

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung	25
§ 2 Technische Möglichkeiten und Grenzen einer Automatisierung des Rechts	31
§ 3 Demokratische Legitimation von Verwaltungsakten	83
§ 4 Legitimationsanforderungen an automatisiert erlassene Verwaltungsakte	180
§ 5 Bewertung der Automatisierungsstrategie des StModG	262
§ 6 Zusammenfassung in Thesen	290
Literatur	297
Sachwortverzeichnis	311

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	25
A. Ziel der Untersuchung	25
I. Forschungsfragen	25
II. Relevanz	26
III. Thematische Abgrenzung	27
B. Methodik	28
I. Rechtsinformatischer Ausgangspunkt	28
II. Methodenimmanente Grenzen	29
C. Gang der Untersuchung	29
§ 2 Technische Möglichkeiten und Grenzen einer Automatisierung des Rechts	31
A. Grundlagen	31
I. Voll- oder Teilautomatisierung möglich	31
II. Beschränkung auf Normanwendung	32
III. Automatisierung: Formalisierung und Algorithmisierung	32
IV. Rahmenbedingungen automatisierten Rechts	34
1. Verwebung technischer und rechtlicher Aspekte	34
2. Methodengerechtigkeit des Systems	34
3. Rechtstheoretisches Konzept der Rechtsanwendung	36
4. Rechtswissenschaftliches Umfeld	36
a) Gesetzesrecht: Ausgangspunkt der regelbasierten Rechtsanwendung	37
b) Fallrecht: Orientierung an Präzedenzfällen	37
aa) Anwendbarkeit für Rechtsbegriffe	38
bb) Praktische Relevanz durch fallbasierte Unterstützungssysteme ..	38
c) Kompromiss: Hybride Systeme der Rechtsanwendung?	39
5. Zusammenfassendes Fazit	39
B. Algorithmisierung von natürlichsprachlicher Syntax und Arithmetik	39
I. Syntax in Rechtsnormen	39
1. Begriffsbestimmung	39
2. Formalisierbarkeit der Syntax von Rechtsnormen	40

3. Algorithmisierung der Syntax von Rechtsnormen meist regelbasiert ...	41
II. Arithmetik in Rechtsnormen	41
III. Möglichkeiten der Programmierung	42
IV. Probleme der Formalisierung von Syntax und Arithmetik	42
1. Syntaktische Mehrdeutigkeit	42
2. Arithmetik und Bezugsgrößen	43
3. Erfordernis einer idealen Entscheidungsnorm	44
V. Zusammenfassendes Fazit und Einordnung der aktuellen Entwicklungen ..	44
1. Rechtsgebiete mit hohem Automatisierungspotenzial	44
2. Automatisierungsstrategien auf Basis von Syntax und Arithmetik mit Wahrheitswertzuordnung	46
a) Händische Wahrheitswertzuordnung	46
b) Wahrheitswertzuordnung durch Formular	47
c) Wahrheitswertzuordnung durch Datenbankzugriff	47
3. Stand der Entwicklung	47
C. Algorithmisierung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe	49
I. Einführung und Begrifflichkeiten	49
1. 80er und 90er Jahre: Expertensysteme und Wissen	49
2. Aktuell: Legal Tech und Machine Learning	50
3. Daten, Information und Wissen	51
II. Regelbasierte Systeme	52
1. Ausgangspunkt regelbasierter Systeme	52
2. Algorithmisierbarkeit des Justizsyllogismus	52
a) Grundlagen	53
b) Inkonsistenzen und Grenzen des algorithmisierten Justizsyllogismus	53
3. Repräsentation von Rechtsbegriffen in Ontologien	54
a) Grundprinzip	54
b) Aufbau einer Ontologie	55
c) Anwendung der Ontologie zur Fallbearbeitung	56
d) Grenzen der ontologischen Abbildbarkeit	56
e) Fazit	58
4. Rechtslogische Ansätze	59
5. Ergebnis	60
III. Fallbasierte Systeme	60
1. Potenzial durch Verknüpfung mit maschinellem Lernen	61
2. Vorteile gegenüber regelbasierten Systemen	62
3. Eignung überwachten Lernens	63

