



Universitätsverlag Potsdam

Artikel erschienen in:

Hartmut Bauer, Marek Szewzyk, Bożena Popowska, Wolfgang Abromeit (Hrsg.)

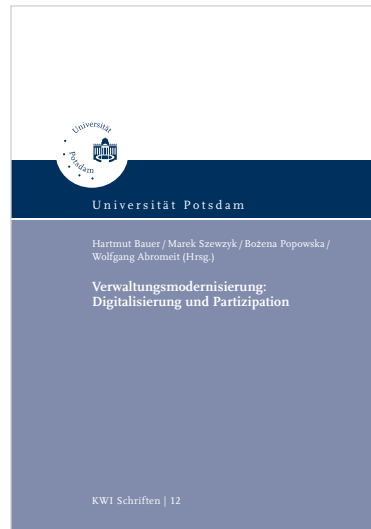
Verwaltungsmodernisierung: Digitalisierung und Partizipation

KWI Schriften ; 12

2020 – 152 S.

ISBN 978-3-86956-486-9

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-45910>



Empfohlene Zitation:

Wolfgang Abromeit: Digitalisierung des Gemeinwesens, In: Hartmut Bauer, Marek Szewzyk, Bożena Popowska, Wolfgang Abromeit (Hrsg.): Verwaltungsmodernisierung: Digitalisierung und Partizipation (KWI Schriften; 12), Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2020, S. 15–27. DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-48518>

Soweit nicht anders gekennzeichnet ist dieses Werk unter einem Creative Commons Lizenzvertrag lizenziert: Namensnennung 4.0. Dies gilt nicht für zitierte Inhalte anderer Autoren: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Digitalisierung des Gemeinwesens

Wolfgang Abromeit

Die allgegenwärtige Digitalisierung betrifft nicht nur das alltägliche Leben,¹ Industrie und Wirtschaft, sondern zunehmend auch das Gemeinwesen und damit das öffentliche Recht. In der Kommunikation mit dem Bürger hat der damit eingesetzte Wandel, der einem intuitiven Sprachverständnis nach einen technologischen Fortschritt des Digitalen beschreibt,² den Behördenalltag schon erreicht. Dies hat verwaltungsrechtlich relevante Anpassungsprozesse ausgelöst,³ die im Folgenden kursorisch dargestellt werden sollen.

I. Mammutaufgabe Digitalisierung

Die Geister scheiden sich, ob diese Transformation der Realität⁴ als (vierte industrielle) Revolution⁵, Disruption⁶ oder Paradigmenwechsel⁷ am besten zu beschreiben ist. Unabhängig von der Bewertung der

- 1 Volker Boehme-Neßler, Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts, NJW 2017, 3031 ff.
- 2 Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: dies. (Hrsg.) Digitalisierung und Recht, 2016, 1 ff. (3) – mit weiteren interessanten Überlegungen zum Begriff Digitalisierung und zum Gegensatz des Analogenen; ausführliche Begriffsanalyse bei Enrico Peuker, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 11 ff.
- 3 Vgl. Lothar Michael, Vom Organisationsrecht automatisierter Verwaltung als Verfassungsauftrag, in: Julian Krüper (Hrsg.), FS Morlok, 569 ff.; Mario Martini, Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 ff. (443); Ines Härtel, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, 49 ff. (60); bezogen auf das Privatrecht Martin Fries, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860 ff.
- 4 Martini (Fn. 3), DÖV 2017, 443.
- 5 Nach Einführung der Dampfkraft, Fließbandarbeit, Elektronik und IT entstehen durch den Cyberraum und die Entwicklung von KI über flexibel konfigurierbare Leistungsangebote und interaktive, kooperative Entscheidungsmechanismen völlig neue Geschäftsmodelle, Oliver Ganschar/Stefan Gerlach/Moritz Hämmerle/Tobias Krause/Sebastian Schlund, in: Dieter Spath (Hrsg.), Produktionsarbeit der Zukunft – Industrie 4.0, S. 23; Stefan Kirn/Claus Müller-Hengstenberg, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017 433 ff. (433); Härtel (Fn. 3), LKV 2019, S. 50.
- 6 Martin Zwickel, Jurastudium 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, 881 ff. (882).
- 7 Lorenz Prell, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255 ff.

Großerzählung steht das Gemeinwesen vor einer gewaltigen Aufgabe.⁸ Mit den grundlegenden Veränderungen kommen, neben bahnbrechenden Möglichkeiten zur Vereinfachung des Alltags, eben auch die neuen Herausforderungen der Zeit, deren Risiken nicht im Dienste eines „digitalen Goldrauschs“ außer Acht gelassen werden dürfen.

