

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1511

Verwaltungsautomation 2.0

**Automatisiert erlassene Verwaltungsakte
im Bereich von Spielräumen**

Von

Daniel Busche



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL BUSCHE

Verwaltungsautomation 2.0

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1511

Verwaltungsautomation 2.0

Automatisiert erlassene Verwaltungsakte
im Bereich von Spielräumen

Von

Daniel Busche



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahr 2023
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18964-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58964-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Max

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2022/23 als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der dortigen Professur für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Lothar Michael). Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von April 2023.

Mein tiefer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Lothar Michael. Für das Maß an Freiheit, das er mir gewährte, die stete Diskussionsbereitschaft und die vielfältigen Denkanstöße, mit denen er den gesamten Schaffensprozess begleitet hat. Insbesondere sein präziser Blick für Verbesserungspotenzial und der konstruktive Austausch haben ganz erheblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Ganz herzlich danke ich Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, die anregende Diskussion im Rahmen meiner Disputation und die Bestärkung, meinen Weg in der Wissenschaft weiter zu verfolgen.

Einen Dank aussprechen möchte ich auch der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mein Promotionsvorhaben – wie bereits meine Studienzeit – mit einem Stipendium ideell und finanziell gefördert hat. Als besonders hilfreich habe ich den dadurch ermöglichten interdisziplinären Austausch mit anderen Doktoranden empfunden. Dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. danke ich für die finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung.

Bedanken möchte ich mich bei allen Freundinnen und Freunden, die mich bei der Erstellung der Arbeit auf vielfältige Art und Weise unterstützt haben. Sei es durch privaten Zuspruch, inhaltlichen Austausch oder ganz konkret durch die kritische Durchsicht des Manuskripts. Für Letzteres schulde ich Laura Heinlein, Dr. Max Lohrmann, Dr. Miriam Stall, Neele Lautner, Sarah Dersarkissian, Dr. Tillmann Horter und Vanessa Teckenburg besonderen Dank. Ein besonders großer Dank gebührt meiner Familie, deren Rückhalt mir die Freiheit gab, meine Interessen zu entfalten und auf deren Unterstützung ich mich auch in schwierigen Zeiten immer verlassen konnte. Ihnen und insbesondere Max ist diese Arbeit in Dankbarkeit gewidmet.

Düsseldorf im Juli 2023

Daniel Busche

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Einführung in die Problematik	19
B. Gang der Untersuchung	21
<i>1. Teil</i>	
Grundlagen der Verwaltungsautomation	23
A. Begriffliche und technische Grundlagen	23
I. Begriffliche Eingrenzung der Verwaltungsautomation	23
1. Ausgangspunkt: Einsatz automatischer Einrichtungen	23
2. Eingrenzung auf den automatisierten Erlass von Verwaltungsakten	24
II. Technische Grundlagen: Algorithmen und maschinelles Lernen	24
1. Allgemeine Merkmale von Algorithmen	25
2. Künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen	26
a) Künstliche Intelligenz	26
b) Maschinelles Lernen: Problemlösung mithilfe von Daten und Lernalgorithmen	28
aa) Grundlagen: Erfahrungswerte und Lernalgorithmen	28
bb) Drei Arten des Lernens	29
(1) Überwachtes Lernen	29
(2) Unüberwachtes Lernen	30
(3) Verstärkendes Lernen	31
3. Determiniertheit und Vorhersehbarkeit	31
a) Erklärbarkeit und Interpretierbarkeit eines Algorithmenmodells	32
b) Fortlaufende Anpassung von ML-Algorithmen	35
c) Unterschiedliche Einsatzorte für regelbasierte und ML-Algorithmen	36
d) Zwischenergebnis	37
4. Ausblick: Problemlösungskompetenzen von ML-Algorithmen	37
a) Gegenwärtiger Stand: Begrenzte Problemlösungskompetenzen	37
b) Fähigkeiten und Grenzen von <i>Large Language Models</i>	38
c) ML-Algorithmen im Bereich hoheitlicher Tätigkeit	40
B. Rechtliche Grundlagen der Verwaltungsautomation	42
I. Automatisiert erlassene Verwaltungsentscheidungen	42

