

Staatshaftung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen – Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Recht der staatlichen Ersatzleistungen

Von Univ.-Prof. Dr. *Mario Martini*, Dr. *Hannah Ruschemeier* und *Jonathan Hain*, Speyer

I. Risikopotenziale automatisierter Verwaltungssysteme heute und in der Zukunft	2
1. Fehlerszenarien	3
2. Allgemeine staatshaftungsrechtliche Anforderungen der Rechtsordnung	3
II. Verschuldensunabhängige Staatshaftungsansprüche	4
1. Enteignungsgleicher Eingriff und Aufopferungsanspruch	4
a) Feindliches Grün als Prototyp	4
b) Übertragung haftungsrechtlicher Grundsätze auf IT-Systeme	5
2. Enteignender Eingriff	6
3. Folgenbeseitigungsanspruch und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch	7
III. Datenschutzrechtlicher Schadensersatz aus Art. 82 DSGVO	8
1. Verstoß gegen die DSGVO	8
2. Schaden, Kausalität und rechtmäßiges Alternativverhalten	9
3. Exkulpation (Art. 82 Abs. 3 DSGVO)	11
4. Zwischenfazit	11
IV. Die Amtshaftung im Zeichen der Verwaltungsdigitalisierung	11
1. Amtspflichtverletzung beim Einsatz informationstechnischer Systeme	12
a) Vollautomatisierte Systeme	12
b) Entscheidungsunterstützende Systeme	17
c) Zwischenfazit	20
2. Drittgerichtetheit	21
a) Grundsatz	21
b) Verwaltungsvernetzung als Haftungshindernis?	23
3. Verschulden	24
a) Materielle Anforderungen an das Verschulden	25
b) Verschuldensnachweis	28
V. Handlungsempfehlungen de lege ferenda	31
VI. Fazit	33

I. Risikopotenziale automatisierter Verwaltungssysteme heute und in der Zukunft

Den Staat als Maschine zu denken, hat eine lange Tradition.¹ Die technologischen Innovationen unserer Zeit scheinen diese metaphorische Idee in die Wirklichkeit exekutiven Handelns zu katapultieren: Künstliche Intelligenz² verheißt, die Effizienz im administrativen Raum zu steigern und zugleich durch standardisierte Bearbeitungslogiken individuelle Fehler zu vermeiden.

Auch maschinell lernende Algorithmen³ und neuronale Netze brechen das Gesetz, aber nicht dem *Dworkin'schen* Herkules gleich stets unfehlbar auf den konkreten Fall herunter, sind also nicht gänzlich davor gefeit, staatliches Unrecht zu begehen.⁴

Anders als dem menschlichen Verstand erschließen sich ihnen Kausalitätsbeziehungen nicht. Ihre Operationen beruhen vielmehr ausschließlich auf Korrelationsbeziehungen, die sie aus ihren Trainingsdaten herausfiltern. Falsch gewählte oder nicht repräsentative Datensätze können dabei Entscheidungsfehler hervorrufen.⁵ Friktionen entstehen ferner, wenn Entwickler das Modell der Software unvollständig oder unzutreffend konzipiert bzw. fehlerhaft in Programmcodes überführt haben.⁶ Softwarefehler schleichen sich aber auch ein, wenn lernfähige Systeme sich im Laufe ihres Entwicklungsprozesses von ihren gesetzlichen Entscheidungsvorgaben lösen und dadurch Fehler begehen, die zum Zeitpunkt der Systemimplementierung noch nicht vorhersehbar und damit nicht vermeidbar waren.⁷

Diese Risiken sind Künstlicher Intelligenz wesensimmanent: Ihr Proprium liegt gerade in der Fähigkeit, sich von ihrer Ausgangskonfiguration zu lösen und Auswertungen vorzunehmen sowie Erkenntnisse zu erschließen, welche die Systementwickler nicht (vollständig) antizipiert haben.⁸

* *Mario Martini* ist Lehrstuhlinhaber an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer (DUV) und Leiter des Programmbereichs „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV). *Hannah Ruschemeier* ist Habilitandin an der DUV und Forschungsreferentin am Center for Advanced Internet Studies (CAIS) NRW. *Jonathan Hain* ist Rechtsreferendar und war zuvor Forschungsreferent am FÖV. Der Beitrag ist Teil des Projektes „Künstliche Intelligenz in Staat und Verwaltung“, welches das CAIS NRW fördert. Die Autoren danken insbesondere *Alexander Feldhaus*, *Daniel Hauck*, *Michael Kolain* und *Jan Mysegades* für die sehr hilfreiche Unterstützung.

¹ Vgl. zu dahin gehenden Überlegungen *Smid*, *Der Staat* 27 (1988), 325 ff.; *Stollberg-Rillinger*, *Der Staat als Maschine*, 1986, S. 1 ff.

² Zum Begriff der Künstlichen Intelligenz bspw. *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 20.

³ Bei lernenden Algorithmen sind aufgrund der analytischen Eigenleistung des IT-Systems zwar die Eingangsparameter in Form der Datenbasis bekannt, aber nicht die gesuchte Lösung; *Martini* (Fußn. 2), S. 23.

⁴ Vgl. *Kähler*, *NJW* 2020, 113 (114 ff.) mit Beispielen zu algorithmischen Fehlentscheidungen im Vertragsrecht.

⁵ Dazu etwa *Schweighofer/Sorge et al.*, *Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren*, 2018, S. 34 ff.

⁶ Eine eingängige Systematisierung möglicher Fehlerquellen bietet *Zweig*, *Wo Maschinen irren können*, 2018, S. 21 ff.

⁷ Siehe dazu m. w. N. *Hoffmann-Riem*, *Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen*, in: *Unger/Ungern-Sternberg* (Hrsg.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, 2019, S. 130 (135); *Martini*, *JZ* 2017, 1017 (1018 f.); *Wischmeyer*, *AöR* 143 (2018), 1 (3).

⁸ So berichtete etwa *Google* Ende 2016, dass die mehrschichtigen neuronalen Netze seines Übersetzungstools in der Lage seien, von einer Sprache in eine andere zu übersetzen, ohne je darauf trainiert worden zu sein: *Johnson/Schuster et al.*, *arXiv:1611.04558v2* 2017, S. 8 (11). Vgl. auch *Martini* (Fußn. 2), S. 19 ff.

Selbst für die Programmierer sind die Ursachen fehlerhafter Klassifizierungen eines neuronalen Netzes zuweilen nicht ohne Weiteres identifizierbar und wirksam abwendbar.⁹

1. Fehlerszenarien

Die Vielfalt der Szenarien, in denen Systeme Künstlicher Intelligenz – ihrer mitunter überlegenen Erkenntniskraft zum Trotz – nachhaltige Schäden anrichten können, ist groß.¹⁰ Sie reicht von Systemen, die dazu beitragen, behördliche Entscheidungssituationen zu analysieren und ggf. fehlerhaft zu leiten (bspw. Predictive Policing oder Risikomanagementsysteme in der Steuerverwaltung)¹¹, über Smart Contracts,¹² welche die Abwicklung einfacher öffentlich-rechtlicher Verträge übernehmen, bis hin zu Behörden-Chatbots (wie z.B. dem Covid-19-Chatbot des Bundes). Letztere können bspw. infolge falsch gewählter Datensätze fehlerhafte oder zumindest unvollständige Auskünfte provozieren und dadurch bei einem Bürger Schäden verursachen (ihn etwa zu kostenträchtigen, fruchtlosen Dispositionen veranlassen)¹³ oder ihn davon abhalten, ihm zustehende Verwaltungsleistungen in Anspruch zu nehmen. Schadensrisiken entstehen auch, wenn intelligente Videoüberwachung zur Gefahrenabwehr in diskriminierender Weise zum Einsatz kommt¹⁴ sowie wenn Roboter¹⁵ bzw. Mensch-Maschine-Systeme¹⁶ auf ihre lebensweltliche Umgebung (z. B. bei der Unterstützung menschlicher Rettungskräfte) einwirken und dadurch die körperliche Integrität eines Grundrechtsträgers verletzen können.

2. Allgemeine staatshaftungsrechtliche Anforderungen der Rechtsordnung

So überlegen effizient Systeme Künstlicher Intelligenz auch sein mögen, so wenig sind sie der Herrschaft des Gesetzes entzogen: Ein System, das für staatliche Verwaltungszwecke zum Einsatz kommt, muss dazu in der Lage sein, die ihm übertragenen hoheitlichen Aufgaben im Grundsatz im Einklang mit dem Gesetz zu erfüllen (Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁷ Sollen IT-Systeme verwaltungspolitische Digitalisierungsvorstellungen sukzessive in die Wirklichkeit exekutiven Handelns transportieren, muss der Staat daher sicherstellen, dass Bürgern in den Fällen, in denen Schutzmaßnahmen einen

⁹ Siehe dazu bspw. m. w. N. *Martini* (Fußn. 7), S. 1019 f.

¹⁰ Einen Überblick über die bereits in Deutschland eingesetzten Automated Decision Making-Systeme geben bspw. *Algorithm Watch/Bertelsmann Stiftung, Automated Society 2020*, 2020, S. 114.

¹¹ Siehe zu Predictive Policing bspw. *Sommerer*, Personenbezogenes Predictive Policing, 2020 passim; *Singelstein*, NStZ 2018, 1 ff.; *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 ff.; zu Risikomanagementsystemen etwa *Maier*, JZ 2017, 614 (615).

¹² Zur Definition und zu Anwendungsbeispielen *Heckelmann*, NJW 2018, 504 ff.

¹³ Auskünfte, die ein Beamter erteilt, müssen (dem Stand seiner Erkenntnismöglichkeit entsprechend) sachgerecht sein, mithin vollständig, richtig und unmissverständlich, BGH, Urteil vom 21.4.2005, NVwZ 2006, 245 (246); Urteil vom 23.7.2015, NVwZ 2016, 708 (710); Urteil vom 26.4.2018, NVwZ 2018, 1333 (1334); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 49 ff.

¹⁴ Dazu *Härtel*, LKV 2019, 49 (54 ff.).

¹⁵ Zur Staatshaftung beim Einsatz von Robotik zur Gefahrenabwehr bereits *Meyer*, Der Einsatz von Robotern zur Gefahrenabwehr, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 211 ff.

¹⁶ Zur rechtlichen Kontextualisierung solcher Verbindungen *Kersten*, JZ 2015, 1 ff.

¹⁷ *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rdnr. 409; *Hoffmann-Riem* (Fußn. 7), S. 142 sieht darin den „zentralen Faktor zur Sicherung von normativer Legitimation“.

Schaden nicht zu verhindern vermögen, ein Haftungsausgleich in gleicher Weise zuwächst, wie wenn ein Hoheitsträger aus Fleisch und Blut gehandelt hätte.¹⁸ Das gilt unabhängig davon, ob das schadenskausale IT-System deterministisch konzipiert oder aber lernfähig und dadurch – jedenfalls *ex ante* – nicht in jedem Einzelschritt vorhersagbar ist.¹⁹ Denn das Staatshaftungsrecht fragt nicht nach dem behördeninternen Grund der Pflichtverletzung.

II. Verschuldensunabhängige Staatshaftungsansprüche

Das Phänomen fehlerhafter technischer Einrichtungen, die automatisiert agieren, ist für die Verwaltung keineswegs vollständig neu. Es rückte bereits mit der Entwicklung der Verwaltungsautomation Ende der 1950er Jahre in das Bewusstsein der staatshaftungsrechtlichen Debatte.²⁰ In den folgenden Jahrzehnten entspann sich eine Diskussion, die vor allem um den Topos „Versagen technischer Einrichtungen“ kreiste.²¹

1. Enteignungsgleicher Eingriff und Aufopferungsanspruch

a) Feindliches Grün als Prototyp

Der Prototyp des Versagens einer technischen Einrichtung ist das sog. feindliche Grün: Eine Ampelanlage gibt zwei Verkehrsströme gleichzeitig frei. Sie verursacht dadurch einen Unfall zwischen Fahrzeugen, die aus verschiedenen Richtungen eine Kreuzung überqueren. Da es sich um ein unabwendbares Ereignis handelt,²² scheidet ein zivilrechtlicher Schadensausgleich zwischen den Fahrzeugführern (bzw. ihren Versicherern)²³ aus. Lässt die behördliche Auswahl, Installation und Wartung der Ampelanlage ein hinreichendes Maß an Sorgfalt erkennen, bleibt nur ein

¹⁸ Das „Ob“ staatlicher Haftung ist durchaus im Rechtsstaatsprinzip verwurzelt; vgl. z. B. BVerwGE 94, 100 (103); *Danwitz*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl., 2018, Art. 34 Rdnr. 40; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl., 2018, Art. 34 Rdnr. 5; *Stern*, Staatsrecht Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 20 IV 6, S. 855 f. Allerdings lassen sich aus dem Rechtsstaatsprinzip keine qualitativen Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung des Staatshaftungsrechts herleiten; vgl. *Stelkens*, Staatshaftung und E-Government: Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat - auch ein besserer Staat?, 2015, S. 189 (195 f.).

¹⁹ Einen Überblick über die (denkbaren) normativen Anknüpfungspunkte der Staatshaftung bietet *Stelkens* (Fußn. 18), S. 193 ff.

²⁰ Siehe etwa *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 2. Aufl., 1964, S. 150 ff.; *Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, S. 7 ff.

²¹ Vgl. etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 289; *Papier/Shirvani*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB VII, 8. Aufl., 2020, § 839 BGB Rdnr. 191.

²² Beide Fahrer durften jeweils gleichermaßen auf die Richtigkeit der Zeichenanlage vertrauen. Weder ein deliktischer Anspruch noch ein Anspruch aus der verkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 StVG) greift daher; *Burmann*, in: Burmann/Hess/Hühnermann et al. (Hrsg.), StVR, 26. Aufl., 2020, § 7 StVG Rdnr. 20.

²³ § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 VVG. Da die sich widersprechenden Verkehrssignale keine Nebenfolgen einer rechtmäßigen hoheitlichen Maßnahme sind, scheidet in dieser Konstellation auch der enteignende Eingriff aus.

verschuldensunabhängiger Ersatzanspruch gegen den Staat als mögliche Grundlage,²⁴ namentlich der enteignungsgleiche Eingriff.

Anfänglich versagte der BGH den Unfallbeteiligten einen solchen Anspruch jedoch:²⁵ In den Augen des Gerichts hatte nicht der hoheitliche Eigentumseingriff durch das „feindliche Grün“ den Schaden hervorgerufen, sondern erst das „Hinzutreten weiterer Umstände“ (insbesondere die Einfahrt des anderen Unfallbeteiligten in den Kreuzungsbereich). Es fehle an der Unmittelbarkeit des Eingriffs.²⁶

Um solche unbilligen Haftungslücken zu schließen, änderte der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1987²⁷ seine Rechtsauffassung: Er erkannte in der fehlerhaften Ampelschaltung die unmittelbare Schadensursache.²⁸ Das Gericht ließ nunmehr ausreichen, dass die Verkehrsteilnehmer verpflichtet waren, den automatisierten Verkehrszeichen einer Ampelanlage Folge zu leisten und dies unvermeidlich einen Zusammenstoß der Fahrzeuge nach sich zog.²⁹

b) Übertragung haftungsrechtlicher Grundsätze auf IT-Systeme

Steht es einer unmittelbaren Eigentumsverletzung durch den Hoheitsträger nicht im Wege, dass die technische Einrichtung entgegen den programmierten und hinreichend validierten Vorgaben agiert hat, so muss dies erst recht gelten, wenn der Staat ein lernfähiges System einsetzt. Denn die Entscheidungs- bzw. Verhaltensspielräume, welche die Behörde dem System gewährt, erhöhen das Risiko, dass von der technischen Einrichtung unvorhersehbare rechtswidrige Grundrechtseingriffe ausgehen. Aus der Perspektive des geschädigten Bürgers realisiert sich dann die Eigenart der hoheitlichen Maßnahmen – als nicht vorhersehbar – in der jeweiligen Eigentumsverletzung. Greifen Behörden, die sich eines IT-Systems bedienen, faktisch oder rechtlich zwingend in das Eigentum des Betroffenen ein, nehmen sie daher eine unmittelbare Eigentumsverletzung wie in den Fällen des „feindlichen Grüns“ vor.³⁰

²⁴ Auch im Falle eines technischen Versagens kann ein Amtshaftungsanspruch greifen, bspw. wenn die Behörde ihre Aufsichts- und Überwachungspflichten sorgfaltswidrig verletzt hat; vgl. etwa BGH, Urteil vom 14.6.1971, NJW 1971, 2220 (2221); Urteil vom 24.4.1972, NJW 1972, 1268 (1269).

²⁵ BGH, Urteil vom 15.10.1970, NJW 1971, 32 f.

²⁶ Diese setze voraus, dass der rechtswidrige staatliche Eingriff der Verantwortungs- und Risikosphäre der Behörde zuzuordnen ist, BGH, Urteil vom 15.10.1970, NJW 1971, 32. Zu den Anspruchsvoraussetzungen des enteignungsgleichen Eingriffs: vgl. BGH, Urteil vom 10.3.1994, NJW 1994, 1647 (1648); Klein, in: Soergel/Siebert (Hrsg.), BGB, 13. Aufl., 2005, Anh. § 839 Rdnr. 165; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Maunz/Dürig GG, 91. Erg.-lfg. (April 2020), Art. 34 Rdnr. 37. Maßgeblich ist, dass sich in der Eigentumsschädigung eine für die hoheitliche Betätigung typische Gefahrenlage konkretisiert hat, Papier/Shirvani, aaO., Art. 34 Rdnr. 115.

²⁷ BGH, Urteil vom 18.12.1986, NJW 1987, 1945 f.

