

DOROTHEA MUND

Das Recht auf menschliche Entscheidung

*Beiträge zu normativen
Grundlagen der Gesellschaft*

8

Mohr Siebeck

Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft

Herausgegeben von
Udo Di Fabio und Frank Schorkopf

8



Dorothea Mund

Das Recht auf menschliche Entscheidung

– zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben
der technischen Erzeugung von
Verwaltungsentscheidungen

Mohr Siebeck

Dorothea Mund, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg und an der George Washington University Law School in Washington, D.C.; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht an der Universität Augsburg; Rechtsreferendariat am OLG München.

Gedruckt mit Unterstützung des Forschungskollegs normative Gesellschaftsgrundlagen (FnG), Bonn.

Zugleich Dissertation, Universität Augsburg, 2021.

ISBN 978-3-16-161511-5 / eISBN 978-3-16-161512-2

DOI 10.1628/978-3-16-161512-2

ISSN 2569-2003 / eISSN 2625-2406 (Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Epline aus der Times gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinem Großvater Dr. Heinrich Münzer

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Sie entstand in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht an der Universität Augsburg. Die Arbeit wurde im Sommer 2020 fertiggestellt und befindet sich auf dem Stand von November 2021.

An erster Stelle möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Gregor Kirchhof für die außerordentlich freundliche Betreuung, die konstruktiven Diskussionen und wichtigen Anregungen sowie die Gewährung wissenschaftlicher Freiheit danken. Ich habe in der Zeit an seinem Lehrstuhl um ein Vielfaches mehr gelernt, als sich in einer Dissertation wiederfinden könnte. Herrn Prof. Dr. Stephan Rasch danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., und Herrn Prof. Dr. Frank Schorkopf für die Aufnahme der Dissertation in die von beiden herausgegebene Schriftenreihe „Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft“ (BnGG) und die damit verbundene großzügige Finanzierung der Druckkosten durch das Forschungskolleg normative Gesellschaftsgrundlagen (FnG).

Herzlich möchte ich auch meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen – allen voran Dr. Stephan Gerg und Dr. Julia Wiechmann – für die zahlreichen Diskussionen und ihre Kollegialität danken. Für die Zeit am Lehrstuhl danke ich dem gesamten Lehrstuhlteam. Die studentischen Hilfskräfte haben durch ihre Wege zwischen Bibliothek und Lehrstuhl wie auch Bärbel Zöger durch ihr stets offenes Ohr zum erfolgreichen Abschluss der Arbeit beigetragen.

Besonderer Dank gilt auch meinen Eltern. Sie haben mich die Bedeutung der Sprache gelehrt, mich zu Durchhaltevermögen und kritischem Denken angehalten und mit nicht ermüdender Gründlichkeit die gesamte Arbeit Korrektur gelesen. Für das Korrekturlesen der Arbeit danke ich auch meinen Freunden Jonas Ernst, Dr. Jacqueline Ruffing und Konstantin Sauer. Meinem Partner Sebastian Straßburger danke ich für sein Verständnis, seine Geduld und den Rückhalt.

Meinem Großvater Dr. Heinrich Münzer widme ich diese Arbeit. In seiner lebenslangen Liebe zur Wissenschaft war er mir stets ein Vorbild. Als Kernphysiker hat er mir ferner die praktische Relevanz und Bedeutung, aber auch die Risiken der fortschreitenden Technik vor Augen geführt.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Digitalisierung der öffentlichen Hand	5
<i>A. Phänomenologie der Digitalisierung der öffentlichen Hand</i>	8
<i>B. Informationstechnologische Vergewisserung</i>	14
<i>C. Elektronische Datenverarbeitung bei der Verwaltung und technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	42
Zweites Kapitel: Chancen und Risiken der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen	66
<i>A. Chancen der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	67
<i>B. Strukturelle Unterschiede zwischen Mensch und Informationstechnik</i>	75
<i>C. Weitere Risiken durch die technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	155
Drittes Kapitel: Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz	164
<i>A. Bisherige Schutzbestrebungen im positiven Recht</i>	166
<i>B. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Informationstechnologie</i>	176
<i>C. Vorgaben des Grundgesetzes für die technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	186

Viertes Kapitel: Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen	233
<i>A. Vollständig technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen</i>	235
<i>B. Automationsgeleitete menschliche Entscheidung und automationsgestützte menschliche Entscheidung</i>	242
<i>C. Vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik</i> ..	247
<i>D. Zwischenfazit</i>	250
Zusammenfassung	253
<i>Erstes Kapitel: Digitalisierung der öffentlichen Hand</i>	254
<i>Zweites Kapitel: Chancen und Risiken der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	257
<i>Drittes Kapitel: Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz</i>	259
<i>Viertes Kapitel: Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen</i>	264
Schlussbemerkung	266
Zentrale Thesen	267
Literaturverzeichnis	277
Sachverzeichnis	283

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Digitalisierung der öffentlichen Hand	5
<i>A. Phänomenologie der Digitalisierung der öffentlichen Hand</i>	8
I. Digitalisierung bei der Legislative	8
II. Digitalisierung bei der Exekutive	10
III. Digitalisierung bei der Judikative	12
IV. Zwischenfazit	14
<i>B. Informationstechnologische Vergewisserung</i>	14
I. Terminologie	15
1. Der Begriff der Digitalisierung	15
2. Der Begriff des Algorithmus	18
a) Begriffsbestimmung	18
b) Darstellungsweisen eines Algorithmus	21
aa) Darstellung eines Algorithmus als Flussdiagramm beziehungsweise Programmablaufplan	21
bb) Textuelle Beschreibung eines Algorithmus beziehungsweise Darstellung als Code	22
c) Voraussetzungen einer algorithmischen Entscheidungsfindung	23
3. Der Begriff der Künstlichen Intelligenz	25
a) Begriffsbestimmung	26
b) Maschinelles Lernen	29
4. Der Begriff des Legal Robot	29
a) Begriffsverständnis	30
b) Beispiele von Legal Robots	31
c) Zuordnung von Legal Robots in die Kategorie der Legal Tech	32
5. Der Begriff der Automation, der Automatisierung und des vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsaktes	33
II. Übersetzung von Handlungsanweisungen in menschlicher Sprache in die Maschinensprache	36
1. Übersetzung eines Algorithmus	37