a) Grundprinzip	63
b) Auswahl und Aufbereitung der Datengrundlage	64
c) Klassifizierungsmethoden	65
d) Evaluierung	66
4. Herausforderungen des Einsatzes fallvergleichender maschineller Lernverfahren	67
a) Technische Herausforderungen	67
b) Rechtliche Herausforderungen	68
5. Ergebnis	70
IV. Hybride Systeme	71
1. Grundprinzip	71
2. AGATHA	72
3. VJAP	72
4. Ergebnis	73
V. Zusammenfassendes Fazit	74
D. Kritik an einer Automatisierung des Rechts	74
I. Verlust von Einzelfallgerechtigkeit	75
1. Einzelfallgerechtigkeit nicht alleiniges Leitprinzip der Rechtsanwendung	76
2. Einzelfallgerechtigkeit „by design“ möglich	76
II. Begrenztheit formaler Sprache	77
1. Verbindung von Sprache und Recht	77
2. Relevanz von Diskurs versus Stabilität	78
3. Sprachliche Offenheit „by design“ möglich	78
III. „Menschlicher Faktor“ und Gesetzespositivismus	79
IV. Zusammenfassendes Fazit	80
E. Zusammenfassung	81
§ 3 Demokratische Legitimation von Verwaltungsakten	83
A. Grundlagen	83
I. Demokratie und demokratische Legitimation	83
II. Repräsentationsgrundsatz	84
III. Normativität oder Effektivität?	84
IV. Einheit und Pluralität	85
V. Legitimation und Legitimität	86
1. Fokus auf Herleitung von Legitimität	86
2. Fundierung und Ausprägung des Verfahrensbezugs	87

B. Legitimationssubjekt	87
I. Volkssouveränität und Menschenwürde	87
II. Volk als Summe deutscher Staatsangehöriger	88
III. Anerkennung von Teilmölkern?	89
IV. Zusammenfassendes Fazit	89
C. Legitimationsobjekt	90
I. Ausgangslage	90
II. Legitimationsobjekt Amt?	91
1. „Ausüben von Staatsgewalt“ mit „Kompetenz“ synonym?	91
2. Reduktion auf organisatorisch-personelle Legitimation	91
3. „Staatsgewalt“ Kurzform für Entscheidung, nicht Kompetenz	92
III. Legitimationsobjekt Verwaltungsentscheidung	93
1. „Staat“ i. S. d. Art. 20 Abs. 2 GG	93
2. „Gewalt“ i. S. d. Art. 20 Abs. 2 GG	94
3. Entscheidungscharakter?	95
a) Legitimationsbedürftigkeit der „Entscheidung“ i. S. v. Dezision	95
aa) Subsumtionsautomaten nicht legitimationsbedürftig?	95
bb) Folge für Automatisierungen	96
b) Legitimationsbedürftigkeit der Maßnahme mit „Entscheidungscharakter“	97
aa) Ossenbühl und Böckenförde	97
bb) Bundesverfassungsgericht	98
cc) Folge: Willensakt als Auslöser	99
c) Stellungnahme	99
4. Ergebnis	100
IV. Umfang des Begriffs der „Entscheidung“	101
1. Abgrenzungskriterien	102
2. Stellungnahme	103
V. Bagatellvorbehalt und politische Tragweite	103
1. Ansätze in der Rechtsprechung des BVerfG	104
2. Stellungnahme	104
VI. Zusammenfassendes Fazit	105
D. Legitimationsmodi	106
I. Ausgangspunkt	106
II. Funktionelle und institutionelle Legitimation	107
1. Gehalt der funktionellen und institutionellen Legitimation	107
2. Bedeutung für das Legitimationskonzept	108

