

Das Recht auf menschliche Entscheidung – Freiheit in Zeiten der Digitalisierung und einer automatisierten Rechtsanwendung

Dorothea Mund

I. Digitalisierung der Staatsgewalt

Der grenzüberschreitende Prozess der Digitalisierung¹ hat die öffentliche Hand erreicht. Die drei Gewalten nutzen dabei im In- wie im Ausland die moderne Technik in unterschiedlichem Maße.

Die Unterstützung US-amerikanischer Richter bei der Beurteilung der Strafrückfälligkeit von Angeklagten mittels einer Software,² das Ziel, Richter in Estland in bestimmten Fällen durch sog. Künstliche Intelligenz zu ersetzen,³ oder die Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Ra-

-
- 1 Unter dem Begriff der Digitalisierung „verstand man ursprünglich nur die Umwandlung analoger Werte in digitale Formate“, *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421; s. a. *Würkert/Klafki/Winter*, in: Klafki/Würkert/Winter (Hrsg.), Digitalisierung und Recht, 2017, S. 1 (3). Informationstechnologisch geht es beim Digitalen um die computerkompatible Darstellung von Informationen durch einen binären Code aus „1“ und „0“, s. *Gumm/Sommer*, Einführung in die Informatik, 10. Aufl. 2013, S. 5 f., 11 ff.; vgl. *Albers*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government, 2019, S. 509 (515). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird darunter inzwischen die Speicherung, Be- und Verarbeitung, Verwendung und die Darstellung von Informationen mithilfe von Informationstechnologie verstanden, s. *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421. Oftmals wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff der Künstlichen Intelligenz verwendet, auf den jedoch im Folgenden nicht weiter eingegangen werden soll.
 - 2 S. nur *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016); *State v. Loomis*, 130 Harv. L. Rev. 1530. S. a. *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-wisconsin-against-using-data-to-foretell-defendants-futures.html> (Stand: 3.1.2020); *Tashea*, 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: 3.1.2020).
 - 3 *Niiler*, 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: 27.1.2020).

tes über die Einrichtung eines sogenannten einheitlichen digitalen Zugangstores (Single Digital Gateway)⁴ können als Beispiele von Digitalisierungsmaßnahmen im Ausland beziehungsweise auf Ebene der Europäischen Union genannt werden. In der Bundesrepublik Deutschland und den Ländern lassen sich unter anderem das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs,⁵ die gerichtliche Verwendung von Subsumtionsautomaten in den Bereichen des Familien- und Erbrechts⁶ und die Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes vom 14. August 2017⁷ als Beispiele aufführen.

Angesichts der Vielzahl an Maßnahmen und Ansätzen ist die Digitalisierung im Bereich der staatlichen und überstaatlichen Gewalt nur schwer zu überblicken. Der Fokus begrenzt sich daher vorliegend auf die Automation der Verwaltung.⁸

II. Automation der Verwaltung und technische Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen

Einen in Deutschland bisher beispiellosen Schritt Richtung Automation der Verwaltung – nämlich einer automatischen beziehungsweise automatisierten Rechtsanwendung ohne personelle Bearbeitungsschritte⁹ – ging zur

4 Verordnung 2018/1724/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 2. Oktober 2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, ABl. 2018 L 295, 1; *Denkhaus*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 51 (71) mwN.

5 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs v. 5.7.2017 (BGBl. 2017 I 2208).

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

7 Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) v. 14.8.2017 (BGBl. 2017 I 3122, 3138).

8 Auf den Unterschied zwischen den Begriffen der Automation und der Automatisierung soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. aber § 35a VwVfG.

9 *S. Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (311, 321); *Heckmann*, in: ders. (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 6. Aufl. 2019, Kapitel 5, Rn. 507; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960. Differenzierend *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

Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens¹⁰ das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (StModG).¹¹

1. *Ausschließlich automationsgestützt erlassener oder korrigierter Steuerbescheid als Leitbild der Steuerfestsetzung*

Der Gesetzgeber des StModG hat im Gesetzgebungsverfahren die „ausschließlich automationsgestützte[...] Bearbeitung mit einem ausschließlich automationsgestützt erlassenen oder korrigierten Steuerbescheid als Ergebnis“¹² als „Leitbild“¹³ der Steuerfestsetzung beschrieben.¹⁴ Das StModG soll eine „Verabschiedung vom althergebrachten Leitbild einer im Kern durch Amtsträger bearbeiteten Steuererklärung“¹⁵ und der persönlichen Überprüfung durch die Amtsträger bewirken.¹⁶ Mit den Worten der Bundesregierung nehme die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens die „Herausforderung des technisierten Verwaltungshandelns an“.¹⁷ Durch das StModG wurde zur Bewältigung des steuerlichen Massenverfahrens die – soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten¹⁸ – ausschließlich automationsgestützte Vornahme, Berichtigung, Rücknahme, der Widerruf, die Aufhebung oder Änderung von

vertreten, „von einer vollständig automatisierten VA-Erstellung zu sprechen“ (ebd., S. 411).

