

Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung

Nadja Braun Binder*

In the area of government action, automated individual decisions in the sense of the draft revision of the Swiss Federal Data Protection Act (E-DSG) are fully automated decrees. Art. 19 E-DSG provides, on the one hand, for a labelling obligation for such decrees and, on the other hand, for certain decisions, the person concerned is granted the opportunity, upon request, to state his point of view and to demand that the decision be reviewed by a natural person. However, this means that the proposed provision does not go beyond what is already guaranteed in general procedural law on the basis of

the right to be heard (Art. 29 (2) of the Federal Constitution). At the same time, it should be noted that Art. 19 E-DSG does not provide an answer to problems currently discussed in connection with automated decision support (keyword «artificial intelligence»). The challenge in this context is in particular to enable people to make comprehensible and non-discriminatory decisions based on correlation-based forecasts. Furthermore, in the context of state decisions, the control burden of the legality of state decisions must not be shifted from the state to the citizen.

Inhaltsübersicht

- I. Staatlicher Algorithmeinsatz
- II. Art. 19 Abs. 4 E-DSG betreffend automatisierte Einzelentscheidungen von Bundesorganen
 - 1. Kennzeichnungspflicht und rechtliches Gehör ...
 - 2. ... bei vollautomatisiert erlassenen Verfügungen
- III. Hintergrund der Regelung
 - 1. Regelungen auf EU-Ebene: Grundsätzliche Überlegenheit der menschlichen Entscheidung
 - 2. Schweiz: Regelung aufgrund zunehmender Häufigkeit «solcher Entscheidungen»
- IV. Kritische Würdigung
 - 1. Fehlende Analyse des Regelungsbedarfs
 - 2. Kein über das rechtliche Gehör hinausgehender Anspruch
 - 3. Keine Antwort auf offene Fragen aufgrund automatisierter Entscheidungsunterstützung
- V. Ausblick

I. Staatlicher Algorithmeinsatz

Wer sich in den sozialen oder anderen Medien informiert – oder Bundesgerichtsentscheide liest – gewinnt den Eindruck, dass wir uns in einem Zeitalter der schier unbegrenzten digitalen Möglichkeiten befinden oder zumindest gezielt auf unbegrenzte digitale Möglichkeiten zusteuern. So stellt sich z.B. angesichts der Meldungen über den Einsatz von Gesichtserkennungs-Software in China die Frage, ob irgendwann einmal auch in der Schweiz der öffentliche Raum systematisch mithilfe von automatisierter Gesichtserkennung überwacht wird.¹ Bei der Lektüre des Urteils der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2019² zum Thema «Automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung» werden wir daran erinnert, dass in der Schweiz seit mehreren Jahren in einzelnen Kantonen mittels mobiler oder stationärer Überwachungsgeräte die Fahrzeugkontrollschilder automatisch erfasst und mit anderen Datenbanken abgeglichen werden dürfen.³ Ein kürzlich abgeschlossenes, von der EU finanziertes Forschungsprojekt gibt Anlass, sich zu fragen, ob Menschen aus Drittstaaten künftig erst in die EU einreisen dürfen, wenn sie sich einer Überprüfung durch einen Avatar – also eine virtuelle Kunstfigur, hinter

* Prof. Dr. Nadja Braun Binder, MBA ist Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Basel. Der vorliegende Beitrag basiert auf Vorträgen, gehalten am 30. Oktober 2019 anlässlich des Doktorandenkolloquiums «Recht im Wandel» an der Juristischen Fakultät der Universität Basel und am 13. November 2019 anlässlich der Tagung des ITSL und SF-FS zu Automatisierten Entscheidungen in Zürich. Der Text wurde um Fussnoten ergänzt; die Vortragsfassung wurde im Wesentlichen beibehalten.

¹ Vgl. nur etwa Arjun Kharpal, China's surveillance tech is spreading globally, raising concerns about Beijing's influence, CNBC, 8. Oktober 2019, abrufbar unter <<https://cnb.cx/2EpxCln>> (Zugriff am 13.12.2019).

² Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2019, 6B_908/2018.

³ Vgl. z.B. § 45f Polizeigesetz Basel-Landschaft vom 28. November 1996, SGS 700.

der kein Mensch, sondern ein Computerprogramm steht – unterzogen haben.⁴ Ein weiteres EU-Forschungsprojekt, das am 1. September 2019 gestartet ist, verfolgt das Ziel, Personen weltweit über verschiedene Kommunikationskanäle hinweg – etwa über abgehörte Telefonate oder Aufnahmen aus Videoüberwachungskameras – an ihrer Stimme oder ihrer Umgebung wiederzuerkennen und damit die organisierte Kriminalität zu bekämpfen.⁵ Ohnehin setzt die Polizei in verschiedenen Staaten im Rahmen vorausschauender Polizeiarbeit («predictive policing») zunehmend auf Prognoseinstrumente, die auf maschinellen Lernverfahren basieren, und in verschiedenen US-amerikanischen Gliedstaaten wird eine ebenfalls auf maschinellen Lernverfahren beruhende Beurteilungssoftware COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) verwendet, um die Rückfallgefahr von Straftätern zu beurteilen.⁶

