

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Einführung in die Problematik	19
B. Gang der Untersuchung	21
 <i>I. Teil</i>	
Grundlagen der Verwaltungautomation	23
A. Begriffliche und technische Grundlagen	23
I. Begriffliche Eingrenzung der Verwaltungautomation	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-Algorith- men	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 Verwaltungautomation	42
I. Automatisiert erlassene Verwaltungsentscheidungen	42

1. Einordnung als Verwaltungsakt	42
2. Keine grundlegenden rechtlichen Einwände gegen die Verwaltungsautomation	44
II. Anwendungsbereich der Vorschriften zu automatisiert erlassenen Verwaltungsakten	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 = Fehlern einer personalen Bearbeitung in allen Verfahrensschritten	48
(2) Einschränkung des Anwendungsbereichs aus teleologischen 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-)Automation	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 Verordnungsgebers erforderlich	65
cc) Anforderungen an den Inhalt der Rechtsvorschrift	66
(1) Bestimmtheit der Rechtsvorschrift	66
(2) Ausdrückliche oder eindeutig erkennbare Zulassungsscheidung	67
dd) Verhältnis des § 35a VwVfG zum § 1 Abs. 1 a.E. VwVfG	68
c) Zwischenergebnis	70

Inhaltsverzeichnis

9

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 durchgeföhrten Verfahren	72
(1) Technischer Wandel	72
(2) Restriktive Anwendung erforderlich	73
(3) Zwischenergebnis	75
cc) Absehen von der Anhörung in automatisiert durchgeföhrten 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 Sachverhaltaufklärung	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 Ermessensbegriff	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 Rechtsfolgenseite	117
2. Unterscheidung zwischen „strikter“ und „gelockerter“ Gesetzesbindung	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 Vertretbarkeitslehre	127
aa) Lehre vom Beurteilungsspielraum	127
bb) Vertretbarkeitslehre	129
cc) Fortentwicklung durch normative Ermächtigungslehre	130
b) Heute überwiegend vertretener Ansatz: Normative Ermächtigungslehre	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 Ermächtigung 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 Regulierungsermessens	146
1. Planungsermessens	146
2. Regulierungsermessens	146
VI. Ausblick auf die kritische Würdigung der dogmatischen Behandlung ..	147
C. Kritische Überprüfung der dogmatischen Behandlung von Verwaltungs- spielräumen	147
I. Unterschied zwischen Verwaltungentscheidungen 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 beschränkt	166
(4) Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsanwendungsgleichheit	167
cc) Zwischenergebnis	169
b) Zweite Möglichkeit: Ablehnung von Verwaltungsspielräumen ...	169
aa) Alleiniges Letztentscheidungsrecht der Gerichte im Rechtsstaat	169
bb) Vereinbarkeit von Verwaltungsspielräumen mit dem Rechtsstaatsprinzip	170
c) Dritte Möglichkeit: Verwaltungsspielräume als normativ zugewiesene Letztentscheidungsrechte der Verwaltung	172
aa) Ausgangspunkt: funktionsgerechte Kompetenzabgrenzung ..	172
(1) Unterschiede in der faktischen Leistungsfähigkeit	172
(2) Notwendige Flexibilität für sachangemessene Verwaltungstätigkeit.....	173
bb) Rückgriff auf die normative Ermächtigungslehre	174
cc) Normative Ermächtigungslehre mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar	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 einheitlicher Fehlertypologie	183
c) Konsequenz: Annahme eines einheitlichen administrativen Spielraums	185
2. Dogmatische Unterschiede und rechtstheoretische Ähnlichkeit	185
a) Rechtstheoretische Perspektive: Einheitlichkeit der Verwaltungsspielräume	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 Regulierungsermessens	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 Regulierungsermessens	223
a)	Planungsermessens	224
b)	Regulierungsermessens	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)	Mögliche 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 Verwaltungsspielräumen	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
 <i>4. Teil</i>		
	Resümee	271
A.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	271
I.	Wesentliche Ergebnisse des 1. Teils: Grundlagen der Verwaltungsautomation	271
II.	Wesentliche Ergebnisse des 2. Teils: Spielräume der Verwaltung	273
III.	Wesentliche Ergebnisse des 3. Teils: Automatisiert erlassene Verwaltungsakte im Bereich von Spielräumen	273
1.	Planungs- und Regulierungsermessens	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 Verwaltungautomation durch den Gesetzgeber	276
a) Lenkung der Aufmerksamkeit auf die Verwaltungautomation ..	278
b) Verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzgebers für die normative Steuerung der Verwaltungautomation	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