1. Einordnung als Verwaltungsakt	42
2. Keine grundlegenden rechtlichen Einwände gegen die Verwaltungs- automation	44
II. Anwendungsbereich der Vorschriften zu automatisiert erlassenen Ver- waltungsakten	45
1. Automatisierter Erlass von Verwaltungsakten im VwVfG	45
a) Erlass eines Verwaltungsaktes	46
b) Erlass mit Hilfe bzw. durch automatische Einrichtungen	47
c) Systematisches Verhältnis der §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5, 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG zu § 35a VwVfG	48
aa) Anwendungsbereich des § 35a VwVfG	48
(1) Vollständigkeit = Fehlen einer personalen Bearbeitung in allen Verfahrensschritten	48
(2) Einschränkung des Anwendungsbereichs aus teleolo- gischen Gründen	50
bb) Anwendungsbereich der §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5, 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG	51
2. Automatisierter Erlass von Verwaltungsakten im SGB X und der AO	52
a) Vollständig automatisierter Verwaltungsakterlass	52
aa) Anwendungsbereich des § 31a S. 1 SGB X	52
bb) Anwendungsbereich des § 155 Abs. 4 AO	53
b) Vorschriften zu Verfahrenserleichterungen im SGB X und der AO	54
3. Zwischenergebnis	54
III. Organisations- und verfahrensrechtliche Anforderungen an automatisiert erlassene Verwaltungsakte	55
1. Zulassung durch Rechtsvorschrift	55
a) Vorbehalt des Gesetzes	55
aa) Erfordernis einer gesetzlichen Regelung ausgehend vom einzelnen Verfahren	57
bb) Erforderlichkeit einer allgemeinen Regelung der (Voll-)Auto- mation	59
b) Rechtssatzvorbehalt nach § 35a VwVfG	61
aa) Vergleich mit § 31a S. 1 SGB X und § 155 Abs. 4 AO	61
bb) Zulassung durch Rechtsvorschrift	63
(1) Rechtsvorschrift = Gesetz im materiellen Sinne	63
(2) Keine ausdrückliche Ermächtigung des Verordnungs- gebers erforderlich	65
cc) Anforderungen an den Inhalt der Rechtsvorschrift	66
(1) Bestimmtheit der Rechtsvorschrift	66
(2) Ausdrückliche oder eindeutig erkennbare Zulassungsent- scheidung	67
dd) Verhältnis des § 35a VwVfG zum § 1 Abs. 1 a. E. VwVfG	68
c) Zwischenergebnis	70

2. Verfahrensrechtliche Anforderungen an automatisiert erlassene Verwaltungsakte	71
a) Gegenwärtige Bedeutung verfahrensrechtlicher Erleichterungen ..	71
aa) Absehen von der Namenswiedergabe und Verwendung von Schlüsselzeichen	71
bb) Absehen von der Begründung in automatisiert durchgeführten Verfahren	72
(1) Technischer Wandel	72
(2) Restriktive Anwendung erforderlich	73
(3) Zwischenergebnis	75
cc) Absehen von der Anhörung in automatisiert durchgeführten Verfahren	75
(1) Technischer Wandel	75
(2) Restriktive Anwendung erforderlich	76
(3) Zwischenergebnis	77
b) Spezialregelungen im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes ...	77
aa) Berücksichtigungspflicht für einzelfallbedeutsame Angaben ..	78
(1) Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung	78
(2) Indirekte Normierung einer Mitwirkungsobliegenheit ..	80
bb) Freitextfeld und Aussteuerungspflicht im Besteuerungsverfahren	80
cc) Verhältnis zur Anhörungspflicht	81
dd) Einsatz von Risikomanagementsystemen bei der Steuerfestsetzung	82
IV. Sonderfall: ML-Algorithmen	84
1. Verwaltungsaktqualität beim Einsatz von ML-Algorithmen	85
2. Zulässigkeit des Einsatzes von ML-Algorithmen	87
a) ML-Algorithmen im Bereich automatisiert erlassener Verwaltungsakte	87
aa) Gesetzmäßigkeit und demokratische Legitimation	88
(1) Vereinbarkeit mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip	89
(2) Demokratische Legitimation beim Einsatz von ML-Algorithmen	91
bb) Bindung an überpositive Gerechtigkeit	94
cc) Transparenz der ML-Algorithmen	95
(1) Unproblematische Einsatzbereiche	96
(2) Mögliche Kompensation durch geeignete Maßnahmen ..	97
b) Exkurs: Einsatz von ML-Algorithmen zur Entscheidungsunterstützung	100
3. Anwendbarkeit einfach-rechtlicher Vorschriften beim Einsatz von ML-Algorithmen	102