3. Bedeutung für die Legitimation der Verwaltungsentscheidung	108
a) Legitimation funktionengegliederter Aufgabenwahrnehmung	108
b) Legitimationswirkungen in Bezug auf die Verwaltungsentscheidung?	109
4. Ergebnis	109
III. Legitimation nach dem Kettenmodell	110
1. Hierarchischer Stufenbau vom Volk zum Amtswalter	110
2. Verbindung des Hierarchiekonzepts mit dem Legitimationskonzept	110
3. Legitimationsstränge im Ministerialmodell	110
a) Legitimation durch Einsetzung in Zuständigkeitsbereich	111
b) Legitimation durch Steuerung	112
c) Verhältnis der Legitimationsstränge	113
4. Grenzen des Modells	113
5. Fazit	114
IV. Sachlich-inhaltliche Legitimation	114
1. Grundlage: Gesetzesbindung der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG	115
2. Stellung der Legalität im Legitimationskonzept	115
a) Legalität und Legitimation	115
b) Demokratische Dimension des Parlamentsgesetzes	116
c) Fazit	117
3. Ausprägungen sachlich-inhaltlicher Legitimation	117
a) Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG	117
aa) Steuerungsrecht und Kernbereich der Exekutive	118
bb) Steuerungspflicht bezüglich des „Ob“: Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeit	119
cc) Steuerungspflicht bezüglich des „Wie“	120
dd) Fazit	120
b) Exekutive Steuerung im Rahmen der Gesetze	121
aa) Grundprinzip der Steuerungsmittel	121
bb) Rechtsverordnungen	122
cc) Verwaltungsvorschriften	122
(1) Verhältnis von Verwaltungsvorschrift und Parlamentsgesetz	123
(2) Arten von Verwaltungsvorschriften	124
dd) Weisungen	125
ee) Ergebnis	125
c) Legislative und exekutive Kontrollinstrumente	126
aa) Kontrollmittel des Parlaments gegenüber der Regierung	126
bb) Kontrollmittel der Regierung gegenüber der Verwaltung	127
(1) Rechtsaufsicht	127

(2) Fachaufsicht	128
cc) Fazit	128
d) Zusammenfassung	128
4. Kritik am sachlich-inhaltlichen Legitimationsmodus	129
a) Mangelnde Steuerungswirkung des Parlamentsgesetzes	129
b) Unwirksamkeit exekutiver Steuerungsmittel	132
c) Unwirksamkeit parlamentarischer Kontrolle	134
d) Fazit	135
5. Ergebnis	135
V. Organisatorisch-personelle Legitimation	136
1. Legitimation mehr als Legalität	137
2. Stellung des Amtes im Legitimationskonzept	138
3. Entscheidungsträgerschaft eines Amtswalters	139
a) Gremienentscheidungen	139
aa) Abstrakte Legitimation der Entscheidung	140
bb) Konkrete Legitimation der Entscheidung	140
cc) Konkrete Legitimation der Entscheidung und Vetorecht	141
dd) Stellungnahme	141
b) Mitwirkung im Vorfeld oder Nachgang der Entscheidung	142
aa) Abgrenzung zu Gremienentscheidungen	143
bb) Entscheidungsbefugnis und „Letztentscheidungsrecht“	143
cc) Relevanz faktischer Entscheidungsverlagerung	144
dd) Beachtlichkeit eines Mitwirkungsziels	145
c) Fazit	145
4. Kritik	146
a) Fiktion des Volkswillens	146
b) Amt und Ernennung auf Lebenszeit	148
c) Abnahme der Legitimation mit Länge der Kette	149
d) Dogmatisierung	150
5. Ergebnis	150
VI. Weitere Legitimationsmodi und Bereichsausnahmen	150
1. Zusammenhang von Verwaltungsorganisation und Legitimationsmodell	151
2. Bereichsausnahmen	151
a) Verfassungsmäßige Ausnahmen vom Regelfall der Ministerialverwaltung	152
b) Einfachgesetzliche Ausnahmen vom Regelfall der Ministerialverwaltung	153
aa) Verzichtsthese	153