2. Fehlererkennung im Übersetzungsvorgang: Syntaxfehler und Typfehler	38
III. Ausblick in die Quantentechnologie	38
IV. Zwischenfazit	40
<i>C. Elektronische Datenverarbeitung bei der Verwaltung und technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	42
I. Digitale Anwendbarkeit von Gesetzen in Form von Programmablaufplänen – Programmablaufpläne des Bundesministeriums der Finanzen	45
II. Erlass von Verwaltungsakten ohne personelle Bearbeitungsschritte im Besteuerungsverfahren – Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (StModG)	53
1. Ausschließlich automationsgestützt erlassener oder korrigierter Steuerbescheid als Leitbild der Steuerfestsetzung	54
2. Einsatz von Risikomanagementsystemen zur ausschließlich automationsgestützten Bearbeitung von dazu geeigneten Steuererklärungen	55
a) Rechtsgrundlage des Risikomanagementsystems im Besteuerungsverfahren	56
b) Funktionsweise des Risikomanagementsystems	58
c) Zwischenfazit	60
III. Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung hin zu vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakten – § 35a VwVfG und § 31a SGB X	62
IV. Zwischenfazit	65
Zweites Kapitel: Chancen und Risiken der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen	66
<i>A. Chancen der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	67
<i>B. Strukturelle Unterschiede zwischen Mensch und Informationstechnik</i>	75
I. Entscheidungshoheit, Determiniertheit von Entscheidungen und Fähigkeit zur Reflexion	76
1. Differenzierung zwischen nicht lernenden und (selbst)lernenden Algorithmen	77
a) Nicht lernender Algorithmus	77
b) Lernender Algorithmus	79
c) Zwischenfazit	83
2. Fähigkeit zur Reflexion	84
II. Kognitive Fähigkeiten	85
1. Wissenserlangung und Erkenntnismöglichkeiten	85
2. Entscheidungsfindung	88
a) Heuristische Entscheidungsfindung	88
b) Transparente und objektive Entscheidungsfindung	89

aa) Transparenz	89
bb) Objektivität	92
(1) Nicht lernender Algorithmus	94
(2) Lernender Algorithmus	95
(3) Zwischenfazit	96
c) Entscheidungsfindung am Maßstab der Gerechtigkeit, Mitmenschlichkeit und Billigkeit	96
3. Zwischenfazit	96
III. Entscheidungen bei der Anwendung von Gesetzen	97
1. Gesetzesanwendung nach dem Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung	99
a) Auslegung des gesetzlichen Tatbestands ohne Wertungsraum – deskriptive und bestimmte Tatbestandsmerkmale oder konsistente Gesetzesauslegung durch die Verwaltung	104
aa) Keine herkömmliche Gesetzesauslegung durch informationstechnische Systeme	105
bb) Darstellung eines gesetzlichen Tatbestands als Flussdiagramm (Algorithmisierbarkeit deskriptiver und bestimmter Tatbestandsmerkmale)	106
cc) Gesetzlicher Tatbestand ohne Wertungsraum – bestimmte und deskriptive Rechtsbegriffe	109
dd) Konsistente Auslegung der Gesetze durch Verwaltungsvorschriften oder Selbstbindung der Verwaltung	114
b) Bildung des Untersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung und Subsumtion ohne Wertungsraum	117
aa) Herkömmliche Bildung und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts	117
bb) Bildung und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch informationstechnische Systeme	119
(1) Risikomanagementsysteme zur ausschließlich automationsgestützten Bearbeitung von dazu geeigneten Steuererklärungen (§ 88 Abs. 5 AO)	120
(2) Programmablaufpläne des Bundesministeriums der Finanzen	122
(3) Möglicher Einsatz von Legal Robots	123
(a) Feststellung des sich tatsächlich so zugetragenen Sachverhalts – Begrenzte Kenntnis durch Datenabhängigkeit des Algorithmus	124
(b) Würdigung des Sachverhalts, der die Merkmale des Obersatzes enthält beziehungsweise Subsumtion – keine Kenntnis des gesetzlichen Obersatzes	128
(c) Würdigung des Sachverhalts, der die Merkmale des Obersatzes enthält beziehungsweise Subsumtion – notwendige Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Möglichkeit der rechtsprechungs- oder verwaltungsakzessorischen Rechtsanwendung	129
(4) Zwischenfazit	135

c) Rechtsfolgenseite ohne Wertungsraum – Gebundene Entscheidung oder konsistente Ermessensausübung durch die Verwaltung	138
aa) Keine Ermessensausübung durch informationstechnische Systeme	139
(1) Determinierter Algorithmus ohne antizipierte Ermessensausübung	141
(2) Lernender Algorithmus	144
(3) Zwischenfazit	145
bb) Konsistente Ausübung des Ermessens durch Verwaltungsvorschriften oder Selbstbindung der Verwaltung	148
2. Zusammenfassung	149
IV. Zwischenfazit	154
<i>C. Weitere Risiken durch die technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	155
I. Risiko eines fehlerhaften Massenvollzugs, der Intransparenz staatlichen Handelns, der reduzierten Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen und der unzulänglichen Beteiligung der Betroffenen im Verwaltungsverfahren durch die Funktionsweise des Algorithmus	156
II. Risiko der rechtswidrigen und fehlerhaften Profilbildung des Einzelnen und Risiko für Datenschutz und Datensicherheit durch die Datenabhängigkeit des Algorithmus	159
III. Sonstige Risiken	160
IV. Zwischenfazit	162
 Drittes Kapitel: Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz	164
<i>A. Bisherige Schutzbestrebungen im positiven Recht</i>	166
I. Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen	166
II. Datenschutzgrundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz	167
1. Art. 22 DS-GVO	168
2. § 54 Abs. 1 BDSG	170
III. Europäische Grundrechte	171
1. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	171
2. Entwurf einer Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union	172
IV. Zwischenfazit	175
<i>B. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Informationstechnologie</i>	176
I. „Digitalisierungsgrundrechte“ nach dem Urteil Volkszählung und dem Urteil Online-Durchsuchung	177
1. Urteil Volkszählung	177
2. Urteil Online-Durchsuchung	179

3. Zwischenfazit	181
II. Urteil Wahlcomputer	181
III. Urteil Auslandsüberwachung durch den BND	183
IV. Zwischenfazit	185
<i>C. Vorgaben des Grundgesetzes für die technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	<i>186</i>
I. Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, Art. 20 Abs. 3 GG	188
1. Bindung an das Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG	190
a) Charakter von Verwaltungsalgorithmen	191
b) Notwendige parlamentsgesetzliche Ermächtigung	193
2. Wesentlichkeit als äußerste Grenze der technischen Entscheidungsfindung	195
3. Gesetzesanwendung im Wege des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung	196
a) Gebundene Verwaltungsentscheidungen	198
aa) Auslegung des Gesetzes durch informationstechnische Systeme	199
bb) Bildung des Untersatzes durch informationstechnische Systeme	201
cc) Zwischenfazit	203
b) Entscheidungsfreiheit der Verwaltung durch Ermessensvorschriften	204
4. Keine fallakzessorische algorithmische Entscheidung sine lege, extra legem oder contra legem	208
5. Zusammenfassende Schlussfolgerung: Notwendigkeit einer menschlichen Entscheidung zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit	211
II. Amtsermittlungsgrundsatz und Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens, Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip)	
i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 1 Abs. 1 GG	218
1. Sorgfältige Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens und dem Amtsermittlungsgrundsatz	220
2. Recht auf Verfahrensbeteiligung nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens	223
III. Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung	226
IV. Zwischenfazit	228

