kooperationsrat in Nordrhein-Westfalen, § 21 EGovG NRW; IT-Kooperationsrat im Saarland, § 19 EGovG SL; Sächsischer IT-Kooperationsrat, § 18 SächsEGovG.

¹⁴⁵ Auf jeden Fall bedarf es für Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG) einer solchen Regelung. Zur Signalwirkung derartiger Vorgaben einschließlich der Möglichkeit, den Gremienentscheidungen rechtsverbindliche Wirkung zu verleihen, *Sönke E. Schulz* Der landesrechtliche Rahmen von E-Government, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 9 Rn. 29. Dazu, dass sich durch Recht organisatorische Strukturen für eine effektive Wahrnehmung praktischer Steuerungsaufgaben schaffen lassen, *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 45. Zur Bedeutung des informationellen Verwaltungsorganisationsrechts auch *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 99 sowie 107. Andere Bundesländer halten sich dagegen bei der Verrechtlichung aus Flexibilitätsgründen zurück.

¹⁴⁶ Zur Notwendigkeit einer ganzheitlichen Betrachtung *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 115.

¹⁴⁷ Dazu, dass Rechtsvorschriften ein wichtiges Koordinationsmittel durch Bereitstellung verfahrensrechtlicher Abstimmungsvorgaben bilden, *Günter Püttner* Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 9 Rn. 29.

¹⁴⁸ S. nur *Utz Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes, in: Hermann Hill/ders. (Hrsg.) Die Vermessung des virtuellen Raums – Evolution des Rechts- und Verwaltungssystems III, 2012, 9 (11 ff.).

hilfe der Informations- und Kommunikationstechniken Verwaltungsangelegenheiten ortsunabhängig abwickeln lassen,¹⁴⁹ geraten allmählich die Veränderungspotenziale des E-Governments für behördliche Zuständigkeiten oder die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden ins Visier.¹⁵⁰ Neben den sich aus Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG ergebenden Grenzen¹⁵¹ bedarf es zur Absicherung rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit und aus Gründen demokratischer Legitimation klarer Zuständigkeiten.¹⁵² Nach meiner Einschätzung hat das E-Government in dieser Hinsicht noch zu keinen grundlegenden Änderungen geführt.¹⁵³ Weil zur Vermeidung der Nachteile einer digitalen Spaltung traditionelle Zugangswege zur Verwal-

¹⁴⁹ *Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 14 f.; s. auch *Alexander Roßnagel* Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internets als Instrument der Staatskommunikation, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 257 (326).

¹⁵⁰ S. einerseits *Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 17 f. (als eine Alternative zu kommunalen Gebietsreformen) sowie *ders.* Die Zukunft (Fn. 75), 95 f. (Wegfall einer Verwaltungsebene durch Abschaffung der nicht von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Ämter). Derartige Überlegungen sind stets mit Blick auf die Verhältnisse in den einzelnen Bundesländern anzustellen. Zu solchen Überlegungen auch *Köhl/Lenk/Löbel/Schuppan/Viehstädt* Stein-Hardenberg 2.0 (Fn. 131), 67 ff. Dazu, dass infolge der Veränderungen bei der Mobilität und Kommunikation in der Schweiz die Bezirksstrukturen in zahlreichen Kantonen aufgelöst, gestrafft oder inhaltlich entleert wurden, *Armin Stähli/Benjamin Schindler* Bezirksstrukturen in den Kantonen – Annäherungsversuch an ein staats- und verwaltungsrechtliches Mauerblümchen, ZBl 2018, 219 (237 f.).

¹⁵¹ S. auch *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55. Nach BVerfG, NVwZ 2018, 140 (147) kann die bloße Verwaltungsvereinfachung und Zuständigkeitskonzentration an sich keine Aufgabenhochkonzonung rechtfertigen und kommt der interkommunalen Zusammenarbeit der Vorrang zu. Dazu, dass sich die örtlichen Bezüge einer Angelegenheit infolge der technischen Rahmenbedingungen wandeln können, BVerfG, NVwZ 2018, 140 (145). Die Einschlägigkeit des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt sich nach dem Inhalt der jeweiligen Angelegenheit und ihrer örtlichen Radizierung. Nach ThürVerfGH, ThürVBl 2017, 266 (277) können Verwaltungsportale alleine nicht sicherstellen, dass die Behörde zur Sachverhaltsermittlung, Beratung des Bürgers oder zur Sicherstellung des Vollzugs von Entscheidungen nahe vor Ort ist. Deshalb müsse der Gesetzgeber im Rahmen seiner Abwägung auch berücksichtigen, „ob die Wahrnehmung der Aufgaben von Gemeinden und Landkreisen in größeren räumlichen Dimensionen auch physisch-real sichergestellt ist“.

¹⁵² *Utz Schliesky* Einführung: Die Vermessung des virtuellen Raumes (Fn. 148), 12 ff. Eingehend *Jan Ziekow* Vom Verwaltungsverfahren über den Geschäftsprozess zum IT-Workflow, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) *Herausforderung e-Government*, 2009, 69 (83 ff.). Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen auch *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55.

¹⁵³ Auf dieser Linie auch *Bull* Modernisierung der Verwaltung (Fn. 84), 229; zur mangelnden Verifizierung *Thomas Groß* Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I. 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 33.

tung aufrechterhalten werden müssen, treffen die Erwägungen bestehender Zuständigkeitsvorschriften nach wie vor zu.¹⁵⁴ Dies könnte erklären, warum in drei Bundesländern trotz Experimentierklauseln von der Erprobung abweichender Zuständigkeiten für das E-Government bisher kein Gebrauch gemacht wurde.¹⁵⁵

Im Übrigen bedürfen normativ festgelegte Zuständigkeiten einer vorherigen Gesetzesänderung.¹⁵⁶ Dafür muss ausreichender Anlass bestehen.¹⁵⁷ Angesichts der für Normalbürger nur schwer überschaubaren Zuständigkeitsordnung setzt der verfassungsändernde Gesetzgeber auf die Potenziale der IT-Systeme und greift mit dem schon erwähnten Art. 91c Abs. 5 GG die Idee des One-Stop-Prinzips sogar verfassungsrechtlich auf.¹⁵⁸

VI. Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren

E-Government zielt auf die Optimierung interner wie externer Abläufe ab.¹⁵⁹ Infolgedessen ist zu prüfen, ob und inwieweit Prozesse unter Beibehaltung der bisherigen personellen Bearbeitung nur elektronisch begleitet oder teilweise, möglicherweise sogar ganz, auf IT-Systeme verlagert werden sollen.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Eingehend zur Änderung von Zuständigkeitsvorschriften *Eifert* Electronic Government (Fn. 3) 186 ff.

¹⁵⁵ Art. 19 Abs. 1 Nr. 1, 3 BayEGovG; § 9 S. 1 Nr. 1, S. 2 EGovG S-H; § 20 Abs. 1 Nr. 1 SächsEGovG. Dazu auch der Bericht an den IT-Planungsrat, Anforderungen an die Ausgestaltung von Experimentierklauseln im E-Government, Mai 2017, 8 f.

¹⁵⁶ *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 55. Dazu und näher zur Frage, durch wen Zuständigkeiten geregelt werden können, *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 182 ff.

¹⁵⁷ Nach BR-Drucks. 389/18, 41 soll das Eisenbahn-Bundesamt zugleich Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde sein, um so die digitalen Planungen des Vorhabenträgers besser bearbeiten zu können. Aufgrund der Digitalisierung sollte die elektronische Kommunikation zwischen Vorhabenträger und Behörde sowie zwischen verschiedenen Behörden eigentlich problemlos möglich sein. Letztlich erweist sich das Digitalisierungsargument als beliebig einsetzbar. Deshalb wird die Zuständigkeitsänderung zusätzlich mit der Verfahrensbeschleunigung begründet, BR-Drucks. ebd., 40.

¹⁵⁸ S. auch *Martini/Wiesner* Art. 91c Abs. 5 GG (Fn. 109), 194, die von einem „einheitlichen Ansprechpartner“ schreiben; *Siegel* Auf dem Weg zum Portalverbund (Fn. 109), 186 spricht von „front office-Portal“.

¹⁵⁹ § 9 EGovG; s. auch BT-Drucks. 17/11473, 40.

¹⁶⁰ Zu den Unterschieden in Bezug auf die Elektronifizierung bisheriger Papierformulare *Prell* E-Government (Fn. 2), 1257. Zur Unterscheidung zwischen einer weiterhin vollständig menschlichen Bearbeitung, der Nutzung assistierender IT-Systeme, der Teilautomatisierung einzelner Elemente bis hin zur Vollautomatisierung *Basanta E. P. Thapa/Peter Parycek* Data Analytics in Politik und Verwaltung, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/

1. *Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten, § 35a VwVfG*

Im Laufe eines steuerrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens wurde überraschend¹⁶¹ § 35a VwVfG über den Erlass vollständig automatisierter Verwaltungsakte beschlossen. Solche sind bei Zulassung durch Rechtsvorschrift möglich, sofern weder ein Ermessen noch Beurteilungsspielraum besteht. Obwohl vereinzelt die Möglichkeit der Rechtsanwendung durch IT-Programme bezweifelt wird,¹⁶² hat sich der Bundesgesetzgeber in Bezug auf die Verwaltung denjenigen Stimmen angeschlossen, nach denen sich gesetzliche Konditionalprogramme infolge ihrer Ähnlichkeit zum Maschinenmodus¹⁶³ für einen automatisierten Gesetzesvollzug eignen

Peter Parycek (Hrsg.) *Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*, 2018, 40 (64 f.), wonach über die angemessene Aufgabenverteilung zwischen Mensch und Maschine von Fall zu Fall zu entscheiden ist. Zu derartigen Automatisierungsbegehrlichkeiten und den gleitenden Übergängen zwischen Teil- und Vollautomatisierung *Eifert* *Electronic Government* (Fn. 3), 121 f. Dazu ist eine Abwägung zwischen den verschiedenen Verfahrenszielen (s. auch § 10 S. 2 VwVfG) vorzunehmen, von denen die Effizienz nur eine Komponente ausmacht. Insoweit sind die Vor- und Nachteile eines rein maschinellen Gesetzesvollzugs mit denjenigen des Gesetzesvollzugs unter Involvierung menschlicher Amtswalter im jeweiligen Einzelfall abzuwägen. Da auch menschlichen Amtswaltern Fehler unterlaufen, könnte überlegt werden, ob deren Ausmaß durch eine zusätzliche Überprüfung der Entscheidung durch ein IT-System reduziert werden könnte.

¹⁶¹ BGBl. 2016 I 1679 ff. mit Wirkung zum 1.1.2017. Soweit ersichtlich gab es in Bezug auf diese Änderung des VwVfG nur eine Stellungnahme des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern, abgedruckt in NVwZ 2015, 1114 ff. *Martin Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I S. 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (354 f.) kritisiert diese Vorschrift als unnötig. A.A. *Jan Ziekow* Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.). Zu den vollständig automatisierten Verwaltungsakten im Steuerrecht, die anders als in § 35a VwVfG keiner besonderen Zulassung durch Rechtsvorschrift bedürfen, *Sebastian Müller-Franken* Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, StuW 2018, 113 (115 ff.).

¹⁶² Allerdings ohne Bezug auf die Verwaltung *Kyriakos N. Kotsoglou* Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451 ff.; *ders.* „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded?, JZ 2014, 1100 ff.; *Spiros Simitis* Automation in der Rechtsordnung, 1967, 21 ff.; s. auch die abweichende Meinung der Richterin *Hermanns* zum Beschluss des 2. Senats v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NVwZ 2018, 1203 (1222), wonach Richter keine Subsumtionsautomaten sind, in schöpferischer Tätigkeit an der Rechtskonkretisierung und -fortbildung teilhaben und in jede Rechtsanwendung eigene Wertungen einfließen. Eine Formalisierung der Rechtssprache in gewissem Maße für möglich erachtend *Martin Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 (1097 ff.); tendenziell, allerdings nur in geringem Maße als möglich erachtend *Susanne Hähnchen/Robert Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334 (337 ff.); tendenziell eher in Richtung eines größeren Einsatzbereichs *Adrian* Der Richterautomat (Fn. 29), 77 ff.

¹⁶³ So bereits *Luhmann* *Recht und Automation* (Fn. 3), 36, der aber auf S. 45 auf die Besonderheiten juristischer Entscheidungsleistungen verweist; s. auch *Hanno Kube* Digi-

können.¹⁶⁴ Im Unterschied zu Richtern vollziehen Behördenbedienstete Gesetze in aller Regel weisungsabhängig unter Beachtung von Auslegungsvorgaben durch Verwaltungsvorschriften.¹⁶⁵ Angesichts dieser Steuerung der behördlichen Rechtsanwendung¹⁶⁶ liegt es nahe, dass sich manche Normen durch entsprechend programmierte IT-Systeme umsetzen lassen.¹⁶⁷

Rechtsnormen sind in menschlicher Sprache verfasst und können daher interpretationsbedürftig sein.¹⁶⁸ IT-Systeme können den Inhalt von Normen nur umsetzen, wenn dieser in Algorithmen¹⁶⁹ und anschließend in einer ausführbaren Programmiersprache abbildbar ist.¹⁷⁰

tale Revolution und Rechtsordnung, in: Staatslexikon I, 8. Aufl. 2017, Sp. 1390, 1395 f.; s. zu den Grenzen der aktuellen Leistungsfähigkeit von Algorithmen *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 21 sowie *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129.

¹⁶⁴ *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 6), § 26 Rn. 59; *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 70 (aber nicht bei Begriffen wie öffentliches Interesse); *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 409; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 55 f.; s. auch *Ulrich Stelkens* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 1.

¹⁶⁵ S. etwa zu den norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 27 Rn. 1 f., 6.

¹⁶⁶ So charakterisiert *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 192 Verwaltungsvorschriften als „administrative Selbstprogrammierung“; s. auch *Josef Isensee* Die typisierende Verwaltung, 1976, 134 f.

¹⁶⁷ *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 129 schließt deshalb auch bei Gestaltungsspielräumen die Möglichkeit vollständig automatisierter Verwaltungsakte nicht aus. Weil IT-Systeme Gesetze in anderer Weise als Menschen vollziehen, gibt es meines Erachtens gute Gründe für die Verwendung eines anderen Wortes als *Subsumtionsautomat*. S. auch *Gregor Kirchhof* Der digitalisierte Steuerzahler, ALJ 2/2017, 125 (127), wonach der Computer anders als der Mensch nicht entscheidet, sondern rechnet. Die Annahme der IT-Abbildbarkeit von Recht auf der Verwaltungsebene deckt sich auch mit unionalen Vorstellungen. So soll künftig der neue Zollkodex in weiten Teilen automatisiert vollzogen werden, COM(2018) 39 final, 4 sowie *Kathrin Limbach* E-Government in der Zollverwaltung der Europäischen Union, DVBl. 2015, 547 (550 f.). Des Weiteren steht die Einführung eines algorithmenbasierten Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) bevor, s. auch *Julius Buckler* Auf dem Weg zu einer digitalen europäischen Grenzkontrollarchitektur?, BayVBl. 2018, 73 (75 ff.).

¹⁶⁸ S. nur *Marco Staake* Rechtliches Wissen, Jura 2018, 661 (663, 666).

¹⁶⁹ Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden Algorithmen regelmäßig als eindeutige Handlungsvorschriften in endlicher Länge zur Lösung bestimmter Probleme in definierten Einzelschritten charakterisiert, s. etwa *Christian Ernst* Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026; *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung (Fn. 48), 2 f.; s. auch Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Algorithmen, WD 8 – 3000 – 031/17, 4.

¹⁷⁰ *Heinrich Müller/Frank Weichert* Vorkurs Informatik 5. Aufl. 2017, 16, 20 f.; s. auch *Ernst* Algorithmische Entscheidungsfindung (Fn. 169), 1026.

§ 35a VwVfG sendet ein Warnsignal an den Fachgesetzgeber, indem Entscheidungen aufgrund von Normen mit Ermessen und Beurteilungsspielräumen als nicht vollautomatisierungsfähig ausgewiesen werden. Derartige Entscheidungen sind regelmäßig stark situations- und einzelfallgeprägt¹⁷¹ und bedürfen einer Abwägung widerstreitender Interessen.¹⁷² Deterministische Algorithmen können jedoch zurzeit keine wertenden Entscheidungen treffen oder Einzelfallgerechtigkeit herstellen.¹⁷³ Entgegen dem Anschein, den § 35a VwVfG erweckt,¹⁷⁴ ist für die Zulassung der Vollautomatisierung nicht die eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte, sondern die IT-Abbildbarkeit von Normen sowie Standardisierbarkeit der Sachverhaltsermittlung und -bewertung entscheidend.¹⁷⁵ Nicht alle gebundenen Verwaltungsakte sind somit vollautomatisierbar. Geeignet dafür sind zurzeit vor allem häufig vorkommende, bipolar ausgestaltete Verwaltungsverfahren aufgrund einfach strukturierter Rechtsvorschriften.¹⁷⁶

Äußerst anspruchsvoll ist das Vorhaben, Baugenehmigungsverfahren voll zu automatisieren.¹⁷⁷ Von Rückschlüssen aus der Möglichkeit fingierter

¹⁷¹ S. auch *Groß* Die Informatisierung (Fn. 4), 409. Dazu, dass die ausgeklammerten Bereiche in § 35a VwVfG nicht auf die eingeschränkte Gerichtskontrolle, sondern auf die notwendigen Verfahrensschritte wie die Bewertung der Sachverhaltsdaten und ihre Gewichtung zurückgehen, *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 45.

¹⁷² *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129; s. auch *Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung (Fn. 162), 1099 f. Aus denselben Gründen scheiden vollautomatisierte Verwaltungsakte bei Planungs- und Regulierungsermessen aus, *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 43.

¹⁷³ *Mario Martini/David Nink* Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra 2017, 1 (2); *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26; s. auch *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 18 Rn. 14.

¹⁷⁴ Deshalb kritisch gegenüber der Ausgestaltung des § 35a VwVfG *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 808.

¹⁷⁵ *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a VwVfG Rn. 46; s. auch BT-Drucks. 18/8434, 122. Dazu, dass die Verwirklichung einer Norm auch vom Lebenssachverhalt abhängt, und mit der Typisierung die Gefahr einer Abkapselung des Normverständnisses von der Lebenswirklichkeit einhergeht, bereits *Isensee* Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 56 ff. Zur Unzulässigkeit der Typisierung bei Entziehung eines Doktorgrades BVerwGE 159, 171 (178 Rn. 16).

¹⁷⁶ *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26; s. auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19; zu geeigneten Beispielen *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 2. Zur Möglichkeit von Standardisierungen beim Rundfunkbeitrag BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., juris Rn. 71. Zum geringen Automatisierungsgrad bei komplexen Beteiligungsstrukturen *Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1263 f.

¹⁷⁷ *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19; *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26 f., der aber auf die weitge-

Baugenehmigungen auf die Vollautomatisierung¹⁷⁸ ist abzuraten. Denn die Vorschriften über die Genehmigungsfiktion beruhen auf der Vorstellung, dass die Amtswalter die Fälle in der Regel vor dem Zeitablauf persönlich prüfen konnten. Zwar ist bei Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich noch vorstellbar, dass die IT die Einhaltung des vorgegebenen Rahmens prüfen kann.¹⁷⁹ Schwierig wird es jedoch z.B. beim Gebot der Rücksichtnahme, wenn zwischen den Interessen des Rücksichtnahmeberechtigten und -verpflichteten im Einzelfall abzuwägen ist.¹⁸⁰ Diese Fälle müssten somit zur Bearbeitung durch Amtswalter ausgesondert werden.¹⁸¹

Der Fachgesetzgeber muss folglich auch bei gebundenen Entscheidungen¹⁸² genau überlegen, ob diese tatsächlich durch Rechtsvorschrift¹⁸³ für vollautomatisierte Verwaltungsakte geöffnet werden sollen.¹⁸⁴ Dies ist auch dem Unionsrecht geschuldet.¹⁸⁵ Nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO dürfen vollautomatisierte Entscheidungen mit Personenbezug nur aufgrund von Rechtsvorschriften ergehen, die angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte sowie berechtigter Interessen der Betroffenen enthalten. Aus diesem

hende Absorption des Standardisierungspotenzials durch die Genehmigungsfreistellung verweist. *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 46.

¹⁷⁸ So *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 46; *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren (Fn. 45), Kap. 12 Rn. 19.

¹⁷⁹ In eine ähnliche Richtung *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 70. Allgemein dazu, dass sich das Vorhaben beim Tatbestandsmerkmal des Sich-Einfügens innerhalb des vorgegebenen Rahmens halten muss, aber ausnahmsweise Modifizierungen denkbar sind, BVerwGE, 157, 1 (5 Rn. 17).

¹⁸⁰ S. zur Abwägung nur die Ausführungen bei BVerwG, BRS 84 Nr. 123.

¹⁸¹ Im Übrigen sind Verfahren, bei denen mehrere Personen zu beteiligen sowie Stellungnahmen anderer Behörden einzuholen sind, auch in dieser Hinsicht wenig für Vollautomatisierungen geeignet. *Berger* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1263 weist darüber hinaus auf die Schwierigkeiten der Automatisierung angesichts der beizubringenden Unterlagen und Nachweise hin.

¹⁸² Darunter fallen richtigerweise auch Ermessensreduzierungen auf Null durch Verwaltungsvorschrift, wie hier z.B. *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 40; a.A. *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 357.

¹⁸³ Selbst wenn eine Ermessensreduzierung aufgrund Verwaltungsvorschrift möglich ist, reichen letztere nicht für die Zulassung vollautomatisierter Verwaltungsakte aus, *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1129 f.; *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsverfahrens (Fn. 46), 26.

¹⁸⁴ Diese Zulassung muss nicht explizit erfolgen, sondern kann sich auch aus der Auslegung von Rechtsvorschriften ergeben, s. *Lorenz Prell* in: Johann Bader/Michael Ronellenfitch (Hrsg.) BeckOK VwVfG, 40. Edition (1.7.2018), § 35a Rn. 11b. Kritisch gegenüber dem Zulassungsvorbehalt *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 355 ff.

¹⁸⁵ *Tobias Herbst* Die Datenschutz-Grundverordnung der EU, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.) Digitalisierte Verwaltung, 2018, Kap. 16 Rn. 27; des Weiteren lässt sich dies mit der Außenwirkung der vollautomatisierten Verwaltungsakte erklären, *Ziekow* Das Verwaltungsverfahren (Fn. 161), 1171.

Grund sowie zur Sicherstellung gesetzmäßigen Handelns¹⁸⁶ müssen die Behörden nach § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG beim Einsatz automatischer Einrichtungen die für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben des Beteiligten berücksichtigen, etwa indem die IT mittels Freitextangaben den Vorgang zur Bearbeitung durch Amtswalter aussondert.¹⁸⁷ Für solche Angaben muss aber bei den Personen ein ausreichendes Gespür für das Vorliegen eines besonderen Falles vorhanden sein.¹⁸⁸ Da die Bürger vielfach nicht rechtskundig sind, muss geprüft werden, ob derartige Angaben von ihnen zu erwarten sind. Jedenfalls sind solche Schwierigkeiten¹⁸⁹ in die Automatisierungsüberlegungen einzubeziehen.¹⁹⁰

2. Anforderungen an den Algorithmen Einsatz bei vollautomatisierten Entscheidungen

Weil für vollautomatisierte Verwaltungsakte Rechtsvorschriften in Algorithmen und Programmiersprache zu übersetzen sind, dürfen derartige IT-Systeme erst eingesetzt werden, nachdem in ausreichendem Maße getestet wurde, dass sie rechtmäßige Entscheidungen produzieren.¹⁹¹ Erst bei der Annahme, dass das Programm sämtliche, auch datenschutz- und sicherheitsrechtliche Anforderungen erfüllt, darf es von der zuständigen Stelle

¹⁸⁶ BT-Drucks. 18/8434, 122; Dieter Kallerhoff/Frank Fellenberg, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 24 Rn. 57c.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 18/8434, 122. S. auch Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 173), § 18 Rn. 15.

¹⁸⁸ Zu derartigen Schwierigkeiten bereits Isensee, Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 127.

¹⁸⁹ Dabei ist auch zu prüfen, inwieweit für die Bürger etwa durch Angabe von Beispielen oder durch Beratungsangebote Hilfestellungen möglich sind. Für eine Verfassungswidrigkeit des digitalisierten Steuerrechts, weil die Betroffenen alleine am Rechner kaum alle maßgeblichen Steuerdaten korrekt eingeben können, und für den Übergang zu vom Fiskus vorausgefüllten Steuererklärungen, die vom Steuerpflichtigen zu prüfen sind, Kirchhof Der digitalisierte Steuerzahler (Fn. 167), 126 f.

¹⁹⁰ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 59 halten die Ersetzung des den Einzelfall entscheidenden Richters durch vorinstruierte Computer allenfalls dort für möglich, „wo es sich um massenhaft in gleichförmiger Weise auftretende Vorgänge handelt, wo die individuellen Umstände des Falles, Nuancen, abstufbare Übergänge, nicht vorausgesehene Fallkonstellationen keine Rolle spielen“.

¹⁹¹ Zur Gebotenheit derartiger Kontrollen aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG Nadja Braun Binder Algorithmic Regulation – Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext, in: Hermann Hill/Joachim Wieland (Hrsg.) Zukunft der Parlamente, 2018, 107 (116); s. auch Martini/Nink Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1134. Zu derartigen Software-Tests bzw. zur als Alternative fungierenden Code-Analyse Gesellschaft für Informatik (Fn. 54), unter 7.2.2.

zur Verwendung freigegeben werden.¹⁹² Dadurch lassen sich die vollautomatisierten Verwaltungsakte der Verwaltung zurechnen.¹⁹³ Zugleich wird durch die Freigabe die Verantwortung für die eingesetzten Algorithmen übernommen und den verfassungsrechtlichen Kontrollanforderungen von Verwaltungsentscheidungen genügt.¹⁹⁴ Bei Fehlern oder einer Änderung der Rechtslage nach Inbetriebnahme der Systeme ist darauf zu reagieren.¹⁹⁵

Obwohl Entscheidungen durch Algorithmen aufgrund der Rechenverfahren objektiv und neutral erscheinen, sind diese nicht vor Fehlern gefeit.¹⁹⁶ Denn die Algorithmen und Programme werden von Menschen erstellt.¹⁹⁷ Beispielsweise diskriminierte eine japanische Medizinfakultät Bewerberinnen jahrelang durch einen allgemeinen algorithmischen Punkteabzug gegenüber Männern.¹⁹⁸ Schon aufgrund ihrer Grundrechtsbindung muss die Verwaltung alles unternehmen, damit ihre IT-Systeme nicht gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Angesichts des Schadenspotenzials algorithmenbasierter Entscheidungen sowie des Umstands, dass sich trotz vorheriger

¹⁹² *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 145.

¹⁹³ *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 141 ff., 146 f.; *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 88 ff.; *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte (Fn. 161), 355; *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 161), 1171.

¹⁹⁴ *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1130 sowie 1134; s. auch *Ziekow* Das Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 161), 1170 f. Im Übrigen wird die mangels Entscheidung eines Amtswalters im Einzelfall geringere personelle Legitimation durch § 35a VwVfG und die Zulassung vollautomatisierten Entscheidens kompensiert, s. auch *Guckelberger* Vollständig automatisierte Verwaltungsakte (Fn. 29), 402.

¹⁹⁵ Bezogen auf die jeweilige Änderung ist zu prüfen, ob sie sich durch IT abbilden und sich das IT-System nachjustieren lässt.

¹⁹⁶ S. nur *Gärditz* Der digitalisierte Raum des Netzes (Fn. 99), 122. Dazu, dass die australische Öffentlichkeit gegenüber automatisierten Entscheidungen äußerst kritisch eingestellt ist, weil infolge eines unzureichenden Algorithmus bei zahlreichen Unterstützungsbedürftigen Sozialleistungen gekürzt wurden, welche infolge der eingetretenen Situation völlig überfordert waren, *von Lucke* In welcher smarten Welt (Fn. 38), 183.

¹⁹⁷ *Herberger* „Künstliche Intelligenz“ (Fn. 53), 2827; *Janosik Herder* Regieren Algorithmen? Über den sanften Einfluss algorithmischer Modelle, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 179 (183). Zu den möglichen Ursachen von Diskriminierungen *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 27 f.

¹⁹⁸ Dabei handelte es sich um eine private Universität, s. den Artikel von *Christoph Neidhart* Wer heiratet, wird ohnehin nicht Ärztin, SZ v. 9.8.2018, <<https://www.sueddeutsche.de/bildung/japan-besteckungsskandal-1.4086981>> (Stand: 30.10.2018); zu aufgedeckten Diskriminierungen des in den USA häufig im Zusammenhang mit Haftstrafen eingesetzten COMPAS-Algorithmus *Mario Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018).

Software-Tests Fehler nie völlig ausschließen lassen,¹⁹⁹ wird überlegt, wie sich mehr Licht in das Dunkle derartiger Maschinenentscheidungen bringen lässt.²⁰⁰

3. *Veröffentlichung der Algorithmen bei vollautomatisierten Entscheidungen*

Um sich den Transparenzüberlegungen zu nähern, ist als Erstes ihr Bezugspunkt zu klären. Für die Offenlegung des Quellcodes spricht, dass bei der Übersetzung von Algorithmen in die Programmiersprache weitere Fehler unterlaufen können. Andererseits können sich Dritte so des Codes bedienen und seine Schwachstellen ausnutzen.²⁰¹ Deshalb will ich mich auf die Zugänglichkeit der Verwaltungsalgorithmen beschränken. Dafür ist deren Rechtsnatur von ausschlaggebender Bedeutung. Das heutige Schrifttum stuft diese regelmäßig als Verwaltungsvorschriften ein²⁰² oder will

¹⁹⁹ Markus Schmidt in: Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad (Hrsg.) Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 165; Gesellschaft für Informatik (Fn. 54.) unter 7.5.

²⁰⁰ Wodurch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie das Vertrauen in vollautomatisierte Entscheidungen gesteigert werden könnten. Durch Local Laws of the City of New York for the Year 2018 Nr. 49 hat diese als erste US-amerikanische Stadt eine Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung diesbezüglicher Empfehlungen eingesetzt. Für gewisse Offenlegungen im Bereich von Big Data Hoffmann-Riem Rechtliche Rahmenbedingungen (Fn. 49), 11 (60). Zum Zusammenhang zwischen den Transparenzüberlegungen, Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 GG Indra Spiecker gen. Döhmman Kontexte (Fn. 42), 45. Die Datenschutz-Grundverordnung enthält gewisse Transparenzelemente, z.B. Art. 12 DSGVO (Transparente Information und Kommunikation und Modalitäten für die Ausübung der Rechte), Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Zutreffend tritt Martini Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1020 dafür ein, diese Normen auf weitere algorithmenbasierte Entscheidungen zu erstrecken; s. auch Ernst Algorithmische Entscheidungsfindung (Fn. 169), 1032 f. BGHZ 200, 38 (47) hatte in seiner SCHUFA-Entscheidung eine Bekanntgabe der Scoreformel aufgrund der als Geschäftsgeheimnis geschützten Inhalte abgelehnt. Dazu, dass durch das Erfordernis der aussagekräftigen Informationen die Rechtslage für die Betroffenen besser ausfällt, Matthias Bäcker in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 54; Alexander Roßnagel/Maxi Nebel/Philipp Richter Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht? ZD 2015, 455 (458). Aus ihr folgt jedoch kein umfassendes Transparenzgebot für Betroffene und erst recht nicht für die Allgemeinheit, s. etwa Wischmeyer Regulierung (Fn. 53), 51 f. sowie Sandra Wachter/Brent Mittelstadt/Luciano Floridi Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation International Data Privacy Law 7 (2017), 76 ff.

²⁰¹ S. die Antwort der Bundesregierung zu den Programmen, die bei der elektronischen Steuererklärung verwendet werden, BT-Drucks. 19/1058, 5 f.

²⁰² Braun Binder Algorithmic Regulation (Fn. 191), 116; Martini/Nink Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1134; Rolf Stober in: Hans J. Wolff/Otto Bachhof/ders./Wilfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 24 Rn. 21; eingehender Lazaratos Rechtliche Auswir-

sie wie diese behandeln.²⁰³ Erachtet man eine Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften aus rechtsstaatlichen Gründen für notwendig²⁰⁴ oder wird eine solche, wie in einigen Bundesländern, durch Transparenz-²⁰⁵ bzw. Informationsfreiheitsgesetz²⁰⁶ vorgeschrieben, sind derartige Algorithmen also schon jetzt publik zu machen.²⁰⁷

Soweit Verwaltungsvorschriften, wie dies bei gewissen Programmablaufplänen der Fall ist, Algorithmen enthalten, teilen letztere selbstverständlich deren Rechtsnatur. Solche Inkorporationen sind aber keineswegs durchgängig. In der Praxis werden zwar vorgesetzte Stellen Vorgaben für die IT-Entwicklung zur Auslegung einzelner Begriffe treffen, im Übrigen aber den damit befassten Teams oft freie Hand lassen. Da sich Verwaltungsvorschriften an Behördenbedienstete wenden,²⁰⁸ die Algorithmen nach ihrer Darstellungsform dagegen für IT-Systeme bestimmt sind, entsteht infolge der Gleichsetzung der Algorithmen mit den Verwaltungsvorschriften der Eindruck, derartige Systeme könnten Adressaten von Rechtssätzen sein.²⁰⁹ Dies ist aber nicht der Fall bzw. erst im Zuge der Diskussion

kungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 208 ff.; differenzierend und zur Rechtsnatur von Computerprogrammen *Polonski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 220 f. Dann würde die Einordnung des gesamten Algorithmus mangels einer solch umfassenden Anweisung die Wirklichkeit nicht richtig abbilden. Auch bei der Bearbeitung von Vorgängen durch Amtswalter werden nicht immer alle für die Sachbearbeitung relevanten Kriterien von oben verbindlich vorgegeben sein.

²⁰³ *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 19.

²⁰⁴ Z.B. *Thomas Sauerland* Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, 348.

²⁰⁵ § 3 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 HmbTG; § 7 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 1 LTranspG RP.

²⁰⁶ Gem. § 11 Abs. 3 BremIFG hat jede öffentliche Stelle insbesondere die von ihr nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes erlassenen oder geänderten Verwaltungsvorschriften von allgemeinem Interesse unverzüglich zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung unterbleibt, soweit ein Antrag auf Informationszugang nach diesem Gesetz abzulehnen wäre. S.a. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 LIFG BaWü; § 11 Abs. 2 S. 2 ThürIFG; ab 2020 auch § 11 Abs. 1 IZG-SH.

²⁰⁷ Seit 1975 gibt es im Einkommensteuerrecht Bekanntmachungen von Verwaltungsvorschriften, die in großem Umfang Algorithmen enthalten, s. BStBl 1975 I 1053 ff.; BStBl 2017 I 1466 ff. Nach § 39b Abs. 6 S. 1 EStG hat das Bundesministerium für Finanzen einen Programmablaufplan für die maschinelle Berechnung der Lohnsteuer aufzustellen und bekannt zu machen. Des Weiteren sei auf § 39 Abs. 4 BAföG hingewiesen. Danach kann die Bundesregierung durch *Allgemeine Verwaltungsvorschrift* mit Zustimmung des Bundesrates eine einheitliche maschinelle Berechnung, Rückrechnung und Abrechnung der Leistungen nach diesem Gesetz in Form einer *algorithmischen Darstellung materiellrechtlicher Regelungen (Programmablaufplan)* treffen.

²⁰⁸ *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 69), 194 f. spricht von „organwalter-adressierte[n] Innenrechtssätzen“. S. auch *Anja Baars* Rechtsfolgen fehlerhafter Verwaltungsvorschriften, 2010, 110 f.

²⁰⁹ S. dazu auch *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 3), 71; *Hans Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck 2000, 32 f.; *Kai von Lewinski* in: *Heinrich Amadeus*

zur Einführung einer E-Person zu klären.²¹⁰ Für Verwaltungsvorschriften ist kennzeichnend, dass ihre Adressaten ihren Inhalt hinterfragen und bei Zweifeln jedenfalls remonstrieren können. Ein IT-System kann dies bei deterministischen Algorithmen momentan nicht leisten. Treten Ungereimtheiten infolge eines Algorithmus auf, müssen die Amtswalter in der Lage sein, diesen auf unkomplizierterem Wege als bei einer Verwaltungsvorschrift zu stoppen und nachzubessern. Schließlich können selbstlernende und sich permanent ändernde KI-Systeme keinesfalls Verwaltungsvorschriften sein.

Die Entscheidung über die Veröffentlichung der eingesetzten Algorithmen ist oftmals rechtspolitischer Natur, wofür es gute Gründe gibt.²¹¹ Darüber hinaus können schon jetzt nach den Informationsfreiheitsgesetzen Zugangsansprüche zu Codes bestehen, sofern kein Ausnahmetatbestand greift.²¹² Wegen der Grundrechtsgebundenheit der Verwaltung kann sie sich in der Regel allenfalls einfachgesetzlich auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse berufen. Schon aus Gründen der Kontrolle und Übernahme der Verantwortung muss sich die Verwaltung bei Beauftragung Privater zur IT-Ausarbeitung mit diesen über die Offenbarung von Informationen verständigen.²¹³

Wolff/Stefan Brink (Hrsg.) BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition (1.8.2018), DSGVO, Art. 22 Rn. 6.1.