bb) Kontrollwahrungsthese	154
cc) Stellungnahme	155
3. Weitere Legitimationsmodi	156
a) Autonome Legitimation der Selbstverwaltung	156
aa) Lösung über offenen Volksbegriff	157
bb) Lösung über Offenheit des Demokratieprinzips	158
cc) Stellungnahme	159
b) Effizienz	160
aa) Begriffsbestimmung	160
bb) Stellung der Effizienz im Legitimationskonzept	161
(1) Stärkung der sachlich-inhaltlichen Legitimation	161
(2) Substitut personeller Legitimation	162
(3) Konkurrierender Verfassungsrechtssatz	163
cc) Fazit	164
c) Partizipation außerhalb der Selbstverwaltung	164
d) Output-Legitimation	165
aa) Entscheidungsqualität	165
bb) Akzeptanz	166
cc) Fazit	166
4. Ergebnis zu weiteren Legitimationsmodi	166
VII. Zusammenfassendes Fazit	167
E. Legitimationsniveau	169
I. Substitutionsmöglichkeit der Stränge	169
1. Möglichkeit der Totalsubstitution	170
2. Keine Totalsubstitution	170
3. Stellungnahme	170
II. Bestimmung des Legitimationsniveaus	172
1. Keine Abstufung	173
2. Abstufung nach Verwaltungsträgern	173
3. Abstufung nach der Art der wahrgenommenen Aufgabe	174
4. Abstufung der demokratischen Stringenz	175
5. Abstufung nach Grundrechtsberührung	175
6. Stellungnahme	176
III. Zusammenfassendes Fazit	177
F. Gesamtergebnis	177
G. Zusammenfassung	178

§ 4 Legitimationsanforderungen an automatisiert erlassene Verwaltungsakte	180
A. Automatisiert erlassene Verwaltungsakte – Staatsgewalt i. S. v. Art. 20 Abs. 2 GG?	180
I. Zurechnung zur Verwaltung	180
1. Kriterium: Willenszusammenhang	181
2. Regelbasierte Systeme	181
a) Zeidlers These vom Verwaltungsfabrikat	182
b) Kritik	183
c) Stellungnahme	183
aa) Rechenfehler kein Zurechnungshindernis	184
bb) Willenszusammenhänge	184
3. Fallbasierte Systeme	185
a) Programmierungshandlung unbeachtlich	185
b) Willenszusammenhänge	185
c) Sonderfall lernende Systeme?	186
4. Hybride Systeme	186
5. Ergebnis	186
II. Umfang des Legitimationserfordernisses	187
1. Kriterium: Steuerungswirkung	188
2. Ausscheiden von hilfsweise automatisierenden Systemen?	188
a) Elektronischer vs. automatisierter hilfsweiser Technikeinsatz	189
aa) Elektronische, kommunikative Hilfsmittel	189
bb) Automatisierende Hilfsmittel	189
b) Ergebnis	190
3. Steuerungswirkung von Syntax- und Arithmetikprogrammierung	190
a) Automatisierung auf Steuerung angelegt	190
b) Programm und Legislativvorgabe nicht deckungsgleich	191
c) Fazit	191
4. Steuerungswirkung bei automatisierter Merkmalserschließung	191
5. Steuerungswirkung bei automatisierter Bearbeitung nach menschlicher Freischaltung	192
6. Keine Steuerungswirkung von Entscheidungsunterstützungssystemen	193
7. Ergebnis	194
III. Zusammenfassendes Fazit	194
B. Sachlich-inhaltliche Legitimation automatisierter Verwaltungsakte	195
I. Reichweite der Legitimation durch parlamentsgesetzliche Zulassung	195
1. Parlamentsvorbehalt	196
a) Automatisierte Bearbeitung nicht grundsätzlich wesentlich	196

b) Anknüpfungspunkte einer Wesentlichkeit	197
c) Ergebnis	198
2. Stellung von Zulassungsvorschriften im Legitimationsgefüge	199
a) Verzichtstheorie: Kontrolle entbehrlich	199
b) Zulassungsvorschriften als Erhöhung sachlich-inhaltlicher Legitimation	200
3. Ergebnis	200
II. Anforderungen sachlich-inhaltlicher Legitimation	201
1. Maßstab für staatliche Machtausübung	201
2. Konditional- und Finalprogramme	202
a) Definitionsansätze in der Literatur	203
b) Stellungnahme	203
c) Ergebnis	204
3. Steuerung und Kontrolle regelbasierter Systeme	205
a) Abbildung legislativer und exekutiver Steuerungsmittel in Programmcode	205
aa) Syntax und Arithmetik	206
(1) Arithmetik	207
(2) Syntax	208
bb) Wahrheitsfähige Begriffe	209
cc) Auslegungsbedürftige Begriffe auf Tatbestandsseite ohne Beurteilungsspielraum	211
(1) Bedeutungsverschiebung bei Komplexität	211
(2) Fixierung auf klar definierte Begriffsgrenzen	213
(3) Erleichterung durch automatisierbare Verwaltungsvorschriften	213
(4) Ergebnis	214
dd) Ermessen	214
(1) Automatisierung als ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift?	215
(2) Ermessensautomatisierung bei Selbstbindung der Verwaltung	216
(3) Zulässigkeit antizipierter Ermessensausübung	217
(a) Kompetenzverlagerung auf Verwaltungsebene	217
(b) Individuelle Rechtskonkretisierungspflicht	218
(c) Stellungnahme	219
(4) Ergebnis	221
ee) Auslegungsbedürftige Begriffe auf Tatbestandsseite mit Beurteilungsspielraum	221
ff) Ergebnis	222
b) Kontrollmöglichkeiten	223
aa) Leitlinien für legislative Kontrolle: Informationsrechte	224

