

Hermann Hill/Dieter Kugelmann/Mario Martini (Hrsg.)

Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung



Nomos

Verwaltungsressourcen und Verwaltungsstrukturen

herausgegeben von:

Prof. Dr. Hermann Hill, Universität Speyer,
Prof. Dr. Dieter Engels,
Präsident des Bundesrechnungshofs Bonn a.D., und
Prof. Dr. Utz Schliesky,
Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages

Band 33

Prof. Dr. Hermann Hill/Prof. Dr. Dieter Kugelmann
Prof. Dr. Mario Martini (Hrsg.)

Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4717-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9012-6 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der Band enthält vor allem die teilweise überarbeiteten Vorträge anlässlich des 6. Speyerer Forums zur digitalen Lebenswelt am 6./7. April 2017 an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (Lohmann, Müller, Kugelman, Müller-Török, Hill, Rößner, Thiedeke). Darüber hinaus fanden ein Beitrag zur Änderung des VwVfG (Stelkens) sowie zwei gekürzte Masterarbeiten aus Speyer (Stojek, Hölle) Eingang in den Band, um den Überblick über neuere Entwicklungen zur Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung zu erweitern.

Wir danken Frau Derya Catakli, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hill, für die redaktionelle Bearbeitung des Bandes.

Speyer, im Oktober 2017

Hermann Hill

Dieter Kugelman

Mario Martini

Inhaltsverzeichnis

Die Digitale Verwaltung

Beate Lohmann 9

Bildung und Forschung im digitalen Zeitalter

Stefan Müller 19

Datenschutz im Mehrebenensystem

Dieter Kugelmann 27

Wahlrecht aus prozessualer und informationstechnischer Sicht

Robert Müller-Török 39

Behavioral Microtargeting - Der berechenbare und beeinflussbare Wähler?

Hermann Hill 47

Medien- und Meinungsfreiheit im Netz effektiv schützen

Hass, Hetze und Fake News: Das Netz braucht eine durchdachte Regulierung

Tabea Rößner 55

Inhaltsverzeichnis

Digitale Normalität? Mediensoziologische Anmerkung zur digitalisierten Sozialität

Udo Thiedeke 67

Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG

Ulrich Stelkens 81

Veränderung juristischer Arbeit durch Digitalisierung

Alexandra Stojek 123

Open Government in Deutschland

Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)

Timon Hölle 143

Autorenverzeichnis 167

Die Digitale Verwaltung¹

Beate Lohmann

I. Einleitung

Eine große Mehrheit von 86 Prozent der Bürgerinnen und Bürger glauben, dass Digitalisierung notwendig sei, ergab eine repräsentative Umfrage des Digitalverbands Bitkom. Sie glauben, dass Deutschland nur so in wichtigen Branchen seine starke Stellung auf dem Weltmarkt verteidigen könne. Eine Mehrheit von 56 Prozent der Bürger erwartet demnach, dass der Wohlstand in Deutschland durch die Digitalisierung zunehmen werde. Andere fürchten um ihren Arbeitsplatz. Zweifellos verändert sich die Arbeitswelt in Wirtschaft, Staat und Gesellschaft. D als Hochtechnologiestandort ist von dieser Entwicklung besonders abhängig.

Die größte Herausforderung beim digitalen Wandel besteht nicht so sehr in der technologischen Entwicklung, sondern in der Beherrschbarkeit riesiger Datenmengen. Sie ermöglichen neue Geschäftsmodelle und Produkte, die auf Kundenwünsche passgenau zugeschnitten sind. Sie schaffen aber auch Transparenz und erzeugen so durch gezielte Analysen weiteren Veränderungsdruck.

Die Bundesregierung hat die Bedeutung der Digitalisierung längst erkannt und die Weichen dafür gestellt, auch die Verwaltung ins digitale Zeitalter zu führen. Worin die Herausforderungen für die Verwaltung liegen und wie die Bunderegierung entsprechend steuert, soll Thema meines Vortrags sein. Dabei werde ich mich auf

- Cybersicherheit
 - Digitale Dienste
 - Datenpolitik
- fokussieren.

1 Der Beitrag beruht auf der am 6. April 2017 gehaltenen Rede. Die Vortragsform wurde beibehalten.

Zu den Kernaufgaben des Staates gehört die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit. Dies gilt auch im Cyber-Raum. Für den Staat besteht daher die Pflicht, die laufenden Veränderungsprozesse aktiv zu begleiten. Wir müssen die Rahmenbedingungen so gestalten, dass unsere Werte und Rechte auch in der digitalisierten Welt beachtet werden.

Das gilt natürlich auch und zuvorderst für die Sicherheit der IT-Landschaft der Verwaltung selbst. Die Angriffe auf unsere Systeme werden immer komplexer und inzwischen vergeht kaum ein Tag, an dem nicht ein neuer Angriff in den Nachrichten zu lesen ist. Um dem zu begegnen, bedarf es eines strategischen und gemeinsamen Vorgehens.

Die „Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland 2016“, wurde im November letzten Jahres vom Kabinett beschlossen. Sie bildet den strategischen Rahmen für die Aktivitäten der Bundesregierung mit Bezügen zur Cyber-Sicherheit und schreibt die Cyber-Sicherheitsstrategie aus dem Jahr 2011 fort.

Leitlinie der neuen Cyber-Sicherheitsstrategie ist die Gewährleistung der Handlungsfähigkeit und Souveränität Deutschlands auch im digitalen Zeitalter. Eine zukunftsgerichtete Cyber-Sicherheitspolitik ermöglicht, dass unser Land die enormen Chancen und Potentiale der Digitalisierung im gesamtgesellschaftlichen Interesse ausschöpfen kann, indem die damit verbundenen Risiken beherrschbar werden.

Die neue Cyber-Sicherheitsstrategie hat zwei Ziele:

- Erstens, die Verbesserung unserer Fähigkeiten im Bereich der Prävention - also dem Schutz vor einem Cyber-Angriff.
 - Und zweitens repressiv, die Verbesserung unserer Fähigkeiten im Erkennen, Zuordnen, Abwehren, Beenden und Verfolgen von Angriffen.
- Von den 30 strategischen Zielen und Maßnahmen möchte ich drei wichtige Punkte ansprechen:

Erster Punkt: Die neue Cyber-Sicherheitsarchitektur. Ein wichtiges Element ist hier der geplante Aufbau mobiler Einsatzteams. Diese sollen künftig Betroffene bei der technischen Bewältigung von IT-Sicherheitsvorfällen unterstützen, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht.

Um den Informationsaustausch zwischen den Behörden über Cyber-Vorfälle zu stärken und die operative Zusammenarbeit zwischen den Behörden auszubauen, soll das 2011 eingerichtete Cyber-Abwehrzentrum zu einer zentralen Kooperations- und Koordinierungsstelle entwickelt werden.

Im Geschäftsbereich des BMI wurde zudem eine „Zentrale Stelle für Informationstechnik im Bereich der inneren Sicherheit“ (ZITiS) eingerichtet,

um möglichst allen Herausforderungen der Sicherheitsbehörden im Cyber-Raum begegnen zu können. ZITiS unterstützt Sicherheitsbehörden mit Blick auf ihre operativen IT-Fähigkeiten.

Zweiter Punkt: Die Zusammenarbeit von Staat, Wirtschaft und Wissenschaft. Unternehmen brauchen staatliche Unterstützung, aber auch der Staat braucht die Erkenntnisse aus der Wirtschaft über aktuelle Vorkommnisse im Cyber-Raum. Es sollen daher die Grundlagen für den Austausch relevanter Lageinformationen zur Abwehr von Cyber-Angriffen zwischen Staat und Wirtschaft geschaffen werden.

Dritter Punkt: Cyber-Sicherheit muss für jeden verständlich und erkennbar sein. Dazu gehört, dass Bürger und Unternehmen die Qualität von Produkten der IT-Sicherheit durch klare und einheitliche Kennzeichnungen erkennen können.

Ein einheitliches Gütesiegel soll schnell und einfach darüber aufklären, welches Angebot wie gut zum Schutz der IT und der Daten beiträgt. Cyber-Sicherheit ist aber nur ein Aspekt der Digitalisierung.

II. Digitalisierung der Verwaltungsdienste

Bürgerinnen und Bürger erwarten zu Recht eine effiziente, leistungsstarke Verwaltung, die es ihnen erlaubt, orts- und zeitunabhängig, schnell und einfach Anträge zu stellen, die kurzfristig kompetent beschieden werden. Zugleich erleben wir durch den demografischen Wandel und eine erfreulich hohe Beschäftigungsquote, dass Arbeitskräfte in der Verwaltung fehlen und Dienstposten nicht besetzt werden können.

Bereits in der letzten Legislaturperiode hat der Bund das E-Gov-G verabschiedet und damit notwendige Standards für E-Gov auch für Länder und Kommunen festgelegt. Die Länder haben dann darauf aufbauende eigene E-Gov-G auf den Weg gebracht.

Damit allein ändert sich aber noch nichts. Sicher verbesserungswürdig sind die notwendigen Umsetzungsschritte. Im Bundesministerium des Innern waren es einerseits die schwierigen Abstimmungsprozesse zur IT-Konsolidierung und ihre Umsetzung, aber auch veränderte politische Prioritäten insb. durch den Flüchtlingsstrom beginnend im Herbst 2015 und die zunehmend schwierige Gefährdungslage, die erhebliche Ressourcen gebunden haben.

So wird vielfach beklagt, es sei zu wenig geschehen. Angesichts der Rahmenbedingungen bin ich hier nicht annähernd so pessimistisch. Es ist eben

doch viel geschehen und vieles auf dem Weg. Schwierig aber bleibt das Ringen um gemeinsame Lösungen, um der Zersplitterung der digitalen Verwaltung zu begegnen. Lebenslagen - und damit nutzerorientierte, effiziente Verfahren - erfordern vernetzte, interoperable Dienste. Angesichts des Investitionsbedarfs müssen wir die Mehrwerte für Gesellschaft, Wirtschaft und Verwaltung realisieren.

Hier aber besteht durchaus Anlass zur Hoffnung. Durch die Vereinbarungen im Bund-Länder-Finanzausgleich und dem noch abschließend zu verhandelnden E-OZG zeigt sich, dass Bereitschaft auf allen Seiten besteht, gemeinsam vernetzt und koordiniert die Verwaltung zu digitalisieren.

Noch steht deutsches E-Government in der Kritik, weil es nicht bekannt ist, nicht genutzt und auch nicht nutzerfreundlich ist. Dafür gibt es Gründe.

1. Tausende von Schriftformerfordernissen erlauben zwar, dass Anträge zu nahezu allen Dienstleistungen der Verwaltung im Internet eingestellt sind. Diese müssen dann aber ausgedruckt, unterschrieben und der Behörde zugesendet werden, es sei denn, der Bürger kann sich per deMail oder über die eID-Funktion des nPA identifizieren. Dies aber ist bislang nur einer Minderheit der Bürgerinnen und Bürger möglich, weil sie die entsprechende Funktionalität nicht freigeschaltet haben oder noch den alten PA nutzen.

2. Bisher gibt es eine Vielzahl verschiedener Angebote im Internet - aber idR nicht flächendeckend.

Manche Angebote bedienen nur das Frontend und führen weder zu einer beschleunigten, effizienten Bearbeitung, noch sind sie miteinander hinreichend verzahnt. Es gibt zu viele Insellösungen. Dies führt oft zu einer Verunsicherung der Nutzer. Viele Bürger fragen sich: Welchen Zugang muss ich verwenden? Wie kann ich meine Verwaltungsanliegen online abwickeln? Welchen Standard muss ich nutzen?

Nur wenn es uns gelingt, das Online-Angebot der öffentlichen Verwaltung attraktiver zu gestalten, werden Bürger ihre Verwaltungsanliegen per Mausklick erledigen. Nur wenn wir jetzt etwas tun, werden wir im internationalen e Government-Vergleich noch aufholen können. Viel Zeit bleibt unserer Ansicht nach hierfür nicht mehr. Eines ist klar: Die Online-Angebote müssen:

- einen direkten Nutzen für die Bürger und Unternehmen erzeugen.
- sehr benutzerfreundlich sein, d.h. einfach zu bedienen; man muss mit max. 3 Klicks zum Ziel kommen.
- aus Sicht der Bürger/Unternehmen gestaltet werden.

Welche Bausteine werden hierzu benötigt?

- Lebenslagenorientierte Prozesse zugänglich über Verwaltungsportale auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene
- Intelligente Verknüpfung aller Behördenportale, d.h. Abbildung der föderalen Struktur über die Portale
- sowie über jedes Portal erreichbare Bürger- und Unternehmenskonten.

Wir haben daher begonnen, ein Bundesportal zu bauen und gemeinsam mit den Verwaltungsportalen in Ländern und Kommunen sowie mit Bürger- und Unternehmenskonten zu vernetzen.

Dabei werden bestehende Lösungen eingebunden.

Zukünftig sollen sich Bürger und Unternehmen über die Verwaltungsleistungen aller Behörden über einen Portalverbund informieren und ihre Anliegen direkt digital abwickeln können. Für die Nutzer entfällt so die Suche nach örtlicher und inhaltlicher Zuständigkeit. Anfragen und Belange werden immer örtlich und sachlich richtig zugeordnet.

Ein Nutzer kann außerdem seine Stammdaten in einem Bürgerkonto oder einem Unternehmenskonto speichern. Diese Konten wird es im Bundesportal sowie in den Portalen von Ländern und Kommunen geben. Bürger und Unternehmen haben dabei die Wahl, wo sie Inhalte speichern möchten. In jedem Einzelfall entscheiden BuB, ob ihre Daten verwendet, z.B. beim Ausfüllen eines elektronischen Formulars, oder ob die Daten manuell erfasst werden sollen. Für Unternehmen wird eine vergleichbare Struktur aufgebaut.

Praktische Beispiele gibt es bereits, z.B. in Bayern oder Baden-Württemberg. Auch beim Bürger- und Unternehmenskonto gibt es bereits einige Lösungen.

All dies wird zurzeit analysiert und eine gemeinsame Zielstruktur ist in Arbeit. Kernfrage wird dabei sein, wie mit der ausgewählten Portal-Technik eine intelligente Verknüpfung der Verwaltungsportale auf den verschiedenen Ebenen erfolgen kann. Ziel muss sein, dass der Nutzer sich nur einmal anmeldet und dann das Portal der Verwaltung weitergeleitet wird, die den gewünschten Dienst erbringt.

Ähnliches muss für die Bürger- und Unternehmenskonten gelten. Egal wo der Bürger seine Daten speichert, muss er sie auf dem Verwaltungsportal seiner Wahl nutzen können.

Um einen solchen digitalen Service in Deutschland einheitlich anbieten zu können, ist ein solches föderal vernetztes Vorgehen unabdingbar.

Der Portalverbund ist aber nur eine Seite der Medaille. Er ist nur so viel wert, wie Bürgerinnen, Bürger und Unternehmen nutzerfreundliche Verwaltungsleistungen über die angebundenen Portale abrufen können. Der IT-Planungsrat hat deswegen auf seiner letzten Sitzung den Entwurf für ein Digitalisierungsprogramm diskutiert. Ziel dieses Programms ist es, zügig und zeitnah die Verbreitung solcher IT-Verfahren zu fördern, die in den Portalverbund eingebunden werden können.

Auf der Agenda des Digitalisierungsprogramms mit ganz oben steht dabei auch der Austausch elektronischer Rechnungen mit der Verwaltung. Insbesondere Wirtschaftsunternehmen weisen zu Recht darauf hin, dass sich durch die elektronische Rechnungsabwicklung erhebliche Einsparpotentiale ergeben. Dabei variiert die Spannbreite möglicher Einsparungen zwischen ca. 10 und 30 Euro pro Rechnung. Neben fiskalischen Erwägungen sprechen vor allem auch qualitative Gründe für die Einführung der e-Rechnung. Durch sie können betriebliche und behördliche Prozesse gestrafft werden. Durch einen medienbruchfreien Prozess lässt sich die Qualität der Rechnungsdaten erhöhen. Falschbuchungen aufgrund von Übertragungsfehlern entfallen. Die eRechnung stellt den Bestellbezug her. So werden die Rechnungsdaten nur noch mit den Bestelldaten abgeglichen. Besteht hier Übereinstimmung und ist die Lieferung ansonsten fehlerfrei, steht einer Zahlung nichts mehr im Wege.

So rücken wir dem Ziel eines durchgängigen und konsistenten Prozesses von der Bestellung bis zur Bezahlung einen großen Schritt näher. Die e-Rechnung wird zu einem wesentlichen Meilenstein der Umsetzung einer digitalen Verwaltung in Deutschland. Die eRechnung kann eine wesentliche Fachanwendung für das beschriebene Bürgerportal darstellen. Dafür werden wir einen zentralen Rechnungseingang für die Bundesverwaltung schaffen und auch eine zentrale Rechnungsbearbeitung anbieten.

Der Rechnungssteller kann selbst entscheiden, auf welche Weise er seine Rechnungen zustellen will:

- über ein Webformular auf dem Bundesportal,
- durch Hochladen einer auf dem eigenen System abgespeicherten Datei oder
- über eine Webserviceschnittstelle, die unmittelbaren Datentransfer ermöglicht.

Der zentrale Rechnungseingang wird Standardschnittstellen zu den im Einsatz befindlichen Haushalts-Systemen aufweisen. So bleiben wir technologieneutral und können an bestehende Verfahren anknüpfen.

1. eBeschaffung

Ein weiteres wichtiges Vorhaben ist die eBeschaffung, sie ist Grundlage für eine zentrale Beschaffung. Dabei sollen die zahlreichen bestehenden Systeme in einem zentralen eBeschaffungsportal zusammengeführt und über automatisierte Schnittstellen integriert werden. Mit dem Zieldatum 30. Juni 2017 werden wir eine erste Harmonisierung der eingesetzten IT-Systeme erreichen, die dann bis Ende nächsten Jahres in ein einheitliches System überführt werden wird. Die Vision beschreibt ein System, das den gesamten Prozess von der Ausschreibung über Vergabe, Lieferanten-, Lizenz- und Vertragsmanagement bis hin zur Abrechnung integriert.

2. eAkte

Eine professionelle und dynamische Digitalisierung setzt vor allem die e-Akte voraus. Das E-Government-Gesetz setzt hier für den Bund klare Ziele: Bis 2020 ist die elektronische Akte als führendes System in der gesamten Bundesverwaltung zu implementieren. Wenn Sie bereits eine eAkte eingeführt haben, dann können Sie sich Größe und Komplexität des Vorhabens für die gesamte Bundesverwaltung leicht vorstellen.

Grundlage für die eAkte der Bundesverwaltung wird ein zentral bereitgestellter, derzeit ausgeschriebener IT-Basisdienst sein. Dieser wird nicht nur die reine Aktenablage übernehmen, sondern auch über eine Workflowkomponente verfügen. Damit wird er die Grundlage für eine Vielzahl anderer Anwendungen sein, zum Beispiel die elektronische Beschaffung oder die eGesetzgebung.

3. eGesetzgebung

Das Projekt soll einen durchgängigen medienbruchfreien Ablauf des Rechtssetzungs-Verfahrens des Bundes vom ersten Textentwurf über die Abstimmung und Beratung bis zur Verkündung ermöglichen.

Bundesgesetze werden ab 2021 von der BReg innerhalb einer eGesetzgebungsplattform erarbeitet, abgestimmt und über standardisierte Schnittstellen elektronisch im Bundesrat, Bundestag und Bundespräsidialamt zur unmittelbaren Weiterverarbeitung übergeben sowie am Ende elektronisch im Bundesgesetzblatt verkündet. Eine Digitalisierung von Anfang bis zum

Ende des Prozesses und über die verschiedensten Verfassungsorgane hinweg.

4. Föderales Informationsmanagement

Vernetzung erfordert Interoperabilität und als Voraussetzung dafür die technische und semantische Standardisierung.

Dazu gehört auch die standardisierte Beschreibung von Leistungen aller Bundes- und Landesgesetze, des Antrags- und Bescheidformulars sowie des Kernprozesses. Dieses sog. föderale Informationsmanagement (FIM) übersetzt nach einer vereinbarten Methodik den Gesetzestext in eine digitale Sprache, damit passgenaue IT-Anwendungen möglichst einheitlich, korrekt und effizient erstellt und umgesetzt werden können. Bund und Länder haben sich auf eine gemeinsame Methodik verständigt, die Bundesredaktion hat mit systematischen Leistungsbeschreibungen begonnen, Prozesse und Formulare werden folgen.

5. Open Data

Ein weiteres wichtiges Thema ist Open Data, ein Versprechen mehr Daten und bessere Informationen BuB sowie Unternehmen bereitzustellen, um vermeidbare Aufwendungen einzusparen, Korruption zu verhindern und vor allem auch neue Geschäftsmodelle zu ermöglichen. Eine Studie der Konrad-Adenauer-Stiftung sieht das Potenzial allein von 20.000 neuen Arbeitsplätzen in Deutschland.

Ein Gesetz, dass alle Bundesbehörden im Grundsatz verpflichtet, ihre Verwaltungsdaten - soweit nicht personenbezogen - offen zu legen - OPEN by DEFAULT - und der internationalen Definition von OPEN entspricht, ist im parlamentarischen Verfahren.

- a. Viele Beteiligte kennen sich nicht genug aus. Bürgerinnen und Bürger, Journalisten, Beamte und auch Politiker verstehen nicht immer, wie sich Daten und Zahlen lesen lassen. Digitalisierung erfordert neue Kompetenzen, die nur in einem Prozess des lebenslangen Lernens a jour gehalten werden können.
- b. Viele Daten müssen manuell bearbeitet werden, um über ein zentrales Gov.Data- Portal abgerufen werden zu können. Manche Daten sind

- nicht relevant, finden kein Interesse, vielleicht auch weil sie nicht in hinreichender Qualität oder in falschen Formaten bereitstehen.
- c. Es bleiben Fragen zur Datensicherheit, zum Datenschutz. Nicht alles, was anonymisiert erscheint, ist es bei der Vielzahl von Datenbeständen im Netz. Niemand aber möchte im Internet seine Gesundheitsdaten nach intelligenter Verknüpfung und Analyse einer Krankenhausstudie finden. Auch gilt es zu klären, wem welche Rechte an den ständig wachsenden Daten zustehen.
 - d. Zudem werden IT-Programme immer intelligenter. Das hilft dem Menschen, denken Sie nur an das Internet der Dinge oder smart homes, aber es öffnet natürlich auch Möglichkeiten des Missbrauchs, sei es aus Nachlässigkeit oder aus unlauteren Motiven. Es ist und bleibt Aufgabe des Staates, diese Effekte zu beobachten, schädliche Folgen zu erkennen und zu bekämpfen.

III. Fazit

Wer die Zukunft positiv gestalten will, muss anerkennen: Digitalisierung geht uns alle an.

Es kann daher nicht Aufgabe einer zentralen Stelle sein. Schließlich hat IT eine unterstützende, wenn auch treibende Rolle. Es ist und bleibt aber Aufgabe der Fachbereiche ihre Fachaufgaben weiter zu entwickeln, zu modernisieren und zu digitalisieren.

Wir brauchen gemeinsame Digitalisierungsziele, die den sozio-ökonomischen Anforderungen auch in Zukunft genügen.

Digitalisierung entscheidet über unseren Wohlstand von morgen. Schauen sie sich nur den Marktwert von Google, Facebook, Microsoft und anderen Marktführern an. Im globalen Wettbewerb werden sich nur die Besten behaupten. Dem kann sich die Verwaltung nicht entziehen: Der Staat muss Datensicherheit gewährleisten. Innovative Technologien nutzen. Seine Daten öffnen. Eine effiziente und effektive Daten/+ IT-Infrastruktur bereitstellen. Im Diskurs mit Wirtschaft und Zivilgesellschaft Problemlagen erörtern und nach guten Lösungen suchen.

Erreichen werden wir das Ziel allerdings nur in gemeinsamer Anstrengung von Bund, Ländern und Kommunen – anderenfalls verlieren wir uns in Kleinstaaterei; Skalen- und Synergieeffekte, vernetztes Arbeiten über Zuständigkeitsgrenzen hinweg, standardisierte, interoperable Verfahren und IT-Anwendungen, erreichen wir nur gemeinsam.

Bildung und Forschung im digitalen Zeitalter¹

Stefan Müller

Digitalisierung hat sich in unserer global vernetzten Gesellschaft zu einem allumfassenden Querschnittsthema entwickelt. Dementsprechend sind auch nahezu alle Bildungs- und Forschungsfragen direkt oder indirekt von Digitalisierung betroffen. Das thematische Spektrum reicht dabei von digitaler Bildung an unseren Schulen über Informationsinfrastrukturen in der Wissenschaft bis hin zur nächsten industriellen Revolution auf Basis von „intelligenten Maschinen“.

Wir wollen durch kluge Bildungs- und Forschungspolitik unseren Beitrag dazu leisten, Deutschland fit für die digitalen Lebenswelten der Zukunft zu machen. Die digitale Transformation übertrifft alles, was wir bisher an Veränderungen gekannt haben: Im Hinblick auf Geschwindigkeit, auf Breite und Tiefe und die systemischen Auswirkungen. Es mag eine Binsenweisheit sein, aber dennoch möchte ich festhalten: Grundlage unserer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist Innovationsfähigkeit und gute Bildung. Beides sind gewissermaßen zwei Seiten der gleichen Medaille. Das wirtschaftliche Wachstum in unserem Land korreliert mit der Qualität unseres Bildungssystems. Bildung ist eine der Voraussetzungen für die Innovationsfähigkeit Deutschlands. Neben einer klar fokussierten und missionsorientierten Förderpolitik; ausreichend öffentlichen Mitteln, leistungsstarken Akteuren im Innovations-Öko-System und einer guten Innovationskultur. Internationale Vergleichsstudien zeigen: wir sind als Innovationsstandort gut aufgestellt. Aber der internationale Wettbewerbsdruck steigt. Und dazu kommen Megatrends wie die Digitalisierung, die uns zusätzlich fordern. Das heißt: wir müssen uns weiter anstrengen. Und dazu zählt für mich auch die digitale Transformation im Bildungssystem, also Bildung 4.0.

1 Der Beitrag beruht auf der am 6. April 2017 gehaltenen Rede. Die Vortragsform wurde beibehalten.

Was bedeutet die digitale Transformation aber nun für unser Bildungssystem? Und zunächst einmal: was ist Bildung 4.0 eigentlich? Und wie sind wir in Deutschland aufgestellt, was müssten wir noch tun? Diesen Fragen möchte ich heute gerne nachgehen und will fünf Thesen mit Ihnen teilen:

These Nummer 1: Bildung 4.0 macht nicht alles anders

Bildung 4.0 ist letztlich die Erweiterung der Bildung um

erstens, digitale technische Geräte – wie beispielsweise Tablets, PCs und Smartboards,

zweitens, Software – wie beispielsweise Serious Games, digitale Lehrbücher, neue pädagogische Konzepte für das digital gestützte Lernen, täglich aktualisierte Unterrichtsmaterialien und den Zugang zu riesigen digitalen Wissensbeständen,

drittens, die Vernetzung des Lernens, wie beispielsweise der Echtzeitaustausch beim Lernen mit den Lehrkräften oder den anderen Mitschülern und

viertens, die Ermöglichung neuer Lernmethoden, die ortsunabhängig sind wie beispielsweise MOOCs oder in der Schule der Kontakt zur Lehrperson online – wenn Einschränkungen eine Präsenz nicht möglich machen.

Das Ziel digitaler Bildung ist im Kern übrigens kein anderes als das von Bildung generell. Sie soll die Menschen befähigen, sich als selbstbestimmte Persönlichkeiten in einer sich ständig verändernden Gesellschaft zurechtzufinden und verantwortungsvoll ihren eigenen Lebensentwurf zu verfolgen. Wilhelm von Humboldt hat Bildung beschrieben als einen Prozess „der Anregung aller Kräfte des Menschen, damit diese sich über die Aneignung der Welt entfalten und zu einer sich selbst bestimmten Individualität und Persönlichkeit führen.“ Dieses klassische Verständnis hat für mich auch im digitalen Zeitalter Bestand.

These Nummer 2: Bildung 4.0 kann Herausforderungen des Bildungssystems lösen

Bildung 4.0 kann sicher nicht alle Probleme lösen. Und auch nicht allein alle Kenntnisse und Fertigkeiten vermitteln, die junge Leute beim Weg durchs Leben brauchen. Lernen muss man trotzdem immer noch selber. Digitale Technologien in der Bildung können aber dazu beitragen, dass Her-

ausforderungen im Bildungssystem bewältigt werden können. Zum Beispiel durch eine zunehmend heterogenere Schülerschaft. Digitale Medien ermöglichen flexibles, zeit- und ortsunabhängiges Lernen. Und es ermöglicht individuelles Lernen genauso wie gemeinsames Lernen. Ein Beispiel für Mehrwert, den digitale Bildung leisten kann, ist das sogenannte „adaptive learning“. Digitale Bildungsangebote sind personalisierbar. Auf diese Weise können wir auf die spezifischen Bedürfnisse verschiedener Zielgruppen eingehen. So können beispielsweise Leistungsstarke und Leistungsschwache, Zuwanderer oder Menschen mit Behinderungen gezielt unterstützt werden. Jede Persönlichkeit wird individuell gefördert und kann so besser ihr volles Potenzial entfalten.

Ein Beispiel aus der beruflichen Bildung: Unser Ministerium unterstützt die Entwicklung einer Lernanwendung in der Druck- und Medienindustrie, mit dem die Auszubildenden mithilfe von Tablets, Smartphones oder Virtual-Reality-Brillen per „Social Augmented Reality“ tief in das Innere der tonnenschweren Druckmaschinen und ihrer Funktionsweise schauen können. Die Auszubildenden können damit eine virtuelle Reise durch große, hochkomplexe Druckmaschinen durchführen. Ein anderes Projekt beschäftigt sich mit der Maschinensimulation für die Bauindustrie. Ähnlich wie der Flugsimulator für angehende Piloten können Baumaschinenführer so den Umgang mit der heute hochkomplexen und teuren Baumaschinentechnik trainieren.

Natürlich will niemand Schulbücher abschaffen, und sie werden auch künftig ein Teil des Medienangebotes in Schule und Ausbildung bleiben. Aber wir werden die digitalen Formate stärken müssen: Sie ermöglichen ein integriertes Lernen, sie intensivieren den Austausch der Schüler untereinander und mit den Lehrkräften. Und im Bereich der beruflichen Bildung ermöglichen sie nicht zuletzt, eine engere Zusammenarbeit von Betrieben und beruflichen Schulen.

These Nummer 3: Bildung 4.0 ist mehr als Technik

Digitale Bildung in meinem Verständnis ist mehr, als nur jedem Schüler oder Auszubildenden ein Smartphone in die Hand zu drücken. Technik ist kein Selbstzweck! Digitale Bildung beinhaltet vielmehr digitale Kompetenz – verstanden als Fähigkeit, digitale Medien fachkundig und zugleich verantwortungsvoll zu nutzen. Als zweites konstitutives Element der digitalen

Bildung kommt das Lernen mit digitalen Medien hinzu. Und als drittes Element gehört dazu, ein Verständnis davon zu bekommen, wie digitale Technologien funktionieren und sie vielleicht auch selbst entwickeln zu können. Wir möchten also Menschen in die Lage versetzen, sich als selbstbestimmte Persönlichkeiten in der Welt und in der digital geprägten Gesellschaft zurechtzufinden. Außerdem bereiten wir sie auf die Anforderungen der zunehmend digital geprägten Arbeitswelt vor.

These Nummer 4: Digitalisierung betrifft alle Lernorte

Neben der Digitalisierung der allgemeinbildenden Schulen und der Hochschulen gibt es einen weiteren wichtigen Bereich – die Berufsbildung. Also die berufsbildenden Schulen und die Betriebe. In der Berufsbildung wird der Grundstein für die erfolgreiche Digitalisierung der Betriebe – insbesondere der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) – gelegt. Die KMU sind das Rückgrat unserer Wirtschaft und der Hauptträger der beruflichen Bildung und damit des Fachkräftenachwuchses, den wir so dringend brauchen, um unsere internationale Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit zu erhalten und auszubauen.

Die beruflichen Schulen tragen zu dem hohen Niveau dieser Berufsausbildung entscheidend bei. Dennoch werden sich auch die beruflichen Schulen unter dem Eindruck der Digitalisierung ein Stück weit neu erfinden müssen, damit sie den Herausforderungen einer Wirtschaft 4.0 gerecht werden. Denn Fachkräfte müssen zunehmend komplexe Prozesse beherrschen, sollen betriebsübergreifend auf der Basis digitaler Systeme kommunizieren und kollaborieren. Berufsbilder verändern sich. Sie büßen dabei zwar nicht ihre Identität ein, aber die Schnittmengen zu Nachbargebieten werden größer. Unter diesen Voraussetzungen muss auch die berufsschulische Vorbereitung auf diese Tätigkeiten neu gedacht werden. Und es geht nicht nur um die betriebliche Erstausbildung. Genauso wichtig ist die Weiterqualifizierung von langjährigen Beschäftigten. Für eine erfolgreiche Bildung 4.0 brauchen darüber hinaus nicht nur die zukünftigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Digitalkompetenz, sondern auch die heutigen Arbeitnehmer. Deshalb plädieren wir dafür, die Aus-, Fort- und Weiterbildungsangebote in allen Bildungsbereichen der Digitalisierung weiterzuentwickeln. Körperliche Beeinträchtigungen, Zeitmangel oder ein Standort am anderen Ende

der Welt sind in Zukunft keine Hindernisse mehr – die Digitalisierung beseitigt Barrieren und eröffnet damit in allen Bildungsbereichen völlig neue Möglichkeiten.

These Nummer 5: Bei digitaler Bildung hat Deutschland Luft nach oben

Um alles aus den vorgenannten Thesen zu erreichen, braucht es technische Ausstattung, gute Inhalte, pädagogische Konzepte und qualifizierte Lehrer. In Deutschland gibt es bereits heute viele gute Initiativen für digitale Bildung. Allerdings reden wir über viele gute Einzelbeispiele. Das heißt, das Gesamtbild ist sehr von vielen Inseln guter Praxis geprägt. Deutsche Schüler – und Lehrer – liegen mit Blick auf ihre digitale Kompetenz allenfalls im internationalen Mittelfeld. Die IT-Ausstattung deutscher Schulen ist unterdurchschnittlich. Die Informatik fristet eher ein Schattendasein. In dieser Landschaft stechen nur wenige gute Beispiele hervor.

Aufholbedarf gibt es da nicht nur in den allgemeinbildenden Schulen. Ähnliches gilt auch für Berufsschulen und genauso wie dem Lernort Betrieb. Das BMBF hat eine Studie in Auftrag gegeben, die das Bundesinstitut für Berufsbildung erstellt hat. Hierfür wurden 3.000 Betriebe befragt. Einerseits gab es positive Befunde bei der Ausstattung der Betriebe mit digitalen Endgeräten und deren Einsatz im betrieblichen Arbeitsprozess. Andererseits zeigt die Verwendung digitaler Geräte für die Qualifizierung der Beschäftigten ein uneinheitliches Bild. In der Aus- und Weiterbildung dominieren aber immer noch analoge Formate, also Fachbücher, Präsenzveranstaltungen et cetera. Ein Befund, der uns aus meiner Sicht Sorge machen muss: Fast jeder zweite Betrieb (46 Prozent) bewertet die IT-Grundkenntnisse seiner Auszubildenden lediglich als ausreichend. Weniger als ein Drittel (28 %) bewertet die Kenntnisse als sehr gut oder gut.

Ich bin aber trotzdem davon überzeugt: wir haben eine hervorragende Ausgangsposition, um die digitale Entwicklung zu unserem Vorteil zu gestalten. Das deutsche Bildungssystem mit seinen vielen differenzierten Angeboten in schulischer Bildung, universitärer und betrieblich-dualer Berufsausbildung sowie beruflich-betrieblicher Weiterbildung. Mit den darin verankerten Prinzipien und Qualitäten, den engagierten Akteuren. Alles zusammen ist eine gute Basis, um die Digitalisierung auch in der Bildung erfolgreich zu machen. Als Bildungspolitik haben wir daher die Aufgabe, die Menschen auf diese digital geprägte Welt vorzubereiten. Wir müssen die

Menschen in die Lage versetzen, die Chancen des digitalen Wandels zu nutzen – und sie zugleich für die Risiken sensibilisieren.

Was also wird getan?

Bund und Länder stehen im engen Austausch über gemeinsame Aktivitäten zur Förderung digitaler Bildung in Deutschland. Wir sehen das als gemeinschaftliche Aufgabe in unserem föderalen System. Die Kultusministerkonferenz hat im Dezember 2016 eine Strategie zur digitalen Bildung beschlossen mit dem Schwerpunkt auf der schulischen Bildung. Das BMBF hat Mitte Oktober des letzten Jahres unsere Strategie „Bildungsoffensive für die digitale Wissensgesellschaft“ vorgestellt. Mit dieser umfassenden Strategie will das Bundesministerium für Bildung und Forschung die Potenziale digitaler Bildung für alle Bildungsbereiche systematisch erschließen.

Erstes Kernelement dieser Strategie ist dabei der „DigitalPakt#Deutschland“. Hier geht es um den Ausbau einer leistungsfähigen digitalen Infrastruktur. Auch wenn Technik kein Selbstzweck ist: Ohne leistungsfähige digitale Infrastrukturen nutzen die besten pädagogischen Konzepte nichts. Wir haben als Bund deshalb den Ländern angeboten, digitale Bildung und die dazu nötige Infrastruktur an allen 40.000 Schulen in Deutschland zu fördern. Das BMBF bietet an, über einen Zeitraum von fünf Jahren mit rund fünf Milliarden Euro die rund 40.000 Schulen und Berufsschulen in Deutschland mit digitaler Ausstattung wie Breitbandanbindung, W-LAN und Geräten zu versorgen. Im Gegenzug sollen sich die Länder verpflichten, digitale Bildung umzusetzen: Das heißt, sie entwickeln entsprechende pädagogische Konzepte und setzen sie um, bauen die Lehrerbildung und -fortbildung aus und unterstützen Schulen und Schulträger bei der notwendigen strategischen Entwicklung.

Ich möchte hier aber noch einmal unterstreichen: es geht uns beim Digitalpakt nicht darum, Schulen mit einer Generation von digitalen Endgeräten zu überschwemmen. Wir wollen keine Investitionsruinen, die immer dann entstehen, wenn Ausstattung, Konzept und Lernkultur nicht zueinander passen. Es geht uns um nachhaltige, strukturbildende Maßnahmen. Daher erwarten wir, dass Schulträger - oder sogar die Länder selbst - abgestimmte Konzepte präsentieren. Konzepte, mit denen die Administration der Schulen professionalisiert werden, den Zugang zu Bildungsmedien vereinfachen und neue Services angeboten werden. Ohne intelligente Infrastrukturen und flexible pädagogische Konzepte ist gute digitale Bildung nicht denkbar.

Zweites Handlungsfeld ist die Vermittlung von digitaler Bildung. Also die notwendigen pädagogischen Konzepte und die Aus- und Weiterbildung der Lehrkräfte. Drittens wollen wir einen „zeitgemäßen Rechtsrahmen“ schaffen, der sicherstellt, dass digitale Bildung unseren zu Recht hohen Anforderungen an das Urheberrecht, den Datenschutz und die Datensparsamkeit gerecht wird. Im vierten Handlungsfeld „Strategische Organisationsentwicklung unterstützen“ wollen wir Bildungseinrichtungen dabei unterstützen, ein digitales Profil zu entwickeln. Ein Beispiel: Nicht jede Hochschule wird in Zukunft alle Kurse als MOOCs anbieten. Digitale Bildung bietet aber gute Chancen für eine sinnvolle Profilbildung: Die eine Hochschule wird ihren Schwerpunkt auf der Präsenzlehre haben oder Blended-Learning-Angebote vorhalten, eine andere zur digitalen Fernuniversität werden. Es ist klar, dass nicht alle Institutionen die dafür notwendigen Kompetenzen haben. Ein Schulleiter oder eine Schulleiterin hat bereits jede Menge pädagogische und administrative Verantwortlichkeiten – sie oder er ist nicht notwendigerweise Experte für digitale Ausstattung. Deshalb wollen wir das Personal in den Bildungseinrichtungen unterstützen und den Aufbau der notwendigen organisatorischen, technischen und Management-Kompetenzen fördern. Dazu werden wir unter anderem deutschlandweit „Regionale Kompetenzzentren Digitalisierung“ fördern.

Schließlich wollen wir mit dem fünften Handlungsfeld unserer Strategie einen Blick über den Tellerrand hinaus werfen und die „Potenziale der Internationalisierung nutzen“. Zum einen können wir von den guten Beispielen digitaler Bildung in anderen Ländern lernen. Zum anderen wollen wir digitale Bildungsangebote nutzen, um Deutschland international zu einem noch attraktiveren Bildungsstandort zu machen. Bereits in Angriff genommen haben wir den Bereich der Beruflichen Bildung.

Konkret möchte ich Ihnen drei BMBF-Aktivitäten vorstellen, die wir unter dem Dach „Berufsbildung 4.0“ im Rahmen unserer Gesamtstrategie verfolgen:

Erstens: Mit dem Förderprogramm „Digitale Medien in der beruflichen Bildung“ werden neue digitale Lösungsansätze entwickelt und erprobt, wie beispielsweise das Lernen am Arbeitsplatz, ePortfolios, offene Bildungsmaterialien (Open Educational Resources, OER) et cetera.

Zweitens: Das Sonderprogramm des BMBF zur „Förderung der Digitalisierung in überbetrieblichen Berufsbildungsstätten und Kompetenzzentren“. Mit der Digitalisierung einhergehen muss auch eine entsprechende

Anpassung der Ausstattung in den überbetrieblichen Berufsbildungsstätten und ihren Kompetenzzentren.

Drittens: Das Programm „Fachkräftequalifikation und Kompetenzen für die digitalisierte Arbeit von morgen“. Anhand von 13 exemplarisch ausgewählten Berufen wird untersucht, wie sich die Digitalisierung konkret auf Arbeitsprozesse und Qualifikationsbedarfe auswirkt und welche Handlungsempfehlungen sich daraus für die Ausbildungsgestaltung ergeben.

Die Initiative untersucht zudem die Bedeutung von digitalen und IT-Kompetenzen von Auszubildenden wie Ausbilderinnen und Ausbildern für die Berufsausbildung.

Lassen Sie mich zum Schluss zusammenfassen:

1. Bildung 4.0 ist die Voraussetzung für eine erfolgreiche Industrie 4.0 und damit auch für die Zukunftsfähigkeit des Wirtschafts- und Innovationsstandorts Deutschland.
2. Die Bildungs- und Innovationspolitik des BMBF ist unter anderem auch darauf ausgerichtet, die Grundlagen für ein innovationsfreundliches Umfeld, für kreative Forscher, neugierige Entwickler, exzellente Wissenschaftler und damit für eine wettbewerbsfähige und beschäftigungsstarke Wirtschaft in Deutschland zu schaffen.
3. Das BMBF ist mit umfangreichen Maßnahmen bei der Digitalisierung unserer Schulen, Hochschulen, Forschungseinrichtungen und Beruflichen Bildung engagiert und wir werden dieses Engagement künftig noch weiter ausbauen!

Datenschutz im Mehrebenensystem

Dieter Kugelmann

Ab dem 25. Mai 2018 wird in der Bundesrepublik Deutschland der Datenschutz auf drei neu strukturierten rechtlichen Ebenen gewährleistet. Mit der Datenschutz-Grundverordnung und der Richtlinie über Polizei und Justiz bildet das Unionsrecht den Ausgangspunkt und die wesentliche Grundlage. Das Bundesrecht wirkt zum einen durch das Bundesdatenschutzgesetz und zum anderen durch die Fachgesetze, z.B. das Sozialgesetzbuch oder die Abgabenordnung. Auf Landesebene kommt das Landesdatenschutzgesetz zur Anwendung, darüber hinaus das einschlägige Fachrecht etwa im Schulrecht oder Kommunalrecht.¹

I. Die Europäisierung des Datenschutzes im digitalen Binnenmarkt

Die Europäische Union verfolgt ihren Weg zur Herstellung eines digitalen Binnenmarktes auf der Grundlage der im Mai 2015 von der Kommission vorgelegten Strategie.² Dieser Weg ist durchaus mit Hindernissen gepflastert und führt nicht in einer geraden Linie zum Ziel. Dennoch sind die gesetzgeberischen Vorhaben der Union zu großen Teilen von erheblicher Bedeutung für den Datenschutz in Europa.³

-
- 1 Zum Ganzen Jan-Philipp Albrecht/Florian Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU. Grundlagen – Gesetzgebungsverfahren – Synopse, 2017; Jürgen Kühling/Mario Martini/Johanna Heberlein/Benjamin Kühl/David Nink/Quirin Weinzierl/Michael Wenzel, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2017.
 - 2 Mitteilung der Kommission über die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM (2015) 192.
 - 3 Vgl. die Mitteilung der Europäischen Kommission – Austausch und Schutz personenbezogener Daten in einer globalisierten Welt, KOM (2017) 7.

1. DS-GVO und RLJP

Die bereits abgeschlossenen Gesetzgebungsprojekte zum digitalen Binnenmarkt stehen teilweise im Kontext der Gewährleistung von Sicherheit. Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁴ und die Richtlinie zur Polizei und Justiz (RLPJ)⁵ sind im Mai 2016 in Kraft getreten und werden ihre Wirkung im Mai 2018 entfalten. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie läuft und endet am 5. Mai 2018.⁶ Die Datenschutz-Grundverordnung entfaltet volle Wirkung am 25. Mai 2018. Dabei gibt es keine Übergangsfrist, die Regelungen sind ab diesem Zeitpunkt vollständig wirksam.

Aus diesem Grund sind die Vorbereitungen vielfach bereits weit vorangeschritten. Unternehmen oder öffentliche Stellen, die unvorbereitet auf den Mai 2018 zusteuern, müssen befürchten, in unzulässige oder rechtswidrige Datenverarbeitungsprozesse hineinzulaufen. Die geänderten Rahmenbedingungen sind sicherlich keine völlige, grundstürzende Umwälzung des vorhandenen Datenschutzrechts in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Reihe von Fallgestaltungen wird ähnlich weiter behandelt werden können, wie es bisher aufgrund des geltenden Rechts der Fall ist. Dennoch sind die Änderungen weit reichend, da sie teils punktuell, teils aber auch grundsätzlich die Grundstrukturen und Rahmenbedingungen betreffen. Eine Reihe von Punkten erfordert gesetzgeberische Maßnahmen. Die Verwaltung und insbesondere die Wirtschaft müssen sich eingehend in ihren Abläufen und ihren Datenverarbeitungsprozessen vorbereiten und auf die Änderungen einstellen.

4 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

5 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. 2016 L 119/89.

