

Nadja Braun Binder, Peter Bußjäger,
Mathias Eller (Hg.)

nap
new academic press

Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen

134. Schriftenreihe

Institut für Föderalismus



Nadja Braun Binder / Peter Bußjäger /
Mathias Eller (Hg.)

Auswirkungen der Digitalisierung
auf die Erlassung und Zuordnung
behördlicher Entscheidungen

Institut für Föderalismus – Schriftenreihe
Band 134

herausgegeben vom
Institut für Föderalismus, Innsbruck

Wissenschaftliche Leitung:
Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger, Institut für Öffentliches Recht,
Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck

Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen

herausgegeben von

Nadja Braun Binder / Peter Bußjäger / Mathias Eller



new academic press

Zitiervorschlag: Autor, [Titel], in: Braun Binder/Bußjäger/Eller (Hg), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Zuordnung und Erlassung behördlicher Entscheidungen (2021) [Seite]

Bibliographische Information der deutschen Bibliothek

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2021 by new academic press, Wien, Hamburg
www.newacademicpress.at

ISBN: 978-3-7003-2207-8

Satz: Dipl.-HTL-Ing. Franz König, BEd, Wien
Druck: Novographic Druck GmbH, Wien

Vorwort

Die Digitalisierung ist – nicht erst vor dem Hintergrund der aktuellen COVID-19-Krise, aber durch sie noch gefördert – eine der maßgeblichsten aktuellen und zukünftigen Herausforderungen der öffentlichen Verwaltung. Eine vom Institut für Föderalismus in Kooperation mit der Universität Basel und der Universität Innsbruck organisierte Online-Tagung im September 2020 befasste sich mit aktuellen Fragestellungen der Digitalisierung und Automatisierung behördlicher Entscheidungen. Der vorliegende Band vereinigt die Schriftfassungen der in diesem Rahmen gehaltenen Vorträge, die sich im Wesentlichen mit den rechtlichen Grundlagen und Entwicklungspotentialen der Digitalisierung in der Verwaltung in Österreich, Schweiz und Deutschland beschäftigen. Dabei war es den Organisatorinnen und Organisatoren der Tagung ein Anliegen, in den drei föderalen Staaten nicht nur die Bundesebene, sondern auch die Länder- bzw. kantonale Ebene zur Sprache kommen zu lassen, da diese einen großen Teil des Vollzugs zu tragen hat.

Nach einer grundsätzlichen Einführung in die Thematik durch *Nadja Braun Binder*, in welcher auch die bisherigen Realisierungsgrade des E-Governments sowie Gemeinsamkeiten und Unterschiede im D-A-CH-Vergleich herausgearbeitet werden, widmet sich der zweite Teil der Bundes- und Landesebene Österreichs. In der Bundesverwaltung eignet sich vor allem das Abgabenrecht als Massenfallrecht für eine Automatisierung im Verwaltungsverfahren. Vor diesem Hintergrund behandelt *Tina Ehrke-Rabel* die schon bisher bestehenden Automatisierungsprozesse in diesem Bereich und unterzieht weitere Entwicklungen in Richtung Vollautomatisierung der Abgabenfestsetzung anhand verfassungs- und datenschutzrechtlicher Aspekte einer kritischen Analyse. *Robert Stein* und *Gregor Wenda* fokussieren sich in ihrem Beitrag wiederum auf den Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationstechnologien in demokratischen Prozessen und zeichnen den Weg der Digitalisierung im Rahmen von Volksbegehren nach, die sich nach Ansicht der Autoren bisher als Erfolgsgeschichte entpuppte. Im abschließenden Beitrag des Österreich-Teils beschäftigt sich *Elke Wirthumer* vom Amt der Oberösterreichischen Landesregierung mit „Aspekten der (Teil-)Automatisierbarkeit des Verwaltungsverfahrens“ sowie mit der Digitalisierungsoffensive in der oberösterreichischen Landesverwaltung. In diesem Zusammenhang geht sie auch auf die österreichische Besonderheit der mittelbaren Bundesverwaltung, bei der es gerade durch die Digitalisierung zu einer schleichenden Unterwanderung seitens des Bundes kommen kann, ein.

Im dritten Teil des Tagungsbandes behandeln *Daniela Thurnherr* und *Andreas Glaser* das automatisierte Verwaltungsverfahren in der Schweiz sowohl auf Bundes- als auch Kantonsebene. Sie betonen, dass die Automatisierung im Bereich des Verwaltungsverfahrens bereits Einzug gehalten hat und sich beispielsweise im Kontext des Zoll- und Steuerrechts sowie des Unfall- und Militärversicherungsrechts Anwendungsfelder abzeichnen, denen diesbezüglich eine Vorreiterfunktion zukommen könnte. *Andreas Glaser* streicht hervor, dass auf kantonaler Ebene zudem erste Ansätze erkennbar sind, einfache Baugenehmigungsverfahren vollautomatisiert abzuwickeln. Beide Autoren weisen dennoch darauf hin, dass gesetzliche Regelungen, die ein Mehr an Automatisierung zulassen würden, in der Schweiz erst geschaffen werden müssen bzw. die Gestaltungsspielräume der Kantone in diesem Bereich noch nicht voll ausgeschöpft sind.

Die rechtsvergleichende Analyse wird mit einem Deutschland-Teil abgeschlossen. Während *Annette Guckelberger* die Automatisierung der Verwaltungsverfahren auf Bundesebene behandelt, fokussiert sich *Thorsten Siegel* auf die Bundesländer-Ebene und hier speziell auf Berlin. Erstere konstatiert, dass Deutschland im internationalen Vergleich im Bereich des E-Governments Defizite aufweist und auch die elektronische Aktenführung in den Behörden nicht überall Standard sei. Entscheidend sei nun zunächst, jene Bereiche zu identifizieren, die sich für eine Vollautomation überhaupt eignen (zB Steuer- oder Teile des Sozialrechts). *Thorsten Siegel* indes belegt, dass die Automatisierung von Verwaltungsverfahren in den Bundesländern allmählich voranschreitet und die Bundesländer von ihren Gestaltungsmöglichkeiten bereits in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben.

Peter Bußjäger und *Wolfgang Steiner* bewerten in einem letzten zusammenfassenden Beitrag die Tagungsergebnisse und leiten daraus konkrete Schlussfolgerungen ab. Neben klar formulierten Thesen zur weiteren digitalen Transformation in der öffentlichen Verwaltung wird auch Bezug darauf genommen, welche Voraussetzungen beim Einsatz automatisierter Systeme zwingend erfüllt sein müssen, um den geltenden verfassungs- und grundrechtlichen Vorgaben zu entsprechen.

Die Herausgeber danken allen Referentinnen und Referenten der Tagung für die aufschlussreichen Vorträge und die Ausarbeitung der Beiträge, die diesem Tagungsband zugrunde liegen. Ein besonderer Dank gilt Frau *Andrea Schaffner* vom Institut für Föderalismus für die technische Betreuung sowie Herrn *Wolfgang Walluch* und Herrn *Franz*

König von der Novographic Druck GmbH für den Satz und die Drucklegung des vorliegenden Bandes.

Innsbruck/Basel, im August 2021

Nadja Braun Binder

Peter Bußjäger

Mathias Eller

Inhalt

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Teil 1:	
Einleitung	1
<i>Nadja Braun Binder</i> Digitalisierung in der Verwaltung	3
Teil 2:	
Österreich	19
<i>Tina Ehrke-Rabel</i> Die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens am Beispiel des österreichischen Abgabenrechts	21
<i>Robert Stein/Gregor Wenda</i> Verfahren bei Instrumenten der direkten Demokratie: Der Weg zur Digitalisierung	65
<i>Elke Wirthumer</i> Aspekte der (Teil-) Automatisierbarkeit des Verwaltungsverfahrens und der oberösterreichische Weg zum Digitalen Amt	83
Teil 3:	
Schweiz	131
<i>Daniela Thurnherr</i> Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene (Schweiz)	133
<i>Andreas Glaser</i> Automatisierte Verwaltungsverfahren in den Schweizer Kantonen	159

Teil 4:
Deutschland 181

Annette Guckelberger
Automatisierte Verwaltungsentscheidungen aus der
Perspektive des Bundesrechts 183

Thorsten Siegel
Automatisierteungsverfahren in den Bundesländern
am Beispiel Berlin 213

Teil 5:
Zusammenfassung und Schlussfolgerungen 229

Peter Bußjäger/Wolfgang Steiner
Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung
und Zuordnung behördlicher Entscheidungen –
Zusammenfassende Bewertung der Tagungsergebnisse 231

Verzeichnis der Autorinnen, Autoren
sowie Herausgeberin und Herausgeber 241

Teil 1:
Einleitung

Digitalisierung in der Verwaltung

I. Einleitung

Der stetig voranschreitende technologische Wandel erfasst seit Längerem auch die öffentliche Verwaltung. Auf der einen Seite wächst das Bedürfnis der Bürgerinnen und Bürger nach Inanspruchnahme von orts- und öffnungszeitenunabhängigen Verwaltungsdienstleistungen, andererseits ist die Thematik in den Fokus der strategischen Verwaltungsplanung gerückt. Diese strategischen Planungen wirken sich wiederum auf die rechtlichen Rahmenbedingungen aus. Neben den strategischen und rechtlichen Rahmenbedingungen lässt sich die Digitalisierung der Verwaltung – hier verstanden als E-Government¹ – ohne geeignete Technik und gebietskörperschaftsübergreifende Zusammenarbeit nur schwer realisieren.² Sie hängt insoweit von den Rahmenbedingungen in verschiedenen Bereichen ab. Dazu zählen strategische Konzepte sowie rechtliche, organisatorische und technische Rahmenbedingungen. Von diesen Aspekten sollen im Folgenden insbesondere strategische und rechtliche aufgegriffen werden. Damit soll dieser einführende Beitrag eine überblicksartige Grundlage schaffen, auf welcher die öffentlich-rechtliche Analyse der spezifischen Fragestellungen dieser Tagung nach den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen stattfinden kann.

Zu diesem Zweck werden zunächst ein potenzielles Digitalisierungsszenario und die Realisierungsgrade von E-Government in Deutschland, Österreich und der Schweiz beschrieben (II.), danach werden für die Europäische Union (III.) sowie für Deutschland, Österreich und die Schweiz jeweils zuerst strategische Ansätze und dann wichtige Erlasse

* Bei diesem Beitrag handelt es sich um den anlässlich der Tagung vom 11.09.2020 zu „Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen“ gehaltenen Vortrag. Der Text wurde leicht überarbeitet und um Fußnoten ergänzt. Die Autorin dankt ihrer Mitarbeiterin Frau *Eliane Kunz* ganz herzlich für die tatkräftige Unterstützung bei der Aufbereitung des Manuskripts.

¹ Vgl zur Terminologie *Glaser*, Der elektronisch handelnde Staat, ZSR II 2015, 259 (265 und 291 f).

² *Höchtl/Lampoltshammer*, E-Government in Österreich: Ein Überblick, in: Stember et al (Hg), Handbuch E-Government (2019) 67 (67).

(IV.-VI.) dargestellt. Der Beitrag schließt mit einem Fazit zu Gemeinsamkeiten der genannten Staaten und Unterschieden zwischen ihnen (VII.).

II. Zukunft der Verwaltung

Ein in der Wissenschaft diskutiertes und für einzelne Bereiche auch ansatzweise umgesetztes Szenario führt vom *one-stop shop* über den *limited no-stop shop* zum *no-stop shop*.³

One-stop shop bedeutet, dass Bürgerinnen und Bürger oder Unternehmen ihre Daten einmalig der öffentlichen Verwaltung online zur Verfügung stellen und auf dieser Basis von verschiedenen Verwaltungseinheiten diverse Dienstleistungen über einen einzigen *Access Point* beziehen können. Die Dienstleistung wird über integrierte Daten erstellt, wobei im Einzelfall noch zusätzliche Daten von Bürgerinnen und Bürgern oder Unternehmen notwendig sein können.⁴

Der *limited no-stop shop* meint, dass die Verwaltung proaktiv und vorausschauend entscheidet, ob eine Bürgerin oder ein Bürger eine Dienstleistung beziehen kann, und dies ohne weiteres Zutun der betroffenen Person und insbesondere ohne vorgängigen Antrag kommuniziert. Allerdings kann es sein, dass die Verwaltung noch weitere Daten der Person benötigt, um die Dienstleistung tatsächlich zu ermöglichen.

Im *no-stop shop* initiiert die Behörde antragslos die Dienstleistung und erstellt diese, ohne dass eine (weitere) Aktion der betroffenen Person notwendig wäre. Diese letzte Stufe setzt voraus, dass umfassende Daten über jede Bürgerin und jeden Bürger beim Staat vorhanden sind, sodass keine weiteren Angaben mehr benötigt werden. Ein Beispiel hierfür ist die österreichische antragslose Familienbeihilfe, bei der nach der Geburt eines Kindes zwischen den Behörden ohne Antrag geprüft wird, ob ein Rechtsanspruch besteht. Ist dieser gegeben, werden die Eltern darüber informiert und das Geld wird automatisch überwiesen.⁵

3 Die folgenden Ausführungen basieren auf *Scholta et al*, From one-stop shop to no-stop shop: An e-government stage model, *Government Information Quarterly* 36 (2019), 11 ff.

4 Ein Beispiel für eine *One-stop-shop*-Plattform ist die österreichische Website oesterreich.gv.at, welche unter Punkt V.A. erörtert wird. Siehe auch *European Commission*, eGovernment Benchmark 2020. Background Report (2020) 139, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=69460> (27.11.2020).

5 Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Behörden im Netz – Das österreichische E-Government ABC (2017) 39, abrufbar unter <https://www.bmdw.gv.at/dam/jcr:af714a42-5c82-4060-87a1-734026f4981c/E-Government-ABC_2019_DE.pdf> (27.11.2020).

War bis zum Mai 2015 eine Abstimmung mit bis zu sechs Behörden notwendig, müssen Bürgerinnen und Bürger nun im Regelfall gar keine Nachweise mehr erbringen und erhalten die Unterstützung ohne Antragstellung.

Dieses Digitalisierungsszenario zeigt eine potenzielle Entwicklungsrichtung auf, an der sich verschiedene der im Folgenden angesprochenen Strategien orientieren. Neben dem Blick auf die potenzielle Zukunft der digitalen Verwaltung interessiert auch der aktuelle Stand der Umsetzung von E-Government in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Hierzu lässt sich in aller Kürze sagen, dass der Digitalisierungsgrad der öffentlichen Verwaltungen in den drei Ländern bemerkenswert unterschiedlich ausgeprägt ist. Stützt man sich auf die im Auftrag der Europäischen Kommission durchgeführte eGovernment-Benchmark-Studie 2020 liegt Österreich in nahezu allen verglichenen Bereichen über dem EU-Durchschnitt und gehört – neben Malta, Estland und Lettland – zu den vier Spitzenreitern, Deutschland rangiert im Mittelfeld, während sich die Schweiz in zahlreichen Bereichen unterhalb des Durchschnittsniveaus befindet.⁶ Wie gleich ersichtlich wird, entspricht der Stand der Digitalisierung der Verwaltung in den drei genannten Ländern auch der zeitlichen Entwicklung von entsprechenden Strategien und Rechtsgrundlagen.

III. Unionale Ebene

A) *Strategischer Rahmen*

1. *EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020*⁷

Zentrales strategisches Instrument ist der EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020 mit dem Ziel, die digitale Transformation des öffentlichen Sektors in der EU voranzutreiben. Dazu sollen Behörden und andere öffentliche Einrichtungen in der EU bis 2020 über alle Abläufe hinweg grenzübergreifende, personalisierte und nutzerfreundliche digitale öffentliche Dienste anbieten. Sämtliche Initiativen im Rahmen

⁶ *European Commission*, eGovernment Benchmark 2020. Insight Report (2020) und *European Commission*, eGovernment. Benchmark 2020, Country Factsheets, abrufbar unter <<https://www.capgemini.com/de-de/news/egovernment-benchmark-2020-eu-kommission/>> (27.11.2020).

⁷ *Europäische Kommission*, EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020, abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0179>> (27.11.2020).

des Aktionsplans sollen sich an den nachfolgend genannten Grundsätzen orientieren.

a) Digital by default

Dienstleistungen von öffentlichen Verwaltungen sollen vorzugsweise digital erbracht werden und maschinenlesbare Informationen bereitstellen. Für Personengruppen, die dieses Angebot nicht in Anspruch nehmen können oder wollen, werden alternative Kanäle eingerichtet.

b) Once only principle

Um eine unnötige Belastung zu vermeiden, sollten öffentliche Verwaltungen sicherstellen, dass Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen ihnen dieselben Informationen nur einmal übermitteln müssen, indem Daten – sofern rechtlich zulässig – unter den Behörden automatisch ausgetauscht werden.

c) Inklusion und Barrierefreiheit

Digitale öffentliche Dienste sollten so konzipiert sein, dass sie inklusiv sind und verschiedene Bedürfnisse wie jene von Menschen mit Behinderungen oder älteren Personen einbeziehen.

d) Offenheit und Transparenz

Einerseits soll der Austausch von Informationen und Daten zwischen den öffentlichen Verwaltungen gewährleistet und andererseits der Zugang der Bürgerinnen und Bürger sowie der Unternehmen zu ihren eigenen Daten sichergestellt werden. Den Nutzenden sollen dadurch eine Kontroll- und Berichtigungsmöglichkeit sowie eine Informationsmöglichkeit über den Stand ihrer Verwaltungsverfahren gewährt werden.

e) Cross-border by default

Zur Mobilitäts erleichterung im Binnenmarkt und zur Vermeidung einer weiteren Fragmentierung sollen öffentliche Verwaltungen infrage kommende digitale Dienste grenzübergreifend zur Verfügung stellen.

f) Interoperability by default

Öffentliche Dienste sollen so gestaltet werden, dass sie im gesamten Binnenmarkt und über organisatorische Grenzen hinweg erbracht werden können. Dazu ist ein freier Austausch von Daten und digitalen Dienstleistungen in der EU erforderlich.

g) Vertrauenswürdigkeit und Sicherheit

Um den Schutz personenbezogener Daten, der Privatsphäre und der IT-Sicherheit über die bloße Einhaltung des Rechtsrahmens hinausgehend zu gewährleisten, sollte hierauf bereits in der Konzeptionsphase besonderes Augenmerk gelegt werden.

2. *Tallinn Declaration on eGovernment*⁸

Diese strategische Leitplanke wurde von der EU und der EFTA gemeinsam erarbeitet. Sie bestätigt und ergänzt inhaltlich die bereits im EU-eGovernment-Aktionsplan genannten Bestrebungen und setzt Ziele für die Digitalisierung der öffentlichen Verwaltungen von 2018 bis 2022. Erwähnenswert ist sie an dieser Stelle insbesondere deshalb, weil die Schweiz – als EFTA-Mitglied – die Tallinn-Deklaration am 6. Oktober 2017 ebenfalls unterzeichnet hat.⁹ Damit schließt sich die Schweiz den Bestrebungen an, die Digitalisierung der Verwaltung nicht nur national, sondern auch international voranzutreiben. Da die Tallinn-Deklaration weitgehend dieselben Grundsätze wie der EU-eGovernment-Aktionsplan enthält, ist hinsichtlich der strategischen Ausrichtung der Digitalisierungsschritte in Deutschland, Österreich und der Schweiz eine gewisse grundsätzliche Parallelität nicht zu verkennen. Die Ausprägungen sind dabei allerdings durchaus unterschiedlich, was nicht zuletzt mit dem unterschiedlichen Stand der Digitalisierung der Verwaltung zusammenhängt.¹⁰

8 Rat der Europäischen Union und der EFTA-Staaten, Tallinn Declaration on eGovernment, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=47559> (27.11.2020).

9 Vgl Pressemitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 6.10.2017, abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-68342.html> (27.11.2020).

10 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden vgl auch Punkt VII. hinten.

B) Rechtlicher Rahmen

Auf der rechtlichen Ebene hat die Europäische Union mit verschiedenen Initiativen und Maßnahmen Akzente gesetzt, von denen nachfolgend einige angeführt werden.

Die eIDAS-Verordnung¹¹ über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste im Binnenmarkt, die deren Einsatz europaweit regelt, trat am 17. September 2014 in Kraft und gilt gemäß Art 52 eIDAS-VO überwiegend seit dem 1. Juli 2016. Ferner zu nennen ist die Datenschutz-Grundverordnung¹² zum Schutz der Privatsphäre in einer digitalisierten Welt mit namentlich dem – nicht zuletzt im Rahmen dieses Tagungsbandes – bedeutsamen Art 22 zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling.

Erwähnenswert ist auch die Netz- und Informationssicherheitsrichtlinie¹³ zur Gewährleistung der Cybersicherheit von kritischen Infrastrukturen, die ein umfassendes Maßnahmenpaket vorschlägt, um das Sicherheitsniveau von Netz- und Informationssystemen (Cybersicherheit) zu stärken und auf diese Weise Dienstleistungen abzusichern, die für die Wirtschaft und die Gesellschaft der EU unerlässlich sind. Ihr Ziel ist die Sicherstellung, dass EU-Länder gut gegen Cyberangriffe gerüstet sind, und sie nennt als Massnahmen die Bezeichnung der zuständigen Behörden, die Einrichtung von Computer-Notfallteams (CSIRTs) und die Verabschiedung von Strategien zur Cybersicherheit auf nationaler Ebene. Außerdem richtet sie eine Kooperationsgruppe auf EU-Ebene für strategische und technische Zusammenarbeit ein und verpflichtet die Betreiber wesentlicher Dienste sowie die Anbieter digitaler Dienste, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen und die entsprechenden nationalen Behörden über schwerwiegende Sicherheitsvorfälle zu informieren.

Schließlich gibt es die Single-Digital-Gateway-Verordnung¹⁴ über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren sowie Hilfs- und Problemlösungsdiensten, die an die EU-Mitgliedstaaten die grundsätzliche Anforderung stellt, dass die von ihnen online bereitgestellten Verwaltungsverfahren und Hilfsdienste zugleich auch grenzüberschreitend diskriminierungsfrei zugänglich und abzuwickeln sein müssen (Art 13).

11 VO (EU) Nr 910/2014, ABI 2014 L 257/73.

12 DSGVO (EU) 2016/679, ABI 2016 L 119/1.

13 RL (EU) 2016/1148, ABI 2016 L 194/1.

14 Single-Digital-Gateway-Verordnung (EU) 2018/1724, ABI 2018 L 295/1.

IV. Deutschland

A) Strategischer Rahmen

Erstmals Einzug in die Deutsche Verfassung hielt die Informationstechnik mit Art 91c Grundgesetz¹⁵, welcher eine verbindliche IT-Koordinierung von Bund und Ländern vorsieht. Darauf gestützt wurde 2010 mit einem Staatsvertrag¹⁶ der IT-Planungsrat ins Leben gerufen, der das zentrale Gremium für die föderale Zusammenarbeit in der Informationstechnik bildet und noch im selben Jahr die Nationale E-Government-Strategie¹⁷ beschlossen und im Jahr 2015 fortgeschrieben hat.¹⁸ Die Bundesregierung veröffentlichte im Jahr 2014 die thematisch breit gefächerte „Digitale Agenda“¹⁹ und das Programm „Digitale Verwaltung 2020“²⁰ des BMI. Die geplanten Maßnahmen umfassen den Ausbau digitaler Infrastrukturen, der digitalen Wirtschaft und des digitalen Arbeitens, die Förderung digitaler Kompetenzen und digitaler Teilhabe sowie die Entwicklung der digitalen Verwaltung.

B) Rechtlicher Rahmen

Die rechtlichen Grundlagen finden sich unter anderem im E-Government-Gesetz (2013)²¹ zur Förderung der elektronischen Verwaltung, im IT-Sicherheitsgesetz²² und im NIS-Umsetzungsgesetz²³ zur Umsetzung der EU-Netz- und -Informationssicherheitsrichtlinie zur Gewährleistung von IT-Sicherheit bei kritischen Infrastrukturen und in

15 GG (BGBl I/1949 idF BGBl I 44/2020).

16 IT-Staatsvertrag vom 1.4.2010.

17 IT-Planungsrat, Nationale E-Government-Strategie, Beschluss 2015/227, abrufbar unter <https://www.it-planungsrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/NEGS/NEGS_Fortschreibung.pdf> (27.11.2020).

18 Denkhaus, Vom E-Government zur Digitalisierung, in: Seckelmann (Hg), Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government (2019) 51 (54).

19 Bundesregierung, Legislaturbericht Digitale Agenda 2014-2017, abrufbar unter <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/digitale-agenda-legislaturbericht.html>> (27.11.2020).

20 Bundesministerium des Innern, Digitale Verwaltung 2020, abrufbar unter <<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/moderne-verwaltung/regierungsprogramm-digitale-verwaltung-2020.pdf>> (27.11.2020).

21 E-GovG (BGBl I 43/2013 idF BGBl I 41/2019).

22 IT-Sicherheitsgesetz (BGBl I 31/2015).

23 NIS-Umsetzungsgesetz (BGBl I 40/2017).

anderen Bereichen. Mit dem Vertrauensdienstegesetz²⁴, das durch das eIDAS-Durchführungsgesetz 2017²⁵ erlassen wurde, wurde die eIDAS-Verordnung für Deutschland ergänzt. Sie bestimmt die Mitwirkungspflichten der Anbieter, welche Vertrauensdienste wie beispielsweise die Erstellung, Überprüfung und Validierung von elektronischen Signaturen erbringen, und legt in diesem Zusammenhang die zuständige nationale Aufsicht fest. Das Vertrauensdienstegesetz löste das Signaturgesetz (SigG)²⁶ am 29. Juli 2017 ab.

Schließlich ist das Onlinezugangsgesetz (OZG)²⁷ zu nennen, das eine Verbesserung des Zugangs zu Verwaltungsleistungen und deren Sicherheit auf allen Verwaltungsebenen anstrebt. Das OZG verpflichtet Bund, Länder und Gemeinden, bis Ende des Jahres 2022 „ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten“ und diese „miteinander zu einem Portalverbund zu verknüpfen“.²⁸ Bis 2023 muss dies für die wichtigsten Leistungen sogar europaweit geschehen, wie die oben genannte Single-Digital-Gateway-Verordnung der EU festlegt.

Daneben sind weitere Gesetze von Bedeutung, zuvorderst das Datenschutzgesetz²⁹ und das Verwaltungsverfahrensgesetz³⁰ bzw die Abgabenordnung³¹.

Der Nationale Normenkontrollrat – ein Kontrollgremium im Bundeskanzleramt – gibt jährlich einen Monitor „Digitale Verwaltung“ heraus, in dem er sich insbesondere mit der Umsetzung des OZG befasst. Im vierten Monitor vom September 2020³² würdigt er ausdrücklich die Anstrengungen des Staates während der Coronakrise und spricht von einem „Stresstest für Staat und Verwaltung“. Kernaussage ist aber: *„Die Corona-Krise zeigt nach der Flüchtlingskrise erneut den digitalen Nachholbedarf in Deutschlands Amtsstuben.“*³³ Als Beispiele nennt der Be-

24 VDG (BGBl I 52/2017).

25 eIDAS-Durchführungsgesetz (BGBl I 52/2017).

26 Signaturgesetz (BGBl I 52/1997).

27 OZG (BGBl I 57/2017 idF BGBl I 29/2020).

28 § 1 OZG.

29 BDSG (BGBl I 44/2017 idF BGBl I 41/2019).

30 VwVfG (BGBl I 59/1976 idF BGBl I 23/2019).

31 AO (BGBl I 24/1976 idF BGBl I 38/2020).

32 *Nationaler Normenkontrollrat, Monitor Digitale Verwaltung #4 (2020)*, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1783152/14635b15fe-7f6902039abcd653de6c61/20200909-monitordigitaleverwaltung-4-data.pdf>> (27.11.2020).

33 *Nationaler Normenkontrollrat, Verwaltung 2.*

richt fehlende Laptops, Videokonferenzsysteme und nicht funktionierende E-Akte-Verfahren für das Homeoffice in den Verwaltungen. Auch in Bezug auf das OZG übt der Normenkontrollrat Kritik. Ausdrücklich lobt das Papier zwar die in der Coronakrise zeitnah geschaffene Plattform für Unternehmenshilfen, auf welcher Unternehmen bei massivem Geschäftseinbruch infolge der Pandemie Liquiditätshilfen beantragen konnten. Insgesamt aber müsse Deutschland „noch deutlich zulegen“³⁴ hinsichtlich des OZG. Immerhin habe man im europäischen Vergleich einige Plätze gut gemacht, liege aber noch immer deutlich unter dem europäischen Schnitt. Eine Digitalisierung aller Leistungen zum gesetzlich vorgesehenen Termin sei „nicht zu schaffen“³⁵, hält der Normenkontrollrat zum OZG fest.

V. Österreich

A) Strategischer Rahmen

Österreich wird im europäischen Kontext – wie unter Punkt II. gesehen – als Vorreiter in Sachen Digitalisierung der Verwaltung genannt. Das liegt unter anderem am Portal help.gv.at, das im Jahr 1997 als Informationsangebot über Behördenwege für die Bürgerinnen und Bürger begann und heute als behördenübergreifende Plattform der österreichischen Bundesverwaltung dient. Im Jahr 2019 wurde das Portal mit der neuen zentralen E-Government-Anwendung oesterreich.gv.at zusammengeführt und bietet Information für über 200 Lebenslagen. Die Weiterentwicklung von E-Government zu „M(obile)-Government“ wurde mittels der kostenlosen App „Digitales Amt“ umgesetzt, mit welcher mobiltelefonoptimiert auf das gesamte Angebot von oesterreich.gv.at zugegriffen werden kann und auch sämtliche derzeitigen und künftigen digitalen Amtsservices mit der Handysignatur über Face- und TouchID zeit- und ortsunabhängig nutzbar sind.³⁶

Unter den offiziellen Strategien im Bereich der Digitalisierung der Verwaltung sind insbesondere die nachfolgenden zu nennen:

Die zur Umsetzung des EU-eGovernment-Aktionsplans von der österreichischen Bundesregierung 2016 verabschiedete Digital Road

³⁴ Nationaler Normenkontrollrat, Verwaltung 2.

³⁵ Nationaler Normenkontrollrat, Verwaltung 3.

³⁶ European Commission, eGovernment Benchmark 2020. Background Report 139.

Map³⁷ identifiziert zwölf unterschiedliche Handlungsfelder, zu denen ca. 150 Umsetzungsmaßnahmen entwickelt wurden. Damit soll eine gesamtheitliche Betrachtung entlang der betroffenen Sektoren (Forschung, Wirtschaft, Verwaltung, Zivilgesellschaft) umgesetzt werden.³⁸ Einige der Umsetzungsmaßnahmen sind für den Bereich der Digitalisierung der Verwaltung von Belang, so etwa Maßnahmen zum Schutz der Privatsphäre oder zur Sicherstellung der Infrastruktur (insbesondere etwa des Zugangs zum Internet in ländlichen Gegenden).

Aktuell ist sodann der Digitale Aktionsplan Austria³⁹ aus dem Jahr 2020 zu erwähnen. Auch dieser Aktionsplan nimmt einen Gesamtblick ein und behandelt die Verwaltung nicht isoliert. Im Bereich der Letzteren sind die Schaffung von mehr Services und die Verringerung der anfallenden Kosten für Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen eines der genannten Aktionsfelder. Dieser Plan ist Teil der Initiative der Bundesregierung („Digital Austria“), die wiederum nicht ausschließlich mit Blick auf die Digitalisierung der Verwaltung ausgerichtet ist. Genannt wird etwa das Projekt „Digitales Amt“, welches das Ziel verfolgt, die Behördenwege der Bürgerinnen und Bürger sowie der Unternehmen möglichst vollständig digital abzubilden und anzubieten. Die gesamte Planung soll sich an den Lebenssituationen der Bürgerinnen und Bürger orientieren und unter anderem sollen die rechtlichen Voraussetzungen für das automatisierte Erbringen von Nachweisen wie dem Gewerbeschein, akademischer Grade etc. zur Verwirklichung des Prinzips „once only“ geschaffen werden. Auch der Informationsaustausch mit bereits laufenden Digitalisierungsprojekten wie oesterreich.gv.at und usp.gv.at wird hier koordiniert. Darüber hinaus wird etwa die Regulierung von neuen Technologien – wie auf künstlicher Intelligenz basierende Systeme – in der öffentlichen Verwaltung wissenschaftlich bearbeitet. Das Projekt wurde zu Beginn des Jahres 2019 gestartet und soll im Jahr 2020 mit dem Vorliegen eines ordnungspolitischen Rahmens und einem Legistik-Paket umgesetzt werden, wobei geplant ist, eine ressortübergreifende Ad-hoc-Struktur zu schaffen, die in „Legistik-Sprints“ rasch Rechtsgrundlagen für Digitalisierungsmaßnahmen vorbereiten kann.⁴⁰

37 *Bundeskanzleramt und Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft*, Digital Road Map, abrufbar unter <https://www.digitalroadmap.gv.at/fileadmin/downloads/digital_road_map_broschuere.pdf> (27.11.2020).

38 Höchtl/Lampoltshammer, E-Government 71 f.

39 *Bundesministerium Digitalisierung und Wirtschaftsstandort*, Digitaler Aktionsplan Austria, abrufbar unter <https://www.digitalaustria.gv.at/dam/jcr:8981b151-8434-47c3-940d-7c2b2b51ce57/dia_digitaler_aktionsplan_ziele_leitlinien_prinzipien_RZ.pdf> (27.11.2020).

40 *Bundesministerium Digitalisierung und Wirtschaftsstandort*, Aktionsplan 16.

B) Rechtlicher Rahmen

Das Kernstück im österreichischen E-Government-Recht ist das österreichische E-Government-Gesetz⁴¹, das am 1. März 2004 in Kraft getreten ist und zuletzt im Jahr 2018 novelliert wurde. Dazwischen gab es Anpassungen an die eIDAS-Verordnung. Das E-GovG regelt die elektronische Identifizierung, die Erbringung von Nachweisen über Register und die elektronische Aktenführung.⁴² Ein Schwerpunkt des E-GovG ist die Umsetzung des Bereichs elektronische Identifizierung der eIDAS-VO und somit der Rechtsrahmen des österreichischen elektronischen Identifizierungsmittels. Besonders erwähnenswert ist § 1a E-GovG, der in Bundesangelegenheiten das „Recht auf elektronischen Verkehr“ mit Gerichten und Verwaltungsbehörden stipuliert, sofern die betreffende Angelegenheit für eine elektronische Durchführung geeignet ist.

Das Signatur- und Vertrauensdienstegesetz⁴³ regelt im Wesentlichen die Auswirkung von Formvorschriften auf die Verwendung qualifizierter elektronischer Signaturen (§ 4), die Pflichten von Signatoren und Siegelerstellern (§ 5), die Aussetzung qualifizierter Zertifikate (§ 6), die zuständigen Stellen (§ 7, 12 ff), die Anforderungen an Vertrauensdiensteanbieter (§ 8 ff) und die Aufsicht über diese (§ 12 ff). Es löste am 1. Juli 2016 das Signaturgesetz ab und setzt seitdem die eIDAS-VO um.

Das Bundesgesetz über die Zustellung behördlicher Dokumente (Zustellgesetz)⁴⁴ regelt die Varianten der elektronischen Zustellung. Grundsätzlich kann elektronisch mit oder ohne Zustellnachweis zugestellt werden.

Daneben sind in Österreich verschiedene weitere Gesetze für die Digitalisierung der Verwaltung relevant, insbesondere das Datenschutzgesetz⁴⁵ oder das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz⁴⁶.

41 E-GovG (BGBl I 10/2004 idF BGBl 104/2018).

42 Vgl. Höchtl/Lampoltshammer, E-Government 78 f.

43 SVG (BGBl I 50/2016 idF BGBl I 104/2018).

44 ZustG (BGBl 200/1982 idF BGBl I 42/2020).

45 DSG (BGBl I 165/1999 idF BGBl I 14/2019).

46 AVG (BGBl I 866/1992 idF BGBl I 85/2018).

VI. Schweiz

A) Strategischer Rahmen

Die strategische Hinwirkung auf eine Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz ist stark durch den föderalen Staatsaufbau und das Subsidiaritätsprinzip geprägt.

Dies führt zu heterogenen Entwicklungen im Bereich der E-Government-Leistungen.⁴⁷ Diese Vielfalt kann auf der einen Seite als nützlich eingestuft werden, weil daraus ein Wettbewerb der Ideen entsteht und gute E-Government-Dienste zu einem Standortfaktor für einzelne Kantone werden können. Sie birgt andererseits aber auch die Gefahr der Entwicklung von Einzellösungen, die nicht mit anderen Systemen kommunizieren können. Den Nachteil tragen letztlich die Nutzerinnen und Nutzer, wenn sie die mangelnde Interoperabilität durch Verwendung unterschiedlicher Systeme kompensieren müssen. Deshalb erstaunt es nicht, dass die Schweizer Strategien die Koordination der unterschiedlichen Akteure und die Definition von gemeinsamen Prioritäten und Entwicklungsschwerpunkten in das Zentrum rücken.

So kommt der Zusammenarbeit zwischen den föderalen Ebenen, die in einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung zwischen Bund und Kantonen geregelt ist, eine wichtige Rolle zu.⁴⁸ Die Vereinbarung trat 2008 in Kraft und wurde in der Folge mehrmals angepasst und weitergeführt. Gestützt auf die Rahmenvereinbarung entstand die Organisation „E-Government Schweiz“, die sich als Integrationsinstanz für die verschiedenen Staatsebenen in der Schweiz versteht. Für die strategische Ausrichtung des E-Governments in der Schweiz ist der Steuerungsausschuss von „E-Government Schweiz“ zuständig, in welchem je drei Exekutivmitglieder von Bund, Kantonen und Gemeinden vertreten sind.⁴⁹

Die aktuelle E-Government-Strategie bezieht sich auf den Zeitraum 2020 bis 2023. Die Zielsetzung lautet wie folgt:

„Bund, Kantone und Gemeinden [...] bieten ihre Informationen und Dienste grundsätzlich elektronisch an, wo immer möglich adaptiert für

47 Vgl zum Folgenden *Brugger/Faoro, E-Government in der Schweiz: Ein Überblick*, in: Stember et al (Hg), *Handbuch E-Government* (2019) 53 (57 f).

48 Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz 2020 vom 19.11.2019.

49 Siehe Klausel 2.1 der genannten öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung.

mobile Geräte. Sie verbessern den Zugang zu ihrem elektronischen Leistungsangebot, stellen dessen Barrierefreiheit sicher und setzen auf durchgängig elektronische Prozesse. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird dabei gewahrt.“⁵⁰

Als Umsetzungsinstrument dieser Strategie wurde ein Umsetzungsplan mit konkreten Zielen und Maßnahmen erarbeitet.⁵¹ Im Frühjahr 2020 haben Bund und Kantonsregierungen zugestimmt, eine neue Organisation mit dem Namen „Digitale Verwaltung Schweiz (DVS)“ zu schaffen, um die vertikale strategische Steuerung und Koordination von Bund, Kantonen und Gemeinden wirksamer zu gestalten. Diese Organisation soll durch die Zusammenführung von E-Government Schweiz und der Schweizerischen Informatikkonferenz entstehen und es wurde ein Beauftragter gewählt, der die Organisation leiten und für deren Zielerreichung zuständig sein soll.⁵²

Zudem existieren noch die Leitlinien der Strategie Digitale Schweiz vom September 2020⁵³ und die Leitlinien künstliche Intelligenz für den Bund.⁵⁴

B) Rechtlicher Rahmen

Neben der Tatsache, dass die Digitalisierung der Verwaltung in der Schweiz stark föderal geprägt ist, fällt im Vergleich zu Deutschland und Österreich auf, dass kein nationales E-Government-Gesetz und damit keine nationale einheitliche Rechtgrundlage für die Erbringung von elektronischen Behördenleistungen existieren.⁵⁵ Die Modalitäten der

50 E-Government-Strategie Schweiz 2020–2023 10, abrufbar unter <https://www.ego-government.ch/files/7315/9406/6023/E-Government-Strategie-Schweiz-2020-2023_D_def.pdf> (27.11.2020).

51 Umsetzungsplan 2020–2023, abrufbar unter <https://www.egovernment.ch/index.php/download_file/1747/3410/> (27.11.2020).

52 Medienmitteilung vom 31.8.2020, abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-80235.html> (27.11.2020), E-Government-Strategie Schweiz 17.

53 Strategie Digitale Schweiz, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/informationsgesellschaft/strategie/strategie_digitale_schweiz.pdf.download.pdf/Strategie-DS-2020-De.pdf> (27.11.2020).

54 Leitlinien „Künstliche Intelligenz“ für den Bund, Orientierungsrahmen für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung, abrufbar unter <https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/de/dokumente/2020/11/leitlinie_ki.pdf.download.pdf/Leitlinien%20K%C3%BCnstliche%20Intelligenz%20-%20DE.pdf> (27.11.2020).

55 Einzelne Kantone kennen allerdings E-Government-Gesetze. Vgl dazu ausführlich Glaser/Ehrat, E-Government-Gesetzgebung durch die Kantone – Integration in die Verfahrenskodifikation oder Auslagerung in Spezialerlasse?, LeGes 30 (2019), 3 (3 ff).

Zusammenarbeit und der Finanzierung werden in der Schweiz einerseits mittels zeitlich befristeter Rahmenvereinbarungen – wie der oben erwähnten Rahmenvereinbarung zum E-Government – und andererseits durch einzelne Bundesgesetze geregelt, die auch, aber nicht ausschließlich Bezüge zur Digitalisierung der Verwaltung aufweisen. Zu nennen sind etwa das Verwaltungsverfahrensgesetz⁵⁶ und das Datenschutzgesetz⁵⁷, welches in seiner revidierten Version mit Art 21 DSG (Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung) eine Parallelbestimmung zu Art 22 DSGVO enthält.⁵⁸

Weitere relevante Rechtsgrundlagen könnten in absehbarer Zeit dazukommen. Das Informationssicherheitsgesetz⁵⁹ soll einen einheitlichen Rahmen für alle Bundesbehörden für den Schutz von Informationen und beim Einsatz von IT-Systemen schaffen.⁶⁰ Mit dem Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste⁶¹ soll die Rechtsgrundlage für staatlich anerkannte elektronische Identifizierungsmittel eingeführt werden.

In konkreter Planung bzw Umsetzung befindet sich außerdem eine zentrale Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz, die sämtliche Justizbehörden in der Schweiz betreffen wird und von Bund und Kantonen gemeinsam getragen werden soll. Zu diesem Zweck wurde im November 2020 ein Vorentwurf zu einem Bundesgesetz in die Vernehmlassung geschickt.⁶²

56 VwVG (BBl 1968 II, 1222 idF BBl 2017, 1851).

57 DSG (BBl 1992 III, 959 idF BBl 2017, 6941, zu der sich in Umsetzung befindlichen Revision siehe BBl 2020, 7639).

58 Beschluss des Parlaments (BBl 2020, 7639). Die Referendumsfrist läuft am 14.1.2021 ab.

59 E-ISG (BBl 2017, 3097).

60 Die letzte verbliebene Differenz der Vorlage bzgl der Verwendung der AHV-Nummer wurde am 10.12.2020 bereinigt und das Gesetz ist nun für die Schlussabstimmung bereit, siehe Medienmitteilung vom 10.12.2020, AHV-Nummer darf als Personenidentifikator verwendet werden, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2020/20201210085924918194158159038_bsd043.aspx> (17.12.2020).

61 Siehe dazu sogleich unten Punkt VII.

62 Medienmitteilung des Bundesrats vom 11.11.2020 und Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81072.html>> (27.11.2020).

VII. Fazit: Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die Digitalisierung der Verwaltung ist in allen drei betrachteten Staaten ein bedeutendes strategisches Thema. Die Zielsetzungen sind dabei größtenteils vergleichbar, wobei hiermit nichts über die Realisierungsgrade gesagt ist. Alle drei Staaten haben die Tallinn-Deklaration unterzeichnet und erachten somit die dort festgelegten Prinzipien als erstrebenswert. Beispielsweise verfolgen alle einen Digital-first- bzw. Digital-by-default-Ansatz und streben die Umsetzung des *Once-only*-Prinzips sowie eine grenzüberschreitende Kompatibilität an.

Die Koordination der Bundes- und Länderebene spielt jeweils eine zentrale Rolle, ist im Einzelnen allerdings sehr unterschiedlich ausgestaltet. Österreich verfolgt einen pragmatischen Ansatz mit der frühen Etablierung eines bundesländerübergreifenden Portals, das die Informationsabfrage und die Durchführung von Onlineverwaltungsverfahren auf Bundes-, Länder- und Gemeindeebene auf einer zentralen Plattform ermöglicht. Darüber hinaus gibt es die sogenannte Bürgerkarte und die entsprechende mobile Version, die eine digitale Identifizierung und elektronische Signatur erlaubt. Die Herangehensweise in Deutschland ist dagegen durch eher detaillierte Normierungen geprägt und kann als durch den Gesetzgeber angestoßen bezeichnet werden.⁶³ Die Koordinierung erfolgt somit sozusagen durch rechtlichen Druck von oben. In der Schweiz wird die Koordination durch das gemeinsame Gremium aus Bund, Kantonen und Gemeinden, das auf einem öffentlich-rechtlichen Rahmenvertrag basiert, sichergestellt. Der kantonale E-Government-Entwicklungsstand variiert teilweise beträchtlich.

Weitere Unterschiede finden sich in der rechtlichen Verankerung von E-Government. In Österreich und Deutschland existieren jeweils ein E-Government-Gesetz auf Bundesebene sowie verschiedene weitere Erlasse zur Thematik.⁶⁴ Das österreichische E-GovG stammt aus dem Jahre 2004 und wurde seither regelmäßig novelliert. Das deutsche E-GovG aus dem Jahr 2013 findet auf jede öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit des Bundes und der Länder Anwendung, sofern die Länder Bundesrecht vollziehen. Die Länder können unter Beachtung bestimmter Grundsätze abweichende Gesetze erlassen, wie es bis an-

⁶³ Beck, Aktuelle E-Government-Regelungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung von eID, in: Stember et al (Hg), Handbuch E-Government (2019) 113 (128).

⁶⁴ Siehe oben Punkt III.B. und IV.B.

hin in deren Mehrheit geschehen ist.⁶⁵ Die Schweiz fällt demgegenüber durch vergleichsweise wenige zentral auf die Digitalisierung der Verwaltung ausgerichtete rechtliche Bestimmungen auf. Auf kantonaler Ebene finden sich divergierende Herangehensweisen.

Ein zentraler Baustein für die Etablierung breit genutzter und effizienter E-Government-Anwendungen ist der elektronische Identitätsnachweis (e-ID).⁶⁶ Die drei behandelten Staaten befinden sich auch diesbezüglich in unterschiedlichen Realisierungsstadien, wobei jedoch alle eine Gesetzgebung auf Bundesebene zumindest anstreben. In Deutschland existiert seit 2010 der elektronische Personalausweis, der mit einer eID-Funktion ausgestattet ist und seit 2018 mit Android-Smartphones genutzt werden kann.⁶⁷ Im Jahr 2017 wurde das Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises erlassen.⁶⁸ Im Zuge der eIDAS-Verordnung der EU erfolgte in Österreich im Jahr 2017 die Revision des E-GovG-Ö, wodurch die bereits 2003 eingeführte Bürgerkarte der europäischen Gesetzgebung angepasst und zu einem e-ID weiterentwickelt wurde.⁶⁹ Zuständig für die Registrierung und den Widerruf des e-ID sind die Passbehörden.⁷⁰ Geplant ist, den e-ID nach Abschluss der Pilotphase im Frühjahr 2021 in Kraft zu setzen.⁷¹ Die Schweiz verfügt bis anhin über keinen (einheitlichen) e-ID für Verwaltungsdienstleistungen und gegen das Bundesgesetz zu deren Einführung (BGEID⁷²) wurde ein Referendum ergriffen, über das voraussichtlich am 7. März 2021 eine Volksabstimmung durchgeführt wird.

Die Umsetzung der zahlreichen Strategien im Staatenvergleich, die künftige E-Government-Entwicklung insgesamt und insbesondere auch der (vermutlich beträchtliche) Einfluss der Covid-19-Pandemie auf das Digitalisierungstempo dürften in den kommenden Jahren spannend zu beobachten sein.

65 Beck, E-Government-Regelungen 120 f.

66 Als weitere zentrale Bausteine werden eDokumente, digitale Post und authentische Quellen genannt, wobei mit Letzterem Basisregister zur automatischen Validierung oder Abruf von Daten in Bezug auf Bürgerinnen und Bürger oder Unternehmen gemeint sind; *European Commission*, eGovernment Benchmark 2020. Background Report 40 ff.

67 Dumermuth, *digma* 2020, 132.

68 Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises (BGBl I 46/2017).

69 Beck, E-Government-Regelungen 121 f.

70 § 4a E-GovG-Ö.

71 Informationen zum Pilotbetrieb des elektronischen Identitätsnachweis, abrufbar unter <https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/pilotbetrieb_des_elektronischen_identitaetsnachweis.html> (27.11.2020).

72 E-BGEID (BBI 2019, 6567).

Teil 2:
Österreich

Die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens am Beispiel des österreichischen Abgabenrechts

I. Einleitung

Als Haupteinnahmequelle der Staaten kommt Steuern weltweit große Bedeutung zu. Das Besteuerungsverfahren wird in einer globalen und digitalisierten und daher zunehmend unkörperlichen Wirtschaftswelt weltweit vor ähnliche Herausforderungen gestellt. Um Lösungen für ein effizientes Besteuerungsverfahren zu finden, arbeiten die Staaten auf OECD-Ebene umfassend zusammen. Diese Zusammenarbeit manifestiert sich in einer Vielzahl von Studien und verwirklicht sich mit realen Konsequenzen in der Implementierung der in diesen Studien ausgesprochenen Empfehlungen in bindendes Recht, sei es auf Ebene der Europäischen Union, sei es auf Ebene der Nationalstaaten. Dem Einsatz von Big-Data-Analysen mit Hilfe maschinellen Lernens wird in sämtlichen Studien große Bedeutung beigemessen.¹ Die Erfahrung zeigt, dass vieles, das auf OECD-Ebene veröffentlicht wurde, früher oder später Eingang in die Rechtsordnungen findet. Was auf OECD-Ebene im Bereich des Abgabenverfahrens jedoch selten berücksichtigt wird, sind verfassungs- und grundrechtliche Kontexte. Diese werden entweder als zu heterogen erachtet, um in einem gemeinsamen Papier beachtet werden zu können, oder sie werden in einem Effizienz- und Betrugsbekämpfungs- getriebenen Narrativ als schlicht unerheblich eingeschätzt. In diesem Sinn ist es das erklärte Ziel der OECD, die Digitalisierung im Steuervollzug so zu nutzen und zu nützen, dass Steuern zahlen in Zukunft nahezu unsichtbar für den Betroffenen wird,² dass Steuern zahlen in Zukunft ein Nebenprodukt der Alltags-(Wirtschafts-)Aktivität-

1 OECD, *Technologies for a Better Tax Administration. A Practical Guide for Revenue Bodies* (OECD Publishing 2016) 53 ff; OECD, *Unlocking the Digital Economy – A guide to implementing application program interfaces in Government* (2019); OECD, *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax administration* (2020).

2 OECD, *Technologies* 50; OECD, *Tax Administration 2017: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies* (OECD Publishing 2017) 190.

ten jedes einzelnen wird.³ Wenngleich der Einsatz automatisierter Instrumente im Verwaltungsverfahren und insb im Abgabenverfahren vor dem Hintergrund sowohl des Gleichheitssatzes als auch der Verpflichtung der Exekutive zum sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Handeln geboten sein dürfte, handelt es sich beim Einsatz maschinellen Lernens in Kombination mit dem Internet der Dinge für den Verwaltungsvollzug nicht mehr um bloße effizienzsteigernde Organisationsmaßnahmen. Er verändert den Abgabenvollzug als solchen.

Der vorliegende Beitrag ist von der Überzeugung getragen, dass die Vernachlässigung des grund- und verfassungsrechtlichen Rahmens die Gefahr in sich birgt, demokratisch legitimierte Systeme zu unterlaufen und letztendlich die Freiheit des Einzelnen⁴ und damit auch die Menschenwürde, wie sie liberal-demokratischen Gesellschaftsordnungen als Konzept zugrunde liegt, zu unterlaufen.

II. Daten- und Informationskomplexität im Abgabenrecht

Abgabenrecht ist Massenfallrecht.⁵ Jeder Vorgang, bei dem Geld oder geldwerte Vorteile im Spiel sind, zieht steuerrechtliche Folgen nach sich. Unterschiedliche Abgaben sind von unterschiedlichen Akteuren zu entrichten: Einkommensteuern, Umsatzsteuer, Verbrauchsteuern in Form etwa der Mineralölsteuer, der Tabak- oder der Alkoholsteuer. Das Abgabenrecht ist Teil der Eingriffsverwaltung, es ist besonderes Verwaltungsrecht und daher grundrechtsgebundenes Recht. Um dem Gerechtigkeitsverständnis unserer Gesellschaft zu entsprechen und gleichzeitig den Finanzierungsbedarf des Staates zu decken, ist das materielle Steuerrecht komplex ausgestaltet. Die die Steuerschuld auslösenden Sachverhalte sind ihrerseits divers und bisweilen sehr komplex.⁶ Die daran anknüpfende Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlagen richtet sich bei manchen Steuerarten an eine Vielzahl von einzigartigen Vorgängen, die der einzelne im Rahmen seiner privatautonomen Ge-

3 OECD, Tax Administration 3.0 12 ff.

4 Zur persönlichen Freiheit als dem Besteuerungsverfahren zugrundeliegendes Konzept liberaler Demokratien *Ehrke-Rabel*, Big Data in Tax Collection and Enforcement, in: Haslehner et al (Hg), Tax and the Digital Economy. Challenges and Proposals for Reform (2019) 283 (286 f).

5 BVerfG 1 BvL 12/07 BVerfGE 127, 224, Rz 74; BVerfG 2 BvL 1/07 BVerfGE 122, 210, Rz 60 f; BFH X 34/04, BFH/NV 2007, 68, Rz 57; *Kirchhof*, Der digitalisierte Steuerzahler, ALJ 2017, 125 ff.

6 *Ehrke-Rabel*, Digitalisierung und Steuerpolitik, in: Sturn/Klüh (Hg), Normative und institutionelle Grundlagen der Ökonomik. Jahrbuch 18 (2020) 141 (161 f).

staltungsfreiheit unterschiedlich und bislang in der Regel ohne die Beobachtung durch den Staat verwirklicht. Hinzukommt, dass die konkrete Besteuerung gerade bei den Ertragsteuern an die ganz individuellen Verhältnisse der Steuerpflichtigen anknüpft. So macht es für die Einkommensteuerbelastung einen Unterschied, ob ein Steuerpflichtiger verheiratet ist und minderjährige Kinder zu versorgen hat oder nicht. Es macht einen Unterschied, ob ein Steuerpflichtiger Angehöriger einer gesetzlich anerkannten Religionsgruppe ist und dafür Beiträge entrichtet oder nicht. Es macht einen Unterschied, ob er mit Schicksalsschlägen konfrontiert ist, die ihm unerwartet hohe Kosten bescheren.

Um die gesetzmäßige Steuerschuld festsetzen zu können, benötigt die Finanzverwaltung – trotz Verpflichtung zum amtswegigen Tätigwerden und zur Ermittlung der materiellen Wahrheit von Amts wegen – also umfassende Informationen, in deren Besitz sie nur gelangen kann, wenn der Steuerpflichtige selbst oder Dritte diese Informationen bereitstellen. Dem Grundsatz der Amtswegigkeit auf Seiten der Finanzverwaltung stehen daher umfassende Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen gegenüber. Das gesamte Abgabenverfahren stellt sich als ein dauerndes Wechselspiel zwischen Mitwirkung des Steuerpflichtigen und Kontrolle durch die Finanzverwaltung dar.⁷

Das Abgabenverfahren liberaler Demokratien ist also seit jeher geprägt von dem Bestreben, die im Verhältnis zwischen dem Steuerpflichtigen und dem Staat bestehenden Informationsasymmetrien zu überwinden, ohne über Gebühr in die Privatsphäre des Steuerpflichtigen, in sein Grundrecht auf Privateigentum und sein Grundrecht auf grundsätzliche Freiheit der Erwerbsbetätigung einzugreifen. So sind gewisse materiellrechtliche Komplexitäten allein der Durchsetzung des Rechts gezollt: Die Umsatzsteuer soll nur den Konsum belasten, wird aber aus vollzugstechnischen Gründen auf jeder Vertriebsstufe erhoben und demjenigen, der die umsatzbesteuerte Leistung nicht für konsumtive Zwecke nutzt auf Antrag als Vorsteuer erstattet. Die Lohnsteuer mit all ihren besonderen Regeln ist bloß eine Erhebungsform der Einkommensteuer. Um dem Staat den Vollzug zu erleichtern und die Wahrscheinlichkeit der ehrlichen Mitwirkung auf Seiten der BürgerInnen zu erhöhen, wird die Einkommensteuer auf Arbeitslöhne, die der Arbeitnehmer schuldet, beim Arbeitgeber eingehoben. Die Liste ließe sich fortsetzen. Dennoch: Trotz der vielen Besonderheiten in den materiellen Steuergesetzen, die den Vollzug vereinfachen sollen, konnte die

⁷ Dazu grundlegend und ausführlich *Gunacker-Slawitsch*, Amtswegigkeit und Mitwirkung im Abgabenverfahren (2020) 541 ff.

Finanzverwaltung – dokumentiert bereits in den 1960er Jahren⁸ – nie alle besteuierungserheblichen Fälle umfassend kontrollieren. Sie war offenbar schon immer in hohem Maße darauf angewiesen, dass sich ein hoher Anteil der Steuerpflichtigen freiwillig steuerehrlich verhält.

Verhaltensökonomische und psychologische Untersuchungen haben ergeben, dass die intrinsisch motivierte Steuerehrlichkeit umso größer ist, je einfacher es ist, sich ehrlich zu verhalten.⁹ Daher hat die Bundesabgabenordnung schon frühzeitig vorgesehen, dass Offenlegungspflichten nicht durch frei formulierte Schreiben, sondern durch die Befüllung von Formularen zu erfüllen sind. Dies sollte nicht nur eine Verringerung der Befolgungskosten auf Seiten des Steuerpflichtigen bewirken, sondern auch die Amtshandlungen der Verwaltung vereinfachen.

III. Überblick über die Automatisierung des österreichischen Abgabenverfahrens

Schon im Vor-Computerzeitalter steigerten Steuererklärungsformulare die Effizienz und erleichterten zumindest theoretisch¹⁰ die Rechtsbefolgung, indem Steuerpflichtige verpflichtet wurden, ihren Offenlegungspflichten in standardisierter Form nachzukommen. Die Standardisierung des Steuerverfahrens hat sich mit der Entwicklung der Computertechnologien weiterentwickelt: Bereits in den 1960er-Jahren hat der Gesetzgeber für Abgabenbescheide, die mittels Lochkartentechnik ausgefertigt wurden, auf die Unterschrift des Organwalters verzichtet.¹¹ Mit dem technischen Fortschritt hat die Automatisierung weiter Einzug in das Verwaltungsverfahren genommen. Gerade für die Abwicklung von Massenverfahren, wie etwa dem Steuerverfahren, hat die

8 VfSlg 4986/1965.

9 Dazu im Überblick *Ehrke-Rabel*, Informationstechnologien und Psychologie im Steuerverfahren, Jahresheft der Sitzung deutscher Familienunternehmen (2019), 13 ff.

10 Ob Steuererklärungsformulare im Verhältnis zu individuellen Sachverhaltsdarstellungen für den Steuerpflichtigen tatsächlich als Erleichterung zu werten sind, kann angesichts der „Technizität“ der Steuererklärungsformulare nicht ohne weiteres beantwortet werden.

11 § 96 letzter Satz BAO idF BGBl I 312/1987. Bereits die Vorgängerbestimmung enthielt eine Art Automatisierungsklausel, die die Unterschrift des Organwalters entbehrlich machte: Nach § 96 letzter Satz BAO idF Art I Z 8 BGBl 134/1969 bedurften Ausfertigungen, die in Lochkartentechnik oder einem ähnlichen Verfahren hergestellt wurden, weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung. Dagegen hegte der VfGH bereits im Jahr 1974 keine Bedenken (VfSlg 7254/1974).

Automatisierung für alle Beteiligten, Normadressaten wie Verwaltung selbst, Effizienzgewinne gebracht. Die Automatisierung hat sich in den vergangenen Jahren stark weiterentwickelt. Leistungsstarke Computer und selbstlernende Systeme, die umfangreich Daten auswerten können, haben zumindest das Potential den Amtswalter nicht mehr nur zu unterstützen, sondern seine Handlungen sogar zu ersetzen.

Ab dem Jahr 2002 wurde für Abgabensachen ein elektronisches Portal eingerichtet, über das automationsunterstützte Datenübertragungen in Bezug auf Anbringen, Erledigungen und die Akteneinsicht ermöglicht wurden.¹² Die Inanspruchnahme dieses elektronischen Portals war zunächst noch freiwillig, für die Gewährung von Akteneinsicht auf automationsunterstütztem Weg musste sogar eine Gebühr entrichtet werden. Bereits im Jahr 2003 wurden Unternehmerinnen und Unternehmer verpflichtet, ihre Umsatzsteuervoranmeldungen auf elektronischem Weg über FinanzOnline zu übermitteln.¹³ Die Gebührenpflicht entfiel damals. Eine Übermittlung mittels amtlichen Vordruckes ist seither nur mehr zulässig, wenn die elektronische Übermittlung mangels technischer Voraussetzungen unzumutbar ist. Die Einkommensteuererklärung,¹⁴ die Körperschaftsteuererklärung¹⁵ und die Umsatzsteuerjahreserklärung¹⁶ sind – es sei denn, die entsprechenden technischen Voraussetzungen sind nicht gegeben – seit dem Veranlagungsjahr 2004 ebenfalls auf elektronischem Weg einzureichen. Seit dem Jahr 2006 ist die Akteneinsicht in Abgabensachen ausschließlich im Weg automationsunterstützter Datenübertragung abzuwickeln (§ 4 FinOnV 2006).¹⁷ Ungefähr zeitgleich wurde über FinanzOnline die Möglichkeit der elektronischen Bescheidzustellung geschaffen: Für TeilnehmerInnen an FinanzOnline (was die Mehrzahl der Steuerpflichtigen und jedenfalls ihre BeraterInnen betrifft) ist grundsätzlich die elektronische Zustellung der abgabenbehördlichen Erledigungen vorgesehen (§ 5b Abs 1 FinOnV 2006). Bestimmte TeilnehmerInnen dürfen jedoch auf die elektronische Zustellung verzichten (§ 5b Abs 3 FinOnV 2006).

Mit der Anordnung zur Datenübermittlung auf elektronischem Weg einher geht die Verpflichtung des Steuerpflichtigen, das dafür eigens vorgesehene elektronische Portal („FinanzOnline“) zu verwenden. Die-

12 FinanzonlineVO 2002, BGBl II 46/2002.

13 § 21 Abs 1 UnterAbs 2 und UnterAbs 3 UStG idF BGBl I 10/2003.

14 § 41 Abs 1 letzter UnterAbs EStG 1988 idF BGBl I 124/2003.

15 § 24 Abs 3 Z 1 KStG idF BGBl I 124/2003.

16 § 21 UStG.

17 FinOnV 2006, BGBl II 97/2006.

ses ist so ausgestaltet, dass eine Steuererklärung im Befüllen maximal standardisierter Eingabefelder besteht. Der Steuerpflichtige übermittelt in vorgegebenen Eingabemasken seine in geldwerten Beträgen ausgedrückten Subsumtionsergebnisse.¹⁸

Die so standardisierte Interaktion mit dem Finanzamt ermöglicht jedenfalls die automatisierte Erledigung und die Zustellung der Erledigung auf elektronischem Weg. Inwieweit die Abgabenbehörde zur automationsunterstützten oder gar automatisierten Weiterverarbeitung der erhobenen und aufbewahrten Daten berechtigt ist, war dem Gesetz bis zum Jahr 2018 nicht zu entnehmen.

Seit BGBl I 136/2017 ermächtigt § 114 BAO die Abgabenbehörden in der Vollziehung ihrer Aufgaben und zur Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung eine elektronische Dokumentation anzulegen (§ 114 Abs 2 BAO), und Anbringen und andere das Verfahren betreffende Unterlagen mit automationsunterstützter Datenverarbeitung zu erfassen (§ 114 Abs 3 BAO). Außerdem dürfen sie – soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist – Daten automationsunterstützt verarbeiten (§ 114 Abs 3 BAO). Erst seit Mai 2018 erklärt § 48d Abs 1 BAO „[d]ie ganz oder teilweise automatisierte sowie die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine Abgabenbehörde [für] zulässig, wenn sie für Zwecke der Abgabenerhebung oder sonst zur Erfüllung ihrer Aufgaben oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die ihr übertragen wurde, erforderlich ist.“ Die Abgabenbehörden dürfen außerdem personenbezogene und nicht personenbezogene Daten für Zwecke des automationsunterstützten Risikomanagements und der Betrugsbekämpfung verarbeiten, „soweit dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet, erforderlich und angemessen ist“ (§ 114 Abs 4 BAO).¹⁹

Aus dem beschriebenen Normengefüge in Kombination mit der tatsächlichen Ausgestaltung des elektronischen Portals FinanzOnline ergibt sich, dass eine vollautomatisierte Verarbeitung der vom Steuerpflichtigen und etwaig qualifizierten Dritten übermittelten Daten ohne weiteres möglich ist. Fest steht auch, dass Steuerbescheide vielfach zunächst erklärungskonform und immer automationsunterstützt erlas-

18 Dazu schon ausführlich *Achatz*, Umfang und Grenzen der Offenlegungspflicht im Abgabenverfahren, in: *Leitner/Zitta* (Hg), Die Darlegung der Verfehlung bei der Selbstanzeige nach dem FinStrG (2001) 21; *Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch*, Governance im Steuerrecht, SWK 2014, 1054; *dies*, Die Bedeutung von Governance für das Steuerrecht, ALJ 2014, 99.

19 Diese ausdrückliche gesetzliche Grundlage wurde erst im Zuge der Anpassung der BAO an die Vorgaben der DS-GVO mit BGBl I 32/2018 geschaffen.

sen werden.²⁰ In verhältnismäßig wenigen Fällen ergeben nach Übermittlung der Steuererklärung und vor Erlassung des Steuerbescheides behördliche Nachfragen.²¹ Die elektronische Erlassung eines Steuerbescheides bedarf weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung und gilt *ex lege* als durch den Leiter der auf der Ausfertigung bezeichneten Abgabenbehörde genehmigt (§ 96 Abs 2 BAO).²² Dass elektronisch eingereichte Steuererklärungen bereits vor Bescheiderlassung einem automatisierten Überprüfungsprozess unterworfen werden, erscheint also nicht unwahrscheinlich. Außerdem können auch im Fall bereits erlassener Bescheide die zugrunde gelegten Daten einer Datenverarbeitung unterworfen werden, um die Auswahl von Betriebsprüfungsfällen effizient auf Risikofälle zu konzentrieren.²³ So könnte die Unterscheidung zwischen „wenig auffälligen“ und „auffälligen“ Steuererklärungen getroffen werden, was das gezielte Setzen von Prüfungshandlungen erlauben würde.

Mit dem Aufkommen der ersten Computer wurde die computergestützte Bescheiderlassung gesetzlich erlaubt, das Aufkommen des Internet hat schließlich die elektronische Übermittlung von Steuererklärungen und die elektronische Ausfertigung und Zustellung von Bescheiden möglich gemacht. Mit dem Aufkommen umfassender Datenanalyse-Software und der Entwicklung von maschinellem Lernen konnte die Finanzverwaltung vor dem Hintergrund der betriebswirtschaftlich inspirierten New Public Management-Strömung²⁴ ein Risikomanagementsystem sowohl zur Prüfung von Abgabenerklärungen als auch zur Unterstützung bei der Auswahl von Außenprüfungsfällen entwickeln. Bis zum Inkrafttreten der DS-GVO enthielt die österreichische Bundesabgabenordnung keinen Hinweis auf die Existenz eines solchen Risikomanagementsystems. Inzwischen gibt es (rudimentäre) gesetzliche Grundlagen, auf die noch zurückzukommen ist.

Dass derartige Methoden auch im österreichischen Abgabenverfahren zum Einsatz kommen können, indiziert die Darstellung einer „Dienstleistungsabteilung“ mit dem Namen „Predictive Analytics Com-

20 Rombold, § 299 BAO als kleine Schwester der „Abgabenfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung“, SWK 2005, 910; Gunacker-Slawitsch, Auskunftspflicht als Grundlage für die „Nachbescheidkontrolle“, RdW 2011, 699.

21 Dazu im Detail Ehrke-Rabel, 9. Kapitel: Das Abgabenverfahren, in: Doralt/Ruppe (Hg), Steuerrecht II⁹ (2019) Tz 1327.

22 Rombold, SWK 2005, 910; Gunacker-Slawitsch, RdW 2011, 711.

23 Zum Ablauf des Abgabenverfahrens und der grundsätzlichen *ex-post*-Kontrolle siehe Ehrke-Rabel, Abgabenverfahren Tz 1274 ff.

24 ZB Müller/Schrittwieser, New Public Management, in: dies (Hg), Finanz-Wegweiser, SWK Spezial 2014, 69 ff.

petence Center“ (kurz: PACC) beim BMF.²⁵ Einem Eintrag auf der amtlichen Internetseite des BMF zufolge dient das PACC der Unterstützung der Strategie des BMF „in Sachen Einrichtung einer modernen Risikomanagementstruktur, Effizienzsteigerung in Prüfung und Betrugsbekämpfung sowie in der Abgabeneinhebung durch stetige Weiterentwicklung der Abläufe“.

Das PACC befasst sich der Darstellung auf der Website des BMF zufolge mit *Predictive Analytics*, *Advanced Analytics*, *Tax Analytics* und *Customs Analytics*. *Predictive Analytics* selbst wird als ein Verfahren beschrieben, das in der Datenanalyse verwendet wird. Es bediene sich historischer Daten, um zukünftige Ereignisse vorherzusagen. Die historischen Daten würden für die Erstellung von mathematischen Modellen verwendet, die dann auf aktuelle Daten angewendet werden. In diesem Zusammenhang werde auch oft von maschinellem Lernen gesprochen. Bei diesem maschinellen Lernen würden häufig Techniken des überwachten maschinellen Lernens (*Supervised Machine Learning*) verwendet. Weiters wird erklärt: „Predictive Analytics Methoden setzen voraus, dass es einen großen historischen Datenbestand gibt, aus dem gelernt werden kann. Die Modelle wenden dann das erlernte Wissen auf neue Daten an. Somit sind die Modelle in der Lage vorherzusagen, was als Nächstes passiert bzw. welche Aktionen ein optimales Ergebnis nach sich ziehen werden.“

Als Hauptaufgaben des PACC werden die Durchführung von Projekten im Bereich der allgemeinen Veranlagung bzw der Echtzeit-Risikobewertung, die zentrale Prüfungsfallauswahl, der Auf- und Ausbau von automatisierten Prüfungen im Rahmen der Betriebsprüfung, Unternehmensgründungen, Analysen im Bereich des Umsatzsteuer-Karussellbetruges sowie Unterstützungsleistungen im Bereich des Datenmanagements und der Betriebsprüfung genannt. Sowohl ein Sonderbericht des Rechnungshofes aus dem Jahr 2014²⁶ als auch der darauf folgende „Follow Up“-Bericht aus dem Jahr 2017²⁷ und der Geschäftsbericht des BMF aus dem Jahr 2019²⁸ bestätigen, dass die österreichische Finanzverwaltung sowohl die Steuererklärungen (sog „Vorbescheidkontrollen“)

25 Siehe <<https://www.bmf.gv.at/themen/betrugsbekaempfung/einheiten-betrugsbekaempfung/Predictive-Analytics-Competence-Center.html>> (abgerufen am 15.7. 2021).

26 Rechnungshof (Hg), Bericht des Rechnungshofes. Risikomanagement in der Finanzverwaltung, Reihe BUND 2014/14, insb 277 ff.

27 Rechnungshof (Hg), Bericht des Rechnungshofes. Risikomanagement in der Finanzverwaltung, Follow-Up-Überprüfung, Reihe BUND 2017/27.

28 BMF, Die österreichische Steuer- und Zollverwaltung, Geschäftsbericht 2019, 21 f.

als auch die einmal erlassenen Abgabenbescheide (sog. „Nachbescheidkontrollen“, die nur vorgenommen werden und werden können, weil die BAO weitgehende Möglichkeiten zur Rechtskraftdurchbrechung vorsieht²⁹) als auch die Auswahl von Betriebsprüfungsfällen mittels elektronischer Risikoanalyse erfolgen. Aus den diversen Quellen ergibt sich somit, dass die österreichische Finanzverwaltung *Maschine Learning* einsetzt, um die vielfältig generierten Daten auszuwerten und Risikobewertungen vorzunehmen, die die Wahrscheinlichkeit einer Kontrollhandlung mit Abgabenergebnis prognostizieren. Hinsichtlich der verwendeten Daten ist der Rechnungshofbericht zum Risikomanagement der Finanzverwaltung aus dem Jahr 2014 insoweit aufschlussreich, als er deutlich macht, dass nicht nur jene Daten verarbeitet werden, zu deren Preisgabe Steuerpflichtige und besonders qualifizierte Dritte gegenüber den Abgabenbehörden ausdrücklich durch Gesetz verpflichtet werden, sondern auch Daten, die durch „Internetmonitoring“ oder aus anderen Datenbanken oder Registern generiert werden.³⁰ Ähnliches indizieren die Ausführungen zur Tätigkeit des PACC auf der Homepage des BMF. Auf der Homepage des Bundesrechenzentrums ist zu finden, dass zwischen dem BMF und dem BRZ bereits seit dem Jahr 2011 eine interdisziplinäre Zusammenarbeit besteht, welche mit der „Basiskomponente Big Data“ eine *Shared IT-Lösung* entwickelt hat, die in unterschiedlichen E-Government-Verfahren und -Projekten zum Einsatz kommen soll. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit werde durch die Aufbereitung und vertiefte Analyse von Daten aus dem Bereich der Finanzverwaltung mittels Methoden des *Predictive Analytics* das Risikomanagementsystem verbessert.³¹ Die Schwerpunkte liegen „auf einer effizienten Prüffall-Auswahl sowie der analytischen Unterstützung der Betrugsbekämpfung mit dem Ziel, eine Optimierung der Steuereinnahmen zu erreichen und die Gleichbehandlung aller BürgerInnen und Wirtschaftstreibenden zu garantieren.“³²

Sowohl die genannten Rechnungshofberichte als auch der Geschäftsbericht des BMF erwecken den Eindruck, dass ein Großteil der Kontroll- und Prüfungshandlungen der Finanzverwaltung durch ein

29 Dazu Ehrke-Rabel, Abgabenverfahren Tz 1389 ff.

30 Rechnungshof (Hg), BUND 2014/14, 301, wonach das RIA (Vorgänger-Abteilung des PACC) Auktions- und Verkaufsplattformen im Internet überwacht und ausgewertet haben und damit potentielle Steuerpflichtige im Internet aufgedeckt haben soll.

31 Vgl. <<https://www.brz.gv.at/was-wir-tun/services-produkte/betrugsbekaempfung.html>> (abgerufen am 15.7.2021).

32 Vgl. <<https://www.brz.gv.at/was-wir-tun/services-produkte/betrugsbekaempfung.html>> (abgerufen am 15.7.2021).

elektronisches Risikomanagementsystem gesteuert werden, das auf *Maschine Learning* beruht.

Das beschriebene System des *Machine Learning* scheint ein „System künstlicher Intelligenz“ im Sinn des Entwurfs der EU-Verordnung „Gesetz über Künstliche Intelligenz“³³ zu sein. Nach Art 3 Z 1 Entwurf VO „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ handelt es sich bei einem solchen System um eine Software, die mit einer oder mehreren der im Anhang leg cit aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt wurden, Ergebnisse, wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren. Als Techniken und Konzepte der künstlichen Intelligenz nennt Anhang I des Entwurfs VO „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ (a) Konzepte des maschinellen Lernens mit beaufsichtigtem, unbeaufsichtigtem und bestärkendem Lernen unter Verwendung einer breiten Palette von Methoden des tiefen Lernens (Deep Learning); (b) Logik- und wissensgestützte Konzepte, einschließlich Wissensrepräsentation, induktiver (logischer) Programmierung, Wissensgrundlagen, Inferenz- und Deduktionsmaschinen, (symbolischer) Schlussfolgerungs- und Expertensysteme; (c) Statistische Ansätze, Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden.³⁴

Aus einer Gesamtbetrachtung der einschlägigen Vorschriften zur Einreichung von Steuererklärungen, zum Einsatz von automationsunterstützenden Instrumenten bei der Erlassung von Bescheiden, den Möglichkeiten einmal erlassene Bescheide zu korrigieren und den tatsächlichen (belegbaren) Abläufen ergibt sich daher folgendes:

1. Die Übermittlung der steuerlich relevanten Daten im Rahmen allgemeiner Offenlegungspflichten erfolgt inzwischen auf automatischem Wege. Steuerpflichtige und etwaig verpflichtete Dritte kommen ihren Offenlegungspflichten durchwegs über ein elektronisches Portal nach, das für die Offenlegung absolut standardisierte und formalisierte Eingabemasken vorsieht. Die so generierten Daten können daher problemlos in Abgabenbescheide gegossen werden, die auf Grund der gesetzlichen Grundlagen grundsätzlich auch

33 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

34 Zu den technischen Besonderheiten von Big-Data-Analysemethoden siehe *Ehrke-Rabel*, Big Data 309 f.

ohne menschliche Intervention ausgefertigt und zugestellt werden können.

2. Die vom Steuerpflichtigen im Rahmen seiner Erklärungspflichten übermittelten Daten dürfen und dürften auch tatsächlich flächendeckend einem automatisierten Risikomanagement unterzogen werden, welches mit Hilfe von *Big Data Analytics* Steuererklärungen gemeinsam mit sonst eingegangenen Daten (etwa von Dritten oder aus Gruppen von vergleichbaren Steuerpflichtigen) einer Plausibilitätsprüfung unterzieht. „Schlägt“ das Risikomanagementsystem im Rahmen dieser Plausibilitätsprüfung nicht an, kann und darf das System den vom Steuerpflichtigen unterbreiteten Subsumtionsvorschlag annehmen und kann und darf es auch automatisationsunterstützt den Abgabenbescheid erlassen. Die Rechtsprechung des VwGH deutet darauf hin, dass der Bescheid nicht automationsunterstützt, sondern weitgehend automatisiert und nur insoweit menschenunterstützt erlassen werden darf und wird, als ein Mensch einen Freigabeknopf zu drücken hat. Ein solcher Abgabenbescheid entspricht der Erklärung des Steuerpflichtigen, übernimmt quasi seinen Subsumtionsvorschlag und überrascht ihn daher nicht.
3. „Schlägt“ das Risikomanagementsystem an, weil es davon ausgeht, dass die Erklärung fehlerhaft ist, ist dem Steuerpflichtigen ein Vorhalt zu machen (§ 161 Abs 2 BAO), der bislang nur mittels menschlicher Intervention erfolgt. Ein von der eingereichten Steuererklärung abweichender Abgabenbescheid wird daher bislang nicht automatisch erlassen, sondern nur nach Interaktion zwischen einem Finanzbeamten und dem Steuerpflichtigen.
4. Ein einmal erlassener und durch das automatisierte Risikomanagement geprüfter Abgabenbescheid kann nach Maßgabe der §§ 299 ff BAO im Großen und Ganzen während der Verjährungsfrist geändert werden. Im Regelfall geht einer Bescheidänderung eine Außenprüfung voraus, die in der Regel zu einer Wiederaufnahme wegen Hervorkommens neuer Tatsachen oder Beweismittel gem § 303 Abs 1 lit a BAO führt – da erst in ihrem Gefolge der Sachverhalt tatsächlich durch die Finanzverwaltung in Form von Beleg- und anderen Vor-Ort-Prüfungen kontrolliert wird. Die Auswahl zur Außenprüfung wird unter anderem wiederum auf Basis von Auswertungen des automatisationsunterstützten Risikomanagements getroffen.
5. Daraus ergibt sich insgesamt, dass das Abgabenverfahren heute nur insoweit vollautomatisiert ablaufen (kann), als das automationsunterstützte Risikomanagementsystem in den vom Abgabepflichtigen eingereichten Erklärungen keine Auffälligkeiten ortet. Im automa-

tisierten Abgabenvollzug kommt daher dem Risikomanagementsystem zentrale Bedeutung zu.

6. Eine vollautomatisierter Abgabenfestsetzung erfolgt aber in Österreich derzeit nur in den Fällen, in denen das Risikomanagementsystem den vom Steuerpflichtigen im Wege der Steuererklärung präsentierten Subsumtionsvorschlag für unauffällig hält, sodass er in den Abgabenbescheid (automatisch) übernommen wird. Zeigen sich hingegen Auffälligkeiten, ist dem betroffenen Steuerpflichtigen ein Vorhalt zu machen, der eine menschliche Interaktion zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzverwaltung in Gang setzt.

IV. Grund- und freiheitsrechtliche Bewertung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VfGH

A) Vorbemerkung

Sowohl das Legalitätsprinzip als auch der Gleichheitssatz verpflichten die Verwaltung zur Kontrolle des Erklärungsverhaltens von Abgabepflichtigen und etwaig verpflichteten Dritten. Die übermittelten Daten, die Art ihrer Übermittlung und die Massenhaftigkeit der Daten, die einerseits auf die große Anzahl an Steuerpflichtigen und andererseits auf den Detaillierungsgrad der zu übermittelnden Daten zurückzuführen ist, können von einem einzelnen Menschen wahrscheinlich gar nicht mehr mit großer Genauigkeit überprüft werden. Sie sind aber geeignet, maschinell überprüft, vor allem abgeglichen und mit Erfahrungswerten verglichen zu werden, ein Verfahren, das inzwischen auch in Österreich zum Einsatz gelangt.