(1) Möglichkeit öffentlicher Diskussion	224
(2) Privatisierung ändert nichts	225
(3) Ergebnis	225
bb) Leitlinien für exekutive Kontrolle	225
(1) Abänderbarkeit von Programmcode	226
(2) Trennung von legislativer und exekutiver Programmebene ..	226
(3) Transparenz und Zugriffsmöglichkeiten	227
(4) Rechtliche Erklärbarkeit	227
(a) Notwendigkeit von Kontrollstandards	227
(b) Interdisziplinäre Rechtsaufsicht	228
(5) Ergebnis	229
c) Ergebnis	230
4. Steuerung und Kontrolle fallbasierter Systeme	231
a) Abbildung legislativer und exekutiver Steuerungsmittel in Statistik? ..	231
aa) Verschiebung des Problemschwerpunkts auf die Kontrollebene ..	231
bb) Gesetzeskonformität fallbasierter Systeme auf Steuerungsebene ..	232
(1) Abbildung von Ermächtigungsnorm schwierig	232
(2) Fallvergleich zur Ausdeutung von Rechtsbegriffen möglich ..	233
(a) Anwendungsfelder: Messbar typisierte Begriffe	233
(b) Grenzen: auslegungsbedürftige, wertungsabhängige und unbestimmte Begriffe	234
cc) Ergebnis	234
b) Kontrollmöglichkeiten	235
aa) Reduziertes rechtliches Kontrollerfordernis bei messbaren Be- griffen	235
bb) Notwendigkeit von Kontrollstandards	236
cc) Leitlinien der Kontrolle am Gesetz	237
(1) Kontrollebenen	237
(2) Kontrollziele	237
(a) Überprüfung der Zuständigkeit	238
(b) Überprüfung der Eignung für Rechtskontrolle	238
(c) Überprüfung an materiellen Rechtsnormen	239
(3) Ergebnis	240
dd) Ergebnis	241
c) Sonderfall lernende Systeme	242
d) Ergebnis	242
5. Steuerung und Kontrolle hybrider Systeme	243
III. Zusammenfassendes Fazit	244