6 Überblick bei Robert Weinhold/Paul C. Johannes, *Europäischer Datenschutz in Strafverfolgung und Gefahrenabwehr – Die neue Datenschutz-Richtlinie im Bereich Polizei und Justiz sowie deren Konsequenzen für deutsche Gesetzgebung und Praxis*, DVBl. 2016, 1501; zur Vorfassung Dieter Kugelman, *Datenschutz bei Polizei und Justiz*, DuD 2012, 582.

2. Die Richtlinie über Fluggastdaten

Im Mai 2016 ist auch die Richtlinie über Fluggastdaten in Kraft getreten (PNR, Passenger Name Records).⁷ Dies war mit der freiheitlich orientierten Datenschutzgesetzgebung eng verbunden. Angesichts leider immer wieder auftretender terroristischer Anschläge wurde ein Konnex hergestellt zwischen datenschutzrechtlichen Regelungen und der Verarbeitung von Daten zu Zwecken zur Gewährleistung von Sicherheit. Dies ist im Sicherheitsrechtsrecht ohnehin gang und gäbe. Jedes Polizeigesetz enthält zum einen eingreifende Befugnisse für die Polizeibehörden und zum anderen Schutzvorschriften für die Rechte des Einzelnen, zu denen in Zeiten der Nutzung des Internet insbesondere auch Vorschriften zum Schutz der personenbezogenen Daten zählen.

Auf der Ebene der Europäischen Union ist dieser Zusammenhang zwischen unterschiedlichen Rechtsakten politisch ausdrücklich hergestellt worden, obwohl sich die Rechtsakte im Kern auf unterschiedliche Bereiche beziehen. Während die Richtlinie zu den Fluggastdaten die Übermittlung von personenbezogenen Daten der Fluggäste durch die Fluggesellschaften an die Behörden betrifft, geht es bei der Datenschutz-Grundverordnung und der Richtlinie zur Polizei und Justiz allgemein um Datenverarbeitung. Diese politischen Zusammenhänge verdeutlichen aber, dass es sich bei dem Datenschutz nach wie vor um ein zentrales Thema freiheitlicher Gesellschaften handelt, das an Aktualität eher ständig gewinnt.

Durch das Gutachten des EuGH zu dem Abkommen der EU mit Kanada über den Austausch von Fluggastdaten stellen sich nunmehr neue Fragen.⁸ Da der EuGH einige Inhalte als mit den Grundrechten des Unionsrechts unvereinbar sieht, müssen die bestehenden Regelungen, insbesondere in den Abkommen mit Australien oder den USA, erneut geprüft werden. Aber auch die PNR-Richtlinie der EU selbst ist auf ihre Vereinbarkeit mit den grundrechtlichen Vorgaben zu untersuchen.

7 Vgl. Bastian Baumann, Datenschutzkonflikte zwischen der EU und den USA – Angemessenheit des Datenschutzniveaus am Beispiel der PNR-Abkommen, 2016.

8 EuGH, Gutachten 1/15 vom 26.07.2017, ECLI:C:2017:592 - PNR Abkommen EU – Kanada.

3. Die Richtlinie über digitale Inhalte

Im Zuge des Aufbaus und Weiterbaus des digitalen Binnenmarktes, der die Wirtschaft der Europäischen Union stärken soll, stehen weitere Gesetzgebungsvorhaben der Europäischen Union. Die Kommission hat einen Vorschlag für eine Richtlinie über digitale Inhalte gemacht.⁹ Diese Richtlinie hat das Vertragsrecht zum Gegenstand.¹⁰ Sie enthält eine Reihe von Regelungen hinsichtlich der Abwicklung und des Abschlusses von Verträgen im Wege des Internet.

Ein zentraler Punkt dieser Richtlinie ist die Frage, ob und wie der Verbraucher mit Daten bezahlen kann und soll. Daten als Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen durch Diensteanbieter sind gängige Praxis. Jedoch stellt sich durchaus die Frage, ob diese Praxis rechtlich zulässig ist und wie sie zugunsten des einzelnen Nutzers, der eben auch Verbraucher und Empfänger von Dienstleistungen ist, begrenzt werden kann.

Dies führt zu der grundlegenden Frage datenfinanzierter Internetangebote.¹¹ Gerade hier entstehen neue Herausforderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung. Die Richtlinie über digitale Inhalte muss mit der Datenschutz-Grundverordnung vereinbar sein. Dies wirft eine Reihe von Zweifelsfragen auf. Steht der Datenschutz im Vordergrund oder die Abwicklung des Vertrages. Welche Anforderungen müssen an die Informationsübermittlung an den Diensteeempfänger, also den Nutzer, gestellt werden? Welche Konsequenzen hat es, wenn der Diensteanbieter Anforderungen nicht erfüllt? Wie ist es um den Rechtsschutz des Einzelnen und die Durchsetzung in ggf. grenzüberschreitenden Vertragsverhältnissen bestellt? Diese und weitere Fragen sind Gegenstand des laufenden Gesetzgebungsverfahrens im Zusammenhang der Richtlinie. Die Datenschutz-Grundverordnung ist in Kraft und nicht verrückbar. Damit muss sich die Richtlinie in ihrer Ausgestaltung nach den Grundzügen richten, die von der Datenschutz-Grundverordnung gezeichnet werden.

9 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM (2015) 634.

10 Graf v. Westphalen, EuZW 2017, 373.

11 Vgl. insoweit zur DS-GVO Dieter Kugelman, Datenfinanzierte Internetangebote, DuD 2016, 566.

4. Die E-Privacy-Verordnung

Ein weiterer Vorschlag der europäischen Kommission betrifft die E-Privacy-Verordnung.¹² Dabei geht es um den Schutz der Privatheit in der Telekommunikation und in den sozialen Medien.¹³ Die vorhandenen Regelungen zum Datenschutz in der Telekommunikation sollen erweitert werden, insbesondere geht es um die Erweiterung des Anwendungsbereiches auf die Diensteanbieter im Zusammenhang der sozialen Medien. Damit werden nicht nur wie bisher Telekommunikationsunternehmen erfasst, sondern eben auch Diensteanbieter wie Facebook, Google oder weitere Anbieter von Diensten einschließlich der Betreiber von Plattformen. Schon dieser Anwendungsbereich verdeutlicht, welch erhebliche Rolle die E-Privacy-Verordnung spielen kann und soll.

Die E-Privacy-Verordnung soll nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission gemeinsam mit der Datenschutz-Grundverordnung am 25. Mai 2018 wirksam werden. Dieses ehrgeizige Ziel ist noch zu erreichen. Allerdings haben sich im Gesetzgebungsverfahren erhebliche Streitpunkte ergeben, die noch nicht zu Ende diskutiert sind. Die Internet-Wirtschaft sieht in einigen Regelungen Beschneidungen ihrer Geschäftsmodelle und Einschnitte in ihre Rechte als Wirtschaftstreibende. Im Europäischen Parlament gibt es eine starke Strömung, die eine Weiterentwicklung der E-Privacy-Verordnung im Dienste der Verbraucherinnen und Verbraucher mit dem Ziel eines Ausbaus der Stärkung der Grundrechte auf Privatheit und auf Datenschutz fordert. Diese Grundsatzdiskussionen werden noch weiter geführt werden müssen.

II. Das innerstaatliche Datenschutzrecht

Vor dem Hintergrund der Fortentwicklung des digitalen Binnenmarktes der Europäischen Union stehen die innerstaatlichen gesetzgeberischen Anstren-

-
- 12 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG, KOM (2017) 10.
 - 13 Malte Engeler/Wolfram Felber, Entwurf der ePrivacy-VO aus Perspektive der aufsichtsbehördlichen Praxis, ZD 2017, 251.

gungen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung eröffnen insbesondere im Hinblick auf den Datenschutz im öffentlichen Bereich Spielräume für die nationalen Gesetzgeber.¹⁴

Das Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz, mit dem insbesondere ein neues Bundesdatenschutzgesetz geformt wird, ist im Juli 2017 in Kraft getreten.¹⁵ Seine Wirksamkeit wird es umfassend parallel zum Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung am 25. Mai 2018 entfalten. Dann ist auf Bundesebene eine grundlegende Neuerung der gesetzlichen Rahmenbedingungen erfolgt. Jedoch enden damit nicht die notwendigen Bemühungen des Bundesgesetzgebers. Vielfach bedarf es der Anpassungen und Änderungen des Fachrechts im Einzelnen. Auf dem Gebiet des Abgaben- und Steuerrechts oder des Sozialrechts sind bereits mit gesetzgeberischen Änderungen Anpassungen an die Datenschutz-Grundverordnung vorgenommen worden. Jedoch ist noch eine Vielzahl von Bundesgesetzen der Änderung bedürftig.

Gleiche Herausforderungen treffen die Landesgesetzgeber. Sämtliche Landesdatenschutzgesetze stehen im Prozess der Neubearbeitung. In einer Reihe von Ländern ist die parallel laufende Überarbeitung des landesbezogenen Fachrechts insoweit zurückgestellt, als zunächst das jeweilige Landesdatenschutzgesetz erarbeitet werden soll, um die einzelnen Rechtsmaterien dann daran anzupassen. Es gibt allerdings auch Länder, die sich an Gesamtpaketen versuchen, z.B. Sachsen. Wenn also das innerstaatliche Sozialrecht, Archivrecht, Statistikrecht oder das Recht der Geodaten und des Vermessungswesens an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung angepasst worden sind, folgen daraus eine Vielzahl von teils punktuellen, teils aber auch weittragenden Änderungen für die Verwaltung. Die Öffnungen der Datenschutz-Grundverordnung für die Bereiche des öffentlichen Rechts müssen ausgefüllt werden, ansonsten gilt die Datenschutz-Grundverordnung.

14 Alexander Roßnagel, in: ders. (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung. Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, 1. Aufl., Baden-Baden 2017, § 1, Rn. 48 ff., der zu weit gehend die Spielräume für den öffentlichen Bereich als umfassend erachtet.

15 Als Artikel 1 des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz), BGBl. I 2017, S. 20197; dazu Holger Greve, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 2017, 737; Jürgen Kühling, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 2017, 1985.

III. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Datenschutz

1. Allgemeine Grundlagen

Im Falle inhaltlicher Konflikte unterschiedlicher rechtlicher Regelungen in einem konkreten Fall bedarf es der Konfliktregeln. Innerstaatlich ist hier insbesondere die Regel des Art. 31 Grundgesetz zu nennen, wo es heißt: „Bundesrecht bricht Landesrecht“. Für das Unionsrecht greift die allgemeine Konfliktregel des Anwendungsvorrangs. Die Regel des Anwendungsvorrangs ist Teil des überaus komplexen Verhältnisses des Unionsrechts zum nationalen Recht, das viele Facetten hat und in Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten eingehend diskutiert wird.¹⁶

Der vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Anwendungsvorrang ist eine wesentliche Grundlage des Unionsrechts.¹⁷ Er ist von den innerstaatlichen Gerichten und insbesondere vom Bundesverfassungsgericht anerkannt. Der Anwendungsvorrang gilt nach seiner Rechtsprechung aufgrund des Zustimmungsgesetzes und daher „nur kraft und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung“.¹⁸ Dabei geht es auch um das Verhältnis des BVerfG zum EuGH.¹⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh bestätigt, dass die Übertragung von Hoheitsrechten auch die Anerkennung der Hoheitsakte der Union umfasst.²⁰ Es sieht den EuGH als „gesetzlichen Richter“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG,²¹ wodurch dessen Zuständigkeiten insbesondere im Vorabentscheidungsverfahren abgesichert sind. Im Lissabon-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht sich erstens eine ultra-vires-Kontrolle bei qualifizierten Kompetenzverstößen des europäischen Gesetzgebers und zweitens eine Kontrolle für den Schutz der Verfassungsidentität vorbehalten.²² Eine besondere Rolle spielt drittens der Grundrechtsschutz als besondere Ausprägung der Verfassungsidentität.²³

16 Überblick bei Rudolf Streinz, *Europarecht*, 10. Auflage, Rn. 194 ff. m.w.N.

17 Seit EuGH, Slg. 1964, 1251 (1269 ff.) - Costa/E.N.E.L.

18 BVerfG 123, 267 (354).

19 Monika Polzin, *JuS* 2012, 1.

20 BVerfGE 31, 145 (174 f.).

21 BVerfGE 73, 339.

22 BVerfGE 123, 267, LS 4.

23 BVerfGE 123, 267 (358).

Der EuGH leitet also den Anwendungsvorrang des Unionsrechts unmittelbar aus dem Unionsrecht selbst ab, während das BVerfG die Verfassung und das Zustimmungsgesetz zur Hoheitsübertragung auf die Union als Grundlage sieht. Einen Unterschied macht das kaum. Das Bundesverfassungsgericht sieht seine eigenen Kontrollvorbehalte als „im Alltag der Rechtsanwendung eher theoretische“ an.²⁴ Die umfangreiche Literatur geht ebenfalls vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts aus. Allerdings gibt es gewisse unterschiedliche Akzentuierungen.

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich um einen Anwendungsvorrang handelt, nicht um einen Geltungsvorrang. Danach ist in einem konkreten Fall eine bestimmte innerstaatliche Rechtsvorschrift unanwendbar, weil sie mit einer vorrangigen Vorschrift des Unionsrechts kollidiert. Das innerstaatliche Recht tritt deshalb aber nicht außer Kraft, es behält seine Geltung für all die Sachverhalte, die vom Unionsrecht nicht berührt werden. Im Fall der Abwehr unionsrechtswidrigen nationalen Rechts reicht dies aus.²⁵

Voraussetzung für den Anwendungsvorrang ist ein Rechtskonflikt. Wenn eine Regel im Einzelfall eine bestimmte Rechtsfolge anordnet, die der Rechtsfolge einer Bestimmung des Unionsrechts widerspricht, ist die innerstaatliche Regelung unanwendbar.

Behörden selbst können grundsätzlich nach eingehender Prüfung das Recht im Einzelfall unangewendet lassen, es ist keine Gerichtsentscheidung erforderlich.²⁶ Die Norm verwerfen können sie nicht. Der EuGH hat deutlich hervorgehoben, dass dann, wenn die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendung des Unionsrechts vorliegen, alle Träger hoheitlicher Verwaltung einschließlich der kommunalen Behörden auch zu dieser Anwendung verpflichtet sind.²⁷ Diese Bindung an das Unionsrecht ist erforderlich, um dem Unionsrecht in der gesamten Europäischen Union zur Anwendung zu verhelfen.

Mit dieser Konzeption bleibt die Normverwerfungskompetenz des innerstaatlichen Gerichts hinsichtlich der Geltung der innerstaatlichen Norm unangetastet. Das Bundesverfassungsgericht ist auf der Grundlage der einschlägigen Rechtswege weiter für die Verwerfung innerstaatlicher Normen

24 BVerfGE 123, 267 (398 f.).

25 Dirk Ehlers, Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage 2015, § 11 Rn. 58, der im Fall positiver Rechtsgestaltung annimmt, dass das Unionsrecht an die Stelle des nationalen Rechts tritt.

26 Rudolf Streinz, Europarecht, 10. Auflage, Rn. 261.

27 EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, Rn. 31 - Fratelli Constanzo.

grundsätzlich zuständig. Auch die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für die Identitätskontrolle bleibt unberührt. Einzelzeiten der einschlägigen Befugnisse anderer innerstaatlicher Gerichte können hier offen bleiben.

2. Anwendungsvorrang und Datenschutz-Grundverordnung

Während das Verhältnis von innerstaatlichem Recht und Unionsrecht in stark europarechtlich geprägten Bereichen wie dem Umweltschutz oder dem Wettbewerbs- und Kartellrecht seit vielen Jahren in der Rechtsanwendung gut funktioniert, ist für den Datenschutz durch den Übergang von einer Richtlinie zu einer Verordnung eine Neuerung in der Systematik festzustellen. Der Schutz der Verfassungsidentität, der nach der Rechtsprechung des BVerfG innerstaatliche Kontrollvorbehalte auslösen könnte, dürfte kaum in Betracht kommen. Schon auf der Grundlage der Datenschutz-Richtlinie ist das Datenschutzrecht europäisch geprägt.²⁸ Im Ergebnis bleiben viele Wesenszüge dem Grunde nach unverändert. Die Änderungen durch die DS-GVO sind gehaltvoll, wichtig und erheblich. Sie enthält aber soweit ersichtlich keine Regelungen, die die nationale Verfassungsidentität beeinträchtigen.

Eine Beeinträchtigung grundgesetzlicher Kerngehalte käme allenfalls in Frage, wenn das Grundrecht selbst wesentlich beschnitten würde. Das BVerfG zählt den Schutz vor umfassender Überwachung zum Identitätskern der deutschen Verfassung.²⁹ Die Datenschutz-Grundverordnung schützt aber gerade die Grundrechte vor dem Hintergrund der Art. 7, 8 Grundrechte-Charta (Art. 1 Abs. 2 DS-GVO). Angesichts der Rechtsprechung des EuGH kann jedoch kein Zweifel an der Durchsetzung des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang des Datenschutzes bestehen.³⁰

Die Zweifelsfragen bestehen demnach in der Bearbeitung des Einzelfalles der Anwendung oder Nichtanwendung einer bestimmten Regelung des innerstaatlichen Rechts.

28 Jürgen Kühling/Christian Seidel/Anastasios Sivridis, Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 50.

29 BVerfGE 125, 260 (324).

30 Überblick bei Vassilios Skouris, Leitlinien der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz, NVwZ 2016, 1359.

3. Europarechtskonforme Auslegung

Die innerstaatliche Regelung, die dem Unionsrecht widersprechen könnte, ist sorgfältig zu prüfen. Zunächst kommt eine europarechtskonforme Auslegung in Betracht. Die Datenschutz-Grundverordnung trägt durch ihre Öffnungsklauseln teilweise den Charakter einer Richtlinie, so dass der Gedanke der richtlinienkonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts zum Zuge kommt.³¹ Der EuGH hat diesen Ansatz ohnehin zum Grundsatz der unionrechtskonformen Auslegung erweitert.³² Die innerstaatliche Vorschrift, z.B. des BDSG, ist danach daraufhin zu untersuchen, ob sie Spielräume für eine Auslegung bietet, die den Konflikt mit der DS-GVO dadurch vermeidet, dass sie einer europafreundlichen Interpretation zugänglich ist. Liegt keine Kollision vor, ist die Nichtanwendung nicht notwendig.

So sieht z.B. Art. 33 der Datenschutz-Grundverordnung eine Meldung unverzüglich vor, möglichst innerhalb von 72 Stunden. Sollte also z.B. eine innerstaatliche Vorschrift eine Meldung innerhalb von 74 oder 76 Stunden ermöglichen, hält sich dies in dem Spielraum, der von der Datenschutz-Grundverordnung eingeräumt wird.

Lässt sich der Normkonflikt nicht auflösen, greift der Anwendungsvorrang. Die Nicht-Anwendung einer innerstaatlichen Vorschrift kommt insbesondere in eindeutigen Fällen in Betracht. Dann allerdings ist sie unausweichlich.

4. Vorgehensweisen der Datenschutzaufsichtsbehörden

Dem Grunde nach ist zu Zurückhaltung in der Handhabung des Anwendungsvorrangs zu raten.³³ Wenn die Situation nicht sehr klar ist, kommt es ansonsten zu Verwerfungen. Daher ist eine sorgfältige, mehrstufige Prüfung vorzunehmen.³⁴

Zunächst ist zu fragen, ob der Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes bzw. der Datenschutz-Grundverordnung eröffnet ist. Beide Regelungen

31 Dazu Rudolf Streinz, Europarecht, 10. Auflage, Rn. 502 ff.

32 EuGH, Rs. C-105/03 (Maria Pupino),

33 Vgl. Holger Greve, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 2017, 737 (744), der allerdings im Ansatz die Rechtsprechung von EuGH und BVerfG zu eng versteht.

34 Vgl. die Prüfung durch das VG Stuttgart, Urt.v.22.10.2015, 1 K 5060/13, Rn. 29-31.

müssen gleichen Lebenssachverhalt betreffen, aber abweichende bzw. unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen. Wenn dies der Fall ist, kann ein Konflikt in Betracht kommen.

5. Rechtsschutzaspekte

Die Nutzung des Anwendungsvorrangs kann in zwei Hinsichten zur Inanspruchnahme von Rechtsschutz durch den Betroffenen führen. Entweder die Behörde wendet das Unionsrecht vorrangig an, dann steht dem Betroffenen die Möglichkeit offen, sich mit der Behauptung an das innerstaatliche Gericht zu wenden, die Behörde habe unzulässiger Weise den Anwendungsvorrang genutzt.

Im gegenteiligen Fall nutzt die Behörde den Anwendungsvorrang nicht, sie wendet das innerstaatliche Gesetz an. Dann ist dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, gegen die aus seiner Sicht fehlerhafte Nicht-Nutzung des Anwendungsvorrangs gerichtlich vorzugehen. Auf diese Art und Weise werden sicherlich gerichtliche Entscheidungen in Betracht kommen, um die eine oder andere Zweifelsfrage ggf. zu klären.

Der Betroffene dürfte dann den Klageweg beschreiten, wenn die Vorgehensweise der Behörde zu seinem Nachteil gereicht. Ansonsten dürfte es ihm auch an der Klagebefugnis fehlen. Die innerstaatlichen Gerichte werden die Zweifelsfrage hinsichtlich der Anwendung des Unionsrechts dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen. Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit aus dem Spiel. Ein Rechtsweg der Datenschutzaufsichtsbehörden zum Bundesverfassungsgericht besteht unmittelbar nicht.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Aus der Sicht der Anwender des Datenschutzrechts hat die Europäisierung zu einer Steigerung von normativer Komplexität geführt, weil die Ebene der EU durch die unmittelbar anwendbare Datenschutz-Grundverordnung hinzugetreten ist. Zugleich wird die Komplexität reduziert, weil viele Fragen innerstaatlich nicht mehr geregelt werden können. Soweit die unmittelbare Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung reicht, bestimmt sie die Anwendungspraxis. Allerdings tragen viele ihrer Regelungen einen eher allgemeinen und abstrakten Charakter. Dies ist daraus erklärlich, dass

sie unterschiedlichen rechtlichen Ausgangspunkten und Traditionen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen will.

Diese normative Weite wird institutionell verengt. Der Europäische Datenschutzausschuss, der sich aus den Datenschutzaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten zusammensetzt, kann mit Leitlinien und Empfehlungen, aber auch durch verbindliche Beschlüsse in einzelnen Fällen, die Anwendung der Regelungen anleiten. Die Datenschutzaufsichtsbehörden werden gestärkt und mit erweiterten Befugnissen ausgestattet, um die Durchsetzung der Regeln sicherstellen zu können. Nach und nach wird die Rechtsprechung hinzutreten, wodurch letztlich der EuGH in Ausübung seines Auslegungsmonopols für das Unionsrecht die Auslegung des europäischen Datenschutzrechts bestimmt.

Das Datenschutzrecht ist endgültig im Europarecht angekommen. Das Datenschutzrecht tritt an die Seite von Rechtsgebieten wie dem Telekommunikationsrecht oder dem Zollrecht, die im Hinblick auf materielles Recht, Verfahren und Durchsetzung umfassend den europarechtlichen Vorgaben folgen. Die allgemeinen Regeln und Mechanismen greifen in Verbindung mit den bereichsspezifischen Regeln. Besonderheiten können daraus entspringen, dass der Datenschutz in besonders enger Weise grundrechtlich verankert ist (Art. 8 GR-Ch). Angesichts der grundrechtlichen Durchdringung des gesamten Rechts ist dies kein grundlegender Unterschied zu anderen Rechtsgebieten, aber aufgrund seines Ursprungs im Grundrechtsschutz sind doch im Datenschutzrecht die Interpretationen besonders stark grundrechtsorientiert. Wahrung und Durchsetzung sind Aufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörden. Deren völlige Unabhängigkeit (Art. 52 DS-GVO) ist eine Besonderheit, da die Vollziehung des Rechts damit durch weisungsungebundene Einheiten erfolgt. Auch die Datenschutzaufsichtsbehörden sind aber selbstverständlich an Gesetz und Recht gebunden und unterliegen der Rechtskontrolle durch die ebenfalls unabhängigen Gerichte.

Wirtschaft und Verwaltung müssen sich auf das neue Datenschutzrecht einstellen. Nach der Identifikation von Änderungen ist es rechtstreu anzuwenden. Die Datenschutzaufsichtsbehörden und die Gerichte überwachen die Anwendung. Darin mag für manche Rechtsanwender eine Neuerung liegen, strukturell greifen hier aus der Sicht des Europarechts grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Zusammenwirkens von Europarecht und nationalem Recht und der Kooperation von europäischen Institutionen und Behörden der Mitgliedstaaten.

Wahlrecht aus prozessualer und informationstechnischer Sicht

Robert Müller-Török

Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem 6. Speyerer Forum zur Digitalen Lebenswelt am 6. April 2017 in Speyer gehalten hat. Er befasst sich mit der aus Sicht des Autors völlig vernachlässigten Fragestellung, inwieweit unser tradiertes Wahlrecht sich durch den Wandel der Gesellschaft, der durchaus digitalisierungsgetrieben ist, noch als angemessen erweist. Bislang nicht hinreichend erkannte Phänomene wie Wahlbetrug, auch in der Bundesrepublik und in der Europäischen Union, haben ihre Ursachen in der geänderten Lebensrealität des Elektorats sowie in einer prozessualen Ausgestaltung der Wahlen, die nach Ansicht des Autors nicht mehr der Technik und ebendieser geänderten Lebensrealität entspricht.

Wahlbetrug – Eine Realität in Europa

Wahlbetrug kommt, wenigstens nach verbreiteter Einschätzung, in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und insbesondere in Deutschland nicht vor. Dieses Phänomen wird eher unterentwickelten Staaten der Zweiten bzw. Dritten Welt wie Weißrussland¹ oder solchen Staaten, die wie bspw. die Türkei unterwegs in Richtung Diktaturen sind², zugeschrieben. Kommt es doch zu dokumentiertem Wahlbetrug, so scheint es sich hierbei um seltene Einzelfälle zu handeln, wie bspw. bei den Landtagswahlen im

-
- 1 Vgl. <http://www.handelsblatt.com/politik/international/weissrussland-zehntausende-demonstrieren-gegen-lukaschenkos-wahlbetrug/3741884.html> (per 3.9.2017)
 - 2 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/Willkommen-in-Erdoganistan-3364621.html> (per 3.9.2017)

österreichischen Burgenland, wo ein einzelner Bürgermeister einer Gemeinde von weniger als 700 Einwohnern 16 Wahlkarten fälschte und deswegen rechtskräftig verurteilt wurde³. Die öffentliche Meinung unterstellt keinen wahlentscheidenden Einfluss – wiewohl gerade bei dieser einen Landtagswahl der Einzug der „Liste Burgenland“ an einer einzigen Stimme hing, da diese wahlwerbende Partei genau 4,0 Prozent erreichte⁴. Eine einzige Stimme weniger, d.h. eine einzige Stimme von den manipulierten 16 Wahlkarten, hätte den Nicht-Einzug in den Landtag bedeutet⁵.

In Deutschland wie auch in Österreich fehlt es völlig an einer (wahl)behördlichen systematischen Sammlung und Aufarbeitung der bei Wahlen festgestellten Unregelmäßigkeiten. Anders liegt es hingegen im Vereinigten Königreich. Hier erfolgt eine solche Sammlung und Analyse seitens des wissenschaftlichen Dienstes des Unterhauses⁶ sowie durch die Electoral Commission des Parlaments⁷. Aus diesen Berichten sollte das Zitat „A total of 481 cases of alleged electoral fraud were recorded by police forces across the UK in 2015“⁸ als Beleg dafür hinreichend sein, dass Wahlbetrug keineswegs die Ausnahme ist. Das Vereinigte Königreich hat weniger Einwohner und Wahlberechtigte als die Bundesrepublik. Die Vergehen sind zahlreich, allerdings allesamt recht problemlos auf die Situation in Deutschland übertragbar, so zur Illustration „5 February 2013 The Daily Mail reported that Cengizhan Cerit (Conservative) tried to rig the Ashford local council by-election by forging signatures on his nomination form. He was caught out by a spelling mistake. He also tried to apply for hundreds of postal votes to rig the election result. Cerit was sentenced on 8 February 2013. The Daily Telegraph and the Daily Mail reported that Cerit had been jailed for 12 months. Judge Adele Williams told him: “This was a fraud which struck at

3 Vgl. <http://burgenland.orf.at/gemeindereport/stories/2551140> (per 3.9.2017)

4 Siehe <https://wahl.bgld.gv.at/wahlen/lt20100530.nsf> (per 3.9.2017)

5 Vgl. <http://www.nachrichten.at/nachrichten/politik/innenpolitik/Burgenland-Wahl-Wenn-eine-Stimme-am-Ende-wirklich-zaehlt;art385,405137> (per 3.9.2017)

6 House of Commons Library, Postal voting and electoral fraud 2001-2009, SN/PC/3667 sowie Briefing Paper Number 6255, 11 January 2017 “Electoral fraud since 2010”, beziehbar unter <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN03667> bzw. unter <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06255> (beide per 3.9.2017)

7 Electoral Fraud in the UK – Final Report and Recommendations; January 2014, beziehbar unter http://www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/pdf_file/0008/164609/Electoral-fraud-review-final-report.pdf (per 3.9.2017)

8 Vgl. Electoral fraud since 2010, S. 14

the heart of democracy. You tried to corrupt the legitimate electoral process. You sought to interfere with legitimate electoral process of our democracy. This is a very serious matter indeed.”⁹

Die Einschränkung, dass die Verhältnisse im Vereinigten Königreich nicht auf Deutschland übertragbar seien, wird meist mit dem dort nicht vorhandenen Einwohnermeldewesen und der damit verbundenen Notwendigkeit individueller Registrierungen durch die präsumptiven Wahlberechtigten¹⁰ argumentiert. Dies ist jedoch relativ einfach zu entkräften, denn es gibt in Deutschland ca. 5.500 dezentrale Register, deren Inhalte zwangsläufig nicht abgestimmt sind. So schreibt bspw. § 10 Abs. 1 LWO-BW vor „(1) Der Bürgermeister legt vor jeder Wahl für jeden allgemeinen Wahlbezirk ein Verzeichnis der Wahlberechtigten nach Familiennamen und Vornamen, Tag der Geburt und Wohnung an. Das Wählerverzeichnis kann auch im automatisierten Verfahren geführt werden.“. Allein aus der Formulierung „kann auch im automatisierten Verfahren geführt werden“ ist ableitbar, dass ein permanenter elektronischer Abgleich zwischen den 1.101 baden-württembergischen Gemeinden nichts stattfindet. Dass die verwendeten IT-Systeme Probleme mit diakritischen Zeichen im Familien- und Vornamen haben, ist allgemein bekannt, so sind bspw. erst seit Ende 2011 diakritische Zeichen in lateinischen Zeichensätzen möglich¹¹, aber keine anderen.

Dass EU-weit, bspw. bei Wahlen zum Europäischen Parlament, kein Abgleich stattfindet, ist durch den bekannten Fall „Giovanni di Lorenzo“ hinreichend belegt, dessen Strafverfahren wegen doppelter Stimmabgabe mit zwei Pässen wegen Geringfügigkeit eingestellt wurde¹². Auch in der Literatur wurde dies bereits bearbeitet¹³.

9 Ibid., S. 34

10 Diese Registrierung ist bspw. bei <https://www.gov.uk/electoral-register> möglich. (per 5.9.2016)

11 Vgl. <https://www.krz.de/Aktuelles/Meldungen-Presse/%C3%84nderungen-im-Meldewesen.php?object=tx%7C396.1026.1&ModID=7&FID=661.877.1&NavID=396.295&La=1> (per 3.9.2017)

12 Siehe <http://www.sueddeutsche.de/politik/doppelte-stimmabgabe-bei-europawahl-gericht-stellt-verfahren-gegen-zeit-chef-di-lorenzo-ein-1.2228719> (per 3.9.2017)

13 Vgl. Balthasar, Alexander und Müller-Török, Robert „Ein Vorschlag zur Effektivierung des Artikels 13 der Richtlinie 93/109/EG“, in: Tagungsband des 14. Internationalen Rechtsinformatik Symposions – IRIS 2011, ISBN 978-3-85403-278-6, 24.-26. Februar 2011, Salzburg; Müller-Török, Robert und Schäfer,

Zuletzt sei noch ein ganz konkreter Fall aus Deutschland angeführt, um die Aktualität dieses Problems zu belegen: In Geiselhöring, einer Gemeinde mit ca. 6.500 Einwohnern im Landkreis Straubing-Bogen, beschäftigte eine Großbäuerin 2014 482 EU-Bürger aus Osteuropa als Erntehelfer. 465 davon gaben ihre Stimme bei den Kommunalwahlen ab. Es hätten davon allerdings mindestens 350 Stimmen wegen offenkundiger Fälschungen – die wegen identischer Handschriften und der Verwendung des gleichen Stifts bei allen Antragsformularen aufgedeckt werden konnte – nicht gewertet werden dürfen. Die Wahl wurde aufgehoben und wiederholt¹⁴.

Die geänderte Lebensrealität des Wahlvolks als mögliche Ursache?

Das Wahlrecht, wie wir es kennen, stammt i.W. aus dem ersten Drittel des 20. Jhdts. In dieser Zeit war die allerüberwiegendste Mehrheit der Wahlberechtigten in Deutschland

- in Deutschland geboren,
- fließend deutschsprechend,
- hatte einen deutschen Bildungsabschluss,
- hatte einen Ehepartner deutscher Staatsangehörigkeit und demnach auch Kinder mit einer einzigen - der deutschen – Staatsangehörigkeit,
- selbst keine zweite Staatsangehörigkeit besitzend und
- i.W. am Hauptwohnsitz auch zu arbeiten und tatsächlich seinen Lebensmittelpunkt zu haben (d.h. ohne Zweitwohnsitz u.dgl.).

Heute trifft für einen signifikanten Teil des Wahlvolks dies alles nicht mehr völlig zu. Es ist mittlerweile nicht unüblich, zusätzlich oder überhaupt eine andere als die deutsche Staatsangehörigkeit zu besitzen und dennoch wenigstens als Unionsbürger wenigstens auf kommunaler Ebene wahlberechtigt zu sein. So leben z. B. in Baden-Württemberg 1,7 Mio. Ausländer (von

Norbert „Hauptwohnort, Wahlrecht und steuerliche Veranlagung – Besteht Anpassungsbedarf anhand geänderter Lebenswirklichkeiten?“, in: VERWALTUNG UND MANAGEMENT 2/2013 bzw. Müller-Török, Robert und Pautsch, Arne „Stochastische Verfälschungen von Wahlergebnissen bei grenzüberschreitender Briefwahl?“, in: VERWALTUNG UND MANAGEMENT. 4/2015

14 Vgl. <http://regio-aktuell24.de/wahlbetrug-in-geiselhoering-landgericht-eroeffnet-hauptverfahren-nur-teilweise/15113> (per 3.9.2017)

12,6 Mio. Gesamtbevölkerung), von denen knapp die Hälfte Unionsbürger¹⁵ sind. Dass dies andere, neue Anforderungen an Wahlprozesse stellt, bspw. die Notwendigkeit der Überprüfung fremdsprachiger Personensurkunden oder Kommunikation mit ausländischen Behörden, ist offensichtlich.

Es ist nicht nur der Ausländeranteil, d.h. hier besonders der Anteil wahlberechtigter Unionsbürger, sondern auch die Generierung von Doppelstaatsangehörigen durch binationale Ehen, welche Änderungen in den Wahlprozessen fordert. So ist bei 13 % der Ehen wenigstens einer der Ehepartner nichtdeutscher Staatsangehörigkeit, was zweifelsohne mehr Doppelstaatsangehörige zur Folge hat, die von den IT-Systemen des Meldewesens nur mangelhaft erfasst werden¹⁶. Wie im Fall „Giovanni di Lorenzo“ offenbar wurde, kann man mit zwei Pässen faktisch zwei Mal seine Stimme bei der Wahl zum Europäischen Parlament abgeben – Möglicherweise geht das auch bei z. B. der Stuttgarter Oberbürgermeisterwahl, wenn man zwei Mal mit zwei verschiedenen Staatsangehörigkeiten in Stuttgart hauptwohnsitzgemeldet ist¹⁷. Auch mit Blick auf die Wählergruppe der sog. Auslandsdeutschen, die prinzipiell zum Bundestag wahlberechtigt sind, besteht Anpassungsbedarf. Hier liegt es so, dass selbst der Bundesregierung nicht gegenwärtig ist, um wie viele potenzielle Wähler es sich hierbei handelt, wie die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Linke aus dem Jahre 2010 belegt, bei der die Antwort „Zu (dauerhaft oder vorübergehend) im Ausland lebenden Deutschen stehen keine statistischen Daten zur Verfügung.“¹⁸ lautete.

Die rechtlichen Probleme, die mit einer durch suboptimal gestaltete Wahlprozesse faktischen Verunmöglichung des aktiven Wahlrechts für die

15 Vgl. <http://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2017164> (per 04.09.2017)

16 Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung vom 18. Februar 2015, 53/15 „Bei 13 % der Ehepaare hat mindestens ein Partner einen ausländischen Pass“

17 Nach den Ergebnissen der Volkszählung 2011, wo eineinhalb Millionen Einwohner bei näherer Prüfung nicht existierten, wäre das nicht verwunderlich, vgl. https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2013/Zensus2011/pm_zensus2011_PDF.pdf?__blob=publicationFile (per 6.9.2017).

18 Zitiert nach Deutscher Bundestag, Drucksache 17/1883, 28. Mai .2010.

Auslandsdeutschen einhergehen, wurden bereits tw. wissenschaftlich behandelt¹⁹. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass eine Anpassung des geltenden Wahlrechts an die veränderten Lebensgewohnheiten – etwa im Falle der Auslandsdeutschen die Bindung des Wahlrechts an einen inländischen „Pseudohauptwohnsitz“ – bereits auf der Grundlage des Regelungsauftrages aus Art. 38 Abs. 3 GG einfachgesetzlich möglich wäre., solange dabei die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 GG eingehalten werden. So haben bei der letzten Bundestagswahl 2013 von einer unbekannten Zahl von Auslandsdeutschen, davon geschätzt 3,4 Mio. Auslandsdeutschen allein in den OECD-Staaten²⁰ nur 67.057 Anträge auf Aufnahme in Wählerverzeichnisse gestellt²¹.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass Wahlen im Gegensatz zur Situation in den 1970er oder 1980er-Jahren mit immer knapperen Mehrheiten entschieden werden. wie die folgenden Beispiele belegen. So ging das Direktmandat Märkischer Kreis II 2013 mit 53 Stimmen Vorsprung an den siegreichen Kandidaten²². Hätten nur 27 der im Kreis, z. B. in Lüdenscheid zugeordneten bzw. zuordenbaren Auslandsdeutschen anders oder überhaupt gewählt, gäbe es hier einen anderen Bundestagsabgeordneten.

Kann Digitalisierung helfen?

Die Abhilfe gegen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorhandenen Wahlbetrug, wie dargelegt u.a. auf Grund von komplexeren persönlichen Personenstandssituationen, wäre durchaus mit Digitalisierung gestütztes – allerdings in erster Linie klassisches Business Process Reengineering bzw. Geschäftsprozessoptimierung nach Scheer²³ und bestünde m.E. aus folgenden Schritten:

-
- 19 Vgl. Pautsch, Arne und Müller-Török, Robert „Das Wahlrecht der Auslandsdeutschen nach § 12 Abs. 2 BWG auf dem neuerlichen Prüfstand? – Eine Analyse aus juristischer und verwaltungswissenschaftlicher Sicht“, in: ZParl – Zeitschrift für Parlamentsfragen, 4/2016.
 - 20 Vgl. OECD (2015), Talente im Ausland: Ein Bericht über deutsche Auswanderer, OECD Publishing, Paris, S. 21.
 - 21 Vgl. Der Bundeswahlleiter, Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013, Heft 5, Teil 1, Textliche Auswertung Wahlergebnisse, S. 30.
 - 22 Ibid.
 - 23 Vgl. Keller, G. und Nüttgens, M. und Scheer, A. „Semantische Prozeßmodellierung auf der Grundlage „Ereignisgesteuerte Prozeßketten““, Veröffentlichungen

- I. Harmonisierung der ggw. ca. 5.500 dezentralen Wählerverzeichnisse
 - a) durch entweder ein zentrales bundesweites Wählerverzeichnis
 - b) oder durch webservice-basierten permanenten Abgleich
 - c) Harmonisierung der Anforderungen an das aktive Wahlrecht, bspw. eine einheitliche dreimonatige Hauptwohnsitzvoraussetzung
 - d) EU-weite Harmonisierung in Entsprechung Art. 13 der RL 93/109 EG
 - II. Abschaffung der manipulationsanfälligen Briefwahl²⁴²⁵ bzw. Beschränkung auf diejenigen wenigen Fälle, in denen eine Teilnahme an der Präsenzwahl tatsächlich nicht möglich ist, wie echte und nachweisbare Auslandsaufenthalte²⁶²⁷
 - III. Neugestaltung des gesamten Wahlprozesses auf Basis einer Prozessanalyse unter Berücksichtigung der vorhandenen Technik.
- Das wesentliche Element hierbei ist die sorgfältige Analyse der Wahlprozesse. Solange es bspw. Doppelstaatsangehörige gibt, die faktisch problemlos zwei Mal an der Wahl zum Europäischen Parlament teilnehmen könnten, müssen Vorkehrungen getroffen werden, dass die Wählerverzeichnisse

des Instituts für Wirtschaftsinformatik der Universität des Saarlandes, Heft 89, Januar 1992.

- 24 2016 wurde vom österreichischen Verfassungsgericht die Stichwahl der Bundespräsidentenwahl wegen massiver Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Briefwahl aufgehoben, die eine hohe zweistellige Zahl von Wahlbezirken betrafen, vgl. hierzu W I 6/2016-125 vom 1. Juli 2016, downloadbar unter https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_W_I_6-2016_Bundespraesidentenwahl.pdf (per 4.9.2017)
- 25 Die angeführten Berichte des britischen Unterhauses und der Electoral Commission über Unregelmäßigkeiten bei Wahlen im Vereinigten Königreich betreffen allerüberwiegend die Briefwahl.
- 26 Vgl. Pautsch, Arne und Müller-Török, Robert „Die grenzüberschreitende Zustellung von Briefwahlunterlagen vor den Schranken des Völkerrechts – Eine übersehene Problematik?“, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik, 3/2015.
- 27 Die Briefwahl wird nach Studien britischer Universitäten im Auftrag der Electoral Commission vor allem bei Angehörigen ethnischer Minderheiten missbraucht, da diese leichter zum Opfer von Wahlbetrug werden. Vgl. hierzu Understanding electoral fraud vulnerability in Pakistani and Bangladeshi origin communities in England. A view of local political activists by Maria Sobolewska et al, Universities of Manchester and Liverpool, January 2015 sowie Elections, voting and electoral fraud: an exploratory study focusing on British Pakistanis and Bangladeshis by Valdeep Gill, Natalie Jago and Fatima Husain, NatCen Social Research, January 2015

der beiden Mitgliedsstaaten soweit abgestimmt werden, um solche Doppelwahlteilnahmen auszuschließen.

Das Wichtigste ist allerdings, und hierzu dient dieser Beitrag, dass zunächst eine Sensibilisierung der Politik und der Öffentlichkeit erreicht wird. Solange es nicht allgemein akzeptiert ist, dass ein Problem tatsächlich vorhanden ist, sind abhelfende Maßnahmen nicht zu erwarten.

Behavioral Microtargeting

Der berechenbare und beeinflussbare Wähler?

Hermann Hill

1. Ein neues Zeitalter der Wahlkampfkommunikation?

„Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt“¹. Kurz nach der Wahl des US-amerikanischen Präsidenten am 8. November 2016 schlug dieser im Netz verbreitete Artikel vom 3. Dezember 2016 selbst wie eine Bombe ein². Er legte nahe, dass Donald Trump mithilfe sog psychometrischer Methoden einer Firma Cambridge Analytica die Wahl gewonnen habe.

Dabei handelt es sich um eine Mischung aus Big Data, fortgeschrittenen, auf individuelle Profile ausgerichteten, technischen Auswertungsmethoden und einer gezielten psychologischen Einzelansprache im Netz. Letztere wird als „(Behavioral) Microtargeting“³ bezeichnet. Schnell wurde die Methode, die angeblich zuvor auch schon beim Brexit eingesetzt worden sein soll, auch für nachfolgende Wahlkämpfe in Europa als aussichtsreiche bzw.

-
- 1 Hannes Grassegger/Mikael Krogerus, Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt, Das Magazin No. 48, 3. Dezember 2016, <https://www.dasmagazin.ch/2016/12/03/ich-habe-nur-gezeigt-dass-es-die-bombe-gibt/>; vgl. noch Grassegger, Angriff auf die freie Wahl, Publik-Forum 6/2017, S. 12
 - 2 Matthias Müller von Blumencron, Im neuen Propagandazeitalter. Donald Trump gewann mit einer Kampagne kunstvoller digitaler Manipulation, FAZ vom 6. Dezember 2016, S. 8; Quynh Tran, Haben Sie mal ein Psychogramm für mich? Dass Donald Trump die Präsidentenwahl gewonnen hat, soll er geschickter Datenforschung verdanken, FAZ vom 7. Dezember 2016, S. 15; vgl. auch Alexander Nix, Chef der Datenfirma Cambridge Analytica, im Gespräch mit Matthias Müller von Blumencron, „Wir wollen die Persönlichkeit dechiffrieren“, FAZ vom 13. März 2017, S. 5
 - 3 Mario Gatti, Was Präsidenten schon immer über ihre Wähler wissen wollten, FAZ vom 20. Januar, S. 13; Wolfie Christl, An ihren Daten sollt ihr sie erkennen, FAZ vom 20. Dezember 2016, S. 13

gefährliche Wahlkampfbeeinflussung Gegenstand einer breiten öffentlichen Diskussion.

Zwar hatten auch frühere Präsidenten ihre Wahlkampfstrategien mithilfe des Internets weiterentwickelt⁴, dieser Ansatz schien jedoch wie der Eintritt in eine Dimension. Mittlerweile ist zumindest umstritten, ob diese Methode überhaupt zum Einsatz kam und inwieweit dadurch Wähler in ihrem Wahlverhalten beeinflusst wurden⁵. Letzteres dürfte auch schwer nachweisbar sein. Im Übrigen ist diese gezielte elektronische Ansprache nur eines von vielen Mitteln im modernen Wahlkampf und kann allein einen Wahlerfolg nicht begründen⁶.

Dennoch lohnt es sich, sich mit den Möglichkeiten und Folgen dieser Wahlkampfstrategie zu beschäftigen, zeigt sie doch zugleich Chancen und Gefahren des Handelns in der digitalen Welt auf. Dabei ist nicht nur von Interesse, wie bisherige Datenspuren einzelner Wähler (und Wählerinnen) dazu genutzt werden können, ihre Wahlpräferenzen hochzurechnen und wie sie durch weitere gezielte und teilweise subtile individuelle Ansprachen beeinflusst werden können, sondern auch, welche Folgen diese Methoden für die Demokratie haben.