2. Teil

Spielräume der Verwaltung	105
A. Die historische Entwicklung des Ermessensbegriffs	105
I. Die vor- und frühkonstitutionellen Wurzeln	106
II. Prägung durch Rechtsstaatslehren und Verwaltungsgerichtsgesetze	107
1. Revision der Ermessenslehre aus Sicht der Rechtsstaatslehren	107
2. Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	109
III. Entwicklung der spätkonstitutionellen Ermessenslehre	109
1. Ausklammerung tatbestandlicher Spielräume aus dem Ermessens- begriff	109
a) Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff	110
b) Tendenzielle Reduzierung des Ermessens auf die Wahl der Rechtsfolge	110
2. Einschränkung des Rechtsfolgeermessens	112
a) Übermaßverbot als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Eingriffe .	112
b) Ermessensfehlerlehre	113
IV. Kritische Würdigung der spätkonstitutionellen Ermessenslehre	114
B. Spielräume in der herrschenden Verwaltungsrechtsdogmatik	116
I. Grundlegende Begriffe und Unterscheidungen	117
1. Ausgangspunkt: Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene und Ermessen auf Rechtsfolgenreihe	117
2. Unterscheidung zwischen „striker“ und „gelockerter“ Gesetzes- bindung	118
II. Ermessen der Verwaltung	119
1. Bedeutung der Ermessenseinräumung	120
2. Voraussetzungen der Ermessenseinräumung an die Verwaltung	120
3. Rechtliche Bindungen als Grenze des Ermessens	121
a) Ermessensfehler als Verletzung der rechtlichen Bindungen	121
b) Ermessensreduzierung auf Null	123
4. Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften	124
III. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume	126
1. Unbestimmte Rechtsbegriffe	126
2. Begründungsansätze für die Annahme eines Beurteilungsspielraums	127
a) Ausgangspunkt: Lehre vom Beurteilungsspielraum und Vertret- barkeitslehre	127
aa) Lehre vom Beurteilungsspielraum	127
bb) Vertretbarkeitslehre	129
cc) Fortentwicklung durch normative Ermächtigungslehre	130
b) Heute überwiegend vertretener Ansatz: Normative Ermächti- gungslehre	130
aa) Begründungsansätze für die vollständige Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe	131

(1) Normtheoretischer Begründungsansatz	131
(2) Verfassungsrechtlicher Begründungsansatz	132
bb) Beurteilungsspielraum durch normative Ermächtigung zur letztverbindlichen Entscheidung	133
(1) Einbeziehung des Gesetzgebers zur Bestimmung der Kompetenzgrenze	133
(2) Kriterien zur Bestimmung einer normativen Ermächti- gung im Einzelfall	134
(a) Ausgangspunkt: Auslegung	134
(b) Besondere Berücksichtigung funktionell-rechtlicher Erwägungen	134
3. Herausbildung einer Kasuistik anerkannter Beurteilungsspielräume .	136
4. Gerichtliche Überprüfung auf Beurteilungsfehler	138
IV. Bedeutung der Rechtsprechung	139
1. Dogmatische Unterscheidung von Ermessen, unbestimmten Rechts- begriffen und Beurteilungsspielräumen	139
2. Maßgebliche Beeinflussung der normativen Ermächtigungslehre . .	142
3. Durchbrechung der strikten Trennung: Kopplungsvorschriften	144
4. Zwischenfazit	145
V. Sonderfälle: Planungs- und Regulierungsermessen	146
1. Planungsermessen	146
2. Regulierungsermessen	146
VI. Ausblick auf die kritische Würdigung der dogmatischen Behandlung .	147
C. Kritische Überprüfung der dogmatischen Behandlung von Verwaltungs- spielräumen	147
I. Unterschied zwischen Verwaltungsentscheidungen mit und ohne Spielraum	148
1. (Vollständige) Determiniertheit der Rechtsanwendung	149
a) Ontologische Deutung der Theorie der einzig richtigen Entschei- dung	151
b) Zwischenergebnis: potenziell rechtsschöpferisches Element jeder Rechtsanwendung	153
c) Deutung als Ergebnis einer pfadabhängigen Rezeptionsgeschichte	153
2. Konsequenzen für das grundlegende Verständnis von Verwaltungs- spielräumen	160
a) Erste Möglichkeit: Prägung der gesamten Verwaltungstätigkeit .	161
aa) Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle auf Vertretbarkeits- prüfung	161
(1) Kompetenz der Verwaltung zum Gesetzesvollzug sowie überlegene fachliche Eignung	162
(2) Aufwertung des Verwaltungsverfahrens	163
bb) Grundsatz der Vollkontrolle ist verfassungsrechtlich geboten	164
(1) Subjektiver Anspruch auf effektiven Rechtsschutz	165