Digitalisierung betrifft das Staats- und Gemeinwesen über alle Ebenen hinweg und auch einen Wandel der Staatlichkeit.⁹ Um zum Einstieg in die Thematik von Verwaltungsmodernisierung, Digitalisierung und Partizipation einen kleinen Überblick zu verschaffen, erfolgt zunächst die Darstellung von bereits stattfindenden und bevorstehenden Änderungen im klassischen Staat-Bürger-Verhältnis nach den Staatsgewalten,¹⁰ wie sie schon Montesquieu unterschieden hat, wobei der Thematik entsprechend zunächst eine Erläuterung der Grundzüge der Transformation der Verwaltung erfolgt. Ein Kennzeichen für den Fortschritt in diesem Bereich ist die dazu stetig anwachsende Judikatur.¹¹ Daran anschließend sind die digitalen Anpassungsprozesse im Bereich der rechtsprechenden Gewalt und zuletzt der Gesetzgebung vorzustellen, bevor auch noch ein kurzer Einblick in Digitalisierungstrends bei partizipativen Ansätzen der Bürgerbeteiligung erfolgt. Jeweils wird die Darstellung der Veränderungsprozesse grundsätzlich zunächst das Augenmerk auf die Veränderung der Kommunikation an der Schnittstelle zwischen Staat und Bürger (front-end) und die Modifikationen in der Arbeitsweise „des Staates“ (back-end) richten.¹² Nach der Skizzierung dieser bereits weit fortgeschrittenen Novationsprozesse, sollen auch Perspektiven auf die Transformation der methodischen und inhaltlichen, rechtlichen Entscheidungsfindung, also auf die Veränderung des Rechts selbst, eröffnet werden. Aus dem Blickwinkel der Softwaregestaltung handelt es sich dabei um eine Veränderung der Fachlogik.

8 Julian Hölzel, Vom E-Government zum Smart Government, DVBl 2015, 1015 (1017).

9 Würkert/Klafki/Winter (Fn. 2), S. 11.

10 Diese etwas altmodisch anmutende Orientierung am Staat kann man möglicherweise auch mit *Grimm* rechtfertigen: „Was den Staat angeht, so kann man sich kurz fassen[sic]!. Er ist trotz mehrfacher Todeserklärung noch da.“, *Dieter Grimm*, Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 29; Würkert/Klafki/Winter (Fn. 2), S. 11.

11 Uwe Berlit, Rechtsprechungsübersicht zu e-Justice und e-Government 2018/19 (Teil 1), JurPC Web-Dok. 117/2019, Abs. 1–65; Wolfgang Kuntz, Rechtsprechungsübersicht zu e-Justice und e-Government 2018/19 (Teil 2), JurPC Web-Dok. 129/2019, Abs. 1–32.

12 Die Begriffe stammen aus der Softwareentwicklung. Die front-end Programmierung beschäftigt sich mit der Benutzeroberfläche und die back-end Entwicklung ist für die Ermittlung der Ergebnisse verantwortlich.

II. E-Government – Digitalisierung der Verwaltung

Digitalisierung ist bereits im status quo der Verwaltung angekommen, auch wenn sie vielleicht noch nicht flächendeckend oder in der Breite wahrgenommen wird. Beispielsweise ist die grundsätzliche gesetzliche Anerkennung elektronischer Kommunikation in der Verwaltung über § 3 a VwVfG bereits vor Jahren erfolgt. Danach reicht eine E-Mail zwar in den meisten Fällen nicht aus, das Schriftformerfordernis zu erfüllen, Nachrichten mit qualifizierter elektronischer Signatur nach der eIDAS VO hingegen schon. Allerdings ist die elektronische Kommunikation mit der Behörde derzeit noch umständlich und wird dementsprechend von den Bürgern weder allgemein akzeptiert, noch viel genutzt.¹³ Für die wesentlichen Verwaltungsleistungen muss der Bürger in Deutschland derzeit ohnehin noch persönlich in der Behörde vorstellig werden. Die digitale Kommunikation unter umgedrehten Vorzeichen, beispielsweise die Bekanntgabe elektronischer Verwaltungsakte durch Abruf über das Internet ist in § 41 II a VwVfG geregelt.

Über die Veränderung der Schnittstelle zwischen Bürger und Behörde hinaus hat auch die innerbehördliche Arbeit bereits Anpassungen erfahren. So ist die E-Akte mittlerweile mehr als nur eine Alternative zum Papier. Über Software wird inzwischen die Arbeitsweise der Behörden strukturiert, die diese in Pilotprojekten eingeführt haben. Die elektronische Aktenführung kann weitreichende Auswirkungen haben. Die Programme leiten und unterstützen die Mitarbeiter der Behörden dadurch, dass sie die Abfolge der Handlungsschritte koordiniert, oder Formulierungshilfen und Vorschläge gibt. So kann einerseits die Einhaltung von Beteiligungspflichten und Anhörungsrechten der Bürger gesichert werden, andererseits besteht aber auch die Gefahr, den Spielraum für die Mitgestaltung von Regelungsinhalten faktisch einzuschränken.

Die bislang zaghafte Umsetzung soll sich allerdings in recht naher Zukunft deutlich beschleunigen: Bis zum 31.12.2022 soll über die reine Kommunikation hinaus ein Großteil der Verwaltungsleistungen komplett online abrufbar sein,¹⁴ was bisher nur vereinzelt der Fall ist.