²⁸ Im konkreten Fall erwuchs der Entschädigungsanspruch aus spezialgesetzlicher Landesregelung, welche den Tatbestandsvoraussetzungen des enteignungsgleichen Eingriffs entspricht. Eine äquivalente spezialgesetzliche Regelung existiert für Nordrhein-Westfalen (§ 39 Abs. 1 lit. b. OBG NRW), Berlin (§ 59 Abs. 2 Berl. ASOG), Hessen (§ 64 Abs. 1 Satz 2 Hess. SOG), Rheinland-Pfalz (§ 87 Abs. 1 Satz 2 POG), Niedersachsen (§ 80 Abs. 1 Satz 2 NPOG), Bayern (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 2 BayPAG), Bremen (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Brem. PG) und Brandenburg (§ 38 Abs. 1 lit. b OBG BBG); auf Bundesebene in § 51 Abs. 2 BPolG.

²⁹ BGH, Urteil vom 18.12.1986, NJW 1987, 1945 (1946). Einfachgesetzlich ergibt sich dies aus § 37 StVO.

³⁰ BGH, Urteil vom 10.3.1994, NJW 1994, 1647 (1648) zur rechtswidrigen Versagung eines Bauvorbescheids.

Auch die Grundsätze des Haftungsausschlusses bei rechtmäßigem Alternativverhalten, insbesondere nicht ergebniswirksamen formellen Fehlern, sind auf lernende Systeme übertragbar.³¹ Ein Anspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs ist bei einem Einsatz von IT-Systemen daher ausgeschlossen, wenn ein pflichtgemäß handelnder menschlicher Amtswalter – trotz bspw. eines Verfahrensfehlers – zum gleichen Ergebnis gekommen wäre wie das IT-System.³²

Damit stehen dem Bürger beim staatlichen Einsatz Künstlicher Intelligenz grundsätzlich die verschuldensunabhängigen Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff (bei Eigentumsschäden) bzw. aufopferungsgleichem Eingriff (für andere Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG) zur Seite.

Sie vermögen die Schadensfolgen technischer Systeme jedoch lediglich partiell zu kompensieren. Denn ihr Schutzgüterumfang ist begrenzt: Er beschränkt sich auf Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG.³³ Für sonstige Schutzpositionen, wie z. B. die Berufsfreiheit oder die Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG, gewähren diese Rechtsinstitute demgegenüber keinen Schutz.³⁴ Die staatliche Haftung wegen enteignungsgleichen Eingriffs beschränkt sich außerdem (mit Ausnahme der Konstellation des „qualifizierten Unterlassens“³⁵) auf positives Handeln der öffentlichen Gewalt; staatliches Unterlassen löst keinen Ersatzanspruch aus.

2. Enteignender Eingriff

Im Unterschied zum enteignungsgleichen Eingriff erfasst das richterrechtlich entwickelte Institut des enteignenden Eingriffs Schädigungen, die durch *rechtmäßige* hoheitliche Maßnahmen entstehen: Der Anspruch gleicht unzumutbare, regelmäßig atypische Nebenfolgen eines an sich rechtmäßigen Eigentumseingriffs aus.³⁶ Systematisch handelt es sich um einen echten Aufopferungsanspruch.³⁷ Er kann insbesondere solche Fälle erfassen, in denen ein IT-System auf seine lebensweltliche Umgebung einwirkt – bspw. wenn die Feuerwehr einen selbständig

³¹ Zum Haftungsausschluss bei rechtmäßigem Alternativverhalten im analogen Handlungskontext BGH, Urteil vom 25.3.2004, NVwZ 2004, 1143 (1144); zu formell rechtswidrigen Maßnahmen vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 23.6.2003, BeckRS 2003, 25403.

³² Zum Beispiel eines Verfahrensfehlers bei einer Veränderungssperre OLG Jena, Urteil vom 8.2.2000, NVwZ-RR 2001, 702 ff.

³³ BGH, Urteil vom 31.1.1966, BGHZ 45, 58 (76); Urteil vom 7.6.1990, BGHZ 111, 349 (355 ff.); Urteil vom 27.1.1994, NJW 1994, 1468; *Stern/Dietlein/Sachs*, § 123, in: *Stern* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. IV/2, 2011, S. 1848 (2119), str.; *Schenke* plädiert dafür, den Anspruch auf sämtliche Vermögenswerte, nicht eigentumsfähige subjektive Rechte und auf das Vermögen als solches auszudehnen, *Schenke*, NJW 1991, 1777 (1778). Kritisch auch *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 134 f. m. w. N.

³⁴ Bspw. erfasst der Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff entgangene Erwerbchancen als Folge eines rechtswidrigen Eingriffs in die Berufsfreiheit nicht, BVerfG (K), Beschluss vom 20.11.1997, NVwZ 1998, 271 (272). Auf Rechtsfolgenseite erkennt die neuere Rechtsprechung nicht-vermögensrechtliche Nachteile des Betroffenen an, BGH, Urteil vom 7.9.2017, BGHZ 215, 335 (339 ff.).

³⁵ Das „qualifizierte Unterlassen“ erfasst bspw. Fälle, in denen die Behörde rechtswidrig eine Genehmigung versagt und dadurch zugleich bestehende Eigentumspositionen tangiert oder diese durch Verzögerungen betroffen sind.

³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, NVwZ 2004, 1018 (1019) – st. Rspr.; *Axer*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK GG*, 42. Ed. (Stand: 1.12.2019), Art. 14 Rdnr. 138; *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 325.

³⁷ *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 325.

agierenden Roboter als Hilfsmittel einsetzt, der als Kollateralschaden Bürger verletzt.³⁸ Das gilt selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass potenziell schädigende Nebenfolgen lernender IT-Systeme nicht atypisch sind, da diese in ihrer Funktionsweise bereits darauf angelegt sind, indeterminiert und unvorhersehbar zu agieren. Denn eine Entschädigung aus enteignendem Eingriff setzt nicht zwingend einen atypischen oder unvorhergesehenen Nachteil voraus.³⁹

Auf den Haftungsausschlussgrund der höheren Gewalt⁴⁰ kann sich der jeweilige Hoheitsträger für technische Anlagen nur berufen, wenn er alle zumutbaren Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat, um die Beeinträchtigung des Eigentums zu vermeiden – oder wenn sich diese selbst dann eingestellt hätte, wären solche Sicherheitsmaßnahmen ergriffen worden.⁴¹ Ein Programmierfehler ist aber kein von außen kommendes Ereignis, welches außerhalb der hoheitlich geschaffenen Gefahrenlage liegt. Er wurzelt vielmehr in der Funktionsweise des lernenden Systems selbst und ist daher der Risikosphäre der Verwaltung zuzuordnen. Entscheidet sie sich dafür, ein solches System einzusetzen, kann sie sich folglich nicht auf den Haftungsausschlussgrund berufen. Den Anwendungsradius des Anspruchs schränkt ferner der Umstand ein, dass der Bürger ein Sonderopfer erlitten haben muss.⁴² Wegen seiner analog zum enteignungsgleichen Eingriff bestehenden Tatbestandsbegrenzungen (siehe II.1.b) verbürgt der enteignende Eingriff im Ergebnis keinen umfassenden Ausgleich für alle durch IT-Systeme verursachten Schadenskonstellationen.

3. Folgenbeseitigungsanspruch und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

Ebenso wie der Anspruch aus enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff knüpft das Institut des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs verschuldensunabhängig an einen rechtswidrigen Zustand an. Eine umfassende Haftung für rechtswidrige Schäden bietet jedoch auch ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht: Seine Rechtsfolge beschränkt sich darauf, den *Status quo ante* wiederherzustellen, verbürgt aber keinen vollen Schadensersatz.⁴³

³⁸ Dies gilt auch für sonstige potenzielle Einsatzbereiche von Robotern, z. B. im Pflegebereich oder beim Kampfmittelräumdienst. Zum Einsatz von Polizei- und Militärrobotern, z. B. bei Bombenentschärfungen, Meyer (Fußn. 15), S. 213 ff.; zur Notfallrettung Klesen, Die Entscheidung von Maschinen über Menschenleben, 2017, S. 71 ff. Setzt die Polizei einen solchen Roboter ein, sperren die vorrangigen Haftungsnormen der Polizeigesetze den Rückgriff auf das richterrechtliche Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs.

³⁹ Explizit BGH, Urteil vom 14.3.2013, NJW 2013, 1736; Beschluss vom 30.1.1986, NJW 1986, 2423 ff. Zur Kritik Ossenbühl/Cornils (Fußn. 13), S. 331 f.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 11.3.2004, BGHZ 158, 263 (265, 268 f.); Urteil vom 19.1.2006, BGHZ 166, 37 (41).

⁴¹ Ein „von außen kommendes Drittereignis“; BGH, Urteil vom 19.1.2006, BGHZ 166, 37 (41).

⁴² Anders als beim enteignungsgleichen Eingriff ist dies beim enteignenden Eingriff ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, Papier/Shirvani (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 89; BGH, Urteil vom 14.3.2013, NJW 2013, 1736.

⁴³ FG Münster, Urteil vom 30.8.2017, BeckRS 2017, 124657 Rdnr. 24 ff.; Ossenbühl/Cornils (Fußn. 13), S. 397; Papier/Shirvani (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 136. Einen vollen Schadensersatz gewährt nur der Amtshaftungsanspruch. Denn den Schaden beim Folgenbeseitigungsanspruch nach §§ 249 ff. BGB unter Berücksichtigung eines hypothetischen Verlaufs zu berechnen, umginge die gesetzlichen Regelungen. Das Rechtsinstitut des Folgenbeseitigungsanspruchs zieht seine Daseinsberechtigung gerade aus dem Umstand, dass sich seine Rechtsfolge von normierten Staatshaftungsregelungen unterscheidet, Erbguth, JuS 2000, 336 (337).

Wenn es unzumutbar oder unmöglich ist, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, kann der Anspruch zwar ausnahmsweise auf Zahlung eines Geldbetrages statt auf Wiederherstellung selbst gerichtet sein.⁴⁴ Dieser *Folgenentschädigungsanspruch* unterliegt als „Surrogat“⁴⁵ des Folgenbeseitigungsanspruchs im Übrigen aber denselben Beschränkungen wie dieser:⁴⁶ Er greift ausschließlich für solche Schäden, die grundsätzlich auch der Folgenbeseitigungsanspruch erfasst hätte, also für hoheitliche Eingriffe in subjektive Rechte, die einen noch andauernden, rechtswidrigen Zustand geschaffen haben. Der Folgenentschädigungsanspruch schließt die Haftungslücke des Folgenbeseitigungsanspruchs deshalb nicht.

Im Sozialrecht tritt subsidiär der speziellere sozialrechtliche Herstellungsanspruch zum Haftungsregime hinzu. Er greift verschuldensunabhängig bei (Beratungs-)Pflichtverletzungen der Sozialbehörde⁴⁷, etwa Fehlern eines Chatbots⁴⁸. Er setzt keinen Eingriff in ein subjektives Recht voraus,⁴⁹ ist damit also konzeptionell weiter als der Folgenbeseitigungsanspruch angelegt. Dennoch verbleibt auch im Sozialrecht eine Haftungslücke: Anders als der Folgenbeseitigungsanspruch ist der Anspruchsinhalt des Herstellungsanspruchs auf eine volle Naturalrestitution – durch Vornahme der Amtshandlung, nicht auf Schadensersatz durch Geldzahlung – gerichtet und begrenzt.⁵⁰ Kann die Behörde die entsprechende Amtshandlung nicht mehr rechtmäßig vornehmen, ist der Herstellungsanspruch ausgeschlossen.⁵¹

Sowohl die Entschädigung wegen enteignungs- und aufopferungsgleichen Eingriffs als auch der Folgenbeseitigungsanspruch sind im Ergebnis nur partiell imstande, Schäden zu kompensieren, die darauf zurückgehen, dass die Verwaltung IT-gesteuerte Systeme einsetzt.

III. Datenschutzrechtlicher Schadensersatz aus Art. 82 DSGVO

Ergänzend zum nationalen Staatshaftungsregime gewährt Art. 82 DSGVO einen unionsrechtlichen Ausgleichsanspruch für Schäden, die kausal aus einer rechtswidrigen Verarbeitung personenbezogener Daten erwachsen.⁵²

1. Verstoß gegen die DSGVO

Jenseits von Sachverhalten, die typisch datenschutzrechtlich gelagert sind (z. B. einer rechtswidrigen behördlichen Bearbeitung von Antragsformularen), ist ein Ersatzanspruch aus

⁴⁴ *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 388 f.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 14.4.1989, NJW 1989, 2484 (2485).

⁴⁵ Zu dieser Bezeichnung als Surrogat BVerwG, Urteil vom 26.8.1993, NVwZ 1994, 275 (280); *Erbguth* (Fußn. 43), S. 337.

⁴⁶ Dies andeutend OVG NRW, Urteil vom 30.11.1992, NVwZ 1994, 795 (796): „umgewandelte[r] Folgenbeseitigungsanspruch“; *Franckenstein*, NVwZ 1999, 158 (159); *Schladebach*, NVwZ 2010, 1468 (1471).

⁴⁷ BSG, Urteil vom 18.8.1983, BSGE 55, 261 (262); Urteil vom 22.3.1989, BSGE 65, 21 (26).

⁴⁸ *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 140 f.

⁴⁹ *Papier/Shirvani* (Fußn. 26), Art. 34 Rdnr. 69.

⁵⁰ BSG, Urteil vom 18.8.1983, BSGE 55, 261 (262); Urteil vom 22.3.1989, BSGE 65, 21 (26).

⁵¹ BSG, Urteil vom 18.8.1983, BSGE 55, 261 (264); BVerwG, Urteil vom 18.4.1997, NJW 1997, 2966 (2967).

⁵² Zur behördlichen Datenverarbeitung siehe z. B. *Reimer*, DÖV 2018, 881 ff.

Art. 82 DSGVO auch denkbar, wenn spezifische Risiken (voll-)automatisierter Entscheidungsfindung⁵³ in einen Schaden des Bürgers umschlagen, namentlich wenn die Behörde die Automatisierungsschranken aus Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO i. V. mit § 35a VwVfG sprengt.⁵⁴ Diese Grenzen erwachsen nicht allein aus den verfahrensrechtlichen Mindestgarantien des Art. 22 Abs. 2 lit. b Hs. 2 DSGVO. Auch ein Verstoß gegen § 35a VwVfG,⁵⁵ insbesondere seinen Normvorbehalt bzw. seine Ausschlussklausel für Verfahren mit Beurteilungs- oder Ermessensspielraum, löst grundsätzlich einen mittelbaren, aber schadensersatzrechtlich erheblichen Datenschutzverstoß aus. Denn die nationalen Regelungen ergänzen bzw. präzisieren das unionsrechtliche Datenschutzregime im Anwendungsbereich der Öffnungsklausel aus Art. 22 Abs. 2 lit. b Hs. 2 DSGVO. Dadurch erlangen sie datenschutzrechtliche Haftungsrelevanz, wie ErwGrd 146 Satz 5 DSGVO klarstellt. Der Verstoß gegen Art. 22 Abs. 1, Abs. 2 lit. b DSGVO (bzw. gegen eine verwaltungsrechtliche Konkretisierungsnorm im Sinne des ErwGrd 146 Satz 5 DSGVO) besteht dann letztlich darin, dass die Behörde die Letztverantwortung für die Verwaltungsentscheidung nicht von einem Amtsträger auf die algorithmenbasierte Entscheidungssoftware hätte verlagern dürfen.

2. Schaden, Kausalität und rechtmäßiges Alternativverhalten

Schaden im Sinne des Art. 82 DSGVO ist nicht nur jede materielle, sondern auch eine immaterielle unfreiwillige Einbuße, wie z. B. Diskriminierungen, Identitätsdiebstähle oder Rufschädigungen.⁵⁶ Anders als im deutschen Schadensersatzrecht setzt eine solche keine *schwere* Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts voraus.⁵⁷ Sie muss aber mit einer fühlbaren Beeinträchtigung⁵⁸ einhergehen.⁵⁹

Der Schaden ist nur dann ersatzfähig, wenn er gerade auf den Rechtsverstoß gegen die datenschutzrechtlichen Verarbeitungsregeln zurückgeht („wegen eines Verstoßes“).⁶⁰

⁵³ Zur engen Beschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 22 Abs. 1 DSGVO auf vollautomatisierte Entscheidungsprozesse *Martini* (Fußn. 2), S. 172 f.

⁵⁴ Das setzt voraus, dass Art. 22 Abs. 1 DSGVO auf Verwaltungsverfahren Anwendung findet. Davon gehen insbesondere aus: *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO-BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DSGVO. Rdnr. 33; *Schulz*, in: Gola/Eichler/Franck et al. (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 22 DS-GVO Rdnr. 31; a. A. v. *Lewinski*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 33. Ed. (Stand: 1.8.2020), Art. 22 DS-GVO Rdnr. 65.

⁵⁵ Bzw. seine sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Äquivalente.

⁵⁶ *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 (204).

⁵⁷ *Wybitul/Neu/Strauch* (Fußn. 56), S. 204.

⁵⁸ OLG Innsbruck, Urteil vom 13.2.2020, ZD 2020, 304; ebenso *Paal*, MMR 2020, 14 (16); *Wybitul*, NJW 2019, 3265 (3267). Vgl. etwa auch OLG Dresden, Beschluss vom 11.6.2019, CR 2020, 338 (340 f.); AG Diez, Urteil vom 7.11.2018, ZD 2019, 85 (86) Rdnr. 6; LG Feldkirch/Österreich, Urteil vom 7.8.2019, ZD 2019, 562 (563 Rdnr. 70). A. A. Rechtbank Amsterdam, Urteil vom 2.9.2019, BeckRS 2019, 24009 Rdnr. 44; ArbG Düsseldorf, Urteil vom 5.3.2020, CR 2020, 592, (Rdnr. 107).

⁵⁹ Liegt sie vor, ist nach dem Willen des Unionsgesetzgebers die Höhe des Schadensersatzes so zu bemessen, dass sie vor weiteren Rechtsverstößen abschreckt. Vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2015, EuZW 2016, 183 (184 f.) – noch zu Art. 18 RL 2006/54/EG; ArbG Düsseldorf, Urteil vom 5.3.2020, CR 2020, 592 (Rdnr. 109 f.); siehe aber zur Abschreckungswirkung bei der Bußgeldberechnung restriktiv LG Bonn, Urteil vom 11.11.2020, 29 OWi 1/20 LG.