- 10 Braun Binder, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318); Maier, JZ 2017, 614. Vgl. G. Kirchhof, ALJ 2 (2017), 125 mwN; vgl. G. Kirchhof, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (362); BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (254) – Pauschalierung eines Betriebsausgabenabzugsverbots; s. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 52.
- 11 Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).
- 12 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 3.2.2016, BT-Drs. 18/7457, 48 (im Folgenden: RegE StModG).
- 13 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 48.
- 14 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 48; s. a. G. Kirchhof, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (108); Maier, JZ 2017, 614. Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren Schmitz/Prell, NVwZ 2016, 1273 (1274); vgl. Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (301); Heintzen, DÖV 2015, 780 (780 f.).
- 15 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49.
- 16 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49, 82.
- 17 RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 49.
- 18 S. § 155 Abs. 4 Satz 1 AO nF.

Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen (§ 155 Abs. 4 Satz 1 AO)¹⁹ und der Einsatz von Risikomanagementsystemen zur Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen (§ 88 Abs. 5 Satz 1 AO)²⁰ gesetzlich²¹ legitimiert.²²

2. Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakten

Ferner wurden durch das StModG die Verfahrensvorschriften § 35a VwVfG²³ und § 31a SGB X²⁴ über den vollständig automatisierten Erlass²⁵ eines Verwaltungsaktes eingeführt.

Zwar liegen über den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten²⁶ keine detaillierten Regelungen wie für das Besteuerungsver-

19 Hierzu Gläser/Schöllhorn, DStR 2016, 1577; Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (301 f.); vgl. RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 82 f.

20 Neu gef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679). Hierzu Bruschke, SteuK 2016, 355 (356 f.).

21 §§ 154 Abs. 4, Abs. 5 AO, 88 Abs. 5 AO nF. Vgl. § 88 Abs. 3 AO aF. S. a. Braun Binder, NVwZ 2016, 960 (964).

22 Nur Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (302); Bruschke, SteuK 2016, 355 (356 f.); RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 69 f.; Braun Binder, NVwZ 2016, 960 (961 f., 964); Baldauf, DStR 2016, 833 (835 ff.); Müller-Franken, StuW 2018, 113 (119 f.); Seer, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. II, 2018, S. 1717 (1727 ff.). Zur Verifikation im digitalen Besteuerungsverfahren durch Risikomanagementsysteme s. a. Mellinghoff, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421 (435 ff.).

23 Eingef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679). Hierzu anstatt vieler: Berger, NVwZ 2018, 1260 ff.; Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 235 (263 ff.) mwN; Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (301 ff.) mwN; Stegmüller, NVwZ 2018, 353 (354 f.); Ziekow, NVwZ 2018, 1169 (1170 f.); vgl. Braun Binder, NVwZ 2016, 960 (963 f.).

24 Eingef. mWv 1.1.2017 durch Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 (BGBl. 2016 I 1679).

25 S. Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (303): „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.“

26 S. § 35a VwVfG (Hervorhebung d. Verf.): „Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, *sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist* [...]“.

fahren²⁷ seit dem StModG vor,²⁸ in der Literatur wird jedoch der Blick auf ein mögliches vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren im Bereich des Baugenehmigungsverfahrens,²⁹ die Verlängerung von Personal-, Behinderten- oder Parkausweisen oder ein antragsloses Kindergeld³⁰ – also „standardisierte Verfahren, die häufig vorkommen“³¹ – geworfen. Es bestehe die realistische Möglichkeit, dass menschliche Amtswalter zunehmend durch technische Systeme abgelöst werden³² und die „Haupttätigkeit menschliche[r] Amtswalter [in Zukunft] in der Programmierung, Überwachung und Anpassung der IT-Systeme“ bestehen werde.³³ Ferner könnte der Einsatz sog. Legal Robots³⁴ als „autonome[...] Subsumtionsautomaten“³⁵ bei der Anwaltschaft und in der Rechtspflege³⁶ die öffentliche Hand inspirie-

27 S. § 155 Abs. 4, Abs. 5 AO und § 88 Abs. 5 AO.

28 S. *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), *Digitalisierte Verwaltung* (Fn. 1), S. 311 (318).

29 *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26 f.); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 46; *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), *Digitalisierte Verwaltung* (Fn. 1), S. 311 (318). Zur Digitalisierung des Baugenehmigungsverfahrens in Nordrhein-Westfalen s. a.: *Partnerschaft Deutschland*, *Digitales Baugenehmigungsverfahren*. Abschlussbericht der 1. Projektphase v. 26.4.2019, https://www.mhkgb.nrw/sites/default/files/media/document/file/AbschlussberichtDigitalesBaugenehmigungsverfahren_NRW_1.Projektphase_270619.PDF (Stand: 30.1.2020).

30 *Martini/Nink*, NVwZ-extra 10 (2017), 1 (2); *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), *Digitalisierte Verwaltung* (Fn. 1), S. 311 (318).

31 *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), *Digitalisierte Verwaltung* (Fn. 1), S. 311 (318) mwN; *Siegel*, *VerwArch* 105 (2014), 241 (258) mwN; *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26); *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (963) mwN.

32 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (249) mwN; vgl. *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: 6.1.2020); vgl. *Bull*, *Der Staat* 58 (2019), 57 (75); *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN.

33 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (245).

34 Zum Begriff s. *Wagner*, BB 2017, 898 (902, 898); *Wagner*, BB 2018, 1097. S. insgesamt zur Legal Tech anschaulich die „Legal Geek Startup Map“, <https://www.legalgeek.co/startup-map/#LGMap> (Stand: 31.1.2020).