In diesem Sinn hat das Forum on Tax Administration der OECD (im Folgenden kurz: FTA) auch die Vision einer Steuerverwaltung 3.0 entwickelt, in der Besteuerung in die vom Steuerpflichtigen in seinem täglichen Leben verwendeten (digitalen) Systeme eingewoben werden soll:

„Paying taxes will become a more seamless experience over time integrated into daily life and business activities as much as possible. Natural citizens and business behaviours and systems will increasingly be the starting point of taxation processes. Tax administrations and private sector organisations will increasingly collaborate in creating innovative and joined-up services, adding value to the taxpayer, reducing administrative burdens and assuring secure, transparent and reliable outcomes. Adapting taxation processes to fit in with taxpayers' natural systems will facilitate compliance by design

*and 'tax just happening'. Free-riding and being non-compliant will increasingly require deliberate and burdensome additional services."*³⁵

So verführerisch und bequem es sein mag, keine Erklärungspflichten erfüllen und nicht überlegen zu müssen, welche Steuerrechtsnorm im Einzelfall zur Anwendung gelangen soll, so gefährlich ist dieser Zugang für die individuelle Freiheit: Ein Steuersystem, das aus (individuellen und kollektiven/distributiven) Gerechtigkeitserwägungen notgedrungen komplex sein muss, kann nur dann nahezu unsichtbar und nicht spürbar für den einzelnen Steuerzahler werden, wenn er sich der unsichtbaren „Begleitung“ durch Algorithmen unterwirft.³⁶ Die OECD schlägt vor, das Internet der Dinge für die Steuerfestsetzung, die Steuerer- und die Steuereinhebung zu berücksichtigen und die technologischen Instrumente, die der Steuerpflichtige in seinem täglichen Leben verwendet, für Steuerzwecke fruchtbar zu machen.³⁷ Dabei soll es im Sinne eines „whole-of-government“³⁸-Zuganges zu einem unkomplizierten Austausch der Daten zwischen verschiedenen staatlichen Einrichtungen und zwischen staatlichen Einrichtungen und privaten Akteuren (etwa Zugang der Banken zu Steuerinformationen für Zwecke der Kreditgewährung) kommen.³⁹ Für den Steuerpflichtigen sollen nur die Geräte, die über das Internet mit dem Fiskus verbunden sind (etwa spezielle Applikationen am Handy oder aber auch elektronische Registrierkassensysteme) und die daran anknüpfenden Folgen in der Art der Spitze eines Eisberges erkennbar sein und Einfachheit des Steuervollzuges suggerieren. Unter dem Eismeer – für den Steuerpflichtigen unsichtbar – stellt die OECD in ihrem „Tax Administration 3.0“-Papier die Verknüpfungen der Datenpunkte und die Datenverarbeitungen und Bezahlmechanismen dar.⁴⁰

Wenn eine Steuerverwaltung das Steuerzahlen zu einem Nebenprodukt der Alltagstätigkeit von Steuerpflichtigen machen will, müssen

35 OECD, Tax Administration 3.0 12.

36 So schon Ehrke-Rabel, Big Data 283 ff.

37 OECD, Technologies 50.

38 Der sog „whole-of-government“-Zugang stammt ursprünglich aus den Vorschlägen der OECD zur wirksamen Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und hat inzwischen auch in die Strategien zur Bekämpfung von Steuerbetrug Eingang gefunden (OECD, Improving Co-operation Between Tax and Anti-Money Laundering Authorities, Access by Tax Administrations to Information held by Financial Intelligence Units for Criminal and Civil Purposes [2015] 12); dazu für das österreichische Abgabenverfahren Ehrke-Rabel, Abgabenverfahren Tz 1296.

39 OECD, Tax Administration 3.0 12.

40 OECD, Tax Administration 3.0 13.

computergestützte Technologien durch den Staat eingesetzt werden und auf die vom Steuerpflichtigen in seinem Alltag verwendeten computergestützten Technologien zugreifen. Dazu bemerkt der VfGH, dass derartige Technologien *„zunehmend bedeutende Mittel für die Persönlichkeitsentfaltung und private Lebensführung des Einzelnen“* sind. Die aus diesen Systemen generierten Daten und Informationen, wie der VfGH bemerkt, *„gewähren in der Regel Einblick in sämtliche – auch höchstpersönliche – Lebensbereiche und lassen Rückschlüsse auf die Gedanken des Nutzers, insbesondere Vorlieben, Orientierung und Gesinnung zu.“*⁴¹ Der VfGH qualifiziert die verdeckte Überwachung der Nutzung von Computersystemen daher als einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre, der nur in äußerst engen Grenzen zum Schutz entsprechend gewichtiger Rechtsgüter zulässig ist.⁴² Was für dein Einsatz von Überwachungssoftware zur Aufdeckung von Straftaten im Rahmen des Sicherheitspolizeigesetzes gilt, kann daher auch für den Einsatz von Computertechnologien im Steuervollzug gelten.

In Österreich ist diese Vision (noch) nicht Wirklichkeit geworden. Die Grundlagen für ein solches System scheinen aber bereits gelegt und scheinen sich stetig weiterzuentwickeln. Im Folgenden soll daher die erkennbar existierende Automatisierung des Abgabeverfahrens rechtlich gewürdigt werden. Dabei wird die Vision der OECD als „Endausbaustufe“ der Automatisierung mit in den Blick genommen.

B) Stand der Rechtsprechung des VfGH

Die automationsunterstützte Bescheiderlassung, bei der auf die Unterschrift des Organwalters verzichtet wurde, war frühzeitig Gegenstand mehrerer Entscheidungen des VfGH. In diesem Zusammenhang hat der VfGH festgehalten, dass es den Organen des Staates im Rahmen der Hoheitsverwaltung grundsätzlich freisteht, ihre innere Organisation nach Belieben zu gestalten. Zur inneren Organisation zählt der VfGH auch bürotechnische Maßnahmen. Innere Angelegenheiten sind jedoch nur solche, durch die keine Rechte begründet werden.⁴³ Als Grenzen für derlei innerorganisatorische Maßnahmen sieht der VfGH einerseits das Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und andererseits den Umstand, dass der Organwille nur von den durch Gesetz hierzu Ermächtigten gebildet werden darf und dass auch nur diese

41 VfGH 11.12.2019, G 72/2019 ua, Rz 180.

42 VfGH 11.12.2019, G 72/2019 ua, Rz 181.

43 VfSlg 8844/1980, unter Verweis auf VfSlg 265/1954, 2709/1954, 3993/1961, 4890/1964.

nach außen für die Verwaltungseinheit handeln dürfen. Die automationsunterstützte Besorgung von hoheitlichen Angelegenheiten verglich der VfGH mit der Heranziehung von außerhalb des Organkomplexes stehenden Einrichtungen zu technischen Hilfstätigkeiten und sah darin keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁴⁴ Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des Einsatzes automationsunterstützender Instrumente ist, dass die nach außen in Erscheinung tretende Erledigung in jedem Einzelfall auf den Willen des durch (Verfassungs-) Gesetz zur Entscheidung berufenen Organes zurückführbar ist.⁴⁵ Dies lässt sich nach Auffassung des VfGH ohne weiteres entweder dadurch bewirken, dass die von der Datenverarbeitungsanlage ausgestellten Ausdrücke dem kompetenten Organ zur Genehmigung vorgelegt werden oder dass das für den EDV-Einsatz benötigte Programm vom gesetzlichen Entscheidungsträger gebilligt und derart gestaltet wird, dass dem die Datenverarbeitungsanlage bedienenden Personal kein Entscheidungsspielraum überlassen wird.⁴⁶

In einer anderen Entscheidung zur Frage der rechtlichen Gleichwertigkeit von eigenhändig gezeichneten und automationsunterstützt erlassenen Bescheiden hat der VfGH festgehalten, dass die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens „innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Vorschriften“ im Ermessen der Behörde liegt. Diese hat sich bei ihren Verfügungen von „Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.“ So steht es im Ermessen der Behörde, sich der einen oder anderen Form der Ausfertigung von Erledigungen zu bedienen.⁴⁷ Der VfGH ist der Auffassung, dass weder die rechtsstaatlichen Funktionen des Bescheides beeinträchtigt noch der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutzstandard dadurch verringert werden, dass ein Bescheid kraft Gesetzes eines bestimmten Organwalters oder dessen Benennung bzw. Unterschrift entbehrt, solange die Zurechnung des Bescheides zu einer bestimmten Behörde dadurch nicht gefährdet wird.⁴⁸

Der VfGH erachtet es aber aus dem Blickwinkel des am Bescheid orientierten verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes als erforderlich, dass der automationsunterstützt erzeugte Bescheid nicht nur mit hinreichender Deutlichkeit in seinem Wortlaut den Be-

44 VfSlg 8844/1980.

45 VfSlg 8844/1980, unter Verweis auf VfSlg 7264/1974.

46 VfSlg 8844/1980; VwGH 14.12.2006, 2005/14/0014.

47 VfSlg 10.484/1985.

48 VfSlg 11.590/1987, Pkt 8.2.5.

zug zur Behörde herstellt, gegen deren Verfahren Rechtsschutz gewährt werden soll. Er hält es darüber hinaus für notwendig, dass der automationsunterstützt erlassene Bescheid tatsächlich von der in ihm angegebenen Verwaltungsbehörde veranlasst wurde, mag auch der (intern festzustellende) Bezug zum behördlichen Organwalter im Bescheid selbst nicht zum Ausdruck kommen. Eine verfassungsrechtlich nicht tolerierbare Einschränkung des Rechtsschutzes gegenüber der Verwaltung wäre dann anzunehmen, wenn ein Bescheid namens einer Behörde automationsunterstützt von einer anderen Stelle erzeugt und „erlassen“ würde, ohne dass die Behörde, in deren Namen der Bescheid ausgefertigt wurde, den Bescheid veranlasste. Die Behörde, der der Bescheid rechtlich zuzurechnen ist und die ihn daher zu verantworten hat, muss auch tatsächlich imstande sein, auf den automationsunterstützt ablaufenden Vorgang der Bescheidausfertigung bestimmenden Einfluss zu nehmen.⁴⁹ Der VfGH hat daher einen automatisiert gefertigten Abgabenbescheid, der von einem Organwalter (durch Knopfdruck) freizugeben war, als hinreichend veranlasst anerkannt.⁵⁰

C) Die Automatisierung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VfGH

In den dem VfGH vorgelegten Fällen ging es ausschließlich um die automationsunterstützte Ausfertigung von behördlichen Erledigungen, nicht jedoch um die Frage, auf welche Art und Weise die Ermittlung des Sachverhaltes und die Subsumtion unter die einschlägigen Rechtsnormen erfolgt war. Es kann daher festgehalten werden, dass gegen die automationsunterstützte Ausfertigung von Erledigungen keine grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken bestehen, wenn sichergestellt ist, dass der verantwortliche Organwalter auf den Ausfertigungsprozess Einfluss nehmen konnte.

Auf das Abgabenverfahren übertragen ergibt sich daraus, dass weder gegen die standardisierte und automatisierte Übermittlung der relevanten Daten zur Erfüllung der abgabenrechtlichen Offenlegungspflichten noch gegen die elektronische Ausfertigung der Abgabenbescheide und schon gar nicht gegen deren elektronische Zustellung grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Dabei handelt es sich vielmehr um optimierte Prozesse, dh um die Anordnung aus Gründen der Effizienz und Effektivität bestimmte technische Medien zur wechsel-

49 VfSlg 11.590/1987, unter Verweis auf VfSlg 8844/1980.

50 So implizit VwGH 14.12.2006, 2005/14/0014.

seitigen Interaktion zu verwenden, deren Etablierung dem Gesetzgeber jedenfalls erlaubt und vor dem Hintergrund des Effizienzgebots sogar auferlegt ist.⁵¹

Keine höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert jedoch, soweit zu sehen, zum Prozess der Entscheidungsfindung als solchem. Im Abgabenverfahren ist es, wie oben skizziert, jedenfalls möglich und nicht unwahrscheinlich, dass die einem Bescheid zwingend zugrundeliegende Willensbildung auf Seiten der Abgabenbehörde auf vollautomatisiertem Weg erfolgt. Die OECD unterscheidet in ihrem „Steuerverwaltung 3.0“-Papier drei Automatisierungsschritte: Der erste besteht in der Standardisierung der Mitwirkungspflichten durch Formulare, der zweite Schritt in der elektronischen Übermittlung der Steuererklärungen und der elektronischen Ausfertigung der Bescheide, und der dritte Schritt besteht in der automationsgestützten Risikoeinschätzung, der Datenerhebung über verschiedene digitale Medien und letztlich in einer Echtzeit-„Begleitung“ des Steuerpflichtigen über diese digitalen Medien.⁵² Im Ergebnis soll der Steuerpflichtige in der Endausbaustufe der Digitalisierung Steuern nur mehr als Nebenprodukt seiner besteuierungserheblichen Aktivitäten erleben. Der Automatisierungsgrad des Verwaltungsaktes geht in dieser dritten Phase weit über die Automatisierung der Erfüllung der Mitwirkungspflichten auf der einen und der Amtshandlungen auf der anderen Seite hinaus, weil er die Datensammlung, -speicherung und -verarbeitung im Rahmen der veränderten technischen Möglichkeiten weitgehend automatisieren soll und dem Steuerpflichtigen (und bis zu einem gewissen Grad auch den Menschen in der Finanzverwaltung) die Verpflichtung zu aktivem Handeln nehmen soll. Insoweit greift diese dritte Phase der Automatisierung wesentlich grundlegender in die Grundrechte des einzelnen ein als die von der OECD als Phasen eins und zwei definierten Automatisierungsschritte. Dabei wird dem Steuerpflichtigen die Freiheit genommen zu handeln oder nicht zu handeln.

Versucht man die Rechtsprechung der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auf diese drei Stadien zu übertragen, so ist festzuhalten, dass die vorhin skizzierten Entscheidungen des VfGH ausschließlich die Phasen eins und zwei betrafen. Die Phase drei war in Österreich bislang weder in Steuersachen noch in allgemeinen Verwaltungssachen Gegenstand höchstgerichtlicher Rechtsprechung. Das österreichische Abgabenverfahren befindet sich tatsächlich jedoch –

51 Dazu *Ehrke-Rabel*, Abgabenverfahren Tz 1344.

52 OECD, Technologies 50 und 75.

insb auf Grund der Aktivitäten des PACC – bereits in der dritten Phase der Automatisierung. Diese dritte Phase soll hier einer rechtlichen Würdigung unterzogen werden. Sie wird – in Anlehnung an die mehrfach erwähnte Veröffentlichung der OECD – als „Automatisierung 3.0“ bezeichnet.

D) Verfassungs- und datenschutzrechtliche Bewertung der Automatisierung 3.0

1. Vorbemerkung

Bei der rechtlichen Bewertung der Automatisierung des Abgabenverfahrens in der oben dargelegten dritten Phase ist zwischen der Datenerhebung und der Datenverarbeitung zu unterscheiden. In beiden Schritten sind die grundrechtlichen Vorgaben der EMRK, der EuGrC⁵³ und die DS-GVO zu beachten. Die folgenden Ausführungen entwickeln Gedanken weiter, die für die vergleichbare deutsche Rechtslage andernorts publiziert worden sind.⁵⁴

2. Datenerhebung

Der neudeutsche Begriff für die Erhebung von Daten im Internet ist „Data Mining“. *Data Mining* in Steuersachen kann auf dreierlei Art und Weise erfolgen:

1. durch Verpflichtung Dritter zur Preisgabe von Daten und Informationen, die vom Steuerpflichtigen bereitgestellt wurden (etwa bestimmter Online-Vermarktungsplattformen);
2. durch sog „*smart devices*“: Eine elektronisch zertifizierte Registrierkasse, wie sie in Österreich zur Verbuchung von Bargeschäften (zu denen auch Kreditkartenumsätze zählen) verpflichtend zu verwenden ist,⁵⁵ könnte ohne größeren technischen Aufwand so mit dem Internet verknüpft werden, dass die verbuchten Umsätze in Echtzeit an das Finanzamt übermittelt werden. Dies ist in Slowenien⁵⁶ und Kroatien⁵⁷ bereits Usus und als Anwendungsfall des Internet

53 Zum Anwendungsbereich der EuGrC im Abgabenrecht *Ehrke-Rabel*, 1. Kapitel: Steuerrecht und Grundrechte, in: Doralt/Ruppe (Hg), *Steuerrecht II*⁸ (2019) Tz 52a.

54 *Ehrke-Rabel*, Profiling im Steuervollzug, FR 2019, 45 (48 ff).

55 § 131b BAO.

56 <ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18513&langId=en> (abgerufen am 15.7.2021).

57 <<http://fiscalization.hr/en/fiscal-law>> (abgerufen am 15.7.2021).

der Dinge für die Finanz zu qualifizieren (statt als Kühlschrank den Lebensmittelhändler über fehlende Lebensmittel zu informieren, informiert die Registrierkasse die Finanzverwaltung über die Zahlungseingänge);

3. durch „Erkundungen“ im Internet, ein gezieltes „Surfen“ nach im Internet frei zugänglichen Informationen betreffend eine bestimmte Person.

Das Erheben von Daten zählt nach Art 4 Z 2 DS-GVO zur Datenverarbeitung. Da die DS-GVO als Verordnung in den Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung entfaltet, ist ihr Begriffsverständnis auch für die in ihrer Konkretisierung ergangenen nationalen Normen relevant.⁵⁸ Die Verarbeitung personenbezogener Daten nach der BAO umfasst somit iSv Art 4 Nr 2 DS-GVO jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten „wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.“ Von der bloßen Erhebung und Speicherung von Daten ist die Verarbeitung zu unterscheiden. Werden spezifisch über eine Person erhobene Daten für Zwecke verarbeitet, die diese Person betreffen (etwa zur Festsetzung der Steuerschuld), so handelt es sich um eine Datenverarbeitung. Werden solche Daten hingegen auch verwendet, um Rückschlüsse auf andere Personen zu ziehen (also etwa in ein automatisiertes Risikomanagementsystem integriert, um durch Vergleiche die Steuerehrlichkeit anderer Personen zu bewerten), handelt es sich um eine Weiterverarbeitung.

Nach § 48d BAO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine Finanzbehörde zulässig, „wenn sie zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die ihr übertragen wurde, erforderlich ist“. Angesichts des weiten Verständnisses von „Verarbeitung“ nach der DS-GVO stellt sich die Frage, ob diese Bestimmungen als generalklauselartige Ermächtigung zur Datenerhebung in Abgabensachen zu verstehen sind, soweit die Datenverarbeitung nur für die Erfüllung der finanzbehördlichen Aufgaben erforderlich ist.

⁵⁸ Kühling/Raab, Einführung, in: dies (Hg), Kommentar DS-GVO – BDSG² (2018) Tz 3a und 128, mit Blick auf das Verhältnis der DS-GVO zum BDSG, was gleichermaßen für das Verhältnis der DS-GVO zu den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der AO gilt.

Eine solche Interpretation scheint zu weit gefasst. Um § 48d BAO grundrechtskonform zu lesen, bedarf es einzelner Einschränkungen:

Die Erhebung von Daten für Zwecke der Besteuerung berührt im Regelfall die Privatsphäre der Steuerpflichtigen. Sie bedarf daher jedenfalls einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung reflektiert. Wird der Begriff der Verarbeitung in § 48d BAO – wie durch das Unionsrecht vorgegeben – im Sinne des Verständnisses der DS-GVO ohne ergänzende Einschränkung gelesen, wird den Finanzbehörden ein zu weites Ermessen eingeräumt. Verwaltungsermessen darf nicht unbegrenzt sein, sondern bedarf eines klaren gesetzlichen Rahmens.⁵⁹ Dies erfordert, dass der Steuerpflichtige weiß, welche ihn betreffenden Daten dem Zugriff der Verwaltung unterliegen.⁶⁰ Der Finanzverwaltung ohne weitergehende Konkretisierung die Entscheidung darüber zu überlassen, welche Daten erhoben werden müssen, ist Ermessen, das dem Legalitätsprinzip nicht gerecht wird, weil es die gerichtliche Kontrolle am Rahmen des Gesetzes nicht möglich macht.⁶¹ Will eine Finanzbehörde Daten erheben, die nicht schon im Rahmen der allgemeinen oder einer speziellen Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht preisgegeben sind oder für die bestimmte Aufbewahrungsvorschriften existieren, bedarf es einer § 48d BAO ergänzenden gesetzlichen Grundlage. § 48d BAO darf daher nicht als Grundlage für neue Formen der Datenerhebung gesehen werden, die bislang gesetzlich nicht explizit vorgesehen sind.

Daraus folgt für die oben aufgezeigten drei Instrumente der Datenbeschaffung:

a) Datenerhebung bei Dritten

Das österreichische Abgabenrecht – und bisweilen sachfremde Materiengesetze – verpflichten an vielen Stellen zum Steuerschuldverhältnis Dritte zur Übermittlung bestimmter (auch) personenbezogener Daten an die Finanzverwaltung. Als Beispiele seien hier der Arbeit-

59 In diesem Sinn verpflichtet § 20 BAO die Abgabenbehörden, ihr Ermessen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu üben (dazu im Detail *Ehrke-Rabel*, 1. Kapitel: Steuerrecht und Rechtsstaat, in: Doralt/Ruppe (Hg), *Steuerrecht II*⁸ [2019] Tz 33).

60 Dazu im Überblick *Ehrke-Rabel*, Abgabenverfahren Tz 1337 ff.

61 Zur Abgrenzung des Ermessens von Freiheit und Beliebigkeit der Verwaltung *Drüen*, § 5 AO, in: Tipke/Kruse (Hg), *AO/FGO Kommentar* (2019) Tz 5 und 80.

geber⁶² und Kreditinstitute⁶³ genannt.⁶⁴ Soweit die Erhebung solcher Daten gesetzlich vorgesehen ist, ist sie grundrechtlich grundsätzlich unproblematisch. Erfolgt die Erhebung auf elektronischem Wege und/oder werden die Daten schließlich automationsunterstützt weiterverarbeitet, sind auch die Vorgaben der DS-GVO zu beachten.

Ohne konkreten Verdacht (dh außerhalb einer strafrechtlichen Verfolgung) können Dritte ohne entsprechende gesetzliche Grundlage nicht zur standardmäßigen automatischen Übermittlung von Daten oder Informationen verpflichtet werden. Im Rahmen des § 143 BAO können sie aber über konkrete Nachfrage betreffend eine konkrete Person oder betreffend eine konkrete (wenn auch unbekannte)⁶⁵ Personengruppe sehr wohl befragt werden. § 48d BAO gewährleistet, dass derartige Informationen auch automationsunterstützt erhoben und verarbeitet werden dürfen. Im Ergebnis stellen sich hier keine anderen Fragen als bei der Indienstnahme Dritter in der analogen Welt.

b) Internet der Dinge

Die Erschaffung von „*smart devices*“, die mit dem Finanzamt zu verbinden sind und in Echtzeit Daten über steuerrechtlich relevantes Verhalten von Steuerpflichtigen liefern, ist grundsätzlich nicht unzulässig, wenn sie auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruht und insgesamt in Hinblick auf das Ziel, die Gleichmäßigkeit der Besteuerung sicherzustellen und Steuerhinterziehungen zu bekämpfen, verhältnismäßig ist. Ein „*smart device*“ ist in gewisser Weise mit dem klassischen Dritten im oben dargelegten Sinn vergleichbar: Die Maschine steht in einem bestimmten Naheverhältnis zu ihrem Nutzer, dem Steuerpflichtigen, und ist daher in der Lage, Informationen zu sammeln, an die die Finanzverwaltung aus eigenen Stücken nicht vergleichbar leicht herankäme.⁶⁶

62 §§ 47 ff EStG.

63 Kontenregister- und Konteneinschaugesetz; Gemeinsamer Meldestandardgesetz; Amtshilfedurchführungsgesetz.

64 Zur Bedeutung Dritter für die Effizienz und Effektivität des Steuervollzuges ganz allgemein *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen (2012).

65 Sog „*phishing expeditions*“ oder Ermittlungen „ins Blaue“ sind hingegen unzulässig, weil zu unbestimmt (dazu allgemein *Seer*, § 93 AO, in: Tipke/Kruse [Hg], AO/FGO Kommentar [2019] Tz 23).

66 Zu diesem Vergleich siehe schon *Ehrke-Rabel*, Third Parties as Supplementary Sources of Tax Transparency, in: Basaran/Hey (Hg), Tax Transparency, 2018 EATLP Congress Zurich 2018 (2019) 67 (75 f).

Wenn etwa eine Registrierkasse, zu deren Verwendung der Gesetzgeber verpflichtet, mit dem Finanzamt verbunden wird und die Kassaeingänge in Echtzeit übermittelt, kann dies, sofern gesetzlich vorgesehen, grundsätzlich zulässig sein. Über eine solche Registrierkasse werden insofern personenbezogene Daten an das Finanzamt übermittelt, als die Umsätze des Registrierkassenbesitzers als Ausdruck seiner wirtschaftlichen Identität gesehen werden können (Art 4 Nr 1 DS-GVO). Nun sind diese Umsätze auch ohne Bestehen einer Echtzeit-Online-Verbindung mit dem Finanzamt im Wege der Steuererklärung zu übermitteln, so dass aus datenschutzrechtlicher Sicht kein Unterschied zwischen einer Echtzeit-Verbindung des Finanzamts zur Kasse und dem Fehlen einer solchen Verbindung besteht, wenn der Steuerpflichtige zur Übermittlung seiner Umsätze im elektronischen Weg verpflichtet ist und das Finanzamt auch die erklärten Umsätze automationsunterstützt verarbeitet. Die Echtzeit-Verbindung der Registrierkasse mit dem Finanzamt greift jedoch in die Freiheit der Erwerbsausübung und ganz allgemein in die Privatautonomie ein, weil das Verhalten des Steuerpflichtigen in Echtzeit überprüfbar wird. Das derzeitige Besteuerungsverfahren ist vorderhand reaktiv in dem Sinn ausgestaltet, dass der Steuerpflichtige erst einige Zeit nach Verwirklichung des relevanten Sachverhalts zur Offenlegung gegenüber der Finanzverwaltung verpflichtet ist und, dass diese Offenlegung zunächst mit wenig Informationsgehalt erfolgt.⁶⁷ Erst die zeitlich noch weiter verzögerte Nachprüfung ermöglicht der Finanzverwaltung das gänzliche Erkennen des Sachverhalts. Die echtzeitgetreue Verbindung der Registrierkasse mit dem Computersystem der Finanzverwaltung verändert dieses Procedere: Der Steuerpflichtige legt nicht mehr zeitverzögert im Wege einer Steuererklärung offen, sondern die Registrierkasse (als technologisierter Dritter) übermittelt in Echtzeit Daten, die der Finanzverwaltung die zeitnahe Beobachtung des Steuerpflichtigen ermöglichen, so dass die nachträgliche Kontrolle durch die Beobachtung ersetzt wird. Geht man mit Seer,⁶⁸ Drüen⁶⁹ und Gunacker-Slawitsch⁷⁰ davon aus, dass das Steuerverfahren freiheitsrechtlich be-

67 Ehrke-Rabel/Gunacker-Slawitsch, Horizontal Monitoring als Bestandteil des österreichischen Abgabenvollzuges?, ÖStZ 2017, 241 (242 f).

68 Seer, Verständigungen im Steuerverfahren (1996) 179 ff; ders, Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen einer Massenverwaltung, in: Widman (Hg), Steuervollzug im Rechtsstaat, DSJG 31 (2008), 7 (15); Seer, § 90 AO, in: Tipke/Kruse (Hg), AO/FGO Kommentar (2019) Tz 1.

69 Drüen, Die Zukunft des Steuerverfahrens, in: Schön/Beck (Hg), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts (2009) 9 (18).

70 Gunacker-Slawitsch, Überwindung von Informationsasymmetrien – Zum Verhältnis zwischen Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten im Abgabenverfahren, Habilitationsschrift in Begutachtung.

gründet von einem Kooperationsprinzip geprägt ist,⁷¹ führt ein solcher Einsatz des Internet der Dinge zu einer Veränderung dieses Prinzips. Als Ausnahme vom bestehenden Besteuerungsverfahren bedarf es, abgesehen von einer expliziten gesetzlichen Grundlage, auch eines Verhältnismäßigkeitstests im Hinblick auf das angestrebte Ziel. Wenn nämlich die Verwendung einer betrugssicheren zertifizierten elektronischen Registrierkasse als ausreichend zur Erreichung des Zieles einer gleichmäßigen und hinterziehungsresistenten Besteuerung erachtet wird, ist die verpflichtende Echtzeit-Verbindung zum Finanzamt unverhältnismäßig. Weil die Verbindung zum Finanzamt die Beobachtung des Steuerpflichtigen in Echtzeit ermöglicht, ist sie nämlich wesentlich freiheitsbeschränkender als die bloße Verpflichtung zur Verwendung einer zertifizierten Registrierkasse mit nachprüfender Kontrolle durch die Finanzbehörde.

Kann jedoch begründet werden, dass auch zertifizierte Registrierkassen nicht absolut betrugssicher ausgestaltet werden können, dann kann die Einführung einer Echtzeit-Verbindung mit dem Finanzamt angesichts der besonderen Eignung von Barzahlungsgeschäften zur Begehung von Steuerverkürzungen als verhältnismäßig qualifiziert werden. Die Verpflichtung zur Verwendung solcher Registrierkassen ist dann verhältnismäßig, weil minimalinvasiv.⁷² Die Alternative, ein absolutes Barzahlungsverbot, wäre jedenfalls viel einschneidender. Ist es also möglich nachzuweisen, dass auch manipulationssichere Registrierkassen manipuliert werden, könnte eine Echtzeitverbindung zum Finanzamt das einzige (gelinde) Mittel zur wirksamen Bekämpfung von Steuerbetrug sein. Ein solches Instrument ist freiheitsschonender als die laufende Gesamtüberwachung des Steuerpflichtigen.

Von einer Nutzbarmachung des Internet der Dinge im Rahmen einzelner, spezifischer Geräte des Wirtschaftslebens zu unterscheiden ist jedoch der Einsatz von Applikationen auf digitalen Endgeräten wie Smartphones, die den Steuerpflichtigen umfassend in seinem (auch) steuerrechtlich relevanten Leben „begleiten“. Sie scheinen Teil der Vision der OECD für eine Steuerverwaltung 3.0 zu sein. Auf sie soll später noch eingegangen werden.

71 Siehe auch *Kirchhof*, Die steuerliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater, DStR 2018, 497 (501).

72 Ich danke assoz. Prof. Dr. Barbara Gunacker-Slawitsch für intensive Diskussionen zu dieser Frage.

c) Erkundungen im Internet, auf Social-Media-Plattformen

Sowohl in einer Studie der EU zur Verwendung von automationsunterstützten Risikomanagementsystemen durch die Steuerverwaltung der EU-Mitgliedstaaten als auch im oben erwähnten Bericht des österreichischen Rechnungshofes aus dem Jahr 2014 findet man, dass Österreich „Internet Monitoring“ verwendet.⁷³ Es ist also davon auszugehen, dass Finanzverwaltungen Informationen im Internet sammeln, um die Steuerpflichtigen besser beurteilen zu können. Fest steht, dass für derartige Recherchen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist.

Setzt man jene Räume im Internet, die jedermann öffentlich zugänglich sind, mit dem öffentlichen Raum in der physischen Welt gleich, sind die im Internet frei zugänglichen Daten und Informationen mit jenen im öffentlichen analogen Raum gleichzusetzen. Eine im öffentlichen Raum handelnde Person hat zu akzeptieren, dass ihr Handeln in der Öffentlichkeit auch von der Öffentlichkeit – und damit auch von der Finanzverwaltung – wahrgenommen wird. Dabei handelt es sich also um allgemein bekannte Tatsachen.⁷⁴

Im Zusammenhang mit Datensammlungen durch Geheimdienste hat auch der EGMR dies bestätigt: „Wenn jemand die Straße entlanggeht, wird er unweigerlich auch für Mitglieder der öffentlichen Verwaltung sichtbar. Wird eine solche Szene über eine Technologie, etwa eine Überwachungskamera, verfolgt, ändert dies zunächst nichts.“⁷⁵ Diese Form der Wahrnehmung durch die öffentliche Hand greift nicht in das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre ein.

Der EGMR hält dieses Grundrecht aber dann für berührt, wenn und sobald irgendeine Form der systematischen oder dauerhaften Speicherung und Weiterverarbeitung der im öffentlichen Raum beobachteten Daten stattfindet.⁷⁶ Finanzverwaltungen dürfen also im öffentlichen Raum zugängliche Daten sehen und zur Kenntnis nehmen (vergleichbar einem Wächter, der durch die Überwachungskamera blickt). Wenn sie die Daten aber speichern, verwenden, mit ihren eigenen Daten abgleichen, um aus ihnen Informationen zu gewinnen, die für den Vollzug erforderlich sind, greifen sie in das Grundrecht auf Achtung der Pri-

73 Europäische Kommission, TAXUD, Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management Guide for Tax Administrations, FPG32/GRP4 (2010) 96.

74 So auch Seer, § 81 FGO, in: Tipke/Kruse (Hg), AO/FGO Kommentar (2019) Tz 8a.

75 EGMR vom 25.9.2001 – *P.G und J.H. gegen GB*, Nr 44787/98, § 57 (Übersetzung durch die Verf.).

76 EGMR vom 25.9.2001 – *P.G und J.H. gegen GB*, Nr 44787/98, § 57.

vatsphäre ein. Dies gilt selbst dann, wenn diese Daten im öffentlichen Raum erhoben wurden⁷⁷ oder nur die ausschließlich beruflichen oder öffentlichen Aktivitäten einer Person betroffen haben.⁷⁸ Ein solcher Eingriff ist nur nach Maßgabe der Gesetze zulässig. Da das Internet als öffentlicher Raum mit dem physischen öffentlichen Raum vergleichbar ist und da Finanzbeamte Umstände, die sie selbst im öffentlichen Raum wahrnehmen, bei der Beurteilung der ihnen vorliegenden Fälle zu berücksichtigen haben,⁷⁹ muss dasselbe auch für Wahrnehmungen im Internet gelten.

Zwischen einer zufälligen Wahrnehmung und einer bewussten Recherche besteht ein Unterschied. Wer gezielt kraft seines öffentlichen Amtes nach etwas sucht, bedarf dazu einer gesetzlichen Ermächtigung. Finanzbeamte haben nach § 115 BAO die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und für eine gleichmäßige Besteuerung zu sorgen. Für das Betreten von Räumen, das Anhalten von Fahrzeugen und die Einsicht in Kassensysteme enthält die BAO explizite Vorschriften. Mit solchen Amtshandlungen greift die Finanzbehörde auch stets unmittelbar in die Persönlichkeitssphäre des Steuerpflichtigen ein. Das bloße Vorbeispazieren an einer Örtlichkeit in der Absicht zu erkunden, ob es sich dabei etwa, wie in der Abgabenerklärung angegeben, tatsächlich um ein Geschäft handelt, ist keine Nachschau im Sinn des § 143 BAO. Hier wird ein nach außen offenliegendes Verhältnis der eigenen Wahrnehmung zugänglich gemacht. Dadurch verschafft sich die Finanzverwaltung Kenntnis über eine allgemeine Tatsache, die im Besteuerungsverfahren zu beachten ist. Für derartige Handlungen bedarf es keiner gesonderten gesetzlichen Grundlage. Die allgemeine Ermittlungsanordnung des § 115 BAO ist ausreichend. Dass die derart gewonnen Erkenntnisse schließlich auch automationsunterstützt verarbeitet werden dürfen, sichert § 48d BAO, wonach sämtliche Daten von den Abgabenverwaltungen verarbeitet werden dürfen, soweit für die Vollziehung des Abgabenrechts erheblich und notwendig. Für gezielte Recherchen durch Menschen (Verwaltungsbedienstete) im öffentlichen Raum des Internet bietet also die Bundesabgabenordnung eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

77 EGMR vom 28.1.2003 – *Peck gegen GB*, Nr 44647/98, § 59; EGMR vom 25.9.2001 – *P.G. und J.H. gegen GB*, Nr 44787/98, §§ 57–59.

78 EGMR vom 16.2.2000 – *Amann gegen Schweiz (GK)*, Nr 27798/95, §§ 65–67; vom 4.5.2000 – *Rotaru gegen Rumänien (GK)*, Nr 2834/95, §§ 43–44.

79 Dabei handelt es sich um allgemeine Tatsachen, die bei der Ermittlung des Sachverhaltes zu berücksichtigen sind.

Werden derartige Recherchen durch einen Algorithmus vorgenommen, der das Internet nach steuerrechtlich auffälligen Sachverhalten „durchforstet“,⁸⁰ handelt es sich jedoch um eine systematische Datensammlung (und -speicherung), die als Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf⁸¹ und als solche im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig sein muss. Ein solcher Algorithmus könnte und dürfte angesichts der Erwähnungen des Internetmonitoring in den oben genannten Rechnungshofberichten auch als automationsunterstütztes Risikomanagementsystem bezeichnet werden. Anders als etwa Frankreich beinhaltet die BAO keine gesetzliche Ermächtigung zur automatisierten Durchführung von Internetrecherchen und zur Verarbeitung der dabei gesammelten Daten.⁸² Der bloße Hinweis auf die Zulässigkeit der Verwendung eines automationsunterstützten Risikomanagementsystems (dazu gleich unter Punkt E.), unter das man die Durchforstung des Internet und die daran anschließende Verarbeitung der gewonnenen Daten mittels Data Analytics-Methoden subsumieren kann, ist vor dem Hintergrund von Art 8 EMRK und Art 7 EuGrC jedoch nicht ausreichend.

Neben der systematischen Verarbeitung von im Internet öffentlich zugänglichen Daten, ist es technisch möglich, auch Daten aus dem Internet zu erheben, die nicht öffentlich zugänglich sind. Dies zeigen diverse Entscheidungen des EGMR zu geheimen Überwachungen durch den Staat.⁸³ In diesem Zusammenhang stellt der EGMR nicht nur in Bezug auf sog „Content-Daten“, sondern auch in Bezug auf Metadaten, wie etwa IP-Adressen, hohe Anforderungen an die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Privatsphäre.⁸⁴ Im Wesentlichen bedarf es einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die den Eingriff vor-

80 So haben die Niederlande etwa einen Roboter, XENON, eingesetzt, der im Internet unbekannte Steuerpflichtige und anderes wahrscheinlich steuerunehrliches Verhalten aufspüren soll. Ähnliches betreibt Italien (APPLE; *Europäische Kommission*, TAXUD, 16 Risk Management Guide For Tax Administrations, FPG/11, Version 1.02 [2006] 67).

81 Für Österreich zB VfGH 11.12.2019, G 72-74/2010, G 181-182/2019, Rz 69, unter Verweis auf EGMR 6.9.1978 – *Klass ua*, Nr 5029/71, Z 41; 24.4.1990, *Kruslin*, Nr 11.801/85, Z 26; 6.6.2006, *Segerstedt-Wiberg ua*, Nr 62.332/00, Z 72 f; 2.9.2010, *Uzun*, Nr 35623/05, Z 46.

82 Für Frankreich: Art 154 loi de finances pour 2020, loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019.

83 ZB EGMR vom 12.1.2016 – *Szabó und Vissy gegen Ungarn*, Nr 37138/14, §§ 72-73; EGMR vom 29.6.2006 – *Weber und Saravia gegen Deutschland*, Nr 54934/00, § 106; EGMR vom 13.9.2018 – *Big Brother Watch ua gegen GB*, Nr 58170/13, 62322/14 und 24960/15, § 314; EGMR vom 4.12.2008 – *S und Marper gegen GB (GK)*, Nr 30562/04 und 30566/04, § 112.

84 Ausführlich EGMR vom 13.9.2018 – *Big Brother Watch ua gegen GB*, Nr 58170/13, 62322/14 und 24960/15, § 356.

hersehbar macht, und der Eingriff muss absolut notwendig zur Abwehr eines die Gesellschaft massiv gefährdenden Übels wie etwa Terrorismus sein.

Jede Maßnahme einer Finanzverwaltung zur effizienten Kontrolle des Verhaltens von Steuerpflichtigen stellt gleichzeitig eine Maßnahme zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung dar. Gefragt werden kann daher, ob die Finanzverwaltung unter vergleichbar strengen Voraussetzungen wie Geheimdienste Kommunikationsüberwachungen vornehmen dürfte. Dies ist zu verneinen: Terrorismus und Geldwäsche sind Delikte, die im Allgemeinen einen höheren Unrechtsgehalt und vor allem eine gravierendere Gefahr für das Funktionieren einer Gesellschaft darstellen als durchschnittliche Finanzvergehen.⁸⁵ Wenn aber schon aus Gründen der nationalen Sicherheit geheime Kommunikationsüberwachungen nur unter ganz außerordentlichen Umständen zulässig sind, müssen sie für die Bekämpfung von Steuerhinterziehungen grundsätzlich unzulässig sein.

Eine FinanzamtsApp, die – vergleichbar den von privaten Unternehmen gestellten Apps Bewegungs- und andere indirekte Daten betreffend des Smartphone – Benutzerverhalten des Steuerpflichtigen sammeln und verwerten würde, wäre daher verfassungswidrig.

3. Datenverarbeitung

Nach Art 5 lit b DSGVO müssen Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden. Aus § 48d Abs 1 BAO ergibt sich, dass die Verarbeitung von Daten zulässig ist, *soweit sie der Erfüllung der den Finanzbehörden obliegenden Aufgaben notwendig ist*. Sollen die Daten zu einem anderen als dem ursprünglichen Zweck verarbeitet haben, ist die betroffene Person nach Art 13 Abs 3 DSGVO darüber zu informieren (sog „Weiterverarbeitung“).

Fraglich ist, ob sich der eindeutige und legitime Zweck auf den einzelnen Steuerfall oder insgesamt auf die Besteuerung (also auf den Einzelfall oder auf den Gesamtvollzug)⁸⁶ bezieht. Der Unterschied wird bei Erwägung der unterschiedlichen Datenverarbeitungsmöglichkeiten durch Finanzbehörden evident.

⁸⁵ Dazu im Detail *Ehrke-Rabel*, Big Data 324.

⁸⁶ Zur Differenzierung im österreichischen Abgabenverfahren *Gunacker-Slawitsch*, Amtswegigkeit 397 und 541.

Finanzbehörden können Daten im Einzelvollzug zur Behandlung eines einzelnen Steuerfalles verarbeiten, etwa zum Abgleich der wie oben beschrieben erhobenen Daten mit den Daten aus der Steuererklärung eines bestimmten Steuerpflichtigen. Dabei können die Daten eines bestimmten Besteuerungszeitraumes, aber auch jene aus mehreren Besteuerungszeiträumen (also intertemporär) abgeglichen werden. Wenn es sich um die Daten handelt, die betreffend eine Person erhoben worden sind, im Regelfall sogar um Daten, die diese Person im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten selbst bereitgestellt hat oder die durch Dritte bereitgestellt wurden, erscheint § 48d BAO als ausreichende Rechtsgrundlage.

Finanzbehörden können Daten auch „interpersonal“ verarbeiten. So können Daten betreffend einen bestimmten Steuerpflichtigen mit den Daten anderer Steuerpflichtigen mit vergleichbaren Eigenschaften, Betätigungen oder sonstigen vergleichbaren Merkmalen zum Zweck des Erkennens bestimmter Verhaltensmuster oder etwa zur Errechnung von Steuerehrlichkeitswahrscheinlichkeiten verarbeitet werden. Im Rahmen des interpersonalen Abgleichs kann wiederum unterschieden werden zwischen dem Abgleich zum Zwecke der Beurteilung des einzelnen Falles, dessen Daten mit anderen Daten abgeglichen werden und dem Abgleich zum Zwecke der Beurteilung anderer Fälle. Außerdem können die Algorithmen der Finanz – wie erwähnt – das Internet systematisch nach Auffälligkeiten durchforsten und die dabei gesammelten Daten und Informationen mit den im Rahmen der Offenlegungspflichten von Steuerpflichtigen und verpflichteten Dritten generierten Daten und Informationen abgleichen. Der Abgleich von Daten aus verschiedenen Quellen auf interpersonaler und intertemporaler Ebene ermöglicht den Betrieb eines zumindest automationsunterstützten Risikomanagementsystems. Da es – wie eingangs erwähnt – auf Grund des liberalen Demokratien innewohnenden Freiheitskonzepts und der beschränkten staatlichen Ressourcen nicht möglich ist, sämtliche Steuerpflichtige allumfassend zu kontrollieren, müssen und mussten Finanzverwaltungen immer ein Risikomanagement führen, um ihrem gesetzlichen Auftrag gerecht zu werden. Automatisierte Risikomanagementsysteme stellen die wesentliche Grundlage für den automatisierten Steuervollzug in der oben beschriebenen Phase drei dar. Inwieweit derartige Methoden vor dem Hintergrund des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens hinreichend gesetzlich determiniert sind, soll im Folgenden erörtert werden.

E) „Automatisationsunterstützte“ Risikomanagementsysteme als Datenverarbeitungssysteme

1. Definition und Funktion

Die „Fiscalis Risk Management Platform Group“ bei der Europäischen Kommission hat Steuerrisikomanagement als einen „systematischen Prozess“ bezeichnet, in welchem die Finanzverwaltung frei darüber entscheidet, welche Instrumente verwendet werden können, um die Rechtsbefolgung effektiv zu stimulieren und Steuerunehrlichkeit zu verhindern, basierend auf der Kenntnis des Verhaltens aller Steuerpflichtigen und im Verhältnis zu den vorhandenen Ressourcen. Dabei hebt die Gruppe die Bedeutung der Informationstechnologie hervor, die verlässliche und aktuelle Daten über die Steuerpflichtigen und Datensysteme bereitstellen, und die Vergleiche zwischen den Steuerpflichtigen-Daten ermöglichen.⁸⁷

Ein Risikomanagementsystem, das an den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung orientiert ist und der Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen für eine gleichmäßige und gesetzmäßige Festsetzung von Steuern dient, hat den Zweck, Verwaltungshandeln gezielt dort zu verstärken, wo weitere Ermittlungen neue Erkenntnisse versprechen. Es dient also der Auswahl jener Fälle, die einer näheren verwaltungsbehördlichen Überprüfung zu unterziehen sind. Dies bedeutet gleichzeitig, dass andere Fälle, bei denen die Wahrscheinlichkeit eines Zusatznutzens im Fall weiterer Ermittlungen als gering eingeschätzt wird, keinen weiteren Ermittlungen unterworfen werden.⁸⁸ Da eine gleichläufige Überprüfung sämtlicher Steuerpflichtigen dem Abgabeverfahren als solchem weder immanent ist⁸⁹ noch angesichts der Massenhaftigkeit der Verfahren⁹⁰ praktisch durchführbar wäre⁹¹, erscheint der flächendeckende Einsatz von standardisierten automationsgestützten Systemen zur Risikoabschätzung mehr als vernünftig.⁹² Bei entsprechendem Design können sie geeignet sein,

87 Europäische Kommission, TAXUD Risk Management Guide For Tax Administrations, Version 1.02 (2006) 16.

88 In diesem Sinn auch Klein/Rätke, § 88 AO, in: Klein (Hg), Kommentar Abgabenordnung¹⁴ (2020) Rz 95.

89 Seer, § 85 AO, in: Tipke/Kruse (Hg), AO/FGO Kommentar (2019) Tz 18 spricht insofern von einem Optimierungsauftrag.

90 Mit Seer, § 85 Tz 17 ist Steuerverwaltung naturgemäß Massenverwaltung.

91 Zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in Österreich vgl VfSlg 4986/1965.

92 Nach Seer, § 85 Tz 35 kommt die Finanzverwaltung mit derartigen automatisierten Risikomanagementsystemen ihrem verfassungsrechtlich fundierten strukturellen Verifikationsauftrag nach. Siehe auch Drüen, Zukunft 12 f.

gleichförmigere und damit gleichheitsgerechtere Risikoeinschätzungen zu ermöglichen als der einzelne Finanzbeamte. Die Konsequenzen aus einem Fehler im Design sind dann allerdings auch weitreichender als die Konsequenzen fehlerhafter Einschätzung durch einen einzelnen Beamten.⁹³

a) Risikomanagementsysteme sind Weiterverarbeitungssysteme

Wenn ein Risikomanagementsystem der Auswahl von näher zu untersuchenden Fällen (Steuererklärungen oder Abgabenbescheiden) dienen soll, wird es sich nicht mit den Daten eines einzelnen Steuerpflichtigen begnügen, sondern diese in Relation zu Daten anderer (vergleichbarer) Steuerpflichtigen setzen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die beim Steuerpflichtigen oder bei einem Dritten ursprünglich für Zwecke der Erhebung einer bestimmten Steuerart in einem bestimmten Zeitraum erhobenen Daten in Risikomanagementsystemen verarbeitet werden. Der Zweck einer solchen Verarbeitung im Rahmen eines Risikomanagementsystems betrifft dann nicht mehr unbedingt den einen Steuerpflichtigen, dessen Daten verarbeitet werden, und auch nicht mehr unbedingt einen bestimmten Besteuerungszeitraum oder eine bestimmte Steuerart. Damit handelt es sich um eine sog. „Weiterverarbeitung“ im Sinne der DSG-VO.

b) Risikomanagementsysteme machen „Profiling“

Die Ausführungen auf der Homepage des BMF zur Funktionsweise des PACC (dazu schon oben Punkt III.) und die Hinweise in den zitierten Rechnungshofberichten lassen vermuten, dass sämtliche Datenverarbeitungen, die von der Finanzverwaltung vorgenommen werden, zumindest das Ziel haben, die vom Steuerpflichtigen eingereichten Steuererklärungen auf die Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit zu prüfen, um Kontrollhandlungen gezielt (effizienzorientiert) dort einzusetzen, wo das Risiko einer Steuerunehrlichkeit am höchsten ist.

Ein solches Vorgehen stellt *Profiling* iSv Art 4 Nr 4 DS-GVO dar. Bei *Profiling* handelt es sich um „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, 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, Gesund-

93 So auch *Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden ..., NVwZ 2017, 681 (682).

heit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“ (Art 4 Z 4 DS-GVO). Die Finanzverwaltung „profil“ also immer, wenn sie nicht die Angaben der Steuerpflichtigen im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten einfach übernimmt und einen entsprechenden Steuerbescheid erlässt: Sie verarbeitet die vom Steuerpflichtigen (und gegebenenfalls von Dritten) übermittelten personenbezogenen Daten mit dem Ziel, die Plausibilität der Richtigkeit dieser Daten zu überprüfen. Es geht also um die Bewertung der persönlichen Aspekte in Bezug auf einen Steuerpflichtigen, um die Analyse und gegebenenfalls Prognose von Aspekten – weil es um Steuern geht – bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Zuverlässigkeit. Wenn die Erhebung dieser Daten und deren Bewertung in automatisierter Form erfolgen, liegt *Profiling* iSd Art 4 Nr 4 DSGVO vor.⁹⁴ Werden also Finanzverwaltungen bei der Bescheidausfertigung oder auch bei der Fallauswahl für Außenprüfungen oder bei sonstigen Ermittlungshandlungen von einem Risikomanagementsystem unterstützt, dann findet *Profiling* statt.

2. Datenschutzrechtliche Bewertung

a) Weiterverarbeitung von Daten

In Österreich scheint man davon auszugehen, dass § 48d BAO sämtliche Fälle der Datenverarbeitung umfasst, weil § 114 Abs 4 BAO die Finanzbehörden dazu ermächtigt, „personenbezogene Daten für Zwecke des automationsunterstützten Risikomanagements und der Betrugsbekämpfung zu verarbeiten, soweit dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet, erforderlich und angemessen ist.“⁹⁵ Eine Unterscheidung zwischen Verarbeitung und Weiterverarbeitung wird nicht getroffen. Auch die Ausgestaltung des Risikomanagementsystems wird nicht weiter erhellte. Ihre Offenbarung ist sogar nicht erlaubt, soweit dies die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gefährden könnte.⁹⁶

Was die Informationsrechte nach der DS-GVO anbelangt, ist der österreichische Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, dass diese

94 Dazu allgemein Buchner, Art. 4 Nr. 4 DS-GVO, in: Köhling/Buchner (Hg), DS-GVO – BDSC² (2018) Rz 8.

95 Zur in diesem Zusammenhang wesentlich detaillierteren Ausgestaltung der deutschen Korrespondenzbestimmung vgl. Ehrke-Rabel, FR 2019, 52 f.

96 § 48e Abs 1 BAO.

nach Art 23 DS-GVO für Zwecke des Steuervollzuges eingeschränkt werden dürfen. Die Pflicht der Finanzbehörde zur Information der betroffenen Person genau über die Weiterverarbeitung besteht nämlich dann nicht, wenn die Erteilung der Information die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben durch die Finanzbehörden gefährden würden und die Interessen der Finanzbehörden an der Nichterteilung der Information die Interessen der betroffenen Person überwiegen (§ 48e Abs 1 Z 1 BAO), insbesondere weil die Information jemanden in die Lage versetzen könnte, (a) die Abgabenbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen, oder (b) Rückschlüsse auf die Ausgestaltung automationsunterstützter Risikomanagementsysteme zulassen könnte, oder (c) Rückschlüsse auf geplante Ermittlungs-, Kontroll-, Überwachungs- oder Prüfungsmaßnahmen zulassen könnte.

Dass Beschränkungen der durch die DS-GVO grundsätzlich eingeräumten Rechte gerade im Abgabenverfahren erforderlich sind, um das Verfahren nicht zu beeinträchtigen, steht außer Zweifel. Die Notwendigkeit ist allein aber nicht ausreichend für ihre uneingeschränkte Zulässigkeit. Beschränkungen müssen verhältnismäßig sein. Außerdem sieht Art 23 Abs 2 DS-GVO für beschränkende Gesetzgebungsmaßnahmen bestimmte Mindestanforderungen vor. Dazu zählen „spezifische Vorschriften in Bezug auf die Zwecke der Verarbeitung und Verarbeitungskategorien, die Kategorien personenbezogener Daten, den Umfang der vorgenommenen Beschränkungen, die Garantien gegen Missbrauch oder unrechtmäßigen Zugang oder unrechtmäßige Übermittlung, die Angaben zum Verantwortlichen oder den Kategorien der Verantwortlichen, die jeweiligen Speicherfristen sowie die geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Zwecken der Verarbeitung oder der Verarbeitungskategorien, die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person und das Recht der betroffenen Person auf Unterrichtung über die Beschränkung, sofern dies nicht dem Zweck der Beschränkung abträglich ist.“

Es erscheint unwahrscheinlich, dass eine Unterrichtung über die Beschränkung des Informationsrechts dem Zweck einer steuerrechtlich motivierten Beschränkung abträglich sein könnte. Daher verpflichtet Art 23 Abs 2 DS-GVO zur Unterrichtung über die Beschränkung in Form eines Gesetzes. Die BAO unterrichtet in allgemeiner Form über die Möglichkeit einer Beschränkung, sie unterrichtet aber nicht über die tatsächliche Beschränkung, deren Vornahme im Ermessen der Finanzbehörde steht. Dies erscheint unzureichend.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Weiterverarbeitung von Informationen durch die Finanzverwaltung in Österreich sehr vage und weit

formuliert ist und den Finanzbehörden einen erheblichen Ermessensspielraum einräumt. Ob dieser vor dem Hintergrund der DS-GVO bestimmt genug ist, wenn die gesetzliche Grundlage das konkrete **Dass** der Weiterverarbeitung nicht mit Sicherheit festlegt, sondern vielmehr der Finanzverwaltung einen weiten Ermessensspielraum zur Einschränkung der Informationsrechte einräumt, muss bezweifelt werden. Art 23 DS-GVO, auf den die erwähnten gesetzlichen Ausnahmen von den Informationspflichten und Auskunftsrechten gestützt sind, ermächtigt nämlich zur Beschränkung, nicht zur Beseitigung dieser Rechte. Eine solche Beschränkung ist nach Art 23 DS-GVO Abs 1 nur zulässig, „sofern (sie) den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt.“

Außerdem enthalten die einschlägigen Bestimmungen der BAO weder Angaben hinsichtlich der Kategorien personenbezogener Daten noch spezifische Garantien gegen Missbrauch. Eine allgemeine Garantie gegen Missbrauch vermittelt nur das Steuergeheimnis (§ 48a BAO). Ob dieser allgemeine Schutz ausreicht, soll im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter vertieft werden. Zudem finden sich in der BAO keine Angaben zu den Risiken für die Rechte und Freiheiten der von der Datenverarbeitung betroffenen Person. Die Bedenken wiegen für Österreich insofern schwerer, als die Einrichtung eines Risikomanagementsystems in Österreich nirgends gesetzlich verankert ist. Auf dessen Existenz wird seit der Datenschutznovelle der BAO schlicht verwiesen. Dass ein solches schon längst in den österreichischen Steuervollzug Eingang gefunden hat, erschließt sich nur aus Einträgen auf der Homepage des BMF, wo von einem PACC (siehe dazu schon vorher Punkt III.) die Rede ist. Der Gesetzeswortlaut ließe es zu, auch über die bloße Existenz des Risikomanagementsystems keine Auskunft zu geben. Dies wäre jedoch jedenfalls unverhältnismäßig. Dies zu erkennen und sachgerecht abzuwägen, obliegt aber der österreichischen Abgabenbehörde. Damit ist das Ermessen zu weit.

b) Profiling

Wenn eine Datenverarbeitung in einer automatisierten Entscheidungsfindung⁹⁷ einschließlich *Profiling* besteht, werden datenschutzrechtlich erhöhte Anforderungen an den Verarbeiter gestellt. Erstens ist die betroffene Person über das Bestehen einer automatisierten Ent-

97 Hervorhebung durch die Verf.

scheidungsfindung einschließlich *Profiling* zu informieren und ihr ist Auskunft darüber zu geben. Die Informations- und Auskunftspflicht beinhaltet aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person (Art 13 Abs 2 lit f, Art 14 Abs 2 lit g, Art 15 Abs 1 lit h DSGVO).

Darüber hinaus hat die betroffene Person nach Art 22 Abs 1 DSGVO das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Entscheidung – einschließlich *Profiling* – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Diese Anordnung gilt jedoch ua dann nicht, wenn die Entscheidung auf Grund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten (Art 22 Abs 2 lit b DSGVO). Der Wortlaut der DSGVO unterscheidet zwischen der automatisierten Entscheidungsfindung und der automatisierten Entscheidung.⁹⁸ Findet *Profiling* ohne automatisierte Entscheidungsfindung und ohne automatisierte Entscheidung statt, gelten die speziellen Datenschutzvorkehrungen nicht. Es bleibt bei den allgemeinen Anordnungen der DSGVO,⁹⁹ sodass insbesondere keine Informationen über die involvierte Logik, die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen für die betroffene Person offenzulegen sind. *Profiling* ist der Prozess, die Entscheidungsfindung der Zweck und die Entscheidung das Ergebnis.

Automationsgestütztes *Profiling* dient der automatisierten Entscheidungsfindung. Es hat den Zweck, automatisiert Risiken zu evaluieren und damit die Entscheidung über weiterführende Ermittlungen zu stützen. Damit wird die Entscheidungsfindung selbst automatisiert. Die Entscheidung kommt vielleicht nicht immer ausschließlich automatisiert zustande.¹⁰⁰ In Zeiten elektronischer Steuererklärungen und elektronisch erlassener und zugestellter Bescheide ist allerdings davon auszugehen, dass in den meisten Fällen zumindest nicht ausschließlich ein Mensch die der Entscheidung zugrunde liegenden Einschätzungen

98 Dies trifft auch für die englische und die französische Sprachfassung zu. So heißt es in Art 13, Art 14 und Art 15 der englischen Sprachfassung „automated decision-making“, in der französischen Sprachfassung „prise de décision automatisée“, in Art 22 „decision based solely on automated processing“ und „décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé“.

99 Siehe auch Punkt 72 der Begründungserwägungen der DSGVO.

100 Diesfalls ist Art 22 DSGVO nicht einschlägig (Abel, Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DSGVO, ZD 2018, 304 [305]).

vornimmt. Anders als in Deutschland¹⁰¹ schweigt der österreichische Gesetzgeber hinsichtlich *Profiling* einschließlich automatisierter Entscheidungsfindung. Dass Bescheide elektronisch ausgefertigt werden können, ergibt sich aus § 96 BAO. Eine (voll-)automatisierte Entscheidung ist vor allem deshalb möglich, weil der Gesetzgeber ausdrücklich verankert hat, dass ein Bescheid auch dann ein Bescheid ist, wenn er weder einen Namen noch eine Unterschrift eines ausfertigenden Beamten enthält. In Zusammenschau mit § 114 Abs 4 BAO könnte einer automatisierten Entscheidungsfindung also ein *Profiling* vorangehen, für das die BAO keine datenschutzrechtskonforme Grundlage enthält.

Selbst wenn die DS-GVO an das *Profiling* ohne automatisierte Entscheidungsfindung keine besonderen Konsequenzen knüpft, könnte sich einerseits aus den Grundsätzen der DS-GVO und andererseits aus den Verfahrensgrundrechten ergeben, dass *Profiling* zumindest einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedarf: Die DS-GVO zielt darauf ab, den Einzelnen „fair und transparent“ (Grundsätze gem Art 5 DS-GVO) darüber in Kenntnis zu setzen, dass ihn betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden, und wie sie verarbeitet werden. Wird das Verhalten von Steuerpflichtigen durch umfassende und systematische Datenanalysen bewertet, müssen sich daran immer bestimmte Konsequenzen knüpfen, wenn es auch nur schlichtes Verwaltungshandeln ist. Sonst wären Datenanalysen völlig ineffizient, nicht notwendig und daher auch nicht zulässig.¹⁰² In Punkt 60 der Erwägungen zur DS-GVO findet sich folgender Satz: „Darüber hinaus sollte er [das ist der Verantwortliche] die betroffene Person darauf hinweisen, dass *Profiling* stattfindet und welche Folge dies hat.“ Diese Aussage wurde nicht in eine formelle Anordnung gegossen. Der Unionsgesetzgeber hat explizite Informationspflichten betreffend die besondere Form der Datenverarbeitung, das *Profiling*, nur im Zusammenhang mit automatisierter Entscheidungsfindung vorgesehen.

Den Steuerpflichtigen nur darüber zu informieren, dass Datenverarbeitungen stattfinden, um die gleichmäßige Besteuerung sicherzustellen, ist dann, wenn die Datenverarbeitung der Bewertung des Steuerpflichtigen dient, nicht transparent. Die Grundsätze der Fairness und Transparenz sollen es dem Einzelnen auch ermöglichen, Datenverarbeitungen in Frage zu stellen. Das ergibt sich nicht nur aus der DS-GVO sondern auch aus dem Grundrecht auf gute Verwaltung (Art 47 EU-GrC), das im österreichischen Abgabenverfahren zu be-

¹⁰¹ § 155 AO, vgl dazu ausführlich *Ehrke-Rabel*, FR 2019, 55 f.

¹⁰² Art 5 Abs 1 lit c DS-GVO.

achten ist.¹⁰³ Damit einher geht aber die Verpflichtung, den einzelnen über den Zweck so konkret zu informieren, dass er die Folgen der Verarbeitung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten abschätzen kann. Das bloße Wissen über die Datenverarbeitung, um den gleichmäßigen Steuervollzug sicherzustellen, ermöglicht eine solche Einschätzung nicht. Die Erwägungsgründe 60 der DS-GVO lassen sich daher als eine Auslegungsmaxime für die Informations- und Auskunftspflichten nach Art 13 Abs 1 lit c, Art 14 Abs 1 lit c und Art 15 Abs 1 lit a DS-GVO heranziehen, sodass über die Vornahme von *Profiling* auch ohne automatisierte Entscheidungs(findung) zu informieren ist. Wenn gleich diese Informationspflicht nach der DS-GVO formlos, dh außerhalb des Gesetzes erfüllt werden kann, verlangt das Legalitätsprinzip, dass eine solche Form der Datenverarbeitung gesetzlich ausdrücklich vorgesehen wird.

Wie detailliert die gesetzlichen Grundlagen für *Profiling* konkret sein müssen, ist nach dem Zweck des *Profiling* differenziert zu beantworten: Wird *Profiling* ausschließlich dazu verwendet, die Daten des einzelnen Steuerpflichtigen intertemporal (und nicht mit den Daten anderer Steuerpflichtigen) abzugleichen, um die Plausibilität der Richtigkeit zu errechnen, kann seine Existenz und damit eine der DS-GVO entsprechende gesetzliche Verankerung aus den allgemeinen Vorschriften zu den von Abgabenbehörden im Rahmen der Mitwirkungspflichten von Steuerpflichtigen, Abfuhrpflichtigen und Dritten zu erhebenden Daten und den Bestimmungen über die Einrichtung eines Risikomanagementsystems abgeleitet werden.

Geht der automatische Erlassung des Abgabenbescheides also eine Datenverarbeitung voraus, die als *Profiling* iSv Art 4 Abs 2 Z 2 DS-GVO zu qualifizieren ist, so handelt es sich dabei um einen Fall, in dem einem Antrag des Steuerpflichtigen quasi stattgegeben wird. Der derart im Zuge eines *Profiling* automatisiert erlassene Abgabenbescheid fällt daher zwar unter Art 9 DS-GVO und greift natürlich in die Rechte des Steuerpflichtigen ein, überrascht ihn aber nicht. ME unterscheidet die DS-GVO hinsichtlich der Anforderungen an automatische Entscheidungsfindung einschließlich *Profiling* nicht zwischen behördlichen Entscheidungen, die das Begehren ihres Adressaten annehmen und solchen, die es ablehnen, sodass die datenschutzrechtlichen Anforderungen in beiden Fällen dieselben sein müssen. Daher ist für das österreichische Abgabenverfahren festzustellen, dass die BAO hinsichtlich der erklärungskonformen Veranlagungen in Abgabensachen den

103 Dazu Ehrke-Rabel, Abgabenverfahren Tz 52a und 71a.

datenschutzrechtlichen Anforderungen – anders als das die deutsche AO – unzureichend Rechnung trägt.

Erfolgt aber etwa die Auswahl zur Außenprüfung auf Basis einer Datenverarbeitung, die auch interpersonal ist, so sind die Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung mE höher: Die Auswahl zur Außenprüfung stellt zwar keinen Eingriff in eine Rechtsposition dar, weil sie Bestandteil des Steuerschuldverhältnisses ist.¹⁰⁴ Sie kann daher keine Entscheidung im Sinne des Art 22 DS-GVO sein, die die betroffene Person rechtlich oder ähnlich wesentlich beeinträchtigt. Der Steuerpflichtige hat daher weder ein Recht auf Information oder Auskunft über die involvierte Logik und die Tragweite der persönlichen Folgen dieses *Profiling*, noch ist Art 22 DS-GVO einschlägig. Er hat mE aber ein Recht darauf, darüber informiert zu werden, dass die Fallauswahl auf der Basis einer Bewertung stattfindet, die *Profiling* iSd Art 4 Nr 4 DS-GVO darstellt. Beruht diese Entscheidung zur Auswahl als Prüfungsfall auf einer Datenanalyse, so hat sie ihre Ursache in einer bestimmten Einordnung und Bewertung des Verhaltens des Steuerpflichtigen durch ein Instrument zur automatisierten Entscheidungsfindung. Der Gleichheitssatz verlangt in diesem Fall, dass der Steuerpflichtige zumindest weiß, dass *Profiling* angewandt wurde. Nur so kann er in die Lage versetzt werden, etwa ein Datenverarbeitungssystem in Frage zu stellen, das diskriminierungsbehaftet arbeitet, was ihm auffallen könnte, weil der Betriebsprüfer ihm mit bestimmten vorgefassten Meinungen gegenübertritt.¹⁰⁵

Wenn *Profiling* aber dazu verwendet werden soll, Steuerpflichtige in Risikogruppen einzuordnen, indem Daten verschiedener Steuerpflichtiger miteinander verglichen und verknüpft werden, damit die in Bezug auf einen Steuerpflichtigen übermittelten Daten auch für Zwecke der Beurteilung anderer Steuerpflichtiger verwendet, um bestimmte Steuerpflichtige einer genaueren Prüfung zu unterwerfen, andere aber nicht, dann muss dies, so es nicht bereits aus der gesetzlichen Beschreibung der Funktionsweise eines Risikomanagementsystems ergibt, gesondert gesetzlich verankert werden.

Fraglich ist zudem, ob in einem solchen Fall nicht immer von einer automatisierten Entscheidung inklusive *Profiling* auszugehen ist. Nach *Abel* ist unter einer automatisierten Entscheidung ein aus zumindest zwei Varianten auswählender, gestaltender Akt mit einer in einer ge-

¹⁰⁴ Ähnlich *Abel*, ZD 2018, 307.

¹⁰⁵ Obwohl der Steuerpflichtige die Auswahl zur Betriebsprüfung als solche nicht in Frage stellen kann, muss er in der Lage sein, den der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden Algorithmus in Frage zu stellen (dazu näher *Ehrke-Rabel*, Big Data 325f).

wissen Weise abschließenden Wirkung zu verstehen.¹⁰⁶ Eine solche Entscheidung muss, um unter Art 22 DS-GVO zu fallen, gegenüber der Person rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen.

Wenn eine automatisierte Entscheidung jegliche Maßnahme ist, die für die betroffene Person erhebliche Auswirkungen zeitigt, dann muss dies bejaht vor allem dann bejaht werden, wenn die Zuordnung zu einer bestimmten Risikogruppe verschiedene Kontrollmaßnahmen nach sich zieht. Diese können von einer abgestuften Kontrollintensität bis hin zu konkreten unterschiedlichen Rechtsfolgen, etwa Teilnahme an einer begleitenden Kontrolle, etwas Neues in Österreich, oder Behandlung als zertifizierter Steuerpflichtiger, oder, um sie dann mit unterschiedlichen Maßnahmen zur Compliance zu „motivieren“ (so etwa in Australien), reichen.

Je nach Ausdifferenziertheit dieser Konsequenzen variieren die Ansprüche an die gesetzliche Bestimmtheit. Dem Steuerpflichtigen muss also auf Grund des Gesetzes erkennbar sein, dass *Profiling* stattfindet. Ihm dieses Recht unter Rückgriff auf Art 23 DS-GVO gänzlich zu versagen, ist nicht nur unverhältnismäßig nach Art 23 DS-GVO, sondern verstößt auch gegen das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre und bringt den Rechtsstaat in Gefahr. Dies gilt mE umso mehr, als davon auszugehen ist, dass automationsunterstützte Risikomanagementsysteme im Regelfall als automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich *Profiling* zu qualifizieren sein werden. Für derartige Datenverarbeitungen sieht der Unionsgesetzgeber die Informationspflicht über die involvierte Logik, die Tragweite und die unmittelbaren Folgen aus der Datenverarbeitung für die betroffene Person vor. Dies würde – gäbe es den Vorbehalt nach Art 23 DSG-VO nicht – bedeuten, dass die Funktionsweise des Risikomanagementsystems, die an die Ergebnisse geknüpften konkreten Verwaltungshandlungen im Allgemeinen und die unmittelbaren Folgen für die betroffene Person – etwa die Einordnung in eine bestimmte Risikogruppe – im Besonderen offenzulegen wären. Dass dies den Zweck des automationsgestützten Risikomanagementsystems, nämlich den Beitrag zur effizienten Sicherstellung einer gleichmäßigen und gesetzmäßigen Besteuerung zuwiderlaufen würde, bedarf keiner näheren Erläuterung. Dass der Gesetzgeber über die Funktionsweise des Risikomanagementsystems keine Details offenbart, ist nachvollziehbar und grundsätzlich legitim, um den Zweck der Risikomanagementsysteme nicht zu vereiteln. Ein Steuerpflichtiger, der weiß,

106 Abel, ZD 2018, 306.

nach welchen Kriterien Risiken eingeschätzt werden, ist in der Lage das System zu unterwandern und so wiederum der gleichmäßigen Besteuerung zu entgehen.¹⁰⁷ Eine Einschränkung ist daher jedenfalls zur Aufrechterhaltung gewichtiger wirtschaftlicher Interessen des Landes, nämlich der wirtschaftlichen Sicherheit, konkret der Besteuerung, erforderlich. Art. 23 DS-GVO erlaubt jedoch – wie dargelegt – bloß eine Einschränkung, jedoch keine absolute Beseitigung der in der DS-GVO vorgesehenen Rechte. Die Art der Einschränkung muss die Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft wahren und darf nicht unverhältnismäßig sein. Das absolute Schweigen über die involvierte Logik scheint jedoch unverhältnismäßig.

Dem Steuerpflichtigen etwa offenzulegen, welche Art von Algorithmus (etwa selbstlernend oder regelbasiert) dem Risikomanagementsystem zugrunde liegt, ließe Rückschlüsse auf die Fehleranfälligkeit oder Diskriminierungsfreiheit des Systems, nicht aber die Möglichkeit, sein Verhalten „steuerschonend“ zu gestalten, zu. Weiterführende Details dürften mE nicht offengelegt werden. Um aber den Anforderungen an einen legitimen Eingriff in Art. 8 EMRK und in das Grundrecht auf ein faires Verfahren gerecht zu werden, müsste mE auf andere Weise sichergestellt werden, dass der Algorithmus möglichst diskriminierungs- und fehlerfrei „arbeitet“. Die in § 88 Abs 4 AO vorgesehene Verpflichtung zur regelmäßigen Überprüfung des Risikomanagementsystems erscheint mir ein erster Schritt in die richtige Richtung zu sein. Dem Steuerpflichtigen stehen aber weder ein wirksamer Rechtsschutz noch sonst ein Instrument zur Verfügung, die gewährleisten, dass diese Überprüfung tatsächlich regelmäßig stattfindet und dass etwaige Missstände auch behoben werden. Im Gedanken einer „Legitimation durch Verfahren“ müsste mE – wie bereits von anderen Stimmen im Schrifttum vorgebracht¹⁰⁸ – für eine solche Überprüfung institutionalisiert Sorge getragen werden. Die konkreten Rahmenbedingungen dafür müsste der Gesetzgeber bereitstellen. Nur so kann den Anforderungen einer in einer demokratischen Gesellschaft verhältnismäßigen Beschränkung des der DSG-VO im Übrigen immanenten Transparenzgebots Rechnung getragen werden. Ob dem Steuerpflichtigen unter den Gesichtspunkten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Recht auf Mitteilung der Klassifizierung durch das Risikomanagementsystem zustehen muss, hängt mE ganz zentral vom Zweck der Klassifizierung ab. Dient die Klassifizierung „nur“ der Fallauswahl für weiterführende Ermittlungen, bedarf es mE keiner Information. Kein Steuerpflichtiger hat

¹⁰⁷ Siehe auch *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 682.

¹⁰⁸ *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 682 sprechen von „legality by design“.

einen Anspruch auf „Nicht-Weiter-Überprüft-Werden“. Im Gegenteil: Die Bundesabgabenordnung geht im Grunde davon aus, dass die Finanzbehörden alle steuerpflichtigen Fälle gleichmäßig von Amts wegen überprüfen müssen. Die Massenhaftigkeit des Verfahrens macht dies nur unmöglich.¹⁰⁹ Wenn aber die Überprüfung jeder einzelnen Steuererklärung der vom Gesetzgeber eigentlich vorgesehene Regelfall ist, seine Beschränkung aus praktischen und verwaltungsökonomischen Gründen gerechtfertigt ist, dann muss die Auswahl des Einzelnen ohne Offenlegung der Ergebnisse des automationsgestützten Risikomanagementsystems unproblematisch sein, sofern die diskriminierungsfreie Funktionsfähigkeit des Risikomanagementsystems im Allgemeinen sichergestellt ist.

c) Allgemeine rechtliche Bewertung des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz in der Finanzverwaltung

Bei den automationsunterstützten Risikomanagementsystemen, die Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sind, handelt es sich, wie eingangs erwähnt (oben Punkt III.) um Systeme der Künstlichen Intelligenz, die zwar im Regelfall keine rechtlichen Entscheidungen im formellen Sinn treffen, sehr wohl aber Entscheidungen treffen oder herbeiführen, die Auswirkungen auf Entscheidungen im formellen Sinn haben. Derartige Entscheidungen wurden in der Vergangenheit regelmäßig von Verwaltungsbediensteten getroffen, die bis zu einem gewissen Grad immer von persönlichen Erfahrungen, bisweilen von Intuition und auch von emotionalen Zuständen zumindest mitbeeinflusst waren. Dass derartige Umstände das Entscheidungsverhalten von Verwaltungsbediensteten unterschiedlich beeinflussen und prägen können, ist unbestritten. Unbestritten ist auch, dass dies von der Rechtsordnung auch akzeptiert wird, solange der Verwaltungsbedienstete seine Entscheidung rational nachvollziehbar begründen kann. Dass Fehlentscheidungen getroffen werden, liegt in der Natur des Menschen und wird von der Rechtsordnung grundsätzlich in Kauf genommen, wenn dem Einzelnen die Möglichkeit des Rechtsschutzes eingeräumt wird und wenn die Fehlentscheidungen nicht allzu große Auswirkungen zeitigen.

Wird nun die individuelle menschliche Entscheidung durch einen Algorithmus unterstützt oder gar ersetzt, der eine große Menge an Daten innerhalb kurzer Zeit und nach mehr oder weniger gleichförmigen Mustern aus- und bewerten kann, dann kann dies – wie bereits an

¹⁰⁹ Siehe auch *Drüen*, Zukunft 13.

anderer Stelle erwähnt – der Gleichmäßigkeit der Besteuerung zuträglich sein. Es kann ihr aber auch abträglich sein, wenn der als System der Künstlichen Intelligenz einzuordnende Algorithmus falsche oder gar diskriminierende Schlussfolgerungen zieht, weil er entweder mit verschmutzten Daten „gefüttert“ worden ist oder aus den (zwingend vergangenheitsbezogenen) Daten Schlussfolgerungen für die Zukunft zieht, die auf Grund von Veränderungen der Gesellschaft oder des betroffenen Menschen problematisch sind, oder weil er in einer diskriminierenden Weise programmiert wurde. Freilich, derartige Probleme können auch auftauchen, wenn ein einzelner Verwaltungsbediensteter auf Grund seiner eigenen Risikoeinschätzungen Entscheidungen trifft. Im Unterschied zum Algorithmus wirken sich derart fehlerhafte Entscheidungen aber weniger großflächig aus, weil der einzelne Verwaltungsbedienstete weniger Daten und weniger Personen zu bearbeiten bzw zur Verfügung hat.¹¹⁰

Abgesehen von den bereits erwähnten datenschutzrechtlichen Bedenken erscheint es daher vor allem aus Gesichtspunkten des Gleichheitssatzes und des Grundrechts auf ein faires Verfahren geboten, dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz auch in der Eingriffsverwaltung einen gesetzlichen Rahmen zu geben. ME kann im Rahmen von automatisierten Verwaltungsassistenten nur überwachtes maschinelles Lernen zum Einsatz kommen. Die Überwachung muss durch Menschen erfolgen, die in der jeweiligen Materie rechtlich geschult sind.¹¹¹ Jene Menschen, die mit der Überprüfung und dem Vollzug algorithmusbasierter Entscheidungen befasst sind, müssen spezifisch geschult werden, um den sog „Automation Bias“¹¹² zu vermeiden. Um dem Legalitätsprinzip und dem Gleichheitssatz gerecht zu werden und zur Wahrung der Verteidigungsrechte müssen folgende Grundsätze beachtet werden:

- Der Staat muss für den Einsatz eines Algorithmus im Einzelfall zur Verantwortung gezogen werden können. Daher muss der Adressat einer algorithmusbasierten Entscheidung in der Lage sein zu verstehen, warum bestimmte Entscheidungen getroffen werden. Er muss in der Lage sein, potentielle Verstöße gegen das Legalitätsprinzip oder gegen den Gleichheitssatz zu identifizieren. Daher muss ein

110 Zu all diesen Problemen in Bezug auf Steueralgorithmen ausführlich *Ehrke-Rabel*, Big Data 310 ff.

111 Dazu schon *Ehrke-Rabel*, Big Data 310 ff.

112 Sog „automation bias“, siehe dazu *Citron*, Technological Due Process, Washington University Press Review 85/6 (2008), 1271.

Steuerpflichtiger wissen, welche Grundannahmen einem Risikomanagementsystem zugrundeliegen.¹¹³

- Es bedarf einer dezidierten Rechtsgrundlage und Klarheit für und über die Herkunft der durch den Algorithmus verarbeiteten Daten (seien sie personenbezogen oder nicht personenbezogen). Es muss sichergestellt sein, dass richtige Daten verwendet werden. Das Ergebnis der Big Data Analyse muss sachlich rechtfertigbar sein, was entweder Transparenz des Code oder aber eine Legitimation durch Verfahren voraussetzt. Da die Transparenz des Code – wie oben erwähnt – im Bereich eines Steuerrisikomanagements kontraproduktiv wäre, müsste als Ausgleich ein Verfahren geschaffen werden, etwa durch Einsatz einer unabhängigen Kontroll- oder Zertifizierungsstelle, die der Steuerpflichtige anrufen kann.¹¹⁴

Diese Forderungen entsprechen den Anforderungen, die der Entwurf der Europäischen Kommission zu einer Verordnung „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ für sog Hochrisiko-KI-Systeme, zu denen eine Finanzverwaltungs-Künstliche Intelligenz zu zählen ist, stellt. Nach Art 7 Abs 2 iVm Anhang III Z 6 lit a des Entwurfs handelt es sich bei den hier beschriebenen Steuerrisikomanagementsystemen um Hochrisiko-KI-Systeme, weil sie bestimmungsgemäß der Betrugsbekämpfung und der Aufdeckung von Steuerunehrlichkeiten dienen. Finanzbehörden sind auch Strafverfolgungsbehörden. FN: Nach Art III Z 6 des Anhangs Entwurf VO „Gesetz über Künstliche Intelligenz“, zählen zu Hochrisiko-KI-Systemen KI-Systeme, „die bestimmungsgemäß von Strafverfolgungsbehörden für individuelle Risikobewertungen natürlicher Personen verwendet werden sollen, um das Risiko abzuschätzen, dass eine natürliche Person Straftaten begeht oder erneut begeht oder dass eine Person zum Opfer möglicher Straftaten wird“. An derartige KI-Systeme stellt der Entwurf VO „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ erhöhte Anforderungen, die als Legitimation durch Verfahren bezeichnet werden können. Fest steht, dass die österreichischen Rechtsgrundlagen all diesen Anforderungen unzureichend Rechnung tragen. Die Verabschiedung des Verordnungsentwurfs muss und darf nicht abgewartet werden, denn die grund- und verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen unabhängig von einer gemeinsamen Europäischen Verordnung über den Einsatz von KI-Systemen.

113 Dazu ausführlich *Ehrke-Rabel*, Big Data 315; *Citron*, Washington University Press Review 85/6 (2008), 1249; *Kerr/Earle*, Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture Privacy, Stanford Law Review Online 66 (2013), 65 (70 f).

114 Dazu ausführlich *Ehrke-Rabel*, Big Data 318 f.

V. Zusammenfassende Würdigung

Die ersten Digitalisierungsschritte im Abgabenverfahren hatten den Zweck die im Abgabenverfahren auf Grund der umfassenden Mitwirkungspflichten der SteuerzahlerInnen zahlreichen Interaktionen zu beschleunigen und zu vereinfachen. So war es bereits in den Anfängen der Computertechnologie zulässig, Bescheide mittels Lochkartentechnik automationsunterstützt auszufertigen. Bald konnten Steuerpflichtige ihre Steuererklärungen online ausfüllen und online übermitteln, bis die Übermittlung via FinanzOnline verpflichtend vorgesehen wurde. Die automationsunterstützte Bescheidausfertigung und die Online-Zustellung von Bescheiden wurden bereits in den frühen Jahren des Internet vorgesehen. Mit der Zulässigkeit dieser Interaktionsmethoden hat sich der VfGH in einzelnen Entscheidungen befasst und keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken gehegt.

Mit der fortschreitenden Entwicklung der Computertechnologien und der Ausweitung von computergestützten Datenanalysemöglichkeiten hat die Finanzverwaltung auch ihr Risikomanagementsystem automatisiert. Dies ist über viele Jahre ohne den Gesetzgeber geschehen. Erst die Verpflichtung zur Anpassung der BAO an die DS-GVO hat rudimentäre gesetzliche Grundlagen geschaffen, die als weitgehend oberflächlich bezeichnet werden können, weil der Gesetzgeber großzügig von den Öffnungsklauseln des Art 23 DS-GVO Gebrauch gemacht hat.

Die verfassungsrechtliche Besorgnis ob eines solchen gesetzlich nur rudimentär fundierten Risikomanagementsystems fällt unterschiedlich aus. Ihre Intensität hängt davon ab, für welche Zwecke dieses automatisierte Risikomanagementsystem eingesetzt wird, welche Daten es verarbeitet und wie es technisch funktioniert.