Ob bzw. welche der erwähnten internationalen Entwicklungen auch in der Schweiz ihren Niederschlag finden werden, lässt sich an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilen. Es ist aber sicherlich nicht übertrieben, festzuhalten, dass wir uns in verschiedenen Lebensbereichen auf dem Weg hin zu mehr Automatisierung befinden.⁷ Dies betrifft auch die öffentliche Verwaltung.⁸

⁴ Es handelt sich um das Projekt iBorderCtrl, vgl. <<https://www.iborderctrl.eu>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁵ Es handelt sich um das Projekt ROXANNE, vgl. <<http://roxanne-euproject.org>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁶ Vgl. Nadja Braun Binder, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 2019, 467 (470 f.) m.w.N.

⁷ Vgl. nur etwa die Beiträge in diesem Heft von Matthias Glatthaar, Robot Recruiting, Datenschutzrechtliche Aspekte einer Automatisierung von Rekrutierungsentscheidungen, SZW 1/2020, 43 ff.; Roland Mathys/Helen Reinhart, Bestimmung von Vertragskonditionen im Rahmen automatisierter Entscheidungen, SZW 1/2020, 35 ff.; Markus Winkler, Credit Scoring, AML Software & Risk Profiling: Automatisierte Entscheidungen im Rahmen von Finanzdienstleistungen, SZW 1/2020, 62 ff.

⁸ Vgl. den von AlgorithmWatch in Zusammenarbeit mit der Bertelsmann Stiftung herausgegebenen Bericht Automating Society, Januar 2019, <<https://bit.ly/2YnDOCz>> (Zugriff am 13.12.2019). Für die schweizerische Bundesverwaltung vgl. z.B. das Postulat FDP-Liberale Fraktion (18.3783) vom 19. September 2018: Effizienzsteigerung beim Bund durch intelligente Prozessautomatisierung in der Verwaltung oder den am 13. Dezember 2019 vom Bundesrat zur Kenntnis genommenen Bericht einer inter-

Angesichts dieser erwarteten Entwicklung hat der Bundesrat – in Anlehnung an entsprechende Regelungen in Art. 22 der Datenschutz-Grundverordnung der EU (DSGVO)⁹ bzw. Art. 9 der Datenschutzkonvention des Europarates (Konvention 108) in der Fassung gemäss Änderungsprotokoll Nr. 223¹⁰ – einen Regelungsentwurf zu automatisierten Einzelentscheidungen vorgelegt. Dieser findet sich in Art. 19 des Entwurfs des revidierten Datenschutzgesetzes vom 15. September 2017 (E-DSG).¹¹

Dieser Entwurf wird im Folgenden skizziert (II.), und es wird die Frage diskutiert, was der Hintergrund dieser Regelung ist bzw. weshalb und wo der Gesetzgeber einen Regelungsbedarf sieht (III.). Auf der Basis dieser Ausführungen folgt eine kritische Würdigung der vorgeschlagenen Regelung automatisierter Einzelentscheidungen von Bundesorganen im DSG-Entwurf (IV.). Abschliessend folgt ein Ausblick (V.).

II. Art. 19 Abs. 4 E-DSG betreffend automatisierte Einzelentscheidungen von Bundesorganen

1. Kennzeichnungspflicht und rechtliches Gehör ...

Das Datenschutzgesetz wird derzeit totalrevidiert; am 24. und 25. September 2019 hat der Nationalrat auf Basis des Entwurfs des Bundesrates vom 15. September 2017 den Entwurf eines Artikels 19 beschlos-

departementalen Arbeitsgruppe zum Thema «Herausforderungen der künstlichen Intelligenz», S. 87 ff., vgl. <<https://bit.ly/2RU6KCO>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, 1–88.

¹⁰ Änderungsprotokoll zu dem Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten vom 10. Oktober 2018, SEV Nr. 223.