²¹⁰ Dazu etwa *Andreas Fischer-Lescano* Natur als Rechtsperson – Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 2018, 205 ff.; zu den verschiedenen Ansichten zur E-Person *Guckelberger* Modifizierung (Fn. 53), 22 ff.; *Gunther Teubner* Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218 (2018), 155 (160 ff.).

²¹¹ Oft wird diese abgelehnt, weil die meisten Bürger damit wenig anfangen können, so etwa *Wismeyer* Regulierung (Fn. 53), 53. Andererseits ist es im IT-Bereich nicht unüblich, Schwachstellen von Codes aufzuspüren. Da die Algorithmen eine erhebliche faktische Außenwirkung haben, kann die Möglichkeit zu ihrer Erschließung gegebenenfalls mithilfe sachkundiger Unterstützung das Vertrauen und die Akzeptanz derartiger Verwaltungsentscheidungen fördern. Überdies würde eine Veröffentlichung dem Open Data Ansatz entsprechen. *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 213 ff. spricht sich für die Beifügung von Begleitunterlagen aus Verständnisgründen aus. Im Rahmen der 36. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland am 16.10.2018 in Ulm haben sich der BfDI und acht Landesbeauftragte im Positionspapier „Transparenz der Verwaltung beim Einsatz von Algorithmen für gelebten Grundrechtsschutz unabdingbar“, 3 f., zwar nicht für eine Veröffentlichung der Algorithmen, aber für ausreichende Transparenz über die eingesetzten Algorithmen durch grundsätzliche Veröffentlichung der dort genannten Angaben ausgesprochen.

²¹² Dazu *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 11; s. auch VG Berlin BeckRS 2013, 52322 und zum Umweltinformationsrecht VG Darmstadt BeckRS 2017, 120930; nicht ganz stringent: *Felix Bieker/Benjamin Bremert/Marit Hansen* Verantwortlichkeit und Einsatz von Algorithmen bei öffentlichen Stellen, DuD 2018, 608 (611 f.).

²¹³ S. auch das Protokoll der 35. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland vom 20. März 2018 in Stuttgart, 2 f. unter TOP 3. Zu den diesbezüglichen

4. Vollautomatisierte Entscheidungen und Verfahrensrechte

Selbst wenn Art. 91c GG die Möglichkeit erhöhten Technikeinsatzes in der Verwaltung unterstreicht,²¹⁴ setzen insbesondere Grundrechte und die Menschenwürdegarantie²¹⁵ vollautomatisierten Entscheidungen Grenzen. Für die Eruiierung geeigneter Einsatzbereiche ist auch entscheidend, ob derartige Maßnahmen ihrem Adressaten ohne Involvierung eines Amtswalters im Einzelfall zumutbar sind.²¹⁶ Daran wird es i.d.R. bei Angelegenheiten mit erheblicher Grundrechtsintensität oder besonderer emotionaler Bedeutung fehlen. Angesichts des erheblichen Unbehagens der Bevölkerung gegenüber vollautomatisierten Entscheidungen²¹⁷ sollten diese zum Erhalt des Vertrauens in die Verwaltung²¹⁸ nur bei Entscheidungen mit geringer Eingriffsintensität und leichter Revidierbarkeit ergehen.²¹⁹ Widersprüche gegen die vollautomatisierten Verwaltungsakte sind angesichts der Funktio-

Bedenken beim Predictive Policing *Rademacher* Predictive Policing (Fn. 51), 376. Dazu, dass die Transparenzanforderungen gegenüber der Verwaltung im Vergleich zu privaten Unternehmen höher ausfallen, *Prell* E-Government (Fn. 2), 1259; ebenfalls zu höheren Anforderungen in Bezug auf den Staat gegenüber Privatrechtssubjekten Committee of experts on internet intermediaries, MSI-NET(2016)06 rev3 FINAL, study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications, 6.10.2017, 29, <<https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-data-processing-incl-algorithms/168075b94a>> (Stand: 30.10.2018).

²¹⁴ Daraus kann sich zwar eine gewisse Absenkung der Zahl der Angehörigen des öffentlichen Dienstes ergeben, aus dem Demokratieprinzip, Art. 33 und Art. 34 GG ergibt sich aber weiterhin die Notwendigkeit menschlicher Amtswalter in der Verwaltung.

²¹⁵ So verbietet der *soziale* Wert- und Achtungsanspruch die Degradierung des Menschen zum bloßen „Objekt“ staatlichen Handelns BVerfGE 144, 20 (207). Gegen eine Überbetonung der Menschenwürde im Verwaltungsverfahren und daher den Fokus mehr auf das weniger konturenscharfe Rechtsstaatsprinzip lenkend *Eifert* Electronic Government (Fn. 3), 133 ff.

²¹⁶ So auch *Müller-Franken* Grundfragen (Fn. 161), 121; zur grund- und menschenrechtlichen Werteordnung als Orientierungsmaßstab für die Lösung schwieriger Fragen *Udo Di Fabio* Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, 42. Zu möglichen Fällen, in denen die Abgabe von Entscheidungen an Computersysteme unethisch ist, *Jörn von Lucke* Smart Government auf einem schmalen Grat, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 97 (109).

²¹⁷ *Bertelsmann Stiftung* Was Deutschland über Algorithmen weiß und denkt, 24; dazu, dass dieses Unbehagen vor allem auf den undurchsichtigen Algorithmenteinsatz privater Unternehmen zurückgeht, *Prell* E-Government (Fn. 2), 1259.

²¹⁸ Dazu *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 804 ff.

²¹⁹ Ansätze zur Identifizierung derartiger Bereiche bei *Dirk Ehlers* Die öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter Jura 1991, 337 (340); *Polonski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 272 f. Als Gegenbeispiel seien Ampeln, die andere Autos automatisch anstelle des Fahrers stoppen können, genannt, da hier Überlegungen zu grundrechtlichen Schutzpflichten einzubeziehen sind.

nen des Vorverfahrens sowie Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO durch Amtswalter zu bearbeiten und dürfen nicht durch Rechtsvorschrift für die Vollautomatisierung zugelassen werden.²²⁰ Auf Basis der gesammelten Erfahrungen lassen sich im Laufe der Zeit Überlegungen zur Ausweitung derartiger Verwaltungsakte anstellen.

Bei vollautomatisierten Verwaltungsakten können den Beteiligten, etwa bei fehlenden Angaben im Antragsformular, elektronische Hilfestellungen gegeben werden.²²¹ Da die Verwaltung nach § 25 VwVfG Helfer des Bürgers sein soll,²²² sind Personen, die sich mit der Technik schwer tun, auf andere Weise zu unterstützen. Verbleibende ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten mit Amtswaltern setzen einen Kontrapunkt zur Entpersönlichung des Verfahrens.²²³ Zwar erlaubt § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 3

²²⁰ Wegen der Subjektstellung des Einzelnen *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 105), 808; *dies.* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 46), 1264; zur Automatisierung des Widerspruchsverfahrens *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133 ff. So auch schon *Isensee* Die typisierende Verwaltung (Fn. 166), 180 ff. Die Landesgesetzgeber, die das Widerspruchsverfahren in den vergangenen Jahren zurückgeführt haben, sollten daher ihre Vorschriften hinsichtlich derartiger Verwaltungsakte überprüfen oder in Anlehnung an den Gerichtsbescheid die Möglichkeit einräumen, innerhalb einer Frist von einem Monat die Entscheidung der Angelegenheit durch einen menschlichen Amtswalter zu verlangen. Richtigerweise müsste also hinsichtlich vollautomatisiert erlassener Verwaltungsakte eine gesetzliche Ausnahme vom vorgenommenen Ausschluss des Vorverfahrens vorgesehen werden, s. auch *Benedikt Beckermann* Widerspruchsverfahren nach Belieben der Behörde? NVwZ 2017, 1431 (1434). Zu den Gefahren der Verwendung identischer Software über mehrere Verfahrensstufen hinweg *Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel* Fehler im Verwaltungsverfahren 6. Aufl. 2018, Rn. 347; s. auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1131 f. Dazu, dass die über die Widersprüche entscheidenden Amtswalter sich so über Mängel der IT-Systeme bewusst werden können, *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 228 ff. und *Stelkens* Der vollständig automatisierte Erlass (Fn. 46), 120.

²²¹ S. auch *Annika Dörthe Luch* in: Rainer Bauer/Dirk Heckmann/Kay Ruge/Martin Schallbruch/Sönke E. Schulz (Hrsg.) VwVfG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rn. 8; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 53; zur Möglichkeit elektronischer Betreuungsleistungen der Verwaltung *Hans-Werner Laubinger* Elektronisches Verwaltungsverfahren und elektronischer Verwaltungsakt, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) FS Klaus König, 2004, 517 (529 f.). Dazu, dass die Behörden ihre Betreuungspflichten in Massenverfahren durch eindeutiges Informationsmaterial und standardisierte Merkblätter erfüllen können, BVerwG NVwZ 2017, 876 (879).

²²² Damals noch § 21, BT-Drucks. 7/910, 49; allgemein zur Helfereigenschaft BGH NJW 1960, 1244 (1244); BGH, Urt. v. 2.8.2018 – III ZR 466/16, Rn. 14, juris; näher zum verfassungsrechtlichen Hintergrund *Kyrill-Alexander Schwarz* in: Michael Fehling/Bertold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.) NK-Verwaltungsrecht VwVfG/VwGO, 4. Aufl. 2016, § 25 Rn. 1.

²²³ *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 53; s. auch *Klaus Grimmer* Verwaltungsverfahren – Pflichten der Verwaltung beim Einsatz der Informationstechnologie, in: Heinrich Reinermann/Herbert Fiedler/ders./Klaus Lenk/Roland Traunmüller (Hrsg.) Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik, 304 (325); *Hufen/Siegel*, Fehler

VwVfG grundsätzlich, von einer Anhörung bei belastenden Verwaltungsakten mit Hilfe automatischer Einrichtungen abzusehen. Da der Gesetzgeber aber bei Normerlass im Jahr 1976 teilautomatisierte Verfahren im Blick hatte,²²⁴ darf diese Ausnahme im Zeitalter der Digitalisierung nicht zur Regel werden. Deshalb ist bereits bei der Entscheidung über die Zulassung der Vollautomatisierung zu prüfen, ob nicht die Motive für eine Anhörung gewichtiger als diejenigen für die Vollautomatisierung sind und daher von letzterer abzusehen ist.²²⁵ Auch wenn bei vollautomatisierten Verwaltungsakten keine Selbstkontrolle der Verwaltung im Einzelfall durch Beifügung einer Begründung bewirkt werden kann, können die Betroffenen und Gerichte begründete Entscheidungen nachvollziehen.²²⁶ Weil die heutigen IT-Systeme leistungsfähiger als im Jahr 1976 sind, sollte der Ausnahmegrund des § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, wonach Verwaltungsakte mithilfe automatischer Einrichtungen nicht begründet werden müssen, gestrichen werden.²²⁷

Vor ein Rätsel stellt uns, wie sich das Akteneinsichtsrecht bei vollautomatisierten Verwaltungsakten realisieren lässt.²²⁸ Angesichts der mit dem E-Government angestrebten Nutzerfreundlichkeit und des verfassungsrechtlichen Hintergrunds des Akteneinsichtsrechts ist sorgfältig zu eruieren,

(Fn. 220), Rn. 349; nach BFHE 133, 250 (253) bedeutet das Fehlen einer namentlich benannten „Bezugsperson“ nicht das Abschneiden von Gesprächsmöglichkeiten mit dem verantwortlichen Beamten.

²²⁴ *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 192 f.; *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 20.

²²⁵ Dazu auch *Siegel* Automatisierung des Verwaltungsvorgangs (Fn. 46), 28.

²²⁶ Zur Erhöhung des Vertrauens in den Technikeinsatz aufgrund der Begründung *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 58.

²²⁷ *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 164 ff., insbesondere zur Änderung aus Klarstellungsgründen 167; *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 39 Rn. 97; für eine restriktive Handhabung *Hufen/Siegel* Fehler (Fn. 220), Rn. 480; *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 173), § 18 Rn. 10. Darüber hinaus trägt die Begründung Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO Rechnung, wonach zur Wahrung der berechtigten Interessen der Betroffenen entsprechend dem allerdings unverbindlichen ErwGrd 71 UAbs. 1 S. 4 ein Anspruch auf Erläuterung gehört. S. dazu auch *Benedikt Buchner* in: Jürgen Kühling/ders. (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 31 ff., 39; *Jörg Hladjk* in: Eugen Ehmann/Martin Selmayr (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 12, 15.

²²⁸ *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; s. auch *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 52. Vermutlich wurde dieses Problem im Laufe des auf die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens ausgerichteten Gesetzgebungsverfahrens übersehen, weil im Steuerrecht eine dem § 29 VwVfG vergleichbare Bestimmung fehlte. Zu Letzterem BT-Drucks. 7/4292, 3, 9; *Ulf-Christian Dißbars* Akteneinsicht im steuerlichen Verwaltungsvorgang DStR 2005, 137 ff.

wie sich dessen faktische Bedeutungslosigkeit vermeiden lässt.²²⁹ Weil der Einzelne sein Akteneinsichtsrecht nach Start der Bearbeitung des IT-Systems bis zum Erlass des Verwaltungsakts nicht effektiv wahrnehmen kann, ist seine Position durch nachträgliche Gewährung von Akteneinsicht zu verbessern. Auf diese Weise kann sich der Einzelne vergewissern, welcher Input in die automatisierte Entscheidung Eingang gefunden hat,²³⁰ und ob das Programm ordnungsgemäß abgelaufen ist. Sofern die Bürger mit den Dokumentationen der IT-Systeme wenig anzufangen wissen,²³¹ sind ihnen diese jedenfalls auf Verlangen verständlich zu erläutern. De lege ferenda sollten durch Nachjustierung des § 29 VwVfG klare Verhältnisse geschaffen werden.

5. Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung

Die Europäische Union²³² und die Bundesregierung²³³ wollen den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung fördern.²³⁴ Aufgrund der Flexibilität selbstlernender KI-Systeme wird gemutmaßt, langfristig könnten deren Ermessensentscheidungen im Durchschnitt sogar besser als die von Amtswaltern sein.²³⁵ Während Anfang der 1990er Jahre der Einsatz

²²⁹ Anstelle eines Rekurses auf den Grundsatz „*Impossibilium nulla est obligatio*“ obliegt allein dem Gesetzgeber die wesentliche Entscheidung über die Rückführung des Akteneinsichtsrechts. Bereits *Laubinger* Elektronisches Verwaltungsverfahren (Fn. 221), 528 hielt es für mit dem Rechtsstaatsprinzip schwer vereinbar, wenn sich die Verwaltung durch Wahl der elektronischen Form dem Akteneinsichtsrecht entziehen könnte.

²³⁰ Etwa wenn das Programm neben seinen Angaben auch Daten anderer Behörden bei der Bearbeitung des Falles herangezogen hat. In diese Richtung auch *Rudolf Wendt* Das Recht auf Offenlegung der Messunterlagen im Bußgeldverfahren, NZV 2018, 441 ff. sowie SVerfGH, NZV 2018, 275 (278 ff.).

²³¹ Zur Konfiguration der IT-Systeme für solche Dokumentationen *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; *Thomas Stuhlfauth* in: Klaus Obermayer/Michael Funke-Kaiser (Hrsg.) VwVfG, 5. Aufl. 2018, § 35a Rn. 9.

²³² COM(2018) 237 final, 3 f.; s. auch Art. 5 lit. b des Vorschlags der Europäischen Kommission, COM(2018) 434 final, 28.

²³³ S. BT-Drucks. 19/1982 sowie die Eckpunkte der Bundesregierung für eine Strategie Künstliche Intelligenz v. 18.7.2018.

²³⁴ Die KI-Systeme können neues Datenmaterial selbstständig in neuen Output umwandeln, *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133; *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3; zu den verschiedenen Lernweisen der KI *Lenzen* Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 50 ff.

²³⁵ *Thapa/Parycek* Data Analytics (Fn. 160), 62. Zum Einsatz bei Ermessensentscheidungen, aber nur in Richtung Unterstützung der Amtswalter neigend *Demaj* Smart Government (Fn. 37), 132 ff. Dazu auch *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133 sowie *Ernst-Wilhelm Luthé* Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X, SGB 2017, 250 (254 f.). Damit die Gerichte derartige Ermessensentscheidungen überprüfen können, müssen sie jedoch feststellen können, ob dem KI-System ein Feh-

dieser Technologie mangels ihrer vollständigen Determinierung²³⁶ durchweg abgelehnt wurde,²³⁷ lotet das aktuelle Schrifttum angesichts der großen Potenziale der KI Einsatzfelder für sie aus.²³⁸ Bei lernenden Systemen können rechtliche Vorgaben an die Qualität der Lerndaten oder zur diskriminierungsfreien Modellierung einen wichtigen Beitrag zur Gesetzmäßigkeit ihres Outputs leisten.²³⁹ Zu den weiteren Einsatzvoraussetzungen gehören das Trainieren und Testen der KI-Systeme, bis sie ein stabiles Niveau²⁴⁰ mit nur noch geringem Fehlerpotenzial erreichen, so dass dieses Risiko angesichts ihres Einsatzzwecks hinnehmbar erscheint. In ihrer Einsatzphase sind KI-Systeme regelmäßigen Kontrollen zuzuführen.²⁴¹ Außerdem muss die

ler bei seiner Entscheidung unterlaufen ist. Dies setzt die Kenntnis darüber voraus, wie das System zu seiner Entscheidung gelangt ist.

²³⁶ *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten (Fn. 29), 1133; *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 3.

²³⁷ Dazu *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 4), 276 f. der auf den Black Box-Charakter von Algorithmen verweist und darauf, dass diese nicht in der Lage seien, einheitliche Ergebnisse zu erzeugen; *Polonski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 96), 99 ff.

²³⁸ Näher dazu *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 32 ff.

²³⁹ S. etwa § 4 Abs. 3 S. 7 FlugDaG sowie S. 1, der als zusätzliche Sicherung die Einbeziehung des Datenschutzbeauftragten in die Mustererstellung vorgibt. S. auch *Martin Rost* Künstliche Intelligenz, DuD 2018, 558 (562 f.). Zur zentralen Bedeutung der Vorgabe der ersten initiiierenden Wertentscheidungen und Maßstäbe für das Selbstlernen *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 725 f. und dazu, dass sich nur so die Effektivität des Rechts am besten sicherstellen lässt, *Herberger* „Künstliche Intelligenz“ (Fn. 53), 2828. Dafür, dass „ethics by, in and for design“ als integraler Bestandteil der KI im gesamten Prozess der Entwicklung und Anwendung von KI Beachtung finden soll, Empfehlungen der Datenethikkommission für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 (Fn. 54).

²⁴⁰ Zur Zuverlässigkeit als Standarderfordernis *Ramak Molavi* Künstliche Intelligenz – Entwicklung, Herausforderungen, Regulierung, JRP 2018, 7 (10).

²⁴¹ *Braun Binder*, Algorithmic Regulation (Fn. 191), 116 f.; s. auch § 4 Abs. 3 S. 1 FlugDaG, wonach die Muster für den Abgleich regelmäßig, mindestens alle sechs Monate zu kontrollieren sind, sowie § 88 Abs. 5 S. 3 Nr. 4 AO. Dazu, dass man die Systeme einer Analyse in Bezug auf ihre Wirkungen unterziehen sollte und sogar Kontrollalgorithmen eingesetzt werden könnten, *Martini* Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1022; *Martini/Nink* Wenn Maschinen entscheiden (Fn. 173), 12. Soweit Informationsfreiheitsgesetze existieren, kann über diese Zugang zu den Ergebnissen erlangt werden. Zur Förderung der Akzeptanz von KI könnte es sinnvoll sein, diese Ergebnisse allgemein publik zu machen oder, wie im Falle des § 4 Abs. 3 S. 8, 9 FlugDaG den Bundesbeauftragten für Datenschutz dem Parlament in bestimmten Zeitabständen darüber Bericht erstatten zu lassen. Es versteht sich von selbst, dass die Verwaltung vorherigen Zweifeln an der Richtigkeit der Ergebnisse der KI-Systeme nachzugehen hat. Dazu, dass die IT-Systeme aus Gründen der demokratischen Legitimation idealerweise so zu konzipieren sind, dass sie sich nach einem Hinweis an einen Amtswalter abschalten, *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 47. Zwar könnte man in dieser Hinsicht auch an eine Übertragung der

jederzeitige Möglichkeit zur Intervention durch Amtswalter bestehen.²⁴² Bei grundrechtsrelevanter Wirkung hat der Parlamentsgesetzgeber alle wesentlichen Punkte des KI-Einsatzes zu regeln.²⁴³

Hauptproblem der aktuellen KI-Technologien ist die Undurchsichtigkeit ihrer Entscheidungen, was im Fachjargon mit „black box“ umschrieben wird.²⁴⁴ Neben Kennzeichnungen und aussagekräftigen Informationen über das Funktionieren der jeweiligen KI²⁴⁵ führen allgemeine Offenlegungsforderungen bei lernenden Systemen nicht weiter.²⁴⁶ Weil die Entscheidungen

Erkenntnisse zur Gesetzgebungstechnik der dynamischen Verweisung denken. Da die IT aber Zeit zur Stabilisierung braucht, die Abbildbarkeit von Recht durch IT ein äußerst schwieriges Unterfangen ist und an KI erhöhte Test- und Kontrollanforderungen zu stellen sind, sind derartige Überlegungen momentan nicht zielführend.

²⁴² S. zur Intervenierbarkeit aber ohne Bezug zur Verwaltung *Rost Künstliche Intelligenz* (Fn. 239), 564.

²⁴³ *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 114. S. auch *Enders* Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 727. Da auch Amtswaltern Fehler unterlaufen können (s. §§ 44 ff. VwVfG), wird sich der Gesetzgeber in Anlehnung an BVerfGE 49, 89 (132 ff.) zur Brütertechnik auch hinsichtlich der Nutzung der KI-Technologie für die Hinnahme eines gewissen Restrisikos bei ausreichenden Regelungen zu dessen Eindämmung samt deren Beobachtung entschließen können. Dazu, das ausgewogene Recht sich positiv auf die Akzeptanz von KI auswirken kann, *Nehm* Autonomes Fahren (Fn. 67), 400, und für die Entwicklung der Technologie positiv sein kann, *Molavi* Künstliche Intelligenz (Fn. 240), 11. Zu den für etwaige gesetzliche Regelungen relevanten Punkten, allerdings bezogen auf den Verbraucherschutz, Gesellschaft für Informatik (Fn. 54), unter 7.3, 8.3. Die Datenethikkommission (Fn. 54) spricht sich in ihren Empfehlungen für die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 9.10.2018 dafür aus, dass im gesamten Ökosystem der KI Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Diskriminierungsfreiheit und Überprüfbarkeit umzusetzen sind, des Weiteren werden Maßnahmen für eine nachhaltige Qualitätssicherung, angemessene und effektive Interventionsmöglichkeiten sowie wirkungsvoller Rechtsschutz für notwendig erachtet. S. auch das Positionspapier von BfDI und acht Landesbeauftragten (Fn. 211).

²⁴⁴ Zur KI als „black box“ *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 43; s. auch *Lenzen* Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 75 ff.

²⁴⁵ *Martini* Algorithmen als Herausforderung (Fn. 198), 1020. Dabei ist zweifelhaft, ob bei KI noch aussagekräftige Informationen in verständlicher Sprache zur Verfügung bereitgestellt werden können, dazu *Wischmeyer* Regulierung (Fn. 53), 47, 53. In zutreffender Weise dürfte die Antwort auf diese Frage je nach Art der KI und technologischem Fortschritt unterschiedlich ausfallen.

²⁴⁶ In diese Richtung tendierend aber *Schmitz/Prell* Neues zum E-Government (Fn. 46), 1277; *Sabine Tönsmeier-Uzuner* Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung, 2000, 214 ff. Eine Veröffentlichung der Trainingsdaten der KI-Systeme wäre angesichts der riesigen Datenmengen sowie der sich permanent ändernden Systeme unverhältnismäßig. Der BfDI und acht Landesbeauftragte sprechen sich in ihrem Positionspapier (Fn. 211), 3 f., grundsätzlich für eine Transparenz hinsichtlich der Datenkategorien der Ein- und Ausgabedaten des Verfahrens, der darin enthaltenen Logik sowie der Tragweite der darauf basierenden Entscheidungen sowie für die möglichen Auswirkungen des Verfahrens aus.

der Verwaltung aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich ausreichend nachvollziehbar sein müssen,²⁴⁷ bleibt abzuwarten, ob solche Fortschritte im Bereich der verständlichen KI (explainable AI) erzielt werden,²⁴⁸ dass diese Technologie rechtlichen Begründungsanforderungen genügen kann.²⁴⁹ Ihr Einsatz kommt zurzeit mangels Ausgereiftheit für vollautomatisierte Verwaltungsakte nicht in Betracht.²⁵⁰ Bei Informationen der KI-Systeme für letztverantwortlich entscheidende Amtswalter müssen sich diese in rechtmäßiger Weise in deren Entscheidungsfindungsprozess einbinden lassen.²⁵¹ Momentan ist auf Seiten der Verwaltung an den Einsatz von KI vor allem bei niederschwelligen Angeboten zu denken,²⁵² z.B. bei einfachen Auskünften von Govbots²⁵³ oder im behördlichen Innenbereich, etwa bei der Sortierung der Eingangspost.²⁵⁴

²⁴⁷ Müller-Franken Grundfragen (Fn. 161), 120; Wischmeyer Regulierung (Fn. 53), 44; s. auch BVerfGE 123, 39 (68 ff.). Dazu, dass sich derzeit die selbstlernenden Systeme, wenn auch nicht vollständig inhaltlich, auf den Menschen rückführen lassen, Hans Peter Bull Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, 119.

²⁴⁸ Zu dieser neuen Forschungsrichtung der KI Lenzen Künstliche Intelligenz (Fn. 53), 77 ff.; s. auch Andreas Holzinger Explainable AI (ex-AI), Informatik Spektrum 2018, 138 ff.; Bernhard Wältl/Roland Vogl Increasing Transparency in Algorithmic-Decision-Making with Explainable AI, DuD 2018, 613 (613 ff.). S. auch die FAT-Forschung Bruno Lepri/Nuria Oliver/Emmanuel Letouze/Alex Peutland/Patrick Vinck Fair, transparent and accountable algorithmic decision-making processes, Philosophy & Technology vom 15.8.2017, <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13347-017-0279-x.pdf>> (Stand 30.10.2018).

²⁴⁹ Wischmeyer Regulierung (Fn. 53), 59 ff. Bei der verfassungsrechtlichen Auslotung ist allerdings sehr vorsichtig einzubeziehen, dass seit jeher ausnahmsweise Entscheidungen ohne oder mit nachträglicher Begründung für ausreichend erachtet werden, s. § 39 Abs. 2, § 45 Abs. 1 Nr. 2, § 46 VwVfG. Zu dieser Problematik aber ohne Bezug auf die Verwaltung auch Thomas Hoeren/Maurice Niehoff KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, 47 (57 ff.).

²⁵⁰ Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 164), § 35a Rn. 47: Keine aktuelle Fragestellung.

²⁵¹ Zu den Überlegungen hinsichtlich Precobs Rademacher Predictive Policing (Fn. 51), 381 ff. Dazu, dass sich gerade in sicherheitsrelevanten Bereichen die Frage nach der Vertrauenswürdigkeit der Ergebnisse stellt, Ursula Sury Blockchain und Datenschutz, Informatik Spektrum 2018, 144 (147 f.). Zur Frage des KI-Einsatzes bei der Entscheidungsvorbereitung von Richtern Enders Einsatz künstlicher Intelligenz (Fn. 29), 723.

²⁵² So auch die Position der Bundesregierung BT-Drucks. 19/1982, 14.

²⁵³ Bei denen es keinen besonderen individuellen Beratungsbedarf gibt. Dabei handelt es sich um Wissenserkklärungen ohne großes Schadenspotenzial. Zu den Fragen der Modifizierung der Haftung bei Einsatz derartiger Systeme z.B. Teubner Digitale Rechtssubjekte (Fn. 210), 189 ff.

²⁵⁴ Also wenn sich Ausreißer ohne weiteres feststellen und beheben lassen. Zu derartigen Einsatzmöglichkeiten BT-Drucks. 19/1982, 12 ff. Auch bei Übersetzungen ausländischer Sprachen können KI-Systeme wertvolle Hilfestellungen liefern.

VII. Folgen für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

1. Aufbrechen der VwVfG-Simultangesetzgebung durch EGovGe

Erhebliche Auswirkungen auf die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts ergeben sich aus der zunehmenden Verrechtlichung des E-Governments.²⁵⁵ Zwischenzeitlich haben der Bund und eine Mehrzahl der Bundesländer²⁵⁶ E-Government-Gesetze erlassen. Während der Gesetzgeber mit dem 2003 in Kraft getretenen § 3a Abs. 1 VwVfG der Verwaltung die elektronische Kommunikation nur ermöglichen wollte, finden sich in den E-Government-Gesetzen vermehrt obligatorische Vorgaben für die Verwaltung, etwa zur elektronischen Zugangseröffnung, Aktenführung und Rechnungslegung.²⁵⁷ Angesichts der föderalen Vielfalt weichen die E-Government-Gesetze auf Landesebene teils beträchtlich vom E-Government-Gesetz des Bundes ab.²⁵⁸ Im Unterschied zu anderen E-Government-

²⁵⁵ *Martin Eifert* Elektronische Verwaltung – von der Verwaltungsreform zum Verwaltungsreformrecht, in: Peter Friedrich Bultmann/Klaus Joachim Grigoleit/Christoph Gusy/Jens Kersten/Christian-W. Otto/Christina Preschel (Hrsg.) FS Ulrich Battis, 2014, 421 (422 f.), der als Ursachen dafür das Überschreiten der Organisationsgrenzen, Gründe der Rechtssicherheit und die Unzufriedenheit mit der Eigeninitiative der Verwaltung ausmacht; s. auch *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 22. Allgemein zu den Vor- und Nachteilen der Kodifizierung, allerdings bezogen auf die Europäische Union *Annette Guckelberger/Frederic Geber* Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?, 2013, 105 ff.

²⁵⁶ Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen. Dazu, dass es zusätzlicher Aktivitäten der Länder bedarf, weil der Bund aufgrund von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG keine Aufgaben auf Gemeinden und Gemeindeverbände übertragen darf, *Wolfgang Beck* Wirkungsorientierte Verwaltungssteuerung durch E-Government-Gesetze in Deutschland, in: Jürgen Stember/Wolfgang Eixelsberger/Andreas Spichiger (Hrsg.) Wirkungen von E-Government, 2018, 181 (193). Eingehend zum EGovG Bund *Marius Herr* Das E-Government-Gesetz des Bundes – Ein verwaltungswissenschaftlicher Literaturbericht –, FÖV Discussion Papers 82, Speyer 2015.

²⁵⁷ Von der Ermöglichungs- zur Aktivierungsfunktion des Rechts *Denkhaus* Vom E-Government zur Digitalisierung (Fn. 20), Kap. 1 Rn. 42 f. Zur vergleichbaren Entwicklung im Vergaberecht *Thorsten Siegel* Elektronisierung des Vergabeverfahrens, LKV 2017, 385 (386). *Veith Mehde* E-Government durch Gesetz?, in: Jörn von Lucke/Klaus Lenk (Hrsg.) FS Heinrich Reiner mann, 2017, 263 (272) hinterfragt die Bezeichnung der E-Government-Gesetze, da sie mehr versprechen, als sie halten können. Andererseits enthalten diese Bausteine für das E-Government, die als zentral erscheinen, sodass deren bereichsspezifische Regelung hier nicht sinnvoll wäre.

²⁵⁸ Zu den Annahmen hinsichtlich der Wirkung des EGovG Bund, BT-Drucks.17/11473, 2, wobei sich der Bund vermutlich wegen der Schwerfälligkeit der Änderung des VwVfG für ein spezielles Gesetz entschieden hat. Dass sich seine Vorstellung von der Vorbildwirkung seines EGovG für die Landesebene nur teilweise realisiert hat, geht auf die unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen, aber auch finanziellen Verhältnisse der einzelnen

Gesetzen ist das Bayerische E-Government-Gesetz insbesondere stark subjektiv-rechtlich geprägt.²⁵⁹ Von der Formenwahlfreiheit abweichend schreibt § 4 Abs. 1 S. 2 EGovG NRW vor, dass die Behörden bei Wahl eines elektronischen Kommunikationswegs durch Private diesen elektronisch antworten sollen.²⁶⁰

Aufgrund des Vorrangs der Vorschriften in den E-Government-Gesetzen gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsverfahren²⁶¹ verliert letzteres in einem zentralen Bereich an Bedeutung. Da nunmehr beim Vollzug des Bundesrechts zu prüfen ist, ob das E-Government-Gesetz des Bundes oder des Landes oder das allgemeine Verwaltungsverfahren einschlägig ist, verkompliziert sich die Rechtslage.²⁶² Man kann geteilter Meinung sein, ob diese Abweichung von der Simultangesetzgebung bei den Verwaltungsverfahrensgesetzen von Bund und Ländern sowie dem Prinzip „eine Behörde, ein Verfahrensrecht“ zu bedauern²⁶³ oder darin ein Innovationschub für das Verwaltungsverfahren zu sehen ist.²⁶⁴

Bundesländer zurück. Eingehend zu den verschiedenen E-Government-Gesetzen *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 167 ff.

²⁵⁹ Nach Art. 2 S. 1 BayEGovVG kann jeder nach Maßgabe der Art. 3–5 elektronisch mit den Behörden kommunizieren und ihre Dienste beanspruchen und nach Art. 2 S. 2 verlangen, dass Verwaltungsverfahren nach Maßgabe des Art. 6 ihm gegenüber elektronisch durchgeführt werden. Allerdings lässt diese Ausgestaltung den Behörden durchaus noch Spielräume, s. BayLT-Drucks. 17/7537, 27 f.

²⁶⁰ Vergleichbar § 9 Abs. 1 ThürEGovG.

²⁶¹ S. § 1 Abs. 4 EGovG Bund sowie BT-Drucks. 17/11473, 33. Dazu, dass das BayEGovG aber nur bei vergleichbaren Regelungen gegenüber dem BayVwVfG vorrangig, im Übrigen gegenüber inhaltsgleichen oder entgegenstehenden Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts nachrangig ist, BayLT-Drucks. 17/7537, 25.

²⁶² Zur Etablierung möglichst einheitlicher Vollzugsstrukturen findet nach Art. 1 Abs. 3 BayEGovG das E-Government-Gesetz des Bundes nur beim Vollzug von Bundesrecht im Auftrag des Bundes Anwendung. Zur einheitlichen Anwendung der §§ 52a ff. VwVfG S-H *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 5 f.

²⁶³ S. auch *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 11; zur Frage eines eigenständigen Gesetzes auch *Schliesky* Der bundesrechtliche Rahmen (Fn. 120), Kap. 8 Rn. 41; zur Bedeutung des Prinzips der Simultangesetzgebung im Verwaltungsverfahren²⁶⁴ z.B. *Klaus Schönenbroicher* in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.) VwVfG, 2014, § 1 Rn. 97 ff.; s. auch *Heribert Schmitz*, Simultangesetzgebung von Bund und Ländern im Verwaltungsverfahren²⁶⁵, in: Hermann Hill/Karl-Peter Sommermann/Ulrich Stelkens/Jan Ziekow (Hrsg.) 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, 2011, 253 (253 ff.).

²⁶⁴ *Beckermann* E-Government-Gesetzgebung (Fn. 115), 168, 172 ff.; *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 11. S. allgemein *Wolfgang Kahl/Patrick Hilbert* Die Bedeutung der Kodifikation im Verwaltungsrecht, RW 2012, 453 (480); *Schönenbroicher* in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 263), § 1 Rn. 98.

2. Integration von EGovG-Normen in die VwVfG

Nach Erprobung der Regelungen liegt es nahe, zum bislang bestehenden Paradigma der Simultangesetzgebung zurückzukehren und die Vorschriften zum elektronischen Verwaltungshandeln möglichst umfassend in die Verwaltungsverfahrensgesetze zu integrieren.²⁶⁵ Dabei ist zu überlegen, wo man die Vollautomatisierung angesichts ihrer Bedeutung auch für öffentlich-rechtliche Verträge am besten verortet²⁶⁶ und ob man nicht die elektronische Aktenführung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen regeln könnte. Zugleich bestünde so die Gelegenheit, gewisse Annahmen wieder mehr an die Realität heranzuführen. Dies gilt u.a. für die Vorstellung, dass die Bürger trotz Angabe elektronischer Kontaktdaten mit einer elektronischen Kommunikation i.S.d. § 3a Abs. 1 VwVfG einverstanden sein müssen,²⁶⁷ oder für § 41 Abs. 2a S. 4, 5 VwVfG, wonach bei Untätigkeit die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes erst nach zehn Tagen als nicht bewirkt gilt, obwohl der Beteiligte zuvor in dessen Abruf über öffentlich zugängliche Netze eingewilligt hat.²⁶⁸ Überdies hat der Verfahrensgesetzgeber beispiels-

²⁶⁵ Wie hier *Schulz* Der landesrechtliche Rahmen (Fn. 145), Kap. 9 Rn. 4. Zur möglichen Wiederbelebung der Kodifikationsidee durch die Digitalisierung *Glaser* Einflüsse (Fn. 37), 187. Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber hat bereits einen Teil der E-Government-Vorschriften in sein VwVfG integriert, weil es nicht nachvollziehbar sei, papierbasiertes und elektronisches Verwaltungsverfahren in zwei unterschiedlichen Gesetzen zu regeln, LT-Drucks. S-H 18/4463, 5.