Die Gestaltung von Wahlkämpfen hat durch die Digitalisierung neue Möglichkeiten erfahren. Der klassische Wahlkampf auf dem Marktplatz an Ständen und bei Kundgebungen erreicht nur lokale Wähler, das Fernsehen erlaubt dagegen eine massenmediale Wirkung. Plakate, die gleiche Bilder oder Aussagen beinhalten, können ebenfalls an verschiedenen Stellen verbreitet werden und entfalten im Unterschied zu Wahlkundgebungen und Fernsehshows dauerhafte Präsenz. Beide Strategien arbeiten indes mit der „Gießkanne“, weil sie für alle die gleiche Botschaft beinhalten, auch wenn diese zielgruppenspezifisch aufbereitet sein mag.

4 Vgl. etwa Christl (Fn. 3)

5 Patrick Beuth, Die Luftpumpen von Cambridge Analytica, Zeit Online vom 7. März 2017, <http://www.zeit.de/digital/internet/2017-03/us-wahl-cambridge-analytica-donald-trump-widerspruch>; Leonie Beining, Der Puls der Gesellschaft. Wie Daten und Algorithmen die Rahmenbedingungen für das Gemeinwohl verändern, April 2017, S. 6, <https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/daten-undalgorithmen.pdf>, Christoph Koch, Verbessern soziale Medien die Welt?, brand eins, Mai 2017, S. 92 (96 f.); Ingrid Brodnig, Lügen im Netz, 2017, S. 131 ff.

6 Patrick Beuth, Big Data allein entscheidet keine Wahl, Zeit online vom 6. Dezember 2016, <http://www.zeit.de/digital/internet/2016-12/us-wahl-donald-trump-facebook-big-data-cambridge-analytica>

Auch Wahlumfragen⁷ unterteilen die Bevölkerung in verschiedene Zielgruppen, bei Hausbesuchen erfolgt dagegen schon eine direkte Einzelsprache. Diese wird nun im Internet mit neuen Methoden verfeinert, die nicht nur differenziert und granular ansetzen, sondern verstärkt auch emotionale und verhaltenspsychologische Elemente einsetzen und anhand konkreter Wahlaussagen und Einstellungen zuspitzen.

In den USA sind viele Daten, etwa auch zum Wahlverhalten⁸, wegen anderer Datenschutzvorschriften leichter verfügbar als in Deutschland. Sucht man sich anhand des vorhandenen Datenmaterials gezielt, etwa in den sog. „Swing States“, Nichtwähler, Wechsel- oder Protestwähler sowie unsichere Wähler heraus, sind die Erfolgsaussichten einer Beeinflussung besonders groß. Aber auch überzeugte Wähler wollen bestärkt und mobilisiert werden, anders denkende Wähler werden eventuell durch negative oder kritische Botschaften über ihren Kandidaten von der Wahl abgehalten⁹.

2. Die Pyramide der Daten und das Fine-Tuning der Wähleransprache

Der Abgleich und die Vernetzung von Daten sowie ihre Hochrechnung im Hinblick auf die Zukunft schaffen angesichts hochleistungsfähiger Rechner vielfältige neue Möglichkeiten (sog. „predictive analysis“). Viele amtliche, statistische Daten sind angesichts von Open Data frei zugänglich, Umfragen liefern weitere Daten über Zeitgeist, Lifestyle und allgemeine Stimmungen. Aus Kreditkarten, Paybacksystemen oder Werbeantworten und Preisausschreiben lassen sich konsumbezogene Daten beschaffen, die viel über Einstellungen und Vorlieben verraten. Homepages, Plattformen, Smartphones oder soziale Netzwerke generieren weitere Daten. Die Kombination dieser Daten lässt in vielen Fällen eine personenbezogene Identifikation zu.

Hinzu kommt ein neuer Ansatz, der durch wissenschaftliche Versuche Eingang in Marketing- oder Wahlsprachen gewann. Viele Menschen möchten gerne ihre Persönlichkeit besser kennenlernen und füllen dazu Fra-

7 Digital und politisch ahnungslos. Wahlumfragen liegen oft daneben – und selbst Facebook und Co. bringen wohl keine Besserung, FAZ vom 22. April 2017, S. 19

8 Christl (Fn. 3)

9 Christl (Fn. 3)

gebögen zur psychologischen Charakterisierung aus, ohne sich immer bewusst zu sein, dass sie damit auch viel Persönliches von sich freiwillig offenbaren.

In der modernen Psychologie gilt dabei insbesondere die sog. OCEAN-Methode¹⁰ als Favorit. Danach soll sich jeder Mensch anhand von fünf Persönlichkeitsdimensionen, den sog. Big Five: Openness to experience (Offenheit für Erfahrungen), Conscientiousness (Gewissenhaftigkeit), Extraversion (Extrovertiertheit), Agreeableness (Verträglichkeit) und Neuroticism (emotionale Stabilität), die mit ihren Anfangsbuchstaben im Englischen die Abkürzung OCEAN ergeben, vermessen lassen.

Erhält man viele solcher Persönlichkeitsprofile, ermöglichen diese in Verbindung mit den oben genannten allgemeinen Daten und Wählerdaten eine recht genaue Zuordnung auf einzelne Personen und ihre spezifischen Einstellungen und Präferenzen. Insgesamt lässt sich daraus eine „Menschensuchmaschine“¹¹ entwickeln.

In einem zweiten Schritt werden dann entsprechende Botschaften konzipiert und versandt. Ausgehend davon, dass die meisten Wechselwähler oder Unentschlossene nicht von vorneherein eine Partei oder Person gut finden, sondern an einzelnen Themen im Hinblick auf bestimmte Fragen interessiert sind¹², erfolgt nicht nur eine Fokussierung auf ein Kernthema, vielmehr wird etwa bei einer Einstellung gegen Ausländer oder Migranten danach differenziert, ob die Ablehnung etwa aus Sicherheitsgründen oder unter Jobgesichtspunkten erfolgt oder im Zusammenhang mit dem Waffengesetz ist es von Relevanz, ob der Angesprochene die Waffe eher als Versicherung gegen Einbrecher oder eher als Sportgerät ansieht¹³.

Relevanz und Wirkung der Ansprache werden durch Emotionalisierung oder Gerüchte und Falschmeldungen („Fake News“¹⁴) sowie eine positive

10 Ronald F. Piccolo/Timothy A. Judge, Die positiven und negativen Seiten von Eigenschaften bei Führungspersonen, sowie Fritz Westermann/Georg Birkhan, Managementversagen und Derailment, jeweils in: Werner Sarges (Hrsg.), Management-Diagnostik, 4. Aufl. 2013, S. 427 ff. bzw. S. 969 (1976)

11 Grassegger/Krogerus (Fn. 1), S. 3

12 Müller von Blumencron, 2016 (Fn. 2)

13 Nix im Gespräch mit Müller von Blumencron (Fn. 2); Grassegger/Krogerus (Fn. 1), S. 5

14 Jonas Jansen, wie lügen das Netz beherrschen, FAZ vom 21. November 2016, S. 22; Matthias Hertle, Das Kalkül von „Fake News“, FAZ vom 14. Januar 2017,

Verbindung mit dem eigenen Kandidaten bzw. durch Herstellung eines negativen Zusammenhangs mit dem Gegenkandidaten noch verstärkt. Bietet ein Kandidat viele, teilweise sogar widersprüchliche Aussagen, ist der Fundus für entsprechend differenzierte Botschaften recht hoch¹⁵. Durch Variation bzw. verschiedene Versionen können entsprechende Reaktionen und Rückkopplungen, etwa durch Likes in sozialen Netzwerken oder durch Befragung ausgewählter Gruppen, getestet werden¹⁶. Häufig erfolgt die Ansprache indessen bilateral durch sog. „Dark Posts“, die nur der Betroffene zu sehen bekommt¹⁷.

Die moderne Verhaltenspsychologie bietet darüber hinaus weitere Ansätze, etwa indem durch eine Abfolge bestimmter Botschaften eine Bahnung („Priming“)¹⁸ für bestimmte Verhaltensweisen erreicht werden kann. Auch Kontexte spielen eine Rolle. So sollen etwa „harte Nachrichten“ die Wahlbeteiligung erhöhen. Schließlich wird auf „soziale Nudges“ zurückgegriffen, indem etwa das Verhalten einer Mehrheit oder von Gleichgesinnten als Antrieb benutzt wird¹⁹. Angebliche Mehrheiten können gezielt durch sog. Twitter Bots oder Social Bots, also automatisch generierte Nachrichten, erzielt oder verändert werden. So soll der Anteil sog. Bots bei Followern von Donald Trump im Wahlkampf ca. ein Drittel betragen haben²⁰.

-
- S. 7; Justus Bender/Eckart Lohse, Einkaufsparadies für Hetzer. Im Internet stehen Hunderttausende bereit, um Fake News zu verbreiten – sie wollen nur etwas Geld dafür, FAZ vom 14. Juni 2017, S. 3
- 15 Gatti (Fn. 3)
- 16 Wolfie (Fn. 3)
- 17 Grassegger/Krogerus (Fn. 1), S. 5; Tran (Fn. 2)d
- 18 Daniel Kahnemann, Schnelles denken, Langsames Denken, 23. Aufl. 2012, S. 69 ff.; Robert Cialdini, Pre-Suasion, 2017, S. 38 ff.
- 19 Christl (Fn. 3)
- 20 Adrian Lobe, Wer spricht da? Wie die Meinungsbildung im Netz programmiert ist, FAZ vom 5. April 2017, S. 15; vgl. schon dens., Hack dir deine Wahl! Maschinen machen Meinungen: Wie sogenannte Twitter-Bots in den amerikanischen Wahlkampf eingreifen, FAZ vom 28. September 2016, S. 13; sowie noch Dinah Riese, die neue Propaganda. Eine Studie untersucht die digitale Meinungsmache, FAZ vom 22. Juni 2017, S. 1%: „Doch waren die Pro-Trump-Bots laut Studie fünfmal aktiver als jene, die zugunsten Hillary Clintons agierten“.

Eine Kombination von analoger und digitaler Welt liegt dann vor, wenn vorhandene Profile für Haustürbesuche genutzt werden und Rückmeldungen zur Ansprache in Echtzeit zur Überprüfung oder Aktualisierung des Profils genutzt werden²¹.

Da viele Wähler nicht rein rational entscheiden, ist ein solches Vorgehen nicht ohne Aussicht auf Erfolg. „Interessen (und Emotionen) schlagen Fakten“²² und auch „Fake News“ werden aus Effizienz und Bequemlichkeit teilweise gerne geglaubt, vor allem wenn sie dem eigenen Weltbild entsprechen²³.

Ein weiterer psychologischer Aspekt kommt hinzu. Gerade bei Personen, die sich aus irgendeinem Grund benachteiligt fühlen, können bei einer individualisierenden und bestärkenden Ansprache Eindrücke entstehen, wie: „Ich persönlich bin wichtig und werde verstanden“... „Andere denken wie ich“... „Ich „kleiner Mann“ werde endlich ernstgenommen und kann durch meine Wahlentscheidung etwas bewirken/verändern“. - Die Mobilisierung (in eine bestimmte Richtung) ist geglückt!

Zwar gab es Teile oder Ansätze dieser Strategien auch schon in der alten, analogen Welt. So gab es schon immer den Versuch, mit Emotionen und teilweise auch Gerüchten oder bewussten Falschmeldungen Wahlkampf zu betreiben²⁴. Auch versuchten Wahlkämpfer Wähler im Hinblick auf ihre individuellen Motive anzusprechen und zu überzeugen. Ebenfalls sind Gruppenphänomene bei Wahlentscheidungen geläufig.

Doch bietet die digitale Welt neue Möglichkeiten durch Einsatz neuer Techniken zur Datenauswertung und –nutzung, durch Beschleunigung und Rückkopplung in Echtzeit sowie durch personelle Vernetzung und Verstärkung in den sozialen Medien. Hinzu kommen die Forschungen zu verhaltenspsychologischen Ansätzen²⁵, die zwar keine Garantie für gewünschtes

21 Zu entsprechenden Ansätzen im deutschen Wahlkampf vgl. Reiner Burger/Mona Jaeger, Sag mir, wo du wohnst, und ich sage dir, was du wählst, FAZ vom 11. Mai 2017, S. 3: „Denn jede neu eingepflegte Information verbessert das Programm“.

22 Renate Köcher, Interessen schlagen Fakten, FAZ vom 22. Februar 2017, S. 10

23 Klaus Wilhelm, wir Gutgläubigen, Psychologie heute, April 2017, S. 34 ff.; vgl. auch Brodnig (Fn. 5), S. 107 ff.

24 Hill, Kommunikation und Entscheidung in der „VUCA-World“, in: Hermann Hill/Joachim Wieland (Hrsg.), Die Zukunft der Parlamente, 2017, S. 127

25 Hill, Wie geht Innovation? Verwaltung & Management 5/2017, S. 270

Verhalten darstellen, aber „psychologische Rutschbahnen“²⁶ schaffen können. Gewinnt also in Zukunft die Wahl, nicht wer die besseren Argumente, sondern wer die besseren Algorithmen²⁷ und die subtileren Einflussstrategien hat?

Eine Aufklärung über diese Möglichkeiten tut not, um entsprechende Ansätze zu erkennen und ihnen entgegenzutreten. Neben den Handlungsmöglichkeiten einzelner Wähler bleibt die Frage nach den Wirkungen und Reaktionen im Hinblick auf die Demokratie insgesamt.

3. Auf dem Weg in die „Algokratie“²⁸?

Zwar sind einige der dargestellten Methoden in Deutschland schon aus Datenschutzgründen sowie wegen fehlender finanzieller Mittel nicht möglich²⁹. In Deutschland sei zudem „computational propaganda“ (Aktivitäten von Bots) zumindest derzeit kein evidentes Problem³⁰. Dagegen ist die Gefahr einer versuchten Einflussnahme durch „Fake News“ oder sonstige Manipulationen im Netz, etwa aus dem Ausland, nicht völlig auszuschließen.

Grundsätzlich ist auch in Deutschland die politische Kommunikation komplexer und in Teilen intransparenter und sind die Wahlergebnisse weniger berechenbar geworden. Dies liegt aber nur zum Teil an der Digitalisierung, zum Teil auch an anderen gesellschaftlichen Entwicklungen.

Gleichwohl lohnt ein Ausblick auf mögliche Folgen für die Demokratie. Wenn Wähler auf die geschilderte Weise in ihrem Verhalten berechenbar sind, könnten – konsequent zu Ende gedacht – auch Algorithmen als „digitale Doppelgänger“³¹ für uns die Wahlentscheidung treffen. Dann würde der Mensch jedoch nur auf einen bloßen „Datenhaufen“³² reduziert, eine freie Wahlentscheidung sowie ein politisch-demokratischer Diskurs wären

26 Cialdini (Fn. 18), S. 38

27 Lobe, FAZ vom 28. September 2016, S. 13 (Fn. 20)

28 Karin Frick/Bettina Höchli, Algokratie, GDI-Impuls 4/2014, S. 98 ff.

29 Burger /Jaeger (Fn. 21); vgl. auch Jaeger, Wo ist Jim geblieben, FAZ vom 9. August 2017, S. 3

30 Riese (Fn. 20); vgl. noch Armin Steinbach, Social Bots im Wahlkampf, ZRP 2017, 101

31 Lobe, Der Mensch erscheint im Digitalen, FAZ vom 4. Januar 2017, S. 13; vgl. auch dens., Beim nächsten Mal schicken wir Roboter zur Wahl, FAZ vom 15. Dezember 2016, S. 15

32 Yvonne Hofstetter, Demokratie? Eine veraltete Technologie!, FAZ vom 7. Januar 2017, S. 14

überflüssig. Dass dies mit dem Menschenbild des Grundgesetzes sowie der freiheitlich-demokratischen Grundordnung schwerlich vereinbar ist, muss nicht eigens betont werden.

Ebenso kann es nicht sein, dass der Mensch nur als Produkt seines Verhaltens in der Vergangenheit oder als Angehöriger einer bestimmten Gruppe betrachtet wird. Vielmehr muss es ihm jederzeit möglich sein, eine neue Entscheidung zu treffen und von seinem früheren Verhalten bzw. seinen bisherigen Präferenzen abzuweichen.

Eine freie Wahl darf auch nicht durch unbewusste und unerkannte subtile Einflussstrategien behindert werden. Ebenso erscheint es schon bedenklich, wenn der Wähler nur als „Versuchskaninchen“ nach dem Reiz-Reaktions-Mechanismus betrachtet wird.

Dass manche Personen elektronisch gezielt nur im Hinblick auf Partikularinteressen angesprochen werden³³, verstärkt bisherige Tendenzen einer selektiven Wahlentscheidung und fördert die Entwicklung sog. Echokammern³⁴. Wenn jeder zudem nur bestimmte bzw. andere politische Inhalte erhält, werden sowohl eine allgemeine Debatte als auch die Möglichkeit von Meinungsänderungen erschwert³⁵.

Was bleibt zu tun? Sicher können Parteien oder einzelne Kandidaten nicht gezwungen werden, im politischen Wettbewerb ihre Strategien und Wahlkampfmethoden in allen Einzelheiten offenzulegen, doch wären weitere Abkommen über einen „fairen Wahlkampf“ möglich. Inwieweit dies auch die allgemeine Offenlegung von Algorithmen betrifft bzw. inwieweit der einzelne Bürger eine Offenlegung der ihn über ihn gesammelten und zum Zwecke des Wahlkampfes verwendeten Daten verlangen kann³⁶, bleibt zu diskutieren.

33 Müller von Blumencron (Fn. 2)

34 Boris P. Paal/Moritz Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, 641 (644)

35 Vgl. auch Christl (Fn. 3)

36 Christl (Fn. 3): „Zudem wäre es angebracht, über Offenlegungspflichten für personalisierte Wahlwerbung nachzudenken“.

Medien- und Meinungsfreiheit im Netz effektiv schützen Hass, Hetze und Fake News: Das Netz braucht eine durchdachte Regulierung

Tabea Rößner

Der syrische Flüchtling Anas Modamani macht mit der Kanzlerin ein harmloses Selfie-Foto und postet dieses auf Facebook. Nach kurzer Zeit kursiert eine Fotomontage seines Bildes, auf der der Syrer als Terrorist und Attentäter diffamiert wird. Die falschen Behauptungen werden hundertfach geteilt und verschwinden nicht mehr aus dem Netz, so dass sich Modamani schließlich gezwungen sieht, gegen Facebook vor Gericht zu ziehen. Das Gericht kommt aber zu der Auffassung, dass Facebook nicht verpflichtet werden könne, gezielt nach dem Bild mit diesen falschen Behauptungen in seinem Netzwerk zu suchen. Dieser Fall machte vor wenigen Monaten Schlagzeilen, und auf politischer Ebene stellte sich nicht nur im Zusammenhang mit diesem Fall die Frage, was wirksame Maßnahmen gegen Hass und Hetze sowie gegen sogenannte Fake News im Netz sein können.

Fake News in neuer Dimension

Fake News sind kein neues Phänomen. Früher kamen sie – oft unfreiwillig – als „Zeitungsente“ daher oder waren Teil von „Stammtisch-Gesprächen“. Neu ist aber die Dimension, in der sie sich in Zeiten unbegrenzter digitaler Kommunikationsmöglichkeiten verbreiten und wie sie geradezu kampagnenartig und gezielt eingesetzt werden.

Die erhöhte Geschwindigkeit ihrer Verbreitung und quasi unbegrenzte Reichweite wie auch die Verweildauer im Netz machen heute den entscheidenden Unterschied zu den im Vergleich dazu eher harmlosen Falschnachrichten aus analogen Zeiten aus. Zudem können Fake News dank ausgeklügelter Computerprogramme, sogenannter Social Bots, massenweise maschinell in Kommunikationsprozesse eingespeist und überaus zielgerichtet

eingesetzt werden. Social Bots werden mit einer gefakten Identität ausgestattet und sind so oft nicht als Computerprogramm zu erkennen. All das birgt eine erhebliche Gefahr der Manipulation demokratischer Meinungsbildungsprozesse.

Social Bots nicht grundsätzlich böse

Allerdings sind die tatsächlichen Auswirkungen von Falschmeldungen und Social Bots noch nicht umfänglich wissenschaftlich erfasst. Während auf der einen Seite hinsichtlich des Potenzials künstlicher Intelligenz die Sorge geäußert wird, dass Manipulation zukünftig massiv zunehmen wird, beschwichtigen auf der anderen Seite Netzexperten, der Einfluss von Social Bots auf den Meinungsbildungsprozess sei nur gering. Ich denke, die Wahrheit liegt in der Mitte, aber es ist notwendig, die Entwicklung sehr genau und kritisch zu beobachten. Ein Verbot von Social Bots, wie es voreilig von Seiten einzelner Politiker gefordert wurde, kann nicht die Lösung sein. Denn Social Bots sind ja nicht per se „böse“. Sie können durchaus auch sinnvoll eingesetzt werden, etwa indem sie Fragen beantworten, auf Fundstellen oder bestimmte Themen aufmerksam machen usw. Dabei ist Transparenz aber zwingend erforderlich: Menschen müssen wissen, ob sie mit einer Maschine oder mit einem Menschen kommunizieren. Dies ist notwendige Voraussetzung für einen transparenten Meinungsbildungsprozess über das Internet. Es braucht also eine Kennzeichnungspflicht für Social Bots.

Es steckt auch nicht hinter jedem massenweise verbreiteten Tweet automatisch ein Social Bot. Dies wurde bei einer Expertenanhörung im Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages¹ deutlich. Der Wissenschaftler Simon Hegelich von der TU München berichtete dort, dass sein Forschungsteam einigen Accounts nachgegangen sei und sich hinter einigen Profilen, bei denen der Verdacht nahe lag, es könne sich um ein Computerprogramm handeln, tatsächlich reale Personen verbargen, die nichts anderes taten, als alle paar Sekunden einen Tweet abzusetzen.

1 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw04-pa-bildung-forschung-social-bots/488818>

Gezielte Desinformation gefährdet Meinungsbildungsprozess

Manche Profile werden aber auch von einem ganzen Netzwerk gefüttert. Der *Tagesspiegel*² hat sich vor wenigen Wochen einmal die Mühe gemacht, den AfD-nahen Account @Balleryna zu untersuchen. Mit 293.000 Followern hat dieses Profil wohl eine der größten Reichweiten aus dem rechten bzw. AfD-nahen Spektrum in Deutschland, deutlich mehr als der offizielle Account der Bundes-AfD, der „nur“ rund 50.000 Follower aufweist. Die Recherche zeigte, dass @Balleryna Teil eines Netzwerks aus anonymen Unterstützeraccounts für @afdkompakt ist. Dieses Netzwerk, so vermuten die Autoren, solle „die Schwäche der Partei auf Twitter kompensieren“ und „erzeugt ein Grundrauschen im Sinne der Partei“. Mit derart hohen Reichweiten wird eine Stimmung unserer Gesellschaft suggeriert, die sich durch ihre vorgetäuschte Relevanz dann tatsächlich in der Gesellschaft verfestigen kann. So sieht offenbar die Strategie der AfD aus, die mit Fake News, Hass und Hetze im Netz ganz gezielt Stimmung gegen Minderheiten, gegen Migranten und Flüchtlinge oder gegen Journalisten und den öffentlich-rechtlichen Rundfunk machen will.

Was gezielte Desinformation bewirken kann, lässt sich nur erahnen. An einigen Beispielen der jüngeren Vergangenheit sind die realen Folgen von Fake News aber sehr deutlich zu beobachten. So hat etwa die Nachricht über die vermeintliche Geiselnahme einer 13-jährigen Russlanddeutschen in Berlin wütende Demonstrationen vor dem Brandenburger Tor ausgelöst; viele Menschen waren verunsichert.

Auch andere Meldungen haben Ängste hervorgerufen oder Vorurteile und Hass geschürt. Ich erinnere an die Nachricht, dass ein Christbaum durch einen „Flüchtlings-Mob“ angezündet worden sei. Oder die Behauptung, es gebe eine Terrorzelle in Berlin Rudow. Nicht zuletzt machte die Meldung über einen angeblichen islamistischen Anschlag in Heidelberg schnell die Runde. Die Reihe kann laufend fortgeführt werden. Diese Meldungen – auch wenn sie allesamt widerlegt wurden – machen Stimmung in der Gesellschaft und fördern ein aggressives Meinungsklima. Und das ist für den Zusammenhalt unserer Gesellschaft gefährlich.

2 <http://www.tagesspiegel.de/medien/datenjournalismus/twitter-datenanalyse-groesster-afd-twitter-account-ist-ein-scheinriese/19691492.html>

Neue Herausforderungen für Regulierung

Was also kann getan werden, um Manipulationsversuche und Stimmungsmache im Netz Einhalt zu gebieten? Bei allen Überlegungen in diese Richtung muss immer berücksichtigt werden, dass Persönlichkeitsrechte und Meinungsfreiheit als Rechtsgüter gegeneinander abgewogen werden müssen. Diesbezüglich sind im Hinblick auf die klassischen Medien Rundfunk und Presse bereits klare Standards entwickelt worden, die für Verlässlichkeit bei der Berichterstattung, für den Schutz von Persönlichkeitsrechten und für eine gewisse Transparenz sorgen.

Jede Regulierungsinitiative muss zunächst die Frage beantworten, welche Art von Regulierung erfolgen soll und welche Regulierungsebene zuständig ist. Fallen betroffene Angebote unter die Medienregulierung oder unter die Regulierung der europäischen e-Commerce-Richtlinie? Kann eine Regelung auf Bundesebene erfolgen, auch wenn es um publizistische Inhalte geht, für die grundsätzlich die Länder zuständig sind? Wie kann eine Entscheidung zur Löschung von Inhalten transparent gemacht werden und staatsfern sein? Darf man sich auf eine Selbstregulierung durch die sozialen Netzwerke verlassen? Und wenn eine nationale Regulierung erfolgt, wie gehen wir mit dem Herkunftslandprinzip der e-Commerce-Richtlinie um, nach dem die Unternehmen der Gesetzgebung des Sitzlandes unterliegen? Wie kann eine Entscheidung, was gelöscht werden muss, nachvollziehbar sein und staatsfern geregelt werden? Und vor allem: Wer soll sie treffen? Kann man die Unternehmen in die Pflicht nehmen, ohne Gefahr zu laufen, dass im Zweifelsfall mehr gelöscht wird als notwendig?

Eine Regelung darf keinesfalls unverhältnismäßig sein, denn schließlich haben wir es hier mit einem der für die Demokratie wesentlichen Grundrechte, nämlich der Meinungsfreiheit nach Artikel 5 des Grundgesetzes zu tun. Es darf nicht dazu kommen, dass durch übermäßiges Löschen und Sperren der freie Kommunikationsraum eingeengt und Inhalte, die nicht genehm sind oder gängigen Meinungen widersprechen, herausgefiltert werden.

Schutz der Medien- und Meinungsfreiheit vorrangig

Als Medienpolitikerin ist es für mich zentral, dass eine Regelung nicht zu Lasten des Meinungsbildungsprozesses gehen darf. Die Rechte aller am

Kommunikationsprozess beteiligten Bürgerinnen und Bürger müssen gewahrt werden, was meiner Ansicht nach in der aktuellen Diskussion oft zu kurz kommt.

Die Aufgabe ist alles andere als einfach. Die Unterscheidung, was Hass, was strafrechtlich relevante Inhalte sind oder was uns einfach nur persönlich wider den Strich geht, ist enorm schwierig und im Einzelfall sogar für juristisch Sachverständige nicht auf Anhieb, sondern erst nach einem längeren Abwägungsprozess zu klären.

Klar ist: Strafbare Äußerungen haben mit einem demokratischen Schlagabtausch nichts zu tun, sie sind deshalb auch nicht schützenswert. Genauso wenig ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie zum Beispiel im Fall der Auschwitz-Lüge herausgearbeitet, die Verbreitung bewusst oder erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen von der Meinungsfreiheit geschützt – soweit sie von wertenden Meinungsäußerungen in derselben Aussage trennbar ist. Denn Wahrheit und Informiertheit sind Grundbedingungen eines demokratischen Meinungsbildungsprozesses. Sie sind daher selbst unbedingt schützenswert.

Ein regulierendes Eingreifen ist nötig, wenn Gefahr droht, dass der Meinungsprozess darunter Schaden nehmen könnte. Gleichzeitig muss mit Vorsicht reguliert und Balance gehalten werden, damit eben nicht über das Ziel hinausgeschossen wird und alle unliebsamen Äußerungen gelöscht werden – was wiederum den demokratischen Diskurs schädigen würde.

Daher stellt sich die Frage, wie eine Regulierung aussehen kann, die all diese Aspekte berücksichtigt und die staatsfern organisiert ist. Einen ersten Vorschlag, die Kompetenz und Erfahrung der Landesmedienanstalten zu nutzen, habe ich bereits im März 2017 zusammen mit dem Medienrechtler Karl-E. Hain in der *Frankfurter Allgemeinen*³ veröffentlicht.

Weniger sinnvoll und in meinen Augen verfassungswidrig sind die Maßnahmen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes von Bundesjustizminister Heiko Maas, das in der letzten Sitzungswoche der 18. Wahlperiode durch den Bundestag gejagt wurde, und weniger Fake News oder Social Bots als vielmehr Hass und Hetze im Fokus hat.

3 „Wie man Lügen am besten bekämpft“ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/umgang-mit-fake-news-helfen-schaerfere-gesetze-14912030.html>

Bisherige Löschpraxis ungenügend

Viel zu lange hatte die Große Koalition die Augen verschlossen und erfolglos auf Runde Tische, offene Briefe und Task Forces gesetzt. Die bisherige Melde- und Löschpraxis der Plattformbetreiber wurde dem Problem aber nicht gerecht, die Selbstverpflichtungen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung gegen strafrechtlich relevante Inhalte greifen kaum.

Bundesjustizminister Maas hat zwar gerade noch erkannt, dass die Thematik zu bedeutend ist, als dass der Gesetzgeber sie links liegen lassen könnte. Aber das Hauruck-Verfahren bei dem von ihm dann vorgelegten „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ (NetzDG) hat sich negativ auf die gesetzlichen Regelungen ausgewirkt. Und Maas ist genau in die Falle getappt: Er ist über das Ziel hinausgeschossen. Entsprechend breit und stark ist die gesellschaftliche und die wissenschaftliche Kritik an dem Gesetzentwurf: Verfassungswidrig, europarechtswidrig sei es. Es ist zumindest gut zu sehen, dass die Gesellschaft aufrührt, wenn an der Meinungsfreiheit gerüttelt wird.

NetzDG gefährdet Meinungsfreiheit

Wesentliches Manko am Netzwerkdurchsetzungsgesetz ist, dass das Gesetz nur bei den Plattformbetreibern ansetzt und mit sehr hohen Bußgeldforderungen und fehlenden Anhörungs-rechten betroffener Kommunikatoren übereifriges Löschen provoziert. Demgegenüber fehlt eine Clearingstelle bzw. ein sogenanntes „put-back“-Verfahren, also ein Verfahren zum Wiedereinstellen unrechtmäßig gelöschter Inhalte. Plattformbetreiber werden also tendenziell eher Inhalte löschen, wenn sie dem Risiko hoher Bußgeldstrafen bei systemischem Versagen aus dem Weg gehen wollen. Das daraus entstehende Risiko des Overblocking ist für die Meinungsfreiheit hoch riskant.

Zudem bestehen kompetenzielle Bedenken. Es geht hier nicht – wie der Bund behauptet – um wirtschaftsrechtliche Fragen, sondern um eine Inhlalteregulierung mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Voraussetzungen des demokratischen Diskurses. Das ist aber eine Angelegenheit für die Gesetzgebung und die Exekutive der Länder.

Für eine durchdachte Regulierung muss man die verschiedenen Phänomene auseinanderhalten und in ein stimmiges und differenziertes Gesamtkonzept erarbeiten. Der Ansatz der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN setzt da beispielsweise an verschiedenen Stellen an:

Social Bots kennzeichnen

Um Transparenz herzustellen, sollten Diensteanbieter und Nutzerinnen von Social Bots – wie eingangs erwähnt - verpflichtet werden, automatisierte elektronische Kommunikationssysteme (Social Bots) leicht erkennbar zu kennzeichnen und zugleich benutzerfreundliche Meldewege bereithalten, über die man mutmaßlich missbräuchlich eingesetzte Social Bots melden kann.

Bei Falschmeldungen muss Regulierung vorsichtig agieren und berücksichtigen, dass es schwierig ist, Lügen und strafbare Inhalte klar von zulässiger Meinungsäußerung zu trennen. Das stellt bereits für juristische Sachverständige eine Herausforderung dar. Diese Aufgabe allein den Plattformbetreibern zu übertragen, würde das Risiko unverhältnismäßiger Löschungen steigern. Was Fake News angeht, sieht das Maas'sche Gesetz keine Regelung vor. Wir wollen hier in Annäherung an andere, presserelevante Bereiche auch auf journalistischen Sachverstand zurückgreifen. Unser Vorschlag ist daher, Zusammenschlüsse von Medien damit zu beauftragen, Meldungen zu überprüfen und bei Bedarf die fehlenden Fakten zu der Meldung zu verlinken, ohne diese zu löschen. Das trägt zu Meinungsvielfalt, zu besserer Information und zur Durchbrechung der sogenannten „Internetblase“ bei. Dieser „Einsatz“ könnte zumindest teilweise durch eine Abgabe der Diensteanbieter mitfinanziert werden.

Melde- und Abhilfeverfahren konkretisieren

Ein weiterer wesentlicher Vorschlag ist – und auch hier hat das NetzDG keinen Punkt gemacht -, das Melde- und Abhilfeverfahren („Notice and take down“) gesetzlich klarer zu regeln. Die Diensteanbieter werden ihrer Verantwortung bei strafrechtlichen Inhalten bisher nicht ausreichend gerecht – an dieser Stelle gibt es daher eindeutig Regulierungsbedarf.

Bereits jetzt ist es ja so, dass Plattformen ab dem Moment der Kenntnisnahme eines rechtswidrigen Inhalts tätig werden müssen (Notice-and-take-

down). Nutzerinnen und Nutzer müssen rechtswidrige Inhalte oder auch Falschmeldungen an die Plattformen melden, um den Prüfprozess in Gang zu setzen. Eine vorbeugende Suchpflicht nach möglicherweise rechtswidrigen Inhalten gibt es nicht. Dieses Melde- und Abhilfeverfahren („Notice and take down“) ist allerdings bisher ohne konkrete gesetzliche Regelung. Das wesentliche Problem liegt vor allem in der Intransparenz der Verfahren, der Löschkriterien der Betreiber, die durchaus unterschiedlich sind. Insbesondere sollten deren bislang entscheidende Community-Standards nicht über deutschem Recht stehen.

Wir wollen daher eindeutige und transparente Verfahren schaffen, etwa an wen man sich wie wenden kann, in welcher Weise die Plattformbetreiber in welcher Zeit reagieren müssen und was im Falle des Verstoßes gegen diese Regeln passieren soll, damit eine sorgfältige Prüfung unter Einbeziehung der Beteiligten erfolgt, bei der die Rechte beider Seiten gewahrt werden. Diensteanbieter sollten dabei vor allem verpflichtet werden, die Meldewege zu verbessern und einen empfangs- und zustellungsbevollmächtigten Verantwortlichen zu benennen. Verstöße müssen geahndet werden, die Selbstregulierung ist bisher nicht ausreichend. Es ist daher an sich richtig, dass das Netzwerkdurchsetzungsgesetz Bußgelder vorsieht. Ob die Sanktionen greifen und die Netzwerke ihren Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommen werden, muss kontrolliert und evaluiert werden.

Strafverfolgung effektiver gestalten

Zudem sollen die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) ergänzt und konkretisiert werden: Die Staatsanwaltschaft soll in Fällen des Verdachts strafbarer Online-Äußerung (resp. Information) zum einen wegen Schnelligkeit und Reichweite der Verbreitung der ehrverletzenden Äußerungen das öffentliche Interesse annehmen können. Zum anderen soll sie auch im Falle der Verweisung auf das Privatklageverfahren zuvor die Herkunft von pseudonymen und anonymen Äußerungen, ggf. auch unter Auskunftseinholung vom Diensteanbieter, ermitteln können.

Zudem braucht es für die Strafverfolgung ausreichend und vor allem gut ausgebildetes Personal. Der Bund sollte daher in Zusammenarbeit mit den Ländern darauf hinwirken, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte

personell und technisch besser ausgestattet werden. Und um das Anzeigenmanagement zu vereinfachen, wäre auch eine polizeiliche „Internetwache“ für Online-Anzeigen in den Ländern wünschenswert.⁴

Medienkompetenz stärken

Darüber hinaus ist jenseits der regulativen Vorgaben dringend eine Stärkung von Medienkompetenz erforderlich. Die Aus- und Fortbildung muss im Bereich Medienkompetenz intensiviert werden, damit von frühen Kindesbeinen an bis ins späte Lebensalter Medienkompetenz auch erworben werden kann. Dafür müssen attraktive und altersgerechte Medienkompetenz-Angebote geschaffen werden, etwa in schulischen und außerschulischen Institutionen. Nur so kann jeder Einzelne in die Lage versetzt werden, verfälschte Inhalte als solche zu erkennen und für persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte sensibilisiert werden. Gleichzeitig – und das ist schon seit langem überfällig – sind unabhängige und kostenfreie Informations- und Beratungsstellen zum Umgang mit Hate Speech, Fake News, Cybermobbing und all seinen Varianten ein absolutes Muss für einen souveränen Umgang mit digitalen Angeboten. Der Verantwortung auch der Plattformbetreiber entsprechend könnten diese Angebote – genauso wie die Überprüfung von Fake News durch journalistische Profis – durch eine verpflichtende Abgabe der Diensteanbieter (unabhängig verwaltet) zumindest teil-finanziert werden.

Diskussion über weitere Pflichten erforderlich

Des Weiteren stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit es Plattformen darüber hinaus zugemutet werden kann, einmal bekannte rechtswidrige Inhalte auch aktiv zu suchen, so dass diese dann nicht wieder hochgeladen werden. So zum Beispiel im anfangs genannten Fall des syrischen Flüchtlings Modamani, der wegen seines verfälschten Selfie-Fotos mit der Kanzlerin gegen Facebook vor Gericht gegangen war – und verlor. Das Gericht

4 Eine einfache, schnelle und zeitgemäße Online-Anzeigenerstattung wie in Berlin (<https://www.internetwache-polizei-berlin.de/>) ist noch nicht in allen Bundesländern möglich.

stellte fest, dass dies unverhältnismäßig sei und Facebook nicht dazu verpflichtet werden könne. Dieses Urteil bleibt diskussionswürdig. Sicher wird es technische Lösungen dafür geben, die eine solche Suche ermöglichen könnten.

Bei alledem dürfen wir nicht vergessen: Hass, Hetze und Beleidigungen sind ein Symptom einer wütenden Gesellschaft. Wir dürfen nicht nur das Symptom, wir müssen die Ursachen bekämpfen. Dafür muss man sich damit auseinandersetzen, verstehen lernen und Fakten klären. Dafür braucht es eine gemeinsame gesellschaftliche Anstrengung, zivilgesellschaftliches Engagement und eine Kultur der Gegenrede.

Aufgaben für die Zukunft anpacken

Ein weiterer grundsätzlich notwendiger Schritt wäre, wie zuvor bereits erwähnt, die verschiedenen Zuständigkeiten und Regelwerke im Bereich Telemedien einmal auf den Tisch zu legen und Ordnung zu schaffen. Denn es herrscht ein ziemliches Durcheinander. Und es gibt auch einigen Handlungsbedarf. Für neue Medienangebote brauchen wir ein durchdachtes Regulierungswerk⁵, das die Grundprinzipien von Meinungsvielfalt, Daten- und Persönlichkeitsschutz aufrechterhält und gleichzeitig die Besonderheiten der neuen Kommunikationsformen berücksichtigt. Das ist keine leichte Aufgabe. Aber man muss damit endlich anfangen.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass bei der rasanten digitalen Entwicklung medienethische Aspekte meist viel zu kurz kommen. Dabei werden diese Fragen in unserer digitalen Welt zunehmend an Bedeutung gewinnen. Das fängt bei Künstlicher Intelligenz an und hört bei den Kommunikationsformen im Netz auf. Wie schon früher Wissenschaftler vor dem Missbrauch ihrer Entdeckungen und Erfindungen warnten, äußern auch viele Entwickler bereits die Sorge, dass ihre Innovationen auf bedenkliche Weise eingesetzt werden könnten, und wünschen sich eindeutige ethische Regeln.

Künstliche Intelligenz, Eingriffe in Meinungsbildungsprozesse, Profiling: All diese Entwicklungen rühren an den Grundfesten unser freiheitlich-

5 Wie eine stringente Regulierung aussehen kann, haben Karl-E. Hain, Frederik Ferreau und Tobias Brings-Wiesen in ihrem Artikel „Nicht der Weisheit letzter Schluss – Eine Alternative zum NetzDG“, in: epd-Medien Nr. 25 vom 23. Juni 2017, skizziert.

demokratischen Grundordnung. Sie stellen ganz grundsätzliche gesellschaftliche, demokratische und individuelle Grundwerte in Frage. Wenn wir nicht aufpassen und an den richtigen Stellen die Weichen richtig richtig stellen, kann der Zeitpunkt leicht verpasst werden, Fehlentwicklungen aufzuhalten. Zwingend dafür ist eine gesamtgesellschaftliche Anstrengung.

Digitale Normalität?

Mediensoziologische Anmerkung zur digitalisierten Sozialität

Udo Thiedeke

Vorbemerkung

Es ist fast schon ein Gemeinplatz, davon zu sprechen, dass Digitalisierung und Algorithmisierung inzwischen alle Lebensbereiche durchdringen. Nahezu überall sind Leute zu beobachten, die dort, wo sie gerade gehen, stehen oder sitzen, auf Computerbildschirme schauen. Hier werden Apps geöffnet, Downloads durchgeführt und Updates installiert, es wird Gechattet oder Getindert, Bankkonten werden verwaltet, Partner online gedatet oder es wird versucht, sich der aktuellen Computerviren zu erwehren usw.

Auch auf der symbolischen Ebene, auf der wir Sinnzusammenhänge konstruieren und repräsentieren, wird die Durchdringung unseres Alltags mit Computertechnik evident. So haben sich Begriffe aus der Computertechnik und Informatik ganz selbstverständlich als Beschreibung alltäglicher Lebenszusammenhänge etabliert. Sie sind anscheinend auch unverzichtbar geworden, um uns einander unsere Definitionen der Welt und der sozialen Beziehungen in dieser Welt zu vermitteln. Phänomene und Effekte des Umgangs mit Computern beeinflussen auf diese Weise unsere Beschreibungen der Wirklichkeit und somit alle Bereich des gesellschaftlichen Diskurses. So haben wir uns in der Politik, der Verwaltung, der Wissenschaft, der Kunst und in unzähligen anderen Bereichen mit „Digitalisierung“ und „Algorithmisierung“, mit „Daten“ und „Datenschutz“, mit „virtuellen Realitäten“ und mit dem „Cyberspace“ auseinander zu setzen, wenn wir uns nicht gerade den Kopf über über die Zukunft der „digitalisierten Gesellschaft“ zerbrechen und „Digitalgipfel“ abhalten.

Soziologisch lässt sich all das als Hinweis darauf deuten, dass wir derzeit mit einer gesellschaftlichen Lage konfrontiert sind, in der die Computertechnik nicht mehr nur für spezialisierte Aufgaben der mathematischen oder statistischen Datenverarbeitung oder für eine stochastische Prognostik

Anwendung findet. Die Computertechnik als Grundlage neuer Kommunikationsmedien leistet vielmehr einen grundlegenden Beitrag dazu, dass wir die Welt in der wir leben, mit anderen Augen sehen.

Im Rahmen der Kommunikationsmöglichkeiten wie sie uns die neuen, computerbasierten Medien eröffnen, beobachten und beschreiben wir die Welt anders, womit wir in eine andere Sinnwelt unserer Sozialität, unseres Miteinanderseins, eingetreten sind. Dieser Zusammenhang soll hier aus der Perspektive der „Soziologie der Medien“ thematisiert werden, um die sozio-technischen Bedingungen und Konsequenzen der Verwendung von Computern als Kommunikationsmedien im gesellschaftlichen Maßstab zu skizzieren.

Ich möchte dazu in drei Schritten vorgehen und mich zuerst der Verwendung der Computertechnik – genauer, der vernetzt Computertechnik – von Seiten einiger ihrer Phänomene her annähern. Im zweiten Schritt möchte ich zeigen, wie diese Phänomene in einer soziologischen Modellierung der Sozialität als Kommunikationszusammenhang, das meint, als Zusammenhang von Mediendifferenzierung und spezifischen Sinnbedingungen, abgebildet werden können. Dies soll im dritten Schritt dazu dienen, Aussagen darüber zu machen, in welcher „digitalisierten Sozialität“, verstanden als Normalität charakteristischer sozio-technischer Erwartungen, wir leben, seit wir in den Cyberspace umgezogen sind.

Phänomene digitalisierter Sozialität

Konnte man angesichts von gerade einmal 4,1 Millionen Deutschen, die laut ARD/ZDF Onlinestudie im Jahr 1997 online waren, als Soziologe noch die Ansicht pflegen, der Umgang mit Computern und Computernetzen sei eine Beschäftigung für Experten und Nerds, so hat sich dieser Eindruck inzwischen gravierend geändert. Laut der aktuellen Onlinestudie für 2016 sind jetzt 58 Millionen Deutsche (das entspricht 83,8% der Bevölkerung) ab 14 Jahren online. Im Jahr 2016 war sogar der größte Zuwachs bei der Internetnutzung seit Jahren zu verzeichnen.

Hier sollen allerdings vornehmlich die qualitativen Konsequenzen der öffentlichen und privaten Nutzung von Computern und Computernetzen für jede Form von Sozialität thematisiert werden. Das meint, dass diese Konsequenzen das Miteinandersein in flüchtigen Interaktionen ebenso betref-

fen, wie in Zweierbeziehungen, Familien, Organisationen, Funktionssystemen, bis hin zur Gesellschaft als umfassendstem sozialen Zusammenhang überhaupt.

Diese eigene Qualität einer „digitalisierten“ Sozialität wird zunächst an Phänomenen spezifischer Verhaltensweisen und Szenarien des Umgangs mit computerbasierten Techniken beobachtbar. So fällt auf, dass wir fast unablässig mit Computern umgehen, also mit Geräten, die Anwendungen und Dienste aufgrund der Berechnungen digitalisierter Daten realisieren und verfügbar machen und uns mit ihnen über das Internet, jenem Netz der Netze, das ab Ende der 1960er Jahre als Experiment der Verknüpfung von Computern entstand (vgl. Abbate, 1999: 113ff.), mit anderen Computern und deren Betreibern verbinden.