⁶⁰ *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 3. Aufl., 2020, Art. 82 Rdnr. 42 f.; *Wybitul/Neu/Strauch* (Fußn. 56), S. 206.

Automatisiert die Behörde ein Verfahren entgegen § 35a VwVfG i. V. mit Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO oder unterlässt sie es rechtswidrig, einen menschlichen Amtswalter in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen, tritt ein solcher Schaden jedoch nicht notwendig ein: Das behördliche Fehlverhalten ist zwar ursächlich für den vollautomatisierten Erlass des rechtswidrigen Verwaltungsakts, aber nicht zwangsläufig auch in zurechenbarer Weise kausal für den Schaden, den der Adressat des Verwaltungsakts erleidet. *Unmittelbarer* schadenskausaler Faktor ist nämlich stets die Rechtsfolge, die der Output des lernenden Systems auslöst – nicht hingegen, dass die Entscheidung durch ein automatisches (ggf. lernendes) System erfolgt. Um eine hinreichende (Mit-)Ursächlichkeit zwischen einem datenschutzrechtlichen Verfahrensverstoß und dem Schaden zu begründen, ist daher eine Alternativlosigkeit erforderlich: Die Verwaltung müsste bei rechtmäßigem Verhalten (wenn die Verwaltung die datenschutzrechtlichen Vorschriften also eingehalten hätte) eine andere Entscheidung getroffen haben.⁶¹ Das ist bei *gebundenen Entscheidungen* gesetzeslogisch nur denkbar, wenn der Output des Systems materiell rechtswidrig ist. Ein rein formeller Rechtsverstoß (etwa wenn die Behörde das Recht des Betroffenen verletzt, seinen eigenen Standpunkt darzulegen – Art. 22 Abs. 2 lit b DSGVO) reicht demgegenüber nicht aus. Denn aufgrund der Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG hätte die Behörde den materiell rechtmäßigen Verwaltungsakt auch ohne den Verstoß gegen Art. 22 DSGVO inhaltsgleich erlassen müssen (da ihr weder Entschließungs- noch Auswahlermessen zukommt; vgl. auch § 46 VwVfG).⁶² Auch der Verstoß gegen den Normvorbehalt des § 35a VwVfG löst als solcher keinen Schaden im Sinne des Art. 82 DSGVO aus. Denn er stellt keine Voraussetzungen an den Inhalt von Verwaltungsakten, sondern an die Verfahrensweise, in der sie zustande kommen.⁶³

Ein ersatzfähiger Schaden kann demgegenüber in den Fällen entstehen, in denen die Behörde eine Entscheidung mit *Ermessens- oder Beurteilungsspielraum* einem Computersystem zur vollautomatisierten Bearbeitung anvertraut. Denn dann lässt sich zumindest nicht ausschließen, dass die Entscheidung bei einem menschlichen Amtswalter bzw. Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verfahrensregeln womöglich anders ausgefallen wäre. Der Verstoß gegen

⁶¹ Dadurch scheint der nationale Gesetzgeber vordergründig die Reichweite des Schadensersatzanspruches aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO *extra legem* modifizieren zu können. So weit reicht die Sperrwirkung der DSGVO jedoch nicht. Sie regelt grundsätzlich nicht die Anforderungen an die *Rechtmäßigkeit von Entscheidungen*. Sie dekretiert vielmehr die Anforderungen an das *Verfahren*, in dem Entscheidungen in Übereinstimmung mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten zustande kommen. Dieser Kompetenzverteilung entsprechend ordnet Art. 82 Abs. 1 DSGVO die Ersatzfähigkeit von Schäden an, die aus einer rechtswidrigen Datenverarbeitung erwachsen, ohne zugleich rechtmäßiges Alternativverhalten auszuschließen. Wann ein Schaden entsteht, hängt damit auch von den Vorgaben des (nationalen) materiellen Rechts ab, auf welchem der Schaden gründet. Die Kompetenz, die Voraussetzungen für rechtmäßiges Alternativverhalten im Verwaltungsverfahren zu regeln, liegt grundsätzlich in den Händen der Mitgliedstaaten: Ihnen ist es vorbehalten, die Modalitäten des Verwaltungsverfahrens und damit die Anforderungen an rechtmäßige Verwaltungsakte sowie Fehlerfolgen zu regeln.

⁶² § 46 VwVfG selbst hebt nur den Aufhebungsanspruch des Bürgers auf und trifft keine unmittelbare Aussage zu Schadensersatzansprüchen.

⁶³ *Martini/Nink*, DVBl 2018, 1128 (1130).

die Vorschriften der DSGVO kann in diesem Fall die Entscheidung in der Sache beeinflusst haben (vgl. auch § 46 VwVfG aE) und damit einen Schaden auslösen.⁶⁴

3. Exkulpation (Art. 82 Abs. 3 DSGVO)

Art. 82 Abs. 1 DSGVO nimmt den rechtswidrig Handelnden nicht verschuldensunabhängig in die Pflicht.⁶⁵ Er vermutet aber das Verschulden. Der Schädiger kann sich nur durch entsprechenden Nachweis exkulpieren. Art. 82 DSGVO steht damit in der Tradition des Art. 23 Abs. 2 EU-Datenschutzrichtlinie, der ebenfalls eine Exkulpationsmöglichkeit vorsah.⁶⁶ Lediglich für zwei Konstellationen gesteht der Unionsgesetzgeber den Verantwortlichen diese Befreiung von der Haftung zu: Der Schädiger erbringt den – praktisch nur schwer denkbaren – Nachweis „höherer Gewalt“ oder er legt dar, dass den betroffenen Geschädigten die ausschließliche Verantwortung für den Schaden trifft. Ein Entlastungsbeweis, das Personal sei fehlerfrei ausgewählt, ist dagegen – anders als bei § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB – ausgeschlossen.⁶⁷

4. Zwischenfazit

Dass das unionsrechtliche Datenschutzregime durch Art. 12 ff., 22, 82 DSGVO Schutzstandards für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren etabliert und den Betroffenen jedenfalls für Schäden, die durch ihren Einsatz entstehen, schadensersatzrechtlich absichert, ist begrüßenswert. In praxi ergänzt Art. 82 DSGVO das nationale Staatshaftungsrecht mit Blick auf die Verwaltungsautomatisierung im Ergebnis jedoch nur als Randerscheinung: Seine Anwendbarkeit verlangt, dass eine Behörde die Letztverantwortung für eine Verwaltungsentscheidung von einem Amtsträger unter Verstoß gegen Art. 22 DSGVO vollständig auf eine algorithmenbasierte Entscheidungssoftware verlagert hat und infolgedessen einen materiell rechtswidrigen Verwaltungsakt erlässt. In den Fällen sonstiger Verstöße gegen Vorschriften der DSGVO, z. B. Art. 6, können zwar ebenfalls Schadensersatzansprüche entstehen. Der Schaden resultiert dann aber nicht aus der Automatisierung, sondern ist das Ergebnis sonstiger Rechtsverletzungen, etwa fehlender Verarbeitungsvoraussetzungen.

IV. Die Amtshaftung im Zeichen der Verwaltungsdigitalisierung

Sowohl die Entschädigung wegen enteignungs- und aufopferungsgleichen Eingriffs als auch der Folgenbeseitigungs- bzw. Folgenentschädigungsanspruch und der Ersatzanspruch aus Art. 82

⁶⁴ Vgl. *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 262.

⁶⁵ Sehr str. Wie hier: *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl., 2020, Art. 82 DSGVO Rdnr. 51, 54; *Gola/Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 82 Rdnr. 17; *Quaas*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 33. Ed. (Stand: 1.8.2020), Art. 82 Rdnr. 17; für einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch demgegenüber *Frenzel*, in: Paal/Pauly/Ernst et al. (Hrsg.), DSGVO / BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 82 DSGVO Rdnr. 6; *Kreße*, in: Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 82 Rdnr. 19 f.; *Wybitul*, ZD 2016, 253 f.

⁶⁶ Vgl. dazu etwa BR-Drucks. 461/00, S. 93; *Brühann*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/AEUV, 2009, Art. 23 DSRL Rdnr. 1.

⁶⁷ *Paal* (Fußn. 58), S. 17 m. w. N.; *Becker*, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl., 2018, Art. 82 DSGVO Rdnr. 5b hält dies dagegen für möglich, misst dem aber wegen datenschutzrechtlicher Organisationspflichten, die über §§ 31, 89 BGB zugerechnet werden, geringe Bedeutung bei.

DSGVO kompensieren nicht vollständig Schäden, die darauf zurückgehen, dass die Verwaltung IT-gesteuerte Systeme einsetzt. Bei der Aufgabe, diese Leerstellen zu füllen, kommt dem Amtshaftungsanspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG eine wichtige Schlüsselfunktion zu.

1. Amtspflichtverletzung beim Einsatz informationstechnischer Systeme

Der Amtshaftungsanspruch adressiert nach gegenwärtigem Rechtsverständnis ausschließlich Rechtssubjekte, nicht aber informationstechnische Systeme:⁶⁸ Er setzt stets eine menschliche Handlung als Anknüpfungspunkt voraus. Bei der Technikabfolge eines vollautomatisierten Verfahrens (z. B. eines vollautomatisiert erlassenen Bescheids oder der physischen Einwirkung eines Roboters) ist jedoch keine menschliche Handlung, sondern der fehlerhafte Output des Systems das unmittelbar schadensauslösende Ereignis. Im Unterschied zu einem Amtsträger, der einen rechtswidrigen Verwaltungsakt erlässt und dadurch die Pflicht verletzt, sich an das geltende Recht zu halten⁶⁹, kann ein IT-gesteuertes System, das hoheitlich agiert, daher keine vergleichbare *unmittelbare*⁷⁰ Amtspflichtverletzung begehen. Bereits darin offenbart sich die Schwäche der *Lex lata* im Kontext der digitalisierten Verwaltung.

Der Ursprung der algorithmenbasierten Handlung lässt sich aber immerhin in den menschlichen Handlungen bzw. Unterlassungen im Umfeld des IT-Einsatzes ausmachen, also *mittelbar* in der algorithmenbasierten Verwaltungshandlung als möglichem schadensauslösendem Ereignis.⁷¹

a) Vollautomatisierte Systeme

aa) (Ausschließliche) Anknüpfung an das Handeln des Amtswalters

Übernehmen Roboter oder Software-Agenten hoheitliche Aufgaben *vollautomatisch* im unmittelbaren Kontakt zum Bürger,⁷² kann die Haftung an die Handlungen derjenigen (haftungsrechtlichen) Beamten anknüpfen, die das künstliche System in den Verkehr gebracht haben und dieses im Einsatz überwachen. Ihre Amtspflichten bestehen unabhängig davon, ob ein

⁶⁸ Ausdrücklich etwa *Grapentin*, Vertragsschluss und vertragliches Verschulden beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Softwareagenten, 2018, S. 122 f.; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, CR 2018, 682 (685); *Schulz*, Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, 2015, S. 89 ff.

⁶⁹ Vgl. zu dieser (wichtigsten) Amtspflicht z. B. BGH, Urteil vom 14.12.1978, NJW 1979, 642 (643); BGH, Urteil vom 15.11.1990, NJW 1991, 1168 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, § 26 Rdnr. 16; *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 46.

⁷⁰ Zur Problematik der mittelbaren Verursachung durch autonome Systeme für das Erfolgsunrecht *Thöne*, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 90 ff.

⁷¹ So stellte bereits BGH, Urteil vom 14.6.1971, NJW 1971, 2220 f. auf die falsche Berechnung und damit unrichtige Programmierung einer Verkehrssignalanlage als Amtspflichtverletzung ab; in diesem Sinne auch *Meyer* (Fußn. 15), S. 216; *Stelkens* (Fußn. 18), S. 212 f. So auch *Papier/Shirvani* (Fußn. 26), Art. 34 Rdnr. 114, die unter Hinweis auf den Begriff des Amtsträgers beim Einsatz technischer Einrichtungen eine unüberwindbare Interpretationsgrenze sehen.

⁷² Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit zurzeit in §§ 35a VwVfG, 31a SGB X und § 155 Abs. 4 AO vorgesehen. Flankierende Regelungen finden sich z. B. in § 24 Abs. 1 Satz 3 VwVfG.

Mensch tätig ist (z. B. der Verkehrspolizist, der den Verkehr via Handzeichen regelt) oder eine technische Einrichtung im Außenverhältnis agiert.⁷³ Sie leiten sich als eine persönliche Verhaltenspflicht des Amtsträgers unmittelbar aus seinem Dienstverhältnis zum Staat ab.⁷⁴

Diese Amtspflichten können bei einem Einsatz von IT-Systemen auf zwei Ebenen greifen: Vor dem Einsatz solcher Systeme ist eine Abwägungsentscheidung zu treffen, ob das System überhaupt Verwendung finden darf (1). Ist die Zulassungsentscheidung gefällt, sind die Akteure Verkehrssicherungs- und Überwachungspflichten unterworfen, die auch im nicht-digitalen Bereich bestehen (2).⁷⁵

(1) Entscheidung über die Zulassung

Die Entscheidung, ein IT-System einzusetzen, um die eigenen Aufgaben zu erfüllen, liegt grundsätzlich bei der Behörde. Daher verbleibt auch die Verantwortung für die Zulassungsentscheidung stets beim jeweils zuständigen menschlichen Amtswalter.⁷⁶ Diese Garantstellung ist Ausfluss seiner Amtspflicht, den Sachverhalt sowie die technische Wirkweise des Systems so zu erkunden, dass die Beurteilungs- und Entscheidungsgrundlage nicht in wesentlichen Punkten zum Nachteil des Betroffenen unvollständig bleibt.⁷⁷ Das betrifft insbesondere die möglichen Auswirkungen des Systemoutputs sowie die Zuverlässigkeit des Systems.⁷⁸ Geboten sind insoweit bspw. Testläufe vor dem administrativen Einsatz.⁷⁹ In besonders grundrechtssensiblen Bereichen kann die risikobezogene Abwägungsentscheidung den Systemeinsatz auch per se verbieten.⁸⁰

(2) IT- Verkehrssicherungs- und Überwachungspflichten beim Betrieb

Eine rechtmäßige Zulassungsentscheidung über das „Ob“ eines IT-Systemeinsatzes entbindet den Amtswalter nicht von der weiteren Verantwortlichkeit für den Systemoutput. Sobald das IT-System im Verwaltungsalltag zum Einsatz kommt, treffen ihn Verkehrssicherungs⁸¹ und Überwachungspflichten⁸² – insbesondere die Pflicht, die Prognoseentscheidung der Zulassung mit dem tatsächlichen Output abzugleichen und regelmäßig zu aktualisieren, sodass stets ein

⁷³ Vgl. BGH, Urteil vom 14.6.1971, NJW 1971, 2220 (2221); Urteil vom 24.4.1972, NJW 1972, 1268 (1269).

⁷⁴ Siehe *Maurer/Waldhoff* (Fußn. 69), § 26 Rdnr. 16; *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 44 f; *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 245 befürworten entgegen der ü. M. hingegen, dass das Außenverhältnis (Staat-Bürger) maßgeblich dafür sein soll, die Amtspflichten des Beamten zu bestimmen.

⁷⁵ Z. B. BGH, Urteil vom 18.12.1972, NJW 1973, 463 (464) hinsichtlich der Haftung für öffentliche Straßen.

⁷⁶ Das IT-System kann sich nicht in rechtmäßiger Weise weitere Kompetenzen verschaffen und deshalb auch nicht automatisiert neue Einsatzentscheidungen treffen.

⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 19.5.1988, NJW 1989, 99 f.

⁷⁸ Zum Vorsorgeprinzip beim Einsatz lernender Algorithmen *Martini* (Fußn. 2), S. 120 ff.

⁷⁹ Dazu unten IV. 3. a) aa).

⁸⁰ Vgl. *Martini*, Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse, 2019, S. 20.

⁸¹ Vgl. auch *Zech*, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.) – Verhandlungen des 73, A 1-A 112, A 81. Zur zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflicht bei der Haftung für autonome Systeme *Hofmann*, CR 2020, 282 (283).

⁸² Zur Schädigung durch den Einsatz digitaler Systeme als Distanzdelikt *Zech* (Fußn. 81), A 56.

rechtmäßiger Systemoutput bestmöglich gewährleistet ist.⁸³ Die Amtspflicht wandelt sich damit von der Pflicht, die Aufgabe in eigener Person auszuführen, hin zu einer Daueraufgabe⁸⁴, zu überwachen, wie ein technisches System die Aufgabe verrichtet. Diese Pflichtenzuweisung trägt dem Bedürfnis Rechnung, Schadensfolgen nach Risikosphären sowie betroffenen Interessen adäquat zuzurechnen und Verantwortlichkeiten sachgerecht normativ zuzuordnen.⁸⁵ Ausgleichsinteressen des Bürgers, der auf den Einsatz administrativer IT-Systeme keinen Einfluss hat, lässt sich dadurch bereits auf Tatbestandsebene Rechnung tragen. Das entspricht auch einer sachgerechten Verteilung der Haftungsrisiken: Wer eine Gefahrenquelle schafft, hat die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass daraus Schäden erwachsen. So trifft bspw. die Behörde, die eine Lichtzeichenanlage installiert, die Straßenverkehrssicherungspflicht, die Anlage so zu warten, dass keine Störungen auftreten, sondern diese ununterbrochen ordnungsgemäß funktioniert.⁸⁶

Maschinell-lernenden Systemen ist eine Unschärfe immanent, ihr späteres Verhalten und ihre Entscheidung vorhersehen zu können.⁸⁷ Die Behörde hat deshalb stetig dafür Sorge zu tragen, dass sie die notwendigen Sorgfaltsanforderungen im fortlaufenden Betrieb auch unter veränderten Rahmenbedingungen erfüllt.⁸⁸ Dies erfordert vor allem regelmäßige Updates und Sicherheitsüberprüfungen, welche sicherstellen, dass das System seine Ziele erreicht. So verfügt es auch § 88 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 AO für Risikomanagementsysteme, die als Prüfinstrumente in der automatisierten Steuerverwaltung zum Einsatz kommen: Sie sind regelmäßig auf ihre Zielerfüllung zu überprüfen. Entspricht der zuständige Amtswalter diesen Überwachungspflichten nicht und löst der Systemoutput einen Schaden aus, verletzt er seine Verkehrssicherungspflicht.