35 *Burr*, BB 2018, 476 (477); *Fries*, RW 4 (2018), 414 (419, 422); *Wagner*, BB 2017, 898 (900); *Anzinger*, *DStJG* 42 (2019), 15 (35). S. ferner für das Zivilrecht *Fries*, *NJW* 2016, 2860 (2863).

36 Hierzu *Fries*, RW 4 (2018), 414 ff.

ren,³⁷ diese als „automatische Einrichtungen“³⁸ ebenfalls in der Verwaltung einzusetzen und weitere Schritte in Richtung einer digitalen beziehungsweise automatischen oder automatisierten Rechtsanwendung zu gehen.³⁹

So zeichnet sich ein Wandel des Vollzugs von Gesetzen durch menschliche Überprüfung des Einzelfalls hin zu vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakten⁴⁰ ab.⁴¹ Zuweilen könnten Verwaltungsakte gänzlich ohne die Beteiligung eines menschlichen Amtswalters ergehen.⁴²

37 Vergleichbar *Fries*, RW 4 (2018), 414 (418 ff., 422); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots. Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. VII.

38 § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

39 Vergleichbar *Fries*, RW 4 (2018), 414 (418 ff., 422); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 37), S. VII. S. a. zum Einsatz Künstlicher Intelligenz in den öffentlichen Verwaltungen Art. 5 lit. b) des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Aufstellung des Programms „Digitales Europa“ für den Zeitraum 2021-2027, COM(2018)434 final, 28; *Bundesregierung*, Antwort auf kleine Anfrage, Konkrete Ziele und Vorhaben der Bundesregierung im Bereich Künstliche Intelligenz, BT-Drs. 19/1982, 7 und 12 ff.

40 S. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

41 Anstatt vieler: *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (245, 249 f.) mwN; vgl. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 ff.) mwN; *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 f.; *Bull*, DVBl. 2017, 409 ff.; *Braun Binder*, DÖV 2016, 891 ff.; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *Siegel*, DVBl. 2017, 24 ff.; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2016, 1273 ff.; vgl. *Bundesregierung*, Digitale Verwaltung 2020, Regierungsprogramm 18. Legislaturperiode, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/moderne-verwaltung/regierungsprogramm-digitale-verwaltung-2020.pdf?sessionid=1B932CC7681E4C238F6659600F788BDD_2_cid364?blob=publicationFile&v=4 (Stand: 28.1.2020); *Pitterle*, Pl-Prot18/159, 15715: „umfassende Umstellung auf Computernutzung“; vgl. *Schliesky*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 221; vgl. *Heinemann*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 141 (149).

42 *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (311 f., 321); *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960; *Braun Binder*, DÖV 2016, 891 (892); *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f.) mwN; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (109 f.); Differenzierend *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 19 ff.; s. a. *Bull*, DVBl. 2017, 409 (410 f.).

III. Chancen und Risiken durch die Automation der Verwaltung

Eine solche Automation der Verwaltung mit der technischen Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen ist im Grundsatz zu begrüßen, ergeben sich daraus schließlich Chancen für die Verwaltung und die betroffenen Menschen in einem gleichheitsgerechten und effizienten Vollzug.⁴³ Doch birgt der vollständig automatisierte Erlass von Verwaltungsakten⁴⁴ beziehungsweise die technische Erzeugung von Verwaltungsmaßnahmen⁴⁵ auch erhebliche Risiken,⁴⁶ denen zu begegnen ist. Es tritt ein besonderes Bedürfnis, die Freiheit zu schützen, hinzu.

IV. Das Recht auf menschliche Entscheidung im Grundgesetz

Um diesem Schutzbedürfnis zu begegnen, lässt sich aus den Grundrechten aber auch aus staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben des entwicklungs-offenen⁴⁷ Grundgesetzes ein Recht auf menschliche Entscheidung ableiten.

Vorgabe des Grundgesetzes ist nämlich zum einen die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns⁴⁸ durch die tatbestandsmäßige Anwendung ge-

43 Nur *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (307 ff.); *Bull*, DVBl. 2017, 409 (414 ff.). In Bezug auf die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens anstatt vieler: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 1; RegE StModG, BT-Drs. 18/7457, 1, 46 f. und 68 ff.; *Gläser/Schöllhorn*, DStR 2016, 1577 ff.

44 S. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

45 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806).

46 Vgl. anstatt vieler: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 122; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (107 ff.); *G. Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (362 ff.).

47 Ebenso *Härtel*, LKV 2019, 49 (52) mwN; vgl. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 61 ff.

48 S. Art. 20 Abs. 3 GG. Anstatt vieler: BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 (161) – Reiten im Walde; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (126 f.) mwN – Kalkar I; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 72; vgl. *G. Kirchhof*, in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 99 (108 f.); vgl. *G. Kirchhof*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 361 (363).

setzlicher Entscheidungsmaßstäbe (tatbestandsmäßige Umsetzung auch im digitalen Gesetzesvollzug) im Wege des „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“.⁴⁹ In diesem Zusammenhang können etwaige behördliche Pflichten zur Ermittlung des Sachverhalts⁵⁰ zur „Bildung des Untersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“⁵¹ maßgeblich sein. Auch gebietet der Grundsatz des fairen (Verwaltungs-) Verfahrens⁵² der Behörde die sorgfältige Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen.⁵³ Dabei spielt die Komplexität von Erfassung, Beurteilung und gegebenenfalls weiterer Aufklärung des Sachverhalts⁵⁴ eine Rolle.⁵⁵

