

Verfügung und automatisierte Einzelentscheidung – *same same but different?*

LILIANE OBRECHT*

SCHLAGWÖRTER	Automatisierte Einzelentscheidung – Verfügung – Verwaltungsdigitalisierung – Willensbildung – Willenserklärung
ZUSAMMENFASSUNG	Das Verwaltungsverfahren ist massgeblich vom Verfügungsbegriff bestimmt. Im Zuge der Revision des Datenschutzgesetzes wird der Begriff der automatisierten Einzelentscheidung eingeführt – und als «gewöhnliche Verfügung» bezeichnet. Der Frage, ob diese beiden Begriffe identisch sind oder sich nicht doch unterscheiden, geht der vorliegende Aufsatz nach.
ABSTRACT	The administrative procedure is decisively determined by the concept of rulings. In the course of the revision of the Data Protection Act, the automated individual decision is being introduced – and is called an «ordinary ruling». The question of whether these two terms are not different after all is explored in this article.
RÉSUMÉ	La procédure administrative est définie de manière déterminante par la notion de décision. Dans le cadre de la révision de la loi sur la protection des données, la décision individuelle automatisée a été introduite et qualifiée de «décision ordinaire». Le présent article se penche sur la question de savoir si ces deux termes ne sont pas différents.

I. Einleitung

In den letzten Jahren ist im Zuge der allgemeinen digitalen Transformation auch die Digitalisierung des öffentlichen Sektors in den Blick gerückt. Dabei ist die Idee einer automatisierten Verwaltung keineswegs neu – die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung damit begann bereits in den 1970er-Jahren.¹ Innerhalb des öffentlichen Sektors stellt sich dabei insbesondere die Frage, inwiefern das Verwaltungsverfahren digitalisiert werden kann. Letzteres ist sowohl im Bund als auch in den Kantonen vom Verfügungsbegriff² geprägt – die Verfügung ist das

Ziel des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sowie elementares Handlungsinstrument der Verwaltungsbehörden.³ Ihr automatisierter Erlass bildet im Rahmen der Verwaltungsdigitalisierung ein zentrales Thema.⁴ In

nen unterschiedlichen Begrifflichkeiten – z.B. Entscheid oder Anordnung – eingegangen wird.

³ Statt vieler REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 341.

⁴ NADJA BRAUN BINDER, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2020, 27 ff. (zit. Perspektive); DIES., Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 2019, 467 ff. (zit. KI); FLORENT THOUVENIN/ALFRED FRÜH, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SZW 2020, 3 ff.; ROLF WEBER, Automatisierte Einzelentscheidungen: Perspektive Grundrechte, SZW 2020, 18 ff.; DAVID RECHSTEINER, Der Algorithmus verfügt, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte automatisierter Einzelentscheidungen, Jusletter 26. November 2018; SIMON ROTH, Die automatisierte Einzelentscheidung, digma 2017, 104 ff.; FLORENT THOUVENIN/ALFRED FRÜH/DAMIAN GEORGE, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, Jusletter 26. November 2018; MARIA-URANIA DOVAS, Automatisierte Einzelentscheidungen, digma 2017, 98 ff. In Deutschland wurde diese Diskussion bereits im Jahr 2016 entfacht und läuft seither intensiv, siehe (Auswahl) NADJA BRAUN BINDER, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG,

* MLaw, Universität Basel, Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Nadja Braun Binder (liliane.obrecht@unibas.ch). Der Beitrag ist im Rahmen des Projekts «Nachvollziehbare Algorithmen: Ein Rechtsrahmen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz» entstanden. Weiterführende Informationen unter <https://ius.unibas.ch/de/e-piaf/nachvollziehbare-algorithmen/>.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-024-6_06

¹ Insbesondere im deutschsprachigen Raum NIKLAS LUHMANN, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966; RALF-MICHAEL POLOMSKI, Der automatisierte Verwaltungsakt, Diss. Göttingen 1992, Berlin 1993; BENNO DEGRANDI, Die automatisierte Verwaltungsverfügung, Diss. Zürich 1977, Zürich 1997.

² Im vorliegenden Beitrag geht es um den bundesrechtlichen Verfügungsbegriff, weshalb nicht weiter auf die in den Kanto-

der Schweiz wird diese «automatisierte Einzelentscheidung» insbesondere im Zusammenhang mit dem neuen Datenschutzgesetz (nDSG⁵) diskutiert, das den Begriff in Art. 21 nDSG einführt. Demnach liegt eine automatisierte Einzelentscheidung immer dann vor, wenn eine Entscheidung ausschliesslich auf einer automatisierten (Daten-) Bearbeitung beruht und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Im Zuge der Revision des Datenschutzgesetzes werden auch weitere Erlasse um den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung und einen Verweis auf Art. 21 nDSG ergänzt.⁶ Dabei geht der Bundesgesetzgeber davon aus, dass es sich bei solchen automatisierten Einzelentscheidungen um «gewöhnliche Verfügungen» handelt, die allerdings ohne menschliches Zutun erlassen werden.⁷ Gar nicht beziehungsweise nicht ausreichend debattiert wird jedoch die Frage nach der Qualifikation dieser automatisierten Einzelentscheidungen (handelt es sich wirklich um Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG?). Dem möchte der vorliegende Beitrag im Folgenden nachgehen. Insbesondere die Bedeutung der Verfügung als Handlungsinstrument für die öffentliche Verwaltung sowie die damit einhergehende Frage nach der verwaltungsverfahrensrechtlichen Verankerung eines solchen Instruments sind unklar.⁸