Der vorliegende Beitrag versucht eine Einordnung an Hand der Informationen, die außerhalb des Gesetzes andernorts verfügbar sind und plädiert für einen klaren gesetzlichen Rahmen, der sicherstellen soll, dass sich ein von der Verwaltung betriebenes Big-Data-Analyse-System zur Kontrolle der Steuerpflichtigen an die verfassungsrechtlichen Vorgaben hält. Er bezieht die Visionen der OECD zur Optimierung des Abgabenverfahrens hin zu einem Nebenprodukt jeder wirtschaftlichen Tätigkeit mit ein und zeigt die verfassungsrechtlichen Grenzen einer solchen Vision auf. Letztlich reduziert sich jede Frage, so eine hinreichende gesetzliche Grundlage geschaffen wird, auf die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Privatautonomie des Einzelnen.

Was jedenfalls als unverhältnismäßiger und daher selbst bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage absolut unzulässiger Eingriff in die Privatsphäre zu werten wäre, wäre die Verpflichtung, ein elektronisches Armband zu tragen, das mit bestimmten Sensoren ausgestattet und Ortungsgeräten verbunden Daten über die Beschäftigung und den räumlichen Aufenthaltsort des Steuerpflichtigen übermittelt. Obwohl sich der Einzelne eine quasi elektronische Fußfessel zur Überwachung seiner Freiheit durch Privatwirtschaftstreibende anlegen darf, ist dies ein Instrument, das sich der Staat zur Verwirklichung des Steuervollzugs als absolut unverhältnismäßiges Instrument nicht zu eigen machen darf. Vor diesem Hintergrund ist dann auch der Zugriff des Staates auf von Privatwirtschaftstreibenden verarbeiteten Daten für Zwecke des Steuervollzuges nicht von vornherein zulässig, sondern stets vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit sorgfältig abzuwägen.

Verfahren bei Instrumenten der direkten Demokratie: Der Weg zur Digitalisierung

I. Allgemeines

Die Bedeutung des Einsatzes elektronischer Informations- und Kommunikationstechnologien in demokratischen Prozessen ist seit dem Beginn der 2000er-Jahre sukzessive gestiegen. Die Digitalisierung einzelner Verfahrensschritte bei Wahlen und Instrumenten der direkten Demokratie ist dabei bereits in vielen Staaten¹, in unterschiedlicher Ausprägung, Wirklichkeit geworden. Der in diesem Zusammenhang immer wieder verwendete Begriff der „elektronischen Demokratie“² („E-Demokratie“³) umfasst nach herrschender Auffassung zwei Elemente: die E-Partizipation und das E-Voting⁴. In Österreich hat das Wahlrechtsänderungsgesetz 2017⁵ zu einem klaren Paradigmenwechsel bei Volksbegehren geführt. Die Reform des Verfahrens dieses Instruments der direkten Demokratie⁶ hat nicht nur dessen Nutzung für alle Beteiligten vereinfacht, sondern auch seine – immer schon vorhandene – Popularität weiter erhöht. Die folgenden Ausführungen sollen den Weg zur Digitalisierung von Volksbegehren nachzeichnen und weitere Erwägungen zur Gesamthematik bieten.

-
- 1 Einen hilfreichen Überblick bietet in diesem Zusammenhang ein vom Europarat im Jahr 2020 veröffentlichtes Handbuch zur E-Demokratie („E-Democracy Handbook“), vgl: <<https://rm.coe.int/11th-cddg-session-10-11-september-2020-e-democracy-handbook/16809f5a72>> (16.4.2021).
 - 2 Vgl schon grundlegend *Krimmer*, Die Dimensionen der Elektronischen Demokratie (2004) 1 ff.
 - 3 Für eine Zusammenschau rechtlicher Fragestellungen im Zusammenhang mit E-Demokratie vgl etwa *Schweighofer/Böszörményi/Hötzendorfer*, Rechtliche Anforderungen der „digitalen Bürgerbeteiligung“, in: Leitner (Hg), Digitale Bürgerbeteiligung (2018) 69 ff.
 - 4 Vgl dazu etwa *Macintosh/Whyte*, Towards an evaluation framework for eParticipation, Transforming Government: People, Process & Policy 2/1 (2008), 16 ff.
 - 5 BGBl I 106/2016.
 - 6 Zu Instrumenten der direkten Demokratie s etwa *Eberhard*, Direkte Demokratie: Status quo und verfassungsrechtlicher Rahmen für Reformen, in: Benn-Ibler/Lewisch (Hg), Direkte Demokratie – Chancen und Risiken (2019) 55.

II. Zentrale Wählererevidenz

Bereits in den 1990er-Jahren wurden in Arbeitsgruppen, in denen ua das Bundesministerium für Inneres (BMI), der Österreichische Städtebund und der Österreichische Gemeindebund vertreten waren, ernsthafte Überlegungen getroffen, die damals gesetzlich verankerte „Zentrale Wählererevidenz (ZWE)“⁷ in eine moderne Datenbank (zur dieser Zeit oftmals als „ZWE neu“ bezeichnet) überzuführen. Zur Erinnerung: Die Datenbank „ZWE“ nach dem Wählererevidenzgesetzes 1973 (ab der zum 1. Jänner 1985 in Kraft getretenen Fassung⁸) hatte eine einzige Funktion: Sie bestand darin, Daten von wahlberechtigten Personen aus Gemeinden, die diese Daten bereits EDV-mäßig führten, im BMI zu aggregieren und zwei Mal jährlich den im Parlament vertretenen Parteien zur Verfügung zu stellen.⁹ Die „Datenaustausch-Richtlinie“¹⁰ machte es mit dem Beitritt Österreichs¹¹ zur Europäischen Union notwendig, eine weitere, eng begrenzte Datenbank einzuführen. Die mit dem im Jahr 1996 in Kraft getretenen Europa-Wählererevidenzgesetz¹² geschaffene „Zentrale Europa-Wählererevidenz“¹³ hatte ausschließlich jene Funktion, den Austausch der Daten von zur Wahl des Europäischen Parlaments wahlberechtigten Personen, die nicht im Herkunftsmitgliedstaat woh-

7 Vgl § 3 des (zum 31.12.2017) außer Kraft getretenen Wählererevidenzgesetzes 1973.

8 § 3 Abs 4 des Wählererevidenzgesetzes 1973 idF BGBl 427/1985: „Sofern Gemeinden die Wählererevidenz automationsunterstützt führen oder bei Dienstleistungen im Datenverkehr andere Rechtsträger in Anspruch nehmen, haben sie die Daten der Wählererevidenz dem Bundesministerium für Inneres zur Speicherung und unentgeltlichen Auskunftserteilung an die zur Vertretung nach außen berufenen Organe der im Nationalrat vertretenen Parteien mittels maschinell lesbarer Datenträger oder im Wege der Datenfernverarbeitung zu übermitteln. Eine derartige Auskunft hat jeweils alle Daten der Wählererevidenz einer Gemeinde zu enthalten; eine Übermittlung mittels maschinell lesbarer Datenträger oder im Wege der Datenfernverarbeitung ist zulässig. Die Daten des Wählererevidenzregisters beim Bundesministerium für Inneres dürfen mit den Daten des zentralen Melderegisters (§ 11a Abs. 3 Meldegesetz) verknüpft werden.“

9 Der Zweck dieser Übermittlung wurde im Gesetz nicht näher konkretisiert, lag aber wohl in der Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit wahlberechtigten Personen bzw der Wahlwerbung begründet.

10 Richtlinie 93/109/EG des Rates vom 6. Dezember 1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen.

11 Der Beitritt Österreichs, damals noch zu den Europäischen Gemeinschaften, erfolgt am 1. Jänner 1995.

12 Bundesgesetz über die Führung ständiger Evidenzen der Wahl- und Stimmberechtigten bei Wahlen zum Europäischen Parlament (Europa-Wählererevidenzgesetz – EuWEG, BGBl 118/1996).

13 Vgl § 13 EuWEG.

nen, mit anderen Mitgliedstaaten – zur Vermeidung einer doppelten Stimmabgabe bei einer Europawahl – zu ermöglichen.

Im Wählerevidenzgesetz 1973 war als einziger Mechanismus zur Vermeidung von Doppel-Registrierungen und daraus resultierenden Doppel-Stimmabgaben die sogenannte Zuzugsmitteilung¹⁴ vorgesehen. Mit einer solchen veranlasste die Gemeinde, in der sich eine Person angemeldet hatte, jene Gemeinde, in der diese Person zuvor gemeldet war, die Daten dieser Person aus ihrer örtlichen Wählerevidenz zu streichen. Es besteht kein Zweifel daran, dass das im Wählerevidenzgesetz 1973 verankerte System trotz des zur Klärung von Zweifelsfällen gesetzlich verankerten Einspruchs- und Berufungsverfahrens¹⁵ (ab 2014, nach Wegfall des „administrativen Instanzenzugs“, als „Berichtigungs- und Beschwerdeverfahren“¹⁶ bezeichnet), für viele Sachverhalte (insbesondere, was die Situation von Häftlingen sowie von Auslandsösterreicherinnen und Auslandsösterreichern betrifft) aus heutiger Sicht als lückenhaft bezeichnet werden muss.

III. Zentrales Wählerregister

A) *Rückblick*

Ernsthafte Bestrebungen der im Parlament vertretenen Parteien in der XXIV. Gesetzgebungsperiode, im Rahmen eines als „Demokratiepaket“ bezeichneten Gesetzesvorhabens auch ein „Zentrales Wählerregister“ einzuführen, sind Mitte 2013, im Lauf der parlamentarischen Behandlung¹⁷, insbesondere wegen der für die Einführung eines solchen Registers zwingend erforderlichen Anpassung des B-VG, an

14 Vgl § 2 Abs 4 des Wählerevidenzgesetzes 1973 idF BGBl 187/1989 sowie die dem Zentralen Melderegister – und einem damit verbundenen die „physische“ Zuzugsmitteilung ersetzenden IT-Vorgang – Rechnung tragende Fassung lt BGBl 13/2010.

15 Vgl §§ 4 bis 8 des Wählerevidenzgesetzes 1973 in den von 1993 bis Ende 2013 geltenden Fassungen.

16 Vgl §§ 4 bis 8 des Wählerevidenzgesetzes 1973 in der von Anfang 2014 bis Ende 2017 geltenden Fassung.

17 Vgl die umfangreichen parlamentarischen Materialien zu dem in der 24. GP eingebrachten Initiativantrag 2177/A [Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), Bundesgesetz über Geschäftsordnung des Nationalrates, Nationalrats-Wahlordnung 1992, Bundespräsidentenwahlgesetz 1971, Europawahlordnung, Europa-Wählerevidenzgesetz, Volksabstimmungsgesetz 1972 und Volksbefragungsgesetz].

der hierzu erforderlichen Zwei-Drittel-Mehrheit, gescheitert.¹⁸ Durch die Verwebung mit zahlreichen anderen Anliegen schien die Schaffung eines zeitgemäßen zentralen Registers für lange Zeit außer Reichweite.

Es war der Problematik des zunächst zu wiederholenden und in der Folge zu verschiebenden zweiten Wahlgangs zur Bundespräsidentenwahl 2016 zu verdanken¹⁹, dass im Herbst 2016 relativ überraschend und schnell die Implementierung eines „Zentralen Wählerregisters“ (ZeWaeR) auf der Ebene der Bundesgesetzgebung verankert werden konnte. Sieht man von geplant gewesenen Regelungen ab, die im Jahr 2013 in Richtung eines Automatismus „qualifiziertes Volksbegehren – Volksbefragung“ gegangen wären und 2016 nicht mehr von Relevanz waren, so griff der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Einführung des ZeWaeR praktisch „1:1“ auf die bereits im oben erwähnten Entwurf des Jahres 2013 beabsichtigten Regelungen zurück. Die mit der Einführung der Datenverarbeitung ZeWaeR verbundenen Bestimmungen traten mit einer – aufgrund der IT-technischen Umsetzung unabdingbar gewesen – Legisvakanz am 1. Jänner 2018 in Kraft.²⁰

B) Inbetriebnahme 2018

Das am 1. Jänner 2018 in Betrieb genommene ZeWaeR kann bereits in seiner Grundstruktur mit Fug und Recht als ein mit der Weiterentwicklung der Instrumente der direkten Demokratie eng in Zusammenhang stehendes Digitalisierungsprojekt bezeichnet werden. Schon bei der Entwicklung, noch vielmehr aber in den Jahren seit der Inbetriebnahme, hat sich jedoch herausgestellt, dass eine Fülle von Erweiterungsmöglichkeiten bestünde, die nur teilweise umgesetzt werden konnten,

18 Vgl. Stein, „Volksbegehren goes online“, in: Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hg), Abstraktion und Applikation – Tagungsband des 16. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2013 (2013) 303 ff.

19 Vgl. insb. das Erkenntnis des VfGH vom 1.7.2016 (VfSlg. 20.071/2016) sowie die sondergesetzlichen Maßnahmen zur Verschiebung des zweiten Wahlganges (BGBl. I 86/2016), näher erläutert bei Vogl, Die Bundespräsidentenwahl 2016 aus Sicht der Verwaltung, in: Adamovich et al. (Hg), Festschrift für Gerhart Holzinger (2017) 739 ff.

20 Vgl. Wahlrechtsänderungsgesetz 2017 [Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), die Nationalrats-Wahlordnung 1992, das Bundespräsidentenwahlgesetz 1971, die Europawahlordnung, das Europa-Wählerevidenzgesetz, das Volksabstimmungsgesetz 1972, das Volksbefragungsgesetz 1989 geändert sowie das Volksbegehrengesetz 2018 und das Wählerevidenzgesetz 2018 erlassen werden, BGBl. I 106/2016].

mehrheitlich aber einer gesetzlichen Regelung im Rahmen einer weiteren Wahlrechtsreform bedürften.²¹

Neben zahlreichen, von der Öffentlichkeit kaum zu bemerkenden Vorteilen, die das ZeWaeR für die Administration, sei es auf Ebene der Gemeinden, sei es auf Ebene des Bundes, mit sich gebracht hat, ist die herausragende Neuerung eine Umstellung des Verfahrens für Volksbegehren. Was die Administration betrifft, war das Volksbegehren seit 1963 praktisch unverändert geblieben. Mit der neuen Datenverarbeitung wurde der Weg von einer als antiquiert zu bezeichnenden Papierform-Lösung zu einer modernen, nahezu papierlos ablaufenden Datenbank-Lösung geebnet. Unbestritten ist, dass der Ablauf des Volksbegehren-Prozederes für die vollziehenden Behörden eine Fülle von Vorteilen und auch eine Fülle von Einsparungen mit sich gebracht hat, insbesondere was Drucksorten und Arbeitsabläufe betrifft. Neben diesen „nach innen“ wirksam gewordenen Vorteilen hatte die Einführung des neuen Verfahrens für Volksbegehren aber eine spektakuläre Außenwirkung, die einerseits allen unterstützungswilligen Bürgerinnen und Bürgern, andererseits aber auch den Proponentinnen und Proponenten von Volksbegehren zugutekommt: Auf Ebene der Gemeinden trat anstelle des Erfordernisses, von beliebigen Personen vorgelegte Volksbegehren-Unterstützungserklärungen während der Amtsstunden jederzeit beglaubigen zu müssen und während festgelegter Eintragungszeiträume auf im Rahmen eines in allen Details geregelten Prozederes in einem aufwändigen und aus datenschutzrechtlicher Sicht zuletzt umstritten gewesenen Listensystems Eintragungen vornehmen zu lassen, ein einheitliches System, bei dem sowohl eine Unterstützungserklärung als auch eine Eintragung für ein Volksbegehren, nach Identifikation der unterstützungswilligen Person, mit wenigen Mausklicks – vom Ausdruck zweier vollständig ausgefüllter, vollautomatisch generierter Blätter abgesehen – papierlos und vollautomatisch erfolgen konnte.

C) Bisherige Erfahrungen

Nach mehr als drei Jahren Erfahrung mit dem Vollzug des Volksbegehrens aufgrund des Volksbegehrensgesetzes 2018 kann gesagt werden, dass die Digitalisierung des Volksbegehrens eine Erfolgsgeschichte dar-

²¹ Vgl zu den möglichen „Skalierungen in die Breite und Tiefe“ *Stein/Wenda*, Das neue zentrale Wählerregister, in: Schweighofer et al (Hg), Trends und Communities der Rechtsinformatik – Tagungsband des 20. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2017 (2017) 316 f.

stellt. Diese Sicht wird allem Anschein nach von allen beteiligten Stellen und Personen geteilt. So lässt sich hinsichtlich der zuständigen Behörden festhalten, dass die Neugestaltung der Administration der Volksbegehren zu einer starken Entbürokratisierung geführt hat und dass der erforderliche Einsatz von Papier auf ein Minimum reduziert werden konnte. Mussten die Organwalterinnen und Organwalter in den Gemeinden bis Ende 2017 am letzten Tag eines Eintragungszeitraumes nach Schließung des Eintragungslokals noch eine umfangreiche Niederschrift ausfüllen, so können sie nunmehr nach Abschalten der EDV-Geräte das Eintragungslokal abschließen und ihre Tätigkeit beenden. Auch das Manövrieren mit Unterschriftenlisten während des Eintragungszeitraums fällt weg. Das Tätigwerden der Bezirkswahlbehörden und, damit verbunden, auch das der Bezirkshauptmannschaften und Magistrate ist durch die neuen Regelungen des Volksbegehrengesetzes 2018 vollständig weggefallen. Auch die Rolle der Bundeswahlbehörde wurde gegenüber der alten Rechtslage deutlich verkleinert. Mussten früher die Volksbegehren-Akte der Bezirkswahlbehörden in Vorbereitung der abschließenden Sitzung der Bundeswahlbehörde durch Bedienstete des BMI eingehend überprüft und zusammengeführt werden, so beschränkt sich das Tätigwerden der obersten Wahlbehörde nunmehr auf das Bestätigen der vorläufigen Ergebnisse vom letzten Tag des Eintragungszeitraumes.²² In wenigen Einzelfällen obliegt es der Bundeswahlbehörde, mittels eines manuellen Eingriffs in die Datenbank – aktenmäßig genau dokumentiert – einen fehlerhaften Vorgang während eines Eintragungsverfahrens zu korrigieren und damit den rechtmäßigen Zustand des Ergebnisses herzustellen.²³

Besonders hervorzuhebende „Gewinnerinnen“ und „Gewinner“ des Digitalisierungsprojekts „Volksbegehren“ sind die Proponentinnen und Proponenten dieses wichtigen und in Österreich populären Instruments der direkten Demokratie. Bis Ende 2017 mussten Unterstützungserklärungs-Formulare an Hand eines im Gesetz vorgegebenen Musters mit großem finanziellem Aufwand selbst hergestellt und zwecks Beilage zu einem Einleitungsantrag wieder rechtzeitig eingesammelt werden. Nunmehr hält sich der finanzielle Aufwand in engen Grenzen. Abgesehen von der wohl weiterhin erforderlichen begleitenden Volksbegehren-Werbung, die in Zeiten des Internets und so-

22 Vgl in diesem Sinne auch das Erkenntnis des VfGH vom 26.9.2019 (VfSlg 20.341/2019).

23 Als Beispiel für einen solchen möglichen Fehler sei folgendes Szenario geschildert: Eine Eintragungsbehörde bestätigt – trotz Übereilungsschutz – irrtümlich die Eintragung einer vermeintlich eintragungswilligen Person, die ursprünglich unterschreiben wollte, davon aber im letzten Moment Abstand genommen hat.

zialer Netzwerke aber oft deutlich niederschwelliger verläuft, ist bei der Einbringung des Antrags auf Registrierung eines Volksbegehrens lediglich ein Kostenbeitrag von 500 €²⁴ zu leisten. Größere Rechtssicherheit für die Bevollmächtigten hat auch die Einführung der verpflichtenden Anmeldung eines Volksbegehrens beim BMI gebracht, da in der Regel bereits vor dieser Anmeldung rechtliche Unklarheiten aufgegriffen und geklärt werden können. Nach der bis 2017 geltenden Rechtslage waren in mehreren Fällen Anläufe für Volksbegehren daran gescheitert, dass mit rechtlichen Fehlern behaftete Einleitungsanträge, unterstützt von vielen tausend Unterstützungserklärungen, vorgelegt wurden, ohne dass das BMI vorab davon Kenntnis erlangt hätte.²⁵ Im Volksbegehrensgesetz 1973 konnte in solchen Fällen keine Sanierungsmöglichkeit zum Tragen kommen. Bis 2017 hatten die Proponentinnen und Proponenten in der Unterstützungsphase auch keinen oder nur einen sehr beschränkten Überblick über die Zahl der bereits eingesammelten Unterstützungserklärungen. Nunmehr wissen sie exakt über diese Zahlen – sogar gemeindeweise sortiert – Bescheid. Der Umstand, dass die Proponentinnen und Proponenten eines Volksbegehrens nicht nur in der Unterstützungsphase, sondern auch in der Eintragsphase sekundaktuell Kenntnis davon haben, wie viele Personen für ein Volksbegehren bereits unterschrieben haben, hat während des Eintragszeitraums zu einer vollständigen Entlastung der bis dahin in diesem Bereich sehr intensiven Öffentlichkeitsarbeit des BMI geführt. Bis Ende 2017 war es unter Medienvertreterinnen und Medienvertretern Usus, während eines Eintragszeitraums im Weg der Gemeinden die bislang vorliegende Zahl an Eintragungen zu eruieren oder hochzurechnen. Heute können alle betroffenen Behörden bei jeglicher diesbezüglichen Anfrage an die oder den Bevollmächtigten eines Volksbegehrens verweisen. Diese oder dieser kann dann selbst entscheiden, ob es zweckmäßig ist, die gewünschten Zahlen tatsächlich bekanntzugeben.

Wie die Praxis der vergangenen drei Jahre gezeigt hat, ist der augenscheinlich größte Vorteil für die Proponentinnen und Proponenten eines Volksbegehrens ein „Nebeneffekt“ in der „Unterstützungsphase“, der sich aus dem gesetzlichen Regelwerk ergibt: Während eines für andere Volksbegehren anberaumten Eintragszeitraums können Bevollmächtigte von Volksbegehren in dieser Phase, gleichsam als „Tritt-

24 Vgl § 3 Abs 3 Z 5 VoBeG. Die Leistung dieses Betrages erfüllt in der Praxis auch die Funktion eines gewissen „Übereilungsschutzes“.

25 Vgl dazu etwa die Situation beim am 9.3.2006 eingebrachten Volksbegehren „Volksabstimmung Türkei-Beitritt“, besprochen bei *Stein/Wenda*, Verfassungsgerichtshof und Wahlangelegenheiten. Jüngste Entscheidungen auf Bundesebene, *StAK-Journal* 4/2008, 53 ff.

brettfahrer“, eine große Zahl an Unterstützungserklärungen aggregieren, weil viele Personen bereit sind, bei einem Gang zur Behörde oder bei einer Online-Session nicht nur für eines oder mehrere Volksbegehren im Eintragungszeitraum eine Unterschrift zu leisten, sondern gleich auch weitere Volksbegehren zu unterstützen.

Haupt-Nutznießerinnen und -Nutznieser der digitalen Abwicklung des Volksbegehrens sind aber die Wahlberechtigten. Ein besonderer Kritikpunkt des Volksbegehrensgesetzes 1973 war, dass insbesondere unterstützungswillige Bürgerinnen und Bürger aus kleinen Gemeinden vor ihrem Bürgermeister oder ihrer Bürgermeisterin *de facto* deklarieren mussten, sich zu einem bestimmten Volksbegehren zu bekennen, weil eine Eintragung nur in der Hauptwohnsitz-Gemeinde vorgenommen werden konnte, sofern nicht eine Stimmkarte²⁶ beantragt wurde. Durch die Möglichkeit, ein Volksbegehren nunmehr in einer beliebigen Gemeinde oder auch online unterstützen zu können²⁷, bleibt eine unterstützungswillige Person *de facto* anonym, übrigens auch für den Bürgermeister oder die Bürgermeisterin der Hauptwohnsitz-Gemeinde. Dort besteht, entgegen vereinzelt bis heute geäußelter Sorgen in der Bevölkerung, aufgrund der auf den gesetzlichen Vorgaben beruhenden Sicherheitseinstellungen des ZeWaeR keinerlei Möglichkeit, die Zahl der einer Gemeinde zuzurechnenden Unterstützungen oder die Namen der dahinterstehenden Personen „nachzuwassern“.

Auch die Möglichkeit der Online-Unterstützung wurde von Anfang an²⁸ in großem Maß wahrgenommen, wobei sich gezeigt hat, dass die prozentuelle Anzahl an Personen, die mittels qualifizierter digitaler Signatur unterstützen oder unterschreiben, in der Unterstützungsphase größer ist, als in der Einleitungsphase. Im Einzelnen stellt sich die Entwicklungen der Online-Unterstützungen wie folgt dar:

-
- 26 Mit einer Stimmkarte konnten Stimmberechtigte ihr Stimmrecht auch in einer anderen Gemeinde ausüben (vgl. § 7 des Volksbegehrensgesetzes 1973). Mit dem Volksbegehrensgesetz 2018 ist die Möglichkeit der Eintragung mittels Stimmkarte obsolet geworden.
 - 27 Seit 2018 ist es erstmals auch Auslandsösterreicherinnen und Auslandsösterreichern möglich, ein Volksbegehren (bei Vorliegen einer Bürgerkartenfunktion) zu unterfertigen.
 - 28 Nach Inkrafttreten des Volksbegehrensgesetzes 2018 wurde der erste Antrag auf Registrierung eines Volksbegehrens („Asyl europagerecht umsetzen“) am 16.1.2018 gestellt. Die Registrierung und, damit verbunden, die erste Möglichkeit, eine Unterstützungserklärung online zu tätigen, fand am 29.1.2018 statt.

Volksbegehren (Kurzbezeichnung)	Unterstützungserklärungen			Eintragungen (netto)			Eintragungen (brutto)
	Online %	Gemeinde %	Gesamt	Online %	Gemeinde %	Gesamt	
Frauenvolksbegehren	34,58 %	65,42 %	247.673	18,75 %	81,25 %	234.286	481.959
Don't smoke	34,04 %	65,96 %	591.400	17,54 %	82,46 %	290.292	881.692
ORF ohne Zwangsgebühren	32,53 %	67,47 %	69.128	27,33 %	72,67 %	251.136	320.264
Für verpflichtende Volksabstimmungen	87,49 %	12,51 %	14.722	13,76 %	86,24 %	12.846	27.568
CETA-Volksabstimmung	82,90 %	17,10 %	12.721	11,94 %	88,06 %	15.818	28.539
Asyl europarecht umsetzen	50,94 %	49,06 %	80.927	33,50 %	66,50 %	54.160	135.087
EURATOM-Ausstieg Österreichs	76,82 %	23,18 %	18.708	35,53 %	64,47 %	81.774	100.482
Smoke – JA	42,77 %	57,23 %	16.763	33,54 %	66,46 %	16.502	33.265
Smoke – NEIN	88,43 %	11,57 %	28.168	46,37 %	53,63 %	112.359	140.527
Klimavolksbegehren	56,61 %	43,39 %	114.703	32,87 %	67,13 %	265.887	380.590
Ethik für ALLE	74,39 %	25,61 %	61.767	33,45 %	66,55 %	98.211	159.978
TIERSCHUTZVOLKSBEGEHREN	45,13 %	54,87 %	210.431	30,78 %	69,22 %	205.798	416.229
FÜR IMPF-FREIHEIT	36,92 %	63,08 %	62.386	24,44 %	75,56 %	196.763	259.149

Die Daten in der Tabelle sind nach Eintragungszeiträumen (unterschiedlich schattiert hervorgehoben) sortiert. Für das Volksbegehren mit der Kurzbezeichnung „Bedingungsloses Grundeinkommen“ (Eintragungszeitraum 18. bis 25.11.2019) liegen keine Daten vor. (Quelle: BMI)

Aus dem vorhandenen Zahlenmaterial kann man erkennen, dass die Möglichkeit der „digitalen Unterschrift“ für ein Volksbegehren in den Zeiten der Covid-19-Beschränkungen deutlich an Bedeutung gewonnen hat. Das BMI hat in diesem Zusammenhang immer wieder – etwa durch Öffentlichkeitsarbeit oder im Weg direkter Anfragen – empfohlen, mit Blick auf das Ziel, persönliche Kontakte möglichst gering zu halten, von der Möglichkeit der Online-Unterstützung bzw. -Eintragung Gebrauch zu machen.

D) „Plug-Ins“ und Skalierungen

Gerade noch rechtzeitig, bevor das ZeWaeR in der Rechtsordnung verankert worden ist, kam es im Herbst 2016 zur gleichzeitigen Verabschiedung einer Anpassung des B-VG²⁹, die sich für die Datenverarbeitung ZeWaeR – im positiven Sinn – als folgeschwer herausstellen sollte. Konkret wurde der Artikel 26a Abs 2 2. Satz in das B-VG eingefügt:

„Die Speicherung der Daten der Wählerevidenzen erfolgt in einem zentralen Wählerregister, in dem auch Wählerevidenzen aufgrund der Landesgesetzgebung gespeichert werden können; die Länder und Gemeinden können diese Daten für solche Verzeichnisse in ihrem Zuständigkeitsbereich verwenden.“

Mit dieser Regelung wurde es möglich gemacht, dass das ZeWaeR auf der Ebene aller Gebietskörperschaften für wahlrechtliche Belange herangezogen werden kann. Jede andere IT-Lösung, die bewirkt hätte, dass für die verschiedenen administrativen Ebenen „das Rad neu zu erfinden gewesen wäre“, wäre nicht zielführend gewesen. Mit dem Ausdruck „... für solche Verzeichnisse in ihrem Zuständigkeitsbereich ...“ hat der Verfassungsgesetzgeber allerdings dafür Sorge getragen, dass die Heranziehung der Daten auf die Materie „Wahlrecht“, inklusive Instrumente der direkten Demokratie, beschränkt bleibt und nicht zB für Meinungsumfragen oder dergleichen herangezogen wird.

Für das BMI in der Praxis als „überlebensrelevant“ hat sich erwiesen, dass die Länder, oft abhängig von bevorstehenden landesrechtlichen Novellen oder Wahlterminen, die erwähnte Ausdehnung der Heranziehung des ZeWaeR für Materien in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht gleichzeitig umsetzen wollten, sondern nach und nach an das Innenressort herantreten sind, so dass die Vorgänge des „Andockens“ zum

29 Vgl BGBl I 106/2016.

Teil bereits abgeschlossen werden konnten, sich zum Teil aber auch erst in einer frühen Phasen befinden. Besonders rasch hat das Land Niederösterreich eine ziemlich umfangreiche Lösung implementiert, bei der sogar das Modul „Volksbegehren“ – für das Instrument der direkten Demokratie nach Landesrecht – „geklont“ wurde. Dies ist umso bemerkenswerter, als das „Volksbegehren“ in Niederösterreich auf Landesebene sich nicht nur auf ein Tätigwerden der Gesetzgebung, sondern darüber hinaus auch auf Handlungen der Verwaltung erstrecken kann.³⁰ Später kamen mit ihren Aktivitäten die Länder Vorarlberg, Steiermark und Burgenland hinzu. Tirol, Salzburg, Kärnten und Oberösterreich sind inmitten der Umsetzung bzw am Beginn der Umsetzung eines „Andockens“.

E) Zentrales Wahlsprengel-Tool

Die Gebietskörperschaft-übergreifende Verwendbarkeit der Datenverarbeitung „ZeWaeR“ hat rasch erkennen lassen, dass für das Befüllen des einzigen Feldes, das nicht direkt auf das Zentrale Melderegister referenziert, nämlich das Feld „Wahlsprengel“, die Schaffung eines „Plug-In“ zur komfortablen Verwaltung der Wahlsprengel durch die Gemeinden angezeigt war. Mangels gesetzlicher Verpflichtung hierzu haben sich der Österreichische Gemeindebund und der Österreichische Städtebund – mit inhaltlicher und auch finanzieller Unterstützung des BMI – darauf verständigt, aus eigenem Antrieb ein Plug-In zum ZeWaeR, das „Zentrale Wahlsprengel Tools („ZeWaT“), zu entwickeln, das beim Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen – mit Blick auf die einschlägigen Fachkenntnisse dieser Behörde – „gehostet“ wird. In drei Phasen wurde eine den Gemeinden zur Verfügung stehende Software entwickelt, die es diesen ermöglicht, Änderungen bezüglich der Größe und Lage der Wahlsprengel komfortabel mittels Mausklick vorzunehmen, wobei aus zurückliegenden Wahlereignissen gespeicherte Daten für jede Ebene (Bund, Land, Gemeinde) übernommen und entsprechend angepasst werden können.³¹

Bei der Entwicklung des ZeWaT hat sich herausgestellt, dass aus einer Weiterentwicklung dieser Datenverarbeitung (gleichsam „Plug-In“ zum

30 Vgl. NÖ Volksbegehrens-, Volksabstimmungs- und Volksbefragungsgesetz (NÖ VVVG), LGBl 10/2018.

31 Vgl. Rabl, Die Europawahl und das Zentrale Wählerregister, in: Kommunal vom 7.2.2019, abrufbar unter: <<https://kommunal.at/die-europawahl-und-das-zentrale-waehlerregister>> (16.4.2021).

„Plug-In“) ein großer Nutzen für die Bundeswahlbehörde sowie für die obersten Wahlbehörden anderer Verwaltungsebenen gezogen werden kann. Die Weitergabe der Verfügungen³² der Gemeindewahlbehörden, in Wien des Magistrats, konnte unter strenger Beachtung der gesetzlichen Vorgaben des Dienstwegs weitestgehend automatisiert werden. Die in der Hierarchie zwischen den Gemeindewahlbehörden und der Bundeswahlbehörde liegenden Bezirkswahlbehörden und Landeswahlbehörden brauchen die gesetzlich verankerten Meldungen nunmehr lediglich durch Mausklick bestätigen, nachdem sie sich von der Vollständigkeit der Daten überzeugt haben. Mit dieser Lösung ist es der Bundeswahlbehörde, in der Praxis unterstützt von der zuständigen Fachabteilung des BMI, möglich, die Daten der Wahllokale³³ – sogar mit einer Geo-Codierung versehen – im Internet anzubieten. Dem mit der Schaffung der beschriebenen Lösung zu Tage getretenen Nebeneffekt, dass vor der Europawahl 2019 in wenigen Einzelfällen Wahllokale entdeckt wurden, die sich unzulässiger Weise nicht auf dem Gebiet der eigenen Gemeinde befanden³⁴, sollte zukünftig durch eine Anpassung der einschlägigen Wahlgesetze entgegengewirkt werden, um die dahinter stehenden Lebensrealitäten besser berücksichtigen zu können.³⁵ Die Lösung der Weitergabe der Daten der Wahllokale konnte übrigens mit recht geringem Aufwand auch auf die Lösung für die Weitergabe der Daten der Eintragungslokale für Volksbegehren ausgedehnt werden.

F) Technische Herausforderungen

Anfang Februar 2018, nur wenige Wochen nach Inbetriebnahme des ZeWaeR, kam es in der „Unterstützungsphase“ der ersten drei nach neuer Rechtslage abgewickelten Volksbegehren zu einer vielbeachteten Störung.³⁶ Die intensive Berichterstattung und Bewerbung rund

32 Vgl § 50 Abs 6 NRW sowie vergleichbare Regelungen in anderen Wahlrechtskodifikationen.

33 Diese Daten enthalten auch Informationen zur Barrierefreiheit und, bei Nationalratswahlen erforderlich, zur allfälligen Eigenschaft eines „Wahlkarten-Wahllokals“.

34 Vgl dazu Stein/Wenda, „Mit ZeWaeR und ZeWaT schreitet die Digitalisierung voran“, in: Schweighofer et al (Hg), Cybergovernance – Tagungsband des 24. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2021 (2021) 157 ff.

35 In Tirol hat der Landesgesetzgeber bereits auf eine im Landesrecht vorgefundene, vergleichbare Situation reagiert und mit einer Novelle der Tiroler Landtagswahlordnung 2017 seit 1.1.2020 die Einrichtung des Wahllokals einer Gemeinde außerhalb des Gemeindegebiets unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht (vgl § 38 Abs 1 leg cit).

36 Es handelte sich um die Volksbegehren mit den Kurzbezeichnungen „Asyl europagerecht umsetzen“, „Frauenvolksbegehren“ und „Don't smoke“.

um zwei der drei Volksbegehren hatte offensichtlich dazu geführt, dass Personen die Volksbegehren in einem bis dato einzigartigen Ausmaß gleichzeitig unterstützen wollten. Mehrmals kam es dadurch zu einer Überlastung der BMI-Server, wodurch eine Abgabe von Unterstützungserklärungen nicht immer sofort möglich war.³⁷ Obwohl die „Stausituation“ sich jeweils nur wenige Stunden erstreckt hat, erregten die Beeinträchtigungen der neuen Datenanwendung bzw. des *Graphical User Interface (GUI)*, also der Benutzeroberfläche, in der Öffentlichkeit große Aufmerksamkeit und veranlassten das BMI in der Folge zu einer umfangreichen Aufrüstung der hinter der Administration der Volksbegehren stehenden IT-Systeme. Dennoch waren auch in zwei weiteren Einsichtszeiträumen³⁸ an einem oder zwei Tagen jeweils kurze Ausfälle zu verzeichnen, die durch umgehendes Reagieren der zuständigen Stellen allerdings rasch behoben werden konnten. Für diese IT-Beeinträchtigungen war nicht immer das Innenresort originär verantwortlich. In der Öffentlichkeit und in der Berichterstattung in den Medien wurde das BMI dennoch stets als Verursacher gehandelt.³⁹

Derartige Vorfälle zeigen, dass trotz professioneller Implementierung, gründlicher Vorbereitung und höchster Qualitätssicherung im administrativen und technischen Bereich bei einer komplexen IT-Lösung zur Vollziehung von Volksbegehren, bei der noch dazu unterschiedliche „Player“ (BMI, Gemeinden, IT-Dienstleister, Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Firma A-Trust, ...) zusammenarbeiten müssen, das Auftreten plötzlicher – kurzfristiger – Störungen wohl nicht zur Gänze verhindert werden kann. Freilich liegt es in der Verantwortung der zusammenwirkenden Partner, alle erforderlichen Schritte zu setzen, um derartige digitalisierte Prozesse mit größtmöglicher Sicherheit und Verlässlichkeit abzuwickeln. Dabei erscheint es nicht weiter verwunderlich, dass nach einem IT-Ausfall, auch wenn sich dieser nur über eine halbe Stunde zu erstrecken vermag, mehrfach der Ruf nach der Schaffung einer Möglichkeit der „Ersatzvornahme“ einer Unterstützung in Papierform – mit einer nachträglichen elektronischen Erfassung des Vorgangs durch die Gemeinde – oder nach einer „Verlängerung“ des Eintragungszeitraumes laut geworden ist. Weder für eine „Ersatzvornahme“ noch für eine „Verlängerung“, wie immer eine solche

37 Vgl. dazu auch die Darstellung bei Stein/Wenda, Volksbegehren online – erste Erfahrungen, in: Jusletter IT vom 21.2.2019.

38 22. bis 29.6.2020 sowie 18. bis 25.1.2021.

39 Der Umstand, dass Bevollmächtigte von Volksbegehren kurzzeitige IT-Ausfälle scharf kritisierten, konnte, wie die Praxis gezeigt hat, zum Teil zu kurzfristigen „Werbefekten“ für zusätzliche Eintragungen führen.

auszusehen mag, ist derzeit eine Rechtsgrundlage gegeben. Es wäre Sache des Gesetzgebers, entsprechende Lösungen – in ausreichend determinierter Form – zu implementieren. Die Autoren sehen jedoch viele Gründe, die gegen die Umsetzung solcher Lösungen sprechen würden. Abgesehen davon, dass bei einer „Ersatzvornahme“ die Überprüfung der Stimmberechtigung einer Person nicht möglich wäre und somit auch eine – wenn auch später auffindbare und wieder löschbare – Doppelunterstützung zunächst nicht verhindert werden könnte, würde ein entsprechendes Vorgehen die Gefahr mit sich bringen, dass in Gemeinden in Einzelfällen auch dann auf die „Ersatzvornahme“ zurückgegriffen werden könnte, wenn es zu keinem IT-Ausfall gekommen ist, beispielsweise dann, wenn ein Computerzugang gerade besetzt ist und man eine unterstützungswillige Person nicht länger warten lassen möchte. Würde bei einem solchen Vorgehen in der Folge vergessen werden, die auf den Formularen dokumentierte Eintragung nachzutragen, so würde dies fehlerhafte Zahlenwerte in der Datenverarbeitung „ZeWaeR“ nach sich ziehen. In jedem Fall würde eine Lösung der beschriebenen Art im Widerspruch zu der von den Interessenvertretungen der Gemeinden und Städte immer wieder geforderten Deregulierung stehen. Vielmehr bedürfte es eines großen administrativen Aufwandes sowie eines nicht zu übersehenden Schulungsaufwands, um einen Modus umzusetzen, der an Stelle der derzeit implementierten Lösung wieder zu einem Parallelsystem mit einem ebenfalls fehleranfälligen Papiersystem führen würde. Obendrein wären bei einer „Ersatzvornahme“ nur jene Personen „klaglos“ gestellt, die zur Unterstützung eines Volksbegehrens ein Gemeindeamt aufsuchen, wohingegen jene Personen, die für ein Volksbegehren online eine Eintragung tätigen wollen, durch einen Ausfall der maßgeblichen IT-Infrastruktur dennoch in jedem Fall benachteiligt wären. Auch ein allfälliges „Anstückeln“ jener Zeiträume, zu denen die für die Amtshandlungen relevante Datenverarbeitung oder die Möglichkeit der Online-Unterstützung ausgefallen sind, erscheint weder praktikabel, noch zielführend. Schon eine exakt objektivierbare Bemessung jener Zeiten, in denen tatsächlich kein „Unterschreiben“ von Volksbegehren möglich war, wäre vielfach nur schwer durchführbar. Zudem erscheint es kaum vorstellbar, dass ein Ergänzen von Ausfallszeiten noch am letzten Tag des Eintragungszeitraumes, unmittelbar nach dem gesetzlich vorgesehenen Ende um 20.00 Uhr, erfolgen könnte. Auch an dem auf den letzten Tag des Eintragungszeitraums folgenden Tag wird eine Gemeinde die Infrastruktur für ein Eintragungslokal wohl nicht mehr zur Verfügung stellen können.

IV. Digitalisierung und COVID-19

A) Vorbemerkung

Kurze Zeit, nachdem die die Weltgesundheitsorganisation der Vereinten Nationen (WHO) den Ausbruch der durch das neuartige Coronavirus „SARS-CoV-2“ verursachten Erkrankung COVID-19 zu einer weltweiten Pandemie erklärt hatte⁴⁰, wurden in Österreich erste „Lockdown-Maßnahmen“ verhängt. In zahlreichen Staaten der Welt sah sich die politische bzw die administrative Ebene mit der Frage konfrontiert, ob Wahlereignisse weiter stattfinden könnten.⁴¹

B) Volksbegehren

Zeitnah zu diesen ersten Lockdown-Maßnahmen hat der Gesetzgeber in Österreich in das Volksbegehrensgesetz 2018 „Sonderbestimmungen im Zusammenhang mit Covid-19“ eingefügt.⁴² In § 24 Abs 1 VoBeG wurde verankert, dass bereits festgelegte Fristen gehemmt werden, wenn durch Maßnahmen, die zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 getroffen werden, die Bewegungsfreiheit oder der zwischenmenschliche Kontakt eingeschränkt werden und dadurch ein persönliches Unterstützen von Volksbegehren bei den Gemeinden unmöglich gemacht oder erschwert wird. Hierbei muss durch die im Zusammenhang mit COVID-19 angeordneten Maßnahmen ein persönliches Unterstützen von Volksbegehren bei den Gemeinden verunmöglicht oder erschwert werden.⁴³ Betroffen von den „Sonderbestimmungen“ im VoBeG sind die Zeitpunkte für die spätestmögliche Abgabe von Unterstützungserklärungen sowie für die Einbringung von Einleitungsanträgen. Weiters beinhalten die – übrigens mit 30.9.2022 befristeten – Bestimmungen die Möglichkeit der Abberaumung eines bereits festgelegten Eintragungszeitraum sowie eine Neu-Festlegung nach Wegfall der Maßnahmen.

⁴⁰ Am 11.3.2020 wurde die COVID-19-Situation von der WHO als Pandemie eingestuft.

⁴¹ Zu einer ersten Übersicht von internationalen Reaktionen im wahlrechtlichen Bereich nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie vgl etwa *Ellena*, Legal Considerations When Delaying or Adapting Elections, in: Vickery/Canterbury (Hg), IFES COVID-19 Briefing Series (2020) 6 f oder *Lidauer et al*, Rapid Assessment: Covid-19 & Elections in Europe, Election-Watch.EU (2020), abrufbar unter: <https://www.wahlbeobachtung.org/wp-content/uploads/2020/04/election-watch.eu_ra-covid19-report_30-april-2020.pdf> (16.4.2021).

⁴² Vgl 4. COVID-19-Gesetz, BGBl I 24/2020, Art 11.

⁴³ Vgl AB 116 BlgNR 27. GP, 3.

Dass der Bundesminister für Inneres von der Möglichkeit der Abberaumung eines Volksbegehren-Eintragungszeitraums bislang nicht Gebrauch gemacht hat, lag einerseits daran, dass während des Eintragungszeitraums im Juni 2020 keine Einschränkungen im Sinn eines „Lockdowns“ mehr bestanden, andererseits daran, dass während des Eintragungszeitraumes im Jänner 2021 eine zwischenzeitlich geschaffene Regelung der „4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung“⁴⁴ zur Anwendung kam. Die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, die im Lauf ihrer wechselvollen Geschichte mehrmals die Kurzbezeichnung gewechselt hat, enthält – nunmehr in § 2 Abs 1 Z 7⁴⁵ – eine Ausnahmeregelung zur „Ausgangsregelung“, die einer Person das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs oder den Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs zur Teilnahme an gesetzlich vorgesehenen Wahlen und zum „Gebrauch“ von gesetzlichen vorgesehenen Instrumenten der direkten Demokratie, somit auch die Unterstützung von Volksbegehren, möglich macht. Erstmals wurde die Ausnahmebestimmung mit Wirkung vom 17.11.2020 in einer Verordnung des Gesundheitsministers verankert; sie erstreckt sich auch auf „Lockdowns“, die „rund um die Uhr“ laufen.⁴⁶ Die erwähnte Bestimmung hat nicht nur die Abwicklung eines Eintragungszeitraums für Volksbegehren, sondern auch die Durchführung mehrerer Wahlen, wie zB der Gemeinderatswahlen in St. Pölten am 24.1.2021 und in Kärnten Ende Februar 2021, möglich gemacht. Seitens des BMI wurde im Vorfeld zu den erwähnten Eintragungszeiträumen jeweils über die Öffentlichkeitsarbeit des Ressorts dafür geworben, dass Personen in größtmöglichem Ausmaß von der Stimmabgabe mittels digitaler Signatur Gebrauch machen sollten.⁴⁷

C) Europäische Bürgerinitiativen

Das Pendant zu österreichischen Volksbegehren auf europäischer Ebene ist das Instrument der Europäischen Bürgerinitiative (EBI). Seit ihrer

44 BGBl II 2021/58.

45 Zum maßgeblichen Zeitpunkt war es § 1 Abs 1 Z 7 der gegenständlichen Verordnung.

46 Vgl § 1 der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – COVID-19-NotMV, BGBl II 479/2020.

47 Ein eigens eingerichtetes Callcenter des Innenressorts leistete während der Eintragungszeiträume weitere Hilfestellung.

Einführung 2011⁴⁸ kann eine EBI sowohl in Papierform, als auch via Internet unterstützt werden. Mit der letzten EBI-Reform, die 2020 in Kraft trat⁴⁹, wurden im Bereich der Digitalisierung weitere Verbesserungen vorgenommen. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wird durch eine eigene EU-Verordnung⁵⁰ ermöglicht, bestimmte Fristen der EBI-Verordnung (EU) 2019/788 zu verlängern, um etwaige Nachteile aufgrund beschränkender Maßnahmen auszugleichen. Auf Basis dieser Verordnung ist die Europäische Kommission zudem ermächtigt, die Sammlungsfristen für Bürgerinitiativen unter bestimmten Umständen mittels „*implementing decisions*“ erneut zu verlängern.

D) Briefwahl

Im Gegensatz zu Volksbegehren stößt die Möglichkeit der Digitalisierung für die Durchführung von Wahlen derzeit an enge Grenzen. Am ehesten lässt sich noch das Anforderungswesen für Wahlkarten, die unter anderem zur Stimmabgabe mittels Briefwahl genutzt werden können, voll digital abwickeln. Wahlen ausschließlich mittels Briefwahl durchzuführen, wie es zB am 29.3.2020 beim zweiten Wahlgang der Kommunalwahl in Bayern der Fall war⁵¹, wäre in Österreich mit Blick auf Art 26 Abs 6 B-VG in Zusammenschau mit Art 95 und 117 B-VG hingegen völlig ausgeschlossen. Zwar wurde die Stimmabgabe mittels Briefwahl auch bei im Jahr 2020 und Anfang 2021 abgehaltenen Wahlen auf Länderebene in Österreich stark beworben, dabei wurde aber bezüglich der Frage, ob die Sorge vor einer Ansteckung mit COVID-19 eine gesetzeskonforme Begründung für die Verhinderung, ein Wahllokal aufzusuchen, darstellen könne, von den zuständigen Behörden offensichtlich stets ein pragmatischer Zugang gefunden. Eine Diskussion über

48 Aufgrund der Änderungen mit dem Vertrag von Lissabon (Art 11 Abs 4 des Vertrages über die Europäische Union – EUV) wurde eine eigene EBI-Verordnung – VO (EU) Nr 211/2011 – geschaffen, die am 1.4.2011 in Kraft trat und nach zwölfmonatiger Legislavakanz ab 1.4.2012 tatsächlich in allen Mitgliedstaaten anwendbar war.

49 Vgl dazu näher Wenda/Stein, „EBI neu: Die Reform der Europäischen Bürgerinitiative“, in: Schweighofer et al (Hg), Cybergovernance, Tagungsband des 24. Internationalen Rechtsinformatik Symposions Tagungsband IRIS 2021 (2021) 161 ff.

50 Verordnung (EU) 2020/1042 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020.

51 Vgl dazu etwa Wagner, Responding to COVID-19 with 100 per cent Postal Voting: Local Elections in Bavaria, Germany, International IDEA Case study, September 2020, abrufbar unter: <<https://www.idea.int/sites/default/files/responding-to-covid-19-with-postal-voting-local-elections-in-bavaria.pdf>> (16.4.2021).

eine diesbezügliche Anpassung des B-VG⁵² ist nach Wahrnehmung der Autoren bislang nicht zu verzeichnen gewesen.

E) E-Voting

Auch über die Schaffung einer E-Voting-Lösung im Zusammenhang mit COVID-19 wurde in Österreich bisher keine erwähnenswerte Debatte geführt, obwohl E-Voting – im Sinn einer Online-Stimmabgabe – sicherlich ein zweckdienliches Zusatzangebot für Wählerinnen und Wähler in Zeiten einer Pandemie wäre. Aus verschiedenen internationalen Expertenstimmen lässt sich allerdings erkennen, dass die Einführung eines E-Voting-Systems wohl keine rasch wirksame Lösung darstellen könnte.⁵³ Dies deckt sich letztendlich auch mit den bei der in diesem Beitrag skizzierten Einführung des ZeWaeR gemachten Erfahrungen, die zeigen, dass Maßnahmen zur Digitalisierung stets eine sorgfältige Vorbereitung⁵⁴ und ausreichend lange Legistvakazen voraussetzen. Selbst unter Berücksichtigung der Grundsätze, die der VfGH anlässlich der Wahl der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft (ÖH) zur elektronischen Stimmabgabe vorgegeben hat⁵⁵, und mit der Maßgabe, dass vor der Implementierung eines E-Voting-Systems – wie bei der Einführung der Briefwahl – eine Änderung des B-VG⁵⁶ erforderlich wäre⁵⁷, würden bis zu einer tatsächlichen Nutzung von E-Voting mehrere Jahre verstreichen. Insgesamt besteht aus Sicht der Autoren in der Rechtsordnung bereits jetzt eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Stimmabgabe, die sich zum Teil über Jahrzehnte entwickelt und bewährt haben und die sich nun auch in Pandemie-Zeiten als nutzbringend erweisen.

52 In Betracht käme wohl insb Art 26 Abs 6 B-VG.

53 In diese Richtung vgl etwa *Krimmer/Duenas-Cid/Krivososova*, Debate: safeguarding democracy during pandemics. Social distancing, postal, or internet voting – the good, the bad or the ugly?, *Public Money & Management*, 41/1 (2020), 8 ff.

54 Vgl *Vogl*, Briefwahl und E-Voting auf Bundesebene, JRP 2004, 119 ff.

55 Erkenntnis des VfGH vom 13.12.2011 (VfSlg 19.592/2011).

56 Vgl näher die Dissertation von *Weichsel*, E-Voting am Beispiel der ÖH-Wahlen 2009 – eine verfassungsrechtliche Betrachtung (2017) 150.

57 Eine solche erscheint bei Beobachtung des Meinungsstandes der verschiedenen parlamentarischer Fraktionen aus derzeitiger Sicht eher unrealistisch zu sein.

Aspekte der (Teil-) Automatisierbarkeit des Verwaltungsverfahrens und der oberösterreichische Weg zum Digitalen Amt

I. Projekt „Digitalisierungsoffensive der oö. Landesverwaltung – DigiLand OÖ 2021“

Im Land Oberösterreich wurde im Rahmen des Projektes „Digitalisierungsoffensive der oö. Landesverwaltung – DigiLand OÖ 2021“ ua eine Strategie für die „Digitale Transformation der oö. Landesverwaltung“ erarbeitet. Mit der Einführung einer Digitalisierungslandkarte soll ua die Auswahl und Priorisierung umzusetzender Digitalisierungsprojekte und -maßnahmen gesteuert werden. Die Umsetzung von Digitalisierungsprojekten erfolgt nach einheitlichen Kriterien wie etwa: Nutzen für die Bevölkerung, ökonomische Überlegungen, rechtliche und technische Rahmenbedingungen. Die relevanten Geschäftsprozesse mit Externen (Bürgern², Unternehmen, Gesellschaft, Organisationen) sollen kurz- bis mittelfristig digital verfügbar sein. Medienbrüche sollen – soweit sinnvoll und rechtlich möglich – vermieden werden. Zwei Leuchtturmprojekte aus dem DigiLand-Projekt sind etwa „Vollständige digitale oö. Förderverfahren“ und ein „Modulares digitales AVG-Musterverfahren“. Mit Letzterem sollen Standards für die Unterstützung der einzelnen Verfahrensschritte von digitalen Behördenverfahren erarbeitet werden. Dazu gehören zB digitale Einreichungen und strukturierte Anbringen, Collaboration Plattformen, ELAK-Trans³ inkl entsprechender Vorlagen, elektronische Akteneinsicht via Fernzugriff, elektronische Kundmachungen, elektronisches Klausulieren iSv Ver-

-
- 1 Besonderer Dank gilt Frau Mag. *Antonia Licka*, Präsidialdirektorin des Amtes der Oö. Landesregierung für den wertvollen fachlichen Austausch. Ich verweise jedoch darauf, dass die Ausführungen meine Ansicht und nicht zwingend auch jene meines Dienstgebers widerspiegeln.
 - 2 Personenbezogene Bezeichnungen sind – auch dort, wo dies aus Gründen der leichteren Lesbarkeit und der Kürze nicht ausdrücklich angeführt ist – geschlechtsneutral zu verstehen.
 - 3 Siehe dazu *Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSC)*, Konvention der Arbeitsgruppe Infrastruktur & Interoperabilität „ELAK-Transaktionen Spezifikation“ 3.0.1 (8.8.2016).

gebühren der Eingaben und Beilagen nach dem GebG und die elektronische Zustellung.

In der oö. Landesverwaltung bedeutet E-Government „Digitales Amt“. Das Digitale Amt ist Kernelement der digitalen Transformation. Es umfasst die Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung des Amtes der Oö. Landesregierung, der Bezirkshauptmannschaften und sonstigen Verwaltungseinrichtungen des Landes (zB Anstalten und Betriebe, Sonderbehörden etc). Neben der „klassischen“ Verwaltung ieS, werden auch Tätigkeiten von Regierung, Politik, Landtag etc darunter subsumiert.

II. Oö. Bezirksverwaltungsbehörden-Kooperationsgesetz

Die Digitalisierung ermöglicht eine einfachere sprengelübergreifende Zusammenarbeit der Bezirksverwaltung. In Oberösterreich wurde mit dem Oö. BVB-KG⁴ der durch eine Verfassungsnovelle⁵ vergrößerter Spielraum der Länder zur Gestaltung ihrer Behördenorganisation genutzt. Die Bezirksverwaltungsbehörden einschließlich der Statutarstädte (Linz, Wels und Steyr) können in allen von diesen zu besorgenden Angelegenheiten der Landes- und mittelbaren Bundesverwaltung sowohl der Hoheits- als auch Privatwirtschaftsverwaltung auf Basis von Verordnungen der Landesregierung sprengelübergreifend kooperieren.⁶ Damit können einerseits gesetzliche Zuständigkeiten einer Bezirksverwaltungsbehörde für bestimmte Angelegenheiten auf eine andere Bezirksverwaltungsbehörde, andererseits auch bloß Entscheidungsbefugnisse übertragen werden (zwischenbehördliches Mandat), dh eine Bezirksverwaltungsbehörde kann beauftragt werden, in bestimmten Angelegenheiten, die in die gesetzliche Zuständigkeit

4 Fundstellen in den Gesetzblättern der in diesem Beitrag zitierten Gesetze, Verordnungen und sonstigen Rechtsvorschriften werden nicht wiedergegeben; die österreichischen Rechtsnormen sind grundsätzlich im Rechtsinformationssystem über www.ris.bka.gv.at in der jeweils aktuellen Fassung abrufbar. Der Beitrag bezieht sich auf die Rechtslage im Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts (1.12.2020).

5 Mit BGBl I 14/2019 entfiel in Art 15 Abs 10 B-VG nicht nur die bisher notwendige Zustimmung der Bundesregierung zu Landesgesetzen, durch die die bestehende Organisation der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern geändert oder neu geregelt wird, sondern auch die Voraussetzungen dafür (Verfahren geringer Häufigkeit, die ein hohes Ausmaß an Sachverstand voraussetzen; erleichterte Wahrnehmung von Zuständigkeiten außerhalb der für den Parteienverkehr bestimmten Zeiten).

6 Vgl eingehend *Mayrhofer/Marktler*, Kooperationen zwischen Bezirksverwaltungsbehörden in Oberösterreich, RFG 2019/36, 175.

einer anderen Bezirksverwaltungsbehörde fallen, für diese zu entscheiden.

Derzeit gibt es 5 Verordnungen, eine davon ist die Oö. BVB-Übertragungsverordnung Arbeits- und Sozialrecht (ASR) Mühlviertel. Damit wurde bei der Bezirkshauptmannschaft Freistadt ein Servicecenter „*Strafverfahren Arbeits- und Sozialrecht*“ für das gesamte Mühlviertel eingerichtet. Die behördlichen Zuständigkeiten einzelner Bezirkshauptmannschaften (Perg, Rohrbach und Urfahr-Umgebung) wurden zB im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung auf eine Bezirkshauptmannschaft (Freistadt) übertragen. Mit der derzeit jüngsten Verordnung, der Oö. BVB-Übertragungsverordnung Wochenend-, Nachtfahr- und Feiertagsfahrverbot wurde mit 1.10.2020 die örtliche Zuständigkeit aller Bezirkshauptmannschaften betreffend Ausnahmegewilligungen von Wochenend-, Nachtfahr- und Feiertagsfahrverboten nach § 45 StVO 1960 auf eine Bezirkshauptmannschaft (Kirchdorf) übertragen.

III. Digitalisierung des Verfahrens bzw ausgewählter Verfahrensschritte

Neben den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirkungsorientierung des Verwaltungshandelns und den internen Geschäftsprozessen bestimmen selbstredend die rechtlichen Rahmenbedingungen, insb die allgemeinen bundesgesetzlichen Verfahrensbestimmungen die Digitalisierung von Prozessen bzw deren technische Umsetzung. „Digitalisierungsfeindliche“ Bestimmungen hemmen die Digitalisierung des Verwaltungshandelns, insb abweichendes Materienrecht (Sonderverfahrensrecht) sollte auf seine Notwendigkeit und künftige Regelungen sollten auf ihre Digitalisierungsverträglichkeit geprüft werden.⁷ Zur Reduktion von Medienbrüchen könnten bestimmte Berufsgruppen, zB Ziviltechniker zur Verwendung ihrer digitalen Signatur verpflichtet werden.

Nachfolgend werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ausgewählte digitalisierungsrelevante Verfahrensschritte, zB iZm dem Gebührengesetz, dem Once-Only-Prinzip und der (antizipierten) Willensbildung bei Entscheidungen herausgegriffen.

⁷ Vgl Neudorfer/Steiner, *Verwaltungsverfahrensrecht*, in: Felten et al (Hg), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht* (2019) 159.

A) Online-Formulare und Automatisierung durch strukturierte Datenerfassung

Eine strukturierte Datenerfassung begünstigt die Automatisierung. Eine Voraussetzung für automatisierte Verwaltungsverfahren ist daher auch, dass die jeweiligen Prozesse elektronisch angestoßen werden können, zB mit online bereitgestellten elektronischen Formularen oder Fachanwendungen. Mit der „Mein OÖ“ App⁸ können die Bürger und Unternehmen in Oberösterreich diverse Anträge auch bedienerfreundlich mobil (orts- und zeitunabhängig) schnell ausfüllen und abschicken. Ein durchgängig automatisierter Service der „Mein OÖ“ App ist die Terminreservierung: Der Bürger kann aus freien Terminen einen auswählen und erhält eine Reservierungsbestätigung (der Termin kann natürlich auch storniert werden), dies alles ohne Zutun eines Sachbearbeiters. Durch die SARS-CoV-2-Pandemie hat diese Funktion in Zeiten des eingeschränkten Parteienverkehrs besondere Bedeutung gewonnen, weil für persönliche Behördengänge grundsätzlich eine Terminvereinbarung notwendig ist/war.

Die Formulare der oö. Landesverwaltung werden – soweit zweckmäßig – auf interaktive Online-Formulare umgestellt. Dies betrifft aktuell insb alle Förderformulare, vorrangig bei Massenverfahren. Der vermehrte Einsatz von Online-Formularen reduziert doppelte Datenerhebungen bzw -erfassungen sowie Prozess- und Medienbrüche. Stattdessen werden weitgehend automatisierte Prozesse mit Datensicherheit geschaffen. Dies vereinfacht den orts- und zeitunabhängigen Zugang auch über mobile Geräte (zB mit der App) und ermöglicht eine automatisierte Datenübernahme für die Behörde (XML-Format). Die abgesendeten Formular-Daten (XML und PDF-Darstellung) werden automatisch im ELAK protokolliert (mit voreingestellten Prozessregeln erfolgt an Hand des Rollenkonzepts eine automatische Zuteilung an die jeweiligen Bearbeiter) und/oder in die Fachanwendungen übergeben.

Mit dem gezielten Einsatz „intelligenter“ (dynamischer, interaktiver) Formulare können Plausibilitätschecks und Vollständigkeitsprüfungen vorgenommen sowie „fehlerhafte“ Befüllungen und damit Verbesserungsaufwand vermieden werden, weil sich das Formular beim Befüllen bereits automatisch an die jeweiligen Erfordernisse anpasst

⁸ Die App ging aus dem Projekt „Digitalisierungsoffensive der oö. Landesverwaltung – DigiLand OÖ 2021“ hervor. Die neue Version 1.3.0 bringt zusätzliche Funktionen, mit der vollständigen Integration der „Fördermap“ wird ein einfacher Zugang zum Angebot der Landes-Förderungen angeboten. Weitere Informationen sind abrufbar unter <<https://www.land-oberoesterreich.gv.at/222301.htm>> (11.10.2020).

(zB aufgrund einer Eingabe werden im nächsten Schritt nur mehr dafür relevante Formular-Felder eingeblendet). Der Einsatz „intelligenter“ Formulare könnte als Vorstufe zur bzw Unterstützung bei der Erfüllung der Manuduktionspflicht (§ 13a AVG) angesehen werden. Allenfalls bedarf es einer verfahrensrechtlichen Anpassung in Bezug auf die Formular-Pflichtfelder.⁹ In der Finanzverwaltung etwa gelten Anbringen bzw Datenübertragungen nach § 5 FOnV 2006 dann als eingebracht, „wenn sie in zur vollständigen Weiterbearbeitung geeigneter Form bei der Behörde einlangen“.

Der E-Mail-Verkehr könnte zum Teil oder zur Gänze ausgeschlossen werden, insoweit eine andere („besondere“) elektronische Übermittlungsform (zB ein Online-Formular) angeboten wird.¹⁰ Mit der Umstellung auf Online-Formulare könnte iSd § 13 Abs 2 AVG hinsichtlich der elektronischen Anbringen (Eingaben) kundgemacht werden, dass diese nur dann als zulässig eingebracht gelten, wenn sie im Wege der angebotenen Online-Formulare und in der dort vorgesehenen Struktur übermittelt werden. PDF-Formulare und andere Anbringen (Eingaben), für welche keine Online-Formulare angeboten werden, können via elektronischem Zustellsystem (§ 28 Abs 3 Zustellgesetz) oder EMail eingebracht werden.

B) Elektronischer Identitätsnachweis (Bürgerkarte bzw die „ID Austria“)

Im Verwaltungsverfahren hat sich die Behörde grundsätzlich von der Identität des Einschreiters (dh Identifikation) und der Echtheit des Anbringens (dh das Anbringen stammt wirklich vom Einschreiter) zu überzeugen.¹¹ Anstelle von Lichtbildausweis und Unterschrift kann im elektronischen Verkehr der Nachweis der Identität (§ 2 Z 1 und 2 E-GovG) und der Authentizität (§ 2 Z 5 E-GovG) mit elektronischem Identitätsnachweis (§ 4 Abs 1 und 2 E-GovG) bzw qualifizierter elektronischer

9 Vgl den Vorschlag von Neudorfer/Steiner, Verwaltungsverfahrensrecht 151: „(3a) Ist für Anbringen die Verwendung eines elektronischen Formulars oder einer sonstigen elektronischen Einbringungsform verpflichtend vorgesehen, so können darin auch Pflichtinhalte (Pflichtfelder) vorgesehen werden, die jedenfalls ausgefüllt werden müssen, um das Anbringen einbringen zu können; in diesem Fall gilt bei Nichtverwendung der elektronischen Einbringungsform Abs 3 letzter Satz nicht.“

10 Vgl VwGH 26.09.2017, Ra 2017/04/0086; ErIRV 294 BlgNR 23. GP, 9; Hengstschläger/Leeb, AVG § 13 Rz 10 (1.1.2014).

11 Bei Zweifeln an der Identität des Einschreiters (Nämlichkeit) und/oder der Authentizität des Anbringens (Echtheit) ist ein Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs 3 AVG zu erteilen.

Signatur (Art 3 Z 12 eIDAS-VO, § 4 Abs 1 SVG) erbracht werden. Diese Funktionen bietet in Österreich die „Bürgerkarte“ bzw zukünftig die „ID Austria“. Der elektronische Identitätsnachweis ermöglicht nicht nur eine zweifelsfreie Identifikation, sondern auch ein automationsunterstütztes (Vor-) Befüllen von gesichertem Datenbestand (Vorname, Nachname, Geburtsdatum) zB bei Online-Formularen.¹²

Zudem können – auch unabhängig von einem konkreten Verfahren – der betroffenen Person im elektronischen Verkehr mit Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs (dh in der Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung) Zugriffsrechte auf personenbezogene Daten eingeräumt werden (Online-Zugriffe, wie zB Abfrage der Transparenzdatenbank oder des Zentralen Melderegisters). Je nach Art und Inhalt der Daten, auf die von der Person zugegriffen werden soll, kann der Nachweis der eindeutigen Identität und Authentizität mittels Bürgerkarte (künftig ID Austria) erforderlich sein (§ 3 iVm § 4 E-GovG). Damit wird sichergestellt, dass nur berechnigte Personen auf die Daten zugreifen können.¹³

C) Elektronischer Datennachweis nach § 17 Abs 2 E-GovG

1. Amtswegige Datenermittlung (bzw erhebung) anstelle der Vorlage von Unterlagen

§ 17 Abs 2 E-GovG ermöglicht der Behörde¹⁴ eine Datenermittlung (bzw -erhebung) in einem elektronischen Register eines Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs, sofern die betroffene Person einwilligt¹⁵ oder eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung bzw Ver-

12 Siehe dazu die RV 469 BlgNR 27. GP eines Bundesgesetzes, mit dem das E-Government-Gesetz, das Passgesetz 1992, das Führerscheingesetz und das Kraftfahrzeuggesetz 1967 geändert werden und die vorgesehen Rahmenbedingungen für einen „digitalen“ Führerschein bzw „digitalen“ Zulassungsschein.

13 Vgl ErlRV 252 BlgNR 22. GP, 6.

14 Derzeit gilt § 17 Abs 2 E-GovG nur für hoheitliches Handeln im funktionalen Sinn, also auch für behördlich tätige Selbstverwaltungskörper (wie Gemeinden und Sozialversicherungsträger) und Beliehene. Privatwirtschaftliches Handeln ist nicht umfasst, hier richtet sich die Datenabfrage nach den allgemeinen Erlaubnistatbeständen der datenschutz- und materienrechtlichen Bestimmungen; vgl *Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSG)*, Leitfaden zu § 17 Abs 2 E-GovG 2.0.1, Punkt 3.1. (24.1.2017).

15 Die Einwilligung sollte direkt im Online-Formular erfolgen. Dafür sind alle Register anzuführen, die für die Datenverarbeitung abgefragt werden müssen, und zwar in Form von einzeln aktivierbaren Checkboxen – keine „all or nothing“-Auswahl der Register.

pflichtung¹⁶ besteht. Die Bestimmungen des E-GovG stützen sich großteils auf den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten im automationsunterstützten Datenverkehr“, daneben ua auch auf die Bedarfsgesetzgebungskompetenz für das Verwaltungsverfahren nach Art 11 Abs 2 B-VG. Zwar handelt es sich bei § 17 Abs 2 E-GovG um eine Verfahrensbestimmung einer einheitlichen Bedarfsgesetzgebung, allerdings wurden Bestimmungen in Materiengesetzen, welche die Vorlage bestimmter Urkunden an die Behörde verlangen, nicht derogiert.¹⁷ Das heißt, die verlangten Urkunden sind mangels ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung weiterhin der Behörde vorzulegen, es sei denn, die Behörde wird mit Einwilligung der betroffenen Person zur Datenermittlung ermächtigt.¹⁸ Für die weitere Verarbeitung der ermittelten Daten ist der geltende Rechtsrahmen für das jeweilige Verfahren maßgeblich.¹⁹

Allgemeine Abfragebefugnisse (zB § 6 GUG) führen in Zusammenschau mit dem jeweiligen Materiengesetz dann zu einer Abfrageverpflichtung bzw -ermächtigung, wenn die Bekanntgabe bestimmter Daten ausreicht und die materienrechtlichen Bestimmungen keine Vorlage von Nachweisen bzw Unterlagen verlangen. So wäre die Behörde zB bei einem Antrag auf Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung zur Datenabfrage berechtigt (§ 103 Abs 1 lit b, § 126 WRG 1959, § 6 GUG). Hier wird der Antragsteller zur „grundbuchsmäßigen Bezeichnung der durch Anlagen beanspruchten Liegenschaften unter Anführung des Eigentümers sowie Bekanntgabe der Wasser, Fischerei- und Einforstungsberechtigten“ verpflichtet. Er muss aber nicht jene Urkun-

16 Vgl dazu die ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen, in § 2 Abs 1 Z 5 PassG-DV oder § 47 Abs 3 Oö. ChG; ErlRV 981 BlgNR 24. GP, 171 zur Novellierung des § 365a Abs 5 Z 3 lit b (nunmehr Z 4 lit b) GewO, welche gemeinsam mit der ersten Novellierung des § 17 Abs 2 E-GovG erfolgte; Erlass des BMJ vom 6.10.2014 zur Einführung des zentralen Personenstandsregisters und des zentralen Staatsbürgerschaftsregisters sowie zu den Übermittlungspflichten der ordentlichen Gerichte nach dem neuen Personenstandsrecht, BMJ-Z40.000/00121 1/2014, abgedruckt im Volltext bei *Pesendorfer*, Die Einführung des zentralen Personenstandsregisters und des zentralen Staatsbürgerschaftsregisters, iFamZ 2014/6, 285 ff.

17 Vgl ErlRV 252 BlgNR 22. GP, 5 f; ErlRV 981 BlgNR 24. GP, 45; *Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSG)*, Leitfaden zu § 17 Abs 2 E-GovG 2.0.1, Punkt 2. (24.1.2017).

18 Nach dem Gesetzeswortlaut sind die Daten, die in einem elektronischen Register eines Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs enthalten sind, der Behörde vorher bekanntzugeben sind, denn es ist die Richtigkeit der gemachten Angaben zu prüfen; vgl *Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSG)*, Leitfaden zu § 17 Abs 2 E-GovG 2.0.1, Punkt 3.2. (24.1.2017).

19 Vgl ErlRV 981 BlgNR 24. GP, 45; ErlRV 1145 BlgNR 25. GP, 13.

den vorlegen, die die Richtigkeit der Angaben nachweisen.²⁰ Zum Teil sehen Materiengesetze²¹ ausdrücklich die Vorlage bzw den Anschluss eines Grundbuchsatzzugs und nicht nur die Bekanntgabe bestimmter Daten vor.²² Hier besteht keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Datenermittlung der Behörde zum Zweck der Beurteilung der Richtigkeit von (bekanntgegebenen) Daten, sondern nur eine allgemeine Abfragebefugnis nach § 6 GUG. Daher kann eine Vorlage nur dann entfallen, wenn die betroffene Person in die Abfrage durch die Behörde einwilligt. Die Einwilligung kann aber nur für die eigenen personenbezogenen Daten erteilt werden und grundsätzlich nicht für jene anderer Personen (zB die Eigentümer von im Verfahren betroffenen Liegenschaften). Mit entsprechenden gesetzlichen Regelungen könnte die Abfrage der eigenen Daten sowie anderer Verfahrensbeteiligter bzw Dritter auch ohne Einwilligung vorgenommen werden.²³

Das Automatisierungspotential könnte mit einer Anpassung des E-GovG oder der verschiedenen Materiengesetze weiter ausgeschöpft werden.²⁴ Anstelle der Urkundenvorlage sollte eine Bekanntgabe der Daten ausreichen und die Behörde umfassend ermächtigt bzw verpflichtet werden, die notwendigen Nachweise aus den elektronischen Registern der Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs abzufragen.

20 Vgl idS auch Kneihls, § 360 ASVG, in: Mosler/Müller/Pfeil (Hg), Der SV-Komm Rz 11 f (1.10.2019) zur elektronischen Einsicht in öffentliche Bücher (insb Firmenbuch, Gewerberegister), welche „iSe datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeit – zur Erfüllung dieser Aufgaben auch notwendig sein“ muss. „Die Vollständigkeit und Richtigkeit der Meldungen der Bezugsberechtigten (...) kann zunächst durch Auskunftsbefahren nach § 43 und Ladung nach § 19 AVG, § 362a AVSG überprüft werden; erst wenn sich danach Zweifel nicht entkräften lassen, besteht eine Notwendigkeit der Überprüfung durch die in Rede stehende Einsichtnahme.“

21 Vgl zB § 19 Abs 2 Forstgesetz 1975, § 39 Abs 1 Z 4 AWG 2002, §§ 4 Abs 2 Z 1, 28 Abs 2 Z 1 Oö. BauO 1994, siehe hier jedoch § 28 Abs 3 Oö. BauO 1994: „Die Baubehörde kann auf die Vorlage eines Grundbuchsatzzugs (Abs 2 Z 1) verzichten, wenn der Nachweis des Eigentums (...) der Baubehörde bereits vorliegt oder vom Bauwerber auf andere Weise erbracht wird.“

22 Grundsätzlich nur die Bekanntgabe von (in elektronischen Registern eines Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs enthaltenen) Daten verlangen zB § 19 Abs 4 Z 1 Oö. LuftREnTG, § 7 Abs 1 Z 5 Oö. ElWOG 2006, § 6 Abs 2 lit c und d Oö. Starkstromwegesetz 1970.

23 „Freiwillige“ Abfragen der Behörden wurden regelmäßig auf § 8 Abs 3 Z 1 DSG 2000 iVm dem jeweiligen Materiengesetz gestützt („Wahrnehmung einer gesetzlich übertragenen Aufgabe“), da es kaum ausdrückliche Regelungen für eine Datenverarbeitung iSd § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 gab. Sofern der Behörde gesetzlich eine Aufgabe übertragen war, konnten grundsätzlich Abfragen vorgenommen werden, wenn dies für die Erledigung der Aufgabe auch erforderlich war (Wesentlichkeits-/Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

24 Vgl Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 182, wonach die Verwaltungsabläufe durch KI-Einsatz optimiert werden können, um Informationsverpflichtungen von Unternehmen und Bürgern zu reduzieren.

Die Behörde muss die Daten zur Erfüllung ihrer Aufgaben ohnehin verarbeiten, weshalb die Legitimation der Datenermittlung mittels Einwilligung weitestgehend durch entsprechende Rechtsgrundlagen zurückgedrängt werden sollte. Dies auch aufgrund des Legalitätsprinzips (Art 18 BVG) und des Umstandes, dass andere Rechtsgrundlagen (insb Art 6 Abs 1 lit c und e DSGVO) für die Tätigkeit einer Behörde grundsätzlich angemessener scheinen als eine Einwilligung.²⁵ Der Entfall der Vorlage für bestimmte Urkunden könnte zentral im E-GovG normiert werden, sofern die zu beweisenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse durch Einsicht in die der Behörde zur Verfügung stehenden Register festgestellt werden können (zB Grundbuch [§ 6 GUG], Zentrales Staatsbürgerschaftsregister [§ 56a StbG], Zentrales Personenstandsregister [§ 44 PStG 2013], Zentrales Melderegister [§ 16 MeldeG], Zentrales Vereinsregister [§§ 17 bis 19 VerG], Strafregister [§ 9 Strafregistergesetz 1968]).²⁶ Eine pauschale Regelung im E-GovG könnte allerdings mit den Anforderungen des § 1 Abs 2 DSG kollidieren. Demnach darf der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz (gegenständlich wäre das die amtswegige Datenermittlung) durch eine staatliche Behörde – soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Einwilligung erfolgt – nur auf Grundlage eines hinreichend bestimmten Gesetzes aus den in Art 8 Abs 2 EMRK Gründen erfolgen.²⁷

Ferner könnte eine pauschale Regelung zur amtswegigen Datenermittlung in einem Spannungsverhältnis zu den Anforderungen des Art 5 Abs 1 lit a DSGVO und zur datenschutzrechtlichen Zweckbindung nach Art 6 Abs 4 (iVm Art 23 sowie Art 6 Abs 1 lit e iVm Abs 2 und 3) DSGVO stehen. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der Datenermittlung aus Registern um eine mit den ursprünglichen Zwecken der Datenverarbeitung (also der Erfassung im Register) vereinbare Weiterverarbeitung handelt. Bei Vereinbarkeit der Zwecke ist neben der Rechtsgrundlage für die Erhebung der personenbezogenen Daten grundsätzlich keine gesonderte ausdrückliche Rechtsgrundlage oder Einwilligung für die Verarbeitung für andere Zwecke erforderlich. Der neue Zweck, für den die Daten verarbeitet werden sollen, ist mit dem ursprünglichen Zweck, für den die Daten erhoben wurden, hinsichtlich der Vereinbarkeit der Zwecke anhand der in Art 6 Abs 4 lit a bis lit e (und EWG 50) DSGVO aufgelisteten Kriterien abzugleichen. Bei wörtlicher Interpretation würde

25 Vgl Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP259rev.01, 7 ff; EWG 42 f DSGVO.

26 Vgl idS die Sammelnovelle des Niederösterreichischen Landtags, NÖ LGBl 12/ 2018.

27 Vgl dazu VfSlg 20.213/2016 mwN.

dies allerdings bedeuten, dass die Vereinbarkeit der Zwecke zur Aus-
höhlung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung führen
könnte. Bei der Beurteilung der Vereinbarkeit nach Art 6 Abs 4 DSGVO
wäre demnach wohl als weiterer Faktor zu berücksichtigen, ob der
neue Zweck der Datenverarbeitung in der bisherigen Rechtsgrundlage
Deckung findet.²⁸ Die DSGVO ermöglicht dem nationalen Gesetzgeber
mit Art 6 Abs 4 das Once-Only-Prinzip umzusetzen, indem – neben der
Möglichkeit, die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen – die
zulässige Weiterverarbeitung zu anderen (grundsätzlich nicht verein-
baren bzw inkompatiblen) Zwecken durch entsprechende Rechtsvor-
schriften zur amtswegigen Datenermittlung legitimiert werden kann.
Nach EWG 50 DSGVO „können im Unionsrecht oder im Recht der Mit-
gliedstaaten die Aufgaben und Zwecke bestimmt und konkretisiert
werden, für die eine Weiterverarbeitung als vereinbar und rechtmäßig
erachtet wird“. Voraussetzung ist, dass „die Verarbeitung für die Wahr-
nehmung einer Aufgabe erforderlich [ist], die im öffentlichen Inter-
esse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Ver-
antwortlichen übertragen wurde.“ Diese Rechtsvorschriften, mit denen
vom Grundsatz der Zweckbindung abgewichen wird, müssen also er-
forderlich und verhältnismäßig zur Erreichung bestimmter Ziele des
allgemeinen öffentlichen Interesses iSd Art 23 Abs 1 DSGVO sein. Die
für die Einführung bzw Novellierung des „Grundsatzes der einmaligen
Erfassung“ (Once-Only-Prinzip) verbundenen Ziele der Effizienzsteige-
rung bzw Steigerung des Bürger- bzw Unternehmensservice lassen sich
allenfalls unter Art 23 Abs 1 lit e DSGVO subsumieren. Diese litera stellt
auf sonstige wichtige Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der
Union oder eines Mitgliedstaats ab, beispielsweise wichtige wirtschaft-
liche oder finanzielle Interessen sowie die soziale Sicherheit, öffent-
liche Gesundheit und humanitäre Hilfe.

2. Gebührenbefreiung für Registerabfragen von Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs

Grundsätzlich könnte die Behörde die bei der Registerabfrage ent-
stehenden Gebühren bzw Barauslagen, die den gewöhnlichen Ver-
waltungsaufwand übersteigen, der Partei vorschreiben.²⁹ Bei pauscha-

28 Vgl Feiler/Forgó, EU-DSGVO (2016) Art 6 Rz 15 f; ebenfalls kritisch Kastelitz, Grund-
sätze und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art 5–11
DSGVO), in: Knyrim (Hg), Datenschutz-Grundverordnung DSGVO. Das neue Daten-
schutzrecht in Österreich und der EU (2016) 102 f.