Seinen Pflichten genügt der Amtswalter regelmäßig aber bereits dann, wenn er die technische Anlage in festen zeitlichen Intervallen überprüft.⁸⁹ Zeichnen sich konkrete Anhaltspunkte für Fehlentscheidungen des Systems ab, hat er unabhängig von Routineprüfungen stets unverzüglich einzuschreiten. Der konkrete zeitliche Turnus der Überwachungspflichten richtet sich mithin nach „Verkehrsbedeutung und Gefährlichkeit“.⁹⁰

⁸³ Dies entspricht der allgemeinen Pflicht zum rechtmäßigen Verwaltungshandeln und dem Leitgedanken, dass diese Amtspflicht unabhängig davon greift, ob der Amtsträger selbst handelt oder sich Hilfspersonen oder -mittel bedient.

⁸⁴ „Verkehrspflichten als klassisches Instrument der Techniksteuerung“, *Zech* (Fußn. 81), A 85 f.

⁸⁵ *Jaun*, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, 2007, S. 292, 410 f., 431 ff.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 26.4.1972, NJW 1972, 1269.

⁸⁷ So auch zu § 823 BGB *Martini* (Fußn. 2), S. 281.

⁸⁸ Zu vergleichbaren Produktbeobachtungspflichten eines Herstellers im Zivilrecht *Hofmann* (Fußn. 81), S. 285; *Körber/König*, Haftungsrecht 4.0, in: Frenz (Hrsg.), Recht und Technik: Handbuch Industrie 4.0, 2019, S. 257 (261).

⁸⁹ Vgl. etwa OLG Hamm, Urteil vom 9.6.1998, NVwZ-RR 1999, 223 (224); OLG Brandenburg, Urteil vom 12.2.2002, NVwZ-RR 2002, 746 (747); OLG Hamm, Urteil vom 9.12.2005, NZV 2006, 550 (551).

⁹⁰ OLG Saarbrücken, Urteil vom 18.5.2017, NJW 2017, 2689 (2690) für eine monatliche Kontrolle einer Fahrbahnoberfläche.

bb) Amtspflicht, das „rechtmäßige“ Funktionieren technischer Einrichtungen zu gewährleisten

Statt die Pflichtwidrigkeit daran festzumachen, ob ein Amtsträger eine verhaltensbezogene IT-spezifische Amtspflicht verletzt hat, ist es auch konstruktiv vorstellbar, den Amtspflichtverstoß unmittelbar an den Entscheidungsausgang des IT-Systems anzuknüpfen. Eine solche ergebnisbezogene Amtspflicht trägt dem Einzelnen die Pflicht auf, das rechtmäßige Verwaltungshandeln technischer Einrichtungen zu gewährleisten.⁹¹ Sie ist schon dann verletzt, wenn das System einen rechtswidrigen Output hervorbringt, bspw. einen Verwaltungsakt, der nicht im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung steht.

Dieser Ansatz abstrahiert vom maschinellen Ursprung des Verwaltungshandelns: Er substituiert die Maschine gedanklich durch einen menschlichen Amtsträger⁹² und misst die schadenverursachende Verwaltungshandlung an den hergebrachten Amtspflichten (insbesondere der Pflicht zu rechtmäßigem Handeln). Dies folgt einem Grundgedanken sachgerechter Zurechnung von Verantwortungssphären: Wer seine Aufgaben nicht aus eigener Hand, sondern mithilfe automatisierter Systeme erledigt, muss sicherstellen, dass diese den Anforderungen genügen, die an den Amtswalter zu stellen sind, an dessen Stelle sie zum Einsatz kommen. Da die Haftungsansprüche bei menschlichem und maschinellm Verwaltungshandeln grundsätzlich gleichlaufen, steht der Staat, wenn er IT-Systeme einsetzt, in der Folge nicht besser, als wenn ein Amtsträger gehandelt hätte. Seiner Exekutive ist dadurch der Weg versperrt, sich durch eine Flucht in die künstliche Intelligenz von Haftungsrisiken freizuzeichnen. Auf der Grundlage dieser hypothetischen Betrachtungsweise ergibt sich ein kongruenter haftungsrechtlicher Beurteilungsmaßstab für manuelles und automatisiertes Verwaltungshandeln. Aus Sicht des Geschädigten verknüpft sich mit dieser amtshaftungsrechtlichen Verantwortung für die Verwaltungshandlungen des IT-Systems insbesondere ein wichtiger Vorzug: Er ist von der prozessualen Pflicht entbunden, die fehlerhafte Programmierung der Software auf der Ebene der Amtspflichtverletzung nachzuweisen: Die menschliche Amtspflichtverletzung ist unmittelbar aufgrund der automatisierten außenwirksamen Handlungen feststellbar.⁹³

Eine umfassende amtpflichtrechtliche Verantwortung für das rechtmäßige Funktionieren technischer Einrichtungen setzt aber voraus, dass die Schadensfolgen IT-gesteuerter Systeme ihrem

⁹¹ Das gilt auch für IT-Systeme, die Verwaltungsaufgaben erledigen, welche ein Mensch nicht bzw. nicht in dieser Art und Weise erledigen könnte. Denn entscheidend dafür, eine menschliche Amtspflichtverletzung feststellen zu können, ist lediglich, dass ein normativer Maßstab existiert, um das automatisierte Verwaltungshandeln beurteilen zu können. Diese Voraussetzung ist so lange erfüllt, wie KI-basierte Verwaltungshandlungen einem Rechtmäßigkeitsurteil zugänglich sind. Entzögen sich die Verwaltungsentscheidungen intelligenter Systeme hingegen einer menschlichen Beurteilung ihrer Gesetzeskonformität, wäre der Systemeinsatz grundsätzlich unzulässig.

⁹² Vgl. auch *Klingbeil*, JZ 2019, 718 (724). Er fordert (*de lege ferenda*) eine „hypothetische Parallelbewertung zu einem Maschinenversagen“ für eine zivilrechtliche Haftung. *Hacker*, RW 2018, 243 (261 ff.) konstruiert über eine „anthropoparallele“ Betrachtungsweise ein Verschulden intelligenter Systeme; kritisch *Hanisch*, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 27 (50 f.).

⁹³ Der Beweisnot des Geschädigten lässt sich annäherungsweise aber auch dadurch entgegenwirken, dass die Rechtsordnung der Behörde die sekundäre Beweislast auferlegt, die Einhaltung ihrer Verkehrssicherungspflichten nachzuweisen. (Dazu IV. 3. b) bb).

menschlichen Handlungsumfeld tatsächlich ausnahmslos zurechenbar sind.⁹⁴ Beim staatlichen KI-Einsatz lässt sich eine vergleichbare Zurechnungsnorm prinzipiell zwar bereits in der Ermächtigungsgrundlage erblicken, die der Behörde die Erlaubnis erteilt, intelligente Systeme einzusetzen. Nur die konkrete Pflichtverletzung des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn rechtfertigt es aber, ihm das rechtswidrige Handeln des IT-Systems zuzurechnen. Übergeht man diesen Verantwortungszusammenhang, stellt man den Systemoutput ohne normative Rückbindung mit dem Handeln eines Amtswalters faktisch gleich. Eine solche Gleichstellung führt in der Sache ohne rechtliche Grundlage ein selbständiges, von der Person des Amtswalters getrenntes Haftungssubjekt in Gestalt eines „e-Beamten“⁹⁵ ein. Diese Ablösung von dem personengebundenen Haftungskonzept des § 839 BGB sprengt die Auslegungsgrenzen des normierten Amtshaftungsregimes.⁹⁶

Im Ergebnis trifft den Amtsträger daher *de lege lata* nicht die Amtspflicht, den rechtmäßigen Output des automatisierten Verwaltungshandelns zu *garantieren*. Die Rechtmäßigkeit ist lediglich *bestmöglich* sicherzustellen. Welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um dieser Amtspflicht gerecht

⁹⁴ Aufgrund der personenbezogenen Konzeption der Amtshaftung genügt es nicht, die schadenskausale IT-gesteuerte Handlung der Behörde als überpersönlicher Organisationseinheit zuzurechnen. Es muss zumindest theoretisch denkbar sein, einen Zurechnungszusammenhang zwischen einem einzelnen Amtsträger und der IT-Operation normativ zu begründen. Nicht entscheidend ist es jedoch, den Amtsträger namentlich zu benennen, der die (Letzt-) Verantwortung für die schadensverursachende Handlung trägt; siehe m. w. N. BGH, Urteil vom 10.2.2011, NJW 2011, 2586 (2588).

⁹⁵ Im Lichte der Risiken, denen sich ein Bürger ausgesetzt sieht, wenn er Schäden erleidet, die aus Automatisierungen des Verwaltungshandelns erwachsen, hat der Ansatz eines „e-Beamten“ auf den ersten Blick Charme (dazu bspw. *Schöning*, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung der Verwaltung auf das System der öffentlichrechtlichen Ersatzleistungen, 1973, S. 173 ff.). Die Rechtsfigur konstruiert für lernfähige Systeme einen ausdifferenzierten Rechtsstatus, der es ermöglicht, KI-basierte Technologie in das System der Amtshaftung zu integrieren. Im *zivilrechtlichen Diskurs* hat der Ansatz einer e-Person hohe Wellen geschlagen; siehe dazu etwa *Zech* (Fußn. 81), A 97 f. Im *staatlichen Haftungsrecht* ist er bislang nur selten Gegenstand von Debatten. Aber auch dort wohnt der Figur des „e-Beamten“ grundsätzlich das Potenzial inne, die Schwächen des normativen Haftungskonzepts, namentlich der staatshaftungsrechtlichen Zentralnorm (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB), zu kompensieren. Diese knüpft an den Beamtenstatus (im haftungsrechtlichen Sinne) des Handelnden und dessen Verschulden als haftungsbegründende Voraussetzung an. Ein „e-Beamter“ könnte dann, wenn lernfähige IT-Systeme eine Pflichtverletzung begehen, die ihnen mit oder ohne Rückgriff auf eine Vorwerfbarkeit im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB zurechenbar ist, *de lege ferenda* dem Haftungstatbestand aus § 839 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG unterliegen. Haftungslücken kann der Gesetzgeber allerdings ohne Weiteres auch mittels einer verschuldensunabhängigen unmittelbaren Staatshaftung schließen. Ein durchschlagender Grund, um den „e-Beamten“ gesetzlich einzuführen, müsste sich daher auf andere Aspekte stützen. Auch aus der Eigenart des Beamtenstatus lässt er sich nicht herleiten – im Gegenteil: Zwar lässt sich die Funktion des Ernennungsakts, die Eignung des Beamten, seine Befähigung und fachliche Leistungsfähigkeit im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG festzustellen, – anders als die persönliche Bindung des Amtswalters an die Amtspflichten, deren Verletzung disziplinarrechtliche Folgen für ihn haben kann (*Meyer* (Fußn. 15)), S. 225 ff.) – auf technische Systeme übertragen. Die Ernennung des Beamten soll aber gerade die personelle demokratische Legitimation der Staatsgewalt, die der Amtswalter ausübt, durch eine „ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern“ absichern (BVerfG, Beschluss vom 15.2.1978, NJW 1978, 1967 [1968]; BVerfG, Beschluss vom 1.10.1987, NJW 1988, 890 [891]). Das Amt stillt das Bedürfnis nach demokratischer Fundierung der Staatsgewalt, insbesondere staatlichen Handelns mit Entscheidungscharakter (BVerfG, Urteil vom 31.10.1990, NJW 1991, 159 [160]). Ein lernendes System selbst kann nur sehr eingeschränkt anstelle des menschlichen Amtswalters Bezugspunkt der personellen demokratischen Legitimation sein. Der Status eines „e-Beamten“ für lernfähige Verwaltungssysteme ist mithin weder aus haftungsrechtlicher Sicht notwendig noch erweist er sich als gut geeignet, um ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau zu erzeugen. Er generiert keinen Mehrwert, der sich nicht auch auf andere Weise erzielen ließe.

⁹⁶ *Klingbeil* (Fußn. 92), S. 724 f.; *Papier/Shirvani* (Fußn. 26), Art. 34 Rdnr. 114.

zu werden, bestimmen die konkreten Sorgfaltspflichten, die für den Einsatz informationstechnischer Systeme gelten.

Um eine vollständige staatliche Verantwortlichkeit für den Systemoutput im Staatshaftungsrecht herzustellen, empfiehlt sich aber *de lege ferenda* eine Zurechnungsnorm, die jedes Verhalten des automatisierten Systems dem verantwortlichen Beamten zuschreibt. Sie stellt das Versagen eines technischen Systems einer Hilfsperson gleich, derer sich die Behörde bedient, und rechnet das automatisierte Verwaltungshandeln der Behörde unmittelbar zu. Einen ähnlichen Regelungsansatz wählte auch das Staatshaftungsgesetz aus dem Jahre 1981. § 1 Abs. 2 ließ „das Versagen einer technischen Einrichtung [...] als Pflichtverletzung [gelten], wenn der Träger anstatt durch Personen durch diese Einrichtung vollziehende Gewalt selbständig ausüben würde und das Versagen einer Pflichtverletzung dieser Personen entsprechen würde“.⁹⁷ Bei einem rechtswidrigen Systemoutput hat sich der Amtswalter dann nicht amtspflichtgemäß verhalten, selbst wenn ausnahmsweise nur das System technisch versagte. Zwar erwächst daraus eine weitestmögliche Verantwortung dafür, dass technische Systeme rechtmäßig funktionieren. Als Korrektiv wirkt jedoch das Verschuldenserfordernis: Soweit *in concreto* kein Amtsträger die erforderlichen IT-spezifischen Sorgfaltsanforderungen verletzt hat, scheidet eine Amtshaftung mangels Verschuldensvorwurfs.⁹⁸

b) Entscheidungsunterstützende Systeme

Nicht alle IT-gesteuerten Systeme der Verwaltung treten in unmittelbarem Kontakt zum Bürger, um hoheitliche Aufgaben zu erfüllen. Vielmehr setzt die Verwaltung IT-Lösungen bisher typischerweise lediglich verwaltungsintern ein, um ihre Entscheidungsfindung vorzubereiten und zu unterstützen, z. B. durch Risikomanagementsysteme, intelligente Videoüberwachung, Predictive Policing oder juristische Expertensysteme. Die Konsequenzen ihres Einsatzes schlagen zwar nicht direkt auf den Einzelnen durch, sondern erst vermittelt durch die Entscheidung eines Amtsträgers. Aber auch hier gilt: Die algorithmenbasierte Datenanalyse bestimmt das staatliche Handeln (zumindest teilweise) mit.

Zwei Wege sind in diesen Fällen denkbar, um eine amtshaftungsrechtliche Verantwortung für entscheidungsunterstützende Systeme dogmatisch zu konstruieren: Die Amtshaftung kann entweder an das Verhalten des Amtsträgers anknüpfen, der Anweisungen des IT-Systems in außenwirksames Verwaltungshandeln transponiert („Sachbearbeiter“-Konzept), oder die haftungsrelevanten Handlungsbeiträge lassen sich demjenigen Amtsträger zuschreiben, der die

⁹⁷ Dazu *Papier*, NJW 1981, 2321 f. Das BVerfG erklärte das Gesetz im Ganzen allerdings wegen formeller Verfassungswidrigkeit für nichtig (BVerfG, Beschluss vom 29.9.1982, NJW 1983, 32). Im Gegensatz zum Staatshaftungsgesetz müsste eine Zurechnungsnorm, die am Amtshaftungsprinzip festhält, jedoch nicht den Hoheitsträger, sondern die beteiligten Amtsträger als Zurechnungssubjekt adressieren.

⁹⁸ BGH, Urteil vom 14.6.1971, NJW 1971, 2220 (2221); Urteil vom 24.4.1972, NJW 1972, 1268 (1269). In der Vergangenheit war das lediglich denkbar, wenn die *Hardware* einer technischen Einrichtung aufgrund externer Einflüsse versagte, die die Amtsträger nicht antizipieren und daher nicht verhindern konnten.

Konzeption, Implementierung und Wartung des Systems verantwortet („IT-Verantwortlicher“-Konzept).⁹⁹

aa) Entscheidungsfreiheit des im Außenverhältnis handelnden Beamten

Entschließt sich eine Behörde dazu, verwaltungsinterne Softwaresysteme als Entscheidungshilfe einzusetzen, impliziert das bereits, dass diese den Amtsträger ein Stück weit anleiten sollen. Dürften Sachbearbeiter nicht auf die Ergebnisse informationstechnischer Kalkulationen vertrauen, widerspräche das der Rationalität ihrer Einbindung – soll das IT-System doch gerade eine Steuerungsfunktion gegenüber Amtsträgern übernehmen. Dem entspricht auch das Entscheidungsverhalten, welches Softwareanwender empirisch typischerweise an den Tag legen: Sie folgen den Entscheidungsvorschlägen eines IT-Systems häufig selbst dann, wenn ihre Intuition und der eigene Sachverstand deren Richtigkeit infrage stellen, und erliegen damit einem psychologischen Bindungseffekt, der mitunter Fehler produziert (sog. Automation Bias¹⁰⁰).