Denn wird die Verwaltungstätigkeit vollständig menschenunabhängig durch Algorithmeinsatz ausgeführt, bedeutet dies im Vergleich zum bisherigen Einsatz von Informationstechniken einen Perspektivenwechsel im Verwaltungsalltag. Diese Veränderungen rechtfertigen es, der Verfügung als «Dreh- und Angelpunkt des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts»⁹ im Kontext der Verwaltungsdigitalisierung besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Im Folgenden wird zuerst dargelegt, was eine automatisierte Einzelentscheidung ist, wobei der datenschutzrechtliche Begriff beleuchtet und der massgebende verwaltungsrechtliche Begriff herausgearbeitet wird (II.). Sodann wird der traditionelle Verfügungsbegriff der automatisierten Einzelentscheidung gegenübergestellt (III.). Im Fazit werden die wichtigsten Aspekte nochmals aufgegriffen und ein Blick in die Zukunft geworfen (IV.).

II. Automatisierte Einzelentscheidung

A. Der datenschutzrechtliche Begriff

1. Vorbemerkung: Teil- und Vollautomation

Der Begriff «automatisierte Einzelentscheidung» ist nicht ohne weitere Präzisierung, insbesondere hinsichtlich der konkreten Automatisierungsgrade¹⁰, verständlich.¹¹ Häufig wird in Voll- und Teilautomation unterteilt.¹² Bei der

NVwZ 2016, 960 ff. (zit. Gesetzesentwurf); HANS PETER BULL, Der «vollständig automatisiert erlassene» Verwaltungsakt: Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von «E-Government», DVBI 2017, 409 ff.; ARIANE BERGER, Der automatisierte Verwaltungsakt, NVwZ 2018, 1260 ff.; ANNETTE GUCKELBERGER, Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven, DÖV 2021, 566 ff.; BETTINA SPILKER, E-Government: Anforderungen an das Verwaltungsverfahren, NVwZ 2022, 665 ff.

⁵ Das neue Gesetz tritt am 1. September 2023 in Kraft.

⁶ Die Veranlagung nach dem Zollgesetz vom 16. März 2005 (ZG; SR 631.00), die Festsetzung der Steuerbeträge nach dem Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (Tabaksteuergesetz, TStG; SR 641.31), dem Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (MinöStG; SR 641.411) und dem Bundesgesetz über die Biersteuer (Biersteuergesetz, BStG; SR 641.411) sowie zur Festsetzung der Schwerverkehrsabgabe nach dem Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabegesetz, SVAG; SR 641.81).

⁷ Botschaft über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff., 7057.

⁸ Klärungsbedarf beim Verfügungsbegriff in Zeiten automatisierter Einzelentscheidungen identifizieren NADJA BRAUN BINDER, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall ... – Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, ZSR 2020 I, 253 ff., 272 (zit. Dystopie); BRAUN BINDER, Perspektive (Fn. 4), 32, sowie ANDREAS GLASER, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 2018, 181 ff. (zit. Einflüsse), 187.

⁹ MARKUS MÜLLER, Art. 5 VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2019, N 6 (zit. ZK VwVG-MÜLLER).

¹⁰ Siehe CLARA-ANN GORDON/TANJA LUTZ, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, SZW 2020, 53 ff., 55; REGINA WEDER, Verfahrensgrundrechtliche Anforderungen an automatisierte Verwaltungsverfahren, in: Monika Simmler (Hrsg.), Smart Criminal Justice, Basel 2021, 238 ff., 241 f. Im Kontext der automatisierten Entscheidungsfindung wird gelegentlich von «Automated Decision Making – ADM» gesprochen. Der Begriff ersetzt in diesen Fällen häufig den Begriff der KI, weshalb er der vorliegenden Problematik nicht gerecht wird, siehe BRAUN BINDER, KI (Fn. 4), 469.

¹¹ Siehe allgemein zu den Begriffen «Automation» und «Automatisierung» im rechtlichen Kontext CHRISTIAN MEYER, Digitale Formulare als Angelpunkt automatisierter Verwaltungsverfahren, ZSR 2022 I, 365 ff., 366 ff. Vorliegend werden die Begriffe jedoch synonym verwendet, da die Unterscheidung aus Sicht des vorliegenden Beitrags nicht von weiterer Bedeutung ist.

¹² Siehe NADJA BRAUN BINDER, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung, in: Margrit Seckelmann (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung: Vernetztes E-Government, 2. Aufl., Berlin 2019, 311 ff., N 5 m.w.H.