29 Vgl Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSG), Leitfaden zu § 17 Abs 2 E-GovG 2.0.1,
Punkt 3.4.1. und 5. (24.1.2017).

lierten Abfragegebühren ist allerdings fraglich, ob diese im konkreten Verwaltungsverfahren erwachsen sind (§ 76 AVG) und damit als Barauslagen weiterverrechnet werden können. Mit dem Anstieg der Abfrageermächtigungen – sei es gewillkürt oder gesetzlich – steigt auch der personelle und finanzielle Mehraufwand bei den abfragenden Behörden. Hand in Hand mit Once Only sollte daher die Gebührenbefreiung für Registerabfragen durch Verantwortliche des öffentlichen Bereichs gehen.³⁰

3. *Registerdaten und proaktives Gewähren der Betroffenenrechte nach der DSGVO*

Unabhängig von der gesetzlichen Ausgestaltung des Once-Only-Prinzips bedarf es einer entsprechenden Datenqualität. Neben bereits vorgesehenen Instrumenten zur Steigerung der Datenqualität (etwa §§ 16a Abs 9, 16c MeldeG und der mit einer aktuellen Regierungsvorschläge vorgeschlagene § 6 Abs 4a bis 4c E-GovG³¹) könnte der betroffenen Person – nach entsprechender Identifikation iSd § 3 E-GovG – zentral (zB über die App Digitales Amt³²) ein direkter Zugriff auf ihre in Registern von Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs verarbeiteten Daten ermöglicht werden, sofern nicht zB ermittlungstaktische Gründe dagegen sprechen. Werden personenbezogene Daten erfasst oder verändert, könnte die betroffene Person automatisch benachrichtigt werden. Damit würde das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht nach Art 15 DSGVO proaktiv gewährt.

D) Vorbereitungsarbeiten und Potential für automatisierbare (Teil-) Prozesse

Generell und relativ simpel kann eine Vereinheitlichung und automatisierbare Verarbeitung im ELAK durch zentrale Dokumentvorlagen mit

30 Vgl Oö. LRH, E-Government – Strategie der Oö. Landesverwaltung, August 2019, LRH-100000-43/6-2019-ST, Berichtspunkt 17: „Die Nutzung der Daten aus zentralen Registern bzw. Datenbanken, die von Behörden oder Organisationen auf Bundesebene geführt werden, verursachte 2018 Ausgaben von rd. 279.300 Euro. (...) Der LRH ist für Kostenwahrheit und -transparenz sowie Effizienz in der Abwicklung. Die Kosten für die Register sollten sich an der Erstellungsleistung, dem Betrieb und der Wartung orientieren.“

31 Vgl RV 469 BlgNR 27. GP, Artikel 1 Z 10.

32 Informationen zur App des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unter <https://www.oesterreich.gv.at/ueber-oesterreichgvat/faq/app_digitaales_amt.html> und <<https://www.bmdw.gv.at/Digitaales-Amt/Mobile-Government.html>> (11.10.2020).

Textbausteinen bzw Standardtexten erreicht werden. Die Vorlagen im ELAK können automatisiert um bestimmte Inhalte aus Metadaten ergänzt werden (welche zB von Online-Formularen oder Fachanwendungen in den ELAK übergeben wurden). Standardprozesse gewährleisten eine einheitliche Verfahrensabwicklung.

Sprachdialogsysteme und Chatbots könnten bei der Antragseinbringung, der Manuduktionspflicht oder der Erstellung einer Niederschrift unterstützen. Insbesondere Text- oder Mustererkennungen könnten (sofern gut maschinenlesbare Datenformate vorliegen) zB im ELAK zur automatisierten Protokollierung zum richtigen Sachgebiet bzw Akt oder zur Vorprüfung von Beilagen und bei der Sachverhaltsaufklärung herangezogen werden.³³ Aufwändige Versionsvergleiche von Dokumenten und die Kontrolle auf Vollständigkeit könnten erleichtert werden oder entfallen. Sollte die Analyse der Daten ergeben, dass die Dokumente unvollständig sind, könnte ein automatisierter Verbesserungsauftrag generiert werden.³⁴

Neben der bereits antraglosen Familienbeihilfe und Arbeitnehmerveranlagung könnten weitere derzeit noch antragsbedürftige Verwaltungsverfahren zu „No-Stop-Verfahren“ weiterentwickelt werden, sodass ein „*automatisiertes Handeln*“ der Behörde ermöglicht wird.³⁵

Meldepflichten von Bewilligungsinhabern (zB über Adress- oder Namensänderungen udgl) oder „behördenseitige“ Verständigungspflichten anderer Verantwortlicher des öffentlichen Bereichs (zB über strafrechtliche Verurteilungen, die die Unverlässlichkeit zur Folge hätten) können mit Hilfe von Änderungsdiensten iSd § 16c MeldeG und automatisierten Verständigungen an die jeweils zuständige Behörde entfallen (wie zB in § 365a Abs 5 GewO bereits vorgesehen). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die betroffene Person eindeutig identifiziert ist. Dies wird in Österreich mit der Ausstattung von Datenanwendungen

33 Vgl Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 182 f.

34 Ein Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs 3 AVG ist ebenfalls eine Erledigung, die den Voraussetzungen des AVG zu entsprechen hat und damit *de lege lata* vom Organwalter im Einzelfall zu genehmigen ist (§ 18 Abs 3 AVG); siehe dazu Punkt III.G.2.

35 Vgl Neudorfer/Steiner, Verwaltungsverfahrensrecht 153 f mwN.

mit – nach § 9 E-GovG aus der Stammzahl abgeleiteten – bereichsspezifischen Personenkennzeichen erreicht.³⁶

E) Elektronische Verhandlungsführung und audiovisuelle Vernehmung

Seit BGBl I 57/2018 können im behördlichen Verfahren audiovisuelle Vernehmungen zur unmittelbaren Beweisaufnahme genutzt werden. § 51a AVG ermöglicht, dass Vernehmungen – nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten – auch unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung durchgeführt werden, es sei denn, das persönliche Erscheinen vor der Behörde ist unter Berücksichtigung der Verfahrensökonomie zweckmäßiger oder aus besonderen Gründen erforderlich (zB Vorlage physischer Beweismittel). Eine audiovisuelle Vernehmung wäre etwa dann geboten, wenn ein Erscheinen wegen Alters, Krankheit oder Gebrechlichkeit nicht möglich ist. Damit kann auch einem Ersuchen einer ausländischen Behörde zur grenzüberschreitenden Vernehmung im Wege einer Videokonferenz nachgekommen werden.³⁷

Durch die SARS-CoV-2-Pandemie hat die Digitalisierung auch in der Verwaltung einen weiteren Schub bekommen. Die Gesetz- und Verordnungsgeber haben teilweise zeitlich befristete Maßnahmen zum Zweck der Beschränkung der physischen Behördenkontakte ergriffen und neben Vernehmungen können auch sonstige Amtshandlungen und Verhandlungen mit technischen Hilfsmitteln durchgeführt werden. Neben der Möglichkeit telefonische Absonderungsbe-

36 Vgl. *Bund-Länder-Städte-Gemeinde (BLSG)*, One-Stop-/No-Stop-Government. Projektbericht Version One-Stop 1.0.0 (17.6.2016); abrufbar unter <<https://neu.ref.wien.gv.at/at.gv.wien.ref-live/web/reference-server/weitere-themen1>>. Zum bPK-Konzept siehe *Karning/Kustor*, E-Government, in: Bauer/Reimer (Hg), *Handbuch Datenschutzrecht* (2009) 239 ff. Derzeit gibt es 35 bPK, daneben besteht die Möglichkeit weitere bPK festzulegen. Das bPK-Konzept beruht auf datenschutzrechtlichen Erwägungen, diesen Ansprüchen kann es mE nicht durchgängig gerecht werden; bei einer Wohnbeihilfe-Förderung wären, zumindest 5 bPK zu berechnen (etwa bPK BW, ZP TD, ZU, KI, HR), obwohl dem Sachbearbeiter die personenbezogenen Daten ohnehin bekannt sein müssen. Mit einer Vielzahl an bPK geht auch ein (technischer) Aufwand bei der Entwicklung von Anwendungen (verschlüsselte bPK, Schnittstellen zu anderen Anwendungen) sowie System- und Pflegeaufwand für die Ver- und Entschlüsselung einher. Eine Reduktion auf wenige staatliche Tätigkeitsbereiche würde zu einer Verminderung dieses Aufwands führen und die Digitalisierung von Prozessen erleichtern.

37 Vgl. ErlRV 193 BgNR 26. GP, 4 mit Verweis auf die Erläuterungen zur Vorbildregelung – auch für § 25 Abs 6a VwGVG – des § 277 ZPO: „umfangreiche Vorhalte von Urkunden und physischen Augenscheinsgegenständen“; ErlRV 981 BgNR 24. GP zu Artikel 38 Z 9.

scheide zu erlassen (§ 46 EpiG), wurde im Verwaltungsverfahren mit § 3 COVID-19-VwBG eine weitergehende Bestimmung für „elektronische Amtshandlungen“ (zB „Tele-Besichtigung“) geschaffen.³⁸ Die elektronischen Amtshandlungen nach § 3 COVID-19-VwBG sind Alternativen, deren tatsächliche Inanspruchnahme im (gebundenen) Ermessen der Behörde liegt.³⁹ Diese Ermessensausübung erfolgt in Anbetracht der Gefährdungslage und gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Garantien des Art 6 EMRK. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die elektronische Amtshandlung unter Abwägung der Umstände – etwa der aktuellen Gefährdungslage, der daraus resultierenden Notwendigkeit von zu treffenden Schutzmaßnahmen, zB Mund- und Nasenschutz, und der örtlichen Gegebenheiten, insb ob die Abstandsregeln eingehalten werden können – angemessen ist.⁴⁰

Die mit technischen Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung vorgenommene Amtshandlung könnte aus Praktikabilitätsgründen mit den eingesetzten Videokonferenzsystemen aufgezeichnet werden, sofern eine solche Aufzeichnung aus verfahrensrechtlicher Sicht als Schallträger iSd § 14 Abs 7 AVG zu werten ist.⁴¹ Grundsätzlich ist unter einem „Schallträger“⁴² eine Tonbandaufzeichnung mit Diktiergerät zu verstehen. Daher wären mit Videokonferenzsystemen grundsätzlich Stimmaufzeichnungen (dh ohne Bildaufzeichnung) zulässig, dies würde auch den datenschutzrechtlichen Prinzipien der Datenminimierung und des Einsatzes des gelindesten Mittels nach Art 5 und 25 DSGVO entsprechen. Sollte eine (Audio-)Aufzeichnung erfolgen, sind die Anforderungen an die Dokumentation des Verhandlungsgangs zu beachten und alle Beteiligten zuvor zu informieren. Zudem sind die sonstigen Vorgaben zur Erstellung von Niederschriften einzuhalten, denn eine Aufzeichnung ersetzt keinesfalls eine Niederschrift. Die Bestimmungen über die Niederschrift – insb zum zwingenden Inhalt und der Möglich-

38 Vgl *Bergthaler/Hauer*, Die Vor-Ort-Besichtigung nach der Industrieemissionsrichtlinie, ZTR 2012/4, 208 f; *Bergthaler/Mayrhofer*, Digitale Transformation im Anlagenrecht, in: Felten et al (Hg), Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht (2019) 121; *Cudlik/Lopatka*, Amtshandlungen in der COVID-19-Lockerungsphase, *ecolex* 2020, 587.

39 Vgl *Greifeneder in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 15 Rz 19/1 (30.09.2020). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf den Gesetzestext, insb § 3 Abs 2 bis 4 COVID-19-VwBG verwiesen.

40 Vgl dazu insb zum Verfahren der Verwaltungsgerichte, des VwGH und des VfGH auch AB 136 BlgNR 27. GP, 1 f; *Cudlik/Lopatka*, *ecolex* 2020, 588 f.

41 Siehe dazu im gerichtlichen Strafverfahren § 271a StPO, wonach die Protokollführung durch die Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- oder Bildaufnahme unterstützt werden kann und der gesamte Verlauf der Hauptverhandlung unmittelbar aufgenommen wird.

42 Vgl zur Genese *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 14 Rz 8 (Stand 1.1.2014).

keit der Erhebung von Einwendungen dagegen – bleiben unberührt (§ 3 Abs 5 letzter Satz COVID-19-VwBG). Die Niederschrift einer Verhandlung, die unter Verwendung geeigneter technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung durchgeführt wurde, muss nur vom Leiter der Amtshandlung unterschrieben werden bzw kann bei deren elektronischer Erstellung (wie gewohnt) auch mit einem Verfahren zum Nachweis der Identität des Verhandlungsleiters und der Authentizität der Niederschrift gefertigt werden (§ 3 Abs 5 Satz 1 und 2 COVID-19-VwBG).

Wenn diese Möglichkeiten dauerhaft in das AVG aufgenommen bzw § 51a AVG entsprechend angepasst werden würde, könnte es langfristig zu einer Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren kommen, weil zB Lokalausweise digital vorgenommen werden könnten.⁴³

F) Elektronisches Klausulieren bzw Vidieren – Überlegungen zum Gebührenrecht

Eine Anpassung des GebG würde eine durchgängige Digitalisierung der Verfahren erleichtern. Das GebG ist zum Teil wenig technologieneutral und noch von einer physischen Aktenführung geprägt. Ein elektronisches Klausulieren bzw Vidieren der Beilagen ist technisch schwieriger umzusetzen, weil der Vermerk über die Höhe der zu entrichtenden oder entrichteten Gebühren auf der Schrift zu erfolgen hat (§ 13 Abs 4 2. Satz GebG). Für das Aufbringen der Höhe der Gebühr wären derzeit pro zu vergebührender Schrift manuelle Zwischenschritte erforderlich. Die übrigen Daten (zB Geschäftszeichen, Behörde, genehmigende Person) können automatisiert aus den Metadaten des Bezug habenden ELAK-Geschäftsstücks an die Klausulierungsanwendung übergeben werden. Bei der elektronischen Aktenführung sollte daher – sowohl bei im Verwaltungsakt verbleibenden als auch bei nicht im Verwaltungsakt verbleibenden Schriften – nur die Gebührenpflicht als solche, nicht aber die Höhe der entrichteten oder zu entrichtenden Gebühr auf der zu vergebührenden Schrift anzubringen sein, sofern sich die Höhe der zu entrichtenden bzw entrichteten Gebühren aus dem Verwaltungsakt nachvollziehen lässt. Etwa wenn in der (allenfalls gesonderten) Kostenentscheidung beim Gebührenhinweis nach dem GebG das jeweilige zu vergebührende Dokument (zB Beilage „Bauplan“, etc) inkl Höhe und Rechtsgrundlage eigens referenziert sowie der Gesamtbetrag mit Zahlungsfrist ausgewiesen und die Entrichtung der Gebühr zB durch

43 Vgl idS Bergthaler/Mayrhofer, Transformation 119.

einen Zahlungsbeleg/Auszug aus dem Haushaltsverrechnungssystem „bestätigt“ wird.

Allgemein sollte die Gebührenverrechnung – im Falle einer durchgängig elektronischen Eingabe – weitgehend vereinfacht bzw. pauschaliert werden. Anträge und Beilagen, die per E-Mail, Online-Formular, Fachanwendung oder sonstiger Collaboration Plattform (ggf auch wenn die Beilagen gesondert in einem elektronischen Format übermittelt werden) eingebracht werden, könnten als eine (Zahlwort) Eingabe betrachtet und mit einer festen Gebühr verrechnet werden (zB § 14 TP 6 Abs 1 GebG). Damit könnte auch die Automatisierung in diesem Bereich vereinfacht werden.

G) (Teil-)Automatisierbarkeit von Erledigungen

1. Allgemeines zum Einsatz von Algorithmen, Künstlicher Intelligenz bzw Maschinellern Lernen

Der potentielle Einsatzbereich von Algorithmen, Künstlicher Intelligenz (KI) bzw Maschinellern Lernen (ML) udgl in der Verwaltung ist grundsätzlich vielfältig.⁴⁴ Die Europäische Kommission betont in ihrem „Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz“⁴⁵ die Bedeutung der Einführung KI-gestützter Produkte und Dienstleistungen ua in den öffentlichen Verwaltungen. Auch die österreichische Bundesregierung sieht in ihrem Regierungsprogramm 2020–2024 den Einsatz von KI zur Unterstützung (gerichtlicher) Entscheidungen durch automatisierte Literaturrecherche sowie die Aufbereitung von digitalen Akten vor,⁴⁶ wenngleich der Einsatz von KI⁴⁷ in der Verwaltung beschränkt sein soll. So

44 Auch wenn es derzeit wenige Anwendungsbeispiele gibt; vgl Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 183.

45 Europäische Kommission, COM(2020)65: Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen (19.2.2020) 9.

46 Vgl Regierungsprogramm 2020-2024, 29 abrufbar unter <<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>> (11.10.2020); siehe auch die Broschüre „Artificial Intelligence Mission Austria 2030. Die Zukunft der Künstlichen Intelligenz in Österreich gestalten“ der Bundesministerien für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort sowie für Verkehr, Innovation und Technologie, abrufbar unter <<https://www.bmdw.gv.at/Themen/Digitalisierung/Strategien/Kuenstliche-Intelligenz.html>> (2018).

47 „Künstliche Intelligenz“ ist nicht einheitlich definiert. Hier wird das Verständnis der *Hochrangigen Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) 143 zu Grunde gelegt; vgl Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 165 f; *Reinisch*, Künstliche Intelligenz – Haftungsfragen 4.0, ÖJZ 2019, 298 ff. Siehe dazu auch die Differenzierung von *Reinisch*, ÖJZ 2019, 299 f.

dürfen Entscheidungen, die unmittelbare Auswirkungen auf Menschen haben, maschinell unterstützt, aber nicht durch Maschinen getroffen werden.⁴⁸ Neben der Frage, ob es Anwendungsbereiche gibt, in denen KI nicht eingesetzt werden sollte („rote Linie“), ist also (ua auch aus datenschutzrechtlicher Sicht) zum einen zwischen Verfahrensprognosen bzw. Entscheidungsvorschlägen bzw. -entwürfen und definitiven Entscheidungen, zum anderen zwischen Algorithmen und KI zu unterscheiden. Eine Automatisierbarkeit von Erledigungen wäre insb bei gebundenen Entscheidungen, bei welchen die Entscheidung bereits direkt aus der jeweiligen Rechtsgrundlage abgeleitet werden kann, naheliegend. Diese haben einen hohen Standardisierungsgrad und regelbasierte Systeme („Wenn-A-gleich-B-Modus“) können nachvollziehbar sowie vorhersehbar eingesetzt werden.⁴⁹ Bei Ermessensentscheidungen bedarf es grundsätzlich einer individuellen Beurteilung des Sachverhalts und einer Einzelfallbeurteilung, wobei auch diese allenfalls durch KI-Systeme unterstützt bzw. ersetzt werden könnten.⁵⁰ Die Sachbearbeiter könnten mit vorbereiteten Entscheidungsvorschlägen insb bei Routinearbeiten bzw. Massenverfahren entlastet werden. Bei Ermessensentscheidungen und komplexen Fällen könnten mehrere Vorschläge zur menschlichen Prüfung und Entscheidung vorgelegt werden. Sofern die tatsächliche Entscheidungsmacht beim Menschen liegt und von diesem auch ausgeübt wird (dh, kein routinemäßiges Übernehmen), handelt es sich um ein entscheidungsunterstützendes, andernfalls um ein entscheidendes System.

Maßgeblich ist natürlich, mit welchen „Eingaben“ bzw. Daten die Systeme „befüllt“ bzw. „gefüttert“ werden, daher muss eine entsprechende Qualität der verwendeten Daten sichergestellt werden. Die Qualität der Ergebnisse der Systeme steigt mit der Quantität an brauchbaren, qualitativen „Trainingsdaten“. Die Trainingsdaten sind vor ihrem Einsatz selbstredend etwa auf Fehlerhaftigkeit und Diskriminierung etc

48 Vgl. Regierungsprogramm 2020-2024, 325; Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BfjNR 27. GP 02 Hauptdokument 182. Siehe zu datenschutzrechtlichen Aspekten idZ bzw. betreffend Art 22 DSGVO in Ansätzen den Punkt III.G.3.

49 Vgl. *Denk*, Der maschinell erstellte Bescheid (Teil II), ZTR 2020/1, 2; vgl. idS auch in Deutschland § 35a Verwaltungsverfahrensgesetz.

50 Vgl. dazu ausführlich *Denk*, ZTR 2020/1, 3 f.

zu prüfen.⁵¹ Für Entscheidungssysteme ist hier va an Rechtstexte⁵², Entscheidungen, Erlässe zu denken. Im digitalen Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) sind die meisten Entscheidungen, nämlich die erstinstanzlichen Entscheidungen von den Behörden allerdings nicht veröffentlicht, intern könnte hier der ELAK als „Basis“ herangezogen werden. Es wäre datenschutzrechtlich zu prüfen, ob die Verarbeitung in der Trainingsphase allenfalls auf § 7 Abs 1 Z 2 DSG gestützt werden könnte, da die Ausnahmen vom Zweckbindungsgrundsatz für wissenschaftliche Forschungszwecke grundsätzlich weit interpretiert werden.⁵³ Um dem Grundsatz der Datenminimierung gerecht zu werden, wäre für die Trainingsphase wohl eine Anonymisierung, iSd § 7 Abs 1 Z 3 DSG zumindest Pseudonymisierung zu befürworten (auch hier kann die Technik unterstützen). Allenfalls könnte auch eine Genehmigung der DSB nach § 7 Abs 3 DSG in Betracht kommen.⁵⁴

Mit entsprechenden (rechtlichen) Rahmenbedingungen zur Wahrung der ethischen und grundrechtlichen Erfordernisse (zB Daten-

51 Vgl. *Klaushofer*, Die österreichischen Verwaltungsgerichte im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention – digitale Herausforderungen, ZVG 2020, 28 f; *Europäische Kommission*, COM(2020)65, 22 zu den Anforderungen zB an Trainingsdaten und wie diese und andere Anforderungen (zB Robustheit und Genauigkeit, menschliche Aufsicht) in einem entsprechenden Rechtsrahmen spezifiziert werden sollten; Österreichischer Rat für Robotik und Künstliche Intelligenz, White Paper – Die Zukunft Österreichs mit Robotik und Künstlicher Intelligenz positiv gestalten, 45 ff (November 2018); *Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, Rz 73, 80, 101 (8.4.2019); *Ebenhoch/Gantner*, Das Recht in der KI-Falle, in: *Schweighofer/Kummer/Saarenpää* (Hg), Tagungsband des 22. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS (2019) 467 f; Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 182.

52 Vgl. dazu den Vorschlag für eine einheitliche Informationsplattform von *Neudorfer/Steiner*, Verwaltungsverfahrenrecht 152.

53 Art 5 Abs 1 lit b DSGVO selbst normiert diese Durchbrechung des Zweckbindungsgrundsatzes unter Beachtung der Garantien iSd Art 89 Abs 1 DSGVO. Vgl. zur Problematik des uU fließenden Übergangs von Entwicklung und Anwendung *Dürager*, Künstliche Intelligenz – eine besondere Art des Profiling nach der DSGVO, in: *Jahnel* (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2019 (2019) 381.

54 Vgl. *Tretzmüller*, *Dako* 2019/17, 20 zur Genehmigung der DSB 16.08.2018, DSB-D202.204/0001-DSB-DSB/2018, eines Projekts, bei dem die gesammelten Bilddaten (ua das KFZ-Kennzeichen) für ML eingesetzt werden.

schutz, Gleichbehandlung, faires Verfahren, wirksamer Rechtsschutz)⁵⁵ wird Rechtssicherheit und Transparenz geschaffen, dazu könnten neben Zertifizierungsverfahren auch Folgenabschätzungen bzw ein KI-Check für neue Digitalisierungsvorhaben mit Leitlinien bzw Standards vorgesehen werden, etwa gestaffelt nach Eingriffsintensität und Gewichtung des Automatisierungsgrads sowie unter Beachtung allfällig berührter Grundrechte.⁵⁶

In der öö. Landesverwaltung gibt es aktuell keine vollständig automatisierten Verfahren bzw Erledigungen. Teilautomatisierte Entscheidungsfindungen sind bereits seit längerem va im Bereich der Verkehrsstrafen im Einsatz, etwa bei den Anonymverfügungen nach § 49a VStG.⁵⁷ Es handelt sich um relativ einfache Verfahren, deren vollautomatisierte Abwicklung aufgrund deren Masse zu begrüßen wäre. Die elektronische Abwicklung wurde bereits vor rund 20 Jahren begonnen und stetig optimiert. Das Verfahren könnte fast vollständig automatisiert durchgeführt werden, de lege lata bedarf es aber einer Genehmigung durch einen Organwalter, auch wenn die Anonymverfügung ein Rechtsakt *sui generis* ist.⁵⁸

55 Die Anforderungen an einen ethischen und grundrechtskonformen Einsatz von KI, zB im Hinblick auf potentielle Diskriminierungen und deren systematische Fortführung, die Thematik des routinemäßigen Übernehmens von Entscheidungsvorschlägen, sodass die Entscheidungshoheit vom Menschen de facto nicht ausgeübt wird, und andere Problemstellungen – wie etwa, dass Systemänderungen aufgrund von Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderungen zeitnah umzusetzen sind – sind nicht Gegenstand dieses Beitrags. Ebenso wenig handelt es sich um eine abschließende rechtliche Auseinandersetzung, vielmehr werden einzelne Fragen skizziert, die einer eingehenderen Prüfung bedürfen.

Vgl dazu *Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) insb Kapitel I; *Ebenhoch/Gantner*, Recht 468 f.

56 Vgl Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP 02 Hauptdokument 182, 185, 187.

57 Vgl *Weilguni*, § 49a VStG, in: *Lewisch/Fister/Weilguni* (Hg), VStG² (2017) Rz 5 f, 20 mwN (1.5.2017): Aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 49a Abs 1 VStG kann die zuständige Strafbehörde unter Bedachtnahme auf § 19 Abs 1 VStG für bestimmte Verwaltungsübertretungen im Vorhinein eine Geldstrafe festsetzen („Tarifsystem“). Die tarifmäßig vorgesehenen Geldstrafen können mit Anonymverfügung vorgeschrieben werden, sofern die Anzeige zB auf der Auswertung einer Verkehrsüberwachung mittels bildverarbeitender technischer Einrichtungen beruht (zB Geschwindigkeitsmessung mittels Section Control, Radarmessungen, Abstandsmessungen, Rotlichtüberwachungskameras).

58 Vgl § 18 Abs 3 und 4 AVG iVm § 24 VStG; *Weilguni*, § 49a Rz 2, 17 mwN (1.5.2017).

2. Behördliche Willensbildung und Genehmigung von Erledigungen

a) Aktuelle Rechtslage

Die zentralen Bestimmungen des AVG sind zwar größtenteils technologie-neutral formuliert, dennoch ist eine vollständige Automatisierung der Verwaltungsverfahren aufgrund der derzeit geltenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht möglich, insb weil sich Entscheidungen (Erledigungen) auf eine natürliche Person, einen bestimmten Menschen (Organwalter) zurückführen lassen und so einer Behörde zurechenbar sein müssen.⁵⁹ Erledigungen nach § 18 AVG sind grundsätzlich alle außenwirksamen Akte, mit denen eine Verwaltungsbehörde ihre Aufgaben in der konkreten Sache, dh im jeweiligen Verwaltungsverfahren erfüllt. Der Bescheid ist die typische Form der Erledigung des Verwaltungsverfahrens, aber auch Verfahrensanordnungen fallen darunter, wie zB die Anberaumung bzw öffentliche Bekanntmachung einer mündlichen Verhandlung und Aufforderungen zur Lenkerauskunft.⁶⁰ Mit der Genehmigung als behördeninternem Akt wird der einzelfallbezogene, normbegründende Wille des Organs⁶¹ zum Ausdruck gebracht, dem jeweiligen Bescheidadressaten gegenüber individualisierte und konkrete Rechtswirkungen zu entfalten.⁶² Bei einer automatisierten Genehmigung durch ein Programm liegt de lege lata kein Bescheid iSd AVG vor, weil die Behörde bzw deren Organwalter keine Prüfung und damit keine Genehmigung der außenwirksamen Erledigung im Einzelfall vornimmt.

Nach § 18 Abs 3 AVG erfolgt die Genehmigung schriftlicher Erledigungen durch eigenhändige Unterschrift des Genehmigungsberechtigten im Einzelfall. Bei elektronisch erstellten Erledigungen kann an die Stelle dieser Unterschrift ein Verfahren zum Nachweis der Identität (§ 2 Z 1 E-GovG) des Genehmigenden und der Authentizität (§ 2 Z 5 E-GovG) der Erledigung treten. Dafür kann eine (qualifizierte) elektronische Signatur (sofern diese den Anforderungen der eIDAS-VO an qualifizierte elektronische Signaturen bzw Siegel entspricht auch die Amtssignatur nach §§ 19 f E-GovG) eingesetzt werden. Diesfalls ist es für den Nachweis der Identität iSd § 2 Z 1 E-GovG notwendig, dass das Signaturzertifikat dem approbationsbefugten Genehmigenden zurechen-

59 Vgl Neudorfer/Steiner, Verwaltungsverfahrensrecht 131 mwN.

60 Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 18 Rz 1 mwN (1.1.2014), § 56 Rz 85 (1.7.2005).

61 Vgl VwGH 24.11.2011, 2008/15/0205. Für Computerstrafverfügungen nach § 47 Abs 2 VStG vgl Weilguni, § 47 VStG, in: Lewisch/Fister/Weilguni (Hg), VStG² (2017) Rz 18 (1.5.2017).

62 Vgl VwGH 10.9.2015, Ra 2015/09/0043 RS3.

bar ist. Die Amtssignatur ersetzt also nicht immer die Genehmigung⁶³ (§ 18 Abs 3 AVG), denn regelmäßig handelt es sich bei der Amtssignatur um fortgeschrittene elektronische Siegel (dh, das Zertifikat lautet nicht auf eine natürliche Person als vertretungsbefugten Organwalter, sondern auf den Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs), darin ist vielmehr idR die „Urheberschaft“ der Behörde dokumentiert.⁶⁴ Für die Ausfertigung der Erledigungen ist nach § 18 Abs 4 AVG zu unterscheiden (diese Bestimmung gilt nach § 58 Abs 3 AVG auch für Bescheide): Bei Ausfertigungen in elektronischer Form ist die Amtssignatur zwingend erforderlich.⁶⁵ Ausfertigungen in schriftlicher, nicht-elektronischer Form müssen entweder auf einem Dokument basieren, das amtssigniert wurde, oder vom Genehmigenden unterfertigt bzw von der Kanzlei beglaubigt sein. Erfolgt bereits die Genehmigung der elektronisch erstellten Erledigung mit einer qualifizierten elektronischen Amtssignatur (dh mit einem personifizierten Zertifikat), sind auch die elektronischen Ausfertigungen amtssigniert und Papiausfertigungen bedürfen keiner Unterschrift oder Beglaubigung mehr (§ 18 Abs 4.2. Satz AVG).⁶⁶ Selbiges gilt für die Ausfertigung amtssignierter elektronisch erstellter Erledigungen, bei welchen im Sinne der Anforderungen des § 18 Abs 3 AVG durch einen entsprechend technisch-organisatorisch umgesetzten ELAK die Identität des Genehmigenden etwa „durch ein Berechtigungs- und Rollenkonzept und die Authentizität durch einen Änderungsschutz oder die gesicherte Nachvollziehbarkeit von an Dokumenten vorgenommenen Änderungen gewährleistet“ sind.⁶⁷

b) Regelungsbedarf zur Legitimation automatisierter Erledigungen

Die aktuellen Bestimmungen des AVG stehen einem vollautomatisierten Entscheidungsprozess entgegen. Für automatisierte Erledigungen – die insb bei nach bestimmten Regeln und Parametern abzuwickelnden Massenverfahren vergleichsweise rasch umgesetzt werden könnten und zur Entlastung der Behörden führen würden – bedarf es einer verfahrens- oder materienrechtlichen Legitimation. Zumindest das Erfordernis der Genehmigung durch einen konkreten Organwalter müsste

63 Vgl ErlRV 294 BlgNR 23. GP, 12 f; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 18 Rz 7 f (1.1.2014); *Neudorfer/Steiner*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 144; *Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁶ (2018) Rz 149 mwN.

64 Vgl VwGH 15.10.2014, Ra 2014/08/0009.

65 Vgl VfGH 8.10.2020, E 332/2020.

66 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 18 Rz 7 (1. 1.2014).

67 ErlRV 294 BlgNR 23. GP, 12 ff; vgl *Neudorfer/Steiner*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 144; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 18 (1.1.2014) Rz 8.

entfallen.⁶⁸ So wurde auch das Abgabenrecht – anlässlich der Judikatur des VwGH – für die Automatisierung von Massenverfahren bereits mit BGBl 312/1987 angepasst: Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung. Mit einer gesetzlichen Genehmigungsfiktion gelten sie als durch den Leiter jener Abgabenbehörde genehmigt, die auf der Ausfertigung angeführt wird (§ 96 Abs 2 BAO).⁶⁹ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass die Auswirkungen bzw Rechtsfolgen für die betroffenen Personen weniger erheblich sind und ein vereinfachter Rechtsschutz gegeben ist. Die Eingriffsintensität ist insb im Verwaltungsstrafrecht (auch bei Anonymverfügungen) wesentlich größer, weshalb diese Datenverarbeitungen etwa auch den strengeren Anforderungen nach § 4 Abs 3 DSGVO unterliegen.

Eine pauschale Regelung im AVG zum automatisierten Erlassen von Verwaltungsakten könnte aufgrund der Vielzahl der potentiellen Anwendungsfälle in den Verwaltungsmaterien auf Sachlichkeitsbedenken stoßen.⁷⁰ Diesen Bedenken könnte begegnet werden

- 1) entweder mittels Gesetzesvorbehalts für den Materiengesetzgeber, sodass *„eine bewusste gesetz- oder verordnungsgeberische Entscheidung [getroffen wird], welche konkreten Verfahren aus welchen Materien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einsatzgebiets rein von Maschinen zu vollziehen sind oder*
- 2) *jedenfalls [mit] einer auf verfahrensrechtlicher Ebene verankerten Eingrenzung auf bloß automatisierungstunliche Erledigungen.“*⁷¹

Die erste Alternative (Gesetzesvorbehalt für den Materiengesetzgeber) würde § 35a dt VwVfG entsprechen, wonach „[e]in Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden [kann], sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.“ Die Einschränkung auf gebundene Entscheidungen könnte allenfalls zu eng sein. Zudem könnte ein Gesetzesvorbehalt für den Materiengesetzgeber aus Sicht der Vollzugsbehörden uU wenig praktikabel sein, dies gilt insb für die Bezirksverwaltungsbehörden und va dann, wenn diese in einem Verfahren verschiedene Materiengesetze anzuwenden haben. Für die Automati-

68 Vgl Neudorfer/Steiner, *Verwaltungsverfahrenrecht* 155, Vorschlag 6.

69 Vgl Ehrke-Rabel, *Der digitalisierte Steuerpflichtige*, ALJ 2/2017, 157 mwN.

70 Zumal der Einsatz ua auch den menschenrechtlichen Garantien, insb nach Art 6 EMRK und 47 GRK und rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechen muss. Vgl Klaushofer, *ZVG* 2020, 30 ff.

71 Denk, *Der maschinell erstellte Bescheid* (Teil I), *ZTR* 2019/4, 200.

sierung im Verwaltungsverfahren ist es aus Sicht der Landesbehörden essentiell, dass alle im AVG vorgesehenen Verfahrensschritte – vom Antrag über die Kundmachungen und mündliche Verhandlungen bis zur Bescheiderstellung mit Auflagen und der Klausulierung von Beilagen etc – für alle Verfahren auf Basis unterschiedlicher Materiengesetze einheitlich, medienbruchfrei und benutzerfreundlich umsetzbar sind. Dies wird durch abweichende Verfahrensbestimmungen in den Materiengesetzen erschwert.⁷² Daher könnte iSd zweiten Alternative – mit einer abstrakten Einschränkung auf verfahrensrechtlicher Ebene und allenfalls unter Verzicht auf eine Genehmigungsfiktion, wenn der Bescheid allein der zuständigen Verwaltungsbehörde zugerechnet wird – eher auf die Tauglichkeit zur maschinellen Bescheiderstellung abgestellt werden. „Eine Erledigung kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern deren Automatisierung tunlich ist. Ausfertigungen solcher Erledigungen sind mit der Amtssignatur (§ 19 E-GovG) zu versehen.“⁷³ Allenfalls wäre auch eine § 31a dt SGB X vergleichbare Regelung denkbar, wonach *„ein Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden [kann], 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.“*⁷⁴ Allerdings könnte eine rein verfahrensrechtliche Regelung zur maschinellen Erledigung etwa im Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO unzureichend sein, hier wird kaum ein Weg an einer materienrechtlichen Regelung vorbeiführen. Selbiges gilt uU aufgrund des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes auch bei der amtswegigen Datenermittlung nach § 17 Abs 2 E-GovG und im Verwaltungsstrafverfahren iSd § 4 Abs 3 DSG. Der Gesetzesvorbehalt für den Materiengesetzgeber (erste Alternative) wäre auch in der verfahrensrechtlichen Ermächtigung zu verankern und in den Verwaltungsvorschriften sollten die Anforderungen an das System konkretisiert bzw spezifiziert werden.

Daneben ergeben sich noch weitere Anforderungen: Damit erkennbar ist, dass am Verfahren kein menschlicher Organwaller beteiligt

72 Vgl Neudorfer/Steiner, Verwaltungsverfahrensrecht 159.

73 „Eine Erledigung kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern deren Automatisierung tunlich ist. Ausfertigungen solcher Erledigungen sind mit der Amtssignatur (§ 19 E-GovG) zu versehen.“ Damit wird iSv Denk, ZTR 2019/4, 202, deutlich, dass am individuellen Verfahren kein menschlicher Organwaller beteiligt ist.

74 Denk, ZTR 2019/4, 202. Dies würde eine Sonderregelung zu § 37 AVG darstellen.

war, sollte auf die entsprechende gesetzliche Grundlage in der Erledigung Bezug genommen und darauf hingewiesen werden, dass die Erledigung vollständig automatisiert erstellt wurde.⁷⁵ Zudem gebietet das rechtsstaatliche Prinzip einen wirksamen und effizienten Rechtsschutz. Dazu gehört auch, dass Verwaltungsentscheidungen, die erhebliche Rechtswirkungen haben, bekämpfbar sein müssen.⁷⁶ Dies sollte niederschwellig möglich sein, indem vereinfachte Rechtsschutzmechanismen normiert werden, zB ähnlich der Vorstellung gegen einen Mandatsbescheid oder wie nach § 41 Abs 2 Z 2 lit d EstG 1988 eine Aufhebung des Bescheids, wenn dies in der Beschwerde beantragt wird.⁷⁷ Zumindest in der Instanz sollte einen Zugang zu einer natürlichen Person gewährleistet sein⁷⁸ und für das Verwaltungsstrafverfahren wäre ein Verschlechterungsverbot wie in § 49 Abs 2 VStG beim Einspruch gegen die Strafverfügung geboten. Im Sinne der verfahrensrechtlichen Grundsätze des Parteienghört und der Waffengleichheit sollten auch die Prozesse dargelegt werden. Das heißt, die Algorithmen bzw Funktionsbeschreibungen (durch zumindest aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik), die Datenquellen und Gewichtung der Kriterien sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung sollten offengelegt werden, indem die Berechnungen in der Entschei-

75 Vgl Denk, ZTR 2019/4, 202; *Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) Rz 131, nennt verdeckte KI-Systeme als Beispiel für bedenkliche KI-Anwendungen.

76 Vgl VfSlg 13.223/1992. Dies entspricht zB auch dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf.

77 Vgl Atzmüller, § 41 EstG, in: Doralt et al (Hg), EstG²¹ (2020) Rz 44 und 48 (1.1.2020): Da der Bescheid nicht rechtswidrig ist, wenn er den gesetzlich normierten Voraussetzungen entspricht, müsste eine Beschwerde abgewiesen werden.

78 Vgl *Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) Rz 64 f; Österreichischer Rat für Robotik und Künstliche Intelligenz, White Paper – Die Zukunft Österreichs mit Robotik und Künstlicher Intelligenz positiv gestalten (November 2018) 31 f; *Europäische Kommission*, COM(2020)65, 25, wonach das Ergebnis des KI-Systems erst wirksam werden soll, wenn dieses von einem Menschen überprüft und validiert wurde. Zumindest zu einem späteren Zeitpunkt sollte ein menschliches Eingreifen sichergestellt werden. Im Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO siehe *Dürager*, Intelligenz 388 f.

dung erläutert werden (Code, Erklärung, Begründung).⁷⁹ Diesem Problem bzw insb dem „Black Box“ Problem⁸⁰ könnte mit „Explainable Artificial Intelligence“, also der Erklärbarkeit von Entscheidungssystemen begegnet werden.⁸¹ Dies würde wohl auch der Judikatur des EuGH entsprechen, wonach beim Einsatz von (teil-) autonomen Entscheidungssystemen bzw (teilweise) automatisierten Entscheidungsverfahren zu beachten ist, dass nachprüfende Organe selbständig die Zuverlässigkeit bzw wissenschaftliche Solidität eingesetzter technischer Systeme verifizieren können müssen. Mit anderen Worten bedeutet das, dass die Programmierung jedenfalls für die Instanz durchschaubar sein muss. Nur so kann die Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der errechneten Ergebnisse im Rahmen der Beweiswürdigung und somit deren Tragfähigkeit gewürdigt werden.⁸² Das System müsste also offenlegen, wie (dh aufgrund welcher Beweiswürdigung) es zu der Annahme des Sachverhalts und der getroffenen Entscheidung gekommen ist, sprich welche „Denk-“ bzw Rechenprozesse ausschlaggebend waren. Ansonsten leidet der Bescheid an einem Begründungsmangel, da nach §§ 58 Abs 2 und 60 AVG in der Begründung in eindeutiger, einer nachprüfenden Kontrolle zugänglicher Weise *„die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen“* sind.⁸³ Allenfalls wäre bei einem begründungs-

79 Vgl dazu die Bewertungsliste für vertrauenswürdige KI (Pilotversion) der *Hochrangigen Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) 32 ff; Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP, 02 Hauptdokument 185. Im Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO bzw im Falle von Profiling ist dies Teil der Informationspflichten des Verantwortlichen nach Art 13 Abs 2 lit f bzw Art 14 Abs 2 lit g DSGVO; es besteht auch ein besonderer Auskunftsanspruch nach Art 15 Abs 1 lit h DSGVO; vgl *Zavadil*, Der besondere Auskunftsanspruch über die involvierte Logik einer Datenverarbeitung, *Dako* 2020/33, 56 f; *Dürager*, Intelligenz 390 ff mwN. Vgl zum Grundsatz der Erklärbarkeit für eine vertrauenswürdige KI die *Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI (8.4.2019) Rz 53, 75–78, 99; *Gantner/Gärtner*, Code Is Interpretation – Legal Explainability und Software-Entwicklung, in: Schweighofer/Kummer/Saarenpää (Hg), Tagungsband des 22. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS (2019) 54 ff; Österreichischer Forschungs- und Technologiebericht 2020, III-139 BlgNR 27. GP, 02 Hauptdokument 185.

80 Siehe dazu auch Punkt III.G.4.a..

81 Vgl *Walt/Vogl*, Explainable Artificial Intelligence – The New Frontier in Legal Informatics, in: Schweighofer et al (Hg), Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS (2018) 113.

82 Vgl *Klaushofer*, ZVG 2020, 32 mwN, insb betreffend EuGH 7.11.2018, verb RS C-293/17 und C-294/17; vgl idS auch *Gantner/Gärtner*, Code 54 ff, welche anhand des Arbeitszeitrechners für die AK-Wien die Abbildung der Begründungsstrukturen der im Code interpretierten Rechtsnormen (zB mittels dynamischer Erklärungstexte zur jeweiligen Berechnung) darlegen.

83 Vgl statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 60 Rz 18 (1.7.2005).

losen Bescheid⁸⁴ bzw einem Bescheid, der auf einer für Menschen nicht lesbaren Begründung beruht, von einem „neuen Bescheidebegriff“ oder einer Erledigungsform *sui generis* auszugehen, wobei „[f]raglich bleibt, ob das rechtsstaatliche Prinzip im Falle einer verfassungsrechtlichen Verankerung nicht nachvollziehbarer und begründungsloser Verwaltungsakte derart tangiert wäre, dass es einer obligatorischen Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG bedürfte.“⁸⁵

3. Teilaspekte der datenschutzrechtlichen Anforderungen

Art 22 DSGVO⁸⁶ regelt das Verbot der automatisierten Entscheidungen (einschließlich Profiling⁸⁷) – dh Entscheidungen ohne menschliche Intervention im Entscheidungsprozess von gewisser Qualität – sofern diese im Einzelfall rechtliche Wirkungen entfalten (1. Alternative), also Rechtsfolgen auslösen, oder die betroffene Person in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen (2. Alternative).⁸⁸ Der einzelne Mensch soll grundsätzlich nicht zum Objekt ausschließlich maschineller Entscheidungen werden. Ausnahmen von diesem Verbot werden in Art 22 Abs 2 (und für besondere Kategorien personenbezogener Daten in Abs 4) DSGVO normiert, wobei daneben auch die allgemeinen Anforderungen bzw Grundsätze der DSGVO zu beachten sind.⁸⁹ Eine Ausnahme wäre die Einwilligung in Verarbeitungen nach Art 22 DSGVO, diese kann

84 Wenngleich nicht jeder Bescheid zu begründen ist, wenn im Einparteienverfahren im Bescheid dem Willen/Antrag der Partei vollinhaltlich Rechnung getragen wird, nicht über Anträge/Einwände der anderen Parteien abgesprochen wurde und wenn es sich nicht um ein Rechtsmittelverfahren handelt.

85 Denk, ZTR 2020/1, 8.

86 Eine eingehende Untersuchung der Voraussetzungen einer automatisierten Entscheidung gemäß Art 22 DSGVO inkl Notwendigkeit der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung und der Rechte der betroffenen Person unterbleibt in diesem Beitrag.

87 Vgl Haidinger, Art 22 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 20 (1.10.2018); EWG 71 S 1 DSGVO und die Definition des „Profiling“ in Art 4 Z 4 DSGVO. Die DSGVO zählt beispielhaft als zur Bewertung geeignete Persönlichkeitsmerkmale auf: Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben oder Interessen, Zuverlässigkeit oder Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel der betroffenen Person.

88 Es dürfte unerheblich sein, ob die Entscheidung für die betroffene Person keine negativen Rechtswirkungen entfaltet, etwa wenn einem Begehren vollumfänglich stattgegeben wird, bzw es dieser an der Beschwer fehlt. Der deutsche Normtext legt das Erfordernis eines rechtsstaatlichen Rechtsschutzbedürfnisses aufgrund negativer Entscheidungen bzw Folgen nahe (arg: „ähnlich erhebliche beeinträchtigende Wirkung“), nach Haidinger, Art 22 Rz 27 (1.10.2018), sind aber auch positive Wirkungen erfasst.

89 Vgl Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP251rev.01, 10 ff.

in der Hoheitsverwaltung nur dann als Rechtsgrundlage herangezogen werden, wenn die betroffene Person eine echte Wahl hat. Für das Verwaltungsverfahren kommt aufgrund der Anforderungen des § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK⁹⁰ und des Legalitätsprinzips (Art 18 BVG) vorrangig eine gesetzliche Regelung (Art 22 Abs 2 lit b DSGVO) in Betracht, welche mE sehr konkret anzuordnen wäre, wobei die Rechtsschutzmechanismen gegen Entscheidungen nach Art 22 DSGVO wohl nicht in jeder konkreten Rechtsvorschrift selbst geregelt werden müssen und (allenfalls auch die bestehenden) Regelungen in den allgemeinen Verfassungsgesetzen ausreichen.⁹¹

Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall können mit oder ohne Profiling getroffen werden. Die *Art 29-Datenschutzgruppe* nennt als Beispiel für automatisierte Entscheidungen im Einzelfall ohne Profiling, wenn nach einer Geschwindigkeitsüberschreitung nur aufgrund der Aufnahmen des Radargeräts ein Bußgeld verhängt wird. Eine automatisierte Entscheidung im Einzelfall mit Profiling liegt vor, wenn bei der Strafbemessung Vorstrafen, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, als Erschwerungsgrund berücksichtigt werden.⁹²

Art 22 Abs 1 DSGVO ist nicht anwendbar, wenn mittels automatisierter Verarbeitung nur Vorschläge erstellt werden, dh im Einzelfall ein Mensch die Entscheidung auf der Grundlage einer Empfehlung trifft, die durch ein KI-System automatisiert vorgeschlagen wurde. Ein routinemäßiges Bestätigen durch einen Menschen ohne Einflussnahme auf das Ergebnis der automatisierten Entscheidung als „symbolische Geste“ ist dafür allerdings nicht ausreichend, wobei die Intensität von „Plausibilitätschecks“ uU auch vom Risiko für die betroffenen Personen abhängen wird. Wenn Profiling als Grundlage für eine menschliche Entscheidung eingesetzt wird (also keine ausschließlich automatisierte Entscheidungsfindung vorliegt), ist der Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO ebenfalls nicht eröffnet, es kommen grundsätzlich die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zur Anwendung.⁹³

90 Siehe dazu in Grundzügen Punkt III.C. Für das Verwaltungsstrafverfahren wäre zudem § 4 Abs 3 Z 1 DSG zu beachten.

91 Vgl *Haidinger*, Art 22 Rz 34 und 36 (1.10.2018); *Thiele*, DSB stattet AMS-Algorithmus mit Ablaufdatum aus, ZIIR 2020/4, 410.

92 *Art 29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP251rev.01, 10 f.

93 Vgl *Art 29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP251rev.01, 22; *Dürager*, Intelligenz 379, 384 ff mwN; *Zavadil*, *Dako* 2020/33, 55 f.

Im Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO und auch beim Profiling ohne automatisierte Entscheidungsfindung kann es insb mit den Grundsätzen nach Art 5 und der Zweckbindung nach Art 6 Abs 4 DSGVO zu einem Spannungsverhältnis kommen. Zudem bestehen besondere Informationspflichten nach Art 13 Abs 2 lit f und Art 14 Abs 1 lit h DSGVO, welche sich neben Art 22 DSGVO (iSd EWG 60 DSGVO und Empfehlungen der Art 29-Datenschutzgruppe) auch auf die Profilerstellung im Allgemeinen ohne automatisierte Entscheidungsfindung beziehen. Die betroffene Person ist zu informieren über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung, die damit verbundene Logik zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung (iSd Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist fraglich, ob auch der Algorithmus darunter zu verstehen ist) sowie die Bedeutung und die beabsichtigten Folgen für die betroffene Person.⁹⁴

4. Behördliche Willensbildung und Zurechenbarkeit vollautomatisierter Erledigungen

Die Entscheidungsfindung und Verfahrenserledigung, die anhand von Algorithmen oder KI automatisiert erfolgt, kann eigentlich keinem konkreten Organwalter zugerechnet werden, sondern einer Software, die von oder im Auftrag einer Behörde bzw Gebietskörperschaft betrieben wird. Mit einer antizipierten Willensbildung des gesetzlichen Entscheidungsträgers als zuständigem Organ bleiben die Entscheidungen des gebilligten Systems der Behörde jedoch zurechenbar.⁹⁵

94 Vgl Ebenhoch/Gantner, Recht 469, zum in den USA eingesetzten Programm COMPAS zur Ermittlung der Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftätern mwN; Dürager, Intelligenz 391; Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP251rev.01, 18 ff, 27 ff, Anhang 1.

95 Die Zurechenbarkeit zu einer Behörde wäre verfassungsrechtlich ausreichend, weil „der Bescheidbegriff des B-VG keine für den einfachen Gesetzgeber unabdingbaren Formmerkmale [enthaltet]“, wenngleich die einfachgesetzlichen Bescheidskriterien derzeit eine Willensbildung einer bestimmten Person verlangen; vgl ausführlich zur Judikatur zu § 18 AVG betreffend automatisiert erstellte Bescheide Denk, ZTR 2019/4, 199. In diesem Zusammenhang stellen sich auch Fragen zur Zurechenbarkeit der Fehlerhaftigkeit des Systems, welche hier nicht näher behandelt werden; vgl dazu Ondreasova, Die Gehilfenhaftung (2013) 168; Ganner/Schmidt, Ambient Assisted Living, iFamZ 2014/3, 123; Reinisch, ÖJZ 2019/37, 302 ff; § 89e GOG für den Bereich der Justiz, mit welchem die Verschuldenshaftung auf die Gefährdungshaftung für technische Hilfsmittel ausgedehnt wird, denn „in der automationsunterstützten Datenverarbeitung tatsächlich auftretende Fehler [sind] letztlich immer auf menschliches Versagen zurückzuführen, wie Eingabe-, Bedienungs- oder Programmierfehler.“

a) Antizipierte Willensbildung bei regelbasierten und voll-autonomen Entscheidungssystemen

Beim Einsatz regelbasierter, auf einem Algorithmus beruhender Systeme kann die behördliche Willensbildung und damit die Zurechenbarkeit für jeden Einzelfall vorgelagert mit der Programmierung angenommen werden. Aufgrund der Vorhersehbarkeit („Wenn-A-gleich-B“) ist auch die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung gewahrt. Die generelle „Genehmigung eines Algorithmus bzw des Programms, bei nachfolgender autonomer Anwendung auf die konkrete Situation durch das System“ ist – neben der Finanzverwaltung – auch im Verordnungsbereich bereits im Einsatz, wie etwa mit der Anlage 1 zur Verordnung des Landeshauptmanns von Oberösterreich, mit der eine immissionsabhängige Geschwindigkeitsbeschränkung für eine Teilstrecke der A1 Westautobahn angeordnet wird.⁹⁶

Der Einsatz voll-autonomer Entscheidungssysteme scheint – zumindest auf den ersten Blick – aufgrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Bescheid grundsätzlich auszuschneiden, wenn die Nachvollziehbarkeit des Verfahrens und der Einfluss auf den Entscheidungsvorgang nicht mehr gegeben wäre. Das „Black Box“ Problem der selbstlernenden KI-basierten Systeme steht insb im Spannungsverhältnis zur Rechtsstaatlichkeit. Dies vor allem dann, wenn sich das eingesetzte System etwa durch ML bzw Deep Learning so weiterentwickelt hat, dass dessen Schlussfolgerungen und Entscheidungen auch von den Urhebern des Systems nicht mehr nachvollzogen werden können. Damit drohen Unvorhersehbarkeit, Intransparenz und Begründungsmängel und somit eine Gefährdung des rechtsstaatlichen Prinzips und des Rechts auf ein faires Verfahren.⁹⁷ Dem Problem der Zurechenbarkeit der Willensbildung zur Behörde könnte uU dadurch begegnet werden, dass die selbst angelernten Fähigkeiten des Systems einer menschlichen Prüfung unterzogen werden, bevor sie in der Praxis zum Einsatz kommen. Das heißt, die neu erlernten Fertigkeiten werden „auf die Wartetaste gelegt“, um eine neuerliche Willensbildung bei der Behörde

96 Vgl. Neudorfer/Steiner, Verwaltungsverfahrensrecht 154 f mit weiteren Beispielen; Ebenhoch/Gantner, Recht 466 f.

97 Siehe Punkt III.G.2.b. Dazu eingehend Klaushofer, Die menschenrechtliche Dimension Künstlicher Intelligenz, ZÖR 2019, 406; ders, ZVG 2020, 33 f mwN; Denk, ZTR 2020/1, 3; Ebenhoch/Gantner, Recht 467 f, 471; Österreichischer Rat für Robotik und Künstliche Intelligenz, White Paper – Die Zukunft Österreichs mit Robotik und Künstlicher Intelligenz positiv gestalten (November 2018) 30, 46; Europäische Kommission, COM(2020)65, 13 f, 18.

sicherzustellen, welche wieder auf die zukünftigen Einzelfälle projiziert werden kann.⁹⁸

b) Zurechenbarkeit zur zuständigen Behörde mit Fokus auf die mittelbare Bundesverwaltung

„Zurechnung und Zuständigkeit stehen in einem Verhältnis zueinander, sind aber zu trennen.“ Zunächst ist zu klären, ob der gesetzte Rechtsakt der Behörde überhaupt zurechenbar ist, danach ist zu prüfen, ob diese Behörde zuständig ist.⁹⁹ Aus rechtsstaatlicher Sicht kommt der Einhaltung der Zuständigkeitsregeln grundlegende Bedeutung zu, zumal diese *„in enger Nahebeziehung zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf den gesetzlichen Richter“* stehen.¹⁰⁰ Die Zurechenbarkeit einer Erledigung zu einer bestimmten Behörde durch eine für den Einzelfall vorweggenommene behördliche Willensbildung wäre aus rechtsstaatlicher Sicht ausreichend gewährleistet, sofern der automationsunterstützt erzeugte Bescheid tatsächlich von dieser Behörde veranlasst wurde. Ansonsten läge nach Ansicht des VfGH eine verfassungsrechtlich nicht tolerierbare Einschränkung des Rechtsschutzes und damit des rechtsstaatlichen Prinzips vor: *„Die Behörde, welcher der Bescheid rechtlich zuzurechnen ist und die ihn daher zu verantworten hat, muss auch tatsächlich in der Lage sein, auf den automationsunterstützt ablaufenden Vorgang der Bescheidausfertigung Einfluss zu nehmen.“*¹⁰¹

Nachfolgend sollen die Anforderungen der höchstgerichtlichen Judikatur beleuchtet und ein Problemaufriss mit dem Fokus auf eine antizipierte Willensbildung durch den Bundesminister als oberstes Organ in der mittelbaren Bundesverwaltung gegeben werden.

Aus dem bundesstaatlichen Prinzip und der Kompetenzverteilung folgt, dass sowohl dem Bund als auch den Ländern bestimmte Angelegenheiten zur Verwaltung bzw zum Vollzug zugewiesen sind. Unter

98 Vgl die Aufbereitung der einschlägigen Judikatur und Literatur und die schlüssigen Ausführungen zur antizipierten Bescheidebegründung von *Denk*, ZTR 2019/4, 199; *ders*, ZTR 2020/1, 6 ff; *Europäische Kommission*, COM(2020)65, 28 zur wiederholten Bewertung während der Lebensdauer der KI-Systeme.

99 Vgl *Schmid*, Zuständigkeit und Zuständigkeitsübertragung (2017) 32.

100 VwGH 30.9.1996, 96/12/0268.

101 VfSlg 11.590/1987; VwGH 14.12.2006, 2005/14/0014.

der Leitung der obersten Organe¹⁰² wird der jeweilige Verwaltungsbereich geführt, unabhängig davon, welche Organe zur Entscheidung als Verwaltungsbehörde zuständig sind. Im hierarchischen Zuständigkeitsystem der mittelbaren Bundesverwaltung wird die Vollziehung des Bundes auf Landesebene von Landesorganen wahrgenommen, nämlich vom Landeshauptmann¹⁰³ und den ihm unterstellten Behörden.¹⁰⁴ Die Mitwirkung der Länder an der Bundesvollziehung im Wege der mittelbaren Bundesverwaltung ist ein wesentliches Merkmal des bundesstaatlichen Prinzips, dh eine Beseitigung der mittelbaren Bundesverwaltung zu Lasten der Länder würde eine Gesamtänderung der Bundesverfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG bedeuten, worüber zwingend eine Volksabstimmung abzuhalten ist.¹⁰⁵ Als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung ist der Landeshauptmann funktionell Bundesorgan. In diesen Angelegenheiten ist er nach Art 103 B-VG und Art 51 Abs 1 Oö. L-VG dem jeweiligen Bundesminister unterstellt und an dessen (funktionelle bzw fachliche, nicht organisatorische oder dienstrechtliche) Weisungen gebunden, deren Inhalt mit der mittelbaren Bundesverwaltung in Zusammenhang steht.¹⁰⁶

Es stellt sich die Frage, wie ein Top-down-gesteuerter Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung mit den Anforderungen der höchstgerichtlichen Judikatur sowie insb auch dem rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Prinzip vereinbar wäre, wenn der Bundesminister den Einsatz eines bestimmten Systems vorgibt und dem Landeshauptmann hier de facto keine Entscheidungsfreiheit zukommt. Es ist fraglich, ob diesfalls die Willensbildung beim zuständigen Organ vorliegt, sodass die Erledigungen tatsächlich dem Landeshauptmann und den ihm unterstellten Behörden zugerech-

102 In der Bundesverwaltung fungieren – neben dem Bundespräsidenten – die Bundesregierung und deren Mitglieder, dh der Bundeskanzler, der Vizekanzler und die Bundesminister als oberste Organe. In der Landesverwaltung sind es die Landesregierung und ihre Mitglieder.

103 Wobei die Mitglieder der Landesregierung im Namen des Landeshauptmanns einzelne Gruppen von Angelegenheiten führen können; vgl zB Art 103 Abs 2 und 3 B-VG, § 3 BVG ÄmterLReg, Art 52 Abs 4 Oö. L-VG, § 1 Abs 3 Geschäftsordnung der Oö. Landesregierung und § 1 der Verordnung, mit der die Geschäftsverteilung der Oö. Landesregierung in der 28. GP erlassen wird; zur Frage, ob damit ein Ministerialsystem im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung normiert wird oder eher eine mandatsähnliche Beauftragung vorliegt, im Detail Schmid, Zuständigkeit 268 ff.

104 Art 102 Abs 1 B-VG; Art 8 Oö. L-VG; vgl Lukan, Die Kreation von Verwaltungsorganen (2018) 266 f.

105 Vgl Adamovich et al, Österreichisches Staatsrecht I² (2011) Rz 10.008 mwN; Vašek, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung (2013) 142 ff mwN.

106 Vgl Grabenwarter, Art 40, in: ders (Hg), Steiermärkische Landesverfassung (2013) Rz 12.

net werden können bzw von diesen zu verantworten sind. Das gilt vor allem dann, wenn die Organwalter auch keine Auswahl treffen können, welche Fälle durch das System vollständig automatisiert erledigt werden sollen, oder auch durch das Befüllen von „Freitextfeldern“ bzw durch die Eingabe wesentlicher Sachverhaltselemente keinen Einfluss auf das Verfahren haben. Der einzige Konnex zum Land wäre dann (überspitzt formuliert) allenfalls das „Briefpapier“ und eine zentral-gesteuerte Aufbringung der Amtssignatur des Landes. Grundsätzlich kann Verantwortung nur dann bestehen, wenn eine Einflussnahme auf die Geschehnisse möglich ist – also wenn eine Handlungsalternative existiert.¹⁰⁷ Für die Zurechenbarkeit der Erledigung muss die Behörde, in deren Namen ein Bescheid erlassen wird, diesen veranlasst haben und auf den automationsunterstützt ablaufenden Vorgang der Bescheidausfertigung tatsächlich Einfluss nehmen können.¹⁰⁸ Die Grenze zur Verfassungswidrigkeit wird dort überschritten, wo die zuständige Behörde nicht mehr die Möglichkeit hat, die inhaltliche Erledigung zu beeinflussen.¹⁰⁹ Ebenso diskussionswürdig scheint die Frage, ob es sich bei vollautomatisierten Erledigungen durch „Top-down-gesteuerte“ Bundesanwendungen noch um einzelne Hilfstätigkeiten¹¹⁰ handelt, die „ausgelagert“ werden können. Sofern es sich bei von Bundesseite veranlassten vollautomatisierten Verwaltungsverfahren um keine unselbständigen Mitwirkungsakte anderer Behörden oder Verwaltungsapparate an der Entscheidung

107 Vgl Schmid, Zuständigkeit 39. Die Verantwortungsübernahme durch Einflussnahme zeigt sich dem Grunde nach vergleichbar auch beim Einsatz von Assistenzsystemen im Verkehrsbereich, bei welchen der „Lenker aber stets verantwortlich [bleibt], seine Fahraufgaben wieder zu übernehmen“, bzw bei automatischen Einparksystemen, bei welchen der neben dem Fahrzeug stehende Lenker in den automatischen Einparkvorgang jederzeit mittels Notfallvorrichtung (Fernbedingung) eingreifen kann; vgl ErlRV 1192 BlgNR 25. GP, 1.

108 Vgl VfSlg 11.590/1987; VfSlg 7264/1974, Punkt 2.4, wonach ein Bescheid dem Magistrat der Stadt Wien und nicht der Sicherheitsdirektion zuzurechnen war, weil Aufgaben, die nach Anordnung des (Verfassungs-)Gesetzgebers in die Zuständigkeit der Sicherheitsdirektion fallen, vom Magistrat Wien durch individuell bestimmte Gemeindebedienstete besorgt wurden.

109 Vgl dazu Bußjäger, Potemkinsche Behörden oder Herrschaft über den Algorithmus?, ZfV 2019/22, 210 (218).

110 Vgl VfSlg 8844/1980, wonach eine Schranke für „innerorganisatorische Maßnahmen darin besteht, dass nur die vom Gesetz hiezu Ermächtigten den Organwillen bilden und nach außen für die Verwaltungseinheit handeln dürfen. Eine (...) Ermächtigungsnorm wird grundsätzlich nicht schon dann verletzt, wenn außerhalb des Organkomplexes stehende Einrichtungen zu technischen Hilfstätigkeiten herangezogen werden, etwa wenn Akten nicht in behördeneigenen Räumen gelagert oder Reinschriften von externen Schreibkräften abgefertigt werden. Nichts anderes gilt für den Fall, dass staatliche (...) Angelegenheiten automationsunterstützt besorgt werden. Wesentlich ist (...), dass die nach außen in Erscheinung tretende Erledigung in jedem Einzelfall auf den Willen des durch (Verfassungs-) Gesetz zur Entscheidung berufenen Organ zurückführbar ist (vgl hiezu VfGH 07.03.1974, VfSlg. 7264/1974, Punkt 2.3.).“

der zuständigen Behörde¹¹¹ handelt, könnte auch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) berührt sein, wenn eine andere als die zuständige Behörde mit der Entscheidung über den Einsatz des Systems die behördliche Willensbildung vorwegnimmt.

Allenfalls wären diese Erledigungen eher dem Bundesminister zuzurechnen, der den Willen über den Einsatz des Systems gebildet hat. Wenn ja, stellt sich die Frage der Zuständigkeit. Die österreichische Rechtsordnung kennt im Unterschied zur Deutschen keinen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Satz, wonach eine oberste, weisungsbefugte Behörde Aufgaben der nachgeordneten, weisungsgebunden Behörden zur eigenen Erledigung auch an sich ziehen kann.¹¹² Devolution, Delegation oder Arrogation sind Zuständigkeitsänderungen, die einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung bedürfen. Auch eine Intimation, bei der die Entscheidung des Verwaltungsorgans nicht von ihm selbst, sondern von einer anderen Behörde den Beteiligten mitgeteilt wird, wird kaum anzunehmen sein, zumal auch bei der Intimation die Entscheidung von der sachlich zuständigen Behörde veranlasst werden muss.¹¹³

Die nach außen gerichtete Erledigung ist dann – in jedem Einzelfall – auf den Willen des durch (Verfassungs-) Gesetz zur Entscheidung berufenen, also des zuständigen Organs zurückführbar, wenn

- das System vom gesetzlichen Entscheidungsträger als zuständigem Organ gebilligt wird,
- es derart gestaltet wird, dass kein Entscheidungsspielraum bei fremdem Personal gegeben ist, dass die Datenverarbeitungsanlage bedient und
- die entscheidungsrelevanten Daten, also sämtliche Sachverhalts- und Tatbestandselemente durch die zuständige Behörde oder einen von ihr Beauftragten (Dienstleister) eingegeben werden bzw mE umgelegt auf die Automatisierung, wenn die automatisierte Abfrage bzw Einspielung von Daten durch Auswahl der fallbezogenen Daten von der zuständigen Behörde veranlasst wird und

¹¹¹ Vgl dazu *Bußjäger*, ZfV 2019/22, 214.

¹¹² Vgl *Schmid*, Zuständigkeit 89.

¹¹³ Vgl *Schmid*, Zuständigkeit 150 f mwN; zum Teil wird die Zulässigkeit einer Intimation in Frage gestellt, wenn sie sich nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung stützen kann.

- die Programmsteuerung, also der Subsumptionsvorgang durch die zuständige Behörde oder einen von ihr Beauftragten (Dienstleister) erfolgt.¹¹⁴

Die Entscheidung, mit der der VwGH¹¹⁵ ausgesprochen hat, dass nicht die zuständige Verwaltungseinheit die Datenverarbeitungsanlage programmieren muss, ist im Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung ergangen und berührte somit nicht das bundesstaatliche Prinzip. Demnach könnte im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung der Argumentation durchaus etwas abgewonnen werden, dass die Willensbildung beim weisungserteilenden Organ nicht die Willensbildung beim weisungsgebundenen Organ ersetzt.¹¹⁶ Die Oberbehörde kann allerdings das Handeln der Unterbehörde durch Weisungen bestimmen. Weisungen können die Aufbau- und Ablauforganisation (organisatorisch bzw. innerdienstlich) oder den Inhalt der Tätigkeit (fachlich) betreffen. Mit dem fachlichen Weisungsrecht kann die Kompetenzausübung der zuständigen Behörde inhaltlich beeinflusst werden, ohne dass es zu einer Kompetenzänderung kommt, es trifft dennoch die gesetzlich zuständige (Unter-) Behörde die Entscheidung. Fraglich ist allerdings, ob es sich beim Einsatz eines bestimmten Systems („Fachanwendung“) weniger um eine Angelegenheit des fachlichen (den Inhalt der zu besorgenden Aufgabe betreffenden), sondern vielmehr des innerdienstlichen, (ablauf-) organisatorischen Vollzugs handelt.¹¹⁷ Grundsätzlich umfasst die Leitungsgewalt der vorgesetzten Organe im Rahmen der inneren Organisation bzw. des inneren Dienstes auch die Organisation (zB Kanzlei- und Aktenführung, Prozessmanagement, Controlling) und den Einsatz der Sachmittel eines Organs (Schreibgeräte, Möbel, Telekommunikation, Hard- und Softwarebeschaffung etc.).¹¹⁸ *„Die innere Organisation darf nur von dem übergeordneten Organ gestaltet werden, das funktionell für die Regelung der inneren Organisation zuständig ist. Das ist jenes Organ, dem das zu organisierende Organ in organisatorischer Hinsicht unterstellt ist.“*¹¹⁹ Verfassungsrechtlich ist der Landeshauptmann Vorstand des Amtes der Landesregierung, unter dessen unmittelbarer Aufsicht dem Landesamtsdirektor, der für den einheitlichen und geregelten

114 Vgl VfSlg 8844/1980; VwGH 14.12.2006, 2005/14/0014; *Denk*, ZTR 2019/4, 195.

115 Vgl VwGH 14.12.2006, 2005/14/0014.

116 Vgl UFSL 5.1.2005, RV/0305-L/03.

117 Vgl VfSlg 8844/1980.

118 Vgl *Freiberger/Krenn-Mayer*, Organisation der allgemeinen staatlichen Verwaltung, in: *Poier/Wieser* (Hg), *Steiermärkisches Landesrecht*, Bd II, Organisations, Dienst- und Abgabenrecht (2016) 14 f; *Bauer*, Amt der Landesregierung, in: *Pürgy* (Hg), *Das Recht der Länder*, Bd I (2012) 423 (436 f, dort Rz 34).

119 *Lukan*, Kreation 166.

Geschäftsgang in sämtlichen Zweigen der Landesverwaltung zu sorgen hat, die Leitung des „inneren Dienstes“ obliegt.¹²⁰ Für die Landesverwaltung bedeutet das, dass der Bundesminister dem Landeshauptmann in fachlicher Hinsicht zwar Weisungen erteilen kann – und der Landeshauptmann zur Umsetzung (bzw schriftlichen Weiterleitung an das in Betracht kommende Mitglied der Landesregierung) verpflichtet und dafür verantwortlich ist (Art 103 Abs 3 und Art 142 Abs 2 lit e B-VG) –, das organisatorische bzw innerdienstliche Weisungsrecht kommt jedoch dem Landeshauptmann bzw dem Landesamtsdirektor zu.¹²¹ Doch selbst wenn angenommen werden kann, dass es sich bei der Entscheidung über den Einsatz eines Systems um keine fachliche Weisung, sondern um eine organisatorische bzw innerdienstliche Entscheidung handelt, bei welcher dem Bundesminister kein Weisungsrecht zukommen würde (sein fachliches Weisungs- und Aufsichtsrecht bezieht sich nicht auf die Aufbau- und Ablauforganisation der Behörden der Länder), so wird de facto – aufgrund der Begleitumstände (aus wirtschaftlicher Sicht und iSd Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung etc) – kaum ein Entscheidungsspielraum über den Einsatz auf Landesebene bestehen.

Unter Umständen könnte bei vermehrtem Einsatz solcher Systeme eher eine unmittelbare Bundesverwaltung anzunehmen sein und damit eine (schleichende) Unterwanderung des Systems der mittelbaren Bundesverwaltung einhergehen.¹²² In unmittelbarer Bundesverwaltung dürfen aber nur bestimmte Angelegenheiten besorgt werden. In allen anderen Angelegenheiten bedarf es einer gesetzlichen Regelung, hier kommt den Ländern von Verfassungs wegen ein Zustimmungsrecht zu (Art 102 Abs 1 letzter Halbsatz und Abs 4 BVG) – wobei eine überbordende Betrauung von Bundesbehörden auch nicht mit Zustimmung der Länder erfolgen darf.¹²³ Nach Judikatur des VfGH wäre es allerdings verfassungskonform, wenn *„im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung in einem bestimmten Ausmaß und unter Einhaltung sonstiger*

120 Art 106 B-VG; Art 8 Abs 5 lit a Übergangsgesetz 1920; § 1 Abs 3, § 3 Abs 3 Bundesverfassungsgesetz vom 30. Juli 1925, betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien; Art 54 Oö. LVG; § 4 Geschäftsordnung der Oö. Landesregierung; § 2 Geschäftsordnung des Amtes der Oö. Landesregierung.

121 Dem Landeshauptmann als Vorstand des Amtes der Landesregierung bzw dem diesem unterstellten Landesamtsdirektor unterstehen auch die Bezirkshauptmannschaften in organisatorischer Hinsicht, beschränkt auf den inneren Dienst (inkl Weisungs- und Aufsichtsrecht in organisatorischen bzw innerdienstlichen Angelegenheiten); Adamovich et al, Österreichisches Staatsrecht IV (2009) Rz 47.046.

122 Vgl VwGH 30.9.1996, 96/12/0268.

123 Vgl Lukan, Kreation 219 f.

verfassungsrechtlicher Grenzen dem Bundesminister auch Agenden zur Besorgung in erster Instanz übertragen [werden]“, und zwar auch ohne Zustimmung der Länder. Zur Besorgung solcher Aufgaben darf er sich ihm direkt zugeordneter Hilfsorgane bzw -apparate bedienen. Die Handlungen dieser Hilfsorgane bzw -apparate sind dem Bundesminister direkt zuzurechnen. Allerdings darf das System der mittelbaren Bundesverwaltung auf diese Weise nicht unterlaufen werden.¹²⁴

Die Einordnung Top-down-gesteuerter automatisierter Entscheidungssysteme als unmittelbare Bundesverwaltung würde uU auch der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung eher gerecht werden. Verantwortlicher nach Art 4 Z 7 DSGVO ist, wer allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und die wesentlichen Aspekte der Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet.¹²⁵ Maßgeblich ist, wer tatsächlich die Entscheidungsmacht über die technischen und organisatorischen Methoden und das „Wie“ der Verarbeitung hat, wobei allenfalls auch die faktische Entscheidungsvorwegnahme die datenschutzrechtliche Verantwortlicheigenschaft begründen kann: „*Trifft ein Akteur **tatsächlich und faktisch** die Entscheidung für die Aufnahme einer Datenverarbeitung, ist dieser als Verantwortlicher iSd DSGVO anzusehen. Ausschlaggebend ist, **wer** entscheidet und nicht **wer rechtmäßig** entscheidet.*“^{126, 127}

c) Einrichtungs- bzw Institutionengarantie

Abseits davon besteht allenfalls die Gefahr, dass durch einen vermehrten Einsatz von (voll-)automatisierten Entscheidungssystemen die

¹²⁴ Vgl VfSlg 11.403/1987; VfSlg 19.123/2010.

¹²⁵ Zur Frage, ob es eine Art Rechtspersönlichkeit (voll-)autonomer Systeme bedarf, siehe zB Höchtl, Datenschutzrechtliche Implikationen Autonomer Systeme, in: Schweighofer/Kummer/Saarenpää (Hg), Tagungsband des 22. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS (2019) 173 f mwN.

¹²⁶ Hödl, Art 4 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 83 bis 88 (1.12.2018).

¹²⁷ Vgl dazu DSK 16.11.2004, K120.951/0009-DSK/2004, wonach es auf die faktische Willensbildung zur Verarbeitung personenbezogener Daten und nicht auf die (abstrakte) Befugnis ankommt. Dennoch kommt Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften eine wichtige Indikatorfunktion für die Qualifikation als Auftraggeber (Verantwortlicher) zu. Ein Handeln auf Weisung schließt die Auftraggeber- bzw Verantwortlicheigenschaft des Verwaltungsorgans nicht aus. „*Dadurch fasst nämlich das Weisung erteilende Organ keineswegs den Entschluss, SELBST, also im eigenen Namen, Daten zu verwenden, sondern hält das weisungsgebundene Organ zu einer Verwendung an. Diese erfolgt also nicht schon automatisch durch die Weisung, sondern bedarf eines weiteren Willensaktes des Unterworfenen.*“ In der zugrundeliegenden Konstellation bestand allerdings hinsichtlich der Zeiterfassung eine Weiskette in Dienstrechtsangelegenheiten vom Bundesminister zum Vorgesetzten nach § 45 Abs 1 BDG.

Monopolstellung bzw die Funktion des Amtes der Landesregierung als Geschäftsapparat des Landeshauptmanns in der mittelbaren Bundesverwaltung und der Landesregierung im Rahmen der selbständigen Landesverwaltung ausgehöhlt werden könnte.¹²⁸ Eine behördliche Aufgabe kann auf eine Dienststelle nur übertragen werden, „wenn sie entweder Teil des Amtes der Landesregierung ist oder eine Unterordnung unter das Amt der Landesregierung und somit eine Weisungshierarchie besteht.“¹²⁹ Auch hinsichtlich der Bezirkshauptmannschaften könnte ein Ausdünnen ihrer Zuständigkeiten bzw ihrer Funktion als Bezirksverwaltungsbehörden drohen. Bußjäger¹³⁰ beschäftigt sich etwa mit der Institutionengarantie der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern. Dazu gehört auch, dass das Prinzip der mittelbaren Bundesverwaltung nicht durch die Aufgabenwahrnehmung durch den Bundesminister ausgehöhlt werden darf.

d) Kooperativer Bundesstaat

Die ausgeführten Bedenken könnten gegebenenfalls dadurch ausgeräumt werden, dass die die Entscheidung verantwortenden Organe einen tatsächlichen und maßgeblichen Einfluss auf die technische Ausgestaltung bzw den Einsatz der Systeme haben. Generell werden die Kooperationen zwischen Bund, Ländern, Städten und Gemeinden zunehmend bedeutender. Dies betrifft insb auch E-Government-Basiskomponenten wie zB die „Elektronische Zustellung“, „Elektronische Identität“, „Register- und Systemverbund“. Dabei ist es essentiell, dass proprietäre Lösungen vermieden bzw gemeinsam erarbeitete Standards und Vorgaben eingehalten werden, etwa dass aufgrund der Organisationshoheit der Länder bei Fachanwendungen standardmäßig entsprechende Schnittstellen zum ELAK vorgesehen werden (um auch die Etablierung paralleler Aktenverwaltungssysteme hintanzuhalten). Abgesehen davon bergen eine Zentralisierung und Top-down-Steuerung die Gefahr, dass Fehler alle Ebenen gleichermaßen betreffen. Förderale

128 Siehe § 8 Abs 5 lit a ÜG 1920, § 3 BVG ÄmterLReg; Art 53 Oö. L-VG, § 1 Abs 1 Geschäftsordnung des Amtes der Oö. Landesregierung und Anlage der Verordnung des Landeshauptmanns von Oberösterreich über die Geschäftseinteilung des Amtes der Oö. Landesregierung, die auf Grund des § 2 des Bundesverfassungsgesetzes vom 30. Juli 1925 betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien und Art 53 Abs 3 und 4 des Oö. Landes-Verfassungsgesetzes erlassen wurde.

129 Vgl dazu Bußjäger, ZfV 2019/22, 216.

130 Vgl Bußjäger, ZfV 2019/22, 216 ff.

Strukturen dagegen begrenzen die Reichweite von Fehlentscheidungen.¹³¹

Daher ist es mE unerlässlich, die Länder frühzeitig einzubinden und den Einfluss der Länder bei der Programmierung der Systeme ausdrücklich festzuhalten (wie das zT bereits bei den Kooperationsvereinbarungen der Fall ist), denn wer am Algorithmus arbeitet, entscheidet über zukünftige Behörden erledigungen (mit). „Da E-Government nur dann ins Gewicht fallende positive Auswirkungen entfalten kann, wenn die gesamte österreichische Verwaltung sich auf ein gemeinsames Vorgehen versteht, wird es auch notwendig sein, effiziente Methoden der Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen den Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlichen Stellen zu entwickeln, die rasch und flexibel jenes Ausmaß an Koordination herbeiführen, das Voraussetzung für jede effiziente Kommunikation ist. Auch neue Formen der Kooperation sollten in diesem Zusammenhang angedacht werden.“¹³² Die derzeit eher lose Kooperation zwischen Bund, Ländern, Städten und Gemeinden könnte mit einer Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden¹³³ – vergleichbar mit Konsultationsmechanismus und Stabilitätspakt – legitimiert werden, um die Zusammenarbeit zu stärken und verbindlicher zu gestalten. Ansätze dafür zeigen sich schon vereinzelt in den Materialien zu Bundesgesetzen.¹³⁴

H) Elektronische Ausgangsbehandlung

Bei der schriftlichen Ausfertigung einer externen Erledigung kommen – von Sonderkonstellationen¹³⁵ abgesehen – verschiedene Versandarten in Betracht. Bei der Auswahl ist im Rahmen der rechtlichen Vorgaben und technischen Möglichkeiten des Versenders und des Empfängers die jeweils kostengünstigste und zweckmäßigste Versandart auszuwählen,

131 Vgl. Härtel, Kooperativer Föderalismus: Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung – Erfahrungen aus dem deutschen föderalen Raum, in: Bußjäger/Keuschnigg/Schramek, Raum neu denken. Von der Digitalisierung zur Dezentralisierung (2019) 230.

132 ErIRV 252 BlgNR 22. GP, 2.

133 Für eine Beteiligung der Gemeinden wäre ein BVG zur Ermächtigung des Österreichischen Gemeindebundes und des Österreichischen Städtebundes, wie auch für den Konsultationsmechanismus und Stabilitätspakt, erforderlich.

134 Vgl. ErIRV 1335 BlgNR 25. GP, 12; ErIRV 1457 BlgNR 25. GP, 8; ErIRV 65 BlgNR 26. GP, 184, Datenschutz-Folgenabschätzung zum 2. Abschnitt (Öffentlicher Dienst); ErIRV 574 BlgNR 26. GP, 4.

