

David Rechsteiner

## **Der Algorithmus verfügt**

### **Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte automatisierter Einzelentscheidungen**

---

Mittlerweile ist es technisch möglich, dass Algorithmen vollständig automatisiert Entscheidungen treffen bzw. Verfügungen erlassen. Solche Verfügungen benötigen jedoch eine spezielle gesetzliche Grundlage. Diese ist so auszugestalten, dass die Verfahrensgarantien eingehalten werden. Dazu muss die rechtsunterworfenen Person die Möglichkeit haben, sich zu äussern, und die Verfügung ist durch den Algorithmus zu begründen. Zudem darf eine Verfügung nicht automatisiert erlassen werden, wenn der Behörde in der zu entscheidenden Frage ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Informatik und Recht; E-Government; Datenschutz;

Verwaltungsverfahren

Zitiervorschlag: David Rechsteiner, Der Algorithmus verfügt, in: Jusletter 26. November 2018

## Inhaltsverzeichnis

- I. Problemstellung
- II. Automatisierte Einzelentscheidung
  - 1. Begriff
  - 2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung
- III. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen
  - 1. Legalitätsprinzip
  - 2. Allgemeine Verfahrensgarantien, insb. rechtliches Gehör
    - a. Recht auf Äusserung
    - b. Recht auf Begründung
  - 3. Ermessens- und Beurteilungsspielraum
  - 4. Vertrauensschutz
- IV. Fazit und Ausblick

### I. Problemstellung

[Rz 1] Die fortschreitende Digitalisierung führt dazu, dass Informations- und Kommunikationstechnologien in der öffentlichen Verwaltung immer bedeutender werden. Computer unterstützen die Behörden nicht nur bei der Verarbeitung von Informationen, sondern auch in der Kommunikation mit Privatpersonen und Unternehmen (sog. E-Government bzw. E-Justice).<sup>1</sup> Mittlerweile ist die technologische Entwicklung sogar soweit, dass Algorithmen selbständig Entscheidungen treffen können (sog. automatisierte Einzelentscheidungen).<sup>2</sup>

[Rz 2] Automatisierte Einzelentscheidungen können unter anderem in der staatlichen Verwaltung zum Einsatz kommen, indem eine Verfügung von einem Algorithmus erlassen wird. Solche «automatisierte Verfügungen» können auf einem (einfachen) regelbasierten Algorithmus beruhen, der lediglich das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen prüft.<sup>3</sup> Beispielsweise könnte die Steuerveranlagung von Personen, die lediglich gewisse Pauschalabzüge geltend machen, welche ihnen in den Vorjahren bereits gewährt wurden, automatisiert vorgenommen werden.<sup>4</sup> Die Verfügung kann jedoch auch von einem Algorithmus erlassen werden, welcher mit künstlicher Intelligenz ausgestattet ist (sog. machine oder deep learning).<sup>5</sup> So gibt es Methoden zur Vorhersage von Prozessausgängen, die auf künstlicher Intelligenz beruhen. Diese Algorithmen stützen sich auf Korrelationen ab, das heisst, sie analysieren die Erfolgsaussichten aufgrund vergleichbarer Fälle.<sup>6</sup> Ein solcher Algorithmus könnte beispielsweise bei der Prüfung der fehlenden

---

<sup>1</sup> Ausführlich SALIM RIZVI/BEAT LENEL/SIMONA RISI, E-Government – Kaleidoskop aus Digitalisierungselementen, in: Jusletter IT 26. September 2018, insb. Rz. 7 ff.; MARTIN DUMERMUTH/SANDRA EBERLE, E-Justice-Gesetz – Durchbruch für den elektronischen Rechtsverkehr?, in: Jusletter IT 18. Mai 2017; MIRIAM GARBAUER, E-Justice – Vision einer modernen Justiz, in: Jusletter IT 18. Mai 2017.

<sup>2</sup> Zur Geschichte automatisierter Entscheidung siehe FLORENT THOUVENIN/ALFRED FRÜH/DAMIAN GEORGE, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, in: Jusletter 26. November 2018, Rz. 4.

<sup>3</sup> Vgl. ALEXANDER DUISBERG, Machine Learning und rechtliche Rahmenbedingungen, in: Jusletter IT 26. September 2018, Rz. 4; sowie für ein anschauliches Beispiel eines einfachen Algorithmus SEBASTIAN HÖFER, Algorithmen, maschinelles Lernen und die Grenzen der künstlichen Intelligenz, in: Jusletter 26. November 2018, Rz. 5 ff.

<sup>4</sup> Zur Automatisierung des Steuerveranlagungsverfahrens in Deutschland siehe NADJA BRAUN BINDER, Weg frei für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren in Deutschland, in: Jusletter IT 22. September 2016, Rz. 3 ff.

<sup>5</sup> Vgl. DUISBERG (Fn. 3), Rz. 1 und 21 ff.; HÖFER (Fn. 3), Rz 12 ff. und 20; FRITZ-ULLI PIEPER, Die Vernetzung autonomer Systeme im Kontext von Vertrag und Haftung, InTeR 2016, S. 188 ff., S. 189 f.; für eine feinere Kategorisierung der unterschiedlichen Algorithmen siehe BERNHARD WATL/ROLAND VOGL, Explainable Artificial Intelligence – the New Frontier in Legal Informatics, in: Jusletter IT 22. Februar 2018, Rz. 3 und 22 f.

<sup>6</sup> Siehe ausführlich LUDWIG BULL/BEN BOLDESON, Why Everything You Know About Litigation Is (Probably) Wrong, in: Jusletter 20. August 2018; siehe auch STEPHAN DREYER/WOLFGANG SCHULZ, Was bringt die

Aussichtslosigkeit im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege eingesetzt werden.<sup>7</sup>

[Rz 3] Das öffentliche Interesse am Erlass einer automatisierten Verfügung liegt in erster Linie in der Kostensenkung sowie in der Verfahrensbeschleunigung, da durch die Automatisierung einfach strukturierte, gleichartige Verfahren rasch und mit geringem Aufwand erledigt werden können.<sup>8</sup> Es können aber auch Flüchtigkeitsfehler vermieden werden.<sup>9</sup> Weiter gilt die Beurteilung durch einen Algorithmus als objektiver, da sie im Vergleich zu einer menschlichen Beurteilung nicht von sachfremden Erwägungen beeinflusst wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Algorithmen von Menschen programmiert und umgesetzt werden. Der als fehlerhaft angesehene Einfluss «Mensch» bleibt somit auch bei einem automatisierten Verfügungserlass ein Stück weit bestehen.<sup>10</sup> Überdies lernen Algorithmen bei deep bzw. machine learning anhand des ihnen zur Verfügung gestellten Materials.<sup>11</sup> Enthalten die Daten Vorurteile bzw. Diskriminierungen, so werden diese bei einer automatisierten Einzelentscheidung reproduziert.<sup>12</sup>

[Rz 4] Fraglich ist jedoch, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine automatisierte Verfügung mit den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen überhaupt vereinbar ist. Einschränkungen können sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, insbesondere aus den Grundrechten sowie den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen. Insbesondere ist zu prüfen, ob für eine automatisierte Verfügung jeweils eine besondere gesetzliche Grundlage notwendig ist und ob sich aus den Verfahrensgarantien Einschränkungen für den Einsatz von Algorithmen beim Erlass von Verfügungen ergeben. Diese Fragen werden im vorliegenden Beitrag erörtert. Dazu wird zunächst der Begriff der automatisierten Einzelentscheidung geklärt, bevor auf einzelne verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundsätze und ihre Auswirkungen auf die Zulässigkeit von automatisierten Verfügungen eingegangen wird.

---

Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, Gütersloh 2018, S. 45 f., abrufbar unter <https://doi.org/10.11586/2018011> (alle Websites zuletzt besucht am 13. November 2018).

<sup>7</sup> Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021); § 16 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG ZH; LS 175.2).