13 Vgl. *Annette Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 155 ff.; Bericht über den Stand der Digitalisierung in Europa 2017 – Länderprofil Deutschland, S. 2, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi> <09.12.2019>; auch wenn neuere, von der Bundesregierung beauftragte Studien eine positive Tendenz hervorheben, eGovernment Monitor 2019, <https://initiated21.de/app/uploads/2019/10/egovernment-monitor-2019.pdf> <09.12.2019>.

14 Das OZG verpflichtet Bund und Länder innerhalb von fünf Jahren Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten, die miteinander zu einem

Kommunikation und elektronisch organisierte Behördenprozesse sollen in einem von der Nutzererfahrung ausgehenden „design-thinking“ Ansatz zusammengeführt werden, um Bürgern und Behörden das Leben leichter zu machen. So soll es möglich sein, Verwaltungsangelegenheiten orts- und zeitunabhängig, effizient, transparent und kostengünstig zu erledigen.¹⁵ Im Zuge der Digitalisierung sollen die Prozesse der Verwaltung näher an den Bedürfnissen von Bürgern und Wirtschaft ausgerichtet werden.¹⁶ Die Verwaltung selbst erwartet und erhofft sich durch die Digitalisierung vor allem Kostensenkungen.¹⁷ Dabei stehen Bund, Länder und Kommunen vor erheblichen Herausforderungen. Die Hürden der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Behörden sind im Vergleich zu Polen im föderal organisierten Deutschland vielleicht noch höher. Schließlich regelt die gesetzliche Vorgabe, dass die Bürger behördenübergreifend mit einem einheitlichen Konto auf einem „single-digital Gateway“, also medienbruchfrei, Verwaltungsleistungen von Kommunen, Bund und Ländern abrufen können sollen.¹⁸ Diese Neuerungen im OZG entsprechen auch der europarechtlichen Vorgabe des TOOP („the once only principle“). Der Bürger muss seine Daten also nur einmal digital hinterlegen, um sie in vielen Verfahren nach seiner Genehmigung abrufen zu können. Lästiges Formularausfüllen kann somit vermieden werden. Um die damit verbundenen Koordinationsaufgaben zu bewältigen, sieht Art. 91 c GG vor, dass Bund, Länder und Kommunen Vereinbarungen über die Grundlagen der Zusammenarbeit oder über den gemeinschaftlichen Betrieb zur gemeinsamen Festlegung der notwendigen Standards und Sicherheitsanforderungen für die Kommunikation zwischen ihren informationstechnischen Systemen abschließen sollen.

Die konsequente Etablierung der elektronischen Möglichkeiten in der Kommunikation und bei der Erleichterung und Erhöhung der

Portalverbund verknüpft sind. Die unmittelbare Verpflichtung der Kommunen ist umstritten. *Ariane Berger*, Onlinezugangsgesetz und Digitalisierungsprogramm – Auf die Kommunen kommt es an!, *KommJur* 2018, 441; *Ariane Berger*, Die Digitalisierung des Föderalismus, *DÖV* 2018, 799 ff.; *Mario Martini/Cornelius Wiesner*, Art. 91 c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung, *ZG* 2017, 193 ff. (198, 213 ff.); *Marco Herrmann/Karlheinz Stöber*, Das Onlinezugangsgesetz des Bundes, *NVwZ* 2017, 1401 (1404).

15 *Martini* (Fn. 3), *DÖV* 2017, 444.

16 *Annette Guckelberger*, E-Government Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht, in *VVDStRL* 78 2019, 236 ff. (239).

17 *Martini* (Fn. 3), *DÖV* 2017, 443.

18 Dies entspricht dem EU-eGovernment-Aktionsplan, der das Potenzial für die Erleichterung von Verwaltungsverfahren, die Verbesserung der Qualität von Dienstleistungen sowie die Effizienzsteigerung interner Verfahren im öffentlichen Sektor fordert, COM(2016) 179 final, 1; *Guckelberger* (Fn. 16), 239; *Thorsten Siegel*, Der Europäische Portalverbund, *NVwZ* 2019, 905 ff.