²⁶⁶ Dazu *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 164), § 35a Rn. 4, der zutreffend in Rn. 9 auf den Änderungsbedarf hinsichtlich der Schriftform aufmerksam macht. S. dazu auch *Heckelmann* Smart Contracts (Fn. 62), 507 f., der in seinen auf das BGB bezogenen Ausführungen davon ausgeht, dass ein Vertrag auch in Programmiersprache abgefasst werden kann. Angesichts § 23 VwVfG lässt sich diese Aussage nicht auf das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht übertragen und es müsste überlegt werden, wie man in dieser Hinsicht zu sinnvollen Ergebnissen gelangen kann. Sofern in das BGB Vorschriften zu Smart Contracts aufgenommen werden sollten, reduziert sich aufgrund der Verweisungsklausel des § 62 VwVfG möglicherweise der Änderungsbedarf.

²⁶⁷ *Heribert Schmitz* in: *Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs* (Hrsg.) VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 12; *Johannes Dietlein/Jan Heinemann* eGovernment und elektronischer Verwaltungsakt NWVBl. 2005, 53 (55); *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 165), § 14 Rn. 22; *Annette Guckelberger* Informatisierung der Verwaltung und Zugang zu Verwaltungsinformationen, *VerwArch* 97 (2006), 62 (67); *Dirk Heckmann/Florian Albrecht* in: *Rainer Bauer/Dirk Heckmann/Kay Ruge/Martin Schallbruch/Sönke E. Schulz* Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 3a VwVfG Rn. 54 f.; s. auch *BVerwG*, BayVBl. 2017, 568 (569).

²⁶⁸ *Annette Guckelberger* Digitalisierung und ihre Folgen für die postalische Bekanntgabe von Verwaltungsakten, *NVwZ* 2018, 359 (361). Zur abweichenden Rechtslage bzgl. der elektronischen Bekanntgabe in Bayern s. Art. 6 Abs. 4 BayEGovG sowie kritisch gegenüber diesem Sonderweg *Braun Binder* Vollständig automatisierter Erlass (Fn. 46), 898.

weise die Auswirkungen des Rückgangs des Briefvolumens für die Ausgestaltung der postalischen Bekanntgabe von Verwaltungsakten im Blick zu behalten.²⁶⁹

Die Schaffung angemessener normativer Rahmenbedingungen rund um das Thema E-Government ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Wegen der Dynamik in diesem Bereich wird wohl noch einige Zeit bis zu einer grundlegenden Nachjustierung der Verwaltungsverfahrensgesetze vergehen.²⁷⁰ Der Verwaltungsrechtswissenschaft obliegt es, bis dahin aufgrund einer präzisen Analyse der Rechtslage geeignete Regelungsvorschläge zu entwickeln.²⁷¹ Außerdem sollte sie die Überlegungen zum Einsatz digitaler Technologien in der Verwaltung konstruktiv, aber auch kritisch begleiten. Alles in allem hängt das Ausmaß des Paradigmenwechsels durch E-Government nicht nur von den jeweiligen technischen Möglichkeiten, sondern auch vom Willen aller Beteiligten sowie der Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen ab.

²⁶⁹ Guckelberger Digitalisierung (Fn. 268), 359 ff. Vergleichbares gilt für das Aufwandsargument als Ablehnungsgrund von Informationszugangsanträgen Gernot Sydow Elektronische Aktenführung, behördliches Informationsmanagement und Informationsfreiheit, in: Thomas Dreier/Veronika Fischer/Anne van Raay/Indra Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.) Informationen der öffentlichen Hand, 2016, 193 (207).

²⁷⁰ Beispielsweise liegt es nahe, erste Erfahrungen mit dem realisierten Portalverbund, aber auch im Hinblick auf Verbindungen zur E-Justice abzuwarten. Neben bereichsspezifischen Anforderungen an Algorithmen der Verwaltung bietet es sich an, allgemeine Anforderungen an diese zunächst in den E-Government-Gesetzen und Transparenzanforderungen, soweit vorhanden, in die Informationsfreiheitsgesetze aufzunehmen. S. dazu auch BfDI und acht Landesbeauftragte im Positionspapier (Fn. 211), 3.

²⁷¹ So auch Glaser Einflüsse (Fn. 37), 187. Dazu, dass das Recht als Grund für die Technikentwicklung fungieren, diese aber auch begrenzen kann und im Übrigen eine Gestaltungsfunktion hat, Christian Djeffal Normative Leitlinien für künstliche Intelligenz in Regierung und öffentlicher Verwaltung, in: Resa Mohabbat Kar/Basanta Thapa/Peter Parycek (Hrsg.) Kompetenzzentrum Öffentliche IT, (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, 493 (503 ff.).

Leitsätze der 1. Referentin über:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

I. Einleitung

II. E-Government: Vorläufer und Bedeutung

(1) Bereits ab Ende der 1950er Jahre befassten sich erste rechtswissenschaftliche Abhandlungen mit der „Technisierung“ und „Automation“ von Verwaltungsentscheidungen.

(2) 1993 schlug US-Vizepräsident Al Gore unter der Überschrift „Electronic Government“ Abhilfemaßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informationstechnologien vor. Diese Kurzformel wurde etwas später in Deutschland aufgegriffen.

1. Weites und enges Begriffsverständnis von E-Government

(3) Die Speyerer Definition von E-Government als „die Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken“ (nachfolgend IKT) bringt deren Optimierungspotenzial zur Verbesserung der Verwaltung zu wenig zum Ausdruck.

(4) E-Government ist ein Leitbild. Teils werden als dessen Adressaten alle drei staatlichen Gewalten genannt. Angesichts der anderen (verfassungs-)rechtlichen Determinierung von Legislative, Judikative und Regierung beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Verwaltung.

2. Ablösung des E-Governments durch Smart Government?

(5) Smart Government soll nach der Häfner Definition die Abwicklung geschäftlicher Regierungs- und Verwaltungsprozesse „mit Hilfe von intelligent vernetzten“ IKT bedeuten. Von diesem neuen Leitbild ist abzuraten.

III. Vision des E-Governments aus IT-Sicht

(6) *Spinnt man die Vorstellungen einer IT-begeisterten Person in ihrer Euphorie weiter, wird sich die Verwaltung aller Potenziale der IKT bedienen. Verwaltungsentscheidungen werden vollständig automatisiert erlassen. Wenn Amtswalter noch Einzelfälle bearbeiten, werden sie durch Legal Tech-Anwendungen unterstützt. Aufgrund von Big Data-Analysen kann die Verwaltung ihre Maßnahmen an Echtzeitinformationen ausrichten. Auf selbstlernenden Algorithmen basierende Künstliche Intelligenzen (KI) werden z.B. bei intelligenten Govbots eingesetzt. Da die Blockchain-Technologie ohne Intermediäre auskommt, braucht die Verwaltung keine öffentlichen Register mehr zu führen.*

(7) *Die Verwirklichung dieser Vision ist mit einem grundlegenden Paradigmenwechsel für die Verwaltung verbunden. In ihr übernimmt die Technik zunehmend Tätigkeiten von Amtswaltern. Während die Verwaltung immer mehr IT-Spezialisten benötigt, sinkt der Bedarf an Sachbearbeitern und Verwaltungsjuristen.*

IV. Ernüchternder Befund hinsichtlich der E-Government-Realisierung

(8) *Im europäischen Vergleich schneidet Deutschland beim E-Government mittelmäßig ab. Nach dem Befund des Nationalen Normenkontrollrats von 2016 gibt es de facto kein wirksames E-Government, sondern eine heterogene und zerklüftete E-Government-Landschaft mit vielen Insellösungen und einzelnen Leuchttürmen.*

1. Ursachenbündel für den Rückstand beim E-Government

(9) *Neben der mangelnden Bekanntheit und Nutzerfreundlichkeit der Online-Dienste sowie datenschutz- und IT-sicherheitsrechtlichen Bedenken werden auch die Beharrungstendenzen der Verwaltung und u.a. deren Prägung durch Juristen als Verhinderungsfaktoren ausgemacht. Heute stehen jedoch viele Juristen der Digitalisierung aufgeschlossen gegenüber. Zudem deuten die „Zauberworte“ E-Government bzw. Digitalisierung auf die vordergründige Ausrichtung allen Handelns am technisch Machbaren hin. Das Recht setzt dem Technikeinsatz jedoch Grenzen.*

2. Konsequenzen

(10) *Durch entsprechende Maßnahmen ist die Umsetzung des E-Governments zu verbessern. Eine Staatszielbestimmung zur digitalen*

Infrastruktur könnte den flächendeckenden Breitbandausbau forcieren. Außerdem müssen Personen jeden Alters über ausreichende Möglichkeiten zum Erwerb des notwendigen Wissens in Sachen digitaler Technologien samt ihrer Risiken verfügen.

(11) Zur Vermeidung der Nachteile einer digitalen Spaltung müssen traditionelle Zugänge zur Verwaltung fortbestehen. Deshalb können sich die IKT-Potenziale nicht voll entfalten.

3. Übergreifender informationstechnischer Zugang zu Verwaltungsleistungen

(12) Art. 91c Abs. 5 GG enthält einen Regelungsauftrag zur Schaffung eines übergreifenden informationstechnischen Zugangs zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern. Nach § 1 Abs. 1 Onlinezugangsgesetz (OZG) haben Bund und Länder bis Ende 2022 ihre Verwaltungsleistungen im Portalverbund elektronisch anzubieten. Entgegen anderslautender Stimmen bezieht sich das OZG auch auf die Gemeinden und Kreise. Allerdings müssen unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Organisationshoheit (Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG) unterbleiben.

V. Organisationsrechtliche Auswirkungen

1. Koordinierung der IKT in der Verbundverwaltung

a) Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen

(13) Art. 91c Abs. 1 bis 4 GG ermöglichen das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei informationstechnischen Systemen. Zur Verstärkung der Durchsetzungskraft des IT-Planungsrats soll dieser künftig durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts in gemeinsamer Trägerschaft unterstützt werden.

b) Ressortübergreifende IKT-Abstimmung auf Bundesebene

(14) Aus Art. 91c GG lässt sich indirekt das Gebot ressortübergreifender Abstimmungen in IKT-Angelegenheiten entnehmen. Diese erfolgen durch das sog. Digitalkabinett und diverse andere Gremien. Neben dem beim BMI angesiedelten Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik gibt es nun eine Staatsministerin für Digitalisierung beim Bundeskanzleramt.

c) *IKT-Abstimmung in den Bundesländern*

(15) *In allen Bundesländern gibt es in unterschiedlicher Ausgestaltung Beauftragte für Informationstechnologien, Gremien zur ressortübergreifenden IKT-Abstimmung sowie für das Zusammenwirken mit den Kommunen. Einige Bundesländer haben diese Abstimmungsmechanismen teils in ihren E-Government-Gesetzen (EGovG) verrechtlicht.*

2. *Änderung der Zuständigkeiten infolge der IKT*

(16) *Auch wenn infolge der IKT andere Zuständigkeitsausgestaltungen denkbar sind, setzen Art. 28 Abs. 2 S. 1, 2 GG sowie das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip derartigen Überlegungen Grenzen. Bislang hat das E-Government zu keinen grundlegenden Zuständigkeitsänderungen geführt. Angesichts der für den Normalbürger nur schwer überschaubaren Zuständigkeitsordnung greift Art. 91c Abs. 5 GG die Idee des One-Stop-Prinzips verfassungsrechtlich auf.*

VI. *Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren*

1. *Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten, § 35a VwVfG*

(17) *Mit § 35a VwVfG über den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten hat sich der Bundesgesetzgeber den Stimmen angeschlossen, nach denen sich Konditionalprogramme für einen automatisierten Gesetzesvollzug eignen können.*

(18) *Entgegen dem von § 35a VwVfG erweckten Anschein richtet sich die Vollautomatisierung nicht nach der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte bei Ermessen und Beurteilungsspielräumen, sondern der IT-Abbildbarkeit von Normen sowie der Standardisierbarkeit von Sachverhaltsermittlung und -bewertung. Daran dürfte es z.B. bei der Automatisierung von Baugenehmigungsverfahren derzeit fehlen.*

2. *Anforderungen an den Algorithmeinsatz bei vollautomatisierten Entscheidungen*

(19) *Die nach § 35a VwVfG erforderliche Zulassung vollständig automatisierter Verwaltungsakte durch Rechtsvorschrift ist insbesondere Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO geschuldet. Deshalb sowie zur Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit muss die Verwaltung nach § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG die für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden. Errei-*

chen lässt sich dies z.B. durch die Eröffnung von Freitextangaben, sofern man derartige Angaben von rechtsunkundigen Normalbürgern erwarten kann.

(20) Die IT-Systeme dürfen von der Verwaltung nur zum Gesetzesvollzug freigegeben werden, nachdem ausreichend getestet wurde, dass diese rechtmäßige Entscheidungen produzieren.

3. Veröffentlichung der Algorithmen bei vollautomatisierten Entscheidungen

(21) Stuft man Algorithmen nach heute h.M. als Verwaltungsvorschriften ein oder will sie wie diese behandeln, sind Algorithmen bereits jetzt publik zu machen, soweit man eine Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften aus rechtsstaatlichen Gründen für notwendig erachtet oder eine solche in einzelnen Bundesländern durch Transparenz- bzw. Informationsfreiheitsgesetz vorgeschrieben ist.

(22) In Verwaltungsvorschriften inkorporierte Algorithmen, wie bei gewissen Programmablaufplänen, teilen deren Rechtsnatur. Da sich Verwaltungsvorschriften an Behördenbedienstete richten, Algorithmen dagegen nach ihrer Darstellungsform für IT-Systeme bestimmt sind, sind Algorithmen nicht generell als Verwaltungsvorschriften einzustufen.

4. Vollautomatisierte Entscheidungen und Verfahrensrechte

(23) Für die Zulassung vollautomatisierter Verwaltungsakte ist entscheidend, ob derartige Maßnahmen ohne Involvierung eines Amtswalters im Einzelfall ihren Adressaten zumutbar sind.

(24) Widersprüche gegen vollautomatisierte Verwaltungsakte sind von Amtswaltern zu bearbeiten.

(25) Verbleibende ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten mit Amtswaltern setzen einen Kontrapunkt zur Entpersönlichung der Verfahren.

(26) Im Zeitalter der Digitalisierung ist darauf zu achten, dass die im Ermessen der Verwaltung liegende Ausnahme von der vorherigen Anhörung bei belastenden Verwaltungsakten mithilfe automatischer Einrichtungen nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 3 VwVfG nicht zur Regel wird. Bereits bei der Entscheidung über die Zulassung der Vollautomatisierung ist sorgfältig zu prüfen, ob die Motive für eine Anhörung nicht gewichtiger als das Vollautomatisierungsinteresse sind.

(27) § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG sollte gestrichen werden.

(28) Da der Einzelne sein Akteneinsichtsrecht nach Start der Bearbeitung durch das IT-System bis zum Erlass des Verwaltungsakts nicht effektiv wahrnehmen kann, sollte § 29 VwVfG nachjustiert werden. Den Beteiligten

ist nachträglich Akteneinsicht zu gewähren, ggf. auf Verlangen mit einer Pflicht zur verständlichen Erläuterung der Dokumentation.

5. Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung

(29) Angesichts der großen Potenziale der KI-Technologie lotet das aktuelle Schrifttum Einsatzfelder für diese im Bereich der Verwaltung aus. Rechtliche Vorgaben an die Qualität der Lerndaten oder zur diskriminierungsfreien Modellierung können einen wichtigen Beitrag zur Gesetzmäßigkeit des Outputs der KI-Systeme leisten. Letztere sind so lange zu trainieren und zu testen, bis sie ein stabiles Niveau mit so geringem Fehlerpotenzial erreichen, dass dieses Risiko hinnehmbar erscheint. In der Einsatzphase sind sie regelmäßig zu kontrollieren. Auch muss die jederzeitige Möglichkeit zur Intervention durch Amtswalter bestehen. Bei grundrechtsrelevanter Wirkung hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber alle wesentlichen Punkte des KI-Einsatzes zu regeln.

(30) Es bleibt abzuwarten, ob solche Fortschritte im Bereich der verständlichen KI (explainable AI) erzielt werden, dass diese Technologie rechtlichen Begründungsanforderungen genügen kann.

VII. Folgen für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

1. Aufbrechen der VwVfG-Simultangesetzgebung durch EGovGe

(31) Der Bund und die meisten Bundesländer haben EGovGe erlassen. Wegen des Vorrangs der EGovGe verlieren die VwVfGe in einem zentralen Bereich an Bedeutung.

2. Integration von EGovG-Normen in die VwVfGe

(32) Nach Erprobung der neuen Regelungen sind diese im Wege der Simultangesetzgebung möglichst umfassend in die VwVfGe zu integrieren.

(33) Zugleich sind gewisse Annahmen mehr an die Realität heranzuführen.

(34) Der Rechtswissenschaft obliegt es, dafür geeignete Regelungsvorschläge zu entwickeln. Außerdem sind Überlegungen zum Einsatz bestimmter digitaler Technologien in der Verwaltung konstruktiv, aber auch kritisch zu begleiten.

Dritter Beratungsgegenstand:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

2. Referat von *Hanno Kube*, Heidelberg

Inhalt

	Seite
I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen.	290
II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung.	294
1. Kommunikation und Zugang	294
a) E-Government, Netze und Portale	294
b) Zugrundeliegende Gestaltungsideale	297
c) Keine wesentlichen Rechtsprobleme im Staat-Bürger-Verhältnis	298
d) Bedeutung gelingender Koordinierung in der staatlichen Kompetenzordnung.	298
2. Elektronischer Verwaltungsvollzug	299
a) Der virtuelle Behördengang – Rechtsstaatliche Ausgestaltung von Verfahren und Organisation	299
b) Der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt – Zu Ansatz und Tragfähigkeit von § 35a VwVfG	301
III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt	306
1. Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung.	306
2. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung	307
a) Effizienter und objektiver Verwaltungsvollzug – Fehlender Blick für den Einzelfall	307
b) Positive Ausstrahlung auf das Gesetzesrecht – Quasi-gesetzliche Normativität des Vollzugsalgorithmus	308
c) Staatliche Nutzbarmachung privat entwickelter Technik – Neue Abhängigkeiten und Verflechtungen	312
IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt . . .	313

1. Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes	313
2. Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs	314
a) Parlamentarisch-demokratische Fundierung des automatisierten Vollzugs	314
b) Rechtsstaatliche Vorhersehbarkeit	315
c) Schutz von Freiheit und Gleichheit durch abstrakt-generelles, typisierendes Gesetz	315
3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug	316
a) Exekutive Sicherung der Gesetzesbindung bei Vollzugsautomatisierung – Erfordernis neuer Controllingstrukturen	316
b) Das Gesetz als Fundament der Entscheidungsbegründung	318
c) Freiheits- und gleichheitssichernde Ausfüllung gesetzlich eröffneter Räume	320
4. Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes	321
5. Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz	321
a) Sachbereichsabhängige Öffnung für die Vollzugsautomatisierung	321
b) Ausgestaltung korrespondierenden Verfahrensrechts – Zur Option der Herbeiführung menschlicher Befassung	323
6. Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft	324
V. Menschliches Recht	325

I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen

Die staatliche Verwaltung¹ nutzt moderne elektronische Informations- und Kommunikationstechnik,² gerät aber auch zunehmend in den Sog technischer Macht. Nachdem in den 1950er Jahren zunächst noch Lochkartenanlagen und elektronische Rechengeräte zum Einsatz gekommen waren,³ führte der weitere Ausbau der Elektronischen Datenverarbeitung in den

¹ Gegenstand der Untersuchung ist der Einsatz der modernen, elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik in der staatlichen Verwaltung. Die Perspektiven einer durch diese Technik angeleiteten Gesetzgebung oder auch Rechtsprechung bleiben ausgeklammert, ebenso mögliche Implikationen der Technik im Prozess der demokratischen Willensbildung.

1960er Jahren zu einer ersten Automatisierung einzelner Verfahrensschritte in der Massenverwaltung.⁴ In den 1970er Jahren begann darauf die behör-

S. zur Elektronisierung der Gesetzgebung (E-Gesetzgebung) *Stephan Ring* Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994; *Uwe Küster* Gesetzgebung im Informationszeitalter, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 67 ff.; gegenwärtig insbesondere das Projekt eGesetzgebung der Bundesregierung als Bestandteil des Regierungsprogramms „Digitale Verwaltung 2020“ <<http://e-gesetzgebung.bund.de/>>.

S. zur Elektronisierung der Rechtsprechung (E-Justiz) insbesondere das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I 2013, 3786; Vorläufer war das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz) vom 22.3.2005, BGBl. I 2005, 837; ergänzt durch die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24.11.2017 (BGBl. I 2017, 3803)), das Gesetzesänderungen zur breiteren Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) mit der Justiz enthält; s. für einen Überblick *Thomas A. Degen/Ulrich Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr, 2016, 3 ff.; vorgesehen sind unter anderem die führende elektronische Gerichtsakte (s. dazu das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017, BGBl. I 2017, 2208), das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) (dazu § 130a ZPO, § 65a SGG, § 55a VwGO und § 52a FGO) und das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) (dazu § 31a BRAO); aus der Literatur *Wolfram Viefhues* Elektronische Justiz. Möglichkeiten und Grenzen, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 131 ff.; *Gabriele Britz* Von der elektronischen Verwaltung zur elektronischen Verwaltungsjustiz, DVBl. 2007, 993 ff.; *Wlfrid Bernhard* Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, NJW 2015, 2775 ff.; *David Jost/Johann Kempe* E-Justice in Deutschland – Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Justiz, NJW 2017, 2705 ff.; *Dieter Kesper/Stephan Ory* Der zeitliche Fahrplan zur Digitalisierung von Anwaltschaft und Justiz, NJW 2017, 2709 ff.

S. zur Elektronischen Demokratie (E-Demokratie) *Hans J. Kleinsteuber/Martin Hagen* Was bedeutet „elektronische Demokratie“?, ZParl. 1998, 128 ff.; *Bernd Holznagel/Andreas Grünwald/Anika Hanßmann* (Hrsg.) Elektronische Demokratie. Bürgerbeteiligung per Internet zwischen Wissenschaft und Praxis, 2001; *Matthias Ruffert* eDemocracy, in: Wolfgang Bär u. a. (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 53 ff.; *Andreas Meier* eDemocracy & eGovernment, 2009.

Noch weiter greift der allgemeine Begriff Legal Tech, mit dem die Nutzung der modernen, elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik auch durch private Rechtsanwender beschrieben wird; dazu *Richard Susskind* Tomorrow's Lawyers: An Introduction To Your Future, 2013; *Kevin Ashley* Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017; *Patrick Prior* Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung, ZAP 2017, 575 ff.; *Jens Wagner* Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 ff. und BB 2018, 1097 ff.; *Susanne Hähnchen/Robert Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334 ff.; *Markus Hartung/Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib* (Hrsg.) Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018; *Stephan Breidenbach/Florian Glatz* (Hrsg.) Rechtshandbuch Legal Tech, 2018.

denübergreifende, integrierte Datenverarbeitung.⁵ Nicht von ungefähr brach sich in dieser Zeit erstmals der Datenschutzgedanke Bahn.⁶ Die Computerbürokratie hatte damit Effizienzgewinne bewirkt, war aber auch an Machbarkeits- und Akzeptanzgrenzen gestoßen.⁷

² Begrifflich wird die Entwicklung der Nutzung der modernen elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik unter anderem als Automatisierung (Niklas Luhmann *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966; s. auch Anna-Bettina Kaiser *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009, § 5), Maschinisierung (Hans Brinckmann/Stefan Kuhlmann *Computerbürokratie*, 1990, 15), Informatisierung (Thomas Groß *Die Informatisierung der Verwaltung. Eine Zwischenbilanz auf dem Weg von der Verwaltungsautomation zum E-Government*, *VerwArch* Bd. 95 (2004), 400 ff.; Matthias Kammer *Informatisierung der Verwaltung*, *VerwArch* Bd. 95 (2004), 418 ff.), Elektronisierung (Lutz Schreiber *Elektronisches Verwalten*, 2003; Jan Skrobotz *Das elektronische Verwaltungsverfahren*, 2005), Digitalisierung (Ariane Berger *Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive*, *DVBl.* 2017, 804) oder Virtualisierung (Andreas Voßkuhle *Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft – Informationelles Verwaltungsorganisationsrecht*, in: Dieter Leipold (Hrsg.) *Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft*, 2002, 97 (111)) der Verwaltung gefasst; dazu auch Gabriele Britz *Elektronische Verwaltung*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 15; auch die Entwicklungsphasen werden uneinheitlich untergliedert und bezeichnet, zumal nach Maßgabe unterschiedlicher Kriterien; s. zu diesen Kriterien Brinckmann/Kuhlmann *Computerbürokratie* (Fn. 2), 15 ff. (Technikgenerationen, Verfahrenstypen, Bürofunktionen, Informatisierungsphasen); mit einer griffigen Unterteilung der Entwicklungsphasen ebd., 18 ff. (Pionierzeit, Gründerzeit, Konsolidierungszeit, Zeit der Neuorientierung).

³ Panagiotis Lazaratos *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, 1990, 35.

⁴ So wurden Datenbestände der Finanz- und der Sozialämter, aus dem Einwohner- und dem Grundbuchwesen in Großrechnerdatenbanken übernommen und computergestützt weiterverwendet. Der Schritt vom reinen Rechnen zur Verarbeitung formatierter Informationen war damit getan; dazu Brinckmann/Kuhlmann *Computerbürokratie* (Fn. 2), 18 f.; Ralf-Michael Polonski *Der automatisierte Verwaltungsakt*, 1993, 25; aus der zeitgenössischen Literatur Karl Zeidler *Über die Technisierung der Verwaltung*, 1959; Hans Peter Bull *Verwaltung durch Maschinen*, 1964; Luhmann *Recht und Automation* (Fn. 2).

⁵ Benno Degrandi *Die automatisierte Verwaltungsverfügung*, 1977, 57 ff.; Lazaratos *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation* (Fn. 3), 36; Polonski *Der automatisierte Verwaltungsakt* (Fn. 4), 25 f. (Integration, Datenfernverarbeitung); s. zu den in dieser Zeit entstehenden Expertensystemen Hinrich Bonin (Hrsg.) *Entmythologisierung von Expertensystemen. Entscheidungsunterstützung in der öffentlichen Verwaltung*, 1990; Thomas Jandach *Juristische Expertensysteme. Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung*, 1993; Sabine Tönsmeier-Uzuner *Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung*, 2000.

⁶ Kristallisierungspunkt war das Volkszählungsurteil des BVerfG von 1983; BVerfGE 65, 1.

⁷ Im Ergebnis blieb die Digitalisierung bis zu diesem Zeitpunkt weit hinter den Erwartungen zurück, die schon in den 1960er Jahren mit dem Einsatz kybernetischer Systeme in der Rechtsanwendung verbunden worden waren; s. etwa Spiros Simitis *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme*, 1966; ders. *Automation in der Rechtsordnung*.

Neuen Schub erhielt die Entwicklung dann mit der Einführung der Internettechnologie ab Mitte der 1990er Jahre. Das Internet weckte die Hoffnung auf umfassende Integration, Transparenz und Effizienz in der staatlichen Verwaltung;⁸ dies gerade auch deshalb, weil das Internet die elektronische Informations- und Kommunikationstechnik stärker als vormals auch in den Außenbeziehungen zum Bürger nutzbar machen konnte.⁹ Die Konzentration auf das Staat-Bürger-Verhältnis prägt dementsprechend das Leitbild des Electronic Government, das Leitbild des Regierens und Verwaltens mithilfe der neuartigen, gerade auch internetbasierten Informations- und Kommunikationstechnik,¹⁰ das in dieser Zeit entstand.¹¹

Möglichkeiten und Grenzen, 1967; *Fritjof Haft* Nutzenwendungen kybernetischer Systeme im Recht, 1968; *ders.* Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970; *Leo Reisinger* Automatisierte Normanalyse und Normanwendung, 1972; *Vladimir Vrecion* Informationstheorie und Recht. Zur Anwendung kybernetischer Methoden in der Rechtswissenschaft, 1975; *Walter Popp/Bernhard Schlink* Skizze eines intelligenten juristischen Informationssystems, DVR 1975, 1 ff.

⁸ *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 101.

⁹ *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 401 f.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 18 f.

¹⁰ „Electronic Government“ wird einerseits – nach der sogenannten „Speyerer Definition“ – formal-technisch definiert als „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien“; so *Jörn von Lucke/Heinrich Reinermann* E-Government – Gründe und Ziele, in: *Heinrich Reinermann/Jörn von Lucke* (Hrsg.) Electronic Government in Deutschland, 2002, 1 ff.; s. auch *Hermann Hill* eGovernment – Mode oder Chance zur nachhaltigen Modernisierung der Verwaltung? –, BayVBl. 2003, 737 (737 f.); andererseits wird die programmatisch-inhaltliche Ausrichtung in den Vordergrund gerückt; s. etwa *Horst Müller* eGovernment – Begriffe, Stand, Perspektiven, in: *Wolfgang Bär u. a.* (Hrsg.) Rechtskonformes eGovernment – eGovernment-konformes Recht, 2005, 9 (11 f.); *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 2 ff. m. w. N.; auch die EU-Kommission stellt, inhaltsbezogen, die Verbesserung der Verwaltung in den Mittelpunkt; s. *Kommission* Mitteilung der Kommission „Die Rolle elektronischer Behördendienste (eGovernment) für die Zukunft Europas“, KOM (2003) 567 endg. vom 26.9.2003, 8 („Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien in öffentlichen Verwaltungen in Verbindung mit organisatorischen Änderungen und neuen Fähigkeiten, um öffentliche Dienste und demokratische Prozesse zu verbessern und die Gestaltung und Durchführung staatlicher Politik zu erleichtern“); fortgeschrieben durch *Kommission* Mitteilung der Kommission „E-Government-Aktionsplan im Rahmen der i2010-Initiative: Beschleunigte Einführung elektronischer Behördendienste in Europa zum Nutzen aller“, KOM (2006) 173 endg. vom 25.4.2006; zuletzt *Kommission* EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020. Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, KOM (2016) 179 endg. vom 19.4.2016; grundlegend und ausführlich zum Electronic Government in Deutschland aus der Anfangszeit der Befassung im Schrifttum *Klaus Lenk* Der Staat am Draht. Electronic Government und die Zukunft der öffentlichen Verwaltung, 2004; *Martin Eifert* Electronic Government, 2006; *Utz Schliesky* (Hrsg.) eGovernment in Deutschland, 2006; *Achim Zechner* (Hrsg.) Handbuch E-Government, 2007; *Frank Bieler/Gunnar Schwarting* (Hrsg.)

Das Internet erleichterte die verwaltungsinternen Abläufe und veränderte die Verwaltungsbeziehungen zum Bürger. Dies spiegelt sich im Verwaltungsverfahrenrecht, dessen Regeln über die Übermittlung von Dokumenten, die Schriftform, den Erlass von Verwaltungsakten, ihre Begründung und Bekanntgabe der technischen Entwicklung angepasst wurden.¹² Vorschriften zur weiteren Ausdehnung der elektronischen Verwaltungskommunikation und des elektronischen Verwaltungszugangs sind in jüngerer Zeit hinzugetreten. Qualitativ neuartige Fragen werfen nunmehr die jüngst eröffneten Möglichkeiten und die weiteren Perspektiven einer algorithmenbasierten Automatisierung des Verwaltungsvollzugs auf.

Diese Entwicklung ist in ihren aktuellen Schwerpunkten nachzuzeichnen und in ihrer Bedeutung für das Verwaltungsverfahren zu würdigen. Der Befund einer zunehmend automatisierten Rechtsanwendung veranlasst sodann zu einem weitergreifenden Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt und ihre Untergliederung. Stand und Entwicklungsperspektiven der Verwaltungsautomatisierung sind schließlich am Verfassungsrecht zu messen. Die klassische Frage nach dem Gesetz stellt sich damit neu.

II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung

1. Kommunikation und Zugang

a) E-Government, Netze und Portale

E-Government ist eine Querschnittsmaterie, die ein hohes Maß an technischer Standardisierung und inhaltlicher Abstimmung erfordert.¹³ 2009 wurde deshalb¹⁴ Art. 91c in das Grundgesetz eingefügt,¹⁵ der hier eine föderale Kooperation ermöglicht. Auf Grundlage dieser Norm wurde der

e-Government, 2007; Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009; rechtsvergleichend Martin Eifert/Jan Ole Püschel (Hrsg.) National Electronic Government. Comparing Governance Structures in Multi-Layer Administrations, 2004.

¹¹ Zur Genese des Begriffs und damit Leitbilds E-Government Groß Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 (Adaption des Begriffs Electronic Business bzw. Electronic Commerce).

¹² Ausführlich zur Entwicklung seit dem Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21.8.2002 (BGBl. I 2002, 3322) im Einzelnen Britz Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 43 ff.; umfassend auch Thorsten Siegel Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch Bd. 105 (2014), 241 ff.

¹³ S. zu den Dimensionen und Strukturen der horizontalen und vertikalen Koordination bereits Eifert Electronic Government (Fn. 10), 360 ff.

¹⁴ Werner Heun/Alexander Thiele in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 1.

IT-Planungsrat des Bundes und der Länder eingesetzt,¹⁶ der sogleich eine Nationale E-Government-Strategie vorlegte¹⁷ und seither IT-Standards und E-Government-Projekte erarbeitet.¹⁸ In Anknüpfung daran haben Bund¹⁹ und Länder²⁰ E-Government-Gesetze erlassen, die die Kommunikation im staatlichen Binnenbereich und im Verhältnis zum Bürger noch weiter erleichtern sollen; Akten sind nunmehr elektronisch zu führen, der Bürger muss einen elektronischen Verwaltungszugang erhalten und er soll noch umfassender über das Internet informiert werden.²¹ Der Bund hat ein

¹⁵ Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109a, 115, 143d) vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2248; dazu *Thorsten Siegel* IT im Grundgesetz, NVwZ 2009, 1128 ff.; *ders.* E-Government im Grundgesetz: Die Neuregelung des Art. 91c GG, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 337 ff.; *Martin Schallbruch/Markus Städler* Neuregelung der Bund-Länder-Zusammenarbeit bei der IT durch Art. 91c GG, CR 2009, 619 ff.; *Utz Schliesky* Art. 91c GG als archimedischer Punkt staatlicher Informationsverarbeitung und Wissensgenerierung im Bundesstaat, ZSE 11 (2013), 281 ff.

¹⁶ Die Grundlage bildet ein Staatsvertrag; Vertrag über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern – Vertrag zur Ausführung von Artikel 91c GG, abgedruckt als Anhang zum Zustimmungsgesetz des Bundes, BGBl. I 2010, 662.

¹⁷ *IT-Planungsrat* Nationale E-Government-Strategie, Beschluss des IT-Planungsrats vom 24.9.2010, fortgeschrieben im Jahr 2015.

¹⁸ Seit jüngstem wird der IT-Planungsrat durch einen eigenen Behördenunterbau unterstützt (FITKO – Föderale IT-Kooperation mit Sitz in Frankfurt am Main). Auf Bundesseite ressortiert die Aufgabe beim Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und ist dort in den größeren thematischen Zusammenhang der Verwaltungsmodernisierung eingebunden; s. für einen Überblick <<https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/moderne-verwaltung-node.html>>.

¹⁹ Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG) vom 25.7.2013, BGBl. I 2013, 2749; dazu *Degen/Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr (Fn. 1), 43 ff. Im Bund wird die Umsetzung durch das Regierungsprogramm Digitale Verwaltung 2020 vorgezeichnet; s. <<https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/verwaltungsmodernisierung/digitale-verwaltung/digitale-verwaltung-artikel.html>>.

²⁰ S. beispielsweise das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung des Landes Baden-Württemberg (E-Government-Gesetz Baden-Württemberg – EGovG BW) vom 17.12.2015, GBl. 2015, 1191.

²¹ S. insbesondere §§ 2, 3, 6, 7, 9 und 12 EGovG Bund; vgl. auch das Gesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Informationsweiterverwendungsgesetz – IWG) vom 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2913; für den Vollzug der Standardisierungsbeschlüsse des IT-Planungsrats wurde in § 10 EGovG Bund ein eigenständiges Verfahren ausgearbeitet. Zur Umsetzung der G 8-Open Data Charter von 2013 (G 8 Open Data Charter vom 18.6.2013, abrufbar unter <<https://opendatacharter.net/g8-open-data-charter/>>; s. auch *OECD* Open Government: Globaler Kontext und Perspektiven für offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln, 2018) ist 2017 die Verpflichtung hinzutreten, strukturiert vorliegende und offene Verwaltungsdaten antragslos zum Datenabruf über das Internet bereitzustellen (§ 12a EGovG Bund; s. dazu den Nationalen Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung der Open-Data-Charta der G8 von November 2014; <<https://>

Bund und Länder übergreifendes IT-Verbindungsnetz aufgebaut.²² Und das Onlinezugangsgesetz von 2017²³ verpflichtet Bund und Länder,²⁴ ihre Verwaltungsleistungen bis spätestens 2022 über Verwaltungsportale anzubieten, die Portale zu verknüpfen und den Bürgern den Zugang über ein einheitliches Nutzerkonto zu ermöglichen.²⁵ Vorgaben aus der EU-Dienstleistungsrichtlinie²⁶ werden hierdurch in gewissem Umfang verallgemei-

www.bmvg.de/resource/blob/20686/55536214b782b9d04c7ae29b0f12c29a/g-01-nationaler-aktionsplan-open-data-data.pdf>; Heiko Richter „Open Government Data“ für Daten des Bundes, NVwZ 2017, 1408 ff.; Ralf Schnieders Die neue Open-(Government)-Data-Gesetzgebung in Frankreich und in Deutschland, DÖV 2018, 175 ff.); Bund und Länder haben hierzu das Portal „govdata“ eingerichtet <<https://www.govdata.de/>>.