<sup>8</sup> Vgl. MARIO MARTINI/DAVID NINK, Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ – Extra 10/2017, S. 1 ff., S. 1; THORSTEN SIEGEL, Automatisierung des Verwaltungsverfahrens, – zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 I 3, 41 Ila VwVfG, DVGI 2017, S. 24 ff., S. 25; zu den öffentlichen Interessen an der Digitalisierung im Allgemeinen siehe PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier, SJZ 2018, S. 313 ff., S. 314; E-Government-Strategie Schweiz, S. 5, abrufbar unter <https://www.egovernment.ch/de/umsetzung/e-government-strategie/>; vgl. auch Strategie «Digitale Schweiz» vom 5. September 2018, BBl 2018 5961 ff.

<sup>9</sup> Vgl. MARTINI/NINK (Fn. 8), S. 1.

<sup>10</sup> MICHAEL ATZERT, in: Rolf Schwartmann/Andreas Jaspers/Gregor Thüsing/Dieter Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Kommentar, München 2018, Art. 22 DS-GVO, Rz. 4 ff.; mit Verweis auf SEBASTIAN SCHULZ, in: Peter Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 22 DS-GVO, Rz. 2; zur DS-GVO siehe hinten Rz. 11.

<sup>11</sup> Siehe vorne Rz. 2; sowie HÖFER (Fn. 3), Rz 14 ff.

<sup>12</sup> HÖFER (Fn. 3), Rz. 45; MELINDA F. LOHMANN, Black Box öffne dich – Transparenzpflichten bei Algorithmen, Einspruch Magazin (Frankfurter Allgemeine) vom 22. August 2018; MARTINI/NINK (Fn. 8), S. 9; vgl. auch DREYER/SCHULZ (Fn. 6), S. 14.

## II. Automatisierte Einzelentscheidung

### 1. Begriff

[Rz 5] Als automatisierte Einzelentscheidung werden Entscheide bezeichnet, die *ausschliesslich* auf einer automatisierten Bearbeitung beruhen. Das bedeutet, dass sowohl die inhaltliche Bewertung des Sachverhalts und der Rechtsfrage als auch die Entscheidung nur durch einen Algorithmus erfolgen, ohne dass dabei eine natürliche Person mitwirkt.<sup>13</sup> Davon ausgenommen ist selbstverständlich die Programmierung des Algorithmus durch eine natürliche Person.

[Rz 6] Keine automatisierte Einzelentscheidung liegt demgegenüber vor, wenn der Entscheid lediglich automatisiert vorbereitet wird, die Entscheidung im Einzelfall aber von einer natürlichen Person getroffen wird. Dafür muss die natürliche Person nicht nur über Entscheidungsbefugnis verfügen, sondern diese im Einzelfall auch ausüben. Es genügt nicht, wenn sie die Arbeit des Algorithmus bloss überwacht und nur stichprobenweise oder auf Bitte eines Betroffenen eingreift.<sup>14</sup> Die ausschliesslich automatisierte Einzelentscheidung ist inhaltlich und nicht nur formal zu verstehen. Deshalb ändert es an der Natur der automatisierten Einzelentscheidung nichts, wenn diese von einer natürlichen Person, welche die Entscheidung nicht mehr beeinflussen kann, mitgeteilt wird.<sup>15</sup>

[Rz 7] Im Kanton St. Gallen werden beispielsweise Strafbefehle für Ordnungsbussen, welche nicht innert ordentlicher Frist bezahlt wurden und Bagatellübertretungen nach *Strassenverkehrsrecht* weitgehend automatisiert vorbereitet.<sup>16</sup> Es werden alle Daten, inklusive des Sachverhalts, aus dem System der Polizei elektronisch in jenes der Staatsanwaltschaft übertragen. Der zuständige Sachbearbeiter muss grundsätzlich nur noch die Sanktion bestimmen. Anschliessend wird sowohl der Strafbefehl als auch die dazugehörige Rechnung automatisch erstellt. Auf diese Weise kann ein Sachbearbeiter rund 30 Strafbefehle pro Tag erlassen.<sup>17</sup> Da die Sanktionshöhe nicht von einem Algorithmus, sondern vom zuständigen Sachbearbeiter bestimmt wird, verfügt Letzterer über die Entscheidungsbefugnis und es handelt sich dabei nicht um einen automatisierten Einzelentscheid.

[Rz 8] Etwas weiter gehen die automatisierten Grenzkontrollen an den Schengener Aussengrenzen der schweizerischen Flughäfen.<sup>18</sup> Dabei werden die biometrischen Merkmale der reisenden Person zur Feststellung ihrer Identität automatisiert erfasst und mit den biometrischen Daten, die in der Teilnehmerkarte oder dem biometrischen Pass gespeichert sind (und automatisiert ausge-

---

<sup>13</sup> Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, 7056 f. (zit. Botschaft E-DSG); BENEDIKT BUCHNER, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG*, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 22 DS-GVO, Rz. 15; MARCUS HELFRICH, in: Gernot Sydow (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, Handkommentar, Baden-Baden 2017, Art. 22 DS-GVO, Rz. 41 ff.; zum E-DSG und zur DS-GVO siehe hinten Rz. 11.

<sup>14</sup> Letzteres stellt vielmehr eine angemessene Massnahme zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der von einer automatisierten Einzelentscheidung betroffenen Person nach Art. 22 Abs. 3 DS-GVO dar, MARIO MARTINI, in: Boris P. Paal/Daniel A. Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., München 2018, Art. 22 DS-GVO, Rz. 19; siehe auch DAVID ROSENTHAL, *Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz*, in: Jusletter 27. November 2017, Rz. 102.

<sup>15</sup> Botschaft E-DSG (Fn. 13), S. 7057; BUCHNER (Fn. 13), Art. 22 DS-GVO, Rz. 15.

<sup>16</sup> Die Strafbefehle der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen fallen nicht in den Anwendungsbereich des E-DSG (Art. 2 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 E-DSG). Zum E-DSG siehe hinten Rz. 11.

<sup>17</sup> THOMAS HANSJAKOB, *Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren*, *forum* 2014, S. 160 ff., S. 161.

<sup>18</sup> Art. 45 ff. der Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 15. August 2018 (VEV; SR 142.204).

lesen werden), abgeglichen. Zudem prüft der Algorithmus, ob die betroffene Person im automatisierten Fahndungssystem (RIPOL) oder im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben ist.<sup>19</sup> Stimmen die biometrischen Merkmale mit den biometrischen Daten überein und ist die reisende Person weder im RIPOL noch im SIS ausgeschrieben, so kann sie die Grenze passieren. Dies stellt wohl eine automatisierte (formlose) Verfügung dar, mit welcher der Person das Recht gegeben wird, die Grenze zu passieren. Kann die Identität anhand der biometrischen Merkmale jedoch nicht verifiziert werden oder ist die reisende Person im RIPOL oder im SIS ausgeschrieben, so ist eine automatisierte Grenzkontrolle nicht möglich und es erfolgt eine Grenzkontrolle durch eine natürliche Person. Wird im Zuge dessen die Einreise verweigert, wird eine nicht automatisierte Wegweisungsverfügung erlassen.<sup>20</sup>

## 2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

[Rz 9] Nach Art. 13 Abs. 2 BV<sup>21</sup> hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. Der grundrechtlich garantierte Datenschutz schützt jedoch nicht nur vor Missbrauch, sondern über seinen Wortlaut hinaus allgemein vor Beeinträchtigungen der persönlichen Daten. Deshalb handelt es sich dabei vielmehr um ein *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*.<sup>22</sup> Träger sind alle natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts.<sup>23</sup> Ob sich auch öffentliche Unternehmen bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen können, hat das Bundesgericht bisher offengelassen.<sup>24</sup>

[Rz 10] Sachlich schützt das Grundrecht jeden Umgang mit persönlichen Daten. Darunter fallen alle Angaben, welche einen gewissen Bezug zu einer Person aufweisen.<sup>25</sup> Eine Verfügung enthält unter anderem einen Sachverhalt, eine Begründung sowie eine Verfügungsformel, d.h. die eigent-

---

<sup>19</sup> Art. 45 Abs. 2 und 3 VEV; Staatssekretariat für Migration (SEM), Erläuternder Bericht, Übernahme und Umsetzung der EES-Verordnung und der Änderungen des SGK (Smart Borders), «Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands», Februar 2018, S. 14 ff.