Mittels vernetzter Digitalcomputer werden Geschäftskontakte, Freundschaften, Liebes- und Familienbeziehungen gepflegt und die Recherche oder die Produktion von Wissen, die Organisation des persönlichen Alltags, Spiele und Unterhaltung realisiert. Wir entfalten im Internet ebenso unsere gesellschaftliche Partizipation, wie wir unseren Lüsten und Begierden nachgehen. Und dieses „wir“ beschränkt sich nicht auf menschliche Nutzerinnen und Nutzer.

Die vernetzte Computertechnik hat sich als eine berechnende Infrastruktur in alle Bereiche ausgedehnt, in denen Kontroll- und Regelungsbedarf besteht. Über sie werden Ampelanlagen, Logistikketten, Verkehrs- und Versorgungsnetze, Waffensysteme, der Börsenhandel, die medizinische Notfallversorgung und das Matching der Partnerwahl gesteuert, um nur einige unvollständige Beispiele anzuführen. Darüber hinausgehend sind inzwischen im globalen Maßstab die Beobachtung unserer Umwelt sowie die Prognose wissenschaftlicher Beobachtungen oder politischer Entscheidungen von den Simulationskapazitäten der Computertechnik abhängig geworden. Hierzu stellen etwa die wissenschaftlichen Forschungs- und politischen Entscheidungsszenarien zur Klimaentwicklung und zum Klimaschutz ein prominentes Beispiel dar, deren Konsequenzen man dann selbst gleich in Computerspielszenarien durchspielen kann (vgl. Hoppe, 2016).

Schließlich beginnen wir uns bereits daran zu gewöhnen, dass wir im Internet und in den Computern, die wir benutzen und mit uns herumtragen, nicht mehr nur mit menschlichen Interaktionspartner oder menschengetriebenen Dienstleistungen konfrontiert sind. Künstliche Partner, die auf der Basis der sog. künstlichen Intelligenz (KI) mit uns interagieren, als ob sie eigenständig sinnhafte Unterscheidungen treffen und reflektieren könnten,

gehören inzwischen zumindest in Ansätzen zu unseren Alltagsbegegnungen. Eine Entwicklung, die ganz eigene Fragen des Umgangs miteinander aufwirft (zur rechtlichen Problematik vgl. z.B. Kirn/Müller-Hengstenberg, 2014: 307ff.), etwa danach, wer beim computerautonomen Autofahren ein verantwortlich Handelnder ist, ob ein auf die Analyse von „BigData“ gestütztes Expertensystem über meinen Versicherungsstatus entscheiden sollte, und was etwa zu erwarten ist, falls sich „Siri“ in ein anderes Smartphone verliebt oder „Alexa“ meine Eheprobleme an Amazon verrät?

Versucht man hinter diese Epiphänomene des alltäglichen individuellen und gesellschaftlichen Umgangs mit Computern und Computernetzen zu blicken, so werden allgemeinere Zusammenhänge erkennbar, die Aussagen darüber zulassen, unter welchen Wirklichkeitsbedingungen wir uns inzwischen orientieren und handeln. Die Internetdienste und Apps erscheinen dann als die populäre „Benutzeroberfläche“ einer technischen und sozialen Entwicklung, in deren Verlauf wir begonnen haben, mit der Welt so umzugehen, als sei sie ein steuerbares Konstrukt und mehr noch ein individuelles Projekt.

Die sich eröffnende Perspektive auf die Phänomene der Digitalisierung und Algorithmisierung reicht mithin weiter als nur zum instrumentellen Umgang mit neuen Techniken, zum ungleichen Zugang zu digitalisierter Information oder zum Umgang mit personenbezogenen Daten. Es geht hierbei auch nicht mehr nur darum, mit einem „Information Overload“ (vgl. Eppler/Mengis, 2004: 325ff.) umzugehen, sich in einer wissensbasierten „Informationsgesellschaft“ (vgl. Steinbicker, 2001) zu orientieren, als informationsbestimmte Organismen (Iforgs) in einer Umwelt der „In-fosphäre“ zu existieren (vgl. Floridi, 2014) oder mit der Datenkomplexität der „nächsten Gesellschaft“ (vgl. Baecker, 2007) zurecht zu kommen. Es geht grundsätzlich darum, welcher neue gesellschaftliche Sinnhorizont sich mit der umfassenden Nutzung von Computertechniken etablieren konnte – pointierter gesagt, in welcher Normalität des Wollens, Meinens und Handelns wir alle leben.

Mediendifferenzierung im Zeitalter nicht-trivialer Maschinen

Soziologisch soll daher gefragt werden, welche Form von Sozialität hierbei entsteht? Der Umgang mit Computertechnik und die Art unseres sozial geteilten Weltzugangs sind in einer Beschreibung der sinnhaften sozialen

Wirklichkeit aufeinander zu beziehen. Der Vorschlag hierzu lautet, Computer und Computernetze als Kommunikationsmedien und Sozialität als durch Kommunikation realisiert zu betrachten.

Hierzu hatte der 1998 verstorbene Soziologe Niklas Luhmann bereits Vorarbeiten geleistet. Luhmann ging grundsätzlich von der Frage aus, wie soziale Ordnung entstehen konnte und weiter möglich sein kann. In ihr sah er die fachkonsultative Fragestellung der Soziologie überhaupt (1981a: 195). Noch grundsätzlicher formuliert lautet diese Frage sogar: wie ist Sozialität möglich?

Luhmann erkannte weiter, dass für das Zustandekommen und die Entfaltung von Sozialität ein Prozess grundlegend sein muss, in dem die wechselseitige Bezugnahme aufeinander als Versuch wahrnehmbar wird, etwas mitzuteilen. Für ihn ist daher Kommunikation und nicht die soziale Handlung das konstitutive Element von Sozialität. So hält er fest: „Der elementare, Soziales als besondere Realität konstruierende Prozeß ist ein Kommunikationsprozeß.“ (1984: 193).

Kommunikation wird jedoch nicht als Übertragungsprozess von Information oder als sprachliche Verständigung aufgefasst, sondern als Unterscheidungsprozess dreier Sinnselektionen (O.c., S. 194 f.). Zunächst wird die Information (was soll kommuniziert werden) ausgewählt, dann die Mitteilung (wie soll kommuniziert werden) und schließlich das Verstehen (warum soll kommuniziert werden) als Rekonstruktion der Information aus ihrer Unterscheidung von der Mitteilung.

Ein solcher Kommunikationsprozess erscheint in seinem Zustandekommen und in seiner Fortsetzung voraussetzungsreich und somit im Grunde unwahrscheinlich. So stellte Luhmann z.B. charakteristische „Schwellen der Entmutigung“ im Kommunikationsprozess (1981, S. 27) fest, die Kommunikation verhindern oder zum Abbruch der Kommunikation und damit der Sozialität führen können. Da wir empirisch aber mit Ausprägungen von Sozialität konfrontiert sind, muss es also Lösungen für das Problem der Unwahrscheinlichkeit der Kommunikation gegeben haben und weiter geben. Als eine solche 'Erfindung der Stabilität' der Kommunikation sind nach Luhmann Medien der Kommunikation anzusehen, die eine spezifische Problemlösung neben anderen möglichen Lösungen darstellen (O.c., S. 28).

Schließt man sich Luhmanns Argumentation an, so gelangen grundlegende Probleme der Informationsunterscheidung, der Aufmerksamkeitsfokussierung auf Mitteilungen und der Anschlussfähigkeit des Verstehens

von Kommunikation sowie darauf bezogene, differenzierte Kommunikationsmedien in den Blick.

Als Problemlösungsmechanismen der Kommunikation können Kommunikationsmedien hierbei deshalb fungieren, weil sie sozio-technische Strukturierungsleistungen für sachliche, soziale, zeitliche und räumliche Unterscheidungen verfügbar machen und damit die Bedingungen der Möglichkeiten für den mit ihnen kommunizierbaren Sinn begrenzen. Man kann z.B. nicht beliebig private Lebensäußerungen in die Zeitung drucken lassen, sie einem selbst verfassten Brief anzuvertrauen, erscheint hingegen selbstverständlich. Kommunikationsmedien sollen daher definieren werden als: sozio-technische Mechanismen, die die kontingente Strukturierung von Sinn ermöglichen.

Stellt man hier das Problem der Aufmerksamkeitsfokussierung auf die Mitteilung der Kommunikation und die als Problemlösung verwendbaren Aufmerksamkeitsmedien (vgl. Thiedeke 2012, S. 133 ff.) in den Mittelpunkt der weiteren Beobachtungen, so wird einerseits sowohl die soziale Dimension der Zurechnung kommunikativer Handlungen auf Mitteilungen (wer tut was, um mitzuteilen) als auch ihre technische Dimension (was ist dazu nötig, um mitzuteilen) erkennbar (O.c., S. 147). Und andererseits ist davon ausgehend zu beobachten, dass sich, in Abhängigkeit von der Fassung, die das Problem der Aufmerksamkeitsfokussierung im Laufe der Entwicklung gesellschaftlicher Kommunikationsbedingungen angenommen hat, jeweils differenzierte Aufmerksamkeitsmedien ausgeformt haben.

So sind zuerst Individualmedien wie Gestik/Mimik, Sprache oder Schrift in sozialen Konstellationen verwendet worden, in denen es darum ging, angebbare andere, unmittelbar mit der Mitteilung unserer Emotionen und Kognitionen zu erreichen (O.c., S. 159ff.). Normal erscheinen hierbei die relativ direkte Adressierung der Kommunikationsteilnehmer und die Exklusivität des Wissens, das die Eingeweihten und Angesprochenen miteinander teilen. Mit den Individualmedien hat sich demzufolge der Sinnhorizont eines kollektiven Gedächtnisses (O.c., S. 184) ausprägen können und ist zum charakteristischen Rahmen der Kommunikationserwartungen geworden. Wer den anderen etwas vortanzte, sie anspricht oder sich persönlich schriftlich an sie wendet, der will etwas von ihnen und etwas mit ihnen teilen.

Diese Exklusivität der Teilhabe am kollektiven Gedächtnis stößt allerdings dort an ihre mediale Sinngrenze, wo die Aufmerksamkeit für Mitteilung nicht mehr durch direkte Adressierung oder persönliche Anwesenheit hergestellt werden kann, etwa weil der Kreis potenzieller Adressaten zu

groß wird oder entfernte Unbekannte mit den Mitteilungen erreicht werden sollen. So können individualmediale Kommunikationserwartungen irritiert werden und deshalb technische und soziale Experimente etwa mit der zuverlässigen Vervielfältigung von Mitteilungen angestellt werden, die dann, wenn sie die neuen medialen Erwartungen der Aufmerksamkeit für alle, egal um wen es sich handelt und wo er sich befindet, bestätigt werden können, schließlich in einen neuen Typ von Aufmerksamkeitsmedien münden.

Die hierbei entstandenen „neuen Medien“, die wir heute als „Massenmedien“ bezeichnen (O.c., S. 193ff.), richten sich potenziell an die Gesamtheit aller Kommunikationsteilnehmer, ein „dispersed Publikum“, das sich für die Mitteilungen interessieren könnte. Sie machen es technisch möglich, Mitteilungen in guter Qualität zu vervielfältigen und fast zeitgleich zu verteilen. Sozial erzeugt ihre mediale Kommunikation aber keine exklusive Kommunikationsgemeinschaft mehr, sondern eine inklusive Gemeinschaft, die offen für alle an Nachrichten oder Fiktionen Interessierten und von den Zeitläuften Betroffenen ist.

Mit den Massenmedien wie Druck, Film, Radio und TV ist somit der neue Sinnhorizont der Öffentlichkeit (O.c., S. 215) entstanden. Damit werden Erwartungen normal, dass es Aufgabe der Massenmedien ist, diese Öffentlichkeit zu erzeugen, indem sie Mitteilungen massenhaft verbreiten und dass damit ein offen zugänglicher Diskursraum dessen entsteht, was alle angeht und für die Orientierung aller wichtig erscheint. Und damit wird die Frage, was veröffentlicht werden soll und was nicht, zum gesellschaftlichen Problem.

Massenmediale Kommunikation im Sinnhorizont der Öffentlichkeit lässt es normal erscheinen, dass das, was in den Massenmedien kommuniziert wird, Betroffenheit erregt oder zumindest durch besondere Qualitäten als bedeutend hervorgehoben ist. Deshalb tritt alles in der massenmedialen Kommunikation als repräsentatives Beispiel, als exemplarische Personen, Objekte oder Ereignisse in Erscheinung (O.c., S. 200f.), wobei sie inszenatorisch zugespitzt und durch Professionalität, zumindest aber Virtuosität beglaubigt werden.

Den bislang letzten Schritt in der Differenzierung der Aufmerksamkeitsmedien stellen heute die Kommunikationsmedien dar, die Computertechnik zur interaktiven Steuerung von Mitteilungen der Kommunikation nutzen. Sie lassen sich daher als „kybernetische Interaktionsmedien“, als steuernde und gesteuerte Medien der Interaktion bezeichnen (O.c., S. 251ff.).

Kybernetische Interaktionsmedien scheinen aufgrund ihrer Funktionsweise deshalb als Kommunikationsmedien Verwendung gefunden zu haben und weiter zu finden, weil sie im Gegensatz zu den Individual- und Massenmedien Möglichkeiten bieten, Mitteilungen nicht nur individuell oder massenhaft zu adressieren und zu verbreiten. Die computergestützten Interaktionsmedien bieten Möglichkeiten, um die Bedingungen der Mitteilungen und damit die Sinnbedingungen selbst zu kontrollieren. Um zu verstehen wie das möglich sein kann, muss man sich die zentralen Charakteristika der ihnen zugrundeliegenden Technik vor Augen führen.

- Computer sind nicht-triviale Maschinen. Der Kybernetiker Heinz von Förster meinte damit Maschinen, deren Operationsbedingungen so komplex geworden sind, dass man den Output der Maschine (die Operationsergebnisse) nicht mehr eindeutig auf den Input der Maschine (die Operationsbedingungen) zurückführen kann (vgl. 1993, S. 163).
- Computer und Computernetze operieren als unspezifische Maschinen der Symbolkonstruktion. Die Nicht-Trivialität bedingt nicht nur eine Komplexitätswahrnehmung, sie deutet auf die Vielfalt der nicht genau festzulegenden Operationsmöglichkeiten dieser Maschinen und damit verbunden ihrer wechselnden symbolischen Erscheinungsformen hin. Was eben noch eine Textverarbeitungsmaschine war, ist jetzt ein Heimkino, womit gerade gechattet wurde, das startet jetzt eine Rakete, worin ich meine Geheimnisse einschließe, das dient anderen zur Steuerung ihrer Bot-Netze usw.
- Computer übersetzen alles in berechenbare mathematische Modelle. Die Möglichkeiten zur Manipulation von Symbolen weisen Computer deshalb auf, weil sie als Rechenmaschinen in der Lage sind, analoge Weltwahrnehmung in berechenbare Digitalzahlen zu übersetzen und diese dann nach mathematischen Regeln fast beliebig zu prozessieren. Was bislang analog begrenzt war, wird dadurch gleichsam zu einem entgrenzten Modell, das sich wiederum als veränderte Weltwahrnehmung darstellen lässt.
- Computer erzeugen ein steuerndes und gesteuertes Interface der Interaktion. Mit der Oberfläche der nicht-trivialen Maschine und den hierauf erscheinenden symbolischen Konstruktionen entsteht eine Schnittstelle der Interaktivität, die mittels der Interaktionen von allem und allen gesteuert wird, die an diese Schnittstelle angeschlossen sind. Interaktionsmediale Kommunikation bedeutet daher nicht Kommunikation mit einem Medium, sondern in der Sinnwelt eines Mediums.

- Der Anschluss an dieses Interface erfolgt dezentral vernetzt, mobil, individuell und niederschwellig. Infolge der erheblichen Miniaturisierung bei gleichzeitig ständig steigender Leistung der Computertechnik, kann es sich heute so gut wie jeder leisten, die Symbolverarbeitungskapazität der nicht-trivialen Wirklichkeitsmaschine Computer von überall aus alleine oder mit anderen zu nutzen.

Bei interaktionsmedialer Kommunikation wandelt sich die Mitteilung also von einer persönlichen Botschaft oder einem öffentlichen Beispiel zu einem steuerbaren Interface, in dem mit allen und allem, was kommunikativen Anschluss findet, interagiert werden kann. Das bedeutet aber auch, dass all diese Kommunikations- und damit Interaktionsteilnehmer dieses Interface durch die Art verändern, wie sie ihm ihre Aufmerksamkeit zuwenden, sei es beabsichtigt oder unbeabsichtigt. Die Kommunikationsbedingungen der Mitteilungen werden bei interaktionsmedialer Kommunikation gleichsam plastisch, offen für jede Art von Gestaltung und Steuerung.

Bei diesem neue Medientyp der kybernetischen Interaktionsmedien sind deshalb die sozialen Erwartungen, „was man damit machen kann“ und „was man damit miteinander machen kann“ noch offensichtlicher auf technische Bedingungen bezogen, als bei den Individual- und Massenmedien und diese technischen Bedingungen sind zugleich die Grundlage einer Entgrenzung der Sozialität und ihre kontingenten Entgrenzungserwartungen, die wiederum die Weiterentwicklung der interaktionsmedialen Kommunikationsbedingungen vorantreiben und einen Sinnhorizont des Cyberspace entstehen lässt (Thiedeke, 2012: 262).

Die Normalität digitalisierter Sozialität

Die sozio-technischen Kommunikationsbedingungen der kybernetischen Interaktionsmedien lassen vermuten, dass diese Medien den sinnhaften Zugang und Umgang mit Welt und Gesellschaft qualitativ noch wesentlich tiefer beeinflussen, als Individual- und Massenmedien.

Dass wir bereits mitten in einem durch kybernetische Interaktionsmedien mitverursachten Wandel der Sinnwelt eingetreten sind, lässt sich an verschiedenen Indikatoren feststellen. Hierauf deuteten die in der öffentlichen und wissenschaftlichen Debatte noch recht diffus als umfassende „Digitalisierung“ und „Algorithmisierung“ benannten Ursachen für Veränderungen der Produktionsverhältnisse (z.B. Industrie 4.0 vgl. Sandler, 2016), Lebens-

formen (Onlife-Leben, vgl. Floridi, 2015), der Integration (Sharing und digitale Allmende vgl. Dulong de Rosany/de Martin, 2012), der Identifikation oder gar der Kontrolle von Verhalten (Big-Data-Analyse und Ad-Targeting-Beeinflussung, vgl. Mayer-Schönberger/Cukier, 2013; Lomas, 2017) hin.

Hinweise für eine Umorientierung in der gesellschaftlichen Bewertung medialer Kommunikation schlagen sich aber auch in sprachlichen Bezeichnungen oder Begriffen nieder. So fällt etwa in öffentlichen Diskussionen die „Umetikettierung“ der Massenmedien von den bisherigen „Leitmedien“ (zum Begriff vgl. Müller et al., 2009) zu „traditionellen“ oder gar „klassischen Medien“ auf (vgl. z.B. Meier, 2016). Noch weiter reicht die erkennbare Verunsicherung hinsichtlich des medialen Struktur- und kulturellen Bedeutungswandels gesellschaftlicher Öffentlichkeit und damit verbunden auch der Beziehung von Öffentlichkeit und Privatheit (vgl. Thiedeke, 2017). Und im größeren Zusammenhang des Umbruchs fällt die Unsicherheit hinsichtlich der Verbindlichkeit repräsentativer Darstellungen etwa auf Basis wissenschaftlicher oder journalistischer Expertise auf, was zugleich am Vorwurf der Ausblendung oder der Angst vor einem Überhandnehmen ungefilterter individueller Meinungen oder Emotionen im Internet deutlich wird (vgl. Prochazka/Schweiger, 2016).

Dass in diesem Zusammenhang über einen „Eintritt in das Maschinenzeitalter“ spekuliert wird, der jetzt wohl bereits der Eintritt in das Zeitalter nicht-trivialer Maschinen wäre, überrascht daher nicht, wird doch mit großer Selbstverständlichkeit auch darüber nachgedacht, ob wir in einer „virtuellen Realität“ oder einer „überlagerten Realität“ (augmented Reality) leben (vgl. Steinicke, 2016), in der „postfaktische“ Wirklichkeitsbeschreibungen charakteristisch geworden sind (vgl. Russ-Mohl, 2016), in der wir unsere Identität im Grunde nur noch als selbst vermessenenes Datenselbst verstehen (vgl. Duttweiler et al., 2016).

Tatsächlich gibt es im Rahmen der Kommunikation mit kybernetischen Interaktionsmedien zwei grundsätzliche Veränderungen zu den bisherigen Sinnbedingungen der Individual- und Massenmedien. Erstens beziehen kybernetische Interaktionsmedien individual- und massenmediale Kommunikationsbedingungen paradox aufeinander. So kann jetzt nicht mehr nur individuell oder massenhaft, sondern massenhaft individuell kommuniziert werden (Thiedeke, 2012, S. 283 ff.).

Das bedeutet für die sinnhaften Bedingungen der Sozialität, dass hier weder die Exklusivität eines gemeinsamen Wissens, von Personen oder von

Handlungsmöglichkeiten in einer unmittelbaren Gemeinschaft vorherrscht, noch die Inklusivität der öffentlichen Vergesellschaftung repräsentativen Wissens in einer imaginären Gemeinschaft. Die Sozialität, die mit interaktionsmedialer Kommunikation realisiert werden kann, ist vielmehr durch die mittelbare Unmittelbarkeit der Anschlussfähigkeit von allen und allem an das Interface (O.c., S. 276) sowie durch die Möglichkeiten definiert, das Interface der Kommunikation und damit das Interface der Weltbeobachtung zu steuern (O.c., S. 283).

Zweitens werden durch den unmittelbaren Anschluss von allem und allen an ein steuerndes und gesteuertes Interface der medialen Kommunikation, nahezu beliebige Eingriffe in die Konstruktion von Wirklichkeitsbedingungen zur alltäglichen Erfahrung (O.c., S. 293 ff.).

Diese Normalität des individuellen Anschlusses und damit der individuellen Verzerrung und Mitgestaltung des Interfaces durch alle Interaktionen mit und in diesem Interface wird in der Diskussion jedoch oft verdeckt. Auffallend, ja nachgerade skandalös, erscheint hingegen die andere Seite dieses individuellen Anschlusses an die Interaktionsmedien wie dem Internet, die Individualisierung und Personalisierung der Fremdbeobachtung und Fremdkontrolle durch zentralisierte und globalisierte Akteure der Datenmacht. So wird etwa bei der Diskussion über die algorithmische Kontrolle von Daten zumeist auf staatliche Organe oder global operierende Konzerne abgezielt (vgl. etwa Lenk, 2016; Saurwein et al., 2017).

Dabei tritt jedoch in den Hintergrund, dass wir alle durch unsere kommunikativen Bewegungen in der interaktionsmedialen Schnittstelle, diese Algorithmen zumindest selbst betätigen und dadurch immer auch mit konfigurieren. Sind weitergehende informationstechnische Kompetenzen vorhanden, um Algorithmen nach unseren Bedürfnissen hacken und compilieren zu können, entwerfen und modifizieren wir diese sogar selbst und speisen sie in die interaktionsmediale Kommunikation ein, wo sie die Kommunikationsbedingungen aller anderen mitbestimmen.

Gerade für die Beobachtung der kulturellen Entwicklung digitalisierter Sozialität unter Bedingungen interaktionsmedialer Kommunikation erscheint es jedoch zu kurz gegriffen, nur auf Daten und ihre algorithmisierte Bearbeitung zu fokussieren, so als seien sie das Ergebnis interaktionsmedialer Kommunikation. Tatsächlich sind Daten (das Gegebene) ihr Material, Fakten (das Gemachte) hingegen ihr Ergebnis, das dann wiederum als Datenmaterial für weitere Fakten dient. Darauf hatte bereits in den 1990er Jahren der Medienphilosoph Villém Flusser (1998, S. 202ff.) hingewiesen.

Die Normalität digitalisierter Sozialität konkretisiert sich deshalb in charakteristischen Erwartungen einer computertechnisch ermöglichten Entgrenzung und daran anknüpfender Umgangsweisen sowie kulturellen Bewertungen. So kann im Umgang mit der Wirklichkeit, mit den anderen, mit Organisationen, Dienstleistungen, mit Techniken oder mit politischen Entscheidungen, erwartet werden, dass nichts so akzeptiert werden muss, wie es geboten wird, wobei alles nach Maßgabe individueller oder partikularer Interessen überall, jederzeit, in allen Beziehungskontexten verfügbar sein sollte (Thiedeke, 2012, S. 303 ff.).

Das Gegebene, das Repräsentative, die Expertise, die Professionalität, das Normative oder die Gesetzmäßigkeiten, all das scheint jetzt ebenso in Frage zu stehen, wie seine eindeutige Unterscheidung. Die interaktionsmediale Kommunikation macht scheinbar alles möglich oder lässt das Mögliche zumindest realisierbar erscheinen und erzeugt den Eindruck einer Auflösung von Unterscheidungsmerkmalen in diffusen Bedeutungsnetzen, deren Struktur sich unablässig verändert, was für die Soziologie gar die Flucht in eine symmetrische Anthropologie der Menschen und der Dinge nahezulegen scheint (vgl. Latour, 1998).

Schließlich hat es den Anschein, dass alles vor allem von den eigenen Eingriffen abhängt. Dann geben höchst eigenwillige Meinungen und Emotionen den Maßstab der Veränderung ab und werden etwa im Internet auch verbreitet und vergrößert, so dass diese individuellen Meinungen, Präferenzen, Emotionen oder gar Obsession den Eindruck hinterlassen, sie könnten zur Richtschnur allgemeinen Handelns werden. Zumindest wird aber eine Erwartung der allgemeinen Geltung des individuellen Meinens, Vermutens, Empfindens oder Wollens begründet. Und so behauptet man bspw. „alternative“, selbstgemachte Fakten, um sich endlich mit der eigenen Weltsicht gegen die Überflutung mit „fake news“ ringsum behaupten zu können.

Damit sollte zum Abschluss nicht der Dystopie das Wort geredet werden. Das Ringen zwischen Utopien oder Dystopien etwa zur Digitalisierung der Gesellschaft weist vielmehr selbst darauf hin, dass mit dem Umbruch medialer Kommunikationsverhältnisse eben auch ein Umbruch der Sinnverhältnisse verbunden ist. Ein Umbruch in dem bislang tragfähige Begriffe, Strukturen oder Praktiken nicht mehr zeitgemäß erscheinen, um die neuen Möglichkeiten und Voraussetzungen zu erfassen, die damit entstanden sind und entstehen, dass wir jetzt angefangen haben, nicht mehr mit Medien, sondern in Medien und ihren Sinnwelten zu leben. Und diese Sinnwelten

sind mit Blick auf die Wirklichkeitsbedingungen der digitalisierten Sozialität auf dem individuellen wie gesellschaftlichen Umgang mit Virtualisierung, sprich mit der Vermöglichung der Wirklichkeit gegründet – das sollte man nicht aus dem Blick verlieren, beim Eintritt ins Maschinenzeitalter.

Literatur

- Abate, Janett 1999: *Inventing the Internet*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Baecker, Dirk 2007: *Studien zur nächsten Gesellschaft*. Frankfurt/M.: Shurkamp.
- Dulong de Rosnay, Melanie/ de Martín Juan Carlos (Hrsg.), 2012: *Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture*. Cambridge: Open Book Publisher.
- Duttweiler, Stefanie/ Gugutzer, Robert/ Passoth, Jan-Hendrik/ Strübing, Jörg (Hrsg.), 2016: *Leben nach Zahlen. Self-Tracking als Optimierungsprojekt?* Bielefeld: transcript.
- Eppler, Martin/ Mengis, J. Jeanne 2004: The concept of information overload: a review of literature from organization science, accounting, marketing, MIS, and related disciplines. In: *The Information Society*, 20, 2004, S. 325–344.
- Floridi, Luciano 2014: *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*. Oxford: University Press.
- Floridi, Luciano (Hrsg.), 2015: *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*. Heidelberg et al.: Springer Cham.
- Flusser, Vilém 1998: Digitaler Schein. In: Ders. *Medienkultur* hrsg. v. Stefan Bollmann. Frankfurt/M.: Fischer TB Verlag S. 202–215.
- Hoppe, Imke 2016: *Klimaschutz als Medienwirkung: eine kommunikationswissenschaftliche Studie zur Konzeption, Rezeption und Wirkung eines Online-Spiels zum Stromsparen*. Ilmenau: Universitätsverlag.
- Kirn, Stefan/ Müller-Hengstenberg, Claus-D. 2014: Intelligente (Software-)Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems – Rechtliche Konsequenzen der „Verselbstständigung“ technischer Systeme, in: *MMR – MultiMedia und Recht*, Heft 5/2014, S. 307–313.
- Latour, Bruno 1998: *Wir sind nie modern gewesen. Versuch einer symmetrischen Anthropologie*. 2. Aufl. Frankfurt/M.: Fischer. (1991)
- Lenk, Klaus 2016: Die neuen Instrumente der weltweiten digitalen Governance. In: *Verwaltung & Management. Zeitschrift für moderne Verwaltung* 22/5. S. 225–280.
- Lomas, Natascha 2017: Facebook denies it sells ad-targeting based on users' emotions. In: *techcrunch* 02.05.2017. Online: <https://techcrunch.com/2017/05/02/facebook-denies-it-sells-ad-targeting-based-on-users-emotions/>
- Luhmann, Niklas 1981: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Bd. 2. Frankfurt/M.: Suhrkamp.

- Luhmann, Niklas 1984: Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Mayer-Schönberger, Viktor/ Cukier, Kenneth 2013: Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think. Boston, Ma.: Houghton Mifflin Harcourt.
- Meier, Christian 2016: Die neue Abhängigkeit der klassischen Medien. In: Welt.de 2001.2016. Online: <https://www.welt.de/sonderthemen/medienkongress/article151323521/Die-neue-Abhaengigkeit-der-klassischen-Medien.html>
- Müller, Daniel/ Ligensa, Annemone/ Gendolla, Peter (Hrsg.), 2009: Leitmedien. Konzepte – Relevanz – Geschichte, Band 1. Bielefeld: transcript.
- Prochazka, Fabian/ Schweiger, Wolfgang 2016: Medienkritik online. Was kommentierende Nutzer am Journalismus kritisieren. In: Studies in Communication | Media, 5. Jg., 4/2016, S. 454–469.
- Russ-Mohl, Stephan 2016: Am Ende des Aufklärungszeitalters. In: Neue Zürcher Zeitung. 01.10.2016. Online: <https://www.nzz.ch/feuilleton/medien/bullshit-verdraengt-journalismus-am-ende-des-aufklaerungszeitalters-ld.119758>
- Saurwein, Florian/ Just, Natascha/ Latzer, Michael 2017: Algorithmische Selektion im Internet: Risiken und Governance automatisierter Auswahlprozesse. In: kommunikation @ gesellschaft 18 (2017) Beitrag 3. Online: http://www.mediachange.ch/media/pdf/publications/ssoar-ketg-2017-saurwein_et_al-Algorithmische_Selection.pdf
- Sendler, Ulrich (Hrsg.), 2016: Industrie 4.0 grenzenlos. Berlin/Heidelberg: Springer Vieweg.
- Steinbicker, Jochen 2001: Zur Theorie der Informationsgesellschaft. Ein Vergleich der Ansätze von Peter Drucker, Daniel Bell und Manuel Castells. Opladen: Leske und Budrich.
- Steinicke, Frank 2016: Being Really Virtual. Immersive Natives and the Future of Virtual Reality. Heidelber et al.: Springer Cham.
- Thiedeke, Udo 2012: Soziologie der Kommunikationsmedien. Medien – Formen – Erwartungen. Wiesbaden: Springer VS.
- Thiedeke, Udo 2017: Itube. Von der repräsentativen zur individuellen Öffentlichkeit. In: Binder, Ulrich/ Oelkers, Jürgens (Hrsg.): Der neue Strukturwandel von Öffentlichkeit. Reflexionen in pädagogischer Perspektive. Weinheim: Beltz Juventa. S. 74–87.
- v. Förster, Heinz 1993: Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke. Frankfurt/M.: Suhrkamp

Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG

Ulrich Stelkens¹

Durch Art. 20 des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016² wurde in das VwVfG – neben einem neuen § 41 Abs. 2a VwVfG, auf den hier nicht näher einzugehen ist³ – ein neuer § 35a unter der Überschrift „Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsakts“ mit folgendem Inhalt eingefügt:

„Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.“

Ergänzt wird diese Bestimmung durch einen neuen § 24 Abs. 1 S. 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.“

1 Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer sowie Leiter des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Senior Fellow des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer. Der Beitrag lehnt sich eng an die vom Verfasser verantwortete Kommentierung des § 35a VwVfG (in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs [Begr. und Hrsg.], VwVfG, 9. Aufl. 2018) an.

2 BGBl. I 2016, 1679.

3 Ausführlich zu § 41a Abs. 2a VwVfG und dem fehlenden direkten Zusammenhang dieser Bestimmung zur Regelung des vollautomatisierten Verwaltungsverfahrens *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Begr. und Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 41 Rn. 132 ff.

Zweck und Regelungsgehalt dieser Bestimmungen sind nicht unbedingt selbsterklärend. In der Gesetzesbegründung⁴ heißt es zu § 35a VwVfG nur:

„Seit langem setzt die Verwaltung in vielfältiger Weise automatische Einrichtungen als Hilfsmittel auch beim Erlass von Verwaltungsakten ein. Die Verwendung moderner Informationstechnik nimmt stetig zu; zugleich werden die verfügbaren Systeme immer leistungsfähiger, so dass inzwischen auch ein vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten technisch möglich und rechtlich vertretbar ist. Die Vorschrift stellt klar, dass es sich auch hierbei um Verwaltungsakte handelt, so dass die Vorschriften über Verwaltungsakte anwendbar sind. Daran könnten sonst Zweifel bestehen, da nach der Begriffsbestimmung in § 35 VwVfG die den Verwaltungsakt charakterisierende Entscheidung oder Feststellung regelmäßig die Willensbetätigung eines Menschen voraussetzt. Beim Einsatz vollautomatischer Systeme fehlt es aber an einer Willensbetätigung im jeweiligen Einzelfall, diese wird vielmehr bei der Programmierung des Systems gleichsam vorweggenommen. Trotz fortgeschrittener Technik kommt der vollautomatische Erlass von Verwaltungsakten nur in Frage, wenn das anzuwendende materielle Recht nach Subsumtion des jeweiligen Sachverhalts eine Entscheidung ohne Ausübung von Ermessen und keine Beurteilungsspielräume vorsieht. Die Ausübung von Ermessen setzt ebenso eine menschliche Willensbetätigung voraus wie die individuelle Beurteilung eines Sachverhalts. Der Gesetzesvorbehalt soll angesichts des weiten Anwendungsbereiches des VwVfG sicherstellen, dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden.“⁵

Zu § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG heißt es demgegenüber:

„Der Einsatz automatischer Einrichtungen beim Erlass von Verwaltungsakten dient der Verfahrensbeschleunigung und Kostenreduzierung, weil vor allem einfach strukturierte Verfahren mit geringerem Aufwand schnell erledigt werden können. Automatische Verfahren erfordern einen hohen Grad an Schematisierung. Individuelle Fallkonstellationen können von einem automatisierten Prüfraster nur berücksichtigt werden, wenn sie bei der Einrichtung des jeweiligen Systems antizipiert werden können. Das birgt die Gefahr, dass bei unvorhergesehenen Fallgestaltungen falsche Ergebnisse erzielt werden. Der Untersuchungsgrundsatz gilt aber auch beim Einsatz automatischer Einrichtungen. Die Regelung stellt klar, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Betroffenen Berücksichtigung finden müssen. Zugleich stellt die Vorschrift die Effizienz des Einsatzes automatischer Einrichtungen dadurch sicher, dass nicht jedweder individuelle Vortrag zu einer Aussteuerung und Einzelfallprüfung führen muss. Bei individuellem Einzelvortrag

-
- 4 Die hier vorgestellten Änderungen des VwVfG (und des SGB X) gingen erst auf eine Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Bundestages (BT-Drs. 18/8434) zurück.
- 5 Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 20 Nr. 3, BT-Drs. 18/8434, S. 122.

muss demnach eine Aussteuerung und – je nach Relevanz für das Verfahren – eine weitere Bearbeitung außerhalb des automatisierten Verfahrens erfolgen oder es kann eine Rückführung in dieses erfolgen.“⁶

Damit folgte der Gesetzgeber weitgehend einer Stellungnahme des *Beirates Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern*⁷ zur Frage der Zulassung vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakte aus dem Jahre 2015.⁸

Diesen Gesetzesbegründungen lassen sich v. a. drei Ziele entnehmen, denen die Einfügung des neuen § 35a in das VwVfG dienen soll: § 35a VwVfG soll zunächst klarstellen, dass der „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ ein Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG ist, so dass alle Vorschriften über Verwaltungsakte auch unmittelbar auf den „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ Anwendung finden sollen (*Klarstellungsfunktion*).⁹ Zudem stellt der „Rechtsvorschriftenvorbehalt“ des § 35a VwVfG sicher, dass über den Einsatz vollständig automatisierter Verwaltungsverfahren nicht allein die Behörde (im Rahmen ihres allgemeinen Organisations- und Verfahrensermessens)¹⁰, sondern der zuständige (Fach-)Gesetzgeber entscheidet, so dass der Vorschrift auch eine Regelung zur Kompetenz bezüglich dieser Entscheidung zu entnehmen ist (*Kompetenzzuweisungsfunktion*).¹¹ Zudem soll § 35a VwVfG „angesichts des weiten Anwendungsbereichs des VwVfG“ sicherstellen, „dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden“. Dies scheint der Gesetzgeber grundsätzlich nur bei strikt gebundener Verwaltung für denkbar zu halten. Gegenüber dem Fachgesetzgeber weist § 35a VwVfG insoweit darauf hin, dass hierauf – jedenfalls im Anwendungsbereich des VwVfG – der Einsatz vollständig automatisierter Verwaltungsverfahren begrenzt werden soll (*Begrenzungs- und Warnfunktion*)¹².

6 Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 20 Nr. 1, BT-Drs. 18/8434, S. 122.

7 Zu diesem Beirat siehe nur *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 1 Rn. 266.

8 Abgedruckt in NVwZ 2015, 1114 ff.

9 Wie hier *U. Ramsauer*, in: F. O. Kopp/U. Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 35a Rn. 2; näher hierzu im Text bei Fn. 69.

10 Zu diesem Organisations- und Verfahrensermessens allgemein siehe nur *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 10 Rn. 16 ff.

11 Näher hierzu im Text nach Fn. 93.

12 Wie hier *U. Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 9), § 35a Rn. 3; näher hierzu im Text bei Fn. 98.

Der Gesetzgeber hält damit im Anwendungsbereich des VwVfG einerseits eine Vollautomatisierung von Verwaltungsverfahren zwar nicht für unbedenklich, will sie aber dort ermöglichen, wo sie sinnvoll sind, und versucht sie insoweit in die bereits bestehenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen „einzubetten“. Etwas im Dunkeln bleibt jedoch, was sich der Gesetzgeber eigentlich unter vollautomatisierten Verwaltungsverfahren vorstellt und worin die besonderen Gefahren gesehen werden. Um die Reichweite der Einbeziehung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren in das VwVfG zu bestimmen, ist es daher hilfreich, genauer das Regelungsumfeld des § 35a VwVfG zu betrachten. Dieses wird dadurch bestimmt, dass das VwVfG bereits in seiner ursprünglichen Fassung vom 25. Mai 1976¹³ in § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 4 (heute: Abs. 5¹⁴) und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG einige Sonderregelungen für „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte“ enthielt, die bis heute unverändert fortgelten. Insoweit fragt sich zum einen, welche qualitativen Unterschiede zwischen solchen bisher ohne weiteres für zulässig erachteten „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakten“ zu den nur restriktiv für rechtsstaatlich vertretbar gehaltenen „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakten“ des § 35a VwVfG bestehen. Um diese Unterschiede zu erkennen, ist es auch hilfreich, § 35a VwVfG mit seinen Parallelbestimmungen des § 155 Abs. 4 AO und des § 31 SGB X zu vergleichen, die ebenfalls durch das Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18. Juli 2016 neu geschaffen wurden.¹⁵ Auf der Grundlage dieser Vergleiche sind erste Rückschlüsse auf das konkrete Regelungsanliegen des § 35a VwVfG und seinen Anwendungsbereich möglich (I), die auch erlauben, einzelne von § 35a VwVfG aufgeworfene konkretere Probleme zu klären (II).

13 BGBl. I 1976, 1253.

14 Seit dem 3. VwVfGÄndG vom 21.8.2002 (BGBl. I, 3322).

15 Zum Vergleich zwischen § 35a VwVfG und § 155 Abs. 4 AO siehe insbesondere auch N. Braun-Binder, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, 891 (892 ff.).

I. „Vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen“

„Vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ und „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ erlassener Verwaltungsakt

Es besteht Einigkeit, dass der Begriff des „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ des § 35a VwVfG nicht mit dem in § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG einheitlich verwendeten Begriff des „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ deckungsgleich ist. Nicht jeder „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ i. S. des § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG ist i. S. des § 35a VwVfG zugleich „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen“.¹⁶ Es liegt jedoch nahe, Begriffe, die in § 35a (und § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG) VwVfG einerseits und § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG andererseits identisch verwendet werden, auch identisch auszulegen, so dass zur Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 35a VwVfG auf die Literatur und Rechtsprechung zu § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG zurück gegriffen werden kann (1. und 2.). Umgekehrt ist angenommen worden, der Gesetzgeber habe mit § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 implizit die Zulässigkeit des Einsatzes von „automatischen Einrichtungen“ als Hilfestellung für den Erlass von Verwaltungsakten anerkannt bzw. vorausgesetzt, die Behörde sei im Rahmen ihres generellen Organisations- und Verfahrensermessens berechtigt, selbstständig (ohne gesetzliche Grundlage) über die Frage des Einsatzes solcher Systeme bei Vollzug bestimmter Gesetze zu entscheiden.¹⁷ Auch das BVerfG hat dies bisher stillschweigend für verfassungsrechtlich zulässig erachtet.¹⁸ Dies wirft die Frage auf, welches Leitbild der Gesetzgeber 1976

16 Jedoch ist jeder „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ auch ein „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“, siehe unten im Text bei Fn. 123.

17 So z. B. (m. w. N.) *H. Meyer/H. Borgs*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 37 Rn. 26; *R.-F. Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 77 f.; *K. Rütgen*, in: R. Bauer/D. Heckmann/K. Ruge/M. Schallbruch/S. Schulz (Hrsg.), VwVfG mit rechtlichen Aspekten des E-Government, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 54.

18 BVerfG (K), 1 BvR 326/89 vom 8.12.1992, NJW 1994, 574 (575).

bezüglich des Einsatzes von „automatischen Einrichtungen“ als Hilfsmittel beim Erlass von Verwaltungsakten vor Augen hatte und inwieweit sich dieses Leitbild vom Leitbild des „vollständig automatisierten Verwaltungsvorgangs“ unterscheidet, das den Neuerungen des Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016 zu Grunde liegt (3 und 4).

1. Begriff des „Erlassens“

Sowohl § 35a VwVfG wie § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG verwenden zunächst gemeinsam den Begriff „Erlass“: Insoweit ist bei § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG anerkannt, dass – entgegen dem sonstigen Sprachgebrauch des VwVfG¹⁹ – der Bekanntgabevorgang *nicht* mehr vom Erlassbegriff umfasst ist, so dass ein elektronisch übermittelter Verwaltungsakt i. S. des § 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG nicht schon allein wegen dieser elektronischen Übermittlung ein „mit Hilfe einer automatischen Einrichtung“ erlassener Verwaltungsakt ist.²⁰

Beim „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ i. S. des § 35a VwVfG kann dies nicht anders sein. Insoweit ist ebenfalls nicht zwingend erforderlich, dass *auch* seine Bekanntgabe durch elektronische Übermittlung i. S. des § 41 Abs. 2 S. 2 oder nach § 41 Abs. 2a VwVfG erfolgt. Andernfalls würde die *Begrenzungsfunktion* des § 35a VwVfG bereits dann leerlaufen, wenn der i. Ü. vollständig durch automatische Einrichtungen „erlassene“ Verwaltungsakt ausgedruckt und als schriftlicher Verwaltungsakt bekannt gegeben wird. Dies ist ersichtlich nicht gewollt; die ungenaue Verwendung des „Erlassbegriffs“ in § 35a VwVfG ist vielmehr allein darauf zurück zu führen, dass sich die Formulierung des § 35a VwVfG erkennbar an die (wie gezeigt ebenfalls sprachlich ungenaue) Formulierung der § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG anlehnt,²¹ die auch von § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG übernommen worden ist. Daher ist der „Erlassbegriff“ des § 35a VwVfG untechnisch wie bei § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG letztlich

19 H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 9 Rn. 193 f.

20 W. Schmitz, Darf sich die Verwaltung das Faxen erlauben?, VR 1991, 213 (218); U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35a Rn. 14.

21 Deutlich bei H. Schmitz/L. Prell, Neues zum E-Government, NVwZ 2016, 1273 (1275).

als „Abgabe“ des Verwaltungsakts zu verstehen.²² Der „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ des § 35a VwVfG ist damit nicht durch eine bestimmte Verwaltungsakt-Form i. S. des § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG (schriftlich, elektronisch, mündlich, „auf andere Weise erlassen“) definiert,²³ sondern allein dadurch, dass das auf seinen Erlass gerichtete Verwaltungsverfahren „vollständig durch automatische Einrichtungen“ erfolgt.²⁴

2. Begriff der „automatischen Einrichtung“

Identisch auszulegen ist auch der sich sowohl in § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG einerseits und § 24 Abs. 1 S. 3 und § 35a VwVfG andererseits verwendete Begriff der „automatischen Einrichtung“. Insoweit konnte der Gesetzgeber in den 1960er/1970er Jahren zwar allein die klassischen Großrechenanlagen vor Augen haben.²⁵ Jedoch erwies sich der Begriff als technikoffen, so dass es grundsätzlich möglich war, hierunter auch den ggf. mit anderen Rechnern vernetzten PC am Arbeitsplatz zu fassen. Letztlich meint „automatische Einrichtung“ i. S. des VwVfG jegliche technische Einrichtung, die nach vorher festgesetzten Parametern autonom, d. h. ohne weiteres menschliches Einwirken funktioniert. Das VwVfG machte (und macht) insoweit weder im Hinblick auf den Aufbau noch auf die Funktionsweise der „automatischen Einrichtung“ nähere Vorgaben.²⁶

22 Wie hier *N. Braun-Binder* (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (895); *L. Prell*, in: J. Bader/M. Ronellenfitsch, VwVfG, 2. Aufl. 2016, § 35a Rn. 3; *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276); *T. Siegel*, Automatisierung des Verwaltungsverfahrens, DVBl. 2017, 24 (25).

23 Bezugspunkt der Formvorschriften des § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG ist insoweit die Form der Version der Verfügung, die dem Betroffenen bekannt gegeben wird (nicht die der Urschrift), s. klarstellend insoweit *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 37 Rn. 45.