²² Gesetzliche Grundlage ist das Gesetz über die Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der Länder – Gesetz zur Ausführung von Artikel 91c Absatz 4 des Grundgesetzes – (IT-NetzG) vom 10.8.2009, BGBl. I 2009, 2702 (2706); Art. 91c Abs. 4 S. 1 GG sieht eine obligatorische Bundesverwaltungskompetenz auch für den Betrieb vor; Bodo Pieroth in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 91c Rn. 5; die Zuständigkeit für die operativen Betriebsaufgaben liegt seit 1.1.2011 bei der Koordinierungsstelle NdB-Verbindungsnetz des Bundesverwaltungsamtes (BVA).

²³ Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) vom 14.8.2017, BGBl. I 2017, 3122 (3138); das Gesetz beruht auf einer Ergänzung von Art. 91c GG durch einen neuen Absatz 5 (s. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13.7.2017, BGBl. I 2017, 2347); näher dazu Marco Herrmann/Karlheinz Stöber Das Onlinezugangsgesetz des Bundes, NVwZ 2017, 1401 ff.; Mario Martini/Cornelius Wiesner Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung – Quantensprung oder zu kurz gesprungen?, ZG 2017, 193 ff.; Thorsten Siegel Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG), DÖV 2018, 185 ff.; Utz Schliesky/Christian Hoffmann Die Digitalisierung des Föderalismus – Der Portalverbund gem. Art. 91c Abs. 5 GG als Rettung des E-Government? –, DÖV 2018, 193 (195 ff.); Ariane Berger Die Digitalisierung des Föderalismus, DÖV 2018, 799 (799 f.); zu parallelen Entwicklungen auf europäischer Ebene Stefan Pilz Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Einrichtung eines zentralen digitalen Zugangstors, EuZW 2017, 922 ff.

²⁴ S. zu der praktisch bedeutsamen Frage, ob und inwieweit auch die Kommunen einbezogen und selbst vollzugsverpflichtet sind, Herrmann/Stöber Das Onlinezugangsgesetz des Bundes (Fn. 23), 1403; Martini/Wiesner Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung (Fn. 23), 213 ff.; Berger Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 800 ff.

²⁵ S. §§ 1 und 3 OZG; ob das Gesetz auch zur Schaffung neuer elektronischer Angebote verpflichtet, ist streitig (bejahend Herrmann/Stöber Das Onlinezugangsgesetz des Bundes (Fn. 23), 1402 f.; aus kompetenzrechtlichen Gründen zu Recht verneinend Mario Martini Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (449)).

²⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006, Nr. L 376, 36; zur Verpflichtung, einen einheitlichen Ansprechpartner zu schaffen, Art. 6 der Richtlinie; Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.) Ein Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. Anforderungen des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und Gestaltungsoptionen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2007; allgemein zur Idee des „One-Stop Govern-

nert.²⁷ In der Steuerverwaltung gilt daneben Besonderes; die hier schon seit langem intensive und eigenständige föderale Zusammenarbeit wurde 2017 durch Änderungen von Art. 108 GG²⁸ und durch das KONSENS-Gesetz²⁹ weiter ausgebaut und verfestigt.

b) Zugrundeliegende Gestaltungsideale

E-Government nutzt die elektronischen Medien also zur Erleichterung der Kommunikation im Staat und vor allem im Staat-Bürger-Verhältnis. Der Umgang mit den Behörden soll „schneller, effizienter, bequemer, transparenter und kostengünstiger“ gemacht werden;³⁰ dies auch dadurch, dass die Bürgerinformation³¹ an Lebenslagen ausgerichtet wird.³² Die hier aufscheinenden Gestaltungsideale der Effizienz und der Dienstleistungs-

ment“ *Edwin Schulz* One-Stop Government, 2007; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 39 ff.; zur Verpflichtung, eine elektronische Verfahrensabwicklung bereitzustellen, Art. 8 der Richtlinie; *Sönke E. Schulz* Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur elektronischen Verfahrensabwicklung (Art. 8 DLR) als Perspektive zur Etablierung eines Rechtsrahmens des eGovernment?, DVBl. 2009, 12 ff.

²⁷ Dies auch über die Umsetzung in §§ 71a ff. VwVfG hinaus; s. zu dieser Umsetzung durch das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11.12.2008 (BGBl. I 2008, 2418) *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Verfahren über eine einheitliche Stelle – Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2009, 1 ff.; *Christian Ernst* Die Einführung eines einheitlichen Ansprechpartners i. S. der EU-Dienstleistungsrichtlinie durch das 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, DVBl. 2009, 953 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 51a; s. auch *Anne Neidert* Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner, 2011; daneben ist die aus Art. 28 ff. der Dienstleistungsrichtlinie folgende Verpflichtung zur Ausgestaltung der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit durch die Einfügung von §§ 8a ff. VwVfG erfüllt worden; dazu *Utz Schliesky/Sönke E. Schulz* §§ 8a ff. VwVfG n. F. – die Europäische Verwaltungszusammenarbeit im deutschen Verwaltungsverfahren, DVBl. 2010, 601 ff.

²⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13.7.2017, BGBl. I 2017, 2347.

²⁹ Gesetz über die Koordinierung der Entwicklung und des Einsatzes neuer Software der Steuerverwaltung (KONSENS-Gesetz – KONSENS-G), erlassen als Art. 8a des Gesetzes zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2017, 3122.

³⁰ *Hannes Schwaderer* Vorwort, in: *Initiative D21*, E-Government Monitor 2017, 2017, 4.

³¹ Zur Verbesserung der Bürgerinformation als praktisch bedeutsamstem Potential der Internetnutzung *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 403 (diese Aussage gilt sicherlich auch heute noch); zu den weiteren Perspektiven der Bürgerberatung unter anderem durch Chatbots *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453.

³² Dazu *Jörn von Lucke*, Hochleistungsportale für die öffentliche Verwaltung, 2008, 218 ff.

und Kundenorientierung³³ sind durchgängiges Leitbild der jüngeren Konzepte der Verwaltungsmodernisierung,³⁴ in die sich E-Government wechselseitig einfügt.³⁵

c) *Keine wesentlichen Rechtsprobleme im Staat-Bürger-Verhältnis*

Wesentliche rechtliche Probleme birgt die erleichterte Kommunikation im Staat-Bürger-Verhältnis als solche nicht.³⁶ Grundsätzlich sind die elektronisch vermittelte und dadurch erweiterte Verwaltungsinformation, auch Verwaltungstransparenz, und Verwaltungszugänglichkeit rechtsstaatlich und demokratisch wünschenswert, solange ein ausreichendes Informations- und Zugangsniveau für die elektronisch weniger Versierten³⁷ gewährleistet bleibt.³⁸

d) *Bedeutung gelingender Koordinierung
in der staatlichen Kompetenzordnung*

Dennoch schreitet der Ausbau der E-Government-Strukturen in Deutschland nur schleppend voran.³⁹ Obwohl er durch zahlreiche Projekte gefördert

³³ Ausführlich zu diesen Idealen *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 81 ff.

³⁴ Für einen Überblick *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 49 ff.

³⁵ Zu diesem Zusammenhang *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 412 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 24 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 5 ff.

³⁶ S. zu den weitergehenden Anforderungen im konkreten Verwaltungsverfahren sogleich unten II. 2.

³⁷ Zur Gefahr des „digital divide“ *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 133 ff.; zu den Problemen des elektronischen Zugangs von Menschen mit Behinderung *Jan Dirk Roggenkamp* Barrierefreies E-Government, NVwZ 2006, 1239 ff.; *Henrike Gappa* Barrierefreies e-Government für Alle, in: Frank Bieler/Gunnar Schwarting (Hrsg.) e-Government, 2007, 222 ff.

³⁸ Zum verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Zugangs zur Verwaltung *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 41 ff.; zu den einfachrechtlichen Maßnahmen *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 57 ff.; vgl. zur Gewährleistung digitaler Grundversorgung *Anika D. Luch/Sönke E. Schulz* E-Daseinsvorsorge – staatliche Schutzpflichten und Sozialstaatsprinzip im Lichte der „Virtualisierung“ des Lebens, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 305 ff.; demgegenüber *Dirk Heckmann* Grundrecht auf IT-Abwehr? Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegen aufgedrängtes E-Government, MMR 2006, 3 ff.

³⁹ So belegt Deutschland in internationalen Rankings regelmäßig allenfalls Plätze im Mittelfeld; s. etwa *Kommission* Europe's Digital Progress Report 2017, SWD (2017) 160 final vom 10.5.2017; kritisch zum Stand der Verwaltungsdigitalisierung in Deutschland auch *Nationaler Normenkontrollrat* Jahresbericht 2018, 2018, 35 ff.; Beispiele für Projekte

wird und auch greifbaren Interessen in der Privatwirtschaft entspricht,⁴⁰ wirkt die föderale und ressortbezogene Vielfalt an Regelungs-, Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen beim Ausbau des E-Government hemmend.⁴¹ Die Einfügung von Art. 91c GG und auch die Änderung von Art. 108 GG haben einen Weg eröffnet, der die Koordinierungsaufgabe unter Wahrung des Mischverwaltungsverbots erfüllbar macht.⁴² Weitere Anpassungen, vor allem Kompetenzzentralisierungen, mögen dennoch erforderlich sein,⁴³ dies umso mehr, als die Einrichtung von IT-Infrastruktur immer aufgabenbezogen und damit auch aufgabenprägend ist.⁴⁴ Der E-Government-Prozess ist dabei aber nicht nur Antrieb einer weiteren Unitarisierung,⁴⁵ sondern kann zugleich eine kritische Reflexion über die Aufgabenverteilung im Bundesstaat anstoßen. Er kann auch zu einem Labor für die Entwicklung innovativer Entscheidungsverfahren werden, insbesondere das Mehrheitsprinzip stärken, wie es in den Passerelle-Regelungen der Art. 91c Abs. 2 und Art. 108 Abs. 4 S. 3 GG angelegt ist.⁴⁶ Die Steuerverwaltung ist hier in der Praxis nicht zum ersten Mal Speerspitze der Entwicklung.

2. Elektronischer Verwaltungsvollzug

a) Der virtuelle Behördenzugang – Rechtsstaatliche Ausgestaltung von Verfahren und Organisation

Weitergehende Fragen stellen sich, wenn Verwaltungsaufgaben im konkreten Verwaltungsverfahren mithilfe moderner elektronischer Medien erfüllt werden. Seit längerem verbreitet sich die Praxis des virtuellen

mit durchwachsender Bilanz bilden etwa der elektronische Personalausweis, die elektronische Gesundheitskarte und DE-Mail.

⁴⁰ S. etwa das umfangreiche Engagement der Privatwirtschaft im Rahmen der Initiative D21 e. V.

⁴¹ Nachdrücklich *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 448, 454 f.; *Schliesky/Hoffmann* Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 193.

⁴² *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 448 f.

⁴³ Perspektivisch etwa *Michael Bahrke/Hanno Kempermann/Katharina Schmitt* eGovernment in Deutschland: Bedeutung und Potenzial für das deutsche Innovationssystem. Studien zum deutschen Innovationssystem, Nr. 14-2016, Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), 2016.

⁴⁴ S. zu dem Einfluss, den der Bund durch die verbindliche Festlegung von IT-Komponenten erlangen kann, *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 807 Fn. 31; *dies.* Die Digitalisierung des Föderalismus (Fn. 23), 806.

⁴⁵ *Christian Waldhoff* Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im Erscheinen) („digitaler Vereinheitlichungsdruck“).

⁴⁶ S. zu Art. 91c Abs. 2 S. 2 GG (Passerelle-Klausel) BT-Drs. 16/12410, 9; *Heun/Thiele* in: Dreier, GG, Kommentar (Fn. 14), Art. 91c Rn. 16 f.

Behördengangs. Dies heißt beispielsweise, dass der über ein Verwaltungsportal eingereichte elektronische Bauantrag eines Bürgers vom zuständigen Bauamt unter Heranziehung anderweitig hinterlegter Daten bearbeitet und mittels elektronischen Verwaltungsakts beschieden wird.

Der virtuelle Behördengang wirft rechtsstaatliche Fragen der Verfahrens- und Organisationsgestaltung auf.⁴⁷ So bedarf es einer verfahrensangemessenen Sicherungsinfrastruktur.⁴⁸ Die elektronische Aktenführung muss gewährleisten, dass Entscheidungsprozesse verlässlich ablaufen und – gerade auch bei der ad hoc-Heranziehung von Daten aus Datenbanken –⁴⁹ verwaltungsintern und gerichtlich kontrollierbar bleiben.⁵⁰ Die Idee der verstetigenden Schriftlichkeit⁵¹ ist somit gegenwartsgerecht neu umzusetzen.⁵² Weiterhin müssen Akteneinsichts-⁵³ und Anhörungsrechte⁵⁴ auch im elektronischen Vollzug gewährleistet sein. Die elektronische Vernetzung⁵⁵

⁴⁷ Umfassend *Eifert* Electronic Government (Fn. 10); aus jüngerer Zeit *Christin Petersen* Die Rechtsprobleme des Electronic Government, 2014.

⁴⁸ *Schreiber* Elektronisches Verwalten (Fn. 2), 21 ff.; *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 38 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 75 ff. und 81 ff.; *Dirk Heckmann* Die elektronische Verwaltung zwischen IT-Sicherheit und Rechtssicherheit, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 131 ff.; praxisnah *Degen/Emmert* Elektronischer Rechtsverkehr (Fn. 1), 55 ff. und 99 ff.; zum Zielkonflikt zwischen Nutzerfreundlichkeit und IT-Sicherheit *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 446 f.

⁴⁹ Dazu *Lorenz Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 (1257).

⁵⁰ *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 405 f.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 145; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 74 ff. („Verwaltungs-transparenz durch Aktenführung“).

⁵¹ Zur Schriftlichkeit als hergebrachtem „Rückgrat der Verwaltung“ *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1255 ff.

⁵² Zur Aktenbeständigkeit unter den Bedingungen der Elektronisierung *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 111 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 78; auch *Skrobotz* Das elektronische Verwaltungsverfahren (Fn. 2), 181 ff.

⁵³ Zum diesbezüglichen Problem der Aktenverständlichkeit *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 77.

⁵⁴ Ausführlich dazu bereits *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 176 ff.

⁵⁵ Zu den potentiellen Auswirkungen der Informatisierung auf die Verwaltungsorganisation (Vernetzung, auch Enthierarchisierung) *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 9 (32); *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 113 ff.; *Klaus Lenk* Abschied vom Zuständigkeitsdenken. Bürokratieabbau durch vernetzte Erstellung von Verwaltungsleistungen, VM 2007, 235 ff.; *Claudio Franzius* Flexible Organisationsmodelle: Netzwerke, Organisationshoheit, Shared Services, Verwaltungsverbünde, Mischverwaltung, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Herausforderung e-Government, 2009, 39 ff.; *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 68.

darf die Behördenzuständigkeit und die Behördenverantwortlichkeit nicht verwässern.⁵⁶ Und nicht zuletzt muss der sich herausbildende Informationsverbund auf das hergebrachte datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeits-, insbesondere Zweckbindungsprinzip abgestimmt werden.⁵⁷ Das Verwaltungsverfahrensrecht und die Fachgesetze stellen sich auf diese Anforderungen ein.⁵⁸

b) *Der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt –
Zu Ansatz und Tragfähigkeit von § 35a VwVfG*

Qualitativ neuartig und sehr viel weitergreifend wirkt dagegen die zunehmende materielle Vollzugsautomatisierung, die im Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens von Juli 2016⁵⁹ besonders deutlichen Ausdruck fand. Das Gesetz führte Ermächtigungsgrundlagen für den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten⁶⁰ und für die Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Bereitstellung zum Datenabruf⁶¹ in die Abgabenordnung, in das Sozialgesetzbuch X und in das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes ein. So erlaubt § 155 Abs. 4 AO nunmehr den Erlass eines ausschließlich automationsgestützten Steuerbescheids, „soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“. Ein solcher Anlass sind vor allem Angaben in einem Freitextfeld der elektronisch eingereichten Steuererklärung,⁶² die dem Bürger nach der Geset-

⁵⁶ Zu den Möglichkeiten der Sicherung von Zuständigkeit und Verantwortlichkeit durch entsprechende Technikgestaltung *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 408.

⁵⁷ *Voßkuhle* Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft (Fn. 2), 108 ff.; *Eifert* Electronic Government (Fn. 10), 266 ff.; *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 450 ff.

⁵⁸ S. zur Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts seit dem Dritten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21.8.2002 (BGBl. I 2002, 3322) bereits oben I. mit Nachweisen.

⁵⁹ Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016, BGBl. I 2016, 1679; zum Bund-Länder-Konzept zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens *Markus Heintzen* Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, DÖV 2015, 780 ff.; ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren *Heribert Schmitz/Lorenz Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1273 (1274).

⁶⁰ § 35a VwVfG, § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X.

⁶¹ § 41 Abs. 2a VwVfG, § 122a AO, § 37 Abs. 2a SGB X; näher zu dieser neuen Bekanntgabeform *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277 ff.; *Hans Peter Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt – Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von „E-Government“, DVBl. 2017, 409 (413 f.); zu den Auswirkungen auf (die Regelungen über) den postalischen Rechtsverkehr *Annette Guckelberger* Digitalisierung und ihre Folgen für die postalische Bekanntgabe von Verwaltungsakten, NVwZ 2018, 359 ff.

⁶² S. § 155 Abs. 4 S. 3 AO; dazu BT-Drs. 18/7457, 82 f.

zeslage ermöglicht werden müssen.⁶³ Korrespondierend regelt § 88 Abs. 5 AO, dass sich die behördliche Sachverhaltsermittlung auf den Einsatz elektronischer Risikomanagementsysteme stützen darf, die nur prüfungsbedürftig erscheinende und darüber hinaus zufällig ausgewählte Fälle zur Prüfung durch einen Amtsträger aussteuern.⁶⁴ Im Ergebnis kommen Steuerbescheide in einer wachsenden Zahl von Fällen in einem vollständig automatisierten Verfahren zustande.⁶⁵

Freilich ist die (Teil-)Automation des Verwaltungsverfahrens kein neues Phänomen.⁶⁶ Von Beginn an sah das VwVfG den Erlass von Verwaltungsakten „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ vor.⁶⁷ In zahlreichen Massenverfahren wird die Entscheidungsfindung auf dieser Grundlage schon seit langem maschinell unterstützt. Erstmals⁶⁸ gesetzlich ausgestaltet ist

⁶³ S. § 150 Abs. 7 S. 1 AO.

⁶⁴ Dazu BT-Drs. 18/7457, 69 f.; *Nadja Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG, NVwZ 2016, 960 (961, 964); *Sina Baldauf* Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens – Kritische Betrachtung des Regierungsentwurfs, DStR 2016, 833 (835 ff.); *Sebastian Müller-Franken* Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, StuW 2018, 113 (119 ff.); *Roman Seer* Entwicklungslinien und Zukunftsfragen des Steuerverfahrensrechts, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. II, 1717 (1727 ff.); *Rudolf Mellinghoff* Auswirkungen der Digitalisierung im Steuerrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. I, 421 (435 ff.).

⁶⁵ Zu den technischen Grundlagen *Christoph Sorge* Technische Grundlagen des vollautomatischen Steuerverwaltungsakts, Vortrag gehalten auf dem 5. Saarbrücker Steuerrechtssymposium am 25.10.2018.

⁶⁶ S. bereits oben I.

⁶⁷ §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5 S. 1, 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG; die „automatischen Einrichtungen“ dienen hier nur als Hilfsmittel, dürfen den Verwaltungsakt aber nicht allein determinieren; zur Abgrenzung *Ulrich Stelkens* in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 19 ff.; in BT-Drs. 7/910, 59 heißt es dementsprechend, dass rechtsstaatliche Bedenken gegen automatisiert erlassene Verwaltungsakte dann nicht bestehen, „wenn auf Grund bestimmter Daten, die von einem Bediensteten verantwortlich ermittelt oder geprüft werden, der darauf zu erlassende Verwaltungsakt nur einen bestimmten Inhalt haben kann, so daß keinerlei verantwortliche Wertung mehr erforderlich ist. Nur in solchen Fällen wird es vertretbar sein, die zwingend vorgeschriebene ‚Entscheidung‘ auf Grund programmierter Daten der Maschine zu überlassen.“

⁶⁸ Sonderfälle wie die schon seit langem verkehrsabhängig geschalteten Lichtzeichen einer Ampelanlage oder auch variable Geschwindigkeitsbegrenzungen stehen für sich; dazu *Klaus Riigen* in: Rainer Bauer u. a. (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 53 m. w. N.; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1274 sehen gleichwohl fließende Übergänge; kritisch zur Neuartigkeit auch *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 410; vgl. zu verschiedenen Automationsgraden bereits *Deg-*

nunmehr aber der Verwaltungsakt, der – sei es auf Antrag, sei es aufgrund eines automatischen Impulses – allein durch eine technische, nach einem bestimmten Algorithmus arbeitende Einrichtung bewirkt wird, ohne dass ein menschlicher Amtsträger an irgendeiner Stelle des Verwaltungsverfahrens befasst wäre.⁶⁹

Mitunter wird angenommen, es hätte der diesbezüglichen allgemeinen Regelung des neuen § 35a VwVfG schon deshalb bedurft, weil der Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG eine menschliche Willenserklärung voraussetze, die bei Vollautomatisierung fehle.⁷⁰ Richtigerweise kommt es für die Einordnung als Verwaltungsakt aber – ähnlich wie bei der Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) – von vornherein nicht auf die Willensbetätigung eines menschlichen Amtswalters,⁷¹ sondern allein darauf an, ob ein konkret-individuelles Bewirken auf den Staat rückführbar und ihm als Einzelfallregelung zurechenbar ist.⁷²

randi Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 49 ff.; *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 33 f.

⁶⁹ Der „vollständig durch automatische Einrichtungen“ erlassene Verwaltungsakt gemäß den neuen Ermächtigungsgrundlagen ist deshalb auch vom „elektronisch“ erlassenen Verwaltungsakt (§ 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG) und vom „elektronisch übermittelt[en]“ Verwaltungsakt (§ 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG) zu unterscheiden. Im Fall des elektronisch erlassenen Verwaltungsakts ist das für den Rechtsverkehr maßgebliche Original das auf einem Datenträger gespeicherte elektronische Dokument (Formbezug); *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 37 Rn. 65. Die elektronische Übermittlung betrifft nur den Übertragungsweg (Übermittlungs- und Bekanntgabebezug); sie kann sich auf einen schriftlich auf Papier erstellten (Telefax, E-Mail mit Scankopie) oder einen elektronisch erlassenen Verwaltungsakt beziehen; *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 37 Rn. 66–74; dazu auch *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1274. In allen Fällen kann eine vollständig automatisierte Entscheidungsfindung gemäß den neuen Ermächtigungsgrundlagen zugrunde liegen.

⁷⁰ *Ulrich Ramsauer* in: Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2018, § 35a Rn. 3; erstmals wurde die These, dass ein Verwaltungsakt eine menschliche Willenserklärung voraussetze, mit Blick auf die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens formuliert von *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 18 (Unterscheidung zwischen der „Verwaltungshandlung“ des Beamten und dem „Verwaltungsfabrikat“ der Maschine).

⁷¹ Deshalb ist es auch unerheblich, ob eine Willenserklärung in diesem Sinne schon aus der Einrichtung des Computersystems abzuleiten sein könnte.

⁷² Ebenso bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 67; *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 73 ff.; *Polonski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 68 ff.; aus jüngerer Zeit *Ritgen* in: Bauer u. a., Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government (Fn. 68), § 35 Rn. 54; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 414 f.; *Martin Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (354 f.); *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 35a

§ 35a VwVfG bestätigt diese Zurechenbarkeit für den Fall der Vollautomation⁷³ und regelt ergänzende Tatbestandsvoraussetzungen.⁷⁴ Die Vorschrift fordert die Zulassung der Vollautomation „durch Rechtsvorschriften“ und begründet damit einen fachrechtlichen Gesetzesvorbehalt.⁷⁵ Darüber hinaus darf „weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum“ bestehen. Dies soll gewährleisten, dass eine nach der Normstruktur erforderliche Würdigung der Umstände des Einzelfalls nicht unterbleibt.⁷⁶ Nach dieser Zielsetzung dürfte die Anforderung deshalb auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu erstrecken sein.⁷⁷ Bei näherem Hinsehen relativiert sich die Schlüssigkeit dieser starren Automatisierungsgrenze aber deutlich. Denn erstens können auch gebundene Entscheidungen komplexe, einzelfallbezogene Subsumtionen erfordern.⁷⁸ Zweitens ist eine Berück-

Rn. 28; zu Arten der Zurechnung im vorliegenden Zusammenhang *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? (Fn. 64), 963.

⁷³ § 35a VwVfG hat deshalb klarstellende Funktion; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1275; *Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 67), § 35a Rn. 1 und 28.

⁷⁴ Als *lex generalis* gegenüber dem Fachrecht kommt der Norm dabei in erster Linie eine Warnfunktion zu; *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; *Jan Ziekow* Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.); zu den Folgen einer Vollautomatisierung ohne Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen *Mario Martini/David Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung im verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl. 2018, 1128 (1130).

⁷⁵ Nach BT-Drs. 18/8434, 122 soll hierdurch sichergestellt werden, „dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden“; zur Verfassungsmäßigkeit von § 35a VwVfG aufgrund des fachrechtlichen Vorbehalts *Ramsauer* in: *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 6; wenn *Stegmüller* Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 355 f. die Entscheidung über den Einsatz vollautomatischer Systeme im „Kernbereich der Verwaltung“ angesiedelt sieht, weil sie die „eigene Willensbildung“ betreffe, übergeht er die Bedeutung dieser Entscheidung für das Verwaltungsrechtsverhältnis zum Bürger; s. zu der Frage, ob es sich um einen Parlamentsvorbehalt handelt, unten IV. 5. a).

⁷⁶ *Ramsauer* in: *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 13; auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? (Fn. 64), 963.

⁷⁷ So auch *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1130; die Fälle der Ermessensrücknahme und des Ermessenswiderrufs gebundener Entscheidungen, die *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276 ebenfalls ergänzt sehen wollen, sind bereits vom Wortlaut der Norm umfasst („Ermessen“).

⁷⁸ Ebenso *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 808.

sichtigung konkreter Fallumstände auch im automatisierten Verfahren keineswegs ausgeschlossen. Und drittens sind algorithmengeleitete Abwägungsentscheidungen in Beurteilungs- und Ermessensfällen durchaus vorstellbar;⁷⁹ vor allem in den Fällen, in denen derartige Entscheidungen auch bislang schon durch Selbstbindung, Verwaltungsvorschrift und Weisung, also durch Regeln, vorstrukturiert werden.⁸⁰ § 35a VwVfG zieht also eine nachvollziehbare, den Untersuchungsgrundsatz⁸¹ abstützende Grenze. Doch erscheint die Sachgerechtigkeit dieser sehr starren Grenze fraglich.

Das Beispiel des Besteuerungsverfahrens, das in der Regel auf eine gebundene Entscheidung zuläuft, belegt, dass die eigentlichen Herausforderungen auf einer grundsätzlicheren Ebene liegen. Wenn die Steuererklärung durch ein elektronisches Risikomanagementsystem beurteilt wird, das nicht nur den Steuergestalter, sondern jeden innovativ denkenden und wirtschaftenden, nichtkonformen Bürger unter Verdacht stellt, und wenn sodann auf Grundlage eines das Steuergesetz spiegelnden Algorithmus ein eingreifender Bescheid erlassen wird, stellt sich die Frage, ob dies dem Untersuchungsgrundsatz genügt, eine gesetzmäßige Besteuerung sichert und angemessenen Rechtsschutz eröffnet oder aber neue Formen der Diskriminierung heraufbeschwört, den Algorithmus zum Para-Gesetz werden lässt und die Einzelfallentscheidung gegenüber einer Nachprüfung immunisiert. Die hier aufscheinende Problemdimension verlangt einen weitergreifenden

⁷⁹ Ziekow Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171 sieht den Fachgesetzgeber nicht gehindert, sich in diesem Punkt über § 35a VwVfG hinwegzusetzen. Dementsprechend schließt § 155 Abs. 4 S. 1 AO vollautomatische Entscheidungen im Besteuerungsverfahren nicht etwa ausdrücklich in Ermessenssituationen, sondern vielmehr insoweit aus, als ein „Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“; s. zu den daraus folgenden Perspektiven einer automatischen Ermessensausübung im Steuerrecht Julius Helbich Rechtsfragen der „automatisierten“ Ermessensausübung im Steuerrecht, DStR 2017, 574 ff.

⁸⁰ Diese Parallele zieht auch Bull Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 412; ebenso Stegmüller Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 357; Ziekow Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171; bereits früher Lazaratos Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 219 ff.; Polonski Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 56; Rügen in: Bauer u. a., Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government (Fn. 68), § 35 Rn. 57.

⁸¹ Gemäß der ebenfalls neu eingefügten Regelung des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG muss die Behörde, die „automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten“ einsetzt, „für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden“; befürwortend Ziekow Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung (Fn. 74), 1171 f. („Warnhinweis“); kritisch zur Erforderlichkeit dieser Norm dagegen Stegmüller Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG (Fn. 72), 357 f.

Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt, der im Folgenden eröffnet werden soll.

III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt

1. *Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung*

An erster Stelle steht dabei der Befund, dass eine weitere Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Exekutivgewalt des Staates naheliegt. Faktoren sind hier erstens die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger,⁸² zweitens der weitere Ausbau des Internets der Dinge,⁸³ der zu einem umfassenden Wissen des Staates über die Außenwelt und zu einer ebenso umfassenden Regelbarkeit dieser Außenwelt führen wird,⁸⁴ drittens die Weiterentwicklung der Big Data-Anwendungen,⁸⁵ des maschinellen Lernens, und viertens die Hoffnung auf Effizienz, auf erhebliche Mitteleinsparungen im Verwaltungsvollzug.

Mögliche weitere Anwendungsfelder eines noch stärker automatisierten Verwaltungsvollzugs sind – über die Steuer- und Sozialverwaltung hinaus – beispielsweise die Steuerung der Verkehrs- und Energienetze,⁸⁶ die Wirtschaftsaufsicht,⁸⁷ der Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften,

⁸² Bull Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 411.

⁸³ S. zu den Möglichkeiten und Herausforderungen von smart devices und cyber-physical systems Eva Geisberger/Manfred Broy (Hrsg.) agendaCPS – Integrierte Forschungsagenda Cyber-Physical Systems, 2012; aus rechtlicher Perspektive Julian Reichwald/Dennis Pfisterer Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge, CR 2016, 208 ff.

⁸⁴ Stichworte sind hier Smart Government, Smart City und ubiquitäres Computing; dazu bereits Lenk Der Staat am Draht (Fn. 10), 96; aus jüngerer Zeit Jörn von Lucke (Hrsg.) Smart Government – Intelligent vernetztes Regierungs- und Verwaltungshandeln in Zeiten des Internets der Dinge und des Internets der Dienste, 2016; Christian Djeffal Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung – Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government, DVBl. 2017, 808 ff.; Julian Hölzel Vom E-Government zum Smart Government, DVBl. 2017, 1015 ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR Bd. 142 (2017), 1 (5 f.); s. auch das laufende EU-Projekt „mySmartLife. Smart Transition of EU cities towards a new concept of smart Life and Economy“ <https://cordis.europa.eu/project/rcn/206242_en.html>.

⁸⁵ Viktor Mayer-Schönberger/Kenneth Cukier Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think, 2013; Jürgen Taeger (Hrsg.) Big Data & Co. Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, 2014; Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018.

⁸⁶ Susanne Keck Smart Grid – Rechtsfragen eines intelligenten Energieversorgungssystems, 2018.

⁸⁷ Bull Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 411.

lebensmittelrechtliche Prüfverfahren,⁸⁸ die kommunale Bürgerverwaltung und – bereits intensiv diskutiert – die Gefahrenabwehr durch algorithmenbasierte Straftatenprognose.⁸⁹ Anwendungen sind aber auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar. Man denke allein an die datenintensive Kommunalaufsicht.

2. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung

Die neuartige, algorithmengestützte Verwaltungsautomatisierung birgt Chancen und Risiken.

a) Effizienter und objektiver Verwaltungsvollzug – Fehlender Blick für den Einzelfall

Der automatisierte Gesetzesvollzug, idealtypisch also der durch Antrag, aber auch durch technischen Sensor oder anderweitige Datenlage ausgelöste, sodann automatische Erlass eines durch einen Algorithmus determinierten Verwaltungsakts, kann in erheblicher Weise der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung dienen und Verwaltungsverfahren beschleunigen.⁹⁰ Die Warteschlange auf dem Amt fällt weg, die KfZ-Zulassung kommt automatisch und nach Sekunden auf Mausklick. In der Sache sorgt die Automatisierung für einen unbefangenen und damit objektiven,⁹¹ konsistenten und damit gleichheitsgerechten⁹² Gesetzesvollzug. In die-

⁸⁸ Zur Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorgaben durch lieferkettenübergreifende RFID-Chips *Jörn von Lucke* Smart Government, in: ders. (Hrsg.) Smart Government – Intelligent vernetztes Regierungs- und Verwaltungshandeln in Zeiten des Internets der Dinge und des Internets der Dienste, 2016, 19 (65).

⁸⁹ *Alexander Gluba* Predictive Policing – eine Bestandsaufnahme, 2014; *Bernd Belina* Predictive Policing, MschrKrim 2016, 85 ff.; *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR Bd. 142 (2017), 366 ff.; *Tobias Singelstein* Predictive Policing: Algorithmenbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention, NSTZ 2018, 1 ff.; *ders.* Big Data und Strafverfolgung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 179 ff.; *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 15.

⁹⁰ *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 414.

⁹¹ *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1277.

⁹² So für den Steuerrechtsvollzug *Michael Droege* Eigenheiten der Steuerrechtswissenschaft, 2016, 101; *Paul Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater, DStR 2018, 497 (501).

sem Sinne ist Rechtsstaatlichkeit die „Herrschaft von Gesetzen, nicht von Menschen“.⁹³

Zugleich ist aber zu gewärtigen, dass sich der Algorithmus auf technische Standardisierung,⁹⁴ auf Fallgruppenbildung⁹⁵ und damit auf Erfahrung, nicht auf Vorausdenken stützt. Er organisiert eine formale, modellhafte Regelmäßigkeit und kann dadurch die Humanität verfehlen. Es droht ein maschinenhaft-lückenloser Vollzug⁹⁶ ohne Gespür für die Besonderheiten des Einzelfalls, ohne Toleranz, ohne Fähigkeit zur Billigkeitsentscheidung, ohne menschliches Maß,⁹⁷ ohne auch nur Widerspruch zuzulassen. Denn die Verwaltungskommunikation entfällt oder wird auf vordefinierte Formularfelder reduziert. Bei einer Vollautomatisierung der Leistungsverwaltung droht auch die autonomie- und würdesichernde Funktion der Antragsabhängigkeit von Leistungen in Gefahr zu geraten, zum Beispiel im Sozialrecht.⁹⁸ All dies kann Freiheitsräume wie ein Korsett einschnüren⁹⁹ und sich zudem abträglich auf die Akzeptanz des Rechts auswirken.

b) Positive Ausstrahlung auf das Gesetzesrecht – Quasi-gesetzliche Normativität des Vollzugsalgorithmus

Doch strahlt die Vollzugsautomatisierung auch auf das Recht selbst aus. Die Automatisierung verlangt, das Gesetz in einen Algorithmus zu übersetzen. Einerseits kann dieses Übersetzungserfordernis den Gesetzes-

⁹³ Herbert Krüger Allgemeine Staatslehre, 1964, 277.

⁹⁴ Mit dem prägnanten Begriff der „formatierten Freiheit“ Kirchhof Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 502 f.; s. auch Degrandi Die automatisierte Verfügungsverfügung (Fn. 5), 82 f.; Lazaratos Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 123 f.

⁹⁵ Dazu bereits Bull Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 108 ff.; Simitis Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 18 spricht von „Routinisierung“; entsprechend Indra Spiecker genannt Döhmann Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, in: VVDStRL Bd. 77 (2018), 9 (36 ff.) („Digitalisierung als Ursache von Fragmentierungen“); zum besonderen Problem des Übersehens oder der fälschlichen Unterstellung von Zusammenhängen, gerade auch von Kausalverläufen, Bull Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 416.

⁹⁶ Polonski Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 104.

⁹⁷ Kirchhof Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498.

⁹⁸ Dazu Hölzel Vom E-Government zum Smart Government (Fn. 84), 1017.