<sup>20</sup> Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20).

<sup>21</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>22</sup> BGE 144 II 91, E. 4.4; 138 II 346, E. 8.2; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 13 BV, Rz. 11; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 14, Rz. 56; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2010, Rz. 17; RAINER J. SCHWEIZER/DAVID RECHSTEINER, Grund- und menschenrechtlicher Datenschutz, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Handbücher für die Anwaltspraxis (HAP), Band 12, Basel 2015, S. 41 ff., Rz. 2.2; sowie kritisch EVA MARIA BELSER, Der grundrechtliche Rahmen des Datenschutzes, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 319 ff., Rz. 60 f. und 115 ff.

<sup>23</sup> RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 13 BV, Rz. 73 m.w.H., u.a. zur Rechtsprechung des EGMR (zit. AUTOR, St. Galler Kommentar); sowie BIAGGINI (Fn. 22), Art. 13 BV, Rz. 12; OLIVER DIGGELMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 13 BV, Rz. 33 (zit. BSK BV-AUTOR).

<sup>24</sup> BGE 144 II 77, E. 5.3 ff.

<sup>25</sup> BIAGGINI (Fn. 22), Art. 13 BV, Rz. 12; GABOR P. BLECHTA, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 DSG, Rz. 3 ff. (zit. BSK DSG/BGÖ-AUTOR); SCHWEIZER, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 13 BV, Rz. 74.

liche Anordnung.<sup>26</sup> Dabei handelt es sich um Daten.<sup>27</sup> Aufgrund ihrer individuell-konkreten Natur richtet sich eine Verfügung – mit Ausnahme der Allgemeinverfügung – jeweils an eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen.<sup>28</sup> Entsprechend stellt jede Verfügung, auch bzw. erst recht wenn sie von einem Algorithmus erlassen wird, eine Bearbeitung von personenbezogenen Daten dar und fällt in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. [Rz 11] Deshalb stellen sich beim Erlass von Verfügungen durch Algorithmen auch datenschutzrechtliche Fragen.<sup>29</sup> Mit diesen beschäftigt sich die Totalrevision des Datenschutzgesetzes des Bundes.<sup>30</sup> Der Anwendungsbereich des Gesetzes soll sich wie bis anhin auf die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen und durch Bundesorgane erstrecken (Art. 2 Abs. 1 E-DSG).<sup>31</sup> Letzteres umfasst erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, insbesondere auch erstinstanzliche sozialversicherungsrechtliche Verfahren,<sup>32</sup> nicht aber die Bearbeitung von Personendaten in Gerichtsverfahren (Art. 2 Abs. 3 E-DSG). Das geplante Gesetz regelt mit Art. 19 E-DSG bestimmte Aspekte von automatisierten Einzelentscheidungen. Diese Bestimmung sieht unter anderem vor, dass die betroffene Person darüber informiert werden muss, wenn eine Entscheidung ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht. Weiter gibt sie ihr, unter gewissen Umständen, das Recht, ihren Standpunkt vorzutragen und eine Überprüfung durch eine natürliche Person zu verlangen.<sup>33</sup> In der Europäischen Union werden automatisierte Einzelentscheidungen bereits heute in Art. 22 der Datenschutz-Grundverordnung geregelt.<sup>34</sup> Diese ist in der Schweiz jedoch grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>35</sup>

[Rz 12] Im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen wird jeweils auch darauf eingegangen, inwieweit die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben und Schranken für den Erlass einer Verfügung durch einen Algorithmus mit dem Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz bereits berücksichtigt werden. Dabei ist zu beachten, dass die verfassungs- und verwaltungsrecht-

---

<sup>26</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 29, Rz. 10; Art. 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (VRPG BE; BSG 155.21).

<sup>27</sup> Vgl. SIMON ROTH, Die automatisierte Einzelentscheidung, *digma* 2017 S. 104 ff., S. 104.

<sup>28</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 860 ff.; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011, S. 198 ff.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band I, Bern 2012, Rz. 2209.

<sup>29</sup> Dazu ausführlich THOUVENIN/FRÜH/GEORGE (Fn. 2), insb. Rz. 23 ff. und 27 ff.

<sup>30</sup> Der Entwurf für das neue Datenschutzgesetz soll in der Wintersession 2018 vom Nationalrat als Erstrat behandelt werden (Staatspolitische Kommission des Ständerats, Medienmitteilung vom 22. Juni 2018, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2018-06-22.aspx>).

<sup>31</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz), Entwurf vom 15. September 2017 (E-DSG), BBl 2017 7193, 7206 ff. Anders als nach dem geltenden Datenschutzgesetz (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 [DSG; SR 235.1]) fällt nach dem Entwurf jedoch nur noch die Bearbeitung von Personendaten von natürlichen, nicht mehr aber von juristischen Personen in den Anwendungsbereich des Gesetzes (Art. 2 Abs. 1 E-DSG). Zu den Auswirkungen dieser Änderung siehe Botschaft E-DSG (Fn. 13), S. 7011; ROSENTHAL (Fn. 14), Rz. 13.

<sup>32</sup> BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/KUNZ (Fn. 25), Art. 2 DSG, Rz. 38.

<sup>33</sup> Siehe ausführlich Botschaft E-DSG (Fn. 13), S. 7056 ff.

<sup>34</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; DS-GVO), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1 ff.

<sup>35</sup> Damit die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union mit der Schweiz als Drittstaat Daten austauschen dürfen, muss die Schweiz ein nach den Massstäben der Europäischen Union angemessenes Datenschutzniveau haben. Entsprechend soll mit der Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes der DS-GVO Rechnung getragen werden (Botschaft E-DSG [Fn. 13], 6943; kritisch dazu DAVID ROSENTHAL, *Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet*, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 1).

lichen Grundsätze für den Erlass automatisierter Verfügungen grundsätzlich für Bund, Kantone und Gemeinden gelten und damit über den Anwendungsbereich des (künftigen) Datenschutzgesetzes des Bundes hinausgehen.

### III. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen

[Rz 13] Nachfolgenden wird zunächst geprüft, ob es für automatisierte Verfügungen eine spezielle gesetzliche Grundlage braucht. Anschliessend wird auf bestimmte Verfahrensgarantien und die sich daraus ergebenden Vorgaben oder Schranken für den Erlass einer Verfügung durch einen Algorithmus eingegangen. Und zum Schluss wird erörtert, inwiefern das Vorhandensein eines Ermessens- und Beurteilungsspielraums oder eines Anspruchs aus Vertrauensschutz den automatisierten Erlass einer Verfügung allenfalls einschränkt.

#### 1. Legalitätsprinzip

[Rz 14] Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Das in Art. 5 Abs. 1 BV normierte Legalitätsprinzip verlangt insbesondere eine generell-abstrakte Rechtsnorm, welche genügend bestimmt ist.<sup>36</sup> Demnach muss jeweils in einem Rechtssatz vorgesehen sein, wenn in einem Verwaltungsverfahren eine automatisierte Verfügung gefällt werden darf. Aufgrund des Erfordernisses der genügenden Normdichte muss diese spezielle Art des Entscheids explizit genannt werden.