¹¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff., sowie den Entwurf des totalrevidierten Datenschutzgesetzes vom 15. September 2017, BBl 2017 7193 ff. Die folgenden Ausführungen beziehen die im Nationalrat (Erstrat) am 25. September 2019 beschlossenen Änderungen mit ein; vgl. Amtl. Bull. NR vom 25. September 2019, S. 1806 ff.

sen. Am 18. Dezember 2019 befand der Ständerat darüber.¹²

Nach dem Entwurf gemäss Entscheid des Nationalrates besteht für automatisierte Einzelentscheidungen, die für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden sind oder sie erheblich benachteiligen, eine Informationspflicht (Art. 19 Abs. 1 E-DSG). Ausserdem erhält die betroffene Person die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen, wenn sie dies beantragt, und sie kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird (Art. 19 Abs. 2 E-DSG). Für Bundesorgane enthält Abs. 4 eine Kennzeichnungspflicht für automatisierte Einzelentscheidungen. Die Möglichkeit der betroffenen Person, sich zu äussern bzw. eine Überprüfung durch eine natürliche Person zu verlangen (Art. 19 Abs. 2 E-DSG), gilt grundsätzlich auch für automatisierte Einzelentscheidungen von Bundesorganen. Allerdings entfällt sie in Fällen des Art. 30 Abs. 2 VwVG¹³. Art. 30 VwVG konkretisiert den in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör.¹⁴ Gemäss Abs. 1 hat die Behörde die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt. Abs. 2 sieht Ausnahmen von dieser Anhörungspflicht vor, etwa bei Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind, oder Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht. Gemeinsamer Nenner der Ausnahmen von Art. 30 Abs. 2 VwVG ist, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zu Leerläufen und Doppelspurigkeiten in der Entscheidungsfindung führen soll.¹⁵ Ist eine Verfügung bspw. durch Einsprache anfechtbar, so kann die Anhörung im Einspracheverfahren nachgeholt werden.¹⁶ Wird den Begehren

der Parteien voll entsprochen, entfällt das Interesse an einer Mitwirkung ohnehin.¹⁷

2. ... bei vollautomatisiert erlassenen Verfügungen

Die Regelung in Art. 19 E-DSG bezieht sich auf «automatisierte Einzelentscheidungen». Es stellt sich mithin die Frage, was damit gemeint ist. Der Begriff wird verwendet, um Akte von ganz unterschiedlichen Entscheidungsträgern zu erfassen. Es geht darum, Entscheidungen von Privaten und Unternehmen genauso zu regeln, wie die hier interessierenden Entscheidungen von (Bundes-)Behörden. Mit Blick auf Bundesorgane hat der Bundesrat in der Botschaft präzisiert, dass es dabei um den Erlass von Verfügungen gehen soll.¹⁸

Mit «automatisiert» wird zum Ausdruck gebracht, dass «keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat».¹⁹ Der Bundesrat unterscheidet in seiner Botschaft also zwei Schritte: Erstens, die Beurteilung eines Sachverhalts und zweitens, die Entscheidung, die auf dieser Sachverhaltsbeurteilung beruht.²⁰ Werden beide Schritte ohne menschliches Zutun getätigt und resultiert daraus eine Verfügung, dann handelt es sich um eine automatisierte Einzelentscheidung i.S. des Art. 19 Abs. 4 E-DSG. Man könnte auch von einer vollautomatisiert erlassenen Verfügung sprechen.

Art. 19 Abs. 4 E-DSG sieht demnach mit Blick auf vollautomatisiert erlassene Verfügungen vor, dass in jenen Fällen, in denen die Parteien ohnehin gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG anzuhören sind, auch Art. 19 Abs. 2 E-DSG – also insbesondere die Möglichkeit der betroffenen Person, ihren Standpunkt darzulegen, wenn sie dies verlangt, – zum Tragen kommt. Kann dagegen bei Verfügungen auf eine Anhörung verzichtet werden (Art. 30 Abs. 2 VwVG), kann die betroffene

¹² Da insgesamt noch Abweichungen gegenüber der nationalrätlichen Vorlage bestehen, ging die Vorlage anfangs 2020 zurück an den Nationalrat. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Fassung gemäss Nationalrat (Erstrat) vom 25. September 2019 bzw. Ständerat vom 18. Dezember 2019; vgl. Amtl. Bull. 2019 NR 1806 ff. und Amtl. Bull. 2019 StR 1243 f.

¹³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

¹⁴ Zu den Verfahrensgarantien im Kontext von automatisierten Entscheidungen vgl. auch den Beitrag in diesem Heft von *Rolf H. Weber*, *Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte*, SZW 1/2020, 18 ff.

¹⁵ *Patrick Sutter*, in: C. Auer/M. Müller/B. Schindler (Hrsg.), *VwVG Kommentar*, 2. Aufl., 2019, Art. 30 Rz. 23.

¹⁶ *Bernhard Waldmann/Jürg Bickel*, in: B. Waldmann/P. Weissenberger (Hrsg.), *VwVG Praxiskommentar*, 2. Aufl., 2016, Art. 30 Rz. 59.

¹⁷ *Waldmann/Bickel* (Fn. 16), Rz. 63.

¹⁸ Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 (Fn. 11), BBl 2017 6941 (7059).

¹⁹ Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 (Fn. 11), BBl 2017 6941 (7056). Vgl. allgemein zur Definition automatisierter Entscheidungsfindung den Beitrag in diesem Heft von *Clara-Anna Gordon/Tanja Lutz*, *Haftung für automatisierte Entscheidungen*. Herausforderungen in der Praxis, SZW 1/2020, 53 ff., 54.