⁹⁹ Zur „Enge der programmierten Freiheit“ Kirchhof Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 503; zu der – auch im Gesetzesvollzug bestehenden – Gefahr des Unterlaufens bewusster Reflexion Hoffmann-Riem Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 6 unter Verweis auf Mireille Hildebrandt Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 263 („Pre-emptive Computing Systems“).

inhalt neu bewusst machen und auf die Klarheit und Einfachheit des Gesetzesrechts hinwirken, weil sich das Recht nur dann automatisch vollziehen lässt, wenn es klar und einfach ist.¹⁰⁰ Da die Verwaltung nach Maßgabe der Gesamtrechtslage zu handeln hat, impliziert das Übersetzungserfordernis zudem ein Konsolidierungserfordernis, das dazu beitragen kann, Normen unterschiedlicher Provenienz besser als gegenwärtig in ihrem Zusammenwirken zu verstehen und Inkonsistenzen aufzudecken.¹⁰¹

Andererseits ist jedoch zu befürchten, dass im Ergebnis nicht etwa ein entsprechend gestaltetes Recht den Algorithmus und seinen Vollzug diktiert, sondern dass sich der Gesetzgeber vielmehr schon bei der Gesetzgebung an sachfremden Eigengesetzlichkeiten der Computertechnik orientiert, ein computergerechtes, nicht sachgerechtes Recht schafft.¹⁰² Weiterhin ist zu gewärtigen, dass den Programmierern, die das Gesetz sodann in einen Algorithmus übersetzen, ganz erhebliche, nicht legitimierte Interpretationsmacht zufällt;¹⁰³ das sprachlich gefasste, auslegungsoffene und -bedürftige¹⁰⁴ Recht wird hier in harten, verbindlichen Computercode überführt („code is law“¹⁰⁵).¹⁰⁶ Und schließlich kann der Code trotz seiner Vollzugs-

¹⁰⁰ Bereits *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 27; auch *Gregor Kirchhof* Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. I, 361 (364 f., 381 f.).

¹⁰¹ *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498 f.

¹⁰² Bezeichnend aus den 1960er Jahren der Titel von *Malte von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968; auch *Hans Joachim von Oertzen* Automationsgerechte Gesetze als Voraussetzung der Automation, DVBl. 1969, 61 ff.; zu Recht kritisch dagegen bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 45 f.; *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 71 f.; auch *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 501.

¹⁰³ *Groß* Die Informatisierung der Verwaltung (Fn. 2), 410 („Programmierung als Normsetzung“); *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 31 ff.; *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 498; *Volker Boehme-Neßler* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts. Wie die Digitalisierung das Recht relativiert, NJW 2017, 3031 (3033).

¹⁰⁴ Zur Interpretationsoffenheit und -bedürftigkeit der in menschlicher Sprache abgefassten Regeln *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 26.

¹⁰⁵ *Lawrence Lessig* Code and Other Laws of Cyberspace, 1999.

¹⁰⁶ Diese Überführung stellt sich in der Praxis als große Herausforderung dar; experimentiert wird mit maschinenlesbaren Metadaten, die mit gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen verknüpft werden, um eine „Vollzugsontologie“ zu generieren; dazu *Oliver Raabe u. a.* Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, 2012; *Martin Engel* Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 ff.; *Heribert Anzinger* Möglichkeiten der Digitalisierung des Rechts, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im

funktion weitergehend regelbildend wirken.¹⁰⁷ Wie schon vielfach gezeigt wurde, erreichen nicht nur fallbasiert, sondern auch regelbasiert arbeitende Computersysteme oftmals eine so hohe Komplexität, dass sich selbst den Programmierern die Entscheidungsfindung nicht mehr ganz erschließt.¹⁰⁸ Nachträglich wird mitunter festgestellt, dass der Algorithmus eigene Hilfsregeln generiert hat. Dies wird inzwischen vor allem unter dem Gesichtspunkt diskriminierender Fallgruppenbildungen durch gesetzesvollziehende Algorithmen diskutiert;¹⁰⁹ so etwa dann, wenn der Computer das Rückfallrisiko eines Straftäters eng mit seiner Hautfarbe oder Herkunft assoziiert.¹¹⁰ Das beschwichtigende Festhalten an der holzschnittartigen Unterscheidung zwischen Algorithmen, die vermeintlich harmlose Wenn-Dann-Verknüpfungen vornehmen, und gefährlichen selbstlernenden Systemen verkennt die Breite der Problematik.

Darüber hinaus kann der automatische Gesetzesvollzug aber nicht nur quasi-gesetzlich typisierend regelbildend wirken, sondern er könnte in Zukunft auch eine neuartige Personalisierung der gesetzlichen Ausgangsmaßstäbe veranlassen. So könnten Geschwindigkeitsbeschränkungen in Abhängigkeit von Vorverhalten und Fähigkeiten des konkreten Autofahrers variiert oder zeitliche Benutzungsregelungen für öffentliche Anlagen entsprechend dem konkreten Lärmpegel angepasst werden. Eine solche Individualisierung oder „Granularisierung“ des Rechts wird zum Teil als Ausdruck der Einzelfallgerechtigkeit begrüßt.¹¹¹ Die Allgemeinheit des

Erscheinen); sehr optimistisch *Axel Adrian* Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, *Rechtstheorie* Bd. 48 (2017), 77 ff.; sehr kritisch demgegenüber *Kyriakos N. Kotsoglou* Subsumptionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, *JZ* 2014, 451 (452 ff.).

¹⁰⁷ Dazu *Britz* Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 59 ff. („Verlust der Steuerungswirkung des materiellen Rechts“); *Kirchhof* Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater (Fn. 92), 497 („Der Algorithmus bietet die Regel aus der Maschine.“).

¹⁰⁸ *Wolfgang Schulz/Kevin Dankert* Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, 64 ff.

¹⁰⁹ Allgemein *Engin Bozdog* Bias in algorithmic filtering and personalization, *Ethics and Information Technology* 15 (2013) 209 ff.; im Zusammenhang mit dem Gesetzesvollzug *Mario Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, *JZ* 2017, 1017 (1018); *Thomas Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme, *AöR* Bd. 143 (2018), 1 (26 ff.); *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 411; s. dazu Art. 22 DSGVO und Art. 22 BDSG.

¹¹⁰ S. zu entsprechenden Befunden in den USA eine Studie der Stiftung Pro Publica von 2016; <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>.

¹¹¹ In diese Richtung *Christoph Busch/Alberto De Franceschi* Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law, in: *Vanessa Mak/Eric Tjong Tjin Tai/Anna Berlee* (Hrsg.) *Research Handbook in Data Science and Law*, 2018 (im Erscheinen)

Gesetzes, seine Distanz zum konkreten Fall wird dabei als bislang vor allem technisch begründetes, nunmehr mithilfe von Big Data-Anwendungen zu überwindendes Defizit des Rechts bezeichnet.

Im Ergebnis könnte hier eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs entstehen, die qualitativ weit über die klassische, gesetzesordnende und -strukturierende Dogmatik,¹¹² die der Exekutive seit jeher dient,¹¹³ hinausgeht.

Dies hat Konsequenzen für die Funktion der Staatsgewalten. Wenn sich der Vollzugsalgorithmus als authentische Übersetzung des Gesetzes darstellt, eigenständig typisiert oder das Gesetz gar einzelfallbezogen variiert, dann entwickelt er eine normative Kraft, die die Unterscheidung zwischen Gesetz und Vollzug, zwischen Regel und Einzelfall gefährdet; Legislativ- und Exekutivfunktion verschwimmen; die Exekutive greift in die Normsetzung über,¹¹⁴ ohne Delegatar zu sein. Zudem verliert die Judikative ihren sicheren Prüfungsmaßstab. Die technikbasierte Steuerung des Einzelfalls, die objektive Richtigkeit beansprucht, isoliert sich auf diese Weise gegenüber den gesetzlichen Ausgangsmaßstäben und immunisiert sich gegenüber einer Kontrolle anhand dieser Maßstäbe.¹¹⁵

mit der Unterscheidung zwischen „substantive and formal realizability“ unter Verweis auf Rudolph von Jhering (s. *Rudolph von Jhering* Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, Bd. 1, 1854, 51) und Louis Kaplow (*Louis Kaplow* A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules, *Journal of Law, Economics & Organization* 11 (1995) 150); s. zum Zusammenhang zwischen digitalisierungsbedingter Fragmentierung und Personalisierung auch *Spiecker genannt Döhmann* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (Fn. 95), 36 ff.

¹¹² Zu Funktion, Leistungsfähigkeit und Grenzen von Dogmatik aus jüngerer Zeit u. a. *Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok* (Hrsg.) An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010; *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.) Was weiß Dogmatik?, 2012; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013.

¹¹³ Man denke beispielsweise an die Fallgruppenbildungen zur Konkretisierung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel.

¹¹⁴ Auch *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 150 ff. (sinkender Einfluss der Gesetzgebungsorgane); *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 124 (zunehmende „Verrechtlichung“ des Verwaltungshandelns“; „Recht stellt im automatisierten Verfahren nicht mehr eine ‚Ordnungsform‘ dar, welche sich als Anspruch an die Gesellschaft insgesamt wendet und nachvollziehbar ist, sondern weitgehend nur noch eine ‚Regelungsform‘, welche die Verwaltungsproduktion formiert“; unter Verweis auf *Klaus Grimmer* Die Funktion des Rechts in der automatisierten Verwaltung, Datenverarbeitung im Recht 1980, 323 (333)).

¹¹⁵ S. allgemein zu der Gefahr des Verlusts politischer Steuerungsfähigkeit infolge der zunehmenden Digitalisierung der Umwelt *Yvonne Hofstetter* Das Ende der Demokratie. Wie die künstliche Intelligenz die Politik übernimmt und uns entmündigt, 2016.

c) *Staatliche Nutzbarmachung privat entwickelter Technik –
Neue Abhängigkeiten und Verflechtungen*

Schließlich betrifft die Automatisierung des Gesetzesvollzugs auch das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft. Wenn die staatlich eingesetzten Rechner, Algorithmen und Sensoren von privaten Unternehmen entwickelt werden, dann macht sich der Staat einerseits bemerkenswerte Innovationen, die im privatwirtschaftlichen Umfeld entstehen, für effizientes Verwaltungshandeln zunutze.

Andererseits kann dieser Weg den Staat aber auch in erhebliche Abhängigkeiten führen und Kontrollverluste bewirken.¹¹⁶ Wenn § 87c AO vorschreibt, dass nichtamtliche Programme, die in der Steuerverwaltung eingesetzt werden, „im Rahmen des in der Programmbeschreibung angegebenen Programmumfangs die richtige und vollständige Verarbeitung“ der Daten gewährleisten müssen,¹¹⁷ dann gibt dies einer Hoffnung Ausdruck, kaschiert bei Licht betrachtet aber die Tatsache, dass sich die Programminhalte für den Staat als black box¹¹⁸ darstellen können; sei es wegen mangelnder Fachkunde, sei es gar nach den Vertragsbedingungen.¹¹⁹

Darüber hinaus kann es zu neuartigen Verflechtungen zwischen Staat und Wirtschaft kommen. Die Anlagenhersteller und Algorithmenentwickler rücken nahe an den Staat heran, kooperieren in gemeinsam besetzten Steuerungsgremien, entwickeln Hardware- und Softwarelösungen und prägen dadurch den Vollzug mit. Im Steuerrecht ist dies ein klar zu beobachtender Trend. Der Steuerberater kann erst dann sichere Auskunft geben, wenn die private DATEV e.G. das Anwendungsprogramm zu einer Steuerregelung bereitgestellt hat. Auch können IT-Unternehmen interessiert sein, sich mit den im Rahmen des Vollzugs erhobenen Daten, etwa bei der Verkehrsüberwachung, bezahlen zu lassen.¹²⁰ Umgekehrt mag der Staat ein Interesse

¹¹⁶ Britz Elektronische Verwaltung (Fn. 2), § 26 Rn. 62; deutlich auch Prell E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1258; allgemein zum Bedeutungsverlust des Staates durch zunehmende Technisierung Volker Boehme-Neßler Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat, ZöR Bd. 64 (2009), 145 (175 f.).

¹¹⁷ Die Vorschrift richtet sich an erster Stelle an die Hersteller der Programme; zudem ermächtigt sie die Finanzbehörden, die Programme und Dokumentationen zu überprüfen; dazu Bernd Rätke, in: Franz Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 14. Aufl. 2018, § 87c Rn. 2; zur Frage nach der behördlichen Zuständigkeit Peter Brandis, in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse, AO/FGO, Kommentar, Stand: September 2018, § 87c Rn. 2.

¹¹⁸ Grundlegend zu der Problematik Frank Pasquale The Black Box Society, 2015.

¹¹⁹ Prell E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259.

¹²⁰ Hoffmann-Riem Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn. 55), 53 hat schon im Jahr 2000 einen Trend zur Professionalisierung und Kommerzialisierung der Informationsnutzung beschrieben; kürzlich hat beispielsweise ein US-amerikanisches

daran haben, privat erhobene Daten zu öffentlichen Zwecken weiterzuverarbeiten, so zum Beispiel Daten über die aktuelle Müdigkeit eines Autofahrers oder über den Betriebszustand einer chemischen Anlage. All dies wirft neben Fragen des Datenschutzes auch solche nach Zurechnung und Verantwortung auf.

Mahnendes, in unserem Rechtskreis freilich fremd anmutendes Beispiel einer sehr stark verwobenen Struktur ist das gegenwärtig entstehende Sozialpunktesystem in China. In diesem System werden Informationen ganz unterschiedlicher Herkunft verknüpft, um Punktekonto zu speisen, die dem Bürger sodann Freiheiten in Staat und Gesellschaft eröffnen oder aber verschließen. Verliert der Bürger erforderliche Sozialpunkte, etwa durch ein Fehlverhalten, wird er von der Teilhabe am Geld-, Verkehrs- und Bildungssystem ausgeschlossen. Das staatliche Kontrollanliegen geht hier mit privatwirtschaftlichen Interessen und auch gesellschaftlichen Wertvollstellungen Hand in Hand; Staatsmacht, Marktkräfte und Moral wirken auf komplexe Weise zusammen.¹²¹ Im Ergebnis steht die staatlich erwünschte, ubiquitär wirksam werdende,¹²² aber nicht mehr zurechenbare Selbststeuerung und -kontrolle des Gemeinwesens, die organisierte Nichtverantwortlichkeit für ein Herrschaftsregime.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

1. *Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes*

Die Digitalisierung kann die Staatsgewalt also objektivieren, aber auch den Einzelfall aus dem Blickfeld drängen; sie kann das Recht in neuem

Unternehmen der Stadt Hamburg auf eine entsprechende Ausschreibung hin die kostenlose Installierung „intelligenter“ Straßenlaternen unter der Voraussetzung angeboten, dass das Unternehmen die von den Laternen erhobenen Umweltdaten nutzen darf.

¹²¹ Der Staat setzt mit anderen Worten die Eigenrationalität des Marktes wie auch traditionelle Moralvorstellungen zur Durchsetzung der Überwachung ein; dazu *Genia Kostka* China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval, August 2018, verfügbar unter <<https://ssrn.com/abstract=3215138>>; vgl. auch *Samantha Hoffman* Programming China: The Communist Party's autonomic approach to managing state security, Dezember 2017, verfügbar unter <<https://www.merics.org/de/microsite/china-monitor/programming-china>>.

¹²² *Mario Martini* Wie werden und wollen wir morgen leben? – Ein Blick in die Glaskugel der digitalen Zukunft, in: Hermann Hill/Mario Martini/Edgar Wagner (Hrsg.) Die digitale Lebenswelt gestalten, 2015, 9 (49 f.) spricht von der Gefahr eines „digitalen Panoptikums“ im Foucault'schen Sinne; vgl. dazu *Michel Foucault* Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I, 2006; auch *Jens Kersten* Menschen und Maschinen, JZ 2015, 1 (3).

Licht erscheinen lassen, aber auch autonom werden; und sie kann private Innovationen für den Staat nutzbar machen, den Staat aber auch in Abhängigkeit und Verflechtung führen. Messen wir diesen Befund nun an den Maßstäben des Verfassungsrechts, so ist vorab festzustellen, dass – erstens – der technische Fortschritt weiterhin unaufhaltsam erscheint¹²³ und – zweitens – der einzelne Mensch auch in Zukunft steuerbar, zumal durch Anreize verführbar sein wird.¹²⁴

Als substantielle Variable verbleibt vor diesem Hintergrund allein die Gestaltung des Rechts. Der Entfaltung der Verfassungsmaßstäbe sei deshalb die These vorangestellt, dass die Wahrung der politischen und der privaten Freiheit unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gelingen und dass die Digitalisierung diesen Freiheiten sogar dienen wird, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung gepflegt und fortgebildet wird und dadurch die demokratischen und rechtsstaatlichen Eigenleistungen von Legislative, Exekutive und Judikative gesichert bleiben.

2. *Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs*

a) *Parlamentarisch-demokratische Fundierung des automatisierten Vollzugs*

Mit dem Gesetz zeichnet der Gesetzgeber die Verwaltungstätigkeit in allgemeinen Regeln vor.¹²⁵ Das Parlamentsgesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive.¹²⁶ Es rechtfertigt den Freiheitseingriff und die soziale Gestaltung als Akt der kollektiven Selbstbestimmung. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann

¹²³ *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1019; s. zu den konkreteren Perspektiven und zu den Motiven des Staates, die Fortschritte der Technik nutzbar zu machen, bereits oben III. 1.

¹²⁴ Dies ist die zutreffende Ausgangsannahme des grundrechtlich problematischen Nudging-Ansatzes; s. *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein* Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008; *Alexandra Kemmerer u. a.* (Hrsg.) Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging, 2016; kritisch *Gregor Kirchhof* Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, 136 f.

¹²⁵ *Hasso Hofmann* Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Christian Starck (Hrsg.) Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, 9 ff.; *Fritz Ossenbühl* Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 11 f.; *Gregor Kirchhof* Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

¹²⁶ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21 f.; auch *Ossenbühl* Gesetz und Recht (Fn. 125), Rn. 19 (das Gesetz als „Eckstein des demokratischen Rechtsstaates“).

er auch eine Automatisierung wirksam anleiten und dadurch einen objektiven und besonders effizienten Vollzug des gesetzgeberischen Willens bewirken.¹²⁷ Weil nur die menschliche Sprache, nicht aber ein Algorithmus den Parlamentariern unmittelbar zugänglich und auch zur Ausformulierung eines politischen Kompromisses geeignet ist,¹²⁸ ist es schon aus demokratischen Gründen unerlässlich, das Gesetz in Sprache zu fassen.¹²⁹ Der Vorschlag, das Parlament solle ausschließlich oder zusätzlich zum Gesetz einen Vollzugsalgorithmus beschließen, um diesen demokratisch stärker zu fundieren,¹³⁰ ist deshalb abzulehnen.

b) Rechtsstaatliche Vorhersehbarkeit

Nur das in Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist zudem für den Bürger verständlich und einsichtig, in seinen Wirkungen vorhersehbar und Grundlage von Vertrauen.¹³¹ Auch aus rechtsstaatlichen Gründen kann deshalb allein dieses Gesetz, nicht aber ein Algorithmus Verbindlichkeit beanspruchen.

c) Schutz von Freiheit und Gleichheit durch abstrakt-generelles, typisierendes Gesetz

Schließlich gewährleistet das abstrakt-generelle, typisierende Parlamentsgesetz auch den materiell-rechtsstaatlichen Schutz von Freiheit und Gleichheit im digitalisierten Staat. Die leitende Fundierung des Staatshandelns durch ein Gesetz, das die Distanz zum Einzelfall wahrt, hält Freiheitsräume normativ offen, auch zukunfts offen, und sichert rechtliche Gleichheit.¹³² Ungeachtet aller technikbedingten Erkenntnismög-

¹²⁷ Kirchhof Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht (Fn. 100), 366 („Steuergesetze müssen, um im Massenfallrecht vollzogen, um nachprüfbar digitalisiert angewandt werden zu können, typisieren und auch pauschalisieren.“).

¹²⁸ Vgl. Oliver Lepsius Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.) Demokratie und Freiheit, 1999, 123 ff.

¹²⁹ Waldhoff Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung (Fn. 45); auch die sich in der parlamentarischen Willensbildung widerspiegelnde Willensbildung des repräsentierten Volkes ereignet sich in menschlicher Sprache.

¹³⁰ Differenzierend dazu Ekkehart Reimer Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: DStJG Bd. 42 (2019) (im Erscheinen).

¹³¹ Paul Kirchhof Deutsche Sprache, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 20 Rn. 13; Eberhard Schmidt-Aßmann Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60, 85.

¹³² Zu den Funktionen des Gesetzes im demokratischen Rechtsstaat Paul Kirchhof Mittel staatlichen Handelns, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 99 Rn. 181 ff.; die Grundrechte treten als Garanten der Freiheit und Gleichheit hinzu; s. zum gebotenen grundrechtlichen Schutz vor den Wirkungen digitalisierungsbedingter Personalisierung Spiecker genannt Döhmman Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (Fn. 95), 55 f.

lichkeiten kann es deshalb geboten sein, bestimmte Erkenntnisse als tatbestandlich unerheblich zu qualifizieren. Daneben sind oftmals Tatbestandsunbestimmtheiten, Ermessensräume oder auch Billigkeitsvorbehalte auszugestalten, die es der Exekutive überantworten, Freiheit und Gleichheit im konkreten Fall zu sichern.¹³³ Selbst punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite, die sich aus der Abstraktheit des Gesetzes und dem daraus folgenden Vollzugaufwand ergeben, können Freiheit schonen und die Staatsmacht menschlich erscheinen lassen,¹³⁴ so zum Beispiel im Straßenverkehr.

Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts¹³⁵ ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist. Freiheits- und gleichheitsgerecht ist niemals die Individualisierung der Maßstäbe, sondern allenfalls und in Grenzen die technikgestützt verbesserte Subsumtion unter den allgemeinen Maßstab.

3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug

a) Exekutive Sicherung der Gesetzesbindung bei Vollzugsautomatisierung – Erfordernis neuer Controllingstrukturen

Es ist sodann Aufgabe der Verwaltung, das Gesetz zu vollziehen. Die Automatisierung ist eine Vollzugsoption. Wird sie gewählt, kann die Verwaltung die Gesetzesbindung in erster Linie dadurch sichern, dass sie Controllingstrukturen entwickelt, die die Programmierung und Implementierung des Vollzugsalgorithmus begleiten. Hinzu tritt eine korrespondierende Vollzugsüberwachung.¹³⁶ Dementsprechend sieht § 88 Abs. 5 S. 3 Nr. 4 AO eine „regelmäßige Überprüfung der Risikomanagementsysteme auf ihre Zielerreichung“ vor. Das zu erreichende Ziel kann dabei wiederum nur die Übereinstimmung des Vollzugs mit dem Gesetz sein, das allein für die Verwaltungsbeamten maßstäblich und greifbar ist.¹³⁷

¹³³ Zur Komplementärfunktion der Verwaltung im Verhältnis zum Gesetzgeber *Meinhard Schröder* Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 106 Rn. 27; zur Komplementarität von Legislative und Exekutive bei der Grundrechtssicherung *Hans-Detlef Horn* Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999; s. auch *Sebastian Müller-Franken* Verwaltung, in: Hanno Kube u. a. (Hrsg.) Leitgedanken des Rechts, Bd. 1, 2013, § 73 Rn. 20 ff.

¹³⁴ Punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite sind dabei von strukturellen Vollzugsdefiziten abzugrenzen, die zur Verfassungswidrigkeit des zugrundeliegenden Gesetzes führen; BVerfGE 84, 239 (271 ff.); 110, 94 (112 ff.).

¹³⁵ S. dazu mit Nachweisen oben III. 2. b).

¹³⁶ *Wischmeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 39 ff.; *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1021 f.

¹³⁷ *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 415 (Rechtmäßigkeitsurteil nach Maßgabe der Übereinstimmung des automatisch erlassenen Verwal-

Beispiel einer Fehlentwicklung ist § 39b Abs. 6 S. 2 EStG. Wenn danach dem Ergebnis der maschinellen Steuerberechnung gemäß einem Programmablaufplan Vorrang vor dem regelgerechten Ergebnis eingeräumt wird, solange sich das ausgeworfene Ergebnis an das materiell richtige Ergebnis „anlehnt“, wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs verfälscht.¹³⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob man den Programmablaufplan als Verwaltungsvorschrift einordnet. Auch die Form der Rechtsverordnung schafft hier keine Brücke. Sie verbietet sich für Programmablaufpläne und ebenso für den Maschinencode aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen.

Darüber hinaus erscheint es als rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, dass der Verwaltungsbeamte auch in jedem Einzelfall die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz nachprüfen kann, wenn er dazu Anlass sieht. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.¹³⁹ Deshalb ist es rechtsstaatlich sehr bedenklich, wenn das steuerverfahrensrechtliche Risikomanagementsystem so eingesetzt wird, dass der Finanzbeamte nur automatisch ausgesteuerte Fälle im ausgesteuerten Umfang prüfen kann und keinen eigenen Zugriff auf das Fallmaterial hat.¹⁴⁰ Der zu Recht vom Untersuchungsgrundsatz her denkende Verwaltungsbeamte wird dadurch seinerseits zum Automaten degradiert. Die Übernahme

tungsakts mit dem Gesetz); *Gregor Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht, in: DStJG Bd. 40 (2017), 47 (65 f.) („Gesetzmäßigkeit – keine Belastung nach Wahrscheinlichkeit und Vermutung“); in problematischer Weise abweichend in der Frühphase der Entwicklung etwa *Zeidler* Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 17 (keinerlei Endkontrolle der Entscheidung durch die Behörde; der Vorgang werde „aus der Verantwortung des juristisch vorgebildeten Beamten genommen und weitgehend in die Hände des Mathematikers oder Ingenieurs gelegt“).

¹³⁸ In § 39b Abs. 6 EStG manifestiert sich die Problematik eines im Zuge der Digitalisierung zunehmend unscharfen Rechts; umfassend *Volker Boehme-Neßler* Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008; *ders.* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts (Fn. 103), 3036 f.; kritisch zu der zunehmenden Entkopplung vom materiellen Recht im Zusammenhang des Steuerrechts auch *Christian Ahrendt* Alte Zöpfe neu geflochten – Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, NJW 2017, 537 (538); konkret zu § 39b Abs. 6 EStG *Thomas Eisgruber*, in: Paul Kirchhof (Hrsg.) Einkommensteuergesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2018, § 39b Rn. 10 („zwar bedenklich, ist jedoch der Komplexität des Verfahrens geschuldet“).

¹³⁹ S. zur Problematik der Anwendung des Wirtschaftlichkeitskriteriums auf die staatliche Verwaltung bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 2), 116 ff.

¹⁴⁰ Teilweise wird befürchtet, dass der Einsatz steuerverfahrensrechtlicher Risikomanagementsysteme neue Gefahren struktureller Vollzugsdefizite begründen könne; so etwa *Moritz Maier* Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, JZ 2017, 614 (616 ff.); *Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht (Fn. 137), 64 f.; optimistischer dagegen *Rätke* in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar (Fn. 117), § 88 Rn. 92.

rechtsstaatlicher Verantwortung wird unmöglich gemacht, Verwaltungskultur zerstört.¹⁴¹

b) Das Gesetz als Fundament der Entscheidungsbegründung

Neben der Gesetzesbindung verlangt der formale Rechtsstaat die Begründung der Einzelfallentscheidung. Nur die begründete Entscheidung ist für den Bürger nachvollziehbar, erzielt Akzeptanz und ist auch Anknüpfungspunkt für das Ersuchen um Rechtsschutz.¹⁴² Selbst wenn das Rechtsprodukt der Vollzugsautomatisierung objektiv richtig ist, bleibt es deshalb ohne sichtbaren Rekurs auf einen nachvollziehbaren Grund verfassungsrechtlich defizitär.

In diesem Zusammenhang wird nun vorgeschlagen und teilweise aus der Datenschutzgrundverordnung abgeleitet,¹⁴³ dass Vollzugsalgorithmen transparent und einem Recht auf Erklärung unterworfen sein sollen.¹⁴⁴ Zwar ist es durchaus bezeichnend, dass gängige Programmiersprachen Python und Delphi heißen, ein führendes Computerunternehmen Oracle; die Idee der Aufklärung sieht sich durch die Digitalisierung in der Tat herausgefordert.¹⁴⁵ Doch führt der Vorschlag, formale Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, nicht weiter. Zum einen dürfte es angesichts der selbst für Experten kaum noch nachzuvollziehenden Komplexität der Systeme wohlgemeint, aber aussichtslos sein, die Entscheidungsstrukturen eines Vollzugsalgorithmus für den betroffenen Bürger umfassend transparent machen zu wollen.¹⁴⁶ Die schon genannten

¹⁴¹ S. zum Einfluss der Digitalisierung auf die Verwaltungskultur umfassend *Hermann Hill* Wandel von Verwaltungskultur und Kompetenzen im digitalen Zeitalter, DVBl. 2014, 85 ff.

¹⁴² *Uwe Kischel* Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, 39 ff.

¹⁴³ Zur Problematik dieser Ableitung aus den Vorschriften in Art. 13–15 sowie 22 DSGVO *Wismeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 48 ff.

¹⁴⁴ *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1020; besondere Herausforderungen ergeben sich hier im Bereich von machine learning-Anwendungen (explainable artificial intelligence).

¹⁴⁵ *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1018 („Die algorithmische Welt gründet ihr Fundament auf Arkan-Formeln.“ Dies „birgt Gefahren für gesellschaftliche Grundwerte.“).

¹⁴⁶ Grundsätzlich kritisch zu dieser Form der Herstellung von Nachvollziehbarkeit auch *Lazaratos* Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation (Fn. 3), 213 ff.; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 416; s. auch *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453; die Schwierigkeiten, Algorithmentransparenz herzustellen, potenzieren sich beim Einsatz von machine learning-Systemen, die ihre Wissensbasis und ihre Entscheidungsstrukturen stetig anpassen; dazu *Martini* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1019 („Wie sie

Programmablaufpläne¹⁴⁷ sind oftmals nicht mehr als vereinfachende Darstellungen des tatsächlich vollzogenen Programms. Ein Algorithmen-TÜV¹⁴⁸ mag Vertrauen fördern,¹⁴⁹ kann den Bedarf nach Begründung aber seinerseits nicht decken.¹⁵⁰ Zum anderen und grundsätzlich ist zudem festzustellen, dass der Vollzugsalgorithmus ohnehin nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft, die auch bislang nicht unmittelbarer Gegenstand der Entscheidungsbegründung waren, sondern allein Thema der Verwaltungstransparenz sind. Tragendes Fundament der Entscheidungsbegründung bleibt deshalb auch unter den Bedingungen der Automatisierung das allgemeine Gesetz, aus dem sich die Einzelfallentscheidung ableiten lassen muss.¹⁵¹ Je dunkler das Verwaltungsverfahren bleibt, desto stärker muss sich die Verwaltungsentscheidung aus dem materiellen Gesetz ergeben.¹⁵² Allenfalls aus gleichheitsrechtlichen Gründen kann es geboten sein, bestimmte Kriterien von Vollzugsalgorithmen aufzudecken, wenn Einzelne aufgrund privater Datenmacht auf diese rückzuschließen imstande sind und sich auf sie einstellen können, andere dagegen nicht, so etwa im Steuerrecht.¹⁵³

zu ihren Ergebnissen gelangen, bleibt von außen nicht einsehbar und mithin auch für Kontrollmechanismen nicht nachvollziehbar.).

¹⁴⁷ S. oben IV. 3. a).

¹⁴⁸ *Martini* Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung (Fn. 25), 453; *ders.* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1021.

¹⁴⁹ Auf die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, auch einer elektronisierten Verwaltung vertrauen zu können, setzt und hofft *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259 („Echte Kontrolle ist nur noch spezialisierten Experten möglich, der Rest muss vertrauen.“); s. auch *Cornelius G. Kopke* Vertrauensraum in der Digitalisierung, Bundesdruckerei-Studie über den Regelungsbedarf bei E-Government und digitaler Signatur, 2017; *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 804 ff.

¹⁵⁰ Vgl. BVerfGE 123, 39 (71 ff.) zu den engen Grenzen des zulässigen Einsatzes elektronischer Wahlgeräte wegen der verfassungsrechtlich erforderlichen zuverlässigen Richtigkeitskontrolle.

¹⁵¹ Nach *Wismeyer* Regulierung intelligenter Systeme (Fn. 109), 61 ff. sollen Erklärungen über die Funktionsweise intelligenter Systeme jedenfalls in eine „arbeitsteilige Begründungs- und Kontrollarchitektur“ eingebunden werden können.

¹⁵² Dies folgt spiegelbildlich aus dem Gedanken, dass sich materiellrechtlich begründete Entscheidungsschwäche durch rechtsstaatsförderliche Verfahrensschritte kompensieren lässt; dazu BVerfGE 53, 30 (57 ff.); *Peter Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL Bd. 30 (1972), 43 (86 ff.) (status activus processualis); *Helmut Goerlich* Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981.

¹⁵³ S. in diesem Zusammenhang die Diskussion darüber, ob eine Veröffentlichung von Einzelheiten der steuerverfahrensrechtlichen Risikomanagementsysteme – entgegen § 88 Abs. 5 S. 4 AO – geboten ist; für eine solche Veröffentlichung *Mellinghoff* Auswirkungen der Digitalisierung im Steuerrecht (Fn. 64), 436; in diese Richtung auch *Sascha Bleschick* Überprüfung elektronischer Daten im Besteuerungsverfahren durch den Außenprüfer, DStR 2018, 1050 (1054 f.).

Dementsprechend kann auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber vollautomatisch getroffenen Entscheidungen, wie er durch Art. 22 Datenschutzgrundverordnung besonders verlangt wird,¹⁵⁴ allein dann gelingen, wenn das allgemeine Gesetz als zentraler Maßstab aktuell verbindlich bleibt,¹⁵⁵ wenn das Binnensystem des Algorithmus die Intervention der Beanstandung erträgt und wenn es entsprechend angepasst werden kann.¹⁵⁶

*c) Freiheits- und gleichheitssichernde Ausfüllung
gesetzlich eröffneter Räume*

Soweit das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgendeite eröffnet, überbringt es der Verwaltung einen Auftrag zur situations- und gegenwartsgerechten Auslegung und Anwendung.¹⁵⁷ Die Verwaltung leistet hier einen eigenen demokratischen Legitimationsbeitrag und übernimmt weitere rechtsstaatliche Verantwortung für die Freiheit und Gleichheit des Vollzugs. Nicht selten vollendet sich der Rechtssatz dabei gerade auch in der menschlichen Begegnung, gelingt etwa die Bewertung von Leistungen oder auch Risiken in persönlicher Einschätzung.¹⁵⁸ Der Vollzugsautomatisierung

¹⁵⁴ Dazu Nico Härting Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 597 (Gebot „menschlicher Intervention“); Kai von Lewinski in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.) BeckOK Datenschutzrecht, 25. Ed. (Stand: 1.8.2018), Art. 22 DS-GVO Rn. 51; zu dem im Ergebnis engen Anwendungsbereich der Vorschrift Martini Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung (Fn. 109), 1020; vgl. auch § 37 BDSG.

¹⁵⁵ In eine falsche Richtung weist deshalb Zeidler Über die Technisierung der Verwaltung (Fn. 4), 23 (Die Technisierung der Verwaltung habe „ihren Preis“. „Der Streit zwischen Fernsprecher Teilnehmer und Postverwaltung über die Höhe der“ automatisch festgesetzten „Gebühr wird primär kein Rechtsstreit sein, das heißt kein Streit über die richtige Anwendung der Normen, sondern ein Streit über das Funktionieren der Apparate“).

¹⁵⁶ Das Widerspruchsverfahren könnte im Rahmen der zunehmenden Vollzugsautomatisierung erheblich an Bedeutung gewinnen; der teilweise zu beobachtende Rückbau des außergerichtlichen Rechtsschutzes ist vor diesem Hintergrund kritisch zu sehen; so auch Berger Digitales Vertrauen (Fn. 2), 808; zu den faktischen Schwierigkeiten der Loslösung von der automatisierten Vorentscheidung Hoffmann-Riem Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 36; mit zutreffendem Hinweis darauf, dass das Rechtsschutzverfahren immer nur Abhilfe im Einzelfall schaffen kann, Maier Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens (Fn. 140), 618 f.; zu den Möglichkeiten „digitalisierter Abläufe“ im Widerspruchsverfahren Martini/Nink Subsumptionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1131 ff., dort auch zur Reichweite von Art. 22 DSGVO.

¹⁵⁷ Horst Dreier Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, Die Verwaltung Bd. 25 (1992), 137 (149).

¹⁵⁸ S. dazu den Vorbehalt in § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG.

sind in diesem Bereich enge Grenzen gesetzt.¹⁵⁹ Denn der Algorithmus legt das Gesetz nicht aus; er berechnet ein Ergebnis.¹⁶⁰

4. *Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes*

Schließlich gründet auch der gerichtliche Rechtsschutz auf dem allgemeinen Gesetz. Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. Der Richter ist zur eigenen, nachvollziehenden Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung beauftragt, Letztinterpret des Gesetzes.¹⁶¹ Diese Aufgabe kann der Richter nur dann wahrnehmen, wenn sein Entscheidungsmaßstab das in Sprache gefasste, eine Auslegung ermöglichende Gesetz bleibt.¹⁶² Der Algorithmus kann nicht ausgelegt, sondern nur auf technische Fehler überprüft werden. Würde er Maßstab der Rechtsprechung, könnte die Judikative ihre Funktion nicht erfüllen.¹⁶³ Genauso wie der Verwaltungsakt ist der Vollzugsalgorithmus somit Gegenstand der Rechtsprechung.¹⁶⁴

5. *Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz*

a) *Sachbereichsabhängige Öffnung für die Vollzugsautomatisierung*

Das Demokratieprinzip, die formale und die materielle Rechtsstaatlichkeit verlangen somit eine jeweils sachbereichsgerechte Ausgestaltung, die vom allgemeinen Gesetz ausgeht. Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgeenseite kann sich das allgemeine Gesetz für eine effizienzförderliche Vollzugsautomatisierung öffnen oder sich einer solchen Automa-

¹⁵⁹ S. zu der begrenzten Einsetzbarkeit von Algorithmen bei Tatbestandsunbestimmtheit und Ermessen auf Rechtsfolgeenseite bereits oben II. 2. b).