Viertes Kapitel: Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen

233

<i>A. Vollständig technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen</i>	<i>235</i>
I. Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, behördliche Ermittlungspflichten und Verfahrensbeteiligung des Betroffenen	236
II. Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung	240
III. Beispiel einer vollständig technisch erzeugbaren Entscheidung unter Ausschluss des Menschen	241

<i>B. Automationsgeleitete menschliche Entscheidung und automationsgestützte menschliche Entscheidung</i>	242
I. Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, behördliche Ermittlungspflichten und Verfahrensbeteiligung des Betroffenen	243
II. Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung	245
III. Beispiel einer automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung oder einer automationsgestützten menschlichen Entscheidung	246
<i>C. Vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik</i> ..	247
I. Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, behördliche Ermittlungspflichten und Verfahrensbeteiligung des Betroffenen	248
II. Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung	249
III. Beispiel einer vollständig menschlichen Entscheidung unter Ausschluss der Technik	250
<i>D. Zwischenfazit</i>	250
Zusammenfassung	253
<i>Erstes Kapitel: Digitalisierung der öffentlichen Hand</i>	254
<i>Zweites Kapitel: Chancen und Risiken der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen</i>	257
<i>Drittes Kapitel: Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz</i>	259
<i>Viertes Kapitel: Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen</i>	264
Schlussbemerkung	266
Zentrale Thesen	267
Literaturverzeichnis	277
Sachverzeichnis	283

Abkürzungsverzeichnis

A. A./a. A.	andere(r) Ansicht
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ACM	Association for Computing Machinery
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
AI	Artificial Intelligence (engl.: Künstliche Intelligenz)
ALJ	Austrian Law Journal (Zeitschrift)
Allg./allg.	Allgemein
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
ATO	Australian Taxation Office
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
ausschl.	ausschließlich
automat.	automatische
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtenengesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer oder Begründerin
begr. v.	begründet von
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BND	Bundesnachrichtendienst
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BremVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.8.2019)
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Verfassung des Freistaates Bayern (in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.12.1998)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C	communications (frz., stehend für „Mitteilungen und Bekanntmachungen“)
COM	Kommissionsdokument(e) [englischsprachige Zitierung]
CRM	Customer Relationship Management
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	derselbe
DGRCh-E	Entwurf einer Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union
dh/d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
Drs.	Drucksache
DS-GVO	Datenschutzgrundverordnung
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V.
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
Eingef.	Eingeführt
EL.	Ergänzungslieferung
engl.	englisch
Entsch.	Entscheidung
ErwGr	Erwägungsgründe
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
FR	FinanzRundschau (Zeitschrift)
gefährl.	gefährlichen
Gem./gem.	gemäß

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
Habil.	Habilitationsschrift
Harv. J. L. & Tech.	Harvard Journal of Law & Technology (Zeitschrift)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HerrenChE	Herrenchiemseer Entwurf des Grundgesetzes
HGR	Handbuch der Grundrechte
HMD	HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber oder Herausgeberin
hrsg. v.	herausgegeben von
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
IfSG	Infektionsschutzgesetz
insbes.	insbesondere
iVm/i. V. m.	in Verbindung mit
JI-Richtlinie	EU-Richtlinie für Justiz und Inneres
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KI	Künstliche Intelligenz
L	législation (frz.: Gesetzgebung. Stehend für „Rechtsvorschriften“)
lat.	lateinisch
lit.	littera (lat.: Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LTO	Legal Tribune Online
mwN	mit weiteren Nachweisen
mWv	mit Wirkung von
N. W.2d	North Western Reporter, Second Series
Neu gef.	Neu gefasst
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport Strafrecht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OZG	Onlinezugangsgesetz
PAG	Polizeiaufgabengesetz
Pl.-Prot.	Plenarprotokoll
POG	Polizeiorganisationsgesetz
RegE	Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes
RL	Richtlinie

RMS	Risikomanagementsystem(e)
Rn.	Randnummer(n)
Rspr/Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
S./s.	siehe
SaarlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Saarlandes
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch
SNDGO	Smart Nation and Digital Government Office
St Rspr	Ständige Rechtsprechung
SteuK	Steuerrecht kurzgefaßt (Zeitschrift)
StModG	Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens
StPO	Strafprozessordnung
StRO	Steuerrechtsordnung
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
StVO	Straßenverkehrsordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
techn.	technischer
Teil-A.	Teil-Automation
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
ua/u. a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
Verf.	Verfasser/Verfasserin
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl. a.	vergleiche auch
Vgl./vgl.	Vergleiche/vergleiche
Völl-A.	Voll-Automation
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VZ	Veranlagungszeitraum
Wis.	Wisconsin
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich

zul. akt.
ZZP

zuletzt aktualisiert
Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

Einleitung

„Wir sind vom technischen Zeitalter geprägt. Verfassung und Rechtsstaat aber können uns kaum Auskunft über das Wesen der Technik geben.“¹

Der grenzüberschreitende Prozess der Digitalisierung hat die öffentliche Hand erreicht. Die drei Gewalten nutzen dabei im In- wie im Ausland die moderne Technik in unterschiedlichem Maße. Daraus ergeben sich erhebliche Chancen für die öffentliche Hand und die betroffenen Menschen – doch tritt gleichzeitig ein besonderes Bedürfnis, die Freiheit des Einzelnen zu schützen, hinzu. Mit dem Recht auf menschliche Entscheidung begegnet das Grundgesetz diesem Schutzbedürfnis. Gleichzeitig wird ein Ursprungsanliegen moderner Staatlichkeit gewährleistet: die Menschlichkeit.

Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet dabei das inzwischen allgegenwärtige Phänomen der Digitalisierung der öffentlichen Hand. Als Beispiele in der Bundesrepublik Deutschland und den jeweiligen Ländern lassen sich unter anderem die Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) vom 14. August 2017² oder der gerichtliche Einsatz von „Rechtsrechner[n]“³ in den Bereichen des Familien- und Erbrechts⁴ aufführen. Als Digitalisierungsmaßnahmen im Ausland lassen sich die Unterstützung US-amerikanischer Richter bei der Beurteilung der Strafrückfälligkeit von Angeklagten mittels einer Software namens *Compass*⁵

¹ R. v. Weizsäcker, 40 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland – Staatsakt in der Beethovenhalle in Bonn, 24. Mai 1989, in: R. v. Weizsäcker (Hrsg.), Lernen Sie, miteinander zu leben, nicht gegeneinander, 2020, S. 36 (48).

² Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) v. 14.8.2017 (BGBl. 2017 I 3122, 3138). S. hierzu nur J. Bizer, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Digitalisierung im Steuerrechtsverhältnis aus Sicht der Verwaltung, in: J. Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42 (2019), 135 (138 f.); I. Pernice, Staat und Verfassung in der Digitalen Konstellation, 2020, S. 194 f. Zu einer etwaigen Digitalisierungspflicht der Länder s. M. Martini, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2021, Art. 91c Rn. 57 ff.