²⁰ Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 (Fn. 11), BBl 2017 6941 (7057).

ne Person auch nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 2 E-DSG verlangen, ihren Standpunkt darzulegen.²¹

III. Hintergrund der Regelung

1. Regelungen auf EU-Ebene: Grundsätzliche Überlegenheit der menschlichen Entscheidung

Die Bestimmung in Art. 19 Abs. 4 E-DSG ist u.a. als Reaktion auf den Erlass von Art. 22 der DSGVO entstanden.²² Art. 22 DSGVO ist allerdings nicht die erste EU-rechtliche Regelung automatisierter Einzelentscheidungen.²³ Bereits die Datenschutzrichtlinie der EG aus dem Jahr 1995 (Richtlinie 95/46/EG)²⁴ enthielt in Art. 15 eine Bestimmung betreffend automatisierte Einzelentscheidungen. Ähnlich wie die Nachfolgeregelung, Art. 22 DSGVO, enthielt Art. 15 der Datenschutzrichtlinie ein grundsätzliches Verbot automatisierter Einzelentscheidungen, wobei die Möglichkeit bestand, solche Entscheidungen zuzulassen, wenn dies zum Beispiel in einem Gesetz vorgesehen war und dieses Gesetz Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegte. Wie die aktuellen Regelungen umfasste bereits Art. 15 der Datenschutzrichtlinie sowohl Verwaltungsmassnahmen als auch Entscheidungen im privaten Bereich. Ein Vergleich der Regelung in Art. 15 der Datenschutzrichtlinie mit jener in Art. 22 der DSGVO zeigt, dass neu das sog. «Profiling» dazu gekom-

men ist.²⁵ Damit wird Profiling in Art. 22 DSGVO nun als ein Unterfall der automatisierten Einzelentscheidung behandelt. Im Übrigen geht es in Art. 22 DSGVO wie in Art. 15 der Datenschutzrichtlinie darum, dass die betroffene Person «das Recht hat, keiner Entscheidung zur Bewertung von sie betreffenden persönlichen Aspekten unterworfen zu werden, die ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung beruht und die rechtliche Wirkung für die betroffene Person entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt».²⁶

Zum Hintergrund der beiden EU-Regelungen findet sich in den Materialien nicht viel. Aufschlussreich ist lediglich der folgende Passus aus der Begründung zu Art. 15 der Datenschutzrichtlinie: «Die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der Informatik bei der Entscheidungsfindung ist eine der Hauptgefahren der Zukunft: Das von der Maschine gelieferte Ergebnis, das immer höher entwickelte Software und Expertensysteme zugrunde legt, hat einen scheinbar objektiven und unstreitbaren Charakter, dem der menschliche Entscheidungsträger übermässige Bedeutung beimessen kann, wenn er seiner Verantwortung nicht nachkommt.»²⁷

Die menschliche Entscheidung wird also grundsätzlich als überlegen betrachtet. Entsprechend erstaunt es nicht, dass Art. 22 der DSGVO auf das Dazwischentreten eines Menschen (oder andere Schutzmechanismen zugunsten des Betroffenen) abstellt, indem automatisierte Entscheidungen grundsätzlich verboten werden.²⁸ Automatisierte Entscheidungen sind nur ausnahmsweise und mit entsprechenden Vorkehrungen zulässig – im Kontext behördlicher Entscheidungen wird es regelmässig um die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage gehen.

²¹ Damit geht die Regelung im E-DSG nicht über das hinaus, was das VwVG bereits vorsieht. Vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.

²² Vgl. zu den internationalen Rahmenbedingungen mit Blick auf die DSG-Revision den Erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz (BJ) zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutzgesetz vom 21. Dezember 2016, S. 13 ff., vgl. <<https://bit.ly/2EfWJav>> (Zugriff am 13.12.2019), sowie den Beitrag in diesem Heft von *Florent Thouvenin/Alfred Früh*, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SZW 1/2020, 3 ff.

²³ Vgl. auch *Florent Thouvenin/Alfred Früh/Damian George*, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, Jusletter 26. November 2018, Rz. 21 ff.

²⁴ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

²⁵ Nach der Definition von Artikel 4 Nr. 4 DSGVO ist «Profiling» jede Art der automatisierten Verarbeitung von Daten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte einer Person zu bewerten.

²⁶ Erwägungsgrund 71 zur DSGVO.

²⁷ KOM(92) 422 endg., S. 26.

²⁸ Vgl. *Kai von Lewinski*, in: H. A. Wolff/S. Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 30. Aufl., 2019, Art. 22 DSGVO Rz. 3.1 und 23 ff.