24 Siehe hierzu auch unten im Text bei Fn. 52.

25 *W. Schmitz* (Fn. 20), VR 1991, 213 (218).

26 So auch *E.-W. Luthé*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X, SGB 2017, 250 (252); *L. Prell*, in: J. Bader/M. Ronellenfitsch (Fn. 22), § 35a Rn. 5; *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1275).

Daher ist bereits i. S. des § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nicht jeder mittels eines PC erstellte Bescheid ein „mit Hilfe *automatischer* Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“. Nicht ausreichend ist insbesondere, dass der Rechner – selbst bei Verwendung von Textbausteinen – als fortentwickelte Schreibmaschine verwendet wird.²⁷ Keine „automatischen Einrichtungen“ sind auch – entgegen der insoweit missverständlich formulierten Gesetzesbegründung zum heutigen § 37 Abs. 5 VwVfG²⁸ – reine Vervielfältigungsmaschinen, die eine auf herkömmlichen Weg hergestellte Vorlage massenhaft reproduzieren.²⁹ Um eine „*automatische*“ Einrichtung i. S. des VwVfG zu sein, muss die „Einrichtung“ vielmehr die Entscheidungsfindung (bei § 35a VwVfG vollständig, bei § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG teilweise) automatisieren, indem z. B. auf Grundlage der getätigten Eingaben eine Rechenoperation (z. B. Berechnung der zu bewilligenden Versorgungsbezüge, der zu entrichtenden Abgaben) oder eine Terminverwaltung (etwa [früher] bei der Einberufung von Wehrpflichtigen oder [heute noch] der Vergabe öffentlicher Einrichtungen) durchgeführt wird.³⁰ Die Automatisierung muss sich damit mindestens auf die Formulierung des verfügenden Teils des Verwaltungsakts auswirken, damit von einer automatisierten Entscheidungsfindung ausgegangen werden kann.³¹

27 BVerwG, VIII C 1.74 vom 5.6.1974, BVerwGE 45, 189 (191) hat diese Unterscheidung gerade in der Grundlagenentscheidung zum automatisierten Verwaltungsakt vor Inkrafttreten des VwVfG jedoch noch nicht getroffen; anders bereits *B. Degrandi*, Die automatisierte Verfügungsverfügung, 1977, S. 18.

28 BT-Drs. 7/910, S. 59.

29 A. A. *R.-F. Polomski* (Fn. 17), S. 131 f.; zumindest missverständlich *M. Ruffert*, in: H. J. Knack/H.-G. Henneke (Begr. u. Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2014, § 37 Rn. 75; *K. Schönenbroicher* in T. Mann/C. Sennekamp/ M. Uechtritz (Hrsg.), VwVfG, 2014, § 37 Rn. 167.

30 Wie hier für § 37 Abs. 5 VwVfG: *VG Saarlouis* 11 K 246/05 vom 12.3.2008, Rn. 23 (juris); *K. Ritgen*, in: Bauer u. a. (Fn. 17), § 37 Rn. 102; *P. Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 22), § 37 Rn. 50

31 Daher stellen manuelle Änderungen des Bescheids die Qualität eines Verwaltungsakts als „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen“ dann in Frage, wenn sie sich auf seinen verfügenden Teil beziehen. Anders kann es sein, wenn manuelle Änderungen nur im Anschriftenfeld, bezüglich des Datums oder der Begründung vorgenommen werden; vgl. für § 37 Abs. 5 VwVfG: BVerwG, 8 C 57/91 vom 22.1.1993, NJW 1993, 1667 (1668); OVG Weimar, 4 ZEO 946/98 vom 9.5.2000, ThürVBl. 2000, 254 (255); BFH, IV 274/62 vom 6.7.1967, BFHE 89, 460 (463).

3. „Mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ im Gegensatz zum „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“

Zum Verständnis dessen, wann nach Auffassung des Gesetzgebers ein Verwaltungsakt nicht nur „mit Hilfe“, sondern „vollständig“ durch automatische Einrichtungen erlassen wird und in welchen Fällen dies sinnvoll ist, hilft zunächst eine nähere Analyse des § 155 Abs. 4 AO (a) und des § 31a SGB X (b), die als Parallelvorschriften zu § 35a VwVfG zu verstehen sind, obwohl sie sich hinsichtlich der Einsatzfelder des „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ nicht unerheblich von § 35a VwVfG unterscheiden. Gerade dies erlaubt aber Rückschlüsse auf den Regelungsinhalt des § 35a VwVfG, da die Schaffung von § 35a VwVfG und § 31a SGB X v. a. „zur Gewährleistung einer möglichst einheitlichen Fortentwicklung der drei Verfahrensordnungen AO, VwVfG und SGB X“ erfolgte.³² Dem lassen sich die Vorstellungen des Gesetzgebers von 1976 zum Einsatz von automatischen Einrichtungen als Hilfsmittel im Verwaltungsverfahren gegenüberstellen (c). Dies erlaubt zusammen genommen zu bestimmen, was § 35a VwVfG unter „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakten“ versteht und welcher Anwendungsbereich dieser Bestimmung zukommt (d).

- a) Die ausschließliche automatengestützte Steuerfestsetzung i. S. des § 155 Abs. 4 AO

Im Gegensatz zu § 35a VwVfG ermächtigt § 155 Abs. 4 AO die Finanzbehörden unmittelbar zu vollautomatisierten Verwaltungsverfahren, begrenzt dies aber auf den Erlass von Steuerbescheiden i. S. des § 155 Abs. 1 AO.³³ § 155 Abs. 4 AO lautet:

„¹Die Finanzbehörden können Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen auf der Grundlage der ihnen vorliegenden Informationen und der Angaben des Steuerpflichtigen ausschließlich automationsgestützt vornehmen, berichtigen, zurücknehmen, widerrufen, aufheben oder ändern,

32 Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 19 und Art. 20, BT-Drs. 18/8434, S. 120 und 122.

33 Zum Regelungskontext des § 155 Abs. 4 AO einführend P. Zaumseil, Die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, NJW 2016, 2769 ff.

soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten.

²Das gilt auch

1. für den Erlass, die Berichtigung, die Rücknahme, den Widerruf, die Aufhebung und die Änderung von mit den Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen verbundenen Verwaltungsakten sowie,
2. wenn die Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen mit Nebenbestimmungen nach § 120 versehen oder verbunden werden, soweit dies durch eine Verwaltungsanweisung des Bundesministeriums der Finanzen oder der obersten Landesfinanzbehörden allgemein angeordnet ist.

³Ein Anlass zur Bearbeitung durch Amtsträger liegt insbesondere vor, soweit der Steuerpflichtige in einem dafür vorgesehenen Abschnitt oder Datenfeld der Steuererklärung Angaben im Sinne des § 150 Absatz 7 gemacht hat. ⁴Bei vollständig automationsgestütztem Erlass eines Verwaltungsakts gilt die Willensbildung über seinen Erlass und über seine Bekanntgabe im Zeitpunkt des Abschlusses der maschinellen Verarbeitung als abgeschlossen.“

Während somit im Normtext des § 35a VwVfG (und des § 31a S. 1 SGB X) vom „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ die Rede ist und dies im Titel des § 35a VwVfG (und des § 31a S. 1 SGB X) jeweils verkürzt als „vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsakts“ bezeichnet wird, spricht § 155 Abs. 4 AO von einer „*ausschließlich automationsgestützten Steuerfestsetzung*“, ohne das Ergebnis dieses automatengestützten Verfahrens explizit als „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Steuerbescheid“ zu bezeichnen. Zu Recht wird jedoch angenommen, dass § 35a VwVfG und § 155 Abs. 4 AO (sowie § 31a SGB X) – trotz dieser Wortlautdivergenzen – ein einheitliches Konzept des „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ zu Grunde liegt.³⁴

Mit der Wendung „soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“ zeigt § 155 Abs. 4 AO jedoch gegenüber § 35a VwVfG deutlicher, dass es dem Vorliegen einer „*ausschließlich automationsgestützten Bearbeitung*“ nicht entgegen steht, wenn das eingesetzte Computerprogramm „*Aussteuerungsmöglichkeiten*“ vorsieht, also den Behördenmitarbeitern von sich aus bestimmte Vorgänge zur individuellen „menschlichen“ Entscheidung „vorlegt“. Für die Frage, ob eine „aus-

34 N. Braun-Binder (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (892 f.); H. Schmitz/L. Prell (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273, 1275.

schließlich automationsgestützte Bearbeitung“ vorliegt, ist also auf den allgemein vorgesehenen „Workflow“ abzustellen. Es ist nicht entscheidend, dass die Bearbeitung eines konkreten Einzelfalles in einem konkreten Verwaltungsverfahren zu einem „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ führt, sondern darauf, dass dies immer dann zu einem „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ führt, wenn keine „Aussteuerung zur menschlichen Bearbeitung“ erfolgt.

Allgemein verdeutlicht § 155 Abs. 4 AO zudem, dass „ausschließlich automationsgestützte“ und damit vollautomatisierte Verwaltungsverfahren auch in der *Eingriffsverwaltung* möglich sind. Der Gesetzgeber hält zur Sicherung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung jedoch gleichzeitig Risikomanagementsysteme für geboten, die in § 88 Abs. 5 AO näher beschrieben werden:³⁵

„¹Die Finanzbehörden können zur Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen für eine gleichmäßige und gesetzmäßige Festsetzung von Steuern und Steuervergütungen sowie Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen automationsgestützte Systeme einsetzen (Risikomanagementsysteme). ²Dabei soll auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung berücksichtigt werden. ³Das Risikomanagementsystem muss mindestens folgende Anforderungen erfüllen:

1. die Gewährleistung, dass durch Zufallsauswahl eine hinreichende Anzahl von Fällen zur umfassenden Prüfung durch Amtsträger ausgewählt wird,
2. die Prüfung der als prüfungsbedürftig ausgesteuerten Sachverhalte durch Amtsträger,
3. die Gewährleistung, dass Amtsträger Fälle für eine umfassende Prüfung auswählen können,
4. die regelmäßige Überprüfung der Risikomanagementsysteme auf ihre Zielerfüllung.

⁴Einzelheiten der Risikomanagementsysteme dürfen nicht veröffentlicht werden, soweit dies die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gefährden könnte. ⁵Auf dem Gebiet der von den Landesfinanzbehörden im Auftrag des Bundes verwalteten Steuern legen die obersten Finanzbehörden der Länder die Einzelheiten der Risikomanagementsysteme zur Gewährleistung eines bundeseinheitlichen Vollzugs der Steuergesetze im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen fest.“

35 Hierzu näher *N. Braun-Binder*, Ausschließlich automationsgestützt erlassene Steuerbescheide und Bekanntgabe durch Bereitstellung zum Datenabruf, DStZ 2016, 526 (529 ff.).

§ 88 Abs. 5 i. V. mit § 154 Abs. 4 AO legt damit nahe, dass die Besonderheit vollständig automationsgestützter Verwaltungsverfahren darauf beruht, dass der Wahrheitsgehalt der Angaben der Beteiligten i.d.R. nicht geprüft wird, die Einzelkontrolle der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Angaben also letztlich durch eine standardisierte Plausibilitätskontrolle ersetzt wird.³⁶ Dies trägt einerseits dem sog. Verifikationsprinzip Rechnung, bedeutet aber andererseits auch, dass dem Betroffenen i. d. R. ein gewisses Vertrauen im Hinblick auf die Richtigkeit seiner Angaben entgegen gebracht wird.³⁷

- b) Der „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ i. S. des § 31a SGB X

§ 31a SGB X lässt dagegen den „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ im Anwendungsbereich des SGB X sehr allgemein zu – und damit gerade in der *Leistungsverwaltung*.³⁸ § 31a SGB X weist außerdem die Entscheidung über die Eignung eines Verwaltungsverfahrens für diese Erledigungsform – bei fehlenden entgegenstehenden Rechtsvorschriften – unmittelbar dem Sozialleistungsträger zu, überlässt diese Entscheidung also (anders als bei § 35a VwVfG) seinem Organisations- und Verfahrensermessen:

„Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten. 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.“

In der Einzelbegründung zu § 31a SGB X wird allerdings klargestellt, eine menschliche Bearbeitung sei bei Ermessen und Beurteilungsspielräumen

36 Zur Kritik hieran etwa C. Ahrendt, Alte Zöpfe neu geflochten – Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, NJW 2017, 537 (538 ff.); M. Maier, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, JZ 2017, 614 (615 ff.).

37 S. Baldauf, Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens - Kritische Betrachtung des Regierungsentwurfs, DStR 2016, 833 (836); M. Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, DÖV 2015, 780 (784 ff.).

38 Einführend zu § 31a SGB X: E.-W. Luthé (Fn. 26), SGB 2017, 250 ff.

und dann zwingend, „wenn die Subsumtion unter einen konkreten Tatbestand nicht durch automatische Einrichtungen erfolgen kann“.³⁹ Betont wird hier zudem der Unterschied zwischen dem „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ und dem „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“, bei dem noch eine Einzelentscheidung eines Sachbearbeiters erfolge. Als Beispiel für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren wird die „maschinelle Anpassung laufender Sozialleistungen der Höhe nach in einer Vielzahl von gleichgelagerten Einzelfällen“ genannt. Zudem wird betont, auch bei vollautomatisch erlassenen Verwaltungsakten fänden die Regelungen des SGB X Anwendung, die ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren gewährleisten, insbesondere der Untersuchungsgrundsatz und das Anhörungsrecht.

- c) Leitbild des „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsaktes“ i. S. der § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG

Indem die Begründung zu § 31a SGB X den Unterschied zwischen dem „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ zum „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ v. a. darin sieht, das bei Letzterem noch eine Einzelentscheidung eines Sachbearbeiters erfolgt, wird die Frage aufgeworfen, welches Leitbild den Regelungen des § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG zum „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ zu Grunde liegt.

Tatsächlich lag diesen Bestimmungen folgende – durch den Stand der Technik der 1960er/1970er Jahre geprägte – gesetzgeberische Vorstellung der behördlichen Nutzung von EDV-Anlagen zu Grunde,⁴⁰ die bis heute die Diskussion über die Frage der „Verwaltung durch Maschinen“ prägt: Diese Sichtweise nimmt zunächst die Programm- bzw. Softwareentwicklung in den Blick, für die die Behörde in organisatorischer menschlicher Vorarbeit

39 Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 19 Nr. 2, BT-Drs. 18/8434, S. 120 f.

40 Siehe BT-Drs. 7/910, S. 59. Sie wird sehr deutlich beschrieben bei *N. Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 61 ff.; *K. Müller-Heidelberg*, Verwaltungsrechtliche Probleme des „maschinell hergestellten“ Verwaltungsakts, DVBl. 1961, 11 (13); *H. Schuhmann*, Der Steuerbescheid im maschinellen Veranlagungsverfahren, BB 1973, 1433 (1434).

die Eingabefelder und die Verknüpfungen zwischen den in diesen Feldern einzugebenden Daten ermitteln und entwickeln muss, deren Erhebung sie für eine bestimmte Art von Entscheidungen und den einzuschlagenden Verfahrensablauf für erforderlich hält. Bei dieser Entwicklung werden auch die generellen Ermessensüberlegungen angestellt, die sich auf die Art der Entscheidungen und ihren Verfahrensablauf beziehen. Die Ergebnisse dieser Standardisierung werden dann in das Computerprogramm übersetzt, das oft – auch heute noch – wie eine Verwaltungsvorschrift behandelt wird.⁴¹ Weil das Programm maßgeblich die mit seiner Hilfe erlassenen Entscheidungen inhaltlich vorgibt und den Entscheidungsprozess steuert, darf die Letztverantwortung für den Inhalt eines mit Hilfe privater Firmen erstellten Programms nicht auf diese delegiert werden, sondern muss bei der Behördenleitung verbleiben.⁴² Maßgeblich ist insoweit letztlich der *Grundsatz der Selbstorganschaft*, der dem Outsourcing von Verwaltungsaufgaben auf private Unternehmen im Wege funktionaler Privatisierung insoweit Grenzen setzt, als die eigentliche Entscheidungskompetenzen und die jeweilige Entscheidungsverantwortung bei den Bediensteten der zuständigen Behörde verbleiben müssen.⁴³

Unabhängig vom Softwareentwicklungsprozess wurde die Entscheidung des Einzelfalls mit Hilfe des Programms betrachtet: Auf dieser Ebene wurde vorausgesetzt, dass der Sachbearbeiter der Behörde die Daten dieses Falles in eigener Verantwortung erhebt und prüft und die sowohl auf diesen Fall bezogene Ermessensentscheidungen⁴⁴ als auch wertende Entscheidun-

41 Grundlegend *W. Schmidt*, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen AöR 96 (1971), 321, 352; ferner *H. Hill/M. Martini*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* II, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn. 67; *U. Stelkens*, Kontrolle (Selbstkontrolle, Aufsicht, Rechtsschutz) technikunterstützter hoheitlicher Entscheidungen, in: *H. Hill/U. Schliesky* (Hrsg.), *Herausforderung e-Government*, 2009, S. 154 f.; krit. *K. Ritgen*, in: *Bauer u. a.* (Fn. 17), § 35 Rn. 57.

42 *T. Groß*, Die Informatisierung der Verwaltung, *VerwArch* 95 (2004), 400 (410).

43 Zusammenfassend hierzu *U. Stelkens*, Von selbständigen Verwaltungshelfern, Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: Verwaltungsorganisationsrechtliche Folgen der funktionalen Privatisierung und der Organisationsprivatisierung, *Jura* 2016, 1260 (1262) m. w. N.

44 BVerwG, VIII C 1.74 vom 5.6.1974, BVerwGE 45, 189 (195); FG Düsseldorf, 18 K 8833/99 AO vom 13.7.2000, DStRE 2001, 212 (213 f.).

gen trifft, die sich auf den Sachverhalt beziehen, etwa ob bestimmte Angaben als glaubhaft anzusehen sind.⁴⁵ Diese Daten werden in die „automatische Einrichtung“ eingegeben, die nach dem Programm die für die Fallgestaltung, unter die der Einzelfall fällt, vorgesehene Lösung automatisch bearbeitet und ausgibt. Bei dieser Sichtweise konnten die „automatischen Einrichtungen“ nur Hilfsmittel der Behördenmitarbeiter sein, die letztlich nach wie vor selbst (wenn auch arbeitsteilig) die einzelnen Verwaltungsakte erlassen.⁴⁶ Damit konnte der „mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erlassene Verwaltungsakt“ dem Erlass eines Verwaltungsakts mit Hilfe sonstiger Hilfsmittel – wie Literatur, Verwaltungsvorschriften, Berechnungstabellen, Taschenrechnern, Kalendern – gleichgesetzt werden.⁴⁷

Bei Schaffung des VwVfG war somit Leitbild des Verwaltungsverfahrens, das auf Erlass eines „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ gerichtet ist, dass die Automatisierung der Entscheidungsfindung erst *nach* der Erfassung, Bewertung und Verifizierung des für die Entscheidungsfindung relevanten Sachverhalts einsetzt. Die Automatisierung war damit letztlich auf die *Rechtsanwendungs- bzw. Subsumtionsstufe und die Bescheidformulierung* begrenzt. Dabei wurde nicht verkannt, dass schon die simple Vorstrukturierung der Sachverhaltserfassung durch die Eingabemasken der Verwaltungssoftware die Bereitschaft der Behördensachbearbeiter einschränken kann, Sachverhalte als juristische Ausnahmesituationen anzuerkennen und eine untypische Rechtsfolge zu wählen, wenn dies das Programm nicht oder nur mit Zusatzaufwand zulässt.⁴⁸ Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips wurde dies aber letztlich nicht als unüberwindliche Hürde angesehen, sondern auf die

45 Z. B. für Bußgeldbescheid BGH, 5 StR 249/96 vom 5.2.1997, NJW 1997, 1380; OLG Hamm, 4 Ss OWi 1102/94 vom 20.12.1994, NJW 1995, 2937, 2938.

46 So bereits H. P. Bull *Verwaltung durch Maschinen*, 2. Aufl. 1964, S. 68 ff.; ferner OVG Bautzen, 18.12.2014, 5 A 193/12, SächsVBl. 2015, 88 (Rn. 27); BFH, IV R 44/79 vom 15.4.1981, BFHE 133, 250 (252).

47 Vgl. BVerwG, VIII C 1.74 vom 5.6.1974, BVerwGE 45, 189 (191); für Bußgeldbescheid OLG Frankfurt a. M., 1 Ws (B) 189/75 OWiG vom 3.11.1975, NJW 1976, 337 f.; OLG Hamm, 4 Ss OWi 1102/94 vom 20.12.1994, NJW 1995, 2937; LG Frankfurt a. M., 5/9 Qs OWi 719/75 vom 24.7.1975, NJW 1975, 2078 ff.; LG Frankfurt a. M., 5/9 Qs OWi 1469/75 vom 27.2.1976, NJW 1976, 1906 f.

48 S. z. B. G. Britz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 41), § 26 Rn. 60; H. Meyer/H. Borgs (Fn. 17), § 37 Rn. 26; K. Ritgen, in: Bauer u. a. (Fn. 17), § 35 Rn. 56 f.

Notwendigkeit verantwortungsvoller Programmgestaltung verwiesen.⁴⁹ Daher konnte – wie bereits erwähnt⁵⁰ – auch angenommen werden, der Gesetzgeber habe mit den § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG implizit den Einsatz automatischer Einrichtungen als Hilfsmittel bei Erlass von Verwaltungsakten anerkannt.

d) Rückschlüsse für Funktion und Anwendungsbereich des § 35a VwVfG

Vergleicht man dieses „überkommene“ Leitbild des „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ mit den Aussagen in den Gesetzesmaterialien zu § 24 Abs. 1 S. 3 und § 35a VwVfG und im Lichte seiner Verbindung zu § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X, lässt sich zunächst der qualitative Unterschied des voll- gegenüber dem teilautomatisierten Verwaltungsverfahrens erkennen: Die beim „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ gegebene „Vollautomatisierung“ umfasst neben der auch beim „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ gegebenen Automatisierung der Bescheidformulierung und der dieser vorausgehenden Rechtsanwendungsstufe des Verwaltungsverfahrens zusätzlich auch die *Stufe der Sammlung, Auswertung und Verifizierung der Sachverhaltsdaten*. Dies setzt letztlich auch § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG voraus.⁵¹ § 35a VwVfG impliziert insoweit wie § 155 Abs. 4 AO, dass die Behörde den Angaben des Betroffenen zur Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich vertrauen darf.⁵² Die „Vollautomatisierung“ umfasst zudem grundsätzlich auch die Entscheidung über das „Ob“ des Auslösens der weiteren automatischen Bearbeitung, so dass ein begonnenes Verwaltungsverfahren nur durch gezieltes „Aussteuern“ der vollständigen automatischen Bearbeitung entzogen werden kann.⁵³

49 S. z. B. bereits C.-E. Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, 1976, S. 49 ff.; ähnlich T. Groß (Fn. 42), VerwArch 95 (2004), 400 (409).

50 S. bei Fn. 17.

51 D. Kallerhoff/F. Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 24 Rn. 57d.

52 N. Braun-Binder (Fn. 15), 891 (896).

53 Die Folgen (für das Steuerrecht) sehr gut beschreibend C. Ahrendt (Fn. 36), NJW 2017, 537 (539 f.).

Beides wurde im Gesetzgebungsverfahren als so problematisch angesehen, dass die Entscheidung darüber, ob sich bestimmte Verwaltungsverfahren für eine derartige Vollautomatisierung eignen, im Anwendungsbereich des VwVfG nicht der für die Verfahrensdurchführung verantwortlichen Behörde, sondern dem zuständigen (Fach-)Gesetzgeber überlassen bleiben sollte. Derartige Fälle konnten daher auch nicht mehr als durch § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG generell vom Gesetzgeber als zulässig anerkannt angesehen werden, da diese Bestimmungen eben nur teilautomatisiert erlassene Verwaltungsakte betreffen.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund ist zunächst die systematische Stellung und der Bezugspunkt des § 35a VwVfG unglücklich: Abgesehen von seiner Klarstellungsfunktion regelt § 35a VwVfG den „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ – wie bereits hervorgehoben⁵⁵ – nicht als besonders ausgestaltete Verwaltungsakts-Form. § 35a VwVfG regelt vielmehr allein die Frage, unter welchen Voraussetzungen *Verwaltungsverfahren* ausschließlich automationsgestützt (vgl. die Formulierung in § 155 Abs. 4 AO) durchgeführt werden können. Die systematische Stellung des § 35a VwVfG als Bestandteil der Sondervorschriften für Verwaltungsakte verstellt damit den Blick dafür, dass die Frage der Vollautomatisierung von Verwaltungsverfahren eine allgemeine Frage der Organisation des Arbeitsablaufs in einer Behörde ist, die nicht für jedes einzelne Verwaltungsverfahren i. S. des § 9 VwVfG neu zu entscheiden ist.⁵⁶ Daher hätte die in § 35a VwVfG enthaltene Regelung systematisch besser in das Umfeld des § 10 VwVfG gepasst.

Hierdurch wäre auch das Problem vermieden worden, dass § 35a VwVfG auf Grund seiner systematischen Stellung nur eben die Voraussetzungen regelt, unter denen Verwaltungsverfahren, die auf Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet sind, vollständig automatisiert werden dürfen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Behörde Verwaltungsverfahren, die auf Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge i. S. des § 54 VwVfG gerichtet sind,

54 So N. Braun-Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht?, NVwZ 2016, 960 (963 f.); R.-F. Polomski (Fn. 17), S. 85 ff.

55 S. hierzu auch oben im Text bei Fn. 23.

56 S. insoweit für den Unterschied zwischen Verwaltungsverfahren und Ablauforganisation bzw. Geschäftsprozess J. Ziekow, Vom Verwaltungsverfahren über den Geschäftsprozess zum IT-Workflow, in: Hill/Schliesky (Fn. 41), S. 69 f. und 81 f.; ferner M. Eifert, Electronic Government, 2006, S. 142 f.

vollständig automatisieren kann, lassen § 24 Abs. 1 S. 3 und § 35a VwVfG offen. Wie schon der Vergleich mit den in der Privatwirtschaft verbreiteten vollautomatisierten Vertragsabschlussverfahren⁵⁷ zeigt, lassen sich grundsätzlich aber auch Vertragsabschlussablauf und Inhalt öffentlich-rechtlicher Verträge so standardisieren, dass ihr Abschluss seitens der Behörde vollständig automatisch abgewickelt werden kann.⁵⁸ Da § 54 S. 2 VwVfG den öffentlich-rechtlichen Vertrag generell als Alternative zum Erlass eines Verwaltungsakts zulässt,⁵⁹ erscheint es zudem als gerechtfertigt, die Entscheidung, ob ein auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtetes Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchgeführt werden kann, wie beim Verwaltungsakt vom Vorliegen einer entsprechenden Ermächtigung des (Fach-)Gesetzgebers abhängig zu machen. Ob insoweit § 35a VwVfG analog angewendet werden kann, erscheint jedoch fraglich.

Darüber hinaus folgt aus dem Zusammenhang mit § 24 Abs. 1 S. 3 VwGO und § 155 Abs. 4 AO, dass auch dann ein Verwaltungsverfahren vorliegt, das auf einen „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ gerichtet ist, wenn der Workflow des eingesetzten Programms so ausgestaltet ist, dass es Aussteuerungsmöglichkeiten vorsieht, das Programm also den Behördenmitarbeitern von sich aus bestimmte Vorgänge zur individuellen „menschlichen“ Entscheidung „vorlegt“. Daher greift § 35a VwVfG auch dann, wenn Verwaltungsverfahren, die auf Gewährung begünstigender Verwaltungsakte (z. B. einer Genehmigung oder einer Subventionsgewährung) gerichtet sind, so ausgestaltet sind, dass eine antragskonforme Erteilung i.d.R. vollautomatisiert erfolgt, während ihre Ablehnung zwingend einer menschlichen Bearbeitung bedarf. Insoweit kann der „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ auch eine rechtspolitische Alternative zur *Genehmigungsfiktion* i. S. des § 42a VwVfG darstellen.⁶⁰

Extensiv sollte § 35a VwVfG schließlich auch dahingehend ausgelegt werden, dass ein „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ auch dann (noch) vorliegen kann, wenn die Entscheidung

57 Siehe hierzu unten im Text bei Fn. 75.

58 Zu denkbaren Anwendungsfeldern vgl. H. J. Bonk/W Neumann/T. Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 54 Rn. 24 ff.

59 S. nur H. J. Bonk/W Neumann/T. Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 54 Rn. 92 ff.

60 Näher U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35a Rn. 29, 46, § 42a Rn. 5a.

nach § 22 VwVfG, hinsichtlich des „Ob“ und „Wann“ des Beginns des Verwaltungsverfahrens einschließlich der Frage, an wen der Verwaltungsakt gerichtet werden soll (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG), noch eine Willensbetätigung eines Behördenmitarbeiters voraussetzt, das Programm also so ausgestaltet ist, dass dieser den i. Ü. vollautomatisierten Ablauf des Verwaltungsverfahrens willentlich in Gang setzen muss.⁶¹ Im Hinblick auf die Funktionen des § 35a VwVfG ist kein Unterschied zu erkennen zwischen solchen Verwaltungsverfahren, die bereits ohne Mitwirkung eines Behördenmitarbeiters beginnen (in dem der Beteiligte einen Antrag oder eine Erklärung in das System eingibt und hierdurch die vollständig automatische Bearbeitung startet) und solchen Verwaltungsverfahren, in denen zwar nicht der Verfahrensbeginn, aber alle übrigen Verfahrensschritte vollautomatisiert ablaufen. Damit kann § 35a VwVfG etwa auch Verwaltungsverfahren erfassen, deren Beginn für den Beteiligten (erst) dadurch erkennbar wird, dass ihn bereits das System (veranlasst durch einen Behördenmitarbeiter) zur Abgabe von Erklärungen auffordert, die dann im weiteren Verlauf vollständig automatisch bearbeitet werden.

Dagegen besteht in verschiedener Hinsicht ein Bedürfnis nach einem restriktiven Verständnis des Anwendungsbereichs des § 35a VwVfG: Zunächst wurden schon zum Zeitpunkt des Entstehens des VwVfG – und vor Einfügung des § 35a VwVfG – einige Verwaltungsakte „vollautomatisiert“, d. h. ohne jegliches menschliches Zutun, erlassen. Diese Verwaltungsakte sind dennoch als Verwaltungsakte gewertet worden, die – zulässigerweise – „mit Hilfe automatisierter Einrichtungen“ erlassen wurden. Dies betrifft etwa vollautomatisierte Verkehrseinrichtungen, wie schon die durch Lichtzeichen verkündeten Handlungsanweisungen der Verkehrsampeln⁶² oder Verkehrszeichen, die von einer Streckenbeeinflussungsanlage selbständig und in Abhängigkeit vom Verkehrsaufkommen angezeigt werden.⁶³ Dies betrifft aber auch Fälle, in denen auf Grund der Behörde vorliegender bzw.

61 So i. E. wohl auch *H. P. Bull*, Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt, DVBl. 2017, 409 (410); a. A. dagegen wohl *U. Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 9), § 35a Rn. 10.

62 Vgl. BGH, III ZR 242/85 vom 18.12.1986, BGHZ 99, 249 (252); *H. P. Bull* (Fn. 46), S. 93 ff.; *K. Zeidler*, „Verwaltungsfabrikat“ und Gefährdungshaftung, DVBl. 1959, 681 (682 f.).

63 Vgl. BVerwG, 3 C 37/09 vom 23.9.2010, BVerwGE 138, 21 (Rn. 15, 22); *C. Djeffal*, Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung, DVBl. 2017, 808 (815); *K. Ritgen*, in: Bauer u. a. (Fn. 17), § 35 Rn. 53.

ihr von anderen Behörden übermittelter (und bereits anderweitig verifizierter) Daten automatisch Abgabenbescheide gegenüber den der Behörde ebenfalls bekannten Abgabenschuldnern erlassen wurden (und werden).⁶⁴ Beiden Fällen ist gemeinsam, dass in den einzelnen Verwaltungsverfahren keine „echte“ Sachverhaltsermittlung erfolgen muss, bei der individuelle Angaben des Betroffenen verifiziert und auf Plausibilität überprüft werden (müssen), um den jeweiligen Einzelfall entscheiden zu können. Derartige Konstellationen „einfacher Vollautomatisierung“ sind bei Schaffung des § 35a VwVfG nicht in den Blick genommen worden. Hier ist eine Vollautomatisierung immer schon als zulässig erachtet worden und § 35a VwVfG sollte dem erkennbar nicht entgegen steuern. Der Begriff des „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“ des § 35a VwVfG ist daher entsprechend *teleologisch zu reduzieren*.

Aus ähnlichen Gründen dürfte § 35a VwVfG auch insoweit teleologisch zu reduzieren sein als er nach seinem Wortlaut auch die seltenen (aber existierenden) Verwaltungsverfahren erfasst, die (rechtmäßigerweise) allein darauf gerichtet sind, aus einem feststehenden, vorab nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Kreis von Personen ohne Ansehung individueller Merkmale einzelne Personen i. E. nach dem Zufallsprinzip auszuwählen (*Stichprobenauswahl*) und ihnen besondere Pflichten aufzuerlegen oder auch Rechte zu gewähren. Gerade hier garantiert die vollständige Automatisierung eine besondere Objektivität der Auswahl⁶⁵ und bestehen daher die vom Gesetzgeber bei Schaffung des § 35a VwVfG ins Auge gefassten Gefahren nicht.

Aus demselben Grund ebenfalls nicht vom Sinn und Zweck des § 35a VwVfG erfasst wäre der Fall, dass durch Hochschulsatzung angeordnet wird, dass Prüfungsentscheidungen als Ergebnis von online auszufüllenden *Multiple-Choice-Klausuren* vollautomatisiert erlassen werden (nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG gilt auch § 35a VwVfG im Prüfungswesen). Obwohl bei Prüfungsentscheidungen Beurteilungsspielräume anerkannt sind und hier die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums „vollautomatisiert“

64 Für Kfz-Steuerbescheid s. BFH, VII R 59/97 vom 24.3.1998, BFHE 185, 139 ff.; für frühere Telefonrechnung *B. Degrandi* (Fn. 27), S. 52; *H. Meyer/H. Borgs* (Fn. 17), § 28 Rn. 26; *K. Zeidler* (Fn. 62), DVBl. 1959, 681; allg. *P. Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, S. 199.

65 Hier liegt ein Fall vor, in der die im Zufall liegende Willkür gerade den Anforderungen des Willkürverbots entspricht, vgl. *M. Heintzen* (Fn. 37), DÖV 2015, 780, (786).

würde, lassen gerade die Besonderheiten dieser Prüfungsform eine Vollautomatisierung als naheliegend erscheinen.

4. Keine Regelung zur Zulässigkeit des Einsatzes „selbstlernender Algorithmen“

Aus dem bisher Gesagten lässt sich auch entnehmen, dass das VwVfG allein zwischen voll- und teilautomatisierten Verwaltungsverfahren unterscheidet, sich jedoch nicht der Frage annimmt, wie genau das eingesetzte System ausgestaltet sein muss: Als vollständig determiniertes System oder auch als indeterminiertes System, das „selbstlernende Algorithmen“ zum Einsatz bringt – eine Frage, die zur Zeit mangels praktischer Beispiele für derartige Vollautomatisierungen in der Verwaltung allerdings noch nicht wirklich aktuell zu sein scheint.⁶⁶ Der Unterschied zu den determinierten Algorithmen besteht insoweit darin, dass sich das Programm selbst neu programmieren kann, um unerwünschte Ergebnisse der ursprünglich vorgesehenen Bearbeitungsschritte zu vermeiden. Sie sollen anders als determinierte Systeme neue Lösungen für Rechtsprobleme produzieren, die bei der Programmierung noch nicht vorhergesehen wurden.⁶⁷ Damit wird beim Einsatz selbstlernender Algorithmen die Vollautomatisierung letztlich auf die Phase der *Programm- bzw. Softwareentwicklung* ausgedehnt und auch hier der Behördensachbearbeiter ersetzt.

Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Vollautomatisierung auch der Programm(fort-)entwicklung zulässig ist, gibt § 35a VwVfG schon deshalb keine Antwort, weil das VwVfG insgesamt die Verfahren der „Selbstprogrammierung der Verwaltung“ mittels Verwaltungsvorschriften, Konzepten oder auch mittels Computerprogrammen nicht erfasst. Sie lässt sich damit nur unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze rechtsstaatlicher und demokratischer Verwaltung beantworten.

66 S. hierzu und zum Folgenden H. Hill, Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen, in: H. Hill/U. Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, 2015, S. 267 ff.; P. Lazaratos (Fn. 64), S. S. 272 ff.; S. Meyer, Der Einsatz von Robotern zur Gefahrenabwehr in: E. Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 211 (221 ff.); R.-F. Polonski (Fn. 17), S. 98 ff.

67 Vgl. N. Luhmann (Fn. 40), S. 64.

Insoweit mag der Einsatz selbstlernender Algorithmen grundsätzlich noch möglich sein, soweit die Frage, welche Verfahrensergebnisse unerwünscht und daher durch Neuprogrammierung zu korrigieren sind, von einer hierzu demokratisch legitimierten natürlichen Person – ggf. auf „Vorschlag“ des Programms – getroffen wird. Denn ebenso wie bei der Einschaltung von privaten Softwareunternehmen die Behördenmitarbeiter, die für den Einsatz und die „Freischaltung“ des bestellten Programms verantwortlich sind, nicht wissen müssen, wie das Programm technisch erstellt wurde, um eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Eignung des Programms zu treffen,⁶⁸ müssen sie die technische Seite der Eigenprogrammierung des selbstlernenden Algorithmus verstehen. Unter dem Blickwinkel demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Gesichtspunkte ausgeschlossen ist es jedoch, dass die „künstliche Intelligenz“ selbst – und damit unabhängig von den gesetzlichen Vorgaben und denen der zuständigen Behördenmitarbeiter – definiert, welche Ergebnisse unerwünscht und durch Neuprogrammierung zu korrigieren sind.

II. Einzelfragen des § 35a VwVfG und der Rechtsfolgen

Vor dem Hintergrund der geschilderten Funktionen und des Anwendungsbereichs des § 35a VwVfG lassen sich eine Reihe strittiger bzw. vom Gesetzgeber offen gelassener Einzelfragen vollautomatisierter Verwaltungsverfahren im Anwendungsbereich des VwVfG beantworten.

1. Zurechenbarkeit „vollständig automatisch erlassener Verwaltungsakte“

Nach der Gesetzesbegründung „könnten“ Zweifel daran bestehen, ob es sich beim „vollständig von automatischen Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ um einen Verwaltungsakt i. S. des § 35 handelt, da nach der Definition des § 35 die den Verwaltungsakt „charakterisierende Entscheidung oder Feststellung regelmäßig die *Willensbetätigung eines Menschen* voraussetzt.“ Beim Einsatz vollautomatischer Systeme fehle es aber an einer Willensbetätigung im jeweiligen Einzelfall, diese werde vielmehr bei der Programmierung des Systems gleichsam vorweggenommen.⁶⁹ Damit

68 Siehe hierzu im Text vor Fn. 43.

69 S. oben im Text vor Fn. 5.

wird eine schon seit den 1950er Jahren geführte Diskussion zu der Frage angesprochen, inwieweit voll- oder teilautomatisierte Entscheidungen einer Behörde zugerechnet und damit Verwaltungsakt sein können.⁷⁰ Diese Diskussion litt darunter, dass sie die Frage, ob das Ergebnis eines voll- oder teilautomatisierten Verwaltungsverfahrens als Verwaltungsakt der Behörde zugerechnet werden kann, mit der Frage vermengte, welche Grenzen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip der Voll- oder Teilautomatisierung von Verwaltungsverfahren setzt.

Insoweit ist zunächst Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen, dass der Verwaltungsakt, wie er in § 35 VwVfG definiert ist, ein *öffentlich-rechtliches einseitiges Rechtsgeschäft* ist, das durch Bekanntgabe einer im Namen der Behörde abgegebene Willenserklärung zu Stande kommt.⁷¹ Dabei beschreibt der in der Legaldefinition des § 35 VwVfG enthaltene Begriff der „Maßnahme einer Behörde“ (undeutlich) das Element der behördlichen Willenserklärung,⁷² der Begriff „hoheitlich“ (u. a.) das Element der Einseitigkeit,⁷³ während der Begriff der „Regelung“ für die Rechtsfolge steht, die durch die behördliche Willenserklärung herbeigeführt wird, weil sie von der Behörde gewollt ist (und dem Bürger sagt, was für ihn rechtens ist) und

70 Hierzu zusammenfassend etwa P. Lazaratos (Fn. 64), S. 256 ff.; R.-F. Polonski (Fn. 17), S. 73 ff.; ausführlich auch N. Luhmann (Fn. 40), S. 30 ff.

71 Dass der Verwaltungsakt ein „Rechtsgeschäft“, die auf ihren Erlass gerichtete Erklärung der Behörde eine Willenserklärung ist, wurde und wird immer wieder bestritten, weil es sich hierbei um einen „Hoheitsakt“ handle (H. P. Bull [Fn. 46], S. 65 ff.; E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 205 f.; W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 4. Aufl. 1992, S. 41 ff.; ferner C. Ernst, Die Verwaltungserklärung, 2008, S. 85 ff.; U. Rüping, Verwaltungswille und Verwaltungsakt, 1986, S. 32 ff. m. w. N.). Die Diskussion dürfte nicht zielführend sein. Für die Zuordnung des Verwaltungsakts zu den Willenserklärungen und Rechtsgeschäften ausführlich P. Krause Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 189 ff.; ferner W. Kluth, Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung NVwZ 1990, 608; ders., in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 36 Rn. 8; M. Ruffert, in: D. Ehlers/H. Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 21 Rn. 14 f.; R. Schmidt-De Caluwe, Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts, VerwArch 90 (1999), S. 49 (59); zur geschichtlichen Entwicklung in diesem Zusammenhang: M. Engert Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt, 2002, S. 193 f.

72 U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 69.

73 U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 104.

damit den rechtsgeschäftlichen Charakter des Verwaltungsakts hervorhebt.⁷⁴

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, sich jedenfalls hinsichtlich der Frage, ob eine vollautomatisiert abgegebene „Maßnahme“ als Willenserklärung einer Behörde zugerechnet werden kann, an den Kriterien zu orientieren, die im Zivilrecht zur Frage anerkannt sind, inwieweit vollautomatisch abgegebene Willenserklärungen (sog. *Computererklärungen*) demjenigen zuzurechnen sind, für den sie abgegeben werden.⁷⁵ Für die Frage der Zurechnung von Willenserklärungen gilt hier der – unterschiedlich begründete – Grundsatz, dass nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die (oder das) es als Kommunikationssystem nutzt, die Erklärung abgibt.⁷⁶ Dies gilt auch dann, wenn das System auf Grund entsprechender Programmierung „intelligent“, „autonom“ bzw. „selbstlernend“ über die Abgabe konkreter Willenserklärungen entscheidet (sog. intelligente Softwareagenten).⁷⁷ Eine „menschliche“ Willensbildung bezogen auf die Abgabe der konkreten Erklärung ist somit weder für den Tatbestand der Willenserklärung als solcher noch für deren Zurechnung zu demjenigen erforderlich, auf dessen Veranlassung und in dessen Namen die Willenserklärung durch eine automatische Einrichtung abgegeben wird.

74 U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 31, 69.

75 Diese Frage ist von der – hiermit teilw. vermengten (vgl. z. B. J. Taeger, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2016, NJW 2016, 3764 f.) – Frage zu trennen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Person, die (autonom handelnde) Computersysteme in eigenen Angelegenheiten einsetzt (z. B. ein selbstfahrendes Auto) für durch deren Fehlleistungen verursachte Schäden Dritter nach Deliktrecht haftet oder ob insoweit besondere Gefährdungs- bzw. Produkthaftungssysteme geschaffen werden müssen, s. hierzu z. B. C. D. Müller-Hengstenberg/S. Kirm, Intelligente (Software-)Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems, MMR 2014, 307 (309 ff.); G. Spindler, Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?, CR 2015, 766 ff.

76 BGH, X ZR 37/12 vom 16.10.2012, BGHZ 195, 126 (Rn. 17); U. Eisenhardt, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, JZ 1986, 875 ff.; C. D. Müller-Hengstenberg/S. Kirm (Fn. 75), MMR 2014, 307 (308 ff.).

77 Ausführlich K. Cornelius, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353 ff.; ferner z. B. C. Sorge, Softwareagenten, 2006, S. 24 ff.

Es gibt letztlich keinen Grund für die Annahme, für behördliche öffentlich-rechtliche Willenserklärungen, die Produkte vollautomatisierter Verwaltungsverfahren sind, könne und sollte etwas anderes gelten:⁷⁸ Sie sind der Behörde zuzurechnen, auf deren Veranlassung und in deren Namen sie durch die automatische Einrichtung abgegeben werden. Auf die Rechtmäßigkeit des Einsatzes der automatischen Einrichtung und des Umfangs der Automatisierung des Verwaltungsverfahrens kommt es dabei ebenso wenig an wie auf die Rechtmäßigkeit des erlassenen Verwaltungsakts im Übrigen oder die Frage, ob der Verwaltungsakt durch die automatische Einrichtung auf Grund eines determinierten oder eines indeterminierten Algorithmus⁷⁹ „autonom“ erlassen wird.⁸⁰ Dass der konkrete Verwaltungsakt von einem *menschlichen* Willen getragen ist, ist damit für die „rechtsgeschäftliche“ *Zurechnung* zur Behörde und damit für das Vorliegen eines Verwaltungsakts i. S. des § 35 VwVfG nicht erforderlich. Insoweit gelten für die Zurechnung letztlich dieselben Grundsätze, wie sie für die behördliche Einschaltung privater Unternehmen beim Erlass von Verwaltungsakten aus dem *Grundsatz der Selbstorganschaft*⁸¹ entwickelt worden sind.⁸² Damit fingiert § 35a VwVfG nicht den „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ als Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG, sondern beschränkt sich darauf, die hier genannten Zurechnungsgrundsätze klarzustellen. Eine „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Maßnahme“ kann folglich auch unabhängig von § 35a VwVfG bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 35 VwVfG als „Maßnahme einer Behörde“ Verwaltungsakt sein. Dies war im Fall „einfacher

78 So wohl auch *H. P. Bull* (Fn. 61), DVBl. 2017, 409 (416 f.).

79 Siehe hierzu näher im Text bei Fn. 66.

80 *K. Müller-Heidelberg* (Fn. 40), DVBl. 1961, 11 (12 f.); *R.-F. Polomski* (Fn. 17), S. 88 ff.; *K. Ritgen*, in: *Bauer u. a.* (Fn. 17), § 35 Rn. 53 f.; a. A. *z. B. P. Lazaratos* (Fn. 64), S. 277 (der eine Zurechnung bei einem nicht mehr determinierten Computersystem ausschließt); ähnlich wohl *N. Braun-Binder* (Fn. 54), NVwZ 2016, 960, (963 f.); *B. Degrandi* (Fn. 27), S. 74 f.