[Rz 15] Weiter müssen alle für das Gemeinwesen grundlegenden Normen in einem formellen Gesetz stehen.<sup>37</sup> Dies gilt nach Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV insbesondere für schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. c E-DSG kann durch die Art und Weise der Datenbearbeitung ein schwerwiegender Grundrechtseingriff entstehen. Wie die Botschaft zutreffend ausführt, kann das bei gewissen automatisierten Einzelentscheidungen der Fall sein, insbesondere solchen, die auf besonders schützenswerten Personendaten beruhen.<sup>38</sup> Zusätzlich wird das Erfordernis der Normstufe von Art. 164 Abs. 1 BV konkretisiert. Demnach müssen alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in Form eines Bundesgesetzes erlassen werden. Anders als Art. 5 Abs. 1 BV, welcher sich an alle drei Staatsebenen richtet,<sup>39</sup> gilt Art. 164 Abs. 1 BV zwar lediglich für den Bund, es gibt jedoch in vielen Kantonen ähnliche Bestimmungen.<sup>40</sup> Da der Erlass einer Verfügung durch einen Algorithmus nicht nur einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmungen darstellt,<sup>41</sup> sondern auch die Organisation und das Verfahren einer Bundesbehörde betrifft, gilt eine Bestimmung, welche eine solche Entscheidung erlaubt, als wichtig im Sinn von Art. 164 Abs. 1 Bst. b und g BV. Überdies hat eine solche Norm poten-

---

<sup>36</sup> BSK BV-EPINEY (Fn. 23), Art. 5 BV, Rz. 40 ff.

<sup>37</sup> SCHINDLER, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 5 BV, Rz. 36.

<sup>38</sup> Botschaft E-DSG (Fn. 13), S. 6979 und 7080; zum Begriff der besonders schützenswerten Personendaten siehe BSK DSG/BGÖ-BLECHTA (Fn. 25), Art. 3 DSG, Rz. 27 ff.; MEIER (Fn. 22), Rz. 469.

<sup>39</sup> BIAGGINI (Fn. 22), Art. 5 BV, Rz. 6; SCHINDLER, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 5 BV, Rz. 17.

<sup>40</sup> So beispielsweise Art. 38 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV ZH; SR 131.211); Art. 69 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV BE; SR 131.212); Art. 67 der Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (KV SG; SR 131.225).

<sup>41</sup> Vgl. vorne Rz. 10.

tiell einen grossen Adressatenkreis und betrifft eine grosse Zahl von Lebenssachverhalten, was weitere Indikatoren für ihre Wichtigkeit sind.<sup>42</sup>

[Rz 16] Somit muss eine automatisierte Verfügung immer eine formell-gesetzliche Grundlage haben. Im Anhang zum E-DSG ist vorgesehen, dass die Festsetzung der Schwerverkehrsabgabe<sup>43</sup> (Art. 11 Abs. 4 E-SVAG), des Steuerbetrags nach Tabaksteuergesetz<sup>44</sup> (Art. 18 Abs. 4 E-TStG) und Mineralölsteuergesetz<sup>45</sup> (Art. 21 Abs. 2<sup>bis</sup> E-MinStG) sowie die Veranlagung nach Zollgesetz<sup>46</sup> (Art. 38 Abs. 2 E-ZG) und nach Biersteuergesetz<sup>47</sup> (Art. 17 Abs. 3 Satz 2 E-BStG) durch einen Algorithmus bzw. automatisiert erfolgen darf. Weiter werden die mit der Durchführung der Unfall- und der Militärversicherung<sup>48</sup> betrauten Organe pauschal ermächtigt, automatisierte Verfügungen zu erlassen (Art. 96 Abs. 2 E-UVG, Art. 94a Abs. 2 E-MVG). Anders als bei den abgaberechtlichen Erlassen, wo lediglich eine bestimmte Verfügung, nämlich die Festsetzung der Abgabe, automatisiert erlassen werden darf, deckt die pauschale Ermächtigung im Bereich der Unfall- und Militärversicherung eine ganze Bandbreite von Verfügungen ab. Einerseits umfasst dies Verfügungen über die Gewährung unterschiedlicher Leistungen<sup>49</sup> und über deren Rückerstattung.<sup>50</sup> Andererseits werden davon auch die Verfügungen im Zusammenhang mit der Festlegung der Prämien erfasst.<sup>51</sup> Daneben ergehen auch verfahrensrechtliche Anordnungen als Verfügungen, insbesondere betreffend die Abklärung des Anspruchs.<sup>52</sup> Viele dieser Verfügungen sind jedoch zu komplex, als dass sie automatisiert ergehen können. Zudem werden davon auch Verfügungen erfasst, welche gar nicht automatisiert erlassen werden dürfen, da der zuständigen Behörde ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>53</sup> Somit kommen nur ein Teil der Verfügungen nach UVG bzw. MVG für einen automatisierten Erlass in Frage. Um welche es sich dabei handelt, ist für den Rechtsunterworfenen jedoch nicht ersichtlich, weswegen diese Bestimmun-

---

<sup>42</sup> BGE 133 II 331, E. 7.2.1; für diese und weitere Indikatoren siehe PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 45, Rz. 23; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (Fn. 23), Art. 164 BV, Rz. 9; sowie RAINER J. SCHWEIZER/ISABELLE WILDHABER/DAVID RECHSTEINER, Vorschläge für eine Schweizer Koexistenzordnung, in: Rainer J. Schweizer/Christoph Errass/Stephan Kohler (Hrsg.), Koexistenz der Produktion mit und ohne gentechnisch veränderte Organismen in der Landwirtschaft, Zürich 2012, S. 209 ff., Rz. 36.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe vom 19. Dezember 1997 (Schwerverkehrsabgabengesetz, SVAG; SR 641.81).

<sup>44</sup> Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (Tabaksteuergesetz, TStG; SR 641.31).

<sup>45</sup> Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (MinStG; SR 641.61).

<sup>46</sup> Zollgesetz vom 18. März 2005 (ZG; SR 631.0).

<sup>47</sup> Bundesgesetz über die Biersteuer vom 6. Oktober 2006 (Biersteuergesetz, BStG; SR 641.411).

<sup>48</sup> Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20); Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (MVG; SR 833.1).

<sup>49</sup> Heilbehandlung (Art. 10 UVG; Art. 16 MVG), Hilfsmittel (Art. 11 UVG; Art. 21 MVG), Sachschäden (Art. 12 UVG; Art. 57 MVG), Reise-, Transport- und Rettungskosten (Art. 13 UVG; Art. 19 MVG), Leichentransport- und Bestattungskosten (Art. 14 UVG; Art. 60 MVG), Taggelder (Art. 16 f. UVG; Art. 28 MVG), Invalidenrenten (Art. 18 ff. UVG; Art. 40 ff. MVG), Integritätserschädigungen (Art. 24 f. UVG; Art. 48 ff. MVG), Hilfloosenentschädigungen (Art. 26 f. UVG; Art. 20 MVG), Hinterlassenenrenten (Art. 28 ff. UVG; Art. 51 ff. MVG); für eine Übersicht der Leistungen der Militärversicherung siehe zudem Art. 8 MVG.

<sup>50</sup> Art. 1 Abs. 1 UVG und Art. 1 Abs. 1 MVG i.V.m. Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1).

<sup>51</sup> Für die Unfallversicherung beispielsweise Verfügungen über die Prämienforderung, über die Einreihung in Prämientarife, über die Festlegung einheitlicher Zinsanteilssätze der Zinserträge für Rückstellungen sowie über einheitliche Prämienzuschläge für nicht gedeckte Teuerungszulagen (Art. 111 UVG); für die Militärversicherung siehe Art. 66a ff. MVG.

<sup>52</sup> Art. 1 Abs. 1 UVG und Art. 1 Abs. 1 MVG i.V.m. Art. 34 ff., insb. 43 und 49 ATSG.

<sup>53</sup> Siehe hinten Rz. 31.



gen m.E. nicht genügend bestimmt sind. Die Bestimmungen müssten spezifisch vorsehen, bei welchen Arten von Verfügungen ein Erlass durch einen Algorithmus zulässig ist.