¹⁶⁰ Nachdrücklich dazu *Kotsoglou* Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung (Fn. 106), 452 ff.; vgl. zur besonderen Fähigkeit des Menschen, Analogien (im nicht rechtstechnischen Sinne) zu bilden, *Douglas Hofstadter/Emmanuel Sander* Die Analogie. Das Herz des Denkens, 2014.

¹⁶¹ *Christian Hillgruber*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: April 2018, Art. 92 Rn. 64 ff.

¹⁶² Dazu im Zusammenhang mit der Automatisierung bereits *Simitis* Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 22 f.; auch *Waldhoff* Herausforderungen des Verfassungsstaates durch die Digitalisierung (Fn. 45).

¹⁶³ Deutlich bereits *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 236 ff.

¹⁶⁴ Noch weiter greift die Frage nach der Automatisierung der (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit selbst; dazu *Adrian* Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion (Fn. 106), 77 ff.; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1135 ff. m. w. N.; s. zudem oben Fn. 1 zum Thema E-Justiz.

tisierung verschließen.¹⁶⁵ Das zahlennahe und von gebundenen Entscheidungen geprägte, schon deshalb algorithmenoffene Steuerrecht¹⁶⁶ wird in diesem Zusammenhang anders zu beurteilen sein als das menschnahe, stark ermessensgeprägte und grundrechtserhebliche Polizeirecht.¹⁶⁷ Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zudem zwischen der Massenverwaltung der Regelfälle und der Bearbeitung von Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte beschränkt bleiben¹⁶⁸ und nach befehlenden, gestaltenden und feststellenden, belastenden und begünstigenden Entscheidungen¹⁶⁹ ausdifferenziert werden.

Angesichts der Tragweite einer Vollautomatisierung gilt jedenfalls für sie – wie in § 35a VwVfG aufgenommen – der Vorbehalt einer gesetzlichen, richtigerweise parlamentsgesetzlichen Ermächtigung der Exekutive.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Differenzierend bereits *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 130 f.; auch *Braun Binder* Vollautomatisierte Verwaltungsvorhaben im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? (Fn. 64), 964 f.; *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 417; s. zu den rechtstechnischen Möglichkeiten des Erlasses „automationsgerechter oder -feindlicher Rechtssätze“ bereits *Degrandi* Die automatisierte Verwaltungsverfügung (Fn. 5), 158.

¹⁶⁶ *Kirchhof* Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht (Fn. 100), 362.

¹⁶⁷ Mit einer diesbezüglichen Ausdifferenzierung bereits *Simitis* Automation in der Rechtsordnung (Fn. 7), 13 f. (unterschiedliche Grade „technisch-administrativer Funktionen“).

¹⁶⁸ Zur „Funktions- und Arbeitsteilung zwischen juristischen und automatisierten Entscheidungsbeiträgen“ bereits *Luhmann* Recht und Automation (Fn. 2), 49 ff.; auch *Carl-Eugen Eberle* Die öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft, Die Verwaltung Bd. 20 (1987), 459 (463 f.); aus jüngerer Zeit *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1137 („Entscheidungsunterstützung durch informationstechnische Systeme“).

¹⁶⁹ Zu diesen Differenzierungen *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 44 ff.

¹⁷⁰ S. zum fachrechtlichen Regelungsvorbehalt in § 35a VwVfG bereits oben II. 2. b); für eine fachrechtliche Ermächtigung auch durch Rechtsverordnung *Schmitz/Prell* Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG (Fn. 59), 1276; für eine Ermächtigung auch durch Satzung *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (Fn. 70), § 35a Rn. 12; entsprechend *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 411 f.; *Martini/Nink* Subsumtionsautomaten ante portas? (Fn. 74), 1130; im Zusammenhang mit der Automatisierung des Besteuerungsverfahrens erscheint insoweit problematisch, dass die einzelnen, im Ergebnis entscheidenden Parameter der Risikomanagementsysteme auf Grundlage der recht allgemeinen Wegweisung des § 88 Abs. 5 S. 3 AO von der Ministerialverwaltung ausgewählt werden (§ 88 Abs. 5 S. 5 AO); kritisch dazu *Baldauf* Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (Fn. 64), 836 f.

b) *Ausgestaltung korrespondierenden Verfahrensrechts –
Zur Option der Herbeiführung menschlicher Befassung*

Je nach Weichenstellung ist das Fachrecht durch korrespondierendes Verfahrensrecht zu begleiten.¹⁷¹ Rechtssichernd kann dabei gerade auch die dem Bürger eingeräumte Option wirken, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen, wie es § 155 Abs. 4 S. 3 AO vorsieht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erweitert eine solche Option, die das demokratische und rechtsstaatliche Potential, auch Amtsethos und Gewissen des Verwaltungsbeamten für den Bürger verfügbar macht,¹⁷² die Möglichkeiten der grundsätzlichen Vollautomatisierung.

Die Option des Zugangs zu einem Amtsträger wird sich nicht zuletzt in den Fällen aufdrängen, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer ausgeprägten Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht,¹⁷³ wie gerade im Steuerrecht. Das Ausfüllen des elektronischen Steuererklärungsformulars setzt eine rechtliche Würdigung durch den Steuerpflichtigen voraus, die entweder endgültig wird oder aber zum Vorwurf strafbaren Verhaltens führen kann. Unabhängig von der Frage, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Form der Staatsentlastung durch Indienstnahme¹⁷⁴ genau liegen, ist offensichtlich, dass sie – erstens – ein klares und für den Bürger verständliches Gesetzesrecht voraussetzt und – zweitens – durch die Option des Zugangs zur Behörde abgemildert wird.

¹⁷¹ Zum Erfordernis einer entsprechenden Einbettung auch *Bull* Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt (Fn. 61), 416.

¹⁷² Zur Institution des Amtes *Josef Isensee* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 24 („Dem Ethos der res publica korrespondiert die Institution des Amtes.“); zum Amtsauftrag *Herbert Krüger* Allgemeine Staatslehre (Fn. 93), 259 f.; zur Bedeutung des Amtsprinzips im Rahmen der Digitalisierung der Verwaltung *Berger* Digitales Vertrauen (Fn. 2), 806 f.

¹⁷³ Zu dieser Konsequenz der Automatisierung bereits *Polomski* Der automatisierte Verwaltungsakt (Fn. 4), 49 f. („Verlagerung von Verwaltungsaufwand auf den Bürger“); im Zusammenhang mit der Modernisierung des Besteuerungsverfahrens *Kirchhof* Rechtsetzung und Rechtsanwendung im steuerlichen Massenfallrecht (Fn. 137), 62 f. („Entlastung der Finanzverwaltung, nicht der Steuerpflichtigen“) und 66 f. („Rechnergeleitete Selbstveranlagung, kein ‚automatischer Vollzug‘“).

¹⁷⁴ Ausführlich zu der Indienstnahme des Steuerpflichtigen durch Verlagerung der Subsumtionslast im Rahmen des elektronischen Steuervollzugs *Christian Seiler* Indienstnahme Privater im Besteuerungsverfahren, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.) FS BFH, 2018, Bd. II, 1761 (1775 ff.).

6. Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft

Schließlich bleibt zu würdigen, dass das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip nur dann wirksam werden können, wenn ausgeübte Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft zurechenbar ist. Rückt die Wirtschaft im Zuge der Digitalisierung an den Staat heran und prägt sie den Vollzug faktisch mit, unterscheidet sich diese Situation der Nähe von der Situation des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts¹⁷⁵ grundlegend, weil die mitwirkende Wirtschaft Fremdbestimmung beansprucht. Im Streben nach Gewinn droht sie den Maßstab für Rechte und Pflichten anderer zu setzen. Deshalb sind die Einfluss- und Verantwortungssphären hier besonders klar abzugrenzen. Die Zurechnung zum Staat könnte dabei aus verfassungsrechtlichen Gründen auszudehnen sein, wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlich zertifiziert ist.¹⁷⁶ Dass der Staat den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen und die Verwendung privat erhobener Daten vollumfänglich zu verantworten hat, steht ohnehin außer Zweifel. Profitieren Private von Daten, die im Rahmen des Verwaltungsvollzugs erhoben werden, sind sie durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden, deren Reichweite im Angesicht der stetigen Ausdehnung privater algorithmenbasierter Macht immer wieder neu zu vermessen ist.¹⁷⁷ Auch die gegenwartsgerechte Nachzeichnung der Grenze zwischen Staat und Gesellschaft ist damit mehr denn je Voraussetzung wirksamer Freiheitssicherung.

¹⁷⁵ Zu möglichen Pflichten des Beteiligten im Verwaltungsverfahren *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 169), § 19 Rn. 39.

¹⁷⁶ S. zur Zertifizierung beispielsweise § 146a AO bezüglich elektronischer Aufzeichnungssysteme für aufzeichnungspflichtige Geschäftsvorfälle oder andere Vorgänge; nach § 146a Abs. 1 S. 2 AO sind das elektronische Aufzeichnungssystem und die digitalen Aufzeichnungen „durch eine zertifizierte technische Sicherheitseinrichtung zu schützen“; zum Zertifizierungsverfahren *Rätke* in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar (Fn. 117), § 146a Rn. 9 ff.

¹⁷⁷ *Udo Di Fabio* Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016; *Hans-Jürgen Papier* Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 (3029 f.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: ders. (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, 11 (27 ff.); besondere Herausforderungen ergeben sich dabei freilich aus dem oftmals grenzüberschreitenden Wirkungskreis der privaten Unternehmen.

V. Menschliches Recht

Paradigmen zu erkennen und in ihrer Entwicklung zu beurteilen, setzt eine Perspektive voraus.¹⁷⁸ Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive – und damit sind die Untersuchungsergebnisse zusammenzufassen – begründen die elektronische Erleichterung der Kommunikation und des Verwaltungszugangs wie auch der virtuelle Behördengang im konkreten Verwaltungsverfahren Regulationsanforderungen, auf die sich das Verwaltungsrecht aber weitgehend eingestellt hat. Demgegenüber stellt die zunehmende Automatisierung des Vollzugs durch den Einsatz rechenstarker Computer, leistungsfähiger Algorithmen und auch des Internets der Dinge qualitativ neuartige, herausfordernde Anfragen an das Verfassungsrecht, den Verwaltungsauftrag, die Vollzugsmaßstäbe und den Rechtsschutz.

Das Verwaltungsrecht unternimmt erste Schritte, um die Vollzugsautomatisierung zu fundieren und einzuhegen. Doch erfordert die Problematik einen weitergreifenden Blick. Der automatische Verwaltungsvollzug, dessen Ausdehnung naheliegt, kann die Objektivität und Effizienz der Verwaltung auf eindrucksvolle Weise steigern, zudem auf eine Vereinfachung und Konsolidierung des Gesetzesrechts hinwirken und privatwirtschaftlich entwickelte Technik für das Gemeinwohl nutzbar machen. Der Preis könnte im Entstehen einer neuartigen Form technisch fundierter, quasi-gesetzlich typisierender oder auch individualisierender Normativität liegen, die Legislative und Exekutive verschwimmen lässt und der Rechtsprechung den Maßstab nimmt. Staat und Privatwirtschaft drohen dabei nah zusammenzurücken.

Die großen Chancen, die sich für die Staatsverwaltung aus der Digitalisierung ergeben, werden sich in freiheits- und gleichheitsgerechter Weise nutzen lassen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs gepflegt und fortgebildet wird. Das Gesetz wird je nach Sachbereich für freiheitssichernde Distanz sorgen und die menschliche Einzelfallbetrachtung verlangen oder aber eine effiziente, ihrerseits dem Recht dienliche Voll- oder Teilautomatisierung des Vollzugs vorsehen und diese verfahrensrechtlich flankieren. Je weniger demokratische und rechtsstaatliche Verantwortung die Exekutive

¹⁷⁸ Der auf *Thomas S. Kuhn* *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962 (deutsch: *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967) zurückgehende Begriff des Paradigmenwechsels bezeichnet einen grundstürzenden Wechsel der Betrachtungsweise in einem Wissenschaftszweig; in der normativ geprägten Rechtswissenschaft ist das Referenzsystem das Recht, so dass sich paradigmatisch bedeutsame Entwicklungen hier vor allem aus qualitativ neuartigen Anfragen an das Recht ergeben; s. dazu im vorliegenden Zusammenhang des E-Government auch *Prell* *E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?* (Fn. 49), 1255.

bei einer Vollzugsautomatisierung übernehmen kann, desto stärker muss das Gesetz selbst Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten. Der Algorithmus ist für eine Verrechtlichung nicht geeignet.

Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die letztlich auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, welchem Gesetzgeber, Gesetzesvollzieher und Richter wir uns als Menschen unterstellen wollen.¹⁷⁹ In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz einerseits und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit¹⁸⁰ andererseits gilt es deshalb, einen legislativen, exekutiven und judikativen Vorbehalt¹⁸¹ des vertrauten Menschen¹⁸² zu definieren. So muss Technik nicht unmenschlich sein. Das Recht kann sie in den Dienst¹⁸³ des Menschen stellen.

¹⁷⁹ So mit Blick auf die Verwaltungsautomation bereits *Bull* Verwaltung durch Maschinen (Fn. 4), 92 ff.

¹⁸⁰ S. zu den Entscheidungsfaktoren, zu denen Algorithmen jedenfalls bislang nicht befähigt sind (implizites Wissen, Intuition, Judiz, Empathie), *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht (Fn. 84), 30.

¹⁸¹ Allgemein zur Verwirklichung des Rechts durch begründetes menschliches Entscheiden *Christoph Gusy* Staatsrechtlicher Positivismus, JZ 1989, 505 ff.

¹⁸² Zum zunehmenden Verschwinden „vertrauter Menschen“ in der Verwaltung *Prell* E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? (Fn. 49), 1259; s. auch *Hähnchen/Bommel* Digitalisierung und Rechtsanwendung (Fn. 1), 340 (Frage nach der „Akzeptanz von Softwarelösungen als Substitut des ‚Vertrauensanwalts‘ oder des menschlichen Richters“).

¹⁸³ *Kersten* Menschen und Maschinen (Fn. 122), 4 („Diese Maschinen-Kompetenz bedeutet in der letzten Konsequenz, dass Menschen – als Ausdruck individueller Selbstbestimmung – auf dem instrumentellen Charakter von Maschinen bestehen und zur individuellen Selbstbehauptung psychischer Integrität Maschinen eben auch wie Dinge behandeln.“); zur Selbstbehauptung des – menschlich gesetzten – Rechts in der digitalisierten Welt auch *Hans Peter Bull* Der „digitale Staat“ und seine rechtliche Ordnung, ZRP 2015, 98 (100 f.); *Boehme-Neßler* Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts (Fn. 103), 3035 ff.

Leitsätze des 2. Referenten über:

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen

(1) Der Verwaltungseinsatz der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik reicht Jahrzehnte zurück. Jüngere und jüngste Ausformungen des E-Government, vor allem der automatisierte Verwaltungsvollzug, stellen jedoch neuartige Anfragen an das Recht.

II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung

1. Kommunikation und Zugang

(2) Mit dem Ausbau der elektronischen Kommunikation und des elektronischen Bürgerzugangs zur Verwaltung werden Gestaltungsideale der Effizienz und Kundenorientierung verfolgt. Im Staat-Bürger-Verhältnis ergeben sich daraus keine wesentlichen Rechtsprobleme.

(3) Die bundesstaatliche E-Government-Vernetzung mag eine weitere Zentralisierung von Kompetenzen erfordern. Zugleich kann der Prozess eine kritische Reflexion über die Aufgabenverteilung im Bundesstaat veranlassen, zudem zu einem Labor für die Entwicklung innovativer Entscheidungsverfahren werden, insbesondere nach dem Mehrheitsprinzip.

2. Elektronischer Verwaltungsvollzug

(4) Der virtuelle Behördengang wirft rechtsstaatliche Fragen der Verfahrens- und Organisationsgestaltung auf. So bedarf es einer angemessenen Sicherungsinfrastruktur; einer gegenwartsgerecht neuen Umsetzung der Idee der verstetigenden Schriftlichkeit, der Sicherung von Verfahrensrechten, der Gewährleistung von Behördenzuständigkeiten und einer Abstimmung des sich herausbildenden Informationsverbundes auf das

datenschutzrechtliche Zweckbindungsprinzip. Das Verwaltungsrecht stellt sich auf diese Anforderungen ein.

(5) Qualitativ neuartig wirkt die zunehmende materielle Vollzugsautomatisierung. Wenngleich die (Teil-)Automation des Verwaltungsverfahrens kein neues Phänomen ist, wurde der vollautomatisierte Erlass von Verwaltungsakten 2016 erstmals gesetzlich geregelt.

(6) Ein Verwaltungsakt setzt keine menschliche Willenserklärung voraus, sondern allein die Rückführbarkeit konkret-individuellen Bewirkens auf den Staat. § 35a VwVfG bestätigt diese Zurechenbarkeit für den Fall der Vollautomation und regelt einen diesbezüglichen Gesetzesvorbehalt.

(7) Mit dem Ausschluss der Vollautomation bei gesetzlich eröffneten Beurteilungs- und Ermessensräumen zieht § 35a VwVfG eine den Untersuchungsgrundsatz abstützende Grenze. Die Sachgerechtigkeit dieser Grenze erscheint aber fraglich. Die eigentlichen Herausforderungen der Vollzugsautomation liegen auf einer grundsätzlicheren Ebene.

III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt

1. Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung

(8) Eine weitere Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung liegt nahe. Faktoren sind die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger, der Ausbau des Internets der Dinge, die Weiterentwicklung von Big Data-Anwendungen und maschinellem Lernen sowie die Hoffnung auf Effizienz, vor allem Mitteleinsparungen.

(9) Mögliche weitere Anwendungsfelder eines noch stärker automatisierten Verwaltungsvollzugs sind – über die Steuer- und Sozialverwaltung hinaus – die Steuerung der Verkehrs- und Energienetze, die Wirtschaftsaufsicht, der Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften, die kommunale Bürgerverwaltung und die Gefahrenabwehr durch algorithmenbasierte Straftatenprognose. Anwendungen sind auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar.

2. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung

(10) Die Automatisierung kann in erheblicher Weise der Effizienz, Objektivität und Gleichheitsgerechtigkeit des Gesetzesvollzugs dienen. Zugleich ist zu gewärtigen, dass sich der Algorithmus auf Standardisierung und Erfahrung, nicht auf Vorausdenken stützt. Es droht eine maschinenhaft-lückenlose Anwendung des Gesetzes ohne Gespür für den Einzelfall,

ohne Toleranz und menschliches Maß. Dies kann Freiheitsräume einschnüren und sich abträglich auf die Akzeptanz des Rechts auswirken.

(11) Die Vollzugsautomatisierung strahlt auch auf das Recht selbst aus. Einerseits kann das Erfordernis der Gesetzesübersetzung in einen Algorithmus die Gesetzesinhalte neu bewusst machen und auf die Klarheit, Einfachheit und Konsistenz des Rechts hinwirken. Andererseits können die Funktionsbedingungen der Computertechnik, die Interpretationsmacht des Programmiers und die regelbildende Kraft des Algorithmus eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs erzeugen, die die Legislativ- und die Exekutivfunktion verschwimmen lässt und der Judikative den sicheren Prüfungsmaßstab nimmt.

(12) Wenn der Staat den Gesetzesvollzug automatisiert, macht er sich bemerkenswerte Innovationen der Privatwirtschaft zunutze. Doch drohen auch Abhängigkeiten und Kontrollverluste. Rücken IT-Unternehmen nahe an den Staat heran und prägen sie den Vollzug mit, wirft dies Fragen nach Zurechnung und Verantwortung auf.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

1. Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes

(13) Die Wahrung der politischen und der privaten Freiheit wird unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gelingen und die Digitalisierung wird diesen Freiheiten sogar dienen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung gepflegt und fortgebildet wird. Die demokratischen und rechtsstaatlichen Eigenleistungen der Legislative, Exekutive und Judikative bleiben hierdurch gesichert.

2. Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs

(14) Das Gesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann er auch eine Automatisierung des Vollzugs wirksam anleiten. Aus demokratischen Gründen ist es unerlässlich, das Gesetz in menschliche Sprache zu fassen. Der Vorschlag, das Parlament solle Vollzugsalgorithmen beschließen, ist abzulehnen.

(15) Nur das in Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist für den Bürger verständlich und in seinen Wirkungen vorhersehbar.

(16) Das abstrakt-generelle, typisierende Parlamentsgesetz hält Freiheitsräume normativ offen, auch zukunfts offen, und sichert rechtliche Gleichheit. Ungeachtet technischer Erkenntnismöglichkeiten kann es deshalb geboten sein, bestimmte Erkenntnisse als tatbestandlich unerheblich zu qualifizieren. Oftmals sind Unbestimmtheiten auf Tatbestands- und Rechtsfolgen-seite auszugestalten, die es der Exekutive überantworten, Freiheit und Gleichheit im Einzelfall zu sichern. Selbst punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite, die sich aus der Fassung des Gesetzes ergeben, können Freiheit schonen und die Staatsmacht menschlich erscheinen lassen. Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist.

3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug

(17) Die Automatisierung ist eine Vollzugsoption. Wird sie gewählt, kann die Verwaltung die Gesetzesbindung in erster Linie dadurch sichern, dass sie Controllingstrukturen entwickelt, die die Programmierung und Implementierung des Vollzugsalgorithmus begleiten. Hinzu tritt eine korrespondierende Vollzugsüberwachung.

(18) Räumt das Gesetz dem maschinell gefundenen Ergebnis Vorrang vor dem materiell richtigen Ergebnis ein, wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs verfehlt. Die Form der Rechtsverordnung verbietet sich für Programmablaufpläne und den Maschinencode.

(19) Dass der Verwaltungsbeamte die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz in jedem Einzelfall nachprüfen kann, ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.

(20) Der Vorschlag, Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, führt nicht weiter; zum einen wegen der Komplexität der Systeme, zum anderen, weil der Algorithmus nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft.

(21) Auch unter den Bedingungen der Automatisierung ist das materielle Gesetz Fundament der Entscheidungsbegründung. Je dunkler das Verfahren bleibt, desto stärker muss sich die Entscheidung aus dem Gesetz ableiten lassen. Allenfalls aus gleichheitsrechtlichen Gründen kann es geboten sein, bestimmte Kriterien von Vollzugsalgorithmen abzudecken, wenn Einzelne aufgrund privater Datenmacht auf diese rückzuschließen imstande sind, andere dagegen nicht.

(22) Auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber automatisch getroffenen Entscheidungen kann allein dann gelingen, wenn das Gesetz

als Maßstab aktuell verbindlich bleibt und der Algorithmus auf die Intervention hin angepasst werden kann (vgl. Art. 22 DSGVO).

(23) Eröffnet das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, überbringt es einen Auftrag zur situationsgerechten Auslegung und Anwendung. Diesen Auftrag kann die Verwaltung mittels Vollzugsautomatisierung nur in engen Grenzen erfüllen.

4. Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes

(24) Der Richter ist zur eigenen, nachvollziehenden Rechtsanwendung und auch Rechtsfortbildung berufen. Diese Aufgabe kann er nur dann wahrnehmen, wenn sein Entscheidungsmaßstab das in Sprache gefasste, eine Auslegung ermöglichende Gesetz bleibt. Genauso wie der Verwaltungsakt ist der Algorithmus Gegenstand der Rechtsprechung.

5. Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz

(25) Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite kann sich das allgemeine Gesetz für eine Vollzugsautomatisierung öffnen oder sich einer solchen Automatisierung verschließen. Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zwischen Regelfällen und Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte oder Entscheidungsarten beschränkt bleiben. Jedenfalls die Vollautomatisierung bedarf einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung.

(26) Die verfahrensrechtliche Option, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen, erweitert die Möglichkeiten der grundsätzlichen Vollautomatisierung. Diese Option drängt sich nicht zuletzt in den Fällen auf, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht.

6. Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft

(27) Das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip setzen die Zurechenbarkeit von Macht voraus. Rückt die Wirtschaft im Zuge der Digitalisierung an den Staat heran, beansprucht sie Fremdbestimmung. Die Einfluss- und Verantwortungssphären sind hier klar abzugrenzen. Die Zurechnung zum Staat könnte dabei auszudehnen sein, wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlich zertifiziert ist. Den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen hat der Staat vollumfänglich zu

verantworten. *Private Datenmacht ist durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden.*

V. Menschliches Recht

(28) Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung wir uns als Menschen unterstellen wollen. In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit gilt es, einen legislativen, exekutiven und judikativen Vorbehalt des Menschen zu bestimmen. So muss Technik nicht unmenschlich sein. Das Recht kann sie in den Dienst des Menschen stellen.

3. Aussprache und Schlussworte

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

Christian Waldhoff: Eine Strukturierung der Diskussionsbeiträge ist nicht ganz einfach. Ich werde versuchen, vom eher Grundsätzlichen zu den speziellen Fragen vorzugehen. Ich werde immer drei Diskutanten vorab informieren. Wir kommen zunächst zu den grundsätzlichen Fragen.

Pascale Cancik: Ich bin ein bisschen überwältigt, dass ich bei Grundlagenfragen eingeordnet wurde. Ich gebe mein Bestes, aber ich bin nicht sicher, ob es wirklich eine Grundlagenfrage wird. Ich wollte gerne drei Anmerkungen und Fragen formulieren, auf zwei sehr unterschiedliche und sehr inspirierende Referate. Inspirierend wegen der Themenstellung, die uns doch eine Menge Fragen stellt, die wir eben noch nicht beantworten können, sondern bei denen wir Zeitzeugen eines Lernprozesses sind. Mein erster Punkt ist der Verlust an Verwaltungseffizienz als Problem. Bei *Hanno Kube* ist das angedeutet mit dem Aspekt „Menschlichkeit“. Aus verwaltungswissenschaftlich-soziologischer Sicht wird man sagen können: Das ist eben auch eine Frage gelingender Verwaltung. Wieviel Verwaltungseffizienz braucht man eigentlich, damit Verwaltung gelingt? Ich kann das natürlich nicht beantworten, aber ich finde es interessant, dass diese Frage erneut auftaucht. Mein zweiter Punkt ist die Ablehnung der Algorithmisierung als Aufgabe des Gesetzgebers. *Hanno Kube* hat das sehr deutlich vertreten. Das ist mir zunächst auch sehr sympathisch, es wirft aber Folgefragen auf. Die erste Frage ist, ob gleichsam der Verwaltung die „Verdunklungsfunktion“ zugewiesen wird und ob das eigentlich für die Realität ein gutes Modell ist. Es basiert ja auf der Annahme, dass das Verständnis von Recht durch das Gesetz transportiert wird und dementsprechend ist dann auch die Forderung nach dem klaren und verständlichen Gesetz zentral. Die Frage ist nur: Ist das in der Realität eigentlich so? Oder ist es nicht doch oft so, dass die Verwaltung eigentlich der „Verständlichmacher“ des Rechts ist. Und wenn das so ist, was bedeutet es eigentlich, wenn sie jetzt doch im gewissen Sinne in eine Position geschoben würde, in der sie die Algorithmisierung verantwortet und nicht das Verständlichmachen? Die zweite Fol-

gefrage ist: Was bedeutet es eigentlich für das Know-how im Parlament, wenn das Parlament mit Algorithmisierung gar nichts zu tun hat? Mein dritter Punkt: Wie wird über Kommunikationsverschiebung nachgedacht? Wir haben Erfahrungen gesammelt im Zusammenhang mit dem Rückbau des Widerspruchsverfahrens. Da ist ja eine Kommunikationsgelegenheit sehr stark zurückgebaut worden. Die unmittelbare Folge war, dass sich die Kommunikationen verschoben haben in informale Kommunikationsbeziehungen. Das geschah nicht nur auf Wunsch von Bürger*innen, sondern gerade auch auf Wunsch der Verwaltung. Vielleicht erinnern Sie sich, dass irgendwann einmal durch die Zeitung ging, dass die Finanzverwaltung in Hannover dringend alle von einem Steuerbescheid Betroffenen um Rückruf gebeten hat, damit sie Fehlerkorrekturen vornehmen konnte. Das heißt, die Funktion des Widerspruchsverfahrens, eine Lernmöglichkeit und Fehlerkorrekturmöglichkeit für die Verwaltung zu sein, wurde plötzlich ganz deutlich. Meine Frage ist jetzt: Wenn wir eine zunehmend starke Controllingaufgabe der menschengestützten Verwaltung haben, werden wir eigentlich ein Revival des Widerspruchsverfahrens erleben? Vielen Dank.

Matthias Mahlmann: Hier bin ich. Es lohnt sich nicht, mich anzuschauen, aber hier bin ich. Sie können jetzt auch gleich wieder wegschauen, nachdem Sie das bestätigt gesehen haben. Wieso lachen Sie? Meine Frage richtet sich auf einen roten Faden, der, glaube ich, beide Referate verbindet, nämlich die Frage der normativen Einhegung dieser Versprechen und die auch tatsächlich begrüßenswerten Versprechen von E-Government. Meine Frage lautet, ob ein Aspekt dieser normativen Einhegung sich vielleicht auf die Rolle von Juristinnen und Juristen bei der Rechtsanwendung richten könnte. Es ist eine alte Diskussion, ob Juristen und Juristinnen eigentlich Automaten sind und, aus meiner Sicht jedenfalls, ist es eine auch sprachtheoretisch abgesicherte Erkenntnis, dass die Rechtsanwendung ein sehr viel komplexerer Vorgang ist. Meine Frage lautet, ob vielleicht eine Dimension und auch eine Problemdimension dieser Diskussion eine aus sprachtheoretischer Naivität geborene rechtshermeneutische Naivität ist?

Paul Kirchhof: Heute Morgen bin ich hierhergekommen in der Hoffnung, ein Rechtskonzept zum Umgang mit der Digitalisierung zu erhalten. Diese Hoffnung ist voll erfüllt worden. Wir haben beiden Referenten für eine Konzeption der Begrifflichkeit, der realitätsgerechten Problemanalyse des Organisationsrechts und der Grundrechte zu danken. Deshalb können meine Bemerkungen diesen großen Wurf allenfalls bestätigen, in drei Problemsichten vielleicht ein wenig veranschaulichen.

Zunächst möchte ich auf die Problematik hinweisen, dass wir bei der Beobachtung der Wirklichkeit in unserem PC nur eine formatierte Tatsa-

chenansicht, eine formatierte Freiheit erleben. Wenn der Mensch in seinen Garten schaut, wendet er seinen Blick hin und her, wählt den Gegenstand seines Beobachtens und Interesses beliebig aus. Sieht er denselben Garten in seinem PC, begegnet er nur einem Teilausschnitt. Der Garten im Übrigen ist ausgeblendet. Außerdem führt das Format den Blick auf ausgewählte Beobachtungspunkte. Blickt der Mensch unbegrenzt in seinen Garten, sieht er Kamille im botanischen Beet als Heilkraut, im Rosenbeet als Unkraut. In formatierter Freiheit wird sein Augenmerk vielleicht auf das Unkraut gelenkt und das Heilkraut seinem Bild entzogen. Deshalb muss der Beamte sich bei seiner Tatsachenermittlung, der Bürger bei Wahrnehmung der Freiheit, stets bewusstmachen, dass die digital erschlossene Welt nur die Teilausschnitte ersichtlich macht, die der Organisator des Digitalsystems zeigen will.

Mein zweiter Hinweis betrifft die Tatsache, dass ein Algorithmus den Menschen nach seiner Modellkonformität – erfahrungsbestimmt, nicht prognostisch – beurteilt, ein atypisches, in diesem System nicht erwartetes Verhalten deshalb zu Diskriminierungen führen kann. Wir sehen dieses bei dem steuerrechtlichen Risikomanagement. Wer sich in seiner Einkommensteuer modellkonform darstellt, bestimmt mit seiner Steuererklärung fast wie bei der Selbstveranlagung seine Einkommensteuerschuld selbst. Weicht er aber in seiner Individualität von der Regelerwartung ab – er macht eine Erfindung, erschließt sich einen neuen Markt, organisiert sein Unternehmen eigenwillig – erscheint er im System der Algorithmen als verdächtig, wird zu einem rechtsstaatlichen Risiko. Es gilt nicht mehr die Freiheitsvermutung, dass der Mensch sich grundsätzlich gesetzeskonform verhält. Vielmehr stellt der Algorithmus Individualität und Originalität unter Generalverdacht mit Entlastungsmöglichkeit. Dieses ist im Steuerrecht besonders problematisch, weil dort die Übergänge von dem Verwaltungsverfahren der Steuerermittlung und dem Strafverfahren der Steuerfahndung fließend sind, Individualität und Originalität so in die Nähe der Strafbarkeit geraten. Selbstverständlich kann der Steuerpflichtige diese Fehlleistung der Digitalisierung widerlegen. Doch macht es einen großen Unterschied, ob das Besteuerungsverfahren ein mitwirkungsbedürftiges Verwalten oder eine maschinenbestimmte Lastenzuteilung ist. Wer bei Beginn der Fahrt neben dem Fahrzeugführer sitzt und mit diesem sprechen kann, leitet das Fahrzeug besser als derjenige, der außerhalb steht und von dort aus auf die Fahrt Einfluss nehmen will. Im Gerichtsverfahren muss das rechtliche Gehör die Individualität und Besonderheit des Einzelfalls gegenüber der verallgemeinernd typisierten Regel zur Wirkung bringen, also auch Wahrscheinlichkeit und Verdacht des Algorithmus widerlegen können.

Drittens müssen wir die in der Digitalisierung angelegte unauffällige Privatisierung kritisch beobachten. Im Steuerrecht bietet eine erwerbswirt-

schaftlich tätige Genossenschaft den Unternehmen, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern das Programm, das ein Steuergesetz monopolähnlich auslegt und zur Grundlage alltäglicher Besteuerungsverfahren wird. Wer den Steuerberater nach dem Inhalt eines neuen Gesetzes fragt, erhält oft die Antwort, der Berater werde diese Frage erst beantworten, wenn „das Programm“ vorliege. In dieser Programmierung liegt eine große Chance der Vereinfachung und Systematisierung des Steuerrechts, aber auch die Gefahr, sich ein Stück weit von der Legalität zu verabschieden. Ein auf Gewinnmaximierung angelegtes Unternehmen wächst mit dem Beratungsbedarf. Die Vereinfachung und Strukturierung des Rechts ist deshalb in diesem System nicht angelegt. Zudem wird der in der Gesetzgebung geläufige Einfluss von Fachwissen und Interessentenwissen auch die privatwirtschaftliche Gesetzesinterpretation zu lenken versuchen. Schließlich wird die in den sozialen Medien geläufige anonyme Belastung anderer – des Konkurrenten, des Lehrers, des Richters – für unser freiheitliches System zu einer Bedrohung. Wenn Denunziationen und unbegründete Unrechtsvorwürfe in einer gesicherten Anonymität – diese ist Geschäftsmodell dieser Medien – möglich sind, wird die Unverantwortlichkeit zum Prinzip. Der Freie darf grundsätzlich sagen, was er will. Er steht aber mit seiner Person und seinem Namen für seine Aussage. Nunmehr spricht er aus dem Verborgenen und hat die Gewissheit, damit verborgen zu bleiben.

Jochen Frowein: Gestatten Sie jemandem, der von E-Government natürlich nichts versteht, auf eine interessante Beziehung, so scheint mir, zwischen den Referaten gestern und den Referaten heute hinzuweisen, nämlich den Referaten zur Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem. Da haben wir ja unterschiedliche Akzente gehört hinsichtlich der Wünschbarkeit von Divergenzen in der Anwendung von Rechtsnormen, die im Prinzip denselben Wortlaut haben. Dieses Problem stellt sich für heute und wir haben in dem Referat von Herrn *Kube* die ausdrückliche Bezeichnung, dass soweit Räume auf Tatbestands- oder Rechtsfolgeenseite bestehen, der Datenkonstruktion erhebliche Grenzen gesetzt sind. Ich glaube, wir werden im Laufe der Diskussion noch hören, dass durch die immer stärkere Ausgestaltung dieser Datenverarbeitungssysteme eben auch im großen Umfang das, was normalerweise der Mensch, der Verwaltungsbeamte, hier gemacht hat, tatsächlich auf solche Systeme übergehen kann. Ich finde, dass hier, und ich glaube, dass das in dem Referat von Herrn *Kube* zum Schluss ja sehr deutlich geworden ist, wirklich ein Vorbehalt formuliert werden sollte, weil die Vorstellung, dass diffizile und sensible Fragen der Unterschiedlichkeit von Tatbeständen durch nicht-menschliche Subsumption erreicht werden, das hat für mich etwas von 1984 oder Brave New World.