C. Organisatorisch-personelle Legitimation automatisierter Verwaltungsakte	245
I. Entscheidungsträgerschaft eines legitimierten Amtswalters	245
1. Kriterium bei Gremien: doppelte Mehrheit	246
2. Kriterien bei vor- und nachgelagerter Mitentscheidung: Verbindlichkeit und Letztentscheidungsrecht	246
3. Regelfall: Übernahme von Programmen durch die Verwaltung	246
II. Entscheidungsträgerschaft bei Unterstützungssystemen	247
1. Unterstützung ist unverbindliche Mitwirkung	247
2. „Knopfdruck“ durch Amtswalter im Einzelfall	248
III. Entscheidungsträgerschaft bei Syntax- und Arithmetikprogrammierung ...	248
1. Behördliche Wahrheitswertzuordnung	248
a) Entscheidungsträgerschaft ist geteilt	248
aa) Entscheidungsträgerschaft des Programmierers	249
bb) Entscheidungsträgerschaft der Behörde	250
b) Erforderlichkeit (auch) antizipierter Legitimation	250
aa) Unproblematisch: Programmierer ist Amtswalter	250
bb) Programmierer meist Privatperson oder Unternehmen	250
(1) Zulässigkeitsgrenze: Letztentscheidungsrecht	251
(2) Gefahr der nur formalen Letztentscheidung	251
c) Ergebnis	252
2. Wahrheitswertzuordnung durch Bürger	252
a) Abstrakter Entscheidungsanteil unverändert	253
b) Konkreter Entscheidungsanteil auf Bürger verlagert	253
c) Grenze: Letztentscheidungsrecht	253
d) Relativierung durch verlagerte Entscheidungsteile und Legitimations- niveau	254
3. Ergebnis	255
IV. Entscheidungsträgerschaft bei automatisierter Merkmalserschließung	256
1. Regelbasierte Systeme: Verlagerung auf Designebene	256
2. Fallbasierte Systeme: Verlagerung auf Datensammlung, -aufbereitung, -klassifizierung und -evaluierung	257
3. Hybride Systeme: Verlagerung auf Datengrundlage und Design	258
V. Entscheidungsträgerschaft bei automatisierter Bearbeitung nach mensch- licher Freischaltung	258
VI. Entscheidungsträgerschaft bei lernenden Systemen	258
VII. Zusammenfassendes Fazit	260
D. Gesamtergebnis und Zusammenfassung	260

§ 5 Bewertung der Automatisierungsstrategie des StModG	262
A. Die wichtigsten Neuregelungen des StModG im Überblick	262
I. Regelungen im VwVfG und SGB X	263
II. Regelungen in der AO	263
B. Einführung in die Automatisierungsstrategie nach dem StModG	266
I. „Vollautomatisierung“ im Sinne des StModG	266
1. „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ – Entscheidungsunterstützung oder Teilautomatisierung?	266
2. „vollständig durch automatische Einrichtungen“ – Teilautomatisierung oder Vollautomatisierung?	268
a) Bisherige Praxis der Vollautomatisierung	269
b) Technikoffenheit des Begriffs der „Vollautomatisierung“	270
3. Ergebnis	270
II. Einführung von Risikomanagementsystemen im Steuerverfahren	271
III. Zusammenfassendes Fazit	272
C. Würdigung der Neuregelungen im Hinblick auf die demokratische Legitimation des Verwaltungshandelns	272
I. Einfachgesetzliche Entschärfung der Zurechnungsfrage durch das StModG	273
II. Parlamentsgesetzliche Zulassung der „Vollautomatisierung“	274
1. Anforderungen der Wesentlichkeit	274
2. Auswirkungen auf das Kontrollbedürfnis?	275
3. Fazit	275
III. Grenze der zulässigen Automatisierung	276
1. Grenze in § 35a VwVfG: Ermessens- und Beurteilungsspielräume	276
2. Grenze in den §§ 31a SGB X und 155 Abs. 4 AO: Anlass, durch Amts- träger zu bearbeiten	277
a) „Anlass“ im Sinne des § 155 Abs. 4 AO	277
b) „Anlass“ im Sinne des § 31 a SGB X	278
3. Ergebnis	279
IV. Untersuchungsgrundsatz	280
1. Inhalt der Neuregelung	280
2. Verbindung von anlassbezogener Untersuchung und RMS	280
3. Sachlich-inhaltliche Legitimation beinhaltet nun Effizienz	281
4. Tatsachen von Regel zu trennen	282
5. Ergebnis	283
V. Parlamentarische und exekutive Kontrolle	283

1. Intransparente RMS und Kontrolle durch das Parlament	284
2. Rechtmäßigkeitskontrolle von RMS	284
3. Entscheidung über den Einsatz von RMS ist legitimationsbedürftig	285
4. Kontrolle von Automationssystemen und § 87c AO	287
5. Ergebnis	288
D. Gesamtergebnis und Zusammenfassung	289
§ 6 Zusammenfassung in Thesen	290
A. Technische Möglichkeiten und Grenzen einer Automatisierung des Rechts: Thesen	290
B. Demokratische Legitimation von Verwaltungsakten: Thesen	291
C. Legitimationsanforderungen an automatisiert erlassene Verwaltungsakte: Thesen	292
D. Bewertung der Automatisierungsstrategie des StModG: Thesen	295
Literatur	297
Sachwortverzeichnis	311