Teilautomation können zwei Konstellationen unterschieden werden. Erstens kann es sich um die sogenannte Entscheidungsunterstützung handeln, deren Potenzial für die Entwicklung der öffentlichen Verwaltung während der nächsten Jahre als besonders hoch eingeschätzt wird.¹³ Dabei bereitet ein System Aufgaben für den menschlichen Entscheidungsträger beziehungsweise die -trägerin vor, ermittelt Informationen und stellt diese übersichtlich zusammen oder hilft bei deren Auswertung.¹⁴ Die erzeugten Ergebnisse können, müssen aber nicht von der natürlichen Person bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.¹⁵ Die finale Entscheidung liegt weiterhin in menschlicher Hand.¹⁶ Zweitens kann es sich um die Konstellation handeln, in der die verantwortliche Behörde die Sachverhaltsdaten eruiert oder zumindest prüft und die Automatisierung erst zur Überprüfung des Entscheids eingesetzt wird.¹⁷ Vollautomation bedeutet schliesslich, dass das System jeden einzelnen Schritt bis hin zur Entscheidungsfällung selbst, also menschenunabhängig, ausführt.¹⁸ Dabei muss selbst der Anstoss zur selbstständigen Entscheidungsfindung menschenunabhängig erfolgen.¹⁹

2. Ausgangspunkt: Art. 21 nDSG

Um den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung im Schweizer Rechtssystem zu qualifizieren, bietet es sich an, Art. 21 nDSG als Ausgangspunkt zu nehmen. Gemäss Abs. 1 handelt es sich dabei um eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Eine automatisiert erlassene Einzelentscheidung i.S.v. Art. 21 Abs. 1 nDSG liegt somit immer dann vor, wenn sie «ohne Dazutun einer natürlichen Person» erfolgt.²⁰ Die Sachverhaltsbeurteilung sowie die darauf beruhende Ent-

scheidung ergehen beide losgelöst von einer natürlichen Person, mithin geht es um eine Vollautomation.²¹ Diese ist auch dann gegeben, wenn die Einzelentscheidung schliesslich durch eine natürliche Person mitgeteilt wird, sofern die automatisierte Entscheidung in diesem Zeitpunkt nicht mehr beeinflusst werden kann.²² In der Literatur wird zudem die Ansicht vertreten, eine automatisierte Einzelentscheidung liege auch dann noch vor, wenn der Mensch im Rahmen der Programmierung miteinbezogen werde.²³ *Gänzlich* menschenunabhängig muss die automatisierte Einzelentscheidung somit wohl nicht ergehen. In der Botschaft zum nDSG knüpft der Bundesrat allerdings nicht ausschliesslich an das Merkmal «Mensch» an, sondern zusätzlich an dasjenige der «Komplexität» und der besonderen «Betroffenheit» der adressierten Person: Um als automatisierte Einzelentscheidung qualifiziert zu werden, muss die Automatisierung eine gewisse Komplexität aufweisen und für die betroffene Person eine Rechtsfolge herbeiführen beziehungsweise sie besonders beeinträchtigen.²⁴ Einfache «Wenn-Dann-Entscheidungen», wie beispielsweise die Geldausgabe bei einem Bankomaten, fallen gemäss Bundesrat nicht unter den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung.²⁵ Wann die erforderliche Komplexität vorliegt, bleibt, abgesehen von diesem Beispiel, in der Botschaft offen.²⁶ Die Hürde, diese zu bejahen, dürfte in der Praxis jedoch nicht allzu

¹³ MARKUS CHRISTEN et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden: Chancen und Risiken der künstlichen Intelligenz, TA-SWISS Studie, April 2020, 278 ff.

¹⁴ Vgl. ERNST/SCHMIDT/BENEKEN (Fn. 21), 748 f.

¹⁵ Vgl. NADJA BRAUN BINDER, Algorithmic Regulation – Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext, in: Hermann Hill/Joachim Wieland (Hrsg.), Zukunft der Parlamente: Speyer Konvent in Berlin, Berlin 2018, 107 ff. (zit. Algorithmic Regulation).

¹⁶ ROGER PLATTNER, Digitales Verwaltungshandeln, Diss. Zürich 2021, Zürich 2021, N 423 ff., insb. N 431 und N 615 f.

¹⁷ NADJA BRAUN BINDER et al., Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen, Schlussbericht vom 28. Februar 2021 zum Vorprojekt IP6.4 (zit. Vorprojekt IP6.4), 24.

¹⁸ BRAUN BINDER, Algorithmic Regulation (Fn. 15), 112.

¹⁹ BULL (Fn. 4), 410.

²⁰ Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7056 f.

²¹ Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7056.

²² Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7057.

²³ RECHSTEINER (Fn. 4), N 3, m.w.H. zur deutschen Rechtslage.

²⁴ Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7057. Dies wäre z.B. bei einer vollautomatisierten Steueranlagung der Fall, beispielhaft (zwar für Deutschland) NADJA BRAUN BINDER, Artificial Intelligence and Taxation: Risk Management in Fully Automated Taxation Procedures, in: Thomas Wischmeyer/Timo Rademacher (Hrsg.), Regulating Artificial Intelligence, Cham 2020, 295 ff., N 3 ff. Beispiele insb. im privatrechtlichen Kontext bei SENIDA MEHMEDOVIC, Le droit d'accès à une décision individuelle automatisée, Jusletter 19. September 2022, N 25 ff.

²⁵ Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7057.