(2) Systematik des Grundgesetzes	166
(3) Gerichtliche Kontrolle auf Stichprobenkontrolle be- schränkt	166
(4) Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsanwen- dungsgleichheit	167
cc) Zwischenergebnis	169
b) Zweite Möglichkeit: Ablehnung von Verwaltungsspielräumen ..	169
aa) Alleiniges Letztentscheidungsrecht der Gerichte im Rechts- staat	169
bb) Vereinbarkeit von Verwaltungsspielräumen mit dem Rechts- staatsprinzip	170
c) Dritte Möglichkeit: Verwaltungsspielräume als normativ zuge- wiesene Letztentscheidungsrechte der Verwaltung	172
aa) Ausgangspunkt: funktionsgerechte Kompetenzabgrenzung ..	172
(1) Unterschiede in der faktischen Leistungsfähigkeit	172
(2) Notwendige Flexibilität für sachangemessene Verwal- tungstätigkeit	173
bb) Rückgriff auf die normative Ermächtigungslehre	174
cc) Normative Ermächtigungslehre mit Art. 19 Abs. 4 GG ver- einbar	176
3. Zwischenergebnis	177
II. Gegenentwurf: Einheitliches Modell administrativer Spielräume	178
1. Einheitlichkeit aller Verwaltungsspielräume	179
a) Austauschbarkeit von Beurteilungsspielraum und Ermessen	179
aa) Normtheoretisch-semantische Austauschbarkeit	179
bb) Durchbrechung der normstrukturellen Unterscheidung in der Praxis	180
b) Phänomenologische Gleichartigkeit	182
aa) Gleichartige Funktion: Konkretisierung offener Normen ...	182
bb) Gleichartiger Vorgang: wertende Abwägung im Einzelfall ..	183
cc) Gleichartige Kontrolle: Abwägungskontrolle mit einheit- licher Fehlertypologie	183
c) Konsequenz: Annahme eines einheitlichen administrativen Spiel- raums	185
2. Dogmatische Unterschiede und rechtstheoretische Ähnlichkeit	185
a) Rechtstheoretische Perspektive: Einheitlichkeit der Verwaltungs- spielräume	186
aa) Entwicklungsgeschichtlicher Wert der normtheoretischen Argumentation	186
bb) Gleichartigkeit bezüglich Funktion, Vorgang und Kontrolle ..	187
b) Dogmatische Perspektive: Beibehaltung der Unterscheidungen aus pragmatischen Gründen	188
c) Zwischenergebnis	190

D. Zwischenfazit	190
I. Verwaltungsspielräume als normativ eröffnete Letztentscheidungsrechte	190
II. Unterschiede bezüglich der Verdichtung durch Richterrecht	191
III. Differenzierung zwischen Beurteilungsspielräumen sowie Rechtsfolge-, Planungs- und Regulierungsermessen	193