Jens-Peter Schneider: Nachdem Sie mich im Saal gefunden haben, dürfen Sie gerne wieder woanders hinschauen, aber wir können den menschlichen Faktor einbauen und deshalb auch von Angesicht zu Angesicht sprechen. Der menschliche Faktor ist für mich im Zusammenhang des Verwaltungshandelns allerdings ein ambivalentes Leitbild. Beide Referate empfand ich als wohltuend, da sie weder Horrordisvisionen aufwarfen noch jenseits der Ironie Utopien propagierten. Vielmehr wurde die Ambivalenz deutlich, die mit dem aktuellen digitalen Wandel verbunden ist. Gleichwohl sollten wir überlegen, ob diese Ambivalenz vielleicht noch deutlicher gemacht werden sollte. Wir alle loben die Schriftlichkeit vieler Verwaltungsverfahren als ein wichtiges Instrument zur Sicherung von Transparenz und Vorhersehbarkeit. Ich habe nochmal nachgesehen: 10 % der Deutschen sind funktionale Analphabeten. Was bedeutet das eigentlich für ein Instrument, das wir rechtsstaatlich für derart bedeutsam halten? Und wirft das vielleicht auch die Frage auf, ob wir Entwicklungen, die wie die Digitalisierung neu auf uns einströmen, nicht vorsichtiger bewerten müssen, um nicht ungleiche Maßstäbe im Vergleich zu den für uns vertrauten Prozessen anzuwenden?

Als Treiber für die digitale Entwicklung wurde in den Referaten nach meinem Eindruck zudem relativ stark die Kosteneinsparung gesehen. Vielleicht geht es aber um mehr. Ich denke, weitere Treiber werden in unserem Land relevant sein: Einer ist die demographische Entwicklung – viele öffentliche Dienstleistungen werden wir demnächst ohne Digitalisierung im ländlichen Raum schlicht und einfach nicht mehr erbringen können. Das fängt bei der medizinischen Versorgung an und setzt sich bei der Bildungsversorgung und bei vielen anderen Dingen fort. Ein anderer Faktor ist, dass wir es mit einem kulturellen Wandel in unserer Bevölkerung zu tun haben. Wir werden mehr und mehr Menschen haben, die es schlicht und einfach anders nicht mehr gewohnt, als digital zu kommunizieren, und auch deswegen wird sich die Verwaltung, will sie diesen auch menschlichen Faktor einbeziehen, der Digitalisierung öffnen müssen und dafür auch jenseits von Standortwettbewerb bereit sein.

Worauf ich auch kurz zu sprechen kommen möchte, sind Bezüge zu unseren gestrigen Diskussionen. Herr *Frowein* hatte das eben auch schon angesprochen, weswegen wir wahrscheinlich auch hintereinander platziert worden sind. Konkret interessiert mich die Wechselwirkung zu dem gestrigen Thema der Rechtsanwendungsgleichheit. Auch da ergeben sich vielleicht Potenziale, gleichzeitig natürlich auch Fragen, denn Digitalisierung mag dazu beitragen, dass in manchen Bereichen die Rechtsanwendungsgleichheit gestärkt wird und etwa diskriminierende menschliche Faktoren gemindert werden. Ferner haben wir gestern auch schon von Herrn *Augsberg* gehört, dass viele KI-Systeme in Zukunft vor allem hybride Systeme sein werden. Deswegen müssen wir aufpassen, dass wir die Debatte nicht

zu stark auf den vollautomatisierten Bereich verschieben. Viel relevanter dürfte die Hybridisierung sein, wie wir sie auch bei Predictive Policing und anderen Verfahren ganz häufig beobachten. In solchen Konstellationen müssen wir den menschlichen Faktor in Stand setzen, dass er digital aufbereitete Realitätsausschnitte nicht unhinterfragt als objektiv hinnimmt, sondern seine eigene professionelle Rationalität immer noch einmal dagegenstellt. Das führt dann zu weiteren Schlussfolgerungen: Wir brauchen für die digitale Verwaltung neue Formen der Vollzugskontrolle. Und dies hätte gestern ebenfalls noch ein Thema sein können: Inwiefern müssen wir neben der klassischen subjektiven Vollzugskontrolle, mit Widerspruchsverfahren und anderem, objektiv-rechtliche Verfahren, etwa der Fach- und Rechtsaufsicht, verstärken und besser auf die Digitalisierung einstellen? Dabei können unterschiedliche Maßstäbe gelten, etwa im Rahmen von Art. 3 GG als subjektivem Konzept einerseits und der objektiven Gewährleistung von Rechtseinheit nach kompetenzrechtlichen Vorschriften andererseits. Selbstverständlich muss man solche Konzepte einer objektiven Digitalaufsicht weiter ausbuchstabieren als es mir hier möglich ist. Vielen Dank!

Friedhelm Hase: Eine kurze Bemerkung zu dem Referat *Hanno Kubes*, der ja leider heute nicht da sein kann, und zwar zu den Thesen 13 bis 16! Dort spricht Herr *Kube* von der zentralen Bedeutung des allgemeinen Gesetzes, das klar und deutlich gefasst sein soll und den Verwaltungsvollzug anleitet, für den Bürger verständlich ist, Freiheit sichern soll. Dazu könnte man sehr grundsätzlich Stellung nehmen, ich möchte mich heute aber auf eine kurze, gleichsam empirisch orientierte Bemerkung beschränken. Man kann meines Erachtens gar nicht übersehen, dass die Realitäten dem Bild, das Herr *Kube* zeichnet, in sehr vielen Sachbereichen immer weniger entsprechen. Es ist ja nicht erst seit gestern so, dass Gesetze Generalklauseln und unbestimmte Begriffe enthalten, dass sie sich darauf beschränken, Zielvorgaben zu formulieren, die sehr allgemein gehalten, zum Teil auch direkt widersprüchlich angelegt sind. Wir werden heute Nachmittag noch über das Gesundheitsrecht diskutieren. Wenn Sie etwa das Krankenversicherungsrecht betrachten: Der Versicherte hat gegen die Krankenkasse einen Anspruch auf eine wirksame Therapie. Oder nehmen Sie das Recht der Organtransplantation. Wir haben ja das Problem der Knappheit der Spenderorgane, diese sollen nach den Kriterien der „Dringlichkeit“ und der „Erfolgsaussichten“ verteilt werden. Im Grunde ist schon aus der Anlage solcher Normen zu ersehen, dass man mit einem Subsumptionsdenken herkömmlicher Art hier nicht weit kommt.

Das zugrunde liegende Problem besteht für meine Begriffe darin, dass es in vielen Sachbereichen kein stabiles, in der Gesellschaft oder in besonderen gesellschaftlichen Sektoren anerkanntes Wissen mehr gibt, auf das

ein solches Subsumptionsdenken, das heißt die „Anwendung“ eines Textes, eines – präzise gefassten – Gesetzes, sich stützen könnte. Wissen wird, insoweit ist der Gesundheitssektor ein besonders gutes Beispiel, zunehmend instabil, es wird extrem komplex, veränderlich, disparat, uneinheitlich, experimentell. Um es etwas pathetisch zu formulieren: Die Einheit des Wissens zerfällt. Nochmals zu meinen Beispielen: Was ist eine wirk-same Therapie? Gerade in der Hochleistungsmedizin, die sehr stark innovativ ausgerichtet ist, zeichnen sich heute vielfach keine anerkannten Wissensbestände mehr ab. Oder nehmen Sie wieder das Organtransplan-tationsrecht: „Dringlichkeit“ und „Erfolgsaussichten“ einer Transplanta-tion – was bedeutet das, wie soll man unter solche Begriffe subsumieren? Das ist offenbar nicht möglich. Ich kann hier nur darauf hinweisen, dass in den vergangenen Jahrzehnten an die Stelle der Subsumption unter das allgemeine – klar und verständlich gefasste – Gesetz in weitem Umfang ein dialogisch-interaktiver Prozess getreten ist, in dem die Steuerungsimpulse des Gesetzes, die weiterhin absolut unverzichtbar sind, von einer unterge-setzlichen professionellen und rechtlichen Normbildung aufgegriffen wer-den. Im Vordergrund stehen dabei im Transplantationsrecht die Regelungen der Bundesärztekammer, die vielfach kritisiert worden sind, im Kranken-versicherungsrecht hingegen die Bestimmungen des Gemeinsamen Bun-desausschusses. Insoweit ist meines Erachtens eine folgenreiche Umorien-tierung oder Weiterentwicklung des Rechts insgesamt zu erkennen, die sich nicht zuletzt auf die zunehmende Digitalisierung des Wissens stützt, wie sie uns im Zusammenhang mit dem Aufstieg der evidenzbasierten Medizin und zumal mit Big Data in der Medizin vor Augen tritt: Eine grundlegende Umorientierung des Rechts, die meines Erachtens durch die Beschwörung des klar gefassten, verständlichen allgemeinen Gesetzes nicht mehr „einge-fangen“ werden kann.

Martin Hochhuth: Ich danke für zwei hochinformativ Referate, Ihnen, Frau *Guckelberger*, und dem abwesenden *Hanno* natürlich auch. Ich möchte ein Sicherheits- und Freiheitsproblem ansprechen: Es ist eine Bana-lität: Elektronische Verwaltung – alles Digitalisierte kann gehackt werden. Frau *Guckelberger*, Sie haben in Ihrer These 2 gesagt: 1990 schlug Vize-präsident *Al Gore* unter der Überschrift „Electronic Government“ Abhilfe-maßnahmen zum Abbau der Rückständigkeit der US-Verwaltung bei den Informationstechniken und -technologien vor. *Al Gore* ist von *Bill Clinton* als Vizepräsident ausgewählt worden, auch weil er ein Sicherheits- und Verteidigungsmann war. Das war seine Stärke und *Al Gore* hat das natür-lich auch genutzt, um die amerikanischen Geheimdienste und die Streit-kräfte auch auf den neuesten Stand zu bringen. Die These von Frau *Guckel-berger*, diese These 2, hat noch einen zweiten Satz: Diese Kurzformel (also

Electronic Government) wurde etwas später in Deutschland aufgegriffen. Liebe Kolleginnen und Kollegen, zwischen Satz 1, also was *Al Gore* mit Electronic Government gemacht hat und was die Amerikaner machen seit 1993, und Satz 2, was unsere liebe Bundesrepublik Deutschland macht, in deren Heiligtum wir hier sitzen, es gibt einen Abstand zwischen Satz 1 und Satz 2 dieser These – und zwar einen Abstand von Lichtjahren. Die technische Überlegenheit der amerikanischen Geheimdienste, berühmt geworden durch die NSA, durch *Edward Snowden*, der das aufgezeigt hat, das hat etwas mit dem Geld und mit der Entschlossenheit zu tun, mit denen die Vereinigten Staaten ihre zahlreichen Geheimdienste und die digitalisierten Abteilungen ihrer Polizeien und Streitkräfte unterstützen. In Deutschland ist das alles vollkommen undenkbar. Die Dienste sind winzig klein im Vergleich zur Bevölkerung und vor allem im Vergleich zur Wirtschaftskraft, wenn man das mit den Five Eyes, also mit den Diensten der mit uns befreundeten englischsprachigen Staaten vergleicht. Über die wissen wir so ein bisschen was. Über die mit uns nicht so eng befreundeten Staaten und deren Dienste, also z.B. die chinesischen Dienste oder die russischen Dienste, wissen wir ja so gut wie nichts. Wir wissen nur: Auch die sind groß und stark. Energienetze, Wasserversorgung, Verkehrsinfrastruktur, das steht alles, wenn man es digitalisiert hat, zur freien Hackerverfügung von irgendeinem Rechner irgendwo auf der Welt aus, den man dann sehr schwer finden kann. Und das andere was jetzt, wenn wir in diesem Saal tagen, noch näher liegt, ist Art. 20 des Grundgesetzes, die demokratischen Strukturen, die wir haben. Sie haben das alle verfolgt, meine Damen und Herren: Weil die Medien bei uns in der Bundesrepublik für *Hillary Clinton* waren, haben sie ausführlich darüber berichtet, dass der Wahlkampf von *Donald Trump* wahrscheinlich Unterstützung bekommen hat, dadurch, dass der Wahlkampf von *Hillary* gehackt wurde und beschädigt wurde. Das gilt natürlich bei jeder Wahl auf der Welt, da kann man ran und je digitalisierter es ist, desto leichter kann man auch vom Ausland aus sich da reinhacken. Ich liebe meinen Computer, wenn er funktioniert, und ich bin froh über das Internet, wie Sie alle, es entlastet uns alle. Aber wir sollten nicht unkritisch sein, verehrte Kolleginnen und Kollegen, wir sollten nicht die nützlichen Narren nicht nur der Computerindustrie sein, die an all dem ja unglaublich viel Geld verdient, sondern auch der ausländischen Dienste. Und wir sollten nicht diese gigantischen neuen Gefahren verleugnen, die durch E-Government drohen.

Kai von Lewinski: In den beiden Referaten sind die Möglichkeiten und Grenzen gezeigt worden, wie man bisherige Vektoren des Verwaltungsvorgangs und der Verwaltungsorganisation in die elektronische Welt übertragen kann, wie man das Gesetz in Code übersetzen kann, den Amtswal-

ter in den Computer und die Verwaltungsgliederung in Rechnerverbünde. Dabei ist eine, vielleicht ganz alte, verwaltungswissenschaftliche Dimension unterbelichtet geblieben; dies war nur angedeutet in beiden Referaten, ebenso bei dem, was *Paul Kirchhof* gesagt hat: nämlich die Akte, der Aktenbestand. In dem E-Government-Kontext bedeutet das, dass auch die Struktur und Strukturierung von Daten in den Blick genommen werden muss. Dabei geht es nicht nur um die Formularfelder, von denen im Vortrag von *Hanno Kube* die Rede war, und es geht auch nicht nur um die Lern- und Trainingsdaten, die Frau *Guckelberger* erwähnt hat. Bei dem bisherigen (wissenschaftlichen) Zugang zum E-Government wird die Frage von Daten hauptsächlich subjektivrechtlich diskutiert und bestimmt. Da geht es um Datenschutz, um den Amtsermittlungsgrundsatz, doch ist die Datenstruktur und die Datenstrukturierung eben auch objektivrechtlich eine ganz enorme Machtressource – die formatierte Freiheit, die ja eben schon erwähnt worden ist. Und da schien es mir, dass die Rechtsinformatik in den 1970er Jahren und vielleicht sogar die gute alte Kameralistik schon weiter waren. Quod non est in actis, non est in mundo. Diese Formalisierung der Aktenwirklichkeit, die wir für automatisierte Entscheidungen brauchen, und die Entformalisierung der Aktenwirklichkeit, die wir für künstliche Intelligenz brauchen, stellen gleichermaßen die Frage, dass eben nicht nur Wissen Macht ist, sondern auch die Aktenwirklichkeit. – Danke.

Hinnerk Wißmann: Ich möchte zunächst dem Vorstand gratulieren, dass es ihm gelungen ist, den Bundesgesetzgeber in Dienst zu nehmen und über § 35a VwVfG eine neue Geschäftsgrundlage für unser Gespräch zu schaffen; und ich danke den Referenten, dass sie die allgemeine Rechtskenntnis in diesem Kreis haben heben können, indem sie in diese neue Norm eingeführt haben. Ich fürchte, wir werden die Frage der digitalen Automatisierung der Verwaltung nicht über den menschlichen Faktor lösen können, indem wir auf die Begrenztheit der automatisierten Systeme hoffen und dem das letzte Proprium menschlicher Klugheit entgegenstellen. Ich nehme an, es kommen nachher noch Kolleginnen und Kollegen, die ausführen werden, wie die künstliche Intelligenz uns technisch betrachtet vom Felde nehmen kann. KI kann auch selber lernen; KI kann sogar Fehler einpflegen, damit alles menschlich wirkt.

Ich glaube, wir werden diese Herausforderung nicht über die technische Begrenztheit lösen können, sondern es ist eine Frage des Verfassungsrechts. Und da würde ich gerne zwei Kontrollfragen an die Referate stellen, die sich mit der vertikalen und der horizontalen Gewaltenteilung befassen.

Vertikale Gewaltenteilung: Wie verhält sich denn § 35a VwVfG und ähnliches Recht im Föderalismus? Was ist denn mit Art. 83 und Art. 28 GG? Man kann es konkret sagen: Wer schreibt denn den Algorithmus für

ein Fachgesetz? Der Bund? Beahlt der das dann auch? Treten die Länder dem dann bei? Dürfen die das überhaupt? Haben die nicht eine Pflicht zum eigenständigen Verwaltungsvollzug? Eine absurde Gegenvorstellung wäre allerdings auch auf der anderen Seite, dass jede Gemeinde oder jeder Kreis einen eigenen Algorithmus schreibt, um das Gesetz zu vollziehen. Da würde ich gerne noch etwas mehr Aufklärung erfahren.

Die zweite Kontrollfrage zielt auf das Verhältnis von Exekutive und Judikative, also horizontale Gewaltenteilung. Das ist von Herrn *Mahlmann* schon angesprochen worden: Die Wechselseitigkeit zwischen Exekutive und Judikative bei der Anwendung des Gesetzes darf man vielleicht doch nicht unterschätzen. Das soll heißen: Wenn das Gesetz durch die Verwaltung auf der Grundlage eines einheitlichen Algorithmus einheitlich angewandt wird, steht die Begründungslast für die Judikative, sie könne es aber doch besser, gegen einen Block, den es vorher so nicht gab. Das heißt, wir kommen zu einer Entmäßigung der Staatsgewalt. Ist das nicht auch verfassungsrechtlich relevant, wenn Gesetz und Vollzug nur noch formal getrennt sind?

Rechtstatsächliche Schlussfrage: Wie sieht es denn mit der konkreten Umsetzung aus? Werden diese Algorithmen schon geschrieben? Oder handelt es sich vielleicht um Symbolgesetzgebung, die die nächsten fünf bis zehn Jahre Ruhe auf diesem Feld verheißt? Dankeschön.

Ute Mager: Ich möchte eine rechtsdogmatische Detailfrage stellen und die knüpft an die These 12 im Thesenpapier von Frau *Guckelberger* an. Dort heißt es: „Entgegen anders lautender Stimmen bezieht sich das OZG, also das Onlinezugangsgesetz, auch auf die Gemeinden und Kreise“. Das hat in mir die Frage ausgelöst, welche Bedeutung denn Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG bzw. Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG für das E-Government haben. Dort heißt es: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“ Nun kann man den Aufgabenbegriff möglicherweise materiell verstehen, dann würde das E-Government vielleicht gar nicht erfasst sein. Allerdings kann man die Einrichtung eines E-Governments durchaus auch als eigene Aufgabe verstehen, zumal wenn man bedenkt, welche Ressourcen das erfordert. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob hier ein Verbot aufgestellt worden ist, bei dessen Erlass die Hürde, die damit auch für die Einrichtung eine E-Governments geschaffen wird, nicht bedacht wurde. Das knüpft an den Gedanken an, den auch Herr *Wißmann* eben geäußert hat, nämlich dass E-Government Systemkompatibilität erfordert, und da baut dieses Verbot der Übertragung von Aufgaben auf die Gemeinden durch den Bund doch eine gewisse Hürde auf.

Max-Emanuel Geis: Ich habe zwei Fragen zum Rechtsschutz und zwar Fragen, die sich im Grunde nicht kritisch an die Referenten richten, denn

ich kann ihren Gedankengang voll mitvollziehen. Ich möchte nur noch ein bisschen weiter denken.

Frau *Guckelberger*; Sie haben in Ihrer These 24 davon gesprochen, dass Widersprüche gegen vollautomatisierte Verwaltungsakte von Amtswaltern zu bearbeiten sind; das ist so gewissermaßen die Vision des Rückholrechts in die menschliche Verwaltung, von der Maschine weg, und das ist ja an und für sich sehr begrüßenswert. Nun frage ich aber, wie ist es in Bundesländern, in denen man das Widerspruchsverfahren abgeschafft hat? Ich habe vorhin gerade noch einmal kurz recherchiert: In NRW gilt der § 35a VwVfG, in Niedersachsen wohl auch, aber in beiden Bundesländern ist auch das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft und es gibt keine Gegen Ausnahme. Das führt zu dem nicht unbedenklichen Umstand, dass ich, wenn ich Rechtsschutz einlege, mich das erste Mal vor Gericht einem menschlichen Wesen gegenüber sehe. Das ist zwar vermutlich von Art. 19 Abs. 4 GG gerade noch so gedeckt, weil dieser eben nur den richterlichen Rechtsschutz garantiert, ist aber trotzdem eine eigenartige Geschichte. Das wird auch den Verwaltungsprozess irgendwie ändern, weil ich natürlich dann im Prozess den Sachverständigen nachschieben muss, der Richter selber ist zur Beurteilung des Algorithmus wohl nicht imstande. Das geht auch in die Richtung der Thesen 22 und 24 von Herrn *Kube* und da knüpft jetzt die zweite Frage oder Anmerkung an: Wenn also der Richter als Letztinterpret des Gesetzes garantiert sein muss, dann beschwört das gewissermaßen die Vision einer Algorithusrüge herauf, nämlich die Behauptung, dass der verwendete Algorithmus mit dem Gesetz nicht übereinstimmt. Dies kann dann als Begründung der Rechtswidrigkeit vor Gericht eingebracht werden – das riecht geradezu nach einem neuen Revisionsgrund de lege ferenda. Wie würden Sie das sehen?

Anna Leisner-Egensperger: *Hanno Kube* hat ja sehr schön den Unterschied im sinnvollen und grundgesetzlich zulässigen Grad der Automatisierung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten herausgearbeitet: besonders plakativ, für mich auch vollständig einleuchtend, im Kontrast zwischen dem Steuerrecht einerseits und dem Polizeirecht auf der anderen Seite. Das Steuerrecht wird zahlenfixiert vollzogen und erfahrungsbasiert, das Polizeirecht ist menschnah und in seinem Vollzug dominiert der Blick in die Zukunft; oder das sollte zumindest so sein. Auf den ersten Blick scheint die Automatisierung damit die Gräben zwischen den Rechtsgebieten zu vertiefen und man fragt sich, gerade nach dem zweiten Referat heute, ob ihre gemeinsame Behandlung im Zusammenhang des E-Government überhaupt möglich ist. Die gesetzliche Regelung ist ja auch ganz unterschiedlich: § 155 Abs. 4 AO und § 35a VwVfG. Bei genauerer Betrachtung, und darauf basiert jetzt meine Frage, geht meines Erachtens aber das Denken

in Algorithmen inzwischen viel tiefer und erfasst alle Rechtsbereiche: neuerdings eben gerade auch das Polizeirecht, und das bereits bei der Rechts-erzeugung, die ja erfolgt mit Blick auf den Vollzug. Es gibt immer weniger Generalklauseln, immer mehr Fallgruppen werden aufgezählt, so dass man den Eindruck hat, dass verwaltungsintern, etwa bei der Ausbildung der Polizeibeamten, doch Computerprogramme zum Einsatz gelangen müssen, um überhaupt die Voraussetzungen für den Vollzug zu schaffen. Meine Frage daher: Wie lässt es sich langfristig verhindern, dass das Denken in Algorithmen sämtliche Rechtsbereiche erfasst und dass sich damit das Recht in seiner Gesamtheit immer mehr vom Menschen entfernt? Vielen Dank.

Christoph Engel: Ich denke, wir sollten uns über das Richtige Sorgen machen. Beide Referate hatten Sorgen über die Entscheidungsqualität. Die habe ich überhaupt nicht. Die Referate deuteten Sorgen über Diskriminierung an. Die bestehen noch, werden aber bald überwunden sein. Sie deuteten schließlich Sorgen über Transparenz an. Da sind die Lösungen nicht ganz so einfach, aber auch nicht schwer zu finden. Wo wir Sorgen haben sollten, ist das Verhältnis von Staat und Bürger.

Warum ist die Entscheidungsqualität jetzt schon kein Problem (hier widerspreche ich Herrn *Mahlmann*)? Die Rechtsinformatik ist zu Recht gescheitert, weil sie die Idee hatte, Normen seien Konditionalprogramme und das könne der Computer doch besser. So funktionieren die Algorithmen von heute nicht. Die rekonstruieren das, was sie machen, als ein Entscheidungsproblem unter hoher Komplexität und normalerweise als Entscheidungsproblem, von dem sie wissen, dass sie es nicht verstanden haben. Das ist genau, was wir Juristen auch machen. Deswegen sind wir so gut. Die Algorithmen dringen also in das Arkanum der Juristerei vor, in das, was wir im Vergleich zu anderen Disziplinen am besten können. Ich habe nicht die Zeit, zu erklären, wie sie das machen, aber ich möchte Sie bitten, mir zu vertrauen, dass die Algorithmen darin nicht nur so gut sind wie wir, sondern besser. Also ich glaube, diese Sorge sollten wir beerdigen. Wenn es uns um Entscheidungsqualität geht, müssten wir fordern, dass die Entscheidungen von Algorithmen getroffen werden. Google und Facebook können es besser als die Menschen.

Diskriminierung ist bis jetzt noch ein Problem, aber da sind technische Lösungen nicht schwer zu finden. Man muss in den Algorithmus hineinschreiben, dass er sowohl offen (das ist ganz einfach) wie (deutlich schwieriger) versteckt nicht nach Kriterien entscheiden darf, von denen wir normativ sagen, dass nach ihnen nicht entschieden werden darf. Also im Sinne etwa von gestern: Wir wollen keine Geschlechterdiskriminierung. Dann muss erreicht werden, dass der Algorithmus auch nicht indirekt das

Geschlecht lernt und entscheidungsrelevant macht; das ist ein bisschen tricky, aber es lässt sich machen.

Transparenz ist auf den ersten Blick sehr schwierig zu erreichen. Ein neuronales Netz, habe ich gestern schon gesagt, versucht niemand zu verstehen, weil das nahezu ausgeschlossen ist. Aber ich glaube, das ist auch die falsche Frage. Was wir erreichen müssen, ist herauszubekommen, unter welchen Voraussetzungen der Algorithmus welche Entscheidung fällen wird. Und es gibt eine algorithmusgeeignete Art damit umzugehen – Simulationsprogramme. Ich glaube, die eigentliche Sorge sollte sein, dass potente gesellschaftliche Akteure investieren werden darein, den Algorithmus so gut wie möglich vorherzusagen und ihn dann auszunutzen.

Jetzt ganz kurz zu dem, was ich wirklich für ein Problem halte, das Verhältnis von Staat und Bürger. Ich möchte es am Rechtsschutz illustrieren. Wir haben vorher schon Andeutungen gehört, aber ich wäre radikaler. Wenn Entscheidungen im Staat durch Algorithmen getroffen werden, dann müssen wir den Rechtsschutz umstellen. Die Sorge für den Fehler im Einzelfall wird irrelevant. Wir müssen übergehen zu einer Sorge um systematische Fehler. Das heißt, der Gegenstand des Verfahrens kann nicht mehr der Einzelfall sein, sondern nur der Algorithmus. Deswegen müssen wir Verwaltungsprozesse haben, in denen man den Algorithmus prüfen kann. Dafür genügt es nicht, den Code zu lesen. Was die Gerichte haben müssen, ist Zugriff auf den Datenbestand. Denn nur aus dem Zusammenwirken zwischen dem großen Datenbestand einerseits und der spezifischen Weise, den Datenbestand zu nutzen, kann man erfahren, in welcher Weise Entscheidungen getroffen werden. Wir werden also im Verwaltungsprozess das funktionelle Äquivalent der Class Action brauchen.

Indra Spiecker genannt Döhmman: Ich möchte noch einmal ganz vorne anfangen. In beiden Referaten klang ein gutes Stück an, dass die Technik im E-Government ein Tool bleibt, ein Mittel, das die Verwaltung einsetzt und das sie deswegen auch beherrschen kann. Und Herr *Engel* hat das schon deutlich gemacht: So einfach ist das nicht mehr angesichts dessen, was Technik mittlerweile kann. Das klingt auch an, wenn *Hanno Kube Lawrence Lessig* mit „Code is Law“ zitiert. Mit diesem Schlagwort bekommt man ein erstes Mal zu fassen, wie stark dann die Technik eigentlich das Recht determiniert. Diesen Gedanken sollte man einmal reformulieren. Das, worum es geht, ist nämlich, dass wir nicht mehr nachrationalisieren können – etwas, das wir klassischerweise im Verwaltungsverfahren tun, etwa über Begründungspflichten. Etwas, das wir auch im Verwaltungsprozess tun. Dies ist künftig nicht mehr möglich, weil die Algorithmen es gar nicht zulassen. Die Transparenzforderung in Bezug auf die Inhalte und Funktionsweise von Algorithmen, die man immer wieder hört, ist daher

gar nicht erfüllbar, und zwar technisch gar nicht erfüllbar. Und damit überlassen wir Juristen auch die Herstellung der Normativität dem Algorithmus. Das aber nimmt uns das, was wir eigentlich genuin für uns als Juristen beanspruchen, nämlich beurteilen und werten zu können, und was wir klassischerweise in dem gewaltenteilenden System den einzelnen Gewalten in unterschiedlichen Ebenen zuweisen. Auch diese Kontrollierbarkeit verlagert sich, genauer: Sie wird unmöglich.

Zweiter Punkt: Wir geraten in eine Abhängigkeit von Plattformen, und diese Besorgnis möchte ich gerne nochmal stärker machen. Es geht nicht nur darum, dass ein bestimmter Anbieter ein bestimmtes Produkt oder einen Service zur Verfügung stellt, welche der Staat einkauft. Sondern der Staat kann so, wie heutzutage IT funktioniert, nur vorgeben, was die Ziele sind. In der Folge sind es die fremden Plattformen, die er einsetzt, welche die Ziele tatsächlich umsetzen und die über Schnittstellen, über Add-on-Dienste, über Verbindungen die ganze Steuerung und Ausgestaltung des E-Government und damit auch seiner Inhalte leisten oder jedenfalls wesentlich bestimmen. Dann entsteht ganz schnell eine neue, stark gebündelte Macht. Vor diesem Hintergrund sollte man auch über Begrifflichkeiten nachdenken. Der Begriff des E-Government verhüllt diese Brisanz. Vielleicht wird ein Begriff wie „Admin Tech“ – statt „E-Government“ in der Anlehnung an „Legal Tech“ der Problematik eher gerecht. Denn auf einmal entsteht tatsächlich eine ganz neue Qualität an Entscheidung.

Dritter Punkt, ganz grundsätzlich: Ich störe mich daran, dass wir alle die Zielsetzung des E-Governments, „Kundenorientierung“ herbeizuführen, akzeptieren. Das hat bis jetzt niemand kritisiert. Warum ist der Bürger ein „Kunde“ eines Gewaltmonopolisten? Das muss uns doch eigentlich bitterböse aufstoßen, dass wir diese Dichotomie von Bürger und Staat aufgeben und dass wir in völliger Selbstverständlichkeit die Verantwortungsauflösung, die darin steckt, hinnehmen. Dass es diese gibt, sehen wir; im Steuerrecht erleben wir das sehr deutlich, weshalb es sehr klug war, dass *Hanno Kube* diese Beispiele herangezogen hat. Diese Neuorientierung und die darauf basierende Verantwortungsauflösung machen auf einmal den Bürger rechenschaftspflichtig und nicht umgekehrt. Diese Entwicklung wird durch den Einsatz von Algorithmen noch mal verstärkt. Jegliches Abweichen von der Norm, was zukünftig unter den Bedingungen des E-Government Arbeit macht, wird rechtfertigungspflichtig; es ist negativ konnotiert und deswegen auch rechtlich negativ vorbewertet. Damit gerät der Bürger in eine Rechtfertigungsschleife für Dinge, Technologien und Verhalten, die er möglicherweise gar nicht rechtfertigen und schon gar nicht kontrollieren kann. Denn wie soll der Bürger, und da bin ich ganz bei Herrn *Engel*, eigentlich Algorithmenkontrolle betreiben? Das ist ja illusorisch.

Ich möchte aber nicht ganz so negativ sein und deshalb wenigstens ganz kurz darauf hinweisen, dass wir uns umgekehrt auch Gedanken machen müssen, wo sind die Algorithmen eigentlich besser als der Mensch? Im Bereich des Predictive Policing ist der Einsatz von Algorithmen etwas, das in beide Richtungen weisen kann.

Vorletzter Punkt: Ganz kurz zum Akteneinsichtsrecht. Das ist die These Nr. 28 bei Frau *Guckelberger*. Hier möchte ich vehement widersprechen. Wenn wir die Verwaltungsreformen in den letzten Jahren anschauen, hat der Einfluss des Bürgers darauf, was die Verwaltung entscheidet und wie sie das tut, systematisch abgenommen. Die Anhörung, die jetzt verschiedentlich anklang, ist doch längst zur Farce verkommen: Wenn ich diese in der letzten mündlichen Verhandlung nachholen kann, dann kann man es auch gleich ganz lassen. Wer wird jetzt noch seine Ansicht ändern? Das sagt uns die Psychologie ganz deutlich. Wenn wir jetzt auch noch das Akteneinsichtsrecht nach hinten verschieben, wie soll denn dann noch die Verwaltung, die ja auch eigene Interessen hat, überhaupt noch den Bürger aktiv integrieren? Das erscheint mir ganz gefährlich und als eine rechtsstaatlich nicht mehr vertretbare Isolierung staatlichen Entscheidens vom Bürger und Souverän.

Und dann als letzten Punkt noch ganz kurz zur These 13 und folgende von *Hanno Kube*, dass wir das Gesetz in seiner Anordnung und die Determinierung des Einzelnen auseinanderhalten müssen. Diesen Aspekt möchte ich noch einmal verstärken. Letztlich steckt dahinter die Auflösung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Gegenwärtig überlassen wir dem Einzelnen zu entscheiden, wann er eine Gesetzesanordnung nicht befolgt. Das ist Ausdruck seiner Freiheitlichkeit. In gewisser Weise kann man sagen, wir kennen ein Recht darauf, sich rechtswidrig zu verhalten. Wenn wir aber tatsächlich den Gesetzesvollzug zu 100 Prozent durchsetzen, existiert keine Freiheitlichkeit mehr, und wir haben auch keine Verhältnismäßigkeit der Mittel mehr, weil dann der Verstoß gegen das Parkverbot mit gleicher unerbittlicher Härte verfolgt wird, wie der Verstoß gegen das Tötungsverbot. Und das ist dann doch ein bisschen absurd. Vielen Dank.

Ulrich Stelkens: Ich wollte auf die Auswirkungen des E-Governments oder der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtswissenschaft eingehen. Bei beiden Referaten haben wir zwei Stufen der Digitalisierung im Verwaltungsrecht gesehen, die ganz unterschiedlich das widerspiegeln, was im Verwaltungsrecht geschieht. Die erste Stufe war der ganze Bereich „papierloses Büro“, der sich nur auf die Kommunikation mit dem Bürger bezog, möglichst über E-Mail, aber dennoch auf sichere Weise, ohne dass irgendeine weitergehende Vision dahinter stand. Es ging darum, dass kein Medienbruch stattfinden sollte. Die Frage, warum kein

Medienbruch stattfinden sollte, war eigentlich unerheblich. Ob der Bürger vielleicht gar nichts dagegen hat, dass ein Medienbruch stattfindet, weil es für ihn einfacher ist, etwas abzuheften als sich um eine sichere Speicherung von E-Mails zu kümmern, war eine Frage, die nicht gestellt wurde. Bei dieser ersten Stufe hat man aber auch schon gesehen, dass sich „Digitalisierung“ in der herkömmlichen Gesetzessprache gar nicht abbilden lässt. Spätestens wenn man entsprechende Gesetze kommentieren muss, merkt man, dass es „digitale Signaturen“, „qualifizierte elektronische Signaturen“ oder auch „Blockchain“ in der realen Welt nicht gibt. Der Gesetzgeber verwendet eine reine Kunstsprache, die auf Kunstdefinitionen verweist, unter denen sich niemand etwas Plausibles vorstellen kann, wenn er nicht genau weiß, was gemeint ist. Nun gibt es sicherlich viele Gesetze, die Fachsprache oder auch chemische Formeln usw. verwenden, die nur Fachleute verstehen. Aber Regeln im allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz richten sich eben an alle und da sollte jedenfalls der „normale“ Rechtsanwender schon eine Vorstellung haben, auf was sich eigentlich die Norm, die er anwendet, bezieht. Und das ist nicht immer gegeben. Teilweise waren und sind diese Regelungen der ersten Stufe dann auch sehr kleinlich. Der Gesetzgeber versuchte z.B. um jeden Preis Rechtssicherheit dahingehend zu schaffen, dass irgendein Bescheid nach drei Tagen auch wirklich als zugestellt gilt. Man hätte sich auch auf den Standpunkt stellen können, dass der Bürokratie-Preis, der für diese Art von Rechtssicherheit bezahlt wird, für die paar Bescheide, die angefochten werden, vielleicht etwas zu hoch ist.

Die zweite Stufe der Entwicklung des Verwaltungsrechts durch Digitalisierung ist eigentlich eine Rückkehr zu der Automatisierungs-Diskussion aus den 1950er und 1960er Jahren. Es ist erstaunlich, wie diese Untersuchungen zur „Verwaltung durch Maschinen“ exakt das alles aufgenommen haben, was wir heute diskutiert haben – bis hin zu der auch heute angesprochenen Frage, ob ein gnadenlos-schematischer Gesetzesvollzug durch Verwaltungsautomatisierung eigentlich erträglich ist. Es wurde gefragt, weshalb mir nachts eine Ampel sagen können darf, dass ich halten soll, wenn ich genau weiß, da ist nichts? Man hat das damals mit dem Argument akzeptiert, ein bisschen warten schadet ja nichts. Die Grundprobleme des automatisierten Gesetzesvollzugs waren aber damals eigentlich schon sehr weit aufgearbeitet gewesen.