³ M. Fries, RW 4 (2018), 414 (422).

⁴ M. Fries, RW 4 (2018), 414 (422). Die Ergebnisse der Subsumtionsautomaten sollen nach Martin Fries bereits teilweise ungeprüft übernommen werden (ebd.).

⁵ S. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016); *State v. Loomis*, 130 Harv. L. Rev. 1530. S. a. M. Smith, In Wisconsin, a Backlash Against Using Data to Foretell Defendants' Futures, New York Times v. 22.6.2016, <https://www.nytimes.com/2016/06/23/us/backlash-in->

oder das Ziel Estlands, Richter durch sogenannte Künstliche Intelligenz zu ersetzen,⁶ nennen.

Angesichts der Vielschichtigkeit des Phänomens und der Vielzahl an Digitalisierungsmaßnahmen und -ansätzen im Bereich der staatlichen und überstaatlichen Gewalt soll der Schwerpunkt der Arbeit auf der Automation der Rechtsanwendung und der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen liegen. Dabei dient die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Referenzbereich. Sie kann als Vorreiter des Prozesses der technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen begriffen werden und bietet ein zukunftsweisendes Beispiel des Digitalisierungsprozesses. Zur Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens ist das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (StModG)⁷ einen in Deutschland bisher beispiellosen Schritt in Richtung einer automatischen Rechtsanwendung ohne personelle Bearbeitungsschritte gegangen. Durch Änderungen in der Abgabenordnung und die Einführung der § 35a VwVfG und § 31a SGB X zeichnet sich ein Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisch erlassenen Verwaltungsakten ab. Zuweilen sollen staatliche Entscheidungen Algorithmen überlassen werden oder zumindest von Algorithmen unterstützt werden. Ferner könnten Legal Robots, die bereits von der Anwaltschaft und der Rechtspflege genutzt werden, inspirieren, weitere Schritte in Richtung einer digitalen, automatischen Anwendung von Gesetzen zu gehen.

Die Automation der Rechtsanwendung ist dabei im Grundsatz zu begrüßen, ergeben sich daraus schließlich erhebliche Chancen für die Verwaltung und die betroffenen Menschen in Form eines effizienten und gleichheitsgerechten Vollzugs. Doch birgt die Automation der Verwaltung nicht nur im Falle fehlerhafter Algorithmen Risiken, denen zu begegnen ist. Die Folge sind in dieser In-

wisconsin-against-using-data-to-foretell-defendants-futures.html (Stand: 11.11.2021); *J. Tashia*, Courts are using AI to sentence criminals. That must stop now, WIRED v. 4.7.2017, <https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/> (Stand: 11.11.2021); *S. Jiang*, Automatisierte Entscheidungsfindung, Strafjustiz und Regulierung von Algorithmen. Ein Kommentar zum Fall „State v. Loomis“, in: S. Beck/C. Kusche/B. Valerius (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 557 ff. Hierzu ausführlich *N. Braun-Binder*, Algorithmisch gesteuertes Risikomanagement in digitalisierten Besteuerungsverfahren, in: S. Unger/A. v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 161 (176) mwN. S. a. zur normierenden Wirkung dieser Software: *Th. Wischmeyer*, AöR 143 (2018), I (5).

⁶ *E. Nüiler*, Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So, WIRED v. 25.3.2019, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/> (Stand: 11.11.2021). Nach *Martin Fries* seien „Roboterrichter [hierzulande] in den Gerichtssälen [...] eine unrealistische Dystopie“, *M. Fries*, RW 4 (2018), 414 (415); s. a. *J. Wagner*, BB 2017, 898 (900). S. aber bereits 1967 zum sog. „Richterautomaten“: *S. Simitis*, Automation in der Rechtsordnung – Möglichkeiten und Grenzen. Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe am 14. Februar 1967, 1967, S. 4f.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).

tensität bisher nicht gestellte grundrechtliche und staatsorganisationsrechtliche Fragen – welches Maß an Automation im modernen Staat zulässig ist und wie weit die Exekutive eine Entscheidungsermächtigung informationstechnischen Systemen überantworten darf, wie weit der Einzelne gar rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen akzeptieren muss.

Die Antworten hierauf geben die Vorgaben der Verfassung. Im Rahmen der Arbeit soll daher das Automationspotenzial von Verwaltungsentscheidungen in den Blick genommen und eine Dogmatik entwickelt werden, wie weit die Automation im Bereich der Verwaltung gehen darf. Die strukturelle Beschaffenheit des Gesetzes, die Funktionsweise von Algorithmen und strukturelle Unterschiede zur menschlichen Entscheidungsfindung sollen in diesem Zusammenhang in Bezug genommen werden. Den erforderlichen Maßstab der Automation der öffentlichen Verwaltung gibt dabei das entwicklungs offene Grundgesetz.

Aus der prozeduralen Gewährleistung der Grundrechte sowie aus Staatsfundamentalnormen des Grundgesetzes lässt sich ein Recht auf menschliche Entscheidung ableiten. Dieses Recht kann nur in wenigen Fällen ausschließlich durch die rechtsprechende Gewalt erfüllt werden. In den meisten Fällen müssen Entscheidungen dem menschlichen Amtswalter vorbehalten sein oder jedenfalls rein technisch erzeugte Entscheidungen der Verwaltung durch Aussteuerung beziehungsweise auf Antrag von Menschen überprüft werden. An die Vorgaben des Grundgesetzes anknüpfend, lassen sich Verwaltungsentscheidungen nach ihrem Automationspotenzial kategorisieren. Auf Grundlage des Rechts auf menschliche Entscheidung lassen sich der Automation der öffentlichen Verwaltung rechtliche Grenzen ziehen und menschliche Freiheit gewährleisten.

Insgesamt wird deutlich: Die Digitalisierung der Verwaltung verheißt, die Vorgabe des gesetzmäßigen und gleichmäßigen Verwaltungsverfahrens einerseits zu wahren und die teilweise bestehenden Vollzugsdefizite bei der Verwaltung andererseits zu beseitigen. Generell würde die Verwaltung bürgerfreundlicher werden. Quelle und Garant menschlicher Freiheit bleibt jedoch der fürsorgliche und verantwortliche, sich zuwendende, zuhörende und seine Entscheidungen mit menschlichem Wort begründende Mensch, der die von ihm geschaffenen Gesetze versteht und anwenden kann, der Einzelfallgerechtigkeit gewährleisten kann.

Erstes Kapitel

Digitalisierung der öffentlichen Hand

Im gesamten Bereich der öffentlichen Hand hält seit Jahrzehnten der digitale Wandel Einzug. Aktuelle Phänomene der Digitalisierung der drei Gewalten im In- wie im Ausland sollen in diesem Kapitel als Beispiel angeführt werden.