-
- 49 S. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN. Vgl. *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35).
- 50 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 14 mwN, § 14 Rn. 27 ff.; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. S. in Bezug auf die Finanzverwaltung: *Seer*, DStJG 31 (2008), 7 (12). S. einfachgesetzlich § 24 Abs. 1 Satz 3 VwVfG: „Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.“ S. a. § 31a Satz 2 SGB X und § 88 Abs. 1 Satz 2 AO.
- 51 S. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN; vgl. *Anzinger*, DStJG 42 (2019), 15 (35).
- 52 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG iVm Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (404) – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerwG, Beschl. v. 31.8.2000 – 11 B 30/00, DVBl. 2000, 1863. Abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG: *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2 mwN.
- 53 *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 59; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen.
- 54 S. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. *Wagner*, BB 2017, 898 (898, 902).
- 55 Ebenso *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263 f.).

Zwar besteht wegen der exekutivischen Eigenverantwortung „kein Totalvorbehalt des Gesetzes“.⁵⁶ Eine gesetzeswidrige Entscheidung⁵⁷ beziehungsweise eine grundrechtsbeschränkende behördliche Entscheidung, die sich auf keine parlamentsgesetzliche Eingriffsermächtigung⁵⁸ zurückführen lässt, steht aber der Verfassungskonformität technisch erzeugter Verwaltungsmaßnahmen im Wege. Daher kann auch die Frage, ob exekutive Algorithmen Richtlinien-, Verwaltungsvorschrifts-, Rechtsverordnungs- oder Gesetzescharakter⁵⁹ haben oder ob sie in Gerichtsverfahren ähnlich einem antizipierten Sachverständigengutachten zu behandeln sind,⁶⁰ hier offen bleiben.⁶¹

-
- 56 BVerfG, Urt. v. 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1 (109) – Atomwaffenstationierung; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (124 ff.) – Kalkar I; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 108; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 61.
- 57 Zum Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes anstatt vieler: *Sommerrmann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. mwN; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 61 ff. Im Bereich der Finanzverwaltung ist der Vorbehalt des Gesetzes besonders zu betonen, die Belastungsmaßstäbe ergeben sich nämlich „kaum aus der Natur der Sache“, *Jochum*, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler ua (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. II, § 149 Rn. 2 mwN; vgl. BVerfG, Urt. v. 24.1.1962 – 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318 (328) – Ehegatten-Arbeitsverhältnisse.
- 58 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 111.
- 59 Zu einer quasi-gesetzlichen Wirkung: *Lessig*, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0, 2006, S. 5 („code is law“); *Reidenberg*, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 (1997-1998), https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42 (Stand: 17.1.2020); *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (308 ff.). Zur Einordnung als Verwaltungsvorschrift nur *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (317); *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (269 f.) mwN.
- 60 S. SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456 (2457).
- 61 Jedenfalls ist nämlich der Vorrang des Gesetzes (hierzu nur *Sommerrmann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 271 f.) und die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG zu berücksichtigen, s. nur BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 (158 f.) – Facharzt; BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (79 f.) – Sexualkundeunterricht; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 ff.; *Sommerrmann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 273 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Losebl. [Stand: 89. EL Oktober 2019], Art. 20 GG Rn. 105.

Zudem muss sich jede amtliche Entscheidung materiell an weiteren Vorgaben der Verfassung messen lassen: Aus dem Rechtsstaatsprinzip⁶² oder der „verfassungsrechtliche[n] Gewährleistung der Grundrechte auch im jeweiligen Verfahrensrecht“⁶³ können sich Beratungs- und Fürsorgepflichten der öffentlichen Hand ergeben.⁶⁴ Nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens⁶⁵ muss dem Betroffenen im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligung gegeben werden.⁶⁶ Einwände zu erheben⁶⁷ und „zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können“,⁶⁸ muss weiterhin möglich bleiben. Außerdem

62 S. Art. 20 Abs. 3 GG.

63 BVerfG, Beschl. v. 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78, BVerfGE 52, 380 (389) – Schweigender Prüfling.

64 Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellt. Hierzu auch Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später leitet Pünder die Gewährleistung des „Rechtsschutzes durch Verfahren“ aus dem „prozeduralen Gewährleistungsgehalt“ der Grundrechte und dem Rechtsstaatsprinzip ab, Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. S. a. BVerfG, Beschl. v. 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78, BVerfGE 52, 380 (389) – Schweigender Prüfling; Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 25 ff.; Kallerhoff/Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 1 mwN. Einfachgesetzlich wurde die behördliche Beratungspflicht in § 25 VwVfG geregelt.

65 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

66 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II; Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 ff. mwN; Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2; Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 ff.; § 14 Rn. 32 ff.; Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264); Baldauf, DStR 2016, 833 (834 f.); Braun Binder, DÖV 2016, 891 (895). Vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG: „Von der Anhörung kann abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist, insbesondere wenn [...] die Behörde eine Allgemeinverfügung oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will“.

67 Vgl. Bull, DVBl 2017, 409 (412). Vgl. Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264): „Bei zunehmender Automation der Entscheidungsebene gewinnt die menschliche Kontrollebene, insbesondere die Widerspruchsebene, an Bedeutung.“ Vgl. a. Berger, DVBl. 2017, 804 (808).

