

§ 3 Electronic Government als Freiheitschance und Freiheitsgefahr

Hanno Kube

I. Von Lochkartenanlagen zu Onlineportalen

Elektronische Informations- und Kommunikationstechnik wird in der staatlichen Verwaltung seit Jahrzehnten genutzt. Während in den 1950er Jahren noch Lochkartenanlagen und Rechenmaschinen eingesetzt worden waren, um die Massenverwaltung – vor allem im Bereich des Lohnsteuerverfahrens – zu entlasten und zu beschleunigen, entwickelte sich in den 1960er und 1970er Jahren die elektronische Datenverarbeitung mittels Großrechnern und später auch dezentralen Arbeitsplatz-Terminals. Mit der zunehmenden Leistungsfähigkeit der EDV und den sich daraus ergebenden Möglichkeiten der Informationsverarbeitung und Datenintegration weiteten sich die Einsatzfelder der Technik in der staatlichen Verwaltung stetig aus. Zugleich gewann allerdings, in Anbetracht dieser Ausweitung, seit Anfang der 1980er Jahre das Anliegen des Datenschutzes vermehrte Aufmerksamkeit, gestützt auf das vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil entfaltete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Das Ende der 1980er Jahre erscheint im Rückblick als eine Zeit nüchterner Reflexion. Die staatliche Nutzung der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik hatte Effizienzgewinne mit sich gebracht, war aber dennoch weit hinter den Erwartungen zurückgeblieben, die schon in den 1960er Jahren von Vertretern der Rechtsinformatik und -kybernetik formuliert worden waren. Das sich herausbildende Datenschutzrecht wirkte zudem bremsend.

Neue Dynamik erhielt der staatliche Einsatz der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik sodann mit der Einführung des Internet seit Anfang der 1990er Jahre. Das Internet weckte die Hoffnung auf umfassende Integration, Transparenz und Effizienz in der staatlichen Verwaltung; dies gerade auch deshalb, weil das Internet die elektronische Informations- und Kommunikationstechnik stärker als vormals auch in den Außenbeziehungen zum Bürger nutzbar machen konnte. Die Konzentration auf das Staat-Bürger-Verhältnis prägt dementsprechend das Leitbild

des Electronic Government, das Leitbild des Regierens und Verwaltens mithilfe der neuartigen, gerade auch internetbasierten Informations- und Kommunikationstechnik, das in dieser Zeit entstand. In der Tat erleichterte das Internet die verwaltungsinternen Abläufe und veränderte die Verwaltungsbeziehungen zum Bürger in erheblicher Weise. Dies spiegelt sich im Verwaltungsverfahrensrecht, dessen Regelungen zur Übermittlung von Dokumenten, zur Schriftform, zum Erlass von Verwaltungsakten und zu ihrer Begründung und Bekanntgabe an die technische Entwicklung angepasst wurden. In jüngerer Zeit sind eigenständige Gesetze zur weiteren Ausdehnung der elektronischen Verwaltungskommunikation hinzugetreten, namentlich die E-Government-Gesetze des Bundes und der Länder. Auf Grundlage von Art. 91c GG hat der Bund zudem das Onlinezugangsgesetz geschaffen, das Bund, Länder und Kommunen verpflichtet, ihre Verwaltungsleistungen über Onlineportale zur Verfügung zu stellen und diese Portale verbandsübergreifend zu vernetzen.

Während die Erleichterung der Kommunikation und des Zugangs des Bürgers zur Verwaltung – sei es zur Information, sei es zur Erledigung von Behördengängen auf virtuellem Wege – keine substantiellen rechtlichen Probleme aufwirft, solange eine angemessene Verwaltungskommunikation und -zugänglichkeit für die elektronisch weniger Versierten gewährleistet bleiben, wirft eine andere neuartige Entwicklung sehr viel weiterreichende Fragen auf: Die sich abzeichnende Automatisierung des Verwaltungsvollzugs selbst.

