

E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?

Hanno Kube

I. Langjährige Entwicklung und neuartige Rechtsfragen

- (1) Der Verwaltungseinsatz der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik reicht Jahrzehnte zurück. Jüngere und jüngste Ausformungen des E-Government, vor allem der automatisierte Verwaltungsvollzug, stellen jedoch neuartige Anfragen an das Recht.

II. Jüngere und jüngste Entwicklungsschwerpunkte und ihre rechtliche Einordnung

1. Kommunikation und Zugang

- (2) Mit dem Ausbau der elektronischen Kommunikation und des elektronischen Bürgerzugangs zur Verwaltung werden Gestaltungsideale der Effizienz und Kundenorientierung verfolgt. Im Staat-Bürger-Verhältnis ergeben sich daraus keine wesentlichen Rechtsprobleme.
- (3) Die bundesstaatliche E-Government-Vernetzung mag eine weitere Zentralisierung von Kompetenzen erfordern. Zugleich kann der Prozess eine kritische Reflexion über die Aufgabenverteilung im Bundesstaat veranlassen, zudem zu einem Labor für die Entwicklung innovativer Entscheidungsverfahren werden, insbesondere nach dem Mehrheitsprinzip.

2. Elektronischer Verwaltungsvollzug

- (4) Der virtuelle Behördengang wirft rechtsstaatliche Fragen der Verfahrens- und Organisationsgestaltung auf. So bedarf es einer angemessenen Sicherungsinfrastruktur, einer gegenwartsgerecht neuen Umsetzung der Idee der verstetigenden Schriftlichkeit, der Sicherung von Verfahrensrechten, der Gewährleistung von Behördenzuständigkeiten und einer Abstimmung des sich herausbildenden Informationsverbundes auf das datenschutzrechtliche Zweckbindungsprinzip. Das Verwaltungsrecht stellt sich auf diese Anforderungen ein.
- (5) Qualitativ neuartig wirkt die zunehmende materielle Vollzugsautomatisierung. Wenngleich die (Teil-)Automation des Verwaltungsverfahrens kein neues Phänomen ist, wurde der vollautomatisierte Erlass von Verwaltungsakten 2016 erstmals gesetzlich geregelt.
- (6) Ein Verwaltungsakt setzt keine menschliche Willenserklärung voraus, sondern allein die Rückführbarkeit konkret-individuellen Bewirkens auf den Staat. § 35a VwVfG bestätigt diese Zurechenbarkeit für den Fall der Vollautomation und regelt einen diesbezüglichen Gesetzesvorbehalt.
- (7) Mit dem Ausschluss der Vollautomation bei gesetzlich eröffneten Beurteilungs- und Ermessensräumen zieht § 35a VwVfG eine den Untersuchungsgrundsatz abstützende Grenze. Die Sachgerechtigkeit dieser Grenze erscheint aber revisionsbedürftig. Die eigentlichen Herausforderungen der Vollzugsautomation liegen auf einer grundsätzlicheren Ebene.

III. Weitergreifender Blick auf die digitalisierte Staatsgewalt

1. Naheliegende Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung

- (8) Eine weitere Ausdehnung der digitalisierten, insbesondere automatisierten Verwaltung liegt nahe. Faktoren sind die zunehmend medienbruchfreie Vernetzung von Staat und Bürger, der Ausbau des Internets der Dinge, die Weiterentwicklung von Big Data-Anwendungen und maschinellem Lernen sowie die Hoffnung auf Effizienz, vor allem Mitteleinsparungen.
- (9) 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. Anwendungen sind auch im Binnenbereich des Staates vorstellbar.

2. Chancen und Risiken der Verwaltungsautomatisierung

- (10) Die Automatisierung kann in erheblicher Weise der Effizienz, Objektivität und Gleichheitsgerechtigkeit des Gesetzesvollzugs dienen. Zugleich ist 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.
- (11) Die Vollzugsautomatisierung strahlt auch auf das Recht selbst aus. Einerseits kann das Erfordernis der Gesetzesübersetzung in einen Algorithmus die Gesetzesinhalte neu bewusst machen und auf die Klarheit, Einfachheit und Konsistenz des Rechts hinwirken. Andererseits können die Funktionsbedingungen der Computertechnik, die Interpretationsmacht des Programmierers und die regelbildende Kraft des Algorithmus eine neue Form der Normativität in der Sphäre des Gesetzesvollzugs erzeugen, die die Legislativ- und die Exekutivfunktion verschwimmen lässt und der Judikative den sicheren Prüfungsmaßstab nimmt.
- (12) Wenn der Staat den Gesetzesvollzug automatisiert, macht er sich bemerkenswerte Innovationen der Privatwirtschaft zunutze. Doch drohen auch Abhängigkeiten und Kontrollverluste. Rücken IT-Unternehmen nahe an den Staat heran und prägen sie den Vollzug mit, wirft dies Fragen nach Zurechnung und Verantwortung auf.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe digitalisierter Staatsgewalt

1. Leitende These: Wahrung und Förderung politischer und privater Freiheit durch Pflege und Fortbildung des allgemeinen Gesetzes

- (13) Die Wahrung der politischen und der privaten Freiheit wird unter den Bedingungen einer digitalisierten, insbesondere automatisierten Staatsgewalt gelingen und die Digitalisierung wird diesen Freiheiten sogar dienen, wenn das allgemeine Parlamentsgesetz als Auftrag und Maßstab der Verwaltung gepflegt und fortgebildet wird. Die demokratischen und rechtsstaatlichen Eigenleistungen aller drei Gewalten bleiben hierdurch gesichert.