²⁶ Auch die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSV) sieht keine Präzisierung vor, wann eine automatisierte Einzelentscheidung vorliegt. In einer im September 2022 publizierten Übersicht zu den wichtigsten Änderungen für die Erarbeitung der Rechtsgrundlagen betreffend Datenbearbeitungen durch Bundesorgane durch das Bundesamt für Justiz wird zur Feststellung der erforderlichen Komplexität an die Nachvollziehbarkeit des Entscheidungsprozesses angeknüpft. Allerdings führt dies dazu, dass die nach heutigem Stand der Dinge im Verwaltungsalltag eingesetzten Systeme wohl kaum unter Art. 21 nDSG subsumiert werden, siehe Bundesamt für Justiz (BJ), Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) vom September 2022, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>, abgerufen am 6. September 2022.

hoch sein, da die meisten in der Verwaltung eingesetzten Algorithmen auf «Wenn-Dann-Schemata» beruhen²⁷ und die datenschutzrechtliche Regelung ansonsten ins Leere laufen würde.

Art. 21 Abs. 1 nDSG nimmt sodann den Verantwortlichen beziehungsweise die Verantwortliche in die Pflicht,²⁸ die betroffene Person bei einer automatisierten Einzelentscheidung zu informieren – sei dies im privaten oder im öffentlichen Sektor. Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, besteht zudem eine Kennzeichnungspflicht (Art. 21 Abs. 4 nDSG). Gleichzeitig geht der Bundesrat davon aus, dass es sich bei solchen einem Bundesorgan zuzuordnenden automatisierten Einzelentscheidungen um Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG handelt,²⁹ weshalb diese auch als «automatisiert erlassene Verfügung(en)» bezeichnet werden könnten.³⁰

B. Der verwaltungsrechtliche Begriff

1. Einsatzszenarien in der Verwaltung

Verwaltungsaufgaben werden bereits seit mehreren Jahrzehnten automatisiert.³¹ Automatisierung bedeutet ganz generell, dass *Aufgaben*, die bisher durch eine natürliche Person bewältigt wurden, einer Maschine übertragen werden.³² Eine Tätigkeit ist automatisiert, wenn sie zumindest in einem Teilbereich menschenunabhängig ausgeführt wird.³³ Die automatisierte Datenverarbeitung hat sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelt. Technologische Anwendungen können heute durch vorgegebene Handlungsanweisungen (Algorithmen) dahingehend programmiert werden, dass Berechnungen, der Einsatz von Textbausteinen oder der Abgleich verschiedener Informationen durch ein maschinengesteuertes System

vorgenommen werden.³⁴ Verschiedentlich werden diese Entwicklungen unter dem Schlagwort «Künstliche Intelligenz» (KI) zusammengefasst.³⁵ Für die Verwaltung ist jedoch – gemäss heutigem Stand der Dinge und Technik – nicht jede maschinengestützte Anwendung von Interesse. Grosses Potenzial wird insbesondere im Bereich der automatisierten Steuerveranlagung identifiziert oder im Sozialversicherungsbereich hinsichtlich der Ausrichtung der kantonalen Prämienverbilligung.³⁶ In der Verwaltungsdigitalisierung steht somit die automatisierte Entscheidungsfindung im Vordergrund.³⁷ Um dieser bestmöglich die Türen zu öffnen, bedarf sie grosser Datenmengen und strukturierter Prozesse.³⁸ Daher zeichnet sich ab, dass sich die für die öffentliche Verwaltung realistischen Einsatzszenarien automatisierter Einzelentscheidungen vorerst auf die sogenannte Massenverwaltung konzentrieren.³⁹ Denn im Massenverfahren werden viele gleichartige Fälle auf dieselbe Art und Weise abgehandelt und es besteht kein Ermessensspielraum der Behörde.⁴⁰

²⁷ Vertieft unten II. B. 1.

²⁸ Gemäss Art. 5 lit. j nDSG ist der Verantwortliche bzw. die Verantwortliche eine private Person oder ein Bundesorgan, die oder das allein oder zusammen mit anderen über den Zweck und die Mittel der Bearbeitung entscheidet.

²⁹ Botschaft DSG (Fn. 7), BBl 2017 7059.

³⁰ BRAUN BINDER, Perspektive (Fn. 4), 29.

³¹ Quellennachweis in Fn. 1.

³² Vgl. THOMAS RAMGE, *Mensch und Maschine*, 2. Aufl., Ditzingen 2018, 17 f.

³³ M.w.H. DANIELA THURNHERR, *Automatisierte Verwaltungungsverfahren auf Bundesebene*, in: Nadja Braun Binder/Peter Bussjäger/Mathias Eller (Hrsg.), *Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen*, Wien/Hamburg 2021, 133 ff., 135 f. Zu den Ursprüngen der Automatisierung vgl. LUHMANN (Fn. 1), 9 f.; POLOMSKI (Fn. 1), 24.

³⁴ Siehe nur HARTMUT ERNST/JOCHEN SCHMIDT/GERD BENEKEN, *Grundkurs Informatik*, 7. Aufl., Wiesbaden 2020, 501.

³⁵ Aus der Literatur z.B. MARIO MARTINI, *Black Box Algorithmen – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Wiesbaden 2019, 43 f.; LEONID GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, NVwZ 2019, 844 ff., 845; RAINER KESSLER/JUTTA SONJA OBERLIN, *Künstliche Intelligenz: Quo Vadis?*, CB 2020, 89 ff., 92. Aus den Medien nur FLORENT THOUVENIN/NADJA BRAUN BINDER/MELINDA LOHMANN, *Die Schweiz braucht Regeln für den Einsatz von künstlicher Intelligenz*, NZZ vom 27.01.2021, <https://www.nzz.ch/meinung/die-schweiz-braucht-regeln-fuer-den-einsatz-von-kuenstlicher-intelligenz-ld.1595509>, abgerufen am 24. August 2022.