II. Die Automatisierung des Verwaltungsvollzugs

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens von 2016 hat der Bundesgesetzgeber, veranlasst vor allem durch Entwicklungsbedarf im Bereich der Steuerverwaltung, Regelungen in das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, das Sozialgesetzbuch X und die Abgabenordnung eingeführt, die es ausdrücklich gestatten, Verwaltungsakte vollautomatisiert zu erlassen. Für den Steuerrechtsvollzug heißt dies, dass ein Einkommensteuerbescheid nunmehr auf Grundlage der elektronisch eingereichten Einkommensteuererklärung und nach Prüfung durch ein elektronisches Risikomanagementsystem (§ 88 Abs. 5 AO) vollautomatisch erlassen werden kann (§ 155 Abs. 4 AO), ohne dass ein Verwaltungsbeamter

mit dem Vorgang befasst gewesen wäre und ohne dass er den Fall – jedenfalls nach derzeitiger Praxis – hätte an sich ziehen dürfen, solange das Risikomanagementsystem ihn nicht „aussteuert“. Der allgemein zugrundeliegende neue § 35a BVwVfG stellt den vollautomatischen Erlass von Verwaltungsakten unter Gesetzesvorbehalt und schließt ihn in Fällen aus, in denen Beurteilungs- und Ermessensräume bestehen, um dem Untersuchungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Nach seiner ratio sollte der Ausschluss auf den Vollzug von Vorschriften erstreckt werden, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.

Das Beispiel des Besteuerungsverfahrens, das in der Regel auf eine gebundene, insofern also nicht dem Verwaltungsbeamten vorbehaltene Entscheidung zuläuft, zeigt allerdings, dass die eigentlichen Herausforderungen der Vollzugsautomatisierung auf einer grundsätzlicheren Ebene liegen. Wenn die Steuererklärung des Bürgers durch ein elektronisches Risikomanagementsystem beurteilt wird, das nicht nur den aggressiven Steuergestalter, sondern jeden innovativ denkenden und wirtschaftenden, nichtkonformen Bürger unter Verdacht stellt, und wenn sodann auf Grundlage eines das Steuergesetz widerspiegelnden Algorithmus ein eingreifender Bescheid erlassen wird, stellt sich die Frage, ob dies dem Untersuchungsgrundsatz genügt, eine gesetzmäßige Besteuerung sichert und angemessenen Rechtsschutz eröffnet oder aber neue Formen der Diskriminierung heraufbeschwört, den Algorithmus zu einem Nebengesetz werden lässt und die Einzelfallentscheidung gegenüber einer Nachprüfung immunisiert. Die hier aufscheinende Problemdimension verlangt einen weitergreifenden Blick auf Stand und Perspektiven der Verwaltungsautomatisierung.

III. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung

Dass sich die Automatisierung des Gesetzesvollzugs weiter ausdehnen wird, liegt aufgrund einer ganzen Reihe von Faktoren nahe. Zu diesen Faktoren gehören die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger, der Ausbau des Internets der Dinge (cyber-physical systems, Smart Government), die Weiterentwicklung von Big Data-Anwendungen und maschinellem Lernen und nicht zuletzt die Hoffnung auf mehr Verwaltungseffizienz, vor allem Mittelleinsparungen.

Mögliche weitere Anwendungsfelder eines noch stärker automatisierten Verwaltungsvollzugs sind – über die Steuer- und Sozialverwaltung hinaus – die Steuerung der Verkehrs- und Energienetze, die Wirtschaftsaufsicht, der Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften, die kommunale Bürgerverwaltung und die Gefahrenabwehr durch algorithmenbasierte Straftatenprognose (Preventive Policing). Anwendungen sind auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar, so etwa im Bereich der datenintensiven Kommunalaufsicht.

Die weitere Automatisierung kann in erheblicher Weise der Effizienz, Objektivität und Gleichheitsgerechtigkeit des Gesetzesvollzugs dienen. Zugleich ist aber zu gewärtigen, dass sich der Algorithmus auf Standardisierung und Erfahrung, nicht auf Vorausdenken stützt. Es droht eine maschinenhaft-lückenlose Anwendung des Gesetzes ohne Gespür für den Einzelfall, ohne Toleranz und menschliches Maß. Dies kann Freiheitsräume einschnüren und sich abträglich auf die Akzeptanz des Rechts auswirken.

