

Automatisierungsgebote im Verwaltungsverfahren

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Alina Machert
aus Wiesbaden

2021



Erstberichterstatter: Prof. Dr. David Roth-Isigkeit

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Ralf P. Schenke

Zweiter Zweitberichterstatter: PD Dr. David Kuch

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Januar 2023

*Meiner Mutter
Sabine Schindler
gewidmet*

Vorwort

Diese Dissertation entstand im Wesentlichen in den Jahren 2020 und 2021 während meiner Tätigkeit in der Nachwuchsforschungsgruppe „Das Recht der KI“ der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und dem „SOCAI“.

Ich blicke zurück auf eine bereichernde und spannende Forschungszeit, die geprägt war durch den gewinnbringenden und interdisziplinären Austausch mit Studierenden und WissenschaftlerInnen.

Mein erster und oberster Dank gilt meinem Doktorvater Herr Professor Roth-Isigkeit. Sein in mich gesetztes Vertrauen hat mir den Mut gegeben, in ein interdisziplinäres Forschungsthema einzutauchen. Sein umfassendes Interesse an meiner Arbeit hat mich motiviert und inspiriert. Die mit ihm geführten Fachgespräche haben mir manches Mal aus einer Sackgasse geholfen, mir neue Ideen gestiftet und so den Weg geebnet für die Ausarbeitung meines Themas. Herr Professor Roth-Isigkeit hat keinen Zeitaufwand und keine Mühen gescheut, mein Promotionsvorhaben zu unterstützen und voranzubringen. Ich hätte mir keine bessere Betreuung wünschen können.

Herrn Professor Schenke möchte ich für die Aufnahme in sein Doktorandenseminar danken. Herr Professor Schenke stand mir als interessierter Ansprechpartner durchweg zur Verfügung. Seine Anregungen und Gedanken zu meinem Thema haben meine Arbeit vorangebracht. Ich danke ihm auch für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Dr. Kuch danke ich für die zügige Erstellung des zweiten Zweitgutachtens.

Den Kollegiaten des „SOCAI“ danke ich für ihre tatkräftige Unterstützung, die gewinnbringenden Diskussionen und insbesondere die aufmunternden Worte.

Besonderer Dank gilt meiner Familie. Ohne ihren Rückhalt und die stete Bereitschaft, bei der Kinderbetreuung zu unterstützen, wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen.

Frankfurt am Main, Februar 2023

Alina Machert

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung

§ 2 Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens

§ 3 Im Rahmen des Verfahrensermessens zu beachtende Automatisierungsgebote

§ 4 Die subjektiv-rechtliche Seite der Verwaltungsautomatisierung

§ 5 Zusammenfassung in Thesen

Literaturverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

§ 1 EINFÜHRUNG	6
A. ZIEL DER UNTERSUCHUNG	6
I. <i>Forschungsansatz</i>	6
II. <i>Relevanz</i>	6
III. <i>Thematische Abgrenzung</i>	9
B. METHODIK	10
C. GANG DER UNTERSUCHUNG	11
§ 2 DIE AUSGESTALTUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS	12
A. DIE DURCHFÜHRUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS NACH DEM VwVfG	12
I. <i>Die Verwaltungsarbeit und das Instrumentarium des Verwaltungsverfahrensrechts</i>	12
a) Die Funktion des Verwaltungsverfahrens	12
b) Das Instrumentarium des VwVfG.....	15
aa) Geltungsbereich des VwVfG.....	15
bb) Bedeutung des VwVfG für diese Untersuchung.....	15
II. <i>Das Verfahrensermessen des § 10 S. 1 VwVfG</i>	16
III. <i>Grenzen des Verfahrensermessens</i>	18
a) Äußere Grenzen des Verfahrensermessens.....	20
aa) Das Willkürverbot.....	20
bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	20
cc) Gesetzliche Grenzen des Verfahrensermessens	21
(1) Der Untersuchungsgrundsatz bei vollautomatisierten Verfahren	21
(2) Die Anhörungs-, Begründungspflicht und Form eines automatisierten Verwaltungsaktes.....	22
1.1 § 28 II Nr. 4 VwVfG	23
1.2 § 37 V VwVfG	25
1.3 § 39 II Nr. 3 VwVfG	25
b) Innere Grenzen des Verfahrensermessens	28
aa) § 10 S. 2 VwVfG und der Zweck der Ermächtigung	28
bb) Die innere Grenze des § 10 S. 2 VwVfG und dessen Optimierungsgebote	30
(1) Zügigkeit = Beschleunigungsgrundsatz?	32
(2) Einfachheit und Zweckmäßigkeit.....	35
(3) Die aus § 10 S. 2 VwVfG ableitbaren Handlungsmaßstäbe.....	37
1.1 Maßstabslehre	37
1.2 Effizienz als Handlungsmaßstab	38
1.2.1 Begriffsbestimmung – Abgrenzung zur Effektivität	38
1.2.2 Effizienz als Handlungsmaßstab des § 10 S. 2 VwVfG.....	40
1.2.3 Kritik der mangelnden Quantifizierbarkeit	43
1.2.4 Effizienz nicht als Gegensatz zur Rechtmäßigkeit, sondern als Bestandteil eines rechtsstaatlichen Verfahrens	45
1.2.4.1 Rechtsstaatliche Verfahrensführung.....	45
1.2.4.2 Effizienz als Bestandteil eines rechtsstaatlichen Verfahrens.....	48
1.2.4.3 Keine Kollision Rechtsstaatlichkeit vs. Effizienz.....	50
1.2.5 Zwischenergebnis	52
1.3 Effektivität als konkreter Handlungsmaßstab?	53
1.4 Verfahrensökonomie und Wirtschaftlichkeitsprinzip.....	55
1.4.1 Wirtschaftlichkeitsprinzip als Unterprinzip des Effizienzprinzips	55
1.4.2 Wirtschaftlichkeit – ein das Verfahrensermessen beeinflussender Faktor?	55
1.4.2.1 Das Wirtschaftlichkeitsprinzip des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder	56
1.4.2.2 Wirkrichtungen des Wirtschaftlichkeitsprinzips.....	57
1.5 Zwischenergebnis.....	60
(4) Weitere das Verfahrensermessen leitende Handlungsmaßstäbe	60
1.1 Rechtsstaatlichkeit und Rechtmäßigkeit als oberstes Leitziel – Rechtmäßiges Verwaltungshandeln	61
1.2 Akzeptanz, Transparenz, Partizipation, Öffentlichkeit	62
1.3 Gemeinwohlbindung – keine Handlungsdirektive, sondern mitgedachter Grundsatz.....	65
(5) Zwischenergebnis.....	66
(6) Das OZG und seine verfahrensgestaltende Funktion	67

1.1	Pflicht zur Digitalisierung oder Automatisierung des gesamten Verfahrens und der Entscheidungsfindung?	69
1.2	Das OZG und Art. 91c GG – auch eine Regelung zur Gestaltung des Verwaltungsverfahrens?	72
1.3	Fazit	75
(7)	Der unionsrechtliche Einfluss des Rechts auf eine gute Verwaltung	75
1.1	Das Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 GrCh – Regelungsgegenstand	76
1.2	Der Kodex des Bürgerbeauftragten für eine gute Verwaltung	79
1.3	Bedeutung für die Ausübung des Verfahrensermessens nach dem VwVfG	80
1.4	Fazit	81
IV.	<i>Die Reduzierung des Verfahrensermessens auf Null – eine Ausnahme vom Grundsatz</i>	82
a)	Theoretische Grundlagen	82
aa)	Ausgangspunkt – Gestaltungsfreiraum der Behörden	82
bb)	Grenzen	82
cc)	Verdichtung dieser Grenzen hin zur Ermessensreduktion auf Null	83
b)	Verfahrensermessensreduktion auf Null	85
aa)	Die Ausnahme vom Grundsatz	85
bb)	Voraussetzungen für die Annahme einer Verfahrensermessensreduktion auf Null	87
c)	Fazit	89
B.	ZUSAMMENFASSUNG	90
§ 3 IM RAHMEN DES VERFAHRENERMESSENS ZU BEACHTENDE AUTOMATISIERUNGSGEBOTE		91
A.	ANKNÜPFUNGSPUNKT	91
B.	DIE VOLLAUTOMATISIERUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS LEGE LATA	91
I.	<i>Vollautomatisierung durch den Einsatz algorithmischer Entscheidungssysteme</i>	92
II.	<i>Vollautomatisierung vs. Vollautonomie – eine begriffliche Abgrenzung</i>	93
III.	<i>§ 35a VwVfG – das Einfallstor für die Berücksichtigung technologischer Fortschritte in das VwVfG</i>	94
a)	Regelungsziele	95
b)	Anwendungsbereich	96
c)	Notwendigkeit der Zulassung durch Rechtsvorschrift	99
d)	Zur Automatisierung geeignete Verwaltungsverfahren	99
IV.	<i>Fazit</i>	103
C.	AUTOMATISIERUNGSGEBOTE IM VERWALTUNGSVERFAHREN	103
I.	<i>Technischer Hintergrund – der Einsatz algorithmischer Entscheidungssysteme zur Vollautomatisierung rechtlicher Prozesse</i>	104
a)	Algorithmische Entscheidungssysteme	104
b)	Die Bedeutung der Sprache, Logik und Schlussfolgerung	105
aa)	Aussagenlogik	111
bb)	Klassische Logik	113
cc)	Semantisches Modell	115
dd)	Die Bildung von Ontologien	118
ee)	Die Kritik der „offenen Semantik“	119
ff)	Zusammenfassung	121
c)	Die Umsetzung determinierter Entscheidungsprogramme durch regelbasierte Systeme	122
aa)	Funktionsweise und Abbildefähigkeiten regelbasierter Systeme	123
bb)	Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anhörungs- und Begründungspflichten	128
(1)	Anhörungsspflicht, § 28 VwVfG	129
(2)	Begründungspflicht, § 39 VwVfG	130
(3)	Zwischenergebnis	133
cc)	Kein entgegenstehendes Risiko	134
dd)	Die Abgrenzung zu fallbasierten und lernenden Systemen und deren Autonomierisiko	135
(1)	Fallbasierte Systeme	135
(2)	Lernende Systeme	137
(3)	Zwischenfazit	141
ee)	Zusammenfassung und Fazit	142
II.	<i>Der gebotene Einsatz regelbasierter Systeme zur Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens</i>	143
a)	Die für eine Vollautomatisierung durch regelbasierte Systeme geeigneten Entscheidungsprogramme	143
b)	Verdichtung der Verfahrensermessensgrenzen auf Null – Die Pflicht zum Einsatz regelbasierter Systeme zum Zwecke der Vollautomatisierung	147
aa)	Ausgangspunkt	147
bb)	Die bestmögliche Verwirklichung der Optimierungsgebote durch den Einsatz regelbasierter Systeme	149
(1)	Die Verwirklichung der Optimierungsgebote	150

(2) Entkräftung antizipierter Gegenargumente	152
1.1 Recht auf Papierform	152
1.2 Kostenfaktor hinsichtlich der Implementierung und Betreibung eines algorithmenbasierten Systems.....	153
1.3 Recht auf Entscheidung durch menschliche Amtswaltende	154
(3) Zwischenfazit.....	156
cc) Art. 22 DSGVO – Verbot des vollautomatisierten Verwaltungsverfahrens?	157
c) Fazit – Verdichtung des Verfahrensermessens auf Null.....	159
III. Die Durchführung am Beispiel des Kindergeldanspruches	161
§ 4 DIE SUBJEKTIV-RECHTLICHE SEITE DER VERWALTUNGSAUTOMATISIERUNG	164
A. AUSGANGSPUNKT DER ÜBERLEGUNGEN	164
B. BEGRÜNDUNG SUBJEKTIV-ÖFFENTLICHER VERFAHRENSRECHTE	165
I. <i>Verfahrensrechte als subjektiv-öffentliche Rechte</i>	166
a) Subjektiv-öffentliches Recht auf die konkrete Verfahrensgestaltung.....	168
b) (Problematisches) Fehlerfolgenregime des VwVfG in Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit subjektiv-öffentlicher Verfahrensrechte	170
aa) Einführung in die Problematik.....	170
bb) Die Regelungen des §§ 45, 46 VwVfG und § 44a VwGO	171
cc) Zwischenfazit	174
II. <i>Absolute Verfahrensrechte</i>	175
a) Allgemeines.....	175
b) Absolut subjektiv-öffentliches Recht auf eine Vollautomatisierung der geeigneten Entscheidungsprogramme.....	176
aa) Grundrechtlich begründete absolute Verfahrensrechte	177
bb) Verfassungsrechtlich begründete absolute Verfahrensrechte.....	178
(1) Ein absolutes Recht resultierend aus dem Rechtsstaatsprinzip?.....	178
(2) Demokratisch-partizipativ begründete absolute Verfahrensrechte	180
(3) Zwischenfazit	182
cc) Der Einfluss des Unionsrechts auf das Fehlerfolgenregime und das Verständnis der Verfahrensrechte	184
(1) Anerkennung eines Eigenwerts der Verfahrensrechte	185
1.1 Europäischer Standpunkt	185
1.2 Vergleich des deutschen und europäischen Verständnisses.....	186
1.3 Europarechtswidrigkeit des deutschen Fehlerfolgenregimes?	189
(2) Fazit	190
III. <i>Subjektiv-öffentliches Recht auf vollautomatisierte Durchführung des Verwaltungsverfahrens resultierend aus dem OZG?</i>	190
IV. <i>Subjektiv-öffentliches Recht auf vollautomatisierte Durchführung des Verwaltungsverfahrens von Menschen mit Behinderung</i>	194
a) Anknüpfungspunkt.....	194
b) Subjektiv-öffentliche Rechte resultierend aus den nationalen deutschen Regelungen	195
c) Bedeutung für diese Untersuchung	199
C. FAZIT.....	199
§ 5 ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN	200
A. DIE AUSGESTALTUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS: THESEN	200
B. DIE VOLLAUTOMATISIERUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS – EINE VERFAHRENSERMESSENSREDUKTION AUF NULL: THESEN	203
C. DIE AUSGESTALTUNG DES VERFAHRENS UND DER EINSATZ VOLLAUTOMATISIERTER ENTSCHEIDUNGSSYSTEME IM VERWALTUNGSVERFAHREN – EIN SUBJEKTIV-ÖFFENTLICHES RECHT?: THESEN	205
LITERATURVERZEICHNIS	208

§ 1 Einführung

A. Ziel der Untersuchung

I. Forschungsansatz

Seit den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts wird ein Diskurs über den Einsatz automatisierter Systeme in der Verwaltung geführt.¹ Dieser Diskurs erhielt durch den technologischen Fortschritt der letzten Jahrzehnte und nicht zuletzt durch die Einfügung des § 35a in das VwVfG Konturen, die eine Beurteilung des Einsatzes aus rechtlicher Sicht fundieren konnten und können. Während die Argumente zur Beurteilung eines solchen Einsatzes sich vornehmlich um Fragen des rechtlichen Dürfens und rechtlichen Könnens drehen, nimmt diese Untersuchung eine andere Perspektive ein und kommt zu der Schlussfolgerung eines rechtlichen *Müssens* im Rahmen der gesetzlichen Normierungen des VwVfG und der technischen Möglichkeiten. Im Mittelpunkt steht das Verwaltungsverfahren mit seinen Verfahrensmaßstäben, dessen Dreh- und Angelpunkt das Verfahrensermessen des § 10 S. 1 VwVfG ist. Für die vorliegende Untersuchung ist als Zielgröße dieses Verfahrens der vollautomatisierte Erlass eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes vorgegeben. Es wird zu zeigen sein, dass sich in Hinblick auf die technischen Grundlagen der algorithmischen Entscheidungssysteme in Bezug auf die Durchführung bestimmter Verwaltungsverfahren das Verfahrensermessen derart reduziert hat, dass einer anderen Durchführung als der vollautomatisierten das Postulat der Rechtswidrigkeit zuzuschreiben wäre.

II. Relevanz

War der Diskurs in den 60er Jahren noch geprägt von einiger Zurückhaltung und dem Umstand, dass zu Zeiten des Beginns des EDV-Einsatzes derartige Systeme allenfalls als Hilfestellung die Arbeit in den Amtsstuben zunehmend prägten, gab es doch bereits in dieser Zeit Stimmen, die darauf hinwiesen, dass durchaus auch geeignete Entscheidungsprogramme des Verwaltungsverfahrens einer Automatisierung offenstünden.² Gingen die Untersuchungen schon damals von

¹ Monographisch *Gruber*, Verwaltungsentscheidungen vom Computer, 1971, insb. S. 98 ff.; *Degradi*, Die automatisierte Verfügungsverfügung, 1977; *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993.

² *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 68 f.; *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966; wohl auch *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 28; *Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 26;

der grundsätzlichen Eignung schematischer Prozesse und damit der Automatisierung einfacher Wenn-Dann-Entscheidungen aus, so findet sich dieses Merkmal wieder in den Grundlagen des § 35a VwVfG. Die Argumente für eine Automatisierung gewisser Entscheidungsprozesse ähneln in signifikanter Weise den heutigen. So standen auch damals die Steigerung der Effizienz, Rationalisierung, Wirtschaftlichkeit³ und Optimierung der Verwaltungsarbeit, die sich in größerer Zuverlässigkeit, Entlastung der Beamten und Beamtinnen von mechanischer Tätigkeit und damit als ein Zeitgewinn für eine gründlichere Sachprüfung⁴ niederschlagen und die Verbesserung der Staat-Bürger-Beziehung⁵ im Mittelpunkt des Diskurses. Es wurde zudem angemahnt, dass eine Verdichtung hin zu einem Zwang entstehen könne, wenn andernfalls die Verwaltung ihre Aufgaben nicht oder nur verzögert erfüllen könnten.⁶

Zum Zeitpunkt des Beginns des Diskurses war weder das VwVfG noch § 10 desselben in Kraft und doch ist eine Stringenz der Diskussion zu erkennen, die sich nun an den Handlungsmaßstäben des § 10 S. 2 VwVfG manifestieren lässt. Unter Berücksichtigung der Funktionsweise regelbasierter Systeme, die nahezu ohne Risikogeneigntheit und rein schematisch immer gleiche Prozesse abspielen, und der im Verwaltungsrecht aufzufindenden Entscheidungsprogramme, die einem einfachen Wenn-Dann-Schema folgen, gelangt man zu der Feststellung, dass nur ein vollautomatisierter Ablauf des Verwaltungsverfahrens in Hinblick auf diese Programme eine rechtmäßige Ausübung des Verfahrensermessens des § 10 S. 1 VwVfG darstellen kann. Damit ergibt sich eine Verfahrensermessensreduktion auf Null für eben genannte Verwaltungsverfahren. Diese Annahme ist nicht nur in Hinblick auf die Automatisierungsdebatte als solche eine Neuerung, sondern zeichnet insbesondere mit Blick auf das Verfahrensermessen eine beispiellose Ausnahmesituation. Denn so ist zwar unumstritten, dass auch der Ausübung des Verfahrensermessens Grenzen gesetzt sind, die folgerichtig bei einer extremen Verdichtung derselben letztlich zu einer Ermessensreduktion auf Null

Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 53 f.; *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 55 f.; *Eberle*, Die Verwaltung 1987, 459 (462).

³ Siehe zum Postulat der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung als zentrale und durchgehende Forderung an das Verwaltungssystem *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 116 ff.; siehe später *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 433 (437) zum Gebot der effizienten Ressourcenverwendung bei der Rechtsverwirklichung.

⁴ *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 59; ähnlich *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 22.

⁵ *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 17; *Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 10.

⁶ Erstmals *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 57 ff.

führen können. Gleichwohl ist hier im Gegensatz zu materiell-rechtlichen Ermessensnormen die Besonderheit des Verfahrensermessens als solches zu beachten, das einer Reduktion auf Null noch höhere Hürden setzt. Im Gegensatz zu materiell-rechtlichen Ermessensnormen ist das Verfahrensermessen nicht fachbereichsspezifisch ausgestaltet, es zieht sich vielmehr durch sämtliche Verwaltungsverfahren und leitet diese. Die prozedurale Seite der Entscheidungsfindung ist damit elementar und übergreifend durch das Verfahrensermessen als allgemeinen Verfahrensgrundsatz geprägt, der der Exekutive einen weitreichenden Rahmen zur Verfügung stellt, indem sie entscheiden kann, wie sie das Recht umzusetzen vermag. Hieraus folgt, dass eine Reduktion auf Null nur bei absoluter Alternativ- und Risikolosigkeit denkbar sein kann, womit eine hohe Hürde besteht. Tatsächlich haben nun der technologische Fortschritt und die technischen Gegebenheiten der Gegenwart dazu geführt, dass eine derartige Alternativlosigkeit in Bezug auf o. g. Entscheidungsprogramme entstanden ist. Die Vollautomatisierung der genannten Entscheidungsprogramme lassen die Handlungsmaßstäbe des § 10 S. 2 VwVfG, die Ermessensgrenzen darstellen, in einer Weise realisieren, die beispiellos ist. Hier findet sich ein Verfahrensablauf, der durch den Ablauf eines schematischen Prozesses rechtmäßige „richtige“ Entscheidungen in der „Kürze eines Wimpernschlages“, ohne Pause, Urlaub oder Verzögerung objektiv, transparent und bürgernah produziert. Der Einsatz dieser Systeme ist in hohem Maße effizient und wirtschaftlich. Im Gegensatz hierzu steht die Verfahrensdurchführung mittels Sachbearbeitender, die eine endliche und zunehmend schwindende Ressource darstellen und weder in zeitlicher noch wirtschaftlicher Hinsicht die Leistungsfähigkeit des algorithmischen Systems erreichen können. Dies wohlgermerkt bei gewisser Fehleranfälligkeit durch denkbare Flüchtigkeitsfehler. Es stehen also zwei Verfahrensgestaltungsalternativen bereit. Die vollautomatisierte Bearbeitung durch regelbasierte Systeme sichert rechtmäßige Entscheidungen bei bestmöglicher Verwirklichung der Optimierungsgebote des § 10 S. 2 VwVfG. Die personelle Bearbeitung sichert rechtmäßige Entscheidungen zwar auch in hohem Maße, aber aufgrund der Faktizität menschlichen Fehlverhaltens nicht in ebenso hohem Maße wie das determinierte Programm. Letztlich wird damit festzustellen sein, dass die personelle Bearbeitung in Bezug auf die genannten Entscheidungsprogramme tatsächlich keine Alternative darstellen kann, da sie in allen Belangen nicht das Niveau des vollautomatisierten Systems bei ebenso geringer Risikogeneigtheit erreicht, so dass hier durch die technischen

Möglichkeiten der Gegenwart der absolute Ausnahmefall einer Verfahrensermessensreduktion auf Null eingetreten ist.

III. Thematische Abgrenzung

Die Untersuchung beschränkt sich auf die einfachgesetzlichen Normierungen des VwVfG und betrachtet die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens auf der Grundlage der Verfahrensmaßstäbe. Fragen der Vollautomatisierung besonderer fachgesetzlicher Verwaltungsverfahren, wie etwa die konkrete Beurteilung der Vollautomatisierung der gebundenen Entscheidung einer Baugenehmigung, werden ausgeklammert.

Dieser Untersuchung zugrunde liegen soll insbesondere keine organisationsrechtliche Betrachtung der Folgen einer automatisiert handelnden Verwaltung, sondern der normative Rahmen des Verwaltungsverfahrensrechts als Grundlage des einheitlichen oder vereinheitlichten Verwaltungshandelns. Hierbei wird nicht verkannt, dass für die praktische Umsetzung einer automatisiert handelnden Verwaltung Elemente der Verwaltungsorganisation aus Praktikabilitätsgründen überdacht und ggf. den technischen Entwicklungen angepasst werden müssen; gleichwohl stehen diese Erwägungen nicht im Mittelpunkt dieser Untersuchung, in der es nicht um die Institutionalisierung und eine damit verbundene Verfestigung oder Schaffung bestimmter Organisationsstrukturen geht, sondern um das Handeln der Verwaltung im Rahmen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und damit unter dem Schirm dieses einheitsbildenden Faktors.

Verwaltungsorganisation und Verfahrensermessens haben damit zwar einen gemeinsamen Ausgangspunkt, dogmatisch sind sie jedoch an unterschiedliche Umsetzungsmechanismen gebunden. So ist die Produktion von Entscheidungen sicherlich ein wesentliches Charakteristikum von Organisation, was aus der intendierten Einflussnahme des Organisationsrechts auf das Verwaltungshandeln folgt;⁷ die Struktur einer Organisation hat maßgeblichen Einfluss auf die Aufgabenerfüllung, dennoch soll dieser Aspekt des Einflusses auf die Entscheidungsfindung hier nicht beurteilt werden, sondern bereits vorhandene verfahrensrechtliche Normierungen den Rahmen geben.

⁷ Zum Handlungs- und Entscheidungssystem der Verwaltung als Steuerungsadressat *Schuppert*, in: GVWR, Band I, 2. Aufl. 2012, § 16, Rn. 8 f.

Es geht also nicht um Verwaltung im strukturellen, institutionellen Sinne, sondern die Entfaltung des Verwaltungshandelns im Rahmen des normierten Verfahrens, das freilich Ausfluss der Steuerung durch Organisation ist. Diese Untersuchung möchte kein neues Organisationsmodell entwerfen, sondern bewegt sich in den Grenzen gesetzten einfachen Rechts und fragt danach, ob diese vom Gesetzgeber geschaffene Grundstruktur des Verwaltungsverfahrensrechts eine Entscheidungsbefugnis der Verwaltung in Hinblick auf den Einsatz vollautomatisierter Systeme überhaupt vorsieht.

B. Methodik

Die Untersuchung betrachtet zunächst das Verwaltungsverfahren als solches und die einfachgesetzlichen Grundlagen des VwVfG. Hier steht insbesondere die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit § 10 VwVfG im Mittelpunkt der Überlegungen, der darauf hin untersucht werden soll, welchen Ermessensgrenzen sich das Verfahrensermessen ausgesetzt sieht und welche Besonderheiten hinsichtlich des besonderen Verfahrensermessens bestehen. Sodann wird die vollautomatisiert entscheidende Verwaltung aus rechtsinformatischer Perspektive betrachtet.⁸ Hierbei werden die technischen Grundlagen in Hinblick auf die Automatisierung des Rechts beleuchtet. Die Darstellung des technischen Hintergrundes erfolgt im Rahmen einer Komplexitätsreduktion, die sich notwendigerweise ergibt, um einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung im interdisziplinären Bereich gerecht zu werden. Die Aufarbeitung der technischen Grundlagen bildet zusammen mit den Überlegungen zu den Optimierungsgeboten des § 10 S. 2 VwVfG Ausgangspunkt und Grundstein für die Frage nach der Vollautomatisierung des Entscheidungsverhaltens der Verwaltung. Hierauf aufbauend wird die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens beleuchtet und in Hinblick auf die entscheidungsrelevanten Faktoren in den technischen Kontext eingebunden. Betrachtet wird damit nicht alleine die Entscheidungsstufe der Norm- und Programmanwendung, sondern die konkrete Einbindung in Verfahrensfragen und insoweit entscheidungsrelevante Faktoren.

⁸ Zum hier zugrunde gelegten Verständnis von Rechtsinformatik: *Steinmüller*, JR, 1971, 1 ff.; *Kilian*, CR 2001, 132 (133, 134); *Fiedler*, JuS 1970, 432 (433); *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 70 ff.

C. Gang der Untersuchung

In § 2 dieser Untersuchung wird der zentrale Gegenstand des Verfahrensermessens, eingebettet in die Verfahrensmaßstäbe des VwVfG, beleuchtet. Die besondere Bedeutung des Verfahrensermessens als Dreh- und Angelpunkt der Untersuchung wird konturiert und die Grenzen des Ermessens aufgezeigt, die aus der Anwendung des § 40 VwVfG auch auf das prozedural geprägte Verfahrensermessen folgen. So werden zunächst die allgemeinen äußeren Grenzen des Verfahrensermessens dargestellt und die insoweit insbesondere in Hinblick auf eine vollautomatisierte Durchführung zu beachtenden gesetzlichen Grenzen des VwVfG selbst. Sodann werden die inneren Ermessensgrenzen dargestellt, die sich an den Optimierungsgeboten des § 10 S. 2 VwVfG und den hieraus ableitbaren Handlungsmaßstäben, wie etwa der Effizienz, Effektivität, Verfahrensökonomie und Wirtschaftlichkeit, manifestieren. Hier wird insbesondere auch ausgelotet werden, warum Effizienzkriterien als Maßstäbe der Verfahrensgestaltung Beachtung finden müssen und der Annahme, Effizienz stünde in einem sich ausschließenden Gegensatz zu einem rechtsstaatlichen Verfahren, kontextgebunden entgegengetreten. Sodann wird herausgestellt, dass freilich mit Blick auf Art. 20 III GG rechtmäßiges Verwaltungshandeln oberstes Leitziel eines jeden Verwaltungsverfahrens sein muss, um im weiteren Verlauf auf diesen Grundsatz zurückkommen zu können, um darzustellen, dass ein solches durch die vollautomatisierte Durchführung nicht nur nicht gefährdet ist, sondern vielmehr zur Wirklichkeit gelangt. Letztlich werden noch die Normierungen des OZG und der europarechtliche Einfluss des Art. 41 GrCh auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens in die Betrachtung einbezogen.

In § 3 werden zunächst die technischen Grundlagen dargelegt und Begriffsklärungen vorgenommen. Erst diese Ausführungen ermöglichen den weiteren Fortgang der Untersuchung, die ein technisches Verständnis grundlegend voraussetzt, um den Zirkelschluss zu den handlungsleitenden Maßstäben des VwVfG zu ziehen. Hier erfolgt sodann insbesondere die Abgrenzung zwischen regel-, fallbasierten und KI-Systemen und die Eingrenzung der weiteren Untersuchung auf determinierte Entscheidungsprogramme, die durch regelbasierte Systeme umgesetzt werden. Auf Basis dieser Feststellungen werden die herausgearbeiteten Optimierungsgebote und Maßstäbe der Ermessensgrenzen in Zusammenhang zu der Arbeitsweise eines algorithmischen regelbasierten Systems gesetzt. Hier

wird sich zeigen, dass alleine der Einsatz dieser Systeme bei den geeigneten Entscheidungsprogrammen die bestmögliche Verwirklichung der Optimierungsgebote sichern kann und aufgrund der mangelnden Risikogeneigntheit und Rechtssicherung eine Verdichtung der Verfahrensermessensgrenzen auf Null anzunehmen ist. Anschaulich gemacht wird die Funktionsweise aus Sicht der Behörde und der Bürger und Bürgerinnen in der Folge des Kapitels am Beispiel des Kindergeldanspruches aus § 62 I 1 EStG. Im Anschluss wird in § 4 der Frage nachgegangen, ob aus dieser Verfahrensgestaltungsanforderung ein subjektiv-öffentliches und im weiteren Verlaufe einklagbares Recht des Bürgers/der Bürgerin resultieren kann. Nach der Darstellung der dogmatischen Herleitung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes und der Geeignetheit von Verfahrensrechten ist hier insbesondere auf das Fehlerfolgenregime des VwVfG und damit die faktische Undurchsetzbarkeit von Verfahrensfehlern einzugehen. Es wird untersucht, ob ein absolutes Recht auf eine Vollautomatisierung gebundener Entscheidungen bestehen kann, was letztlich nach dem derzeitigen eindeutigen gesetzlichen Stand abzulehnen sein wird.

§ 2 Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens

A. Die Durchführung des Verwaltungsverfahrens nach dem VwVfG

I. Die Verwaltungsarbeit und das Instrumentarium des Verwaltungsverfahrensrechts

a) *Die Funktion des Verwaltungsverfahrens*

Für die vorliegende Untersuchung ist nicht das Verwaltungsrecht von Bedeutung mit seinen insbesondere materiell-rechtlichen Normierungen, sondern die Betrachtung des Verwaltungsverfahrens.⁹ Das

⁹ Zentrales Merkmal der Verwaltungsarbeit ist die Pflichtengebundenheit und das Tätigwerden der Verwaltung im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben, so dass die Verwaltung letztlich alleine im öffentlichen Interesse handelt. Die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben sind der Kompetenz des Staates also nicht um dessen selbst Willen, sondern um der Bürger Willen übertragen. Freilich obliegt die Konkretisierung dem einfachen Gesetzgeber (*Ossenbühl*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 6 II, Rn. 3; bereits *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S. 6). Die alltägliche Verwaltungsarbeit in den deutschen Behörden ist daher vordringlich geprägt durch die einfachgesetzlichen Regelungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, das der Verwirklichung des materiellen Rechts eine feste Struktur gibt. Gleichwohl kommt es in der Praxis der Verwaltungstätigkeit häufig zu einer Interaktion des Verwaltungsrechts mit dem Verfassungsrecht. Enthalten Tatbestandsmerkmale unbestimmte Rechtsbegriffe, sind diese verfassungsgemäß auszulegen; bei auf Rechtsfolgende bestehendem Ermessen sind die

Verwaltungsverfahren wird hier verstanden als planvoll geordneter Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung, der in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung abläuft und die Verwaltung befähigen soll, auf rationale Weise zu handeln.¹⁰ Damit wird deutlich, dass das Verwaltungsverfahren sich auf das Wie des Verwaltungshandelns und damit die Art und Weise des Zustandekommens einer Verwaltungsentscheidung bezieht.¹¹ Insofern regelt das Verwaltungsverfahren, und noch begrenzter das VwVfG, nur einen Teilbereich der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit. Konkret umfasst das Verwaltungsverfahren die Handlungsformen der Verwaltungsbehörden, den Weg der behördlichen Willensbildung, die Aufnahme, Ermittlung und Prüfung eines Sachverhaltes und darauf basierend die Vorbereitung und Fertigstellung einer Verwaltungsentscheidung. Das Verwaltungsverfahren folgt damit, wie *Schmidt-Aßmann* es darstellt, einer Ordnungsidee, die einen geordneten Ablauf vorsieht, der, wie die Einzelbestimmungen des VwVfG zeigen, geprägt sein soll durch Rationalität, Koordination und ein Interaktionssystem zwischen der handelnden Verwaltungsbehörde und dem Bürger.¹² Hier wird die demokratische Funktion des Verwaltungsverfahrens besonders deutlich - eine rechtlich verfasste, repräsentative Demokratie ist eine verfahrensgeprägte Demokratie.¹³

Die Bedeutung des Verfahrensrechts ist seit jeher stark umstritten. Grundsätzlich gilt im deutschen Recht nach wie vor die Überzeugung der

grundrechtlich geschützten Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Verhältnis des Verfassungsrechts zum Verwaltungsrecht ist stark umstritten. Hierzu zuletzt *Michael*, VVDStRL 75 (2015), S. 131 (insb. S. 133 ff.). Zurückgehend auf *Werner*, DVBl. 1959, 527 bildete sich teils die Überzeugung eines engen Zusammenhanges der Verfassung und des Verwaltungsrechts heraus (siehe hierzu auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Kap. 1, Rn. 19: „Die wichtigste Bedeutung des Verfassungsrechts muß heute aber gerade in der Beeinflussung der verwaltungsrechtlichen Systematik gesehen werden“). A. A. *Masing*, in: GVWR, Band I, 2. Aufl. 2012, § 7, Rn. 63: „Das viel zitierte Diktum von Fritz Werner [...] ist ein Beispiel für die Gefahr von Irreführungen durch rhetorisch einprägsame Floskeln“; *Möllers*, in: GVWR, Band I, 2. Aufl. 2012, § 3, Rn. 13: „Der vielzitierte Satz Fritz Werners sollte daher als weder zutreffend noch wünschenswert zu den Akten der Verwaltungsrechtsgeschichte gelegt werden.“

¹⁰ So *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 2; ders. in: Ordnungsidee, Berlin 2004, S. 305.

¹¹ BVerfGE 37, 363, 385 = NJW 1974, 1751; 55, 274, 319 = NJW 1981, 329; 75, 108, 150 = NJW 1987, 3115.

¹² *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Berlin 2004; ders., in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 2.

¹³ Ebenso *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 33.

„dienenden Funktion“ des Verfahrensrechts.¹⁴ Das Verfahrensrecht soll der wirksamen und rechtsstaatlichen Vollziehung der materiellen Gesetze dienen.¹⁵ Diese Annahme steht in engem Zusammenhang mit dem Fehlerfolgenregime des VwVfG, das in seinen §§ 45, 46 VwVfG deutlich bestimmt, dass Verfahrensfehler heilbar oder im Grunde unbeachtlich sind. Ein konkreter Eigenwert des Verfahrensrechts wird bislang nur in stark umgrenzten Ausnahmefällen anerkannt.¹⁶ Die Kritik hieran führte zur Anerkennung sog. absoluter Verfahrensrechte, deren Wert sich nicht in einer dienenden Funktion erschöpft, sondern den betreffenden Verfahrensrechten vielmehr einen eigenständigen, insbesondere auch gerichtlich überprüfbaren, Wert beimessen soll.¹⁷ Aufwind hat die Bestrebung des Eigenwertes des Verfahrens u. a. durch die Einflüsse des europäischen Rechts erhalten.¹⁸ Im europäischen Recht haben die Verfahrensrechte eine Ausgestaltung erfahren, die sie grundsätzlich als eigenständig durchsetzbar erstarken lassen. So genügt bereits der Verstoß gegen bestimmte Verfahrensrechte, um einen hoheitlichen Akt rechtswidrig zu machen¹⁹ und nicht, wie im deutschen Recht, wo dessen Rechtswidrigkeit zwar anerkannt, jedoch als unbeachtlich eingestuft wird.

Grundsätzlich sollen durch die Verfahrensregelungen rechtlich nicht zu beanstandende und sachlich angemessene Entscheidungen getroffen werden.²⁰ Das Verfahrensrecht dient damit dem wirksamen und rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug und verkörpert so das Rechtsstaatsprinzip und die Ausprägungen dieses Prinzips im Sinne der rechtsstaatlichen

¹⁴ u. a. *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 19, Rn. 15; *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 30, zurückgehend auf *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (153); *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 65; anders *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 5, der die „Vorstellung einer nur dienenden Funktion des formellen Rechts“ als „verfehlt“ ansieht; ders., in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 19 IV, Rn. 25.

¹⁵ Siehe hierzu auch *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 30; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 45, Rn. 10.

¹⁶ Hierzu etwa BVerwGE 9, 69 (72); BVerwGE 41, 58, (64); BVerwGE 44, 235, (239); BVerwGE 64, 325.

¹⁷ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 39.

¹⁸ Ergänzend siehe hierzu exemplarisch *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 65; *Kopp*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 45, Rn. 5;; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 (Grundrechtseinschränkungen; Grundrechtsträger; Rechtsweggarantie), Rn. 65; *Wolff*, in: NK-VwGO, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 42.

¹⁹ So etwa EuGH 15.10.2015 – C-137/14; NVwZ 2015, 1665; s.a. EuGH 7.11.2013 – C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49. Lesenswert hierzu *Wahl*, DVBl. 2003, 1285 (insb. 1292 f.).

²⁰ *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 19, Rn. 15.

Grundsätze.²¹ *Wahl* formulierte diesbezüglich das Verfahrensrecht als „Verwirklichungsmodus des Rechts“.²² Damit wird deutlich, dass das Verfahren zur Generierung des notwendigen Wissens und damit der Vorbereitung der Entscheidung dienen soll.²³ Seinen Abschluss findet das Verfahren dann in der fundierten Verwaltungsentscheidung.

b) *Das Instrumentarium des VwVfG*

aa) Geltungsbereich des VwVfG

Aus der kompliziert anmutenden Formulierung des § 1 VwVfG folgt, dass für Verwaltungstätigkeiten des Bundes, vorbehaltlich normierter Ausnahmen, nur das am 01.01.1977 in Kraft getretene VwVfG des Bundes gilt. Entsprechende Tätigkeiten der Länder- oder Kommunalbehörden unterliegen den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen, die jedoch nahezu vereinheitlichte Regelungen zum VwVfG vorsehen.²⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn die Landesbehörden Bundesrecht ausführen. In diesem Fall ist wiederum das VwVfG des Bundes anwendbar.

bb) Bedeutung des VwVfG für diese Untersuchung

Das VwVfG als struktur- und rahmengebendes Gesetz für den Ablauf eines geordneten Verwaltungsverfahrens ist Grundlage dieser Untersuchung. Wie bereits angedeutet, erfüllt das VwVfG Rechtsvereinheitlichungs-, Entlastungs-, Effektivierungs-, Deregulierungs- und Akzeptanzfunktionen.²⁵ Es enthält umfängliche Regelungen, die einen Ausgleich suchen zwischen einer effektiven, effizienten und damit auf den zügigen Ablauf des Verwaltungsverfahrens gerichteten Durchführung und den in dem Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Beteiligungsrechten betroffener und drittbetroffener Bürger und Bürgerinnen. Dreh- und Angelpunkt der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens stellt § 10 VwVfG dar, der in den entsprechenden Landesgesetzen wortgleich ebenso in § 10 LVwVfG zu finden ist und der der Verwaltung durch das eingeräumte Verfahrensermessen in § 10 S. 1 VwVfG die nötige Flexibilität in der konkreten

²¹ *Badura*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 33 I 1, Rn. 1 f., § 33 III 1, Rn. 27; *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465; *Schmidt-Aßmann*, JURA 1979, 505 (506).

²² *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (153).

²³ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 29.

²⁴ Ebenso *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1, Rn. 60.

²⁵ *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 5, Rn. 8 f.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Einl. Rn. 10 ff.

Verfahrensgestaltung einräumt. Seine durchgreifende Bedeutung für die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens resultiert bereits in systematischer Hinsicht aus seiner Nennung als ersten der Verfahrensgrundsätze des VwVfG. Dem Anwendungsbereich nach ist § 10 VwVfG anwendbar auf alle Verwaltungsverfahren nach § 9 VwVfG, wobei der hier relevante Betrachtungsbereich sich insbesondere auf vollständig automatisierte Verwaltungsakte iSd § 35a VwVfG beziehen soll. Wie zu zeigen sein wird, ist das Verfahrensermessen des § 10 VwVfG nicht uferlos gewährleistet, sondern findet seine Grenzen nicht zuletzt in den Handlungsmaßstäben des § 10 S. 2 VwVfG. Es wird daher zu beleuchten sein, welche Auswirkungen das vollautomatisierte Verwaltungsverfahren mit seinen effizienz-, effektivitätssteigernden, beschleunigenden und vereinfachenden Effekten auf das Verfahrensermessen zeitigt.

II. Das Verfahrensermessen des § 10 S. 1 VwVfG

§ 10 S. 1 VwVfG drückt zunächst ausdrücklich die Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens aus. Hinter dieser nahezu banal wirkenden Formulierung verbirgt sich eines der wichtigsten Instrumentarien der Verwaltungsbehörde bei der konkreten Ausgestaltung der Verwaltungsverfahren – das Verfahrensermessen, das seinen gesetzlichen Anknüpfungspunkt nicht nur in § 10 S. 1 VwVfG findet, sondern insbesondere auch § 40 VwVfG, der von einer Ermessensausübung auch im Verfahren ausgeht.²⁶ § 10 S. 1 VwVfG stellt hierbei den Regelfall dar.²⁷ § 10 VwVfG gilt für sämtliche Verwaltungsverfahren iSd § 9 VwVfG und in zeitlicher Hinsicht von dessen Einleitung bis zur Beendigung des Verfahrens. Das Verwaltungsverfahren kennt also keinen *numerus clausus* der Handlungsformen; ist an eine bestimmte Form gerade nicht gebunden, was sich auf das gesamte Verwaltungsverfahren bezieht und damit nicht nur die abstrakte Form des Verfahrensganges, sondern ebenso die konkrete Ausgestaltung. Das Verfahrensermessen liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Behördenleitung und abgeleitet in den Händen der den Einzelfall bearbeitenden Sachbearbeitenden.²⁸ Diese mit dem konkreten Verwaltungsfall

²⁶ Ebenso statt vieler *Hill*, NVwZ 1985, 449 (450).

²⁷ Die konkrete Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens gestaltet sich grundsätzlich nach dem Fachrecht, sofern vorhanden. Sofern das Fachrecht das durchzuführende Verwaltungsverfahren nicht oder nicht gänzlich regelt, gelten die allgemeinen Grundsätze. *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 163; *Maurer/Waldhoff*, *Allg. VerwR*, 20. Aufl. 2020, § 19, Rn. 3.

²⁸ *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. vollständig überarbeitete Aufl. 2019, § 10, Rn. 6.

betrauten Amtswaltende üben das Verfahrensermessen aus, in dem sie entscheiden, welcher Verfahrensgang das materielle Recht unter zweckmäßiger Beachtung der Verfahrensgrundsätze umzusetzen vermag. So ist auch die Zielsetzung des Verfahrensermessens umrissen, das die Verwirklichung des materiellen Rechts verfolgt.

§ 10 S. 1 VwVfG erfüllt also eine Flexibilisierungsfunktion. Es soll sichergestellt werden, dass die den konkreten Einzelfall bestimmenden Gegebenheiten berücksichtigt werden, so dass Folge der nötigen Flexibilität die Situationsgerechtigkeit des jeweiligen Verfahrens ist. Hintergrund dieser Funktionen ist die damals wie heute vertretene Überzeugung, dass erhebliche Formalisierungen den Verwaltungsbehörden keine Erleichterung verschaffen, sondern eher zu Schwerfälligkeiten führen würden. Hinzukommt die rein faktische Unmöglichkeit der Standardisierung der Vielzahl existierender Verfahren. Diese Vielzahl der Verfahrensdurchführungsmöglichkeiten ergibt sich zuvorderst mit Blick auf den Bezugspunkt des Verwaltungsverfahrens und damit der strukturierten Umsetzung materiellen Rechts, so dass das Verfahrensermessen nicht nur seinen Grund in der Umsetzung materiellen Rechts findet, sondern ebenso Voraussetzung einer zweckmäßigen Umsetzung desselben ist.²⁹

Das Verfahrensermessen entfaltet sich in vielfältigen Einzelfragen der Verfahrensführung und betrifft die Einleitung, Durchführung und Beendigung des Verwaltungsverfahrens.³⁰ So obliegt es beispielhaft der Behörde zu entscheiden, wie, in welcher Form und in welchem konkreten Umfang Anhörungen stattfinden oder welche Maßnahmen der Amtsermittlung sachangemessen sind. Der eingesetzte Verfahrensaufwand soll hierbei in einem vernünftigen Verhältnis zu Bedeutung und Gewicht der zu treffenden Entscheidung stehen.³¹ Ein Blick in das VwVfG und die § 10 S. 1 VwVfG nachfolgenden Verfahrensvorschriften zeigt hier jedoch zu beachtende weitere Verfahrensmaßstäbe und subjektive Rechte. So sind Beteiligte ganz generell

²⁹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 16 stellt dar, dass sich das Verfahrensermessen auf die Auswahl des Verfahrens, der Handlungsform, den Beginn und die Durchführung insgesamt, die Entscheidung über Verbindung, Trennung, Aussetzung, die Ausgestaltung der einzelnen Verfahrenshandlungen bezieht.

³⁰ Siehe umfassend zum Verfahrensermessen der Verwaltung *Hill*, NVwZ 1985, 449 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 62.

³¹ *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band V, 3. Aufl. 2007, § 109, Rn. 62; *Ziekow*, DVBl. 1998, 1101 (1102).

anzuhören; ebenso wie die Entscheidung grundsätzlich begründet werden muss. Die insofern vorhandene Differenziertheit und das ausgewogene Verhältnis zwischen Bestimmtheit und Flexibilität ermöglichen es, auf verschiedene Situationen, Strukturen, Regeln unter der notwendigen Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensmaßstäbe zu reagieren. In dieser Differenziertheit zeigt sich, dass sich die Verwaltung keineswegs in einem rechtsfreien Raum bewegt, sondern vielmehr die allgemeinen Verfahrensregelungen des VwVfG und die sie ergänzenden Verfahrensprinzipien freilich Geltung beanspruchen. Nichtförmlichkeit bedeutet damit nicht Regellosigkeit. Das Verwaltungsverfahren ist determiniert durch Verfahrensmaximen, die den Gang des Verfahrens kanalisieren. Dieser für die Verwaltung dringend gebotene Spielraum in der Verfahrensgestaltung sichert erst die Handlungsfähigkeit und die ziel- und passgenaue Entscheidung.

III. Grenzen des Verfahrensermessens

Das Verfahrensermessen eröffnet der jeweiligen Behörde zunächst einen relativ weiten Spielraum. Dieses Ermessen besteht jedoch nicht uferlos. Anknüpfungspunkt ist § 40 VwVfG, dessen Ermessensgrenzen auch für das Verfahrensermessen gelten. Das Verfahrensermessen stellt einen Unterfall des Ermessens gem. § 40 VwVfG dar, wenngleich es dem materiellen Rechtsfolgnermessen nur strukturell entspricht. Demnach ist das Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Diese pflichtgemäße Ausübung des Verfahrensermessens folgt der Ermessenslehre. Es sind alle für die konkrete Entscheidung relevanten Verfahrenszwecke zu ermitteln, Verfahrensgestaltungsalternativen zu entwickeln und im Konfliktfall ermessensgerecht abzuwägen.³² Die Determinanten der Ermessensbetätigung können folgerichtig unterschiedlich sein und jeweils von der Funktion des zu bearbeitenden Verfahrens abhängen. Es besteht jedoch die Verpflichtung, das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und im Rahmen der gesetzlichen Ermessensgrenzen auszuüben.^{33 34} Die Behörde sieht sich neben

³² Hill, NVwZ 1985, 449 (451) zur Funktion der Ermessensausübung: „(...) hat die Verwaltung zunächst die in Betracht kommenden Zwecke zu ermitteln und sodann im Hinblick auf mögliche Verfahrensgestaltungen eine Abwägung zu treffen.“

³³ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 53.

³⁴ Soweit der „Zweck der Ermächtigung“ verfehlt wird, spricht man von Ermessensfehlgebrauch (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 62). Der Zweck des Ermessens ist unter Bezugnahme und Auslegung der betreffenden Norm zu bestimmen. Hierbei spielen der systematische Bezug und die verfassungsrechtlichen Grundlagen eine besondere Rolle. Die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ergeben sich ebenso unter Bezugnahme auf die konkrete Ermessensnorm und damit den Grenzen aus dem Gesetz selbst und aus sonstigen Gesetzen,

einer inneren Grenze auch äußeren Grenzen ausgesetzt. Dies betrifft einfachgesetzliche Normierungen ebenso wie die absolute Grenze des Willkürverbotes und aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Grundsätze wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.³⁵ Darüber hinaus kann sich im Einzelfall eine Verpflichtung aus Art. 3 GG iVm Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung oder aufgrund einer Grundrechtsbindung ergeben.

Die Behörde hat zudem freilich die Zulässigkeitsvoraussetzungen und ebenso den Rahmen des materiellen Rechts zu beachten. Auch hier lenken unter Bezugnahme auf § 10 S. 2 VwVfG die Zweckmäßigkeit der Gestaltung, das Erfordernis der Zügigkeit, der Sicherheit, des Aufwandes und des konkret nötigen Ressourceneinsatzes die Wahl. Damit steht zumindest fest, dass das Gebot fehlerfreier Ermessensausübung dann verletzt ist, wenn das Verfahren zweckwidrig durchgeführt wurde.³⁶ Soweit ein Ermessen eingeräumt ist, können jedoch verschiedene Ausgestaltungen noch als zweckmäßig im Sinne der Ermessensvorschrift betrachtet werden. Erst ein Überschreiten der Ermessensgrenzen führt zur Rechtswidrigkeit.³⁷ Jede Überschreitung der Grenzen des Ermessens ist ein Rechtsverstoß und ein ermessensfehlerhafter Akt der Verwaltung rechtswidrig. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass § 114 S. 1 Alt. 2 VwGO zeigt, dass grundsätzlich auch formelle Fehler stets zur Rechtswidrigkeit führen und einen Aufhebungsanspruch begründen können,³⁸

insofern als sich die Behörde zu diesen nicht in Widerspruch setzen darf (*Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 73). Es sind zwei Formen der Ermessensfehler anzunehmen. Bei der Ermessensüberschreitung wird der äußere Rahmen der Ermächtigung überschritten (*Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 74). Ein Ermessensmangel kann in Form der Unterschreitung und des Ermessensnichtgebrauchs vorliegen, wenn von einem gesetzlich eingeräumten Ermessen kein Gebrauch oder nicht erkennbar Gebrauch gemacht wurde (*Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 77). Der wohl deutlichste Fehler liegt vor, wenn die Behörde irrig annimmt, es bedürfe keiner Ermessensausübung; ein solcher Fall kann insbesondere dann auftreten, wenn die Behörde fälschlich meint, ihre Entscheidung sei gebunden (BVerwGE 15, 196, 199; 17, 267, 279; 19, 149, 152; 23, 112, 122; 31, 213; BVerwG NJW 1978, 507; ZBR 1996, 215; OVG Hamburg NordÖR 2002, 168, 169 f.). Hinsichtlich der Einhaltung sonstiger Normierungen ist vordringlich auf die Bedeutung verfassungsrechtlicher Anforderungen hinzuweisen, die sich primär aus dem GG, aber auch aus den Landesverfassungen ergeben können (siehe Ausführungen zur Bedeutung der übergreifend für die gesamte Rechtsordnung wirksamen verfassungsrechtlichen Anforderungen *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 83). Bedeutsam sind hier auch der Sozialstaatsgrundsatz und Staatszielbestimmungen.

³⁵ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 6 ff.

³⁶ *Lange*, in: Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 317.

³⁷ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 55.

³⁸ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 56.

wobei diese Folge in der letztlichen Durchsetzbarkeit seine faktischen Grenzen im Fehlerfolgenregime des §§ 45, 46 VwVfG findet.

a) *Äußere Grenzen des Verfahrensermessens*

aa) Das Willkürverbot

Zuvorderste Beachtung und absolut äußerste Grenze der Ermessensausübung stellt das Willkürverbot dar, das verletzt ist, wenn das Verfahren unter keinem denkbaren Umstand mehr rechtlich vertretbar ist und eine tatsächliche und rechtliche Unangemessenheit vorliegt. Ist das so formulierte Willkürverbot verletzt, wurde von dem Verfahrensermessens fehlerhaft Gebrauch gemacht, so dass die Verletzung formellen Rechts zunächst feststeht. Dass dieser Verletzung nicht zwangsläufig die subjektive Rügefähigkeit folgt, ergibt sich aus dem Fehlerfolgenregime des §§ 45, 46 VwVfG und wird im weiteren Verlauf näher beleuchtet werden.

bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. Übermaßverbot liegt der Gedanke zugrunde, dass staatliche Maßnahmen, insbesondere Eingriffsmaßnahmen, nicht uferlos und unbegrenzt vorgenommen werden dürfen, sondern vielmehr einer Rechtfertigung bedürfen, die einen konkreten Zweck verfolgt.³⁹ Hiermit nicht genug, muss die Maßnahme sich an diesem Zweck messen lassen und in Umfang, Art und Weise angemessen sein.⁴⁰ Die Maßnahme bedarf also eines legitimen Zwecks, sie muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.⁴¹ Für das Verfahrensermessens bedeutet das konkret, dass ebenso Erfolg versprechende, aber für den in der konkreten Rechtsposition geschützten Kreis weniger belastende Handlungsalternativen (mildere Mittel) zu wählen sind, woraus sich eine absolute Grenze des Verfahrensermessens ergibt. Die Annahme einer gleich wirksamen Alternative setzt voraus, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit gleichwertig gesichert ist.⁴² So ist nach Ansicht des BVerfG eine Alternative nicht gleichwertig, wenn zwar der Adressat der

³⁹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 107 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 107 (jetzt 108).

⁴¹ BVerfGE 65, 1 (54); 67, 157 (173); 70, 278 (286); 92, 262 (273); zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausführlich *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 182-186; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 110-120.

⁴² BVerfGE 25, 1 (20).

konkreten Regelung weniger belastet wird, gleichsam jedoch eine stärkere Belastung eines Dritten oder der Allgemeinheit eintritt.⁴³ Dieser Abwägungsvorgang ist freilich konkret und am jeweiligen Einzelfall zu führen.

cc) Gesetzliche Grenzen des Verfahrensermessens

Weitere äußere Grenzen des Verfahrensermessens stellen die sog. gesetzlichen Grenzen für das nichtförmliche Verfahren dar, wie sie etwa in §§ 22 S. 2, 24 II, III, 28 I, 37 I, 39 I 1, 2 VwVfG normiert sind.⁴⁴ Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Vielmehr gilt bei der Ermessensausübung aufgrund der Bindung an das Gesetz, dass alle grundsätzlich einschlägigen Rechtsnormen potentiell geeignet sind, Ermessensgrenzen darzustellen. Für die vorliegende Untersuchung des Einsatzes vollautomatisierter Systeme im Verwaltungsverfahren müssen §§ 24 I 3, 28 II Nr. 4, 37 V, 39 II Nr. 3 VwVfG näher beleuchtet werden. Diese sehen Ausnahmen von den Grundsätzen der Anhörungspflicht, Bestimmtheit und Form sowie der Begründungspflicht von Verwaltungsakten vor, die zu beachtende gesetzliche Grenzen des Ermessens darstellen und wiederum das Ermessen der Behörde erstarken lassen. Dass diese Ausnahmetatbestände ihre Anwendbarkeit bei den dieser Untersuchung zugrunde liegenden vollautomatisiert durchgeführten Verwaltungsverfahren nicht gleichsam reklamieren, ergibt sich aus dem Folgenden.

(1) Der Untersuchungsgrundsatz bei vollautomatisierten Verfahren

§ 24 I 3 VwVfG ist in Zusammenhang mit § 35a VwVfG zu lesen, welcher ebenfalls am 01.01.2017 mit dem Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.07.2016 eingeführt wurde. § 24 I 3 VwVfG formuliert als Verfahrensvorschrift eine äußere Ermessensgrenze bei vollautomatisiert durchgeführten Verwaltungsverfahren.⁴⁵ Insoweit wird deutlich, dass bei der Durchführung eines solchen Verfahrens „bedeutsame tatsächliche Angaben“ nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Um den Zweck der Einführung der mit der Novelle einhergehenden Normen, in deren

⁴³ BVerfGE 25, 1 ff. (20); 30, 292 ff. (319).

⁴⁴ Hill, NVwZ 1985, 449 (451).

⁴⁵ Der Anwendungsbereich ist hier jedoch nicht auf Verfahren des § 35a VwVfG beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf teilautomatisierte Verwaltungsverfahren. Die Vorschrift ist Folge der ausdrücklich anerkannten Möglichkeit, vollautomatisierte Verwaltungsakte zu erlassen und soll sicherstellen, dass auch in derartig ausgeformten Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gewahrt bleibt (*Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 24, Rn. 57a ff.).

Mittelpunkt § 35a VwVfG steht, nicht zu konterkarieren, wird mit der Eingrenzung auf bedeutsame Angaben sichergestellt, dass eine Aushöhlung des Anwendungsbereiches nicht ohne Weiteres durch irgendwelche Angaben möglich ist.

§ 24 I 3 VwVfG schränkt den Untersuchungsgrundsatz nicht ein, sondern setzt diesen vielmehr voraus.⁴⁶ Insoweit ergänzt § 24 I 3 VwVfG die Regelung des § 35a VwVfG, der es in den gesetzlich zulässigen Fällen ermöglicht, die Untersuchungspflicht im Einzelfall im Sinne einer Vollautomatisierung zu modifizieren. Abs. I S. 3 impliziert nämlich die Verschiebung in den Fällen eines vollautomatisierten Verfahrens weg von einer umfassend bestehenden Untersuchungspflicht, was aus der Formulierung „[...] die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden“ folgt.⁴⁷ Dieser, auf den ersten Blick wirkende Verlust der rechtsstaatlichen Grundsätze wird im Umkehrschluss aufgefangen durch die aus der Vorschrift zwingend resultierende Pflicht der Berücksichtigung individuell „bedeutsamer tatsächlicher“ Umstände. Darüber hinaus greift auch § 35a VwVfG unmittelbar als begrenzende Vorschrift, weil von vorneherein nur derartige Verfahren vollautomatisiert bearbeitet und letztlich auch entschieden werden dürfen, die hierfür geeignet sind. Insoweit muss man bereits unter dem Gesichtspunkt des Amtsermittlungsgrundsatzes und der Gewährleistung rechtlichen Gehörs zu der Feststellung gelangen, dass nur solche Verfahren vollautomatisiert durchgeführt werden können, bei denen die für den Fall benötigten und entscheidungsrelevanten Daten in ein elektronisches Formular eingetragen werden können, das das System auslesen und als Grundlage seiner Entscheidung verwenden kann.⁴⁸

(2) Die Anhörungs-, Begründungspflicht und Form eines automatisierten Verwaltungsaktes

Es mag zunächst verwundern, dass die Ausnahmetatbestände der §§ 28 II, 37 V, 39 II VwVfG im Rahmen äußerer Ermessensgrenzen des Verfahrensermessens beleuchtet werden. Die Relevanz ergibt sich jedoch daraus, dass bei

⁴⁶ S. BT-Drs 18/8434, S. 122.

⁴⁷ Kallerhoff/Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 24, Rn. 57d.

⁴⁸ Lesenswert hierzu die Thesen zu den Voraussetzungen für einen vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten in der Stellungnahme des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern, Automatisiert erlassene Verwaltungsakte und Bekanntgabe über Internetplattformen – Fortentwicklung des Verfahrensrechts im Zeichen der Digitalisierung: Wie können rechtsstaatliche Standards gewahrt werden?; NVwZ 2015, 1114 (1115).

Durchführung eines Verfahrens mithilfe vollautomatisierter Entscheidungssysteme der Anwendungsbereich der Ausnahmegesetze nicht geradewegs evident ist, sondern im Wege der Verfahrensermessensausübung festzustellen ist, ob die Ausnahmetatbestände tatsächlich greifen, sofern man ein Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchführt. Die Frage der Anwendbarkeit resultiert aus der Formulierung der „mithilfe automatischer Einrichtungen“ erlassenen Verwaltungsakte. Die so formulierten Sonderregelungen hatte der damalige Gesetzgeber in Hinblick auf den Stand der EDV-Technik in den 1960er/1970er Jahren geschaffen. So waren schlicht geringe Speicherkapazitäten der EDV-Anlagen oder z. B. das Vorhandensein eines schwerfälligen Nadeldruckers Hintergrund der Regelungen, die so das Verfahren effizienter gestalten oder in Hinblick auf die geringe Speicherkapazität überhaupt technisch und wirtschaftlich ermöglichen sollten. Eine Änderung oder Anpassung im Zuge der Novelle 2016 erfolgte nicht, so dass sich die Frage der Anwendbarkeit der Norm auf vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte stellt. Insofern besteht Einigkeit darüber, dass die Begrifflichkeit des § 35a VwVfG („vollständig durch automatische Einrichtungen erlassene VA“) nicht mit dem der §§ 28 II Nr. 4, 37 V und 39 II Nr. 3 VwVfG übereinstimmt („mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene VA“). Jedoch wird in dem vollständig durch automatische Einrichtungen erlassenen VA ein Unterfall des mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen VA gesehen, so dass zwar hinsichtlich der Begrifflichkeiten keine Kongruenz, wohl aber hinsichtlich der Auslegung der Begriffe besteht.⁴⁹

1.1 § 28 II Nr. 4 VwVfG

§ 28 II Nr. 4 VwVfG, der regelt, dass von der Anhörung insbesondere dann abgesehen werden kann, wenn die Behörde Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will, ist eine Ausnahmegesetz zur Anhörungspflicht aus § 28 I VwVfG. § 28 I VwVfG begründet die Pflicht der Behörde, dem Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung zu erheblichen Tatsachen zu geben. Damit stellt die Anhörungspflicht eine äußere Grenze des Verfahrensermessens dar – grundsätzlich ist anzuhören. Inhaltlich bedeutet dies, dass der Beteiligte zu seinen Verwaltungsfall betreffende und beeinflussende Tatsachen Stellung nehmen und so auf die Entscheidung Einfluss haben können muss.⁵⁰ Gleichzeitig besteht die Pflicht der Behörde, die

⁴⁹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 13.

⁵⁰ Kallerhof/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28, Rn. 37; Ziekow, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 28, Rn. 4.

vorgebrachten Umstände tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und in die Erwägungen einzubeziehen.⁵¹ In formeller Hinsicht bestehen mit Blick auf § 28 VwVfG keine Formvorgaben; die Anhörung ist formfrei. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, dass die Beteiligten ihr Anliegen in angemessener Weise vorbringen können. Diese Notwendigkeit variiert sinngemäß mit dem Komplexitätsgrad der Sache.

§ 28 II Nr. 4 VwVfG stuft eine Anhörung dann als entbehrlich ein, wenn Verwaltungsakte „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ erlassen wurden. Zwar besteht eine grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Verfahren des vollautomatisierten Erlasses. Hinsichtlich der fehlerfreien Ermessensausübung ist jedoch zu beachten, dass eine Anhörung nicht allein aus dem Grunde nicht erfolgen darf, weil das Verfahren vollautomatisiert durchgeführt wurde. Ein einzelfallunabhängiger schematischer Verzicht auf die Anhörung ist nicht vorgesehen.⁵² Vielmehr hat die Behörde auch in den Fällen des § 28 II Nr. 1-5 VwVfG zu prüfen, ob eine Anhörung im Einzelfall zur Wahrung der Beteiligungsrechte durchzuführen ist. Hier bedarf es iRd rechtmäßigen Ermessensausübung einer einzelfallabhängigen Abwägung, orientiert am Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁵³ Von diesem Ermessen ist in Hinblick auf ein vollautomatisiert durchgeführtes Verfahren jedenfalls dann fehlerhaft Gebrauch gemacht, wenn lediglich aufgrund des Einsatzes vollautomatisiert arbeitender Maschinen eine Anhörung nicht erfolgen würde.⁵⁴ Hier hat besondere Bedeutung, dass bei der vollautomatisierten Durchführung, im Gegensatz zur Teilautomatisierung, auch die Erhebung, Bewertung und Verifizierung der Sachverhaltsdaten automatisiert erfolgt und gleichzeitig die Anhörungspflicht in diesem Verfahrensstadium seine besondere Rechtsschutzwirkung entfaltet. Von der Entbehrlichkeit der Anhörungspflicht kann auch hier also nur dann ausgegangen werden, wenn weitere Umstände hinzutreten, die eine einzelfallabhängige Sachverhaltserhebung und -verifizierung unnötig erscheinen lassen, da derartige

⁵¹ So BVerfG NVwZ 2010, 954; NJW 2009, 1585; BVerwG DVBl 2010, 1056; BVerwG DVBl 1997, 856; VerfGH Berlin JR 2009, 325.

⁵² *Kallerhof/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28, Rn. 47.

⁵³ Siehe hierzu BGH NVwZ 2002, 509 (510); BVerwGE 68, 271; *Berg*, JZ 2005, 1039 (1043). Ferner *Ehlers*, Die Verwaltung 2004, 255 (262 f.), der darauf hinweist, dass das Verlangen des § 28 Abs. 2, auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, gegen ein intendiertes Ermessen sprechen könnte.

⁵⁴ Zur Anhörungspflicht beim Einsatz automatischer Einrichtungen etwa *Kallerhof/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28, Rn. 62; abwägend *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 51.

Sachverhaltsinformationen schlicht nicht vorliegen. Dies wird vor allem in Fällen angenommen werden können, in denen der vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakt „gleichartig in größerer Zahl“ erlassen wird, da hier individuell verschiedene Tatsachengrundlagen entweder nicht entscheidungsrelevant sind oder nicht vorliegen. In allen anderen Fällen ist von der Ausnahmevorschrift nicht Gebrauch zu machen und auch im Falle eines vollautomatisiert durchgeführten Verwaltungsverfahrens grundsätzlich anzuhören.

1.2 § 37 V VwVfG

§ 37 V VwVfG enthält Formerleichterungen für einen schriftlichen Verwaltungsakt, der mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen wird. Hier können die Unterschrift und Namenswiedergabe fehlen und zur Inhaltsangabe können Schlüsselzeichen verwendet werden, wenn derjenige, für den der Verwaltungsakt bestimmt ist oder von ihm betroffen wird, aufgrund der dazu gegebenen Erläuterungen den Inhalt des Verwaltungsaktes eindeutig erkennen kann. Auch in Hinblick auf diese Norm gilt, dass die Formerleichterungen auf die Probleme der Anfänge der „Verwaltungsautomation“ und die damit verbundenen geringen Speicherkapazitäten und erschwerten Druckbedingungen zurückgehen. Hinsichtlich des § 37 V VwVfG ist zu beachten, dass dieser bereits seit längerer Zeit durch die technischen Entwicklungen sowohl in Hinblick auf die erhöhten Speicherkapazitäten von Serveranlagen, großen Druckanlagen bzw. der Möglichkeit des elektronischen Versandes überholt ist und nicht mehr zur Anwendung kommen kann oder gar zu streichen ist.⁵⁵ Die Nichtanwendbarkeit dieser Norm führt wiederum zum Erstarken der gesetzlichen Ermessensgrenzen des § 37 I – III VwVfG, so dass auch vollautomatisiert erlassene Verwaltungsverfahren inhaltlich bestimmt sein und in der rechten Form ergehen müssen. Dies steht nicht zur Disposition der handelnden Behörde.

1.3 § 39 II Nr. 3 VwVfG

Die Ermessensgrenze des § 39 I VwVfG, der vorgibt, dass ein Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen ist und dessen Anforderungen an den Inhalt näher bestimmt, ist besonders beachtenswert. Denn aus rechtsstaatlicher Sicht

⁵⁵ Zu den „überholten Formerleichterungen“ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 37, Rn. 130-138; siehe hierzu auch *Schönenbroicher*, in: *NK-VwVfG*, 2. Aufl. 2019, § 37, Rn. 166; a. A. wohl *Ziekow*, in: *ders.*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 37, Rn. 18, 19.

ist besonderes Augenmerk zu legen auf das Begründungserfordernis hoheitlicher Entscheidungen und die Auswirkungen einer zunehmenden Verwaltungsautomatisierung auf diese verfassungsrechtlich begründete Notwendigkeit. Aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG folgt ein Anspruch derjenigen, in deren Rechte eingegriffen wird, die Gründe des Eingreifens zu erfahren, weil sie nur dann ihre Rechte sachgemäß verteidigen können und nicht bloße Objekte des Verfahrens sind.⁵⁶ Insoweit wird die Begründungspflicht in die Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz durch Verfahren eingebettet. Hieraus folgt die Pflicht zur Begründung nicht nur belastender VA, sondern jeglicher VA, die subjektiv-öffentliche Rechte der Bürger tangieren.⁵⁷ Diese Pflicht steht zunächst nicht im Ermessen der Behörde und stellt eine gesetzliche Grenze dar, die jedoch in Hinblick auf ihre Ausnahmetatbestände als relativ zu betrachten ist.

In Hinblick auf § 39 II VwVfG ist festzustellen, dass durch abzuwägende Gesichtspunkte, wie etwa der Verwaltungseffizienz und deren verfassungsrechtlichen Bezüge, der Versuch zur Schaffung einer Balance zwischen Belastung der Verwaltung und dem Begründungszwang zu erblicken ist.⁵⁸ Auch hier besteht wiederum ein Ermessen der Behörde, ob sie von der Ausnahmeregelung Gebrauch machen darf.⁵⁹

§ 39 II Nr. 3 VwVfG normiert nun eine Ausnahme zum dargestellten Begründungszwang, wenn die Behörde Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlässt und die Begründung nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 39 II Nr. 3 VwVfG die Begründungspflicht auch bei vollautomatisiert erlassenen Verwaltungsakten vollumfänglich besteht. Dass nach § 39 II Nr. 3 VwVfG der Begründungszwang bei „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassenen Verwaltungsakten“ entfallen kann, ist

⁵⁶ BVerfGE 6, 36; BVerfG Beschluss v. 29.10.1975 – 2 BvR 812/73 = NJW 1976, 37 (38); BVerfG Urteil v. 18.07.1967 – 2 BvF 3-8, 139, 140, 334, 335/62 = NJW 1967, 1795 (1800); BVerwG Urteil v. 15.06.1971 – II C 17/70 = VerwRspr. 1972, 446; BVerwG, Urteil v. 23.09.1992 – 6 C 2/91, NVwZ-RR 1993, 621 (627). BVerfGE 84, 34 (46 f.); BVerwGE 84, 59; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 unter Hinweis auf Rspr. des BVerwG: „Das Begründungserfordernis ist ein Kerngebot des Verfassungsstaates: Wenn hoheitliche Stellen Entscheidungen treffen, wird aus Gründen der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes regelmäßig eine Begründung verlangt.“

⁵⁷ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 39, Rn. 2, 6.

⁵⁸ Siehe auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 39, Rn. 4 zu den verfassungsrechtlichen Bezügen der Verwaltungseffizienz und der notwendigen Balance.

⁵⁹ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 39, Rn. 74.

unter Verweis auf die Ausführungen zu § 28 II Nr. 4 VwVfG nur vor dem Hintergrund des Entwicklungsstandes der EDV der 1970er Jahre zu verstehen. Der damalige Gesetzgeber sah es als wohl unvorstellbar an, komplexere Verwaltungsakte, die nicht aus sich heraus verständlich sind, automatisiert zu erstellen.⁶⁰ Eine Anwendung auf vollautomatisierte Verfahren scheidet daher aus. Es ist aus heutiger technischer Sicht nicht nachvollziehbar, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Begründungspflicht hinter der Vereinfachungsklausel aus den 70er Jahren zurücktreten muss. Dies würde dazu führen, dass bei den dieser Untersuchung zugrundeliegenden vollautomatisiert durchgeführten Verwaltungsverfahren die Anwendung des Ausnahmetatbestandes ausschiede und daher die Begründungspflicht des § 39 I VwVfG zur absoluten Ermessensgrenze erstarken würde.⁶¹

⁶⁰ Zum Begründungszwang vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 39, Rn. 97.

⁶¹ Zu konstatieren ist, dass der Diskurs um die Erstellung einer Begründung im vollautomatisierten Verfahren lebendig geführt wird. Problematisch ist insofern, dass in der notwendigen Darstellung der rechtlichen Gründe und damit der Subsumtionsschritte und des Subsumtionsergebnisses (*Malorny*, Pflicht zur Begründung von VA, 1981, S. 102 ff.), technische Herausforderungen liegen. Die bloße Angabe des Gesetzestextes oder formelhafte Wendungen ohne konkreten Bezug zum Fall und das banale „Fallenlassen von Stichworten“ („Verhältnismäßigkeit“, „in Abwägung aller Umstände“) allein genügen den Anforderungen des Begründungszwanges grundsätzlich nicht (BVerwGE 102, 63, 70; BVerwG NVwZ 2001, 1410 (1413); NVwZ-RR 2001, 246 (248); OVG Lüneburg NJW 1984, 1138 (1139); VGH München NVwZ-RR 2003, 837; OVG Münster BRS 36 Nr. 207; NVwZ-RR 1989, 614; VG Gera ThürVBI 2002, 184 (185); VG Dresden LKV 1999, 334). Eine Ausnahme bezüglich dieses Grundsatzes liegt nach herrschender Meinung dann vor, wenn die standardisierte Form sich nicht in formelhaften Darstellungen erschöpft, sondern hinsichtlich der tragenden rechtlichen Gründe des Verwaltungsaktes auf den konkreten Einzelfall abstellt (*Kopp*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 39, Rn. 5 f.). Der Begründungspflicht auch im vollautomatisierten Verfahren Genüge zu tun, stellt die Digitalisierung der Verwaltung vor enorme Herausforderungen. Das Problem resultiert zum einen aus dem o. g. Dreiklang zwischen formaler, juristischer und natürlicher Sprache. Um den Bürgern die Entscheidung des Programmes verständlich offenzulegen, müsste das System in der Lage sein, sein eigenes einzelfallabhängiges Entscheidungsverhalten zu protokollieren und der natürlichen Sprache in verständlicher Form zuzuführen. Darüber hinaus besteht eine Besonderheit durch das Vorliegen juristischer Sachverhalte und der bereits hier nötigen Übersetzungsleistung von der juristischen Formulierung in die natürliche. Selbst wenn die Behörde den Entscheidungsalgorithmus offenlegen würde, wäre dies für die Adressaten des Verwaltungsaktes in Hinblick auf den Sinn und Zweck des Begründungszwanges nicht hilfreich, falls nicht gar verwirrend. Dieses Übersetzungsproblem wächst mit der zunehmenden Entwicklung der Technologie. Sofern in absehbarer Zeit maschinelle Lernverfahren eingesetzt werden können, um Verwaltungsakte vollautomatisiert zu erstellen, greift unmittelbar das sog. „Black-Box“-Problem, das eine Nachvollziehbarkeit des Programmablaufes zu einer hochkomplexen Schwierigkeit macht. Große Hoffnung wird in diesem Zusammenhang auf die sogenannte erklärbare KI gesetzt. So ist es bereits heute möglich, dass bestimmte Muster der Entscheidungen offengelegt werden können. Diese Erfahrungen beziehen sich aktuell aber vor allem auf die Bilderkennung (*Roth-Isigkeit*, DÖV 2020, 1018 (1020) m.w.N.; *Samek/Wiegand/Müller*, ITU Journal: ICT Discoveries Special Issue 1 - The Impact of Artificial Intelligence (AI) on Communication Networks and Services 2017, 39 ff.; zu dem „Black-Box“-Problem auch lesenswert: *Hansen/Rieger*, Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning, 2019, S. 41 ff. und *Samek/Müller*, Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning, 2019, S. 5 ff.). Bei

b) Innere Grenzen des Verwaltungsverfahrens

Hat die Verwaltung das Vorhandensein eines Ermessensspielraumes erkannt und eine vom Gesetz grundsätzlich gedeckte Rechtsfolge gewählt und die absoluten Grenzen des Ermessens beachtet, hat sie ihr Ermessen jedenfalls nicht überschritten. Gleichwohl kann trotz Einhaltung dieser Ermessensgrenzen ein fehlerhafter Ermessensgebrauch vorliegen, soweit die Verwaltung die inneren Ermessensgrenzen nicht beachtet hat. Eine solche Verletzung kann insbesondere aufgrund einer Verfehlung des Ermessenszweckes entstehen, es dürfen daher nur solche Umstände berücksichtigt werden, die der Zweck der gesetzlichen Ermächtigung deckt.⁶² Man spricht dann von inneren Ermessensfehlern oder dem Ermessens Fehlgebrauch.⁶³ Die innere Grenze des Ermessens ist daher anhand des Ermessenszweckes zu beurteilen, der durch Auslegung der Ermächtigungsnorm zu bestimmen ist.⁶⁴

aa) § 10 S. 2 VwVfG und der Zweck der Ermächtigung

Eine für das Verwaltungsverfahrens maßgebliche innere Grenze statuiert § 10 S. 2 VwVfG.⁶⁵ Hier knüpft „zweckmäßig“ unmittelbar an die notwendige Grenze des Zweckes der Ermächtigung aus § 40 VwVfG an.⁶⁷ Der Verwaltung wird mit § 10 S. 2 die Verpflichtung auferlegt, das Verwaltungsverfahren an normativ verbindlichen Verfahrenszwecken auszurichten.⁶⁸ Diese insoweit zu beachtenden Verfahrenszwecke sind komplex und vielschichtig. Hierzu gehören gesetzlich vorgesehene Zwecke des Verfahrens, wie etwa „die Herbeiführung einer bestmöglichen Entscheidung und die optimale

komplexen Abwägungsvorgängen, wie sie bei den hier diskutierten Anwendungen erforderlich wäre, ist auch heute noch weitgehend unklar, inwieweit das sichtbar gemachte Ausgabeergebnis des Arbeitsprozesses für Menschen verständlich wäre. Es bleibt Gegenstand notwendiger Diskussionen, inwiefern bei einem vollautomatisiert ablaufenden Verwaltungsverfahren dem Begründungszwang hinreichend Genüge getan wird, so dass dessen Zielsetzung eingehalten werden kann.