135 Vgl. zB die unmittelbare Ausfolgung gemäß § 24 oder § 37a ZustG. Das Land Oberösterreich betreibt aktuell kein Kommunikationssystem der Behörde gemäß § 37 ZustG, daher unterbleibt eine Auseinandersetzung mit dieser Versandart.

die den geringsten Aufwand verursacht.¹³⁶ Mit internen Organisationsvorschriften wird im Land Oberösterreich eine Priorisierung für den externen Versand schriftlicher Erledigungen vorgenommen. Vorrangig soll die E-Mail-Kommunikation genutzt werden, sofern eine Zustellung ohne Zustellnachweis zulässig ist (§ 37 Abs 1 iVm § 2 Z 5 ZustG). Dies gilt insb dann, wenn nicht in die Rechtssphäre der Empfänger eingegriffen wird. Wann ohne Zustellnachweis zugestellt werden darf, ist nach den Rechtsvorschriften bzw der Art der Erledigung zu entscheiden.

1. Zustellung an eine elektronische Zustelladresse

Die Behörde kann im konkreten Verwaltungsverfahren direkt an eine elektronische Zustelladresse¹³⁷ zustellen, wenn die Partei zu erkennen gegeben hat, dass sie dieser Form zustimmt (zB durch Antragstellung per E-Mail, Angabe der E-Mail-Adresse in elektronischer Eingabemaske).¹³⁸ Bei unmittelbar zusammenhängenden Verfahren wird auch im Folgeverfahren die Verwendung der elektronischen Zustelladresse zulässig sein. Bei einer Übermittlung an eine nicht im konkreten Verfahren bekanntgegebene elektronische Zustelladresse wird ein Zustellmangel in Kauf genommen, der allenfalls durch tatsächliches Zukommen geheilt werden kann (§ 7 ZustG).¹³⁹

Ein Zustellnachweis iSd ZustG wird bei dieser Zustellungsform nicht erbracht, die Beweislast über den Zugang trifft die absendende Behörde. Eine „Sendebestätigung“ liefert grundsätzlich keinen (Anscheins-) Beweis für den Zugang beim Empfänger. Die bloße Bestätigung über die Absendung eines E-Mails lässt nicht den zwingenden Schluss zu, dass die Sendung auch beim Empfänger angekommen ist, dies unabhängig davon, ob vom System eine Fehlermeldung generiert wurde. Mit einer „Delivery Status Notification“ wird nur der „Einwurf“ in das Postfach, nicht aber den Abruf des E-Mails bestätigt. Wird bei der Absendung (mit Hilfe der Funktion „Übermittlung der Sendung bestätigen“) eine „Übermittlungsbestätigung“¹⁴⁰ bzw eine „Lese- oder Empfangsbestätigung“ angefordert, könnte hingegen der Beweis für den Zugang des E-Mails in

136 Die Behörde hat nach den allgemeinen Vorgaben des § 18 Abs 1 AVG bei der Erledigung von Verfahren möglichst zweckmäßig, rasch, einfach und kostensparend vorzugehen.

137 ZB E-Mail-Adresse, Faxnummer, Telefonnummer für SMS oder MMS.

138 Vgl Bumberger/Schmid, Praxiskommentar zum Zustellgesetz § 37 K6 (01.01.2018).

139 Vgl Durchführungsrundschreiben des Bundeskanzleramts 24.2.2005, BKA-810.287/0035-V/3/2004, 18 f.

140 Vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 13 Rz 33 (01.01.2014).

die Sphäre des Empfängers bzw Abruf gelingen.¹⁴¹ Der Absender kann mittels des „Disposition-Notification-To-Header“ den User Agent des Empfängers zum Versenden einer Lesebestätigung auffordern. Allerdings tragen auch diese Bestätigungen „idR keine elektronische Signatur und sind daher fälschbar und veränderbar“, dennoch sind sie wohl Indizien, die bei der Beweiswürdigung entsprechend begünstigend zu berücksichtigen sind. Nach einer Entscheidung des LVwG Steiermark wären die Voraussetzungen für einen Anscheinsbeweis nur dann erfüllt, wenn ein Verfahren eingesetzt wird, „bei dem Entgegennahme und Zustellung von E-Mails mit einem von einer dritten Stelle digital signierten Bestätigungsmail dokumentiert wird.“¹⁴² Der Beweis über den Zugang wird wohl aber gelingen, wenn der Empfänger auf das ursprüngliche E-Mail tatsächlich antwortet oder deren Erhalt telefonisch bestätigt.

Bei der E-Mail-Kommunikation sind zudem die datenschutzrechtlichen Erfordernisse zu beachten. Demnach sollten zB E-Mails oder Attachments, welche besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art 9 DSGVO) oder „strafrechtsbezogene Daten“ (Art 10 DSGVO, § 4 Abs 3 DSG) enthalten, grundsätzlich verschlüsselt werden.¹⁴³ Nach einer Entscheidung der DSB kann in einen unverschlüsselten E-Mail-Versand nicht eingewilligt werden. Die Verschlüsselung ist eine Frage der Datensicherheit nach Art 32 DSGVO, ua des Schutzes der Daten vor unbefugter Kenntnisnahme durch Dritte, wofür der datenschutzrechtliche Verantwortliche zu sorgen hat.¹⁴⁴ Grundsätzlich gilt, dass Dokumente als eingelangt gelten, wenn sie beim Empfänger lesbar angekommen sind. Die Lesbarkeit muss gegenüber den im Postweg zugestellten Dokumenten gleichwertig erscheinen. Kann das Attachment eines E-Mails mangels kompatibler Software nicht geöffnet werden oder langt zB ein Telefax unvollständig beim Empfänger ein, liegt keine Zustellung vor.¹⁴⁵ Im Fall der Verschlüsselung stellt sich (auch im Lichte vergleichbarer Judikatur) die Frage, ob aufgrund der Verschlüsselung eine mangelhafte Lesbarkeit (dh durch die Verschlüsselung wird die Erklärung „verstümmelt“) bzw „inkompatible Software“ vorliegt bzw ob dies der Sphäre des Absenders zuzurechnen ist, wenn der Empfänger zwar den Erhalt bestätigt, aber eine Entschlüsselung unterlässt. Wäre die mangelnde Lesbarkeit der Sphäre des Empfängers zuzurechnen (wie zB bei technischen Män-

141 Vgl VwGH 3.9.2003, 2002/03/0139; 8.10.2014, 2012/10/0100; 28.11.2016, Ro 2016/ 11/0015.

142 LVwG Steiermark 26.6.2019, LVwG 47.2-900/2019.

143 Siehe dazu die Möglichkeiten, die das Land Oberösterreich zur Verfügung stellt: <<https://www.land-oberoesterreich.gv.at/190686.htm>> (21.1.2021).

144 Vgl DSB 16.11.2018, DSB-D213.692/0001-DSB/2018; OGH 23.10.2018, 4 Ob 179/18d.

145 Vgl Bumberger/Schmid, Praxiskommentar zum Zustellgesetz § 37 E9, K9 (1.1.2018).

geln des Faxgeräts des Empfängers), so ist die Zustellung dennoch wirksam, vorübergehende individuelle Zugangshindernisse tangieren den Zugang nicht.¹⁴⁶ Der tatsächliche Aufruf ist unerheblich, maßgeblich ist, wann das E-Mail im Posteingang des Empfängers einlangt und am Bildschirm angezeigt werden kann. Verhindert der Empfänger den Zugang einer Erklärung absichtlich bzw wider Treu und Glauben, indem er sich der Zustellung entzieht, kann der Zugang fingiert werden. Die Zustellung ist in jenem Zeitpunkt als wirksam anzusehen, in dem sie dem Empfänger unter gewöhnlichen Umständen zugegangen wäre.¹⁴⁷ Bislang gibt es – soweit ersichtlich – noch keine veröffentlichten Entscheidungen zur Frage, wie mit verschlüsselten E-Mails bzw Attachments umzugehen ist, ebenso wenig wurde sie bislang in der Literatur diskutiert. Es wäre wünschenswert, wenn mit einer Zustellfiktion Rechtssicherheit geschaffen werden würde.¹⁴⁸

2. Elektronische Zustellung durch einen Zustelldienst

Ist keine für das vorliegende Verfahren zulässige elektronische Zustelladresse bekannt oder eine nachweisliche Zustellung geboten, ist im ELAK grundsätzlich die duale Zustellung als Versandart auszuwählen (es sei denn, zB Originale sind zurückzusenden). Sofern ein Zustellnachweis für eine konkrete Erledigung ausdrücklich gesetzlich¹⁴⁹ vorgesehen ist oder (besonders) wichtige Gründe¹⁵⁰ vorliegen, ist (nach § 35 ZustG elektronisch) mit Zustellnachweis zuzustellen („Zustellung

146 Vgl Kronschräger/Mauernböck, Elektronischer Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten des öffentlichen Rechts (Teil I), ZTR 2015, 230.

147 Vgl Griehser, Vertragsabschluss durch E-Mail – Die Zugangsproblematik bei E-Mails im Spamordner des Empfängers, Zak 2010/536, 311 f mwN; Riedler, § 862a ABGB, in: Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) Rz 3, 9; OGH 20.2.2019, 3 Ob 224/18i.

148 Etwa indem in § 37 Abs 1 ZustG nach dem 2. Satz folgender Satz eingefügt wird: „Dies gilt auch für Zustellungen an eine elektronische Zustelladresse, die mit vertretbaren Mitteln entschlüsselbar sind oder einen dem Stand der Technik entsprechenden Passwortschutz enthalten.“

149 Vgl etwa § 43 Abs 1 EiszEG; §§ 41 Abs 2, 42 Abs 2 VStG; nach § 19 Abs 3 AVG ist zB ein Ladungsbescheid dem Empfänger eigenhändig zuzustellen, wenn die Anwendung von Zwangsmitteln beabsichtigt wird. Eine einfache Ladung (vgl § 19 Abs 4 AVG) ohne Zustellnachweis wird jedenfalls dann ausreichen, wenn anzunehmen ist, dass die Person der Ladung Folge leisten wird.

150 Hengstschläger/Leeb, AVG § 22 Rz 4 f (1.1.2014): „Wichtige Gründe“ liegen dann vor, wenn aufgrund des Inhaltes des zuzustellenden Schriftstücks oder der damit ausgelösten Rechtsfolgen ein erhöhtes Bedürfnis danach besteht, dass die Zustellung besonders dokumentiert wird. „Besonders wichtige Gründe“ sind bei Bescheiden etwa dann anzunehmen, wenn die damit verbundenen Rechtsfolgen im Vergleich zu anderen Bescheiden in ihrer Bedeutung und Wichtigkeit über dem Durchschnitt liegen.

RSb [dual]“; „Zustellung RSa [dual]“), ansonsten genügt eine nicht nachweisliche Zustellung (§ 36 ZustG „Zustellung [dual]“).

Bei der dualen Zustellung wird zuerst versucht, das Dokument durch einen zugelassenen Zustelldienst gemäß § 30 ZustG elektronisch zuzustellen. Die Abfrage des Teilnehmerverzeichnisses nach § 34 ZustG erfolgt automatisiert, und zwar vorzugsweise über die Stammzahl¹⁵¹ bzw einen eindeutigen Identifikator (bPK). Ist der Empfänger beim Teilnehmerverzeichnis nach § 28b ZustG nicht angemeldet, wird das Scheiben auf dem Postweg versandt. Im Falle der Anmeldung – Unternehmen¹⁵² sind seit 01.01.2020 grundsätzlich zur Teilnahme an der elektronischen Zustellung verpflichtet (§ 1b E-GovG) – und eindeutigen Ermittlung, wird die Erledigung im elektronischen Postfach elektronisch zugestellt (Anzeigemodul nach § 37b ZustG). Der Empfänger erhält an der bekanntgegebenen elektronischen Adresse eine Verständigung über die Zustellung im elektronischen Postfach. Bei der Abholung der Dokumente werden die erforderlichen Daten über die Abholung der einzelnen Dokumente durch den Empfänger protokolliert und die Protokolldaten bzw Zustellnachweise (§ 35 Abs 3 letzter Satz ZustG) elektronisch an jenes Zustellsystem übermittelt, über das das jeweilige Dokument zugestellt wurde (§ 37b Abs 3 ZustG). Der Zustellnachweis wird an den Absender übermittelt. Bei einer Zustellung ohne Zustellnachweis gelten die Protokolldaten über die Abholung der Dokumente nicht als Zustellnachweis (§ 36 ZustG).

3. Elektronischer Rechtsverkehr (ERV) gemäß §§ 89a ff GOG

Der ERV ist ein Zustellsystem iSd § 28 Abs 3 ZustG. Die ERV-Teilnehmer¹⁵³ werden nach § 28b Abs 5 ZustG mit opt-out-Möglichkeit automations-

151 Die Stammzahl kann etwa durch Abfrage des Vereinsregisters (Vereinsregisterzahl nach § 18 Abs 2 VerG), des Firmenbuchs (Firmenbuchnummer nach § 30 FBG), des Ergänzungsregisters für sonstige Betroffene (Ordnungsnummer nach § 6 Abs 4 E-GovG iVm §§ 10 ff ERegV 2009) oder des Unternehmensregisters (Kennziffer nach § 25 Bundesstatistikgesetz 2000) eruiert werden. ERV-Teilnehmer sollen vorrangig mittels ERV-Anschriftcode (§ 7 ERV 2006) adressiert werden.

152 Der Unternehmensbegriff des § 3 Z 20 Bundesstatistikgesetz ist weit gefasst und umfasst natürliche Personen, juristische Personen, Personengesellschaften, Personengemeinschaften und Personenvereinigungen sowie Personen mit Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus selbstständiger Arbeit, aus Gewerbebetrieb sowie aus Vermietung und Verpachtung. Unternehmen, die wegen Unterschreiten der Umsatzgrenze nicht zur Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen verpflichtet sind, sind ausgenommen.

153 Bestimmte Berufsgruppen, wie zB Rechtsanwälte, Notare, Sachverständige und Einrichtungen, wie zB Kredit- und Finanzinstitute, Sozialversicherungsträger sind grundsätzlich zur Teilnahme am ERV verpflichtet; vgl § 89c Abs 5 und 5a GOG.

unterstützt ins Teilnehmerverzeichnis übernommen. Grundsätzlich sollte die Zustellung zB an Rechtsanwälte über den ERV-Anschriftcode¹⁵⁴ angesteuert werden (§ 34 Abs 1 iVm § 28b Abs 1 Z 3 lit b ZustG), alternativ kann die Ordnungsnummer aus dem Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (ERsB) als eindeutiger Identifikator herangezogen werden (ERV-Teilnehmer sind grundsätzlich im ERsB abgebildet).

§ 34 Abs 3 ZustG sieht für ERV-Teilnehmer grundsätzlich eine Weiterleitung in den ERV vor. Bei einer aktivierten ERV-Weiterleitung sind alle Dokumente (ausgenommen Nachrichten der Finanzverwaltung) ausschließlich im ERV vorhanden. Sie können nicht im Anzeigemodul „MeinPostkorb“ abgeholt werden. Diese ERV-Weiterleitung ist auch im Anzeigemodul iSd § 28b Abs 1 Z 6 ZustG hinterlegt. Damit wird vom ERV-Teilnehmer bekanntgegeben, dass er nur über dieses bestimmte Zustellsystem empfangsbereit ist.¹⁵⁵ Im Rahmen der Weiterleitung einer elektronischen Zustellung an den ERV handelt es sich um eine elektronische Zustellung durch das Zustellsystem gemäß § 28 Abs 3 Z 3 ZustG, also den ERV gemäß §§ 89a GOG. Somit richtet sich der Zustellzeitpunkt nach § 89d Abs 2 GOG und der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich folgende Werktag ist maßgeblich. Der ERV unterscheidet zwischen dem Einlangen von Zustellstücken in den elektronischen Verfügungsbereich und der Wirksamkeit der Zustellung (es kommt zu einer „Zeitverschiebung“).¹⁵⁶ Der Zustellvorgang nach § 89d Abs 2 GOG ist also zweigeteilt:¹⁵⁷ Das Einlangen von Zustellstücken in den „elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers“¹⁵⁸ ist der erste Teil des Zustellvorgangs. Dieser Bereitstellungs- bzw Nachweiszeitpunkt wird technisch dokumentiert (und könnte auch bei Zustellungen ohne Zustellnachweis erhoben werden). Die Zustellung nach § 89d Abs 2 GOG ist damit aber noch nicht bewirkt, auch wenn der Zustellinhalt bereits nach dem Eingang in den elektronischen Verfügungsbereich abgeholt werden kann bzw tatsächlich abgeholt wird. Der ERV kennt – anders als § 35 Abs 5 ZustG – kein Erfordernis einer ex-

154 Verpflichteten Teilnehmern am elektronischen Rechtsverkehr wird der ERV-Anschriftcode von ihren jeweiligen Interessensverbänden (Kammern) zugewiesen. Alle anderen Teilnehmer erhalten den ERV-Anschriftcode auf Antrag vom Bundesrechenzentrum.

155 Vgl ErlRV 381 BlgNR 26. GP, 6.

156 Vgl OGH RIS-Justiz RS0129672.

157 Vgl *Stumvoll*, § 1 ZustG, in: Fasching/Konecny (Hg), Zivilprozessgesetze³, II/2 (2014) Rz 27/2, 29/1 (1.7.2016).

158 Der „elektronische Verfügungsbereich des Empfängers“ ist jener Bereich, in dem es dem Empfänger möglich ist, bestimmte Daten abzurufen bzw zu verarbeiten. Dies ist der Zeitpunkt, zu dem die Zustellung via ERV in der jeweiligen Übermittlungsstelle und damit im Verfügungsbereich des Empfängers „angekommen“ ist.

pliziten Annahme.¹⁵⁹ Dieser Bereitstellungs- bzw Nachweiszeitpunkt ist Basis für die Berechnung des Zustellzeitpunkts. Die Zustellung wird mit „dem nächsten auf die Ankunft in der Übermittlungsstelle folgenden Werktag“ abgeschlossen (§ 89d Abs 2 GOG). Der Beginn des folgenden Werktages bildet demnach den zweiten Teil der Zustellung, vergleichbar etwa mit der Hinterlegung bei der physischen Zustellung nach § 17 ZustG.¹⁶⁰

Für die Weiterleitung der elektronischen Eingaben über eine Übermittlungsstelle enthält § 89d Abs 2 GOG iVm §§ 4 und 5 ERV 2006 nähere Vorschriften über die Protokollierung (der Übernahme und Weiterverarbeitung) der Daten. Das Zustelldatum ist durch diesen Nachweis („Zustellnachweis“) daher zeitlich fixiert und – insoweit dem RSb vergleichbar – nachweisbar. Elektronische Zustellungen nach den §§ 89a ff GOG werden als RSb-wertig eingestuft.¹⁶¹

4. Exkurs: Technische und rechtliche Angleichung der Zustellsysteme

Das ZustG und / oder das GOG sollten neben technischen Schnittstellen auch legistisch insb hinsichtlich der fiktiven Zustellzeitpunkte angeglichen werden. Im ERV spielt eine Abholung vor dem Zeitpunkt nach § 89d Abs 2 GOG keine Rolle und die Zustellung wird auch durch eine vorherige Abholung nicht bewirkt, denn der Zustellzeitpunkt für Zustellnachweise wird vom ERV automatisch für den „nächsten auf die Ankunft in der Übermittlungsstelle folgenden Werktag“ berechnet. Die Zustellung nach dem ZustG gilt grundsätzlich am ersten Werktag, der dem Tag der ersten Verständigung folgt, als bewirkt (§ 35 Abs 6 ZustG). Ruft der Empfänger das Dokument allerdings schon früher ab, wird die Zustellung bereits mit dem Abrufzeitpunkt wirksam (§ 35 Abs 5 ZustG). Darin liegt ein wesentlicher Unterschied, denn auch eine frühere Kenntnis des Zustellinhalts hat beim ERV keine Auswirkung auf das gesetzliche Zustellprivileg des § 89d Abs 2 GOG, dh es kommt mit der Kenntnisnahme nicht zu einer wirksamen Zustellung bzw kann damit kein früherer Zustellzeitpunkt ausgelöst werden. Damit stellt sich für den ERV-Empfänger, der früher abrufen, ein Zeitvorsprung ein bzw ergibt

159 Vgl Hoch/Schwab, Bei elektronischen Zustellproblemen im Zweifel keine Verspätung, EvBl 2013/54.

160 Vgl OGH 1 Ob 26/13z; Stumvoll, § 1 ZustG (1.7.2016); Berger, Elektronische Zustellung, in: Lexis Briefings Zivilrecht (2020).

161 Vgl Stumvoll, § 1 ZustG Rz 26, 27/2, § 22 Rz 24, § 36 FN 3 (1.7.2016).

sich eine „Fristverlängerung“, die der Gesetzgeber bislang offensichtlich in Kauf genommen hat.¹⁶²

Langfristig sollte die bestehende „Mehrgleisigkeit“ im Bereich der elektronischen Zustellung, insb zum einen die elektronische Zustellung nach dem 3. Abschnitt des ZustG und zum anderen der ERV nach §§ 89a ff GOG abgeschafft werden. ERV-Teilnehmer müssen derzeit bei einer nicht aktivierten ERV-Weiterleitung zwei Zustellsysteme bedienen und unterschiedliche Zustellregime und -zeitpunkte berücksichtigen.

Auch bei der Eingangsbehandlung wäre eine Gleichstellung wünschenswert. So sollte das Postlaufprivileg gemäß § 33 AVG nicht mehr vom Zustellsystem abhängen. Die Trennung bzw Unterscheidung zwischen Zustelldiensten und Zustellsystem ieS (ERV) sollte aufgegeben werden, sodass das Postlaufprivileg auch für alle Übermittlungen mit bzw im ERV gilt. Im April 2019 gab es mit dem Begutachtungsentwurf zur Änderung des § 33 Abs 2 AVG bereits Bestrebungen, ua eine Gleichbehandlung von ERV-Anbringen (Eingaben) mit Eingaben via Zustelldiensten herzustellen, dieser Vorschlag wurde bislang allerdings nicht umgesetzt.

IV. Digitale Langzeitarchivierung

Am Ende des Lebenszyklus eines Aktes steht die Archivierung. Sofern Verwaltungshandeln digital erfolgt, bedarf es auch einer Digitalisierung am Ende dieser Prozesse.¹⁶³ Daher wurde mit Juli 2018 das Projekt „Digitales Gedächtnis Oberösterreich“ gestartet.¹⁶⁴ Ziel ist die Einführung einer vertrauenswürdigen digitalen Langzeitarchivierung beim Land

162 Vgl Stumvoll, § 1 ZustG 29/1 (1.7.2016); Berger, Zustellung: „Nach Ansicht des VfGH hält sich die Regelung jedoch im Rahmen des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, mangels verfassungsrechtlicher Bedenken wurde der Antrag daher abgewiesen (VfGH 09.12.2015, G 325/2015).“

163 Als Überblick zur digitalen Archivierung siehe Kramski, Digitale Dokumente im Archiv, in: Lepper/Raulff (Hg), Handbuch Archiv. Geschichte, Aufgaben, Perspektiven (2016) 178 ff. Aus archivrechtlicher Perspektive siehe (für Deutschland) einen Problemaufriss bei Berger, Öffentliche Archive und staatliches Wissen. Die Modernisierung des deutschen Archivrechts (2019) 341 ff. Der relativ junge Bereich der digitalen Archivierung erfährt nach und nach eine Standardisierung. Zentrale und mittlerweile etablierte internationale Standards sind ISO 14721:2012, in dem das Referenzmodell „Open Archival Information System“ (OAIS) beschrieben wird sowie DIN 31644 „Information und Dokumentation – Kriterien für vertrauenswürdige digitale Langzeitarchive“.

164 Wührer, Einführung einer vertrauenswürdigen digitalen Langzeitarchivierung beim Land Oberösterreich [abrufbar unter <<https://www.landesarchiv-ooe.at/ueber-uns/jahresberichte/projekte/digitales-gedaechtnis-oberoesterreich/>>] (21.1.2021).

Oberösterreich. Langfristig soll der Archivierungsprozess möglichst automatisiert stattfinden. Eine solche „stille Archivierung“ ist insb für jene Archivierungsprozesse geplant, bei denen genuin digitale Unterlagen in den Quellsystemen strukturiert vorliegen, die auch eine automatisierte Anbietung und ggf Übergabe von archivreifen Unterlagen – beispielsweise Akten – an das zuständige Archiv unterstützen. Im Fokus stehen hier Dokumenten- und Verfahrensmanagementsysteme, wie etwa Anwendungen zur Umsetzung des ELAK-Konzepts. Elektronische Akten liegen in solchen Systemen strukturiert vor und führen schon bei ihrer Entstehung notwendig Metadaten (wie Fristen und archivische Bewertungsattribute zur Archivwürdigkeit) zur Ablaufsteuerung mit sich. Nach Anstoß des Aussonderungsprozesses im Quellsystem werden die Unterlagen auf einen zurückbleibenden Aktenrumpf reduziert und damit die Akteninhalte „gelöscht“, sofern die Übernahme in das „digitale Archiv“ erfolgreich verlaufen ist oder das Bewertungsattribut „nicht archivwürdig“ hinterlegt war.

Auch im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung sind die Landesarchive für die Archivierung der Unterlagen zuständig. Daher sollten die Systeme, die im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung eingesetzt werden, bzw die mit diesen Systemen verarbeiteten Daten unter Einbindung der Landesarchive prospektiv auf ihre Archivwürdigkeit bewertet werden können.

V. Zusammenfassung

Der Beitrag gewährt Einblicke in einzelne Digitalisierungsmaßnahmen der oö. Landesverwaltung und soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einen Überblick zum elektronischen Verwaltungsv erfahren und Digitalisierungspotential in einzelnen Bereichen sowie einen Problemaufriss in Zusammenhang mit der Automatisierbarkeit von Entscheidungen in der Verwaltung geben und die Kooperation der Verwaltungsebenen ansprechen.

Werden Entscheidungsprozesse vom Menschen als Organwalter an Systeme „übertragen“ stellen sich Fragen der Zurechenbarkeit und Verantwortung für diese Entscheidungen. Im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung wäre bei einer antizipierten Willensbildung durch den Bundesminister als oberstes Organ uU eher eine unmittelbare Bundesverwaltung anzunehmen.

Das Potential der Automatisierung bzw technischen Unterstützung von Arbeitsschritten im Verwaltungsv erfahren durch Algorithmen bzw

Künstliche Intelligenz ist groß und deren denkbare Einsatzgebiete sind vielfältig. Die Verfahrensabläufe bzw Entscheidungsprozesse sind auf ihre Digitalisierungs- und Automatisierungstauglichkeit zu prüfen. Für einen grundrechtskonformen Einsatz regelbasierter und voll-autonomer Systeme bedarf es entsprechender ethischer und rechtlicher Leitlinien bzw Standards. Dazu könnten neben Zertifizierungsverfahren auch Folgenabschätzungen (bestenfalls im Gesetzgebungsprozess) angedacht werden, und zwar im Sinne der Transparenz und Vertrauensbildung auch dann, wenn diese datenschutzrechtlich nicht zwingend wären. Im Sinne des rechtsstaatlichen Prinzips müssen die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Entscheidungsprozesse gewährleistet sein und ein wirksamer und effizienter Rechtsschutz – ggf mit niederschwelligen Rechtsbehelfen – zur Verfügung stehen. Rechtliche Rahmenbedingungen samt Grenzen zum Einsatz voll-autonomer, KI-basierter Systeme schaffen sowohl für die Bürger als auch die öffentliche Verwaltung Rechtssicherheit.

Teil 3:
Schweiz

Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene (Schweiz)

I. Einleitung

Die Digitalisierung hat auch in der schweizerischen Bundesverwaltung Einzug gehalten. Angesichts der technischen Entwicklungen wurden im September 2020 unter anderem das E-Government und die künstliche Intelligenz als zentrale Aktionsfelder der bundesrätlichen Strategie „Digitale Schweiz“ identifiziert.¹ Im November 2020 erfolgte die Verabschiedung von Leitlinien, die als Orientierungsrahmen für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung dienen.² In Kooperation mit den Kantonen und Gemeinden definierte der Bund des Weiteren die „E-Government-Strategie Schweiz 2020–2023“, deren Ziel die gemeinsame aktive Steuerung der digitalen Transformation der Verwaltung bildet.³ Zudem beschloss der Bundesrat im Dezember 2020, dass bis Mitte 2021 die Ausgestaltung eines Kompetenznetzwerks Künstliche Intelligenz in der Bundesverwaltung geprüft werden soll.

Die Diskussion bezüglich automatisierter Verwaltungsverfahren befindet sich hierzulande allerdings noch in den Anfängen. Auch die rechtswissenschaftliche Literatur setzt sich erst seit kurzem vertiefter

1 Die Strategie „Digitale Schweiz“ ist einsehbar unter <www.bakom.admin.ch> (12.3.2021); siehe insbesondere 17 ff und 25 ff.

2 Siehe auch den Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“ an den Bundesrat zum Thema „Herausforderungen der künstlichen Intelligenz“ vom Dezember 2019. Sämtliche Dokumente sowie weitere diesbezügliche Informationen sind auf der Webseite des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation SBFI einsehbar (<www.sbfi.admin.ch>; 12.3.2021).

3 Siehe dazu <www.egovernment.ch> (12.3.2021).

damit auseinander.⁴ Geweckt wurde das wissenschaftliche Interesse nicht zuletzt aufgrund des bevorstehenden Inkrafttretens des total-revidierten Datenschutzgesetzes, das Anwendungsfelder für automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene benennt und verschiedene Folgefragen aufwirft.

Nachfolgend wird zunächst Klarheit über die beiden Schlüsselbegriffe im Titel, das Verwaltungsverfahren und die Automatisierung bzw. Automation, geschaffen (II.). Anschliessend erfolgt ein Überblick über die einschlägigen Normen auf Bundesebene, wobei die mit der Totalrevision des Datenschutzgesetzes verabschiedeten Bestimmungen zur automatisierten Einzelentscheidung im Zentrum stehen (III.). Letztere werden daraufhin mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verwaltungsverfahren einer kritischen Würdigung unterzogen. In diesem Kontext wird auch weiterer Regelungsbedarf ausgelotet (IV.).

II. Terminologische Vorbemerkungen

A) *Verwaltungsverfahren*

Mit dem Begriff des Verwaltungsverfahrens wird vorliegend das Verfahren auf Erlass einer Verfügung, wie es auf Bundesebene im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968⁵ geregelt ist (vgl. Art 1 Abs 1 VwVG), bezeichnet. Neben der Verfügung existieren bekanntlich weitere verwaltungsrechtliche Handlungsformen wie beispielsweise der Vertrag oder der Realakt,⁶ denen ebenfalls Entscheidungsprozesse vorgelagert sind, die auf Bundesebene allerdings keinen oder nur punktuellen Regelungen unterworfen

4 Hinzuweisen ist insbesondere auf *Braun Binder*, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall... – Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, ZSR 2020, 253 ff; *dies*, Der Untersuchungsgrundsatz als Herausforderung vollautomatisierter Verfahren, ZSIS 2020, A5; *dies*, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2000, 27 ff; *dies*, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 2019, 467 ff; *Glaser*, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018, 181 ff; *Rechsteiner*, Der Algorithmus verfügt, Jusletter vom 26. November 2018, und – jüngst – *Weder*, Verfahrensgrundrechtliche Anforderungen an automatisierte Verwaltungsverfahren, in: Simmler (Hg), Smart Criminal Justice, Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege (2021) 237 ff.

5 SR 172.021.

6 Zu den Handlungsformen der Verwaltung statt vieler *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ (2020) N 841 ff; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2014) 232 ff.

sind.⁷ Dass diese vorliegend ausgeklammert bleiben, ist darin begründet, dass sie sich nach heutigem Verständnis jedenfalls dann nicht für Automatisierungen eignen, wenn ihnen Verhandlungselemente oder einzelfallweise zu konkretisierende Spielräume inhärent sind.⁸ Nicht ausgeschlossen ist indes, dass auch Realakte Ergebnis automatisierter Prozesse bilden können.⁹

B) Automatisierung und Automation

Der Terminus der Automatisierung beschreibt die Übertragung von Tätigkeiten, die gemeinhin von Angehörigen der Verwaltung erfüllt werden, auf künstliche Systeme. Der Zustand, in dem eine ehemals durch einen Menschen erfüllte Aufgabe durch ein technisches System erledigt wird, wird als Automation bezeichnet.¹⁰ Der Grad der Automation von Verwaltungsverfahren kann unterschiedliche Ausprägungen aufweisen:¹¹ Vollautomation liegt vor, wenn Verfügungen ohne menschliche Mitwirkung aufgrund entsprechender Programmierung rein maschinell erlassen werden.¹² Da sich diese Art der Automation nicht auf eine reine Formfrage beschränkt, sondern massgebliche Veränderungen im Verfahren nach sich zieht, wirft sie aus rechtsstaatlicher Warte spezifische Fragen auf. Demgegenüber kennzeichnet sich die Teilautomation dadurch, dass einzelne Teilschritte oder Teilaufgaben eines Verfahrens durch informationstechnische Systeme erledigt werden. Deren Ergebnisse werden anschliessend durch einen Menschen kontrolliert und verarbeitet. Der Automationsanteil kann dabei von einfachen Kalkulationen bis zur Abwicklung komplexer und umfangreicher

7 Eingehend dazu *Thurnherr*, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln (2013) N 34 ff.

8 Zur mangelnden Eignung von Ermessensentscheidungen für Automatisierungen hinten Punkt IV.B.1.

9 Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn bei Erreichen bestimmter Messwerte über eine App automatisch behördliche Warnungen generiert werden.

10 Vgl. *Simmler/Weder/Frischknecht*, Rechtliche Verfahren als sozio-technische Systeme: Eine Taxonomie des Zusammenwirkens von Mensch und Maschine in der Rechtsanwendung, in: *Simmler* (Hg), *Smart Criminal Justice*, Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege (2021) 81 (86).

11 Aufschlussreich in diesem Kontext *Simmler/Weder/Frischknecht*, Taxonomie 89 ff, die zwischen fünf Stufen der Automation unterscheiden, welche vom blossen Vorschlag von Optionen durch das technische System bis zur selbständigen Aktionsausführung durch das technische System reichen.

12 *Braun Binder*, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, 891 (892); *Glaser*, SJZ 2018, 184.

Verfahrensteile reichen.¹³ Entsprechend sind die sich bei Teilautomatizationen stellenden Rechtsfragen ausgesprochen kontextabhängig.

III. Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene

A) *De lege lata*

1. *Inexistenz einschlägiger Normen im Verwaltungsverfahrensgesetz*

Die Existenz und Entwicklung neuer technischer Möglichkeiten hat im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes bislang erst insofern Spuren hinterlassen, als vor einigen Jahren verschiedene Bestimmungen zum elektronischen Schriftverkehr zwischen Parteien und Behörden im Sinne des klassischen E-Government – verstanden als Einsatz digitaler Informations- und Kommunikationstechnologien zur elektronischen Abwicklung des Geschäftsverkehrs mit den Behörden¹⁴ – in Kraft getreten sind. Hinzuweisen ist in diesem Kontext insbesondere auf die Regelungen zur elektronischen Zustellung (Art 11b Abs 2 und Art 34 Abs 1^{bis} VwVG), zu den elektronischen Eingaben (Art 21a VwVG) und zur elektronischen Akteneinsicht (Art 26 Abs 1^{bis} VwVG). Die diesbezüglichen Einzelheiten sind in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom 18. Juni 2010¹⁵ geregelt. Der elektronische Verkehr zwischen Behörden und Privaten wird demnach über besondere Identifikationslösungen und Zustellplattformen abgewickelt. Hingegen kennt das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes keine spezifischen Bestimmungen zum automatisierten Verwaltungsverfahren. Anders als etwa im deutschen Recht (vgl § 28 Abs 2 Nr 4 und § 39 Abs 2 Nr 3 VwVfG) finden sich auch keine Vorgaben zur Tragweite der Verfahrensgarantien bei teilweise maschinell erfolgtem Verfügungserlass, an die im Kontext weitergehender Automation angeknüpft werden könnte.

13 Vgl auch *Stelkens*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: Hill/Kugelman/Martini (Hg), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung (2018) 81 (93 ff).

14 Auf diesem Begriffsverständnis basiert beispielsweise die Tätigkeit von „E-Government Schweiz“ (siehe <www.egovernment.ch> [12.3.2021]); dazu auch vorne Punkt I.

15 SR 172.021.2.

2. *Einschlägige Bestimmungen auf spezialgesetzlicher Ebene*

Beispiele für Verwaltungsverfahren mit einem verhältnismässig hohen Grad an Teilautomation finden sich auf Bundesebene im Bereich des Zoll- und Abgaberechts.¹⁶ Im Unterschied zu den zuvor erwähnten Bestimmungen im Verwaltungsverfahrensgesetz (siehe III.A.1.) betreffen diese Vorgaben nicht nur die Form der Verfügung, sondern auch die Abwicklung des Verfahrens. Nach Vornahme der elektronischen Zollanmeldung (Art 28 Abs 1 lit a ZG¹⁷, Art 8 ff ZV-EZV¹⁸) nimmt das System direkt eine summarische Prüfung vor (Art 84 lit a ZV¹⁹, Art 16 ZV-EZV) und fügt der elektronischen Zollanmeldung automatisch Annahmedatum und Annahmezeit hinzu (Art 16 ZV-EZV). Auch die Risikoanalyse bezüglich der Selektion der zu beschauenden Ware (Art 36 Abs 1 ZG) erfolgt automatisch (Art 17 Abs 1 ZV-EZV). Aufgrund des Selbstdeklarationsgrundsatzes findet eine Verlagerung der Sachverhaltsfeststellung auf die steuerpflichtige Person statt, die durch einen Ausbau der nachträglichen Berichtigungsmöglichkeiten abgedeckt wird. So wurde mit Art 34 Abs 3 und 4 ZG die Möglichkeit geschaffen, unter bestimmten Voraussetzungen innerhalb von 30 Tagen die Änderung einer Veranlagungsverfügung zu veranlassen.²⁰ Dass der Schritt hin zu einer Vollautomatisierung hier kleiner ist als andernorts, zeigt sich darin, dass der Gesetzgeber diese Verfahrensarten jüngst als für eine vollautomatisierte Bearbeitung geeignet identifiziert hat (dazu III.B.2 und III.C.). Ein anderes Exempel für Automatisierungen bilden die gesetzlichen Grundlagen im Ausländer- und Integrationsgesetz, die automatisierte Grenzkontrollsysteme an den Schengener Aussengrenzen der Schweizer Flughäfen ermöglichen (Art 103a und Art 103b AIG²¹).

16 Siehe dazu *Braun Binder*, ZSR 2020, 262 f und 265 f.

17 Zollgesetz vom 18. März 2005, SR 631.0.

18 Zollverordnung der EZV vom 4. April 2007, SR 631.013.

19 Zollverordnung vom 1. November 2006, SR 631.01.

20 Demgegenüber sind die nachträglichen Berichtigungsmöglichkeiten gemäss Art 69 Abs 3 VwVG ungleich limitierter.

21 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20 und dazu *Staatssekretariat für Migration SEM*, Erläuternder Bericht: Übernahme und Umsetzung der EES-Verordnung und der Änderung des SGK (Smart Borders), „Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands“ vom Februar 2018.

B) Neuregelungen im Kontext der Totalrevision des Datenschutzgesetzes

1. Bestimmungen zur automatisierten Einzelentscheidung

Künftig wird nun allerdings auch das schweizerische Recht Aspekte der automatisierten Entscheidungsfindung durch Verwaltungsbehörden auf allgemeiner Ebene regeln: Im Zuge der 2020 abgeschlossenen Totalrevision des Datenschutzgesetzes²² wurden verschiedene Bestimmungen verabschiedet, die auch oder ausschliesslich das automatisierte Verwaltungsverfahren betreffen. Da gleichzeitig Anpassungen an verschiedenen verwaltungsrechtlichen Sachgesetzen vorgenommen wurden, lassen sich zudem erste Anwendungsfelder für vollautomatisiert erlassene Verfügungen identifizieren.²³

Vorliegend von Interesse ist insbesondere der mit „Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung“ betitelte Art 21 nDSG, der als Reaktion auf entsprechende Regelungen in Art 22 der Datenschutz-Grundverordnung der EU vom 27. April 2016²⁴ sowie Art 8 lit a des (noch nicht in Kraft getretenen) Änderungsprotokolls zum Übereinkommen SEV 108 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten²⁵ erlassen wurde.²⁶ Gemäss Art 21 Abs 1 informiert der Verantwortliche „die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Entscheidung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt“. ²⁷ Ausserdem erhält die betroffene Person die Möglichkeit, „ihren Standpunkt darzulegen“, und sie „kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft

22 Die Eidgenössischen Räte haben das totalrevidierte Datenschutzgesetz am 25. September 2020 verabschiedet (im Folgenden: nDSG). Das Gesetz wird wohl nicht vor dem 1. Januar 2022 in Kraft treten, zumal vorgängig das diesbezügliche Verordnungsrecht anzupassen ist.

23 Siehe dazu hinten Punkt III.B.2.

24 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, L 119/1.

25 *Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* vom 10. Oktober 2018, CETS N 223.

26 Zu den Unterschieden und Parallelen zwischen Art 21 nDSG und den erwähnten Übereinkommen siehe *Rosenthal*, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter vom 27. November 2017, Rz 4 ff.

27 Die bundesrätliche Botschaft verweist an dieser Stelle exemplarisch auf automatisierte Steuerveranlagungen; siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (im Folgenden: Botschaft nDSG), BBl 2017 6941 ff (7057).

wird" (Abs 2). Abs 1 und 2 gelten allerdings unter anderem dann nicht, wenn „die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt" (Abs 3 lit b). Sofern „die automatisierte Entscheidung durch ein Bundesorgan [ergeht], muss es die Entscheidung entsprechend kennzeichnen" (Abs 4 Satz 1). Gemäss Abs 4 Satz 2 besteht die in Abs 2 vorgesehene Möglichkeit, den eigenen Standpunkt darzulegen und zu verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird, dann nicht, „wenn die betroffene Person nach Artikel 30 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 oder nach einem anderen Bundesgesetz vor dem Entscheid nicht angehört werden muss". Art 30 Abs 2 VwVG entbindet die Behörden in einer Reihe von Konstellationen von der Gewährung des rechtlichen Gehörs, namentlich bei nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen, bei durch Einsprache anfechtbaren Verfügungen, bei den Begehren der Parteien vollumfänglich entsprechenden Verfügungen und bei Vollstreckungsverfügungen sowie bei Gefahr im Verzug, sofern ein Rechtsmittel gegen die Verfügung besteht und nicht in einem anderen Erlass des Bundes ein Anspruch auf vorgängige Anhörung statuiert wird. Die Formulierung von Art 21 Abs 4 Satz 2 nDSG geht auf einen entsprechenden Antrag im Nationalrat zurück,²⁸ dem sich der Ständerat angeschlossen hat.²⁹ Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf, der die Grundlage der parlamentarischen Beratungen bildete, Abs 2 bereits dann ausgeschlossen, wenn der betroffenen Person gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.³⁰ Damit hatte er den Kreis der Ausnahmen deutlich weiter gefasst, bedenkt man, dass aufgrund der Rechtsweggarantie (Art 29a BV) gegen Verfügungen der Verwaltung in aller Regel ein Gericht angerufen werden kann.³¹

Vorliegend von Interesse ist sodann Art 25 Abs 2 lit f nDSG. Diese Bestimmung sieht vor, dass der betroffenen Person „gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht", mitgeteilt wird. Wie der Bundesrat in seiner Botschaft festhält, müssen dabei „nicht unbedingt die Algorithmen mitgeteilt werden, die Grundlage der Entscheidung sind"; vielmehr müssen „die Grundannahmen der Algorithmus-Logik genannt werden,

28 Amtliches Bulletin Nationalrat 2019 1810.

29 Amtliches Bulletin Ständerat 2019 1244.

30 Vgl Art 19 Abs 4 des bundesrätlichen Entwurfs und dazu Botschaft nDSG, 7059.

31 Zur Tragweite der Rechtsweggarantie statt vieler *Biaggini*, Kommentar BV² (2017) Art 29a N 4 ff; *Kley*, Art 29a, in: Ehrenzeller et al (Hg), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar³ (2014) N 9 ff; siehe zum Gehörsausschluss auch hinten Punkt IV.C.2.

auf der die automatisierte Einzelentscheidung beruht".³² Die bundesrätliche Begründung, Algorithmen würden regelmässig Geschäftsgeheimnisse darstellen, sowie das in diesem Kontext genannte Beispiel (der Vertragsschluss zu schlechteren Konditionen aufgrund eines negativen Scoring-Resultats)³³ zeigen, dass die Besonderheiten automatisierter Verwaltungsverfahren nicht vertieft wurden und der Bundesrat in diesem Kontext offenkundig Datenbearbeitungen durch Private vor Augen hatte.³⁴

Mit dem Adjektiv „automatisiert“ in diesen Bestimmungen wird gemäss den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zum Ausdruck gebracht, dass „keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat“³⁵. Erfolgen beide Schritte ohne menschliches Dazutun und resultiert daraus eine Verfügung, liegt eine von Art 21 nDSG erfasste automatisierte Einzelentscheidung vor. Der Umstand, dass eine Entscheidung anschliessend durch eine natürliche Person kommuniziert wird, ändert daran nichts, sofern letztere nicht mehr auf die Entscheidung einwirken kann.³⁶ Diese Bestimmung bezieht sich somit auf vollautomatisiert erlassene Verfügungen.³⁷ Der Bundesrat begründet die Notwendigkeit der erwähnten Regelungen unter Hinweis darauf, dass automatisierte Einzelentscheidungen „aufgrund der technologischen Entwicklung [...] immer häufiger auftreten“ würden.³⁸ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den daraus resultierenden Folgen für das Verwaltungsverfahren bzw dem diesbezüglichen Regelungsbedarf fand allerdings nicht statt.

2. Konkretisierung auf spezialgesetzlicher Ebene

Die in Art 21 nDSG vorgesehene Möglichkeit, dass Bundesbehörden automatisierte Einzelentscheide fällen können, wird in verschiedenen Sachgesetzen konkretisiert. Die entsprechenden Bestimmungen wur-

32 Botschaft nDSG, 7067.

33 Botschaft nDSG, 7067.

34 Umfang und Grenzen des Geheimnisschutzes für staatliche Algorithmen sind noch kaum ausgelotet. Siehe dazu *Barczak*, Algorithmus als Arkanum – Zu Staatsgeheimnissen im Digitalzeitalter und normativen Fundamenten einer Digitalordnung, DÖV 2020, 997 ff. Zur fehlenden Passgenauigkeit des Datenschutzgesetzes als Regelungs-ort für automatisierte Verwaltungsverfahren hinten Punkt IV.D.2.

35 Botschaft nDSG, 7056.

36 Botschaft nDSG, 7057.

37 So auch *Braun Binder*, ZSR 2020, 258; zum Begriff der vollautomatisiert erlassenen Verfügungen auch vorne Punkt II.B.

38 Botschaft nDSG, 7056.

den im Zuge der Totalrevision des Datenschutzgesetzes ausgearbeitet und nehmen verschiedentlich auf das nDSG Bezug; sie sind daher ebenfalls noch nicht in Kraft getreten. Befugnisse zum Erlass automatisierter Einzelentscheidungen werden statuiert für die Veranlagung nach dem Zollgesetz (Art 38 Abs 2 ZG), die Festsetzung der Steuerbeträge nach dem Tabaksteuergesetz (Art 18 Abs 4 TStG³⁹), dem Mineralölsteuergesetz (Art 21 Abs 2^{bis} MinöStG⁴⁰) und dem Biersteuergesetz (Art 17 Abs 3 BStG⁴¹) sowie hinsichtlich der Festsetzung der Schwerverkehrsabgabe nach dem Schwerverkehrsabgabengesetz (Art 11 Abs 4 SVAG⁴²). Als Kann-Bestimmungen formuliert, erlauben sie den zuständigen Behörden den Einsatz automatisierter Einzelentscheidungen, lassen ihnen aber die Wahl, ob sie ihre Verfügungen automatisiert oder auf herkömmliche Weise erlassen und räumen damit Verfahrensermessen⁴³ ein. Im Veranlagungsverfahren nach dem Zollgesetz, das vorbehaltlich von *leges speciales* auch für die Steuererhebung nach dem TStG, dem BStG und dem MinöStG Anwendung findet,⁴⁴ wurden bereits im Zuge der Einführung der elektronischen Veranlagung zentrale Eckpfeiler der Digitalisierung normiert.⁴⁵ Der Schritt zur Vollautomation scheint hier daher kleiner.⁴⁶

Darüber hinaus werden die mit der Durchführung der Unfall- und Militärversicherung betrauten Organe pauschal ermächtigt, automatisierte Verfügungen zu erlassen (Art 96 Abs 2 UVG⁴⁷, Art 94a Abs 2 MVG⁴⁸). Anders als die zuvor erwähnten abgaberechtlichen Erlasse decken diese Ermächtigungen eine breitere Palette von Verfahren ab, beispielsweise solche betreffend die Gewährung unterschiedlicher

39 Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung (Tabaksteuergesetz, TStG) vom 21. März 1969, SR 641.31.

40 Mineralölsteuergesetz (MinöStG) vom 21. Juni 1996, SR 641.61.

41 Bundesgesetz über die Biersteuer (Biersteuergesetz, BStG) vom 6. Oktober 2006, SR 641.411.

42 Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabengesetz, SVAG) vom 19. Dezember 1997, SR 641.81.

43 Zum Begriff des Verfahrensermessens statt vieler *Schmidt-Assmann*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (Hg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen² (2012), § 27 N 104.

44 Siehe Art 3 TStG, Art 6 BStG und Art 90 ZG iVm Art 5 Abs 1 MinöStG.

45 Eingehend dazu *Braun Binder*, ZSR 2020, 262 f; zur elektronischen Verfahrensabwicklung bei der Festsetzung des Steuerbetrags auf Tabakfabrikate und Ersatzprodukte, auf Bier und auf Mineralöle, *dies*, ZSR 2020, 265 f; siehe auch vorne Punkt III.A.2.

46 So auch *Braun Binder*, ZSR 2020, 267.

47 Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20.

48 Bundesgesetz über die Militärversicherung (MVG) vom 19. Juni 1992, SR 833.1.

Leistungen bzw deren Rückerstattung oder die Festlegung der Prämien.⁴⁹

C) Vernehmlassungsvorlage zur Zollgesetzrevision

Im September 2020 wurde die Vernehmlassung zur Totalrevision des Zollgesetzes sowie zur Schaffung eines Vollzugsaufgabengesetzes für das künftige Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG) eröffnet.⁵⁰ Das Revisionsvorhaben steht im Kontext der mit dem Begriff „DaziT“ bezeichneten digitalen Transformation der Eidgenössischen Zollverwaltung. Das neu vorgesehene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG-Vollzugsaufgabengesetz, BAZG-VG) normiert ein durchgängig digitales Verfahren. Neben ausführlichen Bestimmungen zur elektronischen Verfahrensabwicklung (Art 47 ff) ermächtigt Art 51 das BAZG, automatisiert zu verfügen. Die Möglichkeit automatisierter Bearbeitung soll auch für Einsprachen bestehen (Art 59 Abs 2).

Die Ausführungen im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage stellen klar, dass mit Blick auf Art 51 vorrangig „Verfahren oder einzelne Verfahrensaspekte ohne Beurteilungs- und Ermessensspielraum automatisiert erledigt werden“ sollen, die sich „auf eine einfache Wenn-Dann-Beziehung“ herunterbrechen bzw durch „einfache Ja-Nein-Entscheide“ beurteilen lassen.⁵¹ Solche Entscheide werden im Bericht „mangels ausreichender Komplexität“ von den automatisierten Einzelentscheiden im Sinne des totalrevidierten Datenschutzgesetzes abgegrenzt.⁵² Wo diese Grenze verlaufen soll, ist unklar; ebenso bleibt offen, welche rechtlichen Konsequenzen aus dieser Abgrenzung abgeleitet werden. Wenngleich Art 51 und Art 59 Abs 2 Ausdruck des Bestrebens nach vermehrter Automatisierung bilden, scheinen diesbezüglich noch kaum konkrete Vorstellungen zu bestehen. Dies zeigt auch der

49 Siehe dazu *Rechsteiner*, Jusletter vom 26. November 2018, Rz 16.

50 Die Vernehmlassungsunterlagen sowie die eingegangenen Stellungnahmen sind einsehbar unter <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2020.html#EFD>> (12.3.2021).

51 Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll- und Grenzsicherheit (BAZG-Vollzugsaufgabengesetz, BAZG-VG) sowie zur Totalrevision des Zollgesetzes (ZG) zum neuen Zollabgabengesetz (ZoG) vom 11. September 2020, 52.

52 Erläuternder Bericht, 52.

Hinweis, wonach „entsprechende ergänzende Bestimmungen für den Erlass von Verfügungen bzw. Einspracheentscheiden“ zu prüfen wären, falls „die automatisierte Erledigung komplexer Fälle im Sinne des E-DSG“ während des zollrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens möglich würde.⁵³ Da – wie weiter hinten ausgeführt wird – die einschlägige Bestimmung im totalrevidierten Datenschutzgesetz keine genügende Grundlage für automatisierte Verfügungen darstellt,⁵⁴ dieser Umstand dem Erlass einschlägiger spezialgesetzlicher Vorgaben aber nicht entgegensteht, hätten solche Bestimmungen jedenfalls unabhängig vom weiteren Schicksal der Datenschutzgesetzgebung in die Vernehmlassungsvorlage aufgenommen werden können.

IV. Würdigung der neueren Rechtsentwicklungen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen an (automatisierte) Verwaltungsverfahren

A) Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren erörtert, soweit sie aus der Warte der Automatisierung besondere Fragen aufwerfen. Im Zentrum stehen dabei zwei Erkenntnisziele: Zum einen wird eruiert, inwiefern die einschlägigen Bestimmungen im totalrevidierten Datenschutzgesetz sowie auf spezialgesetzlicher Ebene den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen; zum anderen wird weiterer Regelungsbedarf ausgelotet.

In einem ersten Schritt werden die Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens (IV.B. und IV.C.) und anschliessend jene an die Normierung (IV.D.) beleuchtet. Diese Abfolge drängt sich deshalb auf, weil die gesetzliche Grundlegung nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern erst die konkreten Anforderungen an das automatisierte Verfahren Aufschluss über den Regelungsbedarf und den gebotenen Grad demokratischer Legitimation erteilen.

53 Erläuternder Bericht, 53.

54 Siehe dazu hinten Punkt IV.D.1.

B) Sicherstellung korrekter Rechtsanwendung

1. Identifikation von für eine Automatisierung geeigneten Verfahren

Aus der Rechtsbindung der Verwaltung resultiert, dass die zur Anwendung gelangenden Verfahren eine korrekte Rechtsanwendung sicherstellen müssen.⁵⁵ Automatisierten Entscheidungen werden diesbezüglich verschiedene Vorteile attestiert: Maschinen unterlaufen tendenziell weniger Flüchtigkeitsfehler als Menschen; zudem lassen sich sachfremde Erwägungen eher eliminieren, wenngleich der Einflussfaktor Mensch auch beim automatisierten Verfügungserlass nicht gänzlich ausgeklammert bleibt. Des Weiteren kann die rechtsgleiche Behandlung (vgl. Art 8 Abs 1 BV) durch Automatisierungen gefördert werden.⁵⁶ Damit diese Vorteile effektiv zum Tragen kommen, müssen die Algorithmen in der Lage sein, sämtliche gemäss den gesetzlichen Vorgaben relevanten Entscheidungsgrundlagen zu verarbeiten und sich gleichzeitig auf diese zu beschränken.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund gelten primär gebundene Entscheidungen und zwar in erster Linie solche, die auf Berechnungen (beispielsweise von Geldleistungen) basieren, als zur automatisierten Erledigung geeignet.⁵⁸ Hingegen sollen Algorithmen nach verbreiteter Ansicht keine Ermessensentscheidungen treffen oder unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen, weil rein standardisierte Verfahren angesichts der Komplexität derartiger Konstellation regelmässig an Grenzen stossen.⁵⁹ Daraus kann indes nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass sich sämtliche detailliert normierten Entscheidungen für eine automatisierte Abwicklung eignen. Insbesondere in Konstellationen, die eine umfangreiche Sachverhaltsabklärung voraussetzen und im Einzelfall mit komplexen oder singulären Umständen konfrontiert sind, ist eine Vollautomatisierung aufgrund des gegenwärtigen Stands der Technik noch kaum zu implementieren. Im Übrigen können auch die verfahrensgrundrechtlichen

55 Eingehend und statt vieler *Thurnherr*, Verfahrensgrundrechte N 217 ff mwH; *Schindler*, Einleitung, in: Auer/Müller/Schindler (Hg), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar² (2019) N 25.

56 Vgl. *Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ 2017, 1.

57 Daher ist sicherzustellen, dass die einem Entscheid zu Grunde liegenden Daten oder Algorithmen keinen diskriminierenden Bias enthalten. Zur Problematik der Diskriminierung durch Algorithmen siehe Herausforderungen der künstlichen Intelligenz, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“ an den Bundesrat, 38 f.

58 Statt vieler *Braun Binder*, ZSR 2020, 276 f.

59 Statt vieler *Glaser*, ZSR 2018, 184 f.

Anforderungen (dazu IV.C.) gegen eine Eignung zur vollautomatisierten Verfahrensabwicklung sprechen, wenn die konkrete Sachlage einen intensiven, kaum standardisierbaren Austausch zwischen Behörde und Partei bedingt, der sich behördlicherseits nicht ohne menschliches Zutun bewältigen lässt.

Die im Rahmen der Totalrevision des Datenschutzgesetzes mit der Möglichkeit der automatisierten Einzelentscheidung angereicherten Erlasse (dazu vorne III.B.2.) betreffen zum einen das Steuer- und Abgaberecht und damit Regelungsbereiche, die mangels Ermessens- und Beurteilungsspielraum als für eine automatisierte Erledigung geeignet zu erachten sind. Zum anderen werden im Kontext des Unfall- und des Militärversicherungsrechts pauschal automatisierte Einzelentscheidungen ermöglicht. Dass sich sämtliche der in diesen Bereichen zu treffenden Verfügungen für eine automatisierte Erledigung eignen, ist zu bezweifeln, setzen sie doch teilweise die Ausübung von Ermessen oder die Verarbeitung komplexer Sachverhaltselemente voraus, die sich nicht leichthin standardisieren lassen.⁶⁰ Die einschlägigen Bestimmungen verpflichten allerdings nicht zum Einsatz automatisierter Verfahren, sondern ermöglichen diese lediglich. Damit verlagert sich die Eignungsprüfung auf die Exekutive, was die hinten gesondert zu diskutierende Frage nach der hinreichend präzisen Formulierung aufwirft (siehe IV.D.1.).

2. Insbesondere zur Untersuchungsmaxime

Die behördliche Verantwortung für die korrekte Rechtsanwendung manifestiert sich unter anderem in der Untersuchungsmaxime.⁶¹ Im Verwaltungsverfahren haben die Behörden den Sachverhalt daher von Amtes wegen abzuklären (vgl. Art 12 VwVG). Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert (Art 13 VwVG).⁶² Solche Mitwirkungspflichten können unter anderem aus Spezialgesetzen resultieren (vgl. Art 13 Abs 1 lit c VwVG).

Automatisierte Verwaltungsverfahren führen teilweise zu einer Relativierung der Untersuchungsmaxime. Der Grund hierfür liegt in der Verschiebung der Zuständigkeit für die Sachverhaltsabklärung auf die

60 *Rechsteiner*, Jusletter vom 26. November 2018, Rz 16.

61 Zum Konnex zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und dem Gesetzmässigkeitsprinzip *Meyer*, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes (2019) N 18; *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Öffentliches Verfahrensrecht² (2015) N 93.

62 Zum Verhältnis zwischen Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflicht statt vieler *Meyer*, Mitwirkungsmaxime N 87 ff.

Parteien, gehen Automatisierungen doch, wie nachfolgend am Beispiel des Zollgesetzes veranschaulicht wird, verschiedentlich mit Selbstdeklarationen durch die Parteien einher. Indem Darlegungs- und Argumentationslasten auf die Parteien verlagert werden, findet gleichzeitig eine Reduktion der mit dem Untersuchungsgrundsatz einhergehenden Beratungs- und Unterstützungspflichten⁶³ statt. Daraus resultiert eine gewisse Gefahr, dass auf der Basis unentdeckt mangelhafter Angaben oder Daten fehlerhafte Verfügungen ergehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Behörden im Kontext automatisierter Verwaltungsverfahren ihre Verantwortung für die korrekte Sachverhaltsabklärung effektiv wahrnehmen können.

Im Zollgesetz, das auf der Sachverhaltserstellung mittels Selbstdeklarationen basiert, ist vorgesehen, dass die summarische Prüfung direkt vom genutzten System durchgeführt wird (Art 32 ZG). Diese Prüfung kann allerdings nicht alle Aspekte abdecken, die im konventionellen Verfahren beurteilt werden könnten. Insbesondere wird nicht geprüft, ob die zugeführte Ware mit der Zollanmeldung übereinstimmt und ob die erforderlichen Begleitdokumente vorhanden sind. Vielmehr beschränkt sich die summarische Prüfung durch das elektronische Datenverarbeitungssystem auf die Plausibilität der von der anmeldepflichtigen Person übermittelten Zollanmeldung sowie auf die automatische Zurückweisung der Zollanmeldung, wenn das Datenverarbeitungssystem Fehler feststellt (Art 84 ZV). Eine weitere Bestimmung erlauben die stichprobenweise Beschauung der angemeldeten Ware (Art 36 Abs 1 ZG).⁶⁴ Der Gesetzgeber äussert sich im Übrigen nicht zu den konkreten Kontrollsystemen, sondern hält in Art 42 Abs 3 ZG lediglich fest, dass die Vereinfachung des Zollveranlagungsverfahrens – und damit die Aufgabenübertragung auf die anmeldepflichtige Person – nur zulässig ist „soweit die Zollsicherheit nicht beeinträchtigt und namentlich der Zollabgabebetrag nicht geschmälert wird“. Damit wird klargestellt, dass der Staat nicht von seiner Verantwortung für die korrekte Durchführung der Zollveranlagungen entbunden wird, was letztlich bedingt, dass geeignete Kontrollmechanismen etabliert werden.⁶⁵

Die Adäquanz von Massnahmen zur Sicherstellung der behördlichen Verantwortung für die korrekte Sachverhaltsabklärung lässt sich nicht pauschal beurteilen, sondern hängt massgeblich von der kon-

63 Zur Fürsorgefunktion der Untersuchungsmaxime Meyer, Mitwirkungsmaxime N 17; Kiener/Rütsche/Kuhn, Verfahrensrecht N 93.

64 Eingehend dazu Braun Binder, ZSR 2020, 262 f.

65 Vgl auch Braun Binder, ZSR 2020, 264 f.

kreten Konstellation ab. Entsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass es diesbezüglich an einschlägigen allgemeinen Bestimmungen fehlt. Bei Massenverfahren⁶⁶ bieten sich Systeme an, mit deren Hilfe Fälle, die nicht plausibel erscheinen, herausgefiltert und manuell überprüft werden. Das Verhältnis zwischen Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflichten ist bei zunehmender Automatisierung jedenfalls neu zu justieren.

C) Mindestanforderungen prozeduraler Gerechtigkeit

1. Überblick

Auch automatisierte Verwaltungsverfahren müssen den elementaren Anforderungen prozeduraler Gerechtigkeit, wie sie in Art 29 BV verankert sind, genügen. Im Zentrum stehen der Anspruch auf unbefangene Entscheidträger und das rechtliche Gehör mit seinen vielfältigen Facetten.⁶⁷ Gewisse Fairnessanforderungen an das Verfahren erfahren durch die Digitalisierung zweifellos eine Stärkung. So fördert die Automatisierung die Neutralität und Objektivität, da Ausstandsgründe von vornherein nicht vorliegend können. Darüber hinaus kann sie zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen, wenn sich in grösserer Zahl anfallende, gleichartige Verfahren mit geringerem Aufwand erledigen lassen.⁶⁸ Für andere Aspekte der Verfahrensgarantien ist die Automatisierung demgegenüber mit gewissen Herausforderungen verbunden. Dies gilt insbesondere für die im Folgenden thematisierte vorgängige Anhörung und die Begründungspflicht.⁶⁹

2. Vorgängige Äusserung und Anhörung

Auf Bundesebene konkretisiert unter anderem Art 30 VwVG den in Art 29 Abs 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör. Gemäss

66 Der Begriff der Massenverfahren beschreibt das Phänomen, dass „eine Verwaltungsbehörde in dem ihr zugeordneten Aufgabenbereich eine grosse Masse von einzelnen Verfügungen zu erlassen hat“, *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht N 879 (Hervorhebungen weggelassen).

67 Zur Tragweite der verfassungsrechtlichen Fairnessanforderungen im Verwaltungsverfahren *Thurnherr*, Verfahrensgrundrechte N 302 ff; *Rhinow et al*, Öffentliches Prozessrecht³ (2014) N 275 ff.

68 Vgl *Martini/Nink*, NVwZ 2017, 1 und 13.

69 Spezifische Fragen wirft darüber hinaus auch die nachfolgend nicht thematisierte Gewährung des Akteneinsichtsrechts (Art 26 ff VwVG) auf. Siehe dazu *Weder*, Anforderungen 251 ff.

Abs 1 hat die Behörde die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt. Abs 2 sieht Ausnahmen von der Anhörungspflicht vor, etwa bei Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind oder bei solchen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht. An diese Bestimmung knüpft auch Art 21 nDSG an: Gemäss Abs 2 gibt der Verantwortliche der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann zudem verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird. Damit wird sichergestellt, dass die Parteivorbringen (auch) im Rahmen der automatisierten Entscheidungsfindung effektiv Berücksichtigung finden. Der in Abs 4 vorgesehene Ausschluss des Gehörsrechts erstreckt sich auf sämtliche Konstellationen von Art 30 Abs 2 VwVG.⁷⁰

Damit geht der Regelungsgehalt von Art 21 Abs 2 und 4 im Bereich des Verwaltungsverfahrens nicht über jenen von Art 30 VwVG hinaus. Gleichzeitig genügt er den verfahrensgrundrechtlichen Vorgaben. Demgegenüber stand der bundesrätliche Vorschlag, das Gehörsrecht bereits dann auszuschliessen, wenn gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht,⁷¹ in Widerspruch zu den verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen, da er der eigenständigen Bedeutung des nicht-streitigen Verfahrens nicht hinreichend Rechnung trug.

Im geltenden Recht finden sich noch kaum Vorgaben zur Art und Weise der Implementierung des Gehörsanspruchs in automatisierten Verfahren. In Konstellationen der Selbstdeklaration, wie sie etwa im Zollgesetz vorgesehen ist, wird ein Teil der Anhörung durch die Mitwirkungspflicht in Gestalt der Mitteilung des Sachverhalts durch die Parteien absorbiert. Aus verfahrensgrundrechtlicher Warte ist es dabei unerlässlich, dass den Rechtsunterworfenen beim Entscheid, welche Informationen sie übermitteln, eine gewisse Freiheit eingeräumt wird. Dieses Anliegen steht zwar in einem Spannungsverhältnis zum Bedürfnis nach standardisierten Angaben, die sich auf einfache Weise vollautomatisch verarbeiten lassen; seine Berücksichtigung ist aus rechtsstaatlicher Warte indes unverzichtbar. Umsetzen lässt es sich beispielsweise durch ein Freitextfeld, das individuell formulierte Angaben erlaubt, oder eine nachträgliche Berichtigungsmöglichkeit, wie sie im Zollgesetz vorgesehen ist (siehe Art 34 Abs 3 und 4 ZG⁷²).⁷³ Denkbar wäre auch, automatisierte Einzelentscheidungen mit der Einsprache als

70 Siehe zu Art 30 VwVG und Art 21 Abs 2 und 4 nDSG auch vorne Punkt III.B.1.

71 Siehe Art 19 Abs 4 des bundesrätlichen Entwurfs und dazu auch vorne Punkt III.B.1.

72 Dazu auch vorne Punkt III.B.2.

73 Vgl *Braun Binder*, ZSR 2020, 273 f; *Weder*, Anforderungen 251.

nicht devolutivem Rechtsmittel⁷⁴ zu kombinieren, zumal beides im Kontext der Massenverwaltung ein Hauptanwendungsfeld findet. Dabei ist sicherzustellen, dass die Ausübung des Gehörsrechts nicht aufgrund eines (übermässigen) Kostenrisikos behindert wird.⁷⁵

3. Begründungspflicht

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründung werden auf Bundesebene in Art 35 Abs 1 VwVG konkretisiert. Die Begründung muss so formuliert sein, dass die oder der Betroffene die wesentlichen Argumente der Behörde kennt und einen informierten Entscheid über eine allfällige Anfechtung treffen kann.⁷⁶

Mit den Begründungsanforderungen befassen sich auch zwei Bestimmungen des totalrevidierten Datenschutzgesetzes: Gemäss Art 21 Abs 4 ist die Tatsache des automatisierten Erlasses entsprechend zu kennzeichnen. Nach Art 25 Abs 2 lit f müssen sodann das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht, kommuniziert werden. Damit werden die ohnehin geltenden Begründungsanforderungen konkretisiert, was immerhin zur Schaffung von Rechtssicherheit beiträgt. Bei der konkreten Anwendung automatisierter Verwaltungsverfahren ist sicherzustellen, dass die gelieferten Begründungen für die Adressaten auch verständlich sind.⁷⁷ Anbieten dürfte sich eine kombinierte Vermittlung der automatisiert verarbeiteten Entscheidungskriterien mit einer rechtlich-argumentativen Rechtfertigung.⁷⁸

74 Zur Einsprache statt vieler *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes³ (2013) N 786 ff; *Rhinow et al*, Prozessrecht N 638.

75 Vgl Botschaft nDSG, 7058, wonach die Äusserung im Rechtsmittelverfahren „für die betroffene Person [...] nicht mit so hohen Kosten (z.B. Verfahrenskosten) verbunden sein [darf], dass sie deswegen davon absieht“. Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 467 E. 2.6, der die bau- und planungsrechtliche Einsprache betraf, festgehalten, dass die Kosten des Einspracheverfahrens – Rechtsmissbrauch vorbehalten – grundsätzlich nicht dem Einsprecher, der damit von seinem Gehörsrecht Gebrauch macht, auferlegt werden dürfen. Ob daraus auch Konsequenzen für andere Einspracheverfahren abgeleitet werden können und ob die bundesgerichtliche Argumentation auch für Einsprecher gilt, die das betreffende Verfahren selbst veranlasst haben, ist noch nicht geklärt.

76 Zu den Anforderungen an die Begründung statt vieler *Kneubühler/Pedretti*, Art 35, in: Auer/Müller/Schindler (Hg), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren² (2019) N 7 ff; *Uhlmann/Schilling-Schwank*, Art 35, in: Waldmann/Weissenberger (Hg), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz² (2016) N 12 ff.

77 Zu dieser Problematik *Roth-Isigkeit*, Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts, DÖV 2020, 1018 ff.

78 *Roth-Isigkeit*, DÖV 2020, 1025 f; vgl auch *Weder*, Anforderungen 254.

D) Normierung automatisierter Verwaltungsverfahren

1. Anforderungen aus dem Legalitätsprinzip

Ausgangspunkt bei der Klärung der Frage, welche Aspekte automatisierter Verwaltungsverfahren einer gesetzlichen Regelung bedürfen, bildet das Legalitätsprinzip (Art 5 Abs 1 BV). Daraus resultiert, dass sämtliche Staats- und Verwaltungstätigkeit an das Recht gebunden ist, wobei dieses vom zuständigen Organ erlassen und mit hinreichender Bestimmtheit formuliert sein muss.⁷⁹ Art 164 Abs 1 Satz 1 BV, wonach „[a]lle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen“ sind, konkretisiert diesen zentralen rechtsstaatlichen Grundsatz für die Bundesebene. Zu den wichtigen, auf gesetzlicher Ebene zu regelnden Inhalten gehören unter anderem „die grundlegenden Bestimmungen [...] über die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden“ (Art 164 Abs 1 lit g BV). Entscheidend für die Verteilung der Regelungsbefugnisse zwischen dem Gesetz- und dem Verordnungsgeber ist mithin die Relevanz einer Materie. Der Wortlaut von Art 164 BV verdeutlicht, dass auch in den von lit a–g exemplarisch genannten Bereichen weniger bedeutsame Themen existieren, die keiner Regelung auf Gesetzesstufe bedürfen. Als Indikator für die Wichtigkeit gelten unter anderem die Schwere des Eingriffs in die Rechtsstellung der Adressaten, die finanziellen Auswirkungen für den Bund, die Anzahl betroffener Adressaten oder erfasster Sachverhalte und die Strittigkeit sowie die Neuartigkeit einer Materie, wobei sich diese Aspekte teilweise überschneiden und in Kombination auftreten können. Umgekehrt spricht unter anderem die Existenz eines Flexibilitäts- oder Innovationsbedürfnisses für die Zulässigkeit eines tieferen Bestimmtheitsgrads der Normierung auf gesetzlicher Ebene und die Möglichkeit der Detailregelung auf Verordnungsstufe.⁸⁰

Mit Blick auf die Normierung automatisierter Verwaltungsverfahren ist zu differenzieren zwischen einerseits der Ermächtigung, solche zur Anwendung zu bringen und andererseits deren Ausgestaltung bzw der Regelung der Modalitäten der Verfahrensabwicklung. Da sich primär die Massenverwaltung für Automatisierungen anbietet, betreffen diese – wie auch die vorne (III.B.) erörterten neuen Bestimmungen zeigen – potentiell eine grosse Zahl von Adressaten. Zudem handelt es sich

79 Eingehend und statt vieler *Schindler*, Art 5, in: Ehrenzeller et al (Hg), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar³ (2014) N 3 ff.

80 *Tschannen*, Art 164, in: Ehrenzeller et al (Hg), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar³ (2014) N 6 ff; *Wytenbach/Wyss*, Art 164, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hg), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar (2015) N 11.

bei der Vollautomatisierung um einen eigentlichen Paradigmenwechsel, weshalb sie – anders als gewisse Ausprägungen der Teilautomatisierung – nicht auf eine Frage der veraltungsinternen Willensbildung reduziert werden kann. Sodann kann die Eignung eines Verfahrens für eine automatisierte Abwicklung kontrovers sein, zumal deren Beurteilung mit Blick auf unterschiedliche Verfahrensanforderungen wie insbesondere die Effizienz, die Effektivität und die Fairness vorzunehmen ist, was auch Konsequenzen für die Akzeptanz zeitigt. Gleichzeitig handelt es sich beim Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung um eine hochkomplexe technische Materie, die einer stetigen Entwicklung unterworfen ist und deren adäquate Bewältigung spezialisierte Fachkenntnisse voraussetzt. Automatisierte Verwaltungsverfahren bedürfen vor diesem Hintergrund einer hinreichenden demokratischen Legitimation in der Gestalt einer gesetzlichen Grundlage, die sich bereichsspezifisch und explizit für diese Modalität der Entscheidungsfindung ausspricht.⁸¹

Auch soweit mit dem Einsatz automatisierter Verwaltungsverfahren Modifikationen der Rechte und Pflichten der Parteien einhergehen, sind diese auf gesetzlicher Ebene zu normieren. Dies gilt etwa für spezifische private Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltserstellung (vgl. Art 13 Abs 1 lit c VwVG) sowie die Etablierung eines Einspracheverfahrens oder einer alternativen Möglichkeit zur nachträglichen Verfügungsanpassung. Ebenfalls gesetzlich zu regeln wären andere Abweichungen vom Standardverfahren, beispielsweise hinsichtlich des erforderlichen Beweisgrads.⁸² Zu beachten ist das Erfordernis der Gesetzesform ferner dann, wenn die Art und Weise der Datenbearbeitung einen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung (Art 13 Abs 2 BV⁸³) darstellt.⁸⁴ Vor diesem Hintergrund müssen die wesentlichen Weichenstellungen hinsichtlich der Ausgestaltung automatisierter Ver-

81 Im Sinne einer ergänzenden Begründung lässt sich anführen, dass das Bundesgericht auch für die Elektronisierung einzelner Verfahrensabschnitte eine gesetzliche Grundlage verlangt. Vgl. BGE 143 I 187 ff. betreffend die gültige Einreichung elektronisch signierter Beschwerdeschriften und BGE 146 III 194 ff. betreffend das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Durchführung einer Hauptverhandlung ohne Einverständnis aller Parteien im Rahmen einer Videokonferenz. Dazu auch Glaser, SJZ 2018, 188.

82 Zum grundsätzlich erforderlichen vollen Beweis sowie zu weiteren Beweisgraden im Verwaltungsverfahren Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren N 482.

83 Zu den Voraussetzungen des behördlichen Umgangs mit persönlichen Daten Biaggini, Art 13 BV, Kommentar² (2017) N 15; spezifisch zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage Schweizer, Art 13, in: Ehrenzeller et al. (Hg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar³ (2014) N 92 ff.

84 Vgl. dazu BGE 146 I 1 betreffend die Verwertbarkeit von polizeilichen Aufzeichnungen der automatischen Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung. Da es sich dabei um einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (Art 13 Abs 2 BV) handelt, bedarf diese Massnahme einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (E 3).

fahren vom Gesetzgeber selbst vorgenommen werden, während weniger wichtige Aspekte, beispielsweise hinsichtlich verwaltungsinterner Prüfungssysteme, dem Ordnungsgeber zur Normierung überlassen werden können.

Die datenschutzrechtliche Norm von Art 21 nDSG genügt vor diesem Hintergrund nicht als Ermächtigungsgrundlage zum Erlass automatisierter Verwaltungsentscheide, äussert sie sich doch nicht zu den Anwendungsfeldern automatisierter Verwaltungsverfahren, sondern geht vielmehr lediglich von deren Existenz aus.⁸⁵ Den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen indes die neuen gesetzlichen Grundlagen für verschiedene, konkret benannte automatisierte Verfügungen im Zoll- und Steuerbereich. Fraglich ist die genügende Bestimmtheit mit Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen im Kontext der Unfall- und der Militärversicherung. Art 96 Abs 2 UVG und Art 94a Abs 2 MVG belassen den rechtsanwendenden Behörden einen erheblichen Spielraum bei der Identifikation der automatisiert abzuwickelnden Verwaltungsverfahren. Nach vorliegend vertretener Ansicht ist auch in diesem Kontext grundsätzlich von einer genügenden gesetzlichen Grundlegung auszugehen, zumal der konkrete Einsatz automatisierter Verfahren nicht zuletzt von den technologischen Möglichkeiten abhängt und der Gesetzgeber mit diesen Normen die Anwendung automatisierter Verwaltungsverfahren auf klar umrissene Rechtsgebiete beschränkt hat.⁸⁶ Allerdings sind die vollautomatisiert abzuwickelnden Verfahren zwecks Sicherstellung der Vorhersehbarkeit und der rechtsgleichen Behandlung auf Verordnungsstufe zu konkretisieren. Zu beachten ist zudem, dass, wie oben ausgeführt, ergänzende und strengere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage aufgrund der Modalitäten der Bearbeitung von Personendaten oder der intendierten Abweichung vom gesetzlich geregelten Standardverfahren bestehen können.

Prüfenswert wäre im Übrigen, ob automatisierte Verwaltungsverfahren ein Anwendungsfeld für experimentelle Rechtssetzung darstellen könnten. Darunter wird der Erlass von zunächst lediglich vorübergehend geltenden, grundsätzlich zu befristenden Normen (sogenannten Versuchsregelungen) durch die Exekutive bezeichnet, wobei die gestützt darauf gesammelten Erfahrungen später Grundlage für die Aus-

85 So auch *Braun Binder*, ZSR 2020, 261.

86 Anderer Ansicht *Braun Binder*, ZSR 2020, 269; *Rechsteiner*, Jusletter vom 26. November 2018, Rz 16.

arbeitung dauerhafter Regelungen bilden sollen.⁸⁷ Die Schweiz hat in einem anderen verfahrensrechtlichen Bereich, dem Asylverfahren, positive Erfahrungen mit dieser Vorgehensweise gesammelt.⁸⁸ Das Verfahrensrecht der Massenverwaltung eignet sich zweifellos für experimentelle Rechtssetzung, zumal aufgrund der hohen Zahl entsprechender Verfahren aussagekräftige statistische Auswertungen zu erwarten sind und im Falle des Scheiterns in der Regel keine schwerwiegenden, irreversiblen Zustände geschaffen werden.⁸⁹

2. *Fehlende Passgenauigkeit des Datenschutzgesetzes als Regelungsort*

Dass die verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur automatisierten behördlichen Einzelentscheidung im Datenschutzgesetz Verankerung gefunden haben, erstaunt. Zwar basieren sowohl das Datenschutz- als auch das Verwaltungsverfahrensgesetz auf der Prämisse, dass dem Einzelnen Würde und Subjektstellung zu attestieren sind.⁹⁰ Zudem verfügen die beiden Regelungsbereiche insofern über eine gemeinsame Schnittmenge, als sie sich – wenngleich aus unterschiedlicher Warte – mit der Sammlung und Verarbeitung personenbezogener Informationen befassen. Die Verankerung im Datenschutzgesetz schärft daher den Blick für die persönlichkeitsrechtlichen Anforderungen, die an automatisierte Verwaltungsverfahren zu stellen sind. Der im Kontext der Totalrevision des Datenschutzgesetzes gewählte Regelungsansatz verfügt sodann über den positiven Nebeneffekt, dass das Datenschutzgesetz mit dem Begriff der Einzelentscheidung implizit von einem weiten Verfahrensbegriff ausgeht und die Beschränkung auf die Verfügung, wie sie dem Verwaltungsverfahrensgesetz inhärent ist,⁹¹ überwindet. Insofern kann die datenschutzrechtliche Perspektive dem Verfahrensrecht durchaus neue Impulse vermitteln.

Dennoch ist das Datenschutzgesetz aus verschiedenen Gründen kein adäquater Regelungsort für automatisierte Verwaltungsverfahren: Erstens ist es nur anwendbar, wenn Personendaten bearbeitet werden

87 Siehe *Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden*⁴ (2019) N 1044 ff; *Maass, Experimentierklauseln in der Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen* (2001) 39.

88 Siehe dazu *Körber, Experimentelle Rechtsetzung*, LeGes 2015/2, 385 (398 f).

89 Zum Kriterium der Reversibilität *Körber*, LeGes 2015/2, 396.

90 Vgl für den grundrechtlichen Datenschutz *Diggelmann*, Art 13, in: *Waldmann/Belser/Epiney (Hg), Bundesverfassung, Basler Kommentar* (2015) N 32; für das Verfahrensrecht *Thurnherr, Verfahrensgrundrechte* N 200 ff.