[Rz 17] Damit ist jedoch erst gesagt, dass eine automatisierte Verfügung jeweils eine genügend bestimmte, formell-gesetzliche Grundlage haben muss. Für welche Fälle eine solche Grundlage überhaupt erlassen werden darf und welchen weiteren Inhalt sie haben muss, wird nachfolgend erörtert.

## 2. Allgemeine Verfahrensgarantien, insb. rechtliches Gehör

[Rz 18] Die allgemeinen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV geltend für alle Rechtsgebiete und sowohl für Verwaltungs- als auch für Verwaltungsjustizverfahren.<sup>54</sup> Damit gelten sie auch für automatisierte Verfügung im Verwaltungsverfahren.

### a. Recht auf Äusserung

[Rz 19] Teil der allgemeinen Verfahrensgarantien ist der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Dieser umfasst insbesondere das Recht sich zu äussern, bevor eine Anordnung zum Nachteil der betroffenen Person gefällt wird, den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf eine Begründung sowie das Akteneinsichtsrecht.<sup>55</sup> Beim automatisierten Erlass einer Verfügung ist nicht vorgesehen, dass sich die betroffene Person vorgängig äussert. Das ist zulässig, wenn der Entscheid nicht zum Nachteil der betroffenen Person gefällt wird.<sup>56</sup> Wird den Begehren jedoch nicht vollständig entsprochen, so muss das Recht auf Äusserung gewährt werden.

[Rz 20] Zur Wahrung des Äusserungsrechts sieht Art. 19 Abs. 2 E-DSG vor, dass die betroffene Person auf Antrag ihren Standpunkt darlegen und verlangen kann, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird. Diese Rechte bestehen jedoch nicht, wenn der Algorithmus, welcher die Verfügung erlässt, von einem Bundesorgan eingesetzt wird und der betroffenen Person ein Rechtsmittel zur Verfügung steht (Art. 19 Abs. 4 E-DSG).<sup>57</sup> Zwar ist anerkannt, dass Teilgehälte von Verfahrensgrundrechten – gerade auch das Recht auf Äusserung – bei besonderen Umständen in «anderer als der üblichen Form» gewährleistet werden können.<sup>58</sup> Als andere Form kommt insbesondere ein Einspracheverfahren in Frage,<sup>59</sup> nicht aber ein mit Devolutiv-effekt ausgestaltetes «gewöhnliches» Rechtsmittelverfahren. Der Grund für die unterschiedliche Behandlung des Einspracheverfahrens und den weiteren Rechtsmittelverfahren liegt darin, dass die Einsprache keine devolutive Wirkung hat, das heisst das Verwaltungsverfahren wird durch

---

<sup>54</sup> KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 22), § 41, Rz. 36 ff.; STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 29 BV, Rz. 5.

<sup>55</sup> BGE 143 V 71, E. 4.1; 143 III 65, E. 3.2; 142 III 48, E. 4.1.1 (Pra 106/2017 Nr. 4); STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 29 BV, Rz. 42 ff.

<sup>56</sup> BGE 142 III 48, E. 4.1.1 (Pra 106/2017 Nr. 4); 139 II 489, E. 3.3; so auch Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG; § 10a Bst. a VRG ZH; Art. 21 Abs. 2 Bst. c VRPG BE.

<sup>57</sup> Auch wenn dies aus dem Wortlaut nicht zweifelsfrei hervorgeht, so gilt Abs. 4 Satz 2 ebenfalls nur, wenn die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan ergeht (Botschaft E-DSG [Fn. 13], S. 7059).

<sup>58</sup> STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 29 BV, Rz. 8; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 22), § 41, Rz. 51 f.

<sup>59</sup> So z.B. Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG, Art. 42 ATSG, § 10a Bst. c VRG ZH, Art. 21 Abs. 2 Bst. d VRPG BE.

die Einsprache fortgesetzt und das rechtliche Gehör von der verfügenden Behörde gewährt.<sup>60</sup> Kann sich die rechtssuchende Person hingegen erst vor der Rechtsmittelinstanz äussern, so liegt grundsätzlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

[Rz 21] Eine Gehörsverletzung kann lediglich ausnahmsweise geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und sich die betroffene Person vor einer Rechtsmittelinstanz äussern kann, welche über dieselbe Kognition verfügt, wie die Vorinstanz. Zudem kann selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung davon abgesehen werden, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, wenn dadurch ein formalistischer Leerlauf und damit eine unnötige Verzögerung verursacht würde, welche ebenfalls nicht im Interesse der betroffenen Person ist.<sup>61</sup> Beim durch Art. 19 Abs. 4 E-DSG angeordneten vollständigen Ausschluss des Rechts auf Äusserung handelt es sich um eine schwere Gehörsverletzung.<sup>62</sup> Anders als bei einer Gehörsverletzung durch die rechtsanwendenden bzw. rechtsprechenden Behörden kann bei einer im Gesetz angelegten Gehörsverletzung eine Heilung nicht mit Hinweis auf einen formalistischen Leerlauf begründet werden, da das Verfahren nicht bloss im Einzelfall zurückgewiesen würde, sondern das Gehör in allen künftigen Fällen durch die verfügende Instanz gewährt werden muss. Um verfassungskonform zu sein, müsste Art. 19 Abs. 4 E-DSG dahingehend eingeschränkt werden, dass Abs. 2 lediglich dann nicht gilt, «wenn die betroffene Person gegen die Entscheidung Einsprache erheben kann.»

[Rz 22] Diese Unterscheidung zwischen einem «gewöhnlichen» Rechtsmittelverfahren und dem Einspracheverfahren ist nicht bloss theoretischer Natur, sondern hat praktische Konsequenzen. So besteht im «gewöhnlichen» Rechtsmittelverfahren bzw. im Rekurs- oder Beschwerdeverfahren, anders als im grundsätzlich kostenlosen Einspracheverfahren,<sup>63</sup> ein Kostenrisiko und allenfalls eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses, was eine abschreckende Wirkung auf rechtssuchende Personen haben kann.<sup>64</sup> Zudem ist das «gewöhnliche» Rechtsmittelverfahren formeller als das Einspracheverfahren, welches von derselben Behörde durchgeführt wird, die bereits die Verfügung erlassen hat, was ebenfalls abschreckend wirken kann.

[Rz 23] In der Praxis könnte das Äusserungsrecht so gehandhabt werden, dass Verfügungen lediglich dann automatisiert erlassen werden, wenn den Begehren der betroffenen Person vollständig entsprochen wird. Sollen beispielsweise im Zollveranlagungsverfahren die Zollabgaben entsprechend der Zollanmeldung festgesetzt werden, so kann der Erlass der entsprechenden Verfügung automatisiert ergehen.<sup>65</sup> Kommt der Algorithmus hingegen zum Schluss, dass das Begehren zumindest teilweise negativ beantwortet werden muss, beispielsweise weil die Zollanmeldung er-

---

<sup>60</sup> BGE 131 V 407, E. 2.1.2.1; PHILIPP EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Diss. Zürich 2012, S. 96 f.; STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 29 BV, Rz. 8.

<sup>61</sup> BGE 142 II 218, E. 2.8.1 (Pra 106/2017 Nr. 2), 137 I 195, E. 2.3.2, 136 V 117, E. 4.2.2.2; BIAGGINI (Fn. 22), Art. 29 BV, Rz. 9.

<sup>62</sup> So hat es das Bundesgericht bereits als Gehörsverletzung angesehen, als ein kurzfristig mandatiertes Anwalt die Beschwerde ohne Akteneinsicht schreiben musste und der Schriftenwechsel, ohne weitere Äusserungsmöglichkeit des Beschwerdeführers, gleichzeitig mit Zustellung der Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz geschlossen wurde (Urteil des Bundesgerichts 8C\_241/2007 vom 9. Juni 2008, E. 1.2). Demnach stellt ein gänzlicher Ausschluss des Äusserungsrechts erst recht eine schwere Gehörsverletzung dar.