⁶² *Erichsen/Martens*, in: *Erichsen/Ehlers/Burgi*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1979, § 12 II 2, S. 167; *Ossenbühl*, in: *Erichsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 10 II 4, Rn. 15 ff.

⁶³ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 62.

⁶⁴ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 63.

⁶⁵ *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451).

⁶⁶ Auch eine Verfehlung des Zweckes der Ermächtigung stellt einen Ermessens Fehlgebrauch dar. In den Fällen dieser Ermessensverfehlung hält die Behörde zwar den Rahmen der Ermächtigungsnorm ein, das Ermessen wird jedoch nicht innerhalb des Ermessenszweckes gebraucht. Zu erörtern ist daher der Zweck der Ermächtigung, der sich durch Auslegung der jeweiligen Ermächtigungsnorm und daher im vorliegenden Fall des § 10 VwVfG bestimmt.

⁶⁷ Ebenso *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451).

⁶⁸ *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451).

Verwirklichung der entsprechenden Verwaltungsaufgabe einschließlich der Wahrung und Verwirklichung der Rechte der Bürgerinnen und Bürger“⁶⁹ oder anerkannte und teils aus § 10 S. 2 VwVfG abgeleiteten formellen Zielen.⁷⁰ Damit ist deutlich zu machen, dass sich der Zweck der Ermächtigung als solcher hier nicht als der Zweck schlechthin spezifizieren lässt, sondern aus dem Zusammenspiel einer Vielzahl von Verfahrenszwecken ergibt, die ihren gesetzlichen Anknüpfungspunkt insbesondere auch in § 10 S. 2 VwVfG finden.

Das Zusammenspiel aus der Einräumung eines Verfahrensermessens einerseits und den klaren Handlungsmaßstäben des § 10 S. 2 VwVfG, das die zügige, zweckmäßige und einfache Verfahrensgestaltung als Leitlinien ausgibt, dokumentieren diese Vielschichtigkeit der Zwecke der Ermächtigung. So soll einerseits Nichtförmlichkeit, Einfachheit und Beschleunigung dazu führen, dass das Verfahren möglichst schnörkellos und gradlinig, ja insbesondere auch effizient und verfahrensökonomisch, gestaltet wird; gleichsam soll die nötige Flexibilität gesichert sein, so dass ebenso andere Ziele wie etwa das Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzip ihre hinreichende Beachtung finden müssen. All dies wohlverstanden mit dem Ziel der Ausübung des Verfahrensermessens in der Herstellung einer rechtmäßigen Entscheidung im Einzelfall.

Demnach ist zu beachten, dass dem Verfahrensrecht, neben der ebenso nennenswerten Zielsetzung in Bezug auf die Verwirklichung des materiellen Rechts und daraus resultierende Zwecke, ein eindeutiger Selbstzweck implementiert ist, der darin besteht, dass formelle, rechtlich ebenso anerkannte Ziele, wie Vereinfachung, Beschleunigung, Rationalität, Wirtschaftlichkeit und Bürgernähe in den Fokus gerückt werden.⁷¹ § 10 S. 2 VwVfG beschreibt eine Trias der Verfahrensführung und wird dem Interesse

⁶⁹ Hill, NVwZ 1985, 449 (451).

⁷⁰ Lesenswert v. Mutius, Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, 2150, der die Verwaltungseffizienz als Primärfunktion des Verwaltungsverfahrens darstellt.

⁷¹ Zum Eigenwert des Verwaltungsverfahrens verweist Burgi, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 33 auf die nichtinstrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens und damit einer eigenen, vom materiellen Recht losgelösten Wertzuschreibung, wobei breit anerkannte Verfahrenszwecke jene der Akzeptanz der Öffentlichkeit, Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Partizipation seien. Ausführlich zum Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsverfahren Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 227 und Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278. Pitschas, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42. Rn. 131: „Die verstärkte Ausrichtung an der vermeintlichen nur „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens sowie an materiellen Rechtsvorstellungen kündigt von einem veralteten Leitbild des Verfahrensgesetzgebers.“

des Bürgers/der Bürgerin an einer schnell arbeitenden und insgesamt ressourcenschonenden Verwaltung gerecht.⁷² Kurz gefasst meint dies, dass die Verwaltung auf einfachen Wege, in einem effizient und ökonomisch geführten Verfahren eine zweckmäßige Lösung für einen konkreten Einzelfall findet. Dort, wo diese Zielsetzungen in Konflikt geraten, findet das Verfahrensermessen seine tiefe Bedeutung, indem die konkrete Gestaltung unter Berücksichtigung der Ziele der Verwaltung überlassen ist. Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Verschreibung der wirtschaftlichen Ressourcenverwaltung entfalten sich hier zweierlei ineinandergreifende Vorzüge. Zum einen kann eine Beurteilung des konkreten Einzelfalls insoweit erfolgen als es der Behörde obliegt, die notwendigen Mittel zu ergreifen oder nicht zu ergreifen, um der Komplexität eines Falles gerecht zu werden. Zum anderen bietet sich damit einhergehend die Möglichkeit, rechts- oder ermittlungintensivere Sachverhalte tiefergreifend und mit mehr Aufwand aufzuarbeiten und zu bearbeiten, wenn an anderer Stelle, beispielhaft der viel zitierten Massenverwaltung, intensive Bearbeitungen nicht notwendig sind. Die Beachtung und Anerkennung verschiedener Verfahrenszwecke ermöglicht und erfordert gleichermaßen eine situationsbedingte Abwägung. So führt die nötige Flexibilität zum sachgerechten Interessenausgleich und bestenfalls zur Einzelfallgerechtigkeit.

bb) Die innere Grenze des § 10 S. 2 VwVfG und dessen Optimierungsgebote

§ 10 S. 2 VwVfG hat eine fundamentale Bedeutung für die Grenzen des Verfahrensermessens aus § 10 S. 1 VwVfG. Diese Bedeutung erschöpft sich nicht alleine in den ausdrücklich genannten Handlungsdirektiven, sondern auch in den in den Zwecken des § 10 S. 2 VwVfG zum Ausdruck kommenden allgemeinen Verfahrensgrundsätzen.

§ 10 S. 2 VwVfG lenkt das Verwaltungsermessen zunächst insofern, als dieses mit dem Ziel der einfachen, zügigen und zweckmäßigen Bearbeitung des Verwaltungsfalles auszuüben ist. § 10 S. 2 VwVfG wirkt hierbei nicht paradigmatisch, sondern vielmehr rechtsnormativ; er enthält klare Handlungsdirektiven und wirkt ermessensleitend.⁷³ Die Ausgestaltung im Sinne

⁷² Huck, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 6.

⁷³ Ziekow, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 4; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 2.

dieser Norm ist also kein Vorschlag, sondern hat unmittelbare Verbindlichkeit.⁷⁴ Das Verfahren ist von der jeweiligen Behörde so zu gestalten, dass die Grundsätze des § 10 S. 2 VwVfG zur Geltung gebracht werden; die Behörde ist verpflichtet, das Verfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Doch kommt hier, wie bereits angedeutet, keine Priorisierung im Sinne eines Ausschlusses anderer Verfahrenszwecke zum Ausdruck. Vielmehr besteht zwar hinsichtlich der Beachtung der in § 10 S. 2 VwVfG normierten Zwecke kein Ermessen; gleichwohl ergibt sich aufgrund des Kontextes dieser Maßstäbe bei genauerer Betrachtung aber eine Beachtensanforderung. Die Konkretisierung des genauen Inhaltes obliegt hierbei weiterhin den Behörden, so dass von gestaltungsoffenen ermessenslenkenden Rechtssätzen im Sinne eines Finalprogrammes zu sprechen ist.⁷⁵

Weiter sind in der expliziten Nennung der drei Verfahrensmaximen Optimierungsgebote⁷⁶ zu erblicken. Hinsichtlich der Begrifflichkeit ist an dieser Stelle nicht ein Optimierungsgebot im Sinne der Prinzipientheorie gemeint. Vielmehr ist der Begriff als zu beachtender und optimierender Relationsbegriff zu verstehen. Damit genießen die Optimierungsgebote gegenüber sonstigen verfahrensrechtlichen Vorgaben einen relativen Anspruch auf Beachtung und Optimierung in Relation zu der konkret auszuführenden Aufgabe.

Durch die Verwendung der Optimierungsgebote in § 10 S. 2 VwVfG kommt zum Ausdruck, dass das Verfahrensermessen der Behörde dahingehend reduziert ist, dass sie immer die zügigere, zweckmäßigere, einfachere Verfahrensgestaltung zu wählen hat, wenn mehrere Alternativen zur Herstellung einer ansonsten verfahrensrichtigen und rechtmäßigen Situation führen. Diese Feststellung geht Hand in Hand mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als absoluter Grenze der Ermessensausübung,

⁷⁴ Hill, NVwZ 1985, 449 (451): „Der Verwaltung wird damit verbindlich auferlegt, ihre Entscheidungen bezüglich Durchführung und Gestaltung des Verfahrens an normativ verbindlichen Verfahrenszwecken auszurichten.“ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 21; Huck, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 8; Ziekow, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 1; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 1.

⁷⁵ Ziekow, DVBl. 1998, 1101 (1103); Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 21 klassifiziert die Maßstäbe als Teilregelung der Ermessensvorschrift und damit als Rechtssatz und unmittelbar anwendbares Recht.

⁷⁶ Ziekow, DVBl. 1998, 1101 (1103); ders. in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 4: „Diese genießen gegenüber den sonstigen verfahrensleitenden Aspekten keine absolute, aber eine relative Priorität und ähneln insoweit den planungsrechtlichen Optimierungsgeboten.“

der ebenso vorgibt, dass unter mehreren Handlungsalternativen jene Maßnahme zu wählen ist, die den verfolgten Zweck erfüllt und in Umfang und Art und Weise der Rechtswirkung angemessen ist.⁷⁷ Insofern dürften Verfahrensgestaltungen, die insgesamt unter Beachtung der Handlungsmaßstäbe als zweckwidrig einzustufen sind, regelmäßig gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.

(1) Zügigkeit = Beschleunigungsgrundsatz?

Seit den 1970er Jahren gibt es eine breite Diskussion über die Beschleunigung, Vereinfachung und in der Folge Verbesserung⁷⁸ von Verwaltungsverfahren.⁷⁹ §

⁷⁷ Ausführlich zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 109-130 (109).

⁷⁸ Das durchweg genannte Argument der Verbesserung der Verwaltungsarbeit wurde schon früh erheblich kritisiert und infrage gestellt. Insofern wurde durchweg darauf hingewiesen, dass die Verbesserung der Verwaltungsarbeit ein unsicheres, da schwer feststellbares Kriterium darstelle. *Luhmann* (Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 16 ff.) lehnt die Möglichkeit der Verbesserung bereits von vorneherein unter Hinweis einer rechtlichen Vorfixierung der Ergebnisse ab, die einer „Verbesserung“ nicht zugänglich seien. Dies mag zwar in Hinblick auf das Verwaltungsergebnis zutreffen. In diesem Sinne ist durch die bestimmte Rechtsfolge einer Norm ein Determinismus geschaffen, der starr ist und damit Wertungen wie besser oder schlechter entzogen ist. Bezogen auf das Verwaltungsverfahren kann diese Kritik, jedenfalls seit Bestehens des VwVfG, keinen Bestand mehr haben. Hier kann eine „Verbesserung“ des Verwaltungsverfahrens eintreten. Zwar ist der konkreten Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens durch §§ 9 ff. VwVfG ein gesetzlicher Rahmen vorgegeben, gleichwohl finden sich unbestimmte Rechtsbegriffe, insbesondere in § 10 S. 2 VwVfG „zügig“, die einer Optimierung zugänglich sind. So ist es denkbar, das Verwaltungsverfahren „zügiger“ durchzuführen. Hinsichtlich des Arguments der Verwaltungsvereinfachung verweist Luhmann auf die Unbestimmtheit und nicht vorhandene Quantifizierbarkeit der „Vereinfachung“ hin, die einen Vergleich von Arbeitsprozessen und Arbeitsergebnissen erfordere (*Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 122 f., 125). Ebenso verhalte es sich mit etwaig denkbaren Personaleinsparungen, welche nur anhand fiktiver Größen als Grund angeführt werden könnten und daher untauglich seien (*Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 122). Deshalb ist einordnend darauf hinzuweisen, dass diese Diskussion einem Wandel unterliegt, der nicht mehr Personaleinsparungen in den Fokus rückt, sondern faktischen Personalmangel. Auch *Brinckmann et al.* erkennen das Problem der Feststellung der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung infolge der fehlenden quantitativen Bezugsgrößen (*Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 91 f.). Daneben treten aber eine Beschreibung und Bewertung der nicht quantifizierbaren Faktoren, anhand derer, ähnlich nach Luhmann, eine Feststellung ermöglicht wird. So müsse man sich an den Grundsatz der „guten Verwaltung“ halten, deren Beurteilung sich an einer möglichst hohen Dienstleistungsqualität, gesteigerter Zuverlässigkeit und größerer Bürgernähe beurteilen lasse (*Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 97). Ganz generell weist auch *Polomski* auf die Möglichkeiten finanzieller Einsparungen hin, wobei auch er das Argument der mangelnden Berechenbarkeit anerkennt und insofern auflöst, als jedenfalls Faktoren höherer Zuverlässigkeit, flexiblerer Verfahren, die nicht quantifizierbar sind, aber zur deutlichen Verbesserung gegenüber bisherigen Verfahren führen, feststellbar wären (*Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 40). Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang, dass gleichwohl die Überzeugung herrscht, dass eine „einfachere“ Verwaltung die wirtschaftlichere ist; der Komplexitätsgrad einer Verwaltung dabei aber nicht zur Disposition steht.

⁷⁹ Hierzu ausführlich *Bonk*, NVwZ 1997, 320.

10 S. 2 VwVfG wurde im Zuge des Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 12.09.1996 um den Zusatz „zügig“ ergänzt. Ganz generell betrifft der Begriff der Zügigkeit die zeitliche Komponente des Entscheidungsverhaltens. Zügig bedeutet seinem Wortursprung nach rasch, so schnell wie nötig und möglich, ohne schuldhaftes Zögern. Den Gegensatz hierzu bildet langsam, verzögernd, gebremst, schleppend. In welchem Verhältnis steht der Zügigkeitsbegriff nun zu dem im Diskurs oftmals anzutreffenden Begriff der Beschleunigung, der dem Wortverständnis nach eher den Begriffen des Antreibens, Vorantreibens, Akzelerierens entspricht. *Ziekow*⁸⁰ spricht von dem Zügigkeitsgebot als Grundnorm des Beschleunigungsrechts, das Wirkungen für alle Verwaltungsverfahren iSd § 9 VwVfG entfaltet. Dies würde bedeuten, dass das Zügigkeitsgebot das allgemeine Beschleunigungsrecht konkretisiert. Diese Auffassung überzeugt, da die Zügigkeit im Gegensatz zur Beschleunigung ein Verhältnis herstellt. Beschleunigen als Verb drückt einen Zustand oder ein Geschehen aus. Es wird vorangetrieben, es wird angetrieben. Das Adjektiv zügig mit seinem Wortverständnis und der Eigenschaft zur Abstufung oder Steigerung ist hingegen geeignet, einen Gebotscharakter im Sinne des o. g. Optimierungsgebotes zu entfalten.

So ist das Verwaltungsverfahren so schnell wie möglich und ohne schuldhaftes Zögern auszuführen; die Beurteilung dessen wird aber in Verhältnis zum Möglichen, Vertretbaren, Gewünschten gesetzt. So kann auch ein an sich eher langsamer Prozess dem Zügigkeitsgebot entsprechen, wenn das Verfahren so schnell als möglich und eben so langsam wie nötig durchgeführt wurde. Damit wird die Auffassung negiert, dass der Nennung im VwVfG eine rein deklaratorische Natur im Sinne einer Signalgesetzgebung zukomme, da die Beschleunigung „Bestandteil jedes rechtsstaatlichen Verfahrens“ sei.⁸¹ Die

⁸⁰ *Ziekow*, DVBl. 1998, 1101; ebenso *Ziekow*, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 6 Das Gebot aus der Forderung nach Beschleunigung ableitend und in einem formalen Aspekt des Rechtsstaatsprinzips wurzelnd. Siehe hierzu auch BVerfGE 69, 161 = NJW 1985, 2019; ähnlich *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 24 f.; *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 8; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 17 ff.

⁸¹ Uneinigkeit besteht über die Bedeutung des Grundsatzes der Zügigkeit im Verhältnis zur Einfachheit und Zweckmäßigkeit. Keinen eigenständigen inhaltlichen Gehalt beimessend, sondern den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung als „Bestandteil jedes rechtsstaatlichen Verfahrens“ und als von den Grundsätzen der Einfachheit und Zweckmäßigkeit erfassten begreifend: *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 25. Der Auffassung, den Geboten der Einfachheit und Zweckmäßigkeit lasse sich ein allgemeines Beschleunigungsgebot entnehmen, tritt *Ronellenfitsch* zwar nicht dezidiert entgegen, lässt aber erkennen, dass er die Normierung der Beschleunigung dennoch für wichtig erachtet

Konkretisierung durch die Normierung der Zügigkeit geht vielmehr über den allgemeinen Grundsatz der Beschleunigung hinaus und passt diesen an die Verhältnisse des Verwaltungsverfahrensrechts an, indem sie ebenjenes stets zu schaffende Verhältnis zwischen den Verfahrenszwecken herzustellen geeignet ist.

Bezogen auf das Verwaltungsverfahren muss dessen Struktur mitbedacht werden, so dass die Entscheidungsfindung eine Gesamtheit an Bemühungen erfordert, um eine zügige Entscheidung herbeizuführen, ohne dass hierdurch die materielle Seite einer rechtmäßigen Entscheidung bedroht ist. Der Bezugspunkt des Verfahrens ist ebendiese Entscheidungsfindung, die geprägt ist durch Determinanten wie etwa eine gründliche Aufklärung, fundierter Interessenausgleich und Beteiligungsrechte. So erfordert Zügigkeit letztlich einen angemessenen Ausgleich zwischen Schnelligkeit und Rechtssicherheit und damit einen angemessenen Aufwand in angemessener Zeit.⁸² In Hinblick auf das Verständnis von einem „dienenden Verfahren“ und den insoweit für die Verfahrensdauer maßgeblichen materiell-rechtlichen Erwägungen und der einzelfallbezogenen Sachverhaltsaufklärung⁸³ kann es jedenfalls keine

(Ronellenfisch (Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren, 1994, S. 112 f.). Meyer/Borgs-Maciejewski vertreten, dass die Grundsätze der Einfachheit und Zweckmäßigkeit „weder direkt noch indirekt (besagen), dass das Verfahren rasch und zügig betrieben und abgeschlossen werden muss“ (Meyer/Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 10, Rn. 6). Bonk weist darauf hin, dass nunmehr jedenfalls eine ausdrückliche Rechtspflicht der Behörde zugunsten der Beteiligten statuiert worden sei; daher sollte der Wert der Regelung nicht zu gering eingeschätzt werden (Bonk, NVwZ 1997, 320 (323); ders., NVwZ 2001, 636 (639): „Das (die Einfügung der Zügigkeit in § 10 S. 2 VwVfG, Anm. d. Aut.) ist keine unverbindliche Gesetzeslyrik oder eine Hohl- bzw. Leerformel, sondern eine rechtlich relevante dritgerichtete bundes- und landesrechtlich verbindliche Pflicht der Behörden, deren Einhaltung im Grundsatz auch gerichtlicher Überprüfung in Primär- und Sekundärverfahren unterliegt.“ BT-Drucks. 13/1995, S. 7 zur expliziten Aufnahme des Grundsatzes: Zweck war es, „die Bedeutung dieses Prinzips für das Verwaltungsverfahren besonders zu betonen“. Beachtenswert Ziekow, DVBl. 1998, 1101 (1110), der in den Beschleunigungsgeboten des VwVfG „steuerungstechnisch präzise Vorgaben“ gegenüber den Behörden erkennt, „deren rechtlicher Gehalt über eine bloß legislative Symbolik weit hinausreicht“. Er nimmt an, dass es sich nicht um „Akte symbolischer Gesetzgebung oder bloße Programmsätze, sondern um Rechtssätze mit unmittelbarer Verbindlichkeit“ handele.

⁸² Zu beachten ist, dass nach einhelliger Meinung Arbeitsüberlastungen oder Personalengpässe aufgrund kurzzeitiger oder längerfristiger Organisationsdefizite nicht geeignet sind, eine Verzögerung zu rechtfertigen (Huck, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 8 m. w. N.).

⁸³ Rombach stellt dar, dass in Hinblick auf die Verfahrensdauer und die Überzeugung von einem „dienenden Verfahren“ als Bezugspunkt die „richtige“ Dauer eines Verfahrens und damit der Zeitraum bestimmt werden, der nötig ist, um alle konkret einschlägigen materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen restlos am Einzelfall orientiert aufzuklären (Rombach, Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1994, S. 153 f.). Dieser einseitige Bezugspunkt verkennt jedoch die notwendige Abwägung mit Zielen der Rationalität, der

allgemeingültige Antwort darauf geben, wann das Zügigkeitsgebot eingehalten ist. Dies kann nur im Kontext des jeweiligen konkreten Verfahrens mit dem jeweiligen Rahmen aus materiell maßgeblichem Recht und dem formellen Recht und der sich hierin zu entfaltenden Einzelentscheidung beurteilt werden. Wichtigster Parameter ist auch hier die Herbeiführung einer rechtmäßigen, wenn nicht gar „richtigen“ Entscheidung. An erster Stelle steht damit die Bindung an Gesetz und Recht.⁸⁴

(2) Einfachheit und Zweckmäßigkeit

Die Konkretisierung der Gebote zur einfachen und zweckmäßigen Durchführung des Verfahrens sind nicht allgemein definierbar, sondern ergeben sich vielmehr durch verschiedene zu beachtende Merkmale und ableitbare Maßstäbe, wie etwa den Grundsatz der Effizienz, Effektivität oder den Grundsatz der Verfahrensökonomie. Hier muss in den Blick genommen werden, dass die Trias des § 10 S. 2 VwVfG und damit auch das Zügigkeitsgebot, das Interesse des Bürgers/der Bürgerin und des Staates an einer ressourcenschonenden, schnell arbeitenden Verwaltung hervorbringen soll. So soll auf dem schnellstmöglichen, einfachen Wege in einem effizient und ökonomisch geführten Verfahren eine zweckmäßige Lösung erreicht werden. Die Einfachheit beschreibt ihrem Wortverständnis nach eine Verfahrensdurchführung ohne großen Aufwand, schnörkellos, schlicht ebenso wie leicht verständlich und unkompliziert. Insgesamt bieten die Einfachheit und Zweckmäßigkeit insbesondere den Anknüpfungspunkt für die Handlungsmaßstäbe der Effizienz, Effektivität und dem Grundsatz der ökonomischen Verfahrensgestaltung.

Der Zweckmäßigkeitsbegriff als solcher ist nicht allgemein bestimmbar. Es gibt keine Blaupause der Zweckmäßigkeit, vielmehr hängt die Beurteilung im Einzelnen davon ab, welche Zwecke der jeweiligen Beurteilung zugrunde zu legen sind, so dass gerade kein objektiver Maßstab besteht. Daher ist das Konzept der abstrakten Zweckmäßigkeit in hohem Maße davon abhängig, in dem jeweiligen Anwendungsfeld konkretisiert und realisiert zu werden und dessen methodisch zu erarbeitenden Zwecken. So entsteht auch in Bezug auf die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens und seiner gesetzlichen

Gemeinwohlbindung des Staatshandelns und insbesondere des Erhalts der Funktionsfähigkeit der Verwaltung.

⁸⁴ Lesenswert auch *Becker*, *VerwArch* 87 (1996), 581 (581 f. Einführung) zur Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungskonzentration.

Verankerung in § 10 S. 2 VwVfG das Erfordernis der Zweckbestimmung des Verfahrens. Hierbei ergibt sich mit Blick auf die Verfahrensgrundsätze des VwVfG und den Handlungsmaßstäben des § 10 S. 2 VwVfG unter Beachtung der konkreten Anforderungen des jeweilig zu bearbeitenden Verwaltungsfalles selbst erst das Bild der Zweckmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens.⁸⁵ Die Zweckmäßigkeit vereint also mehr als eine Handlungsdirektive. Erst so kann beispielsweise einerseits einer möglichst raschen Verfahrensgestaltungsalternative der Vorzug gegeben werden und andererseits eine möglichst kostensparende Ausgestaltung unter gleichzeitiger Beachtung der Betroffenenrechte gewährleistet werden.⁸⁶ Die Beurteilung eines konkreten Verfahrens als zweckmäßig ergibt sich demnach erst nach Abwägung der für den konkreten Fall bedeutsamen und in Ausgleich zu bringenden Handlungsleitlinien, die zwar allgemein bestimmbar sind, ihre konkrete Ausgestaltung aber erst bei der Einzelfallanwendung finden. Hier siedelt sich auch unmittelbar das Gebot der Effizienz an, das im Weiteren näher zu beleuchten sein wird, und ebenso Aspekt des zweckmäßigen Verfahrens ist.

Deutlich zu machen ist, dass die Gegenüberstellung der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit im Sinne zweier in Konflikt geratener Zielvorstellungen verfehlt ist. Zweckmäßig ist kein Gegenbegriff zu rechtmäßig, sondern vielmehr als rechtliche Grenze des rechtmäßig ausgeübten Verfahrensermessens zu verstehen.⁸⁷ Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit sind insofern zu unterscheidende Prüfungsmaßstäbe. Die Zweckmäßigkeit enthält im Vergleich zur Rechtmäßigkeit, die einer objektiven Beurteilung ausgesetzt ist, ein „Mehr“. So kann es vielfach rechtmäßige Entscheidungsalternativen geben, die jedoch nicht allesamt gleichermaßen zweckmäßig sind.⁸⁸ Eben jene Feststellung ist in dieser Arbeit zu untersuchen. Ist das automatisierte Verfahren im Vergleich zur Alternative der analogen Bearbeitung gleichermaßen rechtmäßig, kann die automatisierte gleichwohl die weit zweckmäßigere und damit das einzige

⁸⁵ *Schönenbroicher*, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 40, Rn. 188: „Zur Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns gehören Aspekte wie Ausmaß, Schnelligkeit, Effizienz und Sicherheit [...]; ferner positive oder negative Nebenfolgen, allgemeine Gerechtigkeitserwägungen.“

Huck, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 6 zum Zweckmäßigkeitsbegriff: „Mit der Zweckmäßigkeit soll der schnellen gegenüber der langsamen Alternative und der kostensparenden gegenüber der teureren Variante der Vorzug gegeben werden. Allerdings obsiegt die Kostenminimierung nicht bei jedem Abwägungsvorgang (KR/Ramsauer § 10 Rn. 4). Begrenzungen ergeben sich aus Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten“.

⁸⁷ *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451).

⁸⁸ Siehe hierzu auch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 7, Rn. 7; *Geis*, NK-VwGO, 5. Aufl. 2018, Rn. 201; a. A. *Klüsener*, NVwZ 2002, 816 (820); ähnlich *Hain*, DVBl. 1999, 1544 (1549).

Mittel der Wahl darstellen. Damit ist der Ansicht, dass Aspekte der Zweckmäßigkeit einheitlich bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit zu beachten seien, eine Absage zu erteilen. Dies ergibt sich nicht nur allgemein in Bezug auf den gesetzlichen Auftrag, der u. a. in §§ 68, 114 VwGO zur Geltung kommt, sondern im Kontext des Verfahrensermessens freilich zuvorderst aus der gesetzlichen Regelung des § 10 S. 2 VwVfG selbst, der der Zweckmäßigkeit der Verfahrensführung eine eigene Stellung zuweist, die eben erst durch Verwirklichung der Verfahrenszwecke als solche Wirklichkeit wird.

(3) *Die aus § 10 S. 2 VwVfG ableitbaren Handlungsmaßstäbe*

1.1 Maßstabslehre

Vor der Darstellung der konkret aus § 10 S. 2 VwVfG ableitbaren Handlungsmaßstäbe ist auszuführen, welches Verständnis von Maßstäben dieser Untersuchung zugrunde gelegt wird. Hierbei ist anzuknüpfen an die gängige Definition der durchgreifenden/durchlaufenden Orientierungslinien, die das Verwaltungshandeln unabhängig vom jeweilig anwendbaren Fachrecht bestimmen und leiten.⁸⁹ Maßstäbe des Verwaltungsverfahrensrechts bilden demnach eine Art Strukturgerüst für die Durchführung der Verfahren.

Verfahrensmaßstäbe sind hier im Zusammenhang mit dem Verfahrensermessen aus § 10 S. 1 VwVfG zu sehen, da sie zuvorderst auf jene Ermessensklausel einwirken. Ebenda kann sich der Sinn und Zweck der Maßstäbe entfalten; dort, wo Alternativen zur Wahl stehen und die handelnden Behörden eine Wahlhandlung vornehmen müssen, bedarf es der leitenden Maßstäbe. Zu nennen sind an dieser Stelle allgemeine Handlungsmaßstäbe wie etwa die Rechtmäßigkeit, Verantwortlichkeit, Gemeinwohlverpflichtung, Akzeptanz, Transparenz und Öffentlichkeit sowie jene aus § 10 S. 2 VwVfG ableitbaren Maßstäbe der Effizienz, Effektivität und Verfahrensökonomie.⁹⁰ Ein nicht diese Maßstäbe berücksichtigendes Verwaltungsverfahren wäre geeignet, die Rechtswidrigkeit eines daraufhin ergangenen Verwaltungsaktes zu begründen.⁹¹

⁸⁹ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, S. 313; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 4, Rn. 36 ff., spricht von „Grundsätzen“; *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 3 spricht von „typologisch verankerten Eckpfeilern, (Systemkoordinaten)“.

⁹⁰ Siehe zu Elementen und Funktionen der Maßstabslehre *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 1 ff; insbesondere Rn. 5.

⁹¹ *Banafsche*, VerwArch 107 (2016), 568 (596 f.) zu den Postulaten der Zügigkeit, Verfahrensbeschleunigung, Einfachheit und Verfahrensvereinfachung; *Hill*, NVwZ 1985, 449

1.2 Effizienz als Handlungsmaßstab

1.2.1 Begriffsbestimmung – Abgrenzung zur Effektivität

Zunächst ist der Effizienzbegriff von jenem der Effektivität abzugrenzen. Die Begrifflichkeiten sind keineswegs synonym zu verwenden, sondern beschreiben andere Zielrichtungen. Für die juristische Arbeit sieht man sich hier der Erschwernis gegenüber, dass selbst an Stellen, die zwischen der Effizienz des Verfahrens und der Effektivität desselben differenzieren, eine dogmatische Herleitung des Begriffs in der Rechtswissenschaft nicht erfolgt, was auch damit zusammenhängt, dass die Begrifflichkeiten keine normative Geltung beanspruchen und daher im juristischen Sinne herzuleiten und auszulegen sind. Dies ist aber auch insoweit sinnvoll, und für die effiziente Ausübung der Staatsgewalt gleichsam unabdingbar, da diesem in Grenzen wandelbaren Begriff je nach Anwendungsbereich unterschiedliches Gewicht zukommen kann.⁹² Daher muss zunächst dargelegt werden, von welchem Begriffsverständnis die vorliegende Untersuchung ausgeht.

Bereits *Leisner* stellt in seinem viel beachteten Werk 1971 dar, dass der Begriff der „Effizienz“ einer rechtlichen Konturierung ermangelt.⁹³ Eine nachvollziehbare dogmatische Herleitung einer für das Recht geltenden Begrifflichkeit fehlt bis heute. Heute wie damals verbindet man mit dem Begriff der Effizienz Leistungsfähigkeit, optimale Funktionswahrnehmung, Rationalität, Optimierung und das Potential der zielgenauen Ressourceneinteilung.⁹⁴

Effizienz kann sich einerseits in zeitlicher Hinsicht auswirken. Dies bedeutet die schnellere Zielerreichung unter sonst gleichbleibendem Ressourceneinsatz. Andererseits kann die Effizienz wirtschaftlich-ökonomischen Zielen folgen, also die Zielerreichung unter möglicher Einsparung von Ressourcen. Die Variablen liegen hier jeweils auf dem Weg der Zielerreichung. Das Ziel selbst ist eindeutig determiniert. Außerdem kann sich Effizienz als optimales „Zweck-Mittel-

(452) zur Rechtswidrigkeit bei der Überschreitung der Grenzen des Ermessens; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 22; a.A. ohne weitere Begründung *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4 Aufl. 1995, § 19, Rn. 13.

⁹² *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 8.

⁹³ *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 5.

⁹⁴ *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 6.

Verhältnis“ ergeben.⁹⁵ Hier ist der Unterschied, dass das Ziel nicht eindeutig determiniert ist, sondern im Fokus der Beurteilung die Frage steht, mit welchen verhältnismäßigkeitswahrenden Mitteln man welche erstrebenswerten Ziele erreichen kann. Es geht also um ein ausgeglichenes Verhältnis des zu erreichenden Zieles zu den hierfür einzusetzenden Mitteln. Dieses Verhältnis gilt auch umgekehrt. Effizient ist damit ein Handeln, welches das bestmögliche Verhältnis von Aufwand und Ertrag hervorbringt; mithin maximale Zielerreichung bei minimalem Aufwand oder maximaler Ertrag bei bestimmten vorhandenen Mitteln. Diese Grundsätze der effizienten Ausgestaltung spielen eine Rolle in Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Erfüllung von Staatsaufgaben und treten damit als Handlungsmaßstäbe auf den Plan.⁹⁶

Abzugrenzen ist der Effizienzbegriff vom Begriff der Effektivität, welche die Zielerreichung in den Fokus nimmt. Die Effektivität beschreibt den Grad, das Ausmaß der Erreichung von Zielen durch den Einsatz von Mitteln. Der Mitteleinsatz als solcher bleibt gänzlich unberücksichtigt. Eine Betrachtung erfolgt alleine anhand des erreichten Zieles, das bestmöglich verwirklicht werden soll, um effektiv zu sein, so dass Effektivität einen Wirksamkeits-, Effizienz im Gegensatz hierzu einen Relationsbegriff darstellt.⁹⁷ Durch diese Definition wird deutlich, dass eine klare Trennlinie zwischen effizientem und effektivem Handeln nicht gezogen werden kann, sondern vielmehr ein Bezug zwischen ihnen besteht, eine Handlung kann damit im hohem Maße effizient und ebenso effektiv sein.

⁹⁵ *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 25 hierzu: „Er (der Maßstab ökonomischer Effizienz, Anmd. d. Autorin) wird im Recht als „Verwaltungseffizienz“ sowohl durch den Maßstab der Wirtschaftlichkeit, der das bloße Haushaltsrecht übersteigt, als auch durch Inbezugsetzung des Aufwands (bzw. des eingesetzten Mittels) für eine Verwaltungsmaßnahme im Verhältnis zu deren Ertrag (Nutzen) sowie darüber hinaus in der Gemeinwohlbindung allen öffentlichen Handelns abgebildet.“; siehe ausführlich zum Stellenwert der Verfahrenseffizienz im Verwaltungsverfahren v. *Mutius*, NJW 1982, 2150.

⁹⁶ Abstrakt betrachtet, erhebt das Effizienzprinzip in Bezug auf den Zweck der allgemeinen Staatserhaltung auch Forderungen an die Organisation der Erfüllung von Staatsaufgaben („Organisationseffizienz“). Hier ist der Ressourceneinsatz im Staat allgemein unter dem Blickwinkel zu betrachten, ob er den Zweck der allgemeinen Staatserhaltung reflektiert und einhält. Wie *Ossenbühl* ausführt, kann ein „hochdifferenzierter Leistungs- und Sozialstaat nur existieren und seine Aufgaben erfüllen, wenn er im Verfahrensrecht der Verwaltungsökonomie und Verwaltungseffizienz gebührend Rechnung trägt“ (*Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466, 467)). *Pietzcker* weist darauf hin, dass eine übersichtliche und wenig zeitaufwendige Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ebenso der Verwirklichung des Verwaltungsauftrages im Gesamtkonzept der staatlichen Aufgabenerfüllung wie den Interessen der betroffenen Bürger und Bürgerinnen dienen kann (*Pietzcker*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193 (199)).

⁹⁷ Zur begrifflichen Unterscheidung der Effizienz und Effektivität siehe auch *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 113.

1.2.2 Effizienz als Handlungsmaßstab des § 10 S. 2 VwVfG

Verwaltungseffizienz⁹⁸ beschreibt eine möglichst gute Verwirklichung des Staatsauftrages der Verwaltung in zeitlicher, finanzieller und quantitativer Hinsicht. Den Anknüpfungspunkt stellt hier die Trias des § 10 S. 2 VwVfG dar. Mit dem Merkmal der „Zügigkeit“ ist der Grundsatz der Beschleunigung angesprochen und konkretisiert. Ganz generell betrifft der Begriff der Zügigkeit die zeitliche Komponente des Entscheidungsverhaltens. Es ist gebotsartig eine möglichst rasche, schnelle Entscheidung in den Fokus zu nehmen.⁹⁹ Neben der Zügigkeit ist aus den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Einfachheit, und unter Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten, implizit aus der Summe der Handlungsdirektiven die Beachtung der Effizienz als Handlungsmaßstab bei der Ausgestaltung des Verfahrensermessens des § 10 S. 1 VwVfG zu erkennen.

⁹⁸ In der Fachliteratur wird sich seit längerer Zeit mit der Effizienz als „selbständigem“ Rechtsgrundsatz auseinandergesetzt. Stimmen, die in der Effizienz keinen Wert an sich erblicken wollen (so etwa *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 116, der in der Forderung der Wirtschaftlichkeit mehr ein Politikum, eine Forderung der politischen Zwänge, als eine eigene Forderung des Rechts sieht), wurden negiert durch den Hinweis, dass Ineffizienz sicher auch keinen Wert darstelle (*Wahl*, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41 (1983), 151 (162); *Häberle*, *AöR* 98 (1973), 625 (631)) und Effizienz als das Gegenteil von Vollzugsdefizit als rundheraus erwünscht unter verhältnismäßigen Opfern anzusehen sei. Vielmehr noch, dass die Effizienz und Effektivität das für den Bürger/die Bürgerin letztlich entscheidende Maß sei und daher oberste Richtschnur der Staatstätigkeit sein müsse (*von Berg*, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, 1968, S. 10). Zudem sei Effizienz für jeden Staat ein unabdingbares Erfordernis wirksamer Existenz (*Arnold*, *Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz*, in: FS Wimmer, S. 1 (8)), womit die faktische Endlichkeit vorhandener Ressourcen und ein notwendigerweise schonender Umgang mit diesen angesprochen ist. Der frühere Diskurs war geprägt durch die Annahme, dass das Verwaltungsverfahren mit den vorgesehenen Beteiligungsrechten und dem umfassenden Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz einer „effizienten“ Verwaltung entgegenstehe (*Schmidt-Aßmann*, *JURA* 1979, 505 (508)). Ausgegangen wurde von einer Nachrangigkeit der Verwaltungseffizienz in Hinblick auf die durch die Rechtsordnung weitgehend vorgegebenen Verwaltungsziele. Dies entspricht jedoch nicht der normativen Bewertung der Verwaltungseffizienz, die dazu führt, dass sich Effizienzkriterien und der durch das Rechtsstaatsprinzip nebst seinen Geboten zu beachtende Individualschutz harmonisieren lassen. Vgl. v. *Mutius*, der darauf hinweist, dass sich Verwaltungseffizienz und Individualschutz keineswegs zwingend antinomisch gegenüberstünden; bspw. seien Betroffene meist an rascher und nachhaltiger Klärung der Rechts- und Sachlage interessiert (v. *Mutius*, *NJW* 1982, 2150 (2152)). Ebenso *Steinberg*, *DÖV* 1982, 619 (623)). Dies entspricht der überzeugenden Auffassung, dass Effizienz als solche nicht neben oder gar über der Verfassung steht, sondern in den einzelnen Instituten und Verfahren zu finden und zu berücksichtigen ist. Effizienz ist daher nicht an sich vertretbar, sondern relativ. Es findet sich kein normativer Anspruch an sich, dieser verwirklicht sich erst durch die konkrete optimale Normverwirklichung im Sinne der Effizienz.

⁹⁹ *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 6, 24 f.; *Huck*, in: *ders./Müller*, *VwVfG*, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 9; *Ziekow*, in: *ders.*, *VwVfG*, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 10 („Zügigkeitsgebot“).

In § 10 S. 2 VwVfG kann man damit einen für die öffentliche Verwaltung bindenden Maßstab der Verfahrensgestaltung ausmachen, der besagt, dass im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation ein Zweck mit möglichst minimalen Mitteln bestmöglich zu erreichen ist. Der Effizienz kommt damit eine Verfahrensdimension zu.¹⁰⁰ Welche Mittel zu welchem Zweck effizient sind, lässt sich auch hier nicht generell bestimmen. Begriffe wie Zügigkeit, Zweckmäßigkeit, Praktikabilität, Flexibilität oder Verfahrensökonomie sollen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren als Mittel zur Zweckerreichung kennzeichnen.¹⁰¹ Wird das Effizienzprinzip überwiegend an der zweckmäßigen und einfachen Ausgestaltung des Verfahrens festgemacht¹⁰², ist es unter Betrachtung des o. g. Begriffsverständnisses richtigerweise aus allen drei genannten Begriffen in § 10 S. 2 VwVfG abzuleiten. Denn Zweckmäßigkeit bedeutet: eine zügige Durchführung der Verfahren bei kostensparender Gestaltung. Die möglichst einfache Ausgestaltung korrespondiert hierbei mit dem Faktor der Kostenersparnis und postuliert das Erfordernis einer klaren, schnörkellosen Verfahrensgestaltung. Die Kontextvarianz dieser Begriffe im Verwaltungsverfahren ist ebenso offensichtlich wie notwendig, um die Begriffe im Sinne des organisatorischen Wirkkreises bezogen auf den Einzelfall handhabbar zu machen.

Zweckmäßig bedeutet neben einer optimierten Zweck-Mittel-Relation aber auch, dass die Verwirklichung aller teils nebeneinander bestehender Handlungsziele anzustreben ist.¹⁰³ Ziel ist folglich eine Minimalisierung der Mittel bei einer Maximalisierung des Erfolgs. Hier muss differenziert werden. Die Minimalisierung der Mittel steht in Bezug auf das einzelne Verwaltungsverfahren im Mittelpunkt. Dies liegt in der Natur der Entscheidungsprogramme. Hierauf wird im nächsten Abschnitt noch näher einzugehen sein. Die Maximalisierung des Erfolgs ist im einzelnen Verwaltungsverfahren meist nicht möglich, da das Ziel determiniert ist – das konkrete Verwaltungsverfahren soll eine rechtmäßige Entscheidung

¹⁰⁰ *Gurlit*, VVDStrL 70 (2010), 229 (237).

¹⁰¹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 79 m.w.N.; siehe auch *Hill*, DÖV 1987, 885; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 1.

¹⁰² *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 6 ff.; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 5.

¹⁰³ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 23 ff.; *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 6: „Mit der Zweckmäßigkeit soll der schnellen gegenüber der langsamen Alternative und der kostensparenden gegenüber der teureren Variante der Vorzug gegeben werden.“

produzieren; die Rechtmäßigkeit ist kein Relationsbegriff, sodass eine Maximalisierung im konkreten Fall ausscheidet. Umgekehrt kann eine rechtswidrige Entscheidung nicht effizient sein. Die reine Minimalisierung der Mittel genügt also nicht, um einer Entscheidung das Postulat der effizienten Verfahrensführung zuzuschreiben; sie ist im Falle der Produktion einer rechtswidrigen Entscheidung schlicht fehlgeschlagen.

Um die Begriffsbestimmungen der Effizienz an dieser Stelle tragfähig zu machen, müssen die Verwaltungsverfahren nach Entscheidungssituationen unterschieden und beleuchtet werden, um so eine Form von Programm erkennen zu können. So stellte bereits *Luhmann* fest, dass es viele Verwaltungsentscheidungen gibt, die einem klaren Zweck dienen und deren Variable in dem Mitteleinsatz besteht,¹⁰⁴ der überdies in der Verwaltung der Schwierigkeit seiner Begrenzung ausgesetzt ist. In der Verwaltungsarbeit steht ein hohes Maß an zweckgerichteter Tätigkeit im Fokus; dieser Zweck ist determiniert.

So kann beispielhaft anhand der hier im Fokus stehenden konditionalen Entscheidungsprogramme der Verwaltung folgendes ausfindig gemacht werden. Das Ziel des zugrundeliegenden Verwaltungsverfahrens ist fest determiniert. Es geht um den Erlass eines rechtmäßigen und damit „richtigen“ Genehmigungs-, Ablehnungs- oder Leistungsbescheides als Ziel oder festgelegter Zweck des Verfahrens. Die Variable liegt hier in dem Weg der Zielerreichung. Im Fokus der Beurteilung steht also die Prämisse, einerseits eine schnellere Zielerreichung unter gleichbleibendem Ressourceneinsatz zu erzielen oder das Ziel unter möglicher Einsparung von Ressourcen zu erreichen. Ergo bedeutet Verwaltungseffizienz, dass das Ziel der Herbeiführung einer rechtmäßigen Entscheidung unter optimaler Anwendung der für eine effiziente Verwaltungshandlung maßgebenden Faktoren erfolgen muss. Deutlich zu machen ist erneut, dass dies im Sinne eines Optimierungsgebotes verstanden wird – das Verfahren ist demnach möglichst effizient zu gestalten, um der Ermessensabwägung gerecht zu werden. Es geht hier also nicht um den

¹⁰⁴ Zwar wurde *Luhmanns* Werk „Legitimation durch Verfahren“ (1978, S. 207 f.) nicht am Verwaltungsverfahren exemplifiziert, gleichwohl zeigt sich hier eine progressive, zukunftsweisende Einschätzung, die ebenso, oder vielleicht insbesondere, auf das Verwaltungsverfahren übertragbar ist: „So utopisch der Gedanke einer vollständig durchrationalisierten optimalen Entscheidungsorganisation im Bereich des politischen Systems ist und bleiben wird, so deutlich weist er die Richtung der Anforderungen, denen die Entscheidungsverfahren der Verwaltung nachkommen müssen.“

wirtschaftlichsten Weg, der richtige Ressourceneinsatz ist damit nicht durchweg der sparsamste oder günstigste, sondern jener, der im Verhältnis zum zu erreichenden Ziel den besten Ausgleich sucht.

Die Maximalisierung hingegen ist in einem Gesamtkontext und abstrakt zu betrachten. Eine Maximalisierung kann vor allem in Bezug auf die allgemeine Verwirklichung der Staatsziele der Verwaltung erreicht werden, indem etwa Ressourcen derart eingesetzt werden, dass maximal viele Verwaltungsverfahren rechtswahrend beschieden werden können. Diese Sichtweise ist § 10 S. 2 VwVfG jedoch nicht unmittelbar implementiert, der die Verwaltungsperspektive einnimmt und es der Behörde im konkreten Einzelfall ermöglicht, das Verfahren effizient zu gestalten. Vielmehr ergibt sich die notwendige Beachtung dieses Aspektes aus dem Zweck der Ermächtigungsnorm selbst, der das Verfahrensermessen derart zu leiten vermag, dass einerseits freilich die Einzelfallbezogenheit im Mittelpunkt steht, gleichsam jedoch die allgemeine Ressourcenschonung in Hinblick auf die Verwirklichung der Verwaltungsaufgabe als Staatsziel in den Blick nimmt. So kann dem Zweck der Ermächtigung dann erst entsprochen werden, wenn mit möglichst geringem Mitteleinsatz möglichst viele Verwaltungsverfahren zu ihrem rechtmäßigen Abschluss gebracht werden.

1.2.3 Kritik der mangelnden Quantifizierbarkeit

Wie bereits angedeutet, treten immer wieder Kritiker und Kritikerinnen der Beurteilung einer Handlungsalternative als effizienter oder ineffizienter und damit auch der Vollautomatisierung mit der mangelnden Vergleichbarkeit aufgrund nicht vorhandener Quantifizierbarkeit des Verwaltungshandelns entgegen. Die Beurteilung einer Handlung als effizient oder ineffizient bedürfe den Kritikern folgend eines strikten Folgenvergleiches. Es muss also ein wünschenswert zu erreichendes Optimalverhältnis oder eine Optimalentscheidung überhaupt feststellbar sein. Dies erfordert die Quantifizierbarkeit der prägenden Faktoren und damit eine einheitliche, vollständige, widerspruchsfreie Ordnung der Wertaspekte der Faktoren und Folgen des Verwaltungshandelns.¹⁰⁵ Gerade im Verwaltungshandeln sei dies kaum denkbar. Die genauen Verfahrensstrukturen, die Länge des Verfahrens, die genaue Durchführung folge keinem quantifizierbaren Modell – dies ist, wie

¹⁰⁵ Luhmann, VerwArch, 51 (1960), 97 (99).

gezeigt, in Hinblick auf den Wert des Verfahrensermessens auch nicht wünschenswert.

Es ist zwar richtig, dass der Ablauf des Verwaltungsverfahrens nicht in Gänze quantifizierbar und beispielsweise einem Faktor Geld zuzuordnen ist. Um eine solche Quantifizierbarkeit zu erreichen, müssten zwanghaft eindeutig zu kalkulierende Grundlagen geschaffen werden.¹⁰⁶ Dies widerläuft einerseits dem Sinn und Zweck des bestehenden Ermessens, da Quantifizierung das Messbarmachen und damit das Auferlegen klarer Faktoren bedeutet, wie etwa die Festlegung einer exakten Zeit der Bearbeitung oder eine durchweg formularmäßige Erfassung von Angaben unter Nichtbeachtung einzelfallbedingter Unterschiede. Ein solches Vorgehen wäre im Verwaltungsverfahren sinnwidrig. Eine quantifizierbare Betrachtung erfordert eine stark determinierte Perspektive, um den Bereich der zu vergleichenden Objekte handhabbar zu machen. Es müsste freimütig ein Ausgangspunkt gesucht werden, der entweder darin bestehen könnte, willkürlich einen Zweck festzulegen und die Folgen sämtlicher Mittel zu betrachten, die diesen Zweck erfüllen; oder umgekehrt von den Mitteln auszugehen und zu betrachten, welche Folgen damit zu erreichen wären.¹⁰⁷ Dieses Vorhaben wird aufgrund der Vielzahl an möglichen Mitteln noch undenkbarer. Andererseits wäre dies derart aufwendig und bedürfte auch der Umstrukturierung der normativen Grundlagen des Verwaltungsverfahrens, dass das Ziel des effizienten Handelns ad absurdum führen würde und zudem in Hinblick auf rechtsstaatliche Gesichtspunkte schlicht undenkbar wäre.

Den Verfechtern der sog. Optimallösung, die dem Ruf nach Quantifizierbarkeit folgt, stellt *Luhmann*¹⁰⁸ die Idee der brauchbarsten Lösung gegenüber. Der Vorteil dieses Ansatzes im Gegensatz zur Optimallösung zeigt sich darin, dass bei der Verfolgung der Optimallösung zunächst festgestellt werden muss, was die konkrete Optimallösung überhaupt ist. Es müssen demnach alle Folgen und die hierzu notwendigen Handlungen abgeschätzt und in ein Stufenverhältnis (Ranking) gebracht werden, um die optimale zu finden. Im Gegensatz dazu geht auch das Brauchbarkeitsmodell von vielfach denkbaren Entscheidungen aus, spart sich aber die Suche nach dem Optimalzustand.¹⁰⁹ In Bezug auf das

¹⁰⁶ *Luhmann*, *VerwArch*, 51 (1960), 97 (100).

¹⁰⁷ *Luhmann*, *VerwArch*, 51 (1960), 97 (101).

¹⁰⁸ *Luhmann*, *VerwArch*, 51 (1960), 97 (105).

¹⁰⁹ *Luhmann*, *VerwArch*, 51 (1960), 97 (107).

Verwaltungsverfahren bedeutet dies, dass überhaupt nicht feststehen muss, dass die gewählte Handlungsalternative die optimale Erfüllungsform nach Gegenüberstellung aller quantifizierbaren Faktoren ist. Es genügt, dass sie die wohl brauchbarste und damit in dem hiesigen Zusammenhang die wohl effizienteste nach Abwägung aller beachtenswerten Aspekte darstellt und damit die Effizienz als Handlungsmaßstab iRd Ermessensabwägung hinreichend zur Geltung gebracht wird. Bei Betrachtung mehrerer alternativer Verfahrensausgestaltungen muss also nicht jede denkbare bis in das letzte Detail quantifiziert werden, sondern es genügt bereits, wenn bei Beachtung der offensichtlichen Alternativen unter Abwägung der normativ gegebenen Leitlinien zu der Feststellung gelangt wird, dass eine Gestaltung brauchbarer ist als die andere und damit insgesamt die Ziele des Handelns in einem verhältnismäßig bestmöglichen Maße verwirklicht.

Das durch § 10 S. 1 VwVfG eingeräumte Verfahrensermessen führt also nicht nur zur tatsächlichen Möglichkeit der Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten, sondern vielmehr ergibt sich aus § 10 S. 2 VwVfG und dessen Handlungsdirektive die Leitung dieses Verfahrensermessens in ebendiese Bahnen der effizienten Gestaltung des Verwaltungsverfahrens.

1.2.4 Effizienz nicht als Gegensatz zur Rechtmäßigkeit, sondern als Bestandteil eines rechtsstaatlichen Verfahrens

Der Ruf nach einer effizienten Verfahrensgestaltung sieht sich vielerorts zudem dem Vorwurf des Abfalls an Rechtsstaatlichkeit ausgesetzt. Es wird angenommen, dass die zunehmende Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens an Zielen der Rationalisierung und Beschleunigung zu einem Verfall rechtsstaatlicher Verfahrensstandards führe. Dass diese Einschätzung verfehlt ist, wird in diesem Abschnitt zu zeigen sein.

1.2.4.1 Rechtsstaatliche Verfahrensführung

Zunächst ist darauf einzugehen, was der Begriff der Rechtsstaatlichkeit und daran anknüpfend die Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens meint. Der dogmatische Gehalt des Rechtsstaatsbegriffs ist vielschichtig.^{110 111}

¹¹⁰ Schmidt-Aßmann, in: HStR Band II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 1 ff., 17 ff..

¹¹¹ Das Rechtsstaatsprinzip ist nicht explizit in der Verfassung bezeichnet, so dass die normative Grundlage in Hinblick auf die Ewigkeitsgarantie des Art. 73 III GG herauszukristallisieren ist. Hier legt die Entstehungsgeschichte nahe, die Rechtsstaatlichkeit als Bestandteil des Art. 20 GG anzusehen. Diese Sichtweise wird gestützt durch die Beratung des Parlamentarischen Rates, der die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsstaat statuieren wollte (siehe zur Einordnung

Erkenntnisquellen sind neben dem Verfassungstext einfachgesetzliche Normierungen und Sinnzusammenhänge, wobei eine Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten erfolgen muss. Es ist daher nicht verwunderlich, dass das Rechtsstaatsprinzip geprägt ist durch Unterprinzipien und abgeleitete Gebote. Hieraus folgt die Anerkennung eines eigenen Gehaltes und die Anerkennung von rechtsstaatlichen Aufgaben,¹¹² die insbesondere auch in das Verfahrensrecht hineinwirken. Diese Prinzipien des Rechtsstaates finden ihren Anfangspunkt in der Annahme, dass es Zweck des Staates ist, eine Rechtsordnung aufzustellen und zu garantieren und hierfür die Macht des Staates im Verhältnis des Bürgers/der Bürgerin zu kanalisieren und beschränken.^{113 114}

des Rechtsstaatsbegriffs etwa *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 33; *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band II, 3. Aufl., 2004, § 26, Rn. 3, jew. m. w. N.). Das Rechtsstaatsprinzip sollte insofern als mitgedachtes Fundamentalprinzip anerkannt werden (BVerfGE 1, 14 ff., 28; 20, 323, 331). Es sei eine „Leitidee“ (BVerfGE 2, 380, 403; vgl. auch *Werner*, DVBl. 1959, 527 (529): „Der traditionelle Rechtsstaatsbegriff [...] richtet sein besonderes Augenmerk auf die Exekutive. [...] Die beiden zentralen Rechtsinstitute [...] waren der Vorbehalt des Gesetzes und der Vorrang des Gesetzes. [...] Zu diesen Grundsätzen [...] tritt das die Rechtsordnung schlechthin beherrschende Prinzip, dass sich jede höhere Norm gegenüber der im Rang tieferstehenden Norm durchsetzt. Das gesamte System wird durch unabhängige Gerichte gewährleistet [...]“, ein Verfassungsgrundsatz, der je nach den sachlichen Gegebenheiten einer Konkretisierung bedürfe (BVerfGE 7, 89, 92 f.). Dieser Untersuchung wird, dem BVerfG folgend, die Auffassung zugrunde gelegt, dass das Grundgesetz und insbesondere Art. 20 GG einen allgemeinen Rechtsstaatsbegriff vorsehen und enthalten. Dies bedeutet weiter, dass Art. 79 III GG auch das Rechtsstaatsprinzip betrifft und damit im Sinne der Ewigkeitsklausel verbürgt ist.

¹¹² *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 43 f.

¹¹³ *Diederichsen*, Der Staat 1995, Vol. 34, No. 1 (1995), S. 33 (34 f.).

¹¹⁴ Neben dieser Anerkennung eines allgemeinen Rechtsstaatsprinzips gibt es spezielle Regelungen des Grundgesetzes, die im Rechtsstaatsgedanken wurzeln, jedoch eine eigene normative Prägung erhalten haben. Zu denken sei hier etwa an das Gebot rechtlichen Gehörs. Aus dieser Perspektive entfalten sich zwei Wirkungsweisen des Rechtsstaatsprinzips. In Hinblick auf die konkreten normativen Ausformungen hat das allgemeine Rechtsstaatsprinzip rein deklaratorische Wirkung. Eine konstitutive Wirkung entfaltet der Rechtsstaatsbegriff, der Art. 20 GG zugrunde liegt und daher auch jenseits spezieller Regelungen normative Wirkung vermitteln kann (zur konstitutiven und deklaratorischen Bedeutung *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band II, 3. Aufl., 2004, § 26, Rn. 9). Im Laufe der Jurisdiktion haben sich hier anerkannte „Gruppen“ herausgebildet, die auf der grundsätzlichen Idee der Beschränkung staatlichen Handelns fußen und damit einhergehend die Notwendigkeit voraussehbarer und messbarer Staatshandlungen betreffen (*Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, Rn. 27). Dies führt zur Annahme von Unterprinzipien. Zuvorderst sei das Gebot der Rechtssicherheit zu nennen (BVerfGE 60, 253 (267 f.): „Freiheit erfordert zumal die Verlässlichkeit der Rechtsordnung“). Diese dient der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und beinhaltet wiederum einige Unterkategorien. So entsteht die Forderung nach Rechtsklarheit, Verlässlichkeit, Beständigkeit und Bestimmtheit. Die Vermeidung von Unverständlichkeit und Unberechenbarkeit staatlicher Tätigkeit (*Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, 2020, Rn. 50) ist ein Postulat dieser Idee und knüpft wiederum an die Vermeidung einer Objektstellung des Bürgers/der Bürgerin an. Zu nennen sind weiter das Willkürverbot, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Vorgaben für die Staatshaftung ebenso wie die mit Art. 2 GG in Verbindung stehenden

Für diese Arbeit von Interesse sind die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Vorgaben für die Ausgestaltung der Organisation und der Verfahren zur Ausübung von Staatsgewalt. Ausgangspunkt dieser Vorgaben ist die Annahme, dass der Rechtsstaat sich auf der Wahrung formeller Voraussetzungen gründet,¹¹⁵ um damit der umfassenden Notwendigkeit der Aufstellung und Garantie einer staatlichen Rechtsordnung gerecht zu werden.

Die normative Ebene dieser Prinzipien oder Gebote fordert zunächst eine grundsätzlich ausnahmslose Geltung. Im Einzelfall können diese Prinzipien jedoch in ihrem Geltungs- und Regelungsbereich eingeschränkt werden. Dies basiert auf der Annahme, dass sie als Optimierungsgebote abwägungsfähig und -bedürftig sind und je nach konkreter Sachlage mehr oder weniger realisiert werden können.¹¹⁶ Hier ist damit insbesondere die formelle Rechtsstaatlichkeit betroffen, die ihre Ausgestaltung darin findet, dass der Staatsgewalt in verfahrens- und organisationsrechtlicher Hinsicht Grenzen gesetzt werden, die dazu führen, dass der Bürger und die Bürgerin geschützt werden, soweit der Staat handelt.¹¹⁷ Konkret folgt hieraus das Erfordernis rechtsstaatlicher Verwaltung.¹¹⁸ Ganz generell stehen hier im Mittelpunkt ebenso Aspekte der Klarheit, des rechtsstaatlichen Gebotes rationaler Organisation, Grundsätze des fairen Verfahrens¹¹⁹, Anhörungsrechte¹²⁰, Begründungsanforderungen, das Verhindern sachwidriger Verzögerungen¹²¹, das Entscheiden in angemessener Zeit¹²², die notwendige Objektivität in der Bearbeitung der Verwaltungsfälle, Transparenz¹²³ und als Voraussetzung für all jene freilich der Zugang zur staatlichen Verwaltung.

Grundsätze (*Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 50; siehe auch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 VII., Rn. 49).

¹¹⁵ *Sachs*, in: Sachs GG, 2018, Art. 20, Rn. 158.

¹¹⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 43 m.w.N.

¹¹⁷ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, 2020, Rn. 36 zu der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit.

¹¹⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 204.

¹¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 208; *Sachs*, in: ders., GG, 2018, Art. 20, Rn. 163.

¹²⁰ Siehe hierzu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 208.

¹²¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 208.

¹²² Siehe hierzu etwa BVerfGE 88, 118 (124); 93, 99 (107 f.); BVerfG (K) EuGRZ 2009, 695 ff.; NJW-RR 2010, 207 ff.; NJW 2013, 3432 Rn. 17 ff.; BGHZ 200, 20 Rn. 25.

¹²³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 209.

1.2.4.2 Effizienz als Bestandteil eines rechtsstaatlichen Verfahrens

Aus Art. 20 III GG, der besondere Relevanz hinsichtlich der Anforderungen an das Verwaltungsverfahren hat, folgt das Erfordernis des rechtmäßigen Verwaltungshandelns, wonach die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden ist. Dieses Gebot erstreckt sich auf die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsorganisation, des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungshandelns.¹²⁴ Darüber hinaus wirken über das Rechtsstaatsgebot die Verfassungsgrundsätze auf das Verwaltungshandeln ein. So verstanden ist das Rechtsstaatsprinzip das Einfallstor des Verfassungsrechts in das Verwaltungshandeln.¹²⁵

Dem Rechtsstaatsprinzip ist hieraus ableitend dogmatisch durchaus selbst die Sicherung der Effizienz staatlichen Handelns zu entnehmen. Anknüpfungspunkt ist die wirksame Umsetzung des Rechts, die nicht nur untrennbar mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden, sondern vielmehr die Forderung desselben ist. Die Wirksamkeit der Rechtsumsetzung und Rechtsdurchsetzung geht unmittelbar mit der Ausgestaltung der Organisation staatlicher Gewaltausübung und der zugrundeliegenden Verfahren einher. Der Rechtsstaat zielt auf die „Rationalisierung des öffentlichen Gesamtzustandes“.¹²⁶ Die so rechtsstaatlich bedingte Rationalität führt zur Forderung der zweckrationalen Erfüllung der Verwaltungsaufgaben und damit dazu, dass Verfahren so konzipiert werden müssen, dass die Wirksamkeit des Verwaltens sichergestellt ist – im Sinne eines „wirkungsoptimalen

¹²⁴ Ausführlich zu den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verfahrens: *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 49.

¹²⁵ Es wurde nicht verkannt, dass hinsichtlich der Möglichkeit der Anerkennung einer für die Hervorbringung konkreter Maßstäbe maßgeblichen konstitutiven Wirkung des Rechtsstaatsprinzips überwiegend auf einen restriktiven Umgang mit dieser Möglichkeit hingewiesen wird, was im Verwaltungsbereich durch die Vielzahl vorhandener einfachgesetzlicher Ausprägungen und mit der Unbestimmtheit und Weite des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit und der sonst entstehenden Ausuferung und Konturlosigkeit begründet wird (BVerfGE 111, 54 (82): „Das Rechtsstaatsprinzip, das der richterlichen Rechtsfindung Grenzen setzt, enthält allerdings keine bis in alle Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote. Es handelt sich vielmehr um einen Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung entsprechend den jeweiligen sachlichen Gegebenheiten bedarf. [...] Angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit ist bei der Ableitung konkreter Bindungen jedoch mit Behutsamkeit vorzugehen.“). Diese Annahme erscheint jedoch in Hinblick auf die „Reservefunktion“ des Rechtsstaatsprinzips jedenfalls dann verfehlt, wenn es um die Einwirkungen auf das Organisations- und Verfahrensrecht geht, da so der Sinn und Zweck der Lösung neuartiger, positivrechtlicher Konflikte unterminiert würde (*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 45; zur Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsstaatsprinzips *Schmidt-Aßmann*, in: HStR Band II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 8 f.).

¹²⁶ *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: FG Rudolf Smend, 1962, S. 71 (83).

Verwaltungshandelns“.¹²⁷ Diese Wirksamkeit fordert, dass jedes Verfahren in einer angemessenen Zeit mit einem angemessenen Mittelaufwand durchgeführt wird, womit der Kern des Effizienzgedankens getroffen ist. Der Rechtsstaatsbegriff ist daher keineswegs effizienzblind, sondern vielmehr liegt in der Rechtsstaatlichkeit selbst das Erfordernis zweckrationalen Handelns.

Hieraus folgt, dass auch dem Zeitfaktor eine wesentliche Komponente in der generellen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und im Speziellen im sozial-rechtsstaatlichen Verwalten zukommt. Einen weiteren Aspekt bildet das rechtsstaatliche Erfordernis der Teilnahme der Bürgerinnen und Bürger an Verfahren, die ihre Rechte oder rechtlich geschützten Interessen berühren. Hier „treffen sich die Erfordernisse der Leistungsfähigkeit und Wirksamkeit des Verwaltungsverfahrens [...] mit den Forderungen des Rechtsstaates und einer lebendigen Demokratie“.¹²⁸ Effizienz ist im Rechtsstaat damit im Sinne einer bestmöglichen Verwirklichung öffentlicher Gewaltausübung verknüpft und damit eine Forderung desselben, steht aber stets im Wettbewerb mit anderen Aspekten der Rechtsstaatlichkeit, woraus wiederum der relative Geltungsanspruch der Effizienz folgt. Darüber hinaus ist die Forderung nach Rechtsklarheit und -sicherheit in den Blick zu nehmen. Rechtsklarheit entsteht durch Verfahrensklarheit. Diese wiederum folgt einer effizienten Ausgestaltung, da das Verfahren so zunächst durchdacht und im Sinne einer Bestandsaufnahme beleuchtet werden und in der Folge „effizient“ strukturiert werden muss.

An dieser Stelle muss erneut darauf hingewiesen werden, dass Effizienz in diesem Zusammenhang nicht eine rein ökonomische Perspektive verfolgt, sondern es vielmehr auf die Relation des Mittels zu seinem konkreten Zweck ankommt. So kann es freilich dazu kommen, dass einzelne Verwaltungsfälle einen enorm hohen Ressourcenaufwand benötigen, um das „richtige“ Ergebnis bei Einhaltung der Verfahrensgrundsätze zu erzielen, wobei es ebenso Fälle geben kann, die unter sehr geringem Mitteleinsatz ihre Ziele erreichen können. Hier entspricht es nicht nur dem Effizienzprinzip, sondern zuvorderst auch dem Rechtsstaatsprinzip, dass die Verfahren mit bedarfsgerechtem Aufwand hinreichend bearbeitet werden können, denn die Bindung an Recht und Gesetz erfordert selbst die Bearbeitung des Falles in angemessenem Umfang. Hieran

¹²⁷ Pitschas, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 74.

¹²⁸ Kopp, in: FS Boorberg-Verlag, 1977, S. 159 (162).

anknüpfend ergibt sich beispielsweise auch aus dem Recht auf Zugang zu Verwaltungsakten oder dem Anhörungsrecht ein ähnlicher Ausgangspunkt. Ein Verwaltungsverfahren, das diesen Rechten nicht entspricht, ist gänzlich ineffizient und ebenso nicht rechtsstaatlich. Die Betroffenen müssen einerseits wissen, welcher Sachverhalt und welche Umstände der Entscheidung zugrunde gelegt werden und damit korrespondierend ein Recht haben, auf diese sachverhaltsbezogenen Feststellungen reagieren zu können, um so den Fortgang des Verfahrens zu sichern. Diese Rechte sind nicht nur aus individualrechtlicher Sicht zu gewähren, sondern haben einen ebenso engen Bezug zu rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und der im Sinne des Gemeinwohls effizienten Struktur des Verfahrens, um nicht unnötigerweise Gelder und Mittel zu verbrauchen. Durch die frühzeitige Beteiligung der Betroffenen findet hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung eine Art Rückversicherung statt. Die informierten Betroffenen korrigieren fehlerhafte Annahmen in der Regel umgehend und tragen so zu einer effizienten Verwaltung bei, die ohne diese Einwirkung eine möglicherweise falsche, da fehlgehende Sachverhaltsgrundlage, Entscheidung getroffen hat. Gleichsam ist die Partizipationsmöglichkeit rechtsstaatlich erforderlich.

1.2.4.3 Keine Kollision Rechtsstaatlichkeit vs. Effizienz

Nicht zuletzt *Wahl*¹²⁹ verwies darauf, dass der Erfolg des Verwaltungshandelns in einem „magischen Vieleck“ bestehend aus Rechtmäßigkeit, Effizienz, Zweckmäßigkeit und Bürgernähe stünde. Er ging davon aus, dass dies eine Dilemmasituation darstelle zwischen Rechtsschutzauftrag und Verwaltungseffizienz und die Optimierung eines Faktors negative Auswirkungen für andere Faktoren dieses Vielecks bewirken würde. *Pietzcker*¹³⁰ spricht gar von einer Wahl zwischen Effizienz und Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren. Diese Debatte wurde befeuert durch die zunehmenden Tendenzen der automatisierten Bearbeitung, deren federführendes Argument die Beschleunigung und effizientere Gestaltung des Verfahrens ist. Durchweg wird hieran kritisiert, dass diese Aspekte einem rechtsstaatlichen Verfahren entgegenstünden und der Individualrechtsschutz unter dem Dogma der Beschleunigung und Rationalisierung nahezu kollabiere.

¹²⁹ *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (157).

¹³⁰ *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193 (198).

*Leisner*¹³¹ hingegen stellte fest, dass zwar eine genaue Analyse der Wirkungen effizienter Verfahrensgestaltungen auf das Rechtsstaatsprinzip vorzunehmen, effizientes Handeln aber keineswegs durchweg weniger rechtsstaatlich sei. Insbesondere *Schmidt-Aßmann*¹³² geht deutlich auf die Kritik ein und betrachtete die Begrifflichkeit der Verfahrensbeschleunigung unter dem Paradigma der Ökonomisierung, wobei er eindrücklich darauf hinweist, dass die Diskussion unter fehlgehenden und divergierenden Stichworten und Perspektiven geführt werde und gerade nicht die Beschleunigung dem alleinigen Ziele der Ökonomisierung, verstanden als konkrete Einsparung im Sinne der reinen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, unterliege, sondern vielmehr ein Gesamtkonzept zu betrachten sei. Auch *Ossenbühl*¹³³ erkennt einerseits ein Zusammenspiel, andererseits widerstreitende Interessen in den Faktoren der Rechtsstaatlichkeit und Effizienz.¹³⁴

¹³¹ *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 14 f. unter Hinweis auf das Polizeirecht und dessen Beurteilung nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und damit zielgerichtetem Handeln.

¹³² *Schmidt-Aßmann*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 90.

¹³³ *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465.

¹³⁴ 1982, und damit 5 Jahre nach Inkrafttreten des VwVfG, setzte sich *Ossenbühl* (NVwZ 1982, 465) in Reaktion auf die Staatslehrertagung desselben Jahres unter dem Titel „Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension“ in seinem Zeitschriftenbeitrag mit dem Ausgleich zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag als, aus seiner Sicht, grundlegendem Konflikt des sozialen Rechtsstaates auseinander. Einerseits sei ein Zusammenspiel und gegenseitiges Furchtbarmachen des effizienten Verwaltungshandelns und des Rechtsschutzes des Einzelnen im Verfahren zu beobachten; andererseits würden diese beiden Faktoren widerstreitende Interessen darstellen (NVwZ 1982, 465). Insoweit sei der Sinn und Zweck der Verfahrensregelungen zur Sicherung der Rechtsstellung des Bürgers und der Bürgerin im Verwaltungsverfahren und der Vermeidung der Degradierung des Bürgers und der Bürgerin zum „bloßen Objekt“ („Wert an sich“) zu betrachten (NVwZ 1982, 465, (466)). Hier weist *Ossenbühl* auf den noch näher zu beleuchtenden Umstand hin, dass das Verfahrensrecht in erster Linie gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion ausübe (Richtigkeitsgewähr und Rechtsschutz der Betroffenen) und sich erst dort, wo das materielle Recht die Verwaltung in bestimmten Bereichen nur partiell bindet (insb. Ermessensentscheidungen) zu einer Garantie der Sachrichtigkeit erhebe, in dem der Entscheidungsprozess durch Mechanismen des Verfahrensrechts von Willkürelementen freigehalten werde. Dies geschehe durch die erforderliche Transparenz, Fairness des Verfahrens, die Beteiligung des Bürgers und der Bürgerin, welche sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten. Zudem habe „das Verfahrensrecht die Funktion, der Leistungsfähigkeit und Wirksamkeit der Verwaltung zu dienen. Denn es ist ganz selbstverständlich, dass namentlich ein hochdifferenzierter Leistungs- und Sozialstaat nur existieren und seine Aufgaben erfüllen kann, wenn er im Verfahrensrecht der Verwaltungsökonomie und Verwaltungseffizienz gebührend Rechnung trägt. [...] Der Begriff der Effizienz der Verwaltung muss [...] jeingeordnet werden in das Gesamtsystem staatlicher Zielsetzungen und zu diesen gehört auch die Verwirklichung rechtsstaatlicher und demokratischer Prinzipien“ (NVwZ 1982, 465, (466, 467)). Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht seien hierbei „konkretisiertes Verfassungsrecht“. Es entstünde ein Grundrechtsschutz durch die gebotene verfassungskonforme und verfassungsorientierte Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften des einfachen Rechts und damit aus der Ausstrahlungswirkung des Verfassungs- auf das Verfahrensrecht. Anknüpfungspunkte für diese Annahme fänden sich insbesondere in den Bestandteilen und Wesenselementen des Rechtsstaatsprinzips (Rechtssicherheit, Unparteilichkeit, Neutralität, rechtliches Gehör) und

Die Kritik ist zunächst unter dem Blickwinkel der Kollision mit der Rechtsstaatlichkeit und sodann auf die hier dargelegten Möglichkeiten der Verwaltungsautomatisierung auf den Prüfstand zu stellen.

Entsprechend den Ausführungen v. *Mutius*¹³⁵ ist dieser Gedanke der effizienten Ausgestaltung kein Antipode der Rechtsstaatlichkeit. Hier treffen sich vielmehr zu harmonisierende Faktoren. Die Ausführungen *Schmidt-Aßmanns*¹³⁶ überzeugen insoweit, als die Debatte unter einer falschen Perspektive und durch die Vermischung der Begrifflichkeiten Effizienz, Rationalisierung, Ökonomisierung unübersichtlich geführt wird. Es geht gerade nicht durchweg um Beschleunigung und Kostenminimierung, sondern um einen zielgenauen Ressourceneinsatz, wohlgernekt – endlicher Ressourcen. Dies angenommen, muss der Diskurs zu der Feststellung führen, dass im Normalfall des Verwaltungsverfahrens eine zügigere Abwicklung im rechtsstaatlichen Interesse der Bürgerin und des Bürgers an einer zeitnahen Ergebniszuführung seines begehrten Verwaltungshandelns liegt. Nur durch die Anerkennung dieses Normalfalles, zu denken sei hier etwa an die Beispiele der Kindergeld-, Arbeitslosengeldverbescheidung etc., kann in Verfahren, die eine detailgenaue Einzelfallbetrachtung erfordern, diese systematische, oftmals schwierige Betrachtung auch tatsächlich mit dem nötigen Zeit- und Ressourcenaufwand vorgenommen werden. Das konkrete Verwaltungsverfahren kann nur unter Anerkennung dieses allgemeinen Paradigmas angemessen behandelt werden. Dies fördert nicht nur ein sozial-rechtsstaatlich geführtes Verfahren, sondern lässt es Wirklichkeit werden.

1.2.5 Zwischenergebnis

Effizienz als Relationsbegriff nimmt den Mitteleinsatz zur Erreichung eines Zieles in den Blick. Es geht also um einen Kosten/Nutzen-Abgleich und hierbei um eine Minimalisierung der Mittel oder eine Maximalisierung des Erfolges in jeweiliger Abhängigkeit voneinander. Der Begriff der Verwaltungseffizienz bestimmt sich konkreter in der möglichst guten Verwirklichung des

dem Gleichheitsgebot. Ossenbühl stellt weiter fest, dass die Verwaltungseffizienz im Sinne administrativer Leistungsfähigkeit „zu den rechtlich anerkannten und geschützten Ordnungsprinzipien des rechtsstaatlichen und demokratischen Verwaltungsstaates“ gerechnet würde (NVwZ 1982, 465, (469); lesenswert auch *Grimmer*, DÖV 1982, 257 (257 f., 263)) zum Rationalisierungsdruck und dem Anspruch an eine leistungsfähige Verwaltung als Faktor.

¹³⁵ v. *Mutius*, NJW 1982, 2150 (2152).