91 Siehe dazu auch vorne Punkt II.B.

(vgl Art 2 Abs 1 nDSG), was insbesondere bei Allgemeinverfügungen nicht zwingend der Fall ist.⁹² Zweitens kennzeichnen sich das Verwaltungsverfahren- und das Datenschutzrecht durch ein unterschiedliches Fehlerfolgenregime. Eine Verletzung der datenschutzrechtlichen Kennzeichnungs- und Anhörungspflicht stellt eine widerrechtliche Datenbearbeitung dar, mit der unter anderem ein Anspruch auf Folgenbeseitigung verbunden ist (vgl Art 41 Abs 1 lit b nDSG). Aus verfahrensrechtlicher Perspektive ist in solchen Konstellationen demgegenüber innert Frist ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen, wobei Gehörsverletzungen unter Umständen durch die angerufene Rechtsmittelinstanz geheilt werden können.⁹³ Die Notwendigkeit einer gegenseitigen Abstimmung von Datenschutz- und Verwaltungsverfahrenrecht besteht zwar unabhängig von Automatisierungen, wenn eine Verfügung aufgrund einer fehlerhaften Bearbeitung von Personendaten an einem Sachverhaltsmangel leidet. In solchen Konstellationen hat der datenschutzrechtliche Beseitigungsanspruch jeweils hinter die Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen, zurückzutreten.⁹⁴ Die Verankerung eigentlicher Verfahrensbestimmungen im Datenschutzgesetz verleiht dieser Abgrenzungsproblematik aber zweifellos grössere Brisanz. Und drittens wäre es auch aus gesetzessystematischen Gründen und zwecks Erleichterung der Orientierung für Rechtsanwendende und Rechtsunterworfenen angezeigt, dass sämtliche allgemeinen Bestimmungen zum Verwaltungsverfahren im Verwaltungsverfahrensgesetz verankert werden.⁹⁵

3. Verhältnis zwischen allgemeinen und spezialgesetzlichen Regelungen

Angesichts der Erkenntnis, dass das Datenschutzgesetz als Regelungs-ort für Bestimmungen zum automatisierten Verwaltungsverfahren sub-optimal ist, stellt sich die Frage, wo solche sinnvollerweise zu verankern

92 Braun Binder, ZSR 2020, 270.

93 Verletzungen des einschlägigen Verfahrensrechts können auf Bundesebene in der Regel innert Frist mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gerügt werden (vgl Art 31 ff des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG] vom 17. Juni 2005, SR 173.32); zur Heilung von Gehörsverletzungen durch das Bundesverwaltungsgericht statt vieler Sutter, Art 29, in: Auer/Müller/Schindler (Hg), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar² (2019) N 19 ff; Waldmann/Bickel, Art 29, in: Waldmann/Weissenberger (Hg), Praxis-kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz² (2016) N 108 ff.

94 Vgl Roth, Die automatisierte Einzelentscheidung, Analyse der Vorschläge des Vor-entwurfs zum Datenschutzgesetz im Gefüge des Schweizer Rechts, digma 2017, 104 (105) mwH.

95 Vgl auch Braun Binder, ZSR 2020, 270.

sind. Sie gewinnt zusätzlich an Bedeutung, falls künftig ein vermehrter Einsatz automatisierter Verwaltungsverfahren beabsichtigt wird. Aus thematischen Gründen würden sich Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz aufdrängen. Zu klären bleibt indes, welche Bestimmungen sich dort für sämtliche automatisierten Verwaltungsverfahren quasi vor die Klammer ziehen lassen und welche sinnvollerweise auf spezialgesetzlicher Ebene Platz finden.

Anbieten würde sich zunächst eine Erweiterung des Verfügungsbegriffs in Art 5 VwVG um automatisch generierte Einzelakte. Ob diese Bestimmung bereits heute automatisierte Verfügungen miteinschliesst, ist unklar, zumal der Gesetzgeber diese Frage bei Erlass des Gesetzes in den 1960er-Jahren natürlich nicht bedenken konnte. Ausschlaggebend ist letztlich, wie eng der Passus der „Anordnungen der Behörden“ verstanden wird. Da auch automatisierte Einzelentscheide Behörden zuzuschreiben sind – Art 21 Abs 4 nDSG, der von automatisierten Einzelentscheiden, die durch ein Bundesorgan ergehen“, spricht, verdeutlicht dies –, ist eine explizite Erweiterung des Verfügungsbegriffs um automatisiert generierte Entscheide nach vorliegend vertretener Ansicht nicht zwingend erforderlich. Eine solche Präzisierung würde allerdings für eine gewisse Klarheit sorgen und Grundsatzdiskussionen über die Natur von maschinell generierten Anordnungen obsolet machen.⁹⁶ Für eine allgemeine Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz spricht überdies, dass diesbezüglich keine sachbereichsspezifischen Besonderheiten bestehen.

Bei der Auslotung möglicher weiterer allgemeiner Bestimmungen kann an die neuen datenschutzrechtlichen Vorgaben zum rechtlichen Gehör, namentlich Art 21 Abs 2 und 4 nDSG, angeknüpft werden. Deren normativer Gehalt ist, wie gezeigt, zwar gering,⁹⁷ zumal das dort Geregelte – sieht man vom Recht auf Überprüfung der Entscheidung durch eine natürliche Person ab – bereits in Art 30 Abs 1 VwVG verankert ist und ohnehin verschiedentlich spezialgesetzlich zu präzisieren wäre. Immerhin könnte eine solche Norm eine gewisse Appellwirkung an die Adresse der rechtssetzenden und rechtsanwendenden Behörden entfalten, der Verfahrenskommunikation auch in automatisierten Kontexten hinreichende Aufmerksamkeit zu schenken. Anbieten würde sich insbesondere eine Bestimmung, wonach auch in automatisierten Verwaltungsverfahren bedeutsame tatsächliche Angaben der Parteien berücksichtigt werden müssen und die Überprüfung der Entscheidung

96 Vgl auch *Braun Binder*, ZSR 2020, 272 mwH; *Glaser*, ZSR 2020, 187 f.

97 Siehe vorne Punkt IV.C.2. und 3.

durch eine natürliche Person verlangt werden kann. Mit einer solchen Norm könnte der Bund zudem eine gewisse Vorbildrolle gegenüber den Kantonen wahrnehmen.⁹⁸

Zurückhaltung ist demgegenüber in Bezug auf allgemein umschriebene Beschränkungen des Anwendungsbereichs automatisierter Verfahren angezeigt, wie sie sich beispielsweise in Art 35a des deutschen VwVfG finden, der den vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten bei Vorliegen von Ermessen oder eines Beurteilungsspielraums ausschliesst. Erstens bergen solche Normen eine gewisse Gefahr, dass die zentrale Frage der Eignung für eine Automatisierung zugunsten jener nach der Existenz eines Beurteilungsspielraums in den Hintergrund rückt. Zweitens stellen sich komplexe Eignungsfragen ohnehin nicht in den heute noch klar als für eine Automatisierung ungeeignet zu erachtenden Verfahrensarten, die sich durch im Einzelfall zu konkretisierende Beurteilungsspielräume kennzeichnen. Und drittens ist nicht absehbar, wie sich die technischen Möglichkeiten künftig entwickeln werden.

Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, abgesehen von den erwähnten Ergänzungen zum Verfügungsbegriff und zum rechtlichen Gehör zunächst auf spezialgesetzlicher Ebene Erfahrungen mit automatisierten Verwaltungsverfahren zu sammeln, bevor gestützt darauf später allenfalls allgemeine Regeln, beispielsweise zu den Modalitäten der Gehörsgewährung oder zu allfälligen Risikomanagementsystemen zwecks Abfederung der Untersuchungsmaxime, verankert werden.⁹⁹ Dies führt zwar zu einer gewissen Unübersichtlichkeit der Normierung,¹⁰⁰ bildet letztlich aber Konsequenz des Facettenreichtums des materiellen Verwaltungsrechts. Nicht ausgeschlossen ist, dass zu einem späteren Zeitpunkt, wenn hinreichend Erfahrungen gesammelt worden sind, vereinheitlichende Regelungen getroffen werden können.

98 Zum Umstand, dass dem Verwaltungsverfahren des Bundes – nicht zuletzt mit Blick auf neue Regelungsgegenstände – eine gewisse Orientierungsfunktion für die Kantone zukommt und letztere auch ohne entsprechende Verpflichtung verschiedentlich bundesrechtliche Bestimmungen übernehmen, *Thurnherr*, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, 217 ff.

99 Spezialgesetzliche Normen sind im Übrigen ohnehin in jenen Bereichen erforderlich, die in Art 2 und 3 VwVG ganz oder teilweise von der Geltung des Gesetzes ausgenommen sind.

100 Das vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes bestehende „bunte Mosaik“ aus „zahllosen Bestimmungen des Spezialverwaltungsrechts über das Verwaltungsverfahren“ (so Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 24. September 1965 über das Verwaltungsverfahren, BBl 1965 II 1348 [1351]) wurde zwar teilweise überwunden. Sofern sachlich begründet, sind spezialgesetzliche Verfahrensbestimmungen indes nach wie vor angezeigt.

V. Abschliessende Bemerkungen

Verschiedene Bestimmungen im totalrevidierten Datenschutzgesetz sowie in parallel dazu ergänzten Bundesgesetzen deuten darauf hin, dass auf Bundesebene in ausgewählten Konstellationen dereinst vollständig automatisierte Verwaltungsverfahren zur Anwendung gelangen könnten. Konkret zeichnen sich im Kontext des Zoll- und des Steuerrechts sowie des Unfall- und Militärversicherungsrechts erste Anwendungsfelder ab, denen diesbezüglich eine Vorreiterfunktion zukommen könnte. Darüber hinaus fehlt es indes noch an den gesetzlichen Grundlagen, die ein Mehr an Automatisierung zulassen würden.

Sollen Verwaltungsverfahren in stärkerem Masse automatisiert abgewickelt werden, wird es in einem nächsten Schritt darum gehen, hierfür geeignete Bereiche zu identifizieren. Auszuloten ist überdies das Bedürfnis nach flankierenden Bestimmungen, die sicherstellen, dass den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren auch unter den Bedingungen der Automatisierung hinreichend Rechnung getragen wird. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse könnten dereinst als Grundlage für die Identifikation von *Best Practices* oder die Formulierung allgemeiner verfahrensrechtlicher Handlungsanweisungen dienen.

Automatisierte Verwaltungsverfahren in den Schweizer Kantonen

I. Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und automatisierte Entscheidungsunterstützung

In Verwaltungsverfahren kantonaler und kommunaler Behörden kommt die Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) zunehmend zum Einsatz. Die am weitesten verbreiteten Formen dürften die elektronische Übermittlung von Eingaben der Bürgerinnen und Bürger an Verwaltungsbehörden einerseits und die elektronische Vornahme behördlicher Verfahrenshandlungen bis hin zur Zustellung von Verfügungen an Privatpersonen andererseits sein. Hierfür finden sich jedenfalls für Teilbereiche des Verwaltungsrechts mittlerweile in fast allen Kantonen einschlägige Rechtsgrundlagen. Dabei wird stets davon ausgegangen, dass ein Mensch als Angehöriger einer Verwaltungsbehörde die einzelnen Verfahrenshandlungen in elektronischer Form anstösst, also beispielsweise aufgrund einer willentlich getroffenen Entscheidung eine Verfügung in elektronischer Form erlässt. Der elektronische Rechtsverkehr ersetzt somit (lediglich) die vormals erforderliche Schriftform.¹ Jenseits der Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips durch die Verankerung einer hinreichend bestimmten Vorschrift in einem formellen Gesetz ergeben sich dadurch im Vergleich zum analog durchgeführten Verwaltungsverfahren kaum Unterschiede.

Eine grundlegende Änderung des Einsatzes von IKT stellt demgegenüber die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens dar. Die Automatisierung bezieht sich nicht lediglich auf die Form, sondern auch auf den Inhalt einer Verwaltungsentscheidung.² In der stärksten Form der Automatisierung wird eine *vollautomatisierte Verfügung* erlassen. Hierbei handelt es sich um eine Verfügung in elektronischer Form, die ohne

1 Siehe *Braun Binder*, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall ... – Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag, ZSR 139 I (2020), 253 (255).

2 *Rechsteiner*, Der Algorithmus verfügt, Jusletter 2018, Rz 6; *Wurzbürger*, Si tu veux être jube, reste-le, in: Bovey/Chappuis/Hirsch (Hg), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz* (2019) 419 (428).

jegliche menschliche Mitwirkung ergangen ist.³ Im Zuge der Totalrevision des Datenschutzgesetzes wurde im Zusammenhang mit einer Informationspflicht der Begriff der „automatisierten Einzelentscheidung“ legaldefiniert.⁴ Es handelt sich dabei um „eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie [die betroffene Person] mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt“⁵. Das Attribut „automatisiert“ bringt somit zum Ausdruck, dass „keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat“⁶. Automatisierte Verwaltungsentscheidungen in diesem Sinn werden also von Algorithmen „selbständig“ getroffen.⁷ Es handelt sich somit um „algorithmendeterminierte Entscheidungen“.⁸

Sowohl die inhaltliche Beurteilung des Sachverhalts, auf dem die Entscheidung beruht, als auch der Entscheid selbst, der auf der Grundlage dieser Sachverhaltsbeurteilung ergeht, werden nicht von einer natürlichen Person getroffen.⁹ Eine automatisierte Einzelentscheidung kann danach aber selbst dann vorliegen, wenn sie anschliessend durch eine natürliche Person mitgeteilt wird, falls diese die automatisch gefällte Entscheidung nicht mehr beeinflussen kann. Massgebend ist somit, inwieweit eine natürliche Person eine inhaltliche Prüfung vornehmen darf. Auf der anderen Seite sind Vorgänge auszuklammern, bei denen keinerlei Sachverhaltsermittlung stattfindet.¹⁰ Der wesentliche Unterschied zwischen voll- und teilautomatisierten Verfügungen liegt somit weniger in der maschinellen Subsumtion, sondern in der Ermittlung des Sachverhalts ohne Beteiligung menschlicher Behördenmitarbeiter.¹¹

3 *Braun Binder*, ZSR 139 I (2020), 256; *Plattner*, Digitales Verwaltungshandeln (2021) (im Erscheinen) Rz 550; *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 5. Eingehend zu vollautomatisierten und automationsgestützten Verwaltungsentscheidungen *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung (2019) Rz 79 ff.

4 Siehe zur Entwurfsfassung des vorgesehenen Art 19 DSG, BBl 2017 7193 7215; näher dazu *Braun Binder*, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2020, 27 (28 f).

5 Art 21 Abs 1 DSG (Bundesgesetz über den Datenschutz; Datenschutzgesetz), BBl 2020 7639. Der Bundesrat wird zu gegebener Zeit das Datum des Inkrafttretens festlegen.

6 BBl 2017 6941 7056.

7 *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 1.

8 *Hoffmann-Riem*, Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung, AöR 145 (2020), 1 (4).

9 Dazu und zum Folgenden BBl 2017 6941 7056 f; siehe auch *Glaser*, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 114 (2018), 181 (184).

10 *Braun Binder*, ZSR 139 I (2020), 258.

11 *von Harbou*, Abschied vom Einzelfall? – Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren, JZ 75 (2020), 340 (341).

Vergleichbare Rechtsfragen wie die vollautomatisierte Durchführung eines Verwaltungsverfahrens ohne menschliches Zutun wirft bereits die *automatisierte Entscheidungsunterstützung* auf, wie sie gegenwärtig bereits verschiedentlich anzutreffen ist, lassen sich doch auch hierbei die eingesetzten Algorithmen von Menschen nicht mehr ohne Weiteres nachvollziehen.¹² Die mit der zunehmenden Automatisierung verbundenen Rechtsfragen treten nicht erst auf, wenn der Mensch im Entscheidungsprozess völlig ausgeschaltet ist. Es genügt bereits, dass die in die behördliche Entscheidungsfindung involvierten Menschen vor neue technische Herausforderungen gestellt werden. Die nachfolgende Untersuchung nimmt daher sowohl vollautomatisierte Verwaltungsverfahren ohne menschliche Intervention als auch Verwaltungsverfahren in den Blick, bei denen menschliche Entscheidungen in einer Kombination mit automatisierter Entscheidungsunterstützung auftreten.

In einem ersten Schritt wird versucht, die verwaltungsrechtlichen Referenzgebiete zu erschliessen, in denen in den Kantonen voll oder teilweise automatisierte Verfahren vorkommen (II.). Im Anschluss daran sollen die Auswirkungen der Automatisierung auf die Handhabung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze entwickelt werden (III.). Diese ergeben sich teilweise aus dem Verfassungsrecht des jeweiligen Kantons und des Bundes sowie aus der Rechtsprechung. Abschliessend wird ein Ausblick gewagt, welche Rechtsfragen sich mittelfristig im Zusammenhang mit der voranschreitenden Automatisierung von Verwaltungsverfahren in den Kantonen stellen könnten (IV.).

II. Rechtsgebiete mit automatisierten Verfahrensabschnitten

A) Steuer- und Abgabenrecht

Vorreiter der Automatisierung von Verwaltungsentscheidungen in den Kantonen in zeitlicher und substanzieller Hinsicht ist das Steuer- und Abgabenrecht.¹³ Seit geraumer Zeit kennen die Kantone die teilweise Automatisierung des Steuerverfahrens in Form der elektronischen Einreichung und digitalen Bearbeitung der Steuererklärung. So stellen mehrere Kantone den steuerpflichtigen Personen über das Internet eine webbasierte Anwendung für das elektronische Einreichen der

12 *Braun Binder*, SZW 2020, 27 (33); *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 4; ähnlich *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 27.

13 Siehe auch *Plattner*, Verwaltungshandeln (im Erscheinen) Rz 574; entsprechend zu Österreich *Denk*, Der maschinell erstellte Bescheid (Teil I), ZTR 2019, 189 (199).

Steuererklärung zur Verfügung.¹⁴ Die Steuerveranlagung wird mithilfe eines regelbasierten Algorithmus, der das Vorliegen gewisser Voraussetzungen prüft, vorgenommen.¹⁵ In zahlreichen Kantonen bedurfte es aber oder bedarf es nach wie vor der handschriftlichen Unterzeichnung, was zu einem Medienbruch führte. Inzwischen sehen mehrere Kantone von der Notwendigkeit einer manuellen Unterschrift ab und die Einreichung erfolgt rein durch elektronische Übermittlung,¹⁶ sodass sämtliche Verfahrensabschnitte automatisiert ablaufen. Die Bearbeitung der ausschliesslich elektronisch eingereichten und bearbeiteten Steuererklärung ist ungeachtet der Mitwirkung der steuerpflichtigen Person an der Sachverhaltsermittlung als vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren einzustufen.¹⁷

Wie verschiedenen Medienberichten zu entnehmen ist, wird in einigen Kantonen ein gewisser Anteil elektronischer Steuerklärungen, bei denen sich keine besonderen Fragen ergeben, automatisiert verarbeitet.¹⁸ Dabei wird bereits in einem ersten Schritt mithilfe automatisierter Verfahren ermittelt, welche Steuerklärungen vollständig automatisiert bearbeitet werden können und in welchen Fällen es der Prüfung durch einen Mensch bedarf. Die hierfür geeigneten Steuerklärungen werden dann mithilfe der schweizweiten Anwendung IC Tax automatisiert geprüft.¹⁹ Es entsteht auf diese Weise in einer zunehmenden Zahl von Kantonen ein medienbruchfreies Einreichungs- und Prüfungsverfahren. Im Kanton Bern werden gegen 20 Prozent der steuerpflichtigen natürlichen Personen vollständig automatisiert veranlagt. Die bernische Steuerverwaltung beabsichtigt eine rasche Erhöhung dieses Anteils.

Im Kanton Uri haben die Stimmberechtigten in der Volksabstimmung vom 20. Oktober 2019 einem Verpflichtungskredit zur Digitalisierung der Steuerprozesse für natürliche Personen in Höhe von gut 1,7 Millionen Franken mit einem Ja-Stimmenanteil 73,72 Prozent zugestimmt. Eine Zielsetzung des Projekts besteht darin, das Verfahren der Steuer-

14 Vgl im Kanton Solothurn (SO) § 1 Steuerverordnung Nr 21: Elektronisches Einreichen der Steuererklärung – BGS 614.159.21; ferner im Kanton Obwalden (OW) Art 190a Abs 1 Steuergesetz – GDB 641.4.

15 Vgl *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 2.

16 § 5 Abs 2 Steuerverordnung Nr. 21: Elektronisches Einreichen der Steuererklärung SO.

17 Vgl *Braun Binder*, ZSR 139 I (2020), 259.

18 Siehe nur *Genova*, Digitalisierung: Ostschweizer Steuerverwaltungen setzen auf Roboter, abrufbar unter <<https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/digitalisierung-ostschweizer-steuerverwaltungen-setzen-auf-roboter-id.1006738>> (12.12.2020).

19 Dazu und zum Folgenden *Fischer/Daepf*, Digitalisierung am Beispiel der Steuerverwaltung des Kantons Bern, Expert Focus 2019, 327 (329).

veranlagung zu automatisieren („Automatische Veranlagung“).²⁰ Dies beinhaltet unter anderem die Implementierung eines Regelwerks zur (teil-)automatisierten Veranlagung im Bereich natürliche Personen und Verrechnungssteuer.²¹ Ein mit der Automatisierung verfolgtes Ziel besteht darin, einen möglichst hohen Anteil der Steuererklärungen ohne manuelle Eingriffe zu veranlagern. Dies soll vor allem bei einfachen und über die Zeit gleichbleibenden Steuerfällen zur Anwendung gelangen. Die Bearbeitung komplexer Fälle soll unterstützt werden.

B) Polizeirecht

Die im Bereich der polizeilichen Prävention am stärksten verbreitete Erscheinungsform automatisierten Verwaltungshandelns ist die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung (AFV). Die Polizeigesetze mehrerer Kantone sehen hierfür entsprechende gesetzliche Grundlagen vor. Danach darf die Kantonspolizei Kontrollschilder von Fahrzeugen automatisiert erfassen und mit Datenbanken abgleichen.²² Der automatisierte Datenabgleich wird zugelassen mit polizeilichen Personen- und Sachfahndungsregistern, mit durch die Kantonspolizei erstellten Listen von Kontrollschildern von Fahrzeugen deren Halterinnen und Halter der Führerausweis entzogen oder verweigert worden ist sowie mit Fahndungsaufträgen der Kantonspolizei.²³

C) Baurecht

In mehreren Kantonen besteht mittlerweile jedenfalls in ausgewählten Gemeinden die Möglichkeit, das Baubewilligungsverfahren durchgehend elektronisch durchzuführen. Im Kanton Freiburg beispielsweise muss ein Baugesuch mit den Plänen und Anhängen von der Gesuchstellerin oder vom Gesuchsteller oder von der Person, die sie oder ihn

20 Bericht und Antrag des Regierungsrats an den Landrat zum Verpflichtungskredit Digitalisierung Steuerprozesse natürliche Personen Nr 2019-188 R-270-13, 1 (2).

21 Dazu und zum Folgenden *Amt für Steuern und Amt für Informatik*, «Digitalisierung Steuerprozesse NP» Abklärungen zur Einführung einer elektronischen Steuererklärungs-Lösung (2019) 11.

22 Kanton Bern (BE): Art 109 Abs 1 Polizeigesetz (PolG) – BSG 551.1; Kanton Graubünden (GR): Art 22b Abs 1 Polizeigesetz des Kantons Graubünden (PolG) – BR 613.000; Kanton Wallis (VS): Art 59 Abs 1 Gesetz über die Kantonspolizei (PolG) – SGS 550.1.

23 Art 109 Abs 2 PolG BE; Art 22b Abs 2 PolG GR.

vertritt, elektronisch erfasst werden.²⁴ Die Gemeinde oder subsidiär das zuständige kantonale Amt nimmt die vollständige oder teilweise elektronische Erfassung des Gesuchs, der Pläne und der Anhänge vor, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller beziehungsweise ihre oder seine Vertretung nicht über die notwendigen technischen Mittel oder Kenntnisse verfügt.²⁵ Im Kanton Schwyz kann der Regierungsrat ganz oder teilweise das elektronische Bewilligungsverfahren einführen, sofern die technischen und organisatorischen Voraussetzungen erfüllt sind.²⁶

Die medienbruchfreie Durchführung des Verfahrens von der Einreichung des Baugesuchs bis zum Erlass der Verfügung würde eine automatisierte Bearbeitung erlauben.²⁷ Ob und inwieweit dies bereits zur Anwendung gelangt, ist nicht bekannt. Bislang scheinen sich die digitalen Funktionen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens auf die klassischen Ausprägungen des E-Government wie die Einreichung von Eingaben, die Einsichtnahme in Akten und die Zustellung von Verfügungen zu beschränken.²⁸

D) Sozialversicherungsrecht

Im Bereich des Sozialversicherungsrechts ist verschiedentlich der automatisierte Zugriff der zuständigen Sozialbehörden auf die Daten anderer Behörden vorgesehen, um Anspruchsberechtigte zu ermitteln. Dies ist beispielsweise in Bezug auf die Berechtigung für Prämienverbilligungen zur Krankenversicherung der Fall. So hat die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau unter Verwendung der AHV-Nummer automatisierten Zugriff auf die Daten der Steuerverwaltung und des Einwohnerregisters.²⁹

24 Art 89a Abs 1 Ausführungsreglement zum Raumplanungs- und Baugesetz (RPBR) – SGF 710.11.

25 Art 89a Abs 2 RPBR.

26 § 91 Abs 3 Satz 1 Planungs- und Baugesetz – SRSZ 400.100.

27 Siehe zur Rechtslage betreffend die Erteilung automatisierter Baugenehmigungen in Deutschland *Edenharter*, Die Digitalisierung als Herausforderung für das Baurecht, *VerwArch* 109 (2020), 341 (361 ff).

28 Vgl zum Kanton Luzern § 55 Abs 1 Satz 3 (elektronische Einreichung des Baugesuchs), § 58 Abs 2 (elektronische Einsichtnahme) Planungs- und Bauverordnung (PBV) – SRL 736.

29 § 18 Abs 5 Satz 1 Gesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVGG) – SAR 837.200.

III. Vorgaben aus den Grundsätzen des Verwaltungsrechts

A) *Gesetzmässigkeitsprinzip*

1. *Gesetzliche Grundlage*

Die Ergänzung beziehungsweise Ersetzung der klassisch auf persönlichem Kontakt, schriftlichem Rechtsverkehr und physisch vorgenommenen Handlungen basierenden Abschnitte des Verwaltungsverfahrens durch den elektronischen Verkehr im Rahmen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren bedarf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einer spezifischen gesetzlichen Grundlage (vgl. Art 5 Abs 1 BV).³⁰ Verzichtet der kantonale Gesetzgeber auf eine Regelung, kann die insoweit bestehende unechte Gesetzeslücke nicht durch richterliche Rechtsfortbildung aufgefüllt werden.³¹ Elektronische Eingaben an Behörden oder die elektronische Zustellung von Verfügungen müssen daher ausdrücklich gesetzlich zugelassen werden. Die Rechtsgrundlage kann sich grundsätzlich in jeder Form eines generell-abstrakten Erlasses befinden, also sowohl in einem kantonalen Gesetz als auch in einer von der Kantonsregierung erlassenen Verordnung. Inzwischen haben alle Kantone das gesamte Verwaltungsverfahren erfassende oder zumindest bereichsspezifische gesetzliche Grundlage erlassen – vor allem auf dem Gebiet des Steuerrechts.³²

Bekräftigt wird diese Auffassung durch das Bundesgericht in Bezug auf den Einsatz von Instrumenten zur Durchführung einer Videokonferenz mittels „Zoom“ im Rahmen einer gerichtlichen Hauptverhandlung.³³ Die Zivilprozessordnung (ZPO) konzipiere die Hauptverhandlung als mündliche Verhandlung im Gerichtssaal bei physischer Anwesenheit der Parteien und der Gerichtsmitglieder.³⁴ In der ZPO sei der Einsatz technischer Hilfsmittel abschliessend geregelt. Es fehle an einer Rechtsgrundlage, um eine Partei zur Teilnahme an einer via Videokonferenz durchgeführten Hauptverhandlung zu verpflichten.³⁵ Insbesondere aus dem Gebot zur Verfahrensbeschleunigung (Art 29 Abs 1 BV) lasse sich

30 BGE 143 I 187 E. 3.1 S 190; zustimmend Glaser, SJZ 114 (2018), 185.

31 BGE 143 I 187 E. 3.2 S 191 f.

32 Im Einzelnen dazu Glaser/Ehrat, E-Government-Gesetzgebung durch die Kantone – Integration in die Verfahrenskodifikation oder Auslagerung in Spezialerlasse?, LeGes 30 (2019), 3 (dort Rz 7 ff).

33 Vgl. BGE 146 III 194 E. 3.1 S 196.

34 BGE 146 III 194 E. 3.2 S 196.

35 BGE 146 III 194 E. 3.6 S 200 f.

keine Rechtsgrundlage für gesetzlich nicht vorgesehene Verfahrensformen finden.

2. *Formelles Gesetz*

Im Vorfeld automatisierter Entscheide werden regelmässig personenbezogene Daten verarbeitet.³⁶ Beim vollständig oder teilweise automatisierten Erlass von Verfügungen erhöhen sich die Anforderungen an die Qualität der gesetzlichen Grundlage aufgrund der einschneidenden Auswirkungen auf die Grundrechte, insbesondere auf das in Art 13 Abs 2 BV verbürgte Recht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten in seiner Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Schwerwiegende Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung müssen in einem formellen Gesetz vorgesehen sein (Art 36 Abs 1 Satz 2 BV). Aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip folgt, dass für den vollautomatisierten Erlass einer Verfügung eine formell-gesetzliche Grundlage zu schaffen ist, die den Anforderungen an die Normdichte genügt.³⁷ So muss in einer formellen gesetzlichen Grundlage ausdrücklich erwähnt werden, dass im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit zum Erlass automatisierter Verfügungen geschaffen werden soll.³⁸ Was für die blosse Elektronisierung des Verfahrens gilt, muss erst recht für die materiell weiterreichende Möglichkeit der Vollautomatisierung des Verfahrens gelten.³⁹

Das Bundesgericht hatte diesbezüglich über die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die AFV⁴⁰ im kantonalen Recht zu befinden. Dabei hielt es fest, dass bei der AFV mehr in Erfahrung gebracht werde als das blosse Kontrollschild beziehungsweise die Identität des Halters, werden doch zugleich auch Zielpunkt, Standort, Fahrtrichtung sowie die Fahrzeuginsassen erfasst.⁴¹ Die AFV beschränke sich somit nicht auf die blosse Erhebung und Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Informationen. Vielmehr würden diese mit anderen Datensammlungen zusammengeführt und automatisiert abgeglichen. Die AFV ermögliche die serielle und simultane Verarbeitung grosser

36 *Braun Binder*, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 115 (2019), 467 (475).

37 *Braun Binder*, ZSR 139 I (2020), 270 f.

38 *Plattner*, Verwaltungshandeln (im Erscheinen) Rz 556; *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 14 ff.

39 *Braun Binder*, ZSR 139 I (2020), 271.

40 Siehe oben Punkt II.B).

41 Dazu und zum Folgenden BGE 146 I 11 E. 3.2 S 15.

und komplexer Datensätze innert Sekundenbruchteilen, was über die herkömmliche verkehrstechnische Informationsbeschaffung und die Fahndungssysteme der bisherigen sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr hinausgehe. Die Eingriffsintensität nehme mit dem Zugriff und der Nutzung der Daten durch die zuständigen Behörden erheblich zu. Namentlich die Kombination mit anderweitig erhobenen Daten und eine entsprechende Streuweite des Systems könnten die Grundlage für Persönlichkeits- oder Bewegungsprofile bilden. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass der weder anlassbezogen noch aufgrund eines konkreten Verdachts erfolgte Eingriff in die Grundrechte eine abschreckende Wirkung zeitigen könne. Die Möglichkeit einer späteren (geheimen) Verwendung durch die Behörden und das damit einhergehende Gefühl der Überwachung könnten in Form eines *chilling effects* die Selbstbestimmung wesentlich hemmen. Die AFV erfordert somit eine formelle gesetzliche Grundlage.

3. *Hinreichende Normdichte*

Im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung müssten die der AFV zugrundeliegenden Rechtssätze eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit aufweisen, also so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.⁴² Daraus leitet das Bundesgericht mit Blick auf Einschränkungen der informationellen Selbstbestimmung durch automatisierte Verfahren ab, dass der Verwendungszweck, der Umfang der Erhebung sowie die Aufbewahrung und Löschung der erhobenen Daten hinreichend bestimmt sein müssen.⁴³ Ausserdem werden begleitend organisatorische, technische und verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen verlangt.

Eine Bestimmung im kantonalen Polizeigesetz, wonach die Kantonspolizei befugt ist, „zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Führung ihrer Geschäftskontrolle Daten zu bearbeiten und dazu geeignete Datenbearbeitungssysteme und Registraturen zu betreiben“,⁴⁴ hat das Bundesgericht vor diesem Hintergrund hinsichtlich der Normdichte als nicht ausreichend erachtet.⁴⁵ Dies obwohl im Gesetz umschrieben wird,

42 BGE 146 I 11 E. 3.1.2 S 14.

43 BGE 146 I 11 E. 3.3.1 S 16.

44 Vgl Kanton Thurgau (TG): § 67 Abs 1 Polizeigesetz (PolG) – RB 551.1.

45 Dazu und zum Folgenden BGE 146 I 11 E. 3.3.2 S 17 f.

wozu die Datenbearbeitung durch die Kantonspolizei dient, wie beispielsweise die Kontrolle des Strassenverkehrs. Unklarheiten ergäben sich bezüglich des Verwendungszwecks der Daten, da für die Strassenverkehrsteilnehmer nicht vorhersehbar sei, welche Informationen gesammelt, aufbewahrt und mit anderen Datenbanken verknüpft beziehungsweise abgeglichen werden. Ausserdem fehle es an einer Pflicht zur unverzüglichen und spurlosen Löschung im Nichttrefferfall. Unklar sei schliesslich, inwiefern Trefferfälle aufbewahrt und gelöscht würden.

Mit Blick auf die in den meisten Kantonen gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur elektronischen Einreichung der Steuererklärung⁴⁶ ist fraglich, ob diese die Anforderungen an die Normdichte erfüllt. So wird in den gesetzlichen Grundlagen regelmässig nur erwähnt, dass die Steuererklärung in elektronischer Form eingereicht werden kann.⁴⁷ Unter Einbezug des Verordnungsrechts lässt sich noch die Art und Weise der Übermittlung erkennen und dass eine elektronische Bestätigung der erfolgreichen Übermittlung ausgestellt wird.⁴⁸ Die anschliessend im Zuge der (möglicherweise) vollautomatisierten Bearbeitung erfolgende Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung durch die Verknüpfung mit weiteren Datensätzen, wie etwa mit Meldungen ausländischer Steuerbehörden im Rahmen des Automatischen Datenaustauschs oder Datenbanken der kantonalen Sozialversicherungsanstalten, findet im Wortlaut der Rechtsgrundlagen keine Anhaltspunkte. Im Streitfall könnte daher die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Grundlagen unter Umständen mit Erfolg geltend gemacht werden.

Als mögliches Regelungsvorbild für eine ausreichend hohe Normdichte kann auf § 155 Abs 4 Satz 1 AO (Deutschland) verwiesen werden. Danach können die Finanzbehörden Bearbeitungen der Steuererklärung „auf der Grundlage der ihnen vorliegenden Informationen und der Angaben des Steuerpflichtigen ausschliesslich automationsgestützt vornehmen“. Auf diese Weise ist für die Steuerpflichtigen erkennbar, dass nicht nur die Einreichung ihrer Steuererklärung elektronisch erfolgt, sondern auch das weitere Verfahren vollautomatisiert und nicht durch einen menschlichen Sachbearbeiter durchgeführt wird.

Auf eine hinreichende Normdichte, zumindest in der auf der Grundlage einer allgemeiner gehaltenen formellen gesetzlichen Bestimmung erlassenen Verordnung, ist auch bei der derzeit noch in den Anfängen

46 Siehe oben Punkt II.A.

47 Vgl Art 190a Abs 1 Steuergesetz OW.

48 Exemplarisch für OW Art 4 Ausführungsbestimmungen über die elektronische Einreichung der Steuererklärung – GDB 641.426.

befindlichen Regelung vollautomatisierter Baubewilligungsverfahren zu achten. Das entsprechende Erfordernis ergibt sich insoweit insbesondere aus der Eigentumsgarantie (Art 26 BV), möglicherweise ist aber auch in diesem Zusammenhang die informationelle Selbstbestimmung betroffen, wenn eine Verknüpfung mit weiteren Personendaten hergestellt wird.

B) Verfahrensgarantien

1. Rechtliches Gehör

Art 29 Abs 2 BV verleiht den Parteien in einem Verwaltungsverfahren ein Grundrecht auf rechtliches Gehör. Bundesbehörden müssen der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit geben, ihren Standpunkt darzulegen (Art 21 Abs 2 Satz 1 DSG). Bei automatisierten Einzelentscheidungen von Bundesorganen wird indes bezüglich der Ausnahmen auf die einschlägige Regelung in Art 30 Abs 2 VwVG verwiesen. Das Datenschutzrecht verleiht somit keinen über das Verwaltungsverfahren hinausgehenden Gehörsanspruch.

Das Recht auf Anhörung ist auch in den Verwaltungsrechtspflegesetzen der Kantone verankert. Das DSG gilt für kantonale Behörden nicht.⁴⁹ Exemplarisch sollen die durch die Voll- oder Teilautomatisierung von Verwaltungsverfahren entstehenden Probleme anhand der Rechtslage im Kanton Bern erläutert werden. So gilt die Pflicht der Behörde, die Parteien anzuhören, bevor eine Verfügung erlassen wird, grundsätzlich in allen Verwaltungsverfahren.⁵⁰ Auf die Anhörung kann nur bei Vorliegen der gesetzlich genau bezeichneten Tatbestände verzichtet werden.⁵¹ Dies ist der Fall bei nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen oder Zwischenentscheiden (lit a), wenn Gefahr im Verzuge ist (lit b), soweit den Parteibegehlen entsprochen wird (lit c), bei Verfügungen, die mit Einsprache anfechtbar sind (lit d), und bei Vollstreckungsverfügungen (lit e).

Im Zusammenhang mit automatisierten Verwaltungsentscheidungen ist regelmässig die Konstellation einschlägig, dass dem Parteibegehlen entsprochen wird. Eine Steuerveranlagung, die ausschliesslich basierend auf den Angaben des Steuerpflichtigen erlassen wird, bedarf

49 Vgl Art 2 Abs 1 lit b DSG: „Bundesorgane“.

50 Art 21 Abs 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) – BSG 155.21.

51 Art 21 Abs 2 VRPG BE.

somit keiner vorherigen Anhörung. Entsprechendes gälte für eine Baubewilligung, mit der das Baugesuch wie eingereicht gutgeheissen würde. Bei der AFV wird mitunter Gefahr in Verzug vorliegen, sodass ebenfalls auf eine vorherige Anhörung verzichtet werden kann.

Häufig wird die automatisierte Bearbeitung von Steuererklärungen und Baugesuchen aber zu belastenden Änderungen von Seiten der Behörde führen, sodass dem Parteibegehren nicht vollständig entsprochen wird, also nicht mehr von einer rein begünstigenden Verfügung ausgegangen werden kann. Sollen diese Fälle gleichwohl automatisiert bearbeitet und zugleich das Grundrecht auf rechtliches Gehör gewahrt werden, bleibt letztlich nur die Verlagerung in ein Einspracheverfahren. Für die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs erweist es sich somit als unerlässlich, dass die von einer vollautomatisiert erlassenen Entscheidung betroffene Person ihre Position im Rahmen des Verwaltungsverfahrens umfassend darlegen kann.⁵²

Ungeklärt ist, ob das rechtliche Gehör nur in einem Einspracheverfahren im engeren Sinn gewahrt werden kann, also eine Überprüfungsmöglichkeit durch die erlassende Behörde selbst⁵³ vorgesehen sein muss. So hielt es der Bundesrat anlässlich der Revision des DSG offenbar für genügend, dass „der betroffenen Person grundsätzlich ein Rechtsmittel zur Verfügung [steht], in dem die betroffene Person ihren Standpunkt darlegen kann und eine natürliche Person den Entscheid überprüft“.⁵⁴

In der Literatur wird es indes als nicht ausreichend angesehen, wenn die Möglichkeit zur Äusserung erst vor der Rechtsmittelbehörde besteht, eine nachträgliche Äusserung soll vielmehr lediglich im Rahmen einer Einsprache bei der erlassenden Behörde zulässig sein.⁵⁵ Eine Verlagerung des rechtlichen Gehörs in das Rechtsmittelverfahren vor einer übergeordneten Verwaltungsbehörde oder in das gerichtliche Verfahren wird als mit Art 29 Abs 2 BV grundsätzlich nicht zu vereinbarende Verkürzung des Rechtsschutzes angesehen.⁵⁶ Ausnahmsweise wird eine Heilung im Einzelfall für möglich erachtet, wenn die Gehörsverletzung nicht besonders schwer wiegt und die betroffene Person sich in einem Rechtsmittelverfahren vor einer Instanz mit derselben Kognition wie die verfügende Behörde äussern kann, oder wenn durch die

52 Wurzbürger, jure 429.

53 Vgl zur Einsprache Art 53 Abs 1 VRPG BE.

54 BBl 2017 6941 7059.

55 Rechsteiner, Jusletter 2018, Rz 20 f.

56 Dazu und zum Folgenden Plattner, Verwaltungshandeln (im Erscheinen) Rz 570.

Rückweisung an die Vorinstanz ein formalistischer Leerlauf entstehen würde. Die generelle Entbindung der Verwaltung vom Grundrecht auf rechtliches Gehör beim Erlass automatisierter Verwaltungsentscheidungen wird demgegenüber für verfassungswidrig gehalten.

Eine verfassungskonforme Auslegung der geltenden Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts zwingt die Kantone somit beim vollautomatisierten Erlass belastender Verfügungen zur Eröffnung eines Einspracheverfahrens bei der erlassenden Behörde. Aus Art 29 Abs 2 BV ein verfassungsrechtliches Verbot der Verlagerung der Gewährung des rechtlichen Gehörs in das Rechtsmittelverfahren abzuleiten, erscheint jedoch zu weitgehend. Bereits gegenwärtig sind bestimmte Konstellationen vom Gehörsanspruch ausgenommen. Die Verfahrensgrundrechte sind lediglich in ihrem Kerngehalt absolut geschützt (vgl. Art 36 Abs 4 BV). Bei Schaffung einer hinreichend klaren Grundlage in einem formellen Gesetz und unter der Voraussetzung, dass hiermit das öffentliche Interesse an einer effizienten Verwaltung gefördert würde, wäre die Verlagerung der Anhörung in ein Rechtsmittelverfahren vor einer übergeordneten Behörde daher mit den bundesrechtlichen Vorgaben vereinbar.

2. Begründungserfordernis

Aus dem rechtlichen Gehör (Art 29 Abs 2 BV) wird ausserdem ein Anspruch auf Begründung einer Verwaltungsentscheidung abgeleitet. Aus Art 21 Abs 1 DSG folgt zumindest eine Pflicht der Behörden des Bundes zur Information der betroffenen Person, wenn eine automatisierte Einzelentscheidung mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder eine erhebliche Beeinträchtigung herbeiführt. Auch kann eine betroffene Person verlangen, dass die automatisierte Einzelentscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird (Art 21 Abs 2 Satz 2 DSG). Hieraus lässt sich gegenüber Bundesbehörden ein Anspruch auf Begründung des Einzelfalls ableiten.

Die Pflicht zur Begründung einer durch eine kantonale Verwaltungsbehörde erlassenen Verfügung ist im jeweils einschlägigen kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz verankert. So müssen in einer Verfügung die Gründe, auf die sich die Behörde stützt, angegeben werden.⁵⁷ Die Verwaltungsbehörden können eine Verfügung ohne Begründung unter anderem eröffnen, wenn unbestrittenen Begehren voll

57 Art 52 Abs 1 lit b VRPG BE.

entsprochen wird (lit a) oder sich diese ohne weiteres aus den Begleitumständen des Verfahrens ergibt (lit c).⁵⁸

Beim Einsatz maschineller Lernverfahren werden grosse Datenmengen durch Maschinen in für Menschen nicht nachzuvollziehender Weise ausgewertet und das Resultat dient als Entscheidungsgrundlage oder ersetzt die menschliche Entscheidung völlig.⁵⁹ Die eingeschränkte Nachvollziehbarkeit wirkt sich auf das Begründungserfordernis aus.⁶⁰ Es wird daher eine Begründungspflicht gerade für automatisierte Entscheidungen gefordert, um Intransparenz und Vertrauensdefiziten gegenüber der Verwaltungsdigitalisierung entgegenzuwirken.⁶¹ Auch wenn die Funktionsweise automatisierter Verfahrensschritte nicht genau erklärt werden kann, müssen die wesentlichen Entscheidungsgründe der Behörde dargelegt werden.⁶² Die Logik, auf der die Entscheidung des Algorithmus beruht, muss demnach erläutert werden.⁶³ Dabei stellt sich die Frage, wie die Funktionsweise eines Algorithmus nachvollziehbar erläutert werden kann, ohne Missbrauch zu erleichtern.⁶⁴

Wiederum wäre es verfassungsrechtlich problematisch, das Begründungserfordernis bei automatisiert erlassenen Verfügungen gesetzlich vollständig aufzuheben. Zumindest müsste eine Kompensation dahingehend erfolgen, dass die generelle Wirkungsweise der automatisierten Bearbeitung öffentlich zugänglich dargelegt würde und die Begründung im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens nachgeliefert werden müsste.

C) Vertrauensschutz beim Widerruf rechtskräftiger Verfügungen

Im Zusammenhang mit der Durchführung vollautomatisierter Steuerungsverfahren stellte sich bereits mehrfach die Frage, inwieweit infolge technischer Mängel wie Software- oder Programmierungsfehler rechtswidrige, aber inzwischen rechtskräftige Verfügungen durch die Steuerbehörden zuungunsten der Steuerpflichtigen korrigiert werden dürfen. Als gesetzliche Konkretisierung des Vertrauensgrundsatzes enthält der

58 Art 52 Abs 2 VRPG BE.

59 Braun Binder, SJZ 115 (2019), 469.

60 Braun Binder, SJZ 115 (2019), 472.

61 von Harbou, JZ 75 (2020), 345.

62 Braun Binder, SJZ 115 (2019), 473.

63 Rechsteiner, Jusletter 2018, Rz 24.

64 Plattner, Verwaltungshandeln (im Erscheinen) Rz 553.

auch für die Kantone massgebliche Art 52 StHG abschliessende Tatbestände für die Korrektur rechtskräftiger Verfügungen. Danach dürfen rechtskräftige Verfügungen und Entscheide von der erlassenden Behörde innert fünf Jahren nach der Eröffnung berichtigt werden, sofern es sich um Rechnungsfehler und Schreibversehen handelt. Berichtigungsfähig sind danach lediglich „Kanzleifehler“. Das Bundesgericht überträgt insoweit seine klassische Unterscheidung auf die Konstellation vollautomatisierter Verfügungen.

Berichtigungsfähige Kanzleifehler haben danach den Ausdruck des Verfügungsinhalts und des behördlichen Willens, also die Willensäusserung, zum Gegenstand.⁶⁵ Es geht um die Klarstellung eines Erklärungsirrtums, in welchem sich die Veranlagungsbehörde befand. Kennzeichnend für Kanzleifehler ist, dass sie bei der behördlichen „Handarbeit“ auftreten. Im Unterschied dazu soll ein inhaltlicher Fehler der Verfügung bei der „Kopfarbeit“ und damit bei der Willensbildung der Veranlagungsbehörde vorliegen, wenn die Verfügung auf einer unzutreffenden tatbestandlichen oder rechtlichen Würdigung beruht, ungeachtet dessen, ob für die steuerpflichtige Person erkennbar ist, dass die Behörde sich in einem Sach- oder Rechtsirrtum und damit einem eigentlichen Grundlagenirrtum befand.⁶⁶

Dabei räumt das Bundesgericht im Ausgangspunkt ein, dass die Automatisierung des Veranlagungssystems die Konturen zwischen Hand- und Kopfarbeit verwischt habe.⁶⁷ Es frage sich vor dem Hintergrund der beschränkten Nachvollziehbarkeit, ob es sich um Programmierungs-, Bedienungs- oder Druckfehler handle und wem Computerfehler zuzurechnen seien. Das Bundesgericht legt die Kategorie des Kanzleifehlers weit aus und weist die Verantwortlichkeit für Computerfehler letztlich den Steuerpflichtigen zu. Im Steuerveranlagungsverfahren bestehe mit Bezug auf das Risiko des Nichtbemerken von Fehlern keine volle Symmetrie zwischen den Steuerbehörden und den Steuerpflichtigen: Die Steuerpflichtigen kontrollierten erfahrungsgemäss genau, ob ihre Steuerveranlagungen Fehler zu ihren Ungunsten aufwiesen.⁶⁸ Auf Seiten der Steuerbehörden stelle die Veranlagung dagegen ein Massengeschäft dar, wo sich zwangsläufig menschliche Flüchtigkeits- und durch die fortschreitenden Digitalisierung vermehrt auch Programmier- oder Softwarefehler einschlichen. Veranlagungs-

65 BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 3.2.2.

66 BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 3.2.3.

67 BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 4.3.1.

68 BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 4.3.2.3.

fehler zulasten der Steuerpflichtigen blieben deshalb weniger häufig unbemerkt als solche, die sich zu ihren Gunsten auswirken. Ein sehr enges Verständnis des Begriffs des Rechnungsfehlers beziehungsweise des Schreibversehens hätte damit angesichts des *numerus clausus* der steuerrechtlichen Aufhebungs- und Abänderungsgründe ein Ungleichgewicht in der Risikoverteilung zwischen den Steuerbehörden und den Steuerpflichtigen zur Folge.

Jedenfalls in einem Fall, wo es um die Bewältigung von Aufgaben gehe, die früher mittels „Handarbeit“ erledigt wurden, spreche nichts dagegen, den Berichtigungstatbestand beim Einsatz von EDV-Programmen auch bei durch Programmierungsfehlern generierten Fehlern in einer Veranlagung zum Zuge kommen zu lassen.⁶⁹ Es mache keinen Unterschied, ob ein falscher Übertrag, ein Verschieb oder ähnliche Fehler auf einer (direkten) menschlichen Fehlleistung beruhten oder das Ergebnis einer fehlerhaft programmierten Software seien. Selbst bei Programmierungsfehlern liege somit kein Rechtsanwendungsfehler vor.⁷⁰ Das Bundesgericht geht noch weiter und hält fest: *„Selbst wenn dieser Fehler als Programmierungsfehler systematisch auftreten sollte und nicht auf eine Fehlmanipulation eines Veranlagungsbeamten zurückzuführen wäre, betrifft er nicht die Rechtsanwendung, sondern einen Vorgang, der, würde heute noch «von Hand» veranlagt, als typischer «Kanzleifehler» zu charakterisieren wäre.“*

Im Ergebnis entgegengesetzt entschied das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen in einem rechtskräftig gewordenen Urteil. Zugunsten der Steuerpflichtigen stufte es einen Programmierungsfehler in der Software der kantonalen Steuerbehörde als Fehler in der Rechtsanwendung ein.⁷¹ Dem stehe explizit nicht entgegen, dass dem Fehler ein Softwaremangel zugrunde lag, der einen Steuersatz in allen vergleichbaren Fällen falsch anwendete. Die Automatisierung des Veranlagungsverfahrens habe gerade zur Folge, dass die Subsumtion von Sachverhalten unter eine Rechtsnorm einem Informatikprogramm überlassen werde. Damit werde zwar die Veranlagungstätigkeit rationalisiert, Fehler träten aber nicht bloss im Einzelfall, sondern in allen gleichgelagerten Fällen auf. Dies zeige, dass es sich bei der Entwicklung eines Veranlagungsprogramms, welches die Rechtsanwendung automatisiert, um der Berichtigung nicht zugängliche „Kopfarbeit“ im Sinn der Rechtsprechung handle.

69 BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 4.3.2.4.

70 Dazu und zum Folgenden BGer, Urteil vom 7.4.2020, 2C_331/2019, E. 4.3.2.5.

71 Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Urteil vom 25.2.2016, B 2015/80, E. 2.3.

Bereits die Verlagerung der Sachverhaltsermittlung auf die betroffenen Privatpersonen ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht ohne Weiteres vereinbar.⁷² Im Zuge von Steuerveranlagungsverfahren ist dies heute indes weitgehend der Fall. Dies ist wohl den Besonderheiten des Steuerrechts geschuldet und hat sich durch die Digitalisierung nicht grundlegend verändert, es wurden lediglich weitere Vorgänge, wie das Einscannen von Belegen, an Privatpersonen ausgelagert. Geht damit ausserdem eine Verlagerung der materiellen Verantwortlichkeit für die rechtlich korrekte Subsumtion auf die Privatpersonen einher, sind die verfassungsrechtlichen Grenzen von Art 9 BV erreicht. Danach hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Die Aufhebung einer rechtskräftigen Verfügung ist danach nur unter der Voraussetzung zulässig, dass das öffentliche Interesse im Rahmen einer Abwägung das geschützte Vertrauen überwiegt.⁷³

Die vom Bundesgericht vorgenommene Ausdehnung der abschliessenden und tatbestandlich engeren gesetzlichen Regelung zur Korrektur von Kanzleifehlern über die verfassungsrechtliche Auffangbestimmung hinaus scheint vor diesem Hintergrund nicht vertretbar. Der Gesetzgeber hat die Abwägung dahingehend vorgenommen, dass lediglich Kanzleifehler berichtigt werden können. Zudem vermag die – immerhin auf das Steuerrecht begrenzte – Interessenabwägung zulasten des Vertrauensschutzes nicht zu überzeugen. Eine solche Abwägung zwischen dem öffentlichen Fiskalinteresse und dem privaten Vertrauensschutz wäre in jedem Fall durch den kantonalen Gesetzgeber zu treffen. Die vollständige Überwälzung der technischen Risiken auf Privatpersonen dürfte mit dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz in Konflikt geraten und wäre in jedem Fall durch Kriterien der Erkennbarkeit und zumutbare Verwirkungsfristen abzufedern.

72 Braun Binder, ZSR 139 I (2020), 274.

73 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ (2020) Rz 664, 1227.

IV. Ausblick: Rechtsgebietsspezifische Ausdehnung automatisierter Verfahren

A) Vollautomatisierung der Steuerveranlagung

1. Ausgestaltung im Bundesrecht

Mittelfristig dürfte das Verfahren zur Steuerveranlagung in den meisten Kantonen in erheblichem Umfang vollautomatisiert durchgeführt werden. Diese Entwicklung dürfte durch die auf Bundesebene geplante Beseitigung rechtlicher Hindernisse für die medienbruchfreie Verfahrensabwicklung weiter beschleunigt werden. Der Bundesrat beabsichtigt auch für die von den Kantonen erhobenen direkten Steuern die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen, um die vollständige elektronische Durchführung von Verfahren im Steuerbereich zu ermöglichen.⁷⁴ Dadurch soll zugleich die Einführung eines Obligatoriums zur Nutzung von E-Justice im Bereich der Verwaltungsgerichte geschaffen werden.⁷⁵

Für die Kantone soll die laufende Revision nach der Absicht des Bundesrates lediglich ermöglichenden Charakter haben. Denjenigen Kantonen, die elektronische Verfahren für die Steuererklärung anbieten, soll die medienbruchfreie Durchführung ermöglicht werden, indem die formellen Vorgaben der Kantone auch für die direkte Bundessteuer anwendbar gemacht werden.⁷⁶

Da die direkte Bundessteuer im gleichen Verfahren wie die kantonalen Steuern deklariert und veranlagt wird, soll den Kantonen überlassen werden, das elektronische Verfahren im Detail auszugestalten.⁷⁷ Der Bund soll die einschlägigen Rechtsgrundlagen prophylaktisch für den Fall anpassen, dass die Kantone das Besteuerungsverfahren auf rein elektronischem Weg vorsehen.⁷⁸ Das bundesrechtlich vorgeschriebene Erfordernis der persönlichen Unterzeichnung einer Eingabe als Hindernis für ein medienbruchfreies Verfahren soll beseitigt werden.⁷⁹ Art 38a Abs 2 StHG (neu) soll demnach lauten: „Sie [Die Kantone] können bei der elektronischen Einreichung von Eingaben, deren Unterzeichnung

74 Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über elektronische Verfahren im Steuerbereich, BBl 2020 4705 4707.

75 BBl 2020 4705 4710.

76 BBl 2020 4705 4716.

77 BBl 2020 4705 4718.

78 BBl 2020 4705 4719.

79 BBl 2020 4705 4720.

gesetzlich vorgeschrieben ist, anstelle der Unterzeichnung die Möglichkeit einer elektronischen Bestätigung der Angaben durch die steuerpflichtige Person vorsehen.“⁸⁰

Der Nationalrat ging jedoch über diesen Vorschlag hinaus und verabschiedete eine Fassung der betreffenden Vorschrift, wonach die Kantone die elektronische Bestätigung zwingend vorsehen müssten.⁸¹ Die Kantone wären demnach verpflichtet, eine medienbruchfreie Durchführung des Steuerverfahrens einzurichten. Der Ständerat folgte indes dem Vorschlag des Bundesrates.⁸² Auf welche Variante sich die beiden Räte einigen, muss sich noch zeigen. In jedem Fall wird den Kantonen aber eine durchgängige elektronische Abwicklung ermöglicht werden.

2. Ausgestaltung im kantonalen Recht

Die Kantone ihrerseits sind mit Blick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip verpflichtet, den vollautomatisierten Erlass von Steuerverfügungen im formellen Gesetz jedenfalls in den Grundzügen zu verankern und – allenfalls in einer Zusammenschau mit dem Verordnungsrecht – für eine hinreichende Normdichte besorgt zu sein. Die Steuerpflichtigen müssen erkennen können, dass ihre Angaben vollautomatisiert erfasst und auch bearbeitet werden. Bei der Zurechnung von Programmierungsfehlern der Steuersoftware vermag die vom Bundesgericht in einem bislang vereinzelt gebliebenen Urteil vertretene Verantwortungsverlagerung auf die Steuerpflichtigen weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen. Insoweit bedarf es einer Klarstellung in der kantonalen Gesetzgebung. Orientierung könnte hier allenfalls ein rechtsvergleichender Blick nach Österreich auf § 62 Abs 4 AVG bieten. Schreib- und Rechenfehler oder diesen gleichzuhaltende, offenbar auf einem Versehen oder offenbar ausschliesslich auf technisch mangelhaftem Betrieb einer automationsunterstützten Datenverarbeitungsanlage beruhende Unrichtigkeiten in Bescheiden kann die Behörde danach jederzeit von Amts wegen berichtigen.

80 BBl 2020 4731 4734.

81 Vgl AB 2020 N 1708.

82 AB 2020 S 1313.

B) Vollautomatisierung weiterer Verwaltungsverfahren?

Jenseits des Steuerrechts drängen sich derzeit kaum Rechtsgebiete für eine umfassende Automatisierung auf. Im Polizeirecht werden automatisierte Verfahrensschritte sicherlich weiterhin zunehmen und im Bagatellbereich, beispielsweise bei der Identitätsfeststellung, scheint eine Vollautomatisierung möglich. Wenn es aber um handfeste personenbezogene Anordnungen wie eine Wegweisung, eine Festnahme oder die Auflösung einer Versammlung geht, dürften die massgeblichen Verwaltungsentscheidungen auf absehbare Zeit in menschlicher Hand bleiben. Roboter, die Demonstranten gegen Anti-Covid-Massnahmen einkesseln, bleiben wohl *science fiction*.

Wo sich erste Ansätze zeigen und bereits mittelfristig eine Vollautomatisierung als nützlich erweisen könnte, ist das Baubewilligungsverfahren. Ob dies angesichts des Einzelfallcharakters und des starken Situationsbezugs von Baugesuchen praktikabel ist, ist in der Literatur umstritten. So wird vorgebracht, Verfahren, in denen die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, wie beispielsweise Baubewilligungsverfahren, eignen sich kaum für den vollautomatisierten Erlass von Verfügungen.⁸³ Dagegen heisst es an anderer Stelle, zumindest einfache Baugenehmigungsverfahren müssten vollautomatisiert abgewickelt werden können.⁸⁴ Die rechtliche Beurteilung wird hier von der konkreten Ausgestaltung abhängen, vor allem auch davon, wie die Verfahrensrechte von regelmässig vorhandenen Drittbetroffenen sichergestellt werden können. Darüber hinaus ist zweifelhaft, wie beispielsweise die von der Gemeindeautonomie umfasste Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie Ästhetikregelungen im kantonalen Recht⁸⁵ in einem automatisierten Genehmigungsverfahren gehandhabt werden sollte.

Die aus Sicht des Allgemeinen Verwaltungsrechts wohl am stärksten umstrittene Frage dürfte die Vollautomatisierung von Verwaltungsentscheidungen sein, bei denen der Behörde ein Ermessen zukommt oder anderweitig politische Spielräume in Gestalt unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen.⁸⁶ Ein Musterbeispiel hierfür sind die materiellen Voraussetzungen der ordentlichen Einbürgerung, wonach die Bewerberin

83 Braun Binder, ZSR 139 I (2020), 276; ebenso für das Landesverwaltungsrecht in Deutschland Edenharter, VerwArch 109 (2020), 363 f.

84 von Harbou, JZ 75 (2020), 341.

85 Exemplarisch zur Komplexität der Rechtslage BGE 145 I 52 E. 3 S 55 ff.

86 Grundlegend zu dieser Problematik Guckelberger, Verwaltung Rz 441.

oder der Bewerber unter anderem erfolgreich integriert und mit den schweizerischen Lebensverhältnis vertraut sein muss (Art 11 lit a und b BÜG).⁸⁷ Hinzu kommt das Ermessen der Gemeindebehörden im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich geschützten Autonomie.⁸⁸ Es wird sich zeigen, inwieweit die vom Zürcher Regierungsrat vorgeschlagene elektronische Abwicklung des Einbürgerungsverfahrens über eine Applikation⁸⁹ im Rahmen des Projekts eEinbürgerungZH⁹⁰ allenfalls automatisierte Entscheidungselemente enthalten wird.

Überwiegend wird geltend gemacht, eine Verfügung dürfe nur dann durch einen Algorithmus erlassen werden, wenn der Behörde kein Ermessensspielraum zukomme.⁹¹ Diese Auffassung dürfte von der in Deutschland gesetzlich angeordneten Maxime beeinflusst sein, wonach ein Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen nur dann erlassen werden darf, sofern weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht (§ 35a VwVfG). Letztlich handelt es sich hierbei indes nur um eine symbolische Vorschrift, die durch vorrangige spezialgesetzliche Regelungen durchbrochen werden kann. Allgemein werden auch Ermessensentscheidungen heute unter dem Eindruck von Rechtsgleichheit (Art 8 Abs 1 BV) und Diskriminierungsverbot (Art 8 Abs 2 BV) getroffen. Generell-abstrakte Verwaltungsverordnungen spielen für die verwaltungsinterne Vereinheitlichung der Ermessensausübung bereits heute in der Praxis eine wichtige Rolle. Die Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit ist denn auch kaum aus der Verfassung abzuleiten, sodass Einzelfallerwägungen im Vergleich zur menschlichen Bearbeitung durchaus flächendeckend zurückgedrängt werden könnten.⁹²

Ungeachtet der Ausgestaltung der einschlägigen Rechtsgrundlagen ergeben sich aus der Zuständigkeit bestimmter Behörden weitere Anschlussfragen mit Blick auf die Eignung von Verwaltungsverfahren für (Teil-)Automatisierungen. So erscheint es schwer vorstellbar, dass Verwaltungsentscheidungen in der Kompetenz von Kollegialorganen wie den Kantonsregierungen und Gemeindeexekutiven oder gar von Le-

87 Vgl BGE 146 I 49 E. 4.3 S 57.

88 BGE 146 I 49 E. 2.6 S 54.

89 Antrag des Regierungsrates vom 27. Mai 2020, Nr 5630, § 19 Entwurf Kantonales Bürgerrechtsgesetz.

90 Siehe dazu Beschluss des Regierungsrates vom 25. September 2019, 2019-888.

91 *Rechsteiner*, Jusletter 2018, Rz 30; ebenso jedenfalls unter der geltenden Rechtslage *Plattner*, Verwaltungshandeln (im Erscheinen) Rz 560 f.

92 von *Harbou*, JZ 75 (2020), 348 bezeichnet Einzelfallerwägungen als „*nutzloses Accessoire einer Epoche übersteigerten Individualismus*“.

gislativorganen wie Landsgemeinden, Gemeindeversammlungen und Parlamenten, selbst wenn es sich dabei um Routinegeschäfte handeln sollte, automatisiert erlassen werden können. Aus der Zuständigkeit folgt damit unter Umständen bereits eine „Automatisierungssperre“. Möglicherweise trägt die Diskussion um die Automatisierung und die damit verbundene Entlastung aber auch gerade dazu bei, die Behördenzuständigkeit treffsicherer zu organisieren. Menschen, sei es allein oder im deliberativen Zusammenspiel mit anderen Menschen im Kreis von Kollegialorganen oder Versammlungen, wären dann vor allem noch mit den tatsächlich und rechtlich anspruchsvollen Aufgaben betraut. Dabei könnten sie durch die IKT von Massengeschäften und Routinetätigkeiten entlastet werden.

Teil 4:
Deutschland

Automatisierte Verwaltungsentscheidungen aus der Perspektive des Bundesrechts

I. Einleitung

Vor dem Hintergrund des schlechten Abschneidens Deutschlands bei internationalen Vergleichsstudien zum E-Government¹ versucht man zunehmend, die Digitalisierung der Verwaltung durch rechtliche Vorgaben voranzutreiben. So wurde mit Wirkung zum 20.7.2017 Art 91c GG um einen Absatz 5 betreffend den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern ergänzt. Das auf dieser Grundlage erlassene Onlinezugangsgesetz (nachfolgend: OZG) verpflichtet Bund und Länder, bis spätestens Ende 2022 rund 600 Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten, die miteinander zu einem Portalverbund verknüpft werden (§ 1 OZG). Angesichts großer Zweifel, ob sich das anvisierte Ziel tatsächlich bis zum vorgesehenen Umsetzungszeitpunkt vollständig erfüllen lassen wird – nach Äußerungen politisch Verantwortlicher soll eine OZG-Umsetzung bis zum gesetzlichen Termin ohnehin nicht zu schaffen sein und nur geboten sein, dass bis dahin die „wirklich wichtigen Leistungen“ online angeboten werden –,² drängt der Nationale Normenkontrollrat (NKR) in seinem Bericht vom September 2020 auf die Intensivierung der Umsetzungsbemühungen.³

Aus dem E-Governmentgesetz (EGovG) des Bundes und vergleichbarer Regelungen auf Landesebene ergeben sich weitere spezifische Vorgaben für die elektronische Verwaltung, etwa die Verpflichtung der Behörden zur elektronischen Kommunikation oder die Vorgabe eines

1 Nationaler Normenkontrollrat (im Folgenden: NKR), Monitor Digitale Verwaltung #4, 2020, 1 mit Nachweisen auf S 20, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1783152/14635b15fe7f6902039abcd653d-e6c61/20200909-monitordigitaleverwaltung-4-data.pdf>> (22.10.2020).

2 So die Darstellung bei NKR, Krise als Weckruf: Verwaltung modernisieren, Digitalisierungsschub nutzen, Gesetze praxistauglich machen. Jahresbericht 2020, 30, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1800428/960ab-3694577ebf470f77ae25d350ff5/20201021-nkr-jahresbericht-2020-data.pdf>> (22.10.2020).

3 NKR, Monitor Digitale Verwaltung #4, 2020, 2 f; siehe auch *Abromeit*, Digitalisierte Verwaltungsrechtsverhältnisse, in: Greve et al (Hg), *Der Digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat* (2020) 333 (338).

Zeitpunkts zur elektronischen Führung der Akten. Bereits im Jahre 1977 enthielt das VwVfG des Bundes Vorschriften für Verwaltungsakte, die „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ erlassen werden können (§ 28 Abs 2 Nr 4, § 39 Abs 2 Nr 3 VwVfG). Mit Wirkung zum 1.1.2017 fügte der Bund in Abweichung der sonst für das Verwaltungsverfahrenrecht kennzeichnenden Simultangesetzgebung von Bund und Ländern § 35a in sein VwVfG mit der Überschrift „Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes“ ein. Mit der Etablierung dieser Vorschrift verfolgte der Bund vermutlich den Zweck, den Ländern eine Art Blaupause zur Forcierung der Digitalisierung auf Landesebene zu liefern, um diese zum Erlass vergleichbarer Vorschriften anzuhalten.⁴ Anders als in Österreich setzt man bei den vollständig automatisierten Verwaltungsakten hinsichtlich bundesrechtlicher Regelungen in Deutschland nicht auf rein fachrechtliche Lösungsansätze und im Unterschied zur Schweiz auch nicht auf eine Verortung dieser Materie im allgemeinen Datenschutzgesetz.

II. Beschleunigung des E-Governments durch die Corona-Pandemie

Da die Elektronifizierung der Verwaltung in Deutschland insgesamt betrachtet nur langsam voranschreitet und die elektronische Aktenführung noch nicht überall der Standard ist, verwundert es nicht, dass die Arbeitsfähigkeit mancher Behörden zu Beginn der Corona-Pandemie stark eingeschränkt war und davon berichtet wird, dass Baugenehmigungen nicht erteilt, Planungsverfahren nicht fortgeführt und Kfz-Zulassungen nicht bearbeitet werden konnten.⁵ Trotz all der negativen Auswirkungen, welche von der Corona-Pandemie ausgehen, zeitigt diese jedoch zumindest positive Nebeneffekte im Hinblick auf das Vorantreiben der Digitalisierung der Verwaltung. Da viele Behördenmitarbeiter von jetzt auf gleich gezwungen waren, ihre Aufgaben vom Home-Office aus zu erledigen und sich mit den IT-Lösungen auseinanderzusetzen mussten, wurden innerhalb kürzester Zeit deren Nutzungskompetenz

4 Zur angedachten Signalwirkung des EGovG Bund BT-Drucks 17/11473, 2; Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung (2019) Rn 722.

5 NKR, Krise als Weckruf: Verwaltung modernisieren, Digitalisierungsschub nutzen, Gesetze praxistauglich machen. Jahresbericht 2020, 24, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1783152/14635b15fe7f6902039abcd653def6c61/20200909-monitordigitaleverwaltung-4-data.pdf>> (22.10.2020).

und Akzeptanz verbessert.⁶ Anfängliche Engpässe der Bundesverwaltung, etwa bei den Netzkapazitäten oder bei der ganz grundlegenden IT-Ausstattung – man denke nur an Online-Anwendungen, welche ein kollaboratives Arbeiten sowie das Abhalten von Videokonferenzen ermöglichen –, wurden erst im Laufe der Zeit behoben und sollen künftig weitere Verbesserungen erfahren.⁷ Gleichzeitig war für einen Großteil der Bevölkerung der gewohnte Gang auf das Amt wegen Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen gar nicht oder nur unter starken Einschränkungen möglich, sodass sich auch diese Personen mit IT-Entwicklungen neu oder intensiver befassen mussten. Laut dem eGovernment Monitor 2020 entschied sich jedoch die Mehrzahl dafür, auf den Behördenkontakt zu verzichten bzw diesen zu verschieben, nur ein kleiner Teil nutzte die behördlichen Onlineangebote intensiver.⁸ Eine neue App der Bundesagentur für Arbeit zur Antragshilfe bei Kurzarbeit und der „Digital-Lotse“ zur einfachen Prüfung des Anspruchs auf Grundsicherung waren die ersten Reaktionen auf die geänderten Bedürfnisse im digitalen Behördenkontakt.⁹

Die vom Robert Koch-Institut herausgegebene Corona-Warn-App ist ein Beispiel für eine digitale Strategie zur Bekämpfung des Virus. Sie misst den Abstand zwischen den die App nutzenden Personen samt deren Begegnungsdauer, sodass positiv auf Covid-19 getestete Personen andere App-Nutzer über eine mögliche Infizierung informieren können.¹⁰ Die Warn-App wurde als eine Tracing- und keine Tracking-App konzipiert,¹¹ so dass die Daten nur auf den Endgeräten der Nutzer gespeichert werden.¹² Entgegen den ursprünglichen Präferenzen der Bundesregierung wurde die App nach Stellungnahmen diverser, sich mit netzpolitischen Fragen befassenden Stakeholder anhand eines dezentralen Ansatzes

6 AG Blog – Die Corona-Pandemie als Stresstest, abrufbar unter <<https://initiated21.de/ag-blog-die-corona-pandemie-als-stresstest-fuer-die-oeffentliche-verwaltung/>> (27.8.2020).

7 Antwort des Staatssekretärs Dr. Markus Richter, BT-Drucks 19/19773, 30; zu den Problemen bei der IT-Grundausstattung auch NKR, Monitor Digitale Verwaltung #4, 2020, 2.

8 eGovernment Monitor 2020, 19, abrufbar unter <https://initiated21.de/app/uploads/2020/10/egovernment_monitor_2020_onlineausgabe.pdf> (22.10.2020).

9 AG Blog – Die Corona-Pandemie als Stresstest, abrufbar unter <<https://initiated21.de/ag-blog-diecorona-pandemie-als-stresstest-fuer-die-oeffentliche-verwaltung/>> (27.8.2020).

10 BT-Drucks 19/21197, 2; siehe auch Kuhlmann, Tracing-Apps zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie, GSZ 2020, 115 (116).

11 BT-Drucks 19/21197, 2.

12 BT-Drucks 19/21197, 2; zu den Unterschieden zwischen dem zentralen und dezentralen Ansatz Kuhlmann, GSZ 2020, 116.

entwickelt.¹³ Überdies wurde ihr Quellcode veröffentlicht.¹⁴ Da die Nutzung auf dem Prinzip der Freiwilligkeit aufbaut und es damit anders als bei einer Nutzungsverpflichtung an einem unmittelbaren Eingriff fehlt, sehen die staatlichen Stellen bislang keinen Handlungsbedarf, für den Einsatz der Corona-Warn-App eine besondere Rechtsgrundlage zu schaffen.¹⁵ Nachdem sich herausgestellt hatte, dass bei Smartphones bestimmter Hersteller der automatische Download des Tagesschlüssels aus Gründen der Senkung des Stromverbrauchs der Geräte nicht täglich erfolgte und deswegen automatische Warnbenachrichtigungen unterblieben, wurde die App nachgebessert.¹⁶ Während die Bundesregierung in der Warn-App, die im Oktober 2020 knapp 20 Millionen mal heruntergeladen wurde und in die ca 12.000 positive Ergebnisse eingegeben wurden,¹⁷ und im Dezember 2020 sogar über 24 Millionen Downloads vermeldete,¹⁸ eine „große Erfolgsgeschichte“ sieht,¹⁹ sehen Amtsärzte in ihr dagegen keinen großen Nutzen. Bemängelt wird, dass die Daten nicht automatisch an die Gesundheitsämter weitergeleitet werden und die Infizierten selbst darüber entscheiden, andere Nutzer tatsächlich über die Warn-App zu informieren.²⁰ Kritik wird auch deshalb geäußert, weil die App erst bei einem möglichst umfassenden Einsatz in der Bevölkerung ein wirksames Mittel sei,²¹ wovon aktuell jedoch noch nicht die Rede sein kann. Laut dem eGovernment Monitor nutzen viele die App eher aus gesamtgesellschaftlichen Gründen, haben aber

13 <https://de.wikipedia.org/wiki/Corona-Warn-App#Durchsetzung_des_dezentralen_Ansatzes> (24.8.2020).

14 <https://de.wikipedia.org/wiki/Corona-Warn-App#Durchsetzung_des_dezentralen_Ansatzes> (24.8.2020).

15 BT-Drucks 19/21197, 3; zur Frage, ob Mitarbeiter von ihrem Arbeitgeber zur Nutzung verpflichtet werden können, Meyer, Corona-App als Eintrittskarte?, abrufbar unter <https://www.brandi.net/fileadmin/user_upload/newsletter/2020/Juli/Newsletter_0720.pdf> (24.8.2020).

16 Fiedler, Sieben Fehler der Corona-Warn-App und was sie bedeuten, ZEIT ONLINE vom 29.7.2020, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/digital/mobil/2020-07/covid-19-corona-warn-app-fehler-smartphone-android-ios>> (1.10.2020).

17 Corona-Warn-App erhält neue Funktionen, ZEIT ONLINE vom 16.10.2020, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/digital/2020-10/kontaktverfolgung-corona-warn-app-neue-funktion-ausland>> (22.10.2020).

18 <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/corona-warn-app-1829152>> (4.1.2021).

19 Mehr Bürger sollen Warn-App nutzen, tagesschau.de vom 23.9.2020, abrufbar unter <<https://www.tagesschau.de/inland/corona-warn-app-133.html>> (1.10.2020).

20 Amtsärzte sehen kaum Nutzen der Warn-App, tagesschau.de vom 24.9.2020, abrufbar unter <<https://www.tagesschau.de/inland/corona-warnapp-gesundheitsamt-kritik-101.html>> (1.10.2020).

21 <https://de.wikipedia.org/wiki/Corona-Warn-App#Einfluss_auf_die_Wirksamkeit> (24.8.2020); dazu, dass auch eine geringere Nutzerzahl zur Reduzierung des Infektionsrisikos beitragen kann Kuhlmann, GSZ 2020, 121.

oftmals – wie die Nichtnutzer – Zweifel an der Wirksamkeit der App zur Pandemiebekämpfung.²² Derartige Bedenken resultieren ua aus der Unschärfe der Benachrichtigungsergebnisse, da nicht erkannt werde, ob sich zwischen den App-Nutzenden bei deren Aufeinandertreffen eine dünne Wand oder Glasscheibe befunden habe.²³ Zudem bilde die Warn-App nicht einmal acht Prozent des nachgewiesenen Infektionsgeschehens ab.²⁴ Laut den Erkenntnissen einer irischen Studie funktioniert die Abstandsbestimmung via Bluetooth im (Straßen-)Bahnverkehr aufgrund der Hochfrequenz oft nicht.²⁵

Seit dem 19.10.2020 kann infolge einer Funktionserweiterung die Warn-App auch in anderen europäischen Ländern genutzt werden und können die Getesteten dort freiwillig in einer Art Tagebuch Krankheitssymptome notieren.²⁶ Ende 2020 hat die Warn-App zudem die Funktion eines Kontaktagebuchs erhalten, in dem die Nutzer freiwillig lokal auf ihrem Endgerät speichern können, mit wem sie sich in den letzten 14 Tagen getroffen haben, um bei einem positiven Testergebnis diese Kontakte unkompliziert mittels eines Klicks dem Gesundheitsamt mitteilen zu können.²⁷ Außerdem wurde die Warn-App durch ein Update auf die Version 1.9 hinsichtlich der Risikoberechnung angepasst, so dass nunmehr nicht mehr jede einzelne Begegnung, sondern die Summe aller Begegnungen herangezogen werden soll, um die Berechnungen genauer zu machen.²⁸ Wenn die App den jeweiligen Nutzer auf ein erhöhtes Infektionsrisiko hinweist, wird ihm zwar die Aufnahme eines Kontakts mit einem Arzt oder Gesundheitsamt empfohlen. Verhält sich der Informierte entsprechend, entscheiden jedoch erst diese Personen

22 eGovernment Monitor 2020, 52, abrufbar unter <https://initiated21.de/app/uploads/2020/10/egovernment_monitor_2020_onlineausgabe.pdf> (22.10.2020).

23 Corona-Warn-App, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/wiki/Corona-Warn-App#Zuverl%C3%A4ssigkeit>> (24.8.2020).

24 Becker, Nachverfolgung im Trippelschritt, FAZ vom 22.10.2020, abrufbar unter <<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-sehr-hilft-die-corona-app-wirklich-17013462.html>> (22.10.2020).

25 Link, Corona-Warn-Apps: Studie findet Probleme bei der Kontaktverfolgung im ÖPNV, abrufbar unter <<https://www.heise.de/news/Corona-Warn-App-Studie-findet-Probleme-bei-der-Kontaktverfolgung-im-OePNV-4871811.html>> (27.8.2020).

26 Corona-Warn-App erhält neue Funktionen, ZEIT ONLINE vom 16.10.2020, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/digital/2020-10/kontaktverfolgung-corona-warn-app-neue-funktion-ausland>> (22.10.2020).

27 <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-app-kontaktagebuch-1833020>> (4.1.2021). Die eingetragenen Daten werden nach 16 Tagen automatisch gelöscht.

28 Lauck, Risikoberechnung ändert sich deutlich, tagesschau.de vom 17.12.2020, abrufbar unter <<https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/corona-warn-app-143.html>> (4.1.2021).

über weitere Folgen, etwa über eine Krankschreibung oder die Anordnung von Quarantäne.²⁹ Der Normenkontrollrat empfahl, auch in anderen Bereichen dem ermutigenden Beispiel der Corona-Warn-App für eine rasche Digitalisierung zu folgen und etwa das Deutsche Elektronische Melde- und Informationssystem für den Infektionsschutz möglichst schnell voranzutreiben, damit die Gesundheitsämter ihre Daten nicht mehr, wie bislang oft der Fall, per Fax dem Robert Koch-Institut melden müssen.³⁰

Da bereits der Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel aufgrund der dadurch geschaffenen räumlichen Distanz für eine Reduzierung des Infektionsrisikos sorgt, wird aktuell vor allem die reine Elektronifizierung analoger Verwaltungsprozesse gefördert. Auf Grundlage der Fortschritte bei der Digitalisierung lassen sich jedoch vermehrt Überlegungen zum Einsatz von KI-Systemen oder der Automatisierung von Prozessen anstellen. Wie jedoch am Beispiel der Warn-App deutlich wurde, benötigen ausgereifte IT-Lösungen Zeit. Soweit nicht, wie bei dieser Anwendung, akuter Handlungsbedarf besteht, sollten Negativschlagzeilen – beispielhaft seien die Defizite der Warn-Apps Nina und Katwarn beim ersten nationalen Warntag genannt³¹ – tunlichst vermieden werden. Andernfalls wird das Vertrauen in den Staat, das sich auf die Richtigkeit digitaler Prozesse gründet, erschüttert.³²

Laut dem eGovernment Monitor 2020 dürfte sich bislang ein Nutzungsanstieg der Behördenangebote infolge der Corona-Pandemie kaum messen lassen, jedoch kann man insgesamt eine größere Aufgeschlossenheit gegenüber digitalen Diensten verzeichnen.³³ Selbst wenn man den „Corona-Effekt“ niedrig ansetzt, überschritt die

29 Die wichtigsten Fragen und Antworten zur Corona-Warn-App, abrufbar unter <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/leichte-sprache/corona-warn-app-faq-1760114>> (24.8.2020); siehe auch *Kuhlmann*, GSZ 2020, 122, die aber ohne Auseinandersetzung mit Art 22 Abs 1 DSGVO diesen trotz des rein empfehlenden Charakters für einschlägig erachtet.

30 NKR, Krise als Weckruf: Verwaltung modernisieren, Digitalisierungsschub nutzen, Gesetze praxistauglich machen, Jahresbericht 2020, 22, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1800428/960ab3694577ebf470f-77ae25d350ff5/20201021-nkr-jahresbericht-2020-data.pdf>> (22.10.2020).

31 *Lehnardt*, Darum blieben die Apps Nina und Katwarn stumm – Amt für Katastrophenschutz erklärt Panne, swp.de vom 10.9.2020, abrufbar unter <<https://www.swp.de/suedwesten/staedte/metzingen/warntag-2020-apps-nina-und-katwarn-bleiben-stumm-51249012.html>> (1.10.2020).

32 Zum anderen Bezugspunkt des Vertrauens *Ernst*, Der Grundsatz digitaler Souveränität (2020) 72.

33 eGovernment Monitor 2020, 19, abrufbar unter <https://initiated21.de/app/uploads/2020/10/egovernment_monitor_2020_onlineausgabe.pdf> (22.10.2020).