³⁶ Vertieft BRAUN BINDER, Vorprojekt IP6.4 (Fn. 17), 24 ff.

³⁷ Z.B. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, *Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk*, Bericht an den Bundesrat, Bern vom 13. April 2022; Der Bundesrat, *Leitlinien «Künstliche Intelligenz» für den Bund* vom 25. November 2020; Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)/Staatssekretariat für Bildung Forschung und Innovation (SBFI), *Herausforderungen der künstlichen Intelligenz* vom 13. Dezember 2019, <https://www.sbf.admin.ch/sbfi/de/home/bfi-politik/bfi-2021-2024/transversale-themen/digitalisierung-bfi/kuenstliche-intelligenz.html>, abgerufen am 6. September 2022; LUHMANN (Fn. 1), 18, stellt dies bereits für die Anfänge der Verwaltungsdigitalisierung mittels elektronischer Datenverarbeitung fest.

³⁸ JAN ETSCHIED/JÖRN VON LUKE/FELIX STROH, *Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung*, Stuttgart 2020, 27, 37, 45.

³⁹ Diese Annahme wird durch das Einführen des Begriffs der automatisierten Einzelentscheidung im Rahmen der DSG-Revision in verschiedenen abgabe- und versicherungsrechtlichen Erlassen verstärkt. Siehe dazu BRAUN BINDER, *Dystopie* (Fn. 8), 270, 274.

⁴⁰ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 3), N 878.

2. Art. 21 nDSG als allgemeine Zulässigkeitsnorm im Verwaltungsalltag?

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber mit Art. 21 Abs. 1 nDSG eine allgemeine Zulässigkeitsnorm für automatisierte Einzelentscheidungen in der Schweiz schaffen wollte. Denn im Rahmen der DSG-Revision werden weitere Gesetze angepasst und um den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung ergänzt. Im Bereich des Zollverfahrens sowie der Festsetzung des Tabaksteuer-, Biersteuer-, Mineralölsteuer- sowie Schwerkverkehrsabgabebetrags werden automatisierte Einzelentscheidungen vorgesehen, indem auf Art. 21 Abs. 1 nDSG verwiesen wird. Das nDSG dient mithin als Ausgangsnorm für die Verweise in den genannten (Verfahrens-)Gesetzen. Im Gegensatz zur europäischen Regelung, die mit Art. 22 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ein allgemeines Automationsverbot – mit Erlaubnisvorbehalt⁴¹ – geschaffen hat und somit deren generelle Zulässigkeit verneint,⁴² scheint das Schweizer Recht nun von der weitgehend voraussetzungslosen Zulässigkeit solcher Entscheidungen auszugehen. Eine solche Zulässigkeitsabsicht lässt sich aber zumindest der Botschaft zum nDSG nicht entnehmen. Dagegen spricht auch das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung (BV⁴³), das neben dem Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage (Normstufe) für wichtige rechtsetzende Bestimmungen (Art. 164 Abs. 1 BV) auch genügend Bestimmtheit (Normdichte) derselben fordert.⁴⁴ Auch wenn das nDSG ein Gesetz im formellen Sinn darstellt: Dessen Bestimmtheit ist mit Blick auf den Erlass vollautomatisierter Verfügungen durch den Staat wohl ungenügend.⁴⁵ Denn es äussert sich nicht zu den verschiedenen Anwendungsfeldern automatisierter Verfahren, sondern geht ganz einfach von deren Existenz aus.⁴⁶ Im Zuge der Datenschutzgesetzrevision wird die automatisierte Einzelentscheidung als *vollständige* Verlagerung der menschlichen

Entscheidungsfindung auf die Maschine verstanden. Fälle der Teilautomation, insbesondere der automatisierten Entscheidungsunterstützung, werden vom nDSG nicht erfasst.⁴⁷ Dies wird indessen dem Verwaltungsalltag nicht gerecht.⁴⁸ Die Vollautomation dürfte in aktuellen Digitalisierungsprojekten nachrangig sein, die Teilautomation hingegen häufiger vorkommen. Schliesslich ist anzumerken, dass der Begriff der automatisierten Einzelentscheidung nach Art. 21 Abs. 1 nDSG nur im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten von Relevanz ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 lit. a nDSG). Indes liegen nicht allen Verfügungen immer zwingend Personendaten zugrunde. Das betrifft vor allem Allgemeinverfügungen, die grundsätzlich jedoch gleich behandelt werden wie eine Individualverfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG,⁴⁹ sie somit theoretisch auch der automatisierten Entscheidungsfindung zugänglich sind. Alle diese Argumente führen zum Schluss, dass mit Art. 21 nDSG keine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Erlass vollautomatisierter Verfügungen in der Bundesverwaltung vorliegt.