¹³⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 90.

Verwaltungsauftrages bei möglichst geringem Einsatz von Ressourcen in zeitlicher, finanzieller und quantitativer Hinsicht. Dieser Aspekt findet seine Berücksichtigung in § 10 S. 2 VwVfG und stellt einen für die öffentliche Verwaltung bindenden Maßstab der Verfahrensgestaltung dar, so dass die Effizienz der Ausübung des Verfahrensermessens eine zu berücksichtigende Grenze setzt. Aufgrund der Relativität der Begrifflichkeit und dem Kontext des einzelfallbestimmt auszuübenden Verfahrensermessens im Rahmen seiner Zweckbindung ist nicht konkret bestimmbar, welche Mittel generell als effizient einzustufen sind. Dies ergibt sich erst aus der Beachtung der jeweils gültigen Verfahrensmaßstäbe und -zwecke selbst. Effizienz ist ganz generell nicht als Gegensatz zur Rechtmäßigkeit zu verstehen. Vielmehr bedingt die Führung eines rechtmäßigen, mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit übereinstimmendes Verfahren, die Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten. Die rechtsstaatlich bedingte Rationalität der öffentlichen Gewalt führt zur Forderung einer zweckrationalen Erfüllung der Verwaltungsaufgaben, so dass der Rechtsstaatlichkeit selbst das Erfordernis einer an der Effizienz ausgerichteten Staatstätigkeit innewohnt.

Es kann also festgehalten werden, dass sich aus den ermessensleitenden Geboten der § 10 S. 2 VwVfG der Handlungsmaßstab einer möglichst effizienten Verfahrensgestaltung ergibt, der im Sinne der Maßstabslehre bei der Ausübung des Verfahrensermessens nach § 10 S. 1 VwVfG Beachtung finden muss. Da bei der Gestaltung des Verwaltungsverfahrens die Zielgröße einer rechtmäßigen Entscheidung unumstößlich feststeht, liegt die Entfaltung der Effizienz ebenda in der richtigen Wahl der Mittel und damit einem möglichst effizienten Ressourceneinsatz zur Erreichung dieser Zielgröße.

1.3 Effektivität als konkreter Handlungsmaßstab?

Wie bereits in Abgrenzung zum Effizienzbegriff dargestellt, nimmt der Begriff der Effektivität den Zielerreichungsgrad in den Fokus.¹³⁷ Die Effektivität beschreibt den Grad, das Ausmaß der Erreichung von Zielen durch den Einsatz von Mitteln. Der Mitteleinsatz bleibt gänzlich unberücksichtigt. Eine Betrachtung erfolgt alleine anhand des erreichten Zieles, das bestmöglich verwirklicht werden soll, um effektiv zu sein.¹³⁸ Durch die Begriffsbestimmung zeigt sich die im Gegensatz zur Effizienz geringere Bedeutung der Effektivität

¹³⁷ Hierzu ausführlich *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 157 f.

¹³⁸ Siehe zur Begrifflichkeit der Effektivität, auch in Abgrenzung zur Effizienz, insbesondere *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 113.

bei der Abwägungsentscheidung iRd Verfahrensermessens. Das Verfahrensermessen bezieht sich auf die konkrete Gestaltung eines Verwaltungsverfahrens im Sinne der Herbeiführung einer Einzelfallentscheidung. Feststehende Zielgröße ist die Herbeiführung einer rechtmäßigen Entscheidung. Dieses Ziel steht einer Optimierung nicht offen. Eine Entscheidung kann und darf nicht in ihrer Rechtmäßigkeit Abstufungen ausgesetzt sein, die einer effektiven Herbeiführung offenstehen würden.

Die Berücksichtigung von Gesichtspunkten der Effektivität iRd § 10 S. 2 VwVfG ergibt sich jedoch im Sinne einer erstrebenswerten bestmöglichen Verwirklichung aller jeweils bestehender Handlungsziele- und zwecke, so dass der Effektivität dann Genüge getan wird, wenn alle Handlungsmaßstäbe in einem möglichst hohen Grade verwirklicht werden können.¹³⁹

*Von Berg*¹⁴⁰ erhebt in seiner Untersuchung die Effektivität des Verwaltungshandelns zu einem „Obersten Grundsatz“ für die Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit und die Effektivität als das für den Bürger und die Bürgerin entscheidende Maß. Er spricht hier zuvorderst die Senkung des Verwaltungsaufwandes und ein schnelleres Verfahren als typische Leitlinien einer effektiven Verwaltung an.¹⁴¹ Einordnend hierzu muss gesagt werden, dass es im Rahmen der Effektivität nur um die bestmögliche Verwirklichung des jeweiligen Verwaltungsauftrages gehen kann – dieses Ziel soll möglichst effektiv erreicht, demnach so gut es geht zur Wirklichkeit gebracht werden. Die Mittel sind dieser reinen Effektivitätsbetrachtung zunächst entzogen, so dass es bei den von *von Berg* erwähnten Aspekten der Schnelligkeit und Senkung des Verwaltungsaufwandes um ein Zusammenspiel geht; um eine möglichst effiziente Gestaltung dieses Weges zur Hervorbringung eines effektiven Verwaltungshandelns an sich. Die Effektivität gibt dann Aufschluss darüber, wie nahe man mit dem Einsatz dieser effizienten Mittel der Zielgröße der guten Verwaltungsarbeit gekommen ist - wie effektiv man dieses verwirklicht hat.

Der Einfluss dieses Postulats einer möglichst effektiven Verwaltungsarbeit ist damit nicht unberücksichtigt zu lassen, wenn man die Durchführung einzelner

¹³⁹ Siehe hierzu auch *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Rn. 23, der darstellt, dass § 10 S. 2 VwVfG vor allem auf den Grundsatz der Effizienz hinweise. Zweckmäßig bedeute aber neben einer optimierten Zweck-Mittel-Relation auch, dass die mögliche Verwirklichung aller jeweils bestehender Handlungsziele anzustreben sei (Effektivität).

¹⁴⁰ *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 9 ff.

¹⁴¹ *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 11.

Verwaltungsverfahren betrachtet. So ist § 10 S. 2 VwVfG eben in jenem Sinne zu verstehen, der gerade die Effektivität guter Verwaltungsarbeit fördern soll. So sollen durch die vom Gesetzgeber gewählten Stellschrauben sichergestellt werden, dass die Verwaltung das Ziel guter Verwaltungsarbeit effektiv erreicht. Dies wirkt durch die gewählte Normierung und insoweit auch als Zweck der Ermächtigung des § 10 S. 1 VwVfG unmittelbar in das Verwaltungsverfahren hinein und ist als Handlungsmaßstab zu berücksichtigen.

1.4 Verfahrensökonomie und Wirtschaftlichkeitsprinzip

1.4.1 Wirtschaftlichkeitsprinzip als Unterprinzip des Effizienzprinzips

Der Unterschied zwischen dem Wirtschaftlichkeitsprinzip und dem Effizienzprinzip liegt darin, dass das Effizienzprinzip einen Kosten/Nutzen-Ableich vornimmt, wohingegen die Wirtschaftlichkeit als rein ökonomisches Prinzip die reine Ressourcenschonung als Ziel ausweist, mithin das Minimalgebot im Mittelpunkt der Betrachtung steht,¹⁴² wobei das Wirtschaftlichkeitsprinzip durchaus als Unterprinzip des Effizienzprinzips betrachtet werden kann. Im Rahmen der Beurteilung einer Handlung als wirtschaftlich geht es damit alleine um die Minimierung des Mitteleinsatzes. Das Effizienzprinzip ist deutlicher an der Gemeinwohlbindung ausgerichtet und einer rein wirtschaftlichen Kostenorientierung entzogen.¹⁴³ Es geht also zuvorderst um einen angemessenen Ausgleich zwischen Mitteleinsatz und Zweckkonkretisierung.

1.4.2 Wirtschaftlichkeit – ein das Verfahrensermessen beeinflussender Faktor?

Unmittelbar an § 10 S. 2 VwVfG und die Begriffe der Zweckmäßigkeit und Einfachheit knüpfen sich notwendige Überlegungen eines wirtschaftlich, verfahrensökonomisch gestalteten Verwaltungsverfahrens an. Aus den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Einfachheit, und unter Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten, folgt implizit die notwendige Beachtung des Grundsatzes der Verfahrensökonomie. Der Begriff der Ökonomie meint Wirtschaftlichkeit im Sinne des ökonomischen Prinzips. Zu erörtern ist, ob § 10 S. 2 VwVfG Wirtschaftlichkeit im Sinne der Begriffsbildung

¹⁴² Siehe hierzu *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42. Rn. 127, der in der Effizienz ebenso ein über rein haushaltswirtschaftliche Belange hinausgehendes Prinzip erblickt und dies an der Gemeinwohlbindung manifestiert, woraus folgt, dass Nutzenüberlegungen einer rein betriebswirtschaftlichen Kostenorientierung entzogen sind.

¹⁴³ Siehe hierzu *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42. Rn. 127.

des Haushaltsrechtes meint und damit rein fiskalische Interessen in den Vordergrund rückt.

Dies ist deshalb erörterungsbedürftig, da § 10 S. 2 VwVfG bürgerorientiert ist und die Interessen der Beteiligten am konkreten Verfahren in den Blick nimmt, hingegen das Haushaltsrecht und die darin zum Ausdruck kommenden fiskalischen Interessen öffentliche Belange darstellen. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist nämlich ein Rechtsprinzip¹⁴⁴, das vor allem im Haushaltsrecht kodifiziert ist und seine Grundlage in Art. 114 II GG findet. Doch folgt daraus die Nichtbeachtung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips im Rahmen des Verfahrensermessens? Herrschte lange Zeit die Überzeugung, dass die Berücksichtigung fiskalischer Interessen bei der Ausübung des Verwaltungsrechtes „allgemein und grundsätzlich sachfremd“¹⁴⁵ seien, ergibt sich doch, dass diese Annahme unter Betrachtung der Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts, insbesondere seit den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, überholt erscheint.

Grundlage für die Annahme eines im Rahmen des Verfahrensermessens abwägungsrelevanten Faktors muss die Überlegung sein, dass in einem Rechtsstaat derartige Gesichtspunkte einen Niederschlag in der Rechtsordnung gefunden haben müssen. Es ist also nach Kodifizierungen zu suchen, die eine solche These stützen können.

1.4.2.1 Das Wirtschaftlichkeitsprinzip des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder

Zuvorderst finden sich explizite haushaltsrechtliche Vorgaben in den Gesetzen des Bundes, der Länder und Kommunen in Form von Vorgaben zum wirtschaftlichen und sparsamen Handeln. Exemplarisch zu nennen ist hier § 7 BHO, § 6 HGrG, Art. 7 BayHO¹⁴⁶. Diese Regelungen finden ihre Grundlage in Art. 114 II GG.

¹⁴⁴ Grundlegend v. *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988. Jüngerem Datums allgemein zum Wirtschaftlichkeitsgrundsatz *Walther*, BayVBl. 1990, S. 231–238; *Grupp*, in: Schulze-Fielitz, Fortschritte der Finanzkontrolle in Theorie und Praxis (Die Verwaltung, Beiheft 3), 2000, 9–24.

¹⁴⁵ BadVGh, Urt. v. 31. 3. 1952, VerwRspr. 5 Nr. 17 (S. 86, 96).

¹⁴⁶ Aus Art. 109 I GG folgt, dass das Land und der Bund in ihrer Haushaltsplanung grundsätzlich voneinander unabhängig sind. Potenziert wird dies durch die grundsätzliche Unabhängigkeit der Haushaltsplanungen in den Kommunen und Städten. Das Staatshaushaltsrecht der Länder wird jedoch partiell durch das GG überlagert und grundsätzlich normativ beeinflusst. Durch Art. 109 II GG wird der gesamtwirtschaftliche Zusammenhang berücksichtigt. Den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts haben Länder und Bund bei der

Art. 114 II GG wird einfachgesetzlich konkretisiert durch die BHO, das HGrG und landesrechtliche Bestimmungen. Wirft man einen Blick in § 90 Nr. 3 und 4 BHO ergibt sich, dass die Rechnungsprüfung insbesondere dahingehend zu erfolgen hat, ob „wirtschaftlich und sparsam verfahren wird“ und ob „die Aufgabe mit geringerem Personal- oder Sachaufwand oder auf andere Weise wirksamer erfüllt werden kann“. Auch § 7 BHO und § 6 HGrG haben die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Blick. Art. 110 I 2 GG iVm § 6 HGrG und § 7 BHO verpflichten zu einer wirtschaftlichen Haushaltsführung, wobei nach § 6 I HGrG, § 7 I BHO bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind.¹⁴⁷

1.4.2.2 Wirkrichtungen des Wirtschaftlichkeitsprinzips

Im Mittelpunkt des von Art. 114 II GG vorausgesetzten und in den Gesetzen des Bundes, der Länder und Kommunen explizit erwähnten Wirtschaftlichkeitsprinzips steht die Legitimität des Umgangs mit den dem Staat zur Verfügung gestellten Ressourcen. Daraus ergibt sich die Einbettung des Wirtschaftlichkeitsprinzips in die verfassungsmäßige Ordnung aus zweierlei Perspektiven.

Die legitimatorische Wirkung entfaltet sich zum einen in dem durch Art. 114 I GG zur Verfügung gestellten Mittel des Parlaments zur Kontrolle der Exekutive.¹⁴⁸ Die Regierung hat am Ende eines jeden Jahres dem Parlament eine Rechnung vorzulegen, die es ermöglicht, zu überprüfen, ob die Regierung sich an die parlamentarischen Vorgaben gehalten hat. Nach der Prüfung durch den Bundestag und Bundesrat mit Unterstützung des Bundesrechnungshofes

Haushaltswirtschaft hinreichend Rechnung zu tragen. Die Länder haben jeweils in ihren Landesverfassungen (Beispielhaft: Art. 139 ff. HV, Art. 116 ff. RhPfVerf, Art. 105 ff. SaarVerf, Art. 79 LV BaWü) Regelungen ihre Finanzwesen betreffend getroffen, die insbesondere auch das Haushaltsrecht und die Prüfung durch den Finanzhof vorsehen. Die diesbezüglichen Regelungen des Freistaates Bayern finden sich in Art. 78 ff. BV. Art. 78 ff. BV enthält für den Freistaat Bayern die wichtigsten Grundsätze der staatlichen Haushaltswirtschaft. Art. 7 BayHO enthält die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Aus der Gesamtschau dieser Normen ergibt sich die Zielrichtung des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes. Art. 78 ff. BV verpflichten den Staat zum achtsamen, schonenden und sachgerechten Umgang mit endlichen Ressourcen. Aus Art. 78 BV als Kernvorschrift der Normen über das Finanzwesen folgt die Verpflichtung des Freistaats zur „vorausschauenden Planung seines Finanzgebarens“ (BayVerfGH 50, 181 (210)). Aus Art. 151 BV folgt die unmittelbare Bindung an das Gemeinwohl. Die bayerische Landesverfassung legt damit ausdrücklich fest, dass die wirtschaftliche Tätigkeit an das Gemeinwohl gebunden und diesem verantwortlich ist.

¹⁴⁷ Gleichlautend: Art. 7 I 1 BayHO.

¹⁴⁸ BVerfGE 79, 311, 328 (obiter dictum).

erfolgt dann, im Falle einer ordnungsgemäßen und wirtschaftlichen Haushaltsführung, die Entlastung der Regierung. Art. 114 GG enthält damit insbesondere eine institutionelle Verfassungsgarantie der Finanzkontrolle.¹⁴⁹ Insofern kann von dem Wirtschaftlichkeitsprinzip durchaus zunächst von einem innenrechtsrelevanten Prinzip gesprochen werden.

Darüber hinausgehend beansprucht das Wirtschaftlichkeitsprinzip jedoch auch allgemeine Wirkung. Es stellt allgemeine Anforderungen an jegliches staatliches Handeln und damit auch an die konkrete Ausübung der Verwaltungstätigkeit, woraus eine Beachtung dieses Gedankens im Rahmen der Ausübung des Verfahrensermessens folgt. Dies ergibt sich aus dem mit der Verwaltungstätigkeit Hand in Hand gehenden steten Verbrauch öffentlicher Mittel und damit der engen Verbindung zum staatsrechtlichen Treuhandgedanken. Der Staat ist beitrags- und steuerfinanziert durch die Bürgerschaft als Treuhänder, woraus unmittelbar eine Verpflichtung zum sorgsamem Umgang mit den Finanzmitteln folgt. Insofern fügt sich in diese Betrachtung § 10 S. 2 VwVfG mit seinen bürgerorientierten Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Einfachheit als Ankerpunkt ein. So hat der einzelne Bürger/die einzelne Bürgerin zwar keinen Anspruch auf eine konkrete Einbindung seiner zur Verfügung gestellten Mittel, jedoch muss der Staat durchaus wirtschaftlich mit den zur Verfügung gestellten Mitteln umgehen.¹⁵⁰

Mit dieser Annahme steht auch das Haushaltsrecht als solches in Einklang. Zwar ergibt sich aus § 3 BHO eine Kompetenzverteilung und es wird deutlich, dass

¹⁴⁹ Prüfungsmaßstab ist die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung (*Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 114, Rn. 65; *Heun/Thiele*, in: Dreier, GG, Band III, 3. Aufl. 2018, Art. 114, Rn. 24). Der Prüfungsmaßstab kann dabei in zwei Teilelemente gegliedert werden. Es enthält einen Nutzenmaximierungsgrundsatz und einen Kostenminimierungsgrundsatz (*Heun/Thiele*, in: Dreier, GG, Band III, 3. Aufl. 2018, Art. 114, Rn. 32 m. w. N.; *Schwarz* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 114 Rn. 87), die um die Prüfung der Zweckmäßigkeit ergänzt werden (*Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 114, Rn. 107). Nach überwiegender Ansicht steht wohl jedoch eher die Orientierung am Minimalprinzip im Mittelpunkt. Dies scheint unter Zugrundelegung des Begriffs der Wirtschaftlichkeit durchaus überzeugend. Es soll daher die Frage im Zentrum stehen, ob, bei Zugrundelegung eines bestimmten Ziels, eine Erreichung mit möglichst geringem Aufwand erfolgt ist (vgl. *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 114, Rn. 109). Da die Prüfkompetenz als offenes Optimierungsgebot (*Heun/Thiele*, in: Dreier, GG, Band III, 3. Aufl. 2018, Art. 114, Rn. 32 m.w.N.) formuliert ist, erweist es sich dort als „zahnloser Tiger“, wo das Finanzgebaren zumindest wirtschaftlich vertretbar ist. Kern der Prüfung ist damit die Frage, ob Kosten und Nutzen in einem angemessenen, vertretbaren Verhältnis stehen.

¹⁵⁰ Ebenso *Peters*, DÖV 2001, 749 (754): „Weil das Wirtschaftlichkeitsgebot das die Verhältnismäßigkeit sichernde Korrelat des staatlichen Eingriffs in die Sphäre der Bürger ist, betrifft es die Bürger nicht nur faktisch, sondern rechtlich.“

ein subjektiv-öffentliches Recht aus der Strukturierung der Haushaltsausgaben durch die Verwaltung nicht folgen soll (vgl. § 3 II BHO), gleichwohl steht diesem Ausschluss einer Annahme eines subjektiv-öffentlichen Rechtes nicht die These entgegen, dass auch das Haushaltsrecht als normiert objektives Recht insoweit Außenwirkung entfaltet, dass die Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsprinzips einen abwägungsrelevanten Faktor bei der zu treffenden behördlichen (Ermessens-)Entscheidung darstellt. Es entspricht damit dem Sinn und Zweck und insbesondere der Einbettung in das Legitimationskonzept des Verfassungsrechts, dass jegliches staatliches Handeln dem Wirtschaftlichkeitsprinzip Rechnung zu tragen hat. Dies freilich in dem oben bezeichneten Rahmen des angemessenen und nachvollziehbaren Umgangs. Für das Handeln der Verwaltung als Exekutivorgan ergibt sich eine unmittelbare Bindung an dieses Prinzip. Es ist insoweit als Steuerungsdirektive unmittelbar zu beachten und damit als Überlegung in die Abwägungsarbeit des Verfahrensermessens einzustellen.

Aufgrund der Faktizität begrenzter Arbeitszeit und insbesondere begrenzter sächlicher und personeller Ressourcen sollte der Aufwand zur Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit nicht nur in einem angemessenen Verhältnis zwischen Ergebnis und Aufwand stehen, sondern bestenfalls minimiert werden.¹⁵¹ Hier zeigt sich das erhöhte Konfliktpotential bei der Entfaltung dieses Handlungsmaßstabes im Bereich der Rechtsanwendung.¹⁵²

Tragfähig kann das Wirtschaftlichkeitsprinzip und die Idee der Verfahrensökonomie als ermessensleitende Handlungsmaßstäbe daher nur

¹⁵¹ So auch *Schöpflin*, JR 2003, 485 (486).

¹⁵² Hier manifestieren sich die Argumente, die dem Effizienzprinzip entgegenwirken insoweit, dass der Handlungsmaßstab der Wirtschaftlichkeit in Kollision mit den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens und damit, je nach gradueller Auswirkung, auch mit dem Rechtsstaatsprinzip treten kann. Beispielhaft kann argumentiert werden, dass das Verfahrensmittel der Anhörung, das ganz generell als verfahrensökonomisch eingestuft werden kann, da es den Fortgang des Verfahrens durch die Einbindung der Beteiligten eher fördert als aufhält, in vielen Fällen als absolut unwirtschaftlich eingestuft werden muss. Zu denken sei etwa an eine komplizierte Konstellation mit Auslandsbezug, bei der Rechtshilfe in Anspruch genommen werden muss. Gleichwohl verbietet sich in derartigen Fällen aufgrund der Einhaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrensablaufs die reine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung und selbst bei einem Eingriffs- oder Ablehnungsbescheid mit minimalem Wert sind die Beteiligten im Ausland anzuhören oder ihnen der Verwaltungsakt entsprechend bekanntzugeben. Hier wäre eine öffentliche Bekanntgabe *ultima ratio*, so dass zuvor sämtliche Schritte versucht werden müssen, den Adressaten den Bescheid persönlich bekanntzugeben. Ebenda zeigt sich der Unterschied zum Effizienzprinzip, das ein Verfahren auch dann noch als effizient einstuft, wenn diese aus rechtsstaatlicher Perspektive unabdingbaren Verfahrensschritte mit möglichst geringem Aufwand erreicht werden.

gemacht werden, wenn auch hier das Verständnis von einem Optimierungsgebot zugrunde gelegt wird und damit ein Verfahren durchaus an Überlegungen der Wirtschaftlichkeit auszurichten ist, dies gleichwohl nicht als einen übergeordneten, absoluten Topos zu begreifen. Dass die Beachtung ökonomischer Erwägungen insoweit jedoch nicht nur ein Vorschlag, sondern ermessensleitender Maßstab sein muss, ergibt sich aus dem unmittelbaren Bezugspunkt der Sicherung der Interessen aller Bürger und Bürgerinnen, die die ökonomische Grundlage und die demokratische Legitimation des Staatshandelns bilden. Damit ist dieser Grundsatz vor allem auch bürgerorientiert und im Rahmen des Verfahrensermessens abwägungsbedürftig.

1.5 Zwischenergebnis

Betrachtet man den Ausgangspunkt der Überlegungen und damit das Instrument des Verfahrensermessens als Grundlage für ein situationsgerechtes, einzelfallbestimmtes Verwaltungshandeln der jeweiligen Behörde, so zeigt sich, dass dieses Ermessen keineswegs uferlos ausgestaltet ist, sondern sich durch die inneren und äußeren Grenzen des Ermessens in einem klaren rechtsnormativen Grundgerüst entfalten muss.

Die einfache, zügige, zweckmäßige und hieran anknüpfend die effiziente, effektive und verfahrensökonomische Ausgestaltung des Verfahrens lenken das Verfahrensermessen in maßgeblicher, wenn auch nicht absoluter Weise. Sie sind als Optimierungsgebote zu betrachten, deren Verwirklichungsgrad sich individuell bestimmt und gleichsam generell an der obersten Leitlinie rechtmäßigen Verwaltens auszurichten ist. So ist einerseits all diesen Handlungsdirektiven gemein, dass ihre gänzliche Nichtbeachtung ein Verfahren und einen hieraus resultierenden Verwaltungsakt formell rechtswidrig werden lässt. Deren auf ein Optimum gerichtete Beachtung variiert jedoch mit der konkreten Umgebung, in der sie sich entfalten sollen.

(4) Weitere das Verfahrensermessen leitende Handlungsmaßstäbe

Neben den konkret aus § 10 S. 2 VwVfG hervorgehenden Handlungsmaßstäben leitet das Verfahrensermessen weitere Handlungsmaßstäbe, die sich unmittelbar aus der Funktion des Verwaltungshandelns und der Stellung der

Verwaltung als Exekutiv- und damit der Verfassung und mittelbar dem Volk verpflichtetem Organ ergeben.

1.1 Rechtsstaatlichkeit und Rechtmäßigkeit als oberstes Leitziel – Rechtmäßiges Verwaltungshandeln

Vorderstes Ziel der staatlichen und rechtsstaatlich handelnden Verwaltung ist die Herstellung rechtmäßiger Zustände. In diesem Zusammenhang ist es Aufgabe des Staates, eine Rechtsordnung aufzustellen und zu garantieren und hierfür die Macht des Staates im Verhältnis des Bürgers und der Bürgerin zu kanalisieren und zu beschränken. Hier ist damit insbesondere die formelle Rechtsstaatlichkeit betroffen, die ihre Ausprägung darin findet, dass der Staatsgewalt in verfahrens- und organisationsrechtlicher Hinsicht Grenzen gesetzt werden, die dazu führen, dass die Bürgerschaft geschützt wird, soweit der Staat handelt.¹⁵³ Hieraus folgt das generelle Erfordernis rechtsstaatlicher Verwaltung.

Aus diesem Gedanken resultiert, dass die Ausübung aller staatlicher Gewalt umfassend an Recht und Gesetz gebunden ist, so dass der betroffene Bürger/die betroffene Bürgerin sich keineswegs einer willkürlichen Staatstätigkeit ausgesetzt sieht. Dieses Gebot erstreckt sich auf die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsorganisation, des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungshandelns¹⁵⁴ und ist normiert in Art. 20 III GG, der den Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes enthält.¹⁵⁵ Konkret bedeutet das für das Verwaltungsverfahren, dass dieses das unabdingbare Ziel der Herstellung einer rechtmäßigen Entscheidung verfolgt. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns ergibt sich zum einen aus der Beachtung der materiellen Vorgaben und insoweit „dienend“ ebenso der formellen Normierungen. So soll das Verwaltungsverfahren dazu führen, dass letztlich eine materiell rechtmäßige Entscheidung ergeht; diese ist auf dem formell rechtmäßigen Wege herbeizuführen. Daraus ergibt sich die umfassende Bindung der Verwaltungstätigkeit an die oberste Leitlinie der Rechtmäßigkeit ihres Handelns. Auf dem Weg zu dieser Entscheidung finden sich aus dem

¹⁵³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, 2020, Rn. 36 zu der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit.

¹⁵⁴ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 49.

¹⁵⁵ Jochum, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 23: Prinzip vom Vorrang des Gesetzes strukturiert (lediglich) das Rangverhältnis von Normen und Hoheitsakten. Demgegenüber erlaubt das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes die Abwehr hoheitlicher Maßnahmen unter Hinweis auf die fehlende Rechtsgrundlage (hierzu siehe auch Sachs, in: ders., GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 20 GG, Rn. 113).

Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Maßstäbe, wie etwa die Beachtung von Effizienzgesichtspunkten, der Publizität und Transparenz oder Verantwortlichkeit und Kontrolle.¹⁵⁶

1.2 Akzeptanz, Transparenz, Partizipation, Öffentlichkeit

Wie bereits angedeutet, erfüllt das VwVfG nicht nur Rechtsvereinheitlichungs-, Entlastungs-, und Effektivierungsfunktionen, sondern ebenso Transparenz-, Partizipations- und Akzeptanzfunktionen.¹⁵⁷ Es enthält umfangreiche Regelungen, die einen Ausgleich suchen zwischen einem effektiven, effizienten, zügigen Ablauf des Verwaltungsverfahrens und den in dem Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Beteiligungsrechten betroffener und drittbetroffener Bürger. So finden sich im VwVfG konkrete Regelungen, die zwar einerseits ebenso auf eine zügige Verfahrensgestaltung gerichtet sind, andererseits aber vor allem auch die Interessen der betroffenen Bürgerin/des betroffenen Bürgers im Blick haben. Dies wohlverstanden nicht im Sinne einer serviceorientierten Verwaltung, sondern notwendigerweise derartig ausgestaltet, um den Bürger/die Bürgerin nicht zu jenem Objekt des Verfahrens zu degradieren. Die Aspekte der Akzeptanz, Transparenz, Partizipation und Öffentlichkeit dienen damit auch zur bürgerseitigen Kontrolle des Exekutivorganes und so der Einhaltung rechtsstaatlicher Standards.

Im Mittelpunkt dieser Betrachtung stehen soll die akzeptanzstiftende Wirkung der Verfahrensbedingungen in Hinblick auf den konkret betroffenen Bürger. § 10 S. 2 VwVfG regelt insofern Verfahrensmaßstäbe, die sich im konkreten Einzelfall zu entfalten haben. Gleichwohl wird nicht verkannt, dass sich die Aspekte der Akzeptanz und die diese fördernden Mittel der Partizipation, Transparenz und Öffentlichkeit in einen weitaus abstrakteren, demokratiethoretischen Kontext einfügen und auch dort ihren Ursprung finden.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Pitschas, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 76 f.

¹⁵⁷ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Ein. Rn. 10 zu den Motiven der bundesweiten Kodifikation des VwVfG und dem demokratischen Anliegen der Partizipation.

¹⁵⁸ In Hinblick auf legitimationsbedürftige Entscheidungen kann differenziert werden zwischen einer abstrakten und konkreten Akzeptanz. Die abstrakte Akzeptanz soll sich beziehen auf das allgemeine staatliche Tätigwerden und dessen Ausgestaltung, wohingegen die konkrete Akzeptanz die des einzelnen von einer konkreten staatlichen Hoheitsausübung Betroffenen umfassen soll. Die abstrakte Akzeptanz scheint durch die Schaffung eines Gefüges und der näheren Verankerung am Begriff des „Volkes“ höhere Bedeutung für Fragen der Legitimation zu haben, wohingegen die konkrete Akzeptanz das einzelne Individuum dieses Volkes bezeichnet und daher erst durch eine Vereinigung mit anderen Individuen des Volkes tatsächlich legitimierungstheoretisch relevant zu werden scheint. Unbestreitbar ist, dass die

Das Verfahrensrecht mit seinen Beteiligungsrechten und auch in Hinblick auf das Erfordernis der effizienten Gestaltung trägt dazu bei, die breite Akzeptanz der Öffentlichkeit herzustellen. Bürger, die in die Entscheidungsfindung eingebunden sind, die angehört wurden, welchen Möglichkeiten gegeben wurden, die die Entscheidung beeinflussenden Tatsachen vorzubringen, mit denen gesprochen wurde, sind eher bereit, eine für sie nachteilige Entscheidung zu akzeptieren. Partizipation und Nachvollziehbarkeit führen zur Akzeptanz. Politische und gesellschaftliche Entwicklungen drängen in Hinblick auf ihre akzeptanzbegründenden Verfahrenselemente auf eine starke Durchsetzbarkeit von Verfahrensrechten.¹⁵⁹ Diese Akzeptanz kann nur im Verwaltungsverfahren selbst geschaffen werden, das so die Subjektstellung der Bürgerin/des Bürgers sichert.¹⁶⁰ Diese Stärkung der Partizipationsrechte führt nicht nur zur Stärkung eines demokratischen Gemeinsinns, sondern auch zu einem Zirkelschluss der Akzeptanz der hoheitlichen Tätigkeit im Allgemeinen und konkret bezogen auf die eigene Verwaltungsentscheidung.

In Hinblick auf das Verwaltungsverfahren stellt sich hier insbesondere die Frage nach der Herstellung der Akzeptanz und damit die sich aus der Überleitung einer individuellen Betroffenheit ergebende Frage nach der Sicherstellung eines legitimierten Verwaltungsverfahrens. Staatliches hoheitliches Handeln begegnet dem Individuum insbesondere im Zusammenhang mit „seinem“ Verwaltungsverfahren als eines der Hauptanwendungsfälle der Ausübung

konkrete Akzeptanz als eine Art Gradmesser für die abstrakte Akzeptanz gelten kann. Weiter noch ergibt sich eine Produktivitätsbeziehung zwischen der konkreten und abstrakten Akzeptanz, wobei die konkrete Akzeptanz die Einsatzmenge darstellt und zur abstrakten Akzeptanz oder Inakzeptanz führen kann. Als Wähler hat das Volk nur eine geringe, unspezifische und in der Sache tatsächlich nicht bindende Einflussmöglichkeit, die zudem zusätzlich verwässert wird durch das personalisierte Verhältniswahlrecht. Selbst unter der Annahme, dass sich das Volk überwiegend im Parlament repräsentiert sähe, ergibt sich aus der getroffenen Wahl keinerlei Bindung an den durch die Wahl zum Ausdruck kommenden Willen des Bürgers. Inakzeptanz führt zunächst zu generellem Missmut der Bürgerinnen und Bürger. Dieser kann sich durch konkrete Inakzeptanz hin zur abstrakten Inakzeptanz ausbilden oder direkt auf der abstrakten Ebene ausbreiten und so dazu führen, dass hoheitlichen Maßnahmen das Verdikt der Illegitimität anhängt. *Lucke* (Zeitschrift für Rechtssoziologie, 17 (1996), Heft 2, S. 221 (225)) vergleicht rechtlich legitimiertes Handeln ohne die Akzeptanz seiner Adressaten als „völkerrechtlich einseitige Unabhängigkeitserklärung“ und damit als Makulatur. Eine gesunde Demokratie ist angewiesen auf die Akzeptanz des Volkes und der Individuen (Zeitschrift für Rechtssoziologie, 17 (1996), Heft 2, S. 221 (226)). Erst durch diese Akzeptanz lässt sich Legitimität überhaupt erhalten. Tatsächlich findet sich in der Suche nach Akzeptanz erst die tatsächliche Rückkopplung an den Willen des Volkes.

¹⁵⁹ *Emmenegger*, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 46, Rn. 7.

¹⁶⁰ *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (282); in diese Richtung auch *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.).

staatlicher Gewalt. Hier wird ein Legitimationsdefizit besonders offenbar und spürbar, in dem sich der Bürger/die Bürgerin als Teil des Volkes nun dem Über- und Unterordnungsverhältnis staatlicher Machtausübung unmittelbar ausgesetzt sieht. Um dieses Gefälle auszugleichen, drängen Akzeptanzgesichtspunkte explizit zum kritischen Hinterfragen des prozeduralen Vorgehens und damit der Verfahrensgestaltung.¹⁶¹ Die Mittel zur Verbesserung dieser Akzeptanz sind genannt durch weitergehende Transparenz des Verfahrens, weitergehende Beteiligungs- und Anhörungsrechte (vgl. etwa Planungs- und Umweltrecht)¹⁶², eine enge Kommunikation¹⁶³ und eben die effizientere Gestaltung und die Beschleunigung des Verfahrens im allgemeinen und im unmittelbaren Bezug zu den einzelnen Bürgern. Lange und teils überlange Verfahrensdauern werden begründet durch Personalengpässe und eine schwierige Balance zwischen massenhaft aufkommenden Verfahren und besonders komplexen und schwierigen Verfahren, die sich zunehmend in den Großstädten ballen.¹⁶⁴ An dieser Stelle wird auch das Zeitmoment evident, welches für die Bürger ein entscheidendes Maß darstellt; dies insbesondere in Hinblick auf die generelle Akzeptanz einer hoheitlichen Entscheidung, die auf einem Subordinationsverhältnis fußt. Dieser Gedanke führt sich unmittelbar fort in der Transparenz der Entscheidung, dessen Grundlage ebenfalls im Verfahren gelegt wird und seinen Niederschlag letztlich in § 39 VwVfG mit den oben bezeichneten grundsätzlich hohen Begründungsanforderungen findet. Insgesamt stehen daher die anerkannten Verfahrenszwecke der Akzeptanz, Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Partizipation als Ausfluss des demokratischen Rechtsstaates als eigenständige Handlungsrichtlinien des Verwaltungsverfahrens bereit.

¹⁶¹ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (242) vertritt die Auffassung, dass sich die demokratische Funktion des Verwaltungsverfahrens in einer partizipativen Verfahrensgestaltung verwirkliche. Das Verfahren erfülle eine demokratische Funktion, in dem es Legitimation durch Partizipation und Transparenz schafft. Verfahrens- und Ergebnistransparenz wirken als Ausfluss dieser demokratischen Funktion und führen letztlich zur Akzeptanz durch die betroffenen Bürger (*Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (244); *Pitschas*, in: *GVwR*, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 15).

¹⁶² Ausführlich hierzu auch *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 1989, S. 104 ff., Rn. 106 ff.

¹⁶³ *Hill*, in: *Hill/Pitschas*, *Verwaltungsverfahren*, 2004, S. 273 (273).

¹⁶⁴ Beispielhaft benötigt die Stadt Frankfurt am Main besonders lange für die Bearbeitung einer Steuererklärung und Erstellung des Steuerbescheides (die Seite lohnsteuer-kompakt.de hat eine Verfahrensdauer von durchschnittlich 61,5 Tagen ermittelt). Die Stadt Frankfurt am Main begründet dies mit einem hohen Aufkommen an hochkomplexen Steuerstrukturen in der Finanzmetropole und Bezügen zum Ausland (doppelte Wohnsitze etc.). Die Erteilung von Baugenehmigungen dauern in Frankfurt am Main im Schnitt 3 Monate, wobei eine Verlängerung von 2 Monaten nicht unüblich ist.

1.3 Gemeinwohlbindung – keine Handlungsdirektive, sondern mitgedachter Grundsatz

Die Gemeinwohlbindung als solche ist zu unterscheiden von den eindeutigen Handlungsdirektiven des § 10 S. 2 VwVfG und den daraus ableitbaren Maßstäben, was mit der regulativen Idee des Gemeinwohlgrundsatzes zusammenhängt.

Ganz generell muss alles staatliche Handeln dem Gemeinwohlgrundsatz entsprechen. Der Gemeinwohlgrundsatz ist immanenter Bestandteil der Verfassung, der abstrakt fordert, dass sämtliches staatliches Handeln im Sinne des gesamten Volkes erfolgen muss. Dies wird gestützt durch den dem Demokratieprinzip innewohnenden Gemeinwohlgrundsatz der besagt, dass staatliches Handeln dem gesamten Volk und damit dem Gemeinwohl zu dienen hat¹⁶⁵, woraus eine Pflicht zur gemeinwohlorientierten Zielerreichung deutlich wird. Hierbei ist der Gemeinwohlgrundsatz eine regulative Idee, ein rechtsfolgenoffenes Optimierungsgebot.¹⁶⁶ Daraus resultiert, dass das Gemeinwohl an sich keine konkrete Handlungsdirektive enthält, sondern vielmehr seine Entfaltung in und durch das positive Recht und die verfassungsmäßigen Grundsätze sucht. Die Abstraktheit des Gebotes ist angewiesen auf eine Konkretisierung, die vom jeweiligen Normkontext und der Normumgebung abhängig ist. Dies darf nicht falsch verstanden werden als eine Kodifikation des Gemeinwohls¹⁶⁷ durch das Verfassungs- oder positive Recht, sondern vielmehr erlangt der Gemeinwohlgrundsatz Bedeutung als handlungsleitende Direktive vor und bei der Bildung positiven Rechts und leitet in der Folge dessen Interpretation. Das Gemeinwohl liegt damit dem Grundgesetz und ausgebildeten positiven Recht voraus, wobei hier eine Schleife durch die Rückbindung an die grundrechtlichen Maximen besteht und das Gemeinwohl nicht geradeheraus ohne die Beachtung der grund- und verfassungsrechtlichen Dimension ausgefüllt werden kann.¹⁶⁸ Insofern besteht durchaus eine Bindung der einzelnen Behörde an den Grundsatz der Gemeinwohlbindung, gleichwohl wurde diesem Grundsatz durch die entsprechende Gesetzgebung iRd § 10 VwVfG Beachtung geschenkt und dessen

¹⁶⁵ Zum Zweck des Gemeinwohls siehe auch *Isensee*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 11 f.

¹⁶⁶ So auch *Isensee*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 17.

¹⁶⁷ *Isensee*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 19 vertritt insoweit die zu befürwortende Auffassung, dass es keine denkmögliche Kodifikation des Gemeinwohls gebe.

¹⁶⁸ *Isensee*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 70 weitergehend: „Das entspricht dem Trend der Verfassungsinterpretation, der Verfassung immer dichtere Vorgaben zu entnehmen und das politische Ermessen des Gesetzgebers immer enger zu determinieren.“

Handlungsdirektiven sind darauf ausgerichtet, eben dieser Gemeinwohlbindung gerecht zu werden. Nichtsdestoweniger ist dieser Bindung ein Zweck der Ermächtigung des § 10 VwVfG immanent, der bei der konkreten Anwendung der jeweiligen Optimierungsgebote Zügigkeit, Einfachheit, Zweckmäßigkeit und daraus resultierend auch der Effizienz mitgedacht werden muss.

(5) Zwischenergebnis

Nicht nur das VwVfG hält konkrete, das Verfahrensermessen leitende Handlungsdirektiven bereit, die die jeweilige Verwaltungsbehörde bei der Ermessensausübung zu beachten hat; vielmehr gibt es darüber hinausgehende Maßstäbe, die sich aus der staatsorganisationsrechtlichen Stellung der Verwaltung und des insoweit maßgeblichen Verwaltungsverfahrens ergeben. So ist oberste Richtschnur die Herstellung rechtmäßiger Entscheidungen. Dieses Ziel ist fest determiniert.

§ 10 S. 1 VwVfG mit seiner Flexibilisierungsfunktion und Situationsgerechtigkeit des Verfahrensermessens eröffnet der jeweiligen Verwaltungsbehörde bei der Ausgestaltung des zu einer solchen Entscheidung führenden Verwaltungsverfahrens einen relativ weiten Spielraum. Gezeigt wurde, dass dieses Ermessen jedoch keineswegs grenzenlos besteht, sondern sich in einem strukturgebenden Rahmen aus vielfältigen ermessensleitenden Handlungsdirektiven zu entfalten vermag. Die Ausübung dieses Ermessens folgt der Ermessenslehre, so dass der Zweck der Ermächtigung und die inneren und äußeren Grenzen des Ermessens zu beachten sind. Neben dem Willkürverbot und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben sich diese äußeren Grenzen vor allem aus einfachgesetzlichen Normierungen, wie etwa dem Begründungsgebot oder den Anhörungsrechten. Die inneren Grenzen des Ermessens werden in § 10 VwVfG und vor allem in dessen Satz 2 und den darin enthaltenen Optimierungsgeboten offenbar. Hinsichtlich dieser Gebote und den daraus ableitbaren Handlungsmaßstäben besteht eine Beachtensanforderung, die jedoch gleichsam der Konkretisierung durch die jeweilige Behörde bedarf. Ermessensleitend ist damit zunächst das Gebot der Zügigkeit, Einfachheit und Zweckmäßigkeit, wobei Zügigkeit als Handeln ohne schuldhaftes Zögern so schnell als möglich und so langsam wie nötig zu begreifen ist. Die Einfachheit beschreibt zunächst ein schnörkelloses, schlichtes Verfahren. Dieses Gebot verwirklicht sich jedoch ebenso wie die

Zweckmäßigkeit zuvorderst durch die aus diesen Geboten ableitbaren Maßstäbe des effizient, effektiv und verfahrensökonomisch ausgestalteten Verwaltungsverfahrens. Tragbar gemacht werden kann hier insbesondere das Effizienzprinzip, das eine gerechte Abwägung zwischen Zweck und Mittel hergestellt wissen will. Es geht um eine optimale Zweck-Mittel-Relation, die im Übrigen keineswegs mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kollidiert, sondern vielmehr eine Forderung der Rechtsstaatlichkeit selbst ist, da sie, bei richtiger Anwendung, die wirksame Umsetzung des Rechts sichert und eine wirkungsoptimale Verwaltung befördert. So widerspricht es bereits dem Effizienzprinzip selbst, wenn eine Entscheidung äußerst schnell und ohne Umschweife hergestellt wird, diese aber rechtswidrig ist. Die Herstellung einer rechtswidrigen Entscheidung kann nie effizient sein. Hier ist auch an das oberste Leitziel der Entscheidungsherstellung anzuknüpfen – nämlich die Herstellung einer rechtmäßigen Entscheidung. Kann diese rechtmäßige Entscheidung jedoch auf zwei unterschiedlich zügige, zweckmäßige, effiziente Weisen hergestellt werden, ist das Verfahrensermessen nur richtig ausgeübt, wenn die zügigere, zweckmäßigere, effizientere Alternative gewählt wird.

(6) Das OZG und seine verfahrensgestaltende Funktion

Der im Zuge der Föderalismusreform II¹⁶⁹ in die Verfassung eingefügte Art. 91c GG und die Erweiterung aus dem Jahre 2017 um den 5. Absatz und den Erlass des Onlinezugangsgesetzes (OZG)¹⁷⁰ bilden eine wichtige und nahezu vergleichslose Neuerung, die insbesondere für die Verfahrensgestaltung im Verwaltungsrecht erhebliche Änderungen und Vorgaben enthält.¹⁷¹ In die

¹⁶⁹ G v. 29.07.2009, BGBl. I 2248.

¹⁷⁰ Ganz allgemein wird das OZG als Ergänzung zur analogen Bereitstellung begriffen. Es wird damit der Weg des sog. „Multikanalprinzips“ eröffnet (siehe hierzu auch *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1404); *Siegel*, DÖV 2018, 185 (186)). Es geht hier ganz explizit zunächst um den Zugang zu den Verwaltungsleistungen und der Erreichbarkeit dieser Leistungen über ein einheitliches und übergreifendes Bürgerportal (*Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 1). Die Verwaltungsportale einzelner Behörden werden zu einem Portalverbund zusammengeschlossen. Zur Bearbeitung des jeweiligen Verwaltungsfalles erfolgt dann eine Weiterleitung an das zuständige Verwaltungsportal. Damit soll entgegengewirkt werden, dass die Verfügbarkeit von Informationen, deren Barrierefreiheit, Verständlichkeit, Auffindbarkeit oder generelle Verfügbarkeit im Internet derzeit in der Hand der einzelnen Behörden liegt und es Städte und Kommunen gibt, die das Angebot kontinuierlich verbessern und ausbauen, während andere keinen über die allgemeinen Informationen hinausgehenden Internetauftritt besitzen, ortsunabhängig variieren.

¹⁷¹ Im Oktober 2018, und damit zeitlich dem OZG nachfolgend, hat der europäische Gesetzgeber die EU-Verordnung Nr. 2018/1724 erlassen, die sog. „Single Digital Gateway“-VO. Mit dem Erlass dieser VO macht der europäische Gesetzgeber die Digitalisierung bestimmter Verwaltungsleistungen zur Pflicht. Zielbestimmend ist, dass die Nutzenden (u. a. Bürger und Bürgerinnen, vgl. Art. 3 SDG-VO (EU) 2018/1724) einen einfachen Zugang zu den Informationen

Überlegungen rund um das Verfahrensermessen beeinflussende Faktoren sind die Regelungen des OZG und des Art. 91c GG¹⁷² ¹⁷³ einzubeziehen und zu

und Verfahren der Verwaltung erlangen und sich deren Aufwand damit verringert (Vgl. EG (4) SDG-VO (EU) 2018/1724). Der Bezugspunkt ist vordringlich der Binnenmarkt, so dass dessen Funktionsfähigkeit sichergestellt und verbessert werden soll (Vgl. EG (6) SDG-VO (EU) 2018/1724). Zwecks einheitlichen und vereinfachten Zugangs soll ein einheitliches Zugangsportale geschaffen werden. Das Zugangstor zu diesem Portal soll gem. Art. 2 I SDG-VO aus einer von der Kommission verwalteten gemeinsamen Nutzerschnittstelle bestehen und in das bereits vorhandene Portal „Ihr Europa“ integriert werden. So erhält der Bürger/die Bürgerin Zugang zu den einschlägigen Unions- und nationalen Websites. Hier findet sich eine Parallele zu den Regelungen des OZG, das derart strukturiert ist, dass ein Portalverbund im „Front Office“ errichtet wird und hierbei aber die Zuständigkeiten der Behörden im „Back Office“ unberührt lässt (*Siegel*, NVwZ 2019, 905 (906)). Damit wird das insbesondere auf mitgliedstaatlicher Ebene bestehende Problem der Orientierung des Bürgers/der Bürgerin im Verwaltungssystem abgeschwächt. Es wird ein einheitlicher Ansprechpartner mit Orientierungs- und Verbindungsfunktion errichtet. Der Portalverbund muss alle zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten einbeziehen; eine Verbindlichkeit besteht damit für jede Behörde auf nationaler, regionaler und kommunaler Ebene (*Pilniok*, NZS 2020, 85 (86)). Dies freilich nur in Bezug auf die eindeutig genannten Verwaltungsleistungen. Ein deutlicher Unterschied zum OZG ist insbesondere bei der sachlichen Reichweite der Regelungen auszumachen. Spricht das OZG von „Verwaltungsleistungen“, werden die von der SDG-VO erfassten Verwaltungsleistungen in drei Anhängen abschließend enumerativ aufgelistet (vgl. Anhang SDG-VO (EU)). Die EU-Verordnung sieht darüber hinaus in zeitlicher Hinsicht kürzere Fristen vor als das OZG, das bis zum 31.12.2022 umzusetzen ist. Art. 39 SDG-VO setzt weitaus kürzere Fristen. So sieht Art. 39 UAbs. 2 SDG-VO vor, dass bereits zum 12.12.2020 die Einrichtung eines Zugangstors zu erfolgen hat.

¹⁷² Art. 91c GG kommt eine besondere Bedeutung zu, da hiermit das Problem des Verbots der Mischverwaltung (vgl. Art. 83 ff. GG) und die damit einhergehende Hinderung des technologischen Fortschrittes in der Verwaltung zumindest partiell umstrukturiert werden sollte. Er ist als konstitutive Erlaubnis zur Abweichung vom Verbot der Mischverwaltung zu betrachten (*Siekman*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 91c, Rn. 5), womit der Verwaltungszusammenarbeit von Bund und Ländern zugunsten einer notwendigerweise übergreifenden elektronischen Verwaltung die Grundlage gegeben wurde. Durch den 2017 hinzugefügten 5. Absatz wurde eine neue, ausschließliche Bundeskompetenz geschaffen, nach der „der übergreifende informationstechnische Zugang zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern [...] durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates geregelt“ wird. Damit soll der Zugang zu Verwaltungsleistungen übergreifend ermöglicht werden. Die durchaus in Hinblick auf die Technikoffenheit des öffentlichen Rechts bahnbrechende Wirkung des Art. 91 c V GG besteht in der erstmaligen Schaffung der Möglichkeit einer flächendeckenden Vernetzung, so dass ein erster Schritt getan wurde, um das Problem der Liquidität des Mediums und die Grenzen des föderalen Systems zu harmonisieren. Die Befugnis bezieht sich also auf die Regelung eines einheitlichen und über die Ländergrenzen hinauswirkenden Zugangs. Damit ist eine verbindliche Harmonisierung des Onlinezugangs zur Verwaltung anvisiert.

¹⁷³ Die Grundlage des OZG ist in Art. 91c V GG zu suchen, so dass das OZG in Ansehung dieser Regelung zu lesen ist. Art. 91c V GG bietet einen Angriffspunkt für die Diskussion dreier großer Problemfelder. Das betrifft zum einen die Frage nach den Adressaten der Vorschrift. So ist durchweg strittig, ob auch die kommunalen Ebenen in den Adressatenkreis einzubeziehen sind. Der Beschluss der Regierenden lässt eine dahingehende Tendenz zu - die Erstreckung auch auf die Kommunen war bereits Teil des Beschlusses vom 14.10.2016 (Abgedruckt in der BT-Drs. 18/11131, S. 12; siehe zur Einbeziehung der kommunalen Ebene *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401(1403); a. A. *Martini/Wiesner*, ZG 2017, 193, 214 ff.). Diese Auslegung ist in Zweifel gezogen worden durch die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des OZG, das zusammen mit Art. 95c V GG erlassen wurde (BT-Drs. 18/11135, S. 138). Hieraus: „Der Bundesrat versteht den Entwurf des Onlinezugangsgesetzes somit trotz einzelner Textstellen in der Gesetzesbegründung, in denen die Kommunen ausdrücklich angesprochen wurden, nicht als Verpflichtung der Länder, durch landesgesetzliche Regelungen den Kommunen Aufgaben

beleuchten, da sie der jeweiligen Behörde jedenfalls in Hinblick auf den Zugang zu den Verwaltungsleistungen und damit dem Anstoß des Verwaltungsverfahrens durch die Bürgerin/den Bürger eine eindeutige Gestaltungslinie vorgeben. Zu erörtern ist, ob sich hieraus das Verfahrensermessen beeinflussende Maßstäbe im Sinne einer gesetzlichen Ermessensgrenze ergeben können.

1.1 Pflicht zur Digitalisierung oder Automatisierung des gesamten Verfahrens und der Entscheidungsfindung?

Wichtig in diesem Kontext ist die Frage, ob das OZG und § 91c V GG eine Pflicht zur Verfahrensabwicklung in digitaler Form vorsieht und damit das Verfahren rein elektronisch durchzuführen wäre – was eine formelle Vorgabe für das Verfahrensermessen darstellen würde.

Ganz generell könnte mit dem Sinn und Zweck des OZG und Art. 91c V GG argumentiert werden, dass diese am ehesten zur Geltung gebracht werden,

und Handlungspflichten aufzuerlegen.“ Auch kommunale Spitzenverbände standen einer Verpflichtung der kommunalen Ebene in einer Anhörung zum OZG Entwurf ablehnend gegenüber (So die Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebundes v. 22.3.2017 zum Entwurf des OZG, <https://www.bundestag.de/blob/499850/0a95fca2a2e7b0e814d252b11b7412fc/deutscher-staedte-und-gemeindebund-data.pdf> <1.2.2018>). Diese Ablehnung ist freilich wenig überraschend und gründet sich vor allem auf dem konkurrierenden Verfassungsprinzip der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 II GG. Zwar ist hiermit die Organisationshoheit nur relativ geschützt, da andernfalls nicht einmal eine mittelbare Steuerungsmöglichkeit bestünde (zur relativen Gewährleistung der Organisationshoheit siehe *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 28 Abs. 2 Rn. 67 m.w.N.); gleichsam resultieren aus der vorzunehmenden Abwägung Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, woraus allenfalls in einem erforderlichen Maße die Verpflichtung der Kommunen folgen kann.

Das zweite Problemfeld betrifft die Frage nach der Pflicht zur Bereitstellung neuer Onlineangebote und damit, ob Art. 91c V GG alleine vorsieht, dass bereits vorhandene Angebote übergreifend vernetzt werden oder nunmehr jede adressierte Verwaltungsstelle Onlineangebote schaffen müsste. Letzteres wird zum Teil mit dem Sinn und Zweck der Schaffung des Art. 91c GG, insbesondere in Hinblick auf den IT-Staatsvertrag bejaht (So *Martini*, DÖV 2017, 443 (449); *Schliesky/Hoffmann*, DÖV 2018, 193 (195). Andererseits lässt dies auch die Ansicht zu, dass es nur auf die Vernetzung bestehender Angebote ankäme. Diese Auslegung lässt der Wortlaut des Art. 91 c V GG durchweg zu, der zu implizieren scheint, dass bestehende Verwaltungsportale als Voraussetzung nun übergreifend vernetzt werden müssten. Hier könnte ein Blick in § 1 OZG weiterhelfen, was jedoch als misslich zu bewerten ist, da eine Konkretisierung der Verfassung durch ein einfaches Recht der gängigen Auslegungsmethode zuwiderläuft. In Hinblick auf die Tatsache, dass Art. 91c V GG und das OZG jedoch „wie aus einem Guss“ sind, könnte man vertreten, hier insoweit eine Ausnahme zu machen, als man das OZG, insbesondere dessen gesetzgeberischen Erwägungen, als Auslegungsmaßstab heranziehen könnte.

Ein drittes Problemfeld resultiert daraus, dass Art. 91c V GG keine ausdrückliche Verpflichtung der Vernetzung enthält und auch diese allenfalls aus § 1 II OZG ableitbar ist, was wiederum das Problem der Konkretisierung durch ein einfaches Gesetz enthält.

wenn sie konsequent auch die Durchführung des Verfahrens über das Portal ermöglichen würden. Insoweit ist jedoch deutlich zu machen, dass sich aus dem Zweck der Norm allenfalls eine Verpflichtung für geeignete Verwaltungsleistungen ergeben kann.¹⁷⁴ Voraussetzung wäre damit die objektive Möglichkeit der Bereitstellung, mithin ein Nichtvorliegen rechtlicher, technischer oder tatsächlicher Unmöglichkeit.¹⁷⁵ Der Wortlaut des OZG ist hier wenig ergiebig, was befördert wird durch die Überzeugung, dass das OZG nicht jene Verbindlichkeit zu begründen vermag, die der Wortlaut vermuten lässt.¹⁷⁶ Überwiegend wird vertreten, dass lediglich eine Pflicht zum Onlinezugang und damit dem Frontoffice-Bereich, der Schnittstelle zum Bürger/zur Bürgerin, gesetzlich begründet wird, jedoch nicht für das sog. Backoffice und damit der Weg hin bis zur Entscheidung und Bekanntgabe.¹⁷⁷

In den Blick zu nehmen ist auch die verfassungsrechtliche Grundlage des Art. 91c V GG, der ausdrücklich den übergreifenden Zugang zu Verwaltungsleistungen benennt. Die Gesetzgebungskompetenz umfasst hier die Errichtung des Portalverbundes und auch eine mögliche Verpflichtung der Länder, sich an einem solchen zu beteiligen und ggf. eigene Verwaltungsportale zu errichten und zu verknüpfen. Argumentiert werden kann also durchaus, dass Art. 91c V GG und das darauf basierende OZG eine deutliche Verpflichtung zur Schaffung von Verwaltungsportalen vorsieht, soweit dies nicht bereits geschehen ist. Eine solche Pflicht erscheint auch vor dem Hintergrund des Sinn und Zweckes und der Entstehungsgeschichte durchweg sinnvoll, da eine reine Verknüpfung der bereits bestehenden Portale nicht zu der anvisierten Entwicklung hin zu einer elektronischen, an den Interessen des Bürgers/der Bürgerin an Einfachheit, Transparenz und leichte Erreichbarkeit orientierten Verwaltung führen würde. Es wurde erkannt, dass Deutschland im internationalen Vergleich gerade bei der Organisation des öffentlichen Dienstleistungsangebots abgeschlagen ist. Dem würde nicht

¹⁷⁴ Gesetzesentwurf sah vor, Verwaltungsleistungen, die nicht geeignet sind, von Online-Pflicht auszunehmen: OZG-E § 1 I 2, BT-Drs. 18/11135, 31.

¹⁷⁵ Siehe zu den Fallgruppen tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Unmöglichkeit: *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1404).

¹⁷⁶ *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: EGovG/OZG, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 6.

¹⁷⁷ *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: EGovG/OZG, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 13; *Herrmann/Stöber*, NVwZ 2017, 1401 (1404): „§ 1 I OZG bezieht sich nur auf das Online-Angebot von Verwaltungsleistungen, also auf die „Schnittstelle“ zu Bürgerinnen und Bürgern bzw. zu Unternehmen. Er enthält daher keine Pflicht, auch das dahinterliegende behördeninterne Verwaltungsverfahren zu digitalisieren.“

entgegengesteuert werden, wenn man Art. 91c V GG und das OZG als reine Verpflichtung zur Verknüpfung bereits vorhandener Portale begreifen würde.

Ein derartiger Rückschluss ist aber hinsichtlich der Frage nach einer Verpflichtung zum elektronischen Ablauf auch des Back-Office-Bereiches, und damit des Entscheidungsverhaltens selbst, aufgrund mangelnder Anhaltspunkte weder aus dem OZG noch Art. 91c V GG ableitbar. Aus Art. 91c V GG ist dies bereits dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Art. 91c V GG beschreibt alleine den übergreifenden Zugang zu Verwaltungsleistungen, was, je nach Verständnis, allenfalls die Möglichkeit bis hin zur elektronischen Antragstellung meinen kann. In diese Richtung zeigt auch die BT-Drs. 18/11135, S. 91. Hier ist die Rede davon, dass die Verwaltungsleistungen elektronisch und über das Verwaltungsportal zur Verfügung gestellt werden sollen, was eine nach außen Gerichtetheit impliziert und einen Zustand meint, der von den Bürgerinnen und Bürgern genutzt werden kann. Damit ist gerade nicht die Organisation des dahinterliegenden Ablaufes gemeint. Eine andere Auslegung wäre auch in Hinblick auf die aus Art. 28 II GG folgende Organisationshoheit verfassungsrechtlich problematisch, da die Organisationshoheit jedenfalls in dem betreffenden Verwaltungsbereich zu einer Hohlformel degradiert würde. Zwar beschreibt § 1 I OZG eine Verpflichtung zum elektronischen Anbieten der Verwaltungsleistungen, jedoch ergibt sich auch hieraus keine Verdichtung hin zu einem Zwang der vollautomatisierten Bearbeitung eines Verwaltungsfalles.¹⁷⁸ Ebenda kann allenfalls das Angebot in der Schnittstelle zum Bürger/zur Bürgerin gemeint sein und damit der elektronische Außenkontakt.¹⁷⁹

Deutlich zu machen ist, dass selbst unter der Annahme § 1 I OZG enthalte eine Verpflichtung zur Digitalisierung auch des Back-office-Bereiches und des Entscheidungsverhaltens der Verwaltung, dies nur unter Berücksichtigung der technischen und rechtlichen Voraussetzungen vertreten werden kann und damit in Bezug auf „onlinefähige Verwaltungsleistungen“.¹⁸⁰ Hier hilft eine Betrachtung im Gesamtkontext der Vorschriften zur Automatisierung und Digitalisierung und damit in Bezug auf Verwaltungsakte iSd § 35a VwVfG, der vordringlich Entscheidungen ohne Beurteilungsspielräume und Ermessen der

¹⁷⁸ Ebenso *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 3, Rn. 8.

¹⁷⁹ Ebenso *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 13.

¹⁸⁰ *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 2; *Herrmann/Stöber*, *NVwZ* 2017, 1401 (1404).

Automatisierungsmöglichkeit unterstellt. Die Diskussion zeigt, dass zumindest eine gewisse Egalisierung des Automatisierungsprozesses eingetreten ist, indem das OZG einer Digitalisierung des gesamten Verwaltungsverfahrens jedenfalls nicht entgegen-, sondern im Gegenteil offen gegenübersteht. Dies zeigt auch § 4 OZG, der die elektronische Abwicklung von Verwaltungsverfahren des Bundes in den Blick nimmt.

1.2 Das OZG und Art. 91c GG – auch eine Regelung zur Gestaltung des Verwaltungsverfahrens?

Normative Anforderungen an die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit gesetzliche Grenzen des Verfahrensermessens finden sich, wie gezeigt, nicht nur im VwVfG, sondern ebenso sind auch außerhalb des VwVfG relevante formelle Gesetze, ebenso wie Rechtsverordnungen und Satzungen, erfasst. Das OZG als ein solch formelles Gesetz ist daher grundsätzlich geeignet, eine das Verfahrensermessens begrenzende Wirkung zu entfalten. Dies setzt freilich voraus, dass das OZG geeignete Anforderungen an Form und Ablauf des Verwaltungsverfahrens aufstellt, die es sodann von den Behörden zu beachten gilt. Hier ist zu differenzieren.

Dem Wortlaut nach, insbesondere in Verknüpfung mit dem Wortlaut des Art. 91 c V GG, beschränkt sich die Handlungspflicht der jeweiligen Behörden auf die Schaffung eines Zugangs über ein Onlineportal, das sich in einen Portalverbund einfügt. Es geht hier demnach um den einfachen, direkten, schnellen Zugang zu Onlineangeboten der Verwaltung. Ziel des § 1 OZG ist damit, einerseits Verwaltungsleistungen online über das Verwaltungsportal anzubieten (§ 1 I OZG) und die jeweiligen Verwaltungsportale über einen Portalverbund zu verknüpfen (§ 1 II OZG), um so der Diversität der Internetauftritte der jeweiligen Behörden eine gewisse Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit zu verschaffen. Neben der organisationsrechtlichen Wirkung dieser Regelungen entfaltet das OZG auch iRd Verfahrensermessens zu beachtende Grenzen. Adressat des OZG sind die jeweiligen Behörden des Bundes, der Länder und, nach der hier vertretenen Auffassung, der Kommunen. Ebenso sind diese Behörden die jeweiligen Adressaten des § 10 VwVfG in den sie betreffenden Verwaltungsverfahren. In der Hand der Behörde liegen ebenso die Verpflichtungen des OZG. Die jeweilige Behörde ist verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches ein Onlineportal zu errichten und dieses mit dem Portalverbund zu verknüpfen.

Erörterungswürdig ist insofern, ob der reine Zugang zu den Verwaltungsleistungen eine Regelungsmaterie darstellt, die in den Anwendungsbereich des Verfahrensermessens fällt oder rein organisationsrechtliche Hintergründe hat in dem Sinne, dass jede Behörde zur Wahrnehmung ihrer staatlichen Aufgaben Möglichkeiten des Zugangs zu ihren Leistungen schaffen muss. Insofern das Verfahrensermessen also erst eingreift, wenn der konkrete Verwaltungsfall der Bearbeitung der jeweiligen Behörde zugeführt wird. Für die Annahme einer allein organisationsrechtlichen Relevanz spricht zum einen die Stellung des § 3a VwVfG, der sich mit dem elektronischen Verwaltungszugang im Abschnitt 1 „Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation“ beschäftigt. Direkt nach der Regelung zur Zuständigkeit ist hier der erweiterte Zugang zu den Behörden geregelt. Die Verfahrensgrundsätze und das Verfahrensermessen finden sich erst ab §§ 9 ff. VwVfG und in dem 1. Abschnitt des 2. Teiles. Darüber hinaus kann man vertreten, dass der Zugang zur Verwaltungsleistung erst die notwendige Voraussetzung für ein etwaiges Verwaltungsverfahren schafft und diesem daher vorgelagert ist.

Es wird jedoch, so regelt es auch das OZG, deutlich, dass es nicht nur um eine rein tatsächliche Handlung des digitalen „Durch- die- Türtretens“ geht, sondern vielmehr der Zugang unmittelbar zu den Verwaltungsleistungen erlangt werden soll. Das umfasst beispielsweise auch die Bereitstellung etwaiger Anträge, die von den Bürgerinnen und Bürgern mit den konkreten Sachverhaltsinformationen gefüllt und so Grundlage des Verwaltungsverfahrens werden. In diese Richtung deutet auch § 22 VwVfG, wonach die Verfahrenseröffnung u. a. vom Antrag einer Bürgerin/eines Bürgers abhängig gemacht werden kann. Ergibt sich der Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens aus dieser Norm nur mittelbar, so bestimmt sich der Beginn des Verwaltungsverfahrens in der Sache generell aus § 9 VwVfG. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die auf die Prüfung der Voraussetzungen und die Vorbereitung gerichtete und nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde anfängt.¹⁸¹ Vorbereitungshandlungen zählen nicht hinzu. Dies zugrunde gelegt, müsste sich ergeben, dass die Schaffung eines reinen Zugangs eher eine vorbereitende Organisationshandlung der Behörde darstellt, auf den Einzelfall keinerlei Einfluss für die Sachentscheidung zeitigt und insofern nicht den Beginn des Verfahrens markieren kann.

¹⁸¹ So statt vieler *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 105.

Aber nicht nur die Behörde kann Initiatorin einer solch maßgeblichen Verfahrenshandlung sein, sondern ebenso müssen die Verfahrenshandlungen des Bürgers/der Bürgerin als Teil eines Verwaltungsverfahrens wahrgenommen und eingestuft werden; dies insbesondere, wenn der Bürger mit einem Antrag den Beginn eines Verfahrens markiert. Darüber hinaus nimmt die Behörde diese Verfahrenshandlung entgegen, was wiederum als Verfahrenshandlung der Behörde zu klassifizieren ist. Dieser Eindruck verschärft sich, nimmt man die Regelung des § 35a VwVfG in den Blick. Gegenstand dieser Regelung ist der vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakt. Das zugrundeliegende Verwaltungsverfahren umfasst im Anwendungsbereich des § 35a VwVfG den Weg von der Antragstellung bis zur Entscheidungsfindung und Erstellung des Bescheides.¹⁸² Hier wird also auch die Sammlung, Auswertung und Verifizierung der notwendigen Sachverhaltsdaten maschinell erzeugt.¹⁸³ Den Beginn des Verfahrens markiert regelmäßig der Antrag der Bürgerinnen und Bürger und damit eine von außen gesteuerte Verfahrenshandlung.

Dieser elektronische Antrag kann, im Gegensatz zum analogen Verfahren, nicht mehr logisch getrennt werden von dem Zugang zur Behörde. Vielmehr wird das Verwaltungsportal dann aufgesucht, um dort die Verwaltungsleistungen wahrzunehmen und den Anstoß des Verfahrens zu initiieren. Es ist insoweit also zu differenzieren. Bildet der durch das OZG herbeigeführte Portalverbund eine reine Informationsplattform für die jeweiligen Bürgerinnen und Bürger, geht hiermit freilich kein Beginn eines Verwaltungsverfahrens einher, so dass das Verfahrensermessen keine Rolle spielt, sondern ausschließlich organisationsrechtliche Fragestellungen im Mittelpunkt stehen. Werden jedoch, entsprechend der Regelung des § 1 I OZG Verwaltungsleistungen in der Form dargeboten, dass durch die Vereinheitlichung von Antragsformularen ein Antrag an die zuständige Behörde über das Portal abgesandt werden kann, markiert dies den Beginn des Verwaltungsverfahrens, so dass sich hieraus unmittelbar verfahrensleitende Aspekte ergeben. Hier knüpft das OZG an, in dem es die Behörde konkret verpflichtet, diesen Zugang zu ihren

¹⁸² Zur vollständigen Verfahrensdurchführung *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 21; *Ziekow*, in: *ders.*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 35a, Rn. 6.

¹⁸³ Lesenswert zur Abgrenzung der Teilautomatisierung zur Vollautomatisierung und den daraus folgenden Konsequenzen *Braun-Binder*, NVwZ 2016, 960 (964); *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 85 ff.

Verwaltungsleistungen durch die genannte Plattform zu ermöglichen. Ein Ermessen der Behörde besteht hier nicht.

1.3 Fazit

Die Behörde ist als Adressat der Regelungen des OZG verpflichtet, ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten. Nimmt man diese Regelung ernst, ist damit nicht nur der ausschließliche Zugang zu Informationen, Verfahrensabläufen, Anlaufstellen etc. gemeint, sondern die Möglichkeit, Verwaltungsleistungen entweder direkt online wahrzunehmen oder mittels eines Antrags den Beginn eines Verwaltungsverfahrens zu markieren. Im ersten Fall würde über das Verwaltungsportal beispielhaft ein Verwaltungsakt vollautomatisiert angestoßen, bearbeitet und über das Portal erlassen werden können. Im zweiten Fall hätten die Bürgerinnen und Bürger die Möglichkeit, den Beginn des Verfahrens durch die Nutzung des Portals zu initiieren und so die erste Verfahrenshandlung vorzunehmen. Ist der genaue Umfang der unter das „Angebot“ fallenden Verwaltungstätigkeiten noch strittig, kann dennoch festgehalten werden, dass das Verfahrensermessen der Behörde insoweit eine gesetzliche Grenze erfahren hat, als der Beginn eines Verwaltungsverfahrens insbesondere auch durch Anträge über das Verwaltungsportal durch den Bürger/die Bürgerin initiiert werden und in der Folge eine Bearbeitungspflicht resultieren kann. Es obliegt also im Umkehrschluss nicht der Behörde, in ihrem Ermessen darüber zu befinden, ob eine derartige Verfahrenshandlung den Beginn eines für sie maßgeblichen Verwaltungsverfahrens zeitigen kann.

(7) Der unionsrechtliche Einfluss des Rechts auf eine gute Verwaltung

Art. 41 GrCh legt Standards fest, aus denen die Unionsbürger und -bürgerinnen bei der Konfrontation mit einem Verwaltungsverfahren der Union konkrete Rechte ableiten können, die ihnen ein faires Verwaltungsverfahren sichern sollen. Das Recht auf gute Verwaltung hat hierbei zwei vordringliche Ziele im Blick. Es dient einerseits dem Rechtsschutz des betroffenen Bürgers/der betroffenen Bürgerin und andererseits der Effizienz und Leistungsfähigkeit der EU-Verwaltung.¹⁸⁴ Es soll den Umstand kompensieren, dass auf Ebene der EU kein umfassendes VwVfG oder ähnliche Verfahrensgesetze bezüglich der Verwaltung existieren. Anwendungsbereich sind Verfahren der Union, so dass

¹⁸⁴ Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 41, Rn. 3.

sich zumindest eine direkte gesetzliche Ermessensgrenze für das Verfahrensermessen nach § 10 S. 1 VwVfG nicht ergeben kann.

Gleichwohl führt die Europäisierung des Rechts als das „Thema der Stunde“¹⁸⁵ zu substantziellen, teils konstitutiven Vorgängen im Recht der Gegenwart, die insbesondere auch das Verwaltungsverfahren maßgeblich betreffen. Dies geht zum einen zurück auf die Besonderheiten des Mehrebenensystems, das ein Verwalten in Kooperation und Absprache mit mitgliedstaatlichen und europäischen Instanzen bedingt¹⁸⁶ und der feststellbaren Entwicklung, dass der europäische Einfluss sich nicht an Kompetenzregeln orientiert, sondern die Europäisierung auch in Rechtsgebieten Einwirkungen zeitigt, in denen die Kompetenz der EU zweifelsohne nicht besteht.¹⁸⁷ Die zunehmende Verzahnung und Verknüpfung der Rechtsordnungen, die politische Integration, die soziologischen Entwicklungen und insbesondere auch die Digitalisierung als liquider Vorgang führen zu dieser Feststellung, die die nationalen Vorschriften zunehmend fordert. Dies betrifft zuvorderst auch das Verwaltungsverfahren, das insbesondere durch die Fehlerfolgenlehre in starkem Kontrast zu der europäischen Überzeugung steht und hinterfragt wird. Das nationale Verwaltungsverfahren ist aber auch in Hinblick anderer Maßstäbe des Verwaltungsverfahrens vor rein faktischen Einflüssen der Verfahrensüberzeugungen des EU-Rechts nicht gefeit. Dies manifestiert sich auch und insbesondere an den aus Art. 41 GrCh ableitbaren Handlungsmaßstäben. Es geht demnach in diesem Teil des Kapitels nicht darum, eine gesetzliche Ermessensgrenze des § 10 S. 2 VwVfG zu konstatieren, sondern den rein faktischen Einfluss europäischer Entwicklungen und Überzeugungen darzustellen, die auch bei der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens nach nationalem Recht zumindest einen gewissen Einfluss zeitigen.

1.1 Das Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 GrCh – Regelungsgegenstand

Art. 41 GrCh¹⁸⁸ enthält einen subjektiven Anspruch auf eine unparteiische, gerechte und innerhalb einer angemessenen Frist getroffene Entscheidung.

¹⁸⁵ *Wahl*, in: Hill/Pitschas, Verwaltungsverfahren, 2004, S. 357 (357).

¹⁸⁶ *Schmidt-Aßmann*, GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 16.

¹⁸⁷ Ebenso *Wahl*, in: Hill/Pitschas, Verwaltungsverfahren, 2004, S. 357 (357).

¹⁸⁸ Art. 41 GrCG steht in engem Zusammenhang mit Art. 298 AEUV, in dem es heißt: „Zur Ausübung ihrer Aufgaben stützen sich die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung.“ Die amtlichen

Grundsätzlich sind nach dem Wortlaut des Art. 41 GrCh nur die Organe und Einrichtungen der EU verpflichtet, also die Eigenverwaltung der EU betroffen.¹⁸⁹

Art. 41 I GrCh enthält zunächst eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel,¹⁹⁰ wobei „unparteiisch“, „fair“ und „innerhalb einer angemessenen Frist“ als Optimierungsgebote zu verstehen sind.¹⁹¹ Es haben sich 10 Grundsätze guter Verwaltung herausgebildet, die von den meisten Mitgliedstaaten der EU anerkannt werden und Niederschlag in den mitgliedstaatlichen Verfassungs- oder Verfahrensordnungen gefunden haben.¹⁹² Diese sind namentlich:

- Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, Willkürverbot, Verhältnismäßigkeit
- Recht auf unparteiliche, faire Behandlung
- Recht auf Entscheidung in angemessener Zeit
- Recht auf Anhörung vor eingreifenden Maßnahmen

Erläuterungen zu Art. 41 GrCh dokumentieren den engen Bezug des Art. 298 AEUV und Art. 41 GrCh, indem sie auf die Unionsrechtsprechung, die Begründungspflicht in Art. 296 AEUV und „die Rechtsgrundlage in Art. 298 für die Annahme gesetzlicher Bestimmungen im Interesse einer offenen, effizienten und unabhängigen europäischen Verwaltung“ verweisen (Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, abgedruckt in ABl. 2007, C 303/17). Art. 298 AEUV entfaltet zuvorderst eine objektiv-rechtliche Wirkung, wobei die darin genannten Rechte einer Subjektivierung im Wege des Art. 298 II AEUV und damit durch eine VerwaltungsverfahrensvO offenstehen. Der Geltungsbereich ist beschränkt auf die EU-Eigenverwaltung und damit auf den direkten Vollzug von Unionsrecht durch die Kommission und andere Organe der EU (*Saurer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Aufl. 2017, AEUV Art. 298, Rn. 6 m.w.N.).