(1) Verantwortungssphäre der Systementwickler

Ist es im Grundsatz sinnvoll und zulässig, dass informationstechnische Instrumente das menschliche Verwaltungshandeln unterstützen, so muss sich diese Funktionsteilung auch in einer sachgerechten Verteilung der haftungsrechtlichen Verantwortungssphären zwischen Sachbearbeiter und IT-Verantwortlichen spiegeln.¹⁰¹

Für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche beim verwaltungsinternen Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsträger hat die Rechtsprechung in anderen Konstellationen bereits analogiefähige Grundsätze entwickelt. Sie geht davon aus, dass nicht nur rechtlich verbindliche Entscheidungen,¹⁰² sondern auch informatorische Aussagen anderer Behörden, die auf überlegenem Entscheidungswissen fußen,¹⁰³ mit einer haftungsrechtlichen Verantwortungsverlagerung einhergehen: Die Verantwortung wandert von der Stelle, die gegenüber dem Bürger

⁹⁹ Die Wahl zwischen beiden Konzepten ist nicht bloß akademischer Natur; schließlich bestimmen sich die verletzte Amtspflicht sowie die Sorgfaltsanforderungen nach der haftungsrelevanten Handlung. Außerdem entscheidet die Verantwortungszuweisung darüber, welchen Träger die Schadensersatzpflicht trifft, wenn verschiedene Hoheitsträger zusammenwirken; siehe dazu unten, IV. 2. b).

¹⁰⁰ Dazu etwa *Dijkstra*, International Review of Law, Computers & Technology 15 (2001), 119 (122 f.); *Martini/Nink*, Strafjustiz ex machina?, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Automatisch erlaubt?, 2020, S. 41 (50).

¹⁰¹ Sind unterschiedliche Körperschaften verantwortlich, können sie gesamtschuldnerisch haften. Diese Konstellation erfasst jedoch *nicht* solche Fälle, in denen ein IT-System innerhalb einer Behörde eingesetzt wird, bei dem die Einsatzentscheidung über das System und die tatsächliche Umsetzung im Verwaltungshandeln nach außen unterschiedlichen Beamten obliegt; vergleichbar mit den Fällen der Amtshilfe kommt dann ein Amtshaftungsanspruch gegen die mitwirkende Behörde in Betracht; dazu *Dörr*, in: Gsell/Krüger/Lorenz et al. (Hrsg.), BeckOGK ZivR, Stand: 1.10.2020, § 839 BGB Rdnr. 601.

¹⁰² Vgl. die st. Rspr. zur Versagung des (bindenden) gemeindlichen Einvernehmens im Baugenehmigungsverfahren BGH, Urteil vom 29.9.1975, NJW 1976, 184 f.; Urteil vom 21.5.1992, NJW 1992, 2691 f.; Urteil vom 1.7.1993, NJW 1993, 3065; zu Konstellationen, in denen eine Ersetzungsbefugnis gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB besteht, siehe BGH, Urteil vom 16.9.2010, NVwZ 2011, 249 ff. Zur Problematik in unterschiedlichen Bundesländern *Desens*, DÖV 2009, 197 ff.

¹⁰³ Vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1998, NJW 1998, 2738 (2741); Urteil vom 1.2.2001, NVwZ 2001, 1074 (1075).

rechtsverbindlich entscheidet, zu jener, die im Innenverhältnis die entscheidungserheblichen Informationen bereitstellt.¹⁰⁴ Ebenso wie dort ist es auch hier sachgerecht, die Verantwortung grundsätzlich demjenigen Amtsträger zuzuweisen, der das System implementiert und für die Verwendung in administrativen Prozessen freigegeben hat, selbst wenn der Systemoutput für einen Sachbearbeiter nicht letztverbindlich ist.¹⁰⁵

(2) Verantwortungssphäre des handelnden Amtswalters

So sehr der handelnde Amtsträger grundsätzlich auf die Funktionsfähigkeit der geprüften und zum Einsatz freigegebenen Systeme vertrauen darf: Eine *Carte blanche* gewährt deren Nutzung nicht. Denn das Gesetz trägt dem Beamten die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit *seiner* dienstlichen Handlungen auf (§ 63 Abs. 1 BBG, § 36 Abs. 1 BeamStG). Zu seinen Pflichten gehört nicht nur, das System korrekt zu bedienen, d. h. namentlich die Sachverhaltsinformationen zu ermitteln und fehlerfrei einzugeben. Zumindest im Rahmen einer Plausibilitäts- und Evidenzkontrolle¹⁰⁶ ist dem Amtsträger auch aufgegeben, den Einzelfall auf Besonderheiten hin zu durchleuchten, die es gebieten, von dem Entscheidungsvorschlag des IT-Systems abzuweichen. Weist der Sachverhalt eine Atypik auf, die Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses nahelegen, besteht daher für eine Amtshaftung des Sachbearbeiters Raum. Seine Überprüfungspflicht korrespondiert im Ansatz mit der Wertung, die § 24 Abs. 1 Satz 3 VwVfG für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren zum Ausdruck bringt: Ist das IT-System nicht in der Lage, sämtliche relevanten Gesichtspunkte in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen, verlagert sich die Entscheidungskompetenz auf den menschlichen Amtsträger zurück. Belässt das System dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit und vertraut dieser gleichwohl wegen der vermeintlich objektiven und unvoreingenommenen Rechenformeln ungeprüft der algorithmischen Bewertung, erwächst aus dem menschlichen Fehlverhalten mithin eine Verantwortlichkeit.

Trifft den ausführenden Amtswalter aber keinen Vorwurf menschlichen Fehlverhaltens, knüpft die Haftung an die Handlung desjenigen Amtsträgers an, der an der Konzeption, Implementierung und Wartung des Systems mitwirkt.

bb) Bindende Systemvorgaben in teilautomatisierten Verfahren

Soweit das Ergebnis eines algorithmenbasierten Entscheidungsprozesses für den Amtsträger im Einzelfall (kraft Gesetzes, Verwaltungsvorschrift oder der Anordnung eines Vorgesetzten)

¹⁰⁴ Entscheidend ist, wer dem Amtsträger die konkrete fehlerhaft erfüllte Aufgabe anvertraut hat; BGH, Urteil vom 12.1.2017, NVwZ-RR 2017, 378 (379). Kraft des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann eine Behörde auch dann haften, wenn eine andere Behörde die Pflichtverletzung begangen hat, soweit beide eine Funktionseinheit bilden; BSG, Urteil vom 17.12.1980, BeckRS 2011, 77261; Urteil vom 27.12.1992, BeckRS 1992, 30406079.

¹⁰⁵ Weicht der Amtsträger im Rahmen seines Entscheidungsspielraums von dem Vorschlag des Systems ab, besteht hingegen kein Grund, die Haftungsverantwortung verwaltungsintern zu verlagern.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (36).

verbindlich ist,¹⁰⁷ erlangt der verwaltungsinterne Output informationstechnischer Systeme die Qualität einer dienstlichen Weisung.¹⁰⁸ Eine Amtspflichtverletzung des ausführenden Beamten scheidet dann in der Regel aus. Denn der Amtsträger ist in diesem Fall inhaltlich gebunden (selbst wenn das Ergebnis seines Handelns rechtswidrig ist und er somit eigentlich gegen die Amtspflicht zum rechtmäßigen Verwaltungshandeln verstößt) – § 62 Abs. 1 Satz 2 BBG bzw. § 35 Abs. 1 Satz 2 BeamStG.¹⁰⁹ Ein Amtshaftungsanspruch muss dann an den handelnden Hintermann anknüpfen. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Beamte seine Remonstrationspflicht aus § 63 Abs. 2 Satz 1 BBG, § 36 Abs. 2 Satz 1 BeamStG¹¹⁰ missachtet. Denn diese ist nicht drittschützender Natur.¹¹¹

c) Zwischenfazit

Der digitale Verwaltungsapparat stellt das Recht der Amtshaftung vor die Herausforderung, eine Amtspflichtverletzung zuverlässig zu identifizieren, obgleich nunmehr IT-Systeme jene Verwaltungshandlungen ausführen, die vormals Anknüpfungspunkt der Amtspflichtverletzung waren. Taugliche Haftungssubjekte – also Beamte im haftungsrechtlichen Sinne – lassen sich nur im menschlichen Handlungsumfeld des IT-Systems ausfindig machen.

Die Amtsträger stehen aber auch in diesem System auf zwei Stufen in der Verantwortung: bei der Entscheidung *über den* Einsatz und bei der Kontrolle *des* Einsatzes. Bezogen auf Einsatzgebiet und Grundrechtsrelevanz sowie Unsicherheiten des Systemoutputs kann sich die Einschaltung eines Systems bereits per se verbieten. Unterlässt die Behörde hinreichende Ermittlungen oder bewertet sie die vorhandenen Erkenntnisse falsch, liegt darin eine Amtspflichtverletzung.

Ein operierendes IT-System (insbesondere auf Ausreißerfehler des Systems) zu überwachen, ist eine Dauerpflicht und entspricht strukturell einer Verkehrssicherungspflicht. Der zuständige Amtswalter hat zwar auch stets einen rechtmäßigen Output sicherzustellen. Nicht jeder Fehler des Systems ist ihm jedoch als Amtspflichtverletzung zurechenbar. Bestehende Haftungslücken für Ausreißerfehler eines Systems sollte der Gesetzgeber daher *de lege ferenda* durch eine Zurechnungsnorm für das Versagen einer technischen Einrichtung schließen. Kommen *entscheidungsunterstützende* Systeme

¹⁰⁷ Hintergrund dieser Konstellation kann bspw. sein, dass das IT-System ausschließlich spezifische Teilfragen eines Verfahrens beantworten kann, eine Vollautomatisierung allerdings aus technischen bzw. rechtlichen (vgl. § 35a VwVfG) Gründen ausscheidet.

¹⁰⁸ Hinsichtlich der Bestandteile des Entscheidungsprozesses, die dem automatisierten Entscheidungsvorschlag vorgegeben sind, haftet die Behörde hingegen abhängig vom Handeln und Verschulden des Sachbearbeiters.

¹⁰⁹ St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 21.5.1959, NJW 1959, 1629 f.; Urteil vom 7.2.1985, NVwZ 1985, 682 f.; Beschluss vom 11.12.2008, NVwZ-RR 2009, 363 f.; Urteil vom 16.4.2015, NVwZ 2015, 1309 ff.; a. A. *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 10.

¹¹⁰ Den handelnden Amtsträger trifft die Pflicht, Zweifeln, die sich ihm im Einzelfall einstellen, Raum zu geben, diesen nachzugehen und sie gegenüber dem Vorgesetzten zum Ausdruck zu bringen.

¹¹¹ Die Remonstrationspflicht betrifft allein dienstrechtliche Verantwortlichkeiten im Innenverhältnis der Behörde: BGH, Urteil vom 15.8.2019, NVwZ 2020, 90 (92, Rdnr. 37 ff.); ebenso zuvor OLG Köln, Urteil vom 11.12.2014, BeckRS 2015, 5658; a. A. OLG Koblenz, Urteil vom 7.1.2016, NJW-RR 2016, 728 (729); OLG Bremen, Urteil vom 23.1.2019, BeckRS 2019, 2028 (Rdnr. 54).

zum Einsatz, trifft denjenigen Amtsträger, der die Vorschläge des Systems in verwaltungsexternen Output transformiert, die Pflicht, den Entscheidungsvorschlag des Systems zu prüfen.

2. Drittgerichtetheit

a) Grundsatz

Einen Amtshaftungsanspruch gewährt die Rechtsordnung nur demjenigen, dessen Interessen die verletzte Amtspflicht (zumindest auch) zu schützen sucht.¹¹² Maßgeblich dafür ist der Schutzzweck, dem die Amtspflicht nach der Natur des Amtsgeschäfts sowie den Bestimmungen, die sie begründen und umreißen, dienen soll. Zwischen dem Geschädigten und der verletzten Amtspflicht muss also eine besondere Schutzbeziehung bestehen.¹¹³ Diese wurzelt in den subjektiven öffentlichen Rechten des Entscheidungsadressaten, die der Amtsträger bei der Ausübung seines Amts berücksichtigen muss.

In dem Zeitpunkt, in dem eine *vollautomatisierte Entscheidung* eines Systems in den Rechtskreis des Bürgers eingreift, wirkt an ihr kein Amtsträger mehr mit. Die Würdigung der Interessen des Betroffenen findet daher nicht konkret-individuell, sondern lediglich abstrakt-generell bereits bei der Planung, Programmierung und Implementierung des IT-Systems statt. Die Amtsführung steht mithin nur vermittelt durch das IT-System in Beziehung zu den subjektiven öffentlichen Rechten der Entscheidungsadressaten.

Diese Mittelbarkeit nährt Zweifel an der drittschützenden Wirkung IT-bezogener Amtspflichten – nicht zuletzt mit Blick darauf, dass die programmierten Vorgaben, denen algorithmenbasierte Entscheidungssysteme folgen, eine strukturelle Rechtsähnlichkeit zu Verwaltungsvorschriften als abstrakt-generellen, verwaltungsinternen Handlungsanweisungen aufweisen.¹¹⁴ Verwaltungsvorschriften sind nicht generell drittbezogen, sondern nur, wenn ihr Inhalt ausnahmsweise einen *individualisierbaren* Personenkreis adressiert und nicht lediglich „Interessen der Gesamtheit“ berührt.¹¹⁵ Einen solchen klaren Einzelfallbezug weist ein (Programm-)Code nicht auf. Denn der Personenkreis, den der Einsatz einer Verwaltungssoftware betrifft, ist zum Zeitpunkt der Programmierung nicht konkretisiert. Daran gemessen wären IT-Amtspflichten grundsätzlich nicht drittgerichtet.

¹¹² Ossenbühl/Cornils (Fußn. 13), S. 61; Papier/Shirvani (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 244; Vinke, in: Soergel/Siebert (Hrsg.), BGB, 13. Aufl., 2005, § 839 Rdnr. 127.

¹¹³ BGH, Urteil vom 26.1.1989, BGHZ 106, 323 (331); Urteil vom 20.1.2005, NJW 2005, 742 f.

¹¹⁴ Martini/Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (10); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 35a Rdnr. 19; ausführlich Guckelberger (Fußn. 17), Rdnr. 469 ff., die im Ergebnis Algorithmen als *aliud* bzw. als „digitalisierte Verwaltungsregeln“ klassifizieren möchte.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 28.6.1971, NJW 1971, 1699 ff.; Urteil vom 12.12.1974, NJW 1975, 491 (492); Urteil vom 16.4.2015, NVwZ 2015, 1309 (1311). Die Auffassung des BGH entspringt der ablehnenden Haltung der Rechtsprechung gegenüber einer Amtshaftung für legislatives Unrecht; kritisch Leisner-Egensperger, DÖV 2004, 65 ff.

Bei aller Sachverwandtschaft unterscheiden sich Entscheidungssoftware und Verwaltungsvorschrift hinsichtlich ihrer Zielrichtung und Adressaten jedoch grundlegend: *Verwaltungsvorschriften* sollen die Verwaltungspraxis vereinheitlichen, indem sie das Verhalten des zuständigen Sachbearbeiters gemeinwohlorientiert ohne Bezug zu Einzelpersonen verwaltungsintern steuern (Vereinheitlichungsfunktion). Die Amtsträger, die Verwaltungsvorschriften erlassen, nehmen daher – wie im Falle der legislativen Rechtssetzung – keine Individualinteressen, sondern Interessen der Allgemeinheit wahr.¹¹⁶ Im Gegensatz dazu operiert das *algorithmenbasierte Entscheidungssystem* durchaus zumindest auch einzelfallbezogen (obgleich ein Programmcode aus sich heraus keinen Einzelfallbezug aufweist).¹¹⁷ In vollautomatisierten Verwaltungsverfahren zeigt sich das besonders deutlich: Hier fehlt gerade der Intermediär zwischen der generellen *Steuerungsebene*, die den (normkonkretisierenden) Inhalt des algorithmenbasierten Entscheidungssystems vorgibt, und der individuellen *Entscheidungsebene* im Kontakt mit dem Adressaten der Entscheidung. Das vollautomatisierte System steuert den Output also bis in den Einzelfall hinein, indem es durchentscheidet. Der Entschluss, das System einzusetzen, setzt dadurch nicht nur die rechtliche Grundlage des IT-Systems fest. Er trifft darüber hinaus die Abwägungsentscheidung, ob das Risiko von Grundrechtsverletzungen infolge möglicher Systemfehler tragbar ist. Die Auswirkungen der Automatisierung auf die subjektiven öffentlichen Rechte des Einzelnen sind bereits bei der vorgelagerten Einsatzentscheidung sowie bei der Erfüllung der Überwachungspflichten determiniert. Der richtlinienähnliche Charakter der menschlichen Handlungen, die den IT-Einsatz vorbereiten (und begleiten), rückt dadurch in den Hintergrund.

Die Amtspflicht, über den Einsatz eines IT-Systems in rechtmäßiger Weise unter Beachtung aller betroffenen Interessen zu entscheiden, sowie die sich an den Betrieb des IT-Systems anschließenden IT-Überwachungspflichten sind daher als drittgerichtet zu erachten, wenn der Entscheidungoutput des IT-Systems subjektive öffentliche Rechte Einzelner betrifft.¹¹⁸

Adressiert der Entscheidungoutput des IT-Systems eine Einzelperson oder einen individualisierten Personenkreis, erlässt das operierende System insbesondere einen rechtswidrigen Verwaltungsakt, ist die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht mithin stets drittbezogen.¹¹⁹ Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um deterministische oder lernende Systeme handelt, da die Amtspflichten in beiden Konstellationen an den zuständigen menschlichen Amtswalter anknüpfen, der den Entscheidungoutput zu verantworten hat.

¹¹⁶ Zusammenfassend *Leisner-Egensperger* (Fußn. 115), S. 67.

¹¹⁷ Vgl. *Tönsmeier-Uzuner*, Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung, 2000, S. 71.