Angesichts des kaum zu überblickenden Phänomens der Digitalisierung im Bereich der öffentlichen Hand – der staatlichen und der zwischenstaatlichen Gewalt – wird der Schwerpunkt aber im Folgenden auf den Digitalisierungsmaßnahmen bei der vollziehenden Gewalt und der (informations-)technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen¹ liegen. Dabei werden unter Verwaltungsentscheidungen nach außen gerichtete Verwaltungsentscheidungen mit unmittelbar rechtsgestaltender Wirkung² oder Entscheidungen, die unmittelbar zu einem rechtsverhältnisbegründenden Hoheitsakt führen,³ verstanden.

Beispielsweise macht das Bundesministerium der Finanzen bereits jährlich im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder Programmablaufpläne bekannt⁴ und sucht dadurch, formelle Gesetze in Form von Algorithmen darzustellen.⁵ Einen in Deutschland aber bisher beispiellosen Schritt in Richtung einer technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen⁶ unter Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) und des Erlasses

¹ S. A. Berger, DVBl. 2017, 804 (806): „rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen“.

² Vgl. N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 16.

³ Vgl. am Beispiel des Art. 17 BayPAG: W. Schmidbauer, in: W. Schmidbauer/U. Steiner (Hrsg.), *PAG/POG*, 5. Aufl. 2020, Art. 17 PAG Rn. 15.

⁴ S. nur: der mit Schreiben des *Bundesministeriums der Finanzen* vom 11.11.2019 (BMF v. 11.11.2019 – IV C 5 – S 2361/19/10008 :001, BStBl. I 2019, 1089) bekanntgemachte Programmablaufplan für die maschinelle Berechnung der vom Arbeitslohn einzubehaltenden Lohnsteuer, des Solidaritätszuschlags und der Maßstabsteuer für die Kirchenlohnsteuer für 2020 – Anlage 1, BStBl. I 2019, 1090; der mit Schreiben des *Bundesministeriums der Finanzen* vom 11.11.2019 (BMF v. 11.11.2019 – IV C 5 – S 2361/19/10008 :001, BStBl. I 2019, 1089) bekanntgemachte Programmablaufplan für die Erstellung von Lohnsteuertabellen für 2020 zur manuellen Berechnung der Lohnsteuer (einschließlich der Berechnung des Solidaritätszuschlags und der Bemessungsgrundlage für die Kirchenlohnsteuer) – Anlage 2, BStBl. I 2019, 1122.

⁵ Vgl. hierzu auch G. Kirchhof, *Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht*, in: K.-D. Drüen/J. Hey/R. Mellinshoff (Hrsg.), *FS 100 Jahre BFH*, Bd. I, 2018, S. 361 (377).

⁶ S. A. Berger, DVBl. 2017, 804 (806): „rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen“.

von Verwaltungsakten ohne personelle Bearbeitungsschritte⁷ ging zur Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens⁸ das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens.⁹ Letztlich zeichnet sich ein Wandel¹⁰ des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisiert¹¹ erlassenen Verwaltungsakten¹² ab.¹³ Zuweilen könnten Verwal-

⁷ S. N. Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 311 (311, 321); D. Heckmann, in: ders. (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kapitel 5, Rn. 629; N. Braun Binder, NVwZ 2016, 960. Differenzierend H. P. Bull, DVBl. 2017, 409 (410 f.) mwN, der nur jene Verfahren als vollständig automatisiert bezeichnen will, bei denen auch der Impuls zur Auslösung des Verfahrens elektronisch bzw. „automatisiert“ geschieht. Hinsichtlich der Änderungen in der AO und der „Technisierung der Staat/Bürger-Kommunikation“ lässt sich seiner Ansicht nach jedoch vertreten, „von einer vollständig automatisierten VA-Erstellung zu sprechen“ (ebd., S. 411). Ob es sich dabei tatsächlich um einen Gesetzesvollzug handeln kann, s. Zweites Kapitel B. III. 2.

⁸ N. Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 311 (318); M. Maier, JZ 2017, 614. Vgl. G. Kirchhof, ALJ 2 (2017), 125 mwN; vgl. G. Kirchhof, Einzelfallgerechtigkeit und Maßstabildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: K.-D. Drüen/J. Hey/R. Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (362); vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (254) – Pauschalierung eines Betriebsausgabenabzugsverbots. S. a. J. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 52.

⁹ Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).

¹⁰ Teilweise ist von einem Paradigmenwechsel in der Verwaltung die Rede. Nach Annette Guckelberger lassen sich diesbezüglich „momentan keine allgemeinen Aussagen zum Ausmaß des Paradigmenwechsels [...] treffen“, A. Guckelberger, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 235 (250) mwN. In Bezug auf das E-Government spricht Utz Schliesky von einem „grundlegenden Wandel der Verwaltungstätigkeit und der Verwaltungsorganisation“ infolge der Digitalisierung, s. U. Schliesky, Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationstatbestände, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 221. S. a. M. J. Heinemann, Transparenz und Open Government, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 141 (149) mwN (mit dieser Hervorhebung): „Die technische Möglichkeit, jederzeit voraussetzungslos in elektronischer Form auf amtliche Informationen der Transparenzplattformen zugreifen zu können, bewirkt einen Kulturwandel in der Verwaltung.“ M. Albers, Sicherheitsbehördliche Vernetzung und Datenschutz, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 509 mwN; „Die ‚Digitalisierung‘ und der damit einhergehende Umbau der Verwaltung sowie der Verwaltung/Umwelt-Beziehungen“. Vgl. zur Digitalisierung der Verwaltung insgesamt Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Digitale Verwaltung 2020. Regierungsprogramm der 18. Legislaturperiode, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/moderne-verwaltung/regierungsprogramm-digitale-verwaltung-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Stand: 10.11.2021).

¹¹ Zum Unterschied zwischen dem Begriff der Automation und dem Begriff der Automatisierung und dem hier verwendeten Sprachgebrauch s. Erstes Kapitel B. I. 5. mwN.