¹⁸⁹ Dies meint den direkten Verwaltungsvollzug und damit beispielhaft die europäische Haushaltsplanung oder die Beihilfeaufsicht und Maßnahmen auf dem Gebiet der Außenwirtschaft (zum direkten Verwaltungsvollzug mit weiteren Beispielen *Pfeffer*, Gute Verwaltung, 2006, S. 92; *Grzeszick*, EuR, Heft 2, 2006, 161 (162)). Gleichsam hat sich mittlerweile die Überzeugung durchgesetzt, dass der unmittelbare Anwendungsbereich sich auch auf die mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren erstreckt, soweit es, und ausschließlich (vgl. Art. II-111 I S. 1 2. Hs. EU-Verf.), um die Durchführung von EU-Recht geht (So *Pfeffer*, Gute Verwaltung, 2006, S. 92 ff., 103 mit Hinweis darauf, dass die Frage einer mitgliedstaatlichen Bindung eingehend diskutiert, letztlich aber nicht entsprochen wurde; Mandat des Bürgerbeauftragten umfasst nicht Arbeit der Verwaltung in Mitgliedstaaten; a.A. *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Europäisches Verwaltungsrecht, Rn. 113; *Grzeszick*, EuR, Heft 2, 2006, 161 (167)). Die Durchführung von Gemeinschaftsrecht umfasst sämtliche Maßnahmen, die der Umsetzung und Vollziehung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben dienen (*Pfeffer*, Gute Verwaltung, 2006, S. 97) und damit der Vollziehung von Verordnungen, unmittelbar anwendbarer Richtlinien oder der Umsetzung von Richtlinien. Darüber hinaus enthält Art. 41 I, II GrCh allgemeine Rechtsgrundsätze des EU-Rechts, die durch das Effektivitätsprinzip auch für die Mitgliedstaaten bindend sind. Insgesamt besteht damit eine Bindung an allgemeine bürgerschützende Rechtsgrundsätze.

¹⁹⁰ Zum generalklauselartigen Charakter siehe *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2002, S. 138; *Pfeffer*, Gute Verwaltung, S. 88; vgl. auch *Grzeszick*, EuR, Heft 2, 2006, S. 161 (164).

¹⁹¹ *Pfeffer*, Gute Verwaltung, 2006, S. 89.

¹⁹² *Schmidt-Aßmann*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 41.

- Akteneinsichtsrecht in Fällen eingreifender Maßnahmen
- Recht auf Zugang zu Verwaltungsdokumenten
- Verpflichtung der Behörde zu schriftlicher Begründung ihrer Entscheidung
- Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung
- Pflicht der Entscheidungsbekanntgabe an Betroffene
- Allgemeine Pflicht Bediensteter, korrekt und verantwortungsbewusst zu handeln

Dieser Katalog der konkret ausgestalteten Rechte, die eine gute Verwaltung ausmachen sollen, erscheint aus der Perspektive des deutschen VwVfG zunächst nicht ungewöhnlich. Vielmehr finden sich vollumfängliche Entsprechungen in den Verfahrensgrundsätzen des VwVfG. Der Sinn und Zweck dieser teils mit der EMRK in Verbindung stehenden Regelung ist die Herbeiführung des Rechtsfriedens und der Verfahrensgerechtigkeit in der kürzest möglichen Zeit und damit einhergehend die Sicherung der Glaubwürdigkeit und Effizienz des handelnden Organes.¹⁹³ Auch hier wird der enge Zusammenhang zwischen Verfahrensrichtigkeit, Verfahrensgerechtigkeit und angemessener Verfahrensdauer betont. Deutlich wird, dass auch in diesen Prinzipien ein wohl tarierter Ausgleich gefunden werden soll zwischen dem Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung und der Suche nach dem „richtigen“ Ergebnis. Dies wird vor allem durch das Prinzip der Bearbeitung in angemessener Zeit deutlich. Eine Bearbeitung in angemessener Frist impliziert die Möglichkeit, zeitlich dem Einzelfall entsprechend zu einer Entscheidung zu gelangen. Damit wird der Notwendigkeit im Sinne einer guten Verwaltung entsprochen, je nach Intensität und Notwendigkeit der Sachverhaltsanalyse, der Rechtsbegutachtung und der Schwierigkeit der Subsumtion entsprechende „angemessene“ Zeiten zu setzen, die jedoch durchweg daran zu orientieren sind, dass unangebrachte Verzögerungen gänzlich zu vermeiden sind. Dadurch werden die Möglichkeiten einer effizienten Verwaltungsgestaltung deutlich, die darauf abzielt, zeitliche, aber auch personelle und strukturelle, Ressourcen so einzusetzen, dass das jeweilige Ziel bestmöglich erreicht werden kann.

¹⁹³ Vgl. Urteil d. EGMR v. 23.10.1990, Serie A, Nr. 189, Rn. 78 – Moreira de Azevedo; Urteil d. EGMR v. 24.10.1989, Serie A Nr. 162, Rn. 74 – H. gegen Frankreich.

1.2 Der Kodex des Bürgerbeauftragten für eine gute Verwaltung

Art. 41 GrCh steht in engem Zusammenhang mit Art. 228 AEUV und damit den Kompetenzen des Europäischen Bürgerbeauftragten, dessen Kontrollgegenstand die „schlechte Verwaltung“ ist.¹⁹⁴ Aufgrund der mangelnden Konkretisierung dieser Begrifflichkeit entwickelte der 1. Bürgerbeauftragte, *Jacob Södermann*, den „Kodex für eine gute Verwaltungspraxis“. In diesem Kodex sind rechtssatzartig Grundsätze zusammengefasst, die nach der Rechtsprechung und der Rechtsüberzeugung in den Mitgliedstaaten „gute Verwaltung“ ausmachen sollen.¹⁹⁵

Einschränkend ist zu sagen, dass man diesen Kodex überspitzt als simple Mystifikation der Existenz bestimmter Rechte des Bürgers/der Bürgerin gegenüber der Verwaltung bezeichnen kann. Die EU-Kommission zeigte sich hinsichtlich der verbindlichen Anerkennung dieses Kodexes durchweg zurückhaltend. Sie hat vielmehr in ihrer Geschäftsordnung einen eigenen „Kodex für eine gute Verwaltungspraxis in den Beziehungen der Bediensteten der Europäischen Kommission zur Öffentlichkeit“ geschaffen, der hinter dem Kodex des Bürgerbeauftragten zurückbleibt. Gleichwohl ist festzustellen, dass bei der Diskussion des Regelungsgehaltes des Art. 41 GrCh der Kodex des Bürgerbeauftragten in einem Atemzuge mitgenannt wird und insoweit auch als Auslegungsmaßstab heranzuziehen ist. Dies kann man durchweg damit begründen, dass die niedergelegten Maßstäbe ihre Stütze in gewisser Deutlichkeit in Art. 41 GrCh finden, der die betreffenden Rechte beschreibt und durch die Formulierung in Abs. 2 („insbesondere“) dessen nicht abschließenden Charakter beweist.

Der Bürgerbeauftragte machte deutlich, dass Art. 41 GrCh ein Recht der Bürgerinnen und Bürger beinhalten solle, dass die Verwaltung ihre Angelegenheiten und solche mit einer Schnittstelle zum Bürger/zur Bürgerin „angemessen, fair und rasch“ behandeln müsse. Der Kodex umfasst 27 Artikel, die die Anforderungen detailliert regeln. Einerseits geht es hierbei um allgemeine Grundsätze des Verwaltungshandelns wie etwa die Gesetzmäßigkeit, Nichtdiskriminierung und die Verhältnismäßigkeit. Sodann

¹⁹⁴ Die Begrifflichkeit der „schlechten Verwaltung“ einordnend: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Rn. 108 ff

¹⁹⁵ Hierzu u. a. *Pfeffer*, *Gute Verwaltung*, 2006, 55 ff.; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Rn. 109.

werden rechtsstaatliche Anforderungen kodifiziert, die namentlich u. a. die Anhörung, die Objektivität, Klarheit und Zügigkeit betreffen. Ergänzt werden diese, bis hierhin aus deutscher Perspektive nicht als Novum erscheinenden, Ausführungen durch allgemeine Verhaltenspflichten dem Bürger/der Bürgerin gegenüber. Zu nennen sei exemplarisch der Grundsatz der Höflichkeit. Bei Verletzung dieser Grundsätze besteht eine Rügefähigkeit des Bürgerbeauftragten.

1.3 Bedeutung für die Ausübung des Verfahrensermessens nach dem VwVfG

Das Phänomen des zunehmenden unionsrechtlichen Einflusses auf das nationale Verwaltungsrecht nicht nur in unmittelbarer und mittelbarer, sondern ebenso in grundsätzlicher Weise ist vielfach thematisiert worden.¹⁹⁶ Wenn auch Bestrebungen einer generellen Europäisierung des nationalen Verfahrensrechts und damit einer einheitlichen Wirkung bislang nicht entsprochen wurde, herrscht mittlerweile eine gefestigte Überzeugung notwendiger Außenorientierung und damit die Anerkennung einer Ausstrahlungswirkung unionsrechtlicher Überzeugungen und Rechtsstandards.¹⁹⁷

In Bezug auf die Übertragbarkeit etwaiger konkreter Aspekte der europäischen Überzeugung von einer guten Verwaltung ergibt sich hieraus, dass diese auch im Rahmen des Verfahrensermessens einen mittelbaren Einfluss zeitigen dürften. Finden die eindeutig formulierten Prinzipien zwar zum großen Teil ihre Entsprechung im VwVfG, so ist dennoch bei der Ausübung des Verfahrensermessens zu berücksichtigen, dass diesen Prinzipien durch die Kodifikation im europäischen Recht eine besondere Bedeutung zukommen und derart eng mit den Überzeugungen von einer guten Verwaltung verknüpft sind, dass beim Umgang mit ihnen im Rahmen eines Abwägungsvorgangs besondere Vorsicht zu walten habe, was auf die Auffassung des EuGH zurückgeht, wonach jedenfalls Art. 41 I und II GrCh einen allgemeinen Grundsatz des EU-Rechts

¹⁹⁶ Siehe hierzu etwa *Vincze*, ZaöRV 77 (2017), 235-267; *Sommermann*, in: Schwarze, Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 181 (insb. 195 f.); ders., DÖV 2002, 133; ders., DVBl. 1996, 889; *Classen*, Die Verwaltung 31 (1998), 307; *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335–370; *Schoch*, JZ 1995, 109; *Scheuing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 289–354.

¹⁹⁷ *Wahl*, in: Hill/Pitschas, Verwaltungsverfahren, S. 357 (360): „Das Verwaltungsverfahrensrecht – eigentlich ein Eigenrecht der nationalen Verwaltungen – ist längst unter diesen Einfluss geraten.“; *Sommermann*, DÖV 2002, 133 (136 f.).

flankieren.¹⁹⁸ Problematischer gestaltet sich die Übertragbarkeit der Verhaltensrichtlinien des Kodexes für eine gute Verwaltung des Bürgerbeauftragten. Dieser Kodex ist insofern interessant, als er weitaus konkretere Anforderungen an die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens stellt. Beispielhaft sei Art. 14 zu nennen, der festlegt, dass bei Eingang eines Schreibens durch die Bürgerinnen und Bürger binnen 2 Wochen eine Empfangsbestätigung nebst Mitteilung des zuständigen Beamten/der zuständigen Beamtin zu erfolgen habe. Art. 12 legt fest, dass die Beamtin/der Beamte in den Beziehungen zur Öffentlichkeit ein dienstleistungsorientiertes, korrektes, höfliches und zugängliches Verhalten an den Tag legen sollte. Die Relevanz dieser Grundsätze bei der Ausübung des Verfahrensermessens nach dem VwVfG ist wohl als gering einzuschätzen, zumindest in Bezug auf jene deutlichen Konkretisierungen, die derart kodifiziert im deutschen Verfahrensrecht nicht zu finden sind. Ist die Anerkennung dieser Grundsätze bereits bei der Anwendung des EU-Rechts nicht unumstritten, kann dies jedenfalls keine gefestigten Handlungsmaßstäbe im deutschen Recht zeitigen. Gleichwohl ist nicht zu leugnen, dass sich auch aus diesen Grundsätzen gewisse Überzeugungen für eine gute Verwaltung ergeben. Auch in Deutschland zeigt sich eine zunehmende Dienstleistungsorientierung und eine Bewegung hin zur Wahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger als Kunden. Es kann diesen europäischen Überzeugungen von einer guten Verwaltung daher zumindest ein gewisser Steuerungsfaktor nicht abgesprochen werden. Gleichwohl stellen sie zumindest (noch) keine im Rahmen des Verfahrensermessens zu beachtenden Handlungsmaßstäbe dar.

1.4 Fazit

Die Grundsätze und Prinzipien des Art. 41 GrCh treten in Ermangelung ihres Anwendungsbereiches auf nationale Verwaltungsverfahren nicht als direkte gesetzliche Ermessensgrenzen auf den Plan, so sind sie aufgrund ihrer ausgemachten Bedeutung dennoch nicht als trivial oder unbeachtenswert zu behandeln und im Sinne der Anerkennung allgemeiner Überzeugungen zumindest mittelbar zu berücksichtigen. Es bleibt daher derzeit zu konstatieren, dass allgemeingültige, auch für das nationale Verfahrensrecht zu berücksichtigende Handlungsdirektiven nicht aus dem Unionsrecht folgen können, diese jedoch aufgrund der zunehmenden europäischen Integration gleichsam nicht aus dem Blick geraten dürfen.

¹⁹⁸ EuGH 8.5.2014, C-604/12 Rn. 49.

IV. Die Reduzierung des Verfahrensermessens auf Null – eine Ausnahme vom Grundsatz

Nachdem in diesem Kapitel bislang dargestellt wurde, dass das der handelnden Behörde zustehende Verfahrensermessen aus § 10 S. 1 VwVfG sich komplexen Ermessensgrenzen ausgesetzt sieht, die generell bestimmbar sind und ihre Konkretisierung eben in der Ermessensentscheidung im Einzelfall erhalten, ist es der Ermessenslehre folgend freilich denkbar, dass es auch bei der Ausübung des Verfahrensermessens zu einer alternativlosen Ausgestaltungspflicht und damit einer Ermessensreduzierung auf Null kommen kann, die die handelnde Behörde konkret zu einer bestimmten Ausgestaltungsvariante drängt.

a) *Theoretische Grundlagen*

aa) Ausgangspunkt – Gestaltungsfreiraum der Behörden

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Einräumung eines Verfahrensermessens in § 10 S. 1 VwVfG. Für das Verfahrensermessen ist kennzeichnend, dass der Behörde die Entscheidungsfreiheit eingeräumt ist, aus konkreten Zweckmäßigkeitserwägungen eine sachgerechte Wahl der Verfahrensgestaltung zu treffen.¹⁹⁹ Wie bereits dargelegt, dient das eingeräumte Verfahrensermessen dazu, flexibel das jeweilige Verwaltungsverfahren zum Ziel einer rechtmäßigen Entscheidung zu führen. Es ermöglicht so, der Behörde je nach leitendem materiellen Recht und den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles den nötigen Handlungsspielraum einzuräumen, um wiederum den vielfältigen Verfahrensgrundsätzen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens Geltung verschaffen zu können. Damit ist das Verfahrensermessen selbst elementarer Bestandteil der Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens.

bb) Grenzen

Ganz generell legt § 40 VwVfG auch für das Verfahrensermessen²⁰⁰ die Grenzen des Ermessens fest, die nach § 114 VwGO auch als Prüfungsmaßstab für die Verwaltungsgerichte gelten.²⁰¹ Die grundsätzliche Nichtförmlichkeit des

¹⁹⁹ So etwa *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 13.

²⁰⁰ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 17.

²⁰¹ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 1; *Lange*, Innenrecht und Außenrecht, in: Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 316 f. unter Hinweis auf *Hill*, NVwZ 1985, 449 ff. m.w.N.: „So wird nicht immer hinreichend

Verfahrens und die Sicherung desselben durch das aus § 10 S. 1 VwVfG folgende Verfahrensermessen finden ihre Grenzen, wie gezeigt, in § 10 S. 2 VwVfG, den daraus ableitbaren Handlungsmaßstäben und den sonst relevanten Verfahrensgrundsätzen und gesetzlichen Grenzen. Diese ableitbaren Handlungsdirektiven sind Ermessensgrenzen, die bei der Verfahrensgestaltung zu beachten sind. Das bedeutet freilich, dass die Verwaltung bei ihrer Ermessensausübung Rechts- und Zweckkonkretisierungen zu beachten hat. Damit kann man das Verfahrensermessen als „rechtlich vorgeformtes Gehäuse“ bezeichnen.²⁰²

cc) Verdichtung dieser Grenzen hin zur
Ermessensreduktion auf Null

In der Konsequenz der Anwendung der Ermessensvorschriften auch auf das Verfahrensermessen ist es freilich denkbar, dass es zu Konstellationen kommen kann, in denen sich jenes Ermessen auf Null reduziert hat und eine Ausgestaltungsmöglichkeit nicht mehr besteht. Dies folgt schon aus der begrifflichen Anknüpfung an das Ermessen als solches. Die mögliche Reduktion liegt bereits in der Einräumung des Ermessens selbst.

Von einer Ermessensreduktion auf Null ist auszugehen, wenn von den grundsätzlich eröffneten Handlungsmöglichkeiten alle bis auf eine ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig sind. Damit ist die Ermessensreduktion auf Null eine besondere Extremform der Ermessensschrumpfung, die an sich ein normales Phänomen darstellt.²⁰³ Ein grundsätzlich vorhandener Ermessensspielraum wird im Wege der Konkretisierung letztlich auf eine verbleibende vertretbare Alternative begrenzt. Hier schrumpft der eingeräumte Ermessensspielraum der Verwaltung auf Null.²⁰⁴ Die Behörde ist dann strikt verpflichtet, im Sinne der

beachtet, dass § 40 VwVfG, wonach die Behörde verpflichtet ist, ihr eingeräumtes Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung zu ermessensgemäßem Handeln auszuüben, auch für die Verfahrensgestaltung gilt, die nach § 10 VwVfG mangels besonderer Rechtsvorschriften im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, für das freilich schon nach § 10 S. 2 VwVfG das Gebot zweckmäßiger Verfahrensdurchführung gilt.“

²⁰² Pitschas, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42. Rn. 43.

²⁰³ Siehe hierzu etwa BVerwGE 62, 206 (210); 74, 315 (318 f.); 84, 71 (78); 122, 103 (108); BVerwG DVBl. 2009, 1176; 2010, 183 Rn. 28; OVG Münster NVwZ-RR 1997, 4; zum Ganzen Laub, Die Ermessensreduzierung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 2000; Ewer/Rapp, NVwZ 1991, 549.

²⁰⁴ Vgl. BVerwGE 69, 90, 94; 78, 40, 46; 94, 35, 46 f.; 122, 103, 108; BVerwG NWVBl 2006, 252, 254; NJW 2016, 3607 Rn. 30 ff.; die Möglichkeit erwähnt für ein Einzelpersonengesetz auch

verbleibenden Handlungsmöglichkeit tätig zu werden, so dass im Ergebnis eine gebundene Entscheidung vorliegt.²⁰⁵

Die Annahme einer Ermessensreduktion auf Null ist restriktiv zu handhaben und als absolute Ausnahme vom Grundsatz zu betrachten.²⁰⁶ Dies ergibt sich daraus, dass von einer grundsätzlich gewollten Ermessensvorschrift abweichend eine im Ergebnis gebundene Entscheidung angenommen wird und diese Abweichung von dem offenbaren Willen des Gesetzgebers besonderer Rechtfertigung bedarf. Die Ermessensreduktion auf Null ist daher als atypisch zu bezeichnen.²⁰⁷ Aus diesem Umstand ergeben sich höhere Begründungsanforderungen für die Annahme. Gleichwohl erfordert die dogmatische Arbeit einer Juristin/eines Juristen eben auch die Füllung und der Umgang mit atypischen Fällen. Wann eine Ermessensreduktion auf Null im Einzelfall angenommen werden kann, ist nicht allgemein definierbar, sondern hängt von der Umgebung der maßgeblichen Ermessensnorm ab. Eine solche Reduktion kann sich beispielsweise ergeben aus außergewöhnlichen Umständen oder wenn sich alle anderen in Betracht kommenden Maßnahmen als unverhältnismäßig erweisen.²⁰⁸ Hier ist ein strenger Maßstab anzulegen.²⁰⁹

BVerfGE 139, 321 Rn. 134 (allerdings wegen strikt bindender Vorgaben des GG); ausf. *Di Fabio*, VerwArch 86 (1995), 214 ff.; *Hain/Schlette/Schmitz*, AöR 122 (1997), 32 (39 ff.).

²⁰⁵ *Di Fabio*, VerwArch 86 (1995), 214 (215): „Vor diesem Hintergrund wird es nicht selten mit Erleichterung aufgenommen, wenn Rechtsprechung und Rechtswissenschaft das vom Gesetz der Verwaltung zugestandene Ermessen gleichsam einziehen und einen Fall der Ermessensreduzierung auf Null behaupten. Denn mit dieser Behauptung verwandelt sich die Ermessensentscheidung zumindest im Ergebnis wieder in gebundenes Verwaltungshandeln; nur eine Alternative ist rechtmäßig, weil jede andere mögliche Entscheidung für rechtswidrig erklärt wird.“

²⁰⁶ BVerwG NJW 2016, 3607 Rn. 31; auch NVwZ 2015, 908, Rn. 38. Ermessensreduktion auf Null u. a. anerkannt: BVerwGE 56, 56, 59 f.; BVerwGE 78, 118, 129 f.; BVerwG NVwZ-RR 1995, 391; BVerwGE 122, 103, 108; BVerwGE 84, 322, 334; OVG Saarlouis DÖV 1998, 1013 f.; zu einer von einer politischen Partei veranstalteten Schülerfete VG Braunschweig NdsVBl. 2000, 94 f.; für Gewerkschaftsveranstaltungen wegen Art. 9 Abs. 3 GG VG Weimar LKV 2002, 388 f.; VGH München BayVBl. 2000, 20 f.; OVG Münster NWVBl. 2012, 271, 272; VG Gießen NVwZ-RR 1993, 534, 536. Hinsichtlich der Ermessensreduzierung bei Ansprüchen auf Wiederaufgreifen eines Verwaltungsverfahrens hat das BVerwG nicht alleine die Rechtswidrigkeit eines vorangegangenen Verwaltungsaktes als ausreichend angesehen, sondern vielmehr einen Anspruch erst dann bejaht, „falls die Aufrechterhaltung des Erstbescheides schlechthin unerträglich wäre oder Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit des Erstbescheides als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben erscheinen lassen“ (BVerwG, Urteil vom 22.10.1984 – 8 B 56/84; vom 30.01.1974 – VIII C 20.72). Hintergrund waren die konkurrierenden rechtsstaatlichen Prinzipien der Gesetzesbindung der Verwaltung und der Rechtssicherheit; hier sah das BVerwG nur den Rekurs auf Vertrauens Gesichtspunkte als tragfähige Begründung für die Auflösung dieses Konfliktes an.

²⁰⁷ So wohl auch *Di Fabio*, VerwArch 86 (1995), 214 (215).

²⁰⁸ *Ziekow*, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 40, Rn. 36.

²⁰⁹ *Aschke*, in: BeckOK VwVfG, 49. Ed. 01.04.2020, § 40, Rn. 73.

b) Verfahrensermessensreduktion auf Null

aa) Die Ausnahme vom Grundsatz

Konkret bezogen auf das Verfahrensermessen wird bei der Annahme einer Ermessensreduktion auf Null von den vom Gesetz gewollten Handlungsspielraum der Behörde abgewichen. Wie dargestellt, bedarf eine derartige Ermessensschrumpfung besonderer Begründung und ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Dies ergibt sich eben nicht nur aus den allgemeinen Regeln zur Ermessensreduktion auf Null, sondern besonders bei Betrachtung des Zweckes des Verfahrensermessens, das gerade dazu geschaffen wurde, der Behörde die nötige Flexibilität an die Hand zu geben, um das Verfahren interessengerecht zu gestalten.

Die insoweit anzuwendende Vorsicht bei der Annahme einer derartigen Reduktion liegt demnach nicht nur in der Natur der Ermessensentscheidung selbst, sondern ergibt sich insbesondere in Hinblick auf das Verfahrensermessen, das zwar den Regelungen des § 40 VwVfG unterliegt, gleichwohl zu dem Pendant der materiell-rechtlichen Ermessensspielräume zu unterscheiden ist.

Vergleicht man die Einräumung eines Ermessens durch eine materiell-rechtliche Ermächtigungsnorm und das Verfahrensermessen ergeben sich Parallelen, aber auch Unterschiede, die dazu führen, dass die Reduktion des Verfahrensermessens einer Besonderheit unterliegt. So kommt zwar gleichermaßen zum Ausdruck, dass es der Wille des Gesetzgebers ist, in Bezug auf eine bestimmte Regelungsmaterie der Behörde einen vom Gesetzgeber gelösten Entscheidungsspielraum zuzuweisen, dessen gerichtliche Überprüfbarkeit im Gegensatz zu einer gebundenen Entscheidung eingeschränkt und nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern reduziert ist.

Ein elementarer Unterschied liegt jedoch in der Weite der Regelungsmaterien. Die materiell-rechtlichen Ermessensnormen sind fachbereichsspezifisch ausgestaltet. So finden sich im jeweiligen Polizei-, Gewerbe-, Bau-, Aufenthaltsrecht etc. einzelne Bestimmungen, die der Behörde bei ihrer Entscheidung ein Ermessen einräumen, um den jeweiligen Gegebenheiten und Sachverhaltsspezifika gerecht zu werden. Reduziert sich hier ein Ermessen ausnahmsweise auf Null, beispielhaft sei an die Ermessensreduktion auf Null

hinsichtlich der Anbringung von Wahlplakaten während des Wahlkampfes und damit die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis gedacht, erfolgt diese Reduktion unter genau bestimmten Voraussetzungen und hinsichtlich eines eingegrenzten Entscheidungsraumes. Für den Sonderfall der Wahlkampfsituation wird so „lediglich“ eine Ermessensnorm des Straßenrechtes begrenzt.

Hingegen betrifft das Verfahrensermessen nicht einen abgeschlossenen fachspezifischen Regelungskomplex, sondern jeden Verfahrensablauf in formeller Hinsicht, der nicht durch verfahrensrechtliche Spezialgesetze geregelt ist. Im Gegensatz zu den materiell-rechtlichen Normierungen ist die prozedurale Seite der Entscheidungsfindung damit übergreifend vom Verfahrensermessen als allgemeinem Verfahrensgrundsatz geprägt, so dass eben jeder Besonderheit der materiell-rechtlichen Entscheidung auf dem Weg der Entscheidungsfindung entsprochen werden kann. Nimmt man hier eine Ermessensreduktion auf Null an, begrenzt dies also keinen Teilbereich des behördlichen Entscheidungsverhaltens im Verwaltungsrecht, sondern ist im Sinne einer übergreifenden Grundsatzentscheidung zu begreifen.

Ein jedes Verwaltungsverfahren, findet es seinen materiell-rechtlichen Ursprung im Gewerbe-, Bau-, Polizei-, Straßenrecht oder sonstigen Fachgesetzen, ist dann durch diese Ermessensreduktion in formeller Hinsicht vorgeprägt. Dies macht deutlich, dass nicht nur die Ermessensreduktion auf Null an sich bereits einer besonderen Rechtfertigung bedarf, sondern die Hürden bei der Annahme einer solchen Reduktion noch höher anzusetzen sind und einer besonderen Abwägung bedürfen.

Dies geht zurück auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und insoweit der aus Art. 20 III GG folgenden verfassungsrechtlichen Pflicht zum Gesetzesvollzug, welche als Kehrseite das Erstentscheidungsrecht der Behörde mit sich bringt. Denn Merkmal des eingeräumten Ermessens ist, dass einer Behörde normativ eine Entscheidungsfreiheit zugewiesen ist.²¹⁰ Die Ausübung durch die Behörde ist umso gewichtiger, je mehr die Konkretisierung der Alleinverantwortung der Verwaltung überlassen ist²¹¹ und damit den „Kernbereich“ der Exekutivfunktion betrifft. Denn es ist Kern der Verwaltungsarbeit durch den gleichförmigen und sachgerechten Gesetzesvollzug die demokratischen

²¹⁰ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 13.

²¹¹ Lesenswert zur Pflicht zum Gesetzesvollzug und der Konkretisierung durch die Verwaltung *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 65 f..

Entscheidungen in ihrer abstrakt-generellen Natur zu realisieren und zu verwirklichen.²¹² Das Verfahrensermessen betrifft einen derartigen Regelungsbereich. Der Behörde als zuständiges Exekutivorgan ist hier die weitreichende Erstentscheidung zur konkreten Ausgestaltung eines jeden Verwaltungsverfahrens übertragen. Dieses Verfahren ist geprägt vom Grundsatz der Nichtförmlichkeit, worin die besondere Stellung der Verwaltung zum Ausdruck kommt, die jeweils richtige Form zu finden und die Interessen der Beteiligten in dieser Form zu kanalisieren. Variieren die gesetzlichen Vorgaben in ihrer Genauigkeit, so ist in Bezug auf das Verfahrensermessen gleichwohl zu vermerken, dass es sich um ein begrenztes Ermessen handelt und die Rechtsfolgenbestimmung in gewisser Weise determiniert ist.²¹³ Eine derartige Reduktion dieses weiten Ermächtigungsspielraumes auf Null kann daher nur bei absoluter Alternativlosigkeit vorliegen. Diese kann rechtlicher oder faktischer Natur sein.

bb) Voraussetzungen für die Annahme einer
Verfahrensermessensreduktion auf Null

Unter Beachtung der soeben dargelegten Feststellungen kann sich gleichwohl eine denkbare Ermessensreduktion auch hinsichtlich des Verfahrensermessens ergeben, da die Ausgestaltung des Verfahrens anhand der ermessensleitenden Direktiven eben kein Vorschlag ist, sondern unmittelbare Verbindlichkeit genießt. Daraus folgt die wichtige Erkenntnis, dass es außenrechtsrelevante Verfahrensfehler geben kann, die nur den Anforderungen einer zweckentsprechenden Verfahrensgestaltung widersprechen.²¹⁴ Damit geht einher, dass die konkrete Art der Verfahrensgestaltung dort, wo eine Ermessensreduktion auf Null eingetreten ist, über keinen Spielraum mehr verfügen kann, sondern eine strikte Vorgabe der Verfahrensgestaltung besteht.

Voraussetzung für diese Annahme muss bei Abwägung aller relevanten Parameter sein, dass nur eine denkbare Handlungsalternative formell rechtmäßig ist. Eine solche Feststellung knüpft an eine vergleichende Betrachtung der das Verfahrensermessen leitenden Optimierungsgebote an.

²¹² *Di Fabio*, in: HStR Band II, 3. Aufl. 2004, § 27, Rn. 24.

²¹³ Zur Charakterisierung des Verwaltungsermessens siehe *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 189: „Das nach herrschender Ansicht auf die Rechtsfolgenseite der Norm begrenzte (schlichte) Verwaltungsermessen kann charakterisiert werden als „normativ begründete, eingegrenzte und dirigierte Rechtsfolgenbestimmung durch die Verwaltung“.

²¹⁴ *Lange*, NJW 1992, 1193 (1194).

Nähme man insofern an, es gäbe zwei verschiedene Gestaltungswege, die beide letztlich zur Produktion einer materiell rechtmäßigen Entscheidung führen würden, eine der Alternativen jedoch auch nur eines der zu beachtenden Optimierungsgebote evident, aus der Perspektive eines jeden verständigen Dritten, bestmöglich erfüllen kann, ist das Verfahrensermessen bereits auf Null reduziert, so dass nur noch der Gestaltungsweg formell rechtmäßig sein kann, der dieses Gebot optimal verwirklicht.

Eine solche Feststellung erfordert die genaue Identifikation der maßgeblichen Kriterien, die hinsichtlich des Verfahrensermessens aus den dargestellten Optimierungsgeboten und den sonstigen Ermessensgrenzen folgen. Es müssen also beim Vorliegen mehrerer denkbarer Gestaltungsalternativen die steuernden Parameter ermittelt und vergleichbar gemacht werden. Ergibt sich dann ein überwiegender Vorteil hinsichtlich mindestens eines handlungsleitenden Parameters, kann nur jene Ausgestaltung den Vorzug verdienen. Es besteht in diesen Fällen kein Entscheidungsspielraum der Behörde mehr.

Die mangelnde exakte Quantifizierbarkeit sämtlicher Faktoren kann hier nicht als Gegenargument verwendet werden, da im Sinne des o. g. Begriffsverständnisses zu den Optimierungsgeboten des § 10 S. 2 VwVfG gerade nicht erforderlich ist, dass eine Alternative die absolut zügigste, einfachste, zweckmäßigste ist. Vielmehr genügt die Feststellung, dass bei einem Vergleich der zur Verfügung stehenden Gestaltungswege einer der Wege wenigstens ein Optimierungsgebot weitaus wirksamer zur Geltung bringt als der andere.

Konkret bedeutet dies für die vorliegende Untersuchung, dass man hierfür zunächst von der Zielgröße der Produktion einer materiell rechtmäßigen Entscheidung ausgeht. Dieses Ergebnis könnte auf zwei Wegen erreicht werden. Einerseits könnte, wie bislang, in analoger Weise der Entscheidungsprozess in der Hand eines Sachbearbeiters/einer Sachbearbeiterin liegen. Andererseits könnte dasselbe Ergebnis durch ein vollautomatisiertes Entscheidungssystem herbeigeführt werden.

Hier könnte sich sodann ergeben, dass bei dem vollautomatisierten Ablauf des Verfahrens im Sinne des § 35a VwVfG, bei dem das Verfahren digital durch den Bürger/die Bürgerin angestoßen wird, das algorithmische System in der Folge

den Fall in kürzester Zeit, nämlich unmittelbar, verifiziert, bearbeitet und entscheidet und sodann den Bescheid wiederum digital ohne zeitliche Verzögerung an die Antragstellenden bekanntgibt. Die Antragstellenden erhielten damit binnen eines „Wimpernschlages“ ihre Entscheidung. Damit stünde fest, dass diese Gestaltungsalternative das Optimierungsgebot der Zügigkeit nicht nur deutlich wirksamer, sondern in nahezu nicht verbesserungsfähiger Form erfüllen würde. Würden sämtliche weitere Optimierungsgebote mindestens gleichwertig erfüllt, ergäbe sich die Verfahrensermessensreduktion auf Null und die vollautomatisierte Durchführung wäre die einzig formell rechtmäßige. Gerade der Vergleich dieser beiden Gestaltungsalternativen würde so ein derart eklatantes Gefälle hinsichtlich der Erfüllung des Optimierungsgebotes der Zügigkeit ergeben, dass sich die Ermessensreduktion evident ergibt.

Wenn also der Nachweis gelingt, dass gewisse Entscheidungsprogramme des Verwaltungsrechtes risikolos auf ein algorithmisches Entscheidungssystem übertragen werden können, ergibt sich bezogen auf diese Fälle eine Ermessensreduktion auf Null, da nur so die herausgearbeiteten Handlungsmaßstäbe entsprechend ihrer Normierung optimal zur Geltung gebracht werden können. Wohlbedacht ist dies nur denkbar unter der Annahme einer rechtmäßigen Entscheidung als Ergebnis der Datenverarbeitung.

c) Fazit

Zwar kann das Verfahrensermessen als Unterfall des § 40 VwVfG eine Ermessensreduktion auf Null als Extremfall der Ermessensschumpfung erfahren, dies muss jedoch die absolute Ausnahme darstellen. Hintergrund dieser Annahme ist die gesetzgeberische Entscheidung, die zum Ausdruck bringt, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass der Behörde die Position als Herrin des Verfahrens zugeschrieben wird und somit überhaupt erst der notwendigen Flexibilität und Situationsgerechtigkeit des Verfahrens im konkreten Fall Rechnung getragen werden kann. Damit wird zugleich der Zweck des Verfahrensermessens beschrieben. Das Verfahrensermessen ist damit der maßgebliche Faktor zur Durchführung eines rechtsstaatlichen, alle Interessen hinreichend abwägenden Entscheidungsvorgangs. Gleichwohl findet dieses Ermessen seine Grenzen in inneren und äußeren normativ greifbaren

Regelungen. Diese Grenzen können sich auch beim Verfahrensermessen in einer Art verdichten, die zu einer Ermessensschrumpfung auf Null führt.

B. Zusammenfassung

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht das Verfahrensermessen, das in § 10 S. 1 VwVfG seinen Ausdruck findet und der Flexibilisierungsfunktion und Situationsgerechtigkeit des einzelnen Verwaltungsverfahrens zu dienen bestimmt ist. Die Ausübung dieses Verfahrensermessens folgt der Ermessenslehre und unterliegt § 40 VwVfG, so dass bei dessen Ausübung alle Verfahrenszwecke ermessensgerecht abzuwägen sind. Die tiefe Bedeutung des Verfahrensermessens ergibt sich vor allem in Konfliktfällen der Zielsetzungen.

Neben Willkürverbot, Verhältnismäßigkeitsprinzip und weiteren gesetzlichen Grenzen des VwVfG ergibt sich eine innere Grenze des Ermessens insbesondere aus § 10 S. 2 VwVfG, der die Verpflichtung zur Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens an normativ verbindlichen Handlungsmaßstäben statuiert, die hier als Optimierungsgebote verstanden werden. Es ist damit Aufgabe der Verwaltung, auf einem einfachen, zügigen Weg, in einem effizient und ökonomisch geführten Verfahren, eine zweckmäßige Lösung für einen konkreten Einzelfall zu finden, wobei das rechtmäßige Verwaltungshandeln als oberstes Leitziel ausgegeben ist. Es geht also um die Herstellung einer rechtmäßigen Entscheidung unter einer optimalen Beachtung der Handlungsmaßstäbe.

Auch das Verfahrensermessen kann, als Unterfall des § 40 VwVfG, grundsätzlich auf Null reduziert sein. Zwar stellt die Ermessensreduktion auf Null als besondere Extremform der Ermessensschrumpfung die absolute Ausnahme vom Grundsatz dar, da hier die gesetzgeberische Entscheidung der Einräumung eines weiten Spielraums der Behörde deutlich wird. Gleichwohl kann es Konstellationen geben, in denen es auch hier, der Ermessenslehre folgend, zu einer derartigen Verdichtung der Grenzen kommen kann, dass der Behörde faktisch keine Wahl zur Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens verbleibt.

§ 3 Im Rahmen des Verfahrensermessens zu beachtende Automatisierungsgebote

A. Anknüpfungspunkt

In Kapitel § 2 B IV wird dargestellt, dass eine Reduktion des Verfahrensermessens auf Null und damit das Abweichen von der gesetzgeberischen Entscheidung des Bestehens eines weiten Spielraums der Verfahrensgestaltung in der Hand der Behörde die Ausnahme darstellen muss.

Stößt die Feststellung, dass es wohl bislang kaum denkbare Verfahrensausgestaltungen gab, die sich alternativlos aufdrängten, da es bisher neben der analogen Ausgestaltung schlicht keine denkbare Alternative gab, die einer „Revolution“ ähnlich gesamte Verwaltungsstrukturen zu betreffen geeignet ist, so hat der technische Fortschritt diese Annahme grundlegend und möglicherweise in dieser Form erstmalig verändert. Es ist nun denkbar, dass eine solche Alternativlosigkeit im Bereich der Vollautomatisierung durch den Einsatz regelbasierter Systeme bei determinierten Entscheidungsstrukturen zu finden ist.

Zu untersuchen ist nun, ob gewisse Entscheidungsprogramme des Verwaltungsrechts risikolos auf ein algorithmisches Entscheidungssystem übertragen werden können und dies in der Gesamtschau dazu führt, dass die herausgearbeiteten Optimierungsgebote entsprechend ihrer Normierung optimal zur Geltung gebracht werden können.

B. Die Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens lege lata

Um sich der Möglichkeiten des technischen Fortschritts und damit der Möglichkeit der Vollautomatisierung ganzer Prozesse gewahr zu werden, müssen zunächst einige Begrifflichkeiten erläutert und abgegrenzt werden. Dies betrifft zuvorderst den Begriff der Vollautomatisierung.

Zwar findet sich im VwVfG keine wortwörtliche Nennung der Begrifflichkeit der Vollautomatisierung, gleichwohl entspricht die Formulierung und das damit einhergehende Verständnis des § 35a VwVfG des vollständigen Erlasses mithilfe automatischer Einrichtungen jenen der Vollautomatisierung. Damit ist spätestens seit dem 01.01.2017, und dem iRd Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.07.2016 eingefügten § 35a VwVfG, dieser Begriff

nicht mehr gesetzesfremd. Erörterungsbedürftig ist, was unter dem Begriff der Vollautomatisierung zu verstehen ist, insbesondere in Abgrenzung zur Vollautonomie, und inwieweit die damit einhergehende Funktionsfähigkeit eines Entscheidungssystems bereits eine Entsprechung in § 35 a VwVfG gefunden hat.

I. Vollautomatisierung durch den Einsatz algorithmischer Entscheidungssysteme

Hinsichtlich des Begriffes der Vollautomatisierung wird dieser Untersuchung das Verständnis zugrunde gelegt, dass sämtliche Schritte des Verfahrens durch ein softwarebasiertes System durchgeführt werden und damit alle Verfahrensschritte innerhalb der Verwaltung zu jedem Zeitpunkt ohne personelle Bearbeitung erfolgen,²¹⁵ mithin ohne weiteres menschliches Einwirken.²¹⁶ Ein entscheidungsfertigendes System wird durch eine funktionale Einheit von Hard- und Software verkörpert und besitzt die Fähigkeit, seine Entscheidungen unabhängig von externer Steuerung oder Einflussnahme umzusetzen.²¹⁷ Der Begriff der Automatisierung bezeichnet damit die Ersetzung menschlicher Tätigkeit durch eine algorithmengestützte Datenverarbeitungsanlage.²¹⁸ Abzugrenzen ist hier zur Teilautomatisierung, bei der gewisse Verfahrensschritte innerhalb des Verwaltungsverfahrens durch den Menschen durchgeführt werden oder gar einer Bearbeitung durch den Verwaltungsbeamten unter bloßer Zuhilfenahme von Informationstechnologien.²¹⁹ Bei der Vollautomatisierung umfasst die Bearbeitung durch das System ausdrücklich auch die Sammlung, Auswertung und Verifizierung des Sachverhaltes.²²⁰ Zweck und Inhalt der Vollautomatisierung ist es, dass vollständige Arbeitsprozesse, im vorliegenden Fall ganze Verwaltungsverfahren, zusammenhängend, selbstgesteuert und

²¹⁵ *Degrandi*, Die automatisierte Verwaltungsverfügung, 1977, S. 52 f.; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960.

²¹⁶ *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 24; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 16.

²¹⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 16.02.2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich der Robotik (2915/2103); *Borges*, NJW 2018, 977 (978)..

²¹⁸ *Degrandi*, Die automatisierte Verwaltungsverfügung, 1977, S. 17 f.; ähnlich *Reisinger*, Rechtsinformatik, 1977, S. 210; (nur) technisch verstehend *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 47; (nur) als gesellschaftlichen Prozess verstehend *Klaus/Liebscher*, Wörterbuch der Kybernetik, 4. Aufl. 1976, S. 82; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2019, S. 31.

²¹⁹ *Degrandi*, Die automatisierte Verwaltungsverfügung, 1977, S. 51 f.; *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960.

²²⁰ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 21.

selbstkontrolliert durch das System durchgeführt werden.²²¹ Kennzeichnend soll demnach sein, dass das System in einem Teilbereich selbstständig tätig ist und eine nachträgliche Überprüfung des Menschen nicht erfolgt.²²²

II. Vollautomatisierung vs. Vollautonomie – eine begriffliche Abgrenzung

Von der Vollautomatisierung begrifflich abzugrenzen ist ein vollautonom handelndes System. Sofern ein vollautonomes System vorliegt, kann von einem Agenten gesprochen werden, der in der Lage ist, in einer definierten Umgebung selbstständig zu agieren, um seine Ziele zu realisieren. Autonomie wird insofern dann angenommen, wenn der Agent lernt und so unvollständiges oder fehlerhaftes Vorwissen selbst kompensieren kann.²²³ Der Agent verlässt sich dabei auf seine eigenen Wahrnehmungen und nicht das Vorwissen seines Entwicklers/seiner Entwicklerin.

In diesem Zusammenhang kann man den Begriff der „Künstlichen Intelligenz“²²⁴ verwenden. Überwiegend wird mit Künstlicher Intelligenz die Fähigkeit in Verbindung gebracht, selbstständig aus gegebenen Daten zu lernen. Der Algorithmus trainiert durch das Verarbeiten von Daten ein Modell, das wiederum neue Informationen produziert (z.B. eine Wertvorhersage).²²⁵ Diese Untersuchung geht hieran anknüpfend davon aus, dass ein intelligentes System nur dann vorliegt, wenn es weitgehend autonom aus einer gegebenen Menge an Daten jene Regeln ermittelt, die die Ausgangsverteilung der Daten strukturiert haben könnten und die daher wahrscheinlich auch in Zukunft die korrekte Einordnung von neuem Input ermöglichen werden, das intelligente System erstellt hierbei selbst Hypothesen und Prognosen. Bei der Anwendung

²²¹ *Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 31.

²²² *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 24.

²²³ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 66.

²²⁴ Der Begriff der Künstlichen Intelligenz als solcher ist nicht anerkannt definiert, sondern vielmehr zum Auffangbecken für verschiedene Typen technologischer Errungenschaften geworden, das eine Vielzahl von Untergebieten bereithält. Es findet sich ein Definitionsversuch aus dem Jahre 1974 von *Bellmann* (*Bellmann*, An Introduction to Artificial Intelligence, 1978, S. 12): „Aktivitäten, die wir dem menschlichen Denken zuordnen, Aktivitäten wie beispielsweise Entscheidungsfindung, Problemlösung, Lernen“ (Orig.: „activities that we associate with human thinking, activities such as decision making, problem solving, (and) learning“).

²²⁵ *Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2.

auf unbekannte Daten wird dann neuer Input nach Maßgabe der vom System rekonstruierten Regeln kategorisiert und in Output verwandelt.²²⁶

Während es also bei der Vollautomatisierung um den Ablauf eines maschinellen Prozesses ohne menschliche Einwirkung geht, handelt es sich bei vollautonomen Systemen um solche, die selbstständig Regelmäßigkeiten aus Daten extrahieren und erkennen und darauf basierend Entscheidungen treffen können. Daraus resultiert, dass es vollautomatisiert ablaufende Prozesse geben kann, die mittels vollautonomer Systeme handeln.

III. § 35a VwVfG – das Einfallstor für die Berücksichtigung technologischer Fortschritte in das VwVfG

Infolge des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens wurden auf Empfehlung des Bundestags-Finanzausschusses im Jahre 2016 Änderungen des VwVfG vorgenommen, die der fortschreitenden Digitalisierung Rechnung tragen sollten.²²⁷ Namentlich handelt es sich hierbei um die §§ 24 Abs. 1 S. 3,

²²⁶ So auch *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1 (3): „Intelligente Systeme sind damit in der Lage, neue Daten (input) in Entscheidungen bzw. Handlungen (output) umzuwandeln, ohne dass der Entscheidungsprozess durch menschliche Programmierung im Detail vorgegeben ist.“

²²⁷ Der konkrete Regelungsimpuls hinsichtlich der 2016 neu eingefügten Normen des VwVfG ging auf die Novelle der AO zurück, in dessen Zuge auch § 31a SGB X in das 10. Buch SGB eingefügt wurde. In § 155 IV AO findet man jene Norm, die, bewusst oder unbewusst, zumindest fast jeden steuerpflichtigen Bürger/jede steuerpflichtige Bürgerin bereits tangiert hat. Denn § 155 IV 1 AO enthält die gesetzliche Grundlage für die Festsetzung von Steuern auf der Grundlage der Angaben des Steuerpflichtigen, mithin insbesondere seiner aktuellen Steuererklärung (*Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 155, Rn. 50). Der Bürger/die Bürgerin reicht seine/ihre Steuererklärung in digitalisierter Form ein und es findet eine vollautomatisierte Bearbeitung bis zur Bekanntgabe des Bescheides an den Bürger/die Bürgerin statt, sofern keine Aussteuerung durch das Risikomanagementsystem (§ 88 V AO) erfolgt. Wenn das Risikomanagementsystem einen Anlass sieht, ist der Fall nach wie vor durch eine Amtsträgerin/einen Amtsträger anstelle des Programms zu erledigen. Der Amtsermittlungsgrundsatz wird mithin durch Abs. 4 nicht eingeschränkt (*Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 155, Rn. 54). Ein solcher Anlass wird durch unplausible oder risikobehaftete Fälle begründet oder wenn die Angaben mit anderen den Finanzbehörden vorliegenden Informationen (bspw. aus früheren Erklärungen) in Widerspruch stehen (siehe auch BT-Drs 18/7457 mit beispielhaften Fällen). Diese Festsetzung erfolgt in solchen Fällen ausschließlich „automationsgestützt“, was der Vollautomatisierung gleichsteht. Hier findet sich eine grundlegende Unterscheidung zu § 35a VwVfG, wonach die Zulassung einzelner Verwaltungsverfahren dem Vorbehalt des einfachen Gesetzgebers unterliegt. Ebenso wie bei § 35a VwVfG unterliegt eine Steuerfestsetzung dann nicht mehr § 155 IV AO, wenn die Letztverfügung oder Bekanntmachung durch einen Amtswaltenden vorgenommen wurde. Ein weiterer Gegensatz zu § 35a VwVfG besteht in der Möglichkeit einer vollautomatisierten Entscheidung auch bei bestehendem Ermessen auf Rechtsfolgenseite (*Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 155, Rn. 57a; kritisch: *Helbich*, DStR 17, 574). Insofern ist jedoch der Umstand zu beachten, dass das Steuerverfahren durch die Steuerrichtlinien, die norminterpretierende Verwaltungsvorschriften darstellen und Anweisungen der Bundesregierung zur Rechtsauslegung an die Finanzbehörden enthält, in hohem Maße durchstrukturiert und

35a und 41 Abs. 2 a VwVfG. Der konkrete Regelungsimpuls ging von der Novelle zur AO aus.

a) *Regelungsziele*

Die Einfügung des § 35a VwVfG verfolgte drei konkrete Regelungsziele.²²⁸ Dies betrifft einerseits die Klarstellungsfunktion. Durch die Einfügung des § 35a VwVfG wurde die lange schwelende Diskussion darum, ob auch ein durch automatische Einrichtungen generierter Verwaltungsakt einen Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG darstellen könne, beendet. Damit wurde und wird der Ansicht eine Absage erteilt, dass Verwaltungsakte als Willenserklärungen der Verwaltung einen besonderen menschlichen Willen konstitutiv voraussetzen würden.²²⁹ Zur Folge hat diese Einordnung, dass alle Vorschriften über Verwaltungsakte auch unmittelbar auf den vollständig automatisierten Verwaltungsakt Anwendung finden sollen. Damit sind an einen vollautomatisiert erlassenen Verwaltungsakt dieselben Rechtsfolgen geknüpft wie an einen durch menschliche Amtswaltenden erlassenen Verwaltungsakt. Dies betrifft die verwaltungsverfahrensrechtlichen Normen der §§ 9 ff. VwVfG, die prozessrechtlichen Normen, wie etwa der §§ 42, 68 VwGO, die verwaltungsvollstreckungsrechtlichen und materiell-rechtlichen Normen der §§ 43 ff. VwVfG. Weiter erfüllt § 35a VwVfG eine Begrenzungs- und Warnfunktion dahingehend, dass sichergestellt werden soll, dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden sollen. Dies gilt dem Wortlaut der Vorschrift folgend nur bei gebundenen Entscheidungen ohne Beurteilungsspielraum,²³⁰ worin die gesetzgeberische Entscheidung, weiterhin menschliche Entscheidungstätigkeit bei der notwendigen Auswahl zwischen Optionen den Vorzug zu gewähren, offenbar

präzisiert sind, so dass eine personelle Einzelfallentscheidung zur reinen Formsache degradiert. Eine solche Situation ist dem allgemeinen Verwaltungsrecht unbekannt.

²²⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 20 Nr. 3, BT-Drs 18/8434, S. 122: „[...] Trotz fortgeschrittener Technik kommt der vollautomatische Erlass von Verwaltungsakten nur in Frage, wenn das anzuwendende materielle Recht eine Entscheidung ohne Ausübung von Ermessen und keine Beurteilungsspielräume vorsieht. Die Ausübung von Ermessen setzt ebenso eine menschliche Willensbetätigung voraus wie die individuelle Beurteilung eines Sachverhalts. Der Gesetzesvorbehalt soll angesichts des weiten Anwendungsbereiches des VwVfG sicherstellen, dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden.“

²²⁹ Zur Klarstellungsfunktion siehe *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1262); zur Diskussion siehe *Schmitz/Prell*, NWvZ 2016, 1273 (1275); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 1.

²³⁰ Siehe hierzu auch *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1262); *Schmitz/Prell*, NWvZ 2016, 1273 (1275); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 1.

wird.²³¹ Zuletzt findet sich in dem „Rechtsvorschriftsvorbehalt“ eine Kompetenzzuweisungsfunktion, wonach alleine der (Fach-)Gesetzgeber über den Einsatz vollständig automatisierter Verwaltungsverfahren entscheiden soll.²³²

Der vollautomatisierte Erlass des Verwaltungsakts schafft die normative Grundlage zur Effizienzsteigerung durch eine damit einhergehende Verfahrensbeschleunigung und eine Kostenreduzierung, die dadurch entsteht, dass einfach strukturierte Verfahren massenhaft mit geringerem Aufwand schneller erledigt werden könnten, so dass § 35a VwVfG in Hinblick auf § 10 S. 2 VwVfG und der Notwendigkeit der einfachen, zweckmäßigen und zügigen Durchführung des Verwaltungsverfahrens grundlegende Bedeutung zukommt.²³³

b) Anwendungsbereich

Grundsätzlich umfasst der Anwendungsbereich nur Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass von Verwaltungsakten gerichtet sind.²³⁴

²³¹ Ebenso *Hoffmann-Riem*, AÖR 145 (2020), 1 (26): „Diese Norm (§ 35a VwVfG – Anm. d. Autorin) verdeutlicht, dass der Gesetzgeber weiterhin vorrangig auf menschlich verantwortete Verwaltungsentscheidungen und damit auf menschlich verarbeitetes Wissen vertraut und deren Automatisierung dort nicht zulassen will, wo er den menschlichen Faktor für die Auffüllung von Optionenräumen als unverzichtbar ansieht (...).“

²³² *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1262); *Schmitz/Prell*, NWvZ 2016, 1273 (1276); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 1.

²³³ Lesenswert zur Einbettung des § 35a VwVfG in das System des Verwaltungsverfahrensrechts *Schmitz/Prell*, NVwZ 2016, 1273 (1273 f.); *Djeffal*, DVBl. 2017, 808 (813).

²³⁴ Ungeklärt ist, ob auch Verwaltungsverfahren, die auf den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet sind, vollständig automatisiert durchgeführt werden können. § 54 S. 2 VwVfG („Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.“ Zum Unterschied zwischen VwVf und Ablauforganisation: *Ziekow*, in: *Hill/Schliesky*, Herausforderung e-Government, 2009, S. 69 f. und 81 f.) deutet in die Richtung, dass in Hinblick auf die Entscheidung hin zu einer technikoffenen Ausrichtung des VwVfG auch öffentlich-rechtliche Verträge vollautomatisiert geschlossen werden können. § 54 S. 2 VwVfG nimmt die Möglichkeit des Erlasses eines Verwaltungsaktes gezielt in seinen Anwendungsbereich auf, so dass dies durch die deklaratorische Klarstellung des § 35a VwVfG nun auch ausdrücklich für vollständig automatisierte Verwaltungsakte gelten muss. Andererseits könnte hier mit Blick auf die Kritik hinsichtlich der systematischen Stellung des § 35a VwVfG auch argumentiert werden, dass die Vollautomatisierung eher eine Frage der Organisation des Arbeitsablaufs einer Behörde ist und sich daher eher im Umfeld des § 10 VwVfG finden sollte (Zum Unterschied zwischen VwVf und Ablauforganisation: *Ziekow*, in: *Hill/Schliesky*, Herausforderung e-Government, 2009, S. 69 f. und 81 f.). Hieraus könnte man dann schließen, dass § 54 S. 2 VwVfG nicht den Ablauf des Verfahrens hin zum Verwaltungsakt in Bezug nimmt, sondern sich auf einen materiell-rechtlichen Bezugspunkt stützt und an denkbare Regelungsmaterien anknüpft; nicht an die Verfahrensgestaltung. Dann wäre denkbar, dass es dem Sinn und Zweck des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sinne einer wechselseitigen Annäherung der Vertragsparteien und damit einer Kooperation oder

Hinsichtlich der gewählten Begrifflichkeiten des § 35a VwVfG ist zu beleuchten, was „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen“ bedeutet. Im VwVfG sucht man vergeblich nach Erläuterungen hinsichtlich der Voraussetzungen für die Annahme einer automatischen Einrichtung. Der Gesetzgeber wählte insoweit einen generell technikoffenen Begriff, so dass letztlich die Verwendung jeglicher technischer Einrichtungen, die nach festgesetzten Parametern vollautomatisiert, also ohne weiteres menschliches Einwirken, funktionieren, umfasst wird.²³⁵ Zu beachten ist, dass hier die Begrifflichkeiten auseinandergehalten werden müssen und (zumindest noch) nicht von einer autonomen Entscheidung gesprochen werden kann. Dies ergibt sich aus dem Regelungsgehalt der Vorschrift, der sich auf gebundene Entscheidungen mit geschlossenen Tatbeständen bezieht, die in einem regelbasierten System formalisiert werden und dann vollautomatisiert ablaufen können. Hier von autonomer Entscheidungsfindung zu sprechen, wäre verfehlt, da Autonomie nur dann angenommen werden kann, wenn ein Agent lernfähig ist und so unvollständiges oder fehlerhaftes Vorwissen selbst kompensieren kann.²³⁶ Der Agent verlässt sich dabei auf seine eigenen Wahrnehmungen und nicht das Vorwissen seiner Entwicklerin/seines Entwicklers. Dieser Fall liegt bei den intendierten Entscheidungen gerade nicht vor. Das System soll sich rein auf programmierbares und programmiertes Vorwissen des Entwicklers/der Entwicklerin verlassen, was aus den von § 35a VwVfG umfassten Entscheidungen zwangsläufig folgt, da sie, dem Wortlaut nach, fest determinierte Wenn-Dann-Entscheidungen enthalten sollen.

In Abgrenzung zur ebenfalls im VwVfG²³⁷ aufzufindenden Teilautomatisierung ist deutlich zu machen, dass nicht jeder mittels Computer erstellte Bescheid die Voraussetzungen des § 35a VwVfG erfüllt. Nicht ausreichend ist bspw., dass der Computer bei der Verwendung von Textbausteinen als fortentwickelte Schreibmaschine genutzt wird.²³⁸ In Zusammenhang mit §§ 28 II Nr. 4, 37 IV, 39

Konsensfindung zwischen Staat und Bürger widersprüche, wenn man dies vollautomatisiert durch ein System durchführen ließe.

²³⁵ Zum Automatisierungsgrad des § 35a VwVfG siehe *Stelkens*, in: Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 21, 22; *Stegmüller*, NVwZ (2018), 353 (354); *Siegel*, DVBl. 2017, 24 (25 f.); *Martini/Nink*, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (2).

²³⁶ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 66.

²³⁷ §§ 28 II Nr. 4, 37 IV, 39 II Nr. 3 VwVfG sprechen von „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“.

²³⁸ BVerwGE 45, 189, 191 hat diese Unterscheidung gerade in der Grundlagenentscheidung zu automatisierten VA vor Inkrafttreten des VwVfG noch nicht getroffen; anders bereits *Degrandi*, Die automatisierte Verfügungsverfügung, 1977, S. 18.

II Nr. 3 VwVfG hatte der damalige Gesetzgeber eine Softwareentwicklung dahingehend im Blick, dass für die Behörde Templates entwickelt werden, die durch menschliche Vorarbeit mit den nötigen Informationen bestückt werden.²³⁹ Nach der Eingabe der Daten in die (teil-)automatische Einrichtung sollte dann eine vorgesehene Lösung ausgegeben werden. Wichtig ist hier, dass die Letztentscheidung immer bei der Behörde verbleibt.²⁴⁰ Die Automatisierung setzt in diesen Fällen erst nach der Erfassung, Bewertung und Verifizierung des Sachverhaltes ein. Im Gegensatz hierzu umfasst die Entscheidung im Anwendungsbereich des § 35a VwVfG den Weg von der Antragstellung bis zur Entscheidungsfindung und Erstellung des Bescheides.²⁴¹ Der Unterschied ist demnach, dass hier insbesondere auch die Sammlung, Auswertung und Verifizierung der notwendigen Sachverhaltsdaten maschinell erzeugt werden.²⁴² Ein begonnenes Verwaltungsverfahren kann hierbei nur durch gezieltes „Aussteuern“ der vollständigen automatisierten Bearbeitung entzogen werden.²⁴³

Eine teleologische Reduktion wird in Verfahren erwogen, die zwar einer konkreten Sachverhaltsermittlung in Hinblick auf den einzelnen Adressaten nicht bedürfen, jedoch vollautomatisiert und massenhaft oder als Allgemeinverfügungen erlassen werden.²⁴⁴ Dies betrifft etwa vollautomatisierte Verkehrseinrichtungen, die den Verkehr je nach Verkehrsaufkommen beeinflussen,²⁴⁵ die automatisierte Erstellung von Abgabenbescheiden mittels anderweitig bereits verifizierter Daten oder die Auswertung von multiple-choice-Aufgaben. Grund hierfür ist, dass diese Verfahren „einfacher“ Vollautomatisierung bereits vor Einfügung des § 35a VwVfG als Verwaltungsakte iSd § 35 VwVfG anerkannt waren.

²³⁹ BT/Drs. 7/910, S. 58 f.

²⁴⁰ Ausführlich zur Abgrenzung des „vollständig automatisiert erlassenen“ und „mit Hilfe automatischer Einrichtungen“ erlassenen VA *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 19 ff..

²⁴¹ Siehe hierzu auch ausführlich *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 21 f., 25.

²⁴² *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 21; *Ziekow*, in: *ders.*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 35a, Rn. 6; vgl. auch *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263); *Braun-Binder*, NVwZ 2016, 960 (964); *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 85 ff.

²⁴³ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 21; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1263).

²⁴⁴ Beispiele hierzu in *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 22, 23.

²⁴⁵ Zu den intelligenten Verkehrssystemen: *Djeffal*, DVBl. 2017, 808 (810 ff.).

c) *Notwendigkeit der Zulassung durch Rechtsvorschrift*

Aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass ein vollautomatisierter Erlass eines VA nur nach Zulassung durch eine Rechtsvorschrift möglich sein soll. Der Begriff der Rechtsvorschrift erfasst formelle Gesetze, Verordnungen, Satzungen, jedoch keine Verwaltungsvorschriften.²⁴⁶ Zweck des Rechtsvorschriftenvorbehaltes ist es insbesondere sicherzustellen, dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden. Gleichwohl soll eine fachrechtliche Zulassung eines Verfahrens zur vollautomatisierten Bearbeitung nicht die einfachgesetzliche Pflicht zur Durchführung vollautomatisierter Erlassverfahren enthalten, sondern es soll nach wie vor dem Organisations- und Verfahrensermessen der Behörde überlassen bleiben, ob sie die Möglichkeit der Vollautomatisierung nutzt.²⁴⁷ An diesem Rechtsvorschriftenvorbehalt ist insoweit Kritik erwachsen, dass dieser Vorbehalt technikverzögernd und formalistisch wirke und hierbei insbesondere bereits existierenden vollautomatisierten Verwaltungsakte, beispielhaft seien Verkehrsleit- oder einfache Ampelsysteme genannt, hinterrücks die Legitimität entzöge.²⁴⁸ Rein pragmatisch könne es hier nicht wünschenswert sein, derartige Verwaltungsakte als unzulässig zu erklären, bis entsprechende Vorschriften deren Legitimität wiederherstellen würden.

d) *Zur Automatisierung geeignete Verwaltungsverfahren*

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 35a VwVfG ausgeschlossen sind Verwaltungsentscheidungen, die auf Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe oder Beurteilungsspielräume beinhalten und auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen der entscheidenden Behörde vorsehen. Diese ausdrückliche Bestimmung findet Entsprechung in der Debatte hinsichtlich automationsoffener Verfahren, die seit den 1960ern geführt wird²⁴⁹ und den

²⁴⁶ Bull, DVBl 2017, 409 (411); Martini/Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1, (2); Siegel, DVBl 2017, 24 (26); nur Gesetz und VO mögl. nach Prell, in: BeckOK VwVfG, 49. Ed. 01.04.2020, § 35a, Rn. 11; Schmitz/Prell, NVwZ 2016, 1273 (1276).

²⁴⁷ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 35a, Rn. 32.

²⁴⁸ Stegmüller, NVwZ (2018), 353 (358), der die gesetzliche Regelung des § 35a VwVfG insgesamt als missglückt betrachtet und die Entwicklung im Sinne der Technikoffenheit durch schlichte Rechtsfortbildung erreichbar gesehen hätte. Er verweist hier auf Charles Baron de Montesquieu (1689-1755): „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“

²⁴⁹ Der Anstoß der Debatte um die Verwaltungsautomatisierung geht wohl auf Zeidler (Technisierung der Verwaltung, 1959, S. 5) zurück, der die Ansicht vertreten hat, dass mit der Anerkennung des sog. „Verwaltungsfabrikates“, wie er den automatisiert erlassenen VA bezeichnete, eine Entmenschlichung des Rechtes einhergehen würde und damit einer

Verdrängung des gebildeten Verwaltungsbeamten (*Zeidler*, Technisierung der Verwaltung, 1959, S. 17), weshalb er dies ablehnte. Die ersten darauffolgenden Untersuchungen gingen durchweg von rein regelbasierten Systemen und damit Konditionalprogrammen aus, die Wenn-Dann-Entscheidungen treffen können (*Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 68 f.; *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 44; *Eberle*, Die Verwaltung 1987, 459 (462); *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 53 f. *Von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 23 ff., stellt bspw. dar, dass unabdingbare Voraussetzung für die Automatisierung die Schematisierbarkeit der Aufgabe sei und Maschinen nicht schöpferisch tätig seien, sondern deterministische Programme, deren Output durch den Input klar definiert sei. Dadurch entstünde eine „mathematische Gewissheit“. Er setzt die Eingabedaten ins Verhältnis zu Tatbestandsmerkmalen und die Ausgabedaten zur Rechtsfolge; ebenso *Schmidt*, AÖR 96 (1971), 321 (332)). Hinsichtlich der Geeignetheit von Entscheidungen für eine Automatisierung kommt *Bull* unter Betrachtung der technischen Gegebenheiten zu dem Schluss, dass Maschinen den Menschen von schematischen, nach denselben Regeln immer wiederkehrenden Aufgaben und damit bspw. Einzelakten in großen Mengen entlasten können (*Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 72, 87). *Bull* gelangt bei seiner Betrachtung zu der Überzeugung, dass diese Maschinen keine Entscheidungen im juristischen Sinne trafen, da sie einer „Logik des Zwanges“ unterliegen würden und schlicht richtig rechneten (*Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, 68). Insofern geht *Bull* davon aus, dass die eingesetzten Maschinen nicht selbstständig tätig werden, da die Tätigkeit der Maschine determiniert sei. Hierzu führt er aus: „Behörden können sich aus diesen Gründen ohne Bedenken die Ergebnisse der maschinellen Berechnungen zu eigen machen; sie können sich darauf verlassen, dass das von ihnen im voraus geplante Verfahren automatisch zum richtigen Einzelergebnis führt“ (*Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 72). *Bull* folgend bedeutet dies, dass die Zurechnung der maschinellen Bearbeitung als Maßnahme der Verwaltung an den Zeitpunkt der Programmierungshandlung der Verwaltung anzuknüpfen ist und dies letztlich den legitimationsbedürftigen Akt darstellt. *Haft* verweist im Jahre 1970 auf die mögliche Kompensation eines quantitativ größeren und qualitativ schwierigeren Arbeitsanfalls, Personalmängel, Verbilligung und Verwaltungsvereinfachung sowie die durch den zielgerichteten Ressourceneinsatz eröffnete Möglichkeit der Übernahme neuer Aufgaben (*Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 22: „Damit ist der letzte und wichtigste Grund angesprochen, nämlich die Möglichkeit einer Qualitätsverbesserung der von der Verwaltung geleisteten Arbeit, indem die Ziele größerer Schnelligkeit, Sicherheit und Genauigkeit der Verwaltungstätigkeit angestrebt...“; ebenso *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 17.). Er stützt sich bei seinen Überlegungen ebenfalls auf die „anerkannte Regel“ der Sinnhaftigkeit des Einsatzes dort, wo eine schematische Reproduktion denkbar ist (*Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 23, 24; ebenso *Roemheld*, DVBl. 1964, 611 (614)). Ebenso *Luhmanns* Einschätzung, dass der Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen in der öffentlichen Verwaltung insbesondere bei Massenentscheidungen sinnvoll sei, somit nur bei Erwartung einer großen Zahl von verschiedenen, aber ähnlichen Einzelfällen, die einem Konditionalprogramm folgen (*Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 44, 64). Hieran anknüpfend verwies er darauf, dass durch die maschinelle Ausführung schematisch ablaufender Routine- und Massenaufgaben, die eine Denkleistung nur in begrenztem Maße erfordern, der Mensch von diesen einfältigen Aufgaben befreit würde und seine Denkfähigkeit für intensive Prozesse einsetzen könne, wobei insgesamt eine Verbesserung der Entscheidungen zu erreichen sei. Sehen auch *Brinckmann et al.* die grundsätzliche Eignung routinierter und schematischer ablaufender Verwaltungsbereiche für die Verwaltungsautomatisierung (*Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 26), gehen sie darüber hinaus darauf ein, dass sich auch bei auch bei vorhandenem Ermessen „Normalfiguren“ bilden und Programme entwickeln würden, die die tatsächliche Wahl der Alternativen steuere und begrenze (*Brinckmann et al.*, Verwaltungsautomation, 1974, S. 37). Dies gilt uneingeschränkt für den Fall, in dem eine stringente Anwendung der fallentscheidenden Norm sich zu einer Selbstbindung der Verwaltung entwickelt hat. So weist auch *Polomski* im Jahr 1992 darauf hin, dass das Programm derart ausgestaltet sein müsse, dass die gesetzliche Grundlage, die Norm, die zur Anwendung gelangen soll, entsprechend des gesetzlichen Wortlauts genau formalisiert würde, woraus das

technischen Möglichkeiten und Besonderheiten. Eine Vollautomatisierung ist daher dann ausgeschlossen, wenn sich Begrifflichkeiten oder das EntschlieÙungs- bzw. Auswahlermessen einer Standardisierung entzieht, weil die anwendbaren Fälle in ihrer Kontextvarianz oder Gewichtung und der bei der Auswahl zu berücksichtigenden Gesichtspunkte eine individuelle Entscheidung unabdingbar notwendig machen.²⁵⁰ Verwaltungsentscheidungen, die eine Abwägung komplexer Entscheidungsmaßstäbe erfordern, sind nur sehr bedingt zur Automatisierung geeignet, da die Entscheidung in diesen Fällen durch Auslegungs- und Subsumtionstechniken geprägt sind. Sie müssen, nach aktuellem technischen Stand, weiterhin der menschlichen Rechtsanwendungstechnik unterliegen, die die Möglichkeit zur Wertung und Abwägung enthält.²⁵¹

Hinsichtlich der grundsätzlichen Ungeeignetheit ermessensgelenkter Entscheidungen zur Automatisierung, Fälle der Ermessensreduktion auf Null ausgenommen, besteht noch weitgehend Einigkeit. Kritisiert wird hingegen der generelle Ausschluss von Verfahren, in denen ein Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite besteht. Gedanklicher Ausgangspunkt ist hier wohl nicht, dass die Qualifizierung eines unbestimmten Rechtsbegriffes als Beurteilungsspielraum eine gerichtliche ex-post Perspektive enthält, aus der der Umfang der Überprüfbarkeit folgt.²⁵² Denn hieraus folgt keineswegs die Befreiung der Behörde von ihrer Pflicht, den für die Anwendung des Beurteilungsspielraums notwendigen Sachverhalt zu ergründen, auszuwerten und einer Entscheidung zuzuführen, so dass eine Vollautomatisierung nicht per se an den Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit scheitern kann.

Anzuknüpfen ist vielmehr an die Überlegung, dass bei Beurteilungsspielräumen diese Bewertungsarbeit zur Bestimmung und Ausfüllung der Begrifflichkeiten einen Komplexitätsgrad erreicht, der eine Formalisierung in technischer Hinsicht undenkbar erscheinen lässt oder zumindest aus rechtlicher Perspektive zu nicht gewünschten Ergebnissen führen kann. Dieser Annahme ist jedoch nur insoweit zuzustimmen als aus einem vorliegenden Beurteilungsspielraum und damit der Feststellung, ob ein konkreter

Verbot der Automatisierung von Ermessensnormen folge, da eine getreue Formalisierung gerade nicht möglich sei (*Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 94).

²⁵⁰ So auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 42.

²⁵¹ Zu den verschiedenen Verwaltungsentscheidungen und explizit jenen mit komplexen Entscheidungsmaßstäben siehe *Berger*, NVwZ (2018), 1260 (1264).

²⁵² *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 44.

Lebenssachverhalt unter die Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffes fällt, folgt, dass eine Standardisierung und Formalisierung tatsächlich in semantischer und juristischer Hinsicht Hürden entgegengesetzt sind, die nur schwerlich zu überwinden wären. Die Frage der Vollautomatisierung sollte daher richtigerweise daran anknüpfen, ob die notwendige Sachverhaltsermittlung und -bewertung einer Standardisierung und Formalisierung zugänglich ist und sich nicht am Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes entscheiden.²⁵³ Das bedeutet, dass maßgeblich nicht das formelle Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes auf Seiten der Behörde sein kann, sondern die Möglichkeit der Überführung des Verwaltungsverfahrens in eine maschinelle Bearbeitung. Auch in Hinblick auf bestehende Beurteilungsspielräume kann sich das Verständnis in Bezug auf einen unbestimmten Rechtsbegriff derart konkretisiert und manifestiert haben, dass eine Formalisierung grundsätzlich möglich erscheint.

Darüber hinaus erscheint eine teleologische Extension dort dem Gesetzeszweck zu entsprechen, wo durch eine entsprechende Verwaltungspraxis eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt. In diesen Fällen führt alleine eine Rechtsfolge zur Einhaltung des Ermessensrahmens oder zur Verhinderung des Vorwurfs des Ermessens Fehlgebrauches.²⁵⁴ Einfacher formuliert: Es ist nur die eine Entscheidung rechtmäßig und alle anderen Entscheidungen rechtswidrig. Da diese Annahme dem eigentlichen Gedanken einer ermessensgelenkten Norm widerspricht, werden an deren Feststellung grundsätzlich hohe Anforderungen gestellt. Neben anderen denkbaren Konstellationen²⁵⁵ spielt hier insbesondere der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung iVm Art. 3 I GG eine beachtliche Rolle. Durch die Folge der einzig richtigen Entscheidung entsteht eine Situation vergleichbar der einer gebundenen Entscheidung, die einer Standardisierung und Formalisierung grundsätzlich offensteht und, wie bereits von *Berg und Brinckmann*²⁵⁶ dargestellt haben, sogar in besonderem Maße zur Einhaltung rechtsstaatlicher

²⁵³ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35a, Rn. 46; *Hoffmann-Riem*, *AöR* 145 (2020), 1 (27).

²⁵⁴ *Wolff*, in: *NK-VwGO*, 5. Aufl. 2018, § 114, Rn. 129.

²⁵⁵ Eine Ermessensreduktion auf Null kann auch aus der Norm selbst folgen (bspw. in Fällen des intendierten Ermessens), aus den von der betreffenden Norm abstrakt geschützten und im Einzelfall gefährdeten Rechtsgütern, aus einem hohen Maß an Gefahr, aus einer Konkurrenz mit anderen Handlungspflichten der Verwaltung oder aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit. Siehe hierzu *Wolff*, in: *NK-VwGO*, 5. Aufl. 2018, § 114, Rn. 129 ff.

²⁵⁶ *von Berg*, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, 1968, S. 28; *Brinckmann et al.*, *Verwaltungsautomation*, 1974, S. 36 f.

Prinzipien führt. Dies folgt daraus, dass durch die Überführung in ein deterministisch handelndes Maschinenprogramm die Perpetuierung des Entscheidungsgeschehens erfolgt. In Hinblick auf Gleichbehandlung und Transparenz resultiert in diesen Fällen eine Pflicht zur standardisierten und typisierten Entscheidung, so dass einer grundsätzlichen Geeignetheit dieser Verfahren zumindest aus dem Gesichtspunkt der Rechtsfolgenseite keine durchgreifenden Bedenken entgegenstehen. Insgesamt ist eine Vollautomatisierung von Ermessensentscheidungen daher denkbar, jedoch grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn das Ermessen nicht standardisiert ausgeübt wird.

IV. Fazit

Auf Basis des in § 35a VwVfG erkennbaren gesetzgeberischen Willens und der historischen Debatte ist bis dato zunächst davon auszugehen, dass allenfalls gebundene Entscheidungen oder solche, die hinsichtlich des Entscheidungsspielraumes der Behörde eine Ermessensreduktion auf Null erfahren haben, einer Vollautomatisierung offenstehen. Insoweit steht fest, dass § 35a VwVfG der Behörde einen Gestaltungsspielraum bezüglich der Vollautomatisierung dieser Entscheidungsprogramme eröffnet. Es ist nun in Hinblick auf die technischen Gegebenheiten zu beleuchten, ob § 10 S. 2 VwVfG die Verfahrensgestaltungskompetenz der Behörden derart einschränkt, dass in den geeigneten Fällen das Verfahren iSd § 35a VwVfG durchzuführen ist.

C. Automatisierungsgebote im Verwaltungsverfahren

Nach den vorherigen Ausführungen könnte man aus rein juristischer Betrachtung zu dem Schluss gelangen, dass allein die Automatisierung der Verwaltungsverfahren die das Verfahrensermessen leitenden Optimierungsgebote maximal zur Geltung bringen, so dass unter diesem Betrachtungswinkel jedes Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchzuführen wäre. So führt beispielsweise die Vollautomatisierung immer zu einem zügigeren Verfahren, da die Entscheidung unmittelbar und ohne zeitliche Verzögerung erfolgt. Wären nun alle anderen zu beachtenden Optimierungsgebote auch nur gleichermaßen erfüllt wie bei der Bearbeitung durch Amtswaltende, müsste aufgrund der immer bestmöglichen Erfüllung des Gebotes der Zügigkeit einer Vollautomatisierung der Vorzug gegeben werden. Es gilt nun zu zeigen, dass die technischen Hintergründe der Automatisierung jedoch dazu führen, dass dies nicht generell der Fall sein kann. Dies knüpft an

das Problem der mangelnden Formalisierbarkeit der juristischen Sprache an und führt sich fort in der Ungeeignetheit bestimmter maschineller Systeme für die juristische Arbeit aufgrund des Risikos unrechtmäßiger Entscheidungen.

Um also beurteilen zu können, ob eine Verfahrensermessensreduktion auf Null dahingehend vorliegen kann, dass Verwaltungsverfahren mit bestimmten Entscheidungsprogrammen vollautomatisiert durchzuführen sind, müssen die technischen Hintergründe der algorithmischen Systeme beschrieben werden, die hierfür zum Einsatz kommen können. Nur so kann beurteilt werden, in welchen Bereichen der Verwaltungsarbeit und im Kontext welcher Normen eine Vollautomatisierung potentiell möglich erscheint.