Produktivität der Verwaltung ist allerdings nur eine der Konsequenzen der Digitalisierung. Aus juristischer Perspektive sind die Fragen der konkreten inhaltlichen Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger vielleicht noch interessanter. Insbesondere für die Massenverwaltung ist dabei abzusehen, dass sich automatisierte Entscheidungsprozesse, die beispielsweise in der Steuerverwaltung bereits täglich mit einem hohen Umfang stattfinden, zunehmen werden. Dabei lassen sich Bedenken gegenüber der zunehmenden Automatisierung bis hin zur Delegation von Entscheidungsbefugnissen an Algorithmen aus mindestens zweierlei Perspektive beschreiben. Zunächst sieht das Recht und insbesondere das Verwaltungsrecht in vielen Fällen die Berücksichtigung von unvorhergesehenen Einzelfällen vor, bei denen es notwendig ist von der allgemeinen Regel abzuweichen.¹⁹ Im Rahmen der menschlichen Rechtsanwendung besteht grundsätzlich auch immer die Möglichkeit, gesellschaftliche Reflexionen mit einzubeziehen und Veränderungen gegenüber möglicherweise einseitigen Rationalisierungen im geltenden Recht zu ermöglichen – sei es über unbestimmte Rechtsbegriffe oder das Werkzeug der verfassungskonformen Auslegung.²⁰ Selbst bei sorgfältigster Programmierung treten immer wieder Konstellationen auf, die nicht vorhersehbar waren und bei denen daher die Sorge bestünde, dass sie nicht angemessen in der Programmstruktur berücksichtigt wurden. Abgesehen davon besteht allein durch den menschlichen Kontakt und das Wissen um eine menschliche Entscheidung auch eine psychologische Komponente der Legitimation der Entscheidung.²¹ Ein gewisser Vertrauensverlust in die automatisierte Entscheidung ist nachvollziehbar. Es kann zuweilen schwierig sein, dem Bürger zu vermitteln, dass ein Algorithmus die eigene Lage vollständig erfassen und verarbeiten kann, während er bei einem Amtsträger doch zumindest in irgendeiner Form auf eine Fähigkeit der empathischen Vorstellung und Berücksichtigung der Lebenssituation bei der Entscheidung hoffen kann.

Im Rechtsstaat ist diese Konfliktlage natürlich gesetzlich und unter Berücksichtigung der grundgesetzlich verbürgten Unantastbarkeit der Menschenwürde und in einem angemessenen Verhältnis zu den Grundrechten gesetzlich vorzuordnen. Die Regelungen dazu sind allerdings noch lückenhaft. § 35 a VwVfG regelt zwar, dass vollständig

19 Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1 ff. (25).

20 Vgl. Teubner (Fn. 19) S. 11.

21 Vgl. Michael (Fn. 3), S. 570 f.; Prell (Fn. 7), S. 1259.

automatisiert erlassene Verwaltungsakte nur erlassen werden können, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen, noch ein Beurteilungsspielraum besteht. Darüber hinaus ist auch Art. 22 der DSGVO anwendbar.

Die §§ 28 II Nr. 4, 37 V und 39 II Nr. 3 VwVfG regeln wiederum den „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakt“. Diese Regelungen betreffen also teilautomatisierte Fallgestaltungen, in denen die Behörde durch EDV-Anlagen und Programme zwar bei der Entscheidung unterstützt wird, ein Mensch den Vorgang jedoch kontrolliert abschließt und so auch legitimiert.²² Die Gesetze geben allerdings noch keine Antwort auf die Frage, inwieweit bei der Automatisierung und Teilautomatisierung zwischen „herkömmlichen“ Programmen, die letztendlich menschlich vorgegebenen Berechnungsschritten folgen, und Anwendungen und Entscheidungen, die auf „künstlicher Intelligenz“ beruhen unterschieden werden muss.

Als künstliche Intelligenz werden Anwendungen beschrieben, die auch unter wechselnden Bedingungen Problemlösungen anbieten können. Bei den mit sogenannten neuronalen Netzen arbeitenden Programmen, beruhen die von der Maschine empfohlenen Maßnahmen auf Mechanismen, die vom Menschen nicht mehr nachvollzogen werden können. Die Codes werden häufig anhand von Übungsdaten darauf trainiert, selbstständig Mechanismen zu entwickeln, die bestimmte Aufgaben so effizient wie möglich bewältigen sollen. Warum das so entwickelte Programm dann in einem neuen, aber vergleichbaren Fall jedoch eine konkrete Maßnahme empfiehlt, ist regelmäßig nicht feststellbar. Das ist aus den rechtsstaatlich unabdingbaren Transparenzfordernissen oder auch dem Begründungserfordernis nach § 39 VwVfG bislang ein Ausschlusskriterium für die Anwendung von KI in (grund-)rechtserheblichen Kontexten der Verwaltung.

III. E-Justice – Digitalisierung der Justiz

Während im Gerichtsverfahren eine Vollautomatisierung wohl auf absehbare Zeit „weder technisch möglich noch [...] verfassungsrechtlich denkbar“²³ ist, hat die Digitalisierung der Schnittstellen zum Bürger und der Arbeitsprozesse bereits eingesetzt. Die Kommunikationskanäle

22 *Ariane Berger*, Der automatisierte Verwaltungsakt, NVwZ 2018, S. 1260 ff. (1261).