¹² S. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X; N. Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 311 (317).

tungsakte gänzlich ohne die Beteiligung eines menschlichen Amtswalters ergehen.¹⁴

Außerdem möchte sich die vorliegende Arbeit wegen der Maßnahmen zur Digitalisierung der öffentlichen Hand, insbesondere aber wegen der Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung bei der vollziehenden Gewalt, zu einem gewissen Grad auf die Grundlagen der Informationstechnologie¹⁵ als „logische[n] Ausgangspunkt“¹⁶ einlassen,¹⁷ um den technischen Horizont abzusteu-

¹³ Nicht abschließend: *A. Guckelberger*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 235 (245, 249 f.) mwN; vgl. *H. Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN; *N. Braun Binder*, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 311 (311 f., 317); *H. P. Bull*, DVBl. 2017, 409 ff.; *N. Braun Binder*, DÖV 2016, 891 ff.; *N. Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *Th. Siegel*, DVBl. 2017, 24 ff.; *A. Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.; *H. Schmitz/L. Prell*, NVwZ 2016, 1273 ff.; *R. Pitterle*, Pl.-Prot. 18/159, 15715: „umfassende Umstellung auf Computernutzung“; vgl. *U. Schliesky*, Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationsstatbestände, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 221; vgl. *A. Guckelberger*, DÖV 2020, 797; s. a. *M. J. Heinemann*, Transparenz und Open Government, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 141 (149) mwN; vgl. a. insgesamt *U. Stelkens*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: H. Hill/D. Kugelmann/M. Martini (Hrsg.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, S. 81 ff. Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: S. Unger/A. v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 129 (132): „Beim Einsatz digitaler Technologien wird ein bisher für Rechtsetzung und Rechtsanwendung prägendes Element zumindest teilweise aufgegeben: menschliches Handeln.“

¹⁴ *N. Braun Binder*, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 311 (311 f., 321); *N. Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *N. Braun Binder*, DÖV 2016, 891 (892); s. a. insgesamt *U. Stelkens*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: H. Hill/D. Kugelmann/M. Martini (Hrsg.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, S. 81 ff.; *H. Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN; s. a. *Y. Frese*, NJW 2015, 2090; vgl. *G. Kirchhof*, Renaissance der Soll-Ertragsbesteuerung?, in: W. Schön/Chr. Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (109 f.). Differenzierend *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 19 ff.; s. a. *H. P. Bull*, DVBl. 2017, 409 (410 f.). Vgl. hingegen: Entwurf der Bundesregierung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Drs. 7/910, 59 (im Folgenden: RegE VwVfG), BT-Drs. 7/910, 59.

¹⁵ Zur Definition des Begriffs der Informationstechnologie s. *R. Lackes/M. Siepermann*, IT, in: Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/it-38583/version-262004> (Stand: 10.11.2021): Informationstechnologie ist der „Oberbegriff für alle mit der elektronischen Datenverarbeitung in Berührung stehenden Techniken. Unter IT fallen sowohl Netzwerkanwendungen, Datenbankanwendungen, Anwendungen der Bürokommunikation als auch die klassischen Tätigkeiten des Software Engineering.“

¹⁶ *F. Würkert/A. Klafki/T. Winter*, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: A. Klafki/F. Würkert/T. Winter (Hrsg.), Digitalisierung und Recht, S. 1 (3), die Bedeutung eines tech-

cken. Vor diesem Hintergrund soll der Blick auf die informationstechnologischen Ausgangspunkte gerichtet und die hier verwendeten Begriffe erläutert werden, ehe sich die Arbeit der Nutzung der Informationstechnologie bei der öffentlichen Verwaltung zur technischen Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen¹⁸ widmen wird.

A. Phänomenologie der Digitalisierung der öffentlichen Hand

Inzwischen hat der grenzüberschreitende Prozess der Digitalisierung¹⁹ die öffentliche Hand erreicht. Zur Veranschaulichung der Digitalisierung der öffentlichen Hand lassen sich unterschiedliche Phänomene der Digitalisierungsmaßnahmen und -ansätze anführen.

I. Digitalisierung bei der Legislative

So sollen in Dänemark – als Beispiel einer Digitalisierungsmaßnahme bei der Legislative – alle Gesetzentwürfe auf ihre digitale Durchführbarkeit überprüft werden.²⁰

Die Praxis in Deutschland sucht – über gesetzgeberische Reaktionen und Regelungen von Sachverhalten mit Bezug zur Digitalisierung hinaus²¹ – zu ergründen, wie Gesetze gestaltet sein müssen, damit sie der digitalen Gesetzesanwendung zugänglich sind.²² Es stellt sich – auch aus verfassungsrechtlichen

nischen Verständnisses betonen: „Um sich [dem Digitalisierungsbegriff] anzunähern, ist das technische Verständnis der logische Ausgangspunkt.“

¹⁷ Nach *Jürgen Geuter* „kranken [viele Debatten] an falschen Vorstellungen und Annahmen über die Struktur und Eigenschaft des Digitalen.“, s. *J. Geuter*, Nein, Ethik kann man nicht programmieren, in: *Zeit Online* v. 27.11.2018, <https://www.zeit.de/digital/internet/2018-11/digitalisierung-mythen-kuenstliche-intelligenz-ethik-juergen-geuter> (Stand: 10.11.2021). S. a. *P. Bräutigam/T. Klindt*, NJW 2015, 1137 (1142), die die Bedeutung der „Zusammenarbeit zwischen den Rechts- und den betroffenen Ingenieurwissenschaften“ betonen (ebd.).

¹⁸ *S. A. Berger*, DVBl. 2017, 804 (806): „rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen“.

¹⁹ Zum Begriff der Digitalisierung ausführlich im Ersten Kapitel B. I. 1.

²⁰ *S. Mühlberger*, Nie wieder Schlange stehen, *brand eins* 07/2018, S. 76 ff., <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/service/nie-wieder-schlange-stehen> (Stand: 11.11.2021); *N. Schön*, Wir brauchen einen Digitalcheck für Gesetze, Pressemitteilung v. 22.10.2019, <https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/wir-brauchen-einen-digitalcheck-fuer-gesetze> (Stand: 11.11.2021).

²¹ S. unter anderem zum Richtlinienvorschlag einer Erweiterung des Betriebsstättendefinition im Körperschaftsteuerrecht bei einer *significant digital presence* nur *E. Reimer*, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: *J. Hey* (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42 (2019), 97 (103) mwN.

²² Vgl. in Bezug auf das materielle Steuerrecht *M. Burr*, BB 2018, 476 (478); vgl. *J. Ruß/R. Ismer/J. Margolf*, DStR 2019, 409 (410 f.). S. a. *G. Kirchhof*, Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: *K.-D. Drüen/J. Hey/R. Mellinger*

Gründen – die Frage, wie das materielle Recht ausgestaltet sein muss, um digitalisiert angewandt werden zu können.²³ Zuweilen wird gefordert, dass der Gesetzgeber seine Gesetze an ihrer Digitalisierbarkeit ausrichtet und von vornherein so gestaltet, dass sie sich digitalisieren lassen.²⁴ Die Digitalisierung des (Verwaltungs-)Verfahrens und an die Digitalisierung „angepasste Rechtsnormen“ stünden nämlich „in einem Wechselspiel zueinander.“²⁵ Ferner besteht ähnlich *sich selbst vollziehender Verträge* (sogenannte *Smart Contracts*)²⁶ die Idee *sich selbst vollziehender Gesetze* oder *Computable Law*.²⁷

Seitens der öffentlichen Hand lässt sich in der Bundesrepublik konkret die Forderung des *Nationalen Normenkontrollrats* als Beispiel anführen, beim Erlass von Bundesgesetzen Praxiserfahrungen zu nutzen,²⁸ um dem jeweiligen Bundesministerium eine bessere Folgenabschätzung zu ermöglichen und einen „nachhaltigen Kulturwandel in der Rechtsetzungspraxis“ herbeizuführen.²⁹ Der

hoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (363). S. a. G. Kirchhof, FR 2015, 773; G. Kirchhof, DStJG 40 (2017), 47 (62 ff.); G. Kirchhof, Renaissance der Soll-Ertragsbesteuerung?, in: W. Schön/Chr. Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (107 ff.).