I. Technischer Hintergrund – der Einsatz algorithmischer Entscheidungssysteme zur Vollautomatisierung rechtlicher Prozesse

a) *Algorithmische Entscheidungssysteme*

Für die folgenden Ausführungen ist es nötig, die verwendeten Begrifflichkeiten zu erläutern. Diese Untersuchung setzt sich mit algorithmischen Entscheidungssystemen im Verwaltungsverfahren auseinander. Infolgedessen ist zu klären, was algorithmische Entscheidungssysteme sind und auf welchen technischen Grundlagen solche Entscheidungssysteme basieren; mithin ist deren denkbare Funktionsweise zu beleuchten.

Ganz grundsätzlich ist bei einem algorithmischen Entscheidungssystem der Entscheidungsträger ein formaler Algorithmus.²⁵⁷ Die Begrifflichkeit des Algorithmus' ist insbesondere der Informatik zuzuordnen und wird je nach Perspektive mit graduellen Abweichungen definiert.²⁵⁸ Ein Algorithmus ist ein als Computerprogramm implementierbarer Ablauf von Handlungsanweisungen zur Lösung eines formal definierten Problems.²⁵⁹

²⁵⁷ Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 11; *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 339.

²⁵⁸ Siehe die Definitionen bei *Hummler*, Automatisierte Rechtsanwendung und Rechtsdokumentation, 1982, S. 29; *Klaus/Liebscher*, Wörterbuch der Kybernetik, 4. Aufl. 1976, S. 25 f.; *Reisinger*, Rechtsinformatik, 1977, S. 210; Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 17.

²⁵⁹ Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 19; *Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 17 f.; *Martini*, JZ 2017, 1017, Fn. 2: „[...] eine in Programmiersprache transformierte Vorgehensweise, nach der ein Rechner eine bestimmte Aufgabe in endlicher Zeit bewältigt“; *Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2: Verschlüsseltes Verfahren, Input in Output zu verwandeln; *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1026).

Konkret wird dies verstanden als schematischer, endlicher Prozess, der aus auszuführenden genau definierten Arbeitsschritten besteht und in einer festgelegten Sprache verfasst ist.²⁶⁰ Diese festgelegte Sprache ist eine formale Programmiersprache, von welchen es nicht nur eine gibt.²⁶¹ Vereinfacht ausgedrückt ist das System in eine technische Umgebung eingebettet und in der Lage, Entscheidungen zu treffen.

Die Entscheidungsfindung als solche muss für diese Untersuchung aus zweierlei Perspektiven betrachtet werden. Entscheidungsfindung (Decision Making) im technischen Sinne beschreibt einen Prozess, bei dem ein Entscheidungsträger eine Aktion aus mehreren Alternativen auf Basis qualitativer und quantitativer Attribute (beobachtbare und messbare Eigenschaft einer realen Entität, bspw. eines Objekts oder Person) auswählt.²⁶² Die Entscheidungsfindung im juristischen Sinne ist insbesondere durch die juristische Subsumtion des Entscheidungsträgers gekennzeichnet. Diese Subsumtion hat bei der Rechtsanwendung eine zentrale Bedeutung, da anhand derer abstrakte gesetzliche Normen auf eine konkrete Situation angewendet werden. Hierbei besteht zwischen der abstrakten Norm und der Anwendung auf den konkreten Sachverhalt eine semantische Lücke, für deren Schließung es eines interpretatorischen Zwischenschrittes bedarf.²⁶³ Die Abbildung dieses Schrittes stellt die interdisziplinäre Arbeit zwischen Juristinnen/Juristen und Technologinnen/Technologen vor hohe Herausforderungen.

b) Die Bedeutung der Sprache, Logik und Schlussfolgerung

Die zwingend zu bewältigende Hürde bei der Frage nach der Automatisierung des Rechts ist die Frage nach der Möglichkeit der vollständigen Formalisierbarkeit. Damit ein algorithmisches System Wissen verarbeiten kann, muss dieses Wissen zunächst in einer formalen Sprache repräsentiert werden.²⁶⁴ Algorithmenbasiertes Handeln und Entscheiden besteht darin, Daten zu erfassen und zu verarbeiten, so dass letztlich „semantikfreies“ Wissen hinterlegt ist, das codierte Informationen enthält.²⁶⁵ Hier muss beachtet

²⁶⁰ *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, S. 21, 25, 31; *Reisinger*, Rechtsinformatik, 1977, S. 210; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2019, S. 33.

²⁶¹ Exemplarisch: Java, Python, JavaScript als die wohl bekanntesten Programmiersprachen.

²⁶² Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 17.

²⁶³ *Raabe et al.*, Recht ex machina, S. 53.

²⁶⁴ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 109; *Raabe et al.*, Recht ex machina, 2012, S. 70 ff.

²⁶⁵ Siehe hierzu *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), S. 1 (6), der jedoch von „digitalem Handeln“ spricht.

werden, dass eine Trias zwischen juristischer Sprache – natürlicher Sprache – und formaler Sprache besteht. Jede formale Sprache muss vollständig definiert und in ihrer Aussage eindeutig sein.²⁶⁶ Eine besondere Eigenart der formalen Sprachen ist, dass sie objektiv, abstrakt und eindeutig formuliert sind.²⁶⁷ Damit unterscheidet sich die formale Sprache elementar von der natürlichen²⁶⁸ und der juristischen Sprache. Zwar ist auch die natürliche Sprache regelhaft – die Grammatik verleiht der Sprache Normativität – gleichsam wird das Erfordernis der eindeutigen und definierten Aussage dann zu einer Hürde, wenn man exemplarisch das Merkmal der Produktivität natürlicher Sprache betrachtet.²⁶⁹ In der natürlichen Sprache kann aus einer endlichen Anzahl an Komponenten eine unendliche Anzahl neuartiger Sätze und Bedeutungen erzeugt werden. Natürliche Sprache entspricht damit dem Kontextvarianzprinzip, wonach Begriffe und Ausdrücke mit dem Kontext variieren, in dem sie verwendet werden.²⁷⁰ Eine eindeutige und vollständig definierte Aussage zu ermöglichen, erscheint daher zunächst unmöglich.

Dies gilt umso mehr in der Rechtswissenschaft, in der ausschlaggebend Normen sind und nicht Aussagen, denen ein determinierter Wahrheitswert zukommt.²⁷¹ Rechtsbegriffe variieren in hohem Maße mit dem Kontext, in dem sie genannt werden, da die Rechtsnormen zwar einerseits einen normativen Charakter haben, andererseits aber auch einen generellen Charakter, in dem sie nicht jeden Einzelfall, sondern alle Fälle eines Geltungsbereichs erfassen sollen.²⁷² *Luhmann*²⁷³ weist diesbezüglich darauf hin, dass Rechtsnormen so stark generalisiert seien, dass sie nicht eindeutig festlegten, welche eingehenden Informationen die Voraussetzungen ihres Tatbestandes erfüllen würden. Insofern sei darauf hinzuweisen, dass die Unbestimmtheit der Struktur wichtiges Merkmal eines Systems ist, das sich in einer hochkomplexen Umwelt erhalten muss. Die Auslegungsbedürftigkeit und Kontextvarianz der Rechtsnormen hängt damit funktional erheblich mit der Struktur und der Zweckhaftigkeit des Verwaltungssystems im Rechtsstaat zusammen.²⁷⁴

²⁶⁶ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 70.

²⁶⁷ *Herold*, *Demokratische Legitimation*, 2019, S. 33.

²⁶⁸ Umfassend *Klaus*, *Semiotik und Erkenntnistheorie*, 1973, S. 27 ff., 40 f.

²⁶⁹ Zur Formalisierung natürlicher Sprachen siehe *Kotsoglou*, *JZ* 2014, 451 (453).

²⁷⁰ *Bühler*, *Einführung in die Logik*, 3. Aufl. 2000, S. 41; *Kotsoglou*, *JZ* 2014, 451 (453).

²⁷¹ *Kotsoglou*, *JZ*, 2014, 451 (453).

²⁷² Siehe hierzu einordnend *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 71.

²⁷³ *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 52.

²⁷⁴ Ausführlich zu den Merkmalen einer Rechtsnorm und der strukturellen Unbestimmtheit *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 52 f.; so auch von

*Luhmann*²⁷⁵ folgert hieraus, dass Rechtsnormen zwar sprachlich formulierte Sätze seien; die Worte jedoch nicht von selbst eindeutig zuordenbare Begriffe, die in allen konkreten Situationen den gleichen Sinn vermittelten. Das Entscheidungsverhalten basiere gerade nicht auf einer feststellbaren mathematisch umsetzbaren Logik, sondern auch auf einer wechselseitig veränderbaren Beziehung der Entscheidungsprogramme mit den abzugleichenden bestimmenden Parametern.²⁷⁶ Sobald unbestimmte Rechtsbegriffe oder ermessensgelenkte Rechtsfolgen Teil der Rechtsnorm sind, entziehen sie sich daher insoweit der vollständigen automatisierten Rechtsanwendung, als der Gesetzestext eben nicht vollständig logifiziert werden kann und für eine juristische Auslegung Raum ist.²⁷⁷

Bereits *Haft*²⁷⁸ hat im Zuge des Einsatzes von Computern, und damit assistierenden Maschinen, erkannt, dass eine logische Durchdringung von Sachverhalten notwendig sei. Er bemerkt, dass dieser Prozess auch die logische Durchdringung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume erfassen werde und durch Verzicht auf eine absolute Genauigkeit in den meisten Fällen zu akzeptablen Ergebnissen führen würde. Grundlage des Problems ist, dass im Falle der Rechtsanwendung Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen maschinenlesbar verarbeitet werden müssen; also eine Überleitung in ein begriffliches Datenmodell in einer Formalisierung erfolgen muss, hinter dem sich eine formale Sprache mit speziellen

Berg, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 27, der unter Verweis auf *Luhmann* auf die Grenzen der Automatisierbarkeit insoweit hinweist, dass unbestimmte Tatbestandsbegriffe oder ermessensgelenkte Rechtsfolgen durch den Gesetzgeber bewusst eingesetzt würden, um dem Sinn eines Gesetzes zu entsprechen – der Anwendbarkeit auf eine Vielzahl von Fällen.

²⁷⁵ *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 53 f.: „Universelles Programm als Gebot des Rechtsstaates“.

²⁷⁶ Lesenswert hierzu *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 36, der von einem Informationsfluss zwischen System und Umwelt spricht; siehe auch *von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, 1968, S. 29 f.

²⁷⁷ Ganz allgemein: Das Ermessen betrifft die Rechtsfolgenseite einer gesetzlichen Regelung. Es ist dann gegeben, wenn die Verwaltung bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann. Das Gesetz knüpft an den Tatbestand nicht eine Rechtsfolge (wie bei der gesetzlich gebundenen Verwaltung), sondern ermächtigt die Verwaltung, die Rechtsfolge selbst zu bestimmen, wobei ihr entweder zwei oder mehrere Möglichkeiten angeboten werden oder ein gewisser Handlungsbereich zugewiesen wird. Gesetzlich gebundene Verwaltung, wenn Behörde zum Handeln verpflichtet ist; dies liegt vor, wenn im Gesetzestext ein Befehl enthalten ist durch die Ausdrücke „muss“, „ist zu ...“, „darf nicht ...“ usw. (zu Vorstehendem allgemein: *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 7 ff.; *Schoch*, Jura (2010), S. 358 (359).

²⁷⁸ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 20; zum pragmatischen Ansatzpunkt *Hafts* lesenswert: *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 60 ff.

Modellierungsprimitiven verbirgt.²⁷⁹ Für die Generierung einer für viele Systeme notwendigen Wissensbasis, auf Grundlage derer neue Entscheidungen herausgearbeitet werden, muss eine solche Formalisierung vorgenommen werden. Eine mit Wissen²⁸⁰ hinterlegte Basis muss in dem System repräsentiert werden und darauf aufbauend die Schlussfolgerungen gezogen werden.²⁸¹ Diese Repräsentation erfolgt durch Repräsentationssprachen, die logikbasiert sind.²⁸² In einer solchen Logik sind sowohl Syntax als auch Semantik mathematisch präzise definiert.²⁸³ Diese Vorgehensweise ist maßgeblich für die Schlussfolgerung, deren Zweck ja letztlich die Schaffung eines solchen Systems ist. Um Schlussfolgerungen herbeiführen zu können, muss das Wissen demnach in einer Art und Weise repräsentiert sein, die es ermöglicht, durch rein syntaktische Manipulation der für die Repräsentation verwandten Symbole, solche Schlussfolgerungen zu erhalten; es sollen Aufgaben auf repräsentiertem Wissen als Basis ausgeführt werden können.²⁸⁴

Des Weiteren wird hier auf die formalen Logiken und insbesondere die Aussagenlogik, die klassische Logik und die Ontologienbildung einzugehen sein.

Zunächst muss aber auf den Ausgangspunkt zurückgegangen werden. Dieser liegt in der notwendigen Formalisierung der natürlichen Sprache und der im Rechtsbereich ausgeprägten juristischen Sprache. Die Formalisierung bezeichnet die Übersetzung einer Aufgabe in eine formale Sprache der Informatik. Es findet ein verobjektivierender Vorgang der Übersetzung der Ausgangssprache in eine formale Sprache statt.²⁸⁵ Im Zusammenhang mit der Rechtssprache meint der Begriff der Formalisierung in der rechtsinformatischen Literatur regelmäßig die Darstellung eines rechtlichen

²⁷⁹ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 110 f.

²⁸⁰ *Hoffmann-Riem*, AÖR 145 (2020), S. 1 (6) definierte Wissen zuletzt als „Kenntnisse und Fertigkeiten, die individuell oder kollektiv zum Umgang mit Problemen eingesetzt werden können.“ Er weist darauf hin, dass es sich hierbei auch um wissenschaftlich fundiertes Wissen handeln kann.

²⁸¹ *Beierle/Kern-Isberner*, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S.20.

²⁸² Zur logikbasierten Wissensrepräsentation siehe ausführlich *Beierle/Kern-Isberner*, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 20 ff..

²⁸³ *Beierle/Kern-Isberner*, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 28.

²⁸⁴ *Görz et al.*, *Handbuch KI*, 2014, S. 111.

²⁸⁵ *Herold*, *Demokratische Legitimation*, 2019, S. 33; *Jandach*, *Juristische Expertensysteme*, 1993, S. 46 f.;

Reisinger, *Rechtsinformatik*, 1977, S. 208.

Bedeutungsgehaltes in „Formeln“, also formallogisch/mathematisch.²⁸⁶ Sprache ist geprägt durch ihre Syntax (Satzbau, Satzstruktur) und Semantik - die inhaltliche Bedeutung. Die Syntax und Semantik sind hierbei keineswegs voneinander getrennt zu betrachten, sondern es liegt vielmehr ein Nexus vor. Die Syntax befasst sich streng genommen zwar nur mit dem Formaspekt des Satzes, jedoch werden zweckmäßigerweise immer solche Beschreibungen der Satzstruktur betrachtet, die in Hinblick auf die Satzbedeutung hilfreich sein können.²⁸⁷ Einfach ausgedrückt gibt es keine Syntax ohne Semantik, da die Beurteilung/Aufspaltung des Satzbaues „automatisch“ in Zusammenhang mit der Satzbedeutung erfolgt. Um Sprache zu verstehen, müssen verschiedene Ebenen durchlaufen werden. Bei geschriebener Sprache sind das die Ebenen der Worterkennung (Orthographie, Morphologie, Morphosyntax, lexikalische Semantik), der Satzerkennung (Syntax, Semantik, Informationsstruktur) und der Diskursverarbeitung (Kohärenzen, Interferenzen, Referenzen, Pragmatik).²⁸⁸ Die Verarbeitung der Sprache ist hierbei in hohem Maße mit Mehr- und Doppeldeutigkeiten konfrontiert, die sich mit der Länge eines Satzes noch potenziert.²⁸⁹

Um den Grundlagen der Logik und der Bedeutung derselben auf den Grund zu gehen, soll Aristoteles' Syllogismus näher beleuchtet werden. Der Syllogismus ist ein aus zwei Prämissen gezogener logischer Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere (Deduktion). Er ist also aufgebaut aus Prämissen (Voraussetzungen) und einer Konklusion (Schlussfolgerung). Damit zeigt sich bereits hier eine zumindest dem äußeren Anschein nach vorliegende Vergleichbarkeit mit gesetzlichen Normen, die zumeist aus einem Tatbestand (Voraussetzungen) und einer Rechtsfolge (Schlussfolgerung) bestehen. Diese Art der Denklogik macht es möglich, mechanisch Schlüsse zu ziehen, wenn bestimmte Prämissen als Ausgangspunkt vorhanden sind.²⁹⁰ Aristoteles hierzu:

²⁸⁶ *Reisinger*, Rechtsinformatik, 1977, S. 208; siehe auch *Schmidt*, AÖR 96 (1971), 321 (325) zum Problem der „automationsgerechten Aufbereitung der Rechtsgrundlage“; kritisch zur Automatisierung des Rechts: Überblick bei *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 13 ff.; aus rechtshistorischer Perspektive lesenswert *Günzl*, JZ 2019, 180 ff.

²⁸⁷ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 476.

²⁸⁸ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 57, 475: Lexikalische Semantik = Was ist der Bedeutungsbeitrag einer lexikalischen Einheit? Morphosemantik: Welchen Veränderungen unterliegt Bedeutung im Zusammenhang mit Wortbildungsprozessen? Satzsemantik: Wie setzt sich die Bedeutung eines Satzes aus der Bedeutung seiner Bestandteile zusammen? Welche Mechanismen etablieren die satzübergreifenden Bedeutungsaspekte in monologischen oder dialogischen Kommunikationshandlungen?

²⁸⁹ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 57.

²⁹⁰ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 27.

„Wenn man nämlich weiß, dass leichtes Fleisch gut verdaulich und gesund ist, nicht aber weiß, welches Fleisch leicht ist, so wird der nicht die Gesundheit schaffen können; das wird eher jener können, der weiß, dass das Geflügelfleisch leicht verdaulich ist.“²⁹¹ Hieraus ergibt sich die Darstellung eines Syllogismus in folgender Form:

1. Regel: Leichtes Fleisch ist gut verdaulich und gesund.
2. Konkreter Fall: Geflügelfleisch ist leichtes Fleisch.
3. Schlussfolgerung: Geflügelfleisch ist gut verdaulich und gesund.

Zu beachten ist, dass die Wahrheit der Schlussfolgerung auf der Wahrheit der Prämissen beruht.²⁹² Einige grundlegende Ideen der Forschung im Bereich der Künstlichen Intelligenz finden so ihre Entsprechung in der Philosophie. Um aus dieser Denklogik ihren Nutzen für die wissenschaftliche Entwicklung maschineller Systeme zu ziehen, bedarf es jedoch des besagten Schrittes der Formalisierung, woraus die Idee der formalen Logik folgte, die im Weiteren näher beleuchtet wird. Die formale Logik bietet zunächst Werkzeuge, um das Problem, symbolischen Ausdrücken (also der „reinen“ Syntax) eine Bedeutung zuzuordnen, zu lösen.²⁹³ Die formale Logik ermöglicht es, logisch zwingende, deduktive Schlüsse, präzise zu fassen und tatsächlich operational in dem System umzusetzen.²⁹⁴ Neben diesen Schlüssen besteht aber auch ein Interesse daran, abduktive Schlüsse maschinell zu erzeugen. Dies sind solche, bei welchen man von Beobachtungen auf wahrscheinliche Ursachen schließt; mithin die plausibelste Erklärung für ein beobachtetes Phänomen sucht.²⁹⁵

Auf Basis des aristotelischen Syllogismus ist die Idee des sog. Justizsyllogismus entstanden, der als Ausgangspunkt für die Algorithmisierung der Rechtsanwendung konzipiert wurde und auf der Annahme formal gleicher

²⁹¹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1141 b, 1142a.

²⁹² Siehe ausführlich hierzu *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 25.

²⁹³ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 113.

²⁹⁴ *Görz e. al.*, Handbuch KI, 2014, S. 114; *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 48 zur Deduktion: „Eine deduktive Ableitung benutzt eine Reihe gegebener Fakten sowie eine Schlussfolgerungsregel, um daraus eine Konklusion abzuleiten. ([...] Das bedeutet, dass bei ihrer Anwendung aus wahren Prämissen niemals falsche Schlussfolgerungen gezogen werden können. Aus diesem Grund unterstützen die meisten regelbasierten Expertensysteme ein deduktives Vorgehen.“ In Abgrenzung hierzu Abduktion (Schluss von einer Konklusion auf die Prämisse)/ Induktion (Schlussfolgern vom Speziellen auf das Allgemeine).

²⁹⁵ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 114; *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 48 f. Zudem spielt induktives Vorgehen eine Rolle, bei dem man von vielen Beobachtungen auf Gesetzmäßigkeiten/Regelhaftigkeiten schließt. Das induktive Schließen ist insbesondere iRd ML (Machine Learning) beachtenswert.

Entscheidungsstrukturen, insbesondere in der öffentlichen Verwaltung, fußt.²⁹⁶ Während der Aristotelische Syllogismus auf Basis einer allgemeinen Aussage logische Schlüsse zieht, ersetzt der Justizsyllogismus dies durch eine singuläre Aussage.²⁹⁷ So ergibt sich im Vergleich folgendes Bild:

Aristoteles' Syllogismus:	Justizsyllogismus:
Alle M sind P	Alle M sind P
<u>Alle S sind M</u>	<u>Ein S ist M</u>
Alle S sind P	S ist P

Der erste Satz des Justizsyllogismus bildet die Rechtsnorm ab, der Untersatz den Sachverhalt und unter dem Strich findet sich die logische Rechtsfolge. Es erfolgt eine Aufgliederung der Tatbestandsmerkmale in Einheiten und eine Zergliederung in kleinstmögliche Grundbegriffe, um einen möglichst genauen logischen Schluss zu erreichen.²⁹⁸ Der Justizsyllogismus sieht sich jedoch mit der Problematik konfrontiert, dass diese Art der Logik nicht in der Lage ist, eine Begriffspyramide²⁹⁹ zu entfalten, so dass es hier dazu kommen kann, dass Schlussfolgerungen zwar formallogisch richtig sind, allerdings nicht zu juristisch vertretbaren Rechtsfolgen führen.³⁰⁰

aa) Aussagenlogik

Die Aussagenlogik basiert auf der Zerlegung von Aussagen in ihre atomaren Sätze. Atomare Sätze sind Aussagen, die nicht aus anderen Aussagen zusammengesetzt sind. Diese atomaren Sätze werden mit einem einzigen Aussagensymbol belegt.³⁰¹ Jedes Symbol steht für eine Aussage, die wahr (true)

²⁹⁶ Herold, Demokratische Legitimation, 2019, S. 52; Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 10 ff.; Raabe et al., Recht ex machina, 2012, S. 8.

²⁹⁷ Darstellung bei Jandach, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 104.

²⁹⁸ Darstellung zur Vorgehensweise bei Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, S. 18.

²⁹⁹ Das bedeutet, dass dem Justizsyllogismus entgegengehalten wird, dass eine notwendige formallogische Unterordnung/Zuweisung von Begriffen unter andere Begriffe nicht möglich sei. Ausgegangen wird von der Idee der Begriffspyramide als Wissensrepräsentationsstruktur. So: Jandach, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 107 f.; Schweighofer, Rechtsinformatik und Wissensrepräsentation, 1999, S. 98; Reisinger, Rechtsinformatik, 1977, S. 252 ff.; Joerden, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 296.

³⁰⁰ Beispiel und Auflösung bei Joerden, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 307.

³⁰¹ Russell/Norvig, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl., 2012, S. 300; Ashley, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 41 f.

oder falsch (false) sein kann.³⁰² Komplexe Sätze mit mehreren Aussagen können durch Aufspaltung und unter Verwendung logischer Verknüpfungen in einfachere Sätze zerlegt werden.³⁰³ Hierbei gibt es fünf gebräuchliche Verknüpfungen: Nicht (\neg); Und (\wedge); Oder (\vee); Impliziert - also „if-then Aussage“ (\Rightarrow), Genau dann, wenn - also Bikonditional (\Leftrightarrow).³⁰⁴ Mithilfe dieser logischen Operatoren können atomare Sätze dann wieder zu komplexen Aussagen zusammengestellt werden, deren Wahrheitswerte davon abhängen, ob die einzelnen Aussagen wahr oder falsch sind.³⁰⁵ Zu beachten ist, dass im Gegensatz zur klassischen Logik, vielerorts auch Prädikatenlogik 1. Ordnung genannt, nicht die Struktur der einzelnen Aussage berücksichtigt, sondern sie mit einem Symbol belegt wird.

Die Aussagenlogik sieht sich nun der Problematik der Kontextvarianz und syntaktischen Mehrdeutigkeit gegenüber. In den meisten Fällen ist eine einzelne Satzbedeutung nicht festzumachen. Insbesondere die Rechtssprache folgt, wie angedeutet, nicht immer einer einheitlichen, schlüssigen logischen Struktur. Hierzu *Ashley*³⁰⁶: „Unlike mathematical and logical formalisms and computer code, text does not allow one explicitly to specify the scopes of the logical connectors, such as 'if', 'and', 'or' and 'unless'. The syntax of a statute can also be unclear due to the language used in implementing exceptions and cross-references.“ *Ashley* nennt in diesem Zusammenhang das Beispiel gesetzlicher Ausnahmen, die entweder ausdrücklich, mithin die einfachste Form, in einem Gesetzestext genannt werden oder implizit. Darüber hinaus gibt es auch Fälle, in denen Ausnahmen nicht innerhalb des betreffenden Gesetzes genannt, sondern einer weiteren Bestimmung unterliegen; sog. unvollständige Rechtssätze (Querbeziehungen).³⁰⁷ *Allen*³⁰⁸ hat 1978 versucht, einen systematischen Normalisierungsprozess zu entwickeln, um solche Unklarheiten herauszustellen und zu beschreiben. Er folgt folgendem Schema:

³⁰² *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 300; *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 41 f.

³⁰³ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 300; *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 41.

³⁰⁴ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 300.

³⁰⁵ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 41.

³⁰⁶ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 41.

³⁰⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 78 ff. Hier insb. zu der Unterscheidung zwischen erläuternden Rechtssätzen, einschränkenden Rechtssätzen und verweisenden Rechtssätzen.

³⁰⁸ *Allen and Engholm*, Journal of Legal Education, 1978, Vol. 29 (4), 380 (385 ff., insb. 389 ff.).

1. Identifikation der inhaltlichen Bauteile des Gesetzes und Ersetzung dieser mit Beschriftungen (S1, S2, ...);
2. Verwendung logischer Operatoren, um die Syntax des Gesetzes zu klären;
3. Wiederherstellung der substanziellen Sätze.

Beispiel:

If S1 and S2 or S3 then S4.

S4: S1 ^ S2

S4: S1 ^ S3

If S1 and S2 and S3 then S4

S4: S1 ^ S2 ^ S3

Die Aussagenlogik kann programmiert werden³⁰⁹: „If S1 ^ S2 v S3 => S4“ bzw. „If S1 ^ S2 ^ S3 => S4“.

bb) Klassische Logik

Mit der klassischen Logik, auch Prädikatenlogik oder Logik 1. Ordnung genannt, wird nicht nur die logische Syntax ausgedrückt, sondern auch der Inhaltswert eines Satzes – die klassische Logik besteht damit aus der Syntax, Wahrheitswerten und eines Bindegliedes zwischen diesen beiden, der Interpretation.³¹⁰ Im Vergleich zur Aussagenlogik, die deklarativ, kontextunabhängig und eindeutig ist, wird deren Schwäche insoweit kompensiert als die klassische Logik auch in komplexen Umgebungen mit vielfältigen Relationen arbeiten kann.³¹¹ Die klassische Logik baut auf der Idee der Aussagenlogik auf und versucht deren Schwächen auszugleichen. Um dies tun zu können, wird wiederum bei der Syntax angesetzt. So kann man erkennen, dass die offensichtlichsten Elemente des Satzes die Substantive und Verben sind. Substantive und Substantivausdrücke verweisen auf Objekte; Verben beinhalten Relationen bzw. Funktionen zwischen den Objekten.³¹² Die Sprache der klassischen Logik ist um Objekte und Relationen herum

³⁰⁹ Ausführliches Beispiel bei *Ashley*, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 2017, S. 43 f.

³¹⁰ Zu den Bestandteilen der klassischen Logik siehe *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 72.

³¹¹ Zum Vergleich siehe auch Einführung zur Logik erster Stufe in *Russell/Norvig*, *Künstliche Intelligenz*, 3. Aufl. 2012, S. 346.

³¹² *Russell/Norvig*, *Künstliche Intelligenz*, 3. Aufl. 2012, S. 349.

aufgebaut.³¹³ So kann man mit der klassischen Logik nicht nur einfache Aussagen repräsentieren, sondern Objekte (z. B. Menschen, Häuser, Zahlen etc.) beschreiben, Funktionen der Objekte (z. B. Anfang, Dritter von rechts etc.), Aussagen (wie in der Aussagenlogik), Eigenschaften der Objekte und insbesondere Relationen zwischen den Objekten.³¹⁴ Während die Aussagenlogik jedem Aussagesymbol „true“ oder „false“ zuweist und damit jedem Fakt genau zwei Zustände zuschreibt, setzt die klassische Logik voraus, dass es Objekte gibt, die in bestimmten Beziehungen zueinander stehen, die gelten oder nicht gelten.³¹⁵ Die Modelle sind daher durch variierende Bezüge und mit der steigenden Zahl an Objekten weitaus komplexer; gleichsam der natürlichen Sprache aber auch näher, da diese gerade durch ihre Kontextvarianz gekennzeichnet ist.

In der klassischen Logik werden Symbole für die Objekte, Relationen und Funktionen verwendet.³¹⁶ Das sind für die Objekte Konstantensymbole, für die Relationen Prädikatsymbole und für die Funktionen Funktionssymbole.³¹⁷ Darüber hinaus ist ein Quantor³¹⁸ oder Interpretierer³¹⁹ nötig, der darstellt, auf welche Objekte, Relationen und Funktionen sich die jeweiligen Symbole beziehen und um die Darstellung von Eigenschaften ganzer Objektsammlungen zu ermöglichen.

Um den Unterschied zur Aussagenlogik darzustellen, verwendet *Ashley*³²⁰ das folgende Beispiel: Der Satz „Alle Menschen sind sterblich“ ist in der Aussagenlogik mit einem Symbol belegt (S1). In der klassischen Logik hingegen wird ein Prädikat definiert $M(x)$ um auszudrücken, dass x sterblich ist.

Diese Form macht es möglich, sowohl den Inhalt als auch die Syntax eines Satzes darzustellen. Hierzu ein weiteres Beispiel: „Fahrzeuge sind im Park nicht erlaubt.“

³¹³ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 349.

³¹⁴ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 48; *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 350.

³¹⁵ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 350.

³¹⁶ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 44; *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 353.

³¹⁷ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 44; *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 353.

³¹⁸ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 44, *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 357 ff.

³¹⁹ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 354.

³²⁰ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 45 f.

Auch hier würde die Aussagenlogik ein einziges Aussagesymbol (S1) verwenden. Damit wäre der Inhalt der Vorschrift nicht hinreichend dargestellt, um Schlussfolgerungen auf der Basis der Darstellung zu ziehen. Die klassische Logik erkennt hier zwei Objekte (Fahrzeug, Park), deren Relation (in) und kann unter Zugrundelegung, dass die Zuschreibungen richtig sind, eine klare Schlussfolgerung der Zuwiderhandlung ziehen.

Zuwiderhandlung (X, S): Fahrzeug (X), Park (S), in (X, S)

„Wenn X ein Fahrzeug ist \wedge S ist ein Park \wedge X in S \Rightarrow X in S ist

Zuwiderhandlung“³²¹

Hier ergibt sich auch die Möglichkeit, das Programm dahingehend zu erweitern, dass man festlegt, was unter „X“ verstanden wird. So können klare Normdefinitionen festgelegt werden, wie etwa, dass ein Motorrad und ein Auto als Fahrzeuge gelten sollen.

cc) Semantisches Modell

Nachdem die klassische Logik in der Lage ist, Relationen zwischen Objekten abzubilden und Inhaltswerte eines Satzes darzustellen, kommt auch diese formale Sprache an ihre Grenzen, wenn es um die explizite Beschreibung eines Begriffes und damit das Abbilden begrifflichen Wissens geht.³²² Im Rechtsbereich zeigt sich dies umso mehr, da Rechtsbegriffe oft nicht aus sich heraus verständlich sind, sondern erst durch Definitionen, Verweise, implizite oder explizite Ausnahmen einen greifbaren Inhalt erhalten. Nur so kann die Arbeit von Rechtsanwendenden abgebildet werden, die nicht einfach subsumieren, sondern Kriterien für die rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes heranziehen.³²³ Hierbei besteht zwischen der abstrakten Norm und der Anwendung auf den konkreten Sachverhalt eine semantische Lücke, für deren Schließung es eines interpretatorischen Zwischenschrittes bedarf.³²⁴

³²¹ Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 2017, S. 45 zurückgehend auf Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (1958), S. 593 (607), dessen Beispiel lautet: „A legal rule forbids you to take a vehicle into the public park“.

³²² Ausführlich zum Abbilden begrifflichen Wissens Raabe et al., *Recht ex machina*, 2012, Kapitel 6, S. 101 ff..

³²³ Kotsoglou, *JZ* 2014, 451 (454).

³²⁴ Raabe et al., *Recht ex machina*, 2012, S. 53; zum Verständnis der Auslegung und Interpretation von Gesetzestexten siehe auch Adrian, *RT* 48 (2017), 77 (83); Ring, *Computergestützte Rechtsfindungssysteme*, 1994, S. 10, 19, 25, 59 f., der darauf hinweist, dass der Kern der juristischen Subsumtion, also der Ziehung eines logischen Schlusses von einer

Juristische Methoden der Norminterpretation und Auslegung ermöglichen es, diese Lücke zu schließen, wobei eine Berufung auf Autoritäten wie den Willen des Gesetzgebers, Wortlautauslegung, historische Bezugspunkte der Entstehungsgeschichte, die herrschende Meinung, andere Ansichten, Modelle des Analogieschlusses, der restriktiven Auslegung widerspruchsvolle Anwendungsmöglichkeiten ergeben, die letztlich die Begründung divergierender Entscheidungen möglich macht.

Wichtiger Schritt bei der Beurteilung, ob ein Sachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsnorm gefasst werden und damit die Rechtsfolge auslösen kann, ist eine begriffliche Bestimmung der Tatbestandsmerkmale. Dazu müssen die Tatbestandsmerkmale definiert werden. Hier liegt der Knackpunkt. Das genaue Definieren der einzelnen Merkmale kann den Rechtsanwendenden leichter fallen, wenn die rechtlichen Begrifflichkeiten eindeutig bestimmbar sind; es keine interpretatorischen Möglichkeiten gibt; dies ist vor allem iF einer vorhandenen Legaldefinition denkbar. *Raabe et al.*³²⁵ nennen hier exemplarisch § 104 Nr. 1 BGB, der die Geschäftsunfähigkeit auf das „nicht vollendete siebente Lebensjahr“ bezieht und damit das Tatbestandsmerkmal im Abgleich mit dem Sachverhalt eine eindeutige Rechtsfolge ergibt. Überdies ist dieses Merkmal aufgrund seiner Quantifizierbarkeit besonders geeignet.

Deren Formalisierung setzt die Abbildung dieses sog. „begrifflichen Wissens“ voraus. Für diese Darstellung verwendet die Informatik ein semantisches Modell (oder begriffliche Datenmodellierung), das mit speziellen Modellierungsprimitiven arbeitet, wobei ein Modellierungsprimitiv üblicherweise ein Prädikatsymbol mit vorbelegter Bedeutung ist.³²⁶ Den Symbolen für Prädikate wird eine vorbelegte Bedeutung zugewiesen. Das semantische Modell geht also von einer Allgemeingültigkeit eines Begriffes aus.³²⁷

*Raabe et al.*³²⁸ nennen die wichtigsten Modellierungsprimitive zur begrifflichen Datenmodellierung. Zur Veranschaulichung soll auf drei Primitive näher eingegangen werden. Das erste Modellierungsprimitiv ist die

Ausgangsprämisse auf den Einzelfall, in den meisten Fällen nicht mit den Mitteln der Logik zu erschöpfen ist, sondern das juristische Werkzeug der Auslegung zur Anwendung kommt.

³²⁵ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 61.

³²⁶ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 111.

³²⁷ *Reisinger*, *Rechtinformatik*, 1977, S. 208 f.

³²⁸ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, S. 111.

Klasse/Klassifikation. Dies meint die Zuordnung von Objekten zu Klassen, wobei sich eine Klasse aus dem Namen und der zugehörigen Definition zusammensetzt. Die Klassendefinition ergibt sich aus den der Klasse zugeordneten Relationen und Attributen (Zuordnung kann anschaulich mit einem Verb (Relation) verglichen werden, das auf das Objekt dieser Klasse passt. Verb „spielt“ (Relation) passt bspw. auf Kind (Klasse) als Objekt eines Satzes, aber nicht auf Stein). Dieses Primitiv ist geeignet zur Gruppierung ähnlicher Individuen. Ein weiteres Modellierungsprimitiv sind die **Relationen**, die, wie bei der klassischen Logik, verwendet werden, um Beziehungen zwischen Objekten zu formalisieren. **Attribute** sind spezielle Relationen. Sie setzen Objekte in Beziehung zu Datentypen wie Zahlenwerten oder Datumsangaben. So kann beispielsweise die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit einer Person, die mit Vollendung des 18. Lebensjahres angenommen wird, in Abhängigkeit vom Geburtsdatum bestimmt werden. Eine weitere wichtige Relation ist die **Spezialisierung**. Mit dieser können Ober- und Unterklassen gebildet werden. So kann beispielsweise formal abgebildet werden, dass alle Nutzungen auch Verwendungen sind. Die Gesamtheit aller Klassen und Relationen bildet dann das semantische Modell. Es handelt sich demnach um eine strukturierte Darstellung begrifflichen Wissens.

In Bezug auf die Abbildung gesetzlicher Strukturen erlauben es begriffliche Modellierungssprachen, notwendige Merkmale eines Tatbestandes und die nötige Definition des Tatbestandsmerkmals in Klassendefinitionen anzugeben. Weist dann ein neuer Fall die Relation (oder das Attribut, o. Ä.) nicht auf, kann es folgerichtig nicht der Klasse angehören.³²⁹

Komplexe Schwierigkeiten treten dann auf, wenn der Rechtsbegriff unbestimmt oder mehrdeutig ist und eine Auslegung des Begriffes erfolgen muss, um feststellen zu können, ob die Parameter des vorliegenden Sachverhaltes unter die Rechtsbegriffe subsumierbar sind. Hier wird die Unzulänglichkeit des semantischen Modells in Hinblick auf die Rechtssprache offenbar. Durch die Annahme der Allgemeingültigkeit ergibt ein Begriff bei jeder beliebigen Einsetzung für seine aussagelogischen Variablen und bei jeder Interpretation seiner Prädikate eine wahre Aussage.³³⁰ Der Mensch kann durch erlernte Methodiken mit unklaren, vieldeutigen Ausdrücken etwas anfangen,

³²⁹ Raabe et al., *Recht ex machina*, 2012, S. 114 f.

³³⁰ Reisinger, *Rechtinformatik*, 1977, S. 208.

sie richtig verstehen; hingegen hat die Maschine, wie gezeigt, nur eine sehr geringe Toleranz für Mehrdeutigkeiten.³³¹ Die weit überwiegend verbreitete Auslegungsmethodik³³² beleuchtet den Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes, die Systematik, also Stellung im Gesamtkonzept des Gesetzes³³³, die Historie, mithin die Entstehungsgeschichte und die Teleologie, ergo den Gesetzeszweck³³⁴. Bereits hier drängt sich auf, dass das begriffliche Modell dort an seine Grenzen gelangt, wo Begriffe auslegungsbedürftig sind und unter Umständen auch gesellschaftlichen Veränderungen oder schwankenden Vorstellungen unterliegen und daher in richterrechtlicher Fortbildung genauer bestimmt oder fortgeführt werden.³³⁵ Hier müsste zunächst eine Standardisierung der Rechtsbegriffe erfolgen, um eine Transformation zu ermöglichen.

dd) Die Bildung von Ontologien

Ontologien sollen Rechtsbegriffe repräsentieren. Sie knüpfen an den methodischen Ansatz des beschriebenen Justizsyllogismus an und sollen durch den Aufbau einer rechtlichen Ontologie dessen Schwächen kompensieren. Ontologien fußen auf Wissensbasen, so dass sie über gespeichertes Wissen verfügen; es besteht ein Netzwerk aus Wissenskonzepten und Relationen.³³⁶ Hierbei handelt es sich um formale Wissensmodelle, die einen konzeptualisierenden Charakter aufweisen und damit eine Komplexitätsreduktion vornehmen.³³⁷ Voraussetzung und gleichzeitig die Schwierigkeit des Aufbaus einer Ontologie ist, dass neben der Syntax einer Rechtsnorm ebenso die Semantik der maßgeblichen Begriffe erfasst werden sollen. Dies erfordert Strukturwissen und Begriffsdenken, das jeweils juristisch geprägt und geschult ist. Hier stößt man unmittelbar auf das Problem, dass eine

³³¹ *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 60. Auf S. 52 weist *Luhmann* darauf hin, dass Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit der Rechtsnormen das Bezugsproblem der juristischen Mitwirkung am Entscheidungsprozess bilden.

³³² Siehe zur Auslegung der Gesetze ausführlich etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 134 ff., 141 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 42 ff.

³³³ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 145 ff bezeichnet dies als Bedeutungszusammenhang.

³³⁴ Eingehend zur Auslegungsmethodik der Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 149 ff.

³³⁵ Siehe hierzu *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 52, 61.

³³⁶ Eingehend *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 148.

³³⁷ Zu den verschiedenen Typen von Ontologien ausführlich: *Herold*, Demokratische Legitimation, 2019, S 54 ff., wobei Ontologien als vollständig abbildbare Wissensbasis insbesondere maßgeblich sind für die Entwicklung „intelligenter Entwicklungssysteme sind.

standardisierte Terminologie und ein einheitliches Verständnis oftmals nicht vorhanden und in diesen Fällen ebenso unerwünscht sind. Es handelt sich daher um eine eng umgrenzte und subjektive Wissensrepräsentation.

ee) Die Kritik der „offenen Semantik“

Anknüpfend an die Problematik des notwendigen Definierens bzw. der Wahrheitswertzuschreibung eines juristischen Entscheidungsparameters wird von Rechtstheoretikern und insbesondere Rechtslinguistikern oftmals der Einwand erhoben, dass das notwendige Definieren eine objektive, eindeutige und zwingende Festlegung des Begriffsverständnisses nötig macht und dies nicht nur dem rechtswissenschaftlichen Verständnis von Rechtssprache, sondern auch der Sprachwissenschaft zuwiderlaufe.³³⁸ Damit wird das Problem der „offenen Semantik“ angesprochen, wonach Semantik kein eindeutig bestimmbarer Inhalt zukomme.

Ausgangspunkt dieser Annahme ist zunächst, dass Semantik generell Rechtsnormen inhärent ist. Hier ist deutlich zu machen, dass Semantik kein rechtswissenschaftlicher, sondern vielmehr ein sprachwissenschaftlicher Begriff ist. Damit ist zunächst gesagt, dass die Bedeutung offener Semantik für die Automatisierbarkeit des Rechts nur dann gewichtig ist, wenn Rechtsnormen einen semantischen Inhalt haben. Also nur dann, wenn man zu der Feststellung gelangt, dass der Bedeutungsgehalt und die Veränderlichkeit eines Begriffes rechtliche Eigenschaften sind, gelangt man zu dem kaum auflösbaren Problem für die Automatisierbarkeit. Denn diese Annahme hat zur Folge, dass eine Automatisierbarkeit des Rechts nicht möglich sein kann, da Systeme jedenfalls nicht in juristisch befriedigendem Maße in der Lage sein können, die offene Semantik einer Rechtsnorm zu erkennen und „richtig“ anzuwenden. Deutlicher ausgedrückt wäre dies schon denklogisch überhaupt nicht möglich, da es ja gerade diese „richtige“ Anwendbarkeit nie geben kann. Das Argument der offenen Semantik würde die Automatisierung im Kern verbieten. Dies würde sogar die rein syntaktischen Elemente oder quantifizierten Angaben betreffen, weil man in der Konsequenz der Annahme davon ausgehen müsste, dass sich auch deren Bedeutung aufgrund des linguistischen Hintergrundes verändern könnte. Erkenntnistheoretische Prämisse dieser Annahme wäre, dass die

³³⁸ Zum Problem der Formalisierung etwa *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 (453).

Sprache in untrennbarer Weise mit dem Recht verbunden ist und das Recht als solches nicht existiert, sondern erfahren werden muss.³³⁹

Hinsichtlich der natürlichen Sprache herrscht die Überzeugung, dass diese in hohem Maße assoziativ und damit individuell erlernt wird.³⁴⁰ Hier wird davon ausgegangen, dass notwendige Definitionen nur auf Grundlage der eigenen assoziativen Sprache entstehen. Überträgt man dies auf die juristische Sprache, folgt, dass Semantik auch die Folge einer Lernstruktur ist, in der ein Wort in einen Kontext gesetzt wird, den der Erlernende letztlich in sein eigenes Vorstellungskonstrukt einbaut. So wird vertreten, dass beispielhaft jeder Rechtsstudent sich nur sein eigenes, einzigartiges Bild davon mache, wie sein persönliches juristisches Denken funktioniert.³⁴¹ In der Folge könne man daher nicht sagen, welches Rechtsdenken formalisiert werden könne und solle. Es gebe keine zwingende Verbindung zwischen Wort und bezeichnetem Objekt, da jedes Individuum in seinem eigenen, einzigartigen, persönlichen Bild gefangen sei.³⁴² Damit wäre die Semantik nicht nur ein offenes, sondern insbesondere auch ein individuelles Konstrukt, das keinen objektiven Gehalt aufweisen würde, sondern die Subjektivität immanent hätte.

Die Rechtssprache ist jedoch nicht so einfach zu reduzieren, eine Differenzierung ist an dieser Stelle geboten. Freilich ist auch die Rechtssprache eine natürliche Sprache. Gleichwohl enthält sie Charakteristika, die sie von der natürlichen Sprache abheben. So gibt es verschiedene juristische Termini, die wiederum zu unterscheiden sind. Beispielhaft seien die legaldefinierten Begriffe genannt oder Ausdrücke, deren Bedeutung eine regelhafte Bedeutung zukommt, sei es durch die Judikatur, Dogmatik oder Historie. Nicht zuletzt erfährt die Rechtssprache insbesondere Kodifikationen durch interdisziplinäre Einschläge, in jüngster Zeit insbesondere durch technisch konnotierte Fachbegriffe.³⁴³ Es kann bei vielen Tatbestandsmerkmalen und deren Begrifflichkeiten eine gewisse Stabilität der Bedeutung der verwendeten Worte ausgemacht werden, was nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig ist. Um die notwendige Öffnung der Rechtsanwendung für die Automatisierbarkeit sicherzustellen, bietet es sich an, danach zu

³³⁹ Dazu *Vogel*, in: *Zugänge zur Rechtssemantik*, 2015, 3 (7 ff.).

³⁴⁰ *Adrian*, RT 48, 2017, S. 77 (85); *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 2012, S. 15 f.

³⁴¹ *Adrian*, RT 48 (2017), S. 77 (88).

³⁴² *Adrian*, RT 48 (2017), S. 77 (84, 90).

³⁴³ *Mauer*, RT 46 (2015), S. 367 (369).

unterscheiden, welche natürlichsprachlichen Elemente einer Rechtsnorm sich starken Veränderungen ausgesetzt sehen und ggf. eine hohe Kontextvarianz aufweisen und insoweit in hohem Maße dem Diskurs unterliegen. In diesen Fällen ist eine Formalisierung als problematisch einzuschätzen.^{344 345}

ff) Zusammenfassung

Um Prozesse vollautomatisiert ablaufen zu lassen, ist es erforderlich, die notwendigen Datengrundlagen zu formalisieren. Dieses Vorgehen ist mit besonderen Schwierigkeiten behaftet, wenn es um die Formalisierung natürlicher Sprache geht und wird noch verschärft durch die notwendige Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtssprache. Die Übersetzung der Sprache erfolgt durch formale Logiken, wobei ein verobjektivierender Vorgang stattfindet.

Die Aussagenlogik ist deklarativ, kontextunabhängig und eindeutig. Hier werden einzelne Aussagen in atomare Sätze zerlegt und insoweit rein syntaktische Zusammenhänge beachtet. Die Aussagenlogik kommt dann an ihre engen Grenzen, wenn Kontextvarianzen und syntaktische Mehrdeutigkeiten auftreten. Diese sind nicht abbildbar.

Die klassische Logik versucht dieses Problem zu kompensieren, indem in begrenztem Maße auch der Inhaltswert eines Satzes durch Wahrheitswerte und die Verwendung von Bindegliedern wiedergegeben werden können. Die klassische Logik arbeitet hier mit Objekten und Relationen, so dass bestimmte Beziehungen verschiedener Elemente dargestellt und berücksichtigt werden können. Die klassische Logik ist über diese festgelegte Relation hinaus jedoch

³⁴⁴ Ebenso *Herold*, Demokratische Legitimation, 2019, S. 79.

³⁴⁵ *Adrian*, RT 48 (2017), S. 77 (95 ff., insb. 101, 103, 113) vertritt hierüber hinausgehend in seinem Entwurf einer „Quasi-Quantentheorie der juristischen Sprache“ den Standpunkt, dass auch komplexe juristische Sachverhalte automatisiert bearbeitet werden können, wenn nur eine möglichst große Zahl an Sprachpraktiken und Reaktionen aus rein formalen, syntaktischen Zeichen maschinell verarbeitbar vorliegt und so algorithmisch ausgewertet werden kann. So soll auch eine juristisch komplexe Entscheidung maschinell erzeugbar sein, indem aus dem Vergleich von Zeichenmengen (bestehend aus Teilmengen bspw. aller Texte der betreffenden geltenden Gesetze, Teilmenge aller Texte aus den entsprechenden Themenkomplex betreffender Fachliteratur, alle das Themenfeld betreffende höchstrichterliche Urteile) eine künstliche, syntaktische Struktur bzw. Bedeutung abgeleitet wird. Dies stellt eine rein formale, vergleichende Untersuchung von syntaktischen Zeichen, ohne semantische Bedeutung, nach bestimmten Kriterien (etwa Quelle des Zeichens, Bezug auf andere Zeichen bzw. Zeichenketten, Häufigkeit von Zeichen) dar. So sollen die für die syntaktische Struktur bedeutsamen Sprachquanten bzw. Ketten von Sprachquanten sichtbar und handhabbar gemacht werden. Es wird damit ein syntaktisches Netz gebildet.

weiterhin nicht in der Lage, umfängliche Varianzen abzubilden. Begriffliches Wissen, das über die explizite Beschreibung eines Begriffes hinausgeht, ist auch mit der klassischen Logik nicht möglich.

Für die Darstellung eines solchen begrifflichen Wissens verwendet die Informatik oftmals das sogenannte semantische Modell, das mit Modellierungsprimitiven und verschiedenen Relationen arbeitet, um begriffliches Wissen strukturiert darzustellen. Dieses Modell geht zwar über die Fähigkeiten der klassischen Logik hinaus, indem es durch die Verwendung verschiedener Relationen eine begriffliche Struktur schafft; gleichsam verhilft auch dieses Modell nicht darüber hinweg, dass etwa unbestimmte Rechtsbegriffe mit derart variierenden und außertatbestandlichen Zuschreibungen konfrontiert sind, die freilich die Grenzen des Systems sprengen. An diese Grenze stößt auch die Bildung von Ontologien, die auf Wissensbasen basieren.

Auf Grundlage dieser Feststellungen ist es daher notwendig, herauszuarbeiten, an welchen Stellen der Rechtsanwendung diese Logiken nicht zu einer Verkürzung der juristisch notwendigen Arbeitsweise führen, sondern sie gleichsam erfüllen können. Insoweit kann festgestellt werden, dass die Einschätzung *Luhmanns*³⁴⁶, dass das Recht generell nicht in dem Sinne rational sei, dass es als Anwendung eines Logiksystems dargestellt und damit automatisiert werden könne, nicht den Gegebenheiten entsprechen kann. Gleichwohl gilt auch weiterhin, dass im Bereich der denkbaren Vollautomatisierung das Eigenständige der juristischen Gedankenarbeit überwiegend im Bereich nicht-logischer, nicht-schematisierbarer Rechtsanwendungen liegt.

*c) Die Umsetzung determinierter Entscheidungsprogramme
durch regelbasierte Systeme*

In Hinblick auf die Automatisierbarkeit von Rechtsanwendungen wird für die Anwendung eines regelbasierten Systems davon ausgegangen, dass die Syntax einer Rechtsnorm formalisierbar ist. Voraussetzung ist, dass die Norm in eine standardisierte Wenn-Dann-Form gebracht werden kann. Dies erfolgt in der

³⁴⁶ *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 59, weist selbst darauf hin, dass diese Argumentation nur auf die 1966 gegenwärtige Situation fixiert sei und der Gedankengang daher „vermutlich eines Tages aus den Angeln gehoben“ werden würde.

Umsetzung durch eine händische Syntaxprogrammierung. Das „Wenn“ sind hierbei die Tatbestandsmerkmale und das „Dann“ die Rechtsfolge.³⁴⁷ Innerhalb der Merkmale wird eine syntaktische Verbindung geschlossen. So bilden „und“ oder „oder“ etc. Relationen zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen, die problemfrei in formaler Sprache abbildbar sind.³⁴⁸ Nach einer derartigen Formalisierung kann das Programm dann als Algorithmus abgespielt werden. Für diese Art der Anwendung eignen sich Rechtsnormen, die derart klare Strukturen aufweisen, dass sie mit Begriffen und logischen Relationen abgebildet werden können.³⁴⁹

aa) Funktionsweise und Abbildefähigkeiten
regelbasierter Systeme

Regelbasierte Systeme greifen auf eine regelhafte Wissensbasis zurück, die bereichsbezogen ist. Sie haben die Fähigkeit, Schlussfolgerungen aus vorhandenem, in der Wissensbasis gespeichertem, Wissen zu ziehen.³⁵⁰ Die konkrete Wissensausformung resultiert aus dem Bereich, aus dem die von dem System zu bearbeitenden und zu lösenden Fälle stammen.³⁵¹ Die Regeln drücken hierbei generisches, vom speziellen Sachverhalt abstrahierendes, Wissen aus.³⁵² Im Unterschied hierzu geht es bei den noch näher zu beleuchtenden fallbasierten Systemen um Erfahrungswissen; Wissen, das mit konkreten Beispielen und Situationen verbunden ist.³⁵³ Die Wissensbasis eines regelbasierten Systems enthält Objekte und deren Beschreibungen mittels einer endlichen Menge diskreter Werte; die Regeln repräsentieren in diesem System die Zusammenhänge zwischen den Objekten oder Mengen von Objekten.³⁵⁴ Die zentrale Leistung eines regelbasierten Systems zeigt sich in der Fähigkeit, komplexe Informationen durch die Verkettung von Regeln zu verarbeiten.³⁵⁵ Vorteilhaft an regelbasierten Systemen ist insbesondere, dass

³⁴⁷ Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 2017, S. 42; ähnlich Haft, *Elektronische Datenverarbeitung im Recht*, 1970, S. 39; Mauer, *RT 46* (2015), S. 367 (374).

³⁴⁸ Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 2017, S. 43; Haft, *Elektronische Datenverarbeitung im Recht*, 1970, S. 39.

³⁴⁹ Ebenso Herold, *Demokratische Legitimation*, 2019, S. 52; Hoffmann-Riem, *AöR* 145 (2020), 1 (14, 17), der darauf hinweist, dass eine Umsetzung in technische Regeln bei der Rechtsanwendung dort problematisch ist, wo bedeutsame Wissensstrukturen bestünden, deren Komplexität nicht ohne Verluste reduziert werden könnten.

³⁵⁰ Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 20.

³⁵¹ Zu den verschiedenen Wissenskomponenten siehe auch die Ausführungen in Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 18.

³⁵² Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 158.

³⁵³ Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 158.

³⁵⁴ Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 76.

³⁵⁵ Beierle/Kern-Isberner, *Methoden wissensbasierter Systeme*, 2008, S. 79.

sie über eine grundsätzlich gute Erklärungsfähigkeit verfügen, indem sie die zur Schlussfolgerung herangezogenen Regeln auflisten und so eine Argumentationskette abbilden.³⁵⁶ Dieser Vorteil ist insbesondere in Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren zu nennen, bei dem jedem Verwaltungsakt eine Begründung, die den Anforderungen des § 39 VwVfG entsprechen muss, beizufügen ist, so dass der Bürger die für die konkrete Entscheidung maßgeblichen Gründe erfährt, um so in der Lage zu sein, seine Rechte sachgemäß zu verteidigen.³⁵⁷

Regelbasierte Systeme sind insbesondere dafür geeignet, massenhafte, repetitive Verfahren und streng steuerbare Aufgaben auszuführen.³⁵⁸ In diesem Zusammenhang wird die sog. „if-then-Regel“³⁵⁹ genannt. Regelbasierte Systeme sind somit formalisierte Konditionalprogramme, bei denen „if“ die Prämisse und „then“ die Konklusion darstellt. Gilt diese Regel immer, spricht man von einer deterministischen Regel.³⁶⁰ Diese Systeme sind nicht als intelligent zu bezeichnen, da das System nur auf der Basis des Vorwissens neue Fälle löst. Das System funktioniert nur dann, wenn eine klar umschriebene Grundlage vorhanden ist, die eine eindeutige Folge auslöst.³⁶¹

Ein klassisches Beispiel eines regelbasierten Systems ist das des Geldautomaten. Hier liegen Regeln vor, die die Auszahlung gestatten oder verweigern.³⁶² Sind die Karte gültig, die PIN richtig eingegeben, die erlaubten Eingabeversuche nicht überschritten, der Kontostand ausreichend und der maximale Auszahlungsbetrag eingehalten, erfolgt die Auszahlung („if -> then“).

Die Programmregel lässt sich wie folgt darstellen:

if
Karte = gültig **and**
PIN = richtig **and**

³⁵⁶ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 87.

³⁵⁷ BVerfGE 6, 32, 44; BVerfGE 40, 276, 286; BVerfGE 22, 212, 217; BVerfGE 38, 191, 194; BVerfGE 91, 24, 45; BVerwG NJW 1981, 1917, 1918.

³⁵⁸ *Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 58.

³⁵⁹ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S.76.

³⁶⁰ Insgesamt lesenswert zur Funktionsweise regelbasierter Systeme *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 72 ff..

³⁶¹ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 77.

³⁶² Ausführlich zu diesem Beispiel *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 7; siehe ergänzend zur Funktionsweise regelbasierter Systeme insbesondere auch S. 72 ff..

Versuche = nicht überschritten **and**
Betrag ≤ Maximalbetrag **and**
Kontostand = ausreichend

then

Auszahlung = soll erfolgen

if

PIN = falsch

then

Auszahlung = soll nicht erfolgen

Damit der Geldautomat korrekt arbeitet, muss ein sog. Regelinterpreter die Anwendung der Regeln steuern.³⁶³ Wird das System dann auf einen speziellen Fall angewendet, kommt das fallspezifische Wissen hinzu, das dann einer Lösung zugeführt werden muss. Im „Geldautomaten-Fall“ könnte dies bspw. eine Person sein, deren Konto nicht gedeckt ist, so dass eine Auszahlung nicht erfolgen darf.

*Haft*³⁶⁴ hat sich 1970 mit den Herausforderungen der Juristensprache und einer möglichen Programmschreibung auseinandergesetzt. Er stellt dar, dass man von einer juristischen Betrachtung der auszuführenden Operation schrittweise eine Annäherung an die Besonderheiten der Maschinensprache vornehmen müsse, in welcher das Programm in Form logisch zusammenhängender Befehle fixiert würde. Diese Annäherung beginnt nach *Haft* bei den einzelnen Merkmalen des gesetzlichen Tatbestandes und der Rechtsfolge, die in einfachen Wenn-Dann-Beziehungen bestehen. Er geht von deterministischen Vorgängen aus, bei der das Maschinenprogramm letztlich keine alternative Handlungsoption als die determinierte zugesteht.³⁶⁵ Daraus zieht er den Schluss, dass der maschinelle Teil nur die Erklärung des zuvor vollkommen gebildeten Entscheidungswillens darstellt, der in Form eines Programms vorliegt und mithin die letzte Stufe der Maschinentätigkeit rechtlich irrelevant sei.³⁶⁶ Er erkennt, dass die logische Beziehung zwischen den Faktoren geklärt werden müsse. Dies wiederum führt zur Analyse einer Vielzahl an

³⁶³ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 72.

³⁶⁴ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 39.

³⁶⁵ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 65.

³⁶⁶ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 65, 69.

Fallgestaltungen. *Haft* bedient sich dabei einer formalen Logik (UND, ODER, ABER NICHT), die Wenn-Dann-Entscheidungen vorsieht.³⁶⁷

Haft arbeitete so ein 8-stufiges Schema zur Programmierung heraus. Die Schritte 1-3 (Programmierung, Codierung und Eingabe des Programmes) beinhalten hierbei den gebildeten Entscheidungswillen der Behörde; die Schritte 4-6 (Feststellung der Eingabewerte, Codierung der Eingabewerte, Eingabe der Eingabewerte) enthalten das Pendant des abstrakten Entscheidungswillens in Form der konkreten Fallfeststellungen; die Stufen 7&8 führen die Maschinenoperation schließlich zum gewünschten Ergebnis.³⁶⁸

Ein gesetzliches Konditionalprogramm, das diesen Anforderungen entspricht, kann in eine formale maschinenlesbare Sprache übersetzt und automatisiert vollzogen werden; wobei bei der Modellierung der Wissensbasis Wert auf eine möglichst einfache syntaktische Form der Regeln zu legen ist, um eine effizientere Abarbeitung der Regeln zu erreichen und die Übersichtlichkeit der Regelwirkungen zu verbessern.³⁶⁹

Regelbasierte deterministische Systeme arbeiten meist in einer klassisch-logischen Umgebung.³⁷⁰ Die Voraussetzungen des Tatbestandes müssen dabei mit eindeutigen Merkmalen belegt werden, so dass sie algorithmisch verarbeitbar sind. Die Anwendung auf den konkret zu lösenden Verwaltungsfall wird so als logischer Prozess automatisiert. Der mit einem neuen Fall konfrontierte Algorithmus prüft, ob die konkreten Sachverhaltsdaten die definierten Merkmale erfüllen und damit die ermessensfreie Rechtsfolge herbeiführen. Es bedarf hier eines Verfahrens, das die realen Gegebenheiten erfasst, in einen rechtlichen Sachverhalt umstrukturiert, diesen Sachverhalt unter Rechtsnormen subsumiert und schließlich die Rechtsfolge anordnet.³⁷¹

Die Herausforderung ist hierbei, dass der Algorithmus auf eindeutige Definitionen von Rechtsbegriffen angewiesen ist, um die Entscheidungsregeln einer rechtlichen Vorschrift automatisiert prüfen zu können; der Maschine müssen klare Kriterien vorliegen, nach denen sie prüfen kann, ob ein konkret

³⁶⁷ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 39.

³⁶⁸ All das: *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 65.

³⁶⁹ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 73.

³⁷⁰ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 74.

³⁷¹ Beachte auch § 9 VwVfG; s. auch *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 135 ff.; *Herold*, Demokratische Legitimation, 2019, S. 32.

vorliegender Fall einem Rechtsbegriff entspricht oder nicht.³⁷² Die Füllung dieser notwendigen eindeutigen Definitionsmerkmale kann entweder durch direkte Hinterlegung in dem System erfolgen oder es können Verknüpfungen mit Datenquellen sinnvoll und notwendig sein.³⁷³ Hier wird jedem Begriff (Tatbestandsmerkmal) eine oder mehrere Datenquellen zugeordnet;³⁷⁴ so kann beispielsweise bei der Voraussetzung eines Wohnsitzes in Deutschland eine Verknüpfung mit der Datenquelle Melderegister erfolgen. Wichtig ist, dass regelbasierte Systeme in einem Sinne determiniert sind, dass sie eindeutige Regeln benötigen. Ein Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen, über deren Interpretation in Rechtsprechung und Literatur oftmals vortrefflich diskutiert wird, ist diesen Systemen nicht möglich. Unbestimmten Rechtsbegriffen ist es immanent, dass sie inhaltlich nicht genau bestimmt oder definiert sind.³⁷⁵ Hieraus folgen Schwierigkeiten für deren konkrete Bestimmbarkeit.

Die Heranziehung mehrerer Faktoren ist nötig, die an dieser Stelle nicht abschließend genannt werden – maßgeblich ist etwa die bisherige Verwaltungspraxis, der Umgang der Rechtsprechung, herrschende Meinungen, abweichende Ansichten und konkrete auf den Sachverhalt bezogene Umstände. Die Bestimmung im konkreten Einzelfall bedarf der Wertung, oftmals eine prognostische Beurteilung und damit eines umfänglichen Abwägungsvorgangs.³⁷⁶ Regelbasierte Systeme sind aber gerade nicht in der Lage, bspw. durch eine vergleichsweise Annäherung die evidenteste Interpretation der Begrifflichkeit herauszufiltern und ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Im Gegensatz hierzu gibt es Tatbestandsmerkmale, die sehr genau bestimmt bzw. inhaltlich eindeutig sind; etwa weil sie quantifizierbare Daten enthalten oder in rechtlicher Hinsicht, wenn sie durch Gesetze oder Rechtsprechung einer klaren Bestimmung zugeführt sind (bspw. Gewerbe, Sache, volle Geschäftsfähigkeit).³⁷⁷ Damit zeigt sich der begrenzte

³⁷² Kar et al., Recht Digital, 2019, S. 10.

³⁷³ Vgl. Kar et al., Recht Digital, 2019, S. 14.

³⁷⁴ Kar et al., Recht Digital, 2019, S. 11.

³⁷⁵ Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 27 ff. mit Beispielen: Zuverlässigkeit, öffentliches Interesse, wichtiger Grund, besonderer Härtefall, Eignung.

³⁷⁶ Vgl. Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 29.

³⁷⁷ Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 27. Zur Verdeutlichung der verwendeten Begrifflichkeiten soll der Beurteilungsspielraum noch näher erläutert werden. Zu diesem gibt es verschiedene Lehren. Einer früheren Auffassung mit teils divergierenden Begründungen folgend, sollte durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zum Ausdruck kommen, dass der Behörde in bestimmten Konstellationen ein Beurteilungsspielraum zustehe; mithin ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Handlungsbereich (Bachof, JZ 1955, 95; Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309.) Die hM heute geht von der normativen Ermächtigungslehre aus,

Anwendungsbereich dieser Systeme auf eindeutig definierte Tatbestände mit gebundener Rechtsfolge.³⁷⁸ Für deren Automatisierung eignen sich diese Systeme jedoch besonders, da sie keinerlei eigentätiges Entscheidungsverhalten entfalten, sondern ohne Abweichung ihren hinterlegten Regeln folgen. Ein Autonomierisiko des Systems besteht demnach nicht.

bb) Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anhörungs- und Begründungspflichten

Ein wichtiger Aspekt bei der Frage nach der Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens von der Aufnahme und Verifizierung des Sachverhaltes über die Entscheidung an sich hin zur Bekanntgabe eines Bescheides sind insbesondere die rechtsstaatlich schwerwiegenden Grundsätze der Anhörungspflicht und Begründungspflicht zu untersuchen. Könnte diesen Pflichten durch einen Automatisierungsprozess durch regelbasierte Systeme

wonach nicht schlechthin jeder unbestimmte Rechtsbegriff diesen eigenen Handlungsbereich der Verwaltung eröffnet, sondern nur dort, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich festgelegt hat. Dies kann sich aus dem Gesetz ausdrücklich ergeben oder im Wege der Auslegung zu ermitteln sein. Das BVerwG geht von der vollen Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe aus, so dass der Verwaltung kein Beurteilungsspielraum zustehen würde. Ausnahmen müssten besonders gerechtfertigt sein und sich aus der gesetzlichen Regelung entnehmen lassen. Das BVerfG und BVerwG haben hierzu Fallgruppen herausgearbeitet: (gute Übersicht bei *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 37 ff.).

- (1) Prüfungsentscheidungen (BVerwGE 75, 275 und (einschränkend) BVerfGE 88, 40, 56 ff.);
- (2) Beamtenrechtliche Beurteilungen (Bspw. BVerwGE 21, 127; 60, 245; 97, 128, 129 (dienstliche Beurteilung der Beamten durch ihre Vorgesetzten); BVerfG-K NVwZ 2002, 1318; BVerfGK, Beschluss vom 5.9.2007 (juris); BVerwGE 123, 346; 128, 329 (Einstellung, Beförderung und Verwendung einer Beamtin/eines Beamten, Richterin/Richters und Soldatin/Soldaten));
- (3) Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie Ausschüsse (BVerwGE 21, 127; 60, 245; 97, 128, 129 (dienstliche Beurteilung der Beamten durch ihre Vorgesetzten); BVerfG-K NVwZ 2002, 1318; BVerfGK, Beschluss vom 5.9.2007 (juris); BVerwGE 123, 346; 128, 329 (Einstellung, Beförderung und Verwendung eines Beamten/einer Beamtin, Richters/Richterin und Soldaten/Soldatin));
- (4) Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen (v. a. Umweltrecht & Wirtschaftsrecht) (BVerwGE 79, 208, 213 ff. und 82, 295, 299 ff.); (Bedrohung der Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes und Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen durch Neuzulassung von Taxen) und zu den Risikoermittlungen und Risikobewertungen BVerwGE 72, 300, 316 f. und 81, 185, 190 ff.; (die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Gefahren durch den Betrieb von Kernkraftwerken gem. § 7 II Nr. 3 AtomG, auch soweit sie durch Einwirkungen Dritter entstehen können); BVerwG DVBl. 1999, 1138 (entsprechend zu § 13 I Nr. 4 GenTG));
- (5) Entscheidungen, die an vorgegebene Ziele und Faktoren im Bereich VerwPolitik anknüpfen (BVerwGE 26, 65, 77; 39, 291, 299 (behördliche Stellenplanung als Vorgabe für die Beurteilung des „dienstlichen Bedürfnisses für die Versetzung eines Beamten“); BVerwGE 97, 203 (militärische Tiefflüge, verteidigungspolitische Beurteilungsermächtigung des zuständigen Bundesministers)).

³⁷⁸ *Hermstrüwer*, AI and Administrative Decisions under Uncertainty, 2020, S. 199 (204 f.), der diesen Anwendungsbereich in sog. "weak cases" erblickt.

nicht hinreichend Genüge getan werden, könnten dadurch der Vollautomatisierung ihre gesetzsimmanenten Grenzen aufgezeigt werden.

(1) *Anhörungspflicht, § 28 VwVfG*

Wie unter § 2 dargestellt, begründet § 28 I VwVfG die Pflicht der Behörde den Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung zu erheblichen Tatsachen zu geben. Inhaltlich bedeutet dies, dass die Beteiligten zu diesen Tatsachen Stellung nehmen und so auf die Entscheidung Einfluss nehmen können müssen. Gleichzeitig besteht die Pflicht der Behörde, die vorgebrachten Umstände tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und in die Erwägungen einzubeziehen.³⁷⁹ In formeller Hinsicht bestehen mit Blick auf § 28 VwVfG keine Formvorgaben; die Anhörung ist formfrei. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, dass die Beteiligte/der Beteiligte ihr/sein Anliegen in angemessener Weise vorbringen kann. Diese Notwendigkeit variiert sinngemäß mit dem Komplexitätsgrad der Sache. In Hinblick auf die Ausnahmetatbestände des § 28 II VwVfG ergibt sich die Prüfpflicht der Behörde zur einzelfallabhängigen Abwägung, ob eine Anhörung im Einzelfall durchzuführen ist.³⁸⁰ § 28 II VwVfG begründet damit keine „Blankovollmacht“. Wie bereits ausgeführt, ist von diesem Ermessen in Hinblick auf ein vollautomatisiert durchgeführtes Verfahren jedenfalls dann fehlerhaft Gebrauch gemacht, wenn lediglich aufgrund des Einsatzes vollautomatisiert arbeitender Maschinen eine Anhörung nicht erfolgen würde.^{381 382}

³⁷⁹ So BVerfG NVwZ 2010, 954 (955); NJW 2009, 1585 (1586); MMR 2009, 605; VerfGH Berlin, 04.03.2009, 14/05, juris Rn 39; JR 2009, 325ff; BVerwG DVBl 2010, 1056; BVerwG DVBl 1997, 856.

³⁸⁰ Vgl. BGH NVwZ 2002, 509, 510; BVerwGE 68, 271. Ferner Ehlers, Die Verwaltung 2004, 255 (262 f.), der darauf hinweist, dass das Verlangen des § 28 Abs. 2, auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, gegen ein intendiertes Ermessen sprechen könnte.

³⁸¹ Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28, Rn. 57.

³⁸² Es besteht eine breite Diskussion um die Frage, ob § 28 VwVfG auf die Leistungsverwaltung überhaupt Anwendung findet (zur Diskussion: Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28, Rn. 31-32b). Im Mittelpunkt dieser Untersuchungen stehen konkrete Rechtsansprüche des Bürgers auf eine bestimmte Verwaltungsleistung und damit insbesondere die Vollautomatisierung von Verfahren, die auf konkreten Anspruchsgrundlagen gründen. Hier kann einerseits überzeugend die Ansicht vertreten werden, dass der Schutzzweck der Anhörungspflichten in Bezug auf die Sicherung bürgerschützender Verfahrensvorschriften keine Rechtfertigung in einem Verfahren der Leistungsverwaltung findet. Andererseits dienen die Anhörungspflichten nicht nur der Sicherung der Rechte der Betroffenen, sondern eben auch der Ermittlung eines „richtigen“ Sachverhaltes. Die Mitwirkung des Betroffenen ist hier ein nicht zu unterschätzender Faktor, da erst seine Informationen zu den tatsächlichen Grundlagen ein effizientes Verfahren sichern kann. Andernfalls müssten etliche Nachfragen und alleinige Ermittlungen der Behörden eine solche Mitwirkung ersetzen, so dass hier der Auffassung gefolgt werden soll, dass eine Anhörungspflicht auch im Falle der Leistungsverwaltung grundsätzlich besteht.

Bei der vollautomatisierten Durchführung eines Verwaltungsfalles, sei es ein solcher der Leistungs- oder Eingriffsverwaltung, ist, wie in § 2 bereits ausgeführt, grundsätzlich nicht von der Anwendung einer Ausnahmegvorschrift auszugehen, so dass die Anhörung auch bei der Durchführung durch ein regelbasiertes System durchgeführt werden muss.

Die Einhaltung der Anhörungspflicht kann mittels vorformulierter Templates gesichert werden. Die für die Entscheidung relevanten Tatsachen werden aufgenommen, um sie zu formalisieren und von einem regelbasierten System auslesen zu lassen. Es ist hierbei von Bedeutung, dass eine medienbruchfreie Aufnahme sämtlicher relevanter Tatsachen sichergestellt ist, um eine Weiterverarbeitung unmittelbar zu ermöglichen. Gerade in den Strukturen der hier diskutierten Rechtsgrundlagen ohne Beurteilungsspielräume oder Ermessen wird so dem Sinn und Zweck der Anhörungspflicht hinreichend Genüge getan, da Abwägungen gerade nicht stattfinden müssen, die in der Regel der Aufarbeitung und Aufnahme eines komplexeren Sachverhaltes bedürfen. Um die richtige Aufnahme der insoweit relevanten und möglicherweise im Einzelfall divergierenden Tatsachen zu sichern, sind den Bürgerinnen und Bürgern technische Hilfestellungen zu geben, etwa in Form von Chatbots. Sollte ein Verwaltungsfall gravierende Abweichungen im Tatsachenvortrag zum „Standardfall“ aufweisen, wäre eine Aussteuerung denkbar, so dass letztlich die persönliche Bearbeitung erfolgen würde. Dies schmälert jedoch nicht die generelle Geeignetheit der Vollautomatisierung in den aufgezeigten Fällen, da derart schematisch ablaufenden Entscheidungen bereits eine gewisse Einfachheit impliziert ist und die Tatsachenerhebung im Vergleich zu komplexen Entscheidungsregimen, hier sei etwa an das Baurecht gedacht, meist einfach ist. Genannt sei wiederum das Beispiel des Kindergeldanspruches, auf das noch näher einzugehen sein wird.

(2) Begründungspflicht, § 39 VwVfG

Eine vielfach erhöhte Schwierigkeit bieten die Begründungspflichten aus § 39 VwVfG. § 39 I 2 VwVfG legt fest, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe dem Bürger/der Bürgerin zu offenbaren sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Damit sind die tragenden Gründe der Entscheidung bezeichnet, die in Hinblick auf die Sachverhaltsgrundlage, die Subsumtionsschritte und dem Ergebnis zu nennen

sind.³⁸³ Wie aus § 39 I 3 VwVfG ersichtlich ist, gibt es weitere Anforderungen an die Begründung von Ermessensentscheidungen. Ebenso erweitert sich der Umfang der Darstellungen bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder Beurteilungsspielräumen. Generell darf sich die Begründung nicht in der Nennung einer Rechtsgrundlage oder formelhaften Wendungen erschöpfen, sondern muss den konkreten Sachverhalt aufgreifen und einzelfallbezogen die Entscheidung darlegen. Damit steigen oder fallen die Anforderungen an den Umfang nach der Entscheidungsbegründung von Fall zu Fall.³⁸⁴ Die Begründung verkörpert damit zweierlei: Einerseits den Anspruch auf rechtsstaatliche Entscheidung auf argumentative Richtigkeit und zweitens die Bindung der Verwaltung an das demokratische Gesetz, wobei eine „möglichst richtige“ Entscheidung durch die Verknüpfung des positiven Rechts mit der juristischen Methodik entstehen soll.³⁸⁵

Ausnahmen ergeben sich aus § 39 II VwVfG. Hier ist ein Augenmerk auf § 39 I Nr. 1 VwVfG zu legen, der eine Begründung dann nicht für notwendig erachtet, soweit die Behörde einem Antrag entspricht und nicht in Rechte Dritter eingreift. Dies kann bei den in dieser Untersuchung in den Blick genommenen Entscheidungen der Leistungsverwaltung eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen, wenn Leistungsanträgen in Gänze stattgegeben wird.