¹¹⁸ Es entscheidet also die *konkrete Situation*, in der das IT-gesteuerte System agiert, ob der Geschädigte geschützter Dritter im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB ist. Diejenigen, die für die Entscheidung über den Systemeinsatz verantwortlich zeichnen, sind parallel zum Anweisenden ebenfalls drittgerichteten Amtspflichten unterworfen; zur Amtshaftung bei einer Einzelweisung vgl. BGH, Urteil vom 7.2.1985, NVwZ 1985, 682 (683); Urteil vom 15.8.2019, NVwZ 2020, 90 (91, Rdnr. 23).

¹¹⁹ Das entspricht – ähnlich wie bei der Amtspflichtverletzung – dem Grundsatz, dass die Behörde durch den Einsatz von vollautomatisierten künstlichen Systemen nicht besser stehen darf, als sie bei analogem Handeln stünde. Vgl. auch BGH, Urteil vom 10.3.1994, BGHZ 125, 258 (268).

b) Verwaltungsvernetzung als Haftungshindernis?

aa) Drittgerichtete Amtspflichten bei verwaltungsinternen Mitwirkungsbeiträgen

Die Digitalisierung lässt innerhalb der Verwaltung arbeitsteilige und vernetzte¹²⁰ Organisationsstrukturen entstehen, die den Entscheidungsfindungsprozess steuern.¹²¹ Sie rufen die Frage auf den Plan, ob die Amtspflichten einer Behörde, die verwaltungsintern agiert, Drittschutz gegenüber einem Bürger auch dann entfalten können, wenn die Behörde selbst zu keinem Zeitpunkt außenwirksam auftritt. Dafür ist das Maß entscheidend, in dem eine mitwirkende auf die nach außen handelnde Behörde einwirkt.¹²² Haftungsrechtlich sind die Verantwortungssphären der zusammenwirkenden Behörden folglich anhand des Kooperationsarrangements im Einzelfall abzugrenzen.¹²³

Eine im *Verwaltungsinnenverhältnis* verletzte Amtspflicht ist jedenfalls dann drittgerichtet, wenn der (verwaltungsinterne) Arbeitsbeitrag einer Behörde für die im *Außenverhältnis* agierende Behörde „normativ bindend“ war.¹²⁴ Gegen eine übergeordnete Behörde, die ein IT-System zentral entwickelt, zu dessen Nutzung andere Behörden *verpflichtet* sind, kann dem Bürger demzufolge ein Amtshaftungsanspruch zustehen.¹²⁵ Die Behörde, die nach außen hoheitlich auftritt, ist dann von der Haftung befreit.

Formal unverbindliche Arbeitsbeiträge, wie eine Anregung oder ein Rat, *können* haftungsrechtliche Verantwortung zeitigen, wenn die intern mitwirkende Behörde, auch im Einzelfall, über *überlegenes themenspezifisches Fachwissen* verfügt.¹²⁶ Die mitwirkende Behörde trifft dann die Amtspflicht, die zuständige handelnde¹²⁷ Behörde über den gesamten Sachverhalt und alle weiteren ihr bekannten und für die Entscheidung erheblichen Umstände vollständig sowie sachgemäß zu unterrichten.

Indem sich eine Behörde intern daran beteiligt, ein IT-System zu entwickeln, das hoheitliche Befugnisse einer anderen Behörde unmittelbar im Außenverhältnis wahrnimmt oder die

¹²⁰ Zu den Herausforderungen eines Haftungsgeflechts beim Zusammenwirken eines autonomen Systems mit seinem Umfeld, Dritten und anderen Systemen, z. B. im Internet of Things, im Deliktsrecht Thöne (Fußn. 70), S. 164 ff.

¹²¹ Dazu Britz, § 26 - Elektronische Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012 Rdnr. 68 ff.; Eifert, Electronic Government, 2006, S. 169 ff.; Schliesky, Legitimation und Verantwortung im komplexen, arbeitsteiligen Staat - eine Einführung, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009, S. 11 (17 ff.).

¹²² So hat es die Rechtsprechung in ihrer Amtshaftungsdogmatik für vernetztes Verwaltungshandeln entwickelt; vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2015, NVwZ 2015, 1309 (1311) zu einer rechtswidrigen Weisung. Zur Anwendung der Grundsätze des vernetzten Verwaltungshandelns auf die Verwaltungsorganisation im E-Government bereits ausführlich Stelkens (Fußn. 18), S. 214 ff.; allgemein Schneider, Verantwortungszurechnung bei vernetzten Verwaltungsverfahren nach deutschem und europäischem Recht, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009, S. 89 (93 ff.).

¹²³ Das Fehlverhalten der zu einem anderen Hoheitsträger zugehörigen Amtsträger dem Verwaltungsträger der im Außenverhältnis zuständigen Behörde zuzurechnen, scheidet *de lege lata* aus, Desens (Fußn. 102), S. 197 f.

¹²⁴ Vgl. auch die Nachweise in Fußn. 102.

¹²⁵ Ebenso Stelkens (Fußn. 18), S. 215. Dies entspricht der Situation des Beamten, der eine bindende Weisung befolgt, dazu bereits oben IV. 1. b) bb).

¹²⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1998, NJW 1998, 2738 (2739); Urteil vom 1.2.2001, NVwZ 2001, 1074 (1075).

¹²⁷ BGH, Urteil vom 29.9.1975, BGHZ 65, 182 (187 f.).

außenwirksamen Handlungen menschlicher Amtsträger anweist bzw. lenkt, überschreitet sie – gleichsam automatisch – die Grenzen des innerbehördlichen Raums. Sie muss daher gewährleisten, dass das IT-System keine Verwaltungshandlung vornimmt, die – hätte ein menschlicher Amtsträger sie getätigt – drittbezogene Amtspflichten verletzt.¹²⁸ Dadurch stellt sich ein Gleichlauf zwischen der verwaltungsinternen Aufgabenverantwortung und deren haftungsrechtlichem Korrelat nicht bloß im Einzelfall, sondern durchgängig ein.

bb) Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Die Verwaltungsvernetzung erschwert die gerichtliche Durchsetzung des Amtshaftungsanspruchs. Denn die Rechtsordnung trägt dem Geschädigten auf, die Schadensverursachung im Aufgaben- und Verantwortungsbereich eines konkreten Hoheitsträgers zu lokalisieren, um die passivlegitimierte Körperschaft zu bestimmen.¹²⁹ Auf die erhöhte Binnenkomplexität der Verwaltung, die mit der Implementierung neuer IT-Systeme einhergehen kann, sollte der Gesetzgeber mit eindeutigen Haftungszuweisungen reagieren. Dazu kann er die Haftungsverantwortung entweder ausschließlich der extern agierenden Behörde zuweisen oder sämtliche beteiligte Hoheitsträger verursachungsunabhängig und im vollen Umfang im Außenverhältnis für haftbar erklären.¹³⁰ Entsprechende Regelungen erhöhen nicht nur die Rechtssicherheit. Sie tragen auch dazu bei, ein Stück weit die verfassungsrechtlich relevanten Friktionen aufzulösen, die zwischen der Verwaltungsvernetzung und dem Gebot klarer Verantwortungs- und Zurechnungszusammenhänge¹³¹ bestehen.

3. Verschulden

§ 839 BGB kennt keine objektive Pflichtwidrigkeitshaftung. Der Gesetzgeber knüpft eine Ausgleichspflicht für Verletzungen drittgerichteter Amtspflichten vielmehr an vorwerfbares, also schuldhaftes Verhalten.¹³² Wie auf der Ebene der Amtspflichtverletzung ist insoweit nicht das

¹²⁸ Siehe IV. 2. a).

¹²⁹ Zwar ist der Geschädigte grundsätzlich von der Pflicht entbunden, einen einzelnen Amtsträger zu individualisieren (insbesondere namentlich zu benennen). Ausreichend ist insofern der Nachweis, dass der gesamte Haftungstatbestand in der Person irgendeines Amtsträgers verwirklicht ist; siehe etwa *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 79. Diese Kriterien der Rechtsprechung helfen dem Geschädigten aber dann nicht weiter, wenn ihm unklar ist, welchem Verwaltungsträger der amtspflichtwidrig handelnde Beamte angehört oder welcher Hoheitsträger nach der Kompetenzordnung für den Schaden verantwortlich zeichnet. Eine wechselseitige Zurechnung zwischen Hoheitsträgern nach dem Rechtsgedanken des § 278 BGB scheidet in der Regel mangels öffentlich-rechtlicher Sonderverbindung zwischen dem Geschädigten und der Behörde aus, siehe BGH, Urteil vom 1.2.2001, NVwZ 2001, 1074 (1075); vgl. auch *Stelkens* (Fußn. 18), S. 216, 219 ff.

¹³⁰ Ausführlich *Eifert* (Fußn. 121), S. 257 f.; *Schneider* (Fußn. 122), S. 100 ff., der aber zudem einen gangbaren rechtsdogmatischen Weg darin sieht, der extern agierenden Behörde eine Prüfpflicht hinsichtlich der Verfahrensbeiträge der Fachbehörde zuzuweisen, die eine Haftung als Gesamtschuldner bewirkt; *Stelkens* (Fußn. 18), S. 221 f.

¹³¹ *Berger*, DVBl. 2017, 804 (806); *Schliesky* (Fußn. 121), S. 21 ff.

¹³² Auch die objektive Rechtswidrigkeit einer Maßnahme allein begründet noch keine Vermutung schuldhaften Verhaltens.

maschinelle Handeln maßgeblich, sondern die jeweilige menschliche vorsätzliche oder fahrlässige Amtshandlung.

a) Materielle Anforderungen an das Verschulden

Ob ein Beamter schuldhaft gehandelt hat, bestimmt sich unabhängig von seinen persönlichen Fähigkeiten nach dem Maßstab des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten – und damit danach, ob er als Amtsträger seiner Verantwortung für den Einsatz des Systems als Teil seines außenwirksamen Handelns hinreichend gerecht geworden ist.¹³³

aa) Sorgfaltsanforderungen an die Zulassungs- bzw. Einsatzentscheidung

Die zeitlich erste administrative Handlung, an die der Verschuldensvorwurf anknüpfen kann, ist die Entscheidung, *ob* ein IT-System in der Verwaltung Einsatz finden soll. Soll diese rechtmäßig sein, muss das System dem aktuellen Stand der Technik entsprechen und die ihm übertragenen Aufgaben realiter gesetzeskonform erfüllen. Hinzu treten organisatorische Sorgfaltsanforderungen, die sicherzustellen sind, bevor das System operiert, bspw. die ausreichende Schulung des Verwaltungspersonals im Umgang mit der Hard- oder Software.¹³⁴

Die Systemtauglichkeit ist im Vorfeld durch umfangreiche Testläufe bestmöglich sicherzustellen.¹³⁵ Auch das Einsatzumfeld des Systems muss überprüft werden. Insbesondere sind Sicherheitsmaßnahmen gegen Angriffe von außen, z. B. Cyberattacken, zu implementieren.¹³⁶

Innovative, aber unausgereifte und noch nicht ausreichend erprobte Technologien, die einen hohen Schaden verursachen können, dürfen die Behörden nicht in ihr digitales Handlungsrepertoire integrieren.¹³⁷ In besonders grundrechtssensiblen Bereichen, in denen bspw. die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit betroffen sind, kann sich ein Systemeinsatz *per se* verbieten.

Letzte Gewissheit über die Fehlerfreiheit lässt sich *ex ante* nicht erzielen.¹³⁸ Diese Unsicherheit potenziert sich bei lernfähigen Systemen, die sich in einem partiell opaken, fortwährenden Veränderungsprozess befinden. Nicht jeder Schadenseintritt und jede spätere neue Erkenntnis rechtfertigen es jedoch, ein System *ex post* als unzulässig einzustufen.¹³⁹ Vielmehr hat die Behörde

¹³³ BGH, Urteil vom 14.6.1984, NVwZ 1986, 504 (505).

¹³⁴ Dazu etwa *Stelkens* (Fußn. 18), S. 213.

¹³⁵ Siehe dazu *Guckelberger* (Fußn. 17), Rdnr. 584 ff.

¹³⁶ Vgl. zur wachsenden Problematik von Cyberangriffen auf Störfallanlagen *Müggenborg*, Cyberangriffe auf Störfallanlagen, in: Frenz (Hrsg.), *Recht und Technik: Handbuch Industrie 4.0*, 2019, S. 87 ff.

¹³⁷ Zur Wahl der Methode BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018, NVwZ 2019, 52 (53, Rdnr. 17 ff.).

¹³⁸ Vgl. auch *Guckelberger* (Fußn. 17), Rdnr. 623, 626; *Stelkens*, Kontrolle (Selbstkontrolle, Aufsicht, Rechtsschutz) technikunterstützter hoheitlicher Entscheidungen, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), *Herausforderung e-Government*, 2009, S. 149, 160; *Tönsmeier-Uzuner* (Fußn. 117), S. 221.

¹³⁹ Bspw. kann während der Testphase eines Systems eine (marginale) Fehlerquote auftreten, welche die Behörde aufgrund des erwarteten großen Nutzens hinzunehmen bereit ist; vgl. auch *Coglianesi/Lehr*, *The Georgetown Law*

im Rahmen einer Risikogesamtbetrachtung¹⁴⁰ stets die Schadensrisiken¹⁴¹ als Teil einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gegen die Vorteile des IT-Einsatzes (z. B. Effizienzsteigerung durch Automatisierung) abzuwägen.

De lege ferenda ist die Rechtsordnung aufgerufen, sowohl abstrakte Leitlinien als auch konkrete Verfahrensvorgaben für die Prüfung zu schaffen, ob sich ein technisches System für den Einsatz in der Verwaltung eignet. Der Gesetzgeber sollte darüber hinaus präzisierende rechtliche Vorgaben etablieren, die den Abwägungsprozess der Behörde leiten.

bb) **Sorgfaltsmaßstab bei operierenden Systemen: rechtskonforme und dem Stand der Technik angemessene Systementwicklung**

Ebenso wie ein Beamter sich in seinem Handeln auf dem aktuellen Stand der Literatur und Rechtsprechung bewegen muss, sind auch algorithmenbasierte (Experten- bzw.) Entscheidungssysteme fortlaufend an legislative und judikative Rechtsentwicklungen anzupassen. Es genügt mithin nicht, wenn die Software zum Zeitpunkt ihrer Erstimplementierung mit dem Gesetz übereinstimmt. Die Verwaltung muss vielmehr durch ein geeignetes Prozessmanagement regelmäßige „rechtliche Updates“ sicherstellen, um so die algorithmenbasierten Entscheidungssysteme mit der legislativen und judikativen Rechtsentwicklung zu synchronisieren.¹⁴² Neben der Überwachung des Systemoutputs,¹⁴³ z. B. durch fortwährende (stichprobenartige) Kontrollen¹⁴⁴ (insbesondere Prüfung der Trainings- und Kontrolldaten), Informationssysteme zu Fehlfunktionen oder Risikomanagementsysteme sowie einer sorgfältigen Auswahl der einzelnen Systembestandteile (etwa der Qualität und Aktualität der verarbeiteten Daten¹⁴⁵) verbinden sich damit weitere Verkehrssicherungspflichten. Während des Betriebs hat der zuständige Amtswalter insbesondere die Sicherheitsmaßnahmen durchzuführen, die das System-

Journal 105 (2017), 1147 (1186 ff.), die es auf der Grundlage des US-amerikanischen Rechts grundsätzlich für möglich halten, lernfähige Systeme einzusetzen, auch wenn diesen ein (bekanntes) Fehlerpotenzial innewohnt.

¹⁴⁰ *Martini* (Fußn. 80), S. 20. Eine unbeherrschbare Gefahrenquelle in den Verkehr zu bringen, verletzt Sorgfaltspflichten, wenn Amtsträger nicht alle objektiv zumutbaren und möglichen Maßnahmen ergriffen haben, um Schäden auszuschließen; vgl. für das Zivilrecht *Zech*, ZfPW 2019, 198 (210 f.).

¹⁴¹ Neben der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts fallen insbesondere die Intensität möglicher Grundrechtsverletzungen sowie die Irreversibilität und das Ausmaß potenzieller Schäden in die Waagschale. Dazu auch *Guckelberger* (Fußn. 17), Rdnr. 624 f., 630; *Martini* (Fußn. 80), S. 53 f.

¹⁴² Dazu sowie zu technischen Standards in der öffentlichen Verwaltung *Appel*, Technische Standards und Software: Ermöglichung oder Präjudizierung von Entscheidung und Zusammenarbeit, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum Digitalen Staat - auch ein besserer Staat?, 2015, S. 115 (123).

¹⁴³ Bei IT-Systemen, die eine Behörde zur Entscheidungsunterstützung einsetzt, ist der Bezugspunkt der Sorgfaltsanforderungen demgegenüber nicht die Überwachung oder Kontrolle des Systems, sondern die Selbstkontrolle der eigenen Entscheidung des handelnden Amtswalters. Dieser darf zumindest nicht ungeprüft auf alle Vorschläge des IT-Systems vertrauen. Zum Automation Bias, oben IV. 1. b) aa).

¹⁴⁴ Denkbar ist es, sowohl die Programmierung systematisch als auch die Entscheidungen, die das System trifft, stichprobenartig zu kontrollieren (Ergebniskontrolle), dazu *Martini* (Fußn. 2), S. 249 ff.; siehe auch *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI*, NVwZ 2015, 1114 (1116 f.).

¹⁴⁵ Dazu etwa *Martini* (Fußn. 2), S. 50 f., 228. Zu spezifischen Verkehrssicherungspflichten beim Einsatz autonomer Systeme *Thöne* (Fußn. 70), S. 199 ff., der die Qualität der Steuerungssoftware, Qualität und Aktualität der Daten, Beobachtung, Wartung und Updates benennt.