<sup>63</sup> REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, Rz. 1977; bspw. Art. 52 Abs. 3 ATSG; Art. 135 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11); Art. 107 Abs. 2 VRPG BE.

<sup>64</sup> BEDA STÄHELIN, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2017, Rz. 229 ff. und 254 ff., insb. 246 ff. und 264, je m.w.H.

<sup>65</sup> Art. 21 ff., insb. Art. 38 ZG; vgl. ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, S. 529 ff.

kennbare Fehler aufweist, so weist er das Verfahren einem Menschen zu, welcher der abgabepflichtigen Person die Möglichkeit einräumt, sich zu äussern und anschliessend gestützt darauf entscheidet. Sieht das entsprechende Verfahrensrecht hingegen die Möglichkeit einer Einsprache vor, so kann der Algorithmus auch verfügen, wenn dem Antrag nicht oder nur teilweise stattgegeben wird. So könnte beispielsweise die Abweisung des Gesuchs um Familienzulagen automatisiert erfolgen, wenn sich aus den der Familienausgleichskasse verfügbaren Daten ergibt, dass der Anspruch für das jeweilige Kind nach Art. 7 FamZG<sup>66</sup> einer anderen als der antragsstellenden Person zusteht. Anschliessend kann die betroffene Person kostenlos Einsprache erheben<sup>67</sup> und sich gegenüber der Familienausgleichskasse äussern.

## b. Recht auf Begründung

[Rz 24] Ein weiterer Teilaspekt des rechtlichen Gehörs ist das Recht auf eine Begründung. Diese muss Auskunft über die Überlegungen geben, welche für die Behörde entscheidungswesentlich waren und den Betroffenen ermöglichen, gegen den Entscheid ein sachgerechtes Rechtsmittel einzureichen.<sup>68</sup> Insbesondere muss bekannt gegeben werden, auf welche Rechtsnormen sich der Entscheid stützt, wozu auch die formell-gesetzliche Grundlage der automatisierten Verfügung gehört und damit die Tatsache, dass die Verfügung durch einen Algorithmus erlassen wurde. Das ist in Art. 19 Abs. 4 E-DSG für automatisierte Verfügungen eines Bundesorgans so vorgesehen, gilt jedoch als Ausfluss des rechtlichen Gehörs auch für Entscheide kantonaler und kommunaler Behörden, welche vom Datenschutzrecht des Bundes nicht erfasst sind. Weiter muss die Grundlage der Logik, auf welcher die Entscheidung des Algorithmus beruht, dargelegt werden, da diese Logik bestimmt, welche Elemente für die Behörde entscheidungswesentlich waren. Dazu gehören die Art, die Menge, der Erhebungszeitraum und die Gewichtung der Daten, anhand welcher entschieden wird.<sup>69</sup> Gemäss der Botschaft ist es nicht notwendig, den Algorithmus selbst, das heisst dessen Quellcode, offenzulegen.<sup>70</sup> Das gilt meines Erachtens aber nur unter der Prämisse, dass die entscheidungswesentliche Logik auch ohne diesen erläutert bzw. offengelegt werden kann.

[Rz 25] Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 DSG bzw. Art. 23 Abs. 1 E-DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Soweit das Auskunftsrecht gegenüber dem Staat ausgeübt wird, ist es auch Bestandteil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>71</sup> und kann damit unabhängig vom Anwendungsbereich des DSG angerufen werden. In Art. 23 Abs. 1 Bst. f E-DSG ist vorgesehen, dass dabei künftig auch Auskunft über das allfällige Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung und die Logik, auf der die Entscheidung des Algorithmus beruht, gegeben werden muss. Ergeht eine automatisierte Verfügung, so ist die Grundlage der Logik, wie bereits ausgeführt, Teil der notwendigen Begründung und muss von der Behörde von sich aus dargelegt werden, ohne dass die betroffene Person von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch macht.

---

<sup>66</sup> Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (Familienzulagengesetz, FamZG; SR 836.2).

<sup>67</sup> Art. 1 FamZG i.V.m. Art. 52 ATSG.

<sup>68</sup> BGE 143 III 65, E. 5.2; 142 III 433, E. 4.3.2; 142 II 154, E. 4.2 (Pra 105/2016 Nr. 98); KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 22), § 41, Rz. 73.

<sup>69</sup> Vgl. ROSENTHAL (Fn. 14), Rz. 107.

<sup>70</sup> Botschaft E-DSG (Fn. 13), S. 7067.

<sup>71</sup> BGE 126 I 7, E. 2a; BELSER (Fn. 22), Rz. 74; BIAGGINI (Fn. 22), Art. 13 BV, Rz. 14; SCHWEIZER/RECHSTEINER (Fn. 22), Rz. 2.34; vgl. auch BGE 138 I 6, E. 4.1.

[Rz 26] Die (automatisierte) Begründung von automatisierten Verfügungen, welche auf einem regelbasierten Algorithmus beruhen, der lediglich das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen prüft, dürfte wohl keine weiteren Schwierigkeiten bereiten; ähnelt doch ein solcher Algorithmus stark der (juristischen) Denkweise eines Menschen. Fraglich ist jedoch, ob auch eine rechtlich genügende (automatisierte) Begründung der Entscheidung eines Algorithmus, welcher mit künstlicher Intelligenz ausgestattet ist (sog. machine oder deep learning), möglich ist. So könnte beispielsweise bei der Prüfung der fehlenden Aussichtslosigkeit im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren ein Algorithmus zur Analyse der Erfolgsaussichten eingesetzt werden.<sup>72</sup> Dieser vergleicht den angefochtenen Entscheid und die Beschwerde mit alten angefochtenen Entscheiden und Beschwerden und schliesst aufgrund von deren Ausgang auf die Erfolgchancen der dem Gesuch auf unentgeltliche Rechtspflege zu Grunde liegenden Beschwerde. Seine Prognose würde beispielsweise im Fall einer Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Straffälligkeit darauf beruhen, dass in diesen Fällen Rechtsmittel von Personen ohne anwaltliche Vertretung lediglich in 10% der Fälle erfolgreich waren, weswegen die zu beurteilende Laienbeschwerde aussichtslos ist. Das mag im Ergebnis zwar zutreffen, die blossе Bekanntgabe dieser Korrelation ist jedoch keine genügende Begründung. Entscheidewesentlich wäre vielmehr die Kausalität, beispielsweise dass sich das Rechtsmittel, wie viele andere Laienbeschwerden, nicht mit der angefochtenen Verfügung auseinandersetzt und nur appellatorische Kritik übt. Ob ein Algorithmus dies erkennt und seine Entscheidung damit begründen kann, ist jedoch zweifelhaft. Es ist eher davon auszugehen, dass Algorithmen solche Kausalitäten zumindest zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bestimmen können.<sup>73</sup>

[Rz 27] Das Problem der Begründung von Entscheiden von Algorithmen besteht nicht nur bei einer vollständig automatisierten Verfügung, sondern auch, wenn der Algorithmus lediglich einen Teil der Entscheidung fällt bzw. vorbereitet und die Verfügung durch einen Menschen erlassen wird. So kann ein Algorithmus beispielsweise bei einem Gesuch über vorsorgliche Massnahmen herangezogen werden, indem er die Erfolgchancen des Verfahrens in der Hauptsache beurteilt. Da im Rahmen der Interessenabwägung neben den Prozessaussichten noch weitere Elemente berücksichtigt werden müssen und die zuständigen Behörden über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen,<sup>74</sup> muss der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen von einem Menschen gefällt werden. Dabei darf die Begründung bezüglich der Prozessaussichten in der Hauptsache aber nicht bloss daraus bestehen, dass angegeben wird, welche Erfolgchance der Prognosealgorithmus ermittelt hat. Vielmehr muss sich die Begründung, wie bei einer vollständig automatisierten Verfügung, auch inhaltlich zu den Erfolgchancen der Rechtsbegehren in der Hauptsache äussern.