68 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerwG, Beschl. v. 31.8.2000 – 11 B 30/00, DVBl. 2000, 1863.

könnte das Gebot der guten Verwaltung eine menschliche Entscheidung erfordern.⁶⁹ Auch kann sich bei einer besonderen Grundrechtsintensität ein Abwägungserfordernis der Behörde bei ihrer Entscheidung ergeben.⁷⁰

Sowohl die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁷¹ als auch weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung können eine menschliche Beteiligung im Prozess der Entscheidungsfindung bei der Verwaltung notwendig machen.

V. Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen

Aufgrund des Rechts auf menschliche Entscheidung stellt sich die Frage, inwieweit die Exekutive eine Entscheidungsermächtigung technischen Systemen überantworten darf, der Einzelne gar „rein technisch erzeugte Verwaltungsentscheidungen“⁷² akzeptieren muss.⁷³

Hierfür sollen Verwaltungshandeln beziehungsweise „Verwaltungsentscheidungen“⁷⁴ nach ihrem „Automationspotenzial“⁷⁵ kategorisiert⁷⁶ und eine Dogmatik entwickelt werden, wie weit die Automation im Bereich der Verwaltung gehen darf. Die Kategorien knüpfen dabei an zwei Hauptelemente an: Die von Verfassung wegen gebotene Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns⁷⁷ und weitere materiell-rechtliche Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere den Grundsatz des fairen Verfahrens,⁷⁸ etwai-

69 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806) mwN; vgl. *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 10.

70 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264).

71 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

72 *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806).

73 Vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806); vgl. § 35a VwVfG und § 31a Satz 1 SGB X.

74 *Berger*, DVBl. 2017, 804 (805, 806); *Berger*, NVwZ 2018, 1260 ff.

75 *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263).

76 Ebenso *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263 f.).

77 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

78 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

ge behördliche Fürsorge- und Beratungspflichten⁷⁹ und Abwägungserfordernisse bei einer Grundrechtsintensität.⁸⁰

Diesen Maßstäben des Grundgesetzes folgend werden vorliegend vier Kategorien technisch erzeugbarer Verwaltungsentscheidungen gebildet: *Vollständig technisch erzeugbare Entscheidungen unter Ausschluss des Menschen*, *automationsgeleitete menschliche Entscheidungen*, *automationsgestützte menschliche Entscheidungen* und *vollständig menschliche Entscheidungen unter Ausschluss der Technik*.

1. *Vollständig technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen*

Im Falle einer *vollständig technisch erzeugbaren Entscheidung unter Ausschluss des Menschen* trifft ein technisches Entscheidungssystem ausschließlich eines menschlichen Amtswalters eine „Entscheidung“,⁸¹ wie beispielsweise Verkehrsampeln i.S.v. § 37 StVO.⁸² Ein so erlassener Verwaltungsakt könnte als „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen“⁸³ bewertet werden. Das Recht auf menschliche Entscheidung könnte in diesem Fall durch die rechtsprechende Gewalt erfüllt werden.⁸⁴

79 Nur Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

80 Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264).

81 Ob in diesem Fall tatsächlich von einer „Entscheidung“ gesprochen werden kann, soll hier offen bleiben.

82 Ebenso Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264). Vgl. Golla, DÖV 2019, 673 (679). S. hierzu BGH, Urt. v. 18.12.1986 – III ZR 242/85, BGHZ 99, 249 (252) mwN: „Die Entscheidung, in welchen Intervallen die Anlage bei ihrem Betrieb die möglichen Lichtzeichen aussendet, wird dabei nicht von der Maschine selbsttätig getroffen, sondern die Verwaltungsentscheidung liegt für jede einzelne der von der Ampelanlage ausgestrahlten Allgemeinverfügungen bereits in ihrer Programmierung und wird durch das jeweilige Farbzeichen den Adressaten lediglich bekanntgegeben“.

83 § 35a VwVfG; § 31a Satz 1 SGB X.

84 Vgl. in Bezug auf die Geschwindigkeitsmessung durch ein standardisiertes Messverfahren Saarl/VerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456.

a) *Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns*

Eine *technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen* könnte im digitalen Vollzug von Gesetzen jedoch am Maßstab der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns⁸⁵ nur möglich sein, wenn kein Ermessensraum eröffnet ist,⁸⁶ also die Entscheidung der Verwaltung nach dem Gesetz (als Handlungsanweisung) gebunden ist. Eine Abwägung oder Wertung sei derzeit nämlich nur dem menschlichen Rechtsanwender möglich.⁸⁷ Wenn das Ermessen jedoch durch Selbstbindung der Verwaltung durch die Verwaltungspraxis, Verwaltungsvorschriften oder Weisungen⁸⁸ oder aus verfassungsrechtlichen Gründen stets nur in einer Weise ausgeübt

85 Hierzu anstatt vieler: *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

86 Anstatt vieler: ausführlich *Helbich*, DStR 2017, 574 (575 f.); Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7457), BT-Drs. 18/8434, 122; *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 681; *Mellinghoff*, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), FS 100 Jahre BFH, Bd. I, 2018, S. 421 (428 f.); s. *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26), nach dem auch „Fälle eines intendierten Ermessens als Anwendungsfeld für einen vollautomatisierten Verwaltungsakt aus[scheiden].“ Vgl. *Ziekow*, NVwZ 2018, 1169 (1171); vgl. *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots (Fn. 37), S. 19; s. a. § 35a VwVfG. So scheint der Gesetzgeber in § 35a VwVfG anerkannt zu haben, dass eine Ermessensentscheidung nicht automatisiert ergehen kann, eine gewisse „Unsicherheit“ bei der Rechtsanwendung scheint aus Sicht des Gesetzgebers dafür zu sprechen, die Entscheidungsfindung dem Amtswalter und seiner juristischen Methode, dh der menschlichen Rechtsanwendungstechnik zu überlassen“, *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263) mwN; vgl. *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (265). Kritisch *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357).