§ 39 II Nr. 3 VwVfG nimmt bei gleichartigen Verwaltungsakten in größerer Zahl eine Begründungspflicht des konkreten Falles ausnahmsweise nicht an. Hierbei geht es um Verwaltungsakte, die innerhalb eines zeitlichen Zusammenhanges auf dieselbe Rechtsgrundlage und denselben Sachverhalt gestützt werden. Diese dürfen ausdrücklich keine konkrete Regelung eines Einzelschicksals enthalten. In letzteren Fällen kann jedoch eine gleichartige Begründung bei einem gleichartigen Sachverhalt zulässig sein. Hinsichtlich der ebenso genannten Ausnahme des § 39 II Nr. 3 2. Alt. VwVfG wurde bereits darauf hingewiesen, dass an dieser Stelle die Begründungspflicht auch bei vollautomatisiert erlassenen Verwaltungsakten nicht rundheraus entfällt. Es kann jedoch die Überzeugung zu den zulässigen Grenzen des § 39 VwVfG

³⁸³ Zu der erforderlichen Angabe der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe allgemein *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 39, Rn. 43 ff.; *Malorny*, Pflicht zur Begründung von VA, 1981, S. 102 f.; OVG Münster NJW 2016, 518 Rn. 52.

³⁸⁴ BT-Drs. 7/910, S. 60.

³⁸⁵ So *Wischmeyer*, in: *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 7, der noch eine dritte Funktion in der Möglichkeit der Prüfung durch den Adressaten, ob es aussichtsreich ist, sich gegen die Entscheidung zu wenden, sieht.

insoweit fruchtbar gemacht werden, dass auf eine formularmäßige Begründung zurückgegriffen werden kann, wenn eine hinreichende Würdigung des konkret zu entscheidenden Falles erkennbar wird.³⁸⁶

Aus Vorstehendem kann für diese Untersuchung zweierlei gefolgert werden. Zunächst ergibt sich eine Ausnahme für die Begründungspflicht in Fällen, in welchen einem Antrag rundheraus stattgegeben und ein entsprechender Bescheid erstellt wird. Hinsichtlich der gebundenen Eingriffsverwaltung und ablehnenden Entscheidungen der Leistungsverwaltung stellt sich damit jedoch weiterhin das Problem der Begründungspflicht, was technische Herausforderungen auch im Falle des Einsatzes regelbasierter Systeme mit sich bringt. Softwareanwendungen sind bislang technisch nicht darauf ausgelegt, Ergebnisse mit Begründungen zu versehen. Allerdings werfen regelbasierte Systeme, wie gezeigt, ein Ergebnis aus, das ihrer binären Logik folgt. Das bedeutet bei diesen Systemen, dass sie nach der Befolgung des ihnen implementierten Wenn-Dann-Schemas zu einem Ergebnis gelangen und dieses dokumentieren. Die vergleichsweise einfache Entscheidungsstruktur dieser Systeme ist auch in Hinblick auf das Einhalten der Begründungspflichten als vorteilhaft, wenn auch nicht trivial zu bezeichnen. Sie folgen streng vorgegebenen Entscheidungsparametern, so dass die einzelnen Arbeitsschritte, die verwendeten Daten und die Abzweigungen in einem Entscheidungsbaum rekonstruiert werden können, um daraus eine nachvollziehbare Begründung hervorzubringen.³⁸⁷ Wichtig ist hierbei, dass das mathematische Erklärungsmodell wiederum in natürliche Sprache transformiert wird, um auch der Bürgerin/dem Bürger als Technik- und Rechtslaien/laien verständlich zu sein. In den vorliegend relevanten Fällen muss die Bürgerin/der Bürger über die Entscheidungsstruktur und die im Einzelfall ausschlaggebenden Tatsachen informiert werden, um dem Erfordernis der Offenbarung der wesentlichen Gründe zu entsprechen.³⁸⁸ Die Implementierung einer solchen Begründung wird erst dann herausfordernd, wenn komplexe maschinelle Lernverfahren vorhanden sind, die das sog. Black-Box-Phänomen betreffen und daher nur äußerst schwer nachvollziehbar sind.

³⁸⁶ Ebenso *Roth-Isigkeit*, DÖV 2020, 1018 (1025).

³⁸⁷ Ausführlich zu den technischen Herausforderungen der Begründungspflicht *Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 193 ff.; zur Rekonstruktion des Entscheidungsbaums S. 194.

³⁸⁸ *Martini*, JZ 2017, 1017 (1020) hält es für ausreichend, aber auch erforderlich, eine Information über die grundsätzliche Entscheidungsstruktur, die den implementierten Algorithmen zugrunde liegt, offenzulegen, um die entscheidungsleitenden Prinzipien auch im Einzelfall nachvollziehbar zu machen.

Freilich sollten Begründungen mit Blick auf deren rechtsstaatliche Aufgabenerfüllung auch beim Einsatz regelbasierter Entscheidungssysteme nachvollziehbar gestaltet werden. Problemfrei kann die Behörde jedoch präzise Auskunft darüber erteilen, dass eine vollautomatisierte Entscheidung getroffen wurde und typische Entscheidungsfaktoren benennen.³⁸⁹ Insoweit kann auch das System und die maßgeblichen Daten ausgeworfen und zu einer Begründung geformt werden.³⁹⁰ Die regelhaft ablaufenden Programme können hierbei durch mitprogrammierte Textbausteine eine hinreichend nachvollziehbare Begründung für die hergestellte Entscheidung liefern. Soweit man die notwendige Differenzierung zwischen der Herstellung und Darstellung einer Entscheidung unter Zugrundlegung der Annahme, dass die juristische Entscheidungsfindung selbst eine black-box ist und die Darstellung der getroffenen Entscheidung nicht nachweisbar die Entstehung der Entscheidung abbildet,³⁹¹ vornimmt, sollte in den skizzierten Fällen das Hindernis der Begründungspflicht bei einfachen Wenn-Dann-Entscheidungen die Automatisierung nicht verhindern dürfen.³⁹² Auch wenn bislang klare Maßstäbe zur Begründungsdichte im Einzelfall beim Einsatz algorithmischer Systeme fehlen.

(3) Zwischenergebnis

In Hinblick auf das Erfordernis der Einhaltung von Anhörungs- und Begründungspflichten ergeben sich für die hier relevanten Fälle keine unüberwindbaren Hürden. Sie sind freilich bei der Erarbeitung des Ablaufes, beginnend bei der Schnittstelle des Bürgers/der Bürgerin, insbesondere in Antragsverfahren, zu berücksichtigen und entsprechend zu implementieren. Durch den klar vorstrukturierten Entscheidungsablauf und die Quantifizierbarkeit des jeweiligen Ergebnisses ist eine solche Programmstruktur jedoch möglich.

³⁸⁹ Siehe hier auch die eingesetzten regelbasierten algorithmischen Systeme im Steuerverfahren und die Begründung der Entscheidungen.

³⁹⁰ Siehe zuletzt *Wischmeyer*, in: *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 79: „Das System ist ja nicht stumm. Vielmehr kann es bzw. die Behörde als sein Betreiber in einem sehr präzise skalierbaren Maße Auskunft erteilen: Das reicht von der bloßen Angabe, dass eine KI-basierte Entscheidung erfolgt ist, über die Nennung typischer Entscheidungsfaktoren und eine mehr oder weniger präzise Beschreibung der Systemarchitektur bis hin zur Bereitstellung von Daten, die ein umfassendes System-Audit ermöglichen.“

³⁹¹ Ausführlich zur Problematik *Wischmeyer*, in: *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 73, 89.

³⁹² Im Ergebnis so auch *Wischmeyer*, in: *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 91.

cc) Kein entgegenstehendes Risiko

An die aufgeführten Aspekte, die eine konkrete Anforderung an die Verfahrensgestaltung in Bezug auf die geeigneten Verwaltungsfälle forcieren, knüpft die Frage danach an, ob durch eine derartige Verfahrensstrukturierung nicht hinnehmbare Risiken entstehen könnten. Um der Staat-Bürger-Beziehung gerecht zu werden, ist der Staat gehalten, bei seinen Entscheidungen und Handlungen keine Risiken zu schaffen, die er einerseits nicht verantworten und andererseits nicht kompensieren kann. Die Frage nach der Risikoübernahme stellt sich bei der Automatisierung der Entscheidung gebundener Entscheidung durch regelbasierte Systeme jedoch in keinem relevanten Maße. Die Diskussionen hinsichtlich der vertretbaren Risikoübernahme knüpfen zumeist dort an, wo ein System eingesetzt wird, das im Ergebnis rechtswidrige Entscheidungen trifft und damit Schäden verursacht. Dieses Risiko besteht jedoch bei fallbasierten Systemen, wenn auch nur eingeschränkt, und insbesondere ML-Systemen, bei denen sich das sog. Black-Box-Phänomen verwirklicht, nicht jedoch bei regelbasierten Systemen.

Nach der Programmierung dieser regelbasierten Systeme würde in dem notwendigerweise durchzuführenden Testlauf ein Fehlverhalten unmittelbar offenbar; zeigt sich ein solches nicht und kommt das System in allen dem Tatbestand entsprechenden Varianten zu der einzig richtigen Rechtsfolge, wird das System bei durchweg jedem Fall, das die formalisierten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, zu dem beschriebenen Ergebnis kommen. So wird z. B. jede/r Antragstellerin/Antragsteller, die/der sich im Regelungsbereich eines gebundenen Anspruches auf einen Bewohnerparkausweis befindet, bislang keinen Bewohnerparkausweis besitzt, in dem betreffenden Gebiet wohnt und dort ein Fahrzeug auf sich zugelassen hat, rechtmäßigerweise einen Bewohnerparkausweis ausgestellt bekommen. Freilich besteht grundsätzlich ein Risiko des gänzlichen Systemausfalles. Ein solcher würde jedoch unmittelbar auffallen und behoben und im schlimmsten Falle die betreffenden Fälle temporär wieder Amtswaltende zugeführt werden können. Sofern das Erfordernis der spezifischen Eingabe der relevanten Sachverhaltsdaten durch die Bürgerin/den Bürger sichergestellt ist, ergibt sich keine Notwendigkeit eines Risikomanagementsystems, wie es etwa das Steuerrecht vorsieht.

dd) Die Abgrenzung zu fallbasierten und lernenden Systemen und deren Autonomierisiko

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht die Betrachtung einer Verfahrensermessensreduktion auf Null durch den Einsatz vollautomatisiert arbeitender Systeme. Wie gezeigt, kann eine solche nur angenommen werden, wenn die vollautomatisierte Verfahrensgestaltung wenigstens eines der Optimierungsgebote bei sonst gleicher Beurteilung besser zur Geltung bringt. Dies steht durchweg unter der Betrachtungsperspektive der Produktion einer rechtmäßigen Entscheidung. Die gesicherte rechtmäßige Entscheidung durch das System kann nur bei regelbasierten Systemen angenommen werden. Dies resultiert aus dem Autonomierisiko fallbasierter und maschinell lernender Systeme, die nötig wären, um bspw. auch Ermessensspielräume abzubilden. Das Verfahrensermessen kann sich daher in Hinblick auf den Einsatz dieser Systeme nicht auf Null reduziert haben. Dies resultiert aus den nachfolgend in gebotener Kürze dargestellten technischen Hintergründen.

(1) Fallbasierte Systeme

Im Unterschied zu regelbasierten Systemen besteht die Wissensbasis bei fallbasierten Systemen aus einer Sammlung von Fällen, in denen spezifische frühere Erfahrungen gespeichert sind.³⁹³ Fallbasierte Systeme verfügen also nicht nur über generisches Wissen, das es ihnen ermöglicht, immer nur ein binäres Problem zu lösen (Geldauszahlung ja/nein; Kindergeld ja/nein). Vielmehr verfügen sie über eine Wissensbasis, die Vokabular, Ähnlichkeitsmaße, eine Fallbasis und eine Lösungstransformation enthält.³⁹⁴ Sie greifen also auf eine Wissensbasis zurück, in der bereits gelöste Probleme als Fall gespeichert sind, so dass die Falllösung nicht regel- sondern erinnerungsbasiert ist.³⁹⁵ Die Fälle in der Wissensbasis sind in formaler Sprache gespeichert. Der zu lösende konkrete Fall muss dann ebenso in einer Repräsentationssprache vorliegen, so dass das System in der Lage ist, Ähnlichkeiten zwischen den Fällen zu finden.³⁹⁶

Somit lässt sich feststellen, dass fallbasierte Systeme davon ausgehen, dass ähnliche Probleme ähnliche Schlussfolgerungen nach sich ziehen. Das

³⁹³ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 158.

³⁹⁴ *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 303.

³⁹⁵ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 158.

³⁹⁶ *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 77; *Ertel, Wolfgang*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 2013, S. 20 ff; *Görz et al.*, Handbuch KI, 2014, S. 305.

Verständnis von Begrifflichkeiten wird bspw. durch die „ständige Rechtsprechung“ perpetuiert, so dass eine gewisse Verlässlichkeit besteht und ähnliche Sachverhalte unter Zugrundelegung des Verständnisses der gefestigten oder ständigen Rechtsprechung in rechtlicher Hinsicht ähnlichen Lösungen zugeführt werden. Damit wird durch eine mit der Zeit steigende Anzahl des Umgangs mit den jeweiligen Begrifflichkeiten eine erkennbare Richtung vorgegeben. Sofern die entschiedenen Fälle maschinenlesbar in der Fallbasis gespeichert und der konkret zu lösende Fall maschinenlesbar eingespeist wird, kann das fallbasierte System ebenjene rechtlich relevanten Ähnlichkeiten erkennen und anwenden. Gleiches gilt auch für die Hinterlegung etwaiger Verwaltungsvorschriften oder sonstiger Begriffsprägungen. Hierzu eignet sich besonders ein interpretatives fallbasiertes System.³⁹⁷ Dabei werden die festgestellten Unterschiede dahingehend untersucht, ob sie entscheidend für die Einschätzung der neuen Situation sind oder nicht.³⁹⁸

In Hinblick auf die Anwendbarkeit eines solchen Systems ist auf zweierlei hinzuweisen. Wie dargestellt, müssen Ähnlichkeiten und Unterschiede in einer maschinenlesbaren und -verarbeitbaren Repräsentationssprache dargestellt werden, die das Programm verarbeiten und analysieren kann. Für die Anwendung dieses Systems auf rechtliche Fallkonstellationen muss Wissen über den zu entscheidenden Sachverhalt und zur Erkennung und Einstufung rechtlich relevanter Ähnlichkeiten und Unterschiede in formaler Sprache dargestellt werden. Damit ist das Kernproblem der Formalisierung vieler Rechtssätze definiert. Die systemimmanente Unbestimmtheit folgt aus dem Charakter der Gesetze, die auf unbestimmt viele Fälle anwendbar sein und eine unbestimmte Anzahl an Adressaten umfassen sollen. Hieraus folgt unmittelbar die Gefahr der Produktion rechtswidriger Entscheidungen, das einerseits auf Probleme bei der Formalisierbarkeit und andererseits auf das systemimmanente Risiko „falscher“ erkannter Ähnlichkeiten zurückzuführen sein kann, so dass hinsichtlich des Einsatzes eines solchen Systems jedenfalls kein Anwendungsgebot bestehen kann.³⁹⁹

³⁹⁷ Zum interpretativen Schließen in Abgrenzung zum problemlösenden Schließen *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 165.

³⁹⁸ *Beierle/Kern-Isberner*, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 165.

³⁹⁹ Ein weiteres Problem der Anwendbarkeit eines derartigen Systems im deutschen Rechtskreis sind die nicht vorhandenen Datenmengen. Es gibt hierzulande zwei bekannte juristische Datenbanken (beck-online und juris). Diese sind jedoch weder öffentlich zugänglich noch aus offizieller Quelle. Die Gerichtsentscheidungen sind oftmals nicht unverändert und die Datenbank erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit (siehe zur Problematik der fehlenden Datenbanken auch *Coupette/Fleckner*, JZ 2018, 379 (380)). Ganz zu schweigen davon, dass die

(2) Lernende Systeme

Nachdem die bislang dargestellten Systeme durch ein zuvor festgelegtes Programm in der Lage sind, Schlüsse auf einer festgelegten Wissensbasis zu ziehen, trainieren lernende Algorithmen durch das Verarbeiten von Daten selbst ein Modell.^{400 401} Kann bei den bislang dargestellten Systemen noch nicht

Daten nicht unmittelbar automatisiert weiter verwendet werden können, da sie nicht in der nötigen formalen Sprache hinterlegt und verfügbar sind. Nun gibt es zwar die Möglichkeit, auf offizielle Datenbanken einzelner Gerichte zuzugreifen; diese Sammlungen sind jedoch nicht vollständig und reichen nicht lange zurück. So gibt es z. B. eine Entscheidungsdatenbank für Entscheidungen des Bundessozialgerichts erst seit 2018, die des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesfinanzhofes seit 2012, die Datenbank des BVerwG geht zurück bis ins Jahr 2002 und die des BGH bis 2000 (BGH Entscheidungen ab dem Jahr 2000: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288;> BVerwG Entscheidungen ab dem Jahr 2002: [https://www.bverwg.de/suche?lim=10&start=1&db=e&q=* &dt=;](https://www.bverwg.de/suche?lim=10&start=1&db=e&q=* &dt=) BVerfG: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html;jsessionid=5874462D5073D9086FECAC95D386F8BB.1_cid393?language_=de; BFH ab 2010: [https://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online;](https://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online) BAG ab 2010: <https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=en>). Es wird deutlich, dass die für eine sinnvolle maschinelle Verarbeitung notwendige Datenlage in Deutschland derzeit nicht vorhanden ist, da die notwendige Menge an juristischen Daten für die Feststellung der o. g. „Richtung“ generell und insbesondere nicht automatisiert verarbeitbar vorhanden ist. Es müsste eine Datensammlung mit einem Korpus maschinenlesbar aufbereiteter Gerichtsentscheidungen, bestenfalls im HTML- oder XML-Format vorhanden sein.

⁴⁰⁰ *Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2. Zuletzt mit informativer, kurzbündiger Übersicht zu den Unterschieden der algorithmischen Systeme: *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (3 f).

⁴⁰¹ Mit den Begriffen Verstärkendes Lernen, Lernen von Entscheidungsbäumen, Tiefes Lernen, KNN und die Stützvektormethode werden verschiedene Lernmethoden der maschinell lernenden Systeme bezeichnet. Sie stellen daher Unterkategorien des Oberbegriffes „ML“ dar. Wie das nicht überwachte Lernen benötigt auch das verstärkende Lernen keine bearbeiteten Ausgangsdaten. Das System lernt durch ein Feedback iSv Verstärkungen, also Belohnungen oder Bestrafungen, nachdem es eine Aktion ausgeführt hat (*Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 811). Auch das Lernen von Entscheidungsbäumen stellt eine Form des überwachten maschinellen Lernens dar. Die Maschine lernt auch hier selbst. Ziel dieser Lernform ist in erster Linie die Wissensextrahierung aus Daten, so dass dies eine vielverwendete Möglichkeit der Klassifikation und Regression darstellt. Vorteil dieser Lernform ist, dass das Wissen nicht nur als Funktion verfügbar und anwendbar ist, sondern in Form eines anschaulichen Entscheidungsbaumes von Menschen leicht verstanden, interpretiert und kontrolliert werden kann (*Ertel*, Grundkurs KI, 2013, S. 217). Das System generiert hierbei selbstständig einen Entscheidungsbaum anhand von Ausgangsdaten (*Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 110). Das Deep Learning bildet eine Unterform des überwachten Maschinellen Lernens und die KNN wiederum eine Unterform des tiefen Lernens. Beim tiefen Lernen wird eine gestufte Hierarchie unterschiedlicher Konzepte verwendet (*Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2). Das bedeutet, dass zwischen der Eingabe bestimmter Parameter und der Ausgabe des Ergebnisses in das Anlagesystem eines Computers sog. tiefe Architekturen geschaltet werden, die aus mehreren Schichten bestehen und den Lernerfolg der Systeme optimieren (*Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2). Das tiefe Lernen hat durch diese vielen Schichten den Vorteil, dass es auch schwache Abhängigkeiten zwischen Variablen erkennen kann (*Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 24). Ein KNN als Teilgebiet des tiefen Lernens benötigt Trainingsdaten, ein Modell und einen Algorithmus. Der Algorithmus trainiert das Modell, um die Muster in den

davon gesprochen werden, dass diese künstlich intelligent sind, ändert sich dies nun mit den lernenden Systemen.⁴⁰²

Ist es doch genau die Aufnahme von Wissen, die Verarbeitung, Klassifizierung durch das Verstehen des Kontextes, die Anwendung durch eine Transferleistung des Gehirns auf neue Sachverhalte und das Lernen aus Erfahrungen, das in seiner Gesamtheit und Zusammenschau einen Menschen als intelligent bezeichnen lässt, so geht es bei den lernenden Systemen genau um dieses Zusammenspiel. Dem Menschen ähnlich, sollen sie Aufgaben anhand zur Verfügung gestellter Datenmengen schrittweise lösen, indem sie Wissen in Form von Daten klassifizieren, Schlüsse daraus ziehen und ein Modell mit Merkmalsvariablen bilden, auf Basis dessen sie die Transferleistung erbringen können und ihre dabei generierte Erfahrung wieder verarbeiten.

Es existieren hierbei verschiedene trainierbare Modelle, die in Datensätzen vorhandene Muster, Regelmäßigkeiten und Anomalien feststellen und in einem Modell formalisieren können.⁴⁰³ Lernende Systeme arbeiten dabei in zunächst unbekanntem Umgebungen. Sie erkennen Gesetzmäßigkeiten in den anvertrauten Daten und ziehen daraus dynamisch Schlüsse.⁴⁰⁴ Die Systeme verbessern dabei ihr eigenes Verhalten durch Beobachtung der eigenen Erfahrungen.⁴⁰⁵ Die lernenden Systeme werden in überwachte und unüberwachte Lernsysteme unterschieden.

Stark vereinfacht ausgedrückt, trainiert beim überwachten Lernen ein bestimmter Lernalgorithmus anhand von Trainingsdaten ein Modell, welches dann für strukturell gleiche Daten eine Entscheidung vorhersagen kann.⁴⁰⁶

Daten zu erkennen (*Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 24). Ein so gebildetes KNN setzt sich aus Knoten oder Einheiten zusammen, die durch gerichtete Verknüpfungen verbunden sind, wobei jeder Verknüpfung ein numerisches Gewicht zugeordnet ist, das die Stärke und das Vorzeichen der Verknüpfung bestimmt (*Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 846 f.). Der Lösungspfad hängt von unzähligen gewichteten Einzelentscheidungen einzelner Netzwerkknoten ab (*Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 24).

⁴⁰² Hier muss beachtet werden, dass auch fallbasierte Systeme lernende sein können und somit ebenfalls als „intelligent“ bezeichnet werden können.

⁴⁰³ Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 44; *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 109 f.

⁴⁰⁴ *Martini*, Blackbox-Algorithmus, 2019, S. 21.

⁴⁰⁵ *Russell/Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3. Aufl. 2012, S. 83, 809.

⁴⁰⁶ Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 2018, S. 30; siehe zum System des überwachten Lernens auch *Finck*, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 2.

Beim überwachten Lernen werden die Eingabedaten vor der Lernphase kategorisiert und bewertet; die Daten werden „gelabeled“.⁴⁰⁷ Beim nicht überwachten Lernen ist es nicht erforderlich, dass Schulungsdaten gekennzeichnet werden.⁴⁰⁸ Das System weiß nicht, was es lernen soll; es gibt demnach im Gegensatz zum überwachten Lernen keinen „richtigen“ Output, der sich in Trainingsdaten manifestiert und anhand derer ein Modell zur analogen Lösung gleichgelagerter Probleme erstellt werden kann. Das System lernt vielmehr Muster in der Eingabe zu erkennen.⁴⁰⁹ Beim nicht überwachten Lernen werden Machine-Learning-Algorithmen verwendet, die auf Kategorien ähnlicher Dokumente schließen, aber ohne dass ein menschlicher Experte ein Trainingsset von manuell gelabelten Beispielen eingibt.⁴¹⁰

Das Machine Learning und die darauf basierenden künstlich intelligenten Systeme stoßen bei der Frage nach der Automatisierbarkeit des Entscheidungsverhaltens einer Verwaltungsbehörde an technische Grenzen, die sich auch hier an der mangelnden Formalisierbarkeit des Rechts manifestieren. Zur Implementierung eines solch intelligenten Systems bei Entscheidungen, die keine reinen Konditionalprogramme enthalten, benötigt die Verwaltungsbehörde Vorhersagen, die über die zu klassifizierenden Fälle, die zur Entscheidung anstehen, verallgemeinerbar sind. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder Ermessensentscheidungen erfolgt damit eine schematisch notwendige Festlegung, die sich nach der rechtlichen Vorstellung lediglich im normativen Bereich zu bewegen hat und der legislativen, administrativen und gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollte. Die Verwaltungsgesetze und die verankerten Bedingungen sind derzeit jedenfalls zu vage, um sie quantifizierbar zu machen. Dies beginnt beim Trainingsmodell und der Entscheidung über das für das Trainingsset maßgebliche Datenpaket und mündet unmittelbar in die darauf basierende, kaum nachvollziehbare Modellierung durch das System. Derartige Unwägbarkeiten führen dazu, dass eine Automatisierung dieses Entscheidungsverhaltens der Verwaltung bei „harten“ Fällen und damit Fällen, in denen es um Interpretationen, Hypothesen und Abwägungen geht, jedenfalls nicht mit Sicherheit zur Produktion rechtmäßiger Entscheidungen führen muss, da sie als sog. Black-Box agieren und letztlich eben nicht mehr nachvollziehbar ist, auf welcher Grundlage,

⁴⁰⁷ *Finck, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 3.*

⁴⁰⁸ *Finck, Automated Decision-Making and Administrative Law, 2019, S. 3.*

⁴⁰⁹ *Ashley, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 247.*

⁴¹⁰ *Ashley, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 247.*

welcher, möglicherweise juristisch falsche, Schluss gezogen wurde. Dies verstärkt sich bei Systemen, die unüberwacht gelernt haben. Hier ist in Gänze nicht mehr nachzuvollziehen, welche Muster überhaupt erkannt und als maßgeblich eingestuft wurden; welche Knotenpunkte zwischen den Informationen gesetzt wurden.

Hinsichtlich der Frage nach der Vollautomatisierung ergeben sich Risiken durch rechtswidrige Entscheidungen, die bei dem einzelnen Bürger/ der einzelnen Bürgerin Schäden hervorrufen können. Dies geht einher mit dem Problem des Transparenzmangels, insbesondere bei ML-Systemen, das sog. *black-box*-Phänomen, und dem darauf basierenden Entstehenmüssen für Entscheidungen unter Ungewissheit.⁴¹¹ Die Opazität der Entscheidungen von KI-Systemen ist insoweit ein großes Hindernis. Die Systemprozesse sind schwierig bis unmöglich zu verstehen.

Indem das System über Techniken verfügen muss, die Wissen über den Sachverhalt und angewandte Rechtsfolgen darstellen und rechtlich relevante Ähnlichkeiten erkennt und darauf aufbauend selbstständig qualifiziert und clustert,⁴¹² verwirklicht sich die Autonomie des Systems. Die Gründe und durch das System als relevant eingestuft Schwerpunkte für die konkrete Entscheidung sind für den menschlichen Beobachtenden nur sehr schwer nachvollziehbar. Das System ist also durchaus in der Lage, Parallelen und Unterscheide zu erkennen und dann eine Entscheidung auszuwerfen, der ein gewisser Prozentsatz an Richtigkeit zugesprochen werden kann; gleichsam ist aber nicht sichergestellt, ob der in einem Einzelfall, aus der Sicht einer Juristin/eines Juristen, maßgebliche Unterschied nuanciert genug oder überhaupt beachtet wird.⁴¹³ Dies wird umso weniger nachvollziehbar, je

⁴¹¹ Zu dem Problem von „KI und Verantwortung“ Rademacher, in: Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 54 ff.

⁴¹² Ashley, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 77.

⁴¹³ Luhmann (Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 65) prägte die Formulierung, dass ein Jurist im Gegensatz zu einem Programm in der „Realzeit des natürlichen Erlebens“ entscheide und damit dem Einfluss einer Vielzahl von Faktoren ausgesetzt sei. Zudem setzen sich zu prüfende Tatbestandsmerkmale meist aus einer Reihe von Wörtern zusammen oder ergeben sich implizit. So ist das zu prüfende Merkmal der Pflichtverletzung bei einem zu prüfenden Schadensersatzanspruch wörtlich dargestellt als: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“. Hier kommt ein Algorithmus, der mit nicht aufbereiteten Daten arbeitet, zwar nicht technisch, aber aus juristischer Perspektive an seine Grenzen. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass die „Pflichtverletzung“ rein sprachlich so nicht zu finden ist, sondern gleichsam, da sich eine solche nicht abschließend aus dem kontextualen Bezug des Gesetzes und der umliegenden Gesetze ergibt, sondern durch die Art des zu beurteilenden Schuldverhältnisses geprägt ist. Selbst in diesen, dem sog. „besonderen Schuldrecht“

komplexer das System ist – je mehr es in der Lage ist, selbst zu klassifizieren. Das Entscheidungsverhalten der Systeme ist daher schwer nachzuvollziehen oder zu erklären. Ebenjene Unberechenbarkeit und situative Unerklärbarkeit werden stets als aus rechtlicher Perspektive problembehaftete Eigenschaften der „KI“ genannt.⁴¹⁴

Die aufgezeigten Probleme führen zu einem Risiko der Produktion rechtswidriger Entscheidungen, woraus zum gegenwärtigen Zeitpunkt folgt, dass jedenfalls nicht von einer Verdichtung der Anforderungen hin zu einem gebotenen Einsatz dieser Systeme ausgegangen werden kann.

(3) Zwischenfazit

Die derzeit noch bestehenden technischen Herausforderungen in Kombination mit der Charakteristik der juristischen Arbeit führen dazu, dass sich in Hinblick auf die Frage nach der Verdichtung der Verfahrensermessensgrenzen auf Null, dahingehend, dass fallbasierte und ML- Systeme zwingend zum Einsatz kommen müssen, nicht angenommen werden kann, so dass nicht jegliche Typen des Verwaltungshandelns vollautomatisiert auszuführen sind. Die damit einhergehenden Risiken, die aus der Autonomie dieser Systeme resultieren, sind nicht derart überschaubar, dass es keine denkbare andere Verfahrensgestaltungsalternative geben kann. Vielmehr wankt hier das oberste Ziel des rechtmäßigen Verwaltungshandelns bedenklich. Freilich werden andererseits Gebote der Wirtschaftlichkeit oder Zügigkeit optimal zur Geltung gebracht, dies jedoch um die Gefahr der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit. Denn eine Verfahrensgestaltung, die die Gefahr birgt im erhöhten, nicht zu durchschauenden Maße rechtswidrige Entscheidungen zu produzieren, kann nicht zweckmäßig sein. Umgekehrt stellt sich vielmehr die Frage des

unterliegenden Gesetz ist nicht ausdrücklich und insbesondere nicht abschließend geklärt, wann eine Pflichtverletzung angenommen werden kann. Dies ergibt sich erst durch die Zusammenschau der Gesamtsystematik, der Wortlaute der Gesetze, der Historie, Teleologie, der richterrechtlichen Rechtsfortbildung und damit auch einer Fülle bereits entschiedener Fälle. Es sind damit Unmengen an Daten nötig; und selbst dann ist nicht nachvollziehbar, welche Schwerpunkte das System gesetzt hat, welche Parallelen es als maßgeblich erkannt und welche es verworfen hat.

⁴¹⁴ Als Herausforderung der „KI“ feststellend *Rademacher*, in: *Digitale Disruption und Recht*, 2020, S. 46; *Hoffmann-Riem*, AöR 145 (2020), 1 (15) zu dem Problem der Sicherung der Zurechenbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Erklärbarkeit und Kontrollierbarkeit von Entscheidungen.

gegensätzlichen Standpunktes der generellen Legitimation einer solchen Handlungsform.⁴¹⁵

ee) Zusammenfassung und Fazit

Das Problemlösungskonzept eines regelbasierten Systems wird, wie gezeigt, deduktiv erstellt.⁴¹⁶ Dem Algorithmus wird jeder einzelne Arbeitsschritt vorgegeben, so dass ein hierfür geeigneter Gesetzestext unter der Annahme, dass der Normtext den Norminhalt enthält,⁴¹⁷ schrittweise in einen Algorithmus übersetzt werden kann. Es wird von der Grundprämisse ausgegangen, dass Normtexte objektivierte Inhalte aufweisen. Für die Rechtsanwendung sind diese Systeme daher allenfalls bei „schwachen“ Fällen⁴¹⁸ hilfreich, gleichsam jedoch durch ihre Vorbestimmung risikoarm. Dies betrifft jene Fälle, in denen das gesetzliche Wenn-Dann-Schema eine spezifische Beschreibung der Bedingungen enthält und in der Folge der Verwaltungsbehörde eine zwingende Entscheidung zuweist.

Fallbasierte und lernende Systeme stoßen bei der Frage nach der Automatisierbarkeit des Entscheidungsverhaltens einer Verwaltungsbehörde insoweit an Grenzen, als sie zumindest in rechtlicher Hinsicht nicht die nötige Transparenz und Vorhersagbarkeit des Entscheidungsverhaltens aufweisen, dass sie bedenkenlos zum Einsatz kommen können. Dies beginnt beim Trainingsmodell und der Entscheidung über das für das Trainingsset maßgebliche Datenpaket und mündet unmittelbar in die darauf basierende, kaum nachvollziehbare Modellierung durch das System. Derartige Unwägbarkeiten führen dazu, dass eine Automatisierung dieses Entscheidungsverhaltens der Verwaltung bei „harten“ Fällen und damit Fällen, in denen es um Interpretationen, Hypothesen und Abwägungen geht, jedenfalls nicht verpflichtend sein kann.

⁴¹⁵ Zur Frage der demokratischen Legitimation lesenswert: *Herold*, Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, 2019.

⁴¹⁶ Ebenso *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 7.

⁴¹⁷ So die positivistische Auffassung von Recht, dazu *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 13 ff., 15.

⁴¹⁸ Siehe zur Begriffsbildung und -unterscheidung *Hermstrüwer*, AI and Administrative Decisions under Uncertainty, 2020, S. 199 (205 f.).

II. Der gebotene Einsatz regelbasierter Systeme zur Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens

a) Die für eine Vollautomatisierung durch regelbasierte Systeme geeigneten Entscheidungsprogramme

Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Erläuterungen drängt sich auf, dass der Einsatz regelbasierter Systeme im Verwaltungsverfahren und damit die Vollautomatisierung gewisser Entscheidungsregime eine alternativlose Verfahrensgestaltung darstellen, die zu einer Verfahrensermessensreduktion auf Null geführt hat.

In Hinblick auf den Regelungsbereich des § 35a VwVfG und des historischen Diskurses betrifft dies gebundene Verwaltungsentscheidungen, die keine unbestimmten Rechtsbegriffe enthalten und damit einem formalisierbaren Wenn-Dann-Schema entsprechen. Derartige Entscheidungsprogramme sind durch regelbasierte Systeme abbildbar und vollständig automatisiert durchführbar. § 35a VwVfG enthält für ebensolche Verwaltungsakte die Möglichkeit der Vollautomatisierung, nach Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung, so dass der Vorgang der Vollautomatisierung dieser Entscheidungsprogramme an sich bereits rechtlich geebnet wurde.

Die Idee, dass einfache gesetzliche Konditionalprogramme, die nach diesem Schema ablaufen, der Automatisierung offenstehen ist keine neue, sondern reicht bereits in die 60er Jahre zurück.⁴¹⁹ Die Diskussion in den 60er Jahren war vornehmlich geprägt durch die Auseinandersetzung mit dem Einsatz technischer Geräte in Bereichen, in denen standardisierte Arbeitsvorgänge in großer Zahl wesentlich gleichartig vorkommen.⁴²⁰ Hier findet sich u. a. bei *Luhmann*⁴²¹ die Darstellung, dass die Maschine Schritt für Schritt nach Maßgabe der Einzelinstruktionen arbeite und das Programm im Entscheidungsgang unabänderlich vorausgesetzt sei, so dass die Automatisierung, „ebenso wie das Recht“⁴²², Konditionalprogramme verwende. Der Entscheidungsbeitrag des Juristen/der Juristin sei grundsätzlich ebenfalls von der Vorstellung eines Wenn-Dann-Programmes geleitet - im

⁴¹⁹ U.a. *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 37; *Eberle*, *Die Verwaltung* 1987, 459 (462); *Zeidler*, *Technisierung der Verwaltung*, 1959, S. 21.

⁴²⁰ *Zeidler*, *Technisierung der Verwaltung*, 1959, S. 21.

⁴²¹ *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 49.

⁴²² *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 44.

Sinne des Schlusses von einem Tatbestand auf eine Rechtsfolge.⁴²³ Diese Vorstellung findet sich heute in der Funktionsweise regelbasierter Systeme wieder. Bereits in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bestand ein Konsens darüber, dass ein Maschineneinsatz dort sinnvoll ist, wo Massen an Einzelfällen nach einem immer selben Schema ablaufen und entschieden werden können.⁴²⁴

Auch in Hinblick auf gebundene Entscheidungen mit bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen steht freilich zunächst die Hürde der Formalisierbarkeit im Raum. Auch hier muss der Tatbestand in eine formale Sprache überführt werden, was bedingt, dass die Begriffe im besten Falle vollständig definiert und in ihrer Aussage eindeutig sind.⁴²⁵ Generell variieren Rechtsbegriffe aufgrund ihres generell-abstrakten Charakters in hohem Maße bezüglich ihres Kontextes⁴²⁶, diese Feststellung verliert jedoch an Gewichtigkeit je eindeutiger die Voraussetzungen formuliert sind. Diese Voraussetzungen finden sich am optimalsten in gebundenen Entscheidungen mit eindeutig bestimmten Rechtsbegriffen wieder und steigen mit der möglichen Quantifizierbarkeit der Begrifflichkeiten.

So ist beispielhaft die Voraussetzung „des Kindes unter 18 Jahren“ durch den Bezugspunkt des Geburtsdatums eine eindeutig quantifizierbare Tatbestandsvoraussetzung. Die logische Durchdringung dieser Tatbestandsmerkmale mittels logikbasierter Repräsentationssprache ist hier unproblematisch möglich, so dass eine Überleitung in ein begriffliches Datenmodell lückenlos erfolgen kann. Die Auslegungsbedürftigkeit und Kontextvarianz als Struktur des Rechtssystems tritt in derartig gelagerten Fällen nahezu vollständig zurück, was zur Folge hat, dass das Risiko einer „fehlerhaften“ Entscheidung des Systems aufgrund einer nicht erwünschten Klassifizierung eines Begriffes an dieser Stelle nicht vorliegt.

Nochmals kann auf die Aussage *Bulls*⁴²⁷ verwiesen werden, der davon ausging, dass derartig eingesetzte Maschinen nicht selbstständig tätig würden, da die

⁴²³ *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 51. Differenzierend *Schmidt*, AöR 96 (1971), 321 (332).

⁴²⁴ *Haft*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, 1970, S. 25 f.

⁴²⁵ *Raabe et al.*, Recht ex machina, 2012, S. 70.

⁴²⁶ Zur Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit der Rechtsnormen und dem Umweltbezug *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 52.

⁴²⁷ *Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 1964, S. 72.

Tätigkeit der Maschine determiniert sei. Hierzu führt er aus: „Behörden können sich aus diesen Gründen ohne Bedenken die Ergebnisse der maschinellen Berechnungen zu eigen machen; sie können sich darauf verlassen, dass das von ihnen im voraus geplante Verfahren automatisch zum richtigen Einzelergebnis führt.“

Am Beispiel des Bewohnerparkausweises⁴²⁸ kann dies anschaulich exemplifiziert werden. Voraussetzung ist zumeist, dass der Antragstellerin/dem Antragsteller noch kein Bewohnerparkausweis ausgestellt wurde, ihr/sein Hauptwohnsitz in betreffender Stadt liegt und sie/er in dieser Stadt ein zugelassenes Fahrzeug besitzt oder ein Fahrzeug zur ständigen Nutzung zur Verfügung hat. Daraus ergibt sich: If A Bewohnerparkausweis (-) and Hauptwohnsitz in W and in W zugelassenes Fahrzeug = Ausstellung (+). Die Tatbestandsvoraussetzungen enthalten in ihren Voraussetzungen weit überwiegend keine unbestimmten Rechtsbegriffe. Dies ergibt sich allenfalls für das Erfordernis der ständigen Nutzung für den Fall, dass sie/er ein Fahrzeug einer anderen Person nutzt. Für einen solchen Fall käme die Aussteuerung in Betracht oder die Führung eines maschinell überprüfbaren Nachweises.

Wie gezeigt, erfolgt die Umsetzung dieser Entscheidungsregime durch regelbasierte Systeme. Der eindeutige Vorteil dieser regelbasierten Systeme und damit deren unmittelbarer Nutzen für ein vollautomatisiertes Verwaltungsverfahren ist zum einen die Determinierung durch die Programmierung der Wissensbasis. Regelbasierte Systeme erzeugen keine Outputs unabhängig von deren festgelegten Regeln, sie sind nicht in der Lage, eigenständig Muster zu erkennen, zu clustern und darauf aufbauend Entscheidungen zu fällen. Die Wissensbasis ist eindeutig festgelegt. Das Entscheidungssystem prüft bei neuen Fällen nur, ob aus diesem hinterlegten Wissen die determinierte Schlussfolgerung gezogen werden kann.

Zum anderen ergibt sich deren Vorteilhaftigkeit aus der Erklärbarkeit durch Auflistung herangezogener Regeln und insoweit der Bildung einer nachvollziehbaren Argumentationskette.⁴²⁹ Regelbasierte Systeme sind starr und arbeiten in vorgegebenen Grenzen. Das macht sie zwar für viele Aufgaben der neuen technischen Gegenwart uninteressant oder schlicht ungeeignet. Für

⁴²⁸ Hierzu ist zu erwähnen, dass ein Anspruch hierauf in manchen Städten/Gemeinden als Ermessensnorm unter Bezugnahme auf § 45 StVO ausgestaltet ist.

⁴²⁹ *Beierle/Kern-Isbener, Methoden wissensbasierter Systeme, 2008, S. 87.*

die Automatisierung rechtlich relevanter Vorgänge ist deren Wert jedoch immens, da alleine regelbasierte Systeme in der Lage sind, vollautomatisiert Entscheidungen zu treffen und hierbei, unter der Voraussetzung richtiger Programmierung, durchweg rechtmäßige Entscheidungen treffen. Freilich steigt die Komplexität dennoch mit der Einbindung der reinen Entscheidungsfindung in ein Gesamtkomplex des vollautomatisierten Ablaufes, der bereits mit dem beschriebenen Ingangsetzen des Verfahrens medienbruchfrei über eine Plattform beginnt und hier verschiedene Entscheidungsebenen notwendig sind, die miteinander verbunden sein müssen, um ihre Wirkung voll zu entfalten.

Der Anwendungsbereich dieser regelbasierten Systeme ist bereits genannt. Um dies anschaulicher zu machen, ist auf folgende Beispiele hinzuweisen. Für einen derartigen Einsatz eignen sich, nicht abschließend und teilweise ergänzt durch reine Realakte, die jedoch in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen sind, da bspw. Meldeangelegenheiten einen enormen Teil der Verwaltungsarbeit ausmachen und ebenfalls regelhaften Arbeitsprozessen entsprechen, so dass zu nennen sind:

- Anwohnerparkgenehmigungen (sofern sie kein Ermessen auf Rechtsfolgenseite vorsehen)
- Passangelegenheiten
- Wohngeldverfahren
- Angelegenheiten rund um die Erteilung einer Urkunde (bspw. Geburtsurkunde)
- Kindergeldverfahren
- Elterngeldverfahren
- Leistungen für Bildung und Teilhabe
- Bearbeitung/Erhebung Kinderbetreuungskosten/Verpflegungskosten
- Rentenbezugsberechnungen- und bewilligungen
- Sterbegeld
- Waisen-/Witwenrenten
- Bafög-Verfahren
- Sozialleistungsbezüge
- KFZ-An-, Abmeldungen
- Meldeangelegenheiten
- Gewerbean-, um-, abmeldungen

Wie im Steuerverfahren ist dem System das Auswerfen nicht zur algorithmisierten Bearbeitung geeigneten Verfahren zu implementieren, so dass bspw. bei der Bewilligung des Kindergeldes derartige Verfahren ausgesteuert werden, die nicht dem schematischen Ablauf entsprechen. So können in diesem Bereich einzelfallbezogene Besonderheiten beispielsweise durch einen internationalen Bezug auftreten und sodann ausgesteuert werden.

b) Verdichtung der Verfahrensermessensgrenzen auf Null – Die Pflicht zum Einsatz regelbasierter Systeme zum Zwecke der Vollautomatisierung

aa) Ausgangspunkt

Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels ausgeführt, muss die Verfahrensermessensreduktion auf Null eine absolute Ausnahme vom Grundsatz des behördlichen Verfahrensgestaltungsspielraumes bleiben. Dies, wie gezeigt, nicht nur in Hinblick auf die Handhabung einer Ermessensvorschrift als solcher, sondern insbesondere mit Blick auf die besonders herausragende und exponierte Stellung des Verfahrensermessens, das mit Ermessensnormen des materiellen Rechts nur bedingt vergleichbar ist.

Um diese hohe Argumentationshürde überwinden zu können, muss bei den in Betracht kommenden Verfahrensgestaltungsalternativen zunächst feststehen, dass Zielgröße des Verwaltungsverfahrens eine rechtmäßige Entscheidung sein muss. Ist gesichert, dass auf analogem und automatisiertem Wege eine gleichsam rechtmäßige Entscheidung gefällt wird, die Vollautomatisierung jedoch die Optimierungsgebote des § 10 S. 2 VwVfG deutlich mehr verwirklicht, besteht mit Blick auf die notwendige Beachtung dieser Optimierungsgebote de lege lata kein Ermessensspielraum mehr – dies freilich nur dann, wenn nicht andere Risikogrößen einer solchen Einschätzung entgegenstehen. Vereinfacht gesagt, bedeutet dies: Kann eine formell und materiell rechtmäßige Entscheidung zügiger, einfacher, effizienter, wirtschaftlicher und damit insgesamt zweckmäßiger durch den Einsatz eines vollautomatisierten Systems hervorgebracht werden, verdichtet sich das Verfahrensermessen hin zu einem pflichtgebundenen Einsatz dieser Systeme.

Nun mag es zunächst verwundern, dass die Zielgröße der rechtmäßigen Entscheidung derart in den Fokus gerückt und damit eine Betrachtung aus dem Betrachtungswinkel des Handlungserfolges vorgenommen wird. So folgt aus

Art. 20 III GG für das analoge ebenso wie das automatisierte Verwaltungsverfahren die Bindung an Gesetz und Recht und damit an das rechtmäßige Entscheiden.

Dieser notwendige Perspektivwechsel ergibt sich aus dem Einsatz eines technischen Systems, bei dem die Entscheidung aus der Hand des menschlichen Entscheiders/der menschlichen Entscheiderin in den Systemablauf gegeben wird. Hier muss in Hinblick auf die verschiedenen Systemabläufe und -risiken deutlich gemacht werden, dass deren Einsatz, jedenfalls nach derzeitigem Stand, nur dort zu einer Verfahrensgestaltungsanweisung erstarken kann, wo gesichert ist, dass eine Verletzung des Art. 20 III GG ausscheidet. Wie gezeigt, ist dies alleine bei regelbasierten Systemen der Fall, da nur sie im Rahmen ihrer fest determinierten Struktur arbeiten.

Dieser Argumentation und der Einengung der Betrachtung auf rein regelbasierte Systeme kann entgegengehalten werden, dass auch menschliches Entscheiden kein Garant für rechtmäßiges Entscheiden ist. Diese Annahme als solche mag der Richtigkeit entsprechen, ändert jedoch nichts an den insoweit offensichtlich höheren Anforderungen an den Einsatz technischer Systeme. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass menschliches Entscheiden und dessen Fehlerhaftigkeit seit jeher das Verwaltungsbild prägen und es den Wertevorstellungen unseres Rechtssystems, das auf der Idee menschlicher Würde und Autonomie basiert, widerspricht, durch maschinelle Systeme Entscheidungen über Menschen treffen zu lassen. Zudem kann fehlerhaftes menschliches Verhalten nicht in einer Weise verhindert werden wie fehlerhafte Systemabläufe. Bei den jeweiligen Systemen können Risikogeneigtheiten aufgrund der Arbeitsweise zwar nicht konkret, aber abstrakt durchaus festgestellt werden, so dass man vor Arbeitsaufnahme dieser Systeme entscheiden kann, dass die Risiken für Art. 20 III GG als zu hoch eingeschätzt werden. Diese Möglichkeit bietet sich nicht gleichermaßen beim Einsatz menschlicher Amtswaltender. Hier muss, nach Erfüllung der Einstellungs Voraussetzungen, schlicht davon ausgegangen werden, dass rechtmäßige Entscheidungen getroffen werden. Die Entscheidungsgrundlage für den Einsatz menschlicher Amtswaltender oder eines algorithmenbasierten Systems sind damit grundlegend andere. Darüber hinaus besteht dieses Problem bei den hier relevanten Entscheidungsregimen nur bedingt. Die Amtswaltenden sind bei der gebundenen Entscheidung ebenso determiniert

wie das regelbasierte System, so dass bei beiden, wohlgermerkt willkürfreien, Vorgängen die rechtmäßige Entscheidung vorgegeben ist.

Bei dem Einsatz regelbasierter Systeme, deren korrekte Programmierung vorausgesetzt, die in einem fest determinierten Umfeld arbeiten, ist die Rechtmäßigkeit der Entscheidung gesichert. Das System trifft gleichförmig und willkürfrei die Entscheidungen im Rahmen des vorgegebenen Programmablaufes. Wenn also eine materiell rechtmäßige Entscheidung gleichsam gesichert ist, kann nur jene Verfahrensdurchführung formell rechtmäßig sein, die die Maximen des Verfahrensverfahrens bestmöglich optimiert.

bb) Die bestmögliche Verwirklichung der Optimierungsgebote durch den Einsatz regelbasierter Systeme

Wie in § 2 ausführlich dargestellt, sind dem Verfahrensermessen die rechtlichen Grenzen der Zügigkeit, Einfachheit und Zweckmäßigkeit der Verfahrensgestaltung sowie weitere das Ermessen begrenzende Handlungsmaßstäbe, wie das Wirtschaftlichkeits-, Effizienzprinzip oder Grundsätze der Objektivität, Neutralität, Akzeptanz, Transparenz und Partizipation, gesetzt.

Um eine Verdichtung der gesetzten Ermessensgrenzen auf Null zu begründen, muss feststehen, dass die vollautomatisierte Bearbeitung geeigneter Entscheidungsprogramme zumindest eines der Optimierungsgebote, bei sonst gleicher Optimierung, besser verwirklicht als die Bearbeitung durch Amtswaltende. Ist es gegeben, dass die beiden Verfahrensgestaltungsalternativen zur Produktion einer rechtmäßigen Entscheidung gleichermaßen effizient, wirtschaftlich, einfach oder zweckmäßig wären, das vollautomatisierte Verfahren jedoch weitaus zügiger durchgeführt werden könnte, würde alleine diese Feststellung bereits zur Annahme der Verfahrensreduktion führen. Wohlgermerkt immer unter der Voraussetzung der Produktion einer rechtmäßigen Entscheidung.

In diesem Zusammenhang führt unter Beachtung der dargestellten technischen Hintergründe eines regelbasierten Systems die Vollautomatisierung jedoch weit über diese Voraussetzung hinaus, indem sämtliche das Ermessen begrenzende Maßstäbe optimal verwirklicht werden können. Die

Vollautomatisierung der geeigneten Entscheidungsprogramme durch den Einsatz regelbasierter Systeme ist im optimalen Sinne zügig, einfach, zweckmäßig, effizient, wirtschaftlich, objektiv und transparent – dies bei der Einhaltung sowohl des Rechtmäßigkeitserfordernisses des Verwaltungshandelns und der Beachtung sonstiger Verfahrensmaßstäbe, wie des Anhörungs- oder Begründungserfordernisses.

(1) Die Verwirklichung der Optimierungsgebote

Evident an dieser Stelle wird das Gebot der Zügigkeit. Es kann ohne Umschweife festgestellt werden, dass die vollautomatisierte Bearbeitung eines Verwaltungsverfahrens bezüglich der Geschwindigkeit immer überlegen ist. Regelbasierte Systeme arbeiten durchweg zügiger als Amtswaltende. Nicht nur das, vielmehr tritt eine bestmögliche Optimierung dieses Gebotes ein, da derartige Entscheidungssysteme in der Lage sind, nahezu unbegrenzte Mengen hochauflösender Daten in kürzester Zeit zu analysieren und darauf basierend eine Entscheidung auszuwerfen. Es ist nach derzeitigem Stand keine denkbare Gestaltungsalternative ersichtlich, die binnen dieser kurzen Zeit, nämlich nahezu unmittelbar nach Antragstellung, eine Entscheidung produzieren und bekanntgeben kann. So wird die parallele Betreuung massenhafter Verfahren in einem 24/7 Zeitraum ermöglicht. In Hinblick auf die hier relevanten Verfahren ist dies durch ein technisch einfachstrukturiertes System umsetzbar.

Sobald der Sachverhalt zur Bearbeitung durch die Bürgerin/den Bürger eingestellt wurde, kann unmittelbar und ohne zeitliche Verzögerung die Bearbeitung durch das System erfolgen. Aufgrund der Einfachheit der Systemstrukturen kann die Entscheidung unmittelbar produziert und den Bürgerinnen und Bürgern zur Verfügung gestellt werden. All dies erfolgt zeit- und ortsunabhängig, was der wohl größte Vorteil zur klassischen Durchführung des Verfahrens ist. Selbst bei absoluter Optimierung des Verfahrensablaufes durch Amtswaltende kann ein solcher nicht derart zügig durchgeführt werden wie durch den programmierten Systemablauf.

Das Verfahren erweist sich so auch als schnörkellos, gradlinig und damit einfach im Sinne des Optimierungsgebotes. Die Bürgerinnen und Bürger stellen den Antrag von Zuhause aus, eine Bekanntgabe erfolgt über dasselbe Portal wie der Antrag. Aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger spielt hier insbesondere die Erreichbarkeit in einem 24/7 Zeitraum eine immense Rolle. Behördengänge

und direkter Bürgerkontakt werden auf ein Minimum reduziert. Die Bürgerinnen und Bürger haben die flexible Möglichkeit, sich dann mit Anträgen und hierzu zu beschaffenden Unterlagen zu beschäftigen, wenn sie es sich zeitlich und räumlich einrichten können. Der Gang zur Behörde fällt in Gänze weg. Die Einfachheit resultiert überdies nicht nur aus der Zeit- und Ortsunabhängigkeit, sondern auch aus der Systemumsetzung selbst. Denn um einen vollautomatisierten Ablauf iSd § 35a VwVfG sicherzustellen, müssen die Behörden in einem ersten Schritt Informationen und Antragsmöglichkeiten für den Bürger/die Bürgerin online bereithalten und dies in Form einer intuitiven Bürgerplattform, die einfach und übersichtlich zu bedienen ist. Ausgangspunkt ist das Ausfüllen und Absenden eines Antragsformulars nebst der nötigen Unterlagen und die darauf aufbauende vollautomatisierte Bearbeitung. Die korrekte Aufnahme des Sachverhaltes über das Antragsformular wird hierbei sichergestellt durch unterstützende ChatBots oder Informationsfenster, so dass die Antragsausfüllung angeleitet stattfindet und damit besonders einfach ist.

Darüber hinaus sind regelbasierte Systeme objektiv. Dies resultiert zum einen daraus, dass bereits die normativen Grundlagen der gebundenen Entscheidung keinen Raum für Wertungen belässt, so dass die Formalisierung nicht Überzeugungen oder Einflüssen des Programmierenden unterliegt und das viel diskutierte Problem der Bias⁴³⁰ letztlich nicht auftreten kann. Dieses Problem besteht bei der Formalisierung der hier betrachteten Entscheidungen in rein regelbasierte Systeme nicht. Es ist keine Frage der Wertung, ob jemand seinen Wohnsitz in Deutschland hat, das Kind unter 18 Jahre alt ist oder der Antragsteller der nach den zivilrechtlichen Regeln ausgemachte Vater des Kindes ist. Hier wird durch den Einsatz dieser Systeme vielmehr eine willkürfreie, objektive Entscheidung erst optimal gesichert, was rechtsstaatliche Erfordernisse bestmöglich umsetzt.

Insgesamt kommt man so zu dem Schluss, dass nur der Einsatz derartiger Systeme das Optimierungsgebot effizienter und effektiver Verfahrensgestaltung erfüllen kann und sich damit in Zusammenschau mit der bestmöglichen Zügigkeit und Einfachheit als durchweg zweckmäßig iSd § 10 S. 2 VwVfG darstellt. Die Vollautomatisierung mittels regelbasierter Systeme führt

⁴³⁰ Zur Diskriminierung als Problem algorithmischer Entscheidung übersichtlich: *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1032 f.).

die Verfahren optimal zügig, einfach und insgesamt zweckmäßig aus, woraus unmittelbar dessen Effizienz folgt. Hiermit einher geht ein optimaler Ressourceneinsatz, da kein Personal benötigt wird, das derartig einfach strukturierte Anträge entgegennimmt und die regelhaft ablaufenden Entscheidungen fällen muss. Das Verhältnis zwischen dem Mitteleinsatz, hier sind insbesondere die Kosten der Inbetriebnahme und Inanghaltung derartiger Systeme bezeichnet, stehen in einem optimalen Verhältnis zum Nutzen. Das System ist in der Lage nach einer einmaligen Programmierung, und durch entsprechende Wartungen, eine nahezu unendliche Zahl an gleichförmigen Entscheidungen in rechtmäßiger Weise zu treffen. Mit geringstem Mitteleinsatz wird das Verwaltungsverfahren schnell zu einem rechtmäßigen Ergebnis geführt.

(2) Entkräftung antizipierter Gegenargumente

1.1 Recht auf Papierform

*Britz*⁴³¹ vertritt die Auffassung, dass die Papierform oder mündliche Form eine Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger eher wahrt, als es die elektronische Verwaltung mache. Dies wird damit begründet, dass die elektronische Verwaltung einen Teil der Bevölkerung nicht erreiche.

Dieser Auffassung ist mit dem Hinweis entgegenzutreten, dass 2019 88 % der Bevölkerung das Internet nutzten, 95 % verfügten über einen Internetzugang. Jeder zweite Bürger/jede zweite Bürgerin nutzte 2019 im privaten oder geschäftlichen Umfeld Videochat und Online-Telefonie.⁴³² Zu behaupten, der Zugang per Papierform oder mündlicher Vorstellung sei derjenige, der in der breiten Bevölkerung die Zugangsgleichheit am besten sichere, geht an der Lebenswirklichkeit der gegenwärtigen Zeit vorbei und ist als anachronistisch zu betrachten.

Durchweg wird zwar erkannt, dass auch die Papierform aufgrund mangelnder Kenntnisse oder Fähigkeiten in Wort und Schrift nicht einen gleichen Zugang garantiert, trotz dessen wird habituell darauf verwiesen, dass „jedoch ein gewisses Maß an Zugangsgleichheit“ durch die altertümlichen Zugangsformen

⁴³¹ *Britz*, in: *GVwR*, Band II, 2. Aufl. 2012, § 26, Rn. 57.

⁴³² Daten des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden. Abrufbar: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/IT-Nutzung/_inhalt.html.

garantiert sei.⁴³³ Dabei ist nicht erkennbar, was diese Behauptung trägt, zudem führt gerade dieses Argument zur Notwendigkeit eines weiteren Behördenzugangs, da durch die zusätzliche Bereitstellung von Informationen und üblichen Leitfäden zum Ausfüllen etwaiger Formulare dieses Hindernis behoben wird.

Darüber hinaus muss nicht aufwendig nach einer Antragsform gesucht werden, sondern ein einfach formuliertes und strukturiertes Formular wird direkt im Internet durch wenige Klicks zur Verfügung gestellt. Chatbots können unmittelbar bei der Bearbeitung helfend tätig werden. Selbst unter der Annahme, dass nicht eine breite Bevölkerungsmasse hiervon profitieren würde, ergeben sich Vorteile, die nicht von der Hand zu weisen sind. Die Frage des Nutzenumfangs durch die Bürgerinnen und Bürger ist daher eher eine Frage des Kosten-Nutzen-Abgleichs. Hier genügt allerdings ebenso ein Hinweis auf o. g. Zahlen und die damit einhergehende Feststellung, dass mittlerweile konkret eine andere Lebensrealität eingetreten ist, wonach nahezu jede/r deutsche Bürgerin/deutsche Bürger einen Internetzugang hat und nutzt.

Ferner ist zu beachten, dass der Bürgerschaft weiterhin die Wahl belassen bleibt, ihr Verwaltungsverfahren nicht vollautomatisiert bearbeiten zu lassen, so dass letztlich der verbleibende Prozentsatz der Menschen, die entweder keinen Internetzugang haben oder diesen Weg schlicht nicht nutzen möchten, der klassische Behördengang weiterhin offensteht.

1.2 Kostenfaktor hinsichtlich der Implementierung und Betreibung eines algorithmenbasierten Systems

Es ist denkbar, dass dem Einsatz vollautomatisierter Systeme Überlegungen hinsichtlich des Kostenfaktors einer solchen Betreuung entgegengestellt werden. Auch ein derartiges Gegenargument greift jedoch in Hinblick auf die hier relevanten regelbasierten Systeme nicht.

Der dauerhafte Einsatz der Personal- und Sachmittelressourcen steht in keinem Verhältnis zum Aufbau, der Programmierung, Ingangsetzung und Wartung der regelbasierten Systeme.⁴³⁴ Hierbei spielt insbesondere eine Rolle, dass gerade

⁴³³ Britz, in: GVwR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 26, Rn. 57.

⁴³⁴ Automatisierungspotential senke Verwaltungskosten, so: Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7457, 46 f., 58, 119; Martini/Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1; Siegel, DVBl. 2017, 24 (25); Braun-Binder, DÖV 2016, 891 (895).

diese Systeme mit relativ kostengünstigem Aufwand, im Verhältnis zu bspw. tiefschichtigen KNN-Systemen, installiert werden können. Zwar ist es freilich nötig, dass die betreffende Rechtsnorm und die damit einhergehenden Tatbestandsvoraussetzungen für jeden Fall formalisiert und sodann auch auf dem Stand der aktuellen gesetzlichen Entwicklungen gehalten werden, was einen dauerhaften Kostenfaktor darstellt. Jedoch unterliegen diese rechtlichen Entscheidungssysteme nur sehr geringen Schwankungen, da hier unbestimmte Rechtsbegriffe, die abhängig sind von gesellschaftlichen Überzeugungen, der Rechtsprechung und Literaturmeinungen, die sinngemäß in vielen Fällen weder einheitlich noch konstant sind, nicht existieren. Eine technische Anpassung des vollautomatisierten Entscheidungssystems wäre allenfalls nötig, falls die zugrundeliegende Norm im Wege einer Gesetzesänderung geändert würde. Daraus folgt, dass das System, einmal programmiert, mit hoher Wahrscheinlichkeit viele Jahre ohne Änderung des Programmablaufes arbeiten kann. Es bedarf damit eines einmaligen Formalisierungs- und Implementierungsschrittes in die geformte Architektur und sodann werden nur noch Kosten für die Wartung und Überprüfung der Systeme notwendig. Damit sind diese Systeme gerade in Hinblick auf eine mögliche Kosteneinsparung besonders relevant; dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die hier relevanten regelbasierten Systeme besonders zuverlässig sind, was nicht zuletzt daraus resultiert, dass sie keinen eigenen Entscheidungsspielraum haben und durch eine überschaubare Architektur unter relativ geringem Einsatz technisch umgesetzt werden können. Sobald das System etabliert ist, ersetzt es auf viele Jahre den Einsatz sonstiger personeller und sachlicher Ressourcen, was insbesondere bei massenhaft auftretenden Verfahren eine enorme Kostenminimierung bedeutet.

Damit erweist sich nicht nur das Kostenargument als nichtig, vielmehr ist es genau die konkrete Kostenanalyse, die dazu führt, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot optimal zur Geltung gebracht wird.

1.3 Recht auf Entscheidung durch menschliche Amtswaltende

Zuletzt stellte *Mund*⁴³⁵ unter Bezugnahme auf die Grundrechte und staatsorganisationsrechtliche Vorgaben, wie etwa dem Gebot der

⁴³⁵ *Mund*, in: Greve, et al., *Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat*, 1. Aufl. 2020, S. 183.

Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, dar, dass sich aus dem Grundgesetz ein Recht auf menschliche Entscheidung ableiten ließe, da nur so dem Schutzbedürfnis des Menschen hinreichend Rechnung getragen werden könne. Insofern könne auch das Gebot der guten Verwaltung eine menschliche Entscheidung notwendig machen.⁴³⁶

Es ist hier zunächst festzustellen, dass die Vollautomatisierung ihrer Begrifflichkeit nach damit einhergeht, dass ein Kontakt zu menschlichen Amtswaltenden gerade nicht besteht. Das Verfahren wird behördenseits anonymisiert, dem Bürger und der Bürgerin steht nicht eine/ein einzelne/r Amtswalterin/Amtswalter gegenüber, die/der im Sinne einer Personalisierung des Staates als Identifikationsfigur fungiert und die Verwaltungsentscheidung selbst trifft. Dieser Einwand ist durchweg berechtigt. Er kann jedoch nicht nur aus weit überwiegenden Gesichtspunkten der Verbesserung und Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens zurückgewiesen werden, sondern vielmehr besteht ein Schutzbedürfnis der betroffenen Bürger grundsätzlich nicht an Stellen, wo es um die Vollautomatisierung gebundener Entscheidungen mit eindeutigen Voraussetzungen geht. Wie auch *Mund*⁴³⁷ bereits selbst andeutet, ist das Erfordernis menschlichen Entscheidens vordringlich zurückzuführen auf Überlegungen rund um die Ausübung von Ermessensspielräumen oder besonders grundrechtsintensiven Eingriffen, die einer komplexen Verhältnismäßigkeitsprüfung zuzuführen sind. Demnach Fällen, in denen ein Schutz der Bürgerinnen und Bürger dadurch entstehen soll, dass eine Kommunikation mit den Amtswaltenden geführt wird, möglicherweise auch mehrfach angehört oder Stellung bezogen wird und anschließend unter Eindruck des gesamten Verfahrensablaufes, in den die Bürgerinnen und Bürger einbezogen waren, der menschliche Abwägungsprozess einsetzt. Eine derartige Situation besteht bei den hier relevanten Entscheidungsprogrammen gerade nicht.

Es handelt sich bei den betreffenden Entscheidungsregimen um weniger komplexe Sachverhalte und zu erfüllende Voraussetzungen, für die ein direkter Behördenkontakt eine weniger bedeutende Rolle einnimmt. Rund um einen

⁴³⁶ *Mund*, in: Greve, et. al., *Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat*, 1. Aufl. 2020, S. 186 f.; *Berger*, NVwZ 2018, 1260 (1264) zum Erfordernis einer menschlichen Kontrollinstanz.

⁴³⁷ *Mund*, in: Greve, et al., *Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat*, 1. Aufl. 2020, S. 195 f.

Umzug kann z. B. die Wohnsitzummeldung, KFZ-Ummeldung und die Beantragung eines Bewohnerparkausweises in kurzer Zeit effizient vorgenommen werden. Es ist nicht überzeugend, dass diese absolut schematisch ablaufenden und damit vorhersehbaren Prozesse und Entscheidungen durch menschliche Amtswaltende durchgeführt werden müssten. Hier besteht schlicht kein Schutzbereich der Bürgerinnen und Bürger, der dies erforderlich machen würde.

Darüber hinaus führt die Automatisierung durch den Einsatz regelbasierter Systeme zum Wegfall von Flüchtigkeitsfehlern, die menschlichen Sachbearbeitende per se aufgrund ihrer menschlichen Konstitution faktisch unterlaufen, so dass hier ein höheres Maß an Neutralität, Objektivität und Stringenz als durch menschliche Einflussnahme erreicht wird.⁴³⁸

(3) Zwischenfazit

Insgesamt zeigt sich, dass der Einsatz regelbasierter Systeme zur Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens gem. § 35a VwVfG die Optimierungsgebote des § 10 S. 2 VwVfG und die daraus ableitbaren Handlungsmaßstäbe in einem Maße zur Geltung bringt, die die Durchführung des Verwaltungsverfahrens in Hinblick auf die insofern geeigneten Entscheidungsprogramme durch Amtswaltende nicht gewärtigen kann, so dass insbesondere mit Blick auf den Zweck der Ermächtigungsnorm festgestellt werden kann, dass in den konkreten Fällen einzig die vollautomatisierte Durchführung eine zweckmäßige, da zügige, einfache, effiziente, objektive und transparente Ausgestaltung bei Einhaltung der sonstigen Verfahrensanforderungen, wie etwa der Anhörungs- und Begründungspflicht, sicherstellt.

Insofern forcieren die zu beachtenden Ermessensgrenzen eine Reduzierung des Verfahrensermessens auf Null, da die Gestaltungsalternative der analogen Bearbeitung, wie dies bisher gehandhabt wird, die maßgeblichen Handlungsparameter nicht in einer Form zu erfüllen vermag, wie es der Einsatz dieser Systeme möglich macht, so dass hier de facto keine Auswahl besteht.

⁴³⁸ So auch *Martini/Nink*, NVwZ-Extra 10/2017, 1; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2016, 1273 (1277), der als weitere Vorteile eines vollautomatisierten Verfahrens die Neutralität und Objektivität benennt

cc) Art. 22 DSGVO – Verbot des vollautomatisierten
Verwaltungsverfahrens?

Nicht unberücksichtigt bleiben kann in dieser Untersuchung Art. 22 DSGVO, dessen Anwendungsbereich eine vollautomatisierte Entscheidungsfindung und -generierung auf Basis einer automatisierten Verarbeitung umgreift und diese in seinem Abs. I verbietet.⁴³⁹ Maßgeblich ist auch hier der Ablauf „ohne jegliches menschliches Eingreifen.“⁴⁴⁰ Insbesondere gilt Art. 22 DSGVO auch für öffentliche Stellen und erlangt daher in Hinblick auf die vollautomatisierte Durchführung eines Verwaltungsverfahrens Bedeutung.

Der vorliegenden Arbeit liegt der Gedanke zugrunde, dass regelbasierte Systeme dort zum Einsatz gelangen müssen, wo aufgrund der gesetzlichen Struktur determinierte Entscheidungsprogramme bestehen. Im Zusammenhang mit Art. 22 DSGVO wird teilweise vertreten, dass derartige Systeme vom Anwendungsbereich ausgeschlossen seien,⁴⁴¹ da ein systemimmanentes Risiko durch den festen Programmablauf gerade nicht verwirklicht wird. Dieser Ansicht steht jedoch der Regelungsgehalt der DSGVO entgegen, der nicht an eine etwaige Komplexität der Entscheidung oder des Systems als solche anknüpft, sondern das Vorliegen einer Entscheidung ohne menschliches Einwirken in den Mittelpunkt der Beurteilung rückt.⁴⁴² Dies ist auch mit Blick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift begründbar, die an die althergebrachte Überzeugung anknüpft, der Mensch solle nicht zum bloßen Objekt eines hier automatisierten maschinellen Prozesses werden.

Somit sind auch die hier relevanten Verwaltungsverfahren, die einen begünstigenden Verwaltungsakt als Ergebnis einer gebundenen Entscheidung auswerfen vom Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO umfasst. Vorliegend stellt § 35a VwVfG jedoch eine Rechtsvorschrift iSd Art. 22 II b DSGVO dar, so dass ein allgemeines Verbot nicht angenommen werden kann. Damit steht der

⁴³⁹ Anknüpfend an den Wortlaut des Art. 22 I DSGVO liegt es nahe, vom Bestehen eines subjektiven Rechtes auszugehen und keiner allgemeinen Verbotsnorm. Tatsächlich wäre ein solches dann ein Widerspruchsrecht, das systematisch in Art. 21 DSGVO zu verorten wäre, so dass im Sinne der Zielsetzung des effektiven Schutzes der Persönlichkeit von einem Verbot auszugehen ist (*Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22, Rn. 29b; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, DS-GVO, Art. 22; Rn. 5).

⁴⁴⁰ ErwGr. 71 UAbs. 1 S. 1.

⁴⁴¹ U. a. *Abel*, ZD 2018, 304 (305). Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DSGVO. Anwendungsbereich und Grenzen im nicht-öffentlichen Bereich.

⁴⁴² So auch *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22, Rn. 15b.

Vollautomatisierung der insoweit betroffenen Entscheidungsprogramme auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive zumindest kein Verbot entgegen.

Gleichwohl müssen dem Wortlaut folgend angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen der betroffenen Personen⁴⁴³ getroffen werden. Welche Rechte das genau sind, lässt die DSGVO weitestgehend offen. Anknüpfungspunkt muss daher das Ziel der Regelung und das daraus resultierende avisierte Schutzniveau nebst Art. 22 III DSGVO, der freilich nicht direkt anwendbar ist, als Richtschnur oder Leitfaden sein.⁴⁴⁴ Dies ergibt, dass nur geeignete Verfahren der Vollautomatisierung offenstehen. Zudem sind gewisse Mindestgarantien zu gewährleisten, wie etwa die Möglichkeit, den eigenen Standpunkt geltend machen zu können und die tatsächliche Berücksichtigung desselben in der Verarbeitung – hier ist im Verwaltungsverfahren § 24 I 3 VwVfG zu beachten.⁴⁴⁵ Es muss in der Folge eine Möglichkeit der Aussteuerung und Zuführung zum menschlichen Sachbearbeitenden gewährleistet sein, um etwaige Angaben, die die Maschine technikseitig nicht berücksichtigen kann, eben doch berücksichtigt zu wissen. So muss weiter eine faire und transparente Verarbeitung gesichert sein,⁴⁴⁶ was sich in einer präzisen, verständlichen, leicht zugänglichen Form der Entscheidung und Bewertungsmaßstäbe niederschlägt. In der Zusammenschau mit Art. 13 II f DSGVO und Art. 14 II g DSGVO sind darüber hinaus aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik, Tragweite und die angestrebten Auswirkungen, ebenso wie über die Tatsache, dass eine automatisierte Verarbeitung stattgefunden hat, informiert werden. Art. 15 I h DSGVO enthält hier das korrespondierende Auskunftsrecht.

Damit ergibt sich, dass insbesondere in Anknüpfung an die Ausführungen zu §§ 24, 39 VwVfG und deren notwendige Berücksichtigung im vollautomatisierten Verfahren, systemseitig sichergestellt werden muss, dass die notwendigen Informationen für die betroffene Bürgerin/den betroffenen Bürger verfügbar und verständlich gemacht werden. Die aus Art. 22 II b DSGVO resultierenden Anforderungen sind jedoch bei der Anwendung eines regelbasierten Systems

⁴⁴³ Vgl. hier insbesondere ErwGr. 71 DSGVO.

⁴⁴⁴ *Roth-Isigkeit*, DÖV 2020, 1018 (1023); zu den angemessenen Maßnahmen siehe auch Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 35 ff. .

⁴⁴⁵ Statt vieler *Martini/Nink*, NVwZ-Extra, 10/2017, 1 (4).

⁴⁴⁶ ErwGr. 71 UAbs. 2 S. 1 DSGVO.

mit klaren Programmstrukturen aus technischer Sicht einhaltbar und stellen kein Hindernis für die Vollautomatisierung dar.

c) Fazit – Verdichtung des Verfahrensermessens auf Null

Im Ergebnis kann damit in Hinblick auf die vollautomatisierte Bearbeitung gebundener Entscheidungen festgestellt werden, dass die technischen Möglichkeiten des Einsatzes regelbasierter Systeme und die damit einhergehende Möglichkeit eines in hohem Maße zügigen, objektiven, zuverlässigen, transparenten und einfachstrukturierten Verfahrens bei nahezu nicht vorhandener Risikogeneignetheit zu einer derartigen Verdichtung der Ermessensgrenzen des § 10 2. S VwVfG geführt haben, dass eine Ermessensreduktion auf Null eingetreten ist und die hier dargestellten Verfahren bindend vollautomatisiert durchgeführt werden müssen.

Aus rechtlicher Sicht kommt es in diesen gelagerten Situationen nicht zu dem viel diskutierten und kritisierten Konflikt zwischen einer zügigen, einfachen, effizienten und rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung der Verwaltung. Die Optimierungsgebote und der Individualschutz lassen sich hier vielmehr harmonisieren – es besteht bei Betrachtung der genannten Entscheidungsregime nicht das Dogma des Grundrechtsschutzes versus Verwaltungseffizienz, sondern gerade die Vollautomatisierung erfüllt rechtsstaatliche Anforderungen an das Entscheidungsverhalten der Verwaltung in besonders hohem Maße. Hieraus ergibt sich die unmittelbare Folgerung, dass in derartig gelagerten Fällen eine einfache, zweckmäßige und zügige Verfahrensdurchführung nur dann gewährleistet ist, wenn diese Verfahren vollautomatisiert durchgeführt werden.

Insgesamt zeigt sich, dass der Einsatz regelbasierter Systeme zur Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens gem. § 35a VwVfG die Optimierungsgebote des § 10 S. 2 VwVfG und die daraus ableitbaren Handlungsmaßstäbe in einem Maße zur Geltung bringt, die die Durchführung des Verwaltungsverfahrens in Hinblick auf die insofern geeigneten Entscheidungsprogramme durch Amtswaltende nicht gewährleisten kann.

Die Verwaltungsverfahren werden in kürzester Zeit durchgeführt. Aufgrund der Einfachheit der Systemstrukturen kann die Entscheidung unmittelbar produziert und den Bürgerinnen und Bürger zur Verfügung gestellt werden. All

dies erfolgt zeit- und ortsunabhängig. Hier entlädt sich der wohl größte Vorteil zur klassischen Durchführung des Verfahrens. Das vollautomatisierte Verfahren erweist sich als schnörkellos, gradlinig und damit einfach. Die Bürgerinnen und Bürger stellen den Antrag von Zuhause aus, eine Bekanntgabe erfolgt über dasselbe Portal wie der Antrag. Die Entscheidung ist für die Bürgerinnen und Bürger nachvollziehbar und transparent, da sie in hohem Maße objektiv ist und einer klaren Programmstruktur folgt, die dargelegt werden kann. Die Entscheidungsparameter werden fest implementiert und sind unverrückbar. Darüber hinaus sind diese Systeme kostengünstiger und damit wirtschaftlicher. Insgesamt zeigt sich eine enorme Effizienzsteigerung, da mit einem überschaubaren Einsatz an Mitteln eine Vielzahl rechtmäßiger Entscheidungen binnen eines Wimpernschlages getroffen werden können.