---

<sup>72</sup> Siehe vorne Rz. 2.

<sup>73</sup> DREYER/SCHULZ (Fn. 6), S. 45; MARTINI/NINK (Fn. 8), S. 9; vgl. auch HÖFER (Fn. 3), Rz 44 ff.; sowie ausführlich zum Problem der Begründung von Entscheiden, welche von künstlicher Intelligenz getroffen wurden, WALTL/VOGL (Fn. 5), insb. Rz. 27 f.

<sup>74</sup> BGE 139 I 189, E. 4.1 und 4.3 (Pra 102/2013 Nr. 112); 130 II 149, E. 2.2; vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 Rz. 92 ff. und Art. 56 Rz. 25 ff.

### 3. Ermessens- und Beurteilungsspielraum

[Rz 28] Regelmässig räumt der Gesetzgeber den Behörden ausdrücklich oder durch Kann-Vorschriften, der Aufzählung möglicher Rechtsfolgen oder anderer Formulierungen ein Ermessen ein. Damit steht der Verwaltung der Entscheid jedoch nicht frei, sondern sie muss ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben.<sup>75</sup> Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung liegt insbesondere vor, wenn die Behörde von vornherein ganz oder teilweise auf die Ermessensausübung verzichtet (sog. Ermessensunterschreitung).<sup>76</sup> Daneben gibt es unbestimmte Rechtsbegriffe, welche die Voraussetzungen für eine bestimmte Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst, in offener und unbestimmter Weise umschreiben.<sup>77</sup> Der Gehalt und die Tragweite von unbestimmten Rechtsbegriffen ist auszulegen und mittels einer Interessenabwägung zu ermitteln.<sup>78</sup> Die richtige Auslegung ist eine Rechtsfrage. Soweit die Behörde aber über ein besonderes Fachwissen verfügt oder mit den örtlichen, sachlichen oder persönlichen Verhältnissen besser vertraut ist, kommt ihr ein Beurteilungsspielraum zu.<sup>79</sup> Wie der Ermessensspielraum darf jedoch auch der Beurteilungsspielraum nicht unterschritten werden.<sup>80</sup>

[Rz 29] Solche Ermessens- und Beurteilungsspielräume dienen der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit.<sup>81</sup> Regelbasierte Algorithmen können diese Spielräume nicht ausfüllen, da die Einzelfallgerechtigkeit gerade die Möglichkeit zur Abweichung von der Regel bedingt.<sup>82</sup> Oder anders gesagt: Algorithmen beurteilen Sachverhalte anhand von Regeln. Menschen können hingegen ihre Regeln auch aufgrund des zu beurteilenden Sachverhalts in Zweifel ziehen und anpassen.<sup>83</sup> Bei Algorithmen, welche auf künstlicher Intelligenz beruhen,<sup>84</sup> besteht zwar keine starre Regelinbindung, dafür beruht ihre Entscheidungsfindung ausschliesslich auf bereits gefällten, vergangenen Entscheiden. Dies steht zumindest einer korrekten Beurteilung eines bisher noch unbekanntem Einzelfalls entgegen. Verzichtet die Behörde jedoch durch den Erlass einer automatisierten Verfügung von vornherein auf die Ausübung ihres Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraums, so ist das rechtsfehlerhaft. Dies kann gleichzeitig eine Gehörsverletzung darstellen, genau wie eine

---

<sup>75</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 26, Rz. 3 ff. und 11 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1454 ff.

<sup>76</sup> BGE 137 V 71, E. 5.1 (Pra 100/2011 Nr. 91); 135 IV 139, E. 2.4.2; BVGE 2015/9, E. 6.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), Rz. 439 ff.

<sup>77</sup> BVGE 2015/2, E. 4.3.3, 2014/26, E. 7.4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 26, Rz. 25; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1418.

<sup>78</sup> BGE 136 I 332, E. 3.2.1; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1419.

<sup>79</sup> BGE 132 II 257, E. 3.2; BVGE 2014/26, E. 7.8; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 26, Rz. 29; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1430.

<sup>80</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3897/2011 vom 9. Januar 2012, E. 3, B-3709/2007 vom 4. März 2008, E.3.3; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1433.

<sup>81</sup> BVGE 2011/11, E. 3.3; 2010/46, E. 3.1; Urteil des Kantonsgerichts BL 810 15 257 vom 19. Oktober 2016, E. 3.3; Urteil des Verwaltungsgerichts BE 2009/232 vom 22. Juni 2010, E. 6.1, publ in: BVR 2010 S. 481; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1421.

<sup>82</sup> MARTINI/NINK (Fn. 8), S. 2; SIEGEL (Fn. 8), S. 26; siehe auch NADJA BRAUN BINDER, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht, NVwZ 2016, S. 960 ff., S. 963 m.w.H.

<sup>83</sup> THOMAS GEISER, Datenschutz und Artificial Intelligence, Präsentation an der Tagung «Datenschutz im Arbeitsrecht – Fokus Digitalisierung», Zürich 31. Oktober 2018.

<sup>84</sup> Siehe vorne Rz. 2.

unzulässige Kognitionsbeschränkung einer richterlichen Behörde,<sup>85</sup> welche teilweise auch als besondere Form der formellen Rechtsverweigerung bezeichnet wird.<sup>86</sup>

[Rz 30] Entsprechend darf eine Verfügung nur dann durch einen Algorithmus erlassen werden, wenn der Behörde kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>87</sup> Dies ist beispielsweise im deutschen Recht explizit so vorgesehen.<sup>88</sup> Dabei werden solche Entscheide ohne Ermessens- oder Beurteilungsspielraum jeweils als «gebundene Entscheidungen» bezeichnet.<sup>89</sup>

[Rz 31] Auf Bundesebene sind automatisierte Verfügungen (zunächst) vor allem im Steuer- und Abgaberecht vorgesehen.<sup>90</sup> Dabei handelt es sich um Entscheide, bei denen den Behörden grundsätzlich kein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>91</sup> Daneben sollen jedoch auch gesetzliche Grundlagen geschaffen werden, welche im Bereich der Unfall- und Militärversicherung automatisierte Verfügungen pauschal erlauben würden. Gewisse dieser Verfügungen setzen jedoch die Ausübung eines Ermessens voraus. So kann beispielsweise der Versicherer nach Art. 46 Abs. 2 UVG die Leistung verweigern, wenn ihm absichtlich eine falsche Unfallmeldung erstattet worden ist. Dabei kommt dem Versicherungsträger, z.B. der SUVA, ein Ermessen zu.<sup>92</sup> Auch bei verfahrensrechtlichen Anordnungen besteht häufig ein Ermessen. So kommt dem Versicherungsträger beispielsweise bei der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen ein «grosser Ermessensspielraum bezüglich Notwendigkeit, Umfang und Zweckmässigkeit von medizinischen Erhebungen zu».<sup>93</sup> Aufgrund des Ermessens- und Beurteilungsspielraums, welcher in solchen Fällen ausgefüllt werden muss, dürfen diese und andere Verfügungen nach UVG und MVG somit grundsätzlich nicht durch einen Algorithmus erlassen werden. Entsprechend sind Art. 96 Abs. 2 E-UVG und Art. 94a Abs. 2 E-MVG zu weit formuliert.

#### 4. Vertrauensschutz

[Rz 32] Der Vertrauensschutz ist Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Demnach dürfen Private auf behördliche Zusicherungen und anderes Verhalten, welches bestimmte Erwartungen begründet, vertrauen.<sup>94</sup> Vorausgesetzt wird, dass sich die Hand-

---

<sup>85</sup> BGE 141 II 103, E. 4.2 (Pra 104/2015 Nr. 110); 136 I 184, E. 2.2.1; 131 II 271, E. 11.7.1; BVGE 2015/2, E. 4.2; BIAGGINI (Fn. 22), Art. 29 BV, Rz. 23a.