81 S. oben im Text bei Fn. 43.

82 Zusammenfassend zu diesen Grundsätzen: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 35 Rn. 60 (m. w. N.); zur Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf den Erlass vollautomatisierter Verwaltungsakte wie hier: *A. Guckelberger*, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, in: *S. van Oostrom/S. Weth* (Hrsg.), *Festschrift für Maximilian Herberger*, 2016, S. 397, 412; a. A. *M. Martini/D. Nink*, *Wenn Maschinen entscheiden... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (2).

Vollautomatisierung⁸³ auch schon immer anerkannt. Hiervon ist die – nach anderen Kriterien zu beurteilende⁸⁴ – Frage zu unterscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Behörde für fehlerhafte vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakt nach amtschaftungsrechtlichen Grundsätzen (Verschuldensproblematik!) einzustehen hat.⁸⁵

Wie bereits erwähnt gelten diese Zurechnungsgrundsätze auch dann, wenn die Vollautomatisierung entgegen dem „Rechtsvorschriftenvorbehalt“ des § 35a VwVfG und damit ohne besondere fachrechtliche Ermächtigung allein durch behördliche Organisationsentscheidung eingeführt worden ist. Auch wenn nach dem Wortlaut des § 35a VwVfG die Behörde nur bei Beachtung des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“ einen Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen „kann“, heißt dies nicht, dass bei Nichtbeachtung des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“ ein dennoch vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt mangels Zurechenbarkeit zu einer Behörde als Schein-Verwaltungsakt zu behandeln wäre.⁸⁶ Daher ist das „kann“ in § 35a VwVfG als „darf“ zu lesen⁸⁷ und unter Verstoß gegen § 35a VwVfG „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte“ mit Widerspruch und Anfechtungsklage anfechtbar.

Wird ein vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren unter Nichtbeachtung des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“ des § 35a VwVfG und sonstiger Grenzen eingeführt, sind die so erlassenen Verwaltungsakte jedoch allein deshalb rechtswidrig. Wegen der fließenden Grenzen zwischen der nicht

83 Siehe oben im Text bei Fn. 64.

84 Zur Notwendigkeit der Differenzierung zwischen der Zurechnung von Willenserklärungen und der Zurechnung tatsächlichen Handelns s. *U. Stelkens* Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 145 ff.

85 Vgl. hierzu *U. Stelkens*, Staatshaftung und E-Government - Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Hill/Schliesky (Fn. 66), S. 191 (213 f.). In diesem Zusammenhang wurde teilweise schon früh die Schaffung besondere öffentlich-rechtliche Gefährdungstatbestände gefordert, s. hierzu *P. Lazaratos* (Fn. 64), S. 381 ff.; *S. Meyer* (Fn. 66), S. 211 (216 ff); *H. Popper*, Rechtsprobleme der automatisierten Verwaltung, DVBl. 1977, 509 (513); *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 452 ff.; *K. Zeidler* (Fn. 62), DVBl. 1959, 681, 685 ff.

86 Zum Vorliegen eines Schein-Verwaltungsakts bei fehlender Zurechnungsmöglichkeit zu einer Behörde s. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 62.

87 So i. E. auch *E.-W. Luthe* (Fn. 26), SGB 2017, 250 (251); *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

dem „Rechtsvorschriftvorbehalt“ des § 35a VwVfG unterfallenden Teilautomatisierung des Verwaltungsverfahrens und seiner Vollautomatisierung dürfte dagegen Nichtigkeit i. S. des § 44 Abs. 1 VwVfG kaum anzunehmen sein⁸⁸. Auch insoweit sind die Rechtsfolgen rechtswidrig vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt mit den Rechtsfolgen des Erlasses eines Verwaltungsakts unter Verstoß gegen den *Grundsatz der Selbstorganschaft* vergleichbar.

2. Bedeutung des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“ des § 35a VwVfG

Wie bereits mehrfach erwähnt, überlässt es § 35a VwVfG im Anwendungsbereich des VwVfG – im Gegensatz zu § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X – nicht dem Verfahrens- und Organisationsermessen der zuständigen Behörde, Verwaltungsverfahren vollständig automationsgestützt durchzuführen, sondern verlangt hierfür eine Zulassung durch „Rechtsvorschrift“, die zudem nur dann erfolgen soll, wenn „weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht“. Wie Eingangs bereits erwähnt, ist dabei *Zweck des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“* v. a. sicherzustellen, dass – angesichts des weiten Anwendungsbereichs des VwVfG – nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden, diese Entscheidung also nicht außerhalb des förmlichen Rechtsetzungsverfahrens allein durch die zuständige Behörde im Rahmen ihres Verfahrens- und Organisationsermessens getroffen werden kann. § 35a VwVfG schränkt damit die behördlichen Verfahrensgestaltungsmöglichkeiten ein und weist die Entscheidung über das „Ob“ der Vollautomatisierung des Vollzugs eines konkreten Fachgesetzes – als letztlich wesentliche Entscheidung – dem (Fach-)Gesetzgeber zu, wenn auch nicht ohne diesen zugleich warnend auf mögliche Grenzen einer Vollautomatisierung hinzuweisen. Zu Recht spricht *Lorenz Prell*⁸⁹ dem „Rechtsvorschriftenvorbehalt“ zudem eine zusätzliche Schutzfunktion für den Normgeber selbst zu: Bei automatisierten Verwaltungsverfahren steige mit zunehmender Komplexität auch der Zeit-

88 *E.-W. Luthe* (Fn. 26), SGB 2017, 250 (252 ff.); *U. Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 9), § 35a Rn. 20; *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

89 *L. Prell*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 22), § 35a Rn. 12.

aufwand für erforderliche Anpassungen und Umsteuerungen der verwendeten Systeme stark an,⁹⁰ so dass dies zu einer Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Fachgesetzgebers führe, wenn dessen Entscheidungen nur noch mit erheblicher Zeitverzögerung umgesetzt werden können.⁹¹ Ergänzend ist noch auf das gesteigerte Staatshaftungsrisiko als Folge von Fehlprogrammierungen hinzuweisen,⁹² das ebenfalls als geboten erscheinen lässt, dass auch der zuständige „Rechtsvorschriftengeber“ – und nicht allein die Behörde – die Verantwortung zumindest für das „Ob“ einer möglichen Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens übernimmt.

Die Reichweite und Funktionsweise des „Rechtsvorschriftenvorbehalts“ des § 35a VwVfG ist jedoch nicht in jeder Hinsicht eindeutig und bedarf näherer Konkretisierung.

a) Notwendigkeit einer Zulassung durch „Rechtsvorschrift“

Mit „Rechtsvorschrift“ i. S. des § 35a VwVfG sind zunächst – wie auch sonst im VwVfG⁹³ – formelle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen gemeint, nicht aber Verwaltungsvorschriften.⁹⁴ Eine „Zulassung“ durch Rechtsvorschrift i. S. des § 35a VwVfG ist erforderlich, damit „ein“ Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden kann. Damit ist natürlich nicht gemeint, dass der vollautomatische Erlass jedes einzelnen Verwaltungsakts gesondert durch Rechtsvorschrift zugelassen werden muss, sondern die Rechtsvorschrift muss konkret das zu vollziehende Fachgesetz und die Verwaltungsverfahren beschreiben, für die innerhalb des Anwendungsbereichs des Fachgesetzes eine vollautomatisierte Bearbeitung ermöglicht werden soll.

Dies wirft die Frage auf, auf was sich die „Zulassung“ überhaupt beziehen muss, wie konkret sie zu sein hat. Insoweit zeigt der Zusammenhang

90 Hierzu auch *G. Britz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 41), § 26 Rn. 65.

91 Hierzu auch *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1277).

92 S. hierzu *U. Stelkens* (Fn. 41), S. 191 (209 ff.).

93 S. nur *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), s. § 1 Rn. 211 ff.

94 *H. P. Bull* (Fn. 61), DVBl. 2017, 409 (411); *A. Guckelberger* (Fn. 82), S. 397 (402); *M. Martini/D. Nink* (Fn. 82), NVwZ-Extra 10/2017, 1, 2; Wie hier *U. Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 9), § 35a Rn. 12; *T. Siegel* (Fn. 22), DVBl. 2017, 24 (26); nur Gesetz und Rechtsverordnung halten für möglich *L. Prell*, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 22), § 35a Rn. 11; *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

des § 35a VwVfG mit § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X, dass sich die fachrechtliche Zulassung allein auf die grundsätzliche Möglichkeit der Vollautomatisierung beziehen muss, es aber nach wie vor dem Organisations- und Verfahrensermessen der Behörde überlassen bleibt, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch macht und wie genau die Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens durchgeführt werden soll, welches konkrete Programm also zum Einsatz kommen soll. Dem Erfordernis der „Zulassung durch Rechtsvorschrift“ wird also schon dann Rechnung getragen, wenn ein Fachgesetz – ähnlich wie § 31a SGB X – sehr umfassend eine Vollautomatisierung für alle Verwaltungsverfahren in seinem Anwendungsbereich unter dem Vorbehalt zulässt, dass sie sich hierfür eignen. Dies bedeutet aber auch, dass die „Zulassung“ durch Rechtsvorschrift die Behörde nicht dazu ermächtigt, Programme einzusetzen, die im Interesse der technischen Umsetzbarkeit des „Vollautomatisierungsauftrags“ auf die Überprüfung des Vorliegens einzelner gesetzlicher Tatbestandsmerkmale gänzlich verzichten.

Die *Gesetzgebungskompetenz* für die Ausübung des Rechtsvorschriftenvorbehalts des § 35a VwVfG richtet sich nach Art. 84 Abs. 1, Art. 85 Abs. 1 GG, so dass die Länder bei fehlender abschließender bundesrechtlicher Regelung ggf. auch uneinheitlich den vollständig automatischen Vollzug eines Bundesgesetzes anordnen können und der Bund allenfalls mit Zustimmung des Bundesrats den Einsatz vollautomatisierter Verwaltungsverfahren auch mit Wirkung für die Länder anordnen oder vollständig ausschließen darf. Wegen § 1 Abs. 3 VwVfG (des Bundes), der i. E. zu einer Geltung (auch) des § 35a VwVfG (des Bundes) nur für Verwaltungsverfahren führt, die von Bundesbehörden durchzuführen sind,⁹⁵ kann § 35a VwVfG (des Bundes) selbst jedenfalls nicht die entsprechenden Gesetzgebungsbefugnisse der Länder begrenzen, selbst soweit die Länder Bundesrecht vollziehen. Generell folgen aus § 35a VwVfG (des Bundes) demnach keine Begrenzungen für den Landesgesetz-, Landesverordnungs- und Landessatzungsgeber. Diese treten bzw. traten erst nach Übernahme der Regelung des § 35a VwVfG in das jeweilige Landes-VwVfG ein.

Soll die Zulassung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren durch *Rechtsverordnung* erfolgen, stellt sich die Frage, ob bereits allgemeine gesetzliche Verordnungsermächtigungen „zur Regelung des Verwaltungsverfahrens“ oder mit ähnlichen allgemeinen Formulierungen eine hinreichend

95 S. nur H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), s. § 1 Rn. 68 ff.

bestimmte Verordnungsermächtigung bieten, oder ob die Verordnungsermächtigung gezielt zur Einführung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren ermächtigen muss. Wegen der der Schaffung des § 35a VwVfG zu Grunde liegenden Annahme des Gesetzgebers, dass es sich bei Einführung eines vollautomatisierten Verwaltungsverfahrens gegenüber der bisher üblichen Teilautomatisierung um einen qualitativen Sprung handelt, der letztlich zu einer wesentlichen Änderung des Vollzugs der jeweiligen Gesetze führen kann, spricht viel für die Notwendigkeit einer Ermächtigung, die speziell auch zur Einführung der Vollautomatisierung berechtigt. Zumindest wirkt sich der 2. Halbsatz des § 35a VwVfG (des Bundes) als bundesgesetzgeberische „Sperre“ dahingehend aus, dass auf Grund allgemeinen Verordnungsermächtigungen zur Regelung des Verwaltungsverfahrens des Bundes keine Vollautomatisierung in Verwaltungsverfahren mit Ermessen oder Beurteilungsspielräumen angeordnet werden darf. Für landesrechtliche Verordnungsermächtigungen gilt entsprechendes, sobald und soweit § 35a VwVfG in das jeweilige Landes-VwVfG überführt worden ist.

Als unter die *kommunale Organisationshoheit* fallende Regelung⁹⁶ wird im kommunalen Bereich die Einführung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren allein durch *Satzung* auch bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zulässig sein, wenn dies nicht ausdrücklich durch Gesetz ausgeschlossen wird. Eine solche Satzung ist dann aber auch notwendig, soweit kein Fall „einfacher“ Vollautomatisierung vorliegt, für den § 35a VwVfG auf Grund teleologischer Reduktion nicht greift.⁹⁷ Ferner wirkt sich § 35a Halbsatz 2 VwVfG – mit Wirkung für landesunmittelbare Selbstverwaltungskörperschaften erst, soweit und sobald er in das jeweilige Landes-VwVfG überführt worden ist – auch hier als allgemeine gesetzgeberische „Sperre“ dahingehend aus, dass durch Satzung keine Vollautomatisierung in Verwaltungsverfahren mit Ermessen oder Beurteilungsspielräumen angeordnet werden darf. Auch dies gilt aber nur, soweit kein Fall „einfacher“, von § 35a VwVfG nicht erfasster Vollautomatisierung“ vorliegt; dies wäre etwa im Fall einer *Hochschulsatzung* gegeben, die zur vollautomatisierten Bewertung von Multiple-Choice-Klausuren ermächtigt.⁹⁸

96 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04 vom 20.12.2007, BVerfGE 119, 331, (374).

97 S. oben im Text bei Fn. 64.

98 S. oben im Text nach Fn. 65.

Ermöglicht das Fachrecht ein vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren, bedeutet dies schließlich nur eine Ermächtigung, keine Verpflichtung dazu, alle in Frage kommenden Verwaltungsakte vollständig durch automatische Einrichtungen zu erlassen. Eine „Aussteuerung“ zur individuellen Bearbeitung durch einen Behördensachbearbeiter kann für sich genommen jedenfalls die Rechte der Beteiligten nicht verletzen.⁹⁹

- b) Einführung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren nur bei strikt gebundenen Entscheidungen?

Mit dem Zusatz „und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht“, soll i. S. einer Warnung der Fachgesetzgeber darauf hingewiesen werden, dass sich nicht alle Verwaltungsverfahren für eine Vollautomatisierung eignen, und dass er sich, – wenn er sich über die Begrenzung des § 35a VwVfG hinwegsetzen will – den besonderen rechtsstaatlichen Anforderungen an vollautomatisierte Verwaltungsverfahren bewusst bleiben soll.¹⁰⁰ Dies ist eher ein Akt symbolischer Gesetzgebung: Als einfaches Bundesgesetz kann § 35a VwVfG jedenfalls die Einführung von vollautomatisierten Verwaltungsverfahren durch gleichrangiges formelles Bundesfachgesetz auch bei nicht-gebundener Verwaltung nicht verbieten.¹⁰¹ Gegenüber den Landesgesetzgebern greift § 35a VwVfG (des Bundes) ohnehin nicht.¹⁰²

Es ist zudem zweifelhaft, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, Verwaltungsverfahren, die sich für eine Vollautomatisierung nicht eignen, weil für die zu treffende Entscheidung eine „*menschliche Willensbetätigung*“ notwendig ist,¹⁰³ mit der Bezugnahme auf „Ermessen“ und „Beurteilungsspielräume“ sachgerecht zu beschreiben. Der von § 35a VwVfG intendierte Ausschluss vollautomatisierter Verwaltungsverfahren für *Ermessensfälle* erscheint jedenfalls nur dann als gerechtfertigt, wenn für die Frage, ob i. S. des § 35a VwVfG „Ermessen besteht“, nicht auf das allgemeine, sich aus dem zu vollziehenden Fachgesetz ergebende Prüfprogramm abgestellt wird,

99 A. Guckelberger (Fn. 82), S. 397 (402).

100 H. Schmitz/L. Prell (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

101 Wie hier U. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 9), § 35a Rn. 13.

102 S. oben im Text bei Fn. 95.

103 S. oben im Text bei Fn. 5.

sondern auf die in einem konkreten Verwaltungsverfahren tatsächlich vorzunehmenden individuellen Ermessensentscheidungen.¹⁰⁴ Denn schon die Grundsätze über die Selbstbindung der Verwaltung setzen voraus, dass auch eine Standardisierung und Typisierung von Ermessensentscheidungen nicht nur grundsätzlich möglich, sondern letztlich im Hinblick auf Gleichbehandlung und Transparenz auch erwünscht ist.¹⁰⁵ Insoweit ist – auf der Basis der Annahme, dass Computerprogramme der Verwaltung mit Verwaltungsvorschriften gleichzusetzen seien¹⁰⁶ – bereits vor Inkrafttreten des § 35a VwVfG angenommen worden, eine automatisierte Entscheidungsfindung sei in diesen Standardfällen zulässig.¹⁰⁷ Eine individuelle, auf die Besonderheiten des Einzelfalls zugeschnittene Ermessensentscheidung, die als Ergebnis einer komplexen Bewertung der vorliegenden Sachverhaltsdaten sowie des Zwecks der Ermessensermächtigung und ihrer gesetzlichen Grenzen einer Standardisierung und damit einer Automatisierung entzogen ist, ist hiernach nur bei atypischen und daher bei der behördlicher „Selbstprogrammierung“ nicht vorhergesehenen Sonderfällen notwendig.

Eine Vollautomatisierung von Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass von Ermessens-Verwaltungsakten gerichtet sind, erscheint daher jedenfalls solange möglich, wie es gelingt, den Vorgaben des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG bei der Programmierung Rechnung zu tragen und im Fall von bei der Programmierung nicht vorhergesehenen Sachverhaltskonstellationen eine „Aussteuerung“ des konkreten Verwaltungsverfahrens zu bewirken.¹⁰⁸ Dies kann – wie etwa von § 155 Abs. 4 S. 3 i. V. mit § 150 Abs. 7 AO vorgesehen – dadurch ermöglicht werden, dass in der jeweiligen Abfragemaske dem Betroffenen ermöglicht wird, Angaben zu machen, die nach seiner Auffassung für eine atypische Situation seines Falles sprechen. Jedenfalls bei Ver-

104 So wohl auch *N. Braun-Binder* (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (894); *E.-W. Luthe* (Fn. 26), SGB 2017, 250 (255).

105 Vgl. *U. Stelkens*, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen VVDStRL 71 (2012), 369 (380 ff. und 403 ff.).

106 Siehe hierzu Fn. 41.

107 *P. Lazaratos* (Fn. 64), S. 223 f.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 18 Rn. 11; *R.-F. Polonski* (Fn. 17), S. 56.

108 *N. Braun-Binder* (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (894); ähnlich *C. Djeflal* (Fn. 63), DVBl. 2017, 808 (814 f.); *E.-W. Luthe* (Fn. 26), SGB 2017, 250 (257); *T. Siegel* (Fn. 22), DVBl. 2017, 24, 26. Teilweise wird die Prämisse nicht geteilt, es müsse bei der Standardisierung von Ermessensentscheidungen Raum für individuelle Ermessensbetätigung bei atypischen Sachverhaltskonstellationen geben: *M. Eifert* (Fn. 56), S. 129 ff.

waltungsverfahren, die auf Erlass begünstigender Verwaltungsakte gerichtet sind, kann eine „menschliche“ Einzelfallprüfung zudem auch – unter Inkaufnahme eines geringeren Rationalisierungseffekts – auch dadurch gewährleistet werden, dass nur die antragsgemäße Gewährung der Begünstigung vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen wird, während das Nichtvorliegen der „einprogrammierten“ Gewährungsvoraussetzungen zur „Aussteuerung“ des Verfahrens zur individuellen Entscheidung durch einen Behördenmitarbeiter (und nicht zur vollautomatisierten Antragsablehnung) führt.

Eine Vollautomatisierung von Ermessensentscheidungen ist aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn sich das Entschließungs- und Auswahlermessen einer Pauschalierung bzw. Standardisierung entzieht, weil die Anlassfälle wegen der Varianz der bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte (auch im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeine gesetzliche Ermessensgrenze) letztlich eine individuelle Entscheidung notwendig machen. Dies dürfte eine Vollautomatisierung im Bereich der *Gefahrenabwehr*¹⁰⁹ und bei der Festlegung von *Sanktionen* i.d.R. ausschließen,¹¹⁰ jedenfalls soweit der Bagatellbereich verlassen wird. Ferner ist unstrittig, dass die im Rahmen des *Planungs-* und *Regulierungs-*ermessens zu treffenden Abwägungsentscheidungen mangels Standardisierbarkeit zwar automationsgestützt,¹¹¹ nicht aber vollständig durch automatische Einrichtungen getroffen werden können.¹¹²

Nicht einsichtig ist umgekehrt, weshalb § 35a VwVfG gerade (und nur) an das Vorliegen von *Beurteilungsspielräumen* die Vermutung einer generellen Ungeeignetheit vollautomatisierter Verwaltungsverfahren knüpft: Denn der Blick aus der für die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Automatisierung eines Verwaltungsverfahrens einzunehmenden behördlichen ex-ante-Perspektive schaut auf Fragen der zweckmäßigen Gestaltung und möglichen Standardisierung des Verwaltungsverfahrens und die insoweit zu beachtenden rechtsstaatlichen Vorgaben. Dagegen ist für die Qualifizierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs als Beurteilungsspielraum maßgeblich eine gerichtliche ex-post Perspektive, aus der beurteilt wird, in

109 T. Siegel (Fn. 22), DVBl. 2017, 24 (26).

110 So für teilautomatisierte Festsetzung von Verspätungszuschlägen FG Düsseldorf, 18 K 8833/99 AO vom 13.7.2000, DStRE 2001, 212 (213 f.).

111 T. Siegel, Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch 105 (2014), 241 (258 f.)

112 T. Siegel (Fn. 22), DVBl. 2017, 24 (26).

welchem Umfang die Gesetzeskonformität des (wie auch immer) erlassenen Verwaltungsakts gerichtlich überprüft werden kann. So gewährt das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums keine Freiheit von der behördlichen Pflicht, die für die Anwendung des Beurteilungsspielraums notwendigen Sachverhaltsdaten (im Wege der Amtsermittlung) zu sammeln, auszuwerten und zu verifizieren,¹¹³ während das „Neue“ der von § 35a VwVfG in den Blick genommenen Vollautomatisierung gegenüber der „klassischen“ Teilautomatisierung eines Verwaltungsvorgangs darin liegt, dass gerade auch der Vorgang der Sammlung, Auswertung und Verifizierung der Sachverhaltsdaten automatisiert wird.

Entscheidend für die Annahme des Gesetzgebers, Verwaltungsvorgänge, die der Vollziehung von Normen mit Beurteilungsspielräumen dienen, könnten nicht vollautomatisiert durchgeführt werden, dürfte daher weniger die insoweit bestehende beschränkte gerichtliche Kontrolle gewesen sein als die Annahme, bei Beurteilungsspielräumen sei eine Bewertung der Sachverhaltsdaten, ihre Gewichtung im Hinblick auf ihre „Subsumtionsrelevanz“ und v. a. die Bestimmung des Umfangs der zu ermittelnden Daten zu komplex, um die insoweit notwendigen Verfahrensschritte in ein Computerprogramm zur „selbständigen Erledigung“ zu übersetzen.¹¹⁴ Dieses Problem teilen sich Normen mit Beurteilungsspielräumen aber mit zahlreichen Normen, deren Tatbestand durch unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielräume umschrieben wird, selbst wenn sie als Rechtsfolge gebundene Verwaltung vorsehen,¹¹⁵ wie etwa § 35 Abs. 1 S. 1 GewO oder § 53 Abs. 1 AufenthG.

Statt auf Beurteilungsspielräume abzustellen, wäre es daher naheliegender gewesen, zur Umschreibung der für eine Vollautomatisierung ungeeigneten Verwaltungsvorgänge auf das (heute) in Art. 22 der Datenschutz-GrundVO¹¹⁶ (DSGVO) geregelte sog. *Profiling-Verbot* zurück zu greifen. Art. 22 DSGVO gewährt insoweit grundsätzlich jeder Person (auch gegen-

113 S. nur M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 40 Rn. 221, 224.

114 Wie hier wohl A. Berger, Digitales Vertrauen – Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektive, DVBl. 2017, 804 (808); E.-W. Luthe (Fn. 26), SGB 2017, 250 (254 f.); auf beschränkte Gerichtskontrolle abstellend dagegen H. Schmitz/L. Prell (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

115 Wie hier H. Schmitz/L. Prell (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1276).

116 Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung).

über der Verwaltung) das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Unter *Profiling* ist nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten“ zu verstehen, „die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.“

Dies schließt Vollautomatisierung von Verwaltungsverfahren in diesen Bereichen aus, soweit nicht besondere Sicherungsinstrumente zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person gesetzlich vorgesehen sind. Dem liegt die Bewertung zu Grunde, dass die in Art. 4 Nr. 4 DSGVO genannten, auf die individuelle Persönlichkeit zielenden Merkmale einer generalisierenden und damit auch automatisierbaren Bewertung nicht zugänglich sind.¹¹⁷

Für die Frage, ob sich der Vollzug eines konkreten Fachgesetzes für die Etablierung vollautomatisierter Verwaltungsverfahren eignet, ist damit – entgegen dem Wortlaut des § 35a VwVfG – nicht das Nicht-Vorliegen eines Beurteilungsspielraums entscheidend, sondern die Frage, inwieweit in bestimmten Verwaltungsverfahren die Sachverhaltsermittlung und -bewertung in einer Weise standardisiert werden kann, dass die von der „automatischen Einrichtung“ getroffenen Entscheidungen den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen gerecht werden. Dabei kann das „Einbauen“ automatischer „Aussteuerung“ in Zweifelsfällen durchaus berücksichtigt werden. Dabei zeigt § 155 Abs. 4 AO, dass Möglichkeiten der Vollautomatisierung nicht nur in einfach strukturierten (bipolaren) unechten Massenverfahren bestehen, sondern auch bei rechtlich komplizierten Entscheidungen, bei denen eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe anzuwenden sind, solange keine personenbezogenen oder individuellen Bewertungen zu treffen sind.

117 Ausführlich hierzu *M. Martini/D. Nink* (Fn. 82), NVwZ-Extra 10/2017, 1 (2 ff.); ferner *M. Martini*, Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (452 f.).

3. Rechtsfolgen zulässiger Vollautomatisierung

Da § 35a VwVfG klarstellt, dass auch der „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ ein Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG ist, sind an das Vorliegen derartiger Verwaltungsakte grundsätzlich alle diejenigen Rechtsfolgen in verwaltungsverfahrenrechtlicher (§§ 9 ff. VwVfG), prozessrechtlicher (§ 42, § 68 ff. VwGO), verwaltungsvollstreckungsrechtlicher und materiellrechtlicher (§§ 43 ff. VwVfG) Art zu knüpfen, die auch sonst an das Vorliegen eines Verwaltungsakts geknüpft werden, soweit das Fachrecht – insbesondere die die Vollautomatisierung zulassende Rechtsvorschrift – nichts anderes bestimmt. Gerade die Pflicht zur Beachtung verfahrensrechtlicher Vorschriften auch bei vollautomatisiert durchgeführten Verwaltungsverfahren, stellt allerdings hohe Anforderungen an den Programmaufbau:

Dies betrifft bereits die Frage, in welcher Form bei vollautomatisierten Verfahren dem Recht, sich im Verwaltungsverfahren (auch anwaltlich) vertreten zu lassen, aus § 14 VwVfG Rechnung zu tragen ist. Muss in derartigen Verfahren generell die Möglichkeit geschaffen werden, dass sie durch einen Bevollmächtigten für einen Beteiligten unter Offenlegung der Bevollmächtigung (und nicht verdeckt durch Verwendung des „Accounts“ des Beteiligten) durchgeführt werden können? Dies ist ein generelles Problem der „Einprogrammierung“ der Möglichkeit einer Bevollmächtigung in automatisierte Verfahrensabläufe und muss bezogen auf einzelne Verfahrensgestaltungen getrennt beurteilt werden.¹¹⁸

Umgekehrt können in vollautomatisierten Verwaltungsverfahren mangels „menschlicher Bearbeitung“ die Befangenheitsvorschriften der § 20, § 21 VwVfG „an sich“ nicht greifen,¹¹⁹ jedoch muss ihre Beachtung sichergestellt werden, sobald und soweit eine „Aussteuerung“ des Verfahrens zum Zwecke „menschlicher Bearbeitung“ erfolgt.

Ferner zeigt gerade der neu gefasste § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG, dass die Vollautomatisierung eines Verwaltungsverfahrens nicht von der Amtsermittlungspflicht entbindet. Dies macht auch eine entsprechende Programm-

118 P. Preuß, in: Bauer u. a. (Fn. 17), § 14 Rn. 7.

119 H. Schmitz/L. Prell (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1277).

gestaltung notwendig, die es dem Beteiligten – etwa in vorgesehenen Freitextfeldern – ermöglicht Besonderheiten ihres Falles vorzubringen.¹²⁰ Dieses Vorbringen muss zudem auch zu einer „Aussteuerung“ des Verfahrens zur „menschlichen Bearbeitung“ führen, jedenfalls soweit sie sich als bedeutsam erweisen.

Die Vollautomatisierung des Verfahrens entbindet die Behörde auch nicht von den Beratungspflichten des § 25 Abs. 1 VwVfG.¹²¹ Je nach Komplexität des Verfahrensgegenstandes, seiner Bedeutung für den Betroffenen und anzunehmender Betreuungsbedürftigkeit dürfte der Beratungsbedarf bei vollautomatisierten Verwaltungsverfahren eher steigen. Von besonderer Bedeutung für die notwendige Akzeptanz der Vollautomatisierung von Verwaltungsverfahren (auch) durch rechtsunkundige Betroffene dürfte insbesondere sein, dass für die Beratung auch ein menschlicher Ansprechpartner (ggf. über eine „Hotline“) zu angemessenen Zeiträumen zur Verfügung steht und der Betroffene nicht ausschließlich mit allgemein formulierten FAQ-Antworten abgespeist wird.¹²²

Umstritten scheint zu sein, ob auf einen „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakt“ auch die Verfahrenserleichterungen gelten, die § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 VwVfG für „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte“ vorsehen. Insoweit kann nach dem bisher Gesagten festgehalten werden, dass es sich beim „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“ nicht um ein *aliud*, sondern um einen Unterfall des „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakts“¹²³ handelt.

Dennoch können § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG heute weder auf „vollständig durch automatische Einrichtungen“ noch selbst auf „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ erlassene Verwaltungsakte mehr angewandt werden, sofern moderne EDV-Anlagen verwendet und nicht über-

120 S. hierzu und zum Folgenden: D. Kallerhoff/F. Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 24 Rn. 57a ff.

121 Hierzu auch D. Kallerhoff/F. Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 25 Rn. 34.

122 Hierzu U. Stelkens (Fn. 41), S. 149 (155 f.).

123 Von einem *aliud*-Verhältnis ausgehend dagegen N. Braun-Binder (Fn. 54), NVwZ 2016, 960 (963 f.); NVwZ 2016, 960, 963 f.; N. Braun-Binder (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (895).

kommene Großrechenanlagen aus den 1950er- bis 1970er Jahre „aufgebraucht“ werden sollen.¹²⁴ Denn die in § 37 Abs. 5 und § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG erhaltenen Formerleichterungen tragen Problemen aus den Anfängen der „Verwaltungsautomation“ Rechnung, die bei Verwendung heutiger Hard- und Software schlicht nicht mehr bestehen: Früher mag die Speicherung auch des Namens des Sachbearbeiters (§ 37 Abs. 5 S. 1 VwVfG) erhebliche Mehrkosten verursacht haben, heute nicht mehr. Auch die Zulassung der Verwendung von Schlüsselzeichen (§ 37 Abs. 5 S. 2 VwVfG) und das Absehen von einer Begründung (§ 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG) trug der eingeschränkten Speicherkapazität früherer Großrechenanlagen Rechnung. Diese Bestimmungen sollte zudem aber auch die Dauer des Ausdrucks des Bescheides mit Hilfe der früheren Nadeldrucker möglichst gering halten,¹²⁵ ein Problem das sich bei Verwendung moderner Drucker ebenfalls nicht mehr stellt. Werden moderne Datenverarbeitungsanlagen verwendet, ist die Inanspruchnahme der Möglichkeiten des § 37 Abs. 5 und des § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG daher zwingend ermessensfehlerhaft. Es handelt sich mittlerweile um „totes Recht“.

Dagegen ermöglicht § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auch bei belastenden „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakten“ ein Absehen von der Anhörung, eben weil auch diese Verwaltungsakte „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte“ sind.¹²⁶ Im Rahmen der Ermessensentscheidung, ob von einer Anhörung abgesehen wird, ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Vollautomatisierung gerade auch die Phase der Sachverhaltsdatenerhebung, -bewertung und -verifikation umfasst, für die das Anhörungsrecht besonders entscheidend ist, eben weil bei Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens die Anhörung auch Anlass zum „Aussteuern“ des Verwaltungsverfahrens zur individuellen Bearbeitung durch einen Behördensachbearbeiter geben kann. Dies wird letztlich auch von § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG vorausgesetzt.¹²⁷ Gerade deshalb

124 Hierzu und zum Folgenden U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 37 Rn. 130 f., § 39 Rn. 97; ferner A. Roßnagel, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, DÖV 2001, 221 (227 f.); J. Skrobotz, Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, S. 171.

125 So wohl auch M. Ruffert, in: Knack/Henneke (Fn. 29), § 37 Rn. 78.

126 Wie hier wohl N. Braun-Binder (Fn. 54), NVwZ 2016, 960 (964).

127 D. Kallerhoff/F. Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 24 Rn. 57a ff.; T. Siegel (Fn. 22), DVBl. 2017, 24 (27).

ist fraglich, ob und inwieweit die bisherige Diskussion¹²⁸ zur Frage der Verfahrensermessensgrenzen hinsichtlich des Absehens von der Anhörung bei teilautomatisiert erlassenen Verwaltungsakten auch für die Frage fruchtbar gemacht werden kann, wann von einer Anhörung bei vollautomatisiert erlassenen VA abgesehen werden kann.¹²⁹

§ 29 VwVfG kennt ohnehin keine Ausnahme für das Akteneinsichtsrecht bei voll- oder teilautomatisierten Verwaltungsverfahren, gilt also insoweit ohne Einschränkungen. *Heribert Schmitz* und *Lorenz Prell*¹³⁰ weisen jedoch zu Recht auf die praktischen Schwierigkeiten hin, die sich daraus ergeben, dass „die automatisch ablaufenden Prozesse einer EDV-Anlage nicht einsehbar“, technische Protokolle i.d.R. aus sich heraus Außenstehenden nicht verständlich sind. Daher müsse schon bei der Konzipierung der automatischen Einrichtungen dafür gesorgt werden, dass die Abläufe nachvollziehbar gemacht und dokumentiert werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um Verfahrensschritte nachvollziehen zu können, die zur getroffenen Entscheidung geführt haben. Generell scheint die Frage der Aktenführung in vollautomatisierten Verwaltungsverfahren ungeklärt zu sein.

Hinsichtlich der Form (§ 37 VwVfG) und der Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) gelten schließlich für vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte keine Besonderheiten – eben auch, weil von den Erleichterungen des § 37 Abs. 5 VwVfG nicht mehr ermessensgerecht Gebrauch gemacht werden kann. Auch ist bereits klargestellt worden, dass ein „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ sowohl „elektronisch“ wie „schriftlich“ ergehen kann und sich die Bekanntgabeformen insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen des § 41 VwVfG richten.¹³¹ Insbesondere folgt aus dem Umstand, dass § 41 Abs. 2a VwVfG gemeinsam mit § 35a VwVfG in das VwVfG eingefügt worden ist, nicht zwingend, dass ein

128 *R.-F. Polomski* ([Fn. 17], S. 133 ff.) und *P. Lazaratos* ([Fn. 64], S. 198 ff.) erachten allerdings § 28 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG ohnehin nur dann für ermessensgerecht, wenn Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchgeführt werden, weil nur dann durch Absehen von der Anhörung ein Beschleunigungseffekt erzielen werden kann; hiermit können aber wohl nur die Fälle „einfachen“ vollautomatisierten Erlasses eines Verwaltungsakts gemeint sein.

129 Vgl. *D. Kallerhoff/T. Mayen*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 28 Rn. 57, 62. Eine Übertragung für möglich haltend: *N. Braun-Binder* (Fn. 15), DÖV 2016, 891 (895); *T. Siegel* (Fn. 22), DVBl. 2017, 24 (28).

130 *L. Prell*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Fn. 22), § 35a Rn. 19; *H. Schmitz/L. Prell* (Fn. 21), NVwZ 2016, 1273 (1277).

131 S. hierzu oben im Text vor Fn. 24.

„vollständig durch automatische Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“ nach § 41 Abs. 2a VwVfG bekannt zu geben ist. Zudem können letztlich alle elektronischen Verwaltungsakte – unabhängig von der Ausgestaltung des auf ihren Erlass gerichteten Verwaltungsverfahrens – nach § 41 Abs. 2a VwVfG bekannt gegeben werden. Allerdings wird sich der automatisierte Workflow des voll- oder teilautomatisierten Verwaltungsverfahrens i.d.R. besonders dazu eignen, als Abschluss des Verwaltungsverfahrens eine Bekanntgabe nach § 41 Abs. 2a VwVfG „einzuprogrammieren“.¹³²

Keine Besonderheiten für „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte“ gelten schließlich hinsichtlich der *Wirksamkeitsvoraussetzungen* und des *Rechtsschutzes*. Hervorgehoben worden ist allerdings, dass ein solcher Verwaltungsakt bereits (formell) rechtswidrig ist, wenn es an einer fachrechtlichen Ermächtigung für die Vollautomatisierung fehlt.¹³³

Zu Recht wird zudem betont, dass das *Vorverfahren nach § 68 ff. VwGO* in gewisser Weise eine mit der Vollautomatisierung verbundene Absenkung der Standards an die behördliche Sachverhaltsermittlung kompensieren kann.¹³⁴ Dem Bürger ermöglicht der Widerspruch letztlich ein „Aussteuern“ seines Falles aus dem vollautomatisierten Verfahren zu erzwingen, insbesondere, soweit von einer Anhörung nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG abgesehen wurde.¹³⁵ Insoweit kann das Vorverfahren zumindest faktisch die Funktion übernehmen, im Anschluss an ein fehleranfälliges vollautomatisches Massenverfahren Fehler zu korrigieren, die sich zu Lasten des Betroffenen auswirken.¹³⁶ Damit übernimmt das Vorverfahren – neben seinen sonstigen Funktionen – in gewisser Weise auch eine *Qualitätssicherungs-Funktion*,¹³⁷ die es der Behörde mittels des durch das Vorverfahren vermittelten „Feedbacks“ erleichtert zu erkennen, welche Probleme eine bestimmte Verwaltungssoftware in der Praxis verursacht bzw. welche atypischen Fallkonstellationen sie nicht berücksichtigt.¹³⁸ Von Bedeutung ist

132 S. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 41 Rn. 134f.

133 Siehe hierzu im Text bei Fn. 87.

134 R.-F. Polonski (Fn. 17), S. 229 ff.

135 H. Maurer (Fn. 107), § 18 Rn. 10.

136 Für steuerliches Einspruchsverfahren M. Heintzen (Fn. 37), DÖV 2015, 780, 786; M. Maier (Fn. 36), JZ 2017, 614 (618 f.).

137 Zur Notwendigkeit der Etablierung einer Qualitätssicherung bei automatisierten Verwaltungsverfahren: M. Eifert (Fn. 56), S. 143 f.

138 Vgl. U. Stelkens (Fn. 41), S. 149 (160 f.); ders. (Fn. 85), S. 191 (214).

aber insbesondere auch die *Befriedungsfunktion* des Vorverfahrens, weil viele Bürger nach wie vor Wert darauf legen dürften, dass bei „Unzufriedenheit“ mit dem Ergebnis eines vollautomatisierten Verwaltungsverfahrens ihre Anliegen von einem für die Behörde handelnden Menschen zur Kenntnis genommen werden. Daher ist es zumindest rechtspolitisch problematisch, wenn in Bereichen, in denen Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchgeführt werden, das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO abgeschafft worden ist.¹³⁹ Denn hier ist es letztlich erstmals das Gericht, das den Sachverhalt prüft, bewertet und die Angaben des Betroffenen verifiziert, ohne dabei auf in herkömmlicher Weise dokumentierte behördliche Vorarbeiten zurückgreifen zu können. Auch kann dann die „Qualitätssicherungs“-Funktion des Vorverfahrens nicht zum Zuge kommen.

III. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass § 35a VwVfG zwar vollautomatisierte Verwaltungsverfahren zum Regelungsgegenstand des VwVfG erhebt, derartige Verfahren jedoch nicht selbst ausgestaltet, sondern letztlich fachrechtlicher Regelung vorbehält, wobei die von § 35a VwVfG angeordnete Begrenzung des Einsatzes vollautomatisierter Verwaltungsverfahren auf die Fälle strikt gebundener Verwaltung lediglich Appellcharakter hat. § 35a VwVfG liegt damit in gefährlicher Nähe reiner *Signalgesetzgebung*, die nur den Schein normativer Steuerung verbreitet.¹⁴⁰ Dies läuft jedenfalls der Funktion des VwVfG zuwider, eine „handfeste“ Arbeitsgrundlage für die tägliche Verwaltungsarbeit zu sein, in dem es den Behördenbediensteten letztlich nach Art einer Check-Liste (weitgehend selbsterklärend) die jeweils durchzuführenden Verfahrensschritte und die hiermit korrespondierenden Rechte der Verfahrensbeteiligten vorgibt.¹⁴¹ Dennoch lässt sich die

139 Zur Abschaffung des Vorverfahrens in einigen Ländern siehe nur *D. Kallerhoff/K. Keller*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 79 Rn. 11.

140 Zur Signalgesetzgebung allgemein siehe nur *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 1 Rn. 260.

141 Zu dieser Funktion des VwVfG ausführlich *U. Stelkens*, Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrenrecht, in: H. Hill/K. P. Sommermann/U. Stelkens/J. Ziekow (Hrsg.), 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, 2011, S. 271 (272 ff.).

Aufnahme des § 35a in das VwVfG rechtfertigen: Sie hat bereits eine erhebliche Anstoßwirkung auf die Rechtswissenschaft ausgeübt und das Thema der „Automatisierung von Verwaltungsverfahren“, das zuletzt ausführlich in den 1950er bis 1970er Jahren diskutiert wurde, wieder auf die Agenda rechtswissenschaftlicher Forschung gebracht.¹⁴² Dies ist wichtig, weil andernfalls die Gefahr bestanden hätte, dass die besonderen Anforderungen vollautomatisierter behördlicher Entscheidungsfindung in den allgemeinen Diskussionen zum Thema E-Government untergegangen wären.

142 Vgl. zur Kodifizierung als Instrument des Bundesgesetzgebers zur Steuerung wissenschaftlicher Aufmerksamkeit s. *U. Stelkens* (Fn. 142), S. 271 (277 f.).

Veränderung juristischer Arbeit durch Digitalisierung¹

Alexandra Stojek

A. Digitalisierung verändert unsere Lebenswelt und unsere Arbeitsweise

Die Digitalisierung ist in vollem Gange. Intensiver denn je verschmelzen analoge und digitale Welt. Das Smartphone fungiert dabei als Schnittstelle². Durch das Internet hat sich eine sogenannte „on-demand-Economy“³ entwickelt. Damit verändert die Digitalisierung unsere Lebensweise und auch unsere Bedürfnisse und Erwartungen⁴, wodurch sich auch die Kräfte auf den Märkten verschieben⁵. Informationsgewinnung wird erleichtert und Preisvergleiche werden transparenter⁶. Zugleich ändert sich auch die Arbeitsweise. Was man jeden Tag im Privatleben nutzt, hält auch Einzug in die berufliche Tätigkeit⁷. So kommt es, dass auch juristische Arbeit von den Einflüssen der Digitalisierung nicht verschont bleibt.

Bislang ist juristische Arbeit von „Handarbeit“ geprägt⁸. Die üblichen Werkzeuge sind Papier und Stift, die Basistechnologie besteht aus Diktier-

1 Bei diesem Aufsatz handelt es sich um die Kurzversion einer Masterarbeit. Einige Kapitel wurden dabei vollständig ausgeklammert, andere wurden gekürzt und beispielhaft dargestellt. Weiterführende Informationen zur Originalfassung können bei der Autorin erfragt werden.

2 <http://www.zeit.de/digital/internet/2012-10/augmented-reality-der-neue-digital-graben>, aufgerufen am 07.05.2017 um 15:59Uhr.

3 Schwab, Die Vierte Industrielle Revolution, 2016, S. 36.

4 Schwab (Fn. 19), S. 82.

5 Holland, Direkt-Marketing, 2009, S. 249.

6 Holland (Fn. 5), S. 249.

7 Lührig, Der Tod der eierlegenden Wollmilchsau, AnwBl. 3/17, 297.

8 Breidenbach auf der BerlinLegalTech 2017.

und Faxgeräten⁹. In praktisch allen Rechtsgebieten greifen Juristen auf Formulare, Diktat- und Vertragsmusterhandbücher zurück¹⁰. Oftmals bedient man sich eigener, bereits verwendeter Texte¹¹. Weite Verbreitung findet mittlerweile immerhin Kanzleisoftware¹². Dennoch scheint die Beharrlichkeit auf Altbewährtes bei Juristen ausgeprägter als anderswo.¹³

B. Die Elemente juristischer Arbeit

Dies bleibt nicht ohne Einfluss auf juristische Arbeit. Das lässt sich erkennen, wenn man die einzelnen Komponenten juristischer Arbeit betrachtet.

In persönlicher Hinsicht ist u.a. wichtig, dass ein Jurist über ein gutes Gedächtnis, überdurchschnittliches Ausdrucksvermögen sowie Empathievermögen und Verhandlungsgeschick verfügt¹⁴. Juristische Arbeit erfordert zudem die Fähigkeit, Wichtiges von Trivialem als auch Sinnhaftes von Sinnlosem sowie Falsches von Wahrem trennen zu können.

In sachlicher Hinsicht ist die juristische Methodenlehre maßgeblich. Der Ansicht von Knauer folgend, handelt es sich dabei um die Sachverhaltserfassung durch Materialsammlung und -verarbeitung, die Rechtsfindung, die Gesetzesauslegung, die Subsumtion und schließlich die Materialdarbietung¹⁵. Bei der Anwendung juristischer Methoden bedienen sich Juristen verschiedener Arbeitsmittel und Werkzeuge.

9 Breidenbach auf der BerlinLegalTech 2017.

10 Breidenbach, Landkarten des Rechts- von den Chancen industrieller Rechtsdienstleistung, in: Schneider/Jochen, FS Heussen, S. 41.

11 Breidenbach (Fn. 10), S. 41.

12 Schnee-Gronauer/Schüttorf, Software in Kanzleien, AnwBl 2013, 778.

13 Breidenbach auf der BerlinLegalTech 2017.

14 Roxin, Gesprächsrunde mit Stipendiaten der Stiftung der Deutschen Wirtschaft in <http://www.jurawelt.com/aufsaeetze/methodik/8691>, aufgerufen am 13.03.2017 um 16:33Uhr.