²³ S. bereits G. Kirchhof, FR 2015, 773 (773 f., 777); G. Kirchhof, DStJG 40 (2017), 47 (62 ff.); G. Kirchhof, Renaissance der Soll-Ertragsbesteuerung?, in: W. Schön/Chr. Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (107 ff.); G. Kirchhof, Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: K.-D. Drüen/J. Hey/R. Mellinshoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (363).

²⁴ E. Reimer, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: J. Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42 (2019), 97 (108) mwN. Vgl. a. A. Guckelberger, DÖV 2020, 797 (800 f.).

²⁵ Vgl. J. Ruß/R. Ismer/J. Margolf, DStR 2019, 409 (411) (Zitat ebd.). S. a. G. Kirchhof, Einzelfallgerechtigkeit und Maßstababbildung im digitalisierten Massenfallrecht, in: K.-D. Drüen/J. Hey/R. Mellinshoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (363); G. Kirchhof, DStJG 40 (2017), 47 (63); G. Kirchhof, Renaissance der Soll-Ertragsbesteuerung?, in: W. Schön/Chr. Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (107 ff.).

²⁶ Zum Begriff s. nur G. Buchholtz, JuS 2017, 955 (956) mwN; M. Fries, RW 4 (2018), 414 (420); s. a. F. Glatz, in: St. Breidenbach/F. Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl. 2021, S. 137 ff.; J. Wagner, Legal Tech und Legal Robots, 2. Aufl. 2020, S. 40 ff., 8 f.; J. Wagner, BB 2017, 898 (901); M. Fries, NJW 2016, 2860 (2862); W. Hoffmann-Riem, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: S. Unger/A. v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 129 (132) mwN; M. Kaulartz, Die Blockchain in der öffentlichen Verwaltung, in: M. Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2. Aufl. 2019, S. 689 (698 f.).

²⁷ S. J. Wagner, Legal Tech und Legal Robots, 2. Aufl. 2020, S. 75, 94 ff.

²⁸ *Nationaler Normenkontrollrat*, Deutschland: Weniger Bürokratie, mehr Digitalisierung, bessere Gesetze Einfach machen!, Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2018, S. 5.

²⁹ *Nationaler Normenkontrollrat*, Deutschland: Weniger Bürokratie, mehr Digitalisierung, bessere Gesetze Einfach machen!, Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2018, S. 23.

Nationale Normenkontrollrat wirft dabei die Frage auf, „ob es sinnvoll ist, neue Gesetzgebungsvorhaben von Anfang an in der Form abstrakter Rechtstexte zu diskutieren“. ³⁰ Hinsichtlich der Digitalisierung von formellen Gesetzen durch den Gesetzgeber selbst finde jedoch in der Bundesrepublik „eine antizipierende Algorithmisierung von Gesetzentwürfen – soweit ersichtlich – nicht statt.“ ³¹ Zumindest aber plant die Bundesregierung, Bundesgesetze ab dem Jahr 2021 innerhalb einer „Gesetzgebungsplattform“ zu erarbeiten, über standardisierte Schnittstellen elektronisch dem Bundesrat, dem Bundestag und dem Bundespräsidialamt zu übermitteln und elektronisch im Bundesgesetzblatt verkünden zu lassen. ³² Darüber hinaus fordert der *Nationale Normenkontrollrat*, Gesetze bereits bei der Erstellung der Gesetzentwürfe in den Ministerien durch eine Digitaltauglichkeitsprüfung auf ihre „digitale Fitness“ zu überprüfen, um einen späteren digitalen Vollzug bereits im Gesetzgebungsverfahren mitzudenken. ³³ Dem entsprechend plant die Bundesregierung einen sogenannten „Digital-TÜV“, um Gesetze auf ihre Digitaltauglichkeit zu überprüfen. ³⁴

II. Digitalisierung bei der Exekutive

Als Maßnahme oder Ansatz der Digitalisierung der exekutiven Gewalt im Ausland kann die Einrichtung sogenannter digitaler Bürgerämter in Dänemark ³⁵ und auf Ebene der europäischen Union die Verordnung über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs-

³⁰ *Nationaler Normenkontrollrat*, Deutschland: Weniger Bürokratie, mehr Digitalisierung, bessere Gesetze Einfach machen!, Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2018, S. 24.

³¹ *E. Reimer*, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: J. Hey (Hrsg.), Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42 (2019), 97 (105). Vgl. a. *Nationaler Normenkontrollrat*, Deutschland: Weniger Bürokratie, mehr Digitalisierung, bessere Gesetze Einfach machen!, Jahresbericht 2018 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2018, S. 25.

³² *B. Lohmann*, Die Digitale Verwaltung, in: H. Hill/D. Kugelmann/M. Martini (Hrsg.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, S. 9 (15 f.); s. a. *A. Guckelberger*, DÖV 2020, 797 (798 ff.).

³³ *Nationaler Normenkontrollrat*, Weniger Bürokratie, bessere Gesetze – Praxis mitdenken, Ergebnisse spürbar machen, Fortschritte einfordern., Jahresbericht 2019 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2019, S. 62 ff.; s. a. *A. Guckelberger*, DÖV 2020, 797 (802).

³⁴ *Nationaler Normenkontrollrat*, Weniger Bürokratie, bessere Gesetze – Praxis mitdenken, Ergebnisse spürbar machen, Fortschritte einfordern., Jahresbericht 2019 des Nationalen Normenkontrollrats gemäß § 6 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, 2019, S. 63; s. a. *A. Guckelberger*, DÖV 2020, 797 (802).

³⁵ *S. Mühlberger*, Nie wieder Schlange stehen, brand eins 07/2018, S. 76 ff., <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2018/service/nie-wieder-schlange-stehen> (Stand: 11.11.2021).