23 *Mario Martini/David Nink*, Subsumtionsautomaten ante portas - Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl 2018, S. 1128 ff. (1137).

im Bereich der Justiz zwischen Gerichten, sowie Verwaltungsbehörden und Parteivertretern, wie Rechtsanwälten, Unternehmen und Bürgern, werden unter dem Begriff Elektronischer Rechtsverkehr (ERV) zusammengefasst.²⁴ Für die Judikative hat das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs verschiedene Neuerungen vorgesehen, die die formgebundene elektronische Kommunikation zwischen Anwälten und Gerichten erleichtern sollten.²⁵

Seit dem 1. Januar 2018 ist in fast sämtlichen Verfahrensordnungen²⁶ der elektronische Posteingang im Ergebnis übereinstimmend geregelt. Einer (Länder-)Rechtsverordnung für die Einführung bedarf es damit nicht mehr. Damit ist allerdings nicht nur die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation zum Gericht eröffnet. Für Anwälte besteht seitdem außerdem die passive Nutzungspflicht einen elektronischen Kommunikationskanal freizuschalten und zu nutzen.²⁷

Noch arbeiten die meisten Gerichte weitgehend analog, bzw. natürlich unter „herkömmlicher“ Nutzung von Datenverarbeitungsprozessen, aber eben nicht anhand elektronisch organisierter Prozesse. Die E-Akte ist bisher nur freiwillig und in Pilotprojekten eingeführt und umgesetzt worden.²⁸ Dies soll sich allerdings bis zum 1. Januar 2026 ändern, so bestimmt es das „Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs“, das am 5. Juli 2017 im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist (BGBl. 2017 I 2208). Auch wenn die Richter noch erhebliche Berührungängste haben und an den gewohnten Papierakten festhalten möchten, bietet die E-Akte erhebliches Potential, da die elektronisch indexierten Akteninhalte grundsätzlich viel leichter erschlossen werden können, als die nur chronologisch geordneten Papierakten.²⁹ Diese Umstellung des back-end weckt wiederum Forderungen, nach einer integrierten Reformation der Verfahrensvorschriften: So soll ein

24 David Jost/Johann Kempe, E-Justice in Deutschland, NJW 2017, S 2705 ff. (2705).

25 Klaus Bacher, Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, NJW 2015, S. 2753 (3753).

26 § 130 a ZPO, § 65 a IV SGG, § 55 b IV VwGO, § 52 b IV FGO und § 46 c ArbGG.

27 Eberhard Natter/Lutz Haßel, Der elektronische Rechtsverkehr und die elektronische Akte in der Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 2017, S. 1017 ff. (1017).

28 Natter/Haßel (Fn. 27), NZA 2017, 1019; in Nordrhein-Westfalen arbeiten derzeit an 11 Gerichten etwa 600 Nutzer in Zivilverfahren mit elektronischen Akten; in Baden-Württemberg arbeiten etwa 1800 Anwender mit der E-Akte; der BGH wird ab 2021 die E-Akte einführen, Christoph Rech, e-Akten-Projekte (e2A, eIP und eaS) – aktuelle Entwicklungen, Vortrag auf dem EDV-Gerichtstag 2019, abrufbar unter: https://www.edvgt.de/wp-content/uploads/2019/10/Protokoll-EDVGT-Vortrag-BLK_eAkte.pdf <12.11.2019>.

29 Ralf Köbler, Die E-Akte muss mehr können, LTO-online v. 31.01.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/digitalisierung-justiz-e-akte-elektronischer-rechtsverkehr-strukturierter-partievortrag/> <12.11.2019>.

formularmäßig eingehogter „strukturierter Parteivortrag“ den Richtern die Arbeit erleichtern, redundante Parteivorträge vermindern und Verfahren beschleunigen.³⁰

Inhaltlich können sich in Zukunft auf der Ebene des Rechtsschutzes ebenfalls ganz neue Fragen stellen. So können neue Methoden der Auslegung notwendig werden.³¹ Beispielsweise könnte für die Entscheidung über die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag bei einem konkreten Verwaltungshandeln, das Design der Eingabefelder und die Auswahlmöglichkeiten auf den Portalen der Verwaltung und die elektronisch-algorithmisch gelenkten Entscheidungsprozesse heranzuziehen sein.³² Auch die rechtliche Auswertung von Programmcodes und die Ermittlung und Beurteilung der darin enthaltenen Wertungen wird vermutlich in naher Zukunft unausweichlich werden.³³ Darüber hinaus stellt sich grundsätzlich vergleichbar zum E-Government die Frage der Möglichkeit teilautomatisierter und automatisierter Entscheidungsfindung. Hier gehen auch Modernisierungsimpulse von der Europäischen Union aus. Für Verbraucherstreitigkeiten hat sie hier Anfang 2016 eine Online-Streitbeilegungs-Plattform eröffnet, die Verbraucherbeschwerden online an eine Schlichtungsstelle weiterleitet, die die webbasierte Durchführung des Beschwerdeverfahrens ermöglicht.³⁴

Allerdings sind der auf Programme delegierten Entscheidungsfindung im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Deutschland noch wesentlich engere Grenzen gesetzt, als in der Verwaltung. So ist durch das Gebot des gesetzlichen Richters eine automatisierte Entscheidungsfindung bereits verfassungsrechtlich explizit ausgeschlossen. Zwar wird seit der letzten Justizministerkonferenz in einer Arbeitsgruppe ein konkreter Vorschlag für mögliche Gesetzesänderungen in der Zivilprozessordnung erarbeitet, die ein Pilotprojekt für ein Beschleunigtes-Online-Verfahren ermöglichen sollen.³⁵ Ein anderer Vorschlag geht sogar dahin, den

30 Vgl. *Volker Vorwerk*, Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, S. 2326 ff.; *Florian Specht*, Chancen und Risiken einer digitalen Justiz für den Zivilprozess, MMR 2019, S. 153 ff. (154).