Die den Handlungsmaßstäben optimal gerecht werdende Verfahrensgestaltung ist zumindest in Bezug auf gebundene Entscheidungssysteme alternativlos. Es hat damit eine Verdichtung der Grenzen des Verfahrensermessens stattgefunden. Faktoren höherer Zuverlässigkeit, flexiblerer Verfahren, die nicht quantifizierbar sind, aber zur deutlichen Verbesserung gegenüber bisherigen Verfahren führen, sind bei diesen Verfahren feststellbar.

Mit aller Deutlichkeit muss darauf hingewiesen werden, dass hier ein Verfahren bereitsteht, das bei Sicherung einer stringent rechtmäßigen Entscheidungsproduktion wesentlich geringere Finanz-, Personal- und Zeitressourcen verbraucht. Es droht kein Verlust der rechtmäßigen Entscheidungsfindung, vielmehr wird diese nahezu forciert, indem Fehlerquellen menschlicher Arbeit ausgeschaltet werden. Die übersichtliche, wenig zeitaufwendige und kostengünstigere Gestaltung führt erst zur Verwirklichung nicht nur des Verwaltungsauftrages, sondern zur angemessenen Berücksichtigung der Interessen der Bürger und Bürgerinnen.

Damit ist die hohe Hürde der Reduktion des Verfahrensermessens auf Null bewältigt. Es besteht keine faktische Handlungsalternative, die die Gebote des rechtmäßigen Verwaltungshandelns bei den in Rede stehenden Entscheidungsprogrammen auch nur annähernd so erfüllen können, wie die algorithmensbasierten Systeme. Die analoge Vorgehensweise ist ineffizient, weniger zügig, unwirtschaftlicher und damit in Gänze als im Vergleich unzumutbar zu betrachten.

III. Die Durchführung am Beispiel des Kindergeldanspruches

Am Beispiel des Anspruchs auf Kindergeld nach dem Standardfall des § 62 I 1 Nr. 1 EStG soll exemplifiziert werden, wie die Durchführung eines solchen Verwaltungsverfahrens sich aus Perspektive der Behörde und der betroffenen Bürgerinnen und Bürger darstellt.

1. Die „Arbeit“ der Behörde

Aus Sicht der handelnden Behörde ergeben sich neun Schritte:

- (1) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 91 c V GG iVm OZG – Schaffung eines Bürgerportals und Verknüpfung mit dem Portalverbund. Einrichtung einer Zweifaktorauthentifizierung.
- (2) Entwicklung und Implementierung eines algorithmenbasierten Entscheidungssystems, das nach folgendem Muster entscheidet⁴⁴⁷:

Wenn

Kind iSd § 63, 32 EStG

= Verwandtschaftsgrad I/Pflegekind/Adoptionskind/in den Haushalt

aufgenommene Kinder des jeweils anderen Ehegatten/in den Haushalt aufgenommene Enkel + Nichtvollendung des 18. Lebensjahres

UND Wohnsitz **ODER** gewöhnlichen Aufenthalt im Inland

ODER kein Wohnsitz **ODER** gewöhnlichen Aufenthalt im Inland

UND unbeschränkt einkommensteuerpflichtig im Inland

DANN

Kindergeldanspruch (+)

Zwecks Nachweises des Wohnsitzes im Inland und der Kindschaftsstellung kann eine Verknüpfung mit Melderegistern vorgenommen werden. So basiert die Sachverhaltsinformation nicht nur auf den Bürgerangaben, sondern kann unmittelbar durch die Verknüpfung verifiziert werden.

- (3) Implementierung einer Entscheidungsgenerierung, die den Anforderungen an das Begründungserfordernis entspricht (vgl. oben) und über eine formularmäßige Rechtsmittelbelehrung verfügt.

⁴⁴⁷ Stark vereinfachte Darstellung.

- (4) Bereitstellung der für den Antrag auf Kindergeld maßgeblichen Informationen auf der Portalseite.
- (5) Bereitstellung des Antragsformulars über das Portal.
- (6) Hilfestellung in Form von ChatBots oder „?“-Funktion zwecks Verständlichkeit des Antragsformulars und Sicherstellung der vollumfänglichen, tragfähigen Sachverhaltsaufnahme durch das Antragsformular (bspw. bei „unbeschränkte Einkommensteuerpflicht im Inland“ – Bereitstellung der Informationen über das „?“-Zeichen, das diese Voraussetzung u. a. dann erfüllt ist, wenn deutsche Staatsangehörige im Inland weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt haben, jedoch zu einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechtes in einem Dienstverhältnis stehen und Arbeitslohn über die inländischen Kassen erhalten).
- (7) Möglichkeit der Absendung und damit Einspeisung in das algorithmische Entscheidungssystem.
- (8) Systemseitiger Entscheidungsprozess/Auswerfen ungeeigneter oder uneindeutiger Anträge.
- (9) Bereitstellung der generierten Entscheidung nebst Begründung und Rechtsmittelbelehrung über das Portal.

2. Die Nutzung durch die Bürgerinnen und Bürger

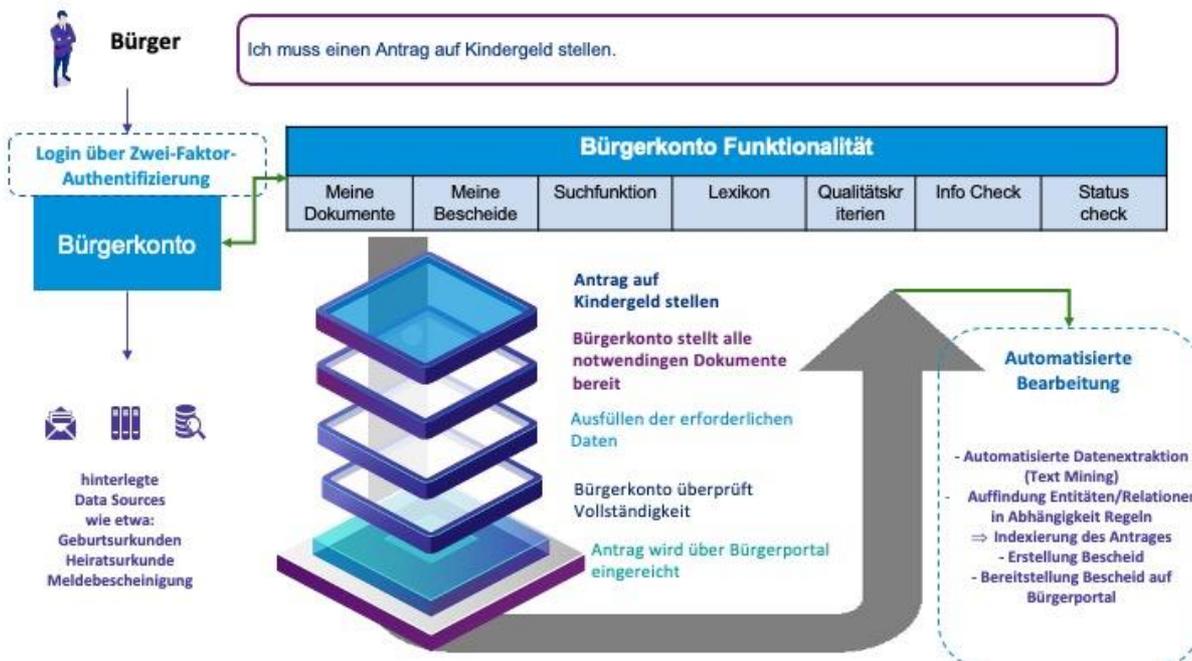
Aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger stellt sich der Weg von der Antragstellung hin zur Erlangung der Entscheidung, die in Form eines Bescheides auf dem Portal zur Verfügung gestellt werden soll, wie folgt dar. Grundlage dieser Überlegungen ist stets die möglichst einfache, intuitive Handhabung und damit die Ermöglichung einer Nutzung durch alle Bürgerinnen und Bürger.

- (1) Login in das Bürgerportal. Der Zugang zur Plattform sollte aus Sicht der Bürgerschaft einfach sein, ergo nicht nur, wie bislang möglich, mittels eID-Funktion des neuen Personalausweises.
- (2) Erreichen der Frontpage.
- (3) Einfache Suche nach dem Begehren. Beispielsweise mittels Suchfunktion (Eingabe „Kindergeld“) oder einer alphabetischen Zeile. Hier ist dann unter „K“ – Kindergeld zu finden.
- (4) Erreichen einer Informationsseite über den Anspruch auf Kindergeld, die Voraussetzungen und benötigten Informationen.
- (5) Erreichen des Antragsformulars unter dem Button „Antrag jetzt stellen“. Alternativ hierzu muss die Möglichkeit bestehen, den Antrag

auch analog auszufüllen und abzusenden. Hier sind eine Druckmöglichkeit und die Angabe der Adresse der zuständigen Familienkasse systemseitig anhand der im Bürgerkonto hinterlegten Bürgerdaten zur Verfügung zu stellen. Weiter sind Informationen über den konkreten Ablauf des Online-Verfahrens zur Verfügung zu stellen. Es soll insbesondere darüber informiert werden, dass ein vollautomatisiertes Verfahren ohne menschliche Beteiligung durchgeführt wird und der Bescheid ausschließlich über das Online-Portal zur Verfügung gestellt wird.

- (6) Ausfüllen der Antragsseite.
- (7) Absenden des Antrages.
- (8) Erlangen der Antragsingangs- und Statusinformationen hinterlegt im Frontpage- Bereich des jeweiligen Bürgerkontos.
- (9) Zugang des Bescheides über das Bürgerkonto.
- (10) Bestätigung des Zugangs.
- (11) Informationen über den Lauf der Rechtsbehelfsfrist, sichtbar auf der Frontpage des jeweiligen Bürgerkontos.

Eine Funktionsweise könnte also wie folgt aussehen:



* *Lösungsbeschreibung:* Ziel ist es, die ursprünglich manuell durchgeführten Schritte durch den Einsatz von regelbasierten Technologien zu einem automatisierten Prozess zu entwickeln. Die automatisierte Datenextraktion wird durch regelbasierte Technologien kontinuierlich optimiert. Im ersten Schritt wird der Antrag in ein maschinell lesbares Format konvertiert. Die

Anträge werden in unterschiedliche Kategorien (Antragstypen) unterteilt. Abhängig vom Antragstyp wird jeder Antrag im zweiten Schritt nach spezifischen Attributen untersucht. Hier werden regelbasierte Methoden verwendet, um die Richtigkeit des Antrages zu prüfen. Die neue Lösung findet sodann Entitäten und Relationen in den Anträgen und kann diese den gesetzten Regeln gegenüberstellen und damit eine Indexierung des Antrags erstellen. Die gesetzten Regeln werden durch ein Tool der Lösung beigebracht, die den genauen Kontext des Antrages versteht. Die Lösung muss auf den Antrag angepasst sein. Es beruht auf dem Verständnis, dass die Lösung den Kontext aus der natürlichen geschriebenen Sprache (Natural Language Processing) versteht und mithilfe von regelbasierter Annotation zu einem Ergebnis kommt. Die regelbasierte Annotation wird von der Behörde mitentwickelt und stimmt mit der aktuellen Entscheidungsfindung für einen Antrag überein.

§ 4 Die subjektiv-rechtliche Seite der Verwaltungsautomatisierung

A. Ausgangspunkt der Überlegungen

Konstatiert werden kann, dass formallogisch aufgebaute Gesetzesstrukturen der Vollautomatisierung in besonderem Maße offenstehen. Dort, wo Tatbestandsmerkmale aufgrund einer möglichen Quantifizierbarkeit oder begrifflich klaren Struktur eindeutig festgelegt sind und auf der Rechtsfolgenseite eine gebundene Entscheidung der Verwaltung vorgesehen ist, sind aus technischer Sicht der Vollautomatisierung keine Grenzen gesetzt und aus juristischer Sicht ist die Vollautomatisierung dieser Bereiche des öffentlichen Rechts nicht nur unbedenklich, sondern bereichsspezifisch zwingend.

Damit besteht zumindest eine objektiv-rechtliche Pflicht der Verwaltungsbehörden auf Vollautomatisierung der geeigneten Verwaltungsverfahren. Eine Missachtung dieser Pflicht führt zur Rügefähigkeit durch die Aufsichtsbehörden. Soweit Verwaltungsbehörden derartige Verpflichtungen bewusst ignorieren, ist wiederum die Aufsichtsbehörde verpflichtet, hiergegen einzuschreiten.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ Brüning/Vogelsang, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009, Rn. 142; OVG Münster NVwZ 2003, 492 f..

Es wäre nun denkbar, dass hierüber hinaus nicht nur der Staat in der Lage ist, eine derartige Verfahrensgestaltung mittels der eingeräumten Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse durchzusetzen, sondern gleichsam auch die Bürgerinnen und Bürger die Rechtswidrigkeit eines Eingriffes aufgrund der Nichteinhaltung dieser klaren Verfahrensgestaltungsvorgabe proklamieren und damit einhergehend gezieltes staatliches Handeln erzwingen könnten.⁴⁴⁹ Für eine solche Annahme wäre es erforderlich, dass die Vollautomatisierung geeigneter Verwaltungsverfahren ein subjektiv-öffentliches Recht der betroffenen Bürgerinnen und Bürger darstellt und dieses gerichtlich durchsetzbar wäre. Ist insofern zwar begründbar, dass die Vollautomatisierung geeigneter Verwaltungsverfahren für die jeweils betroffenen Bürger und Bürgerinnen aufgrund der Bürgerbezogenheit der Verfahrensrechte ein subjektiv-öffentliches Recht bereithält, so führt dies dennoch nicht zur Überwindung des Fehlerfolgenregimes des VwVfG, so dass eine gerichtliche Durchsetzbarkeit nach dem derzeitigen Gesetzesstand scheitern muss. Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen.

B. Begründung subjektiv-öffentlicher Verfahrensrechte

Der Fokus dieses Unterkapitels liegt in der Fragestellung, inwieweit der Bürger verlangen kann, dass die Verwaltung Rechtsbindungen im Verfahren beachtet und damit, welche subjektiv-öffentlichen Rechte der Bürgerschaft aus den Verfahrensvorschriften gegenüber der Verwaltung erwachsen.⁴⁵⁰ Diese Frage

⁴⁴⁹ Siehe hierzu *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 10: „Das Prinzip (der Effizienz – Anm. d. Autorin) würde, das sei noch erwähnt, jedenfalls sowohl für wie gegen den Staat wirken können. (...); der Betroffene wiederum könnte nicht nur einwenden, dass der Eingriff rechtswidrig, weil ineffizient gewesen sei, er könnte umgekehrt vielleicht effizientes oder doch wirksameres staatliches Handeln erzwingen.“

⁴⁵⁰ Die Idee des subjektiv-öffentlichen Rechts ist eine Rechtsfigur der allgemeinen Rechtslehre (*Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 8, Rn. 2). Sie geht auf Art. 1 I, 2 I GG zurück und bringt die verfassungsrechtlich garantierte Würde und Persönlichkeit des Menschen zur Geltung und verwirklicht die im Verwaltungsrecht geltende Vorstellung des partnerschaftlichen Zusammenwirkens der Bürger und des Staates. Erst durch die Anerkennung subjektiver öffentlicher und damit wehrfähiger, da justiziabler Rechte degradiert die Bürgerin/der Bürger nicht zum Objekt des Staates. Diese, von *Ossenbühl* (in: Jeserich/Pohl/von Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band V, 1986, S. 1143 (1146): „Eine geradezu kopernikanische Wende im Verwaltungsrechtssystem bedeutet die Anfang der 50er Jahre einsetzende, in den 60er und 70er Jahren ausufernde und bis heute andauernde „Subjektivierung“ des Staat-Bürger-Verhältnisses.“; ders. Staatshaftungsrecht, S. 345) als „kopernikanische Wende im Verwaltungsrechtssystem“ bezeichnete Entwicklung, führte hin zu einer Individualisierung und Subjektivierung und zur Überholung des alten Denkens, das den Bürger als Untertan des Staates begriff. Durch die Gewährleistung der subjektiv-öffentlichen Rechte werden die Grundbedingungen eines freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates für die Bürgerin/den Bürger zur Faktizität. Wie bereits angedeutet, erfüllt sich deren konkreter Wert in der Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit. Dogmatisch ist an Art. 19 IV GG

stößt auf einige Kernprobleme, da selbstständige subjektiv-öffentliche Verfahrensrechte zwar grundsätzlich anerkannt sind, deren Feststellung nicht zwingend zur Unanwendbarkeit des Fehlerfolgenregimes und damit insbesondere des § 46 VwVfG führen.⁴⁵¹

Zu prüfen ist, ob die betreffende Vorschrift geeignet ist, in Verbindung mit der Möglichkeit einer materiellen Rechtsverletzung einen Anspruch auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes desjenigen zu begründen, der von der Rechtsverletzung betroffen ist. Das setzt zunächst einen „relativen“ subjektiven Gehalt einer Vorschrift voraus. Nach der Feststellung eines solchen subjektiven Gehaltes der hier maßgeblichen Verfahrensvorschrift folgt die Problematik des deutschen Fehlerfolgenregimes, das sich insbesondere in § 46 VwVfG manifestiert und im Zusammenhang mit der prozessualen Vorschrift des § 44a VwGO steht. Die Anwendung des § 46 VwVfG ist nur dann ausgeschlossen, wenn die betreffende Verfahrensvorschrift ein absolutes Verfahrensrecht enthält und damit einen überschießenden subjektiven Gehalt hat. Eine solche Annahme ist hinsichtlich der Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens derzeit nicht begründbar.

I. Verfahrensrechte als subjektiv-öffentliche Rechte

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht mit der Ermessensreduktion auf Null hinsichtlich der Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens in den geeigneten Fällen ein Verfahrensrecht. Zur Ermittlung eines subjektiv-rechtlichen Gehaltes ist auf die zur Ermittlung eines subjektiv-rechtlichen Gehaltes einer Vorschrift anwendbare Schutznormlehre zurückzugreifen, die auch auf Verfahrensrechte Anwendung findet.⁴⁵²

Hiernach liegt dann ein subjektives Recht vor, wenn eine zwingende Rechtsvorschrift nicht nur dem öffentlichen Interesse dient, sondern auch dem

anzuknüpfen, der eine „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“ enthält (*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 (Grundrechtseinschränkungen; Grundrechtsträger; Rechtsweggarantie)). Dieser stellt klar, dass der Rechtsweg derjenigen/demjenigen offensteht, die/der durch die öffentliche Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt ist. Die Geltendmachung der Verletzung subjektiver Rechte ist damit das für die Bürgerin/den Bürger entscheidende Maß.

⁴⁵¹ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 29 ff.

⁴⁵² Zur Anwendung der Schutznormtheorie im Verfahrensrecht vgl. etwa BVerwGE 44, 235, 239 f.; 62, 243, 246 ff.; *Erichsen*, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 11 II 5, Rn. 40; DÖV 1980, 516 (517).

Interesse einzelner Bürger und Bürgerinnen zu dienen bestimmt ist.⁴⁵³ Die betreffende Norm des objektiven öffentlichen Rechts muss auf die subjektiven Interessen einzelner oder Personengruppen gerichtet sein und diesen eine hieraus resultierende Berechtigung einräumen, mithin einen Individualbegünstigungszweck verfolgen, wobei nach herrschender Meinung jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes Individualinteresse genügt.⁴⁵⁴ Somit besteht ein „eigenes“ normatives Recht.⁴⁵⁵ In Bezug auf die Verwaltung umfasst dies Rechtsvorschriften, die eine Rechtspflicht der Verwaltung statuieren. Maßgeblich ist der gesetzlich intendierte Interessenschutz. Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass es nicht genügt, wenn eine Vorschrift der Bürgerschaft nützlich ist im Sinne einer günstigen Reflexwirkung.⁴⁵⁶ Vielmehr müssen diese Vorteile gesetzlich gewollt und damit der Individualschutz der betreffenden Rechtsvorschrift entnommen werden können. Im Umkehrschluss führt dies aber nicht dazu, dass eine überwiegende den öffentlichen Interessen dienende Vorschrift die Annahme eines Individualschutzes nicht ausschließt.⁴⁵⁷

Da nun festgestellt wurde, dass das Vorliegen eines subjektiv-öffentliches Recht vordringlich normativ geprägt und insoweit zu untersuchen ist, ob die zugrundeliegende Rechtsnorm nicht nur dem Allgemeininteresse, sondern insbesondere auch dem Schutz des betroffenen Bürgers/der betroffenen Bürgerin zu dienen bestimmt ist, muss in Hinblick auf die Verfahrensrechte eine derartige verfahrensrechtliche Ausgestaltung vorliegen, dass ein Recht dem

⁴⁵³ Siehe exemplarisch zur Schutznormlehre aus der Rechtsprechung BVerwGE 1, 83; 66, 307, 308 ff.; 75, 285, 286 ff.; 77, 70, 73; 78, 40, 41 ff.; 80, 355, 366 ff.; BVerwG NJW 1990, 400; BVerfGE 83, 182, 194 f.; BVerfG NJW 1990, 2249.

⁴⁵³ BVerfGE 27, 297, 307 f.; 60, 16, 41 f.; 69, 161, 169; BVerwGE 2, 288, 290; st. Rspr., vgl. etwa BVerwGE 84, 322, 334; 85, 220, 222 f.; 94, 202, 204; BVerwG NVwZ 2012, 1416 Rn. 7, 12 ff.; *Hoffmann-Becking*, DVBl 1970, 850; *Randelzhofer*, BayVBl 1975, 573. Gegen einen „Anspruch“ i. S. des Art. 6 Abs. 1 EMRK bei Ermessen EGMR NVwZ 2009, 897 f.; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 8, Rn. 8; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 133; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 (Grundrechtseinschränkungen; Grundrechtsträger; Rechtsweggarantie), Rn. 61.

⁴⁵⁴ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 139; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 58; *Erichsen*, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, §§ 11 II 5, Rn. 38; vgl. auch BVerwGE 39, 235; 55, 280.

⁴⁵⁵ *Erichsen*, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, §§ 11 II 5, Rn. 38.

⁴⁵⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 139; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 56; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 (Grundrechtseinschränkungen; Grundrechtsträger; Rechtsweggarantie), Rn. 62.

⁴⁵⁷ So BVerwGE 30, 191; 60, 154; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 57.

betroffenen Bürger/der betroffenen Bürgerin zur eigenen Wahrnehmung und gerichtlichen Durchsetzung zugewiesen ist.⁴⁵⁸

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass bei Ermessensnormen grundsätzlich zu unterscheiden ist⁴⁵⁹, jedoch jedenfalls bei der Ermessensreduktion auf Null eine verbindliche Festlegung auf eine Entscheidung besteht, so dass bei gebundenen Entscheidungen ein strikter Anspruch basierend auf einem konkreten subjektiven-öffentlichen Recht bestünde.⁴⁶⁰

a) *Subjektiv-öffentliches Recht auf die konkrete
Verfahrensgestaltung*

Hinsichtlich der hier zu beleuchtenden Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit zur Klärung der Frage nach einem Anspruch auf vollautomatisierte Entscheidung, ist wiederum der Blick auf § 10 S. 2 VwVfG zu richten, der in Zusammenhang mit § 10 S. 1 VwVfG und dem dargelegten Verfahrensermessen der Verwaltung zu lesen ist. Wie gezeigt, führt die Einhaltung der aus § 10 S. 2 VwVfG resultierenden Ermessensgrenzen im Falle der Vollautomatisierung der geeigneten Entscheidungsregime zu einer zunächst objektiv-rechtlichen Pflicht, das Verfahren vollautomatisiert durchzuführen.

In subjektiv-rechtlicher Hinsicht dient § 10 S. 2 VwVfG ebenfalls dem Schutz des betroffenen Bürgers/der betroffenen Bürgerin als durch die Trias der Handlungsdirektiven eine konkrete Ausrichtung an den Interessen der Bürgerin/des Bürgers an einer einfachen, zweckmäßigen und zügigen Entscheidung vorgenommen wurde. Die betroffenen Bürger und Bürgerinnen

⁴⁵⁸ Zur Anwendung der Schutznormtheorie im Verfahrensrecht etwa BVerwGE 44, 235, 239 f.; 62, 243, 246 ff.; *Erichsen*, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 11 II 5, Rn. 40; DÖV 1980, 516 (517).

⁴⁵⁹ Liegt keine Ermessensreduktion auf Null vor, kann nur ein subjektiver Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung begründet werden (BVerfGE 27, 297, 307 f.; 60, 16, 41 f.; 69, 161, 169; BVerwGE 2, 288, 290; st. Rspr., vgl. etwa BVerwGE 84, 322, 334; 85, 220, 222 f.; 94, 202, 204; BVerwG NVwZ 2012, 1416 Rn. 7, 12 ff.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 135; *Kluth*, in: Stober/Wolff/Bachof/Kluth, Verwaltungsrecht: ein Studienbuch I, 13. Aufl. 2017, § 43, Rn. 59; *Hoffmann-Becking*, DVBl 1970, 850; *Randelzhofer*, BayVBl 1975, 573. Gegen einen „Anspruch“ i. S. des Art. 6 Abs. 1 EMRK bei Ermessen EGMR NVwZ 2009, 897 f.).

⁴⁶⁰ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 137; BVerwGE 11, 92, 97, 101; 69, 90, 94; BAG NZA-RR 1996, 313, 314; OVG Münster OVG 27, 291, 295; NJW 1984, 883; OVG Berlin NJW 1983, 777; OVG Lüneburg NJW 1985, 2966; VGH Mannheim VBIBW 1992, 149 f.; DVBl 2011, 1228; ausf. *Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 209 ff.

kommen durch das sie betreffende Verwaltungshandeln in eine unmittelbar spürbare Berührung mit der Staatstätigkeit. Dies verdichtet sich umso mehr, wenn man die ermessenslenkende Wirkung der Vorschrift betrachtet und damit auch das Interesse der Bürgerinnen und Bürger an einer raschen, zielgenauen Abwicklung „ihres“ Verwaltungsverfahrens in den Blick der Ermessensentscheidung rückt. Die eingeräumte Verfahrensvorschrift ermöglicht damit nicht nur der Behörde im eigenen Interesse der Handlungsbindung an effiziente, effektive, zügige Verhaltensmaßstäbe eine passgenaue Ausrichtung, sondern hat einen klaren Bezug zu den Interessen der betroffenen Bürgerinnen und Bürger an einer ebenso schnellen, wie einfachen, transparenten und insgesamt effizienten Durchführung des sie betreffenden Verwaltungsverfahrens. Insofern ist grundsätzlich davon auszugehen, dass § 10 S. 2 VwVfG nicht nur die Behörde verpflichtet, sondern den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern darüber hinaus auch ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt, soweit sie unmittelbar in „ihrer“ Verfahrensgestaltung betroffen sind. Dies gilt allgemein in Hinblick auf die konkrete Ausübung des der Verwaltung zustehenden Verwaltungsermessens.

Mit dieser Feststellung ist noch nicht viel erreicht, soweit sich die handelnde Behörde in den ihr obliegenden Ermessensgrenzen bewegt. Der für die Verwaltung aus § 10 S. 1 VwVfG resultierende Spielraum führt in subjektiv-rechtlicher Sicht zunächst nicht zu einem Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung, sondern lediglich zu einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Ausübung des Verfahrensermessens.⁴⁶¹

Anders stellt sich dies bei der hier vorliegenden Ermessensreduktion auf Null dar.⁴⁶² In einem solchen Fall besteht auch hinsichtlich der Verfahrensgestaltung ein subjektiv-öffentlicher Anspruch der Betroffenen auf entsprechende Verfahrensgestaltung. Hieraus resultiert, dass den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern in „ihrem“ Verwaltungsverfahren ein subjektiv-öffentliches Recht auf die konkrete Durchführung zusteht.⁴⁶³ Damit ist für den Fall der

⁴⁶¹ *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 165; *Hill*, *NVwZ* 1985, 449 (452).

⁴⁶² Lesenswert hierzu *Hill*, *NVwZ* 1985, 449 (452) zum Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Ausübung des Verfahrensermessens..

⁴⁶³

Ermessensreduktion auf Null zunächst ein strikter subjektiv-öffentlicher Anspruch anzunehmen.

b) (Problematisches) Fehlerfolgenregime des VwVfG in Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit subjektiv-öffentlicher Verfahrensrechte

aa) Einführung in die Problematik

Es ist deutlich geworden, dass auch die Verfahrensrechte grundsätzlich geeignet sind, ein subjektiv-öffentliches Recht zu begründen. Der Bürger/die Bürgerin kann die Einhaltung der Vorschriften des formellen Rechtes, also auch der Vorschriften des VwVfG insoweit verlangen, als diese Norm auch zu seinem Schutz bestimmt ist. Dass dies hinsichtlich der Vollautomatisierung der geeigneten Entscheidungsregime der Fall ist und die Ermessensgrenzen des § 10 S. 2 VwVfG zu einer Verfahrensermessensreduktion auf Null in den geeigneten Fällen geführt hat, wurde gezeigt.

Die Verfahrensbeteiligten haben damit zwar grundsätzlich ein verfahrensrechtliches subjektiv-öffentliches Recht auf eine ermessensfehlerfreie Behandlung ihrer Rechte im Verwaltungsverfahren⁴⁶⁴, dieses Recht erweist sich in Hinblick auf die aus § 45, 46 VwVfG folgende Unbeachtlichkeit bzw. Heilbarkeit des Fehlers und die aus § 44a VwGO folgende nicht selbstständige Rügefähigkeit jedoch als Leerformel. Das Zusammenspiel dieser Normen zeigt anschaulich das gesetzgeberische Regelungskonzept, das eine geringstmögliche Sanktionierung von Verfahrensfehlern bezweckt und hierbei den Verwaltungsakt als solchen bestenfalls erhalten möchte.⁴⁶⁵ Die gesetzgeberische Annahme der grundsätzlich instrumentellen Funktion des Verwaltungsverfahrens wird evident; es dient als Instrument zur Verwirklichung des materiellen Rechts.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 10, Rn. 6d.

⁴⁶⁵ Emmenegger, in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 46, Rn. 2.

⁴⁶⁶ Burgi, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 30; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 45, Rn. 10 f..

bb) Die Regelungen des §§ 45, 46 VwVfG und § 44a VwGO

Hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzbarkeit besteht damit ein entscheidender und gewaltiger Unterschied zur Verletzung materieller subjektiver-öffentlicher Rechte. Das Vorliegen materieller Ermessensfehler führt zur Anfechtung und, im Falle der Rechtswidrigkeit, Aufhebung bzw. im Falle einer zulässigen Verpflichtungsklage zur Verpflichtung der Behörde zum Neuerlass oder zum direkten Neuerlass. Das Vorliegen formeller Ermessensfehler führt isoliert betrachtet zwar zu einer formell rechtswidrigen Entscheidung, jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit oder der Möglichkeit der Aufhebung. Aus § 44a VwGO folgt, dass eine gerichtliche Verfolgung etwaiger Verfahrensermessensfehler nur bei einem bestehenden Zusammenhang zwischen dem Verfahrensfehler und der Rechtsverletzung zulässig ist. Es muss ein typischer Bezug zum Schutz der materiell-rechtlichen Position des Klägers vorhanden sein.⁴⁶⁷ Ein Anspruch auf eine beispielsweise zügige Verwaltung ist daher grundsätzlich prozessual nicht durchsetzbar.⁴⁶⁸ Demnach besteht jedenfalls kein unmittelbar und alleine gerichtlich durchsetzbares Recht auf eine fehlerfreie Ausübung des Verfahrensermessens und damit der Einhaltung der Grundsätze der Zügigkeit, Zweckmäßigkeit und Einfachheit, auch wenn dies keineswegs eine Ermächtigung zur willkürlichen Verfahrensgestaltung oder dem Verzicht auf Verfahrensgrundsätze darstellt.⁴⁶⁹

Überdies sieht § 45 VwVfG die Heilung formeller Fehler vor, wenn dies mit den Erfordernissen des rechtsstaatlichen Verfahrens und wirksamen Rechtsschutzes für die Bürgerin/den Bürger in der Sache vertretbar erscheint.⁴⁷⁰ Damit bleibt zwar jedes Verhalten, das gegen eine Rechtsnorm verstößt, rechtswidrig, §§ 45 ff. VwVfG legen jedoch deren Unbeachtlichkeit unter gewissen Umständen fest. An dieser Stelle kommt das Interesse an der Verfahrensökonomie insoweit zur Geltung als aufgrund der Verletzung rein formeller Rechte nicht die Rechtswidrigkeit und damit unter Umständen die Notwendigkeit einer neuerlichen Durchführung des Verwaltungsverfahrens feststeht, sondern vielmehr eine Heilung eintritt und die Entscheidung damit,

⁴⁶⁷ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 157.

⁴⁶⁸ Freilich durch die Untätigkeitsklage oder den Amtshaftungsanspruch. Dies wird hier jedoch ausgeklammert, da dies spezielle Rechtsbehelfe betrifft. Die rein unzügige Sachentscheidung ist nicht angreifbar. Siehe zur nur mittelbaren prozessualen Durchsetzbarkeit *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 6, 25; *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 10, Rn. 9; *Ziekow*, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 10, Rn. 10.

⁴⁶⁹ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 10, Rn. 4.

⁴⁷⁰ *Kopp*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 45, Rn. 1.

trotz Vorliegens formeller Rechtswidrigkeit, bestandskräftig werden kann. § 46 VwVfG legt fest, dass zur Aufhebung einer Entscheidung ein Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Verfahrensvorschrift und der Sachentscheidung notwendig ist. Wenn sich ergibt, dass der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, wird der Fehler als unerheblich eingestuft.

Insoweit wird vertreten, dass dies bei gebundenen Entscheidungen durchweg ausgeschlossen sei unter Hinweis auf, dass es keine andere denkbare Sachentscheidung geben könne.⁴⁷¹ Dies hätte zur Folge, dass Verfahrensfehler bei gebundenen Entscheidungen grundsätzlich unbeachtlich wären und eine Form von „Freibrief“ der Verwaltung bestünde. Allerdings ist hier eine begriffliche Trennung notwendig. § 46 VwVfG macht deutlich, dass die Zuerkennung eines aus Verfahrensrechten resultierenden subjektiven Rechts nicht notwendigerweise mit einem Anspruch auf Aufhebung der verfahrensfehlerhaft zu Stande gekommenen Sachentscheidung einhergeht oder gar davon abhängt.⁴⁷² Die Feststellung der Schutzwirkung einer Vorschrift ist zu trennen von deren Sanktionsfolge. Daraus resultiert, dass bei absolut geschützten Verfahrensrechten die Rüge unabhängig von der Fehlerfolge möglich ist und bei relativ geschützten Verfahrensrechten aufgrund deren Abhängigkeit der Durchschlag auf die Sachentscheidung iSd § 46 VwVfG nötig ist. Außerdem ist mit Blick auf die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 44a VwGO darauf hinzuweisen, dass die Unbeachtlichkeitsfolge nicht darin begründet liegt, dass bei gebundenen Entscheidungen nur eine richtige Entscheidung ergehen kann, sondern dass den Gerichten die Letztentscheidungskompetenz hinsichtlich der Richtigkeit der Entscheidung zuerkannt wird.⁴⁷³ Denn stimmt die Entscheidung des Gerichts mit der der Verwaltung überein, wird die Entscheidung der Verwaltungsbehörde durch die Gerichtsentscheidung überholt.

Die Neufassung des § 46 VwVfG folgte auf die Kritik, dass § 46 VwVfG a. F. eine Begrenzung der Anwendung nur auf gebundene Entscheidungen vorgesehen habe und damit an das Merkmal der rechtlichen Alternativlosigkeit anknüpfte.

⁴⁷¹ Zum „überkommenen Anwendungsbereich“: *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 52 ff., insb. 59.

⁴⁷² Siehe hierzu auch *Held*, NVwZ 2012, 461 (464), der feststellt: „Ob eine Verfahrensvorschrift den individuellen Interessen eines Beteiligten zu dienen bestimmt ist, ist also unabhängig von der Fehlerfolge im Falle ihrer Verletzung zu beurteilen.“

⁴⁷³ *Held*, NVwZ 2012, 461 (467).

War aufgrund einer gebundenen Entscheidungssituation rechtlich kein Raum für eine andere Entscheidung, sollte eine Aufhebung auf Grundlage eines Verfahrensfehlers nicht beansprucht werden können. Der in § 46 VwVfG zu findende Konditionalsatz stellt nun dem Wortlaut nach auf einen Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Entscheidung in der Sache ab.⁴⁷⁴ Hieran gemessen, müsste eine Entscheidung auch dann aufgehoben werden, wenn sie zwar die einzig rechtmäßige Entscheidungsalternative darstellt, die Behörde aber nicht offensichtlich auch ohne den Verfahrensfehler faktisch zu der behördlich angegriffenen Entscheidung gekommen wäre.⁴⁷⁵ Der fehlende Einfluss muss zweifelsfrei festgestellt werden. Vice versa müsste feststehen, dass die Behörde ohne den Verfahrensfehler möglicherweise nicht eine andere (auch denkbar rechtswidrige) Entscheidung getroffen hätte. Dies würde zur Stärkung der Verfahrensrechte führen.

Gleichwohl kritisiert *Sachs*⁴⁷⁶ einen solchen Ansatz und plädiert dafür, bei der Ansicht der rechtlichen Alternativlosigkeit zu bleiben, da es absurd sei, durch die Auslegung eine Aufhebung von Entscheidungen zu generieren aufgrund der Möglichkeit, dass die Behörde auch eine andere, möglicherweise rechtswidrige, Entscheidung getroffen hätte. *Sachs* vertritt hier im Sinne einer Grundsatzentscheidung den generellen Vorzug der materiell-rechtlich rechtmäßigen Entscheidung.

Diese Ansicht führt bei gebundenen Entscheidungen zur generellen Sanktionslosigkeit der Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften. Dieser Auffassung folgend, würde die Bürgerin/der Bürger auf die nicht erwünschte Objektposition degradiert. In Bezug auf die optimale Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens, welches, wie gezeigt, insbesondere auch dem Rechtsschutzinteresse der Bürgerin/des Bürgers am besten entspricht, würde sich die erwähnte Leerformel perpetuieren. Der Bürger/die Bürgerin könnte gegen die Verletzung dieses verfahrenslenkenden und gesetzlich umrissenen Prinzips aus § 10 S. 2 VwVfG nichts einwenden, wenn diese nicht die Grenze der eine Untätigkeitsklage begründenden Schwelle überschritten. Damit ist

⁴⁷⁴ Dies diskutierend *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 57 f.; *Ziekow*, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 46, Rn. 10.

⁴⁷⁵ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 58; *Ziekow*, in: ders., VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 46, Rn. 12.

⁴⁷⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 59.

insbesondere bei § 46 VwVfG die Relativierung des Verfahrensrechts im deutschen Rechtssystem immanent. Die Nichtbeachtung der Verfahrensrechte ist damit in den allermeisten Fällen sanktionslos, was sowohl verfassungsrechtlich bedenklich ist, als auch zur Entdisziplinierung der Verwaltung beiträgt.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit führt *Kopp*⁴⁷⁷ aus: „Die Regelungen [...] beugen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt, obwohl die Ausgestaltung eines fairen Verwaltungsverfahrens ein Gebot des Rechtsstaatsprinzips und ggf. grundrechtlicher Gewährleistungen ist, die durch die zu treffende Verwaltungsentscheidung berührt werden können.“ Hier klingt bereits an, dass das Fehlerfolgenregime durchaus heftiger Kritik ausgesetzt ist⁴⁷⁸, *Schmidt-Aßmann* spricht gar von einem „überkommenen Dogma“ des Ausgangspunktes des Verständnisses von einer rein dienenden Funktion des Verfahrens⁴⁷⁹, die zum einen auf verfassungsrechtlichen Boden gestellt wird und insbesondere aus dem EU-Recht resultiert, in dem die Bestimmungen des Verfahrensrechts einen deutlich höheren Stellenwert haben als im deutschen Recht.⁴⁸⁰ Zwar kennt auch das Unionsrecht unwesentliche Verfahrensfehler, gleichwohl sieht es im weitaus größeren Umfang absolute Verfahrensrechte vor⁴⁸¹; bzw. erklärt es Verfahrensfehler aus einem gänzlich, und hier entscheidend, anderen Blickwinkel als unwesentlich. So wird auch beim direkten Vollzug von Unionsrecht eine Heilung selten angenommen.⁴⁸² Sofern man dem Verfahrensrecht einen Eigenwert beimisst, entstehen erhebliche Bedenken gegen die Wirkungen des §§ 45, 46 VwVfG.

cc) Zwischenfazit

Damit steht fest, dass Verfahrensrechte, die ein subjektiv-öffentliches Recht entfalten, wie dies § 10 S. 2 VwVfG in den für diese Untersuchung relevanten Verwaltungsverfahren vorsieht, am Fehlerfolgenregime des Verwaltungsverfahrensrechts scheitern und damit nach der derzeit

⁴⁷⁷ *Kopp*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 20. Aufl. 2019, § 45, Rn. 3.

⁴⁷⁸ Siehe hierzu insb. *Held*, *NVwZ* 2012, 461 (464), der darstellt, dass die deutschen Bestimmungen des subjektiv öffentlichen Rechts mit Blick auf europarechtliche Vorgaben als zu eng kritisiert werden.

⁴⁷⁹ *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, GG*, 92. EL 2020, Art. 19 IV, Rn. 25.

⁴⁸⁰ *Kopp*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 20. Aufl. 2019, § 45, Rn. 5.

⁴⁸¹ EuGH Rs. C-315/99 P, Slg. 2001 I-5281 – *Ismeri*; Slg. 2000, I-8237 -*Deutschland*; EuGH Slg 1974, I-491; *Kopp*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 20. Aufl. 2019, § 46, Rn. 5.

⁴⁸² *Kopp*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 20. Aufl. 2019, § 45, Rn. 5.

herrschenden Auffassung grundsätzlich nicht justiziabel sind. Das bedeutet für den konkret vorliegenden Fall, dass der subjektiv-öffentliche Anspruch auf eine vollautomatisierte Bearbeitung des eigenen Verwaltungsfalles von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern jedenfalls nicht einklagbar ist. Die Möglichkeit der Justiziabilität könnte sich nur dann ergeben, wenn eine derartige Gestaltung ein absolutes Verfahrensrecht darstellen und damit einen eigenen durchsetzbaren Geltungsanspruch neben der materiell-rechtlichen Komponente der Entscheidung entfalten würde.

II. Absolute Verfahrensrechte

a) Allgemeines

Aufgrund des Unbehagens bezüglich des Fehlerfolgenregimes der §§ 45, 46 VwVfG haben sich die sog. „absoluten Verfahrensrechte“ herausgebildet.⁴⁸³ Die Existenz absoluter Verfahrensrechte ist allgemein anerkannt. Bereits diese Anerkennung der extra legem entwickelten und unumstrittenen absoluten Verfahrensrechte lässt den Schluss zu, dass das VwVfG seiner Kodifikationsfunktion nicht hinreichend nachkommt. Für die Fehler dieser Kategorie soll das Fehlerfolgenregime nicht gelten, so dass deren alleinige gerichtliche Geltendmachung möglich wird. Die Geltendmachung wird damit unmittelbar durch Art. 19 IV GG geschützt. Damit reklamieren die absoluten Verfahrensrechte ein eigenes Recht auf Einhaltung unabhängig vom Bestehen materiell-rechtlicher Positionen, so dass hieraus selbstständig justiziable verfahrensrechtliche Rechtspositionen folgen.⁴⁸⁴ Es handelt sich damit um einen Vorgang der teleologischen Reduktion. Dabei können sich absolute Verfahrensrechte aus dem Unionsrecht, den Grundrechten und Verfassungsrechten einschließlich derer Prinzipien sowie einer Interpretation des einfachen Gesetzes ergeben.⁴⁸⁵

Die meisten Verfahrensrechte werden jedoch als relativ eingeordnet. Das *BVerwG*⁴⁸⁶ nimmt selbstständige subjektive Rechte aus Verfahrensvorschriften,

⁴⁸³ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 39.

⁴⁸⁴ BVerwGE 41, 58, 65; 61, 256, 275; 75, 285, 291; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, Einf. I, Rn. 65; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 (Grundrechtseinschränkungen; Grundrechtsträger; Rechtsweggarantie), Rn. 65; *Emmenegger*, NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 46, Rn. 37.

⁴⁸⁵ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 39; *Fehling*, VVDStrL 70 (2011), 278 (284), Fn. 15.

⁴⁸⁶ BVerwGE 41, 58, 64; 44, 235, 239; BVerwG NJW 1982, 1546 (1548); VGH Mannheim ZFW 1986, 362.

anknüpfend an die Lehre vom Schutzzweck der Norm, nur dann an, wenn sich aus dem Schutzzweck der betreffenden Verfahrensvorschrift ergibt, dass sie nicht nur der Ordnung des Verfahrensablaufs dient, sondern dazu bestimmt ist, dem Betroffenen/der Betroffenen in spezifischer Weise eine selbstständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition zu gewähren und damit einen unabhängig von der Ordnung des Verfahrensablaufes bestehenden Zweck verwirklichen. Die Rechtsposition muss sich demnach auf Grundlage der Verfahrensvorschrift so verdichten haben, dass die Aufhebung einer Entscheidung ohne Rücksicht auf ihren materiellen Inhalt erzwungen werden kann. Das impliziert die Gewichtigkeit einer Verfahrensvorschrift derart, dass ihre Verletzung letztlich einen absoluten Aufhebungsgrund zu begründen vermag. Dies führt sodann zu einem Verdrängen der Vorschrift des § 46 VwVfG.⁴⁸⁷ Das bedeutet, dass die Prüfung zur Feststellung eines individualschützenden Charakters der betreffenden Verfahrensvorschrift zu ergänzen ist um die Frage nach einer derartigen Verdichtung dieses Charakters hin zu einem Recht mit absolutem Geltungsanspruch.

Eine Ausnahme ist dort zu suchen, wo die Auslegung der Verfahrensvorschrift eindeutig ergibt, dass der Betroffenen/dem Betroffenen unabhängig vom materiellen Recht eine eigene, selbstständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition eingeräumt ist. Hier sind die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und Zusammenhänge mit dem Unionsrecht zu berücksichtigen. Dies kann entscheidend und notwendig sein, um weniger individualschützende Zielvorstellungen oder Umsetzungen des Gesetzgebers zu neutralisieren.

*b) Absolut subjektiv-öffentliches Recht auf eine
Vollautomatisierung der geeigneten
Entscheidungsprogramme*

Hinsichtlich der Annahme eines absoluten subjektiv-öffentlichen Verfahrensrechtes haben sich verschiedene Ansatzpunkte entwickelt. Dies betrifft zum einen grund- oder verfassungsrechtlich begründete absolute Verfahrensrechte und demokratisch-partizipativ begründete absolute

⁴⁸⁷ Dies diskutierend *Stelkens*, NJW 1982, 1137; *Dolde*, NVwZ 1991, 960 (962); abl. *Breuer*, Verfahrens- und Formfehler der Planfeststellung für raum- und umweltrelevante Großvorhaben, in: Franßen, Sandler, Bürger-Richter-Staat: Festschrift für Horst Sandler, 1991, 357 (386).

Verfahrensrechte. Bei näherer Beleuchtung dieser herausgebildeten Institute in Hinblick auf ein etwaiges absolutes Verfahrensrecht auf Vollautomatisierung zeigt sich jedoch, dass der subjektive Charakter dieser verfahrensrechtlichen Position nicht derartig individualschützende Zielvorstellungen in den Blick nimmt, dass ein ebensolcher absoluter Anspruch zu begründen wäre.

aa) Grundrechtlich begründete absolute
Verfahrensrechte

Spätestens seit der Mülheim-Kärlich-Entscheidung des BVerfG⁴⁸⁸ ist anerkannt, dass die Grundrechtsrelevanz einer Verfahrensvorschrift dazu führen kann, dass ein sog. absolutes Verfahrensrecht in Form eines durchsetzbaren subjektiv-öffentlichen Rechtes angenommen werden kann. Vielmehr solle Voraussetzung für die Annahme absoluter Verfahrensrechte sein, dass sich die verfahrensrechtliche Dimension der Grundrechte nur dann annehmen lasse, wenn die betreffende Verfahrensvorschrift gerade dazu bestimmt sei, die staatliche Schutzpflicht für ein Grundrecht umzusetzen.⁴⁸⁹ Vereinfacht ausgedrückt soll es sich hierbei um Fälle handeln, in denen die verletzte Verfahrensvorschrift selbst den Schutzauftrag aus sich heraus erfüllen solle.⁴⁹⁰ Der Anwendungsbereich ist nach bislang herrschender Auffassung und Rechtsprechung eng begrenzt.⁴⁹¹ Es gibt hier bislang drei anerkannte Fallgruppen grundrechtsrelevanter absoluter Verfahrensrechte, nämlich bestimmte enteignungsrechtliche Verfahrensvorschriften⁴⁹², Beteiligungsrecht von Gemeinde und Gemeindeverbänden im luftverkehrsrechtlichen Genehmigungsverfahren⁴⁹³ und Beteiligungsrechte des anerkannten Naturschutzverbandes bei Planfeststellungsverfahren gem. § 29 I Nr. 4 BNatSchG⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ BVerfG 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 ff. Hieraus insb. BVerfGE, 53, 30, 66: „Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser Frage ist von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszugehen, daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“

⁴⁸⁹ *Erichsen*, in: ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 11 II 5, Rn. 41; *Schwarz*, in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 46 Rn. 21; *Appel/Singer*, JuS 2007, 913 (916).

⁴⁹⁰ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4, Rn. 157.

⁴⁹¹ Siehe *Held*, NVwZ 2012, 461 (464) mit Beispielen.

⁴⁹² BVerwG 22.2.1980 – IV C 24.77, Rn. 27 mit Verweis auf BVerwG 13.2.1970 – IV C 41.67, Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 106.

⁴⁹³ Etwa BVerwG Urteil vom 7. Juli 1978 – 4 C 79.76, in: BVerwGE 56, 110 (137); Urteil vom 11. Dezember 1978 – BVerwG 4 C 13.78, Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 8, S. 1 (4).

⁴⁹⁴ BVerwG, 31.10.1990 – IV C 7.88 - in BVerwGE 87, 62 = NVwZ 1991, 162.

Für die Annahme eines grundrechtlich begründeten absoluten Verfahrensrechts auf vollautomatisierte Bearbeitung des konkreten Verwaltungsfalles besteht vorliegend kein Raum. Insbesondere unter Bezugnahme auf den Mülheim-Kärlich-Beschluss, der mit seinem atomrechtlichen Hintergrund in Zusammenhang mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Leben für die Annahme eines grundrechtlich relevanten Wertes einer Verfahrensvorschrift begründete, ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass ein derartiger Bezug nicht herstellbar ist. Selbst bei einer gänzlich den Optimierungsgeboten widersprechenden Gestaltung des einfachen Verwaltungsverfahrens ist keine der Schutzpflicht eines Grundrechtes unterworfenen Verfahrensvorschrift betroffen.

bb) Verfassungsrechtlich begründete absolute
Verfahrensrechte

Neben den grundrechtlich begründeten absoluten Verfahrensrechten kommt eine Herleitung solcher Rechte aufgrund der demokratischen Funktion des Verfahrensrechts und seiner Einbettung in die verfassungsrechtlichen Prinzipien in Betracht. Hier ist die ausgedehnte Diskussion über die nicht-instrumentelle Funktion und die Zwecke von Verfahrensvorschriften zu verankern. Im Mittelpunkt dieser Betrachtung steht die akzeptanzfördernde Funktion der betreffenden Verfahrensrechte und die Frage, ob die Waage bei der konkreten Betrachtung des Verfahrensfehlers kippt und zu dem Ergebnis führt, dass eine ergebnisunabhängige Sanktion erfolgen müsse.

Anzuknüpfen ist an Gesichtspunkte der Transparenz, Objektivität, dem notwendigen Verwaltungszugang und den Kommunikationswegen. Es wird diskutiert, ob das Fehlerfolgenregime aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit an dieser Stelle restriktiv zu interpretieren sei, da die Sanktionslosigkeit von Verfahrensfehlern die Bedeutung der rechtsstaatlich gebotenen Verfahrensbindungen relativiere.⁴⁹⁵

*(1) Ein absolutes Recht resultierend aus dem
Rechtsstaatsprinzip?*

Für diese Arbeit von Interesse sind die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Vorgaben für die Ausgestaltung der Organisation und Verfahren zur Ausübung

⁴⁹⁵ Zum Eigenwert des Verwaltungsverfahrens ausführlich: *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 227 (227 ff.) und *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (278 ff.).

von Staatsgewalt. Ausgangspunkt dieser Vorgaben ist die Annahme, dass der Rechtsstaat sich auf der Wahrung formeller Voraussetzungen gründet,⁴⁹⁶ um damit der umfassenden Notwendigkeit der Aufstellung und Garantie einer staatlichen Rechtsordnung gerecht zu werden.

Damit ist insbesondere die formelle Rechtsstaatlichkeit betroffen, in deren Mittelpunkt steht, dass die Staatsgewalt in verfahrens- und organisationsrechtlicher Hinsicht Grenzen gesetzt werden, die dazu führen, dass die Bürgerin/der Bürger geschützt wird, soweit der Staat handelt.⁴⁹⁷ Konkret folgt hieraus das Erfordernis rechtsstaatlicher Verwaltung.⁴⁹⁸ Ganz generell stehen hier im Fokus ebenso Aspekte der Klarheit, des rechtsstaatlichen Gebotes rationaler Organisation, Grundsätze des fairen Verfahrens⁴⁹⁹, Anhörungsrechte⁵⁰⁰, Begründungsanforderungen⁵⁰¹, das Verhindern sachwidriger Verzögerungen, das Entscheiden in angemessener Zeit⁵⁰², die notwendige Objektivität und Distanz in der Bearbeitung der Verwaltungsfälle⁵⁰³, Transparenz⁵⁰⁴ und als Voraussetzung für all dies freilich der Zugang zur staatlichen Verwaltung.

Dem Rechtsstaatsprinzip ist hieraus ableitend dogmatisch durchaus die Sicherung der Verfahrenspositionen zu entnehmen. Anknüpfungspunkt ist die wirksame Umsetzung des Rechts, die nicht nur untrennbar mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden, sondern vielmehr die Forderung desselben ist. Die Wirksamkeit der Rechtsumsetzung und Rechtsdurchsetzung geht unmittelbar mit der Ausgestaltung der Organisation staatlicher Gewaltausübung und der zugrundeliegenden Verfahren einher.

⁴⁹⁶ *Sachs*, in: ders. GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 158: „Auch der materielle Rechtsstaat baut auf der Wahrung formeller Voraussetzungen auf, die organisatorisch und verfahrensrechtlich die Gewähr bieten, dass das Handeln der Staatsgewalt in der Sache gesetzmäßig und gerecht erfolgt.“

⁴⁹⁷ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 20 VII., Rn. 36 zu der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit.

⁴⁹⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 204.

⁴⁹⁹ *Sachs*, in: ders. GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 163; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 208.

⁵⁰⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 208.

⁵⁰¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 210.

⁵⁰² Vgl. etwa BVerfGE 88, 118 (124); 93, 99 (107 f.); NJW-RR 2010, 207 ff.; BVerfG, Beschl. v. 30.07.2009 – 1 BvR 2662/06 = NJW 2013, 3432 Rn. 17 ff.; BGHZ 200, 20 Rn. 25.

⁵⁰³ Vgl. BVerfGE 121, 205 (221 f., Rn. 71 f.); BVerfGE 128, 148 (179 f., Rn. 176 f.); BVerwG, Beschl. v. 09.04.1987, 4 B 73/87 = DÖV 1987, 870; NVwZ 1987, 886.

⁵⁰⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2015, Art. 20 Rechtsstaat, Rn. 209.

Es ist eine klare Forderung der Rechtsstaatlichkeit, dass Verfahren so konzipiert werden müssen, dass die Wirksamkeit des Verwaltens sichergestellt ist. Die Wirksamkeit fordert ergo auch, dass die Verfahrensregelungen eingehalten werden und jedes Verfahren in einer angemessenen Zeit mit einem angemessenen Mittelaufwand durchgeführt wird.⁵⁰⁵ Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt insbesondere auch das Gebot zur Sachlichkeit und Neutralität.⁵⁰⁶ Das Verwaltungsverfahren ist sachgemäß, unparteiisch und unvoreingenommen durchzuführen und damit vorurteilslos, tolerant und emotionslos.⁵⁰⁷ Damit ergibt sich insgesamt das Erfordernis einer möglichst transparent handelnden öffentlichen Verwaltung, um rechtsstaatlichen Erfordernissen Genüge zu tun.⁵⁰⁸

In Zusammenschau mit dem Grundsatz der Bindung an Recht und Gesetz ergibt sich ein Anspruch auf Bearbeitung und Entscheidung der konkret vorgelegten Belange, was vor allem auch die prozedurale Seite der Entscheidungsproduktion betrifft. Insoweit bietet das Rechtsstaatsprinzip durchaus Anknüpfungspunkte, die diese Gestaltungsalternative mit Blick auf die Bürgerbezogenheit gerichtlich durchsetzbar erscheinen lassen.

(2) Demokratisch-partizipativ begründete absolute Verfahrensrechte

Bei der Bestimmung des Wertes des Verwaltungsverfahrens soll die Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung in den Fokus genommen und hieraus ein, in der Folge auch justiziabler, Eigenwert gewonnen werden.⁵⁰⁹ Das von *Wahl*⁵¹⁰ geprägte Verständnis vom „Verwirklichungsmodus“ des Verwaltungsrechts zeigt eindrücklich die Abhängigkeit des materiellen Verwaltungsrechts vom Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsverfahren soll damit nach deutschem Rechtsverständnis konstitutive Bedingung für das Wirksamwerden des Verwaltungsrechts sein.⁵¹¹ Die Betrachtung einer rein

⁵⁰⁵ Zur Effizienz- und Gemeinwohlbindung ausführlich *Pitschas*, in: GVwR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 111 ff., 157 ff.; siehe hierzu auch *Schmidt-Aßmann*, in: GVwR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 85.

⁵⁰⁶ BVerwGE 70, 143 = NVwZ 1985, 187; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 62.

⁵⁰⁷ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9, Rn. 62; siehe auch BVerwG NVwZ 1988, 66 zu den Grundsätzen des Berufsbeamtentums.

⁵⁰⁸ *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 209.

⁵⁰⁹ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (234) spricht von: „Dienende Funktion versus Eigenwert – ein sprachliches Missverständnis“.

⁵¹⁰ *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (153).

⁵¹¹ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (237).

instrumentellen Funktion vernachlässigt jedoch diese weitergehende Bedeutung. Das Verwaltungsverfahren verwirklicht nicht nur in Abhängigkeit des materiellen Rechts Zwecke in Hinblick auf eine rechtmäßige oder sachrichtige Entscheidung, sondern vielmehr außerhalb der reinen Sachentscheidung liegende Zwecke. Diese verwirklicht das Verwaltungsverfahren zusätzlich, ausschließlich oder verstärkt sie.⁵¹²

Es ist ausdrücklich nicht die einzige Aufgabe des Verwaltungsverfahrens, das materielle Recht zu verwirklichen.⁵¹³ Das Verfahrensrecht mit seinen Beteiligungsrechten und auch in Hinblick auf das Erfordernis der effizienten Gestaltung trägt dazu bei, die Rechte der Bürgerinnen und Bürger zu wahren und die breite Akzeptanz der Öffentlichkeit herzustellen. Partizipation und Nachvollziehbarkeit führen zur Akzeptanz. Politische und gesellschaftliche Entwicklungen drängen in Hinblick auf ihre akzeptanzbegründenden Verfahrenselemente auf eine starke Durchsetzbarkeit von Verfahrensrechten. Diese Anerkennung kann nur im Verwaltungsverfahren selbst geschaffen werden, das ebendiese absolut notwendigen Beteiligungs- und Informationsrechte enthält. Das Verwaltungsverfahren sichert so die Subjektstellung der Bürgerin/des Bürgers.⁵¹⁴ Diese Stärkung der Partizipationsrechte führt nicht nur zur Stärkung eines demokratischen Gemeinnsinns, sondern führt zur Akzeptanz der hoheitlichen Tätigkeit im Allgemeinen und konkret bezogen auf die eigene Verwaltungsentscheidung.

Auch das im Verwaltungsverfahren zu beachtende Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsprinzip spielt in diese Argumentation hinein. Die Bürgerinnen und Bürger, die die durch Steuergelder finanzierte Staatstätigkeit verschwendet eingesetzt sehen, werden in geringerem Maße bereit sein, eine für sie nachteilige und gegebenenfalls mit Kosten verbundene negative Entscheidung zu akzeptieren, wenn die entscheidende Behörde selbst unter Verschwendung von Ressourcen tätig wird. Hierzu *Pitschas*⁵¹⁵: „Die verstärkte Ausrichtung an der vermeintlichen nur „dienenden Funktion“ des

⁵¹² *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 30.

⁵¹³ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 31 f.; andere Dimensionen des Verfahrensrechts benennend *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 45, Rn. 11. Siehe zur Thematik auch *Held*, Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 35 ff.

⁵¹⁴ *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (282); in diese Richtung auch *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.).

⁵¹⁵ *Pitschas*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 42, Rn. 131.

Verwaltungsverfahrens sowie an materiellen Rechtsvorstellungen kündigt von einem veralteten Leitbild des Verfahrensgesetzgebers. Dieser bevorzugt ein verkürztes Effizienzdenken, das nicht einmal puren Wirtschaftlichkeitsüberlegungen gerecht wird [...].“ Nicht zu vergessen das Zeitmoment, welches für die Bürgerin/den Bürger ein entscheidendes Maß darstellt; dies insbesondere in Hinblick auf die generelle Akzeptanz einer hoheitlichen Entscheidung, die auf einem Subordinationsverhältnis fußt. Dieser Gedanke führt sich unmittelbar fort in der Transparenz der Entscheidung, dessen Grundlage ebenfalls im Verfahren gelegt wird und seinen Niederschlag letztlich in § 39 VwVfG mit den oben bezeichneten grundsätzlich hohen Begründungsanforderungen findet. Insgesamt stehen daher die anerkannten Verfahrenszwecke der Akzeptanz, Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Partizipation als eigenständige Zwecke des Verwaltungsverfahrens bereit.⁵¹⁶ Aufgrund dieser demokratischen Funktion der Verwaltungsarbeit folgt die mit der Verfassung im Zusammenhang stehende Legitimationswirkung, deren Folge eine ergebnisunabhängige Sanktionierung von Verfahrensfehlern sein muss. Nur so kann die demokratisch-partizipative und akzeptanzfördernde Funktion der Verwaltungsarbeit erfüllt werden. Aus diesen für die Sicherung der Rechte des Bürgers/der Bürgerin im demokratischen Rechtsstaat fundamentalen Zwecken folgt die Feststellung, dass das Verwaltungsverfahren einen zentralen, elementaren Beitrag zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen leistet.⁵¹⁷ Die Fixierung auf die Sachentscheidung als Bezugspunkt des Verfahrensrechts bildet dessen Stellung nicht hinreichend ab. Die Notwendigkeit der einklagbaren Verfahrensgerechtigkeit und die Verfahrenskontrolle leiten sich hieraus unmittelbar als Appell ab.⁵¹⁸

(3) Zwischenfazit

Knüpft man daran an, dass die Vorschriften nicht nur der Ordnung des Verfahrensablaufes zu dienen bestimmt sein müssten, sondern einen hiervon unabhängigen Zweck verwirklichen sollen, kann durch die Rückkopplung an die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens und damit dem unmittelbaren Bezug zum Bürger/zur Bürgerin ein unabhängiger Zweck durchweg erkannt werden. Es geht nicht nur um reine Fragen der Organisation, sondern die Sicherung der

⁵¹⁶ *Burgi*, in: ders./Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 1. Aufl. 2012, S. 33 f.

⁵¹⁷ *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (280).

⁵¹⁸ Krit. hierzu *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (280 ff.).

Rechte des von dem Verwaltungsverfahren betroffenen Bürgers/betroffenen Bürgerin bezüglich der notwendigen Objektivität, Transparenz, Zügigkeit und der Möglichkeit des einfachen Zugangs. Dies steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Erfordernissen an eine akzeptanzfördernde Ausgestaltung staatlicher Handlungen. Nur der Bürger, der eine Entscheidung nachvollziehen kann, wird diese akzeptieren. Dieses Paradigma setzt bereits Anforderungen an die konkrete Verfahrensgestaltung fest.

Betrachtet man jedoch die bislang anerkannten Fälle der absolut geschützten Verfahrensrechte zeigt sich gleichwohl ein Gefälle. Die bislang anerkannten Fälle knüpften an grundrechtlich relevante Rechtspositionen an, die konturiert waren und damit einen ganz bestimmten Anwendungsbereich bezeichneten. Aus den Anforderungen an Transparenz, Objektivität und Zugänglichkeit und der bestmöglichen Verwirklichung durch Vollautomatisierung der geeigneten Verfahren grundsätzlich ein absolut einklagbares Recht herzuleiten, würde in Ansehung der Funktion der Verfassungsprinzipien und deren Unbestimmtheit zu weit gehen.

Die individualschützende Reichweite kann daher wohl nicht derart ausgedehnt werden, dass man begründen könnte, dass aus den verfassungsrechtlichen Prinzipien und deren Ausformungen die Zwecke der konkreten Verfahrensgestaltung derart konkretisiert würden, dass ein einklagbares absolutes Recht auf einen elektronischen Verwaltungszugang und in der Folge eine vollautomatisierter Bearbeitung angenommen werden könnte. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wird ein etwaiges Recht der Bürgerin/des Bürgers auf elektronische Kommunikation betrachtet. Zwar wurde durch Einfügung des § 3a VwVfG der Grundstein für den Weg hin zu einer elektronischen Kommunikation zwischen Bürgerschaft und Behörde gelegt, gleichwohl ist hieraus kein absolutes subjektiv-öffentliches Recht auf die konkrete Kommunikationsform ableitbar. Die Verwaltung muss für die Bürgerin/den Bürger lediglich übliche Standards der Kommunikation erfüllen.⁵¹⁹ Die Konturen sind zu unscharf, um eine über dem materiellen Recht stehende individualrechtliche Regelung sehen zu können.

Es darf auch nicht aus dem Blick geraten, dass den Verfahrensrechten an sich freilich eine nicht nur instrumentelle Funktion zukommt, was deren durchweg

⁵¹⁹ Eifert, *Electronic Government*, 2006, S. 59.

verfassungsrechtliche Verankerung zeigt. In Anerkennung dieses Umstandes hat sich der deutsche Gesetzgeber gleichwohl für das Fehlerfolgenregime des VwVfG entschieden. Es ergibt sich daher, dass zwar verfassungsrechtliche Grundsätze und deren vielfältigen Auswirkungen, wie die hier relevante Zugangsmöglichkeit, Kommunikationsgrundlagen und die notwendige Transparenz und Sachlichkeit dazu drängen, dass ein subjektiv-öffentlicher Anspruch der Bürgerin/des Bürgers dahingehend begründet werden könnte, dass ein rechtsstaatlich ausgestaltetes Verwaltungsverfahren einen elektronischen Zugang, elektronische Kommunikationswege und, in geeigneten Fällen, eine maschinelle Bearbeitung vorsieht, gleichsam resultiert hieraus nicht die Annahme eines absoluten Rechtes. Die Schwelle zur Annahme, dass hier ein den § 46 VwVfG überkommendes Recht bestehen könnte, ist nicht überschritten.

Damit verbleibt die objektivrechtliche Überprüfung der Einhaltung der herausgearbeiteten Erfordernisse des § 10 S. 2 VwVfG bei den Aufsichtsbehörden. Die Verwaltungsbehörden könnten sich ihrer verfahrensrechtlichen Verpflichtungen nicht entziehen, weil sie sie beispielsweise als missliche Formalie betrachten oder vor den Hürden der Technisierung zurückschrecken. Sobald Verwaltungsbehörden derartige Verpflichtungen bewusst ignorieren, ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, hiergegen einzuschreiten.⁵²⁰ Ebenso ist zu berücksichtigen, dass auch die handelnde Beamtenschaft Dienstpflichten unterliegt und die Nichtbeachtung verfahrensrechtlich verpflichtender Bestimmungen zu dienstlichen Sanktionen führen kann. So kann auch der betroffene Bürger/die betroffene Bürgerin Dienstaufsichtsbeschwerden einreichen und auf Missstände hinweisen.

cc) Der Einfluss des Unionsrechts auf das Fehlerfolgenregime und das Verständnis der Verfahrensrechte

Wie gezeigt, ist das deutsche Recht in Bezug auf die Anerkennung absoluter subjektiver Rechte als Ausgangspunkt für eine gerichtliche Kontrolle sehr restriktiv, was in teilweise großem Widerspruch zum europäischen Verständnis von den Verfahrensrechten steht. Eindrücklich hierzu *Wolff*⁵²¹: „Massiv unter Druck gerät das deutsche restriktive Verständnis der absoluten

⁵²⁰ *Brüning/Vogelsang*, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009, Rn. 142; OVG Münster NVwZ 2003, 492 f.; vgl. auch *Stelkens*, DVBl. 2010, 1078 (1082).

⁵²¹ *Wolff*, in: NK-VwGO, 5. Aufl. 2018, VwGO, § 113, Rn. 42.

Verfahrensfehler durch das Unionsrecht. Sofern unionsrechtliche Normen unmittelbar Verfahrensrechte gewähren, muss durch Auslegung des Unionsrechts beantwortet werden, ob die Verletzung dieser Rechte allein zur Aufhebung der Entscheidung führen soll.“

Im Gegensatz zur deutschen Regelung ist in anderen Rechtsordnungen und teils auch dem Unionsrecht der Zugang zu den Gerichten bereits bei einem irgendwie gearteten schutzwürdigen Interesse eröffnet.⁵²² Dies ermöglicht die Kontrolle von Verstößen gegen Verfahrensvorschriften, die nur mittelbar der Klägerin/dem Kläger zukommen und nicht ein originäres Recht der Klagenden betreffen. So wird im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Umweltverträglichkeitsrichtlinie eine alleinige Aufhebung der Entscheidung aufgrund eines Verfahrensfehlers bereits angenommen.⁵²³ Der deutsche Gesetzgeber hat daraufhin das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz geändert und in § 4 I Nr. 1-3 absolute Verfahrensrechte etabliert.⁵²⁴

Perspektivisch ist zu betrachten, ob der zunehmend wachsende europäische Einfluss auf die nationalen Rechtsgefüge dazu führen könnte, dass auch die Stellung des Verfahrens im deutschen Verfahrensrecht zu überdenken wäre.

(1) Anerkennung eines Eigenwerts der Verfahrensrechte

1.1 Europäischer Standpunkt

Das europäische Verständnis der Rolle des Verwaltungsverfahrens steht dem deutschen Verständnis kontrastierend gegenüber.⁵²⁵ Das europäische Verständnis gilt zwar lediglich für die Eigenverwaltungstätigkeit der Union. Gleichsam kommt der Rechtsauffassung der Union und der Mitgliedstaaten eine in ihrer Bedeutung zunehmende Ausstrahlungswirkung insbesondere auf das nationale Verwaltungsverständnis zu. Die Vorgaben des EU-Rechts und die rechtsvergleichenden Erkenntnisse werden in das Verständnis des deutschen Rechts einbezogen, hinterfragt und finden zunehmend Beachtung,⁵²⁶ so dass

⁵²² *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (301) mit Rechtsvergleichung.

⁵²³ EuGH 15.10.2015 – C-137/14; NVwZ 2015, 1665; s. a. EuGH 7.11.2013 – C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49.

⁵²⁴ Vgl. BT-Drs. 18/5927, S. 9: „Zukünftig soll in § 4 UmwRG deutlicher zwischen absoluten und relativen Verfahrensfehlern unterschieden werden. [...] Das Vorliegen von absoluten Verfahrensfehlern führt zu einem Aufhebungsanspruch des Klägers.“

⁵²⁵ Lesenswert hierzu *Lippert*, ZUR 2013, 203 (205).

⁵²⁶ Zu den europäischen Dimensionen des Verwaltungsverfahrensrechts siehe *Schmidt-Aßmann*, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 15 ff..

es insgesamt zu einer Stärkung des verfahrensrechtlichen Denkens im europäischen Entwicklungszusammenhang kommt.⁵²⁷ Dass das verfahrensrechtliche Denken einen Schwerpunkt im Zusammenhang des EU-Rechts darstellt, ist kein Zufall, sondern resultiert daraus, dass die EU selbst in hohem Maße einen Verfahrensverbund darstellt und ihre Daseinsberechtigung überwiegend durch verfahrensrechtliche Strukturen markiert und sichert. Die Europäischen Verfassungstexte, das Primärrecht der EU-Verträge und die EMRK enthalten signifikante verfahrensrechtliche Aspekte. Diese divergierende Bedeutung führt dazu, dass der Individualrechtsschutz des Art. 19 IV GG durch die zunehmende Europäisierung und ein tiefergreifendes Verständnis geprägt wird.

In Bezug auf das Verwaltungsverfahren ist Anknüpfungspunkt der Überlegungen der bereits ausführlich beleuchtete Art. 298 AEUV und Art. 41 GrCh.

1.2 Vergleich des deutschen und europäischen Verständnisses

Bereits die systematische Stellung der verbürgten Rechte des Unionsrechts zeigt im Vergleich zur systematischen Stellung im VwVfG die abweichende Bedeutung. Gleichwohl findet das Recht auf gute Verwaltung sein Pendant in den deutschen Grundsätzen rechtsstaatlichen Verfahrens, so dass hier durchaus ein Konnex besteht.

Die signifikante Neuerung ergibt sich aus einem Zusammenspiel. Einerseits wurden im europäischen Recht klassische Verfahrensgarantien erstmals ausdrücklich grundrechtlich normiert und nicht in materielle Grundrechte akzessorisch hineininterpretiert und auf einfachgesetzlicher Ebene teilweise konkretisiert.⁵²⁸ Hier kommt eine grundlegend von der deutschen Auffassung abweichende Überzeugung zum Ausdruck, die noch näher beleuchtet wird.

Insbesondere perpetuiert sich der Kontrast des Stellenwertes der Verfahrensrechte mit Blick auf die Verfahrensfehlerfolgenlehre des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts und dem europäischen Umgang mit Verfahrensfehlern. Die in Art. 41 GrCh verbürgten Rechte geben der Bürgerin/dem Bürger damit ein subjektives und durchsetzbares Recht an die

⁵²⁷ Schmidt-Aßmann, in: GVWR, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, Rn. 15.

⁵²⁸ Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (324).

Hand. Im ausschließlichen Verwaltungsbereich der EU führen Verfahrensfehler regelmäßig zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung.⁵²⁹ Insoweit ist das EU-Recht bezüglich der Heilungsmöglichkeit im Gegensatz zum deutschen Recht von besonderer Zurückhaltung geprägt.⁵³⁰ *Gornig, u. a.*⁵³¹ hierzu: „Fehler im gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren ziehen häufig ernstere Konsequenzen nach sich als im deutschen Verwaltungsrecht. Verstöße sind nämlich stets beachtlich, es sei denn, es kann ausgeschlossen werden, dass sich der Fehler auf die Entscheidung ausgewirkt hat.“

Dieser Umstand basiert auf einem generell anderen Verständnis von Verfahrensrechten. Aus dem europäischen Blickwinkel betrachtet, kann eine richtige Entscheidung grundsätzlich nicht unabhängig von einem richtigen Verfahren erlangt werden. Die Fehlerhaftigkeit einer Entscheidung wird damit nicht in eine Verbindung zur materiellen Richtigkeit der Entscheidung gesetzt; materielle Richtigkeit kann die Fehlerhaftigkeit nicht ausgleichen. Das Verfahrensrecht „dient“ nicht zur Durchsetzung materiellen Rechts, sondern bietet nach europäischem Verständnis selbst eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung. Damit wächst dem Verwaltungsverfahren ein vom materiellen Recht unabhängiger Eigenwert zu.

Dieses grundsätzliche Verständnis vom Eigenwert des Verwaltungsverfahrens ist jedoch mit Blick auf einige EuGH-Entscheidungen nachzujustieren. Auch im europäischen Recht sind einige Entscheidungen auffindbar, bei denen Verstöße gegen verfahrensrechtliche Vorgaben unbeachtlich waren.⁵³² Dem Europarecht ist die Idee also nicht fremd, dass nicht jeder Verfahrensfehler zur Aufhebung der Entscheidung führt. Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung der Entscheidungen, dass sich die Gründe für die Unbeachtlichkeit in einer dezisiven Nuance unterscheiden, die mit der jeweiligen grundsätzlichen systemimmanenten Überzeugung zusammenhängt. So fragt das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht, wie gezeigt, danach, ob die Verletzung die Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflusst hat. Es erfolgt demnach eine Betrachtung aus der Perspektive materieller Richtigkeit – ist die materielle Entscheidung „richtig“ ergangen? Wenn dies bestätigt wird, dann ist

⁵²⁹ *Wahl*, DVBl. 2003, 1285 (1287, 1292 f.).

⁵³⁰ *Wahl*, in: Hill/Pitschas, *Verwaltungsverfahren*, S. 357 (372); *Schoch*, in: *Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 279 (299) m. w. N.

⁵³¹ *C. Gornig/C. Trüe*, JZ 2000, 395 (397).

⁵³² EuGH, Rs. 2/56 (Geitling), Slg. 1957, S. 9, 38; EuGH, Rs. 234/84 (Belgien/Kommission), Slg. 1986, 2263, Rn. 30; EuGH, Rs. 259/85 (Frankreich/Kommission), Slg. 1987, 4393, Rn. 13.

es unerheblich, dass bspw. nicht angehört wurde. Die europäischen Entscheidungen fußen hingegen auf einer fehlenden Kausalität zwischen dem Verfahrensfehler und der Entscheidung.

Erscheint dies auf den ersten Blick identisch, zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die Perspektive eine andere ist und sich auf den Verfahrensfehler selbst bezieht. Eine Aufhebung wird nur deswegen abgelehnt, weil auch bei Einhaltung der maßgeblichen Verfahrensvorschrift keine andere Entscheidung getroffen worden wäre. Beispielsweise führt eine fehlende Anhörung dann nicht zur Aufhebung, wenn trotz dieses Verfahrensfehlers sämtliche notwendigen Tatsachen bekannt waren, der Betroffene/die Betroffene Stellung nehmen konnte und nichts Neues hätte hinzugefügt werden können.⁵³³ Vereinfacht ausgedrückt wurde zwar rein formell das Verfahrensrecht nicht eingehalten, die jeweilige Zielsetzung jedoch erreicht. Die Betrachtung basiert auf einem anderen Standpunkt in Bezug auf das maßgebliche Verfahrensrecht.⁵³⁴

Eine weitere Abgrenzung wird durch die Frage nach der Wesentlichkeit des Verfahrensverstößes vorgenommen. Die Wesentlichkeit wird an dieser Stelle vorrangig nach der Bedeutung der verletzten Vorschrift im Allgemeinen bestimmt.⁵³⁵ Hier kommt es häufig zur Aufhebung von Entscheidungen, die das rechtliche Gehör oder die Begründungspflicht verletzen.⁵³⁶ Dass dem europäischen Verständnis nach der Verwaltung eine andere Rolle zukommt, wird auch deutlich durch die Überzeugung einer dienstleistenden Einrichtung mit starkem Bezug zum Bürger als Kunden.⁵³⁷ Art. 41 GrCh wird daher auch verstanden als selbstständiges Recht auf eine dienstleistungsorientierte, bürgerfreundliche Verwaltung.⁵³⁸

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass dem Verfahrensrecht auf europäischer Ebene ein Eigenwert zukommt, der die niedergelegten Grundsätze erfasst und

⁵³³ EuGH, Rs. 44/69 (Buchler/Kommission), Slg. 1970, 733, Rn. 17, 18.