<sup>86</sup> STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Art. 29 BV, Rz. 31; BGE 131 II 271, E. 11.7.1; 119 Ia 21, E. 1c; BVGE 2015/2, E. 4.2.

<sup>87</sup> Vgl. NADJA BRAUN BINDER, Auf dem Weg zum vollautomatisierten Besteuerungsverfahren in Deutschland, in: Jusletter IT vom 25. Mai 2016, Rz. 15; ULRICH RAUMSAUER, in: Ulrich Ramsauer (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 18. Aufl., München 2017, § 35a VwVfG, Rz. 13 f.

<sup>88</sup> § 35a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

<sup>89</sup> NADJA BRAUN BINDER, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, S. 891 ff., S. 894; SIEGEL (Fn. 8), S. 26.

<sup>90</sup> Vgl. vorne Rz. 16.

<sup>91</sup> Vgl. BRAUN BINDER (Fn. 87), Rz. 15.

<sup>92</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts BE UV/2010/206 vom 12. November 2010, E. 3.2, publ. in: BVR 2011 S. 135; Urteil des Handelsgerichts ZH HG120134 vom 29. Dezember 2015, E. 2.4.2.

<sup>93</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_815/2012 vom 21. Oktober 2013, E. 3.2.1; vgl. Art. 1 Abs. 1 UVG und Art. 1 Abs. 1 MVG i.V.m. Art. 43 ATSG; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015, Art. 43 ATSG, Rz. 20.

<sup>94</sup> BGE 143 V 341, E. 5.2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), Rz. 624; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 22, Rz. 3.

lung bzw. Zusicherung der Behörde auf eine konkrete Situation und Person bezog, die Behörde zuständig war oder zumindest aus zureichenden Gründen als zuständig erachtet werden durfte, die betroffene Person gutgläubig von der Richtigkeit der Handlung bzw. Zusicherung ausgehen durfte, sie gestützt darauf Dispositionen getroffen hat, welche sie nicht ohne Weiteres rückgängig machen kann, und sich die Sach- und Rechtslage in der Zwischenzeit nicht geändert hat. Zudem muss das Interesse am Vertrauensschutz jenes an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts überwiegen.<sup>95</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden (sog. Bestandsschutz) und die betroffene Privatperson hat Anspruch auf die zugesicherte Rechtsfolge, auch wenn deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Überwiegt das Interesse des Staates an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts jenes des Privaten am Schutz seines Vertrauens, so besteht kein Bestandsschutz, aber es kommt eine Entschädigung in Betracht.<sup>96</sup>

[Rz 33] Beim Erlass einer automatisierten Verfügung wird ein allfälliger Vertrauensschutztatbestand naturgemäss nicht in Betracht gezogen. Die betroffene Person muss somit das Recht haben, sich zu äussern und ihre Vertrauensgrundlage geltend zu machen. Dies verdeutlicht erneut die Bedeutung des Äusserungsrechts nach Art. 29 Abs. 2 BV.<sup>97</sup> Die Möglichkeit eines Anspruchs aus Vertrauensschutz rechtfertigt es jedoch nicht, den Erlass einer Verfügung durch einen Algorithmus in bestimmten Rechtsgebieten oder Verfahrensschritten grundsätzlich auszuschliessen. Solange das Äusserungsrecht gewährt ist, unterscheidet sich die automatisierte Verfügung diesbezüglich nämlich nicht von der nicht automatisierten Verfügung, da die Vertrauensgrundlage auch bei einer von einem Menschen erlassenen Verfügung von der betroffenen Person selbst vorgebracht werden muss.

#### IV. Fazit und Ausblick

[Rz 34] Aus den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ergeben sich für den Erlass einer Verfügung durch einen Algorithmus verschiedene Vorgaben und Schranken. Zunächst verlangen Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 BV, dass der automatisierte Erlass einer Verfügung auf einer speziellen formell-gesetzlich Grundlage beruht. Dieser Anforderung werden die im Anhang des E-DSG vorgesehenen gesetzlichen Grundlagen für diverse automatisierte Verfügungen im Zoll- und Steuerbereich gerecht. Die entsprechenden Bestimmungen für die Unfall- und Militärversicherung sind jedoch zu unbestimmt gehalten und müssten präzisiert werden.

[Rz 35] Weiter muss der betroffenen Person gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV das Recht auf Äusserung gewährt werden, wenn ihren Begehren nicht vollständig entsprochen wird. Dieses Äusserungsrecht darf nicht erst von der Rechtsmittelbehörde gewährt werden, sondern muss bereits gegenüber der verfügenden Behörde im Verfügungs- oder Einspracheverfahren bestehen. Art. 19 Abs. 4 E-DSG verletzt deshalb in seiner jetzigen Form Art. 29 Abs. 2 BV. Um verfassungskonform zu sein, müsste er dahingehend eingeschränkt werden, dass Art. 19 Abs. 2 E-DSG lediglich dann nicht gilt, «wenn die betroffene Person gegen die Entscheidung Einsprache erheben kann.»

---

<sup>95</sup> BGE 143 V 341, E. 5.2.1; 143 V 95, E. 3.6.2; 141 V 530, E. 6.2 (Pra 105/2016 Nr. 21); 137 II 182, E. 3.6.2; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 1970.

<sup>96</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), Rz. 700 ff., insb. 706 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 28), Rz. 2091; vgl. BGE 137 I 69, E. 2.3.

<sup>97</sup> Vgl. vorne Rz. 19 ff.

[Rz 36] Das rechtliche Gehör verlangt weiter, dass automatisierte Verfügungen begründet werden. Dazu gehört auch die Darlegung der Grundlage der Logik der Entscheidung des Algorithmus. Alternativ kann dies mittels des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts in Erfahrung gebracht werden. Während Entscheidungen regelbasierter Algorithmen wohl ohne Weiteres rechtsgenügend automatisiert begründet werden können, ist dies bei Algorithmen, welche mittels statistischer Korrelationen operieren, fraglich.

[Rz 37] Kommt einer Behörde bei einer Anordnung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zu, so ist der Erlass dieser Verfügung durch einen Algorithmus ausgeschlossen. Solche Spielräume bestehen unter anderem bei einigen Verfügungen im Rahmen der Unfall- oder Militärversicherung. Entsprechend gehen Art. 96 Abs. 2 E-UVG und Art. 94a Abs. 2 E-MVG, welche automatisierte Verfügungen in diesem Bereich pauschal erlauben, zu weit.

[Rz 38] Selbst wenn in einem konkreten Fall die Voraussetzungen einer bestimmten Rechtsfolge nicht erfüllt sind, kann die betroffene Person ein Anspruch aus Vertrauensschutz haben. Die Vertrauensgrundlage muss jedoch regelmässig von ihr selbst vorgebracht werden, unabhängig davon, ob die Verfügung von einem Algorithmus oder einem Menschen erlassen wird; insofern besteht hier kein Unterschied. Allerdings verdeutlicht dies die Bedeutung des Rechts auf Äusserung.

[Rz 39] Aus den vorliegenden Ausführungen lassen sich erste verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben und Schranken für den automatisierten Erlass von Verfügungen ableiten. Daneben gibt es zweifellos weitere Aspekte, welche im Einzelfall Einfluss auf die Zulässigkeit und das Verfahren der automatisierten Verfügung haben können. Zudem darf man gespannt sein, welche spannenden Fragen sich aus den wachsenden praktischen Erfahrungen mit Verfügungen, die von Algorithmen erlassen werden, ergeben.

---

Dr. DAVID RECHSTEINER, Rechtsanwalt, ist Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern und Lehrbeauftragter für Bundesstaatsrecht und Selbststudium Privatrecht an der Universität St. Gallen (HSG).

Der Autor dankt Prof. Dr. PATRICIA EGLI für die interessanten Diskussionen, Prof. Dr. ISABELLE WILDHABER für ihre wertvollen Hinweise und Prof. Dr. MELINDA F. LOHMANN für die Anregung des Themas.