2. Schweiz: Regelung aufgrund zunehmender Häufigkeit «solcher Entscheidungen»

Art. 15 der Datenschutzrichtlinie blieb in der Schweiz nicht unbemerkt. Der Bundesrat wollte als Reaktion darauf bereits 2003 eine entsprechende Regelung (Art. 7b) ins Datenschutzgesetz aufnehmen.²⁹ Dieses Vorhaben wurde allerdings stark kritisiert und vom Parlament schliesslich fallen gelassen.³⁰ Im Unterschied zu Art. 15 der Datenschutzrichtlinie sah der Bundesrat bereits 2003 lediglich eine Informationspflicht vor und kein grundsätzliches Verbot. Diese Informationspflicht sollte dann bestehen, wenn ein Entscheid, der für die betroffene Person rechtliche Folgen hat oder sie sonst wesentlich betrifft, ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, welche die Bewertung einzelner Aspekte ihrer Persönlichkeit bezweckt. In seiner Botschaft erläuterte der Bundesrat den vorgeschlagenen Art. 7b wie folgt: «Damit [mit der Informationspflicht – Anm. der Autorin] soll verhindert werden, dass die Bewertung von Persönlichkeitsaspekten der betroffenen Person ausschliesslich in automatisierter Form erfolgt, ohne dass eine Beurteilung durch Menschen vorgenommen und ohne dass die betroffene Person darüber informiert wird, wie dieser Entscheid getroffen wurde.»³¹ Und weiter: «Damit [mit der Informationspflicht – Anm. der Autorin] wird für die betroffene Person ein Stück weit das rechtliche Gehör gewährleistet.»³² Bereits 2003 sollte also im Falle von automatisierten Einzelentscheidungen, die von Bundesbehörden (oder Privaten) ergehen, zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs eine Informationspflicht greifen. Offen kann an dieser Stelle bleiben, ob dies mit Blick auf behördliche Entscheide allein den Erlass von Verfügungen betroffen hätte oder auch Realakte erfasst gewesen wären, denn wie erwähnt, wurde Artikel 7b in den parlamentarischen Beratungen fallen gelassen.

Nunmehr liegt mit dem bereits erwähnten Art. 19 E-DSG ein erneuter Entwurf für die Regelung

automatisierter Einzelentscheidungen vor. Dazu erläutert der Bundesrat in seiner Botschaft vom September 2017, dass die Einführung des Begriffs der automatisierten Einzelentscheidung erfolge, weil aufgrund der technologischen Entwicklung solche Entscheidungen immer häufiger auftreten werden.³³ Welche konkreten Herausforderungen mit der technologischen Entwicklung einhergehen und entsprechende Regelungen notwendig machen, wird in der Botschaft allerdings nicht näher ausgeführt. Es kann nur vermutet werden, dass der Regelung ähnlich wie jener in Art. 22 EU-DSGVO bzw. Art. 15 der Datenschutzrichtlinie die Prämisse zugrunde liegt, dass menschliche Entscheidungen gegenüber vollautomatisierten Entscheidungen grundsätzlich vorzuziehen sind. Letztlich aber bleibt die Motivation hinter der Regelung unklar.

IV. Kritische Würdigung

1. Fehlende Analyse des Regelungsbedarfs

Im Rahmen der kritischen Würdigung ist als Erstes festzuhalten, dass im Kontext der Revision des Datenschutzgesetzes der grundsätzliche Regelungsbedarf im Zusammenhang mit dem Erlass von vollautomatisierten Verfügungen nicht analysiert wird. Trifft die Annahme des Bundesrates, wonach «solche Entscheidungen immer häufiger auftreten werden»³⁴ zu, dann wäre eine solche Analyse allerdings unerlässlich. In Deutschland etwa hat die Notwendigkeit, das Besteuerungsverfahren zu automatisieren zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den Anforderungen an vollautomatisiert erlassene Verfügungen und zu entsprechenden Regelungen in der Abgabenordnung, im Verwaltungsverfahrensgesetz sowie im Zehnten Buch Sozialgesetzbuch, in dem das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren geregelt ist, ge-

²⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101 (2134), sowie den Entwurf der Revision des Datenschutzgesetzes vom 19. Februar 2003, BBl 2017 2156 (2158).

³⁰ Beat Rudin, Wenn die Maschine entscheidet und lernt, digma 2017, S. 96 (96).

³¹ Botschaft des Bundesrates vom 19. Februar 2003 (Fn. 29), BBl 2003 2134.

³² Ebd.

³³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 (Fn. 11), Erläuterung zu Art. 19 E-DSG: «Die Einführung dieses neuen Begriffs [automatisierte Einzelentscheidungen – Anm. der Autorin] erfolgt, weil aufgrund der technologischen Entwicklung solche Entscheidungen immer häufiger auftreten werden», BBl 2017 6941 (7056), sowie den Erläuternden Bericht des BJ vom 21. Dezember 2016 (Fn. 22), S. 59: «Die Einführung dieses neuen Begriffs ist notwendig. Denn solche Entscheidungen sind in allen Wirtschaftsbereichen immer häufiger und werden teilweise auf der Grundlage falscher Daten getroffen.»

³⁴ Vgl. Fn. 33.

führt.³⁵ Zwar wird in der Schweiz im Zuge der Totalrevision des Datenschutzgesetzes in verschiedenen Gesetzen eine Rechtsgrundlage eingeführt, wonach der automatisierte Erlass einer Verfügung ermöglicht werden soll.³⁶ Dabei belassen es die Formulierungen allerdings jeweils bei einem Verweis auf Art. 19 E-DSG.³⁷ Eine grundlegende Auseinandersetzung mit dem Regelungsbedarf im Zusammenhang mit vollautomatisiert erlassenen Verfügungen – etwa mit Blick auf die Umsetzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Mitwirkungspflicht der Parteien oder mit Blick auf die Frage, ob vollautomatisierte Verfügungen auch möglich sein sollen bei Bestehen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums einer Behörde,³⁸ – findet auch in diesem Kontext nicht statt.

2. Kein über das rechtliche Gehör hinausgehender Anspruch

Wie vorne (II.) dargelegt, schreibt Art. 19 Abs. 4 E-DSG beim vollautomatisierten Erlass von Verfügungen vor, dass solche Entscheidungen zu kennzeichnen sind und dass die betroffene Person gemäss Art. 19 Abs. 2 E-DSG in Konstellationen, in denen die Parteien gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG ohnehin anzuhören sind, verlangen kann, ihren Standpunkt darzulegen und den Entscheid durch eine natürliche Person überprüfen zu lassen.

Die Kennzeichnungspflicht gemäss Art. 19 Abs. 4 Satz 1 E-DSG ist mit Blick auf den Erlass von Verfügungen nichts anderes als ein Mittel zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs. Dies ging 2003 explizit aus der Formulierung der Botschaft des Bundesrates hervor.³⁹ Beim aktuellen Entwurf findet sich die Verknüpfung mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Verweis auf Art. 30 Abs. 2 VwVG, wonach die Möglichkeit der betroffenen Person, auf Antrag hin ihren Standpunkt darzulegen, in bestimmten Fällen entfällt. Die Kennzeichnungspflicht enthält demnach keine eigenständige Bedeutung, es sei denn, man erblicke in der Kennzeichnung von Entscheidungen, zu denen gemäss Art. 30 Abs. 2 VwVG auf vorherige Anhörung der betroffenen Person verzichtet werden kann, einen Mehrwert.

Die Möglichkeiten des Art. 19 Abs. 2 E-DSG decken sich mit dem Anspruch, den Art. 30 Abs. 1 VwVG ohnehin vermittelt. Gestützt auf Art. 30 Abs. 1 VwVG können die Betroffenen – im Rahmen gesetzlicher Vorschriften und prozessleitender Anordnungen – nämlich selbst bestimmen, «wie, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang sie mit den Behörden verkehren wollen».⁴⁰ Der in Art. 19 Abs. 2 E-DSG erwähnte «Antrag» verschafft der betroffenen Person diesbezüglich keine weitergehenden Ansprüche gegenüber dem verfügenden Bundesorgan.⁴¹ Für die

³⁵ Vgl. dazu nur etwa *Nadja Braun Binder*, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, DÖV 2016, S. 891 ff.; *Annette Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, S. 364 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³⁶ Dies betrifft die Festsetzung der Schwerverkehrsabgabe nach dem Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe vom 19. Dezember 1997 (SVAG), SR 641.81; die Festsetzung des Steuerbetrags nach dem Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (TStG), SR 641.31; die Festsetzung des Steuerbetrags nach dem Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (MinöStG), SR 641.61; die Veranlagung nach dem Bundesgesetz über die Biersteuer vom 6. Oktober 2006 (BStG), SR 641.411; die Veranlagung nach dem Zollgesetz vom 18. März 2005 (ZG), SR 631.00; die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Aufgaben gemäss Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (MVG), SR 833.1 sowie die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Aufgaben gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG), SR 832.2. Vgl. dazu *David Rechsteiner*, Der Algorithmus verfügt, Jusletter 26. November 2018, Rz. 16.

³⁷ Vgl. z.B. Art. 11 Abs. 4 E-SVAG: «Die Festsetzung der Abgabe kann als automatisierte Einzelentscheidung nach Artikel 19 des Datenschutzgesetzes vom (...) erfolgen» oder Art. 18 Abs. 4 E-TStG: «Die Festsetzung des Steuerbetrags kann als automatisierte Einzelentscheidung nach Artikel 19 des Datenschutzgesetzes vom (...) erfolgen».

³⁸ Die im UVG und MVG vorgesehene Möglichkeit, automatisierte Einzelentscheidungen zu erlassen, betrifft theoretisch auch Konstellationen, in denen der Behörde ein Ermessensspielraum zukommt. *Rechsteiner* (Fn. 36), Rz. 31, verneint die Zulässigkeit von vollautomatisiert erlassenen Verfügungen in solchen Konstellationen.

³⁹ Vgl. Fn. 32.

⁴⁰ *Waldmann/Bickel* (Fn. 16), Rz. 28.

⁴¹ So mit Blick auf den Vorentwurf des BJ zur Revision des Datenschutzgesetzes vom 21. Dezember 2016 (Fn. 22) bereits *Simon Roth*, Die automatisierte Einzelentscheidung, *digma* 2017, S. 104 (105). Ebenso *Beat Rudin*, Anpassungsbedarf in den Kantonen, *digma* 2017, S. 58 (63), der konsequenterweise zum Schluss kommt, dass eine spezifische Regelung in den kantonalen Datenschutzgesetzen nicht notwendig sei, weil den betroffenen Personen im

Modalitäten der Anhörung nach Art. 30 Abs. 1 VwVG gilt, dass diese den Parteien ermöglichen müssen, «ihre Mitwirkungsrechte angemessen, wirksam und effizient wahrnehmen und ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen»⁴² zu können. Die in Art. 19 Abs. 2 E-DSG vorgesehene Überprüfung durch eine natürliche Person dient dem Zweck, die Vorbringen der betroffenen Person im Rahmen der automatisierten Entscheidung zu berücksichtigen. Damit gestaltet sich die Überprüfung der Entscheidung durch eine natürliche Person als eine konkrete Modalität, um den Standpunkt der betroffenen Person wirksam zur Geltung zu bringen.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass Art. 19 Abs. 4 E-DSG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 E-DSG) keine weitergehenden Ansprüche als jene gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG einräumt. Die Regelung bringt also keinerlei Mehrwert, schlimmstenfalls trägt sie zur Entstehung von Rechtsunsicherheit bei, falls die Verletzung der datenschutzrechtlichen Kennzeichnungs- und Anhörungspflicht als widerrechtliche Datenbearbeitung i.S.v. Art. 37 Abs. 1 E-DSG qualifiziert und ein nach Eintritt der formellen Bestandskraft der vollautomatisiert erlassenen Verfügung auf Art. 37 Abs. 1 lit. b E-DSG gestützter Anspruch auf Beseitigung der Folgen einer widerrechtlichen Datenbearbeitung geltend gemacht werden sollte. Wäre die – bestandskräftige! – Verfügung daraufhin aufzuheben?⁴³

3. Keine Antwort auf offene Fragen aufgrund automatisierter Entscheidungsunterstützung

Worum es in Art. 19 E-DSG nicht geht, ist die Frage der automatisierten Entscheidungsunterstützung. Viele relevante Phänomene, die aktuell unter dem Schlagwort «Künstliche Intelligenz» (KI) und «Automated Decision Making» (ADM)⁴⁴ diskutiert werden,

bleiben von der Regelung weitgehend unberührt.⁴⁵ Alle eingangs (I.) erwähnten Beispiele werden von ihr nicht erfasst, da es sich dabei nicht um Entscheidungen handelt, die ohne jegliches menschliche Zutun getroffen werden. Angesichts komplexer Entscheidungsunterstützungssysteme gilt es aber, den Menschen zu befähigen, nachvollziehbare und diskriminierungsfreie Entscheidungen zu treffen.

So stehen wir beim staatlichen Einsatz von KI und ADM etwa vor der Herausforderung, dass die im Rahmen maschineller Lernverfahren eingesetzten Algorithmen nicht mehr ohne Weiteres nachvollziehbar sind.⁴⁶ Hier stellt sich vor allem die Frage, wie die rechtsstaatlichen Begründungserfordernisse sichergestellt werden können. Ausserdem müssen maschinelle Lernverfahren vor einem Einsatz trainiert werden.⁴⁷ Die Trainingsdaten sind prägend für die spätere Funktionsweise des Systems. Falsche Trainingsdaten können dazu führen, dass das System unkorrekte Resultate liefert. Das ist allerdings kein datenschutzrechtliches Problem, sondern ein Problem, das auch nicht personenbezogene Daten betrifft. Es besteht zudem das Risiko, dass das System historisch gewachsene Vorurteile, die sich in den Trainingsdaten niederschlagen, übernimmt und perpetuiert bzw. noch verstärkt.⁴⁸ Mithin kann mit der Nutzung von KI ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial einhergehen.

Diese Fragen hängen nicht unmittelbar damit zusammen, dass der Mensch im Entscheidungsprozess vollständig ausgeschaltet ist.⁴⁹ Es geht also gerade nicht um automatisierte Einzelentscheidungen i.S. von Art. 19 E-DSG. Vielmehr geht es bei diesen Fragestellungen um die Tatsache, dass die Digitalisierung ein Ausmass erreicht hat, das den Menschen bei sei-

Vorfeld des Erlasses von Verfügungen ein Anspruch auf rechtliches Gehör zukomme.

⁴² Waldmann/Bickel (Fn. 16), Rz. 30.

⁴³ Auf diese Problematik hat Roth (Fn. 41) bereits 2017 hingewiesen.

⁴⁴ Vgl. zur Terminologie Braun Binder (Fn. 6), S. 468 ff. sowie die Hinweise im Bericht des ITSL zum Workshop vom 12.–14. September 2019 zum Thema «Towards Principled Regulation of Automated Decision-Making», <<https://bit.ly/2suYOrm>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁴⁵ So auch Bericht «Herausforderungen der künstlichen Intelligenz» (Fn. 8), S. 37.

⁴⁶ Vgl. dazu Braun Binder (Fn. 6), S. 472 f.

⁴⁷ Vgl. dazu Braun Binder (Fn. 6), S. 473 ff.

⁴⁸ Anschaulich am Beispiel der vom Österreichischen Arbeitsmarktservice eingesetzten Algorithmen Wiebke Fröhlich/Indra Spiecker genannt Döhmann, Können Algorithmen diskriminieren? VerfBlog, 2018/12/26, <<https://bit.ly/2KLq2X0>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁴⁹ Allerdings ist auch eine Kombination von automatisierten Einzelentscheidungen und maschinellen Lernverfahren denkbar, vgl. am Beispiel des deutschen Besteuerungsverfahrens Nadja Braun Binder, Algorithmisch gesteuertes Risikomanagement in digitalisierten Besteuerungsverfahren, in: S. Unger/A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 161–181.

ner Entscheidung vor neue Herausforderungen stellt. Diese hängen insbesondere damit zusammen, dass gewisse ADM-Verfahren Prognosen auf der Basis von Korrelationen abgeben.⁵⁰ So stützt sich die Empfehlung zur Beurteilung der Rückfallgefahr von Straftätern beim System COMPAS nicht auf die Analyse der individuellen Person ab, sondern ordnet die betreffende Person aufgrund bestimmter Kriterien einer bestimmten Gruppe von Personen zu.⁵¹ Die Funktionsweise von COMPAS ist aufgrund der eingesetzten maschinellen Lernverfahren dabei nicht nachvollziehbar. Es ist also letztlich unklar, weshalb eine Person einer bestimmten Gruppe zugeordnet wird.

V. Ausblick

Art. 19 E-DSG enthält eine vermeintliche Rechtsgrundlage für vollautomatisiert erlassene Verfügungen, ohne dass der Gesetzgeber entsprechenden Regelungsbedarf analysiert hätte. Diese Analyse ist nachzuholen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, welche Aspekte im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht zu regeln sind. Ebenso besteht ein grundsätzlicher Bedarf, sich damit auseinanderzusetzen, was es bedeutet, wenn (Bundes-)Behörden KI oder ADM

einsetzen und welche Regelungen notwendig sind, um die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien und diskriminierungsfreie Entscheidungen zu gewährleisten. Ein Eckpunkt einer solchen Regelung könnte darin bestehen, dass jede Behörde, die automatisierte Entscheidungsunterstützung bei der Interaktion mit Einzelpersonen verwendet, verpflichtet wird, die Nutzung dieses Systems in einem speziellen Register offenzulegen.⁵² Das Register würde den Verwendungszweck des Systems, eine Erklärung des Modells (Logik) und Informationen darüber, wer das System entworfen hat, enthalten. Darüber hinaus sollte jede Person, die von einer Entscheidung betroffen ist, die auf automatisierter Entscheidungsunterstützung basiert, entsprechend informiert werden. Beim Einsatz von automatisierter Entscheidungsunterstützung im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verfügung, wäre zudem sicherzustellen, dass die betroffene Person in der Lage ist, die Verfügung gegebenenfalls anzufechten. Zu diesem Zweck muss sie das Recht haben, alle relevanten Informationen anzufordern. Gleichzeitig darf der Einsatz von automatisierter Entscheidungsunterstützung durch Behörden aber nicht dazu führen, dass die Kontrolle der Rechtmässigkeit von staatlichen Entscheidungen vom Staat auf den Bürger abgewälzt wird.

⁵⁰ Workshop-Bericht des ITSL (Fn. 44).

⁵¹ Vgl. zum System COMPAS die Angaben auf der Unternehmenswebseite: <<http://www.equivant.com>> (Zugriff am 13.12.2019). Kritisch zu COMPAS u.a. *Julia Angwin/Jeff Larson/Surya Mattu/Lauren Kirchner*, Machine Bias – The software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks, 2016, <<https://bit.ly/1XMKh5R>> (Zugriff am 13.12.2019).

⁵² Vgl. zu den hier wiedergegebenen Regulierungsvorschlägen Workshop-Bericht des ITSL (Fn. 44).