Design via Warnung vorschlägt.¹⁴⁶ Die Verwaltung muss sich auch auf unerwartete Schäden einstellen, z. B. in Gestalt organisatorischer Sicherheitsvorkehrungen, um etwa im Falle eines Systemausfalls die Funktionsfähigkeit der Behörde aufrechtzuerhalten.¹⁴⁷

(1) Referenzmaßstab der anzulegenden Sorgfalt

Die Reichweite der verschuldensabhängigen Haftungszurechnung begründet sich schon systematisch nicht aus einem Drittvergleich (z. B. welche Sorgfalt einem Menschen in der Situation abzuverlangen wäre). Entscheidend ist vielmehr, ob den Amtswalter, der den Einsatz zu verantworten hat, ein Verschuldensvorwurf trifft, weil er nicht alles Erforderliche und Zumutbare getan hat, um durch eine entsprechende Programmierung und Bedienung die Rechtsgutsverletzung zu vermeiden.¹⁴⁸

Der Verschuldensvorwurf setzt voraus, dass es möglich sein muss, das schädigende Ereignis – namentlich die Amtspflichtverletzung, die das technische System bewirkt hat – vorherzusehen und zu vermeiden. Schäden, die sich nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand der Wissenschaft nicht voraussehen lassen, verletzen daher grundsätzlich nicht den Sorgfaltsmaßstab an den behördlichen Einsatz technischer Systeme. Sorgfaltsanforderungen, die (implizit) verlangen, den Stand der Wissenschaft und Technik zu *übertreffen*, sind mit dem Grundgedanken einer verschuldensabhängigen Haftung nicht vereinbar.¹⁴⁹ Umgekehrt handelt ein Amtswalter jedenfalls dann schuldhaft, wenn der Einsatz des IT-Systems gänzlich ohne weitere Evaluation oder Überwachung erfolgt und das System bspw. mit veralteten Normen arbeitet.

(2) Organisationsverschulden

In der Praxis ist typischerweise nicht nur eine einzelne Person für das Prozessmanagement von IT-Systemen verantwortlich. Um die Software fachgerecht zu entwickeln, zu betreiben und zu kontrollieren, sind vielmehr zahlreiche Beteiligte in den Prozess eingebunden. Den *einen* Akteur, dem das Handeln individuell zurechenbar ist, gibt es folglich nicht mehr. Die verschuldensabhängige, persönliche Haftung des Beamten ist mit der Logik informationstechnischer Verwaltungsinstrumente insofern nur bedingt vereinbar.

Die Behörde kann jedoch ein Organisationsverschulden treffen.¹⁵⁰ Dieses knüpft nicht an den individuellen Amtsträger an, den konkret kein Verschuldensvorwurf trifft, sondern an Strukturentscheidungen, wie z. B. die zu geringe Personalausstattung. Eine solche kann sich auch in dem Einsatz eines IT-Systems manifestieren, das trotz rechtmäßiger Evaluation und Überwachung

¹⁴⁶ Zu diesen „tertiären“ Pflichten als Ausprägung der Verkehrssicherungspflicht bei § 823 *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, 2020, S. 327 f.

¹⁴⁷ Vgl. *Grapentin* (Fußn. 68), S. 186 f. Einen methodischen Ansatzpunkt, um mögliche Risiken zu erkennen und abzumildern, bietet das Instrument der Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DSGVO).

¹⁴⁸ Zur Verschuldensverteilung zwischen Hersteller und Anwender vertiefend *Thöne* (Fußn. 70), S. 201 ff.

¹⁴⁹ *Kirn/Müller-Hengstenberg*, FZID Discussion Papers 2014, 1 (16); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (186).

¹⁵⁰ Bspw. BGH, Urteil vom 11.1.2007, NJW 2007, 830 (832).

das nicht unerhebliche Restrisiko eines rechtswidrigen Outputs in sich birgt. Dieses vorgelagerte „Organisationsverschulden“ ist dann aber deckungsgleich mit der Einsatzentscheidung über das System.¹⁵¹

b) Verschuldensnachweis

Im Amtshaftungsprozess muss der Geschädigte die Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruchs nach allgemeinen zivilprozessrechtlichen Grundsätzen¹⁵² vollumfänglich zur Überzeugung des Gerichts beweisen (§ 286 ZPO). Das schließt auch das Verschulden des handelnden Beamten ein.¹⁵³

Automatisierte Verwaltungssysteme bringen den beweisbelasteten Geschädigten aber in prozessuale Bedrängnis: Sie entziehen die Mechanismen der Sorgfaltssicherung typischerweise seiner Kenntnis – schon weil er keinen Einblick in das technische System hat.¹⁵⁴ Dadurch laufen sie Gefahr, den Verschuldensnachweis zu vereiteln.

Dem Geschädigten die Schadenskonsequenz als allgemeines Lebensrisiko zu überlassen, ist nicht interessengerecht, zumal es sich z. B. bei der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung um Bereiche handelt, die dem Geschädigten typischerweise keine andere Wahl lassen, als sich der Entscheidungsmacht der Exekutive auszusetzen. Die Beweislastverteilung darf den Einsatz von IT-Systemen nicht zu einem faktisch nicht überprüfbar Spielraum der Behörde transformieren.¹⁵⁵

Um das Informationsgefälle zwischen den Beteiligten sachgerecht auszugleichen, sind Beweiserleichterungen angezeigt.¹⁵⁶ Die Rechtsprechung kann sie im Grundsatz auch ohne legislative Korrektur qua richterrechtlicher Rechtsfortbildung gewähren.¹⁵⁷ Deren Spektrum reicht

¹⁵¹ Zu den dann geltenden Maßstäben siehe oben IV. 3. a) aa).

¹⁵² Vgl. nur BGH, Urteil vom 14.1.1991, BGHZ 113, 222 (224 f.) – st. Rspr.

¹⁵³ Vgl. *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 405 zu den Unterschieden zwischen Staatshaftung und deliktischer Haftung. Aufgrund des in der Rspr. anerkannten Organisationsverschuldens ist in aller Regel nicht erforderlich, den individuell verantwortlichen Amtsträger konkret zu benennen; *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 350.

¹⁵⁴ Zu überlegenem Technikwissen von Herstellern und professionellen Anwendern, zu denen auch die Verwaltung zählt, *Zech* (Fußn. 81), A 59.

¹⁵⁵ Im Verwaltungsrecht ist ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum nur in Ausnahmen anerkannt, soweit das Gesetz die Behörde ermächtigt, das abschließende Urteil darüber zu fällen, ob die Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs vorliegen. Legitimieren kann sich dies u. a. aus der größeren Sachnähe der Behörde; vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.12.2009, NVwZ 2010, 435 (438). Der Einsatz eines IT-Systems rechtfertigt es jedoch nicht, die gerichtliche Kontrolldichte zu reduzieren und der Behörde die Letztentscheidungskompetenz zuzuweisen.

¹⁵⁶ Die bisherige Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht hat auch bereits in Fallkonstellationen, in denen keine technischen Einrichtungen an der Schadensentstehung mitgewirkt haben, versucht, die Beweisschwierigkeiten des Geschädigten als strukturelle Schwächen der verschuldensabhängigen Amtshaftung zu überwinden. Vgl. *Reinert*, in: *Bamberger/Roth/Hau et al.* (Hrsg.), BeckOK BGB, 55. Ed., Stand: 1.8.2020, § 839 Rdnr. 163; *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 341 sprechen von einer Beweislastumkehr mittels „*Prima-facie*-Beweises“.

¹⁵⁷ Im Gegensatz zu der niedrigschwellig variablen Beweisführungslast ist die Umkehr der objektiven Beweislast als Rechtsfortbildung zu qualifizieren, die sich nicht ohne Weiteres ohne gesetzliche Änderung etablieren lässt. Vgl. etwa BGH, Urteil vom 10.3.2010, NJW-RR 2010, 1378 (1379) mit dem Hinweis, dass „einzelne fallbezogene Billigkeitserwägungen“ nicht ausreichen; siehe auch *Foerste*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), ZPO, 17. Aufl., 2020, § 286 Rdnr. 37; *Prütting*, in: *Krüger/Rauscher* (Hrsg.), MüKo ZPO I, 6. Aufl., 2020, § 286 Rdnr. 131. Das Paradigma

von der Modifikation der (konkreten) Beweisführungslast bis hin zur Umkehr der objektiven Beweislast.¹⁵⁸

Für solche Fälle, in denen der Geschädigte einen Sachverhalt darlegt und beweist, der objektiv eine rechtswidrige Amtspflichtverletzung begründet und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Schlussfolgerung rechtfertigt, dass der Amtsträger diese auch verschuldet hat, erkennt die Rechtsprechung solche Beweiserleichterungen bereits an.¹⁵⁹

Verursacht ein IT-System den Schaden, profitiert der Kläger von diesen Beweiserleichterungen aber grundsätzlich nicht. Denn um die Amtspflichtverletzung nachweisen zu können, benötigte der Geschädigte Einblick in die Systemarchitektur.¹⁶⁰ Ihm ist es aber zum einen aus rechtlichen Gründen verwehrt, die Einzelheiten des Programmcodes, dessen sich die Verwaltung bedient, in Erfahrung zu bringen (vgl. z. B. § 88 Abs. 5 Satz 4 AO und § 86 Abs. 2 Satz 2 FGO). Zum anderen fehlt ihm typischerweise das notwendige Fachwissen, um Fehler im System zu detektieren.

aa) Deterministische Systeme

Verursachen deterministische Systeme Schäden, kann die Rechtsfigur des Anscheinsbeweises¹⁶¹ einer Beweisnot abhelfen.¹⁶² Tritt ein Schaden auf, lässt sich in diesem Fall auf die Sorgfaltspflichtverletzung und das Verschulden eines beteiligten Amtsträgers schließen, ohne dass der Geschädigte Fehler der Programmierung darlegen muss. Da deterministische Systeme lediglich den im Programmcode niedergelegten Inhalt reproduzieren, liegt der Fehler nämlich entweder dort oder in einer fehlerhaften Datengrundlage. Der Behörde bleibt es zwar unbenommen, die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern – zum Beispiel, indem sie Tatsachen vorträgt, die ein unvermeidbares technisches Versagen indizieren.¹⁶³ Dafür trägt aber sie, nicht der Geschädigte die

richterrechtlicher Beweislastumkehr bilden die etablierten Beweiserleichterungen für die Produkthaftung sowie die Arzthaftung. Letztere ist nunmehr in § 630h Abs. 5 BGB gesetzlich fixiert.

¹⁵⁸ Dazu bereits *Martini* (Fußn. 2), S. 283 ff. mit Vorschlägen, die zivilrechtlichen Haftungsprobleme lernfähiger Systeme beweisrechtlich zu bewältigen; siehe auch *Guckelberger* (Fußn. 17), Rdnr. 631; zum Verhältnis zwischen Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB, 8. Aufl., 2020, § 630h Rdnr. 82 f. Anwendbar sind die Grundsätze des Anscheinsbeweises sowohl bei der Kausalität als auch auf der Ebene des Verschuldens.

¹⁵⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 28.9.2000, BGHZ 145, 265 (271); *Reinert* (Fußn. 156), § 839 Rdnr. 132. Hinsichtlich der Schadenshöhe kann sich der Geschädigte auf § 287 ZPO berufen. Er verringert die Anforderungen an die Darlegungslast; vgl. BGH, Urteil vom 6.4.1995, BGHZ 129, 226 (233).

¹⁶⁰ Dazu auch *Martini* (Fußn. 2), S. 274 ff. Die zivilrechtliche Literatur weist im Zusammenhang mit der Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes darauf hin, dass faktisch von der Amtspflichtverletzung auf das Verschulden geschlossen werde und eine Schuldvermutung zu Lasten des verklagten Hoheitsträgers vorliege, vgl. auch *Ossenbühl/Cornils* (Fußn. 13), S. 79. Die Rechtsprechung hat eine Verschuldensfiktion oder Beweislastumkehr bisher nicht ausdrücklich anerkannt.

¹⁶¹ Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Anscheinsbeweis folgt aus der Typizität des jeweiligen Geschehens, vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2010, NJW 2010, 1072 f.; Urteil vom 10.4.2014, NJW-RR 2014, 1115 (1116).

¹⁶² Zum Anscheinsbeweis etwa *Oetker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rdnr. 493 ff.; *Prütting* (Fußn. 157), § 286 Rdnr. 50.

¹⁶³ Allgemein zu der Möglichkeit, den Anscheinsbeweis zu entkräften, *Prütting* (Fußn. 157), § 286 Rdnr. 67.

konkrete Beweisführungslast.¹⁶⁴ Sie muss sich den Anschein schuldhaften Verhaltens entgegenhalten lassen.

bb) Systeme maschinellen Lernens

Bei Systemen maschinellen Lernens stößt der Verschuldensnachweis durch Anscheinsbeweis an seine Grenzen. Denn diese zeichnen sich gerade dadurch aus, Operationen vorzunehmen, die die Systementwickler nicht vollständig antizipiert haben und auch nicht in jeder Hinsicht antizipieren konnten. Insbesondere durch Feedback-Schleifen, etwa bei rekurrenten neuronalen Netzen, erweisen sie sich als hochgradig dynamisch, sodass nachträgliche Kontrollen sich grundsätzlich auf veraltete Momentaufnahmen beziehen. Ihnen kommt daher keine sich wiederholende Typizität zu, die auch bei unvollständiger Aufklärung des Geschehensverlaufs ein Verschulden vermuten lässt.¹⁶⁵ Aufgrund dieser technikhärenten Unwägbarkeiten wird sich nicht in allen Fällen reproduzieren lassen, ob der rechtswidrige Systemoutput nach dem Stand der Technik vermeidbar war. Die Behörde kann der Haftung u. U. durch den Vortrag entrinnen, dass die schädigende Handlung weder präventiv im Rahmen der Programmierung oder Trainingsphase noch repressiv durch Kontrolle des Systemoutputs abwendbar war (ohne dass der Systemeinsatz zugleich ebendeshalb zwangsläufig unzulässig ist).

Um sicherzustellen, dass ein Amtshaftungsanspruch dennoch prozessual durchsetzbar ist, ist es angezeigt, der Behörde die *sekundäre Behauptungslast* aufzuerlegen.¹⁶⁶ Sie muss dann (bis zur Grenze des ihr Zumutbaren, z. B. Vorlage von Protokolldateien) Tatsachen vortragen,¹⁶⁷ aus denen sich das fehlende Verschulden schlüssig ergibt.¹⁶⁸

Gleiches ist auf der Ebene der Amtspflichtverletzung geboten: Beweist der Geschädigte einen rechtswidrigen, schadensauslösenden Systemoutput, sollte die beklagte Behörde im Wege der sekundären Beweislast nachweisen müssen, dass sie die ihr obliegenden (internen) IT-Überwachungspflichten eingehalten hat.

Das Restrisiko, dass es dem Hoheitsträger unzumutbar ist, den Systemvorgang, der zu der Schädigungshandlung geführt hat, im Nachhinein zu rekonstruieren, trägt dennoch weiterhin im Grundsatz der Geschädigte.¹⁶⁹ Lässt sich nicht aufklären, ob der Fehler menschlich verschuldet oder Auswuchs der Systemautonomie ist, unterschreitet das lernfähige System im Regelfall aber rechtsstaatliche Begründungs- und Transparenzanforderungen, die entweder einfach- bzw.

¹⁶⁴ Vgl. Saenger, in: ders. (Hrsg.), ZPO, 8. Aufl., 2019, § 286 Rdnr. 39.

¹⁶⁵ Zech schlägt eine Vermutungsregel nach dem Vorbild der §§ 6 f. UmweltHG vor, Zech (Fußn. 81), A 100.

¹⁶⁶ Zu diesem Vorschlag bereits vgl. Martini (Fußn. 2), S. 286.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 20.1.1961, NJW 1961, 826 (828); Urteil vom 1.12.1982, NJW 1983, 687 (688); Urteil vom 15.10.1986, NJW 1987, 1201; Urteil vom 11.6.1990, NJW 1990, 3151 (3152); Urteil vom 13.6.2002, NJW-RR 2002, 1309 (1310); erfüllt die Partei die Anforderungen der sekundären Behauptungslast nicht, zieht das die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO nach sich.

¹⁶⁸ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 116 Rdnr. 4, Rdnr. 40.

¹⁶⁹ Prütting (Fußn. 157), § 286 Rdnr. 103.

untergesetzlich konkretisiert sind oder sich aus dem Rechtsstaatsgebot herleiten.¹⁷⁰ Der Systemeinsatz in der Verwaltung ist dann sorgfaltswidrig und schuldhaft.

V. Handlungsempfehlungen de lege ferenda

Seit Langem mahnt die rechtswissenschaftliche Literatur, dass sich das Recht der Staatshaftung in einem defizitären Zustand befinde.¹⁷¹ Legislative Initiativen auf Bundesebene scheiterten zunächst an kompetenzrechtlichen Hürden: Der Bund hatte zwar ein Staatshaftungsgesetz erlassen. Das BVerfG hat dieses jedoch im Jahr 1982 für nichtig erklärt, weil dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis fehlte.¹⁷² Die verfassungsrechtlichen Vorzeichen haben sich zwar unterdessen gedreht: Seit der Föderalismusreform aus dem Jahr 2006 weisen Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Art. 72 Abs. 2 GG die Staatshaftung nunmehr als einen Gegenstand der konkurrierenden Kompetenz aus. Der Bund darf diese Materie folglich regeln, solange die Voraussetzungen der Subsidiaritätsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind.¹⁷³

Bislang hat er sich jedoch zu keiner weiteren Reform durchringen können.¹⁷⁴ Diese wäre freilich erforderlicher denn je. Denn allen Beweiserleichterungen zum Trotz verbleiben im jetzigen verschuldensabhängigen Haftungssystem des § 839 BGB beim Einsatz lernender Systeme Haftungslücken, die durch nicht vorhersehbare „Ausreißerentscheidungen“ entstehen. Diese Lücken kann – auf der Ebene der Pflichtverletzung¹⁷⁵ wie des Verschuldens – im Grundsatz die Zurechnungsnorm einer fiktiven Pflichtverletzung schließen: Sie wertet die Operation des IT-Systems durch Rechtsfiktion als Pflichtverletzung bzw. Verschulden des Schuldners, wenn der Staat sich statt des IT-Systems eines menschlichen Gehilfen bedient hätte.¹⁷⁶ Das Verschulden besteht nach diesem Maßstab dann, wenn ein „*dem Maschinenversagen entsprechendes Fehlverhalten eines Erfüllungsgehilfen typischerweise als schuldhaft anzusehen wäre*“.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Vgl. zu Transparenzanforderungen staatlichen Handelns etwa VerfGH Saarland, Urteil vom 5.7.2019, NJW 2019, 2456 (2458).