87 *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (265) mwN; s. a. *Braun Binder*, in: Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung (Fn. 1), S. 311 (318 f.) mwN. Vgl. *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1027 f.); vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (808) mwN; vgl. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264); vgl. *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357) mwN; vgl. *G. Kirchhof*, ALJ 2 (2017), 125 (127): „Der Computer aber entscheidet – anders als der Mensch – nicht, er rechnet.“ Kritisch *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40 ff. Vgl. a. Entwurf der Bundesregierung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Drs. 7/910, 59: Es bestünden keine rechtsstaatlichen Bedenken gegen automatisch hergestellte Verwaltungsakte, „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.“

88 *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357).

wird,⁸⁹ könnte diese konsistente Ermessensausübung „auch in vollautomatisierten Entscheidungssystemen abgebildet werden“.⁹⁰

Daneben können aber Interpretations- oder Beurteilungsräume aus dem Tatbestand des Gesetzes⁹¹ eine technisch erzeugbare Entscheidung unter Ausschluss des Menschen verhindern. Der Entscheidungsraum bei der Gesetzesauslegung⁹² müsste auf Null reduziert sein, die Tatbestandsmerkmale müssten selbst deskriptiv⁹³ und bestimmt sein und dürften „dem Rechtsanwender [keinen] größeren Entscheidungsspielraum zuweisen“,⁹⁴ um im besten Fall das Gesetz von technischen Entscheidungssystemen vollziehen zu lassen.

Zur „Bildung des Untersatzes des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“⁹⁵ müsste der Sachverhalt klar zu erfassen und zu beurteilen sein und keiner weiteren Aufklärung⁹⁶ bedürfen. Eine Verwaltungsentscheidung kann unter Ausschluss des Menschen technisch erzeugt werden, wenn der Behörde keine weitere Ermittlung des Sachverhalts⁹⁷ obliegt.

-
- 89 Stegmüller, NVwZ 2018, 353 (357); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40; Di Fabio, VerwArch 1995, 214 (233).
- 90 Ziekow, NVwZ 2018, 1169 (1171); Stegmüller, NVwZ 2018, 353 (357).
- 91 Vgl. Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG [Stand: 46. Ed. 1.1.2020], § 40.
- 92 Zur Gesetzesauslegung anstatt vieler: v. Savigny, Juristische Methodenlehre, hrsg. v. Wesenberg, 1951, S. 18 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 93 f., 133 ff.
- 93 Zu den deskriptiven Begriffen s. nur: Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.
- 94 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff. S. a. Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (304) mwN; vgl. Berger, DVBl. 2017, 804 (808) mwN.
- 95 S. nur Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99, 92 f. mwN; vgl. Anzinger, DStJG 42 (2019), 15 (35).
- 96 S. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. Wagner, BB 2017, 898 (898, 902).
- 97 S. Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

b) Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung

Ferner könnten weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung, wie Beratungs- und Fürsorgepflichten der Behörde,⁹⁸ Beteiligtenrechte⁹⁹ nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens¹⁰⁰ und eine besondere Grundrechtsintensität¹⁰¹ einer *vollständig technische Erzeugung einer Verwaltungsentscheidung unter Ausschluss des Menschen* im Wege stehen.

2. Automationsgeleitete menschliche Entscheidung und automationsgestützte menschliche Entscheidung

Bei einer *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* erfasst die Überantwortung der Entscheidung auf ein technisches Entscheidungssystem nicht die Gesamtentscheidung, sondern es werden „nur einzelne Elemente einer abschließenden Entscheidungskompetenz“¹⁰² der Technik überantwortet. Im Falle einer *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* unterstützen technische Entscheidungssysteme die menschliche Entscheidung, sind selbst aber nicht entscheidend tätig.¹⁰³ So könnte die Steuerfestsetzung mithilfe eines Risikomanagementsystems¹⁰⁴ mit der Möglichkeit

98 Nur Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

99 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

100 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

101 S. Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264).

102 Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 VwGO, Rn. 209 im Zusammenhang mit Beurteilungsräumen der Exekutive.

103 Die „Erkenntnisse“ der technischen Entscheidungssysteme könnten in diesem Fall ähnlich antizipierter Sachverständigengutachten behandelt werden, vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 VwGO, Rn. 208a; vgl. a. SaarlVerfGH, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456 (2457).