3. Teil

Automatisiert erlassene Verwaltungsakte im Bereich von Spielräumen 195

A. Spielräume als mögliche rechtliche Grenze automatisierter Verfahrensdurchführung	196
I. Möglicher Widerspruch zwischen der automatisierten Verfahrensdurchführung und dem Bestehen eines Spielraums	197
1. Ermessensspielräume	200
a) Diskussionsstand vor Erlass der §§ 35a VwVfG, 155 Abs. 4 AO, 31a S. 1 SGB X	200
aa) Ausgangspunkt: Widerspruch zwischen Einzelfallbewertung und Datenverarbeitung	200
bb) Gleichsetzung der Automation mit Ermessenslenkung durch Verwaltungsvorschriften	200
cc) Atypische Fälle als Grenze der Generalisierbarkeit	201
b) Erweiterte Möglichkeit automatisierter Ermessensausübung	203
aa) Befugnis zur vollständigen Verdichtung des Ermessens	203
bb) Möglichkeit der Aussteuerung atypischer Fälle	205
cc) Zwischenergebnis: Unterscheidung zwischen drei Bereichen	205
dd) Zukünftige Berücksichtigung individueller Umstände durch Algorithmen	206
2. Übertragbarkeit auf Beurteilungsspielräume	208
3. Zwischenergebnis	209
II. Zulässigkeit nach §§ 35a VwVfG, 155 Abs. 4 AO, 31a S. 1 SGB X ...	210
1. Vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakte	210
a) Warn- und Begrenzungsfunktion des § 35a VwVfG	210
aa) Abgrenzung von Warnhinweis und Begrenzungsfunktion ...	210
bb) Inhaltlicher Umfang der Begrenzungsfunktion	212
(1) Konkrete und abstrakte Betrachtung	213
(2) Selbstbindung der Verwaltung durch bestehende Verwaltungspraxis	214
(3) Möglichkeit teleologischer Reduktion	216
b) Ermessen und Beurteilungsspielraum als Anlass für eine Einzelfallbearbeitung i. S. d. § 31a S. 1 SGB X	217
c) Ermessen als Anlass für eine Einzelfallbearbeitung i. S. d. § 155 Abs. 4 AO	219
d) Zwischenergebnis	220

2. Analoge Anwendung auf teilautomatisiert erlassene Verwaltungsakte	221
III. Organisations- und verfahrensrechtliche Vorgaben als Grenze der Automation	222
1. Allgemeiner Ausgangspunkt	222
2. Sonderfall: Planungs- und Regulierungsermessen	223
a) Planungsermessen	224
b) Regulierungsermessen	225
c) Zwischenergebnis	226
IV. Zwischenergebnis	227
B. Besondere organisations- und verfahrensrechtliche Anforderungen	229
I. Vorbehalt des Gesetzes	229
1. Automation durch antizipierte Spielraumausübung	231
2. Einzelfallumstände berücksichtigende Spielraumentscheidungen	231
3. Zwischenergebnis	234
II. Verfahrensrechtliche Vorgaben	234
1. Vollständig und richtig ermittelter Sachverhalt	235
2. Begründung einer Ermessens- bzw. Beurteilungsentscheidung	237
a) Ausgangspunkt: Begründung als formale Anforderung	237
b) Doppelfunktion bei einer Ermessens- oder Beurteilungsentscheidung	238
aa) Inhaltliche Überprüfung der angegebenen Gründe	238
bb) Verfassungsrechtliche Pflicht zur Darlegung und Dokumentation	239
c) Konsequenzen für automatisiert erlassene Verwaltungsakte	241
aa) Antizipierte Spielraumausübung	241
bb) Einzelfallumstände berücksichtigende Spielraumentscheidungen	242
d) Zwischenergebnis	243
C. Eignung administrativer Spielraumentscheidungen zur Automation	243
I. Vorfrage: Automation der Rechtsanwendung	245
1. Einsatz regelbasierter Algorithmen	245
a) Komplexität juristischer Subsumtion	246
b) Notwendigkeit der Formalisierung und die Offenheit natürlicher Sprache	248
c) Potenzielles rechtsschöpferisches Element jeder Rechtsanwendung	248
d) Zwischenergebnis	249
aa) Automation der Rechtsanwendung nicht ausgeschlossen	249
bb) Differenzierung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung	251
2. Überwindung praktischer Grenzen durch ML-Algorithmen	252
a) Grenzen des Einsatzes regelbasierter Algorithmen	252
b) Einsatz von ML-Algorithmen	254