¹⁷¹ Brünneck, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider et al. (Hrsg.), AlternativKomm-GG, 3. Aufl., 2001, Art. 34 GG Rdnr. 104 ff.; Danwitz (Fußn. 18), Art. 34 Rdnr. 149 ff.; Gurlit, in: Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl., 2012, Art. 34 Rdnr. 80 f.; Vinke (Fußn. 112), § 839 Rdnr. 30; allerdings betonen Papier/Shirvani (Fußn. 26), Art. 34 Rdnr. 33 die Möglichkeit, die gravierendsten Schwachstellen durch Auslegung zu schließen.

¹⁷² BVerfG, Urteil vom 19.10.1982, NJW 1983, 25.

¹⁷³ Anderenfalls ist er darauf beschränkt, die Schadensersatzfolgen für bundesbehördliche Pflichtverletzungen zu normieren.

¹⁷⁴ Auf unionaler Ebene hat der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments am 4.5.2020 auf der Grundlage des Art. 225 AEUV einen Verordnungsentwurf vorgelegt, um die zivilrechtliche Haftung für Künstliche Intelligenz neu zu regeln (2020/2014(INL)). Dieser differenziert nicht nach der Rechtsform des Schädigers, erstreckt seinen Geltungsanspruch also auch auf staatliche Akteure. Art. 4-E normiert eine Gefährdungshaftung für bestimmte als besonders risikoträchtig eingestufte künstliche Systeme. Für alle anderen künstlichen Systeme sieht Art. 8-E einen neuen Verschuldenshaftungstatbestand vor.

¹⁷⁵ Dazu oben IV. 1. a) bb); IV. 1. c).

¹⁷⁶ Klingbeil (Fußn. 92), S. 724 f. Eine analoge Anwendung des § 278 BGB scheidet mangels Verschuldensfähigkeit des Systems gerade aus; Zech (Fußn. 140), S. 212.

¹⁷⁷ Klingbeil (Fußn. 92), S. 724.

Eine solche Fiktionsnorm schliesse aber nicht alle Haftungslücken. Sie stellte zwar die analoge und die automatisierte Verwaltungstätigkeit gleich. Es verblieben jedoch auch bei dieser Lösung noch Fälle, in denen kein Anspruch besteht, da weiterhin ein (zumindest typisiertes) Verschulden erforderlich wäre.

Vorzugswürdig ist es daher, die bestehenden Lücken durch eine verschuldensunabhängige, originäre Staatsunrechtshaftung zu schließen, zumal dies zusätzlich die allgemeinen, nicht automationsbezogenen Schwächen des Staatshaftungsrechts auflösen könnte.¹⁷⁸ Ein Haftungsanspruch entsteht danach schon dann, wenn ein informationstechnisches System objektives Staatsunrecht begeht (also z. B. einen rechtswidrigen Verwaltungsakt erlässt). Eine solche allgemeine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung ist dem Staatshaftungsrecht nicht völlig fremd. Sie existiert aber bislang nur in den Ländern Brandenburg und Thüringen auf der Grundlage des im Wesentlichen fortbestehenden Staatshaftungsgesetzes der DDR.¹⁷⁹

Eine umfassende staatliche Ersatzpflicht für rechtswidrige Schäden, die durch den Output technischer Systeme entstehen, stellt sicher, dass nicht der mitunter zufällig betroffene Bürger, sondern die Gesellschaft, die den Nutzen aus dem effizienteren Verwaltungsapparat zieht, für die Schadensfolgen einsteht. Der Ausgleichsanspruch folgt damit einem plausiblen Grundgedanken rechtsökonomischer Risikoverteilung: Wenn der Staat Systeme einsetzt, die sich selbständig weiterentwickeln, löst er damit eine Betriebsgefahr aus, für die er als Hoheitsträger verantwortlich zeichnet.¹⁸⁰ Die Haftung für den Schaden sollte entsprechend dort greifen, wo sich dieser sachgerecht verhindern lässt¹⁸¹. Ein solches erhöhtes Haftungsrisiko kann zwar die Entwicklung innovativer Konzepte für digitale Verwaltungsleistungen hemmen. Die grundgesetzliche Priorisierung ist insofern jedoch eindeutig: Rechtsstaatlichkeit und Gesetzesbindung ist höher zu gewichten als etwaige Effizienzvorteile des digitalen Verwaltungsapparats.

Neben diesen Defiziten im haftungsbegründenden Tatbestand besteht weiterer Reformbedarf hinsichtlich des haftungsausfüllenden Tatbestands. Denn bei allen Staatshaftungsansprüchen, die auf §§ 249 ff. BGB verweisen, sind Nichtvermögensschäden grundsätzlich¹⁸² nicht ersetzbar.¹⁸³ Diskriminierungen, die der Output automationsgestützter Systeme hervorruft, sind deshalb im Rahmen dieser Ansprüche nur dann ersatzfähig, wenn sie gleichzeitig eine Verletzung des

¹⁷⁸ Mit der Forderung nach einer verschuldensunabhängigen unmittelbaren Staatshaftung im Kontext der Verwaltungsautomation siehe *Degrandi*, Die automatisierte Verwaltungsverfügung, 1977, S. 139 ff.; ; *Papier/Shirvani* (Fußn. 21), § 839 BGB Rdnr. 192; *Popper*, DVBl 1977, 509 (513 f.); ähnlich *Jaenicke*, VVDStRL 20 (1961), 135 (175 f.).

¹⁷⁹ § 1 Abs. 1 DDR-StHG; die Norm gilt in den neuen Bundesländern als Landesrecht fort, sofern der Landesgesetzgeber sie nicht aufhebt (Art. 9 Abs. 1, 2 Einigungsvertrag i. V. m. Anlage II Kapitel III B Abs. III Nr. 1). Brandenburg hat die Geltung der Norm mit kleineren Änderungen zuletzt 1997 ausdrücklich normiert, GVBl.I/97, S. 104; in Thüringen schreibt das (1998 eingeführte) ThürStHG die Geltung des DDR-StHG vor.

¹⁸⁰ *Martini* (Fußn. 2), S. 288 f.; *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 (1139).

¹⁸¹ *Martini* (Fußn. 2), S. 284.

¹⁸² Einschlägige Ausnahmeregelungen der Staatshaftung bestehen gem. § 7 Abs. 2 StrEG, Art. 5 Abs. 5 EMRK für Fälle der unrechtmäßigen Inhaftierung.

¹⁸³ Dasselbe gilt für die spezialgesetzlichen Regelungen in den Polizeigesetzen (z. B. § 51 Abs. 2 BPolG); siehe zu diesen II. 1 a).

allgemeinen Persönlichkeitsrechts in sich bergen.¹⁸⁴ Auch der allgemeine Aufopferungs(ausgleichs)anspruch greift bei Diskriminierungen nicht, da die Rechtsprechung neben den anerkannten Schutzgütern Leben, Gesundheit und Freiheit bislang keine weiteren Schutzpositionen anerkannt hat.¹⁸⁵ Dieser Schaden ist derzeit daher nur innerhalb der Grenzen des Art. 82 DSGVO ersatzfähig. Mit Blick auf die gesteigerte Gefahr der Diskriminierung, die beim Einsatz lernender Systeme gegenüber dem analogen Bereich entsteht,¹⁸⁶ sollte der neu zu schaffende Gefährdungstatbestand eines Staatshaftungsgesetzes deshalb auch die Ersatzfähigkeit dieses immateriellen Schadens vorsehen.

VI. Fazit

Der Ruf nach „KI in der öffentlichen Verwaltung“ erschallt immer lauter. Doch während das Postulat „Digital by Default“ en vogue ist, bleibt die Anschlussfrage, wie die Haftungsrisiken zwischen Staat und Bürger sachgerecht zu verteilen sind, vielfach offen.

In einer Welt lernender, von Flüchtigkeitsfehlern freier Systeme wird die Aufgabe des Staatshaftungsrechts, für staatlich geschaffenes Unrecht zu entschädigen, keineswegs obsolet. Seine Bedeutung gewinnt vielmehr gerade mit Blick auf die Breitenwirkung von Fehlern technischer Systeme an Gewicht, denn bekanntlich „kann ein Computer alles besser – auch Fehler machen“ (*Erhard Blanck*).

Einen wichtigen Teil der Antwort auf die Frage nach der Fehlerzurechnung gibt das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip vor: Lernende Systeme zu nutzen, entlässt den Staat nicht einfach aus seiner staatshaftungsrechtlichen Verantwortung. Er muss für die Folgen seines rechtswidrigen Handelns einstehen. Diese verfassungsrechtliche Prämisse gilt unabhängig davon, auf welche Weise und durch wen oder was – Beamte, Verwaltungshelfer, Private oder Algorithmen – er handelt. Das Recht der Staatshaftung leitet daher konsequenterweise der Gedanke an, dass ein Schadensausgleich nicht davon abhängen darf, welches Mittel sich der Staat bedient, um seine Aufgaben zu erfüllen, ob also ein Mensch oder eine Maschine eine Verwaltungshandlung tätigt. Nur wenn es möglich ist, Schäden stets sicher zu kompensieren, ist es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit vertretbar, hoheitliche Aufgaben auf regelbasierte oder gar lernfähige IT-Systeme weitergehend zu übertragen.

Für Technologien, die auf ihre lebensweltliche Umgebung einwirken, realisieren die Entschädigungsansprüche wegen enteignungs- bzw. aufopferungsgleichen Eingriffs für Schäden an den Schutzgütern der Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sowie die dogmatisch

¹⁸⁴ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als ungeschriebene Ausnahme von § 253 Abs.1 BGB anerkannt. Die Rechtsprechung leitet es aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 GG her (BGH, Urteil vom 30.1.1996, BGHZ 132, 13 (27)). Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Gestalt der persönlichen Ehre liegt in Diskriminierungen aber nur dann, wenn „sie den Betroffenen als minderwertig behandeln und damit seinen sozialen Geltungsanspruch leugnen“, sofern dies nicht nur auf einem Vorurteil beruht, KG, Urteil vom 13.12.1988, NJW 1990, 1996; *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB I, 8. Aufl., 2018, Anhang zu § 12 Rdnr. 125.

¹⁸⁵ Vgl. etwa *Maurer/Waldhoff* (Fußn. 69), § 29 Rdnr. 26.

¹⁸⁶ *Martini* (Fußn. 2), S. 334 ff.

anknüpfenden spezialgesetzlichen Entschädigungsansprüche (z. B. des Polizei- und Ordnungsrechts) diese Maxime. Sie verbürgen dem Betroffenen einen Anspruch gegen den Staat auch dann, wenn die schadenskausale Verwaltungshandlung aus einem dynamischen, systeminternen Adaptionsprozess eines lernfähigen Systems resultiert.

Ein umfassendes Haftungsregime für den hoheitlichen IT-Einsatz erwächst aus den verschuldensunabhängigen Entschädigungsansprüchen jedoch nicht. Denn für die Vielzahl potenzieller Beeinträchtigungen der grundrechtlichen Schutzsphäre jenseits des Eigentums sowie der nicht-vermögenswerten Rechtsgüter Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Ehre halten sie keinen Ausgleichsanspruch bereit.¹⁸⁷ Der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch beschränkt sich auf unmittelbare Schäden und gewährt damit nur eine Teilkompensation. Auch der unionsrechtliche Ersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO verschafft eine effektive Schadenskompensation lediglich in den Ausnahmekonstellationen, in denen die Behörde einen materiell rechtswidrigen, nicht gebundenen Verwaltungsakt vollautomatisiert erlassen hat und zusätzlich DSGVO-Normen verletzt, etwa indem sie gegen eine Vorschrift des VwVfG verstößt, die ihrerseits die Verfahrensanforderungen des Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO präzisiert.

Einen erheblichen Teil der Schadensfälle überlässt die Rechtsordnung damit dem Regime der Amtshaftung. Dieser Anspruch ist *de lege lata* allerdings mit den Handlungen (oder qualifizierten Unterlassungen) menschlicher Amtsträger unauflöslich verschränkt. Um das Autonomierisiko administrativen Technikeinsatzes verursachergerecht zu verteilen und damit § 839 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG an die digitale Verwaltungsrealität anzupassen, sind *de lege ferenda* drei dogmatische Weichenstellungen geboten.

1. Erlässt der Amtswalter einen Verwaltungsakt nicht eigenhändig, muss er sicherstellen, dass das System dies korrekt vornimmt. Das entspricht dem Handlungsauftrag der Exekutive in der arbeitsteilig-gewaltengliedrigten Funktionsordnung des Grundgesetzes, abstrakt-generelle Inhalte des Gesetzes korrekt in die Anwendungsebene zu übersetzen. Die Amtspflicht der Amtsträger, die an der Entwicklung und dem Einsatz eines vollautomatisierten IT-Systems mitwirken, ist daher möglichst weit zu fassen. Zwei Modelle sind nach jetziger Rechtslage konstruktiv denkbar: eine Verkehrssicherungspflicht in Gestalt einer Überwachungspflicht für IT-Systeme oder eine ergebnisorientierte (und damit denkbar weite) Amtspflicht, das rechtmäßige Funktionieren informationstechnischer Systeme – unabhängig davon, ob sich das System tatsächlich in jeder Einzelheit vorherbestimmen, überwachen und nachvollziehen lässt – zu gewährleisten.

Eine *IT-Überwachungspflicht* des zuständigen Amtswalters für operierende Systeme entspricht der dogmatischen Struktur der mittelbaren Schadensverursachung. Sie knüpft unmittelbar an die Verantwortung des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn an: Die Kontrolle des Systems im

¹⁸⁷ Etwas anderes gilt lediglich im Anwendungsbereich spezialgesetzlicher Regelungen, z. B. im Polizei- und Ordnungsrecht.

Verwaltungseinsatz ist eine Dauerpflicht, da Gefahrenquellen regelmäßig überprüft und kontrolliert werden müssen.

Das alternative Konzept einer *umfassenden Verantwortung für die Handlungsfolgen informationstechnischer Systeme* wirkt zwar noch stärker der Gefahr entgegen, dass die Automatisierung des Verwaltungshandelns den amtshaftungsrechtlichen Schutzstandard verkürzt, den die hergebrachten Amtspflichten konstituieren: Anstatt spezifische Verhaltensanforderungen an den IT-Einsatz als Amtspflicht zu statuieren (wie bspw. die korrekte Programmierung sowie ausreichende Erprobung einer Software), setzt dieser Weg an dem Output an, welches ein rechtsstaatliches IT-System herzustellen hat. Allerdings fehlt es *de lege lata* bisher an einer Zurechnungsnorm, die eine solche vollständige Haftung des Amtswalters für jeden Systemoutput auslöst. Der Gesetzgeber sollte eine solche Zurechnungsnorm *de lege ferenda* schaffen.

2. Auch auf der Ebene des Verschuldens sollten beweisrechtliche Instrumente die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung erleichtern. Herausforderungen, die sich im Verwaltungsinternum vollziehende Amtspflichtverletzung zu beweisen, lassen sich mit Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten bewältigen. Bei *regelbasierten* Verwaltungssystemen genügt dazu, die Grundsätze des Anscheinsbeweises zugunsten des Geschädigten anzuwenden. Setzt die Verwaltung *lernfähige Systeme* ein, können die Verlagerung der sekundären Darlegungslast und (falls notwendig) eine Umkehr der objektiven Beweislast dazu beitragen, die prozessuale Schlechterstellung des Geschädigten infolge möglicher Intransparenz des Systems auszugleichen.

Mit Hilfe dieses dogmatischen Unterbaus lässt sich für den Löwenanteil der Schadensfälle ein amtshaftungsrechtlicher Schadensausgleich erzielen. Solange rein technisches Versagen möglich ist, ohne dass menschliches Versagen diesem vorausgeht, ist auch eine umfassende Staatshaftung für digitales Verwaltungshandeln jedoch nicht gewährleistet.

3. Das sollte allerdings den Gesetzgeber nicht in die Versuchung bringen, intelligente Verwaltungssysteme in den Status eines „e-Beamten“ zu befördern. Sachgerechter lässt sich das verbleibende „Restrisiko“ durch eine *allgemeine Gefährdungshaftung* für staatliches Handeln bereinigen. Diese könnte greifen, wenn der Staat IT-Systeme einsetzt.

Je größer die Kluft zwischen der lebensweltlichen Vorstellungswelt des historischen Gesetzgebers und der heutigen, durch die ubiquitären Digitalisierungsprozesse veränderten Realität, desto schwieriger gestalten sich auch die Versuche rechtsdogmatischer Brückenschläge. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, dafür Sorge zu tragen, dass im Zuge der digitalen Transformation nicht nur die Vorteile der Technik durchdringen, sondern auch die Risiken in angemessener Weise Berücksichtigung finden, damit sich bereits bestehende Defizite des Staatshaftungsrechts nicht weiter vertiefen. Auch wenn die vorhandenen Haftungslücken insgesamt nicht unübersehbar groß sind, ist legislatives Handeln angezeigt. Denn im analogen wie im digitalen Bereich ist integraler Bestandteil einer guten Verwaltung auch, den Bürger im Schadensfall nicht allein zu lassen, sondern Verantwortung für das eigene Handeln zu übernehmen. Sonst sieht sich der mündige Bürger von

morgen schnell zu dem Schluss veranlasst: „Computer sind großartige Erfindungen. Es passieren genauso viele Fehler wie früher, aber niemand ist daran schuld“¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Autor unbekannt.