15 Knauer, Juristische Methodenlehre 2.0? Der Wandel der juristischen Publikationsformate und sein Einfluss auf die juristische Methodenlehre, Rechtstheorie 2009, 379 (380).

C. Einflussfaktoren

Juristische Arbeit unterliegt einem Wandel, der durch verschiedene Einflussfaktoren bedingt wird.

I. Gesetzgebung

Der Einzug der Digitalisierung in der Justiz wird durch Gesetzesvorhaben begünstigt. Der Gesetzgeber hat die Digitalisierungsprozesse in der Gesellschaft und in der Wirtschaft beobachtet und entschieden, dass im Justizwesen das gleiche gelten müsse wie in der übrigen digitalen Welt¹⁶. Mit der Einführung neuer Verfahrensvorschriften¹⁷ und dem E-Justiz-Gesetz¹⁸ stellt der Gesetzgeber die Weichen für unser digitales Zeitalter.

II. Einsatz technologiebasierter Anwendungen

Auch der Einsatz technologiebasierter Anwendungen nimmt Einfluss auf juristische Arbeit.

1. Suchmaschinen und Publikationsformate

Suchmaschinen sind für Juristen zwar ein beliebtes Recherche-Tool, haben jedoch aufgrund der Manipulationsgefahr auch ihre Schattenseiten. Einfluss auf die Meinungsbildung nehmen frühere Suchanfragen¹⁹ des Nutzers, die Auto-Vervollständigen-Funktion²⁰ sowie die Darstellung²¹ der Suchergebnisse.

16 Degen/Emmert, Elektronischer Rechtsverkehr, 2016, § 1 Rn. 1.

17 Vgl. § 128a ZPO und § 371a ZPO.

18 Degen/Emmert (Fn. 16), § 1 Rn. 1.

19 Hill, Die Veränderung juristischer Arbeit durch neue Medien, in: Hof u.a., Rechtsgestaltung - Rechtskritik - Konkurrenz von Rechtsordnungen... Neue Akzente für die Juristenausbildung, 2012, S. 334 (340).

20 Fries, PayPal Law und Legal Tech, NJW 2013, 2863.

21 Fries (Fn. 20), 2863.

Verstärkt im Einsatz sind Publikationsformate, die zwar schon seit geraumer Zeit auf dem Markt sind, nun aber zunehmend von Juristen für eigene Zwecke entdeckt werden. Besonders Wikis werden gern genutzt. Trotz des Manipulationspotentials vertrauen aber anscheinend selbst unsere obersten Gerichte dem selbstregulierenden Mechanismus der „wisdom of crowds“²². Nach einer Untersuchung sind auf www.juris.de rund 3.000 Urteilsfundstellen mit Bezugnahme auf das bekannteste Online-Lexikon zu finden²³. Indem Nutzer als Prosumer²⁴ agieren, fehlt es zudem an einer Qualitätskontrolle, wie sie Verlagen und Herausgebern zukommt.²⁵

a) Einfluss digitaler Publikationsformate auf die juristische Methodenlehre

Der grenzenlose Zugriff auf Informationen wirkt sich auf die juristische Methodenlehre aus. Durch den Einblick in Gesetzesmaterialien kann die historische als auch teleologische Auslegung leichter vonstattengehen²⁶. Mittels Suchmaschinen und Online-Nachschlagewerken werden die Wortauslegung und die systematische Auslegung beeinflusst.²⁷ So können leichter die Fortentwicklung der Sprache nachvollzogen, vergleichbare Argumentationsmuster und aufeinander Bezug nehmende Regelungen aufgefunden werden²⁸.

b) Publikationsformate als Informationsquelle und Diskussionstreiber

Der vereinfachte Zugang zu juristischen Informationen sorgt zudem dafür, dass Verbraucher ihre rechtlichen Fragen leichter selbst beantworten kön-

22 *Holland* (Fn. 5), S. 95.

23 <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wikipedia-online-lexikon-geachtet-verpoent-affaere-fuer-jedermann-tagung/>, Artikel vom 06.03.2017, aufgerufen am 18.04.2017 um 15:48 Uhr.

24 *Hill* (Fn. 19), 334.

25 *Knauer*, Neue juristische Publikationsformate, NJOZ 2009, 3004 (3011).

26 *Raabe u.a.*, Recht ex machina - Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, 2012, S. 64; vlg. auch *Knauer* (Fn. 15), 399.

27 *Raabe u.a.* (Fn. 26), S. 63.

28 *Knauer* (Fn. 15), 399.

nen. Das bewirkt, dass ihre Erwartungshaltung an die Qualität und den Umfang der Rechtsberatung durch einen Experten steigt. Schließlich ist ein Verbraucher nicht bereit, für eine Beratung zu bezahlen, wenn er die gleichen Informationen bereits zuvor kostenlos über das Internet abrufen konnte. Für Juristen braucht es daher für eine umfassend gelungene Integration elektronischer Medien beim Einsatz von juristischer Arbeit neue Kompetenzen. Professor Hermann Hill führt dafür den Begriff E-Kompetenzen ein²⁹. Darunter versteht er: „die Fähigkeit [...] sich in offenen und unüberschaubaren, komplexen und dynamischen Situationen –innerhalb der durch moderne Techniken erweiterten Informationsräume und mit technikunterstützten Methoden- kreativ und selbstorganisiert zurechtzufinden“³⁰. Um mit einer großen Anzahl an Informationen umzugehen, hat der Mensch verschiedene Strategien entwickelt³¹. Das wichtigste Instrument ist dabei das Filtern von Informationen³². Denn die Gefahr des „lost in cyberspace“³³ wird verstärkt, indem nicht mehr linear gelesen wird, sondern Texte auf Schlüsselbegriff überflogen werden und manchmal mit Hyperlinks versehen sind, die zu ergänzenden Informationen führen³⁴.

Die Möglichkeit der „ewigen“ Speicherung und der beliebige Zugriff darauf, sorgen dafür, dass auch nichts mehr vergessen wird³⁵. Dieses „Vergessenwerden“ hat aber auch eine rechtsbereinigende Funktion, da dadurch eine Auslese von Unwichtigem und unzeitgemäß Gewordenem vollzogen wird³⁶.

All dies kann juristische Arbeit beeinflussen, wenn die Informationen aus dem Netz stammen.

Die zahlreichen Möglichkeiten Informationen zu konsumieren und auch selbst zu generieren, haben den zusätzlichen Effekt, dass leichter Diskussionen entbränden. Statt einer nüchternen Bewertung und Abwägung können „Schwarmeffekte“ wie „shit-storms“ auftreten³⁷. Was über „like“-Button

29 Hill, Wandel von Verwaltungskultur und Kompetenzen im digitalen Zeitalter, DVBl 2014, 85 (92).

30 Hill (Fn. 29), 92.

31 Nessel dreher, Entscheiden im Informationszeitalter, 2006, S. 153.

32 Nessel dreher (Fn. 31), S. 153

33 Hill (Fn. 19), S. 339.

34 Hill (Fn. 19), S. 338.

35 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2006, S. 112.

36 Zippelius (Fn. 35), S. 112.

37 Hill (Fn. 19), S. 337.

auf social media-Plattformen geteilt und kommentiert werden kann, findet so einen weiten Anwendungsbereich. Die Theorie des „long tail“ zeigt, dass je nach Interesse der Nutzer unbedeutende Einzelfälle oder auch der Rechtsprechung von Untergerichten überdimensionierte Aufmerksamkeit zukommt³⁸.

2. Cloud

Technologiebasierte Anwendungen ermöglichen es darüber hinaus, dass juristische Arbeit zunehmend mobil möglich wird. Das sogenannte Cloud-Computing ermöglicht „Speicher, Rechenzeit oder komplexere Dienste“ „über bestimmte Schnittstellen“ abzurufen und „auf nahezu jeder Hardware“ auszuführen³⁹.

Der Zusammenschluss verschiedener dezentraler CPUs wird für Juristen im Kontext immer komplexer werdender Softwarelösungen wohl künftig erheblich an Bedeutung gewinnen. Rechenintensive Anwendungen wie KI-basierte juristische Software könnte durch Cloud-Lösungen kostengünstig verwendet werden.

3. Blockchain, Smart Contracts und künstliche Intelligenz

Erheblichen Einfluss auf juristische Arbeit wird wohl auch die so genannte „Blockchain-Technologie“ nehmen. Vereinfacht dargestellt handelt es sich bei der Blockchain um eine digitale Erklärung, die innerhalb eines Netzwerks von Computern identisch festgehalten und dezentral verwaltet wird⁴⁰. Alle angeschlossenen Computer überwachen gemeinsam und bestätigen die Durchführungen und tragen dadurch zur erhöhten Sicherheit und Nachvollziehbarkeit bei.⁴¹ Ihre Einsatzmöglichkeiten sind so vielfältig, dass Anwendungen in Frage kommen, die auch die Arbeit von Juristen erheblich verändern wird.

38 Hill (Fn. 19), S. 339.

39 Bräutigam, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 11. Aufl. 2013, S. 1194.

40 Heckmann/Kaulartz, Selbsterfüllende Verträge, c't 2016, Heft 24, 138.

41 Hill, Digitalisierung - Veränderung und Herausforderungen, in: von Lucke/Lenk, FS Reinermann, 2017, S. 101 (108).

Ein Beispiel sind „Smart Contracts“. Smart Contracts sind in der Lage, die einprogrammierten Klauseln des Vertrages teilweise oder vollständig selbst zu überwachen und durchzusetzen⁴². Beschrieben wird dies auch als „Code is Law“⁴³. Bei der reinen Machine-to-Machine (M2M)-Kommunikation⁴⁴ muss kein Dritter dazwischen geschaltet werden, um die Einhaltung der Regelungen zu überwachen⁴⁵. Ist das Programm mit einem Zahlungsabwicklungssystem verbunden, entstehen so unzählige Anwendungsmöglichkeiten⁴⁶.

Ziel der Forschung an Künstlicher Intelligenz sind Konzepte, die Computer lernfähig machen, so dass sie selbstständig in der Lage sind, Problemstellungen zu lösen und hierzu Denk- und Verhaltensweisen von Menschen imitieren⁴⁷.

Für juristische Arbeit ist derzeit von Bedeutung, dass künstliche Intelligenz auf den Gebieten der Spracherkennung große Fortschritte macht⁴⁸. Eingesetzt wird diese Technik z.B. in Form von Chatbots - sogenannte „Dialogsysteme, mit natürlich-sprachlichen Fähigkeiten textueller oder auditiver Art“⁴⁹. Auf Websites integriert, kann ein Chatbot als Schnittstelle zwischen Betreiber und Benutzer agieren.⁵⁰ Auf diese Weise können Chatbots

42 Prior, smart contract und blockchain-Technologie in <http://advotisement.de/legal-tech/smart-contract-blockchain/> aufgerufen am 29.04.2017 um 19:27 Uhr.

43 Heckmann/Kaulartz (Fn. 40), S. 138.

44 Voshmgir, Smart Contracts und das Dezentrale Web, in https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xHoWnI-ortIJ:https://www.technologiestiftung-berlin.de/fileadmin/daten/media/publikationen/170130_BlockchainStudie.pdf+&cd=2&hl=de&ct=clnk&gl=de), aufgerufen am 08.05.2017 um 19:19 Uhr.

45 Prior, smart contract und blockchain-Technologie in <http://advotisement.de/legaltech/smart-contract-blockchain/> aufgerufen am 29.04.2017 um 19:27 Uhr.

46 Sixt, Bitcoins und andere dezentrale Transaktionssysteme, 2017, S. 77.

47 Erpenbeck/Werner, So werden wir lernen!, 2013, S. 213.

48 Kappes, Digitale Erleuchtung, 2016, S. 28.

49 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/chatbot.html> aufgerufen am 04.05.2017 um 16:34 Uhr.

50 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/chatbot.html> aufgerufen am 04.05.2017 um 16:34 Uhr.

Sachverhalte abfragen und relevante Daten aufbereiten⁵¹. Juristen werden dadurch zeitintensive und damit teure Arbeitsschritte abgenommen⁵².

Dank Künstlicher Intelligenz können zudem mittlerweile ganze Verträge miteinander abgeglichen und einzelne Klauseln extrahiert werden. Der nächste Entwicklungsschritt wird die reichhaltige Repräsentation von Verträgen sein, die es ermöglicht, Fragen zu diesen Verträgen zu stellen⁵³. Eine vollständig automatisierte Rechtsberatung ist heute allerdings noch nicht möglich⁵⁴. Diese verlangt bei derzeitigem Entwicklungsstand ein noch nicht vorhandenes Maß an künstlicher Intelligenz⁵⁵.

III. Einfluss durch wirtschaftliche Bestrebungen

Neben gesellschaftlichen Einflüssen, Gesetzesreformen und technologischen Fortschritten führen auch wirtschaftliche Bestrebungen zu einem Wandel juristischer Arbeit. Führend ist der Trend der zunehmenden Industrialisierung des Dienstleistungssektors, dessen Treiber Standardisierung, Spezialisierung sowie Automatisierung sind⁵⁶. Die Etablierung und Durchsetzung von Standards bewirkt, dass aus einem ursprünglich eingegliederten Prozessschritt ein neuer Dienstleistungsmarkt entsteht, auf dessen Erbringung sich neue Marktteilnehmer spezialisieren können⁵⁷. Diese fortschreitende Entwicklung führt zur Ausgliederung immer kleinerer Teilfunktionen⁵⁸.

Dieser Trend zeigt sich zunehmend auch in der Rechtsdienstleistungsbranche. Durch Legal Outsourcing können selbst ureigene Aufgaben eines Rechtsanwalts an Dritte übertragen werden. Das führt aber nicht nur zur Vereinfachung, sondern birgt auch die Gefahr von Reibungsverlusten, was sowohl zu Lasten des Anwalts als auch des Mandanten gehen kann. Es stellt sich somit die urökonomische Frage nach der optimalen Arbeitsteilung

51 <http://advotisement.de/legal-tech/legal-chatbot-rechtsanwalt/> aufgerufen am 11.03.2017 um 23:24 Uhr.

52 <http://advotisement.de/legal-tech/legal-chatbot-rechtsanwalt/> aufgerufen am 11.03.2017 um 23:24 Uhr.

53 von Büнау auf der BerlinLegalTech 2017.

54 von Büнау auf der BerlinLegalTech 2017.

55 <http://advotisement.de/kanzleimarketing/legal-tech/> aufgerufen am 20.04.2017 um 17:44Uhr.

56 Raabe u.a. (Fn. 26), S. 35.

57 Raabe u.a. (Fn. 26), S. 35.

58 Raabe u.a. (Fn. 26), S. 36.

bzw. dem optimalen Spezialisierungsgrad. Neben Rechtsanwendungskennnissen werden folglich immer mehr Managementskills gefordert.

D. Reaktion auf diese Entwicklungen

Durch die Digitalisierung entwickeln sich neue Marktteilnehmer, die die bestehenden analog geprägten Strukturen in Frage stellen. Ihre Antwort auf die zunehmende Digitalisierung in allen Bereichen der Gesellschaft lautet „LegalTech“. Damit werden Software und Onlinedienste beschrieben, die zur Unterstützung juristischer Arbeitsprozesse angeboten werden⁵⁹. Der Begriff stellt zudem auch den Oberbegriff für die digitale Transformation der gesamten Rechtsbranche dar⁶⁰.

I. Legal Tech

Die Entwicklung von LegalTech lässt sich in drei Stufen aufteilen. Legal Technology 1.0 wird mittlerweile als gängige Standardbürossoftware eingesetzt und unterstützt beispielsweise bei der Dokumentenverwaltung und ermöglicht das Outsourcing von Aufgaben⁶¹. Legal Technology 2.0 mischt zum jetzigen Zeitpunkt die Rechtsberatungsbranche auf. Darunter fallen Dienste mit denen Dokumente automatisch erstellt oder geprüft sowie Dokumentenverwaltungen mit Software durchsucht und zusammengefasst werden können⁶².

LegalTech 2.0 bringt völlig neue Geschäftsmodelle hervor.

Besonders markant ist das Unternehmen „knowledgeTools“ das juristische Arbeit völlig neu denkt. Ausgangspunkt der Überlegungen des Mitbe-

59 Wikipedia „Legal Technology“ aufgerufen am 07.03.2017.

60 Definition nach Nico Kuhlmann, auf der LegalTech Konferenz Mannheim vom 01.09.2017.

61 http://www.schoen-company.com/files/redaktion/quaterly/schoen_company_kanzleimanagement_im_fokus_legaltech.pdf aufgerufen am 04.05.2017 um 17:56Uhr.

62 http://www.schoen-company.com/files/redaktion/quaterly/schoen_company_-_kanzleimanagement_im_fokus_legaltech.pdf aufgerufen am 04.05.2017 um 17:56Uhr.

gründers Stefan Breidenbach ist, dass rechtsanwaltliche Arbeit überwiegend aus repetitiver Tätigkeit besteht und diese industrialisiert werden kann⁶³. Damit werde die Produktion von Qualität in Massen möglich⁶⁴. Die Arbeit mit „knowledgeTools“ vollzieht sich auf einer „digitalen Fertigungsstraße“⁶⁵. Hierfür wird Wissen in unzählige Bausteine „atomisiert“, um sie sodann durch die Wissensarchitektur des Softwareprogramms individuell zusammenzustellen⁶⁶. Das Prüfungsergebnis wird sodann semi-automatisch erzeugt⁶⁷. Dies deshalb, weil zwar die Software die Textbausteine automatisch zu einem Schriftstück zusammensetzt, letztlich aber doch der Anwalt als Zentralgestalt die Tatbestandsmerkmale mit Hilfe seines juristischen Sachverständes prüft⁶⁸. So entsteht ein qualitativ hochwertiges, präzises juristisches Schreiben selbst in komplizierten Rechtsgebieten⁶⁹.

Die dritte Entwicklungsstufe ist Legal Technology 3.0. Darunter wird Software gefasst, die künstliche Intelligenz verwendet, um Lösungsansätze und Prognosen für komplexe Sachverhalte zu liefern⁷⁰. Ob und wann LegalTech 3.0. marktreif sein wird, ist heute allerdings noch nicht absehbar⁷¹.

II. Bewertung LegalTech

Das derzeit herrschende Marktgefüge lässt es zu, dass große Organisationen und Institutionen, die ihnen zustehende Macht nutzen können, um am Markt rechtswidrig zu agieren. Für Verbraucher ist es nicht einfach, sich gegen solche Geschäftsgebaren zur Wehr zu setzen. Oft sieht man sich gezwungen, anwaltlichen Beistand einzuholen. Dies kostet aber Zeit, viel Geduld und vor allem Geld. Eine Forsa-Umfrage hat ergeben, dass über zwei Drittel

63 Breidenbach auf der BerlinLegalTech2017.

64 Breidenbach auf der BerlinLegalTech2017.

65 Breidenbach auf der BerlinLegalTech2017.

66 Breidenbach auf der BerlinLegalTech2017.

67 *Breidenbach* (Fn. 10), S. 40.

68 *Breidenbach* (Fn. 10), S. 40.

69 *Breidenbach* (Fn. 10), S. 40.

70 http://www.schoen-company.com/files/redaktion/quaterly/schoen_company_-_kanzleimanagement_im_fokus_legaltech.pdf aufgerufen am 04.05.2017 um 18:05 Uhr.

71 http://www.schoen-company.com/files/redaktion/quaterly/schoen_company_-_kanzleimanagement_im_fokus_legaltech.pdf aufgerufen am 04.05.2017 um 18:09 Uhr.

aller Deutschen bei Streitigkeiten auf Rechtsbeistand durch einen Rechtsanwalt verzichten, weil sie Angst vor den Kosten haben⁷².

Ein weiteres Hindernis für Verbraucher ist, dass Kanzleien wirtschaftlich arbeiten müssen, um am Markt bestehen zu bleiben. Für Kleinstbeträge sind Anwälte daher oft nicht bereit, tätig zu werden. Aus gesellschaftlicher Sicht ist dies jedoch bedauerlich, da auch für solche Fälle ein Interesse an Rechtssicherheit und -frieden besteht. LegalTech kann in diesen Fällen, zumindest wenn diese hinreichend strukturiert sind, die Kosten so senken, dass eine wirtschaftliche Betätigung spezialisierter Anwälte möglich wird und kann so den Zugang zum Recht für Verbraucher erleichtern.

III. Auswirkung auf Juristen

Juristische Arbeit wird zudem durch das jeweilige Einsatzgebiet geprägt. Durch die Digitalisierung werden die unterschiedlichen Ausprägungen noch deutlicher.

Einteilen lassen sich die Einsatzgebiete abhängig von den Beratungsbedürfnissen der Mandanten und den dafür erforderlichen Beratungsprodukten. Eine Systematisierung dieser Produkte in die Kategorien „Rocket Science“, „Customized Services“, „Standardized Services“ sowie „Grey Hair“ dient im Folgenden der Strukturierung der Einsatzgebiete der LegalTech-Produkte.

1. „Rocket Science“

„Rocket Science“- Dienstleistungen umfassen „seltene oder bislang noch nicht aufgetretene Problemkonstellationen, die innovative und neue Lösungen erfordern“⁷³. Um hier rechtskonform agieren zu können, bedarf es sozusagen eines „rocket lawyers“, dessen juristische Arbeit darin besteht Rechtsberatung auf unbekanntem Terrain ohne gefestigte Rechtsprechung anzubieten. Hierfür müssen sie sich eine Expertise aneignen und spezielles

72 <https://www.wiwo.de/erfolg/gruender/legal-tech-werden-anwaelte-obsolet/19523172.html> aufgerufen am 20.04.2017 um 18:41 Uhr.

73 *Hartung*, Rechtsrat ist (k)eine Ware, AnwBl. 2012, 231 (233).

Fachwissen erwerben⁷⁴. Ein Beispiel für das Gebiet der „rocket lawyer“ ist die Blockchain-Technologie und ihre vielfältigen Einsatzmöglichkeiten.

2. „Standardized Services“

„Standardized Services“ sind Dienstleistungen, die wie es der Name schon suggeriert, durch Standardlösungen bearbeitet werden können⁷⁵. Dies setzt eine gewisse inhaltliche Überlappung einer Vielzahl von ähnlich gelagerten Fälle voraus. Dadurch wird eine schnelle und damit kostengünstige Bearbeitung erst möglich⁷⁶. Eine persönliche Beratung oder die Person des Anwalts spielen für den Mandanten eine völlig untergeordnete Rolle. Das Vertrauen des Mandanten richtet sich vor allem in die Reputation des Dienstleistungsanbieters⁷⁷. Um die Masse an Fällen zu einem günstigen Preis bewältigen zu können, braucht es einen hohen Automatisierungsgrad. Die juristische Expertise eines einzelnen Mitarbeiters ist dabei nicht der ausschlaggebende Erfolgsfaktor⁷⁸. Vor allem auf diesem Gebiet tummeln sich zahlreiche StartUps der LegalTech-Branche.

3. „Grey-Hair“

„Grey-Hair“-Dienstleistungen umfassen Rechtsberatung, bei denen neben juristischer Fachkenntnis auch noch ein hohes Maß an Erfahrung auf einem bestimmten Gebiet verlangt wird; wobei die Komponente Erfahrung verantwortlich für die Bezeichnung „Grey-Hair“ ist⁷⁹. Erfahrung umfasst dabei nicht nur einen langjährigen Wissensschatz an fachlichem KnowHow, sondern auch die Kenntnis, welche menschlichen Befindlichkeiten bei der Zielerreichung berücksichtigt werden müssen⁸⁰. Nach derzeitigem technologischem Stand können Fälle aus diesem Einsatzgebiet bestenfalls durch LegalTech-Produkte unterstützt werden. Es bedarf weiterer derzeit nur vollstellobarer Entwicklungen im Bereich der künstlichen Intelligenz, um auch

74 *Hartung* (Fn. 73), 233.

75 *Hartung* (Fn. 73), 234.

76 *Hartung* (Fn. 73), 234.

77 *Hartung* (Fn. 73), 234.

78 *Hartung* (Fn. 73), 235.

79 *Hartung* (Fn. 73), 234.

80 *Hartung* (Fn. 73), 234.

in diesem erfahrungsgeprägten, wenig standardisierten Umfeld sinnvollen Tech-Support zu ermöglichen.

4. „Customized Services“

„Customized Services“ befasst sich mit Rechtsfragen, die nicht die Komplexität aufweisen, als dass „Rocket Lawyer“ sich ihrer annehmen müssten oder die Erfahrung eines „Grey Hair“ benötigt wird, dennoch entziehen sich diese Rechtsfragen einer vorgegebenen standardmäßigen Lösung, als dass sie unter die Kategorie „Standardized Services“ fallen könnte⁸¹. In diesen Fällen spielen vor allem die persönlichen Komponenten juristischer Arbeit eine bedeutende Rolle. Der Mandant wünscht persönliche Betreuung und stellt insgesamt vergleichsweise hohe Anforderungen an das Vertrauensverhältnis⁸². In sachlicher Hinsicht ist der Rechtsanwalt in solchen Fällen gefordert, dem Mandanten juristische Fragestellungen leicht verständlich erklären zu können. Er hat alternative Lösungsvorschläge aufzuzeigen und über die jeweiligen Risiken aufzuklären. Auf das Verhandlungs- und Vergleichsgeschick des Rechtsanwalts kommt es bei Customized Services in besonderem Maße an.

LegalTech wirkt bei der juristischen Arbeit auf diesem Gebiet weniger substituierend als vielmehr unterstützend.

E. Digitalisierung der Justiz

Unabhängig vom Wettbewerb, aber nicht minder von der Digitalisierung betroffen, ist die Justiz. Es ist daher wichtig, dass sich auch die Gerichte für die Digitalisierung wappnen. Dies nicht nur, weil aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Justizgewährungsanspruch abzuleiten ist, nach dem im Interesse der Rechtssicherheit strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit zu klären

81 *Hartung* (Fn. 73), 234.

82 *Hartung* (Fn. 73), 235.

sind⁸³, sondern auch, weil die deutsche Justiz einen nicht zu unterschätzenden Standortfaktor darstellt⁸⁴. Bislang allerdings belegt Deutschland im Bereich der Möglichkeiten zur digitalen Einleitung Durchführung von Verfahren mit geringen Streitwerten den siebtletzten Platz des EU-Justizbarometers von 2015⁸⁵.

IT-Unterstützung bei der richterlichen Arbeit findet fast ausschließlich durch PCs statt, die mittlerweile auf fast jedem Richterarbeitsplatz zu finden sind⁸⁶. Dabei kann es aber nicht bleiben. Immerhin werden mit dem Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie bereits gute Erfahrungen gemacht⁸⁷. Um der großen Datenmengen und umfangreichen Aktenbeständen Herr zu werden, setzt die Justiz spezielle Software ein⁸⁸. Digitale Anwendungen unterstützen zudem bei Recherchetätigkeiten⁸⁹. Spracherkennungssoftware löst zunehmend Diktiergeräte ab und auch Texterzeugungssysteme finden immer häufiger Anwendung⁹⁰.

Jens Altemeier, zuständig für die Informationstechnologie im Justizministerium Baden-Württemberg, befürwortet eine Weiterentwicklung der Digitalisierung in der Justiz. Für ihn bedeutet die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs, dass sich denknotwendig die elektronische Gerichtsakte entwickeln muss, um die nötigen Fortschritte zu erzielen.⁹¹

Die Vision⁹² von Professor Gaier geht noch einen Schritt weiter. Er fordert ein modernes Verfahrensrecht, das zuvorderst eine automatisierte Verarbeitung von Schriftsätzen vorsieht. Damit würde eine Strukturierungsvorgabe für Schriftsätze einhergehen, da ohne Strukturierung von Texten eine automatisierte Verarbeitung nicht erreicht werden könne. Das Modell sieht

83 Duve/Sattler, Kampf ums Recht 2030, AnwBl 2012, 2 (7), die das BVerfG zitieren.

84 Filges, <http://richterverein.de/j2000/binnenmodern/06RedeFilges.pdf>, zuletzt aufgerufen am 08.05.2017 um 16:39 Uhr.

85 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4575_de.htm aufgerufen am 09.03.2017 um 12:21 Uhr. Grafik zu „Benchmarking of small claims procedures online“.

86 Prof. Gaier auf der LegalTech Konferenz in München 2017.

87 Altemeier, Justiz 4.0, in Wirtschaftsführer 2016, 6.

88 Altemeier (Fn. 87), 6.

89 Altemeier (Fn. 87), 6.

90 Altemeier (Fn. 87), 6.

91 Altemeier (Fn. 87), 7.

92 Dieser Absatz beruht maßgeblich auf dem Vortrag von Prof. Gaier auf der LegalTech Konferenz in München 2017.

eine strikte Trennung von Sachvortrag und Rechtsansichten vor, die an eine Software anknüpfen und den Vortrag sortieren könnte. Der Prozessstoff würde dadurch in schlüssige, erhebliche, unerhebliche, streitige und unstreitige Elemente vorbereitet. Richterliche Arbeit würde dabei eine Erleichterung erfahren, da man sich nicht mehr durch Aktenberge wühlen müsste. Naturalparteien wären hingegen gezwungen, sich auch vor einem Amtsgericht anwaltlich vertreten zu lassen, da von ihnen strukturierte Schriftsätze nicht verlangt werden können.

Digitale Lösungen könnten auch auf inhaltlicher Ebene eingesetzt werden und damit die Entscheidungsfindung eines Richters unterstützen⁹³. So könnten durch die Nutzung von Datenbanken „Vor-Urteile“ generiert und damit die Erfolgsaussichten umfassender ausgewertet werden⁹⁴. Würde man den Parteien Einsicht in die „Vor-Urteile“ gewähren, würde die Justiz möglicherweise auch vor nicht notwendiger Arbeit bewahrt⁹⁵. Es ist auch der Nebeneffekt denkbar, dass dies zu einer einheitlicheren untergerichtlichen Rechtsprechung führt⁹⁶. Jedenfalls könnten sich durch den Einsatz von Technologie Richter auf ihre originären Aufgaben konzentrieren, effizienter arbeiten und möglicherweise wäre so manches Urteil weniger von Willkür geprägt.

F. Grenzen der Digitalisierung

Die Kehrseite der Medaille soll jedoch auch beleuchtet werden. Digitalisierung birgt zwar für juristische Arbeit enormes Potential, wird jedoch gewiss auch an ihre Grenzen stoßen.

I. Grenze der menschlichen Akzeptanz

Ein Grund könnte irgendwann mangelnde Akzeptanz sein. Heute schon mutiert der Kunde immer mehr zum Mitarbeiter. In der Betriebswirtschaft nennt man das „Externalisierung von Dienstleistung“. Umgangssprachlich

93 *Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 39/2016, 2860 (2864).

94 *Fries* (Fn. 93), 2863.

95 *Fries* (Fn. 93), 2864.

96 *Fries* (Fn. 93), 2864.

wird es auch „Ikeanisierung“⁹⁷ genannt. Dies deshalb, da das Möbelhaus seinen Kunden nicht mehr nur den Aufbau der Produkte abverlangt, sondern man sich mittlerweile sogar selbst abkassiert. Nun soll der Verbraucher auch noch selbst sein Rechtsproblem lösen, sich durch Fragebögen klicken, Dokumente hochladen und sich auch noch je nach Gestaltung des Programms mit einem Roboter anstelle eines Menschen unterhalten und dessen Fragen beantworten. In Bagatellfällen mag dies angemessen sein. In Fällen, die hingegen besonderen emotionalen oder wirtschaftlichen Wert haben, wird dies auf Ablehnung stoßen. Auch oder sogar gerade bei nebensächlichen Angelegenheiten mag der ein oder andere kein Interesse daran haben, sich nach einem anstrengenden Arbeitstag selbst der Lösung des Problems anzunehmen und Zeit dafür investieren, einem Programm zu gehorchen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass es in fast jedem entwickelten Markt zu Produktdifferenzierungen kommt. Auch im juristischen Kontext wird es weiterhin diejenigen Mandanten geben, die immer das volle Dienstleistungspaket buchen wollen, inklusive eines minimalen eigenen Involvements. Die angesprochene Digitalisierung ermöglicht nun aber eine graduelle Anpassung der eigenen Mit- und Vorarbeit. Dies sollte aus ökonomischer Linse betrachtet gar zu einer Steigerung der Akzeptanz führen können.

II. Grenze der technischen Möglichkeiten

Auch in technischer Hinsicht könnte Digitalisierung an ihre Grenzen stoßen. Es wird wohl immer Bereiche juristischer Arbeit geben, die nicht ohne Qualitätseinbußen automatisiert werden können. Schon bei der bloßen Sachverhaltserfassung ergeben sich Schwierigkeiten. Eine Software kann nur erfassen, worauf sie programmiert wurde⁹⁸. Sie „hört“ nur, was sie auch „abfragt“. Erfasst werden nur Daten, frei von Wertungen. Kontexte und Beweggründe bleiben so außer Acht⁹⁹. Für einfach gelagerte Fälle mag das

-
- 97 *Rosenkranz*, Schwert ohne Waage, in: *Schneider/Jochen*, FS Heussen, S. 620.
98 *Engel*, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 (1098).
99 *Kotsoglou*, Subsumtionsautomat 2.0?, JZ 2014, 451 (454).

ausreichen. In komplexen Fällen aber stößt ein Algorithmus an seine Grenzen. Hier sei an die komplexe Natur der Rocket Lawyer- und Grey Hair-Beratungsfälle erinnert.

Ein weiteres Problem stellt sich bei der Gesetzesauslegung. Eine Auslegung erfolgt nach dem Wortlaut des Gesetzes. Dies kann indes nur gelingen, wo hinreichend Gesetzestext vorhanden ist, geschlossen werden kann eine solche Lücke nicht durch Maschinen, sondern nur durch Rechtsfortbildung¹⁰⁰.

Die größte Kritik gilt der automatisierten Subsumtion. Da gesetzliche Regeln bewusst abstrakt formuliert sind, um sie auf eine Vielzahl von Sachverhalten anwenden zu können, besteht zwischen der Gesetzessprache und dem konkreten Fall eine semantische Lücke¹⁰¹. Unmittelbar können Gesetze daher nicht auf den konkreten Fall angewendet werden, sondern es braucht als Zwischenschritt eine Interpretation¹⁰². Die Interpretation richtet sich nach der Bedeutung der Wörter. Nach dem Modell von Wittgenstein bestimmt sich die Bedeutung eines Wortes durch dessen sprachlichen Gebrauch¹⁰³. Die Bedeutung lässt sich allerdings nur insoweit bestimmen, wie sie der etablierten Gebrauchspraxis entspricht¹⁰⁴. Das hat zur Folge, dass nicht nur die übliche Verwendungsweise eine Rolle spielt, sondern auch die selten und sogar falsche und willkürliche Verwendung¹⁰⁵. Gesetzestext hat zwar ebenfalls ein Bedeutungskern, zugleich kann er aber auch einen „unscharfen Bedeutungsrand“ aufweisen.¹⁰⁶ Aufgrund dieser Ungenauigkeit können keine identischen Codes erstellt werden, die eine automatisierte Verarbeitung ermöglichen¹⁰⁷.

Selbst in Anbetracht der Tatsache, dass elektronische Datenverarbeitung massenhaft Texte wie Urteile, Gesetzestexte, Kommentare etc. bereithalten kann, so kann sie letztlich doch nur Informationen als Datensätze speichern

100 *Raabe u.a.* (Fn. 26), S. 66.

101 *Raabe u.a.* (Fn. 26), S. 532.

102 *Raabe u.a.* (Fn. 26), S. 53.

103 *Schuhr*, Rechtsprechungsdatenbank als Format rechtlicher Information – Hilfsmittel oder Ersatz für Kommentare?, in: Funke/Lachmayer, Formate der Rechtswissenschaft, 2017, S. 161 (173).

104 *Schuhr* (Fn. 103), S. 173.

105 *Schuhr* (Fn. 103), S. 173.

106 *Schuhr* (Fn. 103), S. 173.

107 *Schuhr* (Fn. 103), S. 173.

und abrufen¹⁰⁸. Dabei wird jedoch letztlich immer nur auf den bloßen Wortlaut zugegriffen¹⁰⁹.

Beim jetzigen Stand der Technik ist es demzufolge noch nicht möglich, komplexe Fälle vollständig automatisiert zu prüfen, ohne dass die Qualität des Ergebnisses leidet. Um den aufgezeigten Schwächen der Technik zu begegnen, müssen digitale Subsumtionsassistenten daher so gestaltet sein, dass für Juristen der Prozess bis zur Empfehlung des Systems jederzeit offengelegt werden kann¹¹⁰.

G. Zusammenfassung und Ausblick

Vorausschauend betrachtet werden in der Rechtsbranche in den nächsten 20 Jahren vermutlich mehr Umwälzungen stattfinden, als in den vergangenen 200 Jahren¹¹¹.

Die technologische Unterstützung juristischer Arbeit wird voraussichtlich weiter verbessert und auf breiter Ebene Akzeptanz finden. Minderwertigkeitskomplexe gegenüber Maschinen sind und bleiben unbegründet. Nach derzeitigem Forschungsstand sind Juristen nicht durch Maschinen ersetzbar. Vielmehr ergänzen sich Mensch und Maschine im Rechtsdienstleistungsbereich gewinnbringend für unsere Gesellschaft. Die begrenzte Aufnahme- und Verarbeitungskapazität von Juristen kann mit Hilfe von Technik überwunden werden. Die Fallbearbeitung kann viel schneller und günstiger als bislang vonstattengehen. Damit kann dem Justizgewährungsanspruch auf breiter Front Rechnung getragen werden, ohne dass bedeutende Qualitätseinbußen hingenommen werden müssen.

In sachlicher Hinsicht werden für juristische Arbeit Kenntnisse in Programmierung, Betriebswirtschaft und Projektmanagement immer wichtiger¹¹². Es ist nicht mehr zwangsläufig nötig, Volljurist zu sein, um rechtliche Ergebnisse auf hohem Niveau zu produzieren. Stattdessen braucht es vielmehr technisches Verständnis, um Software bedienen zu können.

108 Zippelius (Fn. 35), S. 110.

109 Zippelius (Fn. 35), S. 112.

110 Fries (Fn. 20), 2863.

111 <http://politik-digital.de/news/legal-tech-zukunft-der-rechtsbranche-151806/> aufgerufen am 20.04.2017 um 11:45 Uhr.

112 <http://www.sueddeutsche.de/karriere/juristen-arbeitsmarkt-die-paragrafen-roboter-1.3400920#2> aufgerufen am 20.04.2017 um 18:19 Uhr.

Auf Gebieten, in denen der persönliche Kontakt als Touchpoint zum Kunden beibehalten wird, gewinnen soziale Kompetenzen an Bedeutung, denn sie sind das, was uns von Maschinen am deutlichsten unterscheidet.

Denkt man konsequent weiter, wird es darauf hinauslaufen, dass ein neues Berufsbild entsteht. Neben dem klassischen Volljuristen wird es den „Legal Engineer“¹¹³ geben. Dieser besetzt als Fachmann die Schnittstelle von Rechtswissenschaft und Informatik und beherrscht beide Bereiche¹¹⁴. Seine Aufgabe wird es sein, wissensbasierte IT-Systeme zu entwickeln, mit der juristische Arbeit automatisiert ablaufen kann¹¹⁵. Sollte sich zudem beispielsweise bewahrheiten, dass Chatbots die neuen Apps werden, wird es der Job von Legal Engineers sein, Falllösungssoftware herzustellen, die die Sprache von Laien versteht und in einen juristischen Sachverhalt übersetzen kann¹¹⁶. Werden smart contracts gängige Praxis, werden Legal Engineers sie programmieren.

Insofern bestätigt sich die Erkenntnis von Heraklit „panta rhei“, „alles fließt“.

Advocatus technologicus¹¹⁷, es gibt ihn längst. Das Update ist bereits in Aussicht.

113 Diesen Begriff prägte Richard Susskind.

114 <http://www.law-school.de/news-artikel/legal-engineering/> aufgerufen am 06.05.2017 um 14:19 Uhr.

115 <http://www.law-school.de/news-artikel/legal-engineering/> aufgerufen am 06.05.2017 um 14:19 Uhr.

116 Prior, Ersetzen Legal Tech Chatbots bald Rechtsanwälte? <http://advotisement.de/legal-tech/legal-chatbotrechtsanwalt/> aufgerufen am 11.03.2017 um 23:24 Uhr.

117 Begriffsbildung abgeleitet von „homo technologicus“, vgl. auch Liste der Epitheta zu „homo“ in https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Homo-Epitheta aufgerufen am 20.04.2017 um 11:52 Uhr; Knöfel, Advocatus electronicus, AnwBl. 2006, 77.

Open Government in Deutschland¹

Analyse anlässlich des Beitritts Deutschlands zur Open Government Partnership (OGP)

Timon Hölle

I. Einleitung

"Die Stärke unserer Demokratie begründet sich auch und gerade auf unserer Fähigkeit zuzuhören. Eine offene, kooperative Zusammenarbeit der Verwaltung mit der Bevölkerung, das ist für mich offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln. Mit unserem Einsatz für Open Government leisten wir einen wichtigen Beitrag zu mehr Transparenz, zu mehr Teilhabe und mehr Innovation. [...] Auf diesem Weg ist die Teilnahme Deutschlands an der OGP-Initiative ein wichtiger Schritt"².

Mit diesen Worten kündigte der deutsche Innenminister Thomas de Maizière den geplanten Eintritt Deutschlands in die *Open Government Partnership* (OGP) an und warf dabei gleichzeitig eine Reihe von Fragen auf.

- Was ist *Open Government* und wie lassen sich genannte Schlagworte wie Transparenz, Innovation und Teilhabe darin verorten?

1 Bei diesem Aufsatz handelt es sich um die Kurzversion einer Masterarbeit. Einige Kapitel wurden dabei vollständig ausgeklammert, andere wurden gekürzt und beispielhaft dargestellt. Weiterführende Informationen zur Originalfassung sowie die Transkripte der Experteninterviews können beim Autor erfragt werden.

2 de Maizière, (2016) Demokratie heißt Zuhören und die Hand reichen, S. 1, Available at: <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/12/bekanntgabe-der-teilnahme-an-open-government-partnership.html> (Accessed: 8 August 2017).

- Welche Herausforderungen sind im Zuge der Umsetzung von Open Government zu meistern?
- Ist der Eintritt in die Open Government Partnership ein geeignetes Mittel, um *diesen Weg* zu mehr Transparenz, Teilhabe und Innovation zu beschreiten?
- Durch welche Maßnahmen kann dieser Weg weiter geebnet werden?

Die Beantwortung der ersten beiden Fragen soll als Orientierung und Fundament der beiden zuletzt genannten Fragen dienen. Um die dritte Frage zu beantworten, wird der, im Zuge des Eintritts Deutschlands in die Open Government Partnership verfasste, erste Nationale Aktionsplan Deutschlands (NAP) bewertet. Die Auseinandersetzung mit Frage vier erfolgt in Form von Handlungsempfehlungen, die im zweiten deutschen Nationalen Aktionsplan umgesetzt werden könnten.

II. Was ist Open Government?

a) Herleitung

Ausgangspunkt des Open-Government-Gedankens ist das schwedische Pressefreiheitsgesetz aus dem Jahr 1766. Das Gesetz, das auch heute noch in seiner Fassung von 1949 Verfassungsrang besitzt, besagt, „dass jedem Bürger- mit wenigen Ausnahmen -kosten- und begründungsfrei Zugang zu allen offiziellen Dokumenten gewährt [wird]“³.

Der Begriff Open Government hat seinen Ursprung dagegen in den USA während der Nachkriegszeit des zweiten Weltkrieges. Amerikanische Zeitungsverleger rechtfertigten ihr Interesse an einer umfassenden Auskunftspflicht seitens der Regierung und einer daraus resultierenden einfacheren Informationsbeschaffung durch die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Überwachung der Regierung. Open Government war demnach geprägt durch das Bedürfnis der Transparenz des staatlichen Handelns⁴.

Im Jahr 2009 erlebt der Open Government Begriff vor allem in angelsächsischen Staaten eine Renaissance. Das Memorandum *Transparency*

3 Biernat, S. *et al.* (2014) *Handbuch Ius Publicum Europaeum-Band V Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Abs. 105, Edited by A. von Bogdandy, S. Cassese, and P. M. Huber. Heidelberg: C.F. Müller.

4 Vgl. Herzberg, J. (2013) ‘„Open Government“ – Versuch einer Begriffsbestimmung’, S. 40, *Verwaltung & Management*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, pp. 40–44.

and *Open Government* von Barack Obama sorgte aber auch weltweit für einen Anstieg des Bekanntheitsgrads und des Interesses an Open Government. In seiner damaligen Rolle als Präsident der USA veröffentlichte Obama nur einen Tag nach seiner, am 20. Januar 2009 stattfindenden, Amtseinführung die oben genannte Stellungnahme und prägte dadurch den Begriff Open Government mit dem Dreischritt: *Transparenz, Partizipation und Kollaboration*⁵.

b) Definition

Wird versucht, die dargestellte Entwicklung des Begriffes von Open Government abschließend in einer Definition münden zu lassen, zeigt sich, dass Open Government kein Begriff ist, der sich leicht definieren lässt. Seine Schwerpunkte und Bestandteile sind je nach Autor und Zeit unterschiedlich oder werden nur sehr vage dargestellt. Mehrfach werden Formulierungen wie „Sammelbegriff“ oder „aus mehreren Teilen“ verwendet⁶⁷⁸⁹¹⁰¹¹¹².

Die Definition von Open Government könnte an dieser Stelle wie folgt lauten:

„offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln, das sich durch die Steigerung von Transparenz, Partizipation und Kollaboration auszeichnet und durch die Bearbeitung verschiedener Themenfeldern vorangetrieben wird“.

-
- 5 Vgl. Obama, B. (2009) *Transparency and Open Government* | [whitehouse.gov.](https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government), S. 1, Available at: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government> (Accessed: 9 June 2017).
 - 6 Vgl. Interview 1 (2017) Z. 11 f.
 - 7 Vgl. von Lucke, J. (2010) *Open Government Öffnung von Staat und Verwaltung*, Cities; Zeppelin University gGmbH Friedrichshafen, S. 3, Friedrichshafen. Available at: https://www.zu.de/institute/togi/assets/pdf/JvL-100509-Open_Government-V2.pdf. (Accessed: 10 June 2017).
 - 8 Vgl. Interview 3 (2017) Z. 370f.
 - 9 Vgl. Interview 4 (2017) Z. 15ff.
 - 10 Vgl. Interview 5 (2017) Z. 21f.
 - 11 Vgl. Interview 7 (2017) Z. 7ff.
 - 12 Vgl. Obama, B. (2009) *Transparency and Open Government* | [whitehouse.gov.](https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government), S. 1, Available at: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government> (Accessed: 9 June 2017).