Sachregister

- AI, Artificial Intelligence, *siehe* Künstliche Intelligenz
- Algorithmische Entscheidungsfindung **23**
- Algorithmus
- Begriff 15, **18**, 254
 - Darstellung als Flussdiagramm 21
 - Darstellungsweise **21**
 - lernender 35, 77, **79**, 83 f., 86, 95, 102 f., **144**, 146, 153 f., 161, 207, 257
 - nicht lernender **77 f.**, 84, 94, **142**, **154**, 206, 254, 257
 - selbstlernender, *siehe* lernender Algorithmus
 - Textuelle Beschreibung 22
 - Übersetzung in eine Maschinensprache 37
- Allgemeinheitpostulat, *siehe* Verbot von Einzelfallgesetzen
- Amtsermittlungsgrundsatz 69, **218**, **220**, 260
- als Vorgabe für die technische Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen 234, 239, 243, 247, 251
- antragslose Familienbeihilfe 72
- antragslose Arbeitnehmerveranlagung 73
- antragsloses Kindergeld 63
- Apple Card 95
- Automation 41, 192
- Begriff **33**, 41
- Automationsgeleitete menschliche Entscheidung 235, **242**
- Begriff **242**
 - Beispiel 246
- Automationsgestützte menschliche Entscheidung 235, **242**
- Begriff **243**
 - Beispiel 246
- Automatisierung, *siehe auch* Automation
- Begriff **33**, 41
- Baugenehmigungsverfahren 63, 71
- Begründungspflichten **226**, **232**, 235, 240, 246, 249, 251
- Beratungspflichten **226**, **232**, 234, 240, 245, 249, 251
- bestimmte Rechtsbegriffe **107**, 109, 112, 155, 200, 237, 244, 258
- Big Data 87
- Binärsystem **17 f.**, 40, 106, 145
- Black Box 89, 91, 157, 225
- rechtliche 90
 - technische 90
- Compas 1, 12, 14, 254
- deskriptive Tatbestandsmerkmale **104**, **106–109**, 112, 150, 154, 200, 237, 244, 258
- Digitalisierung
- Begriff 15, 40
 - bei der Exekutive 10
 - bei der Judikative 12
 - bei der Legislative 8
 - der öffentlichen Hand 8
- Digital-TÜV 10
- Dualsystem, *siehe* Binärsystem
- Ermessensreduzierung auf Null 140, 148, 155, 258
- Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen 219 f.
- Explainable AI 92
- flow chart, *siehe* Flussdiagramm
- Flussdiagramm, *siehe* Algorithmus
- Fürsorgepflichten **226**, **232**, 234, 240, 245, 249, 251

- Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns **187 f.**, 196, 211, 260
- und Fallvergleich mittels Softwareprogramme 211
 - und Konkretisierung des Gesetzes 209
 - und Notwendigkeit der menschlichen Entscheidung 217
- Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens 2, 6, 43, **53**
- Gleichheit im Unrecht 134, 210
- Grundsatz des fairen Verfahrens 187, **218–220**, 260
- und Notwendigkeit der menschlichen Entscheidung 222
- Heuristiken 85, **88 f.**, 91, 93
- Justizsyllogismus **99**, 153 f., **196 f.**, 202, 213, 218, 221, 228 f., 239, 257, 260 f.
- Bildung des Untersatzes **117**, 120, 201, 215, 217
- Künstliche Intelligenz 13, 15, 41, 86, 255
- Begriff **25**
 - schwache 28
 - starke 28
- Legal Robot 30, 40 f.
- Begriff 30
 - Beispiele 31
 - Zuordnung zur Legal Tech 32
- Legal Tech 15, 30, 40 f., 255
- Beispiele 30
 - Differenzierung 32
 - Voraussetzungen für die Rechtsanwendung 119
- Legal Technology, *siehe* Legal Tech
- Lohnsteuer, maschinelle Berechnung der 42, **45–47**, **53**, 65, 98, 105 f., 108, **122**, 150, 222, 256
- machine learning, *siehe* Maschinelles Lernen
- Maschinelles Lernen 27, 41, 79–81, 255
- Begriff **29**
- normative Tatbestandsmerkmale 109 f., 113, 115, 130, 198, 200, 214 f., 217, 223, 230 f., 238 f., 244, 248, 261 f., *siehe auch* deskriptive Tatbestandsmerkmale
- Programmablaufplan 5, 65, 111, 229
- Begriffserläuterung 21
 - des Bundesministeriums der Finanzen 22, **46**, 53, 106, 108, 135, 150, 195, 200, 230, 256, 261
- Recht auf eine gute Verwaltung 171, 176, 259
- Recht auf menschliche Entscheidung **1**, 3, 164, **187**, **230**
- Ableitung aus dem Grundgesetz 165, 177, 185–187, 259, 263
 - in der Anwendung **233**, 250, 252, 264
 - und DSGVO und BDSG 167, 175
 - und GRCh und DGRCh-E 171
- Recht auf Verfahrensbeteiligung **223**, 231, 263
- Rechtsstaatlichkeit 132, 155, 187, 207
- Rechtsstaatsprinzip **218 f.**, **226**, **231–234**, **241**, 245, 249, 251, *siehe auch* Rechtsstaatlichkeit
- Risikomanagementsystem 33, 43, **55**, 60, 65, **69 f.**, 74, 82, 97 f., 105, 120, 135, 149, 152, 158 f.
- Funktionsweise 58
 - Rechtsgrundlage 56
 - und Steuerfestsetzung **120**, 135
- RMS, *siehe* Risikomanagementsystem
- Selbstbestimmtheit des Menschen 76, 142, 216, 266
- Selbstbindung der Verwaltung **114**, 116, **148**, 201, 204, 207, 214, 236, 238, 244, 248
- Sich selbst vollziehende Gesetze 9
- Sich selbst vollziehende Verträge, *siehe* Smart Contracts
- Single Digital Gateway 11, 14, 254
- Smart Contracts 9, 31
- Sozialstaatsprinzip **226**, **232–234**, 241, 245, 249, 251
- StModG, *siehe* Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens

- Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung,
siehe Justizsyllogismus
- überwachtes Lernen **29**, *siehe auch* un-
überwachtes Lernen
- unbestimmte Rechtsbegriffe 110, 113,
115, 130, 198, 200, 214 f., 217, 223,
230 f., 238 f., 244, 248, 261 f., *siehe
auch* bestimmte Rechtsbegriffe
- unüberwachtes Lernen **29**, 81, *siehe auch*
überwachtes Lernen
- Urteil Auslandsüberwachung durch den
BND 165, 176, **183**, 185
- Urteil Online-Durchsuchung 165, 176,
179, 185
- Urteil Volkszählung 165, **176 f.**, 185
- Urteil Wahlcomputer 165, 176, **181**,
185
- Verbot von Einzelfallgesetzen 100, 112,
200, 230, 261
- Vollständig menschliche Entscheidung
unter Ausschluss der Technik 235, **247**
– Begriff **247**
– Beispiel 250
- Vollständig technisch erzeugbare Ent-
scheidung unter Ausschluss des Men-
schen **235**
– Begriff **235**
– Beispiel 241
- Vorbehalt des Gesetzes 194, **196 f.**, 204,
208 f., 211, 213, 229, 261
- Vorrang des Gesetzes 196 f., 208 f., 211,
213, 218, 229, 261
- Watson 28, 31
- Wesentlichkeitstheorie **195 f.**, 213, 229,
242, 261