E-Government-Nutzung in Deutschland 2020 erstmals die 50 %-Marke.³⁴ In seinem Jahresbericht 2020 kam der Normenkontrollrat zu dem nicht überraschenden Ergebnis, dass die Corona-Pandemie die Notwendigkeit zu einer viel stärkeren Umstellung der Verwaltung auf digitale, ggf auch automatisierte Verfahren aufzeige und diese stärker auch auf ein ortsunabhängiges Arbeiten vorbereitet werden müsse.³⁵

III. Automatisierte Verwaltungsentscheidungen

Mit dem Begriff der „Automatisierung“ wird nach einer zwischenzeitlich allerdings aufgehobenen DIN-Norm „das Ausrüsten einer Einrichtung, so dass sie ganz oder teilweise ohne Mitwirkung des Menschen bestimmungsgemäß arbeitet“ umschrieben.³⁶ In § 35a VwVfG wird der vollständig automatisierte Verwaltungsakt dahingehend legaldefiniert, dass dieser vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen wird. Wie sich aus der Systematik ergibt, ist die erst in § 41 VwVfG geregelte Bekanntgabe für das Vorliegen eines solchen ohne Bedeutung.³⁷ Denn der behördliche Entscheidungsfindungsprozess ist bereits vorher beendet. Auch bei einer Verarbeitung personenbezogener Daten wird hinsichtlich Art 22 DSGVO zutreffend davon ausgegangen, dass der Automatisierungszusammenhang einer Entscheidung nicht dadurch unterbrochen wird, dass eine natürliche Person diese einem anderen mitteilt, ohne sie aber inhaltlich zu beeinflussen.³⁸ Ein vollständig automatisierter Verwaltungsakt wird, ausgelöst durch einen Antrag oder elektronischen Impuls, allein von einer technischen Einrichtung bewirkt, dh bei ihm befasst sich kein menschlicher Amtswalter mit der konkreten Verwal-

34 eGovernment Monitor 2020, 5, abrufbar unter <https://initiated21.de/app/uploads/2020/10/egovernment_monitor_2020_onlineausgabe.pdf> (22.10.2020).

35 NKR, Krise als Weckruf: Verwaltung modernisieren, Digitalisierungsschub nutzen, Gesetze praxistauglich machen. Jahresbericht 2020, 25, abrufbar unter <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1800428/960ab3694577ebf470f-77ae25d350ff5/20201021-nkr-jahresbericht-2020-data.pdf>> (22.10.2020).

36 DIN V 19233, wiedergegeben in Lautzki, Smart City (2019) 51; Herberger, „Hier spricht der Automat.“, Rethinking Law 2/2019, 42 (43). Vergleichbare Formulierung in DIN72, wiedergegeben in: Hagedorn, in: ders/Selle-Le Blank/Fleischer, Handbuch der Wickeltechnik für hocheffiziente Spulen und Motoren, 2016, 249 (250). Zum Begriff der Automatisierung auch Herold, Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte (2020) 31.

37 Siegel, E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl 2020, 552 (555).

38 Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz (2019) 173.

tungsangelegenheit.³⁹ Auch die Sammlung, Analyse und ggf Verifizierung der konkreten Sachverhaltsdaten erfolgt ohne Einbeziehung eines Behördenbediensteten aus „Fleisch und Blut“.⁴⁰ Durch den Einsatz von IT-Systemen für vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen werden ua Effizienzvorteile sowie ein schnellerer, gleichmäßiger und weniger fehlerbehafteter Gesetzesvollzug angestrebt.⁴¹

A) Voll- und Teilautomatisierung

Art 22 Abs 1 DSGVO und § 35a VwVfG beanspruchen für bloße Teilautomatisierungen keine Geltung. Bei diesen ist im Unterschied zu den vollständig automatisierten Verwaltungsakten das Ausmaß der Automatisierung geringer. Beim Einsatz von Teilautomatisierungen kommt der jeweilige Verwaltungsschritt unter Mitwirkung menschlicher Behördenbediensteter zustande, da diese einzelne Bearbeitungsschritte, etwa bei der Sachverhaltsaufklärung, durchführen.⁴² So zieht etwa die automatisierte Kennzeichenerfassung bei einem positiven Treffer weitere Maßnahmen seitens menschlicher Polizisten nach sich.⁴³ Dabei kann der Umfang des automatisierten „Teils“ unterschiedlich groß ausfallen. So sind einerseits Verwaltungsakte vorstellbar, die nur marginal von einem vollständig automatisierten Verwaltungsakt entfernt sind, und andererseits solche, bei denen sich die Automatisierung nur auf einen winzigen Bruchteil des Verfahrens beschränkt.⁴⁴ Weil die automatisierten Ar-

39 Kube, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 289 (302 f); Ziekow, VwVfG⁴ (2020) § 35a Rn 6. Siehe auch Mund, Das Recht auf menschliche Entscheidung, in: Greve et al (Hg), Der digitalisierte Staat (2020) 177 (188).

40 von Harbou, Abschied vom Einzelfall? – Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren, JZ 2020, 340 (341); Stelkens, §35a VwVfG, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hg), VwVfG⁹ (2018) Rn 21.

41 Mund, Entscheidung 183; zu den Vor-, aber auch Nachteilen Guckelberger, Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, in: van Oostrom/Weth (Hg), FS Herberger (2017) 397 (403 f) mwN; Hoffmann-Riem, Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung, AöR 145 (2020), 1 (13).

42 Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte, in: Seckelmann (Hg), Digitalisierte Verwaltung² (2019) Rn 5; Herold, Legitimation 32.

43 Vortrag von Glaser „Automatisierte Verwaltungsverfahren in den Schweizer Kantonen“, auf der Tagung „Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen“ an der Universität Innsbruck am 11.9.2020; siehe auch Beitrag Glaser in diesem Buch.

44 Guckelberger, Voll- und teilautomatisierte Entscheidungen der Verwaltung und ihre Auswirkungen auf die verfahrensrechtliche Stellung der Beteiligten in: Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) (Hg), Bd 14, Die Herausforderung der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform (im Erscheinen).

beitsschritte in der Praxis zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten zum Einsatz gelangen können, sind Konstellationen denkbar, in denen sich die Lage für den Einzelnen bei der Teilautomatisierung fast ebenso darstellt wie bei einem vollständig automatisierten Verwaltungsakt.⁴⁵

Die Zuordnung algorithmischer Systeme zu den drei Kategorien der algorithmenbasierten, -getriebenen und -determinierten Entscheidungen kann – wie auch die Datenethikkommission betonte – Schwierigkeiten bereiten.⁴⁶ Aus diesem Grund ist bei einer weitreichenden Teilautomatisierung darüber nachzudenken, ob nicht weitere Einschränkungen für diese in Anlehnung an vollständig automatisierte Verwaltungsentscheidungen vorgesehen werden sollten. Weil bei der Teilautomatisierung aber wenigstens überhaupt menschliche Amtswalter in die Bearbeitung der Angelegenheiten involviert sind, wird es den (möglicherweise) Betroffenen bei derartigen Entscheidungen leichter fallen, Kontakt zu den Behördenbediensteten aufzunehmen.⁴⁷ Bei einer letztverantwortlichen Entscheidung der Amtswalter, welche regelmäßig gegeben sein dürfte, erscheint dieser Entscheidungstyp auch unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation weniger bedenklich.⁴⁸

1. Blick auf die Praxis

Da sich die Verwaltung als ein heterogenes Gebilde darstellt, lässt sich nur schwer beurteilen, in welchem Ausmaß vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen bereits „Usus“ sind.⁴⁹ Da im Steuer- und oft auch im Sozialrecht häufig zahlenbasierte Entscheidungen zu treffen sind, dürften in diesen Verwaltungsbereichen Teilautomatisierungen gängig sein. Nach dem Erlass spezieller allgemeiner Vorgaben für vollständig automatisierte Entscheidungen (§ 155 Abs 4 S 1 AO, § 31a S 1 SGB X) dürften dort vollständig automatisierte Verwaltungsentscheidungen vermehrt Einzug halten. Ohne eine Automatisierung bestimmter Ab-

45 Dazu, dass auch derartige Entscheidungen rechtsstaatlich prekär sein können, *Hähnchen et al*, Legal Tech, JuS 2020, 625 (634).

46 Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, 162, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6> (24.8.2020); zu Abgrenzungsproblemen auch *Herold*, Legitimation 32.

47 *Guckelberger*, Entscheidungen.

48 Siehe auch *Herold*, Legitimation 271, wonach sich der Unterschied zur Teilautomatisierung aus dem Entfallen des Knopfdrucks ergibt und deshalb bei den vollständig automatisierten Verwaltungsakten das Programm als Teil des Verwaltungsakts zu legitimieren ist. Richtigerweise dürfte jedoch auch dem Zeitpunkt des Knopfdrucks für die rechtliche Beurteilung Bedeutung zukommen.

49 Siehe auch *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 159.

läufe mancher Angelegenheiten wäre die moderne Massenverwaltung kaum handlungsfähig.⁵⁰ Ein allen seit langem bekanntes Beispiel eines vollständig automatisierten Verwaltungsakts sind Ampeln.⁵¹ Vor dem Hintergrund des künftig wohl Wirklichkeit werdenden Szenarios des automatisierten oder autonomen Fahrens deutet einiges darauf hin, dass der Verkehrsbereich vermehrt zum Einsatzfeld vollautomatisierter Entscheidungen avancieren wird.⁵²

Als mögliches Beispiel für vollständig automatisierte Entscheidungen auf Bundesebene könnte man etwa an Grenzkontrollen durch die Bundespolizei denken, bei denen die Passierenden einen biometrischen Reisepass oder Ausweis auf einen am Eingang einer Kontrollschleuse befindlichen Dokumentenleser zur Auslesung der elektronischen Daten und Echtheitsprüfung auflegen, anschließend die Schleuse betreten und ihnen nach einem biometrischen Abgleich des Gesichts mit dem Passbild durch eine Kamera das Betreten des bis dahin verschlossenen Bereichs gestattet wird, und das alles ohne Involvierung eines Amtswalters.⁵³

Das BAMF setzt mit MARIS ein Workflow- und Dokumentenmanagementsystem zur Vorgangsbearbeitung im Asyl- und Dublinverfahren ein, das die vollständige Aktenbearbeitung im elektronischen System ermöglicht und die Nutzer durch weitgehende Automatisierung bei Routinetätigkeiten entlastet.⁵⁴ Nach seinen Aussagen besteht dieses System „aus 50 untereinander verknüpften Prozessabläufen, die in 34 Prozessgrafiken zusammengefasst sind, mit ca 740 einzelnen Arbeitsschritten und ca 200 Automaten“. ⁵⁵ Zurzeit laufen mehrere Pilotprojekte zur Erprobung innovativer Verfahren, welche die Behördenbediensteten durch Assistenzsysteme bei der Validierung und Plausibilisierung der von den Antragstellern gemachten Angaben unterstützen sollen, etwa durch automatische Gesichts- bzw Dialekterkennung, Namens-

50 Hähnchen et al, JuS 2020, 633.

51 Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, in: Hill/Kugelman/Martini (Hg), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung (2018) 81 (99); Stegmüller, Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (356).

52 Siehe auch Herold, Legitimation 46, 81.

53 Siehe auch den Artikel EasyPASS bei Wikipedia, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/wiki/EasyPASS>> (5.10.2020).

54 Vgl Glossar des BAMF, abrufbar unter <https://www.bamf.de/DE/Service/ServiceCenter/Glossar/_functions/glossar.html?nn=282918&cms_lv2=282966> (24.8.2020).

55 Glossar des BAMF, abrufbar unter <https://www.bamf.de/DE/Service/ServiceCenter/Glossar/_functions/glossar.html?nn=282918&cms_lv2=282966> (24.8.2020).

transliteration und -analyse oder der Auswertung mobiler Datenträger.⁵⁶ Weil die Behörde aber über individuelle Schicksale zu entscheiden hat, dürfte in diesem Rechtsgebiet wenig Raum für Vollautomatisierungen bleiben.

Genauere Aussagen zum Ausmaß von Voll- und Teilautomatisierung fallen auch deshalb schwer, weil Bundesrecht meistens durch die Länder vollzogen wird (Art 83 ff GG). Trotz einer möglicherweise von § 35a VwVfG ausgehenden Signalwirkung, dass vollständig automatisierte Verwaltungsentscheidungen auf der politischen Agenda oben stehen, sind sie bislang in der Verwaltungswirklichkeit eher selten.⁵⁷ Erklären lässt sich dies ua damit, dass sich viele Behörden aktuell noch im Stadium der Einführung elektronischer Akten befinden oder diese zumindest erst kürzlich eingeführt haben.⁵⁸

2. Der vollständig automatisierte Verwaltungsakt

a) Die Voraussetzungen des § 35a VwVfG

Der vollständige Erlass eines Verwaltungsakts durch automatische Einrichtungen ist nach § 35a VwVfG zum einen von der Zulassung durch Rechtsvorschrift und zum anderen vom Nichtbestehen von Ermessen oder einem Beurteilungsspielraum abhängig. Trotz fehlender Willensbildung eines Behördenbediensteten im Einzelfall sind derartige Maßnahmen damit als Verwaltungsakte zu qualifizieren.⁵⁹ Ferner kommt dieser bereichsübergreifenden Vorschrift eine Leitbildfunktion für den verfassungskonformen Einsatz vollautomatisierter Verwaltungsentscheidungen zu.⁶⁰ Allerdings kann im Fachrecht die Zulässigkeit vollständig automatisierter Verwaltungsakte abweichend von § 35a VwVfG ausgestaltet werden, da das VwVfG nur subsidiär gilt.⁶¹ Im Fachrecht

56 <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Digitalisierung/broschuere-digitalisierungsagenda-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=9> (23.12.2020); vgl auch BT-Drucks 19/6647.

57 *Hähnchen et al*, JuS 2020, 634; siehe auch *Guggenberger*, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ 2019, 844 (845 f).

58 Weitere Kritikpunkte gegenüber einer vollständig digitalisierten Verwaltung *Bull*, Die vollständig digitalisierte Verwaltung – ein irreführendes Ziel, DÖV 2019, 959 ff.

59 BT-Drucks 18/8434, 122; *Berger*, § 35a VwVfG, in: Knack/Henneke (Hg), VwVfG¹¹ (2020) Rn 31; *Siegel*, Elektronisches Verwaltungshandeln, Jura 2020, 920 (928).

60 *Berger*, § 35a Rn 32; zur Angebotsfunktion *Siegel*, DVBl 2020, 555; zur gewollt vorsichtigen Ausgestaltung *Ziekow*, VwVfG § 35a Rn 12. *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 26 spricht von rechtlichem Sicherungsanker.

61 *Ziekow*, VwVfG § 35a Rn 1; siehe auch *von Harbou*, JZ 2020, 342 sowie unter Hinweis auf die dann anzustellenden verfassungsrechtlichen Überlegungen *Edenharter*, Die Digitalisierung als Herausforderung für das Baurecht, VerwArch 111 (2020), 341 (348).

können also besondere Regelungen für derartige Verwaltungsakte getroffen werden. So stehen etwa internetbasierte Kfz-Zulassungen einen Monat nach ihrem Wirksamwerden unter dem Vorbehalt der Nachprüfung, Aufhebung und Neuentscheidung durch die Zulassungsbehörde (§ 6g Abs 2 StVG iVm § 15f Abs 3 FZV).

Aus der Abfassung der vollziehenden Rechtsnormen in deutscher Sprache allein folgt nicht die Unzulässigkeit des Gesetzesvollzugs durch IT-Systeme.⁶² Ein solcher ist möglich, wenn die eingesetzten IT-Systeme Ergebnisse hervorbringen, die einer juristischen Überprüfung standhalten.⁶³ Dafür muss sich der Inhalt der Rechtsnormen sozusagen in die IT-Sprache übersetzen lassen.⁶⁴ Dass bei Bestehen eines Ermessens oder Beurteilungsspielraums der Erlass vollständig automatisierter Verwaltungsakte ausscheidet, geht darauf zurück, dass derartige Gestaltungsspielräume regelmäßig der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit dienen.⁶⁵ Deren Ausfüllung soll aus Gründen hinreichender demokratischer Legitimation menschlichen Amtswaltern obliegen.⁶⁶ Überdies ist Technik nach ihrem gegenwärtigen Stand gar nicht dazu in der Lage, komplexe Sachverhalte zu bewerten. Sie kann weder eine auf den Einzelfall zugeschnittene Ermessensausübung im Rechtssinne anstellen noch rechtlich erhebliche Interessen bezogen auf den konkret gelagerten Fall angemessen beurteilen, dh Rechtsgüter gegeneinander und untereinander abwägen.⁶⁷ Da § 35a VwVfG nach seinem Wortlaut auf das Bestehen von Ermessen abstellt, wird man vollständig automatisierte Verwaltungsakte jedenfalls auch in Konstellationen für zulässig erachten dürfen, in denen bei einer Ermessensnorm am Ende der Rechtsanwendung dennoch eine gebundene Entscheidung steht, etwa infolge einer Selbstbindung der Verwaltung,⁶⁸ jedenfalls wenn die Ermessenseinräumung nicht die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit bezweckt.⁶⁹

62 *Mellinghoff*, Gerichtliche Kontrolle des digitalen Gesetzesvollzugs, DStJG 43 (2019), 287 (307).

63 *Herold*, Legitimation 34 f.

64 Siehe dazu *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 405 ff; *Herold*, Legitimation 40 ff.

65 *Siegel*, DVBl 2020, 556.

66 *Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: *Unger/von Ungern-Sternberg* (Hg), Demokratie und künstliche Intelligenz (2019) 129 (149).

67 *Guckelberger*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019), 235 (265); *Hoffmann-Riem*, Transformation 149; siehe auch *Edenharter*, VerwArch 111 (2020), 348.

68 *von Harbou*, JZ 2020, 342.

69 *Herold*, Legitimation 219.

Die in § 35a VwVfG vorgesehene Unterscheidung zwischen gebundenen und nicht gebundenen Verwaltungsentscheidungen stößt zu treffend auf Kritik, weil sie zu wenig aussagekräftig ist.⁷⁰ Gesetzliche Konditionalprogramme weisen zwar Ähnlichkeiten zum Maschinenmodus auf.⁷¹ Eine ganze Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe lässt sich jedoch nicht vollständig in die formale IT-Sprache „übersetzen“, da auch bei ihnen Wertungen oder Abwägungen nötig sind.⁷² Als Beispiele dafür seien das im Tatbestandsmerkmal des § 34 Abs 1 S 1 BauGB enthaltene Gebot der Rücksichtnahme⁷³ oder das Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit in § 35 Abs 1 S 1 GewO⁷⁴ genannt. Gut übersetzbar sind dagegen solche Rechtsbegriffe, die regelmäßig keine Auslegungsprobleme aufwerfen, wie etwa der Begriff des Kraftfahrzeugs.⁷⁵ Darüber hinaus kommt der Einsatz von vollständig automatisierten Verwaltungsakten nur bei einer Standardisierbarkeit der Sachverhaltsermittlung und -bewertung in Betracht.⁷⁶

Wegen des Zulassungsvorbehalts in § 35a VwVfG ist es letztlich Aufgabe der Fachgesetzgeber, die für vollautomatisierte Entscheidungen geeigneten Verfahren auszuwählen.⁷⁷ Dieser Rechtsvorschriftenvorbehalt ist zudem im Kontext des Unionsrechts, namentlich Art 22 Abs 2 lit b DSGVO, zu sehen. Danach gilt das Recht einer Person, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, dann nicht, wenn diese aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder Mitgliedstaaten zugelassen ist. Dabei folgt die Zulassung solcher Entscheidungen nicht aus § 35a VwVfG, sondern erst aus der Verknüpfung mit dem Fachrecht. Die Zulassung kann sich nur aus einem Gesetz im formellen Sinne, einer Rechtsverordnung oder Satzung, nicht jedoch aus einer reinen Verwaltungsvorschrift ergeben.⁷⁸ Nach den Kategorien der Wesentlichkeitstheorie bestimmt sich, ob die Zulassung angesichts deren Grundrechtsrelevanz in einem formellen Gesetz zu erfolgen hat

70 Guckelberger, Digitale Verwaltungsdienste für die Wirtschaft, GewArch 2019, 457 (462); Hähnchen et al, JuS 2020, 634.

71 Siehe auch Kube, Digitale Revolution und Rechtsordnung, in: Staatslexikon, Bd 1⁸ (2017), Sp 1390, 1395 f.

72 Guckelberger, GewArch 2019, 462; siehe auch Berger, § 35a Rn 18; Herold, Legitimation 212; Hoffmann-Riem, AöR 145 (2020), 27.

73 Guckelberger, GewArch 2019, 462; Edenharter, VerwArch 111 (2020), 362.

74 von Harbou, IZ 2020, 343.

75 Herold, Legitimation 209, spricht insoweit von „wahrheitsfähigen Begriffen“.

76 Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 265; Stelkens, § 35a Rn 46.

77 Ziekow, VwVfG § 35a Rn 8.

78 Berger, § 35a Rn 43; Edenharter, VerwArch 111 (2020), 349; Siegel, Jura 2020, 928.

oder in untergesetzlichen Rechtsvorschriften erfolgen darf.⁷⁹ Vor kurzem entschied das BVerfG unter Rekurs auf die Wesentlichkeitstheorie zur BND-Ausland-Ausland-Aufklärung, dass der Parlamentsgesetzgeber ggf auch den Einsatz von Algorithmen zu regeln hat.⁸⁰

Dem Zulassungsvorbehalt ist genügt, wenn sich die Zulassung der Vollautomatisierung durch Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften entnehmen lässt.⁸¹ Da es Bereiche gibt, in denen vollständig automatisiert, aber möglicherweise ohne eine solche Zulassung entschieden wird, wird für Ampelsysteme oder die Bewertung von Multiple-Choice-Prüfungen eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 35a VwVfG angesichts der fehlenden Gefahren, die aus der automatischen Bearbeitung hervorgehen, vorgeschlagen.⁸² Richtigerweise lässt sich jedoch für Ampeln in den entsprechenden StVO-Normen zu Lichtzeichenanlagen eine solche Zulassung finden.⁸³ Bei Multiple-Choice-Bewertungen ist zunächst einmal zu prüfen, ob in diesen bereits endgültige Verwaltungsakte erblickt werden können oder mangels Regelungsgehalts sich diese nur als Vorbereitungsmaßnahmen darstellen. Überdies kann jedenfalls bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten nicht von der in Art 22 Abs 2 lit b DSGVO vorgesehenen Zulassung dieses Verfahrens dispensiert werden.

Man kann durch die fachbereichsspezifischen Zulassungen den sich aus dem IT-Einsatz ergebenden, besonderen Gefahrenpotenzialen durch weitere Anforderungen begegnen⁸⁴ oder die verfassungsmäßige Ausgestaltung des Einsatzes innovativer Technologien sicherstellen. Bei einer weitgehenden Zurückführung des Vorverfahrens (§ 68 Abs 1 S 2 VwGO) durch den Landesgesetzgeber wäre ebenfalls anzudenken, im Fachrecht auch die Überprüfung der jeweiligen Verwaltungsentscheidung durch einen menschlichen Amtswalter als besondere Schutzmaßnahme zu regeln. Schließlich lässt sich die sachlich-inhaltliche Legitimation des Verwaltungsakts durch inhaltlich detaillierte, gesetzliche Vorgaben zu einem automatisierten Verfahren erhöhen.⁸⁵

79 *Herold*, Legitimation 274; im Hinblick auf die Schweiz *Braun Binder*, „Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall.“, ZSR 2020 I, 253 (271).

80 BVerfG, Urteil vom 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn 192 juris.

81 *Guggenberger*, NVwZ 2019, 846; *Ziekow*, VwVfG § 35a Rn 9.

82 Zu den Ampeln *Stelkens*, Erlass 99; zu Multiple-Choice *Ziekow*, VwVfG § 35a Rn 10.

83 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 80.

84 Zur Notwendigkeit risikoadäquater Regelungen *Hähnchen et al*, JuS 2020, 634; siehe auch *Berger*, VwVfG § 35a Rn 30.

85 *Herold*, Legitimation 200.

b) Identifizierung geeigneter Verfahren

Vollständig automatisierte Entscheidungen kommen vor allem bei der Anwendung von Normen in Betracht, deren Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen sich ohne Schwierigkeiten in die IT-Sprache übersetzen lassen, soweit sich der jeweilige Sachverhalt zugleich durch IT-Technologien ausreichend erfassen lässt.⁸⁶ Angesichts des Aufwands für die Bereitstellung von derartigen IT-Systemen für den automatisierten Gesetzesvollzug drängt sich ihr Einsatz vor allem bei Verfahren auf, die häufig vorkommen, ein hohes Maß an Gleichförmigkeit aufweisen und deren Verfahrensdaten bereits in strukturierter und elektronischer Form vorliegen.⁸⁷ Diese Voraussetzungen könnten in Teilen auf Ebene des Glücksspielrechts gegeben sein.⁸⁸ Nach dem am 1.6.2020 in Kraft getretenen § 10a RBStV kann die zuständige Landesrundfunkanstalt rundfunkbeitragsrechtliche Bescheide vollständig automatisiert erlassen, sofern weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht. Bei einem einfachen Entscheidungsprogramm und einer Vielzahl gleichförmiger Sachverhalte können sich Entscheidungen über die Gewährung einzelner Corona-Soforthilfen für die Vollautomatisierung eignen.⁸⁹ Obwohl die Bundeskompensationsverordnung Vorgaben zur Berechnung des Ersatzgeldes iSd § 15 Abs 6 BNatSchG trifft, handelt es sich hierbei um Entscheidungen, die sich aufgrund des Einzelfallbezugs, der Notwendigkeit von Wertungen und der Komplexität des Prüfprogramms momentan nicht für eine Vollautomatisierung eignen.

Aktuelles Best-Practice-Beispiel für vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen ist die internetbasierte Kfz-Zulassung gem § 6g Abs 2 StVG iVm §§ 15a ff FZV. Für diese muss sich der Halter gem § 15c Abs 1 FZV als Antragsteller sicher identifizieren können. Nach Maßgabe des § 15d Abs 1 FZV werden bei der internetbasierten Fahrzeugzulassung

⁸⁶ Hoffmann-Riem, Transformation 142.

⁸⁷ Etscheid, Automatisierungspotenziale in der Verwaltung, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek (Hg), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft (2018) 126 (150); siehe auch Guggenberger, NVwZ 2019, 846 f; Herold, Legitimation 45; Roth-Isigkeit, Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts, DÖV 2020, 1018 (1018).

⁸⁸ Vgl den Vortrag von Eisenberger/Ehrke-Rabel, Automatisiertes Verwaltungsverfahren auf Bundesebene auf der Tagung „Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen“ an der Universität Innsbruck am 11.9.2020, siehe auch den Beitrag von Eisenberger/Ehrke-Rabel in diesem Band.

⁸⁹ Zur weitestgehenden Automatisierung derartiger Entscheidungen in Berlin vgl den Vortrag von Aleman beim digitalen EDV-Gerichtstag 2020, Kurzprotokoll abrufbar unter <https://www.edvgt.de/wp-content/uploads/2020/10/EDVGT-2020-Kurzprotokoll-Gerichtliche-Kontrolle-digitaler-Verwaltung_.pdf> (22.10.2020).

bestimmte Sicherheitscodes erfasst und verifiziert. Ausweislich der Ausführungen in den Materialien ergeht sofort die antragsgemäße Entscheidung, nachdem der Antragsteller alle erforderlichen Daten durch Eingabe in das Portal übermittelt hat, diese dort verifiziert wurden, sich bei der Datenverarbeitung im Portal keine Hindernisse ergeben haben und sich herausgestellt hat, dass alle Voraussetzungen vorliegen.⁹⁰ Trotz Inkrafttretens dieser Vorschriften im Oktober 2019 können bis heute vielerorts noch immer keine solchen Zulassungsverfahren durchgeführt werden. Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes (Art 84 GG) sind ausschließlich die Länder für den Gesetzesvollzug samt der einzusetzenden Systeme zuständig.⁹¹ Zur Erklärung des strukturellen Vollzugsdefizits verweisen diese auf kurzfristig erhöhte Sicherheitsanforderungen des Bundesamts für Informationssicherheit zum Schutz gegen unbefugtes Eindringen in die Systeme sowie noch notwendige Abstimmungsgespräche zwischen Bund und Ländern hinsichtlich einzelner Punkte.⁹² Damit keine Erwartungen enttäuscht werden, sollte deshalb bei der Bestimmung des Inkrafttretens von Regelungen ein hinreichender Zeitraum zur Bereitstellung der erforderlichen IT-Lösungen durch die staatlichen Stellen eingeplant werden.

Obwohl nach § 28 Abs 1 S 1 IfSG die zuständige Behörde bei der Feststellung von Kranken bzw Krankheitsverdächtigen zum Einschreiten verpflichtet ist, scheiden hierbei vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen angesichts des Auswahlermessens hinsichtlich der notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere gemäß §§ 29–31 IfSG, sowie der Verhältnismäßigkeitsvorgabe „soweit und solange es zur Verhinderung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“ aus. Da dies eine abwägende Entscheidung erforderlich macht, die für die Betroffenen oftmals gravierende Grundrechtseingriffe beinhalten wird, wird diese zu Recht menschlichen Amtswaltern vorbehalten. Auch wenn man sich in gewissen Konstellationen eine Reduzierung dieses Auswahlermessens auf Null vorstellen kann, hängen die zu treffenden Maßnahmen von dem sich sehr dynamisch entwickelnden Infektionsgeschehen ab. Auch die Datenethikkommission stellte sich auf den Standpunkt, dass der Einsatz algorithmischer Systeme wegen der besonderen Grundrechtsbetroffenheit zurückhaltend zu handhaben ist und sieht deren

90 BR-Drucks 18/19, 76.

91 Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Ferlemann* Deutscher Bundestag, 19. WP, 165. Sitzung, 20538 C, abrufbar unter <<https://dipbt.bundestag.de/doc/btp/19/19165.pdf>> (27.8.2020).

92 *Shabaviz*, ZDF.de vom 6.8.2020: Online-Kfz-Zulassung, abrufbar unter <<https://www.zdf.de/nachrichten/wirtschaft/kfz-neuzulassungen-corona-100.html>> (24.8.2020).

Potenziale primär im Bereich der Leistungsverwaltung.⁹³ Bis dato ist die Identifizierung konkret geeigneter Verwaltungsentscheidungen für die Vollautomatisierung trotz gewisser grober Linien für die Bestimmung der mehr oder minder geeigneten Einsatzbereiche⁹⁴ noch nicht sehr weit vorangeschritten. Selbst wenn erfolgversprechende Bereiche identifiziert wurden, bedarf es nach dem Regelungsmodell des § 35a VwVfG erst eines weiteren Tätigwerdens des Fachgesetzgebers. Angesichts der großen Zahl von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen oder einer Ermessenseröffnung und den daraus resultierenden negativen Effekten für die Digitalisierung gibt es Bestrebungen zum Erlass digitaltauglicher Gesetze durch die Einbeziehung von Vollzugserwägungen.⁹⁵ Ob und inwieweit diese erfolgreich sein werden, bleibt abzuwarten. Ansonsten sind bei Normen mit Ermessen oder nur schwer abbildbaren unbestimmten Rechtsbegriffen möglicherweise Teilautomatisierungen denkbar,⁹⁶ allerdings sollte auch hier sorgfältig der Aufwand im Verhältnis zum Nutzen geprüft werden.

Da man sich erst im Laufe eines auf das Gebiet des Steuerrechts begrenzten Gesetzgebungsverfahrens dazu entschieden hat, eine Regelung über den vollständig automatisierten Verwaltungsakt auch in das allgemeine VwVfG aufzunehmen, wird nicht ganz zu Unrecht die Frage aufgeworfen, ob hinsichtlich der Ausgestaltung, die der vollautomatisierte Verwaltungsakt in § 35a VwVfG gefunden hat, nicht nachjustiert werden sollte. Die Datenethikkommission hat sich jedenfalls dafür ausgesprochen, den Anwendungsbereich des § 35a VwVfG zumindest vorsichtig zu erweitern bzw. im Fachrecht differenzierte Vorgaben für teilweise und vollständig automationsgestützte Verwaltungsakte vorzusehen.⁹⁷ Andere Überlegungen gehen dahin, zwischen technischen und rechtlichen Schranken für vollautomatisierte Verwaltungsakte zu differenzieren. Als weitere Anpassung wird eine Klarstellung durch den Gesetzgeber dahingehend empfohlen, wo die variablen und absoluten Grenzen derartiger Entscheidungen liegen.⁹⁸

93 Gutachten der Datenethikkommission, 214.

94 Berger, § 35a Rn 62 f; Guckelberger, Digitalisierung Rn 548 f.

95 Zu den aktuellen Überlegungen Guckelberger, Modernisierung der Gesetzgebung aufgrund der Digitalisierung, DÖV 2020, 797 (802 ff).

96 Zu etwaigen Teilautomatisierungen bei Ermessensnormen Herold, Legitimation 212 ff, 220.

97 Gutachten der Datenethikkommission, 214.

98 Herold, Legitimation 276 ff.

B) Verfahrensrecht bei vollständig automatisierten Verwaltungsakten

Mangels spezialgesetzlicher Vorgaben finden die allgemeinen Verfahrensrechte auch auf vollständig automatisierte Verwaltungsakte Anwendung. Da während des laufenden Verwaltungsverfahrens bei derartigen Verwaltungsakten grundsätzlich kein menschlicher Amtswalter involviert ist, muss bei derartigen Entscheidungen bereits anlässlich der Entscheidung über den Einsatz des IT-Systems die Kompatibilität mit den Verfahrensrechten der Beteiligten geprüft werden.

1. Anhörung, § 28 VwVfG

§ 28 Abs 1 VwVfG bestimmt, dass einem Beteiligten vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu geben ist. Dies trägt dem Rechtsstaatsprinzip Rechnung.⁹⁹ Die bislang bestehenden IT-Systeme können dieses Anhörungserfordernis nicht hinreichend umsetzen,¹⁰⁰ weshalb ua auf Absatz 2 Nr 4 VwVfG zurückgegriffen werden muss. Demnach kann von einer Anhörung abgesehen werden, „wenn die Behörde Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will“. Da sich die Formulierung „mit Hilfe“ nicht nur im Sinne von Unterstützung, sondern auch als „unter Zuhilfenahme“ bzw „unter Verwendung“ automatischer Einrichtungen auffassen lässt,¹⁰¹ kommt diese Ausnahme nicht nur bei teilautomatisierten Verwaltungsakten zur Anwendung.¹⁰² Selbst wenn man einen anderen Standpunkt einnehmen würde, bestünde wegen der nur beispielhaften Aufzählung in § 28 Abs 2 VwVfG (siehe „insbesondere“) jedenfalls die Möglichkeit zum Absehen von einer Anhörung nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Auch im Zeitalter der Digitalisierung darf jedoch der Ausnahmefall nicht zur Regel werden.¹⁰³ Von einer Vollautomatisierung ist deshalb bei solchen Verwaltungsentscheidungen Abstand zu nehmen, bei denen die Inter-

99 Guckelberger, Digitalisierung Rn 690; Langenbach, Der Anhörungseffekt (2017) 48, 50; Siegel, Jura 2020, 926.

100 Zu Art 103 Abs 1 GG Greco, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung, RW 11 (2020), 29 (59); siehe auch Guckelberger, Digitalisierung Rn 694.

101 Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Synonyme „mit Hilfe“, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/mithilfe_unterstuetzt_von#synonyme> (27.8.2020).

102 Wie hier auch von Harbou, JZ 2020, 345.

103 Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 274; dies, Digitalisierung Rn 696; Siegel, DVBl 2020, 555.

essen der Beteiligten an einer solchen Anhörung die für die Vollautomatisierung sprechenden Motive überwiegen.¹⁰⁴

2. Möglichkeit des Abweichens von der standardisierten Sachverhaltsaufklärung

In der Praxis bereitet auch die automatisierte und damit standardisierte Erhebung des Sachverhalts Probleme, denn nicht jeder Sachverhalt wird durch diese ausreichend erfasst.¹⁰⁵ Die Behörden verfügen grundsätzlich über ein Auswahlermessen hinsichtlich des „Wie“ der Sachverhaltsaufklärung, das kontextspezifisch auszuüben ist.¹⁰⁶ Aus Gründen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist die Automatisierung so auszugestalten, dass von den Bürgern, die oftmals juristische Laien sind, alle relevanten Informationen abgefragt werden.¹⁰⁷ Weil bei einer Automatisierung die Gefahr des unentdeckt Bleibens bedeutsamer Sachverhaltselemente und infolgedessen unrichtiger Entscheidungen besteht,¹⁰⁸ müssen die Behörden gem § 24 Abs 1 S 3 VwVfG beim Einsatz automatischer Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten die für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben der Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht berücksichtigt worden wären. Im Unterschied zu § 155 Abs 4 S 3 AO, der als Anlass zur Bearbeitung durch Amtsträger beispielhaft Angaben des Steuerpflichtigen in einem dafür vorgesehenen Abschnitt oder Datenfeld erwähnt, macht § 24 Abs 1 S 3 VwVfG keine Vorgaben zur Möglichkeit eines solchen Vortrags, etwa über ein Freitextfeld. Möglicherweise lässt sich dies mit der Vielfalt der vom VwVfG erfassten Verfahren erklären.¹⁰⁹ § 24 Abs 1 S 3 VwVfG beschränkt sich zwar auf tatsächliche Angaben, weil die Rechtsanwendung und auch die Beurteilung der Bedeutsamkeit derartiger Angaben Sache der Behörden ist.¹¹⁰ Damit die Bürger aber die ihnen eingeräumte Möglichkeit tatsächlich wahrnehmen, müssen sie ein ausreichendes Gespür für das mögliche Vorliegen eines besonde-

104 Guckelberger, Digitalisierung Rn 696; siehe auch Berger, § 35a Rn 56 zur steigenden Bedeutung der Anhörung mit zunehmender grundrechtlicher Gefährdungslage.

105 Berger, Brauchen wir ein neues Verwaltungsrecht?, DVBl 2019, 1234 (1235 f); zur Sachverhaltsaufklärung bei der Automatisierung auch Hähnchen et al, JuS 2020, 634.

106 Zum Untersuchungsgrundsatz im Steuerrecht Drüen, Amtsermittlungsgrundsatz und Risikomanagement, DStJG 43 (2019), 193.

107 Hähnchen et al, JuS 2020, 628.

108 Siegel, DVBl 2020, 554.

109 von Harbou, JZ 2020, 343.

110 Zu Letzterem Herold, Legitimation 254 ff.

ren Falles haben.¹¹¹ Dies ist bei der Entscheidung über die Vollautomatisierung einzubeziehen.¹¹² Die mit der Automatisierung einhergehende Verlagerung der Sachverhaltsprüfung und des Verwaltungsaufwands auf die Beteiligten darf an diese keine unzumutbaren Anforderungen stellen.¹¹³ Dies führt dazu, dass bei komplexen Sachverhalten eine Vollautomatisierung untunlich ist, überdies kann diese Vorschrift die Verwaltung nicht von ihrer Kontrollverantwortung entbinden.¹¹⁴ Ferner ist darauf zu achten, dass aus Gründen des Art 3 Abs 1 GG ein möglichst gleichmäßiger Gesetzesvollzug erfolgt.¹¹⁵

Aufgrund von § 24 Abs 1 S 3 VwVfG kann ein Beteiligter eine Aussteuerung seines Falles an einen Amtswalter erreichen. Nur sofern dieser die Angaben als für den jeweiligen Einzelfall bedeutsam einstuft, erfolgt anschließend eine menschliche Bearbeitung.¹¹⁶ Vor dem Hintergrund des Unionsrechts liegt eine tendenziell großzügige Bejahung eines solchen Wechsels in der Bearbeitungsweise nahe.¹¹⁷ Obschon sich § 24 Abs 1 S 3 VwVfG innerhalb eines auf die Verwaltung bezogenen Regelungskonglomerats befindet, lässt sich diese Vorschrift subjektiv-rechtlich auslegen.¹¹⁸ Besser hätte aber ein solches Recht im Kontext des § 28 VwVfG verortet und näher ausgestaltet werden sollen.¹¹⁹ Damit würde zugleich den Anforderungen des Art 22 Abs 2 lit b DSGVO hinsichtlich angemessener Schutzmaßnahmen Rechnung getragen. Auch wenn sich Art 22 Abs 3 DSGVO nach seinem Wortlaut nicht auf Art 22 Abs 2 lit b DSGVO bezieht, kann man das dort erwähnte Recht auf Erwirken des Eingreifens einer Person als beispielhafte Konkretisierung solcher Schutzmaßnahmen verstehen,¹²⁰ wobei auch Ausnahmen hiervon vorstellbar sind.¹²¹ Vorteil eines solch frühzeitig einsetzenden Rechts auf Befassung eines menschlichen Amtswalters ist, dass dieses

111 Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 267.

112 Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 267.

113 Herold, Legitimation 253 f.

114 Edenharter, VerwArch 111 (2020), 362; siehe auch Mund, Entscheidung 184.

115 In diese Richtung Edenharter, VerwArch 111 (2020), 363.

116 Siegel, Jura 2020, 926.

117 von Harbou, JZ 2020, 344.

118 Guckelberger, Digitalisierung Rn 551.

119 Zum Nachbesserungsbedarf bei § 24 Abs 1 S 3 VwVfG Berger, DVBl 2019, 1236.

120 Scholz, Art 22 DSGVO, in: Simits/Hornung/Spiecker gen Döhmman (Hg), Datenschutzrecht (2019) Rn 47. Dazu, dass sich das VwVfG bislang nicht auf das Recht auf Einwirkung des Eingreifens einer Person bezieht, Ziekow, VwVfG § 35a Rn 4.

121 Zu diesem Recht, aber auch der hemmenden Wirkung Colla, In Würde vor Ampel und Algorithmus, DÖV 2019, 673 (680 f).

von den Zugangshemmnissen für den nachträglichen Rechtsschutz entkoppelt ist.¹²²

Die Möglichkeit für die Beteiligten, Eintragungen in ein Freitextfeld vorzunehmen, dient beispielsweise dem rechtlichen Gehör¹²³ und kann zudem als Faktor bei der Ermessensentscheidung über das Absehen von einer Anhörung Relevanz erlangen. Ein solches aus § 24 Abs 1 S 3 VwVfG entnommenes Recht unterscheidet sich jedoch von der Anhörung in § 28 Abs 1 VwVfG. § 24 Abs 1 S 3 VwVfG gilt für jede Art von Verwaltungsakt, also auch bei begünstigenden Verwaltungsakten. Außerdem bezieht sich diese Vorschrift nur auf solche Angaben, von denen der Beteiligte annimmt, dass sie nicht im automatischen Verfahren ermittelt würden. Ferner muss für eine Anhörung iSd § 28 Abs 1 VwVfG dem Beteiligten der beabsichtigte Verwaltungsakt inhaltlich so konkret umschrieben werden, dass er sich dazu effektiv äußern kann.¹²⁴

3. Gewährung von Akteneinsicht, § 29 VwVfG

Das in § 29 VwVfG geregelte Akteneinsichtsrecht besteht aufgrund der Gleichstellung zwischen herkömmlichen und vollständig automatisierten Verwaltungsakten auch bei Letzteren.¹²⁵ Weil es bei einem vollautomatisierten System vom Start der Bearbeitung bis zum Erlass des Verwaltungsakts aber kaum eine effektive Möglichkeit für eine zwischenzeitliche Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts gibt, ist bei diesen Verwaltungsakten dem Beteiligten nachträglich Akteneinsicht zu gewähren¹²⁶ und sollte dies in § 29 VwVfG klargestellt werden.¹²⁷ Eine solche Gesetzesänderung löst aber noch nicht das Problem, dass die Beteiligten oftmals mit den Dokumentationen der IT-Systeme wenig anfangen können. Daher sollte man zusätzlich vorsehen, dass auf ein entsprechendes Verlangen die Dokumentationen in einer verständlichen Sprache zu erläutern sind.¹²⁸

122 Zu diesen Zugangsschwellen Bull, Über die rechtliche Einbindung der Technik, Der Staat 58 (2019), 57 (76 f).

123 Für die Schweiz Braun/Binder, ZSR 2020 I, 273.

124 BVerwG, DVBl 2014, 303 (305); Erbuth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰ (2019) § 14 Rn 18.

125 Eingehend dazu Guckelberger, Digitalisierung Rn 512 ff.

126 Guckelberger, Digitalisierung Rn 510 ff.

127 Siegel, DVBl 2020, 557.

128 Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 275.

4. Begründungserfordernis

Gem § 39 Abs 1 S 2 VwVfG hat die Behörde bei einem schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakt die wesentlichen und tatsächlichen Erwägungen mitzuteilen, die sie zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung dient der Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Fremdkontrolle sowie der faktischen Legitimation von Entscheidungen etwa in Gestalt der Akzeptanz.¹²⁹ Die Beifügung einer Begründung ist auch bei automatisierten Verwaltungsakten bedeutsam.¹³⁰ Auch wenn derartige Entscheidungen nicht auf einer freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen persönlichen Überzeugung des Amtswalters beruhen,¹³¹ folgt aus der Gleichstellung der vollständig automatisierten Verwaltungsakte mit denen unter Federführung eines menschlichen Amtswalters, dass sie grundsätzlich den gleichen Maßgaben unterliegen. Durch die Beifügung einer Begründung können die Beteiligten und Gerichte die getroffene Entscheidung nachvollziehen.¹³² Angesichts der technischen Fortschritte seit dem Inkrafttreten des VwVfG im Jahre 1977 sollte daher § 39 Abs 2 Nr 3 VwVfG restriktiv gehandhabt werden, wonach mithilfe automatischer Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte keiner Begründung bedürfen, soweit diese nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist.¹³³ Zwar ist bei automatisierten Entscheidungen nicht auszuschließen, dass derartige Begründungen infolge vorgefertigter Textbausteine den Besonderheiten des Einzelfalls zu wenig Rechnung tragen.¹³⁴ Aus Sicht des Betroffenen ist aber eine formelhafte Begründung besser als eine fehlende¹³⁵ und kann diese ihm die Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsbehelfs wegen Vernachlässigung der Besonderheiten seines Falles erleichtern.

Staatliche Entscheidungen müssen zum Schutz der Grundrechte und zur Sicherstellung der demokratischen Rückbindung der Verwal-

129 Hoffmann-Riem, AöR 145 (2020), 28.

130 Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1019.

131 Hoffmann-Riem, AöR 145 (2020), 28.

132 Guckelberger, Digitalisierung Rn 522; Kube, VVDStRL 78 (2019), 318; Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1019 f; Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), 1 (57).

133 Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren⁶ (2018) Rn 480; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht²⁰ (2020) § 18 Rn 10; zu den Potenzialen der Technik auch Greco, RW 11 (2020), 43; zu Überlegungen, diese Anforderung zu streichen, Guckelberger, VVDStRL 78 (2019), 274; Stelkens, § 35a Rn 42; Siegel, DVBI 2020, 558.

134 Hoffmann-Riem, Transformation 151 f; siehe auch ders, AöR 145 (2020), 29.

135 Dazu, dass ausnahmsweise auf den Einzelfall abstellende formelhafte Begründungen zulässig sein können, Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1022.

tung transparent und begründbar bleiben.¹³⁶ Abgesehen davon, dass die Technologie der Künstlichen Intelligenz momentan noch nicht weit genug für den Einsatz im Bereich der vollständig automatisierten Verwaltungsakte fortgeschritten ist,¹³⁷ können viele der zurzeit im Fokus stehenden KI-Technologien keine den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechende Begründung liefern.¹³⁸ Allein der Verweis darauf, man habe wie vom PC vorgegeben entschieden, stellt keine ausreichende rechtliche Begründung für Grundrechtseingriffe dar,¹³⁹ wie man auch an § 39 Abs 1 S 2 VwVfG erkennen kann. Entscheidungen, die aus Gründen des Verfassungs- oder des einfachen Rechts eine einzelfallbezogene Begründung erfordern, eignen sich daher nur für Technologien, die eine solche Begründung liefern können.¹⁴⁰

Auch nach der DSGVO gelten besondere Anforderungen bei automatisierten Entscheidungen. So regeln Art 13 Abs 2 lit f, Art 14 Abs 2 lit g DSGVO Informationspflichten über die Mitteilung der Logik der automatisierten Entscheidungsfindung, (...) welche sich auf den Zeitpunkt vor Erlass der automatisierten Entscheidung beziehen. Allerdings wird im Schrifttum das Auskunftsrecht des Art 15 Abs 1 lit h DSGVO trotz des auf die angestrebten Auswirkungen bezogenen Wortlauts auf bereits stattgefundene Entscheidungen angewendet.¹⁴¹ Die Aussagen über die Logik betreffen jedoch nur den Verarbeitungsprozess als solchen und meinen nicht die Begründung des einzelnen Verwaltungsakts. Insoweit kann man eher auf die Schutzmaßnahmen in Art 22 Abs 1 lit b DSGVO rekurren, zumal der allerdings unverbindliche Erwägungsgrund (71) Satz 2 einen Anspruch auf Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung erwähnt. Auch wenn diese unionsrechtliche Vorgabe nicht mit den Begründungsanforderungen des deutschen Rechts übereinstimmen muss,¹⁴² ergibt sich jedenfalls auch aus dieser Vorschrift, dass das grundsätzliche Festhalten an einer

136 Gutachten der Datenethikkommission, 215.

137 Edenharter, VerwArch 111 (2020), 349.

138 Guggenberger, NVwZ 2019, 848; Siegel, DVBl 2020, 555 (Intransparenz); eingehend zu den Begründungsproblemen Wischmeyer, AöR 143 (2018), 54 ff sowie Guckelberger, Digitalisierung Rn 604 ff.

139 Rademacher/Perkowski, Staatliche Überwachung, JuS 2020, 713.

140 Gutachten der Datenethikkommission, 216.

141 Für eine solche Sichtweise Dix, Art 13 DSGVO, in: Simits/Hornung/Spiecker gen Döhmman (Hg), Datenschutzrecht (2019) Rn 25; zu den verschiedenen Sichtweisen auch Gola, Art 15 DSGVO, in: ders (Hg), DSGVO² (2018) Rn 19.

142 Dazu, dass die DSGVO den spezifischen Gefahren von Datenverarbeitungen begegnen will, Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1023; dazu, dass die DSGVO keine tief gehende Begründung erfordert, Martini, Blackbox 191.

Begründung vollständig automatisierter Verwaltungsakte sinnvoll ist.¹⁴³ Zutreffend wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Begründung eines automatisierten Verwaltungsakts über die bloße Gewährung eines Akteneinsichtsrechts hinausgehen muss.¹⁴⁴ Ausgehend von Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses bedarf es einer Darlegung der Entscheidungskriterien in einer für den menschlichen Verstand zugänglichen Form.¹⁴⁵ Da auch Entscheidungen durch menschliche Amtswalter für ihren Adressaten nicht lückenlos nachvollziehbar sein müssen, gelangt *Roth-Isigkeit* im Wege einer Zusammenschau aus Verfassungsrecht, Verwaltungsverfahrens- und Datenschutzrecht zu dem Ergebnis, dass zum einen die vom Programm verwendeten Entscheidungskriterien darzulegen sind und zum anderen eine Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung mit rechtlich-argumentativen Mitteln verlangt werde.¹⁴⁶ Im Übrigen bleibt es auch bei diesen Verwaltungsakten dabei, dass die Anforderungen an den Umfang und die Vollständigkeit der Begründung in Abhängigkeit zum Rechtsgebiet und zum Kenntnisstand der Betroffenen je nach Verwaltungsakt unterschiedlich ausfallen können.¹⁴⁷

C) Widerspruchsverfahren

Gem § 68 Abs 1 S 1, Abs 2 VwGO ist vor Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage grundsätzlich ein Vorverfahren durchzuführen. Eine erneute Überprüfung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts mit dem für den Erlass des Ausgangsverwaltungsakts eingesetzten Programm ist unzulässig, da dies kein wirksamer Rechtsschutz ist und es im Widerspruchsverfahren nicht um den Neuerlass, sondern die behördliche Nachprüfung eines erlassenen Verwaltungsakts geht.¹⁴⁸ Sofern im Widerspruchsverfahren die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts zu prüfen ist, scheitert eine Vollautomatisierung bereits an den Voraussetzungen des § 79 S 2 VwVfG iVm § 35a VwVfG (kein Ermessen oder Beurteilungsspielraum).¹⁴⁹ Aber

143 Guckelberger, Digitalisierung Rn 526.

144 Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1024.

145 Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1025.

146 Roth-Isigkeit, DÖV 2020, 1025 f.

147 Guckelberger, GewArch 2019, 462.

148 Vergleichbar, aber bezogen auf den gerichtlichen Rechtsschutz Hoffmann-Riem, Transformation 152; ders, AöR 145 (2020), 29.

149 Martini/Nink, Subsumtionsautomaten ante portas?, DVBl 2018, 1128 (1131 f); Guckelberger, Digitalisierung Rn 553.

auch bei einer bloßen Überprüfung der Rechtmäßigkeit ist eine Vollautomatisierung der Abhilfe- und Widerspruchsentscheidung aufgrund eines anderen Programms nicht sachgerecht, da eine Entscheidung über einen Individualrechtsbehelf zu fällen ist.¹⁵⁰ Das Widerspruchsverfahren mit dem ihm vorausgehenden Abhilfeverfahren unter Einschaltung eines menschlichen Amtswalters birgt die Chance in sich, dass die Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde auf mögliche Defizite des eingesetzten IT-Systems aufmerksam werden und sich dadurch eine Vielzahl weiterer fehlerhafter Verwaltungsakte vermeiden lässt.¹⁵¹ Das Widerspruchsverfahren ist ein gutes Instrument, um den aus der Vollautomatisierung resultierenden Gefahren, etwa dass nach dem materiellen Recht bedeutsame Umstände des Einzelfalls übersehen oder vernachlässigt werden, wirkungsvoll entgegenzutreten zu können.¹⁵² Zugleich ergeben sich Vorteile in prozessökonomischer Hinsicht insofern, als sich dadurch der Aufwand für die im Nachgang mit der Überprüfung des Verwaltungsakts befassten Gerichte verringern lässt.¹⁵³ Zumindest in Konstellationen, in denen der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber demjenigen durch die Verwaltung im Nachteil ist, kann hinsichtlich des Rechts auf eine menschliche Entscheidung nicht auf die Inanspruchnahme der rechtsprechenden Gewalt verwiesen werden.¹⁵⁴

Zur Verhinderung, dass der Mensch aufgrund der ausschließlich automatisierten Datenverarbeitung zum Objekt degradiert wird, fordert Art 22 Abs 2 lit b DSGVO Schutzmaßnahmen. Trotz des Verweises in Art 22 Abs 3 nur auf Art 22 Abs 2 lit a, c DSGVO wird man das dort erwähnte Recht auf Anfechtung der Entscheidung als eine vom Unionsrecht gebotene Schutzmaßnahme auch bei vollständig automatisierten Entscheidungen nach Art 22 Abs 2 lit b DSGVO einstufen müssen. Denn es gibt keinen plausiblen Grund, warum die Betroffenen bei vollautomatisierten Entscheidungen Privater besser als bei solchen von staatlichen Stellen gestellt sein sollten. Ausgehend von der Reihenfolge der Aufzählung der Schutzmaßnahmen in Art 22 Abs 3 und Erwägungsgrund (71) Satz 4 DSGVO (Recht auf direktes Eingreifen durch eine Person, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung) ergibt sich, dass sich ein menschlicher Amtswalter mit dem Rechtsbehelf befassen muss.¹⁵⁵ Da es sich beim „Recht auf Anfechtung“

150 *Martini/Nink*, DVBI 2018, 1137; *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 553.

151 *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 234; *Stelkens*, Erläss 120.

152 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 555; siehe auch *Berger*, DVBI 2019, 1237.

153 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 555.

154 Zu letzterem *Mund*, Entscheidung 188.

155 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 553.

um einen unionsrechtlichen Begriff handelt, muss dieses nicht zwangsläufig mit dem deutschen Rechtsverständnis identisch sein.

Weitgehend Einigkeit besteht, dass dem Betroffenen mit diesem Recht ein Anspruch auf individuelle und ernsthafte Überprüfung der Entscheidung durch den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen eingeräumt werden soll.¹⁵⁶ Bei vorheriger Durchführung eines Vorverfahrens iSd §§ 68 ff VwGO unter Federführung menschlicher Amtswalter wird also in jedem Fall den unionsrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen. Deshalb gibt es gute Gründe, das in manchen Bundesländern stark zurückgeführte Vorverfahren generell oder jedenfalls bei bestimmten vollständig automatisierten Verwaltungsakten wieder einzuführen.¹⁵⁷ Vor kurzem stellte sich das VG Frankfurt (Oder) auf den Standpunkt, dass der Fehler eines ohne gesetzliche Zulassung iSd § 35a VwVfG erlassenen vollständig automatisierten Verwaltungsakts infolge der Durchführung eines Vorverfahrens durch menschliche Amtswalter geheilt werden kann. *„Damit ist dem Zweck der gesetzlichen Regelung des § 35a VwVfG – zu verhindern, dass Verwaltungsakte ohne jede Beteiligung eines Menschen auch in Bereichen erlassen werden und wirksam bleiben, in denen dies nicht durch Rechtsvorschrift zugelassen ist – Genüge getan.“*¹⁵⁸ Damit sah das Gericht in § 35a VwVfG eine Verfahrensregelung.¹⁵⁹ Auch wenn das Gericht bei seinen Erwägungen nicht explizit § 45 VwVfG heranzieht, ergibt sich doch aus dem Gesamtkontext, dass es von einer solchen Heilung ausgegangen ist. In methodisch korrekter Art und Weise wäre sicherlich eine analoge Anwendung dieser Vorschrift zu prüfen gewesen, da § 35a VwVfG nicht in § 45 Abs 1 Nrn 1-5 VwVfG erwähnt wird. Mit Blick auf das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke als einer von zwei Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Analogie, vermag dies noch recht leicht gelingen. Denn bei Inkrafttreten dieser Vorschrift im Jahre 1977 existierte § 35a VwVfG nicht und bei dessen Einfügung hat der Gesetzgeber, wie bereits beim Akteneinsichtsrecht aufgezeigt wurde, keine allumfassenden Erwägungen

156 Martini, Art 22 DSGVO, in: Paal/Pauly (Hg), DS-GVO BDSG² (2018) Rn 39c; von Lewinski, Art 22 DSGVO, in: Wolff/Brink (Hg), BeckOK Datenschutzrecht, 33. Edition, Stand 1.8.2020, Rn 50.

157 Beckermann, Widerspruchsverfahren nach Belieben der Behörde, NVwZ 2017, 1431 (1433 f); Berger, § 35a Rn 26; Guckelberger, Digitalisierung Rn 556. Zutreffend weist aber Schröder, Rahmenbedingungen der Digitalisierung der Verwaltung, VerwArch 110 (2019), 328 (341) darauf hin, dass dieser Rechtsbehelf bei erledigten Verwaltungsakten und anderen Entscheidungen als Verwaltungsakten nicht weiterhilft.

158 VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 9.9.2020 – 3 K 616/17 Rn 33.

159 Martini/Nink, DVBl 2018, 1130.

hinsichtlich aller VwVfG-Vorschriften angestellt.¹⁶⁰ Die mit dem Erlass des § 35a VwVfG bezweckte Gleichstellung vollständig automatisierter Verwaltungsakte mit den herkömmlichen Verwaltungsakten zeigt, dass auch sie einer Heilung nach § 45 VwVfG zugänglich sind. Problematisch ist vor allem das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage. *Martini/Nink* verneinen die Anwendbarkeit des § 45 VwVfG, da bei einem vollständig automatisierten Verwaltungsakt nicht wie in den sonstigen Fällen des § 45 VwVfG eine einfache Verfahrenshandlung, man denke etwa an die Anhörung, sondern letztendlich das Verfahren als solches neu durchzuführen sei.¹⁶¹ Bei genauerer Betrachtung müssen jedoch bei einem Verwaltungsakt iSd § 35a VwVfG nicht zwangsläufig alle Verfahrensrechte ausfallen. Ein solcher kann, wie bereits aufgezeigt, durchaus mit einer ordnungsgemäßen Begründung versehen sein. Sofern für den Adressaten hinreichend Gelegenheit zum Vortrag aller wesentlichen Gesichtspunkte bei Einlegung des Widerspruchs besteht, erübrigt sich eine weitere Anhörung. Wie bei jedem Widerspruch wird auch bei einem vollständig automatisierten Verwaltungsakt ein neues Verwaltungsverfahren eingeleitet, wobei primär die §§ 68 ff VwGO und gem § 79 VwVfG subsidiär die VwVfG-Vorschriften Anwendung finden. Deshalb ist jedenfalls bei manchen dieser Verwaltungsakte eine analoge Anwendung des § 45 VwVfG vertretbar.

Im Unterschied zu dem vornehmlich bei gebundenen vollautomatisierten Verwaltungsakten sonst einschlägigen § 46 VwVfG,¹⁶² wonach dessen Aufhebung wegen Verletzung einer Verfahrensvorschrift nicht beansprucht werden kann, weil offensichtlich keine Beeinflussung der Entscheidung in der Sache vorliegt, erhöht der vom VG Frankfurt (Oder) eingeschlagene Weg die Wahrscheinlichkeit, dass Betroffene tatsächlich Verletzungen des § 35a VwVfG gegenüber der Verwaltung rügen werden und hierdurch erreichen, dass menschliche Amtswalter das Vorliegen seiner Voraussetzungen prüfen müssen. Sollte sich zwar ein Verstoß gegen § 35a VwVfG, aber zugleich die Unbeachtlichkeit des Verfahrensfehlers wegen § 46 VwVfG herausstellen, wird eine entsprechende Anwendung des § 80 Abs 1 S 2 VwVfG zu diskutieren sein, wonach dem Widerspruchsführer die notwendigen Auslagen zur Rechtsverfolgung zu ersetzen sind, wenn der Widerspruch nur wegen der Unbeachtlich-

160 Diejenigen, die anders als das BVerwG, DVBl 2008, 1445, die Aufzählung in § 45 Abs 1 VwVfG als abschließend ansehen, (siehe etwa *Beaucamp*, Heilung und Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern im Verwaltungsverfahren, JA 2007, 117 [119] mwN) müssten dagegen eine Analogie schon mangels Planwidrigkeit ablehnen.

161 *Martini/Nink*, DVBl 2018, 1131.

162 *Martini/Nink*, DVBl 2018, 1130.

keit der Verletzung einer Verfahrensvorschrift nach § 45 VwVfG keinen Erfolg hat. Kürzlich ließ das OVG des Saarlandes diese Frage in anderem Kontext offen.¹⁶³ Schon heute regelt aber § 19 Abs 1 S 2 AGVwGO RP explizit, dass der Staat dem Widerspruchsführer die notwendigen Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung ersetzen muss, wenn der Widerspruch nur deshalb erfolglos ist, „weil die Verletzung einer Verfahrens- oder Formvorschrift unbeachtlich ist“.

In Teilen des Schrifttums wird angenommen, dass in Konstellationen eines fehlenden, da unstatthaften Widerspruchsverfahrens die formlose Fachaufsichtsbeschwerde als Ausprägung des Petitionsrechts dessen Fehlen kompensieren könne.¹⁶⁴ Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass formlose Rechtsbehelfe dem Einzelnen kein Recht auf Überprüfung des behördlichen Verhaltens vermitteln, sondern nur einen Anspruch auf Kenntnisnahme von seinem Rechtsbehelf samt Mitteilung über die Art der Erledigung.¹⁶⁵ Ein formloser Rechtsbehelf kann zudem nicht den Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsakts verhindern und ist auch nicht mit einem Suspensiveffekt verbunden. Damit lassen sich durchaus gute Gründe finden, die die Annahme stützen, dass ein solcher Rechtsbehelf keine ausreichend effektive Schutzmaßnahme iSd DSGVO darstellt. Weil die Vollautomatisierung aufgrund ihrer Standardisierung mit einem besonderen Gefahrenpotenzial sowie Nachteilen für die Verfahrensrechte des Beteiligten einhergeht, sollte diesen Personen quasi zur Kompensation eine niederschwellige, aber effektive Möglichkeit zur Überprüfung derartiger Entscheidungen eröffnet werden. Auch könnte man daran denken, den Beteiligten vergleichbar wie bei einem Gerichtsbescheid das Recht einzuräumen, binnen einer Frist von einem Monat die Entscheidung ihrer Angelegenheit durch einen menschlichen Amtswalter der Ausgangsbehörde verlangen zu können.¹⁶⁶

163 OVG Saarlouis, Beschluss vom 25.9.2019 – 1 D 265/19 Rn 16 juris; für eine erweiterte Anwendung *Hufen/Siegel*, Fehler Rn 841; *Ramsauer*, § 80 VwVfG, in: Kopp/Ramsauer (Hg), VwVfG²¹ (2020) Rn 30a; ablehnend zB *Kunze*, § 80 VwVfG, in: Bader/Ronellenfisch (Hg), BeckOK VwVfG, 48. Edition, Stand 1.7.2020, Rn 39; *Kastner*, § 80 VwVfG, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG/VwGO⁴ (2016) Rn 14.

164 *von Lewinski*, Art 22 Rn 51.

165 Zu diesen Wirkungen formloser Rechtsbehelfe *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht¹⁶ (2019) § 1 Rn 6; *Martini*, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2019) 5; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht¹¹ (2019) § 1 Rn 45, 49; *Blanke*, Vorbemerkungen zu §§ 124 ff, in: Sodan/Ziekow (Hg), VwGO⁵ (2018) Rn 7–11.

166 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 556.

D) Kontrollanforderungen im Kontext von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

Abschließend sei noch kurz auf die Kontrollanforderungen eingegangen, die sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip in Bezug auf die von der Verwaltung eingesetzten IT-Systeme für vollständig automatisierte Verwaltungsakte ergeben.¹⁶⁷ Die Gesetzesbindung der Verwaltung (Art 20 Abs 3 GG) verlangt, dass vor dem Einsatz derartiger Systeme hinreichend geprüft und gewährleistet wird, dass sie rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen hervorbringen.¹⁶⁸ Bei deterministischen IT-Systemen wird den Erfordernissen hinreichender demokratischer Legitimation durch deren Freigabe zum Einsatz genügt.¹⁶⁹ Ab ihrem Einsatz ist zu kontrollieren, ob durch diese gesetzmäßige Entscheidungen produziert werden, um bei Bedarf entsprechend einzuschreiten.¹⁷⁰ Zur wirksamen Wahrnehmung der Rechtsaufsicht kann es sich als sinnvoll erweisen, dafür interdisziplinäre Teams einzusetzen.¹⁷¹ Weil das Parlament sich nicht autonom einfachgesetzlich von verfassungsrechtlichen Kontrollnotwendigkeiten entlassen kann, muss es diesem ebenso wie der Regierung möglich sein, über die Funktionsweise der von den jeweiligen staatlichen Stellen eingesetzten IT-Systeme Bescheid zu wissen.¹⁷² Besondere Kontrollprobleme wirft der Einsatz der oftmals als lernend bezeichneten Algorithmen auf, da bei diesen zwar die menschliche Verantwortung zum Zeitpunkt der Programmierung sowie Aufbereitung der Daten noch relativ hoch ist, im Zeitverlauf aber stetig abnimmt.¹⁷³

167 Dazu Gutachten der Datenethikkommission, 169; eingehend zu den demokratischen Kontrollanforderungen *Herold*, Legitimation 227 ff.

168 Siehe etwa *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 466. Dazu, dass sich die Eigenschaften eines Algorithmus unter Umständen aber erst im Einzelfall zeigen, *Schröder*, *VerwArch* 110 (2019), 342; ua aus diesem Grund eine gerichtliche Vorabkontrolle des Algorithmus vor seinem Einsatz ablehnend *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 529.

169 *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 467; *Herold*, Legitimation 227; *Stelkens*, § 35a Rn 19 ff.

170 *Drüen*, *DStJG* 43 (2019), 217. Zu erhöhten Kontrollanforderungen bei fallbasierten Systemen *Herold*, Legitimation 227.

171 So *Herold*, Legitimation 228.

172 *Herold*, Legitimation 199, 225.

173 *Hoffmann-Riem*, Transformation 135; zu derartigen Systemen auch *Zech*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages: Leipzig 2018, Gutachten DJT, A 35 ff; dazu, dass bei derartigen Systemen nicht auf die Programmierung für die Zurechnung abgestellt werden kann, *Herold*, Legitimation 185 sowie zur Kontrolle *dies*, 231 ff. Zu KI-Systemen der Verwaltung auch *Guckelberger*, Digitalisierung Rn 567 ff.

IV. Fazit

Sieht man vom Steuer- sowie Teilen des Sozialrechts ab, stellen sich vollständig automatisierte Verwaltungsakte bislang noch immer als Seltenheit dar. Insoweit erweist sich die Identifizierung geeigneter Verfahren als „Knackpunkt“. Anschließend sind die geeigneten Verfahren durch eine Entscheidung des Fachgesetzgebers für die Vollautomatisierung zuzulassen. Damit nicht wie bei der internetbasierten Kfz-Zulassung zunächst Erwartungen geweckt werden, welche anschließend enttäuscht werden, sollten bei rechtlichen Vorgaben zur Digitalisierung einerseits realistische Umsetzungsstermine für das Inkrafttreten gewählt und andererseits Möglichkeiten geschaffen werden, um im Falle der Untätigkeit mit Sanktionen reagieren zu können und so für einen gewissen Druck für die fristgerechte Umsetzung zu erzeugen. Gefordert wird auch, die Digitaltauglichkeit von Gesetzen und dadurch zugleich deren digitalen Vollzug stärker voranzutreiben.¹⁷⁴

¹⁷⁴ NKR, Krise als Weckruf: Verwaltung modernisieren, Digitalisierungsschub nutzen, Gesetze praxistauglich machen. Jahresbericht 2020, S. 36 ff, abrufbar unter: <<https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/72494/1800428/960ab3694577ebf470f77ae25d350ff5/20201021-nkr-jahresbericht-2020-data.pdf>> (22.10.2020); zu dieser Thematik auch *Guckelberger*, DÖV 2020, 797 ff.

Automatisierte Verwaltungsverfahren in den Bundesländern am Beispiel Berlin

Die Automatisierung der Verwaltungsverfahren schreitet auch in den deutschen Bundesländern zunehmend voran.¹ Nach einer einleitenden Vergewisserung über den Begriff des Verwaltungsverfahrens (I.) werden in dem Beitrag die unions- und bundesrechtlichen Rahmenbedingungen skizziert (II.) sowie die Gestaltungsmöglichkeiten der Bundesländer aufgezeigt (III). Sodann wird die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens in engeren, im weiteren sowie im weitesteten Sinne analysiert (IV. bis VI.). Im Mittelpunkt steht dabei das Bundesland Berlin. Einen gesamtheitlichen Ansatz verfolgt der einzurichtende Portalverbund (VII.). Abschließend erfolgt ein ausblickendes Fazit (VIII.).

I. Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens

In einem engeren Sinne des § 9 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (im Folgenden BVwVfG) ist das Verwaltungsverfahren auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet. In einem weiteren Sinne des § 1 BVwVfG umschreibt das Verwaltungsverfahren die dem öffentlichen Recht zuzuordnende Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung. Davon erfasst werden etwa die administrativen Tätigkeiten von Kollegialorganen im Kommunal- und Bezirksverwaltungsrecht. Dem Verwaltungsverfahren in weitesten Sinne ist schließlich auch die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Privatrechts zuzuordnen.² Zu den Verwaltungsverfahren im lediglich weitesten Sinne gehört etwa die Vergabe öffentlicher Aufträge, welche nach einer umstrittenen, aber immer

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Freien Universität Berlin.

1 Hierzu umfassend *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung (2019).

2 Zu diesen Begriffen *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹³ (2020) Rn 171 f.

noch gültigen Grundsatzentscheidung des BVerwG grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen ist.³

II. Rahmenbedingungen

A) Unionsrechtliche Vorgaben

Auch das digitale Verwaltungshandeln wird in vielfältiger Weise geprägt durch das Recht der Europäischen Union.⁴ So lässt die Datenschutzgrundverordnung 2016/679⁵ an diversen Stellen die elektronische Form ausdrücklich zu und enthält mit Art 22 eine Regelung, welche vor beschwerenden Entscheidungen schützen soll, die ausschließlich auf einer automatischen Verarbeitung beruhen.⁶ Eine spezifische Regelung zum elektronischen Verwaltungshandeln enthält zudem die EU-Verordnung 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste.⁷ Sie definiert insbesondere den Begriff der (qualifizierten) elektronischen Signatur und hat insoweit das vormalige Signaturgesetz abgelöst.⁸ Besonders intensiv durch das Unionsrecht gesteuert wird zudem oberhalb der Schwellenwerte die Vergabe öffentlicher Aufträge. Hier enthält das jüngste Legislativpaket aus dem Jahre 2014⁹ diverse Regelungen, welche sich auf die E-Vergabe beziehen.¹⁰ Schließlich wird auch der Gedanke einer Verknüpfung der verschiedenen Verwaltungsleistungen durch das Unionsrecht maßgeblich vorangetrieben. Nach der Verordnung 2018/1724 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangsports¹¹ soll hier künftig ein Europäischer Portalverbund eingerichtet werden („Single Digital Gateway“).¹²

3 BVerwG, NVwZ 2007, 820 ff.

4 Hierzu Mehde, Der unionale Rahmen von E-Government, in: Seckelmann (Hg), Digitalisierte Verwaltung² (2019), Kap 7.

5 ABl 2016 L 119, 1 ff.

6 Hierzu Abel, Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DS-GVO, ZD 2018, 304 ff.

7 ABl 2014 L 257.

8 Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren⁶ (2018) Rn 191a.

9 Übersicht bei Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht⁵ (2020) § 9 Rn 6.

10 Hierzu umfassend Vogt, E-Vergabe (2019).

11 ABl 2018 L 295, 1 ff.

12 Hierzu Siegel, Der Europäische Portalverbund, NVwZ 2019, 905 ff.

B) Bundesrechtliche Vorgaben

Aber auch das Bundesrecht enthält diverse spezifische Vorgaben für das digitale Verwaltungshandeln.¹³ Von besonderer Bedeutung ist hier das VwVfG des Bundes.¹⁴ Es ist unmittelbar anwendbar beim Handeln von Bundesbehörden. Darüber hinaus steuert auch das E-Government-Gesetz des Bundes (im Folgenden BEGovG) in vielfältiger Weise das digitale Verwaltungshandeln.¹⁵ Dieses Gesetz enthält teilweise auch Vorgaben für Landesbehörden.¹⁶ Die unionsrechtlichen Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte sind in §§ 97 ff GWB sowie den zugehörigen Rechtsverordnungen umgesetzt worden.¹⁷ Von erheblicher praktischer Bedeutung ist schließlich das Onlinezugangsgesetz (OZG).¹⁸ Es wurde vom Bund auf Grundlage des Art 91 Abs 5 GG erlassen und hat – ebenso wie die EU-Verordnung zum einheitlichen digitalen Zugangstor – die Einrichtung eines einheitlichen Portalverbundes zum Gegenstand.¹⁹

III. Gestaltungsspielräume der Bundesländer

A) Verwaltungsverfahren im engeren Sinne

Trotz der dargelegten unions- und bundesrechtlichen Vorgaben verbleibt den Ländern ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum bei der Digitalisierung der landeseigenen Verwaltung. Insbesondere obliegt ihnen die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens nicht nur beim Vollzug eigener Gesetze, sondern nach Art 84 Abs 1 und Art 85 Abs 1 GG grundsätzlich auch dann, wenn sie Bundesrecht vollziehen. Vor diesem Hintergrund haben alle 16 Bundesländer eigene Landesverwaltungsverfahrensgesetze erlassen.²⁰ In Berlin stammt das derzeit gültige VwVfG

13 Zu den (bundes-)verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen *Härtel*, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts, LKV 2019, 49 ff.

14 VwVfG idF vom 23.1.2003 (BGBl I, 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.6.2019 (BGBl I, 846).

15 EGovG vom 25.7.2013 (BGBl I, 2749), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.7.2017 (BGBl I, 2206).

16 *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG/OZG (2019) EGovG Einl Rn 19.

17 Übersicht bei *Ziekow*, Wirtschaftsrecht § 9 Rn 8.

18 Onlinezugangsgesetz (OZG) vom 14.8.2017 (BGBl I, 3122).

19 Überblick bei *Herrmann/Stöber*, Das Onlinezugangsgesetz des Bundes, NVwZ 2017, 1401 ff.

20 Übersicht bei *Sachs*, Einleitung, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hg), VwVfG⁹ (2018) Rn 48.

vom 21. April 2016 und wurde zuletzt am 5. Juli 2018 geändert.²¹ Allerdings hält sich der inhaltliche Abweichungsgrad der Landes-VwVfGe vom BVwVfG in deutlichen Grenzen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Bundesländer, die – wie Berlin – in ihren Verwaltungsverfahrensgesetzen grundsätzlich dynamisch auf das BVwVfG verweisen.²² Aber auch in den Bundesländern mit einer Vollregelung besteht ein hoher Übereinstimmungsgrad mit den Anforderungen des BVwVfG.²³

B) Verwaltungsverfahren im weiteren und weitesten Sinne

Beim Verwaltungsverfahren im weiteren und weitesten Sinne bestehen starke bereichsspezifische Unterschiede. Besonders große Gestaltungsspielräume der Länder bestehen bei der Entscheidungsfindung kommunaler/bezirklicher Organe. Anders verhält es sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Denn im Oberschwellenbereich hat der Bund mit §§ 97 ff. GWB sowie den zugehörigen Rechtsverordnungen eine weitgehend abschließende Regelung getroffen. Den Ländern verbleiben hier jedoch Handlungsspielräume für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Hier haben sie regelmäßig eigene Landesvergabegesetze erlassen.

IV. Automatisierung des Verwaltungsverfahrens im engeren Sinn

A) Teilautomatisierte Verwaltungsakte

1. Begriff

Die Teilautomation zeichnet sich dadurch aus, dass wesentliche Verfahrensschritte und die eigentliche Entscheidungsfindung einem Amtswalter und damit einer natürlichen Person vorbehalten bleiben.²⁴ Die automatische Einrichtung unterstützt ihn also lediglich.²⁵ Im Gegensatz dazu wird der vollautomatisierte Verwaltungsakt nach § 35a VwVfG da-

21 VwVfG Bln vom 21.4.2016 (GVBl 218), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.7.2018 (GVBl 462).

22 Hierzu Siegel, § 2, in: ders./Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin³ (2020) Rn 2.

23 Sachs, Einleitung Rn 48.

24 Zum Begriff des Amtswalters Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht²⁰ (2020) § 21 Rn 39 ff.

25 Siegel, Elektronisches Verwaltungshandeln, JURA 2020, 920 (923).

durch geprägt, dass er „vollständig“ durch automatisierte Einrichtungen erlassen wird.

2. Erfordernis der Zugangseröffnung (§ 3a Abs 1 BVwVfG)

Voraussetzung für die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel ist jedoch gemäß § 3a Abs 1 BVwVfG, der über die Verweisung in § 1 Abs 1 VwVfG Bln auch in Berlin zur Anwendung kommt, nach wie vor die Einräumung eines Zugangs. Dies gilt nicht nur zugunsten der BürgerInnen und Unternehmen, sondern auch zugunsten der öffentlichen Verwaltung.²⁶ Allerdings wird auf deren Homepages inzwischen regelmäßig eine E-Mail-Adresse angegeben, so dass die Zugangseröffnung den praktischen Regelfall bildet und etwaige Ausnahmen fast schon gesucht werden müssen.²⁷ Zudem verpflichtet § 2 Abs 1 BEGovG seit dem Jahre 2013 alle Behörden – unter Einbeziehung solcher auf Landesebene²⁸ – zur Einräumung eines Zugangs.²⁹ Seitens der BürgerInnen und Unternehmen verbleibt es hingegen beim Grundsatz der Freiwilligkeit nach § 3a Abs 1 BVwVfG.³⁰

3. Bundesrechtlich geprägte Verfahrensmodifizierungen

Beim Erlass eines teilautomatisierten Verwaltungsakts sind grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensanforderungen zu beachten. Allerdings enthält das BVwVfG einige spezifische Regelungen für teilautomatisierte Verwaltungsakte, welche über die Verweisung des § 1 Abs 1 VwVfG Bln auch in Berlin zur Anwendung kommen.³¹ So enthält § 24 Abs 1 S 3 BVwVfG eine besondere Bestimmung zur Sachverhaltsermittlung. Erfolgt diese in automatisierter Weise, besteht das Risiko, dass bestimmte Angaben unentdeckt bleiben.³² Deshalb müssen im Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben der Beteiligten berücksichtigt

26 BVerwG, NVwZ 2017, 967 (968).

27 Kopp/Ramsauer, VwVfG²¹ (2020) § 3a Rn 12 mwN. Beispiel bei BVerwG, NVwZ 2017, 967 (968). AA neuerdings VG Kassel, NVwZ 2020, 1133, 1134; zu dieser Entscheidung zu Recht kritisch Müller, Konkludente Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs mit der Verwaltung durch Angaben im Briefkopf, NVwZ 2020, 1092 ff.

28 Denkhaus/Richter/Bostelmann, EGovG § 2 EGovG Rn 3.

29 Siegel, E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl 2020, 552 (556).

30 Schmitz, § 3a, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hg), VwVfG⁹ (2018) Rn 10.

31 Übersicht bei Siegel, JURA 2020, 926 f.

32 Hierzu Hufen/Siegel, Verwaltungsverfahren Rn 196.

werden, welche im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.³³ § 28 Abs 2 Nr 4 BVwVfG gestattet es der zuständigen Behörde, beim Erlass eines teilautomatisierten Verwaltungsakts nach pflichtgemäßem Ermessen von der Anhörung nach § 28 Abs 1 BVwVfG abzusehen. Da die Anhörung der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit sowie der Transparenz dient, ist diese Ausnahmebestimmung jedoch eng auszulegen.³⁴ Nach § 39 Abs 2 Nr 3 BVwVfG kann zudem bei teilautomatisierten Verwaltungsakten von einer Begründung abgesehen werden, wenn eine solche nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten erscheint.³⁵ Schließlich ist im Jahre 2017 der herkömmlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs 1 BVwVfG in Abs 2a die Bekanntgabe durch Abruf über öffentlich zugängliche Netze zur Seite gestellt worden.³⁶ Anders als bei der herkömmlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs 1 VwVfG, bei der es nicht auf die tatsächliche Kenntniserlangung ankommt, ist im Rahmen des Abs 2a ein tatsächlicher Abruf erforderlich.³⁷

4. Landesrechtlich geprägte Verfahrensmodifizierungen

a) Aktenführung (§ 7 EGovG Bln)

Allerdings sind einige Modifizierungen der allgemeinen Verfahrensgebote auch im Landesrecht anzutreffen. Dies gilt zunächst für die Aktenführung. Denn die Bestimmung des § 6 BEGovG zur elektronischen Aktenführung richtet sich unmittelbar lediglich an Bundesbehörden.³⁸ Aus der Gesamtkonzeption des BEGovG ist jedoch zu entnehmen, dass die Länder nach Möglichkeit entsprechende Regelungen einführen sollen.³⁹ In Berlin ist dies durch § 7 EGovG Bln geschehen. Danach sollen spätestens ab dem 1. Januar 2023 die Akten der Berliner Verwaltung elektronisch geführt werden.⁴⁰ Damit korrespondiert nach § 8 EGovG Bln, welcher § 7 BEGovG nachgebildet wurde, eine grundsätzliche Pflicht zur Digitalisierung und Vernichtung der Papierdokumente.⁴¹ Der

33 Zur Anwendbarkeit der Norm auf teilautomatisierte Verwaltungsakte *Kallerhoff/Fellenberg*, § 24, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hg), VwVfG⁹ (2018) Rn 57b.

34 *Hufen/Siegel*, Verwaltungsverfahren Rn 606 iVm Rn 317.