Heute können wir uns allerdings auch fragen: Führt die Automatisierungsdiskussion nicht dazu, verwaltungsrechtlich die „flutende Masse der Verwaltungstätigkeit“ zu rekonstruieren? Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat diese eigentlich dekonstruiert, indem sie im Grundsatz diese „flutende Masse“ ignoriert und nur isoliert einzelne Rechtsverhältnisse in den Blick genommen hat. Auch das Verwaltungsverfahren

rensgesetz stellt praktisch allein auf die individuellen Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger ab. Die Automatisierung verlangt jetzt aber, die Verwaltungstätigkeit wieder holistisch zu betrachten und etwa das Ressortprinzip, die Frage der Wissensorganisation, aber auch einzelne Verwaltungsverfahren letztlich zusammenzuziehen. Beweisermittlung scheint etwa teilweise weniger in einzelnen Verfahren stattzufinden, sondern wird vorab allgemein organisiert. Rechtsanwendung und Entscheidungsvollzug gehen ineinander über. Und das führt zur Frage, ob eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts unter diesen Bedingungen ausreicht, oder ob nicht eher ein Allgemeines Verwaltungsgesetz gefordert ist. Es ist jedenfalls deutlich, dass die Perspektive nachträglichen Rechtsschutzes, die schon angesprochen worden ist, allein nicht ausreicht, um diese Phänomene zu erfassen, sondern dass letztlich die Perspektive der ihre Ablaufprozesse organisierenden Verwaltung eingenommen werden muss. Vielen Dank.

Karl-Heinz Ladeur: Die beiden Referate haben uns einen kompetenten Überblick über das deutsche E-Government gegeben – über den *Zustand* dieses E-Governments heute. Aber man muss hinzufügen, das ist nur zum Teil angeklungen, dass es sich um einen sehr traurigen Zustand handelt. Ich glaube, dass es schon bei der Begrifflichkeit anfängt. Man sollte viel mehr von *E-Governance* statt von E-Government sprechen. Das deutsche Konzept des E-Governments, und das haben die Referenten mit Recht betont, ist sehr stark bestimmt von einer, wie ich jetzt sagen würde, autistischen, selbstbezüglichen Sicht der Verwaltung auf das, was sie bisher unter *Verwaltungsvollzug* verstanden hat. Nach meiner Ansicht müsste man zunächst einmal sehr viel genauer den Blick auf die fundamentalen Veränderungen werfen, die die Digitalisierung der Gesellschaft mit sich bringt, und damit wären ganz grundlegende Herausforderungen verbunden, die weit über das hinausgehen, was E-Government bisher aufgegriffen hat. Ich will das am Beispiel der Regulierung zeigen. Die Regulierung hat in erster Linie ja mit Technologien zu tun – im weiteren Sinne –, und man muss im Zuge der Digitalisierung beobachten, dass alle Hochtechnologien heute High-Knowledge-Technologien sind. Das heißt: Diese Technologien haben nicht mehr bestimmte Produkte zum Ziel, sondern sie prozessieren Informationen auf eine selbst veränderliche Weise. Diese Informationen werden ständig rekodiert und reprozessiert. Und das bedeutet, dass die Sichtweise der Regulierung sich ebenfalls darauf einstellen muss, dass wir es mit einem Prozessieren von Informationen zu tun haben und nicht mehr mit der Hervorbringung von Produkten. Das zeigt sich im Beispiel des Medienrechts und der Medien. Das bedeutet, dass wir immer weniger unterscheiden können, welche Informationen welchem Medium dienen, welches der Gegenstand der einzelnen Information ist. Das ist eine komplexe Architektur, in

der die Informationen ständig umkodiert werden – ob es sich um ein Fernsehprogramm handelt, ein abrufbares Video, eine Steuerinformation oder eine Information, die daraus abgeleitet wird, um Werbebeiträge zu gewinnen und wieder einzuspeisen usw. Und darauf ist das Medienrecht überhaupt nicht eingestellt. Man muss sich zum Vergleich auch die anderen Technologien vor Augen führen, mit denen wir es in Zukunft zu tun haben werden: Die Gentechnik ist auch im Grunde eine Informationstechnik ebenso wie die Nano-Technologie. Und das bedeutet, das sind Technologien, die man nicht mehr ex ante steuern kann; das heißt aber nicht, dass man sie sozusagen völlig frei sich selbst prozessieren lassen kann, sondern die Regulierungsverwaltung muss sich ihrerseits darauf einstellen, dass sie sich in der Form von Algorithmen – und zwar in der Form von Algorithmen, die nicht nur auf bestimmte Produkte festgelegt sind, sondern die auf Prozesse eingestellt sind – an diesem Prozess beteiligen muss und kann. Aber das wird nur in einer privat-öffentliche Kooperation möglich sein, die mit Verwaltungsakten nur noch am Rande zu tun hat. Neue Formen der Regulierung würden es erlauben, sozusagen in Echtzeit, weil es sich eben um dynamische *Prozesse* handelt, Interventionen in Entwicklung der Nanotechnologie, der Gentechnologie usw. vornehmen zu können. Ein weiteres Beispiel dafür, wie die Verwaltung für die Regulierung sehr viel mehr Handlungskompetenz entwickeln kann, wäre z.B. der Pflanzenschutz. Es ist heute längst denkbar, Pflanzenschutz über den Einsatz von Biomarkern zu reorganisieren. Das heißt, man würde z.B. bestimmte Pflanzenschutzmittel mit einer Markierung versehen, die über Großcomputer erfasst werden kann, und dann kann man die Wirkungen von Pflanzenschutzmitteln, Chemikalien, auf die Natur erfassen. Man kann dann sozusagen – auch wenn das jetzt etwas ambivalent klingt – sogar von einem „Internet der Natur“ sprechen, also die Natur selbst als einen Kommunikationsprozess zu kodieren, der ja sowieso stattfindet, den wir aber mit Mitteln der Computertechnologie lesen können. Daraus können sich ganz wichtige Konsequenzen für ein neues intelligentes „Kontrollprojekt“ ergeben.

Ulrich Jan Schröder: Das Recht ist für die Menschen da, das Recht wird von den Menschen gemacht, alle Staatsgewalt geht von Menschen aus – das ist das Demokratieprinzip –, und dann ist es ja auch naheliegend, dass das Vehikel, also der Gesetzesanwender, und der Dolmetscher der Gesetze auch der Mensch ist. Aber ich will einmal die Perspektive umkehren und fragen: Ist nicht der Mensch auch eine Black Box? Arbeitet Wahrnehmung nicht auch formatiert, unterliegen wir nicht Vorurteilen, Klischees und Selektionen, und interpolieren und extrapolieren wir nicht? Ist es nicht sogar so oder kann es nicht sogar so sein, dass wir in unserer anthropologischen Konstitution nicht verfassungskonform ausgestattet sind? Dass wir

vielleicht xenophob sind? All das ist ja denkbar, und all das wird ja auch wissenschaftlich vertreten. Und dann ist es vielleicht die Aufgabe, diese Wahrnehmungsschwäche, diese Verfassungswidrigkeit in der konstitutiven Grundausrüstung des Gesetzesanwenders auch wieder zu korrigieren. Deswegen ist vielleicht das Grundproblem, das wir bei der Anwendung von Algorithmen haben, schon eines, das wir bei dem Menschen haben, der die Gesetze anwendet. Vielleicht arbeitet der menschliche Kopf ja auch nach Algorithmen. Das ist jetzt nur eine Zuspitzung. Das Recht hat ja auch Lösungsmittel gefunden, um sich daran abzuarbeiten und den menschlichen Faktor in seinen Fehlbarkeiten zu korrigieren. Die Ermessensfehlerlehre ist eigentlich so ein Korrekturmechanismus. Man rekonstruiert, besser gesagt: Das Gericht rekonstruiert teilweise Ermessenserwägungen. Die Begründung, die gegeben werden muss, muss nicht stimmen. Das Gericht trägt nachträglich eine plausible Erklärung heran, um damit zu rechtfertigen, wie gehandelt wurde. Die gerichtliche Kontrolle des Beurteilungsspielraums findet in ganz ähnlicher Weise statt, das heißt, es wird rekonstruiert, was eine rechtlich richtige Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe gewesen wäre. Oder die Frage: Wie geht man denn um mit Racial Profiling, das im Vorfeld einer Verwaltungsentscheidung geschieht? Da haben wir zwar eine starke grundrechtliche Bindung beim Umgang mit den Daten – also das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das ein Rechtsregime für die Erhebung, für die Speicherung und für die Verwendung und Übermittlung der Daten diktiert und bildet –, aber wenn jetzt so ein Programm in einem Vorfeldstadium entgegen Art. 3 Abs. 3 GG nach der Hautfarbe die Rückfallquote von Straftätern ermittelt, dann aber im verwaltungsinternen Verfahren das Ganze noch korrigiert wird, ist das dann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG? Oder ist man nicht eigentlich vor der endgültigen Entscheidung in der Lage, verfassungswidrige grobe Raster, die man angelegt hat, noch nachträglich zu korrigieren? § 44a VwGO besagt: Rechtsschutz gibt es gegen die Sachentscheidung. Das, was im Vorfeld war, darf eigentlich auch noch korrigiert werden. Das ist wahrscheinlich auch eine Bestimmung, die mit Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang steht: Der Bürger wird erst konfrontiert mit der Endentscheidung, und die Verwaltung hat das Recht, sich bis zu dem Ende, in dem sie entscheidet, zu korrigieren. So wäre das wahrscheinlich auch bei der Anwendung von computergestützten Algorithmen.

Markus Winkler: Zwei Anmerkungen aus dem Arbeitsalltag im Hessischen Kultusministerium. Eine zu *Hanno Kubes* These 11: Die Befürchtungen, die da durchklingen, was die Interpretationsmacht des Programmierers und die regelbildende Kraft des Algorithmus angeht, klingen auf den ersten Blick ein bisschen apokalyptisch, sind es aber durchaus nicht, wenn

man die Praxis anschaut. Beispiel: Wir haben ein IT-Referat im Ministerium, das ein Eigenleben führt, schon weil es räumlich abgesetzt ist. Das ist zum Beispiel zuständig dafür, Programme zu entwickeln, die Zeugnisformulare auswerfen können und die Schulen dann zur Verfügung gestellt werden. Diese Zeugnisformulare entsprechen nie der Verordnungslage. Uns ist es praktisch als Rechtsreferat nicht möglich, auf dieses IT-Referat in der Weise einzuwirken, dass die Formulare den Verordnungen angepasst werden. Die verlangen vielmehr umgekehrt, dass die Verordnung den Formularen angepasst wird. Dieser Konflikt ist verwaltungsintern nicht zu lösen, weil die IT-Referate in den verschiedenen Ministerien untereinander gut vernetzt sind. Es gibt auch einen zentral Zuständigen, ich glaube, er heißt Chief Information Officer (CIO) in der Landesregierung, das ist der Finanzminister persönlich. Daher sind diese Referate ziemlich mächtig, und nur der Gesetzgeber kann dafür sorgen, dass sie wieder unter Kontrolle kommen. Nicht nur aus der Außenperspektive des Bürgers auf die Verwaltung, sondern auch in der Innensicht der Verwaltung gibt es also durchaus Kontrolldefizite.

Die zweite Anmerkung – ganz anderes Thema – betrifft das Online-Zugangsgesetz, das Frau *Guckelberger* angesprochen hat. Frau *Mager* hat ja schon die Frage gestellt, warum ist es überhaupt zulässig, dass dieses Gesetz auch den Kommunalverwaltungen Vorschriften macht? Wir haben auch versucht, im Gesetzgebungsverfahren dieses Argument einzuwenden. Die Antwort des Bundes: Art. 91c GG ist eine Spezialvorschrift zu Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, da geht also alles, auch bis auf kommunale Ebene runter. In diesem Licht betrachtet hat sich für uns dann die Frage gestellt, was sind eigentlich alles Verwaltungsleistungen? Denn da darf man nicht nur an klassische Leistungen wie Steuerverwaltung oder Sozialverwaltung denken, sondern im Kultusministerium denkt man dabei auch an die Schule. Und dann stellte sich die Frage: Ist Unterricht eine Verwaltungsleistung und sind die Schulen in Zukunft verpflichtet, den Unterricht auch online anzubieten? Möglicherweise zeitversetzt, so dass das Konzept der Schulklasse, die zur gleichen Zeit am gleichen Ort ist, sich vollkommen auflöst. Oder kann eine Ausnahmeregelung für Verwaltungsleistungen aufgenommen werden, die ihrer Natur nach nicht einer elektronischen Abwicklung zugänglich sind? Die Bundesregierung war nicht bereit, diese Einwände irgendwie im Gesetz sichtbar zu machen, sondern hat nur in einer Gegenüberlegung im Gesetzgebungsverfahren bestätigt, dass die Schulen nicht an das Online-Zugangsgesetz gebunden sein werden.

Viola Schmid: Es ist ganz schwierig, diese Diskussion, die so qualitativ war, zu beschließen – und das noch mit Verständnisfragen. Deswegen, Frau *Guckelberger*, Sie sind heute allein und das ist eine lange Vortrags-

runde gewesen: Ich habe völliges Verständnis, wenn Sie meine bescheidenen Verständnisfragen nicht für eine Beantwortung heute in diesem Plenum für würdig erachten. Ich beginne damit, dass ich, aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät kommend, gewohnt bin, dass Effektivitäts- und Effizienzvorteile nicht nur behauptet, prophezeit und beworben, sondern nachgewiesen werden. Und für § 10 S. 2 VwVfG ist das auch nachgewiesen: „Das Verwaltungsverfahren ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen.“ Überraschend für mich hat heute noch kein einziger Beitrag die Erfahrungen mit der fehlenden Effektivität und Effizienz der dritten Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland in der digitalen Transformation im Zeitraum vom 1.1.2018 bis fast heute erwähnt: 160.000 Rechtsanwälte – und im Kontext unserer Diskussion über die Diskriminierungsfreiheit von Algorithmen sind Rechtsanwältinnen mit der Verwendung „männlicher“ Sprache eingeschlossen – durften nicht „E-Rechtsanwälte“ sein, weil das besondere elektronische Anwaltspostfach grundlegenden rechtlichen und technischen Kriterien nicht zu entsprechen vermag. Das möchte ich zum „Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht“ zu bedenken geben und insofern Herrn *Kirchhofs* Aussage, dass wir heute ein juristisches Konzept für die Digitalisierung erhalten haben, entgegen: „Für mich ist das noch nicht so klar.“ Und zu Herrn *Engel*: Die Verortung der Diskriminierungsfreiheit von Algorithmen auf der „Trickiness-Ebene“ ist mir weder aus der Forschung in den USA noch aus der Praxis in China bekannt. Meiner Ansicht nach hat diese Forderung das Potential von „Deal Breaker“ oder „Game Changer“. Aber ich sehe der Verwirklichung Ihrer Prophezeiung von diskriminierungsfreien Algorithmen mit Interesse entgegen und komme deswegen zu weiteren Paradigmenwechseln – zunächst zur (IT-)Sicherheit. Ja, es gibt globale, extern agierende Angreifer – aber eben auch interne: Steuerrechtsbeispiele haben uns den ganzen Vormittag beschäftigt und 3.000 Beamte, so hat der Präsident des Bundesfinanzhofs, Herr *Mellinghoff*, in einem Interview neulich gesagt, haben auf die Steuerdaten von Herrn *Hoeneß* zugreifen können. Auch bei den externen Angriffen gilt: (IT-)Sicherheit verpflichtet zu einem ständigen Update, weil auch die Angreifer ständig nachrüsten. Und inwieweit unser Finanz- und Haushaltssystem darauf vorbereitet ist, im Fall eines Angriffs „nachzurüsten“, und auch die personale Kapazität und Kompetenz schnell (re)aktivierbar ist – wir also einen „Cyber-Katastrophenschutz“ haben – erscheint mir noch nicht bewältigt. Zum Schluss noch zu meiner Verständnisfrage zu These 21 von Frau *Guckelberger* und These 18 von Herrn *Kube*. Ich, Frau *Guckelberger*, weiß nicht, wenn Sie eine „herrschende Meinung“ in einer Pionierfrage behaupten, ob ich das so richtig einordnen kann: Ist mir doch bereits sprachlich der Begriff des Algorithmus nicht so geläufig wie Ihnen. Sie schreiben in Ihren Thesen stringent „Algorithmus“, aber Herr *Kube*, der

heute nicht da ist, erwähnt/ergänzt (?) in These 18 „Programmablaufpläne und den Maschinencode“. Liegen diesen unterschiedlichen Terminologien Algorithmusideen im (wirtschafts)informatischen, im ökonomischen oder im mathematischen Sinne zugrunde? Hat die Beantwortung dieser Frage vielleicht auch etwas mit der „Duty to Explanation“ nach der GDPR, der Datenschutzgrundverordnung, (Art. 13 Abs. 2 lit. f) zu tun? Diese wählt im Deutschen wie im Englischen die Terminologie „involvierte Logik“ („logic involved“). Vielen Dank.

Annette Guckelberger: Zuallererst möchte ich mich für die vielen anregenden Fragen und Anmerkungen bedanken. Die Zeit erlaubt es mir leider nicht, auf alle diese hier umfassend einzugehen. Deswegen bitte ich um Nachsicht, wenn ich mich auf einige Punkte beschränke. Was die ersten Fragen anbetrifft: Wodurch zeichnet sich eine funktionierende Verwaltung aus, wie viel Verwaltungsineffizienz darf es geben? Aus meiner Sicht sind die verschiedenen Vor- und Nachteile des Vollzugs von Gesetzen durch IT-Systeme auf der einen Seite und durch Behördenbedienstete auf der anderen Seite herauszuarbeiten und gegenüberzustellen. So ist etwa zu klären, wo ein persönliches Gespräch einen Mehrwert gegenüber dem automatisierten Vollzug hat. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Verfahrensziele ist sodann die geeignetere Art des Gesetzesvollzugs auszuwählen.

Was den in § 35a VwVfG geregelten vollautomatisierten Verwaltungsakt anbetrifft, möchte ich betonen, dass die dort vorgesehene Zulassung durch Rechtsvorschrift ein weiteres Sicherungsinstrument ist und diese Normausgestaltung auch zur demokratischen Legitimation der vollautomatisierten Verwaltungsakte beiträgt. Zumindest bei vollständig automatisierten Verwaltungsakten bin ich der Ansicht, dass das Widerspruchsverfahren wieder mehr gestärkt werden sollte. Je mehr sich der vollständig automatisierte Vollzug durchsetzt, desto mehr sollte auch unter Hinzuziehung des Art. 22 Datenschutz-Grundverordnung jedenfalls bei vollständig automatisierten Verwaltungsakten das Widerspruchsverfahren durch eine Ausnahme vom zwischenzeitlich vielfach abgeschafften Vorverfahren wieder ermöglicht werden, mithin das Vorverfahren erneut an Bedeutung gewinnen.

Hinsichtlich der Rolle, die Juristen bei der Rechtsanwendung zukommt, muss man unterscheiden, um welche Art von zu vollziehenden Rechtsnormen es geht. Es gibt komplexe Rechtsnormen, bei deren Anwendung dem Menschen eine viel größere Bedeutung bei der Ermittlung des Sinngehalts zukommt als bei klaren und einfachen Regelungen.

Dem Vorbringen, dass die Automatisierung zur unauffälligen Privatisierung führt, stimme ich an und für sich zu. Ich selbst bin aber der Ansicht, dass die Verwaltung zunehmend eigene Kompetenzen im IT-Bereich aufbaut und hier auch mit viel größerer Verantwortung ihre Aufgaben wahr-

nehmen muss. Zwar mag es sinnvoll sein, sich für eine Übergangszeit verstärkt Dritter mit ihrem besonderen Fachwissen im IT-Bereich zu bedienen und sich dadurch dann quasi deren Kenntnisse zu Nutze zu machen. Je mehr der Staat aber Abläufe automatisiert oder sogar vollautomatisiert, muss er und insbesondere auch die Verwaltung zunehmend über eigenes Personal verfügen, das mit diesen Neuerungen umgehen und insbesondere auch die Verantwortung in Bezug auf diese Entscheidungsvarianten eigenständig wahrnehmen kann.

Aus Zeitgründen habe ich mich auf die Angabe nur eines wirkmächtigen Treibers des E-Governments, nämlich das Unionsrecht, beschränkt. Dieses übt aus meiner Sicht einen sehr starken Druck dahingehend aus, E-Government auf- sowie auszubauen. Selbstverständlich gibt es zahlreiche andere Gründe, wie den demographischen Wandel oder dass die Menschen immer mehr auch in ihrem Alltag mit digitalen Technologien umgehen und sich daraus entsprechende Erwartungen auch an die Verwaltung ergeben.

Das Sicherheits- und Freiheitsproblem ist angesprochen worden. Ich habe in meinem Vortrag auf einen einjährigen Hackerangriff auf das zentrale Datennetz der Bundesverwaltung hingewiesen, der lange unbemerkt blieb. Wir müssen auf jeden Fall beim E-Government darauf achten, dass Datenschutz und IT-Sicherheit gewährleistet sind. Diese erfordern oft Upgrades, was wiederum gewisse Kosten hervorruft und die Vorteile des E-Governments schmälert. Bei der IT-Sicherheit wird man vermutlich laufend nachbessern müssen und es gibt auch Fälle, die mir bekannt sind, etwa in Bezug auf den unionalen Zollkodex, bei welchen die Konzeption von IT-Systemen nicht im Zeitplan erfolgen konnte, weil man ein Upgrade vornehmen musste: Mit anderen Worten führten die erhöhten sicherheits- und datenschutzrechtlichen Anforderungen zur Verzögerung dieser E-Government-Anwendung.

Was die Abbildung von Recht durch Algorithmen anbetrifft, muss man selbstverständlich darauf achten, wer welche Zuständigkeit hat, wer die Auslegungsbefugnisse hat, inwieweit die Implementierung von Recht in Algorithmen durch Verwaltungsvorschriften erleichtert werden darf.

In Bezug auf den Online-Zugang sehe auch ich in Art. 91c Abs. 5 GG, soweit sein Anwendungsbereich eröffnet ist, eine Spezialregelung, durch welche der Bedeutungsgehalt des Art. 84 Abs. 1 GG zurückgedrängt wird.

Den Rechtsschutz habe ich angesichts des mir gestellten Referatsthemas „E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?“ nicht behandelt. Wie gesagt: Dem Widerspruchsverfahren kommt als Zulässigkeitsvoraussetzung für den gerichtlichen Rechtsschutz meines Erachtens eine zentrale Bedeutung zu. Was die gerichtliche Algorithmenkontrolle anbetrifft, kann man aus meiner Sicht durchaus darüber nachdenken, ob man nicht de lege ferenda eine Art abstrakte Normenkontrolle in

Bezug auf Algorithmen einführen sollte, sodass Algorithmen dann Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein können.

Was die Anmerkungen zur Künstlichen Intelligenz anbetrifft, bin ich etwas skeptischer und zwar einfach deswegen, weil es zum Beispiel in Australien folgenden Fall gegeben hat: Dort hat ein KI-System über Sozialleistungen entschieden. Von diesem System wurden sehr viele Personen fälschlich als Sozialleistungsbetrüger eingestuft und infolgedessen ergingen rechtswidrige automatisierte Rückforderungsbescheide an zahlreiche Personen. Diese Personen waren dann sehr schnell überfordert und seither ist dort eine gewisse Ablehnung gegenüber der KI zu verzeichnen. Man muss beim Einsatz von KI-Systemen also wirklich aufpassen. Die KI kann Vorteile haben, sie kann aber auch, wenn es schlecht läuft, erhebliche nachteilige Konsequenzen für den Menschen mit sich bringen. Deswegen ist es aus meiner Sicht wichtig, die KI entsprechend unter Kontrolle zu bringen.

Was das Akteneinsichtsrecht anbetrifft, stand ich einfach vor der Frage, was wird aus § 29 VwVfG bei vollautomatisierten Verwaltungsakten? Als § 35a VwVfG eingeführt wurde, hat man das Akteneinsichtsrecht – wohl wegen des Kontextes des Gesetzes zum Steuerrecht, in dem es kein allgemeines Akteneinsichtsrecht gibt – völlig ausgeblendet gelassen. Ich habe mich auf den Standpunkt gestellt, man sollte das Akteneinsichtsrecht in irgendeiner Form weiter behalten. Bei den vollständig automatisierten Verwaltungsakten ist meines Erachtens ein nachträgliches Akteneinsichtsrecht elementar. Wer sich gegen die vollautomatisierten Verwaltungsakte wehren möchte, der muss unter Umständen wissen, wie der vollständig automatisierte Verwaltungsakt zustande gekommen ist. Nur so lässt sich ausmachen, wo Fehler unterlaufen sind. Deswegen wollte ich zumindest mit dem nachträglichen Akteneinsichtsrecht den Einzelnen stärken und habe dieses durch die Forderung ergänzt, dass gegebenenfalls die Dokumentation der IT-Systeme zu erläutern ist. Dadurch werden aber auch wiederum Effizienzvorteile der vollautomatisierten Verwaltungsakte geschmälert.

Dann noch zu dem Einwand, auch der Mensch sei eine Black Box. Ja, bis zu einem gewissen Maße sicherlich auch, aber wir können uns in den Menschen hineinversetzen und wir können aus meiner Sicht gewisse Fehler, die dem Menschen unterlaufen sind, besser nachvollziehen. Wenn wir ganz auf die KI setzen und nicht wirklich wissen, was die KI tut, dann kommt doch ein gewisses Unbehagen auf und aus diesem Grunde bin ich dafür, für die KI andere Maßstäbe anzulegen, als es beim Menschen der Fall ist.

Die Ansicht, dass Algorithmen ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsvorschriften sind, als herrschend zu bezeichnen, hat sich für mich durch eine Auswertung der Literatur ergeben. Davon ausgehend trete ich vehement dafür ein, stärker zwischen Verwaltungsvorschriften und Algorithmen zu

unterscheiden. Denn die Adressaten von Verwaltungsvorschriften und Algorithmen sind verschieden. Das Aufzeigen dieses Unterschieds einschließlich der daraus resultierenden Folgen war für mich ein zentrales Anliegen.

Damit hoffe ich, auf alle wesentlichen Diskussionspunkte eingegangen zu sein. Selbstverständlich stehe ich Ihnen später für weitere Gespräche zur Verfügung. Vielen Dank.

Hanno Kube*: Vielen Dank zunächst für die zahlreichen Beiträge, die die Vielschichtigkeit unseres Themas offenbaren. Ich erlaube mir, ein wenig zu bündeln, und hoffe, damit allen Fragen und Anmerkungen gerecht zu werden.

Einige Beiträge haben aus meiner Sicht ganz zu Recht betont, dass die Digitalisierung der Verwaltung Chancen bietet, aber auch Risiken birgt, also ambivalent ist. Sie kann die Verwaltungseffizienz befördern, für einen objektiven Vollzug sorgen und – das wurde sehr zutreffend hervorgehoben – auch Problemen Rechnung tragen, die sich aus der demographischen Situation und Entwicklung ergeben (funktionaler Analphabetismus; die Abdeckung des ländlichen Raums; die Zugänglichkeit junger Menschen). Demgegenüber ist es ebenso richtig, dass der Algorithmus den Blick auf den Sachverhalt verengt, unzutreffende Verdachtsmomente generieren und zu einem unverhältnismäßigen Null-Toleranz-Vollzug führen kann und zudem die Tendenz hat, sich selbst zu normativieren. Deshalb wird in Zukunft genau zu prüfen sein, wie sich die möglichen Vorteile und Gefahren der Verwaltungsdigitalisierung in den einzelnen Rechtsgebieten darstellen, um entsprechend zu differenzieren. Das Steuerrecht erscheint dabei sehr viel geeigneter für eine weitgehende Digitalisierung des Vollzugs als etwa das Polizeirecht. Wenn eine Vollautomatisierung ausscheidet, bleiben freilich – auch darauf wurde zu Recht hingewiesen – vielfältige Möglichkeiten der teilweisen Automatisierung des Verwaltungsverfahrens. Hier wird in der Praxis möglicherweise sogar der Schwerpunkt liegen. Ein gutes Beispiel für eine solche hybride Gestaltung ist die automatisierte Risikoeinschätzung im Polizeirecht (Preventive Policing), an die sich dann eine menschliche Endentscheidung anschließt.

Soweit das Verwaltungsverfahren digitalisiert und dadurch automatisiert wird, verändert es sich in seinem Charakter. Eingangs unserer Diskussion wurde die hergebrachte Eigenleistung der Verwaltung angesprochen, das Gesetz verständlich zu machen. Diese Leistung tritt bei einer Vollzugsauto-

* *Hanno Kube* konnte aus gesundheitlichen Gründen nicht anwesend sein. Sein Referat wurde verlesen. Das Schlusswort hat er auf der Grundlage der Transkription der Diskussionsbeiträge nachträglich verfasst.

omatisierung zwingend in den Hintergrund. Genau deshalb ist es eine meiner Thesen, dass das zugrundeliegende Gesetz im Fall der Vollzugsautomatisierung noch größere demokratische und rechtsstaatliche Leistungen erbringen muss als bisher schon. Zugleich wird aber auch über weitere Anpassungen im Bereich der Verwaltung nachzudenken sein. So ist der durch die Elektronisierung bewirkte Verlust der klassischen Akte zu kompensieren; und dies nicht nur zur Befriedigung subjektiver Auskunfts- und Einsichtnahmebegehren, die in der jüngeren Vergangenheit sehr betont wurden, sondern auch und an erster Stelle zur Absicherung einer ordnungsgemäßen Verwaltung. Der Bedarf nach einer brauchbaren und zukunftsfähigen Datenstrukturierung wurde zu Recht geltend gemacht. Was die Verwaltungstransparenz angeht, so teile ich die Einschätzung, dass die Forderung von Algorithmentransparenz schlicht nicht erfüllbar ist. Für den Bürger einzig nachvollziehbar und deshalb unerlässlich bleibt die inhaltliche Begründung der Verwaltungsentscheidung unter Bezugnahme auf das in menschlicher Sprache gefasste Gesetz. Dass wir unabhängig davon ein neuartiges verwaltungsinternes Controlling des automatisierten Vollzugs brauchen, was zu neuen Verwaltungsaufgaben führt, steht daneben für sich.

Mehrfach wurde in der Diskussion auf die Bedeutung des Widerspruchsverfahrens hingewiesen. In der Tat bietet sich das Widerspruchsverfahren an, um dem Bürger die Option einer nachgelagerten menschlichen Befassung in Fällen der Vollzugsautomatisierung zu eröffnen. Insofern ist der flächendeckende Rückbau des Widerspruchsverfahrens kritisch zu sehen. Alternativ kommt allerdings auch in Betracht, eine Aussteuerung in diesem Sinne schon im Ausgangsverfahren zu ermöglichen, wie es etwa im Besteuerungsverfahren vorgesehen ist. Dies kann das Widerspruchsverfahren und die rechtspolitische Auseinandersetzung über seine Zukunft entlasten, vorbehaltlich der Tragweite von Art. 22 DSGVO.

Ob der Rechtsschutz auf die Prüfung systemischer Fehler des Algorithmus umgestellt werden sollte, erscheint mir fraglich. Denn der Maßstab bleibt das Gesetz; der rechtsschutzerhebliche Prüfungsgegenstand bleibt die Verwaltungsentscheidung dem Bürger gegenüber. Wie die Entscheidung zustande gekommen ist, wie der Algorithmus also gearbeitet hat, ist im Wesentlichen Verwaltungsinternum.

Einige Fragen befassten sich mit der Natur der Subsumtion. Ich teile die Ansicht, dass die Anwendung des in menschlicher Sprache abgefassten Rechts ein hochkomplexer Vorgang ist und dass die Fähigkeit zur Rechtsanwendung die Juristin und den Juristen in besonderer Weise auszeichnet. Juristen sind deshalb gerade keine Subsumtionsautomaten, sondern unterscheiden sich fundamental von Automaten, was zugleich die Möglichkeiten der automatisierten Rechtsanwendung begrenzt. Dies heißt meines Erachtens aber auch nicht, dass sich die Rechtsfindung heute in „dialogische Pro-

zesse“ auflösen würde. Maßgeblich sind das geschriebene Recht und die hergebrachten und stetig weiterentwickelten juristischen Methoden zu seiner Auslegung.

Natürlich ist der Mensch von Einflüssen nicht frei. Die Rechtspsychologie ist deshalb ein wichtiges Forschungsgebiet. Dies rechtfertigt es aus meiner Sicht aber nicht, den menschlichen Rechtsanwender als black box zu bezeichnen, so wie sich ein komplexer Algorithmus und insbesondere ein machine learning-System als black box darstellt. Der Mensch ist an die Auslegungsgrundsätze gebunden, die er – anders als die Maschine – versteht; und der Verwaltungsbeamte hat – anders als die Maschine – ein Amtsethos.

Eine große Herausforderung ist die im Zuge der Digitalisierung der Verwaltung wachsende Bedeutung privater Unternehmen, die mehrfach angesprochen wurde. Dass private Unternehmen im privaten Interesse, vor allem gewinnorientiert agieren, ist als solches legitim, begründet aber das Erfordernis einer klaren Abgrenzung zur Sphäre des Gesetzesvollzugs. Weil die Gefahr groß ist, dass sich der Staat bei Nutzung privater, zumal dem Geheimnisschutz unterliegender Software in ganz erhebliche Abhängigkeiten begibt, möchte ich hier den Vorschlag unterbreiten, dass der Staat anstreben sollte, stärker als bislang eigene Software zu entwickeln. Genauso wie es ein Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik gibt, sollte es staatliche Behörden zur Entwicklung von Vollzugssoftware oder jedenfalls zur substantiellen Anpassung marktgängiger Software geben. Die föderale Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen ist dabei freilich zu beachten. Weil Vollzugsalgorithmen ein Instrument des Verwaltungsvollzugs sind, liegen die Einrichtung und Nutzung dieser Algorithmen vorbehaltlich ausdrücklicher anderweitiger Zuweisung in der Kompetenz der Gebietskörperschaft, die im konkreten Fall für den Verwaltungsvollzug zuständig ist. Dass die IT-Vernetzung ein hohes Maß an Koordination im Bundesstaat erfordert, hatte ich ausgeführt. Insofern mag eine weitere Zentralisierung von Kompetenzen zur Standardisierung der Systeme erforderlich sein; dies aber nach Maßgabe klarer verfassungsrechtlicher Regelungen entsprechend Art. 91c GG.

Die Abgrenzung gegenüber der Privatwirtschaft und weitergehend gegenüber der Gesellschaft ist daneben auch insoweit erheblich, als die Bürger vor allzu intensiven Eingriffen durch die digitalisierte Staatsverwaltung geschützt werden müssen. Wenn darauf hingewiesen wird, dass sich die Regulierungsgegenstände im Zuge der Digitalisierung verändert haben, ist dies sicherlich zutreffend und auch der richtige Ausgangspunkt für die Ausgestaltung eines sachgerechten E-Government. Ob das technisch Machbare aber auch freiheitsgerecht ist, steht demgegenüber auf einem anderen Blatt. Staatliche Interventionen in private Gestaltungen oder auch Betriebs-

abläufe „in Echtzeit“ scheinen mir freiheitsgrundrechtlich, gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, prüfungsbedürftig.

Schließlich noch ein Wort zum Datenschutz: Der Datenschutz ist ein großes eigenes Thema, das heute nicht im Mittelpunkt stand. Je stärker die Staatsverwaltung auch in sensiblen Bereichen digitalisiert und automatisiert wird, desto drängender stellt sich die Frage nach dem Datenschutz, allgemeiner formuliert nach der IT-Sicherheit. Die Gefahr des Hackings durch private oder auch ausländische hoheitliche Einrichtungen wird über die Zeit eher noch anwachsen. Dies muss bei der Entscheidung über das Ob und Wie von E-Government immer mitbedacht werden. Der Datenschutz ist zugleich ein weiteres gewichtiges Argument für die Entwicklung staats-eigener Vollzugssoftware.

Im Ganzen wird es bei der weiteren Digitalisierung der Verwaltung auf das richtige Augenmaß ankommen. Die Technik schreitet immer weiter voran und die Versuchung wird auch in Zukunft groß sein, diese Technik zur Effektivierung der Staatsgewalt einzusetzen. Es bedarf deshalb umso mehr einer bewussten und kontrollierten Gestaltung des Technikeinsatzes. Zentrales Gestaltungsinstrument ist das allgemeine Gesetz, das sich auf Tatbestands- und Rechtsfolgende für die Voll- oder Teilautomatisierung des Vollzugs öffnen oder sich einer solchen Automatisierung verschließen kann – je nachdem, ob die Subsumtion und die Rechtsfolgensetzung im konkreten Rechtsgebiet auf maßvolles, menschliches Entscheiden angewiesen sind oder nicht. Es liegt in unserer Hand, die Technik in den Dienst des menschlich gesetzten Rechts und seines Vollzugs zu stellen, sie für ein gelingendes Gemeinschaftsleben und zur Eröffnung neuer Freiheitsräume nutzbar zu machen. Uns einer technisch generierten Normativität und einer entmenslichten Verwaltung auszuliefern, wäre dagegen mit den Prinzipien der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit, letztlich mit der Menschenwürde, nicht zu vereinbaren. Vielen Dank.