⁵³⁴ Zu den verschiedenen Betrachtungsweisen der Kausalität siehe auch *Kment*, EuR, Heft 2, 2006, 201 (208).

⁵³⁵ *Kment*, EuR, Heft 2, 2006, 201 (209) m.w.N.

⁵³⁶ Rechtliches Gehör siehe EuGH NVwZ 1992, 358; EuGH EuZW 1994, 603, Tz. 39; Begründungspflicht etwa EuGH NVwZ 1997, 475.

⁵³⁷ Siehe zu den „Good Governance“-Prinzipien der EU *Goerlich*, DÖV 2006, 313 (318).

⁵³⁸ So *Goerlich*, DÖV 2006, 313 (319 ff.); krit hierzu *Kańska*, ELJ 10 (2004), 296, 323 ff.

in Bezug auf diese Positionen eine wehrfähige Position der Bürgerin/des Bürgers statuiert.

1.3 Europarechtswidrigkeit des deutschen Fehlerfolgenregimes?

Grundsätzlich obliegt es den Mitgliedstaaten, Verfahrensmaßstäbe und -vorgaben für ihre Verwaltungsarbeit zu statuieren, so dass der Begriff der Europarechtswidrigkeit derzeit verfehlt ist, soweit es um die Eigenverwaltung der jeweiligen Mitgliedstaaten geht. Gleichwohl ist der europäische Einfluss nicht zu leugnen.

Die Autonomie in der Ausgestaltung ist rein rechtlich jedoch durch Vorgaben des EU-Rechts und das Gebot der effektiven Durchsetzung überformt.⁵³⁹ Der tatsächliche Einwirkungsbereich des Gemeinschaftsrecht auf das nationale Recht folgt der steigenden Abhängigkeit voneinander und der zunehmenden Verzahnung. Wenn hieraus zwar nicht unmittelbar erwächst, dass auch auf deutscher Ebene Verfahrensrechte als subjektive Rechte auszugestalten sind, so gibt es doch zwingende Ansatzpunkte, über alternative Regelungsmechanismen nachzudenken und diese gegebenenfalls zu integrieren. So liefert *Fehling*⁵⁴⁰ überzeugende Ansätze, in dem er thesenartig darstellt: „Im Lichte von Rechtsvergleichung und Unionsrecht sollte im VwVfG die Heilungsmöglichkeit noch während des Gerichtsverfahrens wieder abgeschafft, die Beweislastverteilung im Wortlaut des § 46 VwVfG ernster genommen werden. [...] Wichtiger jedoch wäre nach ausländischen Vorbildern eine Flexibilisierung der gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Verfahrensfehler: Über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus sollte bei Anfechtungs- wie Verpflichtungsklagen nach Ermessen eine Zurückverweisung an die Verwaltung ermöglicht werden.“

Ein weiterer Ansatzpunkt wäre die Übernahme der europäischen Maßstäbe der Kausalität und Wesentlichkeit des Verfahrensverstößes. Auch das europäische Recht erkennt das Vorhandensein unterschiedlich zu gewichtender Verfahrensrechte. Blindlings jede Verwaltungsentscheidung aufzuheben, die einen Verfahrensverstoß enthält, ist nicht zielführend und in Gänze ineffizient. Hier würde eine Kollision mit anderen Verfahrensgrundsätzen provoziert, da es

⁵³⁹ Ebenso *Held*, NVwZ 2012, 461 (465).

⁵⁴⁰ *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (337).

auch nicht dem Recht der Bürgerin/des Bürgers am ehesten entspricht, wenn aufgrund jedes noch so kleinen und für die Entscheidung nicht kausal gewordenen Verfahrensfehlers die Entscheidung aufgehoben und zur Neubescheidung gestellt werden würde. Durch die Einführung des Erfordernisses der Kausalität oder Wesentlichkeit würde der Bedeutung der Verfahrensrechte aus Bürgersicht Genüge getan, gleichzeitig aber verhindert, dass die Verwaltung ineffizient und ineffektiv handelt.

(2) Fazit

Daraus ergibt sich, dass in dem vorliegenden Falle der Verfahrensermessensreduktion auf Null ein konkreter Gestaltungsanspruch im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts besteht; dieses gleichwohl nicht über die Schwelle der Annahme eines absoluten Verfahrensrechtes reicht, um die Unanwendbarkeit des § 46 VwVfG zu erklären. Dies hängt zuvorderst mit der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung zusammen, von ebenjenem viel kritisierten und in Hinblick auf den steigenden Einfluss des Europarechts zunehmende Ablehnung des Fehlerfolgenregimes nicht abzurücken, sondern weiterhin die materiell-rechtliche Seite der Entscheidung als Beurteilungsmaßstab im Fokus zu belassen. Gestützt wird dies durch die durch die Rechtsprechung etablierten Fälle absoluter Verfahrensrecht, die einem anderen Schutzzweck dienen als die vorliegende Verfahrensermessensreduktion auf Null hinsichtlich der vollautomatisierten Durchführung bestimmter Verwaltungsverfahren, was insbesondere auch aus der Regelungsweite des Verfahrensermessens an sich folgt.

Damit verbleibt es hier bei der Überprüfung der Einhaltung durch die Aufsichtsbehörden als Kontrollstelle. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die dargestellte Ermessensreduktion rein objektiv in den genannten Fällen dazu führt, dass keine andere Gestaltungsmöglichkeit der betreffenden Verwaltungsverfahren verbleibt.

III. Subjektiv-öffentliches Recht auf vollautomatisierte Durchführung des Verwaltungsverfahrens resultierend aus dem OZG?

Nachdem gezeigt wurde, dass ein gerichtlich durchsetzbares Recht aus der verfahrensrechtlichen Regelung des § 10 S. 2 VwVfG nicht resultieren kann, ist zu analysieren, ob nicht das OZG dem betroffenen Bürger/der betroffenen Bürgerin eine derartige Rechtsposition gewährleistet. Gelangt man hier unter

Ablehnung des gesetzgeberischen Willens zur Annahme eines subjektiv-öffentlichen Anspruches auf die durch das OZG bereitgestellten Verfahrensrechte, so gilt dies offenkundig nicht für eine etwaige Vollautomatisierung. Ebenso scheitern auch diese Rechte am Fehlerfolgenregime des § 46 VwVfG.

Wie dargestellt, legt das OZG in seinem § 1 die Verpflichtung fest, dass Bund und Länder einerseits ihre Verwaltungsleistungen bis Ende 2022 elektronisch anbieten müssen, und andererseits, dass die Verwaltungsportale miteinander zu verknüpfen sind.

Wurde im genannten Kapitel bereits diskutiert, ob hieraus die Verpflichtung zur Umstrukturierung auch des Entscheidungsverhaltens der Verwaltung resultiert, ist hieran nun anzuknüpfen und insoweit wiederum darauf hinzuweisen, dass ein Anspruch auf Vollautomatisierung des gesamten Verwaltungsverfahrens aus dem OZG nicht ableitbar ist.

Eine derartige Auslegung ginge weit über den Wortlaut und auch den mit der Entstehungsgeschichte im Zusammenhang stehenden Zweck hinaus. Im Vordergrund steht die Entlastung der Bürgerin/des Bürgers und der Behörden durch eine übergreifende Regelung des Zugangs zu den Leistungen, was allenfalls noch die Antragstellung, die Kommunikation zwischen Behörde und Bürgerschaft und in der Folge auch eine elektronische Bekanntgabe des Bescheides umfassen kann. Die gleichzeitige Regelung des Verfahrensablaufes in Hinblick auf eine notwendige Vollautomatisierung des Entscheidungsprozesses selbst ergibt sich nicht und wäre auch mit Blick auf Art. 28 II GG und die Regelungen über das Verwaltungsverfahrensermessen nicht zu rechtfertigen.

Insofern wäre unter Umständen zu diskutieren, ob ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf ebenjene Ausgestaltungsformen, die das OZG bereithält, bestehen kann. Dies betrifft zuvorderst den Zugang. Trotz des Umstandes, dass nicht das gesamte Verwaltungsverfahren betroffen sein kann, ist dies zu beleuchten, da der elektronische Zugang zu den Verwaltungsleistungen denklösigke Notwendigkeit für ein in der Folge, aufgrund der Verfahrensermessensreduktion auf Null, vollautomatisiert durchgeführtes Verwaltungsverfahren ist und eine Trennung aufgrund der vollautomatisierten Arbeitsweise nicht mehr möglich ist. Es ist also durchaus von Bedeutung, ob aus dem OZG ein durchsetzbarer Anspruch auf elektronischen Zugang resultiert,

der wiederum in Verbindung zu setzen ist mit der Verfahrensgestaltungsanweisung sich ergebend aus der Verfahrensermessensreduktion auf Null.

Aus der Gesetzesbegründung geht hervor: „Die Verpflichtung der Behörden begründet keine subjektiv-öffentlichen Ansprüche Dritter.“⁵⁴¹ Damit wird in einem Satz manifestiert, dass es, jedenfalls nach dem Willen des Gesetzgebers, keinen einklagbaren Anspruch auf einen elektronischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen geben soll. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht nur der Wille des Gesetzgebers bei der Frage nach dem Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechtes maßgeblich ist, da sich der Gesetzgeber sonst jeglicher Eigenbindung freimütig entziehen könnte. Heranzuziehen sind auch die weiteren Auslegungsmethoden und in einen Kontext zur Schutznormlehre zu setzen. Es hat eine Auslegung am Schutzzweck der Norm zu erfolgen, wobei der Wille des Gesetzgebers grundsätzlich zu berücksichtigen ist.

Insoweit ist das OZG und insbesondere § 1 OZG danach zu beleuchten, ob hiermit auch Individualinteressen der Bürgerin/des Bürgers geschützt werden sollen. Bedeutend ist, dass das OZG gerade im Interesse der Bürgerinnen und Bürger geschaffen wurde,⁵⁴² der absolute Bürgerbezug zeigt sich durchweg in den Materialien der Gesetzesbegründung, was in Hinblick auf das lapidare Versagen eines subjektiv-öffentlichen Rechtes zu würdigen ist. So heißt es auf S. 5 BT-Drs. 18/11135: „[...] Onlineanwendungen der öffentlichen Verwaltung für alle Nutzer, d. h. insbesondere für die Bürgerinnen und Bürger und die Unternehmen, über ein Bürgerportal erreichbar zu machen. Das Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Artikel 9) dient der Umsetzung dieses Beschlusses. Hauptziel ist es, den elektronischen Gang zur Behörde unkompliziert und sicher zu gestalten. [...] Bürgerinnen, Bürger und Unternehmen sollen die Leistungen des Portalverbundes jeweils mit einem einzigen Nutzerkonto in Anspruch nehmen können. Onlineangebote der Verwaltung sollen direkt, schnell, einfach und sicher genutzt werden können. Das Auffinden von und der Zugang zu Onlineangeboten der Verwaltung sollen in transparenter und einfachverständlicher Weise, mit wenigen Zwischenschritten, verwaltungsebenenübergreifend sowie medienbruch- und

⁵⁴¹ BT-Drs. 18/11135 v. 10.02.2017, S. 91; siehe hierzu auch *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 17.

⁵⁴² *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, in: *EGovG/OZG*, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 17.

barrierefrei möglich werden.“ Auf S. 12 heißt es: „Der Zugang zu Verwaltungsleistungen über den Portalverbund (Artikel 9) reduziert den Aufwand für die Bürgerinnen und Bürger durch die Vereinfachung von Verfahrensabläufen und die Verbesserung des Zugangs zu medienbruchfreien Verwaltungsleistungen.“ In § 2 IV OZG sind als Nutzende explizit Bürgerinnen und Bürger angesprochen.

Dies vorweg, ist dennoch darauf hinzuweisen, dass die Diskussion um die Digitalisierung der Verwaltung einerseits rein ökonomischen Zielen unterliegt⁵⁴³ und damit zunächst fiskalische Interessen betrifft. Gleichwohl ist der Außenbezug zur Bürgerin/zum Bürger als ein mit besonderer Wichtigkeit belegtes Argument des voranzutreibenden E-Governments zu werten. Der einfache, medienbruchfreie, sichere und zügige Zugang saturiert die Bedürfnisse der Bürgerschaft, er dient unmittelbar deren Interessen an einer für sie vorteilhaften Nutzung des Verwaltungsangebotes. Das wird auch deutlich durch das OZG, das insbesondere Regelungen vorsieht, die die Nutzung seitens der Bürgerin/des Bürgers festlegen und Vorkehrungen bereithalten soll, wie etwa eine einmalige Authentifizierung, einmalige Datenhinterlegung, elektronische Kommunikation, die Umsetzung auch in einfach verständlicher Sprache und die Sicherstellung der Nutzung durch Menschen mit Behinderungen. So auch die Gesetzesbegründung, in der das „Hauptziel“ des unkomplizierten Erreichens der Behördenleistung benannt wird. Der Bezugspunkt ist damit ein anerkanntes Individualinteresse der Bürgerin/des Bürgers. Ein subjektiv-öffentliches Recht hier nicht anzuerkennen ist inkonsequent und schützt lediglich den Staat, der sich einer Rüge durch den Bürger/die Bürgerin bei einer Nichteinhaltung der Zielsetzungen nicht ausgesetzt sehen müsste. Diese Inkonsequenz trägt der Gesetzgeber selbst in seiner Gesetzesbegründung vor, in der die Bürgerinteressen eindeutig in den Fokus gerückt werden, um dann ohne nähere Begründung der subjektiv-öffentlichen Rechtskomponente eine Absage zu erteilen.

Zusammenfassend ist durchaus vertretbar, in den Verpflichtungen des OZG ein subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers/der Bürgerin zu erkennen, was in Bezug auf den elektronischen Zugang in Form der Leistungsklage durchsetzbar wäre. In diese Richtung deutet auch die VO (EU) 2018/1724, die insgesamt auf

⁵⁴³ Der Nationale Kontrollrat hat in seiner Studie „E-Government in Deutschland: Vom Abstieg zum Aufstieg“ ein Einsparpotential von 2,2 Mrd. € berechnet.

die Bürgerschaft und Unternehmen ausgerichtet ist und mehrfach die Verwirklichung von Binnenmarktrechten betont, so dass angenommen werden kann, dass subjektive Rechte eingeräumt werden sollen.⁵⁴⁴

Gleichwohl führt dies, wie bereits dargestellt, nicht zu einem einklagbaren Anspruch auf eine vollautomatisierte Durchführung des Verwaltungsverfahrens. Eine derartige Interpretation würde die Wortlautgrenze sprengen und auch der Teleologie nicht entsprechen. Hinsichtlich des subjektiv-öffentlichen Rechtes auf einen elektronischen Zugang kann auch dieses Recht die Hürde des Fehlerfolgenregimes nicht überwinden. § 46 VwVfG findet grundsätzlich auf alle Verfahrensvorschriften und damit nicht nur solche des VwVfG, sondern auch anderer Gesetze Anwendung.⁵⁴⁵ Auch dieses Verfahrensgestaltungsrecht des OZG ist nur als relativ einzuordnen, da ein überschießender Individualzweck nicht erkennbar ist. Dies gilt umso weniger in Hinblick auf die Gesetzesbegründung, wonach bereits die Annahme eines subjektiv-öffentlichen Rechtes nicht intendiert sein sollte. Insgesamt ist dem OZG damit kein einklagbares Verfahrensrecht zu entnehmen.

IV. Subjektiv-öffentliches Recht auf vollautomatisierte Durchführung des Verwaltungsverfahrens von Menschen mit Behinderung

Vorstellbar wäre, dass Menschen mit Behinderung aus den Integrationsgesetzen ein einklagbares subjektiv-öffentliches Recht auf eine vollautomatisierte Durchführung herleiten könnten. Dies könnte vorliegend daraus resultieren, dass die integrationsfördernde Wirkung dieser Gesetze eine klare Schutzpflicht verfolgt, deren Bezugspunkt die betroffenen Bürgerinnen und Bürger sind. Gleichwohl ist auch hier festzustellen, dass die Regelungsbereiche zu weit ausgedehnt würden, nähme man einen derartig einklagbaren Anspruch an, der geeignet wäre, die Hürden des § 46 VwVfG zu überwinden.

a) Anknüpfungspunkt

Zurückgehend auf die UN-Behindertenrechtskonvention, die am 24.02.2009 von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurde und als Grundsteinlegung bezeichnet werden kann, kam es zu einer gesamtstaatlichen

⁵⁴⁴ Abwägend *Siegel*, NVwZ 2019, 905 (909).

⁵⁴⁵ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 46, Rn. 19.

Bindung der Bundesrepublik an die Bestimmungen der Konvention, die sich durch eine behindertenspezifische Auslegung der Grundrechte manifestiert.⁵⁴⁶ Gleichmaßen bestehen nationale deutsche Regelungen, die der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention Rechnung tragen und insoweit im Lichte derselben auszulegen sind.⁵⁴⁷

Zwecks Umsetzung dieser Auslegungsarbeit soll auf die aus Art. 3 UN-BRK resultierenden allgemeinen Grundsätze voller und wirksamer Teilhabe an der Gesellschaft als Grundprinzipien des menschlichen Zusammenlebens, woraus ein subjektiv-öffentliches Recht zunächst nicht ableitbar ist,⁵⁴⁸ hingewiesen werden. Ebenso soll der Blick auf Art. 9 UN-BRK gelenkt werden, der in seinem Absatz 1 festlegt, dass die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderung einen gleichberechtigten Zugang nicht nur zur physischen Umwelt, sondern insbesondere auch zu Informations- und Kommunikationstechnologien und öffentlichen Diensten und Einrichtungen gewährleisten müssen.

b) Subjektiv-öffentliche Rechte resultierend aus den nationalen deutschen Regelungen

Wenn es um die Frage nach der Umsetzung der UN-BRK in deutsches Recht geht, spielen das Bundesteilhabegesetz mit seinen zahlreichen Gesetzesänderungen aus dem Jahr 2017 und das Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) eine zentrale Rolle. Dieses aus dem Jahre 2002 stammende Gesetz erfuhr erhebliche Änderungen nach der Ratifizierung der UN-BRK, die sich vor allem in den §§ 12 a ff. BGG niedergeschlagen haben. Auch das BGG beschreibt in § 1 I die Zielsetzung der

⁵⁴⁶ Die UN-Behindertenrechtskonvention als Teil des Völkerrechts gilt nach der herrschenden dualistischen Theorie im innerstaatlichen Rechtskreis nur, wenn sie durch ein Transformationsgesetz implementiert wurde oder wenn ein innerstaatlicher Rechtsakt seine Anwendung befiehlt. Dies geschieht in Bezug auf deutsches Recht durch Art. 25 GG für die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“. Für die sonstigen Regeln des Völkerrechts ist ein Zustimmungsgesetz erforderlich (Art. 59 II GG). Die völkerrechtlichen Regelungen entfalten ihre Wirkung als einfaches Bundesrecht (Streinz, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 59, Rn. 65). In ihrem Rang befinden sie sich demnach rechtstechnisch zwischen den formellen Gesetzen und der Verfassung (vgl. Art. 25 S. 2 GG) (Ossenbühl, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 7 I-III, Rn. 2; Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 20. Aufl. 2020, § 4, Rn. 85).

⁵⁴⁷ Auch die Bundesländer verabschiedeten ihrerseits Aktionspläne zur Umsetzung. Hierzu beispielhaft: <https://www.stmas.bayern.de/inklusion/un-konvention/entstehungsaktionsplan.php>.

⁵⁴⁸ Denecke, in: EuArbRK, 3. Aufl. 2020, CRPD, Art. 3, Rn. 4 f. Es handelt sich hierbei um universelles Recht, das auf alle Einzelrechte des Übereinkommens ausstrahlt.

Beseitigung und Verhinderung etwaiger Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen und deren gleichberechtigte Teilhabe am Leben.⁵⁴⁹

Zentrale Norm ist § 4 BGG, der die Barrierefreiheit zum Gegenstand hat und festlegt, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu etwa baulichen Anlagen, Verkehrsmitteln, Systemen der Informationsverarbeitung in der allgemein üblichen Weise ohne besondere Erschwernisse und grundsätzlich ohne fremde Hilfe haben müssen.

Auch hieraus ist zunächst kein Individualrecht ableitbar, solche sind in den §§ 6 ff. BGG geregelt. Das Merkmal der Barrierefreiheit ist in Zusammenhang mit diesen Normen zu lesen, welche die konkreten Gestaltungen bezogen auf verschiedene Lebensbereiche konkretisieren. § 9 BGG konstituiert beispielhaft ein Recht auf Verwendung von Gebärdensprache und andere Kommunikationshilfen, soweit dies zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren erforderlich ist. § 9 BGG gestaltet hier einen individuellen Rechtsanspruch und zeigt eindrücklich, dass der betroffene Rechtskreis und damit diejenigen Personen, die ein subjektiv-öffentliches Recht ableiten können, begrenzt ist – im Falle des § 9 BGG auf jene, die hör- oder sprachgeschädigt sind. Zudem ist der Anspruch beschränkt auf die Bereiche, in denen es um die Wahrnehmung eigener Rechte in einem Verwaltungsverfahren geht.⁵⁵⁰

Für diese Untersuchung von Bedeutung ist insbesondere § 12a BGG⁵⁵¹ zur barrierefreien Informationstechnik, in dessen Absatz 1 es heißt: „Öffentliche Stellen des Bundes gestalten ihre Websites und mobilen Anwendungen, einschließlich der für die Beschäftigten bestimmten Angebote im Intranet, barrierefrei. Schrittweise, spätestens bis zum 23. Juni 2021, gestalten sie ihre elektronisch unterstützten Verwaltungsabläufe, einschließlich ihrer Verfahren zur elektronischen Vorgangsbearbeitung und elektronischen Aktenführung, barrierefrei. Die grafischen Programmoberflächen sind von der barrierefreien Gestaltung umfasst.“ Hierbei geht es einerseits um eine Umgestaltung, andererseits um zu berücksichtigende Aspekte in der Planung. Obwohl durch den Wortlaut deutlich wird, dass eine objektiv-rechtliche Wirkung entfaltet werden soll, die auch den Verwaltungsverfahrensablauf als solchen betrifft,

⁵⁴⁹ Entsprechende Landesgesetze finden sich bspw. in BayBGG, HessBGG.

⁵⁵⁰ Ritz, in: Kossens/von der Heide/Maaß, BGG, 4. Aufl. 2015, § 9, Rn. 3.

⁵⁵¹ § 12 a BGG wurde 2018 zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/2102 über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen vom 10.07.2018 eingefügt (BGBl. I S. 1117).

ergibt sich kein einklagbarer subjektiv-öffentlicher Anspruch auf Vollautomatisierung des eigenen Verfahrens.

Hinsichtlich der Annahme eines aus § 12a BGG resultierenden subjektiv-öffentlichen Rechtes sind auch die landesrechtlichen Pendanten zu § 12a BGG zu beleuchten. Ein solches findet sich bspw. für Bayern in § 14 I BayBGG⁵⁵², das iVm § 3 I BITV 2.0⁵⁵³ und § 1 I 1 BayE-GovV⁵⁵⁴ die Verpflichtung enthält, dass die öffentliche Gewalt ihre Internetauftritte und -angebote im öffentlichen Bereich so gestaltet, dass sie wahrnehmbar, bedienbar und verständlich sind.

Mit Blick auf § 2 I Nr. 3 BITV 2.0 ergibt sich die Anwendung des BGG auch auf elektronische Verwaltungsabläufe. Dies impliziert die Berücksichtigung besonderer Zugangsmodalitäten durch Menschen mit Behinderung. Das BGG und seine landesrechtliche Entsprechung verpflichten ausdrücklich die Dienststellen und sonstigen Einrichtungen. Hier ist fraglich, ob ein individueller, einklagbarer Anspruch auf eine bestimmte Gestaltung eines Verwaltungszuganges besteht und darüber hinaus auf eine vollautomatisierte Durchführung unter Berücksichtigung der barrierefreien Konfiguration eines solchen Vorgangs.

Dies ist mit Blick auf das SGB IX und den Wortlaut der genannten Vorschriften wohl eher abzulehnen. Die Formulierungen („[...] sind für Menschen mit Behinderung zugänglich zu machen“, § 1 II BITV 2.0 / „[...] schrittweise technisch so, dass sie von mit Behinderung grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können [(...)“, § 14 I BayBGG / „Öffentliche Stellen des Bundes gestalten ihre Websites und mobilen Anwendungen [...] barrierefrei. [...] spätestens bis zum 23. Juni 2021, gestalten sie ihre elektronisch unterstützten Verwaltungsabläufe, [...], barrierefrei“, § 12a I BGG) deutet daraufhin, dass es hier eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der Adressaten dieser

⁵⁵² § 14 I BayBGG: Träger öffentlicher Gewalt gestalten ihre Internet- und Intranetauftritte und -angebote sowie die von ihnen zur Verfügung gestellten grafischen Programmoberflächen, die mit Mitteln der Informationstechnik dargestellt werden, unter Berücksichtigung der nach Satz 2 zu erlassenden Rechtsverordnung schrittweise technisch so, dass sie von Menschen mit Behinderung grundsätzlich uneingeschränkt genutzt werden können; dies gilt entsprechend für die Staatsanwaltschaften und Gerichte.

⁵⁵³ § 3 I BITV 2.0: Die in § 2 genannten Angebote, Anwendungen und Dienste der Informationstechnik sind barrierefrei zu gestalten. Dies erfordert, dass sie wahrnehmbar, bedienbar, verständlich und robust sind.

⁵⁵⁴ § 1 I 1 BayE-GovV: Die in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 des Bayerischen Behindertengleichstellungsgesetzes (BayBGG) umschriebenen Angebote der Informationstechnik sind so zu gestalten, dass sie die in § 3 Abs. 1 der Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung (BITV 2.0) aufgeführten Anforderungen und Bedingungen erfüllen.

Verpflichtungen gibt und eine Überwachung dieser allgemein gehaltenen Paradigmen den Aufsichtsbehörden obliegen soll.

Dies ergibt sich insbesondere auch im Vergleich mit den Formulierungen bspw. des § 9 BGG, in dem klare Tatbestandsvoraussetzungen für einen Anspruch einer individualisierten Personengruppe in einer bestimmten Situation normiert wurden. Hiergegen sind § 14 I BayBGG iVm § 3 I BITV 2.0 iVm § 1 I 1 BayE-GovV derart allgemein gehalten, dass nicht ersichtlich ist, wem ein individualisierbarer Anspruch zustehen soll und in welchem Umfang. Darüber hinaus ist unklar, was mit einer „schrittweisen“ Gestaltung gemeint sein soll. Andererseits kann argumentiert werden, dass es dem Sinn und Zweck der Vorschriften am ehesten entspräche, wenn konkrete Ansprüche hieraus ableitbar wären und ein Mensch mit jeglicher Behinderung, einen Anspruch auf barrierefreie Zugänge hätte, was bedeutet, dass jede Art der Erschwernis rügefähig auf Basis der genannten Vorschriften wäre.

Immer dort, wo eine gleichberechtigte Teilhabe in Hinblick auf die Ausgestaltung der Internetangebote und ab dem relevanten Stichtag die elektronisch unterstützte Vorgangsbearbeitung nicht gesichert ist und eine subjektive Betroffenheit des Menschen mit Behinderung besteht, könnte so ein subjektiv-öffentliches Recht zur Durchsetzung der Ansprüche angenommen werden. Dies wäre mit dem Sinn und Zweck der Vorschriften in Einklang zu bringen, die die Beseitigung und Verhinderung von Benachteiligungen im Blick haben. Diese Ziele werden besonders dann einer Wirkung zugeführt, wenn die hiervon betroffenen Personen bei merklichen Missständen nicht nur ein Rügerecht, sondern einen einklagbaren Anspruch hätten.

Gleichwohl ergibt sich hieraus kein Anspruch auf die hier relevante Vollautomatisierung des Verfahrens. Es wird aus dem Wortlaut nicht deutlich, ob mit der elektronischen Vorgangsbearbeitung der Verfahren überhaupt eine Vollautomatisierung gemeint sein kann. Zielrichtung ist die barrierefreie Nutzung durch die betroffenen Menschen, dies betrifft allenfalls den Schnittstellenbereich Bürgerschaft/Behörde, so dass die einen konkreten Verwaltungsfall betreffende Kommunikation durchweg elektronisch geführt werden können und ein barrierefreier Zugang geschaffen werden muss. Der dahinterliegende Verwaltungsvorgang selbst kann in diesem Sinne nicht diskriminierend wirken, da die betroffenen Bürgerinnen und Bürger keinen spürbaren Einfluss auf den Vorgang haben.

Selbst wenn man dies annähme, gäbe es zwei Hürden, die es zu berücksichtigen gälte. Einerseits könnten nur Menschen mit Behinderung einen derartigen Anspruch Verfahrensgestaltung geltend machen, andererseits wäre, soweit Verfahrensfragen betroffen wären, auch diese Rüge nicht dem Fehlerfolgenregime des VwVfG entzogen.

c) Bedeutung für diese Untersuchung

Die Auflösung der aufgezeigten Konflikte ist für diese Arbeit von untergeordneter Bedeutung, da bis dato kein einklagbares subjektiv-öffentliches Recht auf den vollautomatisierten Ablauf eines Verwaltungsverfahrens begründbar ist. Allenfalls kann angenommen werden, dass der Zugang, die Nutzung, die Kommunikation mit dem Bürger/der Bürgerin, und damit der Front-Office-Bereich, bei Menschen mit Behinderung vollelektronisch auszugestalten ist, soweit der Bürgerin/dem Bürger die erforderlichen Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, was in SGB IX ausführlich geregelt ist und insoweit konkrete Rechtsansprüche begründet. Als problematisch zu beurteilen ist in diesem Zusammenhang erneut das Fehlerfolgenregime des VwVfG, das nach derzeitigem Stand dazu führt, dass die Behindertengleichstellung dort ihre tatsächliche Durchsetzbarkeit verliert, wo Verfahrensfragen im Mittelpunkt der Ungleichbehandlung stehen.

C. Fazit

Zwar ist in der festgestellten Ermessensreduktion auf Null hinsichtlich des Verfahrensermessens ein subjektiv-öffentliches Recht auf Vollautomatisierung der Entscheidung erkennbar, gleichwohl ist die Annahme eines absoluten Verfahrensrechts nicht nachvollziehbar begründbar, so dass die Justiziabilität derzeit an dem Fehlerfolgenregime des VwVfG scheitert und die Anwendbarkeit des § 46 VwVfG in den allermeisten Fällen dazu führen wird, dass die Nichtbeachtung dieser Gestaltungsform mangels Durchschlags auf die materielle Entscheidung nicht justiziabel ist. Diese Hürde vermag auch das OZG nicht zu überwinden, auf das das Fehlerfolgenregime des VwVfG ebenso Anwendung findet, insofern die entsprechende Regelung im Verfahrensrecht verankert ist. Ist hier bereits strittig, ob die Entscheidungsproduktion selbst Teil des Regelungsbereiches des OZG ist, so kann, auch in Hinblick auf den klaren gesetzgeberischen Willen, derzeit nicht angenommen werden, dass sich hieraus einklagbare Rechte der betroffenen Bürgerinnen und Bürger ergeben. Dies gilt ebenso für die Integrationsrechte der Menschen mit Behinderung, die

eindeutig nur den Zugang, Kommunikationsrechte oder vereinfachte Nutzungswege in den Blick nehmen.

Dennoch ist ganz generell in Hinblick auf die nachvollziehbare und substantiierte Kritik an dem deutschen Fehlerfolgenregime ein Appell an den Gesetzgeber zu richten. Es ist unbestreitbar, dass das Verfahrensrecht verfassungsrechtlich verankerte Zwecke verfolgt, deren eindeutige Zielrichtung die Adressaten und damit in den meisten Fällen die Bürger anspricht. An dieser Stelle gibt es Verfahrensvorschriften, die aufgrund ihrer bürgerfreundlichen und insoweit auch akzeptanzfördernden Wirkung im Rechtsstaat eine derartige Rechtfertigung finden, dass deren alleinige Verletzung ergebnisrelevant sein muss. Diese Annahme wird befeuert durch die Tatsache, dass alles geschriebene und vordringlich das ungeschriebene Recht verwaltungsspezifische Grundwerte wiedergibt. Diese Grundwerte unterliegen aufgrund ihres engen verfassungsrechtlichen Bezuges in besonderem Maße aktuellen gesellschaftlichen Schwankungen und Überzeugungen. Insbesondere in dem Feld des steten technischen und technologischen Fortschritts zeigt sich die Rückwärtsgewandtheit des Rechts, die es, auch und insbesondere in verfahrensrechtlichen Fragen aufzufangen gilt. Durch die generelle Stärkung der Verfahrensrechte und der Einstufung nach einer Wesentlichkeit des Fehlers würde ein Spielraum entstehen, der sowohl der technologischen Entwicklung als auch dem Bürgerinteresse an deren Abbildung im Recht und Verfahren hinreichend Rechnung tragen würde.

§ 5 Zusammenfassung in Thesen

A. Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens: Thesen

Das Verwaltungsverfahren und das dieses ordnende VwVfG haben ihren vordringlichen Bezugspunkt in dem wirksamen und rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug. Das Verwaltungsverfahrensrecht bietet die notwendigen einfachgesetzlichen Normierungen, um das Verwaltungsverfahren in einen geordneten, systematischen Ablauf zu überführen, der gleichsam dem Interesse an einer zweckmäßig handelnden Verwaltung als solcher und dem Interesse der Bürgerinnen und Bürger an einem absehbaren, verständlichen und die Bürgerinnen und Bürger involvierenden Prozess entspricht. Hierbei sucht insbesondere das VwVfG einen Ausgleich zu finden zwischen einem

effizienten, wirtschaftsökonomischen und zügigen Verfahrensablauf und der Beachtung tief verwurzelter Beteiligungsrechte.⁵⁵⁵

Im Mittelpunkt der Gestaltung eines Verwaltungsverfahrens steht die Ermächtigungsnorm des § 10 S. 1 VwVfG, aus welchem sich das Verfahrensermessen der jeweils handelnden Behörde als Ausgangspunkt eines jeden Verwaltungsverfahrens ergibt. Hier ist normiert, dass die Ausgestaltung eines jeden Verfahrens in der Kompetenz der Behördenleitung und abgeleitet in den Händen des den Einzelfall bearbeitenden Sachbearbeiters liegt. § 10 S. 1 VwVfG erfüllt damit eine elementare Funktion der Flexibilisierung und Situationsgerechtigkeit, die letztlich im Idealfall zur Einzelfallgerechtigkeit führen kann, in dem ein Handlungsrahmen geschaffen wird, der es ermöglichen soll, auf verschiedene Situationen, Strukturen und Regeln zu reagieren und das Verwaltungsverfahren entsprechend auszugestalten.⁵⁵⁶

Das Verfahrensermessen, auf das die Norm des § 40 VwVfG Anwendung findet, besteht nicht grenzenlos. Zwar eröffnet § 10 S. 1 VwVfG einen relativ weiten Spielraum; die pflichtgemäße Ausübung folgt gleichwohl der Ermessenslehre. Es sind somit alle für die konkrete Entscheidung relevanten Verfahrenszwecke zu ermitteln und Verfahrensgestaltungsalternativen ermessensgerecht abzuwägen.⁵⁵⁷

Als Ermessengrenzen werden die äußeren Grenzen evident. Diese betreffen zuvorderst das Willkürverbot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zudem sind die gesetzlichen Grenzen des nichtförmlichen Verfahrens zu beachten, wie sie etwa in der Anhörungs- oder Begründungspflicht oder dem Untersuchungsgrundsatz mit seiner Berücksichtigungsobliegenheit normiert sind.⁵⁵⁸

Ebenso als Ermessensgrenzen zu beachten sind die inneren Grenzen des Verfahrensermessens. Trotz Einhaltung der äußeren, absoluten Grenzen des Ermessens kann ein fehlerhafter Ermessensgebrauch vorliegen, falls die inneren Grenzen nicht oder nicht hinreichend beachtet wurden. Diese innere Grenze ist anhand des Zweckes der Ermächtigungsnorm zu beurteilen, der durch Auslegung derselben zu bestimmen ist. Das Verfahrensermessen

⁵⁵⁵ Vgl. § 2 B. I.

⁵⁵⁶ Vgl. § 2 B. II.

⁵⁵⁷ Vgl. § 2 B. III.

⁵⁵⁸ Vgl. § 2 B. III. a).

betreffend ergeben sich aus § 10 S. 2 VwVfG iVm dem Zweck der Ermächtigung jene inneren Grenzen. Als Zweck der Ermächtigungsnorm wird aus der Zusammenschau des § 10 S. 1 VwVfG und § 10 S. 2 VwVfG deutlich, dass vielschichtige, sich scheinbar teils widersprechende Zwecke verfolgt werden sollen. Einerseits soll ein einfaches, schnörkelloses, schnelles Verfahren geführt werden, das Gesichtspunkte der Effizienz oder gar Wirtschaftlichkeit berücksichtigen muss. Andererseits wurzelt in dem Verfahrensermessen selbst die hinreichende Beachtung der Betroffenenrechte und statuiert hierbei das Verfahrensermessen begrenzende einzuhaltende Verfahrensvorschriften, wie etwa stringente Begründungsanforderungen oder Formvorgaben. Das in diesem Spannungsverhältnis stehende Verfahrensermessen verfolgt insgesamt den Zweck, dass die widerstreitenden Interessen in einen rechtmäßigen und formell richtigen Ausgleich gebracht werden und so eine materiell rechtmäßige Entscheidung produziert wird, die in formeller Hinsicht den Interessenausgleich geleistet hat.⁵⁵⁹

Dieser Zweck der Ermächtigung und damit zu beachtende Ermessensgrenzen ergibt sich insbesondere bei Betrachtung des § 10 S. 2 VwVfG und dessen unmittelbare oder ableitbare Optimierungsgebote. § 10 S. 2 VwVfG wirkt rechtsnormativ und enthält klare Handlungsdirektiven. Das Verfahren ist zügig, einfach und zweckmäßig durchzuführen. Insbesondere ergibt sich aus der Zusammenschau dieser Trias die Handlungsdirektive der Effizienz, so dass im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation der Verfahrenszweck, dies meint hier die Produktion einer materiell rechtmäßigen Entscheidung, mit möglichst minimalen Mitteln bestmöglich zu erreichen ist. Der Bezugspunkt der Produktion einer rechtmäßigen Entscheidung zeigt, dass Effizienz in diesem Zusammenhang nicht als Gegensatz zu Rechtmäßigkeit zu begreifen ist. Die Führung eines rechtmäßigen Verfahrens bedingt vielmehr die Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten. Ebenso zu berücksichtigen sind Aspekte der Wirtschaftlichkeit, resultierend aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, das nicht nur innenrechtsrelevant ist, sondern auch allgemeine Wirkungen entfaltet.⁵⁶⁰

Weitere Handlungsmaßstäbe ergeben sich aus dem Erfordernis rechtmäßigen Verwaltungshandelns. Vorderstes Ziel der staatlichen und rechtsstaatlich handelnden Verwaltung ist die Herstellung rechtmäßiger Zustände, woraus die umfassende Bindung an Recht und Gesetz folgt. Ebenso sind Faktoren der Akzeptanz, Transparenz, Partizipation und Öffentlichkeit zu beachten, die ihre

⁵⁵⁹ Vgl. § 2 B. III. b).

⁵⁶⁰ Vgl. § 2 B. III. b) bb).

Verankerung bereits in konkreten Verfahrensregelungen des VwVfG und damit in äußeren Grenzen finden, jedoch ebenso die innere Ermessensausübung betreffen, indem die Ausübung des Verfahrensermessens an solchen Aspekten auszurichten ist.⁵⁶¹

Auch aus dem OZG resultieren das Verfahrensermessens begrenzende Gestaltungsmaßstäbe, sobald das Verwaltungsportal nicht nur als reine Informations- und Downloadplattform genutzt werden kann, sondern der Wahrnehmung von Verwaltungsleistungen dient. Die Behörde muss sicherstellen, dass der Beginn des Verfahrens elektronisch durch die Bürger und Bürgerinnen initiiert werden kann. Mit Blick auf die Vollautomatisierung der Prozesse und damit in Zusammenschau mit § 35a VwVfG ist dies nicht als reine Vorbereitungshandlung einzustufen, sondern vielmehr als Teil des Verfahrensermessens selbst, da eine denklogische Trennung des Antrags von der Tatsachenerhebung, dem Entscheidungsverhalten und letztlich der Entscheidungsproduktion selbst nicht mehr erfolgen kann.⁵⁶²

Die Ermessensgrenzen des Verfahrensermessens können sich der Ermessenslehre folgend auf Null verdichtet haben. Auch bei der Verfahrensermessensausübung kann es demnach zu einer alternativen Gestaltungspflicht der Behörde kommen. Dieser Annahme sind besonders hohe Hürden gesetzt, die einerseits aus der Ermessenslehre an sich, und damit der Anerkennung eines in der Ermächtigungsnorm zum Ausdruck kommenden Gesetzgeberwillens, resultieren, sich konkretisieren bei Beachtung der besonderen Stellung und des besonderen Charakters des Verfahrensermessens im Vergleich zu materiell-rechtlichen Ermessensnormen. Eine Verfahrensermessensreduktion auf Null muss daher die absolute Ausnahme vom Grundsatz darstellen.⁵⁶³

B. Die Vollautomatisierung des Verwaltungsverfahrens – eine Verfahrensermessensreduktion auf Null: Thesen

Vollautomatisierung meint, dass sämtliche Schritte des Verfahrens durch ein softwarebasiertes System durchgeführt werden und damit alle Verfahrensschritte innerhalb der Verwaltung zu jedem Zeitpunkt ohne personelle Bearbeitung erfolgen und damit ohne menschliches Eingreifen.

⁵⁶¹ Vgl. § 2 B. III. b) bb) (4).

⁵⁶² Vgl. § 2 B. III. b) bb) (6).

⁵⁶³ § 2 B. IV.

Vollautonomie bezeichnet in Abgrenzung hierzu die Fähigkeit des Systems, selbstständig zu lernen und so fehlerhaftes oder unvollständiges Vorwissen zu kompensieren. Der Agent verlässt sich auf eigene Wahrnehmungen und handelt hiernach.⁵⁶⁴

Durch die Einfügung des § 35a VwVfG ist das Verständnis bezüglich der Vollautomatisierung gewisser Prozesse nicht mehr gesetzesfremd. Dem Wortlaut folgend können nach § 35a VwVfG nur Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durchgeführt werden, die auf Tatbestandsseite keine unbestimmten Rechtsbegriffe oder Beurteilungsspielräume beinhalten und auf Rechtsfolgenseite kein Ermessen der entscheidenden Behörde vorsehen.⁵⁶⁵

Die Schwierigkeit der Transformation rechtlicher Entscheidungsregime in ein vollautomatisiertes, algorithmisches Entscheidungssystem besteht zunächst in der notwendigen Abbildung der juristischen Sprache, der Logik und Schlussfolgerung. Das zugrundeliegende Entscheidungsregime des jeweiligen Sachrechtes muss in eine formale Sprache übersetzt werden, die objektiv, abstrakt und eindeutig formuliert sein muss. Diese Parameter stehen der juristischen Sprache mit ihrer Kontextvarianz und dem generell-abstrakten Charakter der Gesetze kontrastierend gegenüber. Hier gibt es verschiedene Ansätze, die Sprache abbildbar zu machen. Es ist herauszuarbeiten, an welchen Stellen eine derartige Überführung in eine formale Logik nicht zu juristisch unvertretbaren Verkürzungen führt. Dies ist bei eindeutig belegten Begrifflichkeiten oder solchen, hinsichtlich deren Inhalt sich eine gefestigte Überzeugung gebildet hat ebenso denkbar wie bei quantifizierbaren gesetzlichen Grundlagen. Rechtsgebiete, die eine gewisse Berechnungsdichte und formallogische Strukturen aufweisen, sind technisch einfach in formale Sprache zu überführen und damit algorithmisierbar.⁵⁶⁶

Von besonderer Bedeutung sind regelbasierte Systeme, die Schlussfolgerungen aus vorhandenem, in der Wissensbasis gespeichertem, Wissen ziehen. Sie arbeiten streng nach ihrer implementierten Regelungsstruktur. Derartige Systeme verfügen daher über eine hohe Erklärungsfähigkeit, da sie die zur Schlussfolgerung herangezogenen Regeln auflisten und folgerichtig eine Argumentationskette abbilden können. Ein gesetzliches Konditionalprogramm, das einer „if-then“-Struktur folgt und überdies keine auslegungsbedürftigen

⁵⁶⁴ Vgl. § 3 B. I. II.

⁵⁶⁵ Vgl. § 3 B. III.

⁵⁶⁶ Vgl. § 3 C. I. 1., 2.

Rechtsbegriffe enthält, kann mittels eines solchen Systems abgespielt werden. Dies betrifft eindeutig definierte oder quantifizierbare Tatbestände mit gebundenen Rechtsfolgen. Ein Autonomierisiko besteht bei diesen Systemen, im Gegensatz zu fallbasierten oder ML-Systemen, nicht; sie arbeiten in einem fest determinierten Umfeld.⁵⁶⁷

Durch die technische Möglichkeit des Einsatzes vollautomatisiert ablaufender, regelbasiert arbeitender Entscheidungssysteme ist nicht nur eine zu berücksichtigende Verfahrensgestaltungsalternative, sondern eine Verfahrensermessensreduktion auf Null in Hinblick auf formallogisch aufgebaute gesetzliche Konditionalprogramme entstanden. Dies resultiert aus dem Umstand, dass diese Verfahrensgestaltung rechtmäßiges Entscheiden geradezu perpetuiert und gleichsam sämtliche das Verfahrensermessen leitende Handlungsdirektiven weitaus optimaler zur Geltung zu bringen vermag als die analoge Bearbeitung durch Amtswaltende. Regelbasierte Systeme arbeiten in hohem Maße zügig, objektiv, zuverlässig, transparent und einfachstrukturiert. Sie erfüllen das Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, da sie, einmal programmiert, nahezu risikolos und ohne Rechtsverlust sämtliche gleichgelagerte Entscheidungen über Jahre hinweg ohne Pause, Urlaub oder sonstige Zeit- und Personalabhängigkeiten produzieren und an die Bürgerinnen und Bürger bekanntgeben können.⁵⁶⁸

C. Die Ausgestaltung des Verfahrens und der Einsatz

vollautomatisierter Entscheidungssysteme im

Verwaltungsverfahren – ein subjektiv-öffentliches Recht?:

Thesen

Damit ein Recht für die Bürgerinnen und Bürger einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch begründen kann, muss es sich um ein subjektiv-öffentliches Recht handeln. Der Schutznormlehre folgend, die auch auf Verfahrensrechte Anwendung findet, muss eine verfahrensrechtliche Ausgestaltung vorliegen, die den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern ein Recht zur eigenen Wahrnehmung zuweist und auch gerade deren Individualschutz dient. Die Handlungsdirektiven und das Verfahrensermessen begrenzenden Maßstäbe des § 10 S. 2 VwVfG dienen gleichfalls dem Schutz des Bürgers/der Bürgerin; gleichwohl kann hieraus kein Anspruch auf eine konkrete

⁵⁶⁷ Vgl. § 3 C. I. 3.

⁵⁶⁸ Vgl. § 3 C. II.

Gestaltung des eigenen Verfahrens gefolgert werden, falls sich die handelnde Behörde in den ihr zugewiesenen Ermessensgrenzen bewegt. Ein solcher Anspruch ergibt sich jedoch, sofern sich das Verfahrensermessen auf Null reduziert hat. Dann besteht auch hinsichtlich der Verfahrensgestaltung ein konkreter Anspruch.⁵⁶⁹

Dieser Anspruch scheidet jedoch meist unmittelbar an dem (vielkritisierten) deutschen Fehlerfolgenregime, das sich insbesondere aus § 46 VwVfG ergibt. Das Vorliegen formeller Fehler führt isoliert betrachtet zwar zu einer formell rechtswidrigen Entscheidung, jedoch nicht zur Nichtigkeit oder der Möglichkeit der Aufhebung. Hier zeigt sich das gesetzgeberische Verständnis von einer dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens. Damit ist auch eine Verletzung des Rechts auf eine vollautomatisierte Bearbeitung des eigenen Verwaltungsfalles dann nicht gerichtlich angreifbar, wenn nicht hiervon die Entscheidung in der Sache beeinflusst wurde.⁵⁷⁰

Über diese Schwelle hinweg helfen anerkannte absolute Verfahrensrechte, die sich als Reaktion auf die Kritik an dem Fehlerfolgenregime entwickelt haben. Der insofern grund- oder verfassungsrechtliche Bezug eines Verfahrensrechtes kann dazu führen, dass ein eigenständiger Schutzanspruch entsteht, der in der Folge auch isoliert justiziabel sein soll. Zwar lässt sich ein vom materiellen Recht unabhängiger Zweck der Vollautomatisierung geeigneter Verwaltungsverfahren daran erkennen, dass rechtsstaatliche Aspekte wie Klarheit, Entscheiden in angemessener Zeit, Objektivität oder Transparenz besonders zur Geltung gebracht werden. Im Vergleich zu den insoweit anerkannten Fallgruppen ergibt sich jedoch nicht, dass hier die Schwelle zur Annahme eines absoluten Anspruchs auf die vollautomatisierte Durchführung des eigenen Verwaltungsfalles überwunden wäre. Diese Annahme festigt sich unter Berücksichtigung der generellen gesetzgeberischen Entscheidung, dass Verfahrensfehler grundsätzlich nicht selbstständig rügefähig sein sollen.⁵⁷¹

Auch aus dem OZG oder den Integrationsansprüchen von Menschen mit Behinderung ergibt sich kein selbstständig einklagbares Recht auf vollautomatisierte Bearbeitung des Verwaltungsfalles. Dies würde nicht nur die Wortlautgrenze sprengen, sondern ebenso der Teleologie nicht

⁵⁶⁹ Vgl. § 4 B. I.

⁵⁷⁰ Vgl. § 4 B. I. 2. c).

⁵⁷¹ Vgl. § 4 B. II.

entsprechen⁵⁷², so dass es letztlich bei der objektiv-rechtlichen Wirkung der Ermessensreduktion auf Null verbleibt und damit der Rügefähigkeit durch die Aufsichtsbehörden.

⁵⁷² Vgl. § 4 B. IV., V.

Literaturverzeichnis

Abel, Ralf: Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DS-GVO. Anwendungsbereich und Grenzen im nicht-öffentlichen Bereich, ZD 2018, S. 304-307.

Adrian, Axel: Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, Rechtstheorie 2017, S. 77-121.

Arnold, Konrad: Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktionen und Garanten eines sachgerecht flexiblen Legalitätsprinzips, in: Arnold, Konrad/Bundschuh-Rieseneder, Friederike/Kahl, Arno/Müller, Thomas/Wallnöfer, Klaus (Hrsg.), Recht, Politik, Wirtschaft – Dynamische Perspektiven, Festschrift für Norbert Wimmer, Wien/New York 2008, S. 1-21.

Appel, Ivo/Singer, Jörg: Verfahrensvorschriften als subjektive Rechte, JuS 2007, S. 913-917.

Ashley, Kevin: Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age, Cambridge 2017.

Bachof, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JuristenZeitung 1955, S. 97-102.

Bader, Johann /Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.): Beck'scher Online- Kommentar VwVfG mit VwVG und VwZG, 49. Edition 2020, München 2020.

Badura, Peter: Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. neu bearbeitete Auflage, Berlin/New York 1995, S. 415-520.

Banafsche, Minou: Sekundäre Verwaltungskooperation als Maßgabe guter Verwaltung, VerwArch Band 107 (2016), S. 568-600.

Bauer, Ralf: Das Recht auf eine gute Verwaltung im europäischen Gemeinschaftsrecht: Inhalt, Anwendungsbereich und Einschränkungsvoraussetzungen des Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt am Main/New York 2002.

Becker, Ulrich: Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungskonzentration, VerwArch Band 87, 1996, S. 581-617.

Beierle, Christoph/Kern-Isberner, Gabriele: Methoden wissensbasierter Systeme, Grundlagen, Algorithmen, Anwendungen, Wiesbaden 2008.

Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern: Stellungnahme zur Frage der Zulassung vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakte und zur Bekanntgabe von Verwaltungsakten über Internetplattformen: Automatisiert erlassene Verwaltungsakte und Bekanntgabe über Internetplattformen – Fortentwicklung des Verfahrensrechts im Zeichen der Digitalisierung: Wie können rechtsstaatliche Standards gewahrt werden?, NVwZ 2015, S. 1114-1118.

Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1974.

Bellmann, Richard: An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think?, San Francisco 1978.

Berg, Wilfried: Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrenrecht seit 1998, JZ 2005, S. 1239-1047.

Berger, Ariane: Der automatisierte Verwaltungsakt. Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG, NVwZ 2018, S. 1260-1264.

Bettermann, Karl-August: Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S. 299-305.

Bonk, Heinz Joachim: 25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2001, S. 636-643.

- Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 320-330.

Borges, Georg: Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, S. 977-982.

Braun-Binder, Nadja: Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, Anmerkungen zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3, 35a und 41 Abs. 2a VwVfG, DÖV 2016, S. 891-898.

- Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG, NVwZ 2016, S. 960-965.

Breuer, Marten: Staatshaftung für judikatives Unrecht: eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht, Tübingen 2011.

Breuer, Rüdiger: Verfahrens- und Formfehler der Planfeststellung für raum- und umweltrelevante Großvorhaben, in: Franßen, Everhardt/Sendler, Horst (Hrsg.): Bürger - Richter - Staat : Festschrift für Horst Sendler, Präsident des

Bundesverwaltungsgerichts, zum Abschied aus seinem Amt, München 1991, S. 357-390.

Brinckmann, Hans/Grimmer, Klaus/Lenk, Klaus/Rave, Dieter: Verwaltungsautomation: Thesen über Auswirkungen automatisierter Datenverarbeitung auf Binnenstruktur und Außenbeziehungen der öffentlichen Verwaltung, Darmstadt 1974.

Britz, Gabriele: Elektronische Verwaltung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Auflage, München 2012, § 26, S. 435-492.

Bull, Hans-Peter: Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung, 2. Aufl., Köln/Berlin 1964.

- Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt – zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von E-Government, DVBl. 2017, S. 409-417.

Bund, Elmar: Einführung in die Rechtsinformatik, Heidelberg 1991.

Burgi, Martin: Bestand und Aufbau der unmittelbaren Staatsverwaltung, in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin/Boston 2015, § 9 S. 297-305.

Burgi, Martin/Durner, Wolfgang: Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG : Transparenz, Bürgerfreundlichkeit und Perspektiven der Bürgerbeteiligung insbesondere in Verfahren der Eröffnungskontrolle, Baden-Baden 2012.

Bühler, Axel: Einführung in die Logik, 3. Auflage, Alber, Freiburg/München 2000.

Calliess, Christian/Stockhaus, Heide: Regulierung von Nanomaterialien – reicht REACH?, DVBl. 2011, S. 921-929.

Classen, Claus Dieter: Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 31 (1998), S. 307-334.

Coupette, Corinna/Fleckner, Andreas: Quantitative Rechtswissenschaft: Sammlung, Analyse und Kommunikation juristischer Daten, JZ 2018, S. 379-389.

Dau, Dirk/Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob: Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2019.

Degrandi, Benno: Die automatisierte Verwaltungsverfügung, Zürich 1977.

Denkhaus, Wolfgang/Richter, Eike/Bostelmann, Lars: E-Government-Gesetz. Onlinezugangsgesetz. Kommentar, 1. Auflage, München 2019.

Di Fabio, Udo: Gewaltenteilung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 27.

- Die Ermessensreduzierung – Fallgruppen, Systemüberlegungen, Prüfprogramm –, VerwArch Band 86 (1995), S. 214-234.
- Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.

Diederichsen, Uwe: Innere Grenzen des Rechtsstaats, Der Staat, 1995, Vol. 34, No. 1, S. 33-57.

Djeffal, Christian: Das Internet der Dinge und die öffentliche Verwaltung – Auf dem Weg zum automatisierten Smart Government?, DVBl. 2017, S. 808-816.

Dolde, Klaus-Peter: Zur Beteiligung der Naturschutzverbände im Planfeststellungsverfahren - § 29 I Nr. 4 BNatSchG ein „absolutes Verfahrensrecht“?, NVwZ 1991, S. 960-963.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Eberle, Carl-Eugen: Die öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft, Die Verwaltung 1987, S. 459-476.

Ehlers, Dirk: Rechtsprechungsanalyse, Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung der Jahre 1998-2003, Die Verwaltung 2004, 255-292.

Eifert, Martin: Electronic government: Das Recht der elektronischen Verwaltung, Baden-Baden 2006.

Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang: Das Verwaltungshandeln, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk/Burgi, Martin: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Berlin/New-York 1979, S. 119-266.

Ernst, Christian: Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ Band 21 (2017), S. 1026-1036.

Ertel, Wolfgang: Grundkurs Künstliche Intelligenz, 2013.

Ewer, Wolfgang/Rapp, Angela: Zur Beweis- und Feststellungslast bei Ansprüchen auf Gewährung von Ermessensleistungen, NVwZ 1991, S. 549-551.

Fadavian, Benjamin: Chancen und Grenzen der algorithmischen Verwaltung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Kar, Resa Mohabbat / Thapa, Basanta / Parycek, Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 294-314.

Fehling, Michael: Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL Band 70, 2011, S. 278-337.

- Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht, in: Terhechte, Jörg Philipp/Arnaud, Andreas (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 1. Auflage, Baden-Baden 2011.

Fiedler, Herbert: Automatisierung im Recht und juristische Informatik, JuS 1970, S. 432-436.

Finck, Michèle: Automated Decision-Making and Administrative Law, in: Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-10, 2019, S. 1-23.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973.

Franzen, Martin/*Gallner*, Inken/*Oetker*, Hartmut: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020.

Gesellschaft für Informatik: Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren. Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2018.

Grimmer, Klaus: Die Automation und das Verhältnis der Verwaltung zum Bürger, DÖV 1982, S. 257-265.

Goerlich, Helmut: Good Governance und Gute Verwaltung, DÖV 2006, S. 313-322.

Görz, Günther/*Schneeberger*, Josef/*Schmid*, Ute: Handbuch der Künstlichen Intelligenz, München 2014.

Grabitz, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim*, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV AEUV, 71. EL, München 2020.

Gräwe, Svenja L.: Die Entstehung der Rechtsinformatik – Wissenschaftsgeschichtliche und -theoretische Analyse einer Querschnittsdisziplin, Hamburg 2011.

Gröpl, Christoph: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 121.

Gruber, Fritz K.: Verwaltungsentscheidungen vom Computer, Eine Untersuchung der rechtlichen Grenzen der automatisierten Normanwendung in der öffentlichen Verwaltung, München 1971.

Grupp, Klaus: Wirtschaftlichkeit im „schlanken Staat“, in: Schulze-Fielitz, Helmut (Hrsg.), Fortschritte der Finanzkontrolle in Theorie und Praxis, Zum Gedenken an Ernst Heuer, Die Verwaltung Beiheft 3, Berlin 2000, S. 9-24.

Grzeszick, Bernd: Die Voraussetzungen demokratischer Legitimation der Verwaltung und deren Konzeptualisierung in der Verfassungsrechtsdogmatik, in: Anderheiden, Michael/Keil, Rainer u. a. (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 601-618.

- Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung – Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung, Europarecht Heft 2, 2006, S. 161-181.

Goerlich, Helmut: Good Governance und Gute Verwaltung, DÖV 2006, S. 313-322.

Görnig, Gilbert/*Trüe*, Christiane: Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 1, JZ 2000, S. 395-406.

Gurlit, Elke: Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL Band 70, 2011, S. 227-277.

Günzl, Clara: Subsumtionsautomaten und -maschinen. Rechtshistorische Anmerkungen zu einem beliebten Vorwurf, JZ 2019, S. 180-188.

Haft, Fritjof: EDV und Recht Band I: Elektronische Datenverarbeitung im Recht, Berlin 1970.

Hain, Karl-Eberhard: Zur Frage des Zusammenhangs von Prüfungsumfang, Antragsbefugnis, Begründetheit und Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren, DVBl. 1999, S. 1544 ff.

Hain, Karl-Eberhard/*Schlette*, Volker/*Schmitz*, Thomas: Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, AÖR Band 122 (1997), S. 32-64.

Hart, H. L. A.: Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review, Vol. 71, 1958, S. 593-629.

Hansen, Lars K./Rieger, Laura: Interpretability in Intelligent Systems – A New Concept?, in: Samek, Wojciech/Montavon, Grégoire/ Vedaldi, Andrea/ Hansen, Lars K./Müller, Klaus-Robert (Hrsg.), *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*, Schweiz 2019.

Häberle, Peter: Effizienz und Verfassung, *AÖR* Band 98 (1973), S. 625-635.

- Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* Band 30, 1972, S. 43-131.

Helbich, Julius: Rechtsfragen der „automatisierten“ Ermessensausübung im Steuerrecht, *DStR* 2017, S. 574-579.

Held, Jürgen: Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren, *NVwZ* 2012, S. 461-468.

- Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Berlin 1984.

Hermstrüwer, Yoan: Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty, in: Wischmeyer, Thomas/Rademacher, Timo (Hrsg.), *Regulating Artificial Intelligence*, 2020, S. 199-223.

Herold, Viktoria: Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, Heidelberg 2019.

Herrmann, Marco/Stöber, Karlheinz: Das Onlinezugangsgesetz des Bundes. Wie der Gang zum Amt überflüssig werden soll, *NVwZ* 2017, S. 1401-1407.

Herzog, Roman: Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a. M. 1971.

Hesse, Konrad: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Smend, Rudolf: Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag 15. Januar 1962, Tübingen 1962, S. 71-96.

Hill, Hermann: Verwaltungskommunikation und Verwaltungsverfahren unter europäischem Einfluss, in: ders./Pitschas, Rainer: Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht: Beiträge der 70. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 20. bis 22. März 2002 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2004, S. 273-300.

- Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, *DÖV* 1987, S. 885-895.
- Verfahrensermessen der Verwaltung, *NVwZ* 1985, 449-456.

Hoffmann-Becking, Michael: Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung, *DVBl.* 1970, 850-857.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Der Umgang mit Wissen bei der digitalisierten Rechtsanwendung, AöR Band 145 (2020), S. 1-39.

- Verhaltenssteuerung durch Algorithmen - Eine Herausforderung für das Recht, in: AöR Band 142 (2017), S. 1-42.
- Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433-442.

Hofmann, Herwig/Rowe, Gerard C./Türk, Alexander: Administrative Law and policy of the European Union, 1. Auflage, Oxford 2011.

Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage, München 2019.

Hufeld, Ulrich: Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 56.

Hummler, Konrad: Automatisierte Rechtsanwendung und Rechtsdokumentation, Zürich 1982.

Huck, Winfried/Müller, Martin: Verwaltungsverfahrensgesetz, Beck'sche Kompakt-Kommentare, 3. Auflage 2020.

Isensee, Josef: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 71.

Jandach, Thomas: Juristische Expertensysteme. Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung, Berlin/Heidelberg 1993.

Jarass, Hans D.: Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK, Kommentar, 4. Auflage, München 2021.

Jochum, Heike: Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht: die normative Konnexität von Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts, Tübingen 2004.

Joerden, Jan: Logik im Recht, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2018.

Kar, Resa Mohabbat/Thapa, Basanta E. P./Hunt, Simon S./Parycek, Peter: Recht Digital: Maschinenverständlich und automatisierbar. Impuls zur digitalen Vollzugstauglichkeit von Gesetzen, Berlin 2019.

Katz, Daniel M./Bommarito, Michael J. II/Blackman, Josh: A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States, 2017.

Kilian, Wolfgang: Warum Rechtsinformatik?, CR 2001, S. 132-135.

Klaus, Georg: Semiotik und Erkenntnistheorie, 4. Auflage, München/Salzburg 1973.

Klaus, Georg/Liebscher, Heinz (Hrsg.): Wörterbuch der Kybernetik, 4. Auflage, Berlin 1976.

Klein, Franz: Abgabeordnung einschließlich Steuerstrafrecht, 15. Auflage, München 2020.

Klüsener, Robert: Die Bedeutung der Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit in § 68 I 1 VwGO, NVwZ 2002, S. 816-821.

Kment, Martin: Die Stellung nationaler Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften im europäischen Recht, Europarecht Heft 2, 2006, S. 201-235.

Koenig, Christian: Der Begründungszwang in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen am Beispiel umweltrelevanter Entscheidungen, AöR Band 117 (1992), 514-542.

Kokott, Juliane: Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335-370.

Kopp, Ferdinand: Der Beteiligtenbegriff des Verwaltungsverfahrensrechts, in: Schmitt Glaeser, Walter (Hrsg.), Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard-Boorberg-Verlags, Stuttgart, München, Hannover 1977, S. 159-183.

- *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht: eine Untersuchung über die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsverfahrens in der Bundesrepublik und die Bedeutung der Grundentscheidungen der Verfassung für die Feststellung, Auslegung und Anwendung des geltenden Verwaltungsverfahrensrechts, München 1971.*

Kopp, Ferdinand/ Ramsauer, Ulrich (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 20. vollständig überarbeitete Auflage, München 2019.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, 26 Auflage, München 2020.

Kröniger, Alois: Automation – Schlüssel zur Leistungsverwaltung, in: Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge 1970, S. 77-83.

Kossens, Michael/von der Heide, Dirk/Maaß, Heide: SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit Behindertengleichstellungsgesetz. Kommentar, 4. Auflage, München 2015.

Kotsoglou, Kyriakos: Subsumtionsautomat 2.0 – Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, S. 451-457.

Lange, Klaus: Innenrecht und Außenrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.): Reform des Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1. Auflage, Baden-Baden 1993.

- Ermessens- und Beurteilungsspielräume als Transformatoren von Innen- und Außenrecht, NJW 1992, S. 1193-1197.

Larenz, Karl/Canaris Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Heidelberg 1995.

Laub, Karin: Die Ermessensreduzierung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, München 2000.

Layman E. Allen/Engholm, C. Rudy: Normalized Legal Drafting and the Query Method, Journal of Legal Education, Vol. 29, 1978, S. 380-412.

Lazaratos, Panagiotis: Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, Berlin 1990.

Leisner, Walter: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971.

Lippert, André: Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, ZUR 2013, S. 203-212.

Lucke, Doris: Legitimation durch Akzeptanz. Zur Subjektorientierung einer „systematischen“ Debatte, Zeitschrift für Rechtssoziologie 17, 1996, S. 221-248.

Luhmann, Niklas: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965.

- Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin 1966.
- Legitimation durch Verfahren, 1. Auflage, Frankfurt a. M. 1983.
- Soziologie des Risikos, Berlin/New York 1991.
- Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?, VerwArch Band 51, 1960, S. 97-115.

Malorny, Michael: Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Speyer 1981.

Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.

Martini, Mario: Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Speyer 2019.

- Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, S. 1017-1025.
- Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, S. 443-455.

Martini, Mario/Wiesner, Cornelius: Art. 91c Abs. 5 GG und das neue Zugangsregime zur digitalen Verwaltung – Quantensprung oder zu kurz gesprungen?, ZG 2017, S. 193-227.

Martini, Mario/Nink, David: Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra 10, 2017, S. 1-14.

Masing, Johannes: Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Auflage, München 2012, § 7, S. 437-541.

Mauer, Michael: Semantik von Rechtsnormen, Objektivität rechtlicher Argumentation, Aspekte rechtlichen Wandels, RT 46, 2015, S. 367-403.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 92. EL, München 2020.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.

Mayer-Schönberger, Viktor/Cukier, Kenneth: Big Data: Die Revolution, die unser Leben verändern wird, München 2013.

Mayinger, Samatha M.: Die künstliche Person : Untersuchung rechtlicher Veränderungen durch die Installation von Softwareagenten im Rahmen von Industrie 4.0, unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzes, Frankfurt am Main 2016.

Meyer, Hans/Borgs-Maciejewski, Hermann: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1982.

Michael, Lothar: *Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?*, VVDStRL Band 75, 2015, S. 131-181.

Möllers, Christoph: *Methoden*, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2. Auflage, München 2012, § 3, S. 123-178.

Mund, Dorothea: *Das Recht auf menschliche Entscheidung – Freiheit in Zeiten der Digitalisierung und einer automatisierten Rechtsanwendung*, in: Greve, Ruth/Gwiasda, Benjamin/Kemper, Thomas/Moir, Joshua/ Müller, Sabrina/Schönberger, Arno/Stöcker, Sebastian/Wagner, Julia/Wolff, Lydia (Hrsg.), *Der digitalisierte Staat – Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat*, 1. Aufl. 2020, Trier, S. 177-198.

Nieto-Garrido, Eva: *Possible developments of Art. 198 TFEU: Towards an open, efficient and independent European administration*, EPL 18, 2012, S. 373-397.

Ossenbühl, Fritz: *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. neu bearbeitete Auflage, Berlin/New York 1995, S. 111-203.

- *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, NVwZ 1982, S. 465-472.
- *Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft*, in: Jeserich, Kurt/Pohl, Hans/von Unruh, Georg-Christoph (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band V, 1986, S. 1143-1161.

Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias: *Staatshaftungsrecht*, 6. Auflage, München 2013.

Paal, Boris/Pauly, Daniel: *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz*. 3. Auflage, München 2021.

Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich: *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Tübingen 2017.

Pernice, Ingolf: *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, DVBl. 2000, 847-859.

Peters, Anne: *Die Ausfüllung von Spielräumen in der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen*, DÖV 2001, S. 749-760.

Pfeffer, Kristin: Das Recht auf eine gute Verwaltung: Art. II-101 der Grundrechtscharta des Vertrages über eine Verfassung für Europa, 1. Auflage, Baden-Baden 2006.

Pietzcker, Jost: Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL Band 41, 1983, S. 193-231.

Pilniok, Arne: Die digitale Transformation der Sozialverwaltung durch Unionsrecht, Zur Integration mitgliedstaatlicher Administration im europäischen Portalverbund, NZS 2020, S. 85-90.

Pitschas, Rainer: Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Auflage, München 2012, § 42.

- *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren: Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, München 1990.

Polomski, Ralf-Michael: Der automatisierte Verwaltungsakt. Die Verwaltung an der Schwelle von der Automation zur Informations- und Kommunikationstechnik, Berlin 1993.

Raabe, Oliver/Wacker, Richard/Oberle, Daniel/Baumann, Christian/Funk, Christian: Recht ex machina: Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, Heidelberg 2012.

Rademacher, Timo: Künstliche Intelligenz und neue Verantwortungsarchitektur, in: Eifert, Martin, Digitale Disruption und Recht, Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, 1. Auflage 2020, Baden-Baden, S. 45-72.

Randelzhofer, Albrecht: Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung in Rechtslehre und Rechtsprechung, BayVBl. 1975, S. 573-582.

Rengeling, Hans-Werner/Szczekalla, Peter: Grundrechte in der Europäischen Union : Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln/München 2004.

Reisinger, Leo: Rechtsinformatik, Berlin/New York 1977.

Ring, Stephan: Computergestützte Rechtsfindungssysteme. Voraussetzungen, Grenzen und Perspektiven, in: Sieber, Ulrich (Hrsg.), Ius Informationis, Europäische Schriftenreihe zum Informationsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1994 (Bayreuth 1992).

Roemheld: Das Rechenzentrum im Niedersächsischen Landesverwaltungsamt, DVBl. 1964, S. 561-571; S. 610-615.

Rombach, Paul: Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren: Verfahrensdauer und Beschleunigungsansätze in Deutschland, Frankreich und den Vereinigten Staaten, Baden-Baden 1994.

Ronellenfisch, Michael: Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren, Berlin 1994.

- Neues Verkehrswegeplanungsrecht, DVBl. 1994, S. 441-449.

Roth-Isigkeit, David: Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts, DÖV 2020, S. 1018-1026.

Russell, Stuart/*Norvig*, Peter: Künstliche Intelligenz – Ein moderner Ansatz, 3. Auflage, München 2012.

Säcker, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limberg*, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, München 2020.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018.

Samek, Wojciech/*Müller*, Klaus-Robert: Towards Explainable Artificial Intelligence, in: Samek, Wojciech/Montavon, Grégoire/ Vedaldi, Andrea/Hansen, Lars K./Müller, Klaus-Robert (Hrsg.), Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning, Schweiz 2019, S. 5-22.

Samek, Wojciech/*Wiegand*, Thomas/*Müller*, Klaus-Robert: Explainable Artificial Intelligence: Understanding, Visualizing and Interpreting Deep Learning Models, in: ITU Journal: ICT Discoveries - Special Issue 1 - The Impact of Artificial Intelligence (AI) on Communication Networks and Services 2017, 39 ff.

Scherzberg, Arno: Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 113-144.

Scheuing, Dieter H.: Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 290-354.

Schliesky, Utz/*Hoffmann*, Christian: Die Digitalisierung des Föderalismus – Der Portalverbund gem. Art. 91c Abs. 5 GG als Rettung des E-Government?, DÖV 2018, S. 193-198.

Schmidt, Tanja: Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts. Dargestellt anhand der Entwicklung der Ermessensansprüche innerhalb der ersten Nachkriegsjahrzehnte, Berlin 2006.

Schmidt, Walter: Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR Band 96, 1971, S. 321–354.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Auflage, München 2012, § 27, S. 461-522.

- Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 26.
- Verwaltungsverfahren, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 109.
- Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin 2004.
- Die Grundgedanken des Verwaltungsverfahrens und das neue Verwaltungsverfahrensrecht, Jura 1979, S. 505-520.

Schmitz, Heribert/*Prell*, Lorenz: Neues zum E-Government: Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, S. 1273-1280.

Schoch, Friedrich: Das intendierte Ermessen, Jura, 2010, S. 358-362.

- Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 279-316.
- Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, S. 109-123.

Schoch, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter: Verwaltungsrecht VwGO Band I Kommentar, 39. EL, München 2020.

Schöpflin, Martin: Die Verfahrensökonomie – eine Prozessmaxime?, JR 2003, S. 485-490.

Schuppert, Gunnar F.: Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Auflage, München 2012, § 16.

Schweighofer, Erich: Rechtsinformatik und Wissensrepräsentation, New York/Wien 1999.

Seiler, Christian: Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg 2000.

Siegel, Thorsten: Der Europäische Portalverbund – Frischer Digitalisierungswind durch das einheitliche digitale Zugangstor („Single Digital Gateway“), NVwZ 2019, S. 905-909.

- Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG), DÖV 2018, S. 185-192.
- Automatisierung des Verwaltungsverfahrens – zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 I 3, 41 IIa VwVfG, DVBl. 2017, S. 24-28.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018.

Sommermann, Karl-Peter: Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts: rechtsvergleichende Analysen, Baden-Baden 2008.

- Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht europäischer Staaten, DÖV 2002, S. 133-143.
- Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 1996, S. 889–898.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian: Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019.

Stegmüller, Martin: Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, S. 353–358.

Steinberg, Rudolf: Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, S. 619-631.

Stelkens, Ulrich: Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht; DVBl. 2010, S. 1078-1086.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Leonhardt, Klaus (Begr.)/Sachs, Michael/Schmitz, Heribert
(Hrsg.): VwVfG Kommentar, 9. Auflage, München 2018.

Stober, Rolf/Kluth, Winfried/Wolff, Hans J./Bachof, Otto: Verwaltungsrecht: ein Studienbuch/1, 13. Auflage, München 2017.

Taeger, Jürgen (Hrsg.): Big Data & Co.: Neue Herausforderung für das Informationsrecht: Tagungsband Herbstakademie, 2014.

Teubner, Gunther: Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, *Ancilla Iuris* 2018, S. 35-78.

Tschentscher, Alex: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 2000.

Turney, Peter/Pantel, Patrick: From Frequency to Meaning: Vector Space Models of Semantics, *Journal of Artificial Intelligence Research* 2010, S. 141-188.

Ule, Carl H.: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: *Bachof, Otto* (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 12. Juli 1855 – 9. Juni 1955, München 1955, S. 309-330.

Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner: *Verwaltungsverfahrenrecht: ein Lehrbuch für Studium und Praxis*, 4. Auflage, Köln/München 1995.

Vincze, Attila: Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung, *ZaöRV* 77, 2017, S. 235-267.

Vogel, Friedemann: Zugänge zur Rechtssemantik: Interdisziplinäre Ansätze im Zeitalter der Mediatisierung, Berlin/Boston 2015.

von Arnim, Hans Herbert: *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, Berlin 1988.
Aristoteles/Krapinger, Gernot (Hrsg., Übersetzer): *Nikomachische Ethik*, Stuttgart 2017.

von Berg, Malte: *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, Köln/Berlin 1968.

von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin: *Europäisches Unionsrechts. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

von *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Auflage, München 2018.

von *Mutius, Albert*: Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren, *NJW* 1982, S. 2150-2160.

Wahl, Rainer: Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, *DVBl.* 2003, S. 1285-1293.

- Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, in: *Hill, Hermann/Pitschas, Rainer* (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht: Beiträge der 70. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 20. bis 22. März 2002 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin 2004, S. 301-336.
- Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: *VVDStRL Band 41*, 1983, S. 151-192.

Walther, Klaus: Inhalt und Bedeutung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in der öffentlichen Verwaltung, *BayVBl.* 1990, S. 231-238.

Werner, Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, *DVBl.* 1959, S. 527-533.

Wieland, Joachim: Rechnungshofkontrolle im demokratischen Rechtsstaat, *DVBl.* 1995, S. 894-904.

Wischmeyer, Thomas: Künstliche Intelligenz und neue Begründungsarchitektur, in: *Eifert, Martin*, *Digitale Disruption und Recht*, Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, 1. Auflage 2020, Baden-Baden, S. 73-92.

- Regulierung intelligenter Systeme, *AöR Band 143* (2018), S. 1-66.

Yarowsky, David: Unsupervised word sense disambiguation rivaling supervised methods, in: *ACL '95: Proceedings of the 33rd annual meeting on Association for Computational Linguistics*, 1995, S. 189-196.

Zeidler, Karl: Über die Technisierung der Verwaltung. Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung, Karlsruhe 1959.

- Zur „Technisierung der Verwaltung“ – Eine Entgegnung, *DVBl.* 1961, S. 493–494.

Ziekow, Jan: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Auflage, Speyer 2020.

- Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, S. 1169-1172.
- Die Wirkung von Beschleunigungsgeboten im Verfahrensrecht, DVBl. 1998, S. 1101.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, München 2021.