31 *Felix Krupar*, Die rechtliche Behandlung algorithmischer Kommunikate, DSRITB 2017, 275 ff.

32 *Oliver Froitzheim*, Code is Law, isn't it?, DSRITB 2018, 311.

33 Vgl. *Härtel* (Fn. 3) S. 58; *Arne Lordt/Christopher Rennig*, FinTech in der zivilrechtlichen Klausur, JuS 2019, 311 ff. (314); *Froitzheim* (Fn. 32) 311.

34 siehe <http://ec.europa.eu/consumers/odr/>; ODR-Verordnung (EU) Nr. 514/2013; *Fries* (Fn. 3), NJW 2018, 2864.

35 *Specht* (Fn. 30), MMR 2019, 153.

„Computer aus der Analyse ähnlicher Fälle rechtliche Hinweise an die Parteien oder sogar ein Vor-Urteil automatisch erstellen zu lassen und den Richter nur mehr mit der Überprüfung dieses Vorschlags zu betrauen. Ebenso könnte man den Parteien das automatisch generierte Vor-Urteil zur Kenntnis geben und fragen, ob sie angesichts dessen ihre Anträge tatsächlich aufrecht erhalten oder doch die Klage kostenfrei zurücknehmen bzw. den Anspruch anerkennen wollen.“³⁶

Solche Prognosen sind allerdings soweit ersichtlich bisher noch nicht wirklich technisch umsetzbar. Nichtsdestotrotz sind in anderen Ländern zumindest in speziellen Fragen bereits nicht nur automatisierte (Vor-)Entscheidungen beispielsweise für Streitigkeiten mit geringem Streitwert an der Tagesordnung,³⁷ teilweise sind diese auch den nicht menschlich nachvollziehbaren, als Teil der Entwicklung zur KI verstandenen, neuronalen Netzen überlassen. Die bereits erläuterten rechtlichen Bedenken gelten natürlich auch in diesem Fall. Insbesondere sieht sich der Einsatz der COMPAS Software in den USA dem Vorwurf ausgesetzt, bestehende tatsächliche Ungleichheiten e-juristisch abzusichern. Die Software, die anhand eines Fragenkatalogs eine Rückfallprognose über Straftäter erstellt, hat bei Personen mit dunkler Hautfarbe eine doppelt so hohe Wahrscheinlichkeit eine falsche Rückfallprognose zu erstellen (45 %) wie bei hellhäutigen Personen (23 %).³⁸

IV. E-Laws – Digitalisierung der Gesetzgebung?

Die beschriebenen bereits vollzogenen Entwicklungen in der Digitalisierung sind durch Gesetze eingeleitet und begleitet worden, insoweit hat natürlich die Digitalisierung das Parlament längst erreicht. Ein weiterer Fortschritt durch die Digitalisierung kann durch digitale Kommunikation der vielen unterschiedlichen am Gesetzgebungsprozess

36 *Fries* (Fn. 3), NJW 2018, 2864.

37 Estland betreibt mit Pro futuro ein vollautomatisiertes Schiedsgericht für zivile Streitigkeiten, deren Streitwert 7000 € nicht überschreitet. In Kanada gibt es das Civil-Resolution Tribunal, ein online-basiertes staatliches Schiedsverfahren für einfache Zivilverfahren bis zu einem Streitwert von ca. 3400 € und in Großbritannien wurde mit dem Small Claim Court ein Online-Mahnbescheidsverfahren für Bagatellverfahren mit Offline-Verhandlung eingeführt. *Mario Martini*, Algorithmen in Justiz und Verwaltung, Vortrag auf dem EDV Gerichtstag 2019, Präsentationsfolien abrufbar unter: <https://www.edvgt.de/wp-content/uploads/2019/10/Martini-Algorithmen-in-Justiz-und-Verwaltung.pdf> <12.11.2019>.

38 *Mario Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, S. 55.

beteiligten Akteure entstehen.³⁹ Aber auch durch neue Transparenzforderungen und Kommunikationskanäle zwischen Bürgern und Parlamentariern bewirkt die Digitalisierung Veränderungen, die einerseits legitimationssteigernde Wirkungen haben können, andererseits aber auch Traditionen aufbrechen können. Eine bundeseinheitliche Veröffentlichungsplattform für abstrakte Regelungen ist nur ein einfaches Beispiel für solche Umbrüche an der Schnittstelle zwischen Parlamenten und Bürgern. Darüber hinausgehend gibt es die Möglichkeit, bei jeder gesetzlichen Formulierung nachvollziehbar zu machen, wie sie Eingang in die Gesetzgebung gefunden hat, um so Lobbyismus transparenter und kontrollierbarer zu gestalten. In diesem Sinn soll die Praxis der Veröffentlichung von Gesetzes- und Verordnungsentwürfen samt Stellungnahmen der Verbände im Rahmen einer OpenGovernment Strategie zur Regel werden.⁴⁰