104 S. § 88 Abs. 5 Satz 1 AO. Für weitere Nachweise s. Fn. 20 und Fn. 22.

der Aussteuerung¹⁰⁵ an einen menschlichen Amtswalter unter eine dieser beiden Kategorien gefasst werden.

a) *Unterscheidung zwischen automationsgeleiteter menschlicher Entscheidung und automationsgestützter menschlicher Entscheidung*

Die hier vorgenommene Unterscheidung richtet sich nach dem Entscheidungsraum, der dem menschlichen Amtswalter im Vorgang der Entscheidungsfindung gegenüber dem technischen Entscheidungssystem verbleibt: Bei einer *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* übernimmt die Technik im Prozess der Entscheidungsfindung wesentliche Entscheidungsschritte, sodass sich der Entscheidungsraum des menschlichen Amtswalters auf ein Minimum reduziert, er lediglich den „letzten Schritt zur Entscheidung gehen muss“. Die Entscheidung des menschlichen Amtswalters wird von den technischen Entscheidungssystemen geleitet. Im Kooperationsverhältnis zwischen menschlichem Amtswalter und Technik ist in diesem Fall der Entscheidungsraum der Technik größer als der des Menschen.

Ist der Entscheidungsraum des menschlichen Amtswalters hingegen größer als jener der Technik, kann von einer *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* gesprochen werden. Technische Entscheidungssysteme unterstützen in diesem Fall lediglich die menschliche Entscheidungsfindung. Die vorliegende Differenzierung in *automationsgeleitete menschliche Entscheidung* und *automationsgestützte menschliche Entscheidung* ist daher eine Frage der Gewichtung der jeweiligen Entscheidungsanteile.

b) *Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns*

Aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns¹⁰⁶ erschließen sich die Kategorien der *automationsgestützten menschlichen Entscheidung* und der *automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung* nach denselben Maßstäben:

105 Vgl. § 150 Abs. 7 Satz 1 AO nF. S. Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (302) mwN. Zum sog. qualifizierten Freitextfeld bei Steuererklärungen s. Gläser/Schöllhorn, DStR 2016, 1577; Brusckke, SteuK 2016, 355 (357).

106 Hierzu anstatt vieler: Sommermann, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

Verwaltungsmaßnahmen können diesen beiden Kategorien zugeordnet werden, wenn – wie bei einer vollständig technisch erzeugten Verwaltungsentscheidung – Gesetze vollzogen werden sollen, die keinen Ermessensraum¹⁰⁷ oder deskriptive Tatbestandsmerkmale¹⁰⁸ und bestimmte Rechtsbegriffe keinen Auslegungs- und Wertungsraum eröffnen.¹⁰⁹ Auch ist eine *automationsgeleitete menschliche Entscheidung* oder eine *automationsgestützte menschliche Entscheidung* nach der hier vertretenen Ansicht möglich, wenn zwar normative Begriffe¹¹⁰ oder unbestimmte Rechtsbegriffe vorliegen, das Gesetz aber durch Richtlinien und Verwaltungsvorschriften¹¹¹ hinreichend konkretisiert wurde¹¹² beziehungsweise das Gesetz in der Verwaltungspraxis ohnehin stets nur in einer Weise ausgelegt wird.¹¹³ Die automatische beziehungsweise automatisierte Rechtsanwendung könnte dann gleichmäßig und gleichheitsgerecht der Verwaltungspraxis entsprechen.¹¹⁴

Bedarf der Sachverhalt gegebenenfalls einer weiteren behördlichen Ermittlung, kann der Ermittlungspflicht¹¹⁵ in diesen beiden Fällen durch

107 Nur Siegel, DVBl. 2017, 24 (26). Für weitere Nachweise s. Fn. 86.

108 Zu den deskriptiven Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.

109 S. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 177 ff.; s. a. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (304) mwN; vgl. *Berger*, DVBl. 2017, 804 (808) mwN.

110 Zu den normativen Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff. mwN; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 59 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 180 ff.

111 Zur Selbstbindung der Verwaltung bei ermessensregelnden Verwaltungsanweisungen s. nur BFH, Urt. v. 10.6.1992 – I R 142/90, BStBl. II 1992, 784 (785); *Engisch*, in: Tipke/Lang ua (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 35 mwN.

112 S. *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 134 f. mwN: „Die Verwaltungsvorschriften [...] lenken die Norminterpretation, die Sachverhaltserschließung und die Tatsachenbewertung in der gesetzesakzessorischen Verwaltung.“ Vgl. *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1262 f.); *Engisch*, in: Tipke/Lang ua (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 5 Rn. 31 f. S. a. *Guckelberger*, VVDStRL 78 (2019), 235 (264) mwN. Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 192: Verwaltungsvorschriften als „administrative Selbstprogrammierung“.

113 Vgl. *Stegmüller*, NVwZ 2018, 353 (357); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40.

114 Vgl. *Di Fabio*, VerwArch 1995, 214 (233); vgl. a. *Kube*, VVDStRL 78 (2019), 289 (307) mwN.

115 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

einen menschlichen Amtswalter beispielsweise durch Aussteuerung¹¹⁶ nachgekommen werden.

c) Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung

Zudem könnte eine menschliche Entscheidung zwar automationsgeleitet beziehungsweise automationsgestützt ergehen, behördliche Fürsorge- oder Beratungspflichten¹¹⁷ oder Beteiligtenrechte¹¹⁸ nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens¹¹⁹ können jedoch eine menschliche Beteiligung im Prozess der Entscheidungsfindung erfordern. Auch kann eine Verwaltungsentscheidung zwar automationsgeleitet oder automationsgestützt getroffen werden, ein menschlicher Amtswalter muss aber weiterhin beteiligt sein, wenn eine „grundrechtsintensive Entscheidung[...]“ zu treffen ist, „[...] die eine umfangreiche Abwägung der betroffenen staatlichen und grundrechtlichen Interessen voraussetz[t]“,¹²⁰ da eine Wertung und Abwägung derzeit nur dem Menschen möglich sei.¹²¹

3. Vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik

Im Falle einer *vollständig menschlichen Entscheidung unter Ausschluss der Technik* wird allein der menschliche Amtswalter zur Entscheidung ermäch-

116 Vgl. § 150 Abs. 7 Satz 1 AO nF. S. Kube, VVDStRL 78 (2019), 289 (302) mwN. Zum sog. qualifizierten Freitextfeld bei Steuererklärungen s. ferner Gläser/Schöllhorn, DStR 2016, 1577; Bruschke, SteuK 2016, 355 (357).