III. Automatisierte Einzelentscheidung als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG?

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass ohne themenspezifische Rechtsgrundlage der vollautomatisierte Erlass einer Verfügung auf Bundesebene nicht zulässig ist. Oder anders formuliert: Es bedürfte wohl der Anpassung der einschlägigen fachspezifischen Gesetze. Unabhängig davon stellt sich zudem die Frage, ob im VwVG als allgemeiner Verfahrensordnung Regelungsbedarf besteht. Die Beantwortung dieser Frage hängt unter anderem davon ab, ob automatisierte Einzelentscheidungen ohne Weiteres als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG qualifiziert werden können. Auf diese Frage soll im Folgenden eingegangen werden. Zusätzlicher Regulierungsbedarf im VwVG – etwa zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs – wird an dieser Stelle nicht thematisiert.

A. Traditioneller Verfügungsbegriff

Mit Erlass des VwVG im Jahr 1968 wurde erstmalig für das Bundesrecht definiert, was eine Verfügung und insbesondere was deren Rechtsnatur ist. Gemäss der Legaldefinition in Art. 5 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen sich auf öffentliches Recht stützende Anordnungen der Behörden

⁴¹ Dazu ROMY DAEDELLOW, Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden ..., Jusletter 26. November 2018, N 23 ff.

⁴² Vertieft statt vieler CHRISTIAN ERNST, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 ff.

⁴³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁴⁴ SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 33 ff.; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 11.

⁴⁵ BRAUN BINDER, Dystopie (Fn. 8), 260 f. Allgemein zu den Anforderungen aus dem Legalitätsprinzip bezüglich der Normierung automatisierter Verwaltungsverfahren THURNHERR (Fn. 33), 150 ff.

⁴⁶ BRAUN BINDER, Dystopie (Fn. 8), 261; THURNHERR (Fn. 33), 152.

⁴⁷ Bereits BRAUN BINDER, Perspektive (Fn. 4), 33.

⁴⁸ Oben II. B. 1.

⁴⁹ BRAUN BINDER, Dystopie (Fn. 8), 270.

im Einzelfall, durch die Rechte und Pflichten rechtsgestaltend oder feststellend einseitig geregelt werden. Die Verfügung ist somit das Ziel des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.⁵⁰ Der Begriff ist im öffentlichen Recht derart zentral, dass er sich vom VwVG selbst abhebt und sich gewissermassen als Rechtsbegriff verselbstständigt hat.⁵¹ Das Bundesgericht präzisiert in seiner Rechtsprechung, dass es sich um «autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind»⁵² handelt. Es lassen sich schliesslich verschiedene Begriffselemente erkennen:⁵³ Verfügungen sind eine behördliche Anordnung, stützen sich auf öffentliches Recht (des Bundes), betreffen eine bestimmte Person und einen bestimmten Sachverhalt, regeln rechtsgestaltend oder feststellend Rechte und Pflichten und sind verbindlich und erzwingbar, wodurch sie ohne weitere Konkretisierung vollstreckt werden können.

B. Diskrepanz: behördlicher Willensbildungsprozess ...

Die automatisierte Einzelentscheidung weist viele Begriffselemente der Verfügung auf. Ihnen ist gemeinsam, dass sie sich auf öffentliches Recht (des Bundes) stützen, individuell-konkret ergehen, Rechte und Pflichten rechtsgestaltend oder feststellend regeln sowie verbindlich und erzwingbar, mithin vollstreckbar sind. Nicht klar ist jedoch die Frage nach dem Urheber beziehungsweise der Urheberin der Verfügung, mithin ob eine vollständig automatisierte Einzelentscheidung einer natürlichen Person, die hinter einer Behörde steht, zugerechnet werden kann.⁵⁴ Bis anhin ging das allgemeine Verwaltungsrecht davon aus, dass beim Erlass einer Verfügung innerhalb der Behörde eine Willensbildung stattfindet, die Verfü-

gung entsprechend eine Willenserklärung ist.⁵⁵ Dieser Willensbildungsprozess beurteilt sich für die jeweiligen Automatisierungsstufen – Teilautomation und Vollautomation – unterschiedlich.

C. ... bei teilautomatisierter Einzelentscheidung?

Bei der Teilautomation können, wie bereits erläutert,⁵⁶ zwei Konstellationen differenziert werden. Bei der Entscheidungsunterstützung liegt der finale Entscheid weiterhin in menschlicher Hand. Die entscheidende natürliche Person kann sich zwar an Empfehlungen des Algorithmus orientieren, letztlich gibt sie jedoch «ihren» Willen – beziehungsweise denjenigen der gesetzgebenden Gewalt⁵⁷ – kund. Die menschliche Komponente schlägt sich in der eigentlichen Entscheidung nieder, weshalb diese relativ problemlos einer Behörde zugerechnet werden kann und unter den Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG fällt. Eruiert oder prüft die verantwortliche natürliche Person die Sachverhaltsdaten und setzt die Automatisierung erst für das Fällen des finalen Entscheides ein, liegt gewissermassen die umgekehrte Lage zur Entscheidungsunterstützung vor. Allerdings ist auch in dieser Konstellation eine menschliche Komponente enthalten. Denn neben der Programmierung des den Entscheid fallenden Algorithmus kann die Entscheidung durch das Eruiieren der Sachverhaltsdaten gewissermassen präjudiziert werden.⁵⁸

D. ... bei vollautomatisierter Einzelentscheidung?

Der ursprüngliche Verfügungsbegriff basiert auf der Annahme, die Anordnung würde durch eine natürliche Person getroffen.⁵⁹ Zwar schliesst der Gesetzeswortlaut von Art. 5 VwVG nicht aus, dass eine Verfügung auch ohne

⁵⁰ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 3), N 5 f.