2. Das allgemeine Parlamentsgesetz als demokratische und rechtsstaatliche Grundlage des Verwaltungsvollzugs

- (14) Das Gesetz ist tragendes Fundament der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation der Exekutive. Ist der Gesetzesinhalt klar und deutlich, kann er auch eine Automatisierung wirksam anleiten. Aus demokratischen Gründen ist es unerlässlich, das Gesetz in menschliche Sprache zu fassen. Der Vorschlag, das Parlament solle Vollzugsalgorithmen beschließen, ist abzulehnen.
- (15) Nur das in Sprache gefasste, klare und deutliche Gesetz ist für den Bürger verständlich und in seinen Wirkungen vorhersehbar.
- (16) Das abstrakt-generelle, typisierende Parlamentsgesetz hält Freiheitsräume normativ offen, auch zukunfts offen, und sichert rechtliche Gleichheit. Ungeachtet technischer Erkenntnismöglichkeiten kann es deshalb geboten sein, bestimmte Erkenntnisse als tatbestandlich unerheblich zu qualifizieren. Oftmals sind Unbestimmtheiten auf Tatbestands- und Rechtsfolge-seite auszugestalten, die es der Exekutive überantworten, Freiheit und Gleichheit im Einzelfall zu sichern. Selbst punktuelle, vereinzelte Vollzugsdefizite, die sich aus der Fassung des Gesetzes ergeben, können Freiheit schonen und die Staatsmacht menschlich erscheinen lassen. Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist.

3. Einzelfallgerechter Gesetzesvollzug

- (17) Die Automatisierung ist 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.
- (18) Räumt das Gesetz dem maschinell gefundenen Ergebnis Vorrang vor dem materiell richtigen Ergebnis ein, wird der Gedanke des Gesetzesvorrangs verfehlt. Auch die Form der Rechtsverordnung verbietet sich für Programmablaufpläne und den Maschinencode.
- (19) Dass der Verwaltungsbeamte die Übereinstimmung des automatisierten Vollzugs mit dem Gesetz in jedem Einzelfall nachprüfen kann, ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit des Vollzugs darf nur im Rahmen der Gesetzmäßigkeit, nicht aber gegen die Gesetzmäßigkeit verwirklicht werden.
- (20) Der Vorschlag, Rechtsstaatlichkeit durch Algorithmentransparenz befördern zu wollen, führt nicht weiter; zum einen wegen der Komplexität der Systeme, zum anderen, weil der Algorithmus nur die Umstände der innerbehördlichen Entscheidungsfindung betrifft.
- (21) Auch unter den Bedingungen der Automatisierung ist das materielle Gesetz Fundament der Entscheidungsbegründung. Je dunkler das Verwaltungsverfahren bleibt, desto stärker muss sich die Entscheidung aus dem Gesetz ableiten lassen. 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.

- (22) Auch der außergerichtliche Rechtsschutz gegenüber automatisch getroffenen Entscheidungen kann allein dann gelingen, wenn das Gesetz als Maßstab aktuell verbindlich bleibt und der Algorithmus auf die Intervention hin angepasst werden kann (vgl. Art. 22 DSGVO).
- (23) Eröffnet das Gesetz Räume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, überbringt es einen Auftrag zur situationsgerechten Auslegung und Anwendung. Diesen Auftrag kann die Verwaltung mittels Vollzugsautomatisierung nur in engen Grenzen erfüllen.

4. Der Richter als Letztinterpret des Gesetzes

- (24) Der Richter ist 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 der Algorithmus Gegenstand der Rechtsprechung.

5. Verfassungskonforme Gestaltung durch allgemeines Gesetz

- (25) Je nach Legitimationsbedarf und Grundrechtssensibilität, je nach Wertungserfordernissen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite kann sich das allgemeine Gesetz für eine Vollzugsautomatisierung öffnen oder verschließen. Innerhalb eines Rechtsgebiets kann zwischen Regelfällen und Sonderfällen zu unterscheiden sein. Auch mag die Automatisierung auf einzelne Verfahrensschritte oder Entscheidungsarten beschränkt bleiben. Jedenfalls die Vollautomatisierung bedarf einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung.
- (26) Die verfahrensrechtliche Option, die Befassung durch einen Amtsträger herbeizuführen, erweitert die Möglichkeiten der grundsätzlichen Vollautomatisierung. Diese Option drängt sich nicht zuletzt in den Fällen auf, in denen die Vollzugsautomatisierung mit einer Verlagerung der Subsumtionslast auf den Bürger einhergeht.

6. Zurechnung algorithmenbasierter Macht im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft

- (27) Das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip setzen die Zurechenbarkeit von Macht voraus. 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. Den eigenen Einsatz privat entwickelter Algorithmen hat der Staat vollumfänglich zu verantworten. Private Datenmacht ist durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht gebunden.

V. Menschliches Recht

- (28) Ihre gemeinsame Wurzel finden die politische und die private Freiheit in der Menschenwürde, die auf die Frage verweist, welcher Art der Rechtsetzung und Rechtsanwendung wir uns als Menschen unterstellen wollen. In der Abstimmung zwischen den Zielgrößen technikgenerierter Effizienz und selbstgewählten Räumen der Menschlichkeit gilt es, einen legislativen, exekutiven und judikativen Vorbehalt des Menschen zu bestimmen. So muss Technik nicht unmenschlich sein. Das Recht kann sie in den Dienst des Menschen stellen.