Darüber hinaus strahlt die Vollzugsautomatisierung auch auf das Recht selbst aus. Einerseits kann das Erfordernis der Übersetzung des Gesetzes in einen Algorithmus die Gesetzesinhalte neu vergegenwärtigen und auf die Klarheit, Einfachheit und Konsistenz des Rechts hinwirken. Andererseits können die Funktionsbedingungen der Computertechnik, die Interpretationsmacht des Programmierers und die effektiv regelbildende Kraft des Algorithmus eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs begründen, die die Legislativ- und die Exekutivfunktion verschwimmen lässt und der Judikative ihren sicheren Prüfungsmaßstab nimmt.

Hinsichtlich des Verhältnisses zur Privatwirtschaft ist einerseits festzustellen, dass sich der Staat bei der Vollzugsautomatisierung bemerkenswerte Innovationen privater Unternehmen sinnvoll zunutze macht. Andererseits drohen aber auch neuartige Abhängigkeiten und Kontrollverluste. Rücken IT-Unternehmen nahe an den Staat heran und prägen sie den Vollzug mit, wirft dies mithin Fragen nach Zurechnung und Verantwortung auf.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

Dieser durchweg ambivalente Befund lenkt den Blick auf die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Digitalisierung der Staatsgewalt und auf die Mittel, die zur Verfügung stehen, um die Chancen der Verwaltungsautomatisierung nutzbar machen zu können, ohne zugleich den drohenden Gefahren Raum zu geben.

Bei einer Prüfung anhand der Maßstäbe der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit offenbart sich, dass die politische und die private Freiheit des Bürgers unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gewahrt werden können und dass die Digitalisierung diesen Freiheiten im Ergebnis dienen wird, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung bewusst bleibt und gepflegt wird.

Das allgemeine Parlamentsgesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann er auch eine Automatisierung der Verwaltung wirksam anleiten. Nur das in menschliche Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist zugleich für den Bürger verständlich und in seinen Wirkungen vorhersehbar. In der Sache hält das abstrakt-generelle, typisierende Gesetz zudem Freiheitsräume normativ offen, auch zukunfts offen, und sichert rechtliche Gleichheit. Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist.

Das Gesetz zu vollziehen, ist sodann Aufgabe der Verwaltung. Die Automatisierung ist dabei eine Vollzugsoption. Wird sie gewählt, kann die Verwaltung die Gesetzesbindung in erster Linie dadurch sichern, dass sie Controllingstrukturen entwickelt, die die Programmierung und Implementierung des Vollzugsalgorithmus begleiten. Hinzu tritt eine korrespondierende Vollzugsüberwachung. Räumt das Gesetz selbst dem maschinell gefundenen Ergebnis Vorrang vor dem materiell richtigen Ergebnis ein (vgl. § 39b Abs. 6 Satz 2 EStG), wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs freilich verfehlt. Dass der Verwaltungsbeamte die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz in jedem Einzelfall nachprüfen kann, ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, die derzeitige Praxis des Einsatzes des steuerverfahrensrechtlichen Risikomanagementsystems deshalb

kaum akzeptabel. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.

Auch unter den Bedingungen der Automatisierung bleibt das materielle Gesetz zugleich Fundament der Entscheidungsbegründung. Je dunkler sich das Verwaltungsverfahren darstellt, desto stärker muss sich die Entscheidung aus dem Gesetz ableiten lassen. Der Vorschlag, Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, führt demgegenüber nicht weiter; zum einen wegen der Komplexität der Systeme, zum anderen, weil der Algorithmus nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft. Allenfalls aus gleichheitsrechtlichen Gründen kann es geboten sein, bestimmte Kriterien von Vollzugsalgorithmen aufzudecken, wenn Einzelne aufgrund privater Datenmacht auf diese rückzuschließen imstande sind, andere dagegen nicht; dies gilt insbesondere für den Steuerrechtsvollzug.

Auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber automatisch getroffenen Entscheidungen, der von Art. 22 DSGVO besonders verlangt wird, kann allein dann gelingen, wenn das Gesetz als Maßstab aktuell verbindlich bleibt und der Algorithmus auf die Intervention hin angepasst werden kann.

Soweit das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite eröffnet, überbringt es einen Auftrag zur situationsgerechten Auslegung und Anwendung. Diesen Auftrag kann die Verwaltung mittels Vollzugsautomatisierung freilich nur in engen Grenzen erfüllen. Hier steht der Verwaltungsbeamte mit seinem Einschätzungsvermögen, auch seinem Amtsethos, im Vordergrund.