⁵¹ ZK VwVG-MÜLLER (Fn. 9), Art. 5 N 3.

⁵² BGE 141 II 233, 235, E. 3.1; 135 II 38, 44 f., E. 4.3.

⁵³ Je nachdem werden fünf bis sieben Begriffselemente genannt, vgl. etwa Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, BBl 1965 1348 ff., 1362 ff.; ZK VwVG-MÜLLER (Fn. 9), Art. 5 N 28; aus der Basisliteratur nur PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 N 16 ff.; vertieft ROLF HEINRICH HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahren des Bundes (Artikel 5 VwVG), Diss. Zürich 1979, Zürich 1979, 21 ff.

⁵⁴ BRAUN BINDER, Dystopie (Fn. 8), 272; GLASER, Einflüsse (Fn. 8), 187 f.; THURNHERR (Fn. 33), 135.

⁵⁵ Zur behördlichen Anordnung als Willenserklärung HALTNER (Fn. 53), 23 ff.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 3), N 355; BERNHARD RÜTSCHÉ, Was sind öffentliche Rechte und Pflichten? Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 69 ff., 77; BERNHARD WALDMANN, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 2014 I, 489 ff., 492. Im Umkehrschluss auch Botschaft VwVG (Fn. 53), BBl 1965 1364.

⁵⁶ Oben II. A. 1.

⁵⁷ HALTNER (Fn. 53), 29.

⁵⁸ Für Deutschland bereits BRAUN BINDER, Gesetzesentwurf (Fn. 4), 963 f.

⁵⁹ Botschaft VwVG (Fn. 53), BBl 1965 1362.

jegliches menschliche Zutun ergehen kann.⁶⁰ Daraus folgt aber noch nicht, dass eine vollautomatisierte Einzelentscheidung einem Willensbildungsprozess zugänglich ist. Die Willensbildung ist nach einem traditionellen Verständnis natürlichen Personen vorbehalten.⁶¹ Eine Willenserklärung ist demnach von zwei Elementen geprägt: dem inneren Verpflichtungswillen und dem äusserlich erkennbaren Erklärungswillen.⁶² Im öffentlichen Recht wird der Willensbegriff jedoch bereits durch das Legalitätsprinzip eingeschränkt: Der Wille der natürlichen Personen, die hinter einer Behörde stehen, wird durch die gesetzlichen Grundlagen geleitet.⁶³ Der innere Verpflichtungswille ist also ein objektiv-gesetzlicher Wille. Durch die einzelfallweise Anwendung der Normen sind jedoch auch die natürlichen Personen in der Verwaltung – in beschränkter Weise – einem Willensbildungsprozess unterworfen.⁶⁴ Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren sind dagegen von ihrer menschlichen Unabhängigkeit geprägt.⁶⁵ Die interne Willensbildung kann somit naturgemäss nicht durch eine natürliche Person erfolgen. Fraglich bleibt, ob nicht zumindest der äusserlich erkennbare Erklärungswille der Behörde zugerechnet werden könnte. Dies hängt massgeblich davon ab, ob eine automatisierte Einzelentscheidung einer Informations- und/oder Kennzeichnungspflicht im Sinne von Art. 21 Abs. 1 und Abs. 4 nDSG unterliegt. Diese Kundgebungspflichten führen nämlich dazu, dass die Behörde klar deklariert, dass die automatisierte Einzelentscheidung nicht durch eine natürliche Person gefällt wurde und damit zugleich klärt, dass es keinen Willen einer natürlichen Person gibt, der äusserlich erkennbar gemacht werden könnte. Das Argument, dass mit dem Einführen von automatisierten Einzelentscheidungen der Willensbildungsprozess vorverlagert werde – etwa auf den Zeitpunkt der Anschaffung

eines Systems,⁶⁶ das automatisierte Einzelentscheidungen fällen kann oder auf den Zeitpunkt der Programmierung desselben⁶⁷ –, verkennt, dass für den Willensbildungsprozess eine Abschlussentscheidung notwendig ist. Dies folgt aus der hier zugrunde gelegten Definition der Willenserklärung.

IV. Fazit

Es bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, eine automatisierte Einzelentscheidung dogmatisch als «menschliche» Willenserklärung aufzufassen. Angesichts der fehlenden Willensbildung bleibt jedoch unklar, ob eine automatisierte Einzelentscheidung tatsächlich eine Verfügung sein kann. Der geltende Wortlaut von Art. 5 VwVG schliesst zwar nicht aus, dass teil- und vollautomatisierte Einzelentscheidungen im Verwaltungsverfahren ergehen können.⁶⁸ Und auch in der Praxis ist es kaum vorstellbar, dass automatisierte Einzelentscheidungen nicht als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG bezeichnet würden, da die Verwaltung ansonsten nahezu handlungsunfähig würde⁶⁹ und den betroffenen Personen kein Rechtsschutz gewährt werden könnte.⁷⁰ Der Verfügungsbegriff ist im öffentlichen Recht jedoch derart wichtig, dass eine Neuinterpretation kaum angestrebt werden kann.⁷¹ Eine gesetzliche Klarstellung drängt sich geradezu auf, um Rechtssicherheit sowohl für die erlassende Behörde als auch für die betroffene Person sicherzustellen. Ausserdem trägt eine gesetzliche Klärung zur Transparenz des Verwaltungshandelns bei und verhindert ein Zersplittern der Rechtsordnung.⁷² Grundsätzliche Diskussionen über

⁶⁰ BRAUN BINDER, *Dystopie* (Fn. 8), 272.