35 Hierzu *Windoffer*, § 35a, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hg), VwVfG² (2019) Rn 33.

36 BT-Drs 18/8434, 122.

37 BT-Drs 18/8434, 123. Dies bereits zuvor fordernd *Braun Binder*, Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten über Behördenportale, NVwZ 2016, 342 (346).

38 *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG § 6 EGovG Rn 15.

39 *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG § 6 EGovG Rn 15.

40 Hierzu die Gesetzesbegründung Drs des Abgeordnetenhauses 17/2513, S 25.

41 Zur Reichweite *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG § 8 EGovG Bln Rn 4 ff sowie § 7 EGovG Rn 29 ff.

Einführung der elektronischen Akte muss(te) nach allgemeinen Grundsätzen eine Ausschreibung nach dem Vergaberecht vorausgehen. Ein erstes Vergabeverfahren ist jedoch gescheitert.⁴² Daher muss nun eine erneute Ausschreibung durchgeführt werden, wodurch sich die Einführung der elektronischen Akte voraussichtlich um zwei Jahre verzögert.⁴³

b) Akteneinsicht (§ 6 VwVfG Bln, § 9 EGovG Bln)

Die bundesrechtliche Regelung des § 29 BVwVfG zur Akteneinsicht wird zunächst in § 6 VwVfG Bln allgemein modifiziert. Insbesondere wird das Akteneinsichtsrecht in § 6 Abs 1 S 1 VwVfG Bln auf alle das Verfahren betreffenden Akten erweitert. Zudem erfolgt die Akteneinsicht nach § 6 Abs 3 VwVfG Bln im Unterschied zu § 29 Abs 3 BVwVfG stets bei der Behörde.⁴⁴ Allerdings wirkt sich die anstehende Digitalisierung auch auf die Form der Akteneinsicht aus. In Anlehnung an die bundesrechtliche Regelung des § 8 BEGovG können die Berliner Behörden die Einsicht in elektronische Daten gemäß § 9 EGovG Bln dadurch gewähren, dass sie einen Aktenausdruck zur Verfügung stellen (Nr 1), die elektronischen Dokumente auf einem Bildschirm wiedergeben (Nr 2), elektronische Dokumente übermitteln (Nr 3) oder den elektronischen Zugriff auf den Inhalt der Akten gestatten (Nr 4).⁴⁵

B) Vollautomatisierte Verwaltungsakte

1. Begriff

Der vollautomatisierte Verwaltungsakt nach § 35a BVwVfG unterscheidet sich vom zuvor behandelten teilautomatisierten Verwaltungsakt dadurch, dass er „vollständig“ durch automatisierte Einrichtungen erlassen wird. Mit der Regelung wird klargestellt, dass auch ein vollautomatisierter Verwaltungsakt einen Verwaltungsakt im Sinne des BVwVfG

42 VK Berlin, Beschluss vom 13.3.2020 – VK-B 1-36/19, Rn 52 ff, BeckRS 2020, 4339. Zum Erfordernis einer vorherigen Bekanntmachung der Zuschlagskriterien nach § 127 Abs. 5 GWB Ziekow, § 127 GWB in: ders/Völlink (Hg), *Vergaberecht*⁴ (2020) Rn 44 mwN.

43 Hierzu der Artikel im Tagesspiegel vom 28.6.2020 „Warum Berlins Verwaltung noch bis 2025 mit Zettel und Stift arbeitet“ abrufbar unter <<https://www.tagesspiegel.de/berlin/keine-digitalisierung-in-sicht-warum-berlins-verwaltung-noch-bis-2025-mit-zettel-und-stift-arbeitet/25956144.html>> (10.12.2020).

44 Hierzu sowie zu weiteren Modifizierungen Siegel, § 2 Rn 15.

45 Zu diesen Möglichkeiten im Einzelnen Denkhäus/Richter/Bostelmann, EGovG § 9 EGovG Bln Rn 5 ff iVm § 8 EGovG Rn 14 ff.

darstellt.⁴⁶ Durch die Verweisung in § 1 Abs 1 VwVfG Bln kommt die Bestimmung auch in Berlin zur Anwendung.⁴⁷

2. Zulässigkeit

Im Unterschied zum teilautomatisierten Verwaltungsakt muss der vollautomatisierte Verwaltungsakt jedoch durch Rechtsvorschrift zugelassen werden. Mit diesem Regelungsvorbehalt zugunsten des Fachrechts soll sichergestellt werden, dass die Figur auf geeignete Verfahren beschränkt bleibt.⁴⁸ Die Zulassung durch Fachrecht setzt die jeweilige Gesetzgebungskompetenz voraus. Wegen der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung nach Art 84 Abs 1 und Art 85 Abs 1 GG hätten die Länder beim Fehlen einer abschließenden bundesrechtlichen Regelung grundsätzlich auch die Möglichkeit, den vollständig automatischen Vollzug von Bundesgesetzen zuzulassen.⁴⁹ Die Anerkennung des vollautomatisierten Verwaltungsakts in § 35a BVwVfG impliziert zwar grundsätzlich die Einsatzmöglichkeit von Algorithmen.⁵⁰ Allerdings hat das BVerfG in einer Entscheidung zur Telekommunikationsaufklärung erklärt, dass vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie auch der Einsatz von Algorithmen zu regeln ist, „insbesondere die Sicherstellung ihrer grundsätzlichen Nachvollziehbarkeit in Blick auf eine unabhängige Kontrolle“.⁵¹ Daher muss das Fachrecht den Einsatz vollautomatisierter Verwaltungsakte nicht nur abstrakt zulassen, sondern auch konkret steuern.

V. Automatisierung der Entscheidungsfindung kommunaler/ bezirklicher Hauptorgane

Die Entscheidungsfindung kommunaler/bezirklicher Organe in den Bundesländern ist zwar als Verwaltungsverfahren iSd § 1 BVwVfG einzuordnen. Allerdings besteht ein Vorrang der Bestimmungen des Kommunalrechts bzw in Berlin des Bezirksverwaltungsrechts. Ein besonderes Augenmerk gilt hier dem jeweiligen Hauptvertretungsorgan einer

46 BT-Drs 18/8434, 122. Zu den (weiteren) Auswirkungen auf das Verwaltungsrecht Berger, Brauchen wir ein neues Verwaltungsrecht?, DVBl 2019, 1234 ff.

47 Siegel, § 2 Rn 21.

48 BT-Drs 18/8434, 122.

49 Hierzu sowie zu den Grenzen Stelkens, § 35a, in: ders/Bonk/Sachs (Hg) VwVfG⁹ (2018) Rn 34.

50 Etwa Schmitz/Prell, Neues zum E-Government, NVwZ 2016, 1273 (1274).

51 BVerfG, Urteil vom 19. 5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn 192 – juris.

Gemeinde bzw eines Bezirks. Dieses Hauptvertretungsorgan wird in den meisten deutschen Bundesländern als Gemeinderat bezeichnet. In Berlin ist es die Bezirksverordnetenversammlung.

A) Grundsatz der Präsenzsitzung

Voraussetzung für die Beschlussfähigkeit der kommunalen Hauptorgane ist regelmäßig die Anwesenheit und Stimmberechtigung mindestens der Hälfte bzw mehr als der Hälfte der Mitglieder des Organs.⁵² Auch nach § 8 Abs 2 S 1 BzVwG Bln muss bei Berliner Bezirksverordnetenversammlungen zur Erlangung der Beschlussfähigkeit grundsätzlich mehr als die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend sein.⁵³ Dass die Anwesenheit jeweils eine körperliche sein muss, ergibt sich zwar nicht bereits aus dem Wortlaut, wird jedoch überwiegend implizit angenommen.⁵⁴ Dies beruht auf der Erwägung, dass bei Präsenzsitzungen das höchste Maß an Meinungsaustausch und Interaktionen möglich ist.⁵⁵

B) Bislang anerkannte Ausnahmen vom Präsenzprinzip

Bereits nach bisheriger Rechtslage war anerkannt, dass die Präsenzsitzung zwar den Grundsatz bildet, aber auch Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich sind. Allerdings wird ein schriftliches Umlaufverfahren grundsätzlich als unzulässig erachtet.⁵⁶ Ein solches Verfahren ist lediglich dann möglich, wenn es in dem betreffenden Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Entsprechende Regelungen sind teilweise in den Gemeindeordnungen der Bundesländer enthalten, dort aber beschränkt auf einfache Angelegenheiten.⁵⁷ Zudem sind in vielen Bundesländern sog digitale „Ratsinformationssysteme“ eingeführt worden. Diese sind jedoch auf die Einladung zu Sitzungen und den Zugang zu Sitzungsunterlagen und -niederschriften beschränkt.⁵⁸ Zudem handelt

52 Geis, Kommunalrecht⁵ (2020) § 11 Rn 143 ff.

53 Waldhoff/Holland, § 1, in: Siegel/Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin³ (2020) Rn 313.

54 Wacker, Entscheidungsfindung in Kollegialorganen in Krisenzeiten, NVwZ 2020, 922 (923) mwN.

55 Wacker, NVwZ 2020, 923.

56 Geis, Kommunalrecht § 11 Rn 156.

57 Vgl § 37 Abs 1 S 2 GemO Baden-Württemberg, § 39 Abs 1 S 2 Sächsische Gemeindeordnung; § 54 S 2 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt.

58 Hierzu etwa Grochtmann, Zur Zulässigkeit einer „elektronischen Ladung“ durch Ratsinformationssysteme, BayVBl 2013, 677 ff.

es sich bei diesen Ratsinformationssystemen lediglich um die Digitalisierung einzelner Verfahrensschritte.

C) Zulässigkeit von Video- und Audiokonferenzen *de lege lata*?

Dies führt zur Anschlussfrage, ob auch Video- und Audiokonferenzen, auf denen die eigentliche Erörterung und Beschlussfassung stattfinden sollen, zulässig sind. Dies wird ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung jedoch überwiegend verneint.⁵⁹ Begründet wird dies insbesondere mit dem bereits erwähnten Erfordernis einer körperlichen Anwesenheit. Allerdings beinhaltet der Begriff der „Anwesenheit“ nicht notwendigerweise ein physisches Element, sondern kann auch in einem virtuellen Sinne verstanden werden.⁶⁰ Ebenso kann der Begriff der Sitzung terminologisch auch Videositzungen erfassen.⁶¹ Als weiteres Argument gegen die Zulässigkeit von Video- und Audiokonferenzen wird angeführt, dass Video- und Audiokonferenzen derzeit noch nicht in gleichem Maße wie Präsenzsitzungen den Meinungsaustausch und die Interaktionen gewährleisten könnten.⁶² Dem wird man für schlichte Audiokonferenzen zustimmen können.⁶³ Darüber hinaus besteht bei Audiokonferenzen die erhöhte Gefahr, dass die Teilnehmer nicht zweifelsfrei identifiziert werden können.⁶⁴ Daher sollten Audiokonferenzen nur bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung möglich sein und auf Ausnahmekonstellationen beschränkt werden. Anders verhält es sich mit Videokonferenzen. Zwar bestehen in der Tat Bedenken, soweit und solange sie nicht das gleiche Maß an Meinungsaustausch und Interaktionen gewährleisten wie Präsenzsitzungen. Allerdings werden die technischen Systeme zunehmend verbessert und haben sich im Zuge der Corona-Krise in vielen Bereichen bewährt.⁶⁵ Zudem kann das verfassungsrechtlich verankerte Öffentlichkeitsprinzip nicht nur durch eine „Saalöffentlichkeit“, sondern auch durch eine „Medienöffentlichkeit“ gewahrt werden, sofern hinreichende Kontrollmöglich-

59 Wacker, NVwZ 2020, 923 mwN.

60 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise (2020) 104.

61 Lenz/Schulte, Sitzungen des Bundestags per Videokonferenz, NVwZ 2020, 744, sprechen insoweit von einer „Sitzung ... per Videokonferenz“.

62 Wacker, NVwZ 2020, 923.

63 Lück, Brandenburgische kommunale Notlageverordnung, LKV 2020, 201 (207).

64 LT-Drs Baden-Württemberg 16/8027, 7.

65 Auch der Verfasser dieses Beitrags hat bereits an diversen digitalen Sitzungen und Prüfungen an der Freien Universität Berlin teilgenommen bzw diese organisiert.

keiten bestehen.⁶⁶ Unter Berücksichtigung dieser Mindestanforderungen sind Videokonferenzen auch ohne ausdrückliche Zulassung zumindest nicht kategorisch unzulässig.⁶⁷

D) Regelungsbedarfe

Nach dem zuvor Gesagten sind Regelungsbedarfe festzustellen. Dies gilt nicht nur für Audiokonferenzen, die nach hier vertretener Ansicht ohne ausdrückliche Regelung unzulässig sind, sondern auch für Videokonferenzen. Denn selbst wenn diese nach bisheriger Rechtslage nicht kategorisch unzulässig sein mögen, würde die explizite Anerkennung von Videokonferenzen die aktuell bestehende Unsicherheit beseitigen. Zugleich könnten gewisse Mindestanforderungen normiert werden, die eine qualitative Gleichstellung mit Präsenzsitzungen gewährleisten. Dabei sind drei Grundsatzfragen zu klären. Zunächst muss bestimmt werden, ob es sich um eine befristete oder um eine unbefristete Regelung handelt. Zudem stellt sich die Frage, ob die Videositzungen auf echte Notfälle zu beschränken sind oder auch in anderen Konstellationen zugelassen werden sollen. Schließlich stellt sich die Frage der normativen Steuerung solcher Videokonferenzen. Hier muss insbesondere bestimmt werden, ob eher formelle Anforderungen zu erfüllen sind oder materielle.

E) Regelungsmodelle

Einige Bundesländer haben diesen Regelungsbedarf erkannt und ihr jeweiliges Landesrecht angepasst. Zu unterscheiden sind das Sonderregelungsmodell, das formelle Qualifikationsmodell und das materielle Qualifikationsmodell. Das Berliner BzVwG ist bislang noch nicht angepasst worden. Hier könnten die Regelungsmodelle der anderen Bundesländer als Vorbild dienen.

⁶⁶ Überzeugend Lück, LKV 2020, 205 f.

⁶⁷ So auch die Auffassung der Berliner Senatsinnenverwaltung in einem internen Vermerk, zitiert im Artikel „Eine Videokonferenz ist vorzugswürdig – Laut Senat sind digitale Sitzungen des Bezirksparlaments rechtlich zulässig“ des Tagesspiegels vom 2.4.2020, abrufbar unter <<https://leute.tagesspiegel.de/steglitz-zehlendorf/macher/2020/04/02/118194/eine-videokonferenz-ist-vorzugswuerdig-laut-senat-sind-digitale-sitzungen-des-bezirksparlaments-rechtlich-moeglich/>> (10.12.2020).

1. Brandenburg (Sonderregelungsmodell)

So hat Brandenburg am 15. April 2020 das Brandenburgische kommunale Notlagengesetz (BbgKomNotG) verabschiedet.⁶⁸ In diesem Gesetz wird in § 1 wegen der Corona-Pandemie eine landesweite außergewöhnliche Notlage festgestellt.⁶⁹ § 2 BbgKomNotG ermächtigt den Minister des Inneren und für Kommunales, durch Rechtsverordnung Abweichungen von der brandenburgischen Kommunalverfassung zuzulassen. Auf Grundlage dieser Ermächtigung wurde sodann am 17. April 2020 die Brandenburgische kommunale Notlagenverordnung (BbgKomNotV) erlassen.⁷⁰ Diese sieht in §§ 4-7 vor, dass Präsenzsitzungen unter bestimmten Voraussetzungen durch Video- und Audiositzungen ersetzt werden können.⁷¹ Das BbgKomNotG war zunächst bis zum 30. September 2020 befristet und ist sodann bis zum 30. Juni 2021 verlängert worden.

2. Rheinland-Pfalz (formelles Qualifikationsmodell)

Einen anderen Weg hat Rheinland-Pfalz beschritten und § 35 seiner GemO, in welchem der Grundsatz der Öffentlichkeit geregelt ist, mit Gesetz vom 3. Juni 2020 um einen dritten Absatz ergänzt, allerdings zunächst nur bis zum 31. März 2021.⁷² Diese Bestimmung erfasst sachlich nicht nur Videokonferenzen, sondern auch Telefonkonferenzen sowie schriftliche und elektronische Umlaufverfahren. § 35 Abs 3 S 1 GemO RP knüpft zwar an ein materielles Kriterium an: Danach muss entweder eine Naturkatastrophe vorliegen, oder eine andere außergewöhnliche Notsituation muss dies erfordern.⁷³ Anders als in Brandenburg werden aber keine qualitativen Anforderungen an die Videokonferenzen gestellt. Stattdessen bedarf es nach § 35 Abs 3 S 1 GemO RP der Zustimmung von zwei Drittel der Ratsmitglieder. Zudem muss nach § 35 Abs 3 S 3 GemO RP die zuständige Aufsichtsbehörde der Feststellung einer Ausnahmesituation zustimmen.⁷⁴ Da die zentralen Anforderungen damit im formellen Bereich liegen, könnte dieses Modell auch als formelles Qualifikationsmodell bezeichnet werden.

68 GVBl I Brandenburg 2020 Nr 14.

69 Zur Gesetzesbegründung vgl LT-Drs Brandenburg 7/991.

70 GVBl II Brandenburg 2020 Nr 19.

71 Hinzu kommt in § 8 BbgKomNotV ein Umlaufverfahren, das jedoch lediglich als „Annex“ zu einem anderweitigen Beratungsgegenstand eingesetzt werden kann; hierzu Lück, LKV 2020, 207.

72 GVBl Rheinland-Pfalz 2020, 244.

73 Hierzu die Gesetzesbegründung LT-Drs Rheinland-Pfalz 17/11761, 4 ff.

74 LT-Drs Rheinland-Pfalz 17/11761, 5.

3. *Baden-Württemberg (materielles Qualifikationsmodell)*

Ein drittes Modell ist in Baden-Württemberg anzutreffen. Dort wurde durch Gesetz vom 7. Mai 2020 ein neuer § 37a in die Gemeindeordnung des Landes aufgenommen.⁷⁵ Nach dessen Abs 1 S 1, 1 Hs und Abs 3 sind Videokonferenzen und vergleichbare Verfahren zunächst bis zum 31. Dezember 2020 kraft Gesetzes, danach bei einer entsprechenden Zulassung durch die Hauptsatzung möglich. Das Erfordernis einer Übertragung von „Bild und Ton“ beinhaltet eine Beschränkung auf Videokonferenzen unter gleichzeitiger Ausblendung von Audiokonferenzen.⁷⁶ Zudem sind gemäß § 37a Abs 1 S 2 GemO BW auch Videokonferenzen beschränkt auf Gegenstände einfacher Art sowie auf andere – also nicht einfache – Gegenstände, sofern ein schwerwiegender Grund vorliegt. Die schwerwiegenden Gründe werden in § 37a Abs 1 S 3 GemO BW beispielhaft aufgeführt („insbesondere“). Zu ihnen zählen etwa Naturkatastrophen oder Gründe des Seuchenschutzes. Die materiellen Mindestanforderungen an Videokonferenzen sind in § 37a Abs 1 S 1, 2 Hs GemO BW geregelt. Danach muss eine zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton durch geeignete technische Mittel erfolgen. Dies ist von der Gemeinde nach Abs 2 der Bestimmung sicherzustellen. Wegen dieser inhaltlichen Anforderungen kann ein solches Modell auch als materielles Qualifikationsmodell bezeichnet werden.

4. *Bewertung*

Alle drei Modelle erkennen die Zulässigkeit von Videokonferenzen unter gewissen Voraussetzungen an. Die Regelungen in Brandenburg und Rheinland-Pfalz bringen jedoch zugleich eine gewisse Skepsis gegenüber solchen Verfahren zum Ausdruck. Dies äußert sich zum einen in der jeweiligen zeitlichen Befristung, zum anderen in der Begrenzung auf Notstandssituationen.⁷⁷ Demgegenüber erweist sich die baden-württembergische Regelung als offener. Denn sie ist zum einen zeitlich nicht begrenzt. Zum anderen eröffnet sie einen weiteren Anwendungsbereich für Videokonferenzen. Denn diese dürfen bei einfachen Gegenständen ohne zusätzliche Begründung durchgeführt werden; und auch bei anderen – also nicht einfachen – Gegenständen ist der Zulassungsgrund der schwerwiegenden Gründe weiter gefasst als

⁷⁵ GBl Baden-Württemberg 2020, 259.

⁷⁶ LT-Drs Baden-Württemberg 16/8027, 7.

⁷⁷ Deutlich die Gesetzesbegründung zu § 35 Abs 3 GemO Rheinland-Pfalz: „... in absoluten Ausnahmefällen...“.

in Brandenburg und Rheinland-Pfalz. Im Hinblick auf Videokonferenzen erscheint daher insgesamt das baden-württembergische Modell vorzugswürdig und könnte daher als Vorbild für eine Anpassung des Berliner Landesrechts dienen.

VI. Automatisierung des Vergaberechts

A) Grundsatz der obligatorischen E-Vergabe

Besonders weit vorangeschritten ist die Digitalisierung im Vergaberecht.⁷⁸ Dort besteht im überschwelligem Kartellvergaberecht seit Oktober 2018 die grundsätzliche Pflicht zur Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel.⁷⁹ Im Unterschied zu vielen anderen Bereichen gilt diese Pflicht nicht nur für die öffentlichen Auftraggeber, sondern grundsätzlich auch für die bietenden Unternehmen. Aber auch im unterschwelligen Haushaltsvergaberecht ist eine zunehmende Hinwendung zur obligatorischen E-Vergabe zu beobachten. Dies gilt insbesondere für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen nach der neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), welche im Unterschwellenbereich die VOL/A ersetzen soll.⁸⁰ Die UVgO bezweckt allgemein eine Annäherung des Haushaltsvergaberechts an das Kartellvergaberecht. Folgerichtig sieht sie in § 7 und § 38 den Grundsatz der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel vor.⁸¹

B) Modifizierungen im Haushaltsvergaberecht

Da es sich bei der UVgO weder um ein Gesetz im formellen Sinne noch um ein Gesetz im materiellen Sinne handelt⁸², bedarf es eines Anwendungsbefehls, um ihrem Inhalt Verbindlichkeit zu verschaffen.

78 Auch die Corona-Krise hat grundsätzlich eine Stärkung der E-Vergabe bewirkt; hierzu Siegel, *Verwaltungsrecht im Krisenmodus*, NVwZ 2020, 577 (582 ff.). Eingehend Braun, *Vergabe in Zeiten der COVID-19-Krise*, VergabeR 2020, 433 ff.

79 Hierzu Siegel, *Elektronisierung des Vergabeverfahrens*, LKV 2017, 385 (387 ff.); ausführlich Vogt, *E-Vergabe* 76 ff. Zu den seit dem 1.1.2020 gültigen Schwellenwerten Greb, § 106 GWB, in: Ziekow/Völlink (Hg), *Vergaberecht*⁴ (2020) Rn 11.

80 Hierzu die Erläuterungen des BMWi zur UVgO vom 2.2.2017, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo-erlaeuterungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6> (10.12.2020).

81 Hierzu Siegel, *Zur funktionalen Annäherung des Haushaltsvergaberechts an das Kartellvergaberecht* durch die UVgO, VergabeR 2018, 183 (186).

82 Es handelt sich auch um keine Rechtsverordnung, sondern um eine „Ordnung“.

Ein solcher ist zunächst auf Bundesebene ergangen.⁸³ In Berlin ist die UVgO grundsätzlich seit dem 1. April 2020 anzuwenden.⁸⁴ Das Erfordernis eines Anwendungsbefehls ermöglicht sowohl zeitliche Abweichungen als auch inhaltliche Modifizierungen. So ist in etwa in Berlin Zuwendungsempfängern eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2023 eingeräumt worden.⁸⁵

VII. Umfassende Automatisierung des Verwaltungsverfahrens

A) Der Portalverbund nach dem Onlinezugangsgesetz (OZG)

Einen gesamtheitlichen Ansatz zur Digitalisierung verfolgt das Onlinezugangsgesetz des Bundes (OZG). Dessen zentraler Inhalt ist die Einrichtung eines möglichst umfassenden Portalverbundes.⁸⁶ Der Portalverbund nach dem OZG erfasst alle Verwaltungsebenen unter Einbeziehung der kommunalen und erstreckt sich auch auf bislang noch nicht online gestellte Verwaltungsleistungen. Ausgeschlossen sind lediglich ungeeignete Leistungen.⁸⁷ Der Portalverbund greift damit die bereits lange in der Verwaltungswissenschaft verbreitete Zielsetzung der „Verwaltungsleistungen aus einer Hand“ (*One-Stop-Government*) auf und überträgt sie auf die Digitalisierung: Ohne die sachlichen Zuständigkeiten der jeweiligen Behörden zu berühren, sollen BürgerInnen und Unternehmen möglichst wenige, idealweise nur einen Ansprechpartner haben, auch wenn sie mehrere Verwaltungsleistungen in Anspruch nehmen wollen.⁸⁸ Der Portalverbund ist gemäß § 1 Abs 1 OZG zu errichten bis zum 31. Dezember 2022. Die landesspezifischen Besonderheiten für Berlin werden geregelt im Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen der Berliner Verwaltung (OZG Bln) vom 4. März 2020.⁸⁹ Mit dem OZG werden allerdings keine subjek-

83 BAnz AT vom 7.2.2017, B1.

84 Hierzu Ziffer 3.1.2 der Berliner Ausführungsvorschriften zu § 55 LHO (nach dem Stand vom Februar 2020), sowie das erläuternde Rundschreiben der Senatsverwaltung für Finanzen vom 14.2.2020, abrufbar unter <<https://www.berlin.de/vergabeservice/aktuelles/artikel.893448.php>> (10.12.2020). Übersicht über die Geltung in den anderen Bundesländern bei Ziekow, Einleitung UVgO, in: ders/Völlink (Hg), *Vergaberecht*⁴ (2020) Rn 3.

85 S 2 des Rundschreibens der Senatsverwaltung vom 14.2.2020 (Fn 84).

86 Überblick bei Hermann/Stöber, NVwZ 2017, 1401 ff.

87 Einzelheiten bei Siegel, Auf dem Weg zum Portalverbund, DÖV 2018, 185 ff.

88 Hierzu Misgeld/Wojtczak, § 28, in: Seckelmann (Hg), *Digitalisierte Verwaltung*² (2019) Rn 5 ff.

89 OZG Bln vom 4.3.2020 (GVBl 202). Zur Begründung vgl. AH-Drs 18/1850.

tiven Rechte der BürgerInnen und Unternehmen auf elektronische Zugänglichkeit der Verwaltungsleistungen geschaffen. Dies lässt sich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnehmen.⁹⁰

B) Das „Single Digital Gateway“ (SDG)

Einen ähnlichen Ansatz wie das OZG verfolgt die EU-Verordnung 2018/1724 zur Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors. Diese Verordnung zielt ebenfalls auf die Einrichtung eines – unionsweiten – Portalverbundes ab („*Single Digital Gateway*“) und wirkt als Verordnung unmittelbar.⁹¹ Allerdings enthält die Verordnung vom OZG abweichende Umsetzungsfristen: Insbesondere tritt Art 6 der Verordnung, welcher den Zugang zu Verwaltungsverfahren regelt und damit das „Kernstück“ des Portalverbundes bildet, erst zum 12. Dezember 2023 in Kraft. Im Unterschied zum OZG sprechen gute Gründe dafür, dass die EU-Verordnung 2018/1724 zur Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors subjektive und damit einklagbare Rechte der BürgerInnen und Unternehmen einräumt. Denn sie ist insgesamt auf diese ausgerichtet und dient zugleich der Verwirklichung der Grundfreiheiten.⁹²

VIII. Fazit und Ausblick

Die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens in den deutschen Bundesländern wird zwar in vielfältiger Weise durch Vorgaben des Unionsrechts sowie des Bundesrechts geprägt. Allerdings verbleiben den Ländern immer noch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Von diesen haben die Bundesländer in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht. Zielsetzung ist insgesamt eine möglichst umfassende Automatisierung der öffentlichen Verwaltung. Einen bedeutsamen Schritt in diese Richtung bildet die Schaffung eines Portalverbundes.

90 BT-Drs 18/11135, 91.

91 Einzelheiten und Vergleich mit dem Portalverbund nach dem OZG bei Siegel, NVwZ 2019, 905 ff.

92 Näher Siegel, NVwZ 2019, 909.

Teil 5:
Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen – Zusammenfassende Bewertung der Tagungsergebnisse

I. Überblick über die Tagungsbeiträge

Die Konzeption der Tagung „*Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen*“ sah vor, dass die behandelten Aspekte in einem Drei-Länder-Vergleich Österreich, Schweiz und Deutschland analysiert wurden, wobei eine Trennung zwischen der Bundesebene und der Länder- bzw kantonalen Ebene vorgenommen wurde. Daraus ergaben sich sechs Referate, die durch eine allgemeine Einführung in das Thema durch *Nadja Braun Binder* ergänzt wurden. Aus dem Gesagten wird deutlich, dass im Mittelpunkt der Tagung gerade auch die Auswirkungen von Digitalisierung im föderalen System standen. Mit dem vorliegenden Beitrag wollen die Autoren sowohl eine Zusammenfassung der Erkenntnisse der Tagung vornehmen als auch einen Ausblick auf die weitere Entwicklung wagen.

In der bereits angesprochenen Keynote „*Digitalisierung der Verwaltung*“ befasst sich *Nadja Braun Binder*, Universität Basel, mit aktuellen Entwicklungen in den untersuchten Ländern wie auch auf europäischer Ebene (zB EU-Aktionsplan zur Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung¹) sowie Rechtsvorschriften auf europäischer Ebene (zB eIDAS-Verordnung², Netz- und InformationsRL³). Sie skizziert den Weg des in der Wissenschaft diskutierten und für einzelne Bereiche auch ansatzweise umgesetzten Szenarios jeweils *one-stop-shop* bzw *no-stop-shop*; das nun schon seit mehreren Jahrzehnten beherrschende Paradigma der zweckmäßigen Erledigung behördlicher Wege der Bürgerinnen und Bürger bei einer Behörde, wird demnach durch Instrumentarien ergänzt, die es gar nicht mehr erfordern, dass die Bürgerinnen und Bürger von sich aus die Behörde kontaktieren, wie

1 COM/2016/0179.

2 VO (EU) Nr 910/2014, ABl 2014 L 257/73.

3 RL (EU) 2016/1148, ABl 2016 L 194/1.

dies derzeit etwa bei der Abwicklung der österreichischen Familienbeihilfe der Fall ist.

Dessen ungeachtet ist im föderalen Staatsaufbau die Durchsetzung einer allgemeinen Digitalisierungsstrategie mit Schwierigkeiten behaftet. Zentrale Vorgaben stoßen rasch an die Grenzen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Der Föderalismus muss und kann jedoch mit einer Vielzahl von Herangehensweisen leben, wenn sich das System für Neues als offen und lernfähig erweist.

Die Bundesebene in Österreich wurde von *Tina Ehrke-Rabel*, Universität Graz, mit dem Fokus auf die Abgabenverwaltung behandelt. Dieser Bereich erweist sich im Hinblick auf die Automatisierung des Verfahrens als besonders geeignet. Allerdings erscheint es, wie *Ehrke-Rabel* ausführt, daher vor allem aus Gesichtspunkten des Gleichheitssatzes und des Grundrechts auf ein faires Verfahren geboten, dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz auch in der Eingriffsverwaltung einen gesetzlichen Rahmen zu geben. Die Maschine muss sozusagen vom Menschen überwacht werden. Jene Organe, die mit der Kontrolle und dem Vollzug algorithmusbasierter Entscheidungen befasst sind, müssen spezifisch geschult werden, um den sog „Automation Bias“ zu vermeiden. Weiters bedarf es klarer Rechtsgrundlagen und es muss nachvollziehbar sein, wie die Maschine zu ihrer Entscheidung gelangt ist.

Der Beitrag von *Daniela Thurnherr*, ebenfalls Universität Basel, welcher die Digitalisierung von Verwaltungsentscheidungen auf der Bundesebene in der Schweiz behandelt, führt aus, dass in der Schweizerischen Bundesverwaltung im September 2020 unter anderem das E-Government und die Künstliche Intelligenz als zentrale Aktionsfelder der bundesrätlichen Strategie „Digitale Schweiz“ identifiziert wurden. Im November 2020 erfolgte die Verabschiedung von Leitlinien, die als Orientierungsrahmen für den Umgang mit Künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung dienen. In Kooperation mit den Kantonen und Gemeinden definierte der Bund des Weiteren die „E-Government-Strategie Schweiz 2020–2023“, deren Ziel die gemeinsame aktive Steuerung der digitalen Transformation der Verwaltung bildet. Zudem beschloss der Bundesrat im Dezember 2020, dass bis Mitte 2021 die Ausgestaltung eines Kompetenznetzwerks Künstliche Intelligenz in der Bundesverwaltung geprüft werden soll.

Konkret zeichnen sich auf Bundesebene im Kontext des Zoll- und Steuerrechts sowie des Unfall- und Militärversicherungsrechts erste Anwendungsfelder ab, denen nach Auffassung *Thurnherrs* eine Vorreiterfunktion zukommen könnte. Darüber hinaus fehlt es indes noch

an den gesetzlichen Grundlagen, die ein Mehr an Automatisierung zulassen würden.

Annette Guckelberger, Universität des Saarlandes, stellt dar, wie vor dem Hintergrund des schlechten Abschneidens Deutschlands bei internationalen Vergleichsstudien zum E-Government die Digitalisierung der Verwaltung durch rechtliche Vorgaben zu beschleunigen wäre. So wurde mit Wirkung zum 20. Juli 2017 Art 91c GG um einen Absatz 5 betreffend den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern ergänzt. Das auf dieser Grundlage erlassene Onlinezugangsgesetz (nachfolgend: OZG) verpflichtet Bund und Länder, bis spätestens Ende 2022 rund 600 Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten, die miteinander zu einem Portalverbund verknüpft werden (§ 1 OZG).

Da die Elektronifizierung der Verwaltung in Deutschland insgesamt betrachtet nur langsam voranschreitet und die elektronische Aktenführung noch nicht überall Standard ist, verwundert es nicht, dass die Arbeitsfähigkeit mancher Behörden zu Beginn der Corona-Pandemie stark eingeschränkt war und davon berichtet wird, dass Baugenehmigungen nicht erteilt, Planungsverfahren nicht fortgeführt und KFZ-Zulassungen nicht bearbeitet werden konnten. Trotz all der negativen Auswirkungen, welche von der Corona-Pandemie ausgehen, zeitigt diese jedoch zumindest positive Nebeneffekte im Hinblick auf das Vorantreiben der Digitalisierung der Verwaltung.

Wie jedoch am Beispiel der Corona-Warn-App deutlich wurde, benötigen ausgereifte IT-Lösungen Zeit. Soweit nicht, wie bei dieser Anwendung, akuter Handlungsbedarf besteht, sollten Negativschlagzeilen – beispielhaft seien die Defizite der Warn-Apps *Nina* und *Katwarn* beim ersten nationalen Warntag genannt – tunlichst vermieden werden. Andernfalls wird das Vertrauen in den Staat, das sich auf die Richtigkeit digitaler Prozesse gründet, erschüttert.

Laut dem eGovernment Monitor 2020 dürfte sich bislang ein Nutzungsanstieg der Behördenangebote infolge der Corona-Pandemie kaum messen lassen, jedoch kann man insgesamt eine größere Aufgeschlossenheit gegenüber digitalen Diensten verzeichnen.

Sieht man vom Steuer- sowie Teilen des Sozialrechts ab, stellen sich nach *Guckelberger* vollständig automatisierte Verwaltungsakte bislang noch immer als Seltenheit dar. Insoweit erweist sich die Identifizierung geeigneter Verfahren als „Knackpunkt“. Anschließend sind die geeigneten

ten Verfahren durch eine Entscheidung des Fachgesetzgebers für die Vollautomatisierung zuzulassen.

Im Kernbereich staatlicher Verwaltung steht und fällt die Digitalisierung mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für das Verfahren. Diesbezüglich unterscheiden sich die drei untersuchten Staaten insoweit nicht, als in allen das Verwaltungsverfahren bundesrechtlich geregelt ist. Welcher Gestaltungsspielraum auf der Landesebene besteht, zeigen jedoch die Beiträge von *Elke Wirthumer*, *Andreas Glaser* und *Thorsten Siegel*.

Elke Wirthumer, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, stellt in ihrem Beitrag zur Digitalisierung in Österreich auf Landesebene die Möglichkeiten einer innovativen Landesverwaltung dar. Sie reicht von einer Verbesserung der Kooperationen der Bezirksverwaltungsbehörden als zentrale Anlaufstellen der Bürgerinnen und Bürger, über die Gestaltung elektronischer Formulare, der Digitalisierung der Verfahrensabwicklung bis hin zur Schaffung der Rahmenbedingungen für mehr oder weniger vollständig digitalisierte Entscheidungsfindung im Verwaltungsverfahren. Für Letzteres eignen sich nach derzeitigem Stand besonders Gebührenvorschreibungen. *Wirthumer* geht auch auf die Frage der Zurechenbarkeit von Entscheidungen näher ein, der nicht nur im Konzept des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, sondern im Rechtsstaat generell eine entscheidende Bedeutung zukommt.

Andreas Glaser, Universität Zürich, hält fest, dass sich jenseits des Steuerrechts derzeit kaum Rechtsgebiete für eine umfassende Automatisierung aufdrängen. Im Polizeirecht werden automatisierte Verfahrensschritte sicherlich weiterhin zunehmen und im Bagatellbereich, bspw. bei der Identitätsfeststellung, scheint eine Vollautomatisierung möglich. Wenn es aber um eingriffsintensive Maßnahmen wie personenbezogene Anordnungen wie eine Wegweisung, eine Festnahme oder die Auflösung einer Versammlung geht, dürften die maßgeblichen Verwaltungsentscheidungen auf absehbare Zeit in menschlicher Hand bleiben. Roboter, die Demonstranten gegen Anti-Covid-Maßnahmen einkesseln, bleiben seiner Auffassung nach wohl *science fiction*.

Wo sich erste Ansätze zeigen und bereits mittelfristig eine Vollautomatisierung als nützlich erweisen könnte, ist das Baubewilligungsverfahren. Ob dies angesichts des Einzelfallcharakters und des starken Situationsbezugs von Baugesuchen praktikabel ist, ist in der Literatur in der Schweiz (noch) umstritten.

Eine aus Sicht des Allgemeinen Verwaltungsrechts besonders umstrittene Frage dürfte *Glaser* zufolge die Vollautomatisierung von Verwaltungsentscheidungen sein, bei denen der Behörde ein Ermessen zukommt oder anderweitig politische Spielräume in Gestalt unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen, wie etwa bei der Einbürgerung.

Möglicherweise trägt die Diskussion um die Automatisierung und die damit verbundene Entlastung aber auch gerade dazu bei, die Behördenzuständigkeit treffsicherer zu organisieren und insbesondere Kollegialorgane wie Gemeinderäte könnten entlastet werden und sich auf ihre tatsächlich und rechtlich anspruchsvolleren Aufgaben konzentrieren. Dabei könnten sie durch die Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) von Massengeschäften und Routinetätigkeiten entlastet werden.

Thorsten Siegel, Freie Universität Berlin, betont, dass die Automatisierung des Verwaltungsverfahrens in den deutschen Bundesländern zwar in vielfältiger Weise durch Vorgaben des Unionsrechts sowie des Bundesrechts geprägt wird, allerdings verbleiben den Ländern immer noch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Von diesen haben die Bundesländer in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht. Zielsetzung ist insgesamt eine möglichst umfassende Automatisierung der öffentlichen Verwaltung. Einen bedeutsamen Schritt in diese Richtung bildet die Schaffung eines Portalverbunds.

Sollen Verwaltungsverfahren in stärkerem Maße automatisiert abgewickelt werden, werde es in einem nächsten Schritt darum gehen, hierfür geeignete Bereiche zu identifizieren. Auszuloten ist überdies das Bedürfnis nach flankierenden Bestimmungen, die sicherstellen, dass den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren auch unter den Bedingungen der Automatisierung hinreichend Rechnung getragen wird. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse könnten dereinst als Grundlage für die Identifikation von *best practices* oder die Formulierung allgemeiner verfahrensrechtlicher Handlungsanweisungen dienen.

Außerhalb des Tagungskonzepts steht der Beitrag von *Robert Stein* und *Gregor Wenda*, „Verfahren bei Instrumenten der direkten Demokratie: Der Weg zur Digitalisierung“, der von der Herausgeberin und den Herausgebern jedoch auf Grund des thematischen Zusammenhangs in den Tagungsband aufgenommen wurde. Die beiden Autoren veranschaulichen am Beispiel des österreichischen Volksbegehrens das Potenzial der Digitalisierung, die nicht nur Erleichterungen für die Bürgerinnen und Bürger gebracht hat, sondern das Instrument als solches aufgewertet hat. Demgegenüber stößt die Möglichkeit der

Digitalisierung von Wahlen noch immer an Grenzen, insbesondere hinsichtlich des e-votings besteht in Österreich nach wie vor große Zurückhaltung.

II. Schlussfolgerungen

Materien, in denen sich eine Teil-/Vollautomatisierung von Verwaltungsabläufen und Erledigungen eher eignen, sind insb durch folgende Wesensmerkmale gekennzeichnet: Hoher Standardisierungsgrad; einfachere Verfahren mit gleichförmigen Regeln und gleichförmigen Verfahrensabläufen; enger Entscheidungsspielraum mit vorhandenen Mustererledigungen. Beispiele: Verkehrsstrafen (Anonymverfügungen), automatisierte Fahrzeugfahndung (Kanton Bern), das in der österreichischen Finanzverwaltung etablierte Abgabenverfahren („FinanzOnline“) bzw generell Verfahren, in denen von einer Art Genehmigungsfiktion auszugehen ist und die Erledigung im Wesentlichen antragsgemäß ergehen kann (bspw Zulassung eines KFZ).

Teil-/vollautomatisierte Verfahrensabläufe eignen sich hingegen weniger in Rechtsbereichen, in denen es einer strengen individuellen Prüfung bzw (Interessens-)Abwägung bedarf, wie zB die Bewertung der Integration eines Asylwerbers bzw einer Asylwerberin, oder auch in Mehrparteienverfahren. In Deutschland etwa ist das auch ausdrücklich rechtlich festgeschrieben (§ 35a VwVfG): *„Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.“* Das bedeutet, dass der Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit weit höherwertiger zu qualifizieren ist, als jener des standardisierten bzw teil-/vollautomatisierten Vorgehens. Auch ist es (in Österreich) in sog „AVG-Verfahren“ auf Grund der Vielfalt an Materien erheblich schwieriger, eine standardisierte digitale Verfahrensabwicklung zu etablieren. Dies auch vor dem Hintergrund zahlreicher Sonderverfahrensbestimmungen in den Materiengesetzen. Praktische Probleme bereitet auch der Umstand, dass sich (va unbestimmte) Rechtsbegriffe nicht oder nicht so einfach in die Technik bzw IT-Sprache umwandeln lassen. Bislang bewährt haben sich hingegen IT-Systeme mit sog „Freitextfeldern“ für atypische Fälle, damit für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des oder der Beteiligten berücksichtigt werden können.

In diesem Zusammenhang kann ausgeführt werden, dass international bzw in den drei untersuchten Ländern die Zielsetzungen iZm dem

Bekenntnis zum Vorantreiben der Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung weitgehend ähnlich sind und der Koordination zwischen Bund und Ländern (bzw Kantonen) jeweils große Bedeutung zukommt. Bemerkenswerterweise ist zu konstatieren, dass in der Schweiz relativ wenig „zentral“ vom Bund vorgegeben wird und zur Beschleunigung der Digitalisierung öffentlich-rechtliche Vereinbarungen als Instrument eingesetzt werden. Allgemein ist festzuhalten, dass „das Recht“ (aktuell freilich auch das Coronavirus) die Digitalisierung in der Verwaltung antreibt und es diesbezüglich eines komplexen Zusammenwirkens von Geld, Ressourcen, Personal, TechnikerInnen, JuristInnen etc bedarf. Auch befürchten – zumindest teils – kleinere Verwaltungseinheiten (Länder/Kantone, Gemeinden) negative Auswirkungen auf föderale Strukturen dahingehend, dass das Voranschreiten der Digitalisierung in der Verwaltung einen Kompetenzverlust an den Bund bewirken würde.

In Bezug auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen im Falle digital unterstützter/erstellter Verfahrenserledigungen wurden folgende technische/rechtliche Fragen problematisiert: Gibt ein elektronisches Programm die tatsächliche – und eben dann nicht mehr behördliche – Willensbildung vor? Ist der Einfluss der Behörde auf die zu treffende Entscheidung noch hinreichend gewahrt? Ist die Verfahrenserledigung bzw der Bescheid überhaupt der Behörde zurechenbar? Inwieweit kann (zB im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung) von einem weisungsbefugten Organ (noch) Einfluss auf das Verfahren geübt werden oder ist etwa schon eine (zumindest teilweise) Willensbildung über ein elektronisches Programm/IT-System ohnehin vorgelagert? Verfahrensrechtlich ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte Grundsätze im Falle eines teil-/vollautomatisiert abgeführten Verfahrens leiden (zB Untersuchungsgrundsatz, Parteiengehör). Nach der Rechtsprechung ist jedenfalls wesentlich, dass der Einfluss der Behörde auf die Entscheidung sichergestellt sein muss und diese nicht durch die IT „vorprogrammiert“ ist. Anders gewendet, hat eine entsprechende Einflussnahmemöglichkeit auf das elektronische System/die Programmierung in jeder Lage des Verfahrens und insoweit zu bestehen, als damit insgesamt bei der Entscheidung die Willensbildung der Behörde (bzw des einzelnen Organwalters) zum Ausdruck kommt („Zurechenbarkeit“).

Generell gilt, dass (auch im Länder- und Ebenenvergleich) in den Verfahrensgesetzen alle (aus derzeitiger Sicht erkannten) wesentlichen Vorkehrungen für eine elektronische Verfahrensführung bereits enthalten oder die Anforderungen jedenfalls soweit erkannt sind, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen zeitnah geschaffen werden können. In immer mehr Materiengesetzen werden auch Insellösungen versucht,

die zT auch als *best practice* dienen könnten. Dabei geht mitunter auch der Blick auf andere bzw vergleichbare Bereiche verloren oder werden zT bereits verworfene oder als nicht optimal erkannte Wege (wieder/weiter) eingeschlagen.

Die weitere Praxis und die Rechtsanwendung werden zeigen, ob das bestehende Instrumentarium für die elektronische Aktenführung in der Hoheitsverwaltung einerseits genügend Rechtssicherheit bringt und andererseits auch ausreichend flexibel ist, um die technisch möglichen und auch politisch gewünschten Effekte im Hinblick auf mögliche Synergien und die Effizienz bewirken zu können.

Insgesamt scheinen jedenfalls folgende sechs Punkte (Thesen) Erfolgsfaktoren der weiteren digitalen Transformation zu sein, wobei die damit gestellten Fragen im demokratisch-liberalen Rechtsstaat (mittel-)europäischer Prägung in einem breiten gesellschaftlichen Konsens zu diskutieren und zu entscheiden sein werden (und damit auch weiteren Stoff für wissenschaftliche Befassung bieten):

1. (Wie) Gelingt es dem Staat auf die durch die Digitalisierung hervorgerufene fehlende Raumbeherrschung adäquat zu reagieren? Der am Staats-(Landes-, Gemeinde-)Gebiet orientierte Raumbezug iSv „örtlicher Zuständigkeit“ (mit dem auch ein klarer Verantwortungs- und Zurechnungszusammenhang zu Behörden und Organen verbunden ist) fehlt auf Grund der technischen Möglichkeiten vielfach (zB bei Verleumdungen im Netz), bietet andererseits auch Chancen und Risiken in Richtung einer vernetzten Gesamtzuständigkeit (vgl zB in Österreich neuerdings die Konzentration der Zuständigkeit beim „Finanzamt Österreich“).
2. (Wie) Behält der Staat die Datenhoheit, also die Hoheit über die als Grundlagen für die behördlichen Entscheidungen benötigten und erhobenen Daten (zB durch staatliche Regulierung der diversen Plattformen) einschließlich der Verfahrenshoheit (iSv Nachvollziehbarkeit der in einem Programm verwendeten Algorithmen), ohne dabei auf (externe) Dritte angewiesen zu sein?
3. (Wie) Können Fragen der informationellen Selbstbestimmungen (des Datenschutzes) der einzelnen von behördlichen Entscheidungen potenziell betroffenen Personen bei gleichzeitig optimaler Nutzung der vorhandenen Daten (zur Vermeidung von Mehrfach-erhebungen) hinreichend sichergestellt werden?
4. (Wie) Gelingt es die Systeme so zu gestalten, dass auch Personen, die sich der Technologien nicht bedienen können (zB wegen mangelnder technischer Zugänge oder Beeinträchtigungen) oder möch-

ten (zB weil sie der [vermuteten] Datensammlung kritisch gegenüberstehen) ohne Diskriminierungen die behördlichen Leistungen in Anspruch nehmen können? Der Staat hat zweifellos die Verpflichtung, auch Personen nicht zu diskriminieren, die auf diese Technologien verzichten wollen (vgl dazu etwa die aktuelle Diskussion iZm einem elektronischen Impfpass oder den Bezug von Gratis-COVID-19-Antigentests [zunächst nur] für Personen, die im elektronischen Gesundheitsakt registriert waren).

5. (Wie) Behält das Recht und behalten damit die demokratisch legitimierten Organe die „Oberhoheit“ im „Wechselspiel“ mit der technischen Ebene? Muss also alles, was technisch grundsätzlich möglich ist (etwa die automatische Meldung des Fahrzeugs an die Behörde, dass sich der Lenker womöglich auf einer „Amokfahrt“ befindet), auch für die Zwecke behördlicher Tätigkeiten und Entscheidungen eingesetzt werden? Was ist zu tun, um sicherzustellen, dass im Ergebnis nicht womöglich letztlich die technischen Möglichkeiten die Struktur behördlicher Entscheidungen (zB unter Außerachtlassung rechtsstaatlicher Grundsätze) vorgeben?
6. (Wie) Kann sichergestellt werden, dass behördliche Entscheidungen auch dann getroffen werden könnten, wenn sämtliche elektronische Unterstützungssysteme (zB wegen eines sog „Blackouts“ oder der Zerstörung der elektronischen Systeme) nicht mehr verfügbar sind? Die damit gestellte Frage nach der Resilienz behördlicher Entscheidungssysteme scheint uns eine ganz wesentliche, wird doch gerade von der öffentlichen Verwaltung in Krisen- und Katastrophenfällen (ja durchaus zu Recht) erwartet, dass sie gerade dann auch noch die staatlichen Kernleistungen sicherstellt. Dabei ist nicht nur die „technische“ Seite (iSv „IT-Daten-Backup“) zu beachten, sondern auch die Tatsache, dass Ideen und Fertigkeiten, die unserer (älteren) Generation noch aus früheren Tagen bekannt sind, für die Generation der *digital natives* gar keine Option mehr darstellen, weil sie etwa womöglich gar nicht mehr gelernt hat oder auch nicht weiß, wie aus mehreren Novellen eines Gesetzes ohne Rechtsinformationssysteme eine konsolidierte Fassung hergestellt werden oder wie zB ohne einem Multifunktionsgerät Vervielfältigungen für Kundmachungen oder Verlautbarungen hergestellt werden könnten (ganz zu schweigen davon, dass es womöglich dafür auch an den nötigen „analogen“ Geräten fehlen könnte – wer hat heute noch eine Schreibmaschine, das dafür benötigte Farbband oder Durchschlagpapier?).

Damit ist gezeigt, dass staatlich/behördliche Entscheidungsstrukturen und die dafür vorzusehenden (technischen) Verfahren weitergehenden (übergeordneten) Zielen entsprechen müssen, als womöglich vergleichbare Verfahren in privaten Dienstleistungs- oder Produktionsbereichen. Anspruch der staatlichen Verwaltung im Kernbereich staatlicher Leistungen ist eben die Vorsorge und Gewährleistung dieser Leistungen in nachvollziehbarer Art und Weise, auf Dauer und auf dem Boden des Rechtsstaats. Dass damit manche Verfahren und notwendigen Vorkehrungen nicht einfacher werden, liegt auf der Hand; diese „Erschwer-nisse“ müssen und sollen zum Wohl des demokratischen Rechtsstaats aber (gerne) in Kauf genommen werden.

Die Thesen können an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, sie bieten jedoch zumindest Ansatzpunkte für „Stellschrauben“ für die weitere digitale Entwicklung konkret in Bezug auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen. Beim Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme in (dafür geeigneten) „Massenverfahren“ sind daher (schon auf gesetzlicher Ebene) jedenfalls folgende drei Punkte sicherzustellen:

- Alle Entscheidungsgrundlagen (einschließlich der herangezogenen Daten[banken]) und Verknüpfungen sind offenzulegen und (auch für die Partei und selbstverständlich auch die nachprüfenden Gerichte) nachvollziehbar zu dokumentieren; dies gilt auch für (ver-fahrensnachgängig) weiter fortschreitende Integrationsschritte der verwendeten Systeme.
- Alle Verfahrensschritte (einschließlich der Speicherung, Datenweitergabe, Datenweiterverwendung und Archivierung) sowie die verwendeten (Entscheidungs-)Algorithmen sind ebenso offenzu-legen und nachvollziehbar zu dokumentieren.
- In allen Verfahren ist (weiterhin) schon auf der Ebene der behördli-chen (Erst-)Entscheidung eine (umfassende) Rechtsschutzmöglich-keit vorzusehen, die eine „Eskalation“ iS einer (Letzt-)Entscheidung durch einen eindeutig identifizierbaren Menschen (der dann auch in der politischen Entscheidungskette „verantwortlich“ ist) garan-tiert.

Vielleicht könnten auch gesetzliche Experimentierklauseln (Reallabore, Sand-boxes) bzw deren verstärkter Einsatz für sachlich oder auch örtlich begrenzte Bereiche ein Mittel der Wahl sein, nach dem Motto „West-galizisches Gesetzbuch trifft KI.“

Verzeichnis der Autorinnen, Autoren sowie Herausgeberin und Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Nadja Braun Binder, MBA, Professorin für Öffentliches Recht, Universität Basel.

Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger, Universitätsprofessor am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck; Direktor des Instituts für Föderalismus, Innsbruck; Mitglied des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein.

MMag. Dr. Mathias Eller, Institut für Föderalismus, Innsbruck.

Univ.-Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Professorin und Leiterin des Instituts für Finanzrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Karl-Franzens-Universität Graz.

Univ.-Prof. Dr. Andreas Glaser, Ordentlicher Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen, Universität Zürich; Mitglied der Direktion des Zentrums für Demokratie Aarau (ZDA).

Univ.-Prof. Dr. Annette Guckelberger, Professorin für Öffentliches Recht, Universität des Saarlandes.

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Siegel, Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, Freie Universität Berlin.

MR Mag. Robert Stein, Leiter der Abteilung III/6 (Wahlangelegenheiten), Bundesministerium für Inneres.

Dr. Wolfgang Steiner, Landtagsdirektor des Oberösterreichischen Landtags; Leiter der Direktion Verfassungsdienst, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, Linz; Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Johannes Kepler Universität – JKU Linz.

Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M. (Yale), Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht und Öffentliches Prozessrecht, Universität Basel.

Mag. Gregor Wenda, MBA, Stellvertretender Leiter der Abteilung III/6 (Wahlangelegenheiten), Bundesministerium für Inneres.

Mag. Elke Wirthumer, Direktion Präsidium, Abteilung Präsidium, Amt der Oö. Landesregierung, Linz.

SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUS

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. ISBN 3-7003-0479-X (€ 7,21)
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. ISBN 3-7003-0129-4 (€ 4,94)
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. ISBN 3-7003-0144-8 (vergriffen)
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. ISBN 3-7003-0478-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. ISBN 3-7003-0482-X (vergriffen)
- Bd. 6 **Fried Esterbauer/Guy Heraud/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. ISBN 3-7003-0161-8 (vergriffen)
- Bd. 7 **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. ISBN 3-7003-0181-2 (vergriffen)
- Bd. 8 **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. ISBN 3-7003-0182-0 (€ 17,44)
- Bd. 9 **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. ISBN 3-7003-0183-9 (vergriffen)
- Bd. 10 **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. ISBN 3-7003-0184-7 (vergriffen)
- Bd. 11 **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. ISBN 3-7003-0203-7 (vergriffen)
- Bd. 12 **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. ISBN 3-7003-0214-2 (€ 7,99)
- Bd. 13 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. ISBN 3-7003-0215-0 (€ 12,21)
- Bd. 14 **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. ISBN 3-7003-0226-6 (€ 21,66)
- Bd. 15 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. ISBN 3-7003-0245-2 (€ 14,39)
- Bd. 16 **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. ISBN 3-7003-0247-9 (vergriffen)
- Bd. 17 **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. ISBN 3-7003-0250-9 (vergriffen)

- Bd. 18 **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. ISBN 3-7003-0251-7 (vergriffen)
- Bd. 19 **Peter Pernthaler**, Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. ISBN 3-7003-0252-5 (€ 28,34)
- Bd. 20 **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. ISBN 3-7003-0270-3 (€ 20,35)
- Bd. 21 **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. ISBN 3-7003-0282-7 (vergriffen)
- Bd. 22 **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. ISBN 3-7003-0299-1 (vergriffen)
- Bd. 23 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Dezentralisation und Selbstorganisation. Theoretische Probleme und praktische Erfahrungen. 1982. ISBN 3-7003-0308-4 (€ 24,20)
- Bd. 24 **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0320-3 (€ 13,44)
- Bd. 25 **Harald Stolzechner**, Republik – Bund – Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0318-1 (€ 14,39)
- Bd. 26 **Peter Pernthaler/Irmgard Kathrein/Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum. Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. ISBN 3-7003-0341-6 (€ 49,42)
- Bd. 27 **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. ISBN 3-7003-0347-5 (€ 11,63)
- Bd. 28 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern. 1983. ISBN 3-7003-0364-5 (€ 20,35)
- Bd. 29 **Irmgard Kathrein**, Der Bundesrat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. ISBN 3-7003-0365-3 (€ 14,54)
- Bd. 30 **Richard Schmidjell/Karl Fink/Werner Plunger/Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. ISBN 3-7003-0524-9 (vergriffen)
- Bd. 31 **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. ISBN 3-7003-0519-2 (vergriffen)
- Bd. 32 **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. ISBN 3-7003-0566-4 (€ 26,96)
- Bd. 33 **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform. 1984. ISBN 3-7003-0606-7 (€ 33,07)
- Bd. 34 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. ISBN 3-7003-0607-5 (vergriffen)

- Bd. 35 **Christian Smekal/Manfried Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950–1983. 1985. ISBN 3-7003-0608-3 (vergriffen)
- Bd. 36 **Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 – 1873. 1985. ISBN 3-7003-0636-9 (€ 47,96)
- Bd. 37 **Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analysen einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern. 1986. ISBN 3-7003-0687-3 (vergriffen)
- Bd. 38 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986. ISBN 3-7003-0685-7 (vergriffen)
- Bd. 39 **Siegbert Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes. 1987. ISBN 3-7003-0810-1 (€ 23,26)
- Bd. 40 **Peter Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompentenz. 1987. ISBN 3-7003-0723-3 (vergriffen)
- Bd. 41 **Karl Weber**, Die mittelbare Bundesverwaltung. 1987. ISBN 3-7003-0738-1 (€ 59,59)
- Bd. 42 **Klaus Berchtold**, Die Verhandlungen zum Forderungsprogramm der Bundesländer seit 1956. 1988. ISBN 3-7003-0752-7 (€ 20,35)
- Bd. 43 **Peter Pernthaler**, Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken. 1988. ISBN 3-7003-0781-1 (vergriffen)
- Bd. 44 **Stefan Huber/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus und Regionalismus in europäischer Perspektive. 1988. ISBN 3-7003-0763-2 (vergriffen)
- Bd. 45 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Kulturpolitik. 1988. ISBN 3-7003-0798-5 (€ 18,17)
- Bd. 46 **Peter Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich. 1989. ISBN 3-7003-0811-6 (€ 24,71)
- Bd. 47 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die föderalistische Struktur Österreichs. 1989. ISBN 3-7003-0848-5 (€ 21,08)
- Bd. 48 **Wolfgang Burtscher**, EG-Beitritt und Föderalismus. Folgen einer EG-Mitgliedschaft für die bundesstaatliche Ordnung Österreichs. 1990. ISBN 3-7003-0864-7 (vergriffen)
- Bd. 49 **Fried Esterbauer/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt - Bilanz und Ausblick. 1991. ISBN 3-7003-0907-4 (€ 23,98)
- Bd. 50 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Außenpolitik der Gliedstaaten und Regionen. 1991. ISBN 3-7003-0930-9 (€ 23,26)
- Bd. 51 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Neue Wege der Föderalismusreform. 1992. ISBN 3-7003-0949-X (€ 23,26)
- Bd. 52 **Bernd-Christian Funk/Joseph Marko/Peter Pernthaler**, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG., 1992. ISBN 3-7003-0974-0 (vergriffen)
- Bd. 53 **Peter Pernthaler**, Das Länderbeteiligungsverfahren an der europäischen Integration. 1992. ISBN 3-7003-0976-7 (€ 15,26)

- Bd. 54 **Stefan Hammer**, Länderstaatsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Selbständigkeit der Länder im Bundesstaat. 1992. ISBN 3-7003-0984-8 (€ 31,61)
- Bd. 55 **Peter Pernthaler**, Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates. 1992. ISBN 3-7003-0988-0 (vergriffen)
- Bd. 56 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1993. ISBN 3-7003-1011-0 (€ 42,44)
- Bd. 57 **Heinz Schäffer/Harald Stolzlechner** (Herausgeber), Reformbestrebungen im Österreichischen Bundesstaatssystem. 1993. ISBN 3-7003-1015-3 (€ 17,49)
- Bd. 58 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Raumordnung – eine europäische Herausforderung. 1994. ISBN 3-7003-1041-2 (€ 15,99)
- Bd. 59 **Gerhard Thurner**, Der Bundesstaat in der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung. 1994. ISBN 3-7003-1042-0 (€ 35,61)
- Bd. 60 **Michael Morass**, Regionale Interessen auf dem Weg in die Europäische Union. Strukturelle Entwicklung und Perspektiven der Interessenvermittlung österreichischer und deutscher Landesakteure im Rahmen der Europäischen Integration. 1994. ISBN 3-7003-1048-X (€ 37,79)
- Bd. 61 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Reform der föderalistischen Finanzordnung. 1994. ISBN 3-7003-1075-7 (€ 23,26)
- Bd. 62 **Karl Weber/Martin Schlag**, Sicherheitspolizei und Föderalismus. Eine Untersuchung über die Organisation der Sicherheitsverwaltung in Österreich. 1995. ISBN 3-7003-1082-X (€ 23,26)
- Bd. 63 **Peter Bußjäger**, Die Naturschutzkompetenzen der Länder. 1995. ISBN 3-7003-1084-6 (€ 23,26)
- Bd. 64 **Klaus Eisterer**, Die Schweiz als Partner. Zum eigenständigen Außenhandel der Bundesländer Vorarlberg und Tirol mit der Eidgenossenschaft 1945–1947. 1995. ISBN 3-7003-1116-8 (€ 13,08)
- Bd. 65 **Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein**, Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen. Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und Landeskompetenzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht. 1996. ISBN 3-7003-1135-4 (€ 20,35)
- Bd. 66 **Fritz Staudigl/Renate Fischler** (Herausgeber), Die Teilnahme der Bundesländer am europäischen Integrationsprozeß. 1996. ISBN 3-7003-1162-1 (€ 13,44)
- Bd. 67 **Karl Weber/Irmgard Rath-Kathrein** (Herausgeber), Neue Wege der Allgemeinen Staatslehre. 1996. ISBN 3-7003-1167-2 (€ 20,35)
- Bd. 68 **Peter Pernthaler**, Kammern im Bundesstaat. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte einer stärkeren Föderalisierung der Kammern in Österreich. 1996. ISBN 3-7003-1170-2 (€ 16,42)
- Bd. 69 **Fridolin Zanon**, Das 2. Verstaatlichungsgesetz 1947 im Lichte der europarechtlichen Entwicklung. 1996. ISBN 3-7003-1171-0 (€ 15,99)

- Bd. 70 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Bundesstaatsreform als Instrument der Verwaltungsreform und des europäischen Föderalismus. 1997. ISBN 3-7003-1190-7 (€ 31,83)
- Bd. 71 **Josef Unterlechner**, Die Mitwirkung der Länder am EU-Willensbildungs-Prozeß: Normen – Praxis – Wertung. 1997. ISBN 3-7003-1206-7 (vergriffen)
- Bd. 72 **Sigrid Buchsteiner**, Die Verpflichtung der Gebietskörperschaften zur Tragung ihres Aufwandes. Eine Analyse des bundesstaatlichen Kostenträgungsgrundsatzes und der Kostenregelungskompetenz. 1998. ISBN 3-7003-1218-0 (€ 23,26)
- Bd. 73 **Peter Pernthaler/Nicoletta Bucher/Anna Gamper**, Bibliographie zum österreichischen Bundesstaat und Föderalismus 1998. ISBN 3-7003-1224-5 (€ 27,62)
- Bd. 74 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Das Recht des Wassers in nationaler und internationaler Perspektive. 1998. ISBN 3-7003-1226-1 (€ 27,62)
- Bd. 75 **Peter Bußjäger**, Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltungen. 1999. ISBN 3-7003-1261-X (€ 45,78)
- Bd. 76 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder. 1999. ISBN 3-7003-1209-3 (€ 27,62)
- Bd. 77 **Peter Pernthaler/Helmut Schreiner** (Herausgeber), Die Landesparlamente als Ausdruck der Identität der Länder. 2000. ISBN 3-7003-1320-9 (€ 21,66)
- Bd. 78 **Andreas Rosner**, Koordinationsinstrumente der österreichischen Länder. 2000. ISBN 3-7003-1321-7 (€ 40,70)
- Bd. 79 **Karl Weber/Magdalena Pöschl**, Die Haftung der Länder in der mittelbaren Bundesverwaltung. 2000. ISBN 3-7003-1326-8 (€ 20,35)
- Bd. 80 **Peter Bußjäger**, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates. 2001. ISBN 3-7003-1357-8 (€ 20,35)
- Bd. 81 **Sigrid Lebitsch-Buchsteiner**, Die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht. 2001. ISBN 3-7003-1358-6 (€ 18,89)
- Bd. 82 **Peter Bußjäger/Friedrich Lachmayer** (Herausgeber), Rechtsbereinigung und Landesrechtsdokumentation. 2001. ISBN 3-7003-1361-6 (€ 18,00)
- Bd. 83 **Peter Pernthaler/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Ökonomische Aspekte des Föderalismus. 2001. ISBN 3-7003-1369-1 (€ 21,00)
- Bd. 84 **Peter Bußjäger/Christoph Kleiser** (Herausgeber), Legistik und Gemeinschaftsrecht. 2001. ISBN 3-7003-1370-5 (€ 20,00)
- Bd. 85 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1401-9 (€ 26,00)
- Bd. 86 **Christian Ranacher**, Die Funktion des Bundes bei der Umsetzung des EU-Rechts durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1420-5 (€ 49,90)
- Bd. 87 **Stefan Mayer**, Regionale Europapolitik. Die österreichischen Bundesländer und die europäische Integration. Institutionen, Interessendurchsetzung und Diskurs bis 1998. 2002. ISBN 3-7003-1396-9 (€ 47,90)
- Bd. 88 **Harald Stolzlechner**, Zur rechtlichen Behandlung von Sportanlagen. 2002. ISBN 3-7003-1425-6 (€ 10,90)

- Bd. 89 **Peter Bußjäger**, Katastrophenprävention und Katastrophenbekämpfung im Bundesstaat. 2003. ISBN 3-7003-1431-0 (vergriffen)
- Bd. 90 **Gernot Meirer**, Die Verbindungsstelle der Bundesländer oder Die gewerkschaftliche Organisation der Länder. 2003. ISBN 3-7003-1435-3 (€ 42,90)
- Bd. 91 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Moderner Staat und innovative Verwaltung. 2003. ISBN 3-7003-1445-0 (€ 21,00)
- Bd. 92 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (editors), The Homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems. 2003. ISBN 3-7003-1453-1 (€ 24,90)
- Bd. 93 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens. 2004. ISBN 3-7003-1486-8 (€ 13,90)
- Bd. 94 **Peter Bußjäger/Jürgen Weiss** (Herausgeber), Die Zukunft der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung. 2004. ISBN 3-7003-1487-6 (€ 20,90)
- Bd. 95 **Helmut Kramer**, Ökonomische Aspekte der Bundesstaatsreform. 2004. ISBN 3-7003-1491-4 (vergriffen)
- Bd. 96 **Peter Bußjäger/Rudolf Hrbek** (Herausgeber), Projekte der Föderalismusreform – Österreich-Konvent und Föderalismuskommission im Vergleich. 2005. ISBN 3-7003-1528-3 (vergriffen)
- Bd. 97 **Ulrich Willi**, Die Bundesverfassungskonformität der Vorarlberger „Volksgesetzgebung“, 2005. ISBN 3-7003-1563-5 (€ 22,90)
- Bd. 98 **Anna Gamper/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union. La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea. 2006. ISBN 3-7003-1580-5 (€ 32,90)
- Bd. 99 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Finanzausgleich und Finanzverfassung auf dem Prüfstand. 2006. ISBN 3-7003-1589-9 (€ 20,90)
- Bd.100 **Peter Bußjäger**, Homogenität und Differenz – Grundlegung einer Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich vor dem Hintergrund der Europäischen Union. 2006. ISBN 3-7003-1595-3 (€ 32,90)
- Bd.101 **Werner Schroeder/Karl Weber**, Die Kompetenzrechtsreform. Aus österreichischer und europäischer Perspektive. 2006. ISBN 3-7003-1608-9 (€ 29,90)
- Bd.102 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Katastrophenschutz als Aufgabe und Verantwortung im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1631-2 (€ 22,90)
- Bd.103 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Beiträge zum Länderparlamentarismus. Zur Arbeit der Landtage. 2007. ISBN 978-3-7003-1632-9 (€ 27,90)
- Bd.104 **Gerhard Lehner**, Länderausgaben. Tendenzen in wichtigen Aufgabenbereichen. 2007. ISBN 978-3-7003-1653-4 (€ 19,90)
- Bd.105 **Stefan Hammer/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Außenbeziehungen der Länder im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1668-8 (€ 22,90)
- Bd.106 **Peter Bußjäger/Felix Knüpling** (Herausgeber), Können Verfassungsreformen gelingen? 2008. ISBN 978-3-7003-1671-8 (€ 32,90)

- Bd.107 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Sozialkapital, regionale Identität und Föderalismus. 2008. ISBN 978-3-7003-1675-6 (€ 22,90)
- Bd.108 **Astrid Berger**, Netzwerk Raumplanung – im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung. 2008. ISBN 978-3-7003-1685-5 (€ 32,90)
- Bd.109 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle. 2009. ISBN 978-3-7003-1708-1 (€ 26,90)
- Bd.110 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung. 2009. ISBN 978-3-7003-1738-8 (24,90)
- Bd.111 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Kooperativer Föderalismus in Österreich. Beiträge zur Verflechtung von Bund und Ländern. 2010. ISBN 978-3-7003-1748-7 (€ 27,90)
- Bd.112 **Andreas Rosner/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Im Dienste der Länder – im Interesse des Gesamtstaates. Festschrift 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer. 2011. ISBN 978-3-7003-1787-6 (€ 49,90)
- Bd.113 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Esther Happacher/Jens Woelk** (Herausgeber), Der Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (ETVZ): Neue Chancen für die Europaregion Tirol-Südtirol-Trentino. 2011. ISBN 978-3-7003-1811-8 (€ 26,90)
- Bd.114 **Martin C. Wittmann**, Der Senat der Italienischen Republik und der Bundesrat der Republik Österreich. Ein rechts- und politikwissenschaftlicher Vergleich. 2012. ISBN 978-3-7003-1831-6 (€ 58,00)
- Bd.115 **Peter Bußjäger/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Gemeindekooperationen. Chancen nutzen – Potenziale erschließen. 2012. ISBN 978-3-7003-1852-1 (€ 20,00)
- Bd.116 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Multi-Level-Governance im Alpenraum – Die Praxis der Zusammenarbeit im Mehrebenensystem. 2013. ISBN 978-3-7003-1853-8 (€ 32,00)
- Bd.117 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren. 2013. ISBN 978-3-7003-1879-8 (€ 30,90)
- Bd.118 **Peter Bußjäger/Alexander Balthasar/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Direkte Demokratie im Diskurs. Beiträge zur Reform der Demokratie in Österreich. 2014. ISBN 978-3-7003-1897-2 (€ 29,90)
- Bd.119 **Gudrun M. Grabher/Ursula Mathis-Moser** (editors), Regionalism(s). A Variety of Perspectives from Europe and the Americas. 2014. ISBN 978-3-7003-1926-9 (€ 20,00)
- Bd.120 **Martin P. Schennach**, Vom k.k. Ärar zum Bundesschatz? Das Staatsvermögen der Habsburgermonarchie und die Entstehung des österreichischen Bundesstaates. 2015. ISBN 978-3-7003-1936-8 (€ 32,00)
- Bd.121 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (Herausgeber), Demokratische Innovation und Partizipation in der Europaregion. 2015. ISBN 978-3-7003-1949-8 (€ 23,00)
- Bd.122 **Christoph Schramek**, Gerichtsbarkeit im Bundesstaat. Auswirkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 auf die Länder. 2017. ISBN 978-3-7003-1998-6 (€ 24,00)

- Bd.123 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher** (Herausgeber), Landesverwaltungsgerichtsbarkeit: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich. 2017. ISBN 978-3-7003-2050-0 (€ 25,00)
- Bd.124 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Tourismus und Multi-Level-Governance im Alpenraum. 2017. ISBN 978-3-7003-2059-3 (€ 31,00)
- Bd.125 **Peter Bußjäger/Mathias Germann/Christian Ranacher/Christoph Schramek/Wolfgang Steiner** (Herausgeber), Kontinuität und Wandel. Von „guter Polizey“ zum Bürgerservice – Festschrift 150 Jahre Bezirkshauptmannschaften. 2018. ISBN 978-3-7003-2093-7 (€ 48,00)
- Bd.126 **Peter Bußjäger/Christoph Schramek** (Herausgeber), Die Neuorganisation der Bildungsverwaltung in Österreich. 2018. ISBN 978-3-7003-2097-5 (€ 19,90)
- Bd.127 **Peter Bußjäger/Georg Keuschnigg/Christoph Schramek** (Herausgeber), Raum neu denken. Von der Digitalisierung zur Dezentralisierung. 2019. ISBN 978-3-7003-2168-2 (€ 30,00)
- Bd. 128 **Mathias Eller**, Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich. Die Funktionen der Gemeinde im Lichte vertikaler Gewaltenteilung und der Bundesstaatlichkeit. 2020. ISBN 978-3-7003-2184-2 (€ 32,00)
- Bd. 129 **Peter Bußjäger/Martin P. Schennach** (Herausgeber), 1919 – Länderkonferenzen und Landesverfassungen. 2020. ISBN 978-3-7003-2181-1 (€ 15,00)
- Bd. 130 **Peter Bußjäger/Renate Fischler/Andreas Greiter** (Herausgeber), Grenzüberschreitendes Naturgefahrenmanagement und regionale Problemlösungsmöglichkeiten – Gestione transfrontaliera del rischio di catastrofi naturali e possibilità di soluzione a livello regionale. 2020. ISBN 978-3-7003-2182-8 (€ 17,50)
- Bd. 131 **Peter Bußjäger/Josef Kronister/Christoph Schramek** (Herausgeber), Herausforderungen der Bezirksverwaltung. 2020. ISBN 978-3-7003-2183-5 (€ 19,90)
- Bd. 132 **Andreas Lopatka**, Die Stellung der österreichischen Bundesländer in der nationalen Rechtsetzung. Systeme. 2020. ISBN 978-3-7003-2132-3 (€ 36,00)
- Bd. 133 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Migration und Europäische Union: Multi-Level-Governance als Lösungsansatz (€ 34,00)
- Bd. 134 **Nadja Braun Binder/Peter Bußjäger/Mathias Eller** (Herausgeber), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen. 2021. ISBN 978-3-7003-2207-8

SCHRIFTENREIHE

VERWALTUNGSRECHT

- Bd. 1 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht I. Das Recht der Grundzusammenlegung, Flurbereinigung und des landwirtschaftlichen Siedlungsverfahrens. 1989. ISBN 3-7003-0809-4 (vergriffen)
- Bd. 2 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht II. Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke. 1991. ISBN 3-7003-0922-8 (vergriffen)
- Bd. 3 **Peter Pernthaler/Evelyn Maria Stefani**, Der autonome Sektor der Sozialpolitik in Vorarlberg. Modell einer Entwicklung des Sozialstaates auf der Grundlage von Subsidiarität und Solidarität. 1990. ISBN 3-7003-0860-4 (€ 19,62)
- Bd. 4 **Günter Reimeir**, Rechtsprobleme der Planung von Einkaufszentren. 1992. ISBN 3-7003-0950-3 (€ 26,16)
- Bd. 5 **Helmut Schwamberger/Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht III. Bringungsrechte. 1993. ISBN 3-7003-0995-3 (vergriffen)
- Bd. 6 **Eugen Kanonier**, Rechtliche Aspekte der Wegefreiheit im Bergland. 1997. ISBN 3-7003-1209-1 (€ 28,34)
- Bd. 7 **Harald Kraft**, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar. Teil I: Abgabenverfahrensrecht. 2001. ISBN 3-7003-1383-7.
Harald Kraft, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar. Teil II: Materielles Abgabenrecht. 2001. ISBN 3-7003-1384-5 (€ 58,-)
- Bd. 8 **Klaus Heißenberger**, Das NÖ Landesgesetzblatt – Ein Modell für eine Konsolidierung von Rechtsvorschriften. 2005. ISBN 3-7003-1537-6 (€ 39,90)
- Bd. 9 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Verwaltungsmodernisierung in den Ländern 2000-2010 – Prozesse und Resultate. 2011. ISBN 978-3-7003-1789-0 (€ 26,90)
- Bd. 10 **Alexander Balthasar/Peter Bußjäger/Manfred Matzka** (Herausgeber), Effiziente Regierungsorganisation. Das Reformvorhaben „Amt der Bundesregierung“ im internationalen Vergleich. 2015. ISBN 978-3-7003-1934-4 (€ 29,90)
- Bd. 11 **Vereinbarungen gemäß Artikel 15a B-VG**. Ein Leitfaden für die Praxis mit Mustern, Textbausteinen und Erläuterungen. 2015. ISBN 978-3-7003-1944-3 (€ 34,90)
- Bd. 12 **Johannes Warner**, Betteln in Tirol. Vom absoluten Verbot bis zum Versuch einer Regulierung. Eine verwaltungs- und verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme und Analyse. 2016. ISBN 978-3-7003-1997-9 (€ 24,00)
- Bd. 13 **Maria Bertel/Esther Happacher/Anna Simonati** (Herausgeber), Die transparente Verwaltung in Österreich und Italien. Der Zugang zur Information zwischen Grundsätzen und Anwendung. 2019. ISBN 978-3-7003-2099-9 (€ 19,90)

Bd. 14 **Christian Warzilek**, Das Dienstrecht der Tiroler Landesbediensteten. Entstehungsprozess und Entwicklungstendenzen. 2019.
ISBN: 978-3-7003-2118-7 (€ 19,90)

SCHRIFTENREIHE

POLITISCHE BILDUNG

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Föderalismus – Bundesstaat – Europäische Union. 25 Grundsätze. 2000. ISBN 3-7003-1324-1 (€ 10,76)
- Bd. 2 **Peter Bundschuh**, Vergleichende Untersuchung der Organisation und Funktion der 2. Kammer im föderalen System. 2000. ISBN 3-7003-1327-6 (€ 10,76)
- Bd. 3 **Peter Bußjäger**, Föderale und konföderale Systeme im Vergleich: Basisdaten und Grundstrukturen. 2003. ISBN 3-7003-1469-8 (€ 9,90)
- Bd. 4 **Anna Gamper**, Legislative and Executive Governance in Austria. 2004. ISBN 3-7003-1504-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Peter Bußjäger/Andreas Rosner**, Mitwirken und Mitgestalten – Europa und die österreichischen Länder. 2005. ISBN 3-7003-1564-3 (€ 12,90)
- Bd. 6 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), 60 Jahre Länderkonferenzen 1945 – Die Länder und die Wiederbegründung der Republik. 2006. ISBN 3-7003-1582-1 (€ 12,90)
- Bd. 7 **Peter Bußjäger/Ferdinand Karlhofer/Günther Pallaver** (Herausgeber), Die Besten im Westen? Die westlichen Bundesländer und ihre Rolle seit 1945. 2008. ISBN 978-3-7003-1703-6 (€ 16,90)
- Bd. 8 **Peter Bußjäger/Günther Pallaver/Ferdinand Karlhofer**, Föderalistisches Bewusstsein in Österreich. Regionale Identitätsbildung und Einstellung der Bevölkerung zum Föderalismus. 2010. ISBN 978-3-7003-1751-7 (€ 9,90)
- Bd. 9 **Herbert Sausgruber**, Verdichtete Erinnerungen. Grundlagen erfolgreicher Gemeinschaften. 2020. ISBN 978-3-7003-2180-4 (€ 12,00)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS

6020 Innsbruck, Adamgasse 17

Tel. +43 / 512 / 574594, e-mail: institut@foederalismus.at

www.foederalismus.at

Direktor: Univ.-Prof. Dr. Peter BUSSJÄGER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Mag. Werner TROCK, Niederösterreich

Landesamtsdirektor-Stellv. Mag. Gerhard DAFERT, Niederösterreich

Dr. Klaus HEISSENBERGER, Niederösterreich

Dr. Josef GUNDACKER, Niederösterreich

Landesamtsdirektor Dr. Erich WATZL, Oberösterreich

Landtagsdirektor Dr. Wolfgang STEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor-Stellv. Dr. Rudolf Ferdinand WATSCHINGER,
Oberösterreich

Dr. Gerald GRABENSTEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor DDr. Sebastian HUBER, MBA, Salzburg

Dr. Reinhard SCHARFETTER, Salzburg

Dr. Paul SIEBERER, Salzburg

MMag. Dr. Christina BAUER, Salzburg

Landesamtsdirektor Dr. Herbert FORSTER, Tirol

Landesamtsdirektor-Stellv. Mag. Barbara SODER, Tirol

Dr. Christian RANACHER, Tirol

Landtagsdirektorin Mag. Renate FISCHLER, MAS, Tirol

Landesamtsdirektor Mag. Philipp ABBREDERIS, Vorarlberg

Dr. Matthias GERMANN, Vorarlberg

Landtagsdirektorin Dr. Borghild GOLDGRUBER-REINER, Vorarlberg

Landesamtsdirektor-Stellv. Dr. Brigitte HUTTER, Vorarlberg

Das Institut für Föderalismus ist eine Einrichtung der Länder Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg. Es befasst sich mit der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet des Föderalismus, darüber hinaus will es die Verbreitung und Pflege der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung fördern.

Zur Erreichung dieser Ziele gibt das Institut eine Schriftenreihe für wissenschaftliche Veröffentlichungen, einen alljährlichen Bericht über den Föderalismus in Österreich sowie eine periodisch erscheinende Föderalismus-Info heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zum Thema Föderalismus.