Der Richter ist schließlich zur eigenen, nachvollziehenden Rechtsanwendung und auch Rechtsfortbildung berufen. Diese Aufgabe kann er nur dann wahrnehmen, wenn sein Entscheidungsmaßstab das in Sprache gefasste, eine Auslegung ermöglichende Gesetz bleibt. Genauso wie der Verwaltungsakt ist deshalb der Algorithmus Gegenstand, niemals aber Maßstab der Rechtsprechung.

Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite kann sich das allgemeine Gesetz danach für eine Vollzugsautomatisierung öffnen oder verschließen. Das Steuerrecht wird dabei anders zu beurteilen sein als das

Polizeirecht. Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zudem zwischen Regelfällen und Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte oder Entscheidungsarten beschränkt bleiben.

Verfahrensrechtlich eröffnet sich in diesem Zusammenhang die Gestaltungsoption, dem Bürger zu ermöglichen, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen. Diese Möglichkeit, die das neue Steuerfahrensrecht einräumt (§ 155 Abs. 4 Satz 3 AO: Bewirkung der „Aussteuerung“ eines Falles durch Ausfüllen eines „qualifizierten Freitextfeldes“), erweitert die rechtliche Zulässigkeit der grundsätzlichen Vollautomatisierung. Der Zugang des Bürgers zum Verwaltungsbeamten drängt sich nicht zuletzt in den Fällen auf, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer effektiven Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht, wie wiederum im Steuerrecht, das dem Steuerpflichtigen abverlangt, den Erklärungsvordruck rechtskonform auszufüllen.

Gesetzlicher Anleitung bedarf schließlich auch das sich unter den Bedingungen der Verwaltungsautomatisierung verändernde Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft. Rückt die Wirtschaft im Zuge der Digitalisierung an den Staat heran, beansprucht sie Fremdbestimmung. Die Einfluss- und Verantwortungssphären sind hier klar abzugrenzen. Die Zurechnung zum Staat könnte dabei auszudehnen sein, wenn eine vom Bürger im Verwaltungsverfahren einsetzbare Software staatlich zertifiziert ist (vgl. § 146a Abs. 1 Satz 2 AO). Den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen hat der Staat ohnehin vollumfänglich zu verantworten. Die zunehmende private Datenmacht ist durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden.

V. Menschliches Recht

Das Verwaltungsrecht unternimmt somit erste Schritte, um die Automatisierung des Verwaltungsvollzugs zu fundieren und einzuhegen. Doch erfordert die Problematik einen weitergreifenden Blick. Der automatische Verwaltungsvollzug, dessen weitere Ausdehnung naheliegt, kann die Objektivität und Effizienz der Verwaltung steigern, zudem auf eine Vereinfachung und Konsolidierung des Gesetzesrechts hinwirken und privatwirtschaftlich entwickelte Technik für das Gemeinwohl nutzbar machen. Der

Preis könnte aber im Entstehen einer neuartigen Form technisch fundierter, quasi-gesetzlich typisierender oder auch individualisierender Normativität liegen, die Legislative und Exekutive schwimmen lässt und der Rechtsprechung den Maßstab nimmt. Staat und Privatwirtschaft drohen dabei nahe zusammenzurücken.

Die großen Chancen, die sich für die Staatsverwaltung aus der Digitalisierung ergeben, werden sich in freiheits- und gleichheitsgerechter Weise nutzen lassen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs gepflegt und fortgebildet wird. Je nach Sachbereich wird das Gesetz für freiheitssichernde Distanz sorgen und die menschliche Einzelfallentscheidung verlangen oder aber eine effiziente, ihrerseits dem Recht dienliche Voll- oder Teilautomatisierung des Vollzugs vorsehen und diese verfahrensrechtlich flankieren. Je weniger demokratische und rechtsstaatliche Verantwortung die Exekutive bei einer Vollzugsautomatisierung übernehmen kann, desto stärker muss das Gesetz selbst Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gewährleisten. Der Algorithmus ist für eine Verrechtlichung nicht geeignet.

Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die letztlich auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, welchem Gesetzgeber, Gesetzesvollzieher und Richter wir uns als Menschen unterstellen wollen. In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz einerseits und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit andererseits gilt es deshalb, einen legislativen, exekutiven und judikativen Menschenvorbehalt zu definieren. So kann das Recht die Technik in den Dienst des Menschen stellen.