Dazu kommt die Forderung, im Dienste der Kunst guter und innovativer Gesetzgebung, generell digitalisierungsfreundliches Recht zu schaffen. Das kann einerseits bedeuten, die Möglichkeiten des teil- oder vollautomatisierten Gesetzesvollzugs immer mitzudenken und in der Regelsetzung zu ermöglichen,⁴¹ andererseits aber auch, die Automatisierung von Prozessen und des Rechtslebens generell dadurch zu erleichtern, dass Regeln direkt maschinenlesbar modelliert werden.⁴² Manche Forderungen gehen sogar so weit, das Primat der natürlichen Sprache auszuhebeln, also originär algorithmisch formulierte Gesetze zu erlassen, die dann automatisch in natürlicher Sprache, also menschenlesbar, ausformuliert werden. Das NEGZ möchte die Früchte der Digitalisierung nutzen, indem eine Vollzugssimulationsmaschine in einer frühen Phase der Gesetzgebung bereits Vollzugsvarianten durchspielt und so systematisch schon die (Kosten-)Wirkungen unterschiedlicher Vollzugsmodelle transparent werden.⁴³

39 Projektdarstellung eGesetzgebung, abrufbar unter: http://www.verwaltung-innovativ.de/SharedDocs/Publikationen/Gesetzgebung/projektdarstellung_e_gesetzgebung.html?nn=5877792<09.12.2019>.

40 *Annette Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 67; Bundesregierung, Zwischenbericht der Bundesregierung zur Umsetzung des Ersten Nationalen Aktionsplans 2017–2019 im Rahmen der Teilnahme Deutschlands an der Open Government Partnership (OGP), S. 9.

41 *Guckelberger* (Fn. 39), Rn. 40 f.

42 *Stephan Breidenbach/Matthias Schmid*, 6 Gesetzgebung und Digitalisierung – Digitale Instrumente der Erarbeitung von Gesetzesentwürfen, in: *Stephan Breidenbach/Florian Glatz* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2018, S. 169 ff. (169).

43 *Tino Schuppan/Stefanie Köhl/Thomas Off*, *Vollzugsorientierte Gesetzgebung durch eine Vollzugssimulationsmaschine*, 2018, S. 3.

V. E-Partizipation – Digitalisierung der bürgerlichen Mitbestimmung

Aber auch jenseits der parlamentarisch ausgeübten, demokratischen Legitimation über die Gesetzgebung besteht für die Digitalisierung, über unterschiedliche Formen der Online-Partizipation, die Möglichkeit als Demokratie-Katalysator zu fungieren.⁴⁴ Partizipation ist ein deutungsoffener und konkretisierungsbedürftiger Begriff,⁴⁵ der Beteiligungsmöglichkeiten an der Willensbildung des Gemeinwesens beschreibt, die die Entwicklung der Bürger „vom passiven Untertan [...] zum aktiven Citoyen“⁴⁶ ermöglichen soll. Der Begriff ist tendenziell offen und bedeutet vom Wortsinn her alle Formen des Sich-Beteiligens Entscheidungstätigkeit, die auf verbindliche Entscheidungen gerichtet sind.⁴⁷ Dementsprechend soll E-Partizipation alle internetgestützten Verfahren umfassen, die eine Beteiligung von Bürgern am politischen Entscheidungsprozess ermöglichen.⁴⁸ Ziel dieser Entwicklung kann es sein, die Bürgerschaft in allen Gestaltungssphären zu beteiligen und durch Bürgerbeteiligung und Bürgeraktivierung Teilhabe, Legitimation, aber auch Leistungsbereitschaft, zu aktivieren.⁴⁹ Neben den Interessen und Werten der sich beteiligenden Bürger, die sich in den Entscheidungen abbilden, profitiert das Gemeinwesen allerdings auch von fachlichen Informationen, die durch die Prozesse in die Verwaltung einfließen.⁵⁰ Auch dieser Aspekt hat durch die Digitalisierung eine umfangreiche Erweiterung des Handlungsspektrums⁵¹ auf das „Inter-

44 *Theresa Witt*, Rechtliche Grundlagen von Online-Partizipation. Das Internet als Demokratie-Katalysator?, in: Felix Würkert/Anika Klafki/Tina Winter (Hrsg.) Digitalisierung und Recht, 2016, S. 37 ff. (37).

45 *Witt* (Fn. 44), S. 37.

46 *Hartmut Bauer/Lydia Hajasch*, Vom passiven Untertan über den Wutbürger zum aktiven Citoyen in der Bürgerkommune, in: dies./Christiane Büchner (Hrsg.), Partizipation in der Bürgerkommune, 2016, S. 15 ff. (15).