⁶¹ Ausführungen zu Willenserklärungen und dem Willensbildungsprozess existieren insb. in der privatrechtlichen Lehre und Literatur zum Rechtsgeschäft, vgl. statt vieler PETER GAUCH et al., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 168 ff. Allerdings wird dies bereits in den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaft auf behördliche Anordnungen übertragen, siehe z.B. BRUNO BEETSCHEN, *Die materielle Rechtskraft von Verwaltungsverfügungen*, Diss. Zürich 1923, Zürich 1923, 15. Diese Gedanken wurden auch in der neueren verwaltungsrechtlichen Literatur aufgenommen, vgl. JÜRIG BICKEL, *Auslegung von Verwaltungsakten*, Diss. Freiburg 2013, Bern 2014, § 2 N 7.

⁶² Statt vieler GAUCH et al. (Fn. 61), N 168 ff.

⁶³ BICKEL (Fn. 61), § 2 N 9.

⁶⁴ BULL (Fn. 4), 415.

⁶⁵ Oben II. A. 1.

⁶⁶ M.w.H. zur deutschen Literatur BRAUN BINDER, *Gesetzesentwurf* (Fn. 4), 963. Dies kann auch darauf zurückgeführt werden, dass bereits mit der Beschaffung des Systems «grundlegende Weichenstellungen für einen verantwortungsvollen KI-Einsatz» getroffen werden, CHRISTEN et al. (Fn. 13), 279.

⁶⁷ M.w.H. zur deutschen Literatur BRAUN BINDER, *Gesetzesentwurf* (Fn. 4), 963.

⁶⁸ BRAUN BINDER, *Dystopie* (Fn. 8), 272.

⁶⁹ Die Verfügung ist das wichtigste Handlungsinstrument der Verwaltung, siehe Fn. 3.

⁷⁰ Erst die Verfügung eröffnet den Rechtsweg, da sie Anfechtungsobjekt der Beschwerde bildet, statt vieler KIENER/RÜTSCHHE/KUHN (Fn. 3), N 338.

⁷¹ GLASER, *Einflüsse* (Fn. 8), 188.

⁷² Dem Leitgedanken des VwVG folgend, um das «bunte Mosaik aus zahllosen Bestimmungen des Spezialverwaltungsrechts über das Verwaltungsverfahren» (Botschaft VwVG [Fn. 53], BBl 1965 1351) zu überwinden. Dies bereits für die deutsche Rechtslage NADJA BRAUN BINDER, *Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale*, DÖV 2016, 891 ff., 891.

die Natur von teil- und insbesondere vollautomatisierten Einzelentscheidungen würden dadurch vermieden. Zwar wäre auch denkbar, die Klärung jeweils nur in den bereichsspezifischen Gesetzen herbeizuführen, in welchen die Rechtsgrundlage für den Erlass automatisierter Einzelentscheidungen verankert wird. Gegen diese Herangehensweise spricht – neben der Verhinderung der Zersplitterung der Rechtsordnung – auch die Tatsache, dass im VwVG neben der Klärung des Verfügungsbegriffs weitere Konkretisierungen notwendig wären, etwa zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs.⁷³ Mit Blick auf die titel-

gebende Ausgangsfrage kann abschliessend festgehalten werden, dass eine automatisierte Einzelentscheidung dem Begriff der Verfügung sehr nahe ist, sie sind aber nicht deckungsgleich – eben *same same but different*.

⁷³ Zur Beeinflussung der Verwaltungsverfahrensprinzipien durch automatisierte Einzelentscheidungen BRAUN BINDER, Dystopie (Fn. 8), 273; NADJA BRAUN BINDER, Der Untersu-

chungsgrundsatz als Herausforderung vollautomatisierter Verfahren, ZSIS 2020, 27 ff., 31 ff.; THURNHERR (Fn. 33), 145 ff.; CATHERINE REITER, Künstliche Intelligenz im Verwaltungsverfahren, AJP 2022, 984 ff., 989 ff.; spezifisch zum rechtlichen Gehör RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER, Schranken, Ausnahmen und Relativierungen des rechtlichen Gehörs: Insbesondere mit Blick auf automatisierte Verwaltungsverfahren, AJP 2022, S. 1092 ff., 1102 f.

Anzeige

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Strafrecht

in a nutshell
2. Auflage

Das Buch verschafft durch innovative Systematik und mit Hilfe von Tafeln einen konzisen Überblick über das ganze Kern- und Nebenstrafrecht des Bundes. Zudem vertieft es grundlegende Fragen. Der Inhalt entspricht dem geltenden Gesetz, der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre.

2022, 443 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-462-4
CHF 54.–

www.dike.ch/4624

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Strafrecht

IN A NUTSHELL

2. Auflage



Kern- und
Nebenstrafrecht
des Bundes

DIKE

DIKE