Um zu überprüfen, welche Themenfelder für die Umsetzung von Open Government relevant sind, wurden den Experten acht vom Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland entworfene Handlungsfelder unterbreitet¹³. Im Ergebnis kristallisierten sich sechs Themenfelder heraus, womit die Definition von Open Government an dieser Stelle vervollständigt werden kann¹⁴¹⁵¹⁶¹⁷¹⁸.

Die erste Frage lässt sich somit folgendermaßen beantworten. Der Begriff Open Government steht für:

„ein offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln, das sich durch die Steigerung von Transparenz, Partizipation und Kollaboration auszeichnet und durch die Bearbeitung der Themenfelder Informationsfreiheit, Transparenz und deren Grenzen, Open Data, Einbeziehung des Bürgers: Partizipation und Kollaboration, Open Innovation, Zukunftsdialoge und Kompetenzaufbau und Qualifizierung vorangetrieben wird“.

III. Herausforderungen der einzelnen Themenfelder

Mit dem Wissen über die, zur Umsetzung von Open Government relevanten, Themenfelder ist es nun auch möglich, die themenspezifischen Herausforderungen von Open Government zu identifizieren. Die Frage wird exemplarisch an den Themenfeldern Open Data und Open Innovation beantwortet.

13 Vgl. Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland (2017) Zivilgesellschaftliche Empfehlungen für den nationalen Aktionsplan Open Government Partnership, S. 2, Available at: https://opengovpartnership.de/files/2017/03/170323_Zivilgesellschaftliche_Empfehlungen_NAP_OGP.pdf (Accessed: 19 April 2017).

14 Vgl. Interview 3 (2017) Z. 398 f.

15 Vgl. Interview 4 (2017) Z. 471 f.

16 Vgl. Interview 5 (2017) Z. 160 f.

17 Vgl. Interview 6 (2017) Z. 61 f.

18 Vgl. Interview 7 (2017) Z. 83 f.

a) Open Data

Als Herausforderungen bei Open Data werden immer wieder konkurrierende Portale und deren potentielle Zusammenführung genannt¹⁹. Es existieren Portale auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene, die mit sehr viel Ressourcenaufwand kreiert worden sind und für deren Erhalt es sowohl gute Gründe als auch einflussreiche Fürsprecher gibt. Will man die einzelnen Ebenen trotzdem zusammenführen, gilt es ein ausgewogenes Modell zu entwickeln, um: „die Verfahrensautonomie der Länder sowie die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen nicht zu verletzen und gleichzeitig einen leistungsfähigen Portalverbund auf die Welt zu bringen“²⁰.

Zudem muss das mit der Befürchtung eines Macht- und Kontrollverlust einhergehende *Silodenken* aufgebrochen werden, das seinen Ursprung in der zuvor genannten Fachbereichsfixierung findet. Dadurch soll ermöglicht werden, die Fülle an vorhandenen, wirklich relevanten Daten und Informationen nach außen zu tragen²¹.

Die fehlende Expertise der Bevölkerung wird ebenfalls häufig als Herausforderung oder Hürde bei der Umsetzung von Open Government bezeichnet. Dies trifft jedoch lediglich dann zu, wenn die Daten zuvor nicht von der Verwaltung aufbereitet und dadurch für den Laien lesbar geworden sind²². Durch diesen Vorgang entstehen jedoch auch weitere Kosten für die Verwaltung.

b) Open Innovation

Die größte Herausforderung beim Thema Open Innovation liegt in der Verankerung von neuartigen Methoden und Vorgehensweisen im staatlichen

19 Vgl. Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland (2017) ‘Zivilgesellschaftliche Empfehlungen für den nationalen Aktionsplan Open Government Partnership’, S. 16, Available at: https://opengovpartnership.de/files/2017/03/170323_Zivilgesellschaftliche_Empfehlungen_NAP_OGP.pdf (Accessed: 19 April 2017).

20 Vgl. Drüke, H. (2017) ‘So lässt sich das Potenzial nutzen’, S. 8, *eGovernment Computing*, p. 8

21 Vgl. Interview 4 (2017) Z. 31 ff. und 164 ff.

22 Vgl. Interview 1 (2017) Z. 174 ff.

Handeln. Dafür muss man innovative Strukturen schaffen, *Hackathons*²³ auf Grundlage offener Daten implementieren und unterschiedliche innovative Akteure zusammenführen, um somit Synergien erzeugen zu können^{24,25}.

Als kulturbedingte Herausforderung ist das in Deutschland vorherrschende Denken einzuordnen, nach dem die Verwaltungen nicht innovativ sein sollen, sondern lediglich zu funktionieren haben. Diese Einstellung steht beispielsweise der Bereitstellung von Erprobungsspielräumen entgegen, die maßgeblich zur Entwicklung von Innovationen beitragen können.²⁶

IV. Der Beitritt Deutschlands zur Open Government Partnership

a) Open Government Partnership

Die Open Government Partnership ist eine aktuell aus 75 Staaten bestehende multilaterale Initiative. Durch die Verabschiedung der *Open Government Declaration* wurde sie von den USA, Großbritannien, Brasilien, Mexiko, Indonesien, Norwegen, den Philippinen und Südafrika am 20. September 2011 ins Leben gerufen.

Die Open Government Partnership ist eine Plattform zum Austausch und der Vernetzung von Regierungen und zivilgesellschaftlichen Akteuren.²⁷

23 Vgl. Glaser, P., Reimer, M. and Seitz, D. (2016), *Jugend-Hackathons*, S. 8, Berlin.

24 Vgl. Hölscher, M. (2017) *Wissens- und Ideentransfer für Innovation in der Verwaltung*, S. 1, Available at: <http://www.uni-speyer.de/de/forschung/projekte/witi.php> (Accessed: 25 July 2017)

25 Vgl. Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft (2016), *Open Data KreativHack: Hackathon zeigt Nutzen offener Daten*, S. 1, Available at: <https://www.zbw-mediatalk.eu/en/2016/11/open-data-kreativhack-hackathon-zeigt-nutzen-offener-daten/> (Accessed: 31 July 2017).

26 Vgl. Interview 2, 2017: 317f.

27 Vgl. Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland (2017) 'Zivilgesellschaftliche Empfehlungen für den nationalen Aktionsplan Open Government Partnership', S. 10, Available at: https://opengovpartnership.de/files/2017/03/170323_Zivilgesellschaftliche_Empfehlungen_NAP_OGP.pdf (Accessed: 19 April 2017).

Sie sieht sich demnach nicht als ein Club, sondern als „ein Kompetenz- und Evaluationsnetzwerk“ an²⁸.

Langfristig verfolgt die Initiative das Ziel, durch die gemeinsamen Anstrengungen die Umsetzung der Idee eines kooperativen, offenen und transparenten Regierungs- und Verwaltungshandelns zu verwirklichen. Kurzfristig können die Mitglieder von den jeweiligen Erfahrungen und Erfolgen der anderen Staaten profitieren.

Die Teilnahme an der Open Government Partnership ist mit mehreren Anforderungen verknüpft. Die Interessenten müssen die Eignungskriterien der Partnership in den Bereichen fiskalische Transparenz, Offenlegung der Vermögensverhältnisse von öffentlich Bediensteten, bürgerschaftliches Engagement und Informationszugang erfüllen. Zudem müssen sie eine Absichtserklärung für die Teilnahme an den Vorsitzenden des Open Government Partnership-Lenkungsausschusses übermitteln und ein federführendes Ministerium für die Ausarbeitung eines Nationalen Aktionsplans bestimmen²⁹.

Die Nationalen Aktionspläne sollen konkrete Verpflichtungen zu den Themen Transparenz, öffentliche Teilhabe und Rechenschaftslegung beinhalten und interessierte Gruppen in den Entstehungsprozess integrieren. Der fertiggestellte Aktionsplan soll die Vorschläge der Zivilgesellschaft beinhalten und zwischen fünf und fünfzehn Verpflichtungen umfassen. Er wird alle zwei Jahre neu aufgesetzt und um neue Beiträge erweitert³⁰. Der springende Punkt bei den Aktionsplänen ist die Kombination aus Verpflichtung und Selbstverpflichtung. Man verpflichtet sich als Staat selbst, in dem man Projekte formuliert und ist im Anschluss „verpflichtet“, seine Agenda abzarbeiten³¹.

Die Zivilgesellschaft kann auf unterschiedliche Art und Weise an der Open Government Partnership teilnehmen. Ein offizielles Verfahren gibt es hierbei nicht. Zu den möglichen Handlungsfeldern gehören beispielsweise die Unterstützung der Ausarbeitung ehrgeiziger nationaler Aktionspläne

28 Vgl. Interview 3, 2017: Z. 227f.

29 Vgl. Open Government Partnership (2016) *OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP WAS IST DIE OGP?*, S. 3, Washington.

30 Vgl. Open Government Partnership (2016) *OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP WAS IST DIE OGP?*, S. 3, Washington.

31 Vgl. Interview 3, 2017: Z. 221ff.

und das Einbringen des eigenen Knowhows bei der Umsetzung der Verpflichtungen³².

b) Der Weg Deutschlands zur Open Government Partnership

Die Piratenpartei aus NRW hat im Landtag einen Antrag zum Beitritt Deutschlands in die Open Government Partnership im November 2013 eingereicht³³. Der Antrag wurde von der rot-grünen Mehrheit unterstützt und von der Landesregierung in den Bundesrat eingebracht. Dort wurde der Eintritt schließlich am 6. November 2015 beschlossen³⁴. Im April 2016 offenbarte die deutsche Bundesregierung im Rahmen eines Treffens des deutsch-französischen Ministerrats in Metz den Beschluss, der Partnership beizutreten³⁵. Am 07. Dezember 2016 gab schließlich Bundesinnenminister Dr. Thomas de Maizière in Paris mit der Übergabe des *Letter of Intent* den Beitritt Deutschlands zur Open Government Partnership bekannt³⁶.

Im Anschluss begann die Kontaktaufnahme mit der Zivilgesellschaft in Form von Workshops. Der erste Workshop, bei dem es um grundlegende Fragen zur Open Government Partnership ging, stand allen an Open Government interessierten Bürgern offen.³⁷ Der erste inhaltlich konkrete

32 Vgl. Open Government Partnership (2016) *OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP WAS IST DIE OGP?*, S. 3, Washington.

33 Vgl. Fraktion der Piraten (2013) *Antrag -Forderung nach dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur internationalen Initiative Open Government Partnership.*, S. 3, 16/4437. Düsseldorf.

34 Vgl. Bundesrat (2015) Beschluss- Entschließung des Bundesrates zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur internationalen Initiative Open Government Partnership. S. 1, 462/15. Berlin. Available at: <http://www.bundesrat.de/drs.html?id=462-15>.

35 Vgl. Presse-Und Informationsamt der Bundesregierung (2016) *Gemeinsame Erklärung zum Deutsch-Französischen Ministerrat am 7. April 2016*, S. 1, Available at: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2016/04/2016-04-07-deutsch-franzoesischer-ministerrat.html> (Accessed: 7 September 2017)

36 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) *Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019*, S. 3, Berlin.

37 Vgl. Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland (2016) *Tutorial Workshop am 15.12., 9.30 – 12 Uhr.*, S. 1, Available at: <https://opengovpartnership.de/2016/12/tutorial-workshop-am-15-12-9-30-12-uhr/> (Accessed: 7 September 2017).

Workshop mit über 100 Experten fand im Bundesministerium des Innern am 17. Februar 2017 statt. Anschließend bestand für die Zivilgesellschaft die Möglichkeit, für mehrere Wochen online an der Kreierung weiterer Vorschläge für den deutschen Nationalen Aktionsplan mitzuwirken. Über die gesammelten Vorschläge hat die Bundesregierung im Anschluss diskutiert. Die letzte Zwischenstand-Besprechung der Bundesregierung fand am ersten Juni 2017 statt, bevor der Nationale Aktionsplan am 16. August 2017 veröffentlicht wurde³⁸.

c) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019

Mit der Teilnahme sind mehrere Ziele verknüpft. Darunter fallen die Aufwertung verschiedener Reformvorhaben durch die Verortung im deutschen Aktionsplan, die Schaffung neuer Impulse für die Diskussion bezüglich des Nutzens und der Ausgestaltung von Open Government für die staatliche Leistungserbringung und, was ebenfalls relevant ist, eine Ausweitung des internationalen und des mit der Zivilgesellschaft stattfindenden Dialogs³⁹.

Insgesamt enthält der Nationale Aktionsplan 15 Verpflichtungen, von denen sieben komplett neu sind und sich acht aktuell schon in der Umsetzungsphase befinden. Für sämtliche Maßnahmen sind eine Beschreibung, der aktuelle Status Quo, die Ziele, Ambitionen und Relevanz sowie die an der Umsetzung beteiligten Akteure aufgeführt. Zusätzlich wird jede Verpflichtung in einen zeitlichen Rahmen eingegliedert und mit zu erreichenden Meilensteinen ausgestattet⁴⁰.

Das genaue Vorgehen des deutschen Nationalen Aktionsplans lässt sich am besten durch die detaillierte Darstellung der als besonders wichtig erachteten Verpflichtung 2 *Umsetzung von Open Data in die Verwaltungspraxis* skizzieren. Natürlich werden auch die restlichen Verpflichtungen analysiert. Die daraus resultierenden Ergebnisse sind in tabellarischer Form vorzufinden.

38 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017b) *Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019*, S. 9, Berlin.

39 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) *Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019*, S. 4, Berlin.

40 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) *Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019*, S. 11ff., Berlin.

Um die gesetzlich verankerte aktive Bereitstellung von Open-Data mit Leben zu füllen, braucht es Maßnahmen, um „das in der Bundesverwaltung vorhandene Wissen über Open Data [zu] verbreitern“⁴¹. Dadurch will man sowohl ein an die Bedürfnisse der Bürger angepasstes Vorgehen, als auch ein einheitliches Vorgehen bei der Öffnung der Daten durch die unmittelbare Bundesverwaltung entwickeln. In der Beschreibung des Status Quo wird beispielsweise auf die Unterzeichnung der G8-Open-Data-Charta durch Deutschland hingewiesen. Interessant ist die Anspruchshaltung, mit der die Rolle Deutschlands beim Thema Open Data formuliert wird. Man verfolgt das Ziel, zukünftig eine Führungsrolle in der Open Government Partnership einzunehmen und Open Data im alltäglichen Verwaltungshandeln zu integrieren⁴².

Weitere Charakteristika der Maßnahme sind, dass es sich um eine neu auferlegte Verpflichtung handelt, die durch das BMI umgesetzt wird und dass verschiedene Bundesressorts daran beteiligt sind. Die von der Maßnahme betroffenen Teilbereiche von Government sind Transparenz und Innovation. Die Relevanz liegt in der mit der Einführung von Open Data verbundenen Steigerung von Transparenz, die wiederum als Grundlage von Open Government angesehen wird. Die Verpflichtung soll in dem Zeitraum von Juli 2017 bis Juni 2019 umgesetzt werden, wobei insgesamt fünf Meilensteine terminiert sind. Bis Dezember 2017 sollen offene Verpflichtungen aus dem G8 Open Data-Aktionsplan evaluiert und in einen Umsetzungsplan integriert werden. Zusätzlich will man bis zum selben Zeitpunkt ein Konzept für die Verwaltung des Bundes zur einheitlichen Datenbereitstellung schaffen. Bis Juni 2018 sind ebenfalls zwei Maßnahmen umzusetzen. Zum einen die Bildung einer Beratungsstelle für die unmittelbare Verwaltung des Bundes und zum anderen die Erstellung von Werkzeugen, um die Behörden des Bundes dabei zu unterstützen, geeignete Daten herauszufiltern und schließlich auch offenzulegen. Als „laufender“ Meilenstein ist abschließend die Erstellung von Open Data-Leitfäden, die sich etwa mit der Struktur von Veröffentlichungsprozessen befassen, angegeben⁴³.

In der Tabelle wurden die verschiedenen Maßnahmen unter übergeordneten Themen gebündelt. Neben der Nennung der beteiligten Akteure sind

41 Bundesministerium des Innern (2017) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019, S. 13, Berlin.

42 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019, S. 13, Berlin.

43 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019, S. 13, Berlin.

die Maßnahmen auch den sieben, im Zuge der Arbeit angepassten übergreifenden Themenfeldern zugeordnet.

d) Nationaler Aktionsplan von Großbritannien

Um den deutschen Aktionsplan zusätzlich in einen internationalen Kontext einordnen zu können, wird ein Vergleich mit Großbritannien vorgenommen. Ein solcher Vergleich erscheint als sinnvoll, da das Land schon drei Aktionspläne verabschiedet hat und man somit sowohl auf eine Vielzahl von Erfahrungen zurückgreifen kann, als auch mögliche Entwicklungsschritte zwischen den einzelnen Aktionsplänen analysiert werden können. Als Gründungsmitglied hat Großbritannien im Jahr 2011 seinen ersten Aktionsplan verabschiedet.

„We want to be the most open and transparent government in the world“⁴⁴. Dieses Zitat des damaligen britischen Premierminister David Cameron leitet den ersten nationalen Aktionsplan von Großbritannien ein und dient gleichzeitig als Marschrichtung für das zukünftige Vorgehen Großbritanniens in der Open Government Partnership.

Der britische Nationale Aktionsplan beinhaltet auf zehn Seiten neben einleitenden Worten zu den Vorteilen von Open Government auch die mit der Teilnahme an der Open Government Partnership verfolgten Schwerpunkte, bereits angestoßenen Maßnahmen sowie drei neue Verpflichtungen, die sich Großbritannien im Zuge der Teilnahme an der Open Government Partnership auferlegt hat⁴⁵. Da kurz vor der Erstellung des Aktionsplans die britische Transparenzstrategie veröffentlicht wurde und dieses Thema somit schon in einem aktuellen Papier verortet war, lag der Schwerpunkt des Aktionsplans bei der Verbesserung der öffentlichen Dienstleistungen und der effektiven Verwaltung öffentlicher Ressourcen⁴⁶.

Der Nationale Aktionsplan beinhaltet insgesamt drei Verpflichtungen, die mit mehreren *Hebeln* ausgestattet sind. Diese Hebel sind wiederum mit einer Vielzahl von Maßnahmen unterfüttert und teilweise mit Meilensteinen ausgestattet. Die erste Verpflichtung beschäftigt sich mit offenen Daten.

44 Cabinet Office (2011) United Kingdom - First National Action Plan 2011-2013., S. 1, London.

45 Vgl. Cabinet Office (2011) United Kingdom - First National Action Plan 2011-2013, S. 1 ff., London.

46 Vgl. Cabinet Office (2011) United Kingdom - First National Action Plan 2011-2013, S. 1, London.

Dabei sollen durch die Betätigung von sechs Hebeln die Rechenschaftspflicht, die Unterstützung von Entscheidungen, die Qualität und Produktivität des öffentlichen Dienstes sowie das soziale und wirtschaftliche Wachstum verbessert werden. Als Hebel nennt der Aktionsplan beispielsweise das Setzen von Standards und das Sammeln und Veröffentlichen korrekter und nützlicher Daten. Das Sammeln der korrekten Daten wird wiederum durch Maßnahmen, wie etwa die Entwicklung von digitalen Kanälen und einem Angebot einfacher zu verwendender Werkzeuge unterstützt. Als Meilenstein wird festgelegt, dass bis Ende des Jahres 2011 ein erstes Pilotinventar verfügbar sein soll⁴⁷.

Der Sprung vom ersten zum zweiten britischen Nationalen Aktionsplan ist beachtlich. Allein der Umfang hat sich mit insgesamt 58 Seiten fast sechsfacht und auch der Aufbau wurde abgewandelt. Neben der professionelleren Gestaltung, die in farblichen Akzenten und einer einprägsamen Struktur ihren Ausdruck findet, gibt es auch inhaltliche Neuerungen⁴⁸.

So wurden zu Beginn fünf große Herausforderungen ausgemacht, auf deren Lösung die einzelnen Verpflichtungen hinwirken sollen. Die Herausforderungen liegen auch jetzt noch in der Verbesserung der öffentlichen Dienstleistungen und der effizienteren Nutzung öffentlicher Ressourcen. Dazu kamen die Verbesserung der öffentlichen Integrität, die Schaffung sicherer Kommunikation und die Steigerung der Rechenschaftspflicht von Unternehmen⁴⁹.

Auch der Aufbau der einzelnen Verpflichtungen hat sich verändert. Diese werden nun zuerst genannt und dann mit Akteuren aus der Zivilgesellschaft in Verbindung gebracht. Anschließend werden der Einfluss und die Vision hinter der Maßnahme beschrieben und in einen nationalen Kontext gesetzt. Abschließend untergliedert man die Verpflichtung in Maßnahmen und ordnet diese den zu Beginn genannten Herausforderungen zu. Die Maßnahmen haben im Vergleich zum ersten Nationalen Aktionsplan an Detailschärfe verloren. Insgesamt umfasst das Papier 21 Verpflichtungen⁵⁰.

Der aktuelle britische Aktionsplan umfasst 47 Seiten und 13 Verpflichtungen. Auch hier wurde der formale Aufbau wieder leicht abgewandelt,

47 Vgl. Cabinet Office (2011) United Kingdom - First National Action Plan 2011-2013., S. 4, London.

48 Vgl. Cabinet Office (2013) Open Government Partnership UK, S. 1 ff., London.

49 Vgl. Cabinet Office (2013) Open Government Partnership UK, S. 6, London.

50 Vgl. Cabinet Office (2013) Open Government Partnership UK, S. 11 ff., London.

indem man mehr Tabellen und Grafiken integriert hat⁵¹. Die entscheidende Neuerung ist jedoch, dass es nun eigene Entwürfe für Nordirland, Schottland und Wales gibt, die sich in ihrem Umfang stark unterscheiden⁵²⁵³⁵⁴.

V. Bewertung des deutschen Beitritts zur Open Government Partnership

Um den deutschen Nationalen Aktionsplan und damit den Beitritt Deutschlands zur Open Government Partnership zu bewerten und abschließend Rückschlüsse über den erreichten Mehrwert ziehen zu können, sind verschiedene Aspekte zu betrachten.

a) Rahmenbedingungen

Betrachtet man die Rahmenbedingungen, unter denen der Nationale Aktionsplan zustande gekommen ist, spielt vor allem der Entstehungsprozess und dabei insbesondere der Beteiligungsprozess sowie der politische Wille eine wichtige Rolle. Diese hohe Bedeutung ergibt sich aus der Tatsache, dass es sich bei der Open Government Partnership um eine Institution mit starkem zivilgesellschaftlichem Engagement handelt. Beim Entstehungsprozess sind folglich besonders die beteiligten Akteure von Interesse. Rückschlüsse über den politischen Willen sind dagegen nur schwer zu ziehen.

-
- 51 Vgl. Cabinet Office (2016) UK Open Government National Action Plan 2016-18, S. 1 ff., London.
 - 52 Scottish Government (2016) UK Open Government Partnership National Action Plan 2016-18: Commitment from the Scottish Government, S. 1 ff., Edinburgh. Available at: https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/UK_Action-Plan_2016-2018_Commitments-Scotland.pdf (Accessed: 28 August 2017).
 - 53 Welsh Government (2016) UK Open Government Partnership National Action Plan 2016-18: Commitments from the Welsh Government, S. 1 ff., Cardiff. Available at: https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/UK_Action-Plan_2016-2018_Commitments-Wales.pdf (Accessed: 28 August 2017).
 - 54 Northern Ireland Executive (2016) UK Open Government Partnership National Action Plan 2016-18: Commitments from the Northern Ireland Executive, S. 1ff. Belfast. Available at: https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/UK_Action-Plan_2016-2018_Commitments-Northern-Ireland.pdf (Accessed: 28 August 2017).

Als Anhaltspunkte sollen hierbei die Kommunikation des Vorhabens und die Verzögerung des Prozesses dienen.

An der Entstehung des Nationalen Aktionsplans waren Akteure der Landes-, der Bundesebene und mit Frankreich auch ein internationaler Akteur involviert. Die Bundesregierung hat auch die Zivilgesellschaft durch die Öffnung des Ideenfindungsprozesses in die Erstellung des Nationalen Aktionsplans mit einbezogen. Dabei ist insbesondere auf den Arbeitskreis Open Government Partnership Deutschland einzugehen, dessen Engagement einen Großteil des Fundaments des Aktionsplans darstellt.

Kritisch anzumerken ist, dass der Beitritt zur Open Government Partnership und die Möglichkeit der Teilnahme nicht ausreichend kommuniziert wurden. Dies ist daran festzumachen, dass sogar manche der Experten, die sich intensiv mit den Aspekten von Open Government beschäftigen, erst durch die Interviews im Rahmen dieser Arbeit von dem angestrebten Beitritt erfahren haben⁵⁵⁵⁶. Ein weiteres Beispiel für die unzureichende Kommunikation findet sich in der Platzierung des Entschlusses zum Beitritt Deutschlands zur Open Government Partnership in der gemeinsamen Erklärung zum Deutsch-Französischen Ministerrat am 7. April 2016. Darin ist die entsprechende Passage in dem Abschnitt 5. *Klima, Energie, Wirtschafts- und Sozialfragen* in dem Unterpunkt *f. Industrie / Handelspolitik* an letzter Stelle aufgeführt⁵⁷. Abgesehen davon, dass die Platzierung durchaus ein Indikator für einen eher geringen Stellenwert der Initiative für die deutsch-französische Zusammenarbeit offenbart, wäre eine Platzierung unter dem Unterpunkt „e. Digitalisierung“ wahrscheinlich angemessener gewesen.

Bis auf die ausbaufähige Öffentlichkeitsarbeit für den Beitritt zur Open Government Partnership ist der Beteiligungsprozess, insbesondere aufgrund der umfassenden Beteiligung, jedoch durchaus positiv zu bewerten. Es ist dabei von hoher Bedeutung – und das lässt sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschätzen –, dass die Zivilgesellschaft auch in Zukunft in den Erstellungsprozess der Aktionspläne eingebunden wird und dass die Debatte auf einem für alle interessierten Beteiligten verständlichen Niveau geführt wird.

55 Vgl. Interview 5, 2017: Z. 143ff.

56 Vgl. Interview 4, 2017: Z. 344ff.

57 Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (2016) Gemeinsame Erklärung zum Deutsch-Französischen Ministerrat am 7. April 2016, S. 1, Available at: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2016/04/2016-04-07-deutsch-franzoesischer-ministerrat.html> (Accessed: 7 September 2017).

b) Inhalt

Die Bewertung der Quantität des deutschen Nationalen Aktionsplans ist schnell abgeschlossen. Die Open Government Partnership fordert, dass in einem Aktionsplan zwischen fünf und fünfzehn Verpflichtungen enthalten sind. Somit befindet sich Deutschland mit seinen fünfzehn Verpflichtungen am oberen Ende der Spanne, was zunächst einmal positiv zu bewerten ist.

Der Qualität des Inhalts des Nationalen Aktionsplans soll auch hier wieder am Beispiel der Umsetzung von Open Data in der Verwaltungspraxis bewertet werden. Die zentrale Aussage der Verpflichtung liegt wie bereits beschrieben in der Aufgabe, die gesetzlich verankerte aktive Bereitstellung von Open Data mittels Maßnahmen zur Verbreiterung des vorhandenen Wissens in der Bundesverwaltung mit Leben zu füllen.

Die Aussage ist sicherlich korrekt und wird als sehr bedeutsam angesehen. Weiterhin positiv zu bewerten ist die Miteinbeziehung der Bundesressorts in die Umsetzung der Verpflichtung sowie die Tatsache, dass der Bedarf nach einer Implementierung von Open Data in der Verwaltung und insbesondere eine Verbreitung des Wissens nun in schriftlicher Form vorliegen. Auch die Durchführung der Maßnahme durch das BMI ist sinnvoll, da dieses zweifellos zu den größten Förderern von Open Government in Deutschland zählt.

Teilweise kritisch zu betrachten sind dagegen die als betroffen dargestellten Teilbereiche von Open Government. Es ist davon auszugehen, dass dem Aktionsplan nicht dieselbe thematische Untergliederung zu Grunde liegt wie dieser Arbeit, weshalb an der Nennung des Aspektes Transparenz anstelle des Aspektes Open Data nichts zu beanstanden ist. Jedoch kann man sich die Frage stellen, ob die Umsetzung von Open Data tatsächlich als Innovation zu bezeichnen ist. Open Data ist ein relativ neuer Bestandteil der Verwaltungsarbeit. Die reine Implementierung eines modernen, aber dennoch mehrfach auf allen Ebenen erprobten Instrumentes stellt jedoch keine Innovation dar. Viel eher sollte man die Maßnahme unter dem Themenfeld Kompetenzaufbau und Qualifizierung führen, da der Schwerpunkt der Maßnahme in der Fortbildung der Mitarbeiter zu sehen ist.

Der Inhalt der Verpflichtung selbst müsste, um noch besser zur Zielerreichung beizutragen, konkreter und somit messbarer formuliert sein. Man kann hierbei die Auffassung vertreten, dass die Nennung von Details nicht in die Beschreibung einer Maßnahme passt. Dann hätten jedoch immer noch

die Meilensteine die Möglichkeit geboten, konkrete Inhalte in den Aktionsplan zu verankern. Am Beispiel der Beratungsstelle oder der Werkzeuge wäre der Verweis auf deren Gestaltung leicht darzustellen gewesen. So bleibt offen, ob sich die Beratung in den einzelnen Ressorts befindet oder zentral organisiert ist, ob man sich an bestehenden Formaten orientiert oder man den genauen Bedarf mittels einer Stakeholder-Analyse oder ähnlicher Methoden ermitteln will. Auch bei den Werkzeugen wäre das Hinzufügen eines Nebensatzes, wie etwa „Erstellung von Werkzeugen, die sich an *The Open Societal Innovation Toolbox* (TosiT) orientieren“, von Vorteil gewesen, um dieses Ziel zu erreichen. Bei der jetzigen Formulierung bleibt die Verpflichtung sehr vage.

Nachvollziehbare Gründe für die gewählte Formulierung des Aktionsplans lassen sich einerseits darin vermuten, dass es sich hierbei um den ersten Nationalen Aktionsplan handelt und sich zunächst in dem neuen Themenfeld zurechtgefunden werden muss. Andererseits kann die vage Formulierung auch auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung zurückgeführt werden. Die geringe Erfahrung und die Tatsache, dass die Umsetzung und die Priorisierung sämtlicher Maßnahmen in die 19. Legislaturperiode fallen, sprechen ebenfalls für eine allgemein gehaltene Ausgestaltung der Verpflichtungen. Nichtsdestotrotz wird die Ansicht vertreten, dass zumindest die Formulierung einer Tendenz zur Ausgestaltung der einzelnen Zwischenschritte möglich und auch zielführend gewesen wäre.

Bei der Bewertung der restlichen Maßnahmen ist positiv hervorzuheben, dass eine Vielzahl von externen Akteuren beteiligt ist, wobei neben Akteuren aus der Zivilgesellschaft explizit auf die häufige Nennung der Kommunalebene verwiesen wird. Deren Einbeziehung ist besonders wichtig, da der Bürger dort die meisten Berührungspunkte zur Verwaltung hat. Die Verschiedenartigkeit der Themen ist zudem ein Beleg dafür, dass Open Government in vielen Bereichen der Verwaltung eine Rolle spielt und auch vorangetrieben wird. Mit der Durchführung der einzelnen Maßnahmen kann auch durchaus die Hoffnung verbunden werden, dass dadurch eine gewisse Leuchtturmwirkung für das jeweilige Ministerium oder Ressort entsteht. Zu bemängeln ist dagegen, dass der Maßnahmenkatalog keinen roten Faden aufweist, die einzelnen Maßnahmen in keinerlei Verhältnis zueinander stehen.

Weiterhin wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Aktionsplan Richtwerte zu den für die einzelnen Verpflichtungen zur Verfügung gestell-

ten Ressourcen enthalten würde. Dadurch wären die einzelnen Projekte wesentlich greifbarer geworden und es hätte eine gewisse Planungssicherheit für die beteiligten Akteure bestanden. Aber auch hier lässt sich das Argument anbringen, dass konkrete Zahlen durch die Entscheidungsbefugnis der kommenden Bundesregierung zurückgenommen werden könnten. Allgemein kann man die Überlegung anstellen, den kommenden Aktionsplan ein Jahr früher oder später zu verabschieden, da dadurch der aktuelle Rhythmus durchbrochen wird, nachdem jeder zweite Nationale Aktionsplan zum Ende einer Legislaturperiode beschlossen und anschließend von einer neuen Regierung bearbeitet wird. Dadurch würde die Wahrscheinlichkeit steigen, dass die Inhalte der Aktionspläne konkreter ausformuliert werden.

c) Rückschlüsse aus dem Vergleich mit Großbritannien

Bei den britischen Aktionsplänen konnte man eine große qualitative und quantitative Steigerung zwischen den Papieren erkennen. Beeindruckend ist dabei der Sprung zwischen dem ersten und zweiten Aktionsplan. Dieser zeigt sich am besten an den aufgestellten Verpflichtungen der beiden Nationalen Aktionsplänen. Während im ersten Aktionsplan lediglich drei Verpflichtungen verabschiedet werden, und somit die Mindestanforderung der Open Government Partnership unterboten wurde, fanden sich im zweiten Aktionsplan 21 Verpflichtungen. Somit wurde die Höchstgrenze beim zweiten Aktionsplan überboten. Beim dritten Aktionsplan sind besonders die eigenständigen Pläne für Schottland, Wales und Nordirland hervorzuheben.

Aus der Entwicklung der britischen Aktionspläne lassen sich einige strukturelle Verbesserungsvorschläge für Deutschland ziehen. So würde es sich etwa anbieten, aus dem ersten britischen Nationalen Aktionsplan die Formulierung von Hebeln zu integrieren und diese zu *Impulsen* abzuwandeln. Dadurch wüsste der Leser mit einem Blick, worauf die Maßnahme zielt.

Aus dem zweiten Aktionsplan sollte man die Auflistung der zentralen Herausforderungen übernehmen, denen dann später die einzelnen Verpflichtungen zugeordnet werden. In Deutschland werden den Verpflichtungen zwar auch Open Government-Werte zugeordnet, diese sind aber zuvor nicht zentral verortet worden. Dadurch bleibt unklar, wie viele Werte es überhaupt gibt und welche Ziele damit verfolgt werden. Die meisten Werte sind zwar selbsterklärend, jedoch ist etwa der Wert *Technologie/Innovation*

schwer einem genauen Ziel zuzuordnen, da er ohne Kontext aufgeführt wird⁵⁸. Auch die abschließende Übersichtstabelle des zweiten britischen Nationalen Aktionsplans ist sehr einprägsam und sollte übernommen werden. Der Vorschlag bezüglich des dritten Aktionsplans würde lauten, dass Deutschland sich den Aufbau lokaler Aktionspläne zum Vorbild nimmt.

Vergleicht man den Aufbau der Verpflichtungen des deutschen Aktionsplans mit denen des dritten britischen Aktionsplans, zeigt sich, dass hier bereits eine gewisse Vorbildfunktion beim Aufbau der Verpflichtungen existiert.

d) Mehrwert durch die Teilnahme

Durch den festen Rahmen und die kurzen Zeitabstände zwischen den Nationalen Aktionsplänen wird eine Dynamik erzeugt, die die verantwortlichen Akteure dazu zwingt, ihre Ziele – wenn auch aktuell noch sehr vage – zu formulieren, aufzuschreiben und in einen zeitlichen Rahmen einzuordnen. Zudem erhalten durch die Ausstrahlung der „Marke“ Open Government Partnership auch die Maßnahmen einen höheren Stellenwert, die schon vor der Erstellung des Aktionsplans aktiv waren⁵⁹.

Außerdem hilft die enge Verknüpfung mit den beteiligten Akteuren dabei, das Thema Open Government in die verschiedenen Arbeitsfelder hineinzutragen und vielseitige Impulse aufzugreifen. Die Werte und Ziele, die die Open Government Partnership verfolgt, können zudem selbst ein Leitbild oder zumindest einen Rahmen schaffen, an dem sich die Akteure auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene bei zukünftigen Maßnahmen, auch außerhalb der Nationalen Aktionsplänen, orientieren können⁶⁰.

Ob jedoch tatsächlich eine Aufbruchstimmung durch die Teilnahme an der Open Government Partnership entsteht und Open Government in Deutschland auf eine neue Stufe angehoben wird, hängt stark von den dafür zur Verfügung gestellten Mitteln ab. Insbesondere die Frage, wie viel Personal und Überzeugungsarbeit, etwa in Form von Pressearbeit, eingesetzt wird, nimmt großen Einfluss auf die Wirkung des Eintritts⁶¹.

58 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019, S. 26, Berlin.

59 Vgl. Interview 3, 2017: Z. 233ff.

60 Vgl. Interview 4, 2017: Z. 75ff.

61 Vgl. Interview 2, 2017: Z. 323ff.

Grundsätzlich lässt sich die dritte Frage aber mit *Ja* beantworten. Die stetige Weiterentwicklung von Open Government in Deutschland kann mittels der Nationalen Aktionspläne vorangetrieben werden.

VI. Handlungsempfehlung

Um die letzte Frage zu beantworten, folgen nun eine Reihe von Handlungsempfehlungen, die im Rahmen eines zweiten deutschen Aktionsplans umgesetzt werden können.

a) Grundsätzliche Handlungsempfehlungen

Kritisch bewertet wurden hauptsächlich die unzureichende Öffentlichkeitsarbeit für den Eintritt Deutschlands in die Open Government Partnership sowie die geringe Detailschärfe der einzelnen Maßnahmen. Die bloße Empfehlung einer verbesserten Öffentlichkeitsarbeit oder einer Erhöhung der Detailschärfe ist an dieser Stelle nicht zielführend.

Die öffentliche Wahrnehmung ist an den Erfolg der Teilnahme geknüpft und wird mit jeder erfolgreich umgesetzten Maßnahme steigen. Die genaue Ausgestaltung der Maßnahmen ist meiner Ansicht nach ein Faktor, der maßgeblich mit dem Erfolg der Vorhaben zusammenhängt. Im aktuellen deutschen Nationalen Aktionsplan ist jedoch festgeschrieben, dass die Art und Weise der weiteren Umsetzung der getroffenen Verpflichtungen der „Prioritätensetzung der Bundesregierung in der 19. Legislaturperiode und den jeweiligen haushaltsrechtlichen Ermächtigungen“ obliegt⁶². Somit wird jeder zweite Aktionsplan kurz vor Ende einer Legislaturperiode von einer scheidenden Bundesregierung erstellt und anschließend von einer neuen Bundesregierung umgesetzt oder eben nicht umgesetzt.

Es wird deshalb empfohlen, diesen Rhythmus zu durchbrechen und den zweiten Aktionsplan schon nach einem Jahr zu verabschieden. Die bis dahin noch nicht abgeschlossenen Verpflichtungen können erneut aufgenommen und ein weiteres Jahr in die Zukunft gedacht werden. Anregungen für neue

62 Vgl. Bundesministerium des Innern (2017) Erster Nationaler Aktionsplan 2017-2019, S. 10, Berlin.

Maßnahmen können zusätzlich aus den nächsten Seiten entnommen werden. Dadurch kann der Erfolg der Aktionspläne und somit auch deren Bekanntheit gesteigert werden.

b) Erstellung lokaler Aktionspläne

Großbritannien hat es im dritten Aktionsplan vorgemacht und Aktionspläne für Nordirland, Schottland und Wales verabschiedet. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Initiative zum Beitritt ursprünglich von dem Land NRW ausging, ist es sehr bedauerlich, dass die Landesebene keinerlei Beiträge zur Erstellung des Nationalen Aktionsplans geleistet hat. An dieser Stelle soll außerdem angemerkt werden, dass die Erstellung von kommunalen Aktionsplänen als nicht zielführend angesehen wird. Diese sollten besser von Bundes- und Landesebene mit in deren Vorhaben einbezogen werden. Deshalb wird die Schaffung von landesspezifischen Aktionsplänen der deutschen Länder vorgeschlagen.

c) Open Data

Eines der wesentlichen Probleme innerhalb der Verwaltung liegt bei der Umsetzung von Open Data im Silo-Denken der einzelnen Abteilungen⁶³. Zur Verhinderung des Silo-Denkens in diesem Themenbereich bietet sich die Einführung einer behördeninternen Leitstelle für Open Data an. Diese würde verschiedene Aufgaben wahrnehmen. Darunter würde das Auswählen relevanter Daten, deren Bereitstellung und Pflege, aber auch die Kontrolle der einzelnen Ressorts in Bezug auf deren Freigabe von Daten fallen. Durch die Leitstelle würden jedoch nicht nur bestehende Daten-Silos aufgebrochen und dadurch Mehrwerte für Bürger und Verwaltung freigesetzt werden, sondern auch ein effizienterer Umgang mit offenen Daten gefördert werden.

Dies liegt einerseits daran, dass die Mitarbeiter der Leitstelle mit der Zeit durch gezielte Fortbildungen, Routine oder durch die gezielte Einstellung von geeigneten Mitarbeitern zu Experten im Umgang mit offenen Daten werden. Andererseits werden die Mitarbeiter der einzelnen Abteilungen entlastet, sodass diese sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren können.

63 Vgl. Interview 4, 2017: Z. 31ff. und 164ff.

Dadurch kann auch die verwaltungsinterne Einstellung gegenüber Open Data verbessert werden.

d) Open Innovation

Das beste Beispiel für Open Innovation auf der Kommunalebene ist das Verschwörhaus der Stadt Ulm⁶⁴. Die dort gegebenen Rahmenbedingungen sind ideal um kreative Prozesse anzustoßen, da dafür Instrumente wie Erprobungs- und Innovationsräume zur Verfügung gestellt werden.

Was jedoch fehlt, sind Kooperationspartner, die diese Prozesse steuern, konkretisieren und strukturieren, sodass sie letztlich in die Praxis übertragen werden können. Eine Kommunalverwaltung allein kann diese Aufgabe nur schwer erfüllen. Sinnvoll wären etwa Kooperationen mit Akteuren wie der Universität Speyer oder dem *Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung* (FöV). Solche externen Akteure verfügen über die nötigen Vorkenntnisse, um kreative Ideen in anwenderorientierte Produkte umzuwandeln und sind wahrscheinlich auch daran interessiert, ihr Wissen in der Praxis einzusetzen. In diesem Sinne wird der dauerhafte und wechselseitige Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis, insbesondere auf der Kommunalebene, bei der Schaffung von Open Innovation empfohlen.

e) Fazit und Ausblick

Betrachtet man das Engagement Deutschlands bei der Erstellung des ersten deutschen nationalen Aktionsplans, ist dieses positiv zu bewerten. Dies gilt umso mehr, da es sich hierbei um den ersten Entwurf eines Aktionsplans handelt und somit keine Erfahrungswerte vorliegen. Diese Einschätzung gilt insbesondere für die Rahmenbedingungen des Beitritts, an denen mit Ausnahme einer verbesserungswürdigen Öffentlichkeitsarbeit nichts zu beanstanden ist. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung kann dagegen die fehlende Konkretisierung der einzelnen Maßnahmen kritisiert werden, während die umfassende Einbeziehung von externen Akteuren positiv zu bewerten ist.

Neben der Umsetzung der in den Nationalen Aktionsplänen verankerten Maßnahmen wird auch in dem Beitritt in die Open Government Partnership

64 Stadt Ulm (2017) Das Verschwörhaus, S. 1, Available at: <https://verschwoerhaus.de/> (Accessed: 22 August 2017).

an sich ein positiver Impuls für die Entwicklung von Open Government gesehen. Es ist davon auszugehen, dass durch den Beitritt Projekte zur Umsetzung von Open Government einen höheren Stellenwert auf der politischen Agenda erhalten. Zudem werden die verantwortlichen Akteure dazu animiert, ihre Projekte in klaren Zeitfenstern zu formulieren und eine Vielzahl externer Stakeholder in den Entwicklungsprozess miteinzubeziehen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, sich an anderen Mitgliedern der Open Government Partnership zu orientieren.

Möchte man den ersten deutschen Nationalen Aktionsplan als Brennglas für das aktuelle Engagement Deutschlands bei der Schaffung von Open Government verstehen, so entsteht der Eindruck, dass das Instrument dazu geeignet ist, die Entwicklung von Open Government in Deutschland weiter voranzutreiben. Der erste Nationale Aktionsplan hat dies getan, in dem er eine Struktur geschaffen hat, die in den nächsten zwei Jahren erprobt werden kann. Um in Deutschland jedoch ähnlich große Entwicklungsschritte wie in Großbritannien zu vollziehen, sollte der zweite deutsche Nationale Aktionsplan konkretere, kohärentere und grundlegendere Maßnahmen beinhalten.

Das aktuellste und kurzfristig relevanteste Ereignis für die Entwicklung von Open Government wird jedoch die Bundestagswahl sein, weshalb diese Arbeit mit einer kurzen Betrachtung der Wahlprogramme der Parteien CDU/CSU, SPD, Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke, FDP und AFD in Bezug auf Open Government enden soll. Unter Zuhilfenahme des Gutachtens zur Bundestagswahl 2017 des *Open Government Institutes* zeigt sich, dass alle sechs Parteien mehrere Angaben zu den Punkten Transparenz, Partizipation und Kollaboration machen. Die Punkte Open Data und Open Innovation werden zudem von den Parteien CDU/CSU, SPD, Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke und FDP angesprochen, während die AFD zu beiden Feldern keine Angaben macht.

Somit kann davon ausgegangen werden, dass die 19. Bundesregierung dem Thema Open Government eine gewisse politische Relevanz zuschreiben wird. Nichtsdestotrotz birgt die jüngste Bundestagswahl das Potenzial zu weitreichenden Veränderungen, da die einzelnen Parteien sehr unterschiedliche Präferenzen hinsichtlich Intensität und Richtung von Open Government verfolgen⁶⁵.

65 Vgl. von Lucke, J. and Etscheid, J. (2017) Open Government in den Wahlprogrammen zur Bundestagswahl 2017 Wie steht es mit dem offenen Regierungs- und Verwaltungshandeln ?, S. 14 ff., Friedrichshafen.

Die geleistete Analyse der bisherigen Schritte lässt darauf schließen, dass sich Open Government in Deutschland weiter entwickeln wird. Es wird dabei spannend sein zu beobachten, wie schnell und mittels welcher Maßnahmen diese Entwicklung vonstattengeht.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. *Hermann Hill*, Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft und öffentliches Recht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Timon Hölle, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Prof. Dr. *Dieter Kugelman*, Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz

Ministerialdirektorin *Beate Lohmann*, Bundesministerium des Inneren, Leiterin der Abteilung O

Stefan Müller, Parlamentarischer Staatssekretär im Bundesministerium für Bildung und Forschung

Prof. Dr. *Robert Müller-Török*, Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen, Ludwigsburg

Tabea Rößner, MdB, Sprecherin für Medien, Kreativwirtschaft und Digitale Infrastruktur, Bündnis 90/Die Grünen

Prof. Dr. *Ulrich Stelkens*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Alexandra Stojek, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Prof. Dr. *Udo Thiedeke*, Institut für Soziologie, Johannes Gutenberg-Universität Mainz