

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>19</b>
A. Einführung in die Problematik .....	19
B. Gang der Untersuchung .....	21
 <i>1. Teil</i>	
<b>Grundlagen der Verwaltungsautomation</b>	<b>23</b>
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 Large Language Models .....	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 teleologi- schen 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 Verordnungsge- bers 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

<b>Spielräume der Verwaltung</b>	<b>105</b>
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 Ermessensbe- griff .....	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 Rechtsfolgeenseite .....	117
2. Unterscheidung zwischen „strikt“ und „gelockerter“ Gesetzesbin- dung .....	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 letzterverbindlichen 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 Spiel- raum .....	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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>302</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>324</b>