47 *Witt* (Fn. 44), S. 39; vgl. die Definition von Bernd Hartmann, Digitale Partizipation, in MMR 2017, S. 383 ff (383), als die mit Rechtsfolgen verbundene Möglichkeit von Privatpersonen, auf hoheitliche Sachentscheidungen Einfluss zu nehmen.

48 Wikipedia Eintrag E-Partizipation, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/E-Partizipation> <13.11.2019>.

49 *Bauer/Hajasch* (Fn. 46), S. 18; vgl. Bertelsmann Stiftung/Staatsministerium Baden-Württemberg (Hrsg.) Partizipation im Wandel, 2014.

50 *Witt* (Fn. 44), S. 50.

51 *Steffen Albrecht/Niels Kohlrausch/Herbert Kubicek/Barbara Lippa/Oliver Märker/Matthias Trénel/Volker Vorwerk/Hilmar Westholm/Christian Wiedwald*, E-Partizipation – Elektronische Beteiligung von Bevölkerung und Wirtschaft am E-Government, 2008, Überblick zu Handlungsempfehlungen und Projektvorschlägen: S. 142 ff.

net als neue mediale Spielwiese“⁵² erfahren – gerade im nicht förmlichen Bereich sind durch die E-Mail, Mailing-Lists, aber auch durch Internetforen und soziale Netzwerke wie Facebook oder Twitter, neue Kontakt- und Einflussmöglichkeiten des Bürgers auf die Entscheidungsfindung hinzugekommen.⁵³ Diesen grundsätzlich positiven, weil Möglichkeiten erweiternden Entwicklungen, stehen allerdings möglicherweise Gefahren, beispielsweise in Bezug auf den entstehenden „digital divide“ gegenüber. Dieses Phänomen beschreibt die Polarisierung der digitalen Zugangschancen und Kompetenzen zwischen Bürgern mit unterschiedlichen Altersklassen und Bildungshintergründen.⁵⁴ Diese Entwicklung könnte sich dadurch verstärken, dass eine Gruppe von „digital citizens“ besondere Kompetenzen und die daraus entstehenden (politischen) Kommunikationsroutinen und Einflussnahmemöglichkeiten, in einer zunehmend digitalen Welt dahingehend einsetzt, ihren Einflussvorsprung noch zu vergrößern.⁵⁵ Tatsächlich gibt es Studien, die die Existenz einer „schweigenden Mehrheit“, die die Hälfte der deutschen Bevölkerung ausmacht und um jegliche politische Kommunikation einen Bogen macht, bestätigen.⁵⁶ Allerdings gibt es auch keine Wahlpflicht, dies hat jedoch bislang natürlich nicht dazu geführt, dass Wahlen als undemokratisch angesehen würden. Insbesondere ist zweifelhaft, wie eine auf Passivität beruhende Differenz, bei einer insgesamt höheren Bürgerbeteiligung, die Demokratie gefährden soll, wohingegen der auf wirtschaftlicher Macht beruhende Einflussvorsprung von Privatinteressen von Unternehmen und Kapitalgesellschaften über den Lobbyismus allgemein akzeptiert wird.

VI. Fazit

Den dargestellten Entwicklungen darf die Rechtswissenschaft nicht einfach passiv gegenüber stehen, vielmehr muss sie einerseits die bereits stattgefundenen Entwicklungen ordnend begleiten, aber andererseits auch gefährliche Entwicklungen antizipieren um sie – wenn möglich –

52 Witt (Fn. 44), S. 41.

53 Bauer/Hajasch (Fn. 46), S. 28; Gerhard Vowe, Partizipation über und durch das Netz, in: Hartmut Bauer/Lydia Hajasch/Christiane Büchner (Hrsg.), Partizipation in der Bürgerkommune, 2016, S. 159 ff. (160). Weitere Beteiligungs-Tools sind beispielsweise Wikis, Blogs, eVoting, Reputation systems, Online-Petitionen, Transparency tools, Wikipedia Eintrag E-Partizipation, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/E-Partizipation>.

54 Witt (Fn. 44), S. 43; Hartmann (Fn. 47), MMR 2017, 384.

55 Vowe (Fn. 53), S. 159.

56 Vowe (Fn. 53), S. 165.

zu unterbinden. So können präventiv rechtliche Grundentscheidungen, wie die einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung, verteidigt werden. Auf der anderen Seite darf das Potential das die Digitalisierung für ein modernes Gemeinwesen bietet nicht ungenutzt bleiben! Derzeit sind noch nicht alle Fragestellungen absehbar, die sich in Zukunft bei fortschreitender Digitalisierung ergeben werden, da viele gesetzgeberische Weichenstellungen noch nicht getroffen wurden und bisher nur wenige Referenzfälle zur Verfügung stehen.⁵⁷ Allerdings ist davon auszugehen, dass sich Probleme auf allen Ebenen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung ergeben werden. Die juristische Aufarbeitung und Umsetzung der Digitalisierung hat erst begonnen.

Dr. Wolfgang Abromeit ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

57 Bisher gibt es beispielsweise auch noch kein Zulassungsgesetz i. S. v. § 35 a VwVfG.