117 Nur Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellt. Hierzu auch Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

118 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

119 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

120 Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264).

121 Nur: Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 235 (265) mwN. Kritisch Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 40 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 87.

tigt – wie bei einer grundrechtsintensiven polizeilichen Maßnahme, die sich auf eine Ermessensnorm zurückführen lässt.¹²²

a) *Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns*

Denn eine *vollständig menschliche Entscheidung unter Ausschluss der Technik* ist erforderlich, wenn das Gesetz einen Ermessensraum eröffnet¹²³ oder tatbestandlich normative¹²⁴ oder unbestimmte Begriffe vorliegen, deren Auslegung dem Bürger unzumutbar wäre. Auch können ein für die Rechtsanwendung vom Bürger nicht klar erfassbarer, ermittelbarer oder aufklärbarer Sachverhalt¹²⁵ beziehungsweise behördliche Ermittlungspflichten¹²⁶ eine *vollständig menschliche Entscheidung* notwendig machen.

b) *Weitere materiell-rechtliche Vorgaben der Verfassung*

Hinsichtlich behördlicher Fürsorge- oder Beratungspflichten,¹²⁷ Beteiligtenrechte¹²⁸ nach dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens¹²⁹ oder

122 Wie beispielsweise die Ingewahrsamnahme nach Art. 17 BayPAG.

123 S. Siegel, DVBl. 2017, 24 (26). Für weitere Nachweise s. Fn. 86.

124 Zu den normativen Begriffen s. nur *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff. mwN; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 59 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 180 ff.

125 S. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 99 ff.; vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 80 ff., 92; vgl. *Wagner*, BB 2017, 898 (898, 902).

126 S. *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff., 114; vgl. BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 ff. – Prüfungsentscheidungen. Für weitere Nachweise s. Fn. 50.

127 Nur *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

128 S. nur BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (405) mwN – Kontrolle des Rechtspflegers; BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 – 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334 f.) mwN – Zwangsversteigerung II. Für weitere Nachweise s. Fn. 66.

129 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur *Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

einem Abwägungserfordernis durch Grundrechtsintensität¹³⁰ bestehen keine Unterschiede zur *automationsgeleiteten* menschlichen Entscheidung sowie zur *automationsgestützten* menschlichen Entscheidung. Das Recht auf eine menschliche Entscheidung – ob teilweise oder vollständig – kann sich aus diesen materiell-rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes ergeben. Jedoch kann eine *vollständig* menschliche Entscheidung *unter Ausschluss der Technik* nötig sein, wenn die Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) eine vollständig menschliche Rechtsanwendung erfordert.

V. Fazit

Ein Recht auf menschliche Entscheidung begegnet dem Schutzbedürfnis des Menschen, welches sich aus den Risiken der Automation der Verwaltung ergibt. Das entwicklungsoffene¹³¹ Grundgesetz gibt mit grundrechtlichen und staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben der Automation der Verwaltung das erforderliche Maß.

Das Recht auf menschliche Entscheidung kann aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns,¹³² dem Grundsatz des fairen Verfahrens,¹³³ etwaigen von Verfassung wegen gebotenen behördlichen Fürsorge- und Beratungspflichten¹³⁴ oder Abwägungserfordernissen bei einer Grundrechtsintensität¹³⁵ abgeleitet werden.

Dabei kann das Recht auf menschliche Entscheidung nur in den Fällen *vollständig technisch erzeugbarer Entscheidungen* ausschließlich durch die rechtsprechende Gewalt erfüllt werden. In den meisten Fällen müssen Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung in den Kategorien der hier sog.

130 Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264).

131 Ebenso Härtel, LKV 2019, 49 (52) mwN; vgl. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 61 ff.

132 Hierzu anstatt vieler: Sommermann, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 270 ff. Für weitere Nachweise s. Fn. 48.

133 Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. S. nur Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 58 f. mwN. Für weitere Nachweise s. Fn. 52.

134 Nur Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 13 mwN, der auf das Sozialstaatsprinzip abstellte. Hierzu auch Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 60 ff. mwN. Später Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 15 f. Für weitere Nachweise s. Fn. 64.

135 Berger, NVwZ 2018, 1260 (1264).

automationsgeleiteten menschlichen Entscheidung, der automationsgestützten menschlichen Entscheidung und der vollständig menschlichen Entscheidung den Menschen vorbehalten sein oder jedenfalls rein technisch erzeugte Maßnahmen der Verwaltung durch Aussteuerung beziehungsweise auf Antrag von Menschen überprüft werden.

Auf Grundlage des Rechts auf menschliche Entscheidung lassen sich der Automation der Verwaltung rechtliche Grenzen ziehen.

