

SUBSUMTIONSAUTOMATEN ANTE PORTAS? – ZU DEN GRENZEN DER AUTOMATISIERUNG IN VERWALTUNGSRECHTLICHEN (RECHTSBEHELFS-)VERFAHREN

Von Prof. Dr. Mario Martini und David Nink, Speyer*

Die öffentliche Verwaltung gilt vielen als Sand im Getriebe des gesellschaftlichen Fortschritts, die Digitalisierung demgegenüber als Schwungrad der Effizienz. Nichts liegt da näher, als beide zusammenzubringen: Örtlich und zeitlich entgrenzte Digitalangebote ersparen nicht nur den Bürgern das Warten im Amtsflur. Sie können auch die Leistungsabwicklung im administrativen Maschinenraum beschleunigen sowie die Fehlerquote senken. Doch (inwiefern) können Computer juristische Entscheidungsvorgänge überhaupt bruchfrei abbilden? Der Beitrag beleuchtet die rechtlichen Grenzen des Automatisierungspotenzials im Verwaltungsverfahren – und richtet einen besonderen Blick auf den Widerspruch und die verwaltungsgerichtliche Klage.

I. Die Verwaltung auf dem Weg ins digitale Morgenland

„Dem Bürokrat ist alles fad, wenn er keine Akten hat“, heißt es auf Abreißkalendern. Graue Umlaufmappen, Aktenwagen und Stempelkissen gehören in Amtsstuben und Gerichtsfluren noch nicht der Vergangenheit an. Aber sie sind auf dem Rückzug.

Während Estland, Dänemark und Österreich sehr früh die Papierablage und den Klemmbügel gegen medienbruchfreie, interoperable Digitalprozesse eingetauscht haben, herrscht in Deutschland der Eindruck vor, viele Amtsträger hielten hartnäckig an Ösen, Heftklammern und Wiedervorlagemappen fest. Der Nationale Normenkontrollrat wird jedenfalls nicht müde, den Nachholbedarf des deutschen E-Governments zu betonen.¹ Bund und Länder wollen nunmehr zur Aufholjagd ansetzen. Den Weg in die digitale Zukunft der Verwaltung soll insbesondere die neue ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den informations-

* *Mario Martini* ist Lehrstuhlinhaber an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und Leiter des Programmbereichs »Digitalisierung« am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung. *David Nink* ist dort Forschungsreferent. Der Aufsatz geht auf eine Stellungnahme für den Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim BMI zurück. Die Autoren danken *Jonathan Hain*, *Michael Kolain*, *Jan Mysegades* und *Quirin Weinzierl* für die sehr gute Unterstützung. Soweit nicht anders vermerkt, wurden Internetquellen zuletzt am 15.7.2018 abgerufen.

¹ Vgl. insbesondere Nationaler Normenkontrollrat, E-Government in Deutschland: Vom Abstieg zum Aufstieg, 2016, S. 5.

technischen Zugang zur Verwaltung (Art. 91c Abs. 5 GG) ebnen: Binnen fünf Jahren will Deutschland *alle* Verwaltungsleistungen digitalisieren (§ 1 Abs. 1 OZG).²

Um die innovativen Möglichkeiten hinter den Trends Big Data, künstliche Intelligenz und Co. zu erschließen, hat der deutsche Gesetzgeber auch im Verwaltungsverfahrenrecht einen Meilenstein gesetzt: Die jungen Regelungen des § 35a VwVfG, § 31a SGB X und § 155 Abs. 4 AO geben die Marschrichtung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen vor.³ Als Pionier schickt sich vor allem das Steuerverfahren an, das Gros der Abläufe künftig vollständig elektronisch abzuwickeln. Von der digital per ELSTER eingereichten Steuererklärung bis hin zum vollautomatisierten Erlass des Steuerbescheids und dessen Bekanntgabe über Behördenportale soll das Verfahren dem Leitmotiv folgen: „Computer, übernehmen Sie!“

Ihre Vorzüge (insbesondere menschliche Fehler zu reduzieren, Bürokratie abzubauen sowie zur Stringenz der Entscheidungssteuerung beizutragen) können vollautomatisierte Verfahren außer im Besteuerungsverfahren als unechtem Massenverfahren grundsätzlich auch bspw. bei standardisierten Bescheiden (Rente, Anwohnerparkausweis, Kindergeld, BAföG-Leistungen [vgl. auch § 39 Abs. 4 BAföG]) ausspielen (insbesondere soweit deren Entscheidungsgrundlagen bereits medienbruchfrei strukturiert vorliegen).

In nicht allzu ferner Zukunft könnten Behörden-Chatbots und digitale Assistenzsysteme dem Bürger die Wünsche sogar gleichsam von den Lippen ablesen, ihm passgenaue Antworten aus einer umfangreichen Datenbasis liefern und Verwaltungsanliegen unkompliziert erledigen. Im technischen Idealszenario kann der Bürger dem Behördenportal – ähnlich wie bei sog. Smart Speakern, etwa *Amazons* „Alexa“ – per Sprachbefehl vorgeben: „Ich habe gerade einen Gebrauchtwagen gekauft und will ihn kommende Woche in Berlin abholen. Bitte bereite alle erforderlichen behördlichen Schritte vor.“ Binnen eines Wimpernschlags legt das System dann alle Anträge und Unterlagen zur Freigabe via eID vor; mit einem menschlichen Sachbearbeiter verbindet es den Bürger nur noch auf ausdrücklichen Wunsch oder wenn es mit unvorhergesehenen, atypischen Fallkonstellationen konfrontiert ist. Technisch sind solche Automatisierungen bereits vorstellbar. Erste Prototypen, z.B. *Govbot*⁴, sind schon im Einsatz. Vom digitalen Schlaraffenland ist der Alltag in Bürgerämtern allerdings noch weit entrückt. Bislang regiert dort noch eher das russische Sprichwort: „Im Reich der Akten ist der Bürokrat König“.

² Dazu M. Herrmann/K. Stöber, NVwZ 2017, 1401 ff.; M. Martini/C. Wiesner, ZG 2017, 193 (197 ff.); U. Schliesky/C. Hoffmann, DÖV 2018, 193 (194 ff.); T. Siegel, DÖV 2018, 185 ff.

³ Ausführlich zu automatisierten Verwaltungsentscheidungen insbesondere N. Braun Binder, NVwZ 2016, 960 ff.; H. P. Bull, DVBl 2017, 409 ff.; L. Prell, apf 2017, 237 ff.; M. Martini/D. Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1 ff. Siehe auch Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI, NVwZ 2015, 1114 ff. sowie bereits verwaltungswissenschaftlich N. Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl., 1997, S. 30 ff.

⁴ Vgl. <https://www.govbot.io/> – mit seiner Hilfe kann der Bürger bspw. herausfinden, ob sein Kfz-Wunschkennzeichen noch frei ist und es beantragen oder nachfragen, welche Unterlagen er zur Verlängerung seines Personalausweises benötigt.

II. Automatisierte Entscheidung im vorgerichtlichen Verfahren

Verwaltende Tätigkeit besteht im Kern darin, materielle Rechtssätze richtig auf den Einzelfall herunterzurechnen. Deren Vorgaben folgen im Grundsatz einer algorithmischen Logik: In der Sache handelt es sich um (oftmals konditionale) Handlungsanleitungen, die konkurrierende Nutzungsinteressen gegeneinander ausgleichen, indem sie Rechtssubjekten durchsetzbare Positionen zuweisen. Als Vollzugsbefehle zur schrittweisen Problemlösung scheinen Algorithmen kraft ihrer formallogischen Grundstruktur geradezu prädestiniert, solche Zuordnungsaufgaben zu rekonstruieren und abstrakte normative Vorgaben auf den Einzelfall herunterzurechnen:⁵ Computerprogramme filtern aus ihren Eingangsdaten auf der Grundlage einer Formensprache ein klares Ergebnis heraus. Aus den Anweisungen algorithmischen Codes leiten sie Rückschlüsse ab, wie unter den gegebenen Ausgangsbedingungen eine ihnen gestellte Aufgabe zu lösen ist.

Um Daten umfassend auszuwerten und aus dem in ihnen schlummernden Informationsschatz neue Erkenntnisse zu generieren, operieren Softwareanwendungen mit Statistiken, Korrelationen und Mustererkennungen. Sie beschränken sich dabei aber notwendig auf einen engen Zielradius. Auch wenn sie dem Menschen in einigen Bereichen – selbst beim Pokerspiel – mittlerweile überlegen sind: Außergewöhnliche Fallkonstellationen und individuelle (Härtefall-)Ausnahmen kann ein prüfrasterorientiertes, schematisches Verfahren nur so weit berücksichtigen, wie diese sich bei der Konfiguration eines Programms überhaupt voraussehen lassen.⁶ Seine Kompetenz endet dort, wo sich Probleme nicht formalisieren lassen und daher der Wirkmacht der Berechenbarkeit entgleiten.⁷ Um alle rechtlichen und tatsächlichen Aspekte des Sachverhalts adäquat einschätzen und ihre Spezifika zu erkennen, ist juristische Auslegung auf eine sachadäquate Rekonstruktion der sozialen Wirklichkeit angewiesen. Computersystemen fehlt aber ein Bild der Welt; einen „*common sense*“ haben sie nicht. Ihr Territorium ist vielmehr digital eingehegt: Sie können die verfügbaren Daten (jedenfalls derzeit) nicht vollständig in einen fallbezogenen Kontext stellen. Schon dann, wenn Straßenschilder mit etwas Farbe besprüht sind, ohne dass das einen Menschen irritieren würde, sind autonome Fahrzeuge überfordert. Auch der Versuch, einem Expertensystem die Beurteilung zu überlassen, wann ein unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (§ 142 StGB) vorliegt, gelang nur sehr begrenzt.⁸

⁵ A. Adrian, *Rechtstheorie* 2017, 77, 91 ff. (insbesondere S. 93); C. Ahrendt, *NJW* 2017, 537, 539 f.; noch weitergehend bereits D. Ehlers, *Jura* 1991, 337 (340) mit Blick auf die Verwaltung.

⁶ BT-Drs. 18/8434, S. 122; M. Kolain, in: Hill/Kugelmann/Martini, *Perspektiven der digitalen Lebenswelt*, 2017, S. 147 (168); H. Schmitz/L. Prell, *NVwZ* 2016, 1273 (1277).

⁷ T. C. Bächle, *Mythos Algorithmus*, 2015, S. 144 m. w. N. So erklärt sich, dass gerade bei Szenarien wie Schachspielen erstaunliche Erfolge eintreten: Die Regeln sind eindeutig und vergangene Schachpartien geben genügend Input, um erfolgreiche Strategien zu entwickeln.

⁸ Vgl. dazu A. Bohrer, *Entwicklung eines internetgestützten Expertensystems zur Prüfung des Anwendungsbereichs urheberrechtlicher Abkommen*, 2003, S. 6; P. Gerathewohl, *Erschließung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Hilfe des Computers*, 1987, S. 1 ff.; P. Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 242 ff.

1. Einfachgesetzliche Ausgestaltung de lege lata

a) Ausgangsverfahren

Eingedenk der systemimmanenten Leistungsgrenzen von Softwaresystemen ebnet der Gesetzgeber vollautomatisierten Verwaltungsakten den Weg nicht vorbehaltlos, sondern nur dann, wenn der Behörde *weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum* zukommt (§ 35a VwVfG). Dieser Einschränkung liegt eine einleuchtende Wertung zugrunde: Komplexe Entscheidungen, die auf einer Abwägung widerstreitender Interessen beruhen, will der Gesetzgeber stets in menschlicher Hand belassen. Nur dem Amtsträger traut er zu, die Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, die behördliche Entscheidungsspielräume herstellen sollen.

aa) Automatisierung kraft ermessenslenkender Verwaltungsvorschrift?

Einen Grenzfall zulässiger Vollautomatisierung i. S. d. § 35a VwVfG markieren ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften. Wenn sie den grundsätzlich bestehenden behördlichen Ermessensspielraum im Wege der Selbstbindung (Art. 3 Abs. 1 GG) auf Null verengen, belassen sie einer Software im Ergebnis faktisch keine Wertungsaufgaben mehr. Die ermessenslenkenden Parameter lassen sich dann prinzipiell in einen algorithmischen Entscheidungsbaum einprogrammieren – bspw. bei verwaltungsrechtlichen Kostenentscheidungen, deren Gebührenhöhe Tabellenwerte vorgeben (etwa für die Untergrenze, ab der eine Behörde Gebühren aus Wirtschaftlichkeitsgründen nicht mehr eintreibt).⁹

Dass § 35a VwVfG auch den Weg zur Vollautomatisierung durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift ebnen möchte, versteht sich aber keineswegs von selbst. Hat es die Exekutive durch Verwaltungsvorschrift selbst in der Hand, darauf Einfluss zu nehmen, ob ein Verfahren automatisiert wird, droht das prima facie die Intention des Normvorbehalts (»durch Rechtsvorschrift zugelassen«) zu untergraben, den § 35a VwVfG als zweite gesetzliche Zulässigkeits-
hürde einzieht.

(1) Inhalt des Normvorbehalts des § 35a VwVfG

Dem Normvorbehalt kommt eine Kontroll- und Warnfunktion zu: Nicht der exekutierende Amtswalter, sondern der Normgeber als Herzkammer der politischen Willensbildung soll dekretieren, ob sich ein bestimmtes Fachverfahren für eine Vollautomatisierung eignet. Ihm ist es vorbehalten, die Auswirkungen auf den rechtmäßigen Verfahrensablauf frühzeitig zu antizipieren und auf ihre Verantwortbarkeit hin zu evaluieren: Es bedarf stets einer normati-

⁹ Insbesondere in steuerrechtlichen Verfahren ist es üblich, die Ermessensausübung durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften zu steuern – bspw. zur Fristverlängerung bei der Abgabe einer Steuererklärung, bei Säumniszuschlägen oder zur Art und Weise der Sachverhaltsermittlung.

ven Freigabeentscheidung – sei es auch einer Rechtsverordnung oder einer Satzung –,¹⁰ welche es für zulässig erklärt, ein Verfahren zu automatisieren. Die Vorschrift muss zwar nicht ausdrücklich auf § 35a VwVfG Bezug nehmen. Allerdings muss erkennbar sein, dass der Normgeber der administrativen Praxis einen vollständig automatisierten Verfahrensablauf gestattet.

(2) Trennung zwischen Normvorbehalt und Ermessensreduzierung

Der Normvorbehalt versperrt einer Verwaltungsvorschrift zwar den Weg, die Automatisierung eines Verfahrens (erstmalig und alleine) zu *etablieren*.¹¹ Hat der Normgeber ein Verfahren für eine softwarebasierte Volllösung jedoch einmal grundsätzlich freigegeben, ist auch bei Ermessenstatbeständen eine Automatisierung zulässig, wenn *im konkreten Einzelfall* kein Ermessensspielraum mehr verbleibt: Ob die Ermessensreduzierung durch Verwaltungsvorschrift oder in anderer Weise eintritt, lässt der Wortlaut des § 35a VwVfG offen. Auch die Ratio des Normvorbehalts erzwingt es nicht, vollautomatische Entscheidungsfindung ausschließlich auf gesetzlich gebundene Entscheidungen zu begrenzen.¹² Dem Gesetzgeber war es bei Erlass des § 35a VwVfG nämlich darum bestellt, rechtsstaatliche Grundsätze in vollautomatisierten Verfahren für jeden Einzelfall zu wahren und komplexe, wertgebundene Entscheidungen in Menschenhand zu belassen.¹³ Sind die Schutzgüter hinter der legislatorischen Entscheidung im konkreten Fall aber nicht berührt und lassen sich die Entscheidungsmuster in ein programmierbares Raster gießen, ist es nicht geboten, Ermessensentscheidungen bereits a priori von einer Automatisierung auszuschließen.

Das Verfahren muss dafür dann aber sicherstellen, dass das Computersystem alle entscheidungserheblichen Besonderheiten des Sachverhalts zu berücksichtigen in der Lage ist.¹⁴ Über eine rein metrische Analyse von Daten hinaus können automatische Systeme die Komplexität eines Entscheidungsgegenstandes indes grundsätzlich nicht in ihren Sinnzusammenhängen komplett erfassen und mit rechtlichen Kategorien abgleichen. Atypische Sonderfälle muss das Verfahren daher zur Bearbeitung durch einen Sachbearbeiter aus Fleisch und Blut aussteuern

¹⁰ „Rechtsvorschrift“ in § 35a VwVfG meint – wie stets im VwVfG – materielle Rechtsnormen jeder Rangstufe, vgl. L. Prell, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 39. Ed. (Stand: 1.4.2018), § 35a VwVfG Rdnr. 11; A. Guckelberger, in: van Oostrom/Weth, Festschrift für Maximilian Herberger, 2016, S. 397 (402).

¹¹ So auch A. Guckelberger (Fußn. 10), S. 402 sowie 407 f.; T. Siegel, DVBl 2017, 24 (26); U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 35a Rdnr. 30.

¹² In Bereichen, in denen sich eine Automatisierung als grundsätzlich sinnvoll erweist, weil sie durch eine Vielzahl gleich gelagerter Sachverhalte und Entscheidungen geprägt sind, verschwimmt die Grenze zulässiger Automatisierung ohnedies. Das verdeutlicht etwa das Beispiel der Verkehrsbeeinflussungsanlage. Ohne menschliche Beteiligung können die Anlagen Verkehrszeichen als Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) erlassen, also Ermessensentscheidungen nach § 45 StVO treffen. Die Rechtsprechung hat diese Art automatisierter Ermessensausübung auch vor Einführung des § 35a VwVfG zumindest stillschweigend zugelassen; vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 23.9.2010 – 3C 37/09, BVerwGE 138, 21 (26 f., Rdnr. 22).

¹³ Die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses stuft eine Vollautomatisierung dann als zulässig ein, „wenn das anzuwendende materielle Recht nach Subsumtion des jeweiligen Sachverhalts eine Entscheidung ohne Ausübung von Ermessen und keine Beurteilungsspielräume vorsieht“ (BT-Drs. 18/8434, 122).

¹⁴ Siehe bspw. BVerwG, NJW 1980, 75; NVwZ 1991, 650 (651); kritisch dazu M. Eifert, Electronic Government, 2006, S. 129 ff.

(§ 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG¹⁵). (Nur) unter dieser Prämisse kann die Verwaltung den Weg für ein automatisiertes Verfahren im Ergebnis auch für bestimmte, ermessensgebundene Aspekte eines Gesamtverfahrens aus eigener Initiative freimachen, wenn die Automatisierung als solche normativ vorgezeichnet ist.¹⁶

bb) Wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe als Grenzfall

Nicht allein Beurteilungs- und Ermessensentscheidungen setzen komplexe juristische Wertungen voraus, die sich digital kaum erfassen oder abbilden lassen. Auch die Exegese *unbestimmter Rechtsbegriffe*, die keinen Beurteilungsspielraum eröffnen, sondern Teil einer gebundenen Entscheidung sind, kann die Leistungsfähigkeit einer Software überdehnen. Paradigmatisch stehen dafür die Bewertung der „Zuverlässigkeit“ eines Gewerbetreibenden (vgl. bspw. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO) oder eines „überwiegenden öffentlichen Interesses“ (vgl. etwa § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG; § 36 BDSG; § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 RStV). Nichts anderes gilt bei planerischen Abwägungsentscheidungen, die konfligierende Gesichtspunkte nach Maßgabe ihres individuellen Gewichts zum Ausgleich bringen sollen. Die Automatisierung solcher Wertungsfragen unter den Vorbehalt einer konkreten normativen Zulassungsentscheidung zu stellen und der Entscheidungsfreiheit der Verwaltung dadurch Zügel anzulegen,¹⁷ ist deshalb eine plausible gesetzgeberische Entscheidung¹⁸ – auch wenn sie E-Government im schlimmsten Fall ein Stück weit bremst.

cc) Fehlerfolgen – § 35a VwVfG als Verfahrensnorm

Führt eine Behörde ein Verwaltungsverfahren vollautomatisiert durch, ohne dass eine Rechtsvorschrift ihr dies – sei es ausdrücklich, sei es nach verständiger Auslegung – erlaubt, ist der Verwaltungsakt rechtswidrig. Ist die vollautomatisiert getroffene Entscheidung im Ergebnis richtig, weil kein Entscheidungsspielraum bestand, schließt § 46 VwVfG die Aufhebbarkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts aber aus: § 35a VwVfG ist eine Verfahrensnorm i. S. d. §§ 45, 46 VwVfG: Er knüpft die Zulässigkeit der Vollautomatisierung zwar an materielle Tatbestandsvoraussetzungen (Normvorbehalt; Ermessen/Beurteilungsspielraum). Er formuliert aber keine Anforderungen an den *Inhalt* von Verwaltungsakten, sondern an den *Verfahrensweg*, auf dem sie zustande kommen dürfen (vollautomatisch vs. von Menschenhand).¹⁹

¹⁵ Die Vorschrift schränkt die Amtsermittlungspflicht für automatisierte Verfahren insoweit ein.

¹⁶ Ebenso N. Braun Binder, DÖV 2016, 891 (894); U. Stelkens, in: Hill/Kugelmann/Martini, Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, 2018, S. 81 (111 ff.); wohl a. A. M. Stegmüller, NVwZ 2018, 353 (357).

¹⁷ Die Bindungswirkung des Normvorbehalts gegenüber formellen Gesetzen ist allerdings sehr schwach. Für sie gelten als gleichrangige Normen nicht nur der Subsidiaritätsgrundsatz des § 1 VwVfG, sondern auch die Kollisionsregeln „lex posterior derogat legi priori“ und „lex specialis derogat legi generali“. Der Fachgesetzgeber kann also von den Begrenzungen des § 35a VwVfG vorbehaltlos abweichen.

¹⁸ A. A. M. Stegmüller (Fußn. 16), 357.

¹⁹ § 35a a. E. VwVfG lässt sich aber auch anders lesen, nämlich als unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, Verwaltungsakte, die unter Verstoß gegen die Vorschrift vollautomatisch erlassen wurden, generell als inhaltlich fehler-, insbesondere ermessens-/beurteilungsfehlerhaft bzw. ohne die gebotene Rechtsgrundlage ergangen zu

Eine Heilung des Fehlers lässt der Gesetzgeber in § 45 VwVfG demgegenüber nicht zu. Denn er hat den Verstoß gegen § 35 VwVfG nicht in den Katalog der nachholbaren Verfahrenshandlungen aufgenommen. Das zu tun, wäre auch nicht unbedingt sinnvoll: Den Erlass des Verwaltungsaktes im „normalen“, analogen Verfahren nachzuholen, hieße nämlich in der Sache, nicht nur – wie in den sonstigen Fällen des § 45 VwVfG – eine einfache Verfahrenshandlung (wie etwa eine Anhörung) vorzunehmen, sondern einen neuen Verwaltungsakt zu erlassen – letztlich also das Verfahren als solches neu durchzuführen.

Ebenso wie das Fehlen einer gesetzlichen Befugnisnorm (und im Vergleich zu diesem *a maiore ad minus*) wiegt ein Verstoß gegen den *Normvorbehalt* regelmäßig nicht so schwer, dass der Verwaltungsakt allein deshalb nichtig i. S. d. § 44 Abs. 1 VwVfG ist.²⁰ Automatisiert die Verwaltung demgegenüber unter Missachtung des § 35a VwVfG *Ermessensentscheidungen*, ist der Verwaltungsakt nicht nur regelmäßig aufhebbar. Er kann im Einzelfall auch an einem besonders schweren und für Außenstehende offensichtlichen Fehler leiden, der seine Nichtigkeit auslöst.²¹

b) Prüfungsumfang im Vorverfahren

Nicht nur im Ausgangsverfahren lassen sich die Effizienzvorteile digitalisierter Abläufe heben. Auch das Rechtsbehelfsverfahren birgt im Grundsatz Potenziale, Transaktionskosten zu senken und die Fehlerquellen menschlicher Entscheidungen zu reduzieren – vom Missbrauch eingeräumter Entscheidungsmacht bis hin zu folgenschweren Flüchtigkeitsfehlern.

aa) Verwaltungsrechtliches Widerspruchsverfahren

Ob und inwieweit die Widerspruchsbehörde ihr Verfahren (voll-)automatisieren darf, erschöpft sich nicht lediglich in einem akademischen Glasperlenspiel. Denn das VwVfG findet kraft § 79 Hs. 2 VwVfG²² de lege lata grundsätzlich auch im Widerspruchsverfahren (subsidiär zu den Regelungen der VwGO) Anwendung. Obgleich das Parlament nicht unbedingt den Widerspruchsbescheid vor Augen hatte,²³ als es vollautomatisierte Entscheidungen zuließ: Er unterfällt als Verwaltungsakt den Automatisierungsmöglichkeiten der §§ 35, 35a VwVfG (vgl. auch § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO).

bewerten. Eine solche materielle Durchschlagskraft kommt aber weder in der Norm selbst noch ihrer Entstehungsgeschichte (BT-Drs. 18/8434, 122) hinreichend klar zum Ausdruck. Ein Verwaltungsakt, den die Behörde ohne Zulassungsnorm vollautomatisch erlässt, leidet nicht notwendig an einem inhaltlichen Mangel.

²⁰ Vgl. zum etwas anders gelagerten Fall einer fehlenden Befugnisnorm BVerwG, Urt. v. 26.5.1967 – VII C 69.65, BVerwGE 27, 141 (143); F. O. Kopp/U. Ramsauer, VwVfG. 18. Aufl., 2017, § 35a Rdnr. 20 sowie Rdnr. 55 ff.

²¹ Vgl. L. Prell (Fußn. 10), Rdnr. 11b.

²² Baden-Württemberg, Bayern und Hessen haben bisher keine Regelung eingeführt, die § 35a VwVfG entspricht. In anderen Ländern, z. B. Rheinland-Pfalz und Sachsen, bringt ein dynamischer Verweis auf das VwVfG des Bundes hingegen bereits § 35a VwVfG zur Anwendung.

²³ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl., 2017, Vorb. § 68 Rdnr. 18.

Die VwGO zeichnet auch nicht im Detail vor, *wie* eine behördliche Ausgangsentscheidung zu überprüfen ist: Sie lässt (anders als einzelne landesrechtliche Ausführungsgesetze)²⁴ insbesondere grundsätzlich²⁵ offen, ob zwingend ein Mensch den „prüfenden Blick“ vornehmen muss oder ob auch ein Computerprogramm diese Aufgabe wahrnehmen kann.²⁶

Traut der Gesetzgeber in seiner Wertung des § 35a VwVfG automatisierten Systemen bereits beim Ausgangsbescheid nicht zu, eine Ermessens- oder Beurteilungsentscheidung zu treffen, gilt das für ihre Kontrolle im Widerspruchsverfahren mit seinem weiten Prüfungsradius aber erst recht. Die Rechtsordnung steckt der Möglichkeit, ein Widerspruchsverfahren zu automatisieren, daher enge Grenzen.

(1) Zweckmäßigkeitprüfung

Der *Wortlaut* des § 35a i. V. m. § 79 VwVfG verbietet es zwar nicht ausdrücklich, einer Software die Zweckmäßigkeitprüfung anzuvertrauen, die das Gesetz der vorgerichtlichen Prüfung aufgibt (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO): Er nimmt die Ermessens-, nicht aber die Zweckmäßigkeitprüfung in den Blick. Diese verlangt dem Entscheider jedoch nicht minder komplexe, einzelfallbezogene Erwägungen ab und eröffnet ihm denkbar weite Spielräume: Er muss nicht nur kontrollieren, ob die Ausgangsbehörde sachgerechte Opportunitätserwägungen angestellt hat, sondern darf auch seine eigene Wertungsentscheidung an ihre Stelle setzen. Dieser Entscheidungsspielraum reicht deutlich über die Fehlerkontrolle einer Ermessensprüfung hinaus. Nach dem *Sinn des § 35a i. V. m. § 79 Abs. 2 VwVfG* bleibt die Zweckmäßigkeitprüfung des Widerspruchsverfahrens daher *a maiore ad minus* einer Automatisierung verschlossen.

(2) Der Normvorbehalt als Grenze

Selbst in Szenarien, in denen sich der Prüfungsradius des Widerspruchsverfahrens ausnahmsweise auf die *Rechtmäßigkeitskontrolle* einer *gebundenen* Entscheidung beschränkt (namentlich in Selbstverwaltungsangelegenheiten [Art. 28 Abs. 2 GG; § 6 Abs. 2 S. 1 RhPfAGVwGO]),²⁷ lässt das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht vollständig automatisierte Bescheide nicht ohne Weiteres zu. Vielmehr muss auch hier eine „Rechtsvorschrift“ die Automatisierung des Widerspruchsverfahrens ausdrücklich „zulassen“ (§ 35a Hs. 2 VwVfG).

²⁴ Einige Ausführungsgesetze der Länder zur VwGO ordnen eine Prüfung durch Ausschüsse an, die mit einem Vorsitzenden und Beisitzern – also notwendig menschlichen Entscheidern – besetzt sind, vgl. etwa § 7 Abs. 2 S. 1 RhPfAGVwGO; §§ 7 ff. SaarlAGVwGO i. V. m. § 73 Abs. 2 VwGO. Andere Länder verzichten in ihren Ausführungsgesetzen zur VwGO hingegen auf derartige Regelungen zur Besetzung, vgl. etwa §§ 14 ff. BayAGVwGO, §§ 15 ff. Bad-WürttAGVwGO.

²⁵ Aus dem Erfordernis, den Widerspruchsbescheid zu begründen (§ 73 Abs. 3 S. 1 VwGO), ergibt sich aber mittelbar immerhin, dass den Bescheid nur erlassen kann, wer eine einzelfallbezogene Begründung zu erstellen in der Lage ist.

²⁶ Die VwGO und das VwVfG folgen grundsätzlich aber dem Regelungskonzept, den zulässigen Einsatzradius sensibler technischer Systeme oder elektronischer Einrichtungen ausdrücklich gesetzlich festzuschreiben, so etwa in §§ 55a, 55b, 58 Abs. 1 VwGO; §§ 35a, 37 Abs. 2 und 3, § 39 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

²⁷ Auch für Prüfungsentscheidungen sowie sonstige Konstellationen mit Beurteilungsspielraum hat der Gesetzgeber die Kontrollbefugnis der Widerspruchsbehörden eingeschränkt, so etwa für juristische Staatsprüfungen (vgl. bspw. § 4 S. 3 BadWürttJAG). Der spezifische Beurteilungs- bzw. Bewertungsspielraum der Prüfungsbehörde ist aber schon kraft § 35a a. E. VwVfG keiner Automatisierung zugänglich.

Sofern eine fachrechtliche Rechtsnorm – gleich welcher Rangstufe²⁸ – für einzelne Bereiche eine Vollautomatisierung gestattet, kann sich die Erlaubnis normsystematisch zwar grundsätzlich auch auf das Widerspruchsverfahren erstrecken (vgl. § 79 Hs. 2 VwVfG). Dass der Normvorbehalt des § 35a VwVfG auch auf Widerspruchsverfahren Anwendung findet, heißt jedoch nicht, dass jede Zulassungsnorm reflexartig auch das Widerspruchsverfahren miterfasst. Insbesondere befriedigt ein Verfahrensmodus, der im Ausgangsverfahren sachgerecht ist, nicht ohne Weiteres auch die Selbstkontroll-, Rechtsschutz- und Entlastungsziele des Widerspruchsverfahrens. Das illustrieren die Beispiele Verkehrsbeeinflussungsanlagen und Induktionsschleifen: Der Ordnungsgeber hat sie de lege lata zwar (inzident) als automatisierte Allgemeinverfügungen zugelassen (§ 43 Abs. 1 S. 3, § 45 StVO). Das impliziert aber nicht, dass auch deren Rechtmäßigkeitsprüfung im Widerspruchsverfahren sinnvoll automatisiert erfolgen kann und gestattet ist. Soll der Normvorbehalt verhindern, dass Amtsträger aus eigener Machtvollkommenheit auch solche Verfahren automatisieren, die sich ihrer Natur nach dafür nicht eignen, muss die Zulassungsnorm – bei abgeleiteten Rechtsnormen auch deren Regelungsermächtigung – das Widerspruchsverfahren hinreichend klar erfassen.

Im Grundsatz erstreckt sich der Normbefehl einer Zulassung daher nur auf das *Ausgangsverfahren*, es sei denn, der Normgeber entscheidet sich explizit dafür, auch das Widerspruchsverfahren zu automatisieren. Eine solche Norm, die das für das Widerspruchsverfahren zum Ausdruck bringt, kennt das geltende Recht bislang nicht; es lässt einer vollständig automatisierten Widerspruchsentscheidung gegenwärtig mithin keinen Raum.

bb) Vorverfahren im Sozialverwaltungs- sowie im Abgabenrecht

Das sozialverwaltungsrechtliche und das abgabenrechtliche Vorverfahren zeigen sich für Vollautomatisierungen prima facie offener als das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht: Sie verzichten auf einen Normvorbehalt und versagen sogar Ermessensentscheidungen die Automatisierung nicht ausdrücklich. Ob eine Vollautomatisierung zulässig ist, knüpfen sie vielmehr lediglich daran, dass „kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“ (§ 31a S. 1 SGB X, § 155 Abs. 4 S. 1 AO). Die beiden Vorschriften gelten auch im jeweiligen gerichtlichen Vorverfahren (wie sich aus § 62 Hs. 2 SGB X und § 84a SGG e contrario für das Sozialverwaltungsverfahren sowie § 365 Abs. 1 AO für das Besteuerverfahren ergibt).

Bei aller Offenheit des Wortlauts sieht der historische Gesetzgeber einen „Anlass“ i. S. d. § 31a S. 1 SGB X *im Sozialverwaltungsverfahren* aber insbesondere dann, wenn das materielle Recht für den konkreten Fall eine Ermessensentscheidung vorsieht.²⁹ Das Institut des Ermessens steckt nach seinem Sinngehalt zwar vorrangig die Reviere der Entscheidungsmacht zwischen Gerichten und Behörden, nicht notwendig zwischen Mensch und Maschine ab: Der Ermes-

²⁸ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 11.

²⁹ BT-Drs. 18/8434, 121.

sensbegriff gibt *dogmatisch* nicht zwingend vor, ob die Behörde ihre Auswahlspielräume durch eine natürliche oder eine künstliche Intelligenz ausfüllt.³⁰

Bei dem Versuch, die normativen Zwecke einer Ermessensermächtigung unter Abwägung aller betroffenen Belange treffsicher auf den konkreten Fall herunterzubrechen, stoßen Maschinen jedoch an tatsächliche Kognitionsgrenzen: Die Voraussetzungen und Folgen einer sozialrechtlichen Entscheidung lassen sich nur in engen Grenzen standardisiert oder typisiert erfassen: Ein Lebenssachverhalt ist mehr als die Summe der Einzelinformationen und -fakten, die ihm zugrunde liegen. Sie verdichten sich zu einem komplexen Wirkungsgefüge. Eine reine Quantifizierung und „Verdatung“ komplexer lebensweltlicher Vorgänge gewährleistet daher nicht, alle Aspekte des Einzelfalls sachgerecht inhaltlich zu würdigen und die Konsequenzen einer Entscheidung in den sozialen Kontext zu stellen, die sie für ein Individuum auslösen. Gerade im Bereich staatlicher Fürsorgeleistungen besteht die Aufgabe eines Sachbearbeiters auch darin, sich in die Situation des Betroffenen empathisch hineinversetzen zu können. Ohne einen Blick auf den lebensweltlichen Kontext ist es bspw. nicht möglich, zu prüfen, ob etwa ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegt, weil sachfremde Beweggründe in die Entscheidung eingeflossen sind. Eine solche Prüfung ist einem Computersystem gegenwärtig nicht (hinreichend zuverlässig fehlerfrei) möglich, setzt sie doch die Fähigkeit voraus, *alle* Aspekte eines Lebenssachverhaltes (qualitativ) bewerten und gegeneinander abwägen zu können. So fehlerhaft Entscheidungen des Menschen im Alltag auch bisweilen sind: Die schematisierende Vorgehensweise, die Computerprogramme eigen ist, kann die gesetzliche Zielvorstellung, Individualgerechtigkeit herzustellen, im Regelfall nicht erfüllen.

Im *Besteuerungsverfahren* verlagert der Gesetzgeber die Entscheidung darüber, automatisierte Verwaltungsentscheidungen zuzulassen, demgegenüber in das Verfahren selbst (§ 155 Abs. 4 S. 1 AO): Der „Anlass“ besteht dort, wenn entweder das Risikomanagementsystem (vgl. § 88 Abs. 5 AO) oder ein Amtsträger den konkreten Fall zur individuellen Prüfung aussteuern.³¹ Gleiches gilt, wenn es notwendig ist, dass ein Mensch die Angaben des Steuerpflichtigen in den Freitextfeldern i. S. d. § 150 Abs. 7 AO überprüft (§ 155 Abs. 4 S. 3 AO).³²

Obgleich sowohl § 31a S. 1 SGB X als auch § 155 Abs. 4 S. 1 AO Maschinen Wertungsentscheidungen nicht a priori verschließen: In der Sache begrenzen sie ihren normativen Zulassungsradius nach heutigem technischen Stand auf die Automatisierung gebundener Entscheidungen in (unechten) Massenverfahren.³³ Denn sie binden ihre Erlaubnis an die Leistungsgrenzen computertechnischer Systeme. Auch Widerspruchs- bzw. Einspruchsentscheidungen nimmt

³⁰ Vgl. J. Helbich, DStR 2017, 574 (575 f.); E.-W. Luthe, SGB 2017, 250 (255).

³¹ BT-Drs. 18/7457, 82 f.

³² § 155 Abs. 4 S. 3 AO ist als Regelbeispiel ausgestaltet. Auch in anderen Fällen kann die Behörde daher eine manuelle Bearbeitung durchführen, etwa bei allgemeinen Weisungen der obersten Finanzbehörden i. S. d. § 88 Abs. 3 AO.

³³ Die unterschiedliche Formulierung zielt lediglich darauf, im bereichsspezifischen Fachrecht mehr Automatisierungsmöglichkeiten offen zu halten – und die Vorschriften technikneutral zu fassen. So zeichnet das Besteuerungsverfahren zaghafte Ansätze einer »automatisierten Ermessensausübung« gesetzlich vor: § 149 Abs. 4 Satz 3 AO gestattet den Finanzbehörden, auf der Grundlage einer automationsgestützten Zufallsauswahl Steuererklärungen (freilich im begrenzten Bereich der Erklärungen nach § 149 Abs. 3 AO) vor der regulären Abgabefrist anzufordern. Zu den damit verbundenen Herausforderungen ausführlich J. Helbich (Fußn. 30), 576 ff.

der Gesetzgeber deshalb implizit aus dem Pool der Verfahrensautomatisierung heraus – dies schon deshalb, weil der Prüfraumen auch des sozialverwaltungs- und abgabenrechtlichen Vorverfahrens nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Ausgangsentscheidung umfasst (§ 78 Abs. 1 S. 1 SGG; § 44 FGO i. V. m. § 367 Abs. 2 S. 1 AO). Mit einer solch komplexen Überprüfung ist eine Software auf absehbare Zeit überfordert. Soweit der Gesetzgeber für die Widerspruchsbehörde eine spezifische Besetzungsordnung durch Widerspruchsausschüsse – und damit durch menschliche Entscheider etabliert, so für die Widerspruchsausschüsse im sozialrechtlichen Verfahren (vgl. insbesondere § 36 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 SGB IV, § 202 Abs. 1 SGB IX und § 203 Abs. 1 SGB IX),³⁴ scheiden Computer ohnedies als Entscheidungsinstanz a priori aus.³⁵ Im Ergebnis sind vollautomatisierte Widerspruchsentscheidungen de lege lata im finanzgerichtlichen und im sozialgerichtlichen Vorverfahren – trotz des offeneren Gesetzeswortlauts – nicht in weiterem Umfang zulässig als im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorverfahren.

2. Änderungsmöglichkeiten de lege ferenda

Wiewohl der Gesetzgeber in § 35a VwVfG deutlich gegen eine Automatisierung wertender Entscheidungen Stellung bezogen hat, ist es vor dem Hintergrund fortschreitender technischer Innovationen nicht unbedingt zwingend, pro futuro normativ *jedwede* automatisierte Ermessensbetätigung gänzlich zu untersagen.³⁶ Dank der sich beschleunigenden Erkenntnis-kraft künstlicher Intelligenz können automatisierte Entscheidungssysteme künftig womöglich nicht nur ein rein statisches Prüfungsraster „abspulen“, sondern auch lernen, wertende Entscheidungen zu treffen. Im Gegensatz zu herkömmlichen Algorithmen, die auf strukturierte Programmieranweisungen angewiesen sind, sind lernfähige Systeme in der Lage, dynamisch auf ihren Dateninput zu reagieren, ohne dass jeder Lösungsweg im Voraus im Programmcode vorgezeichnet sein muss. Auch bei komplexen Aufgaben erzielen sie heute bereits erstaunliche Automatisierungserfolge – von Übersetzungssystemen (wie bspw. DeepL) über Spracherkennung bis hin zu Debattierrobotern³⁷. Selbst Phantasie ist KI-Algorithmen nicht mehr fremd.³⁸ Dass ein Computer auch versteht, was eine (juristisch korrekte) Abwägungsent-

³⁴ Die Entscheidung über den Einspruch legt § 367 Abs. 1 S. 1 AO in die Hände der Finanzbehörde, die den Ausgangs-Verwaltungsakt erlassen hat; spezielle gesetzliche Vorschriften zur personellen Besetzung der behörden-internen Rechtsbehelfsstellen kennt das Abgabenrecht nicht.

³⁵ Vgl. auch Fn. 24.

³⁶ Aufgrund der Subsidiarität des VwVfG (vgl. § 1 VwVfG) kann sich der Gesetzgeber über das Verbot des § 35a VwVfG, bei Ermessensspielräumen vollautomatische Verfahren einzusetzen, ohnedies bereichsspezifisch hinwegsetzen (vgl. auch Fn. 17). § 35a VwVfG sendet insofern vor allem ein normatives Warnsignal aus, stets die rechtsstaatlichen Anforderungen vor Augen zu haben.

³⁷ Vgl. bspw. W. Pluta, *golem.de* vom 19.6.2018.

³⁸ W. Knight, *MIT Technology Review* online vom 14.6.2018.

scheidung ausmacht, um sie dann selbstständig zu simulieren, ist im anbrechenden Maschinenzeitalter jedenfalls in den Bereich des Vorstellbaren gerückt.³⁹

a) Voraussetzungen und Grenzen der Automatisierung des Widerspruchsverfahrens de lege ferenda

Will der nationale Gesetzgeber das Potenzial neuer Technologien für das Widerspruchsverfahren erschließen, ist er nicht ganz frei darin, es nach Belieben für vollautomatische Entscheidungen zu öffnen. Den rechtlichen Rahmen stecken insoweit nicht nur das unionsrechtliche Datenschutzrecht (aa), sondern auch das nationale Verfassungsrecht (bb) ab.

aa) Unionsrechtliche Vorgaben

Der vollständig automatisierte Widerspruchsbescheid ist ein mustergültiger Fall einer „ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende[n] Entscheidung“⁴⁰ i. S. d. Art. 22 Abs. 1 DS-GVO.⁴¹ Um den Betroffenen gegen deren Risiken zu immunisieren, gibt die Union ihm ein Abwehrrecht an die Hand – und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Verfahren privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Der Unionsgesetzgeber verbietet vollständig automatisierte Entscheidungen aber nicht vorbehaltlos. Der grundsätzlich abschließenden Regelungskonzeption der unionsrechtlichen Verordnung zum Trotz dürfen die Mitgliedstaaten eigene Zulässigkeitsstatbestände für automatisierte Verwaltungsakte etablieren (Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO). Daran knüpft der Unionsgesetzgeber jedoch das Gebot, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechte des Betroffenen zu schützen (Art. 22 Abs. 2 lit. b a.E. sowie ErwGr 71 DS-GVO).⁴² Dazu gehört insbesondere „das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts“ (ErwGr 71 S. 4 DS-GVO). Dieses rechtliche Gehör verbürgt das geltende Recht bereits in § 71 VwGO, § 78 SGG i. V. m. § 24 SGB X bzw. § 365 Abs. 1 i. V. m. § 91 AO. Es lässt sich grundsätzlich auch in automatisierten Verfahren umsetzen. Die Behörde könnte dem Betroffenen etwa ein Online-Formular mit Freitextfeldern zur Verfügung stellen. Füllt er sie aus (aber auch nur dann), müsste die weitere Bearbeitung durch einen menschlichen Sachbearbeiter erfolgen.

³⁹ So auch J. Etscheid, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek, (Un)Berechenbar?, 2018, S. 126 (141). Ob man ihnen selbst dann die alleinige Entscheidung überlassen oder sie stets als Methode der Entscheidungsvorbereitung nutzen sollte, steht freilich auf einem anderen Blatt.

⁴⁰ Im Regelfall basieren automatisierte Entscheidungen der Verwaltung auf einer Verarbeitung personenbezogener Daten (anders etwa im Fall einer Ampel mit Induktionsschleife), sodass der Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Datenschutzrechts eröffnet ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Datenverarbeitungen der zuständigen Behörden in den Bereichen der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung unterfallen hingegen dem Regelungsregime der RL (EU) 2016/680 sowie den nationalen Vorschriften (insbesondere BPolG, StPO, TMG, TKG und den Polizeigesetzen der Bundesländer sowie subsidiär §§ 45 ff. BDSG).

⁴¹ Der Widerspruchsbescheid entfaltet als Verwaltungsakt rechtliche Wirkung i. S. d. Art. 22 Abs. 1 DS-GVO, vgl. K. von Lewinski, in: Wolff/Brink, BeckOK DatenschutzR, Art. 22 Rdnr. 30.

⁴² Art. 22 Abs. 3 DS-GVO adressiert zwar primär den Verantwortlichen und nicht den nationalen Gesetzgeber. Dieser ist aber dazu verpflichtet, ein gleichwertiges Schutzniveau zu etablieren, wenn er von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO Gebrauch macht. Dazu und zu den weiteren gebotenen Schutzgarantien M. Martini/D. Nink (Fußn. 3), 5.

Intrikater ist die Frage, wie sich das unionsrechtlich verbürgte Recht auf inhaltliche Neubewertung bzw. Anfechtung (Art. 22 Abs. 2 lit. b, ErwGr 71 S. 4 DS-GVO) in die Systematik des verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens integrieren ließe. Denn als einzige Möglichkeit, einen Widerspruchsbescheid zu überprüfen, sieht der nationale Gesetzgeber die Klage vor. ErwGr 71 S. 4 DS-GVO meint mit „Anfechtung“ indes einen Weg, die automatisierte Entscheidung jenseits des Klageverfahrens *behördenintern* überprüfen zu lassen. Auch die inhaltliche Prüfung im Widerspruchsverfahren, also die Kontrolle des Ausgangsverfahrens, gewährleistet dies nicht per se – wenngleich Ausgangs- und Widerspruchsbescheid zusammen einheitlich über den Verfahrensgegenstand entscheiden.⁴³ Aufgabe der inhaltlichen Neubewertung ist es nämlich gerade, Fehler des vollständig automatisierten (hier: Widerspruchs-)Verfahrens zu identifizieren.⁴⁴ Will der Gesetzgeber die Idee eines automatisierten Widerspruchsverfahrens zum Leben erwecken, steht er also bei strikter Anwendung des Unionsrechts vor der Frage, ob er noch ein zusätzliches Kontrollverfahren – gleichsam ein „Wider-Widerspruchsverfahren“ – etablieren muss.

Darüber hinaus muss die Verwaltung in einem automatisierten Widerspruchsverfahren die sonstigen Anforderungen an die Datenverarbeitung – etwa die weitreichenden Informations- und Auskunftspflichten (Art. 13-15 DS-GVO; §§ 32 ff. BDSG)⁴⁵, die Vorgaben zu Privacy by Design und Datensicherheit (Art. 25, 32 DS-GVO) sowie die allgemeinen Verarbeitungsgrundsätze (Art. 5 DS-GVO) einhalten. Unüberwindliche Hürden legt das Unionsrecht automatisierten Widerspruchsverfahren im Ergebnis aber nicht in den Weg.

bb) Verfassungsrechtlicher Rahmen

(1) Gesetzgebungskompetenz für eine Regelung automatisierter Widerspruchsverfahren

Die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz, das Vorverfahren als Sachentscheidungs voraussetzung der Klage zu regeln,⁴⁶ liegt beim Bund (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG). Sie überlappt sich mit der materiellen Regelungsbefugnis der Länder für das Verwaltungsverfahren. Die normativen Schnittmengen hindern den Bund freilich nicht, den förmlichen Regeln des Prozessrechts solche Aspekte zu unterwerfen, die unmittelbar das Gerichtsverfahren be-

⁴³ Vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO; BVerwG, Urt. v. 28.2.2002 – 7 C 17/01, NVwZ 2002, 1252 (1253) = DVBl 2002, 1045; siehe auch U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 35 Rdnr. 371.

⁴⁴ Das Recht, eine inhaltliche Überprüfung sub specie des *Ausgangsbescheids* verlangen zu können, wahrt demgegenüber das Abhilfeverfahren gemäß § 72 VwGO sowie das Widerspruchsverfahren selbst.

⁴⁵ Von besonderer Bedeutung ist insbesondere die Pflicht zur Information darüber, ob eine automatisierte Entscheidungsfindung tatsächlich stattfindet, sowie dazu, wie die Logik und Tragweite des Entscheidungssystems gestaltet ist (Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO).

⁴⁶ K.-P. Dolde/W. Porsch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. Erg.-Lfg. (Juni 2017), Vorbemerkung § 68 Rdnr. 10. Nach engem Verständnis der Norm umfasst das „gerichtliche Verfahren“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hingegen lediglich das tatsächliche Verfahren vor den Gerichten, so etwa A. v. Mutius, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozessvoraussetzung, 1969, S. 154 