II. Automation der administrativen Spielraumausübung	255
1. Antizipierte Spielraumausübung	256
a) Automation durch regelbasierte Algorithmen	256
b) Technische Möglichkeit zur Aussteuerung	258
c) Einsatz von Textbausteinen zur Begründung	258
d) Zwischenergebnis	259
2. Einzelfallumstände berücksichtigende Spielraumentscheidungen ...	259
a) Einsatz regelbasierter Algorithmen	259
b) Einsatz von ML-Algorithmen	260
aa) Fehlen allgemeiner Problemlösungskompetenzen	261
(1) Vergangenheitsbezug von ML-Algorithmen	261
(2) Begrenzte Fähigkeit zur Generalisierung	262
(3) Einsatz von LLMs	262
bb) Mögliches Fehlen geeigneter Trainingsdaten	263
cc) Automatische Wissensextraktion aus juristischen Texten ...	264
(1) Manuelle Aufbereitung nicht kosteneffizient	264
(2) Einsatz von LLMs	265
dd) Besondere Bedeutung der Begründung im Bereich von Ver- waltungsspielräumen	266
(1) Mangelnde Erklärbarkeit komplexer ML-Algorithmen ..	266
(2) Einsatz von LLMs	267
(3) Zwischenergebnis	268
3. Exkurs: Vergleich zu komplexen Verwaltungsentscheidungen ohne Spielraum	268
4. Zwischenergebnis	269

4. Teil

Resümee

271

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	271
I. Wesentliche Ergebnisse des 1. Teils: Grundlagen der Verwaltungsauto- mation	271
II. Wesentliche Ergebnisse des 2. Teils: Spielräume der Verwaltung	273
III. Wesentliche Ergebnisse des 3. Teils: Automatisiert erlassene Verwal- tungsakte im Bereich von Spielräumen	273
1. Planungs- und Regulierungsermessen	274
2. Ermessens- und Beurteilungsspielräume	274
a) Antizipierte Spielraumausübung	274
b) Einzelfallumstände berücksichtigende Spielraumausübung	275
B. Rechtspolitische Betrachtung	276
I. Rechtspolitische Bewertung der §§ 35a VwVfG, 31a SGB X, 155 Abs. 4 AO	276

1. Normative Steuerung der Verwaltungsautomation durch den Gesetzgeber	276
a) Lenkung der Aufmerksamkeit auf die Verwaltungsautomation ..	278
b) Verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzgebers für die normative Steuerung der Verwaltungsautomation	279
2. Defizite bei der konkreten Ausgestaltung	280
a) Erfordernis einer Zulassung durch Rechtsvorschrift	280
b) Bestehen eines Verwaltungsspielraums als Kriterium ungeeignet	281
c) Alternative: Abgrenzung der Eignung anhand der Komplexität ..	283
d) Zwischenergebnis: Beurteilung der Eignung im Hinblick auf konkretes Verfahren	284
II. Änderung der verfahrensrechtlichen Spezialregelungen	285
1. Absehen von Namenswiedergabe und Verwendung von Schlüsselzeichen	286
2. Untersuchungsgrundsatz im Bereich automatisierter Verfahrensdurchführung	286
a) Gefahr, einzelfallbezogene Angaben nicht zu berücksichtigen ..	287
b) Verlagerung der Sachverhaltsaufklärung auf die Beteiligten	288
3. Möglichkeit, von der Anhörung abzusehen	290
4. Möglichkeit, von einer Begründung abzusehen	292
a) Technischer Wandel	292
b) Verfassungsrechtliche Verankerung der Begründungspflicht	293
c) Vertrauens- und akzeptanzfördernde Wirkung der Begründung ..	294
d) Zwischenergebnis	296
5. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge	297
C. Ausblick: Umbau des Legitimations- und Kontrollsystems	297
Literaturverzeichnis	302
Sachverzeichnis	324

Abkürzungsverzeichnis

GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (abgekürzt nach ihrem Herausgeber Carl Samuel Grünhut)
KNN	Künstliche neuronale Netzwerke
LLM(s)	Large Language Model(s) (= künstliche neuronale Netzwerke mit deutlich mehr als 1 Milliarde Parametern, die im Bereich der Sprachverarbeitung eingesetzt werden)
ML-Algorithmen	Algorithmenmodelle, bei deren Erstellung oder Verbesserung Methoden des maschinellen Lernens eingesetzt werden

Auf die Wiedergabe allgemein gebräuchlicher Abkürzungen wird verzichtet. Ergänzend wird auf Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., 2021 Berlin verwiesen.

Einleitung

A. Einführung in die Problematik

Die unter dem Begriff E-Government zusammengefassten Bemühungen, die Geschäftsprozesse der Verwaltung mit Hilfe elektronischer Informations- und Kommunikationstechniken zu modernisieren,¹ haben sich in den letzten Jahrzehnten im Wesentlichen auf die Digitalisierung der Infrastruktur, der Arbeitshilfen und der Kommunikation konzentriert (vgl. beispielsweise §§ 3a, 37 Abs. 2, 41 Abs. 2a, 71e VwVfG). Der noch in der Rechtsinformatik² der 1960er, 70er und 80er Jahre verfolgte Ansatz, den Technikeinsatz zumindest auch zur (teilweisen) Automation der Verwaltung zu nutzen,³ spielte kaum eine Rolle.⁴

Im Zuge des verstärkt in die öffentliche Wahrnehmung gerückten allgemeinen Trends hin zum Einsatz von Algorithmen in allen Lebensbereichen⁵ als Teil der digitalen Transformation, wurde auch die Rechtsinformatik vergangener Jahrzehnte unter dem neuen Marketingnamen Legal Tech wiederentdeckt.⁶ Obwohl viele Legal Tech-Anwendungen für den privaten Rechtsmarkt (insbesondere große Kanzleien und Rechtsabteilungen großer Unternehmen)⁷ konzipiert werden, kam es im Zusammenhang mit dieser Entwicklung auch zu einem Wiedererwachen der Automatisierungsbemühungen in der Verwaltung.

So wurde das „Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens“ vom 18.07.2016⁸ zum Anlass genommen, die Möglichkeit des vollständig automatisierten Erlasses von Verwaltungsakten nicht nur im Besteuerungsverfahren, sondern in allen Verfahrensordnungen ausdrücklich zu verankern

¹ Vgl. v. Lucke/Reinermann, E-Government, S. 1.

² Vgl. für weitere Ausführungen zur Geschichte der Rechtsinformatik Gräwe, Rechtsinformatik, S. 1 ff.

³ Zu diesem konzeptionellen Ausgangspunkt der Rechtsinformatik beispielsweise Fiedler, JuS 1971, 228 (228 f.).

⁴ Ähnlich Britz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen, Bd. 2, 2. Aufl., § 26 Rn. 60; Groß, VerwArch 95 (2004), 400 (408 f.).

⁵ Hoffmann-Riem, in: Ders., Big Data, 11 (11 ff.).

⁶ Grupp, in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, 259 (Rn. 1104).

⁷ Fiedler/Grupp, DB 2017, 1071 ff.

⁸ In Kraft getreten am 01.01.2017, BGBl. I 2016, S. 1679.

(vgl. § 35a VwVfG⁹, § 155 Abs. 4 AO und § 31a SGB X). Die Automatisierung von Steuerbescheiden ist nur der Anfang. Auch in anderen Sachgebieten ist in der näheren Zukunft mit einer vollständigen Verfahrensautomation zu rechnen. Besonders naheliegend ist sie in anderen unechten Massenverfahren¹⁰ mit standardisierten Bescheiden (Rente, Anwohnerparkausweis, Kindergeld, BAföG-Leistungen, Glücksspielrecht etc.).¹¹ Bei der internetbasierten Fahrzeugzulassung ist eine vollständige Automation bereits in großen Teilen umgesetzt und eine schrittweise Erweiterung geplant.¹² Ebenso findet sich in § 10a des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags (RBStV)¹³ nunmehr die Möglichkeit, einen Rundfunkbeitragsbescheid vollständig automatisiert zu erlassen.¹⁴

Die Änderungen im Recht und in der Rechtswirklichkeit werfen eine Vielzahl neuer Fragen auf und alte Fragen sind unter den geänderten Voraussetzungen neu zu beantworten. Dazu soll diese Dissertation einen Beitrag leisten, indem sie das Verhältnis der Verwaltungsautomation zu Spielräumen der Verwaltung untersucht. Die Thematik ist von besonderer Relevanz, da Verwaltungsspielräume teilweise als eine Art natürliche Grenze der Automation angesehen werden. Auch dem neu eingefügten § 35a VwVfG liegt auf den ersten Blick diese Bewertung zugrunde.¹⁵ Damit aber wären weite Teile der Verwaltungstätigkeit pauschal von der Möglichkeit einer Automation ausge-

⁹ In den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder wurde der neue § 35a in Bayern, Bremen und Thüringen noch nicht umgesetzt. In Schleswig-Holstein findet sich die Vorschrift unter § 106a VwVfG.

¹⁰ Der Ausdruck „Massenverfahren“ bedeutet im allgemeinen Verwaltungsrecht ein Verfahren, bei dem mehr als 50 Personen beteiligt sind (vgl. §§ 17–19, 69 Abs. 2 und 74 Abs. 5 VwVfG). Vorliegend sollen aber Verfahren behandelt werden, bei denen eine Vielzahl gleichartiger Einzelverfahren durchgeführt wird. Zur Vermeidung von Missverständnissen wird dafür die Terminologie „unechte Massenverfahren“ verwendet. Dazu *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 17 Rn. 6.

¹¹ *Guckelberger*, DÖV 2021, 566 (570); *Lorze*, NVwZ 2021, 1657 (1659); *Martini/Nink*, DVBl. 2018, 1128 (1128 f.).

¹² BMVI, Internetbasierte Fahrzeugzulassung, abrufbar unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StV/Strassenverkehr/internetbasierte-fahrzeugzulassung.html>, Stand: 01.04.2023; eine rechtliche Einordnung findet sich bei *Albrecht/Kehr/Freigang*, DAR 2019, 555 (557 ff.).

¹³ Eingeführt mit Wirkung zum 01.06.2020 durch den 23. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄndStV) vom 10.12.2019.

¹⁴ *Guckelberger*, DÖV 2021, 566 (571 f.) sowie VG Frankfurt, Urteil vom 09.09.2020 – 3 K 616/17, Juris Rn. 27 ff. zur möglichen Rechtswidrigkeit eines vor Erlass des § 10a RBStV maschinell erstellten Rundfunkbeitragsbescheides.

¹⁵ BT-Drs. 18/8434, S. 122; in diese Richtung bereits der Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI, NVwZ 2015, 1114 (1115), der allerdings die Möglichkeit einer antizipierten Ausübung anspricht.

nommen und die behutsame Fortentwicklung teilweise blockiert.¹⁶ Ob Verwaltungsspielräume jedoch wirklich eine Grenze der Automation sind bzw. sein sollen, wird im Verlauf dieser Untersuchung aus rechtlicher, rechtstheoretischer und technischer Perspektive kritisch überprüft. Je nach Ergebnis besteht das Potenzial, die Möglichkeiten der Verwaltungsautomation auszuweiten. Bevor allerdings damit begonnen werden kann, Ergebnisse zu ermitteln, soll der Gang der Untersuchung dargestellt werden.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in vier Teile:

Im 1. Teil werden die Grundlagen der Verwaltungsautomation herausgearbeitet. Zunächst wird der Gegenstand der Untersuchung genauer bestimmt, indem die Verwaltungsautomation begrifflich auf den automatisierten Erlass von Verwaltungsakten eingegrenzt wird. Sodann werden die technischen Grundlagen für die weitere Untersuchung erarbeitet. Es werden Begriffe und Differenzierungen eingeführt und erläutert, die im späteren Verlauf der Untersuchung dazu dienen, die Verwaltungsautomation auch aus einer technischen Perspektive strukturiert darstellen und differenziert bewerten zu können. Im nächsten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen der Verwaltungsautomation behandelt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Anwendungsbereich und Regelungsgehalt der gesetzlichen Vorschriften zu automatisiert erlassenen Verwaltungsakten im VwVfG, der AO und dem SGB X sowie dem hoheitlichen Einsatz maschinellen Lernens im Rahmen der Verwaltungsautomation.

Im 2. Teil werden Verwaltungsspielräume umfassend aus historischer, dogmatischer und rechtstheoretischer Perspektive behandelt. Die unterschiedlichen Perspektiven sollen dabei nicht isoliert nebeneinanderstehen, sondern sich wechselseitig bedingen. So dient die zunächst eingenommene historische Perspektive dazu, später überprüfen zu können, ob die herausgearbeiteten dogmatischen Differenzierungen möglicherweise nicht nur einer Eigenrationalität folgen, sondern auch das Produkt einer pfadabhängigen Entwicklung sind. Die dogmatischen Differenzierungen werden im zweiten Schritt erschlossen, indem das aktuell herrschende Verständnis von Verwaltungsspielräumen herausgearbeitet wird. Die dabei gefundenen Ergebnisse sind wiederum Gegenstand der sich anschließenden Überprüfung aus rechtstheoretischer Perspektive. Zunächst werden die gefundenen dogmatischen Binnendifferenzierungen durch den Vergleich mit Alternativkonzepten kritisch überprüft

¹⁶ Ähnlich *Eifert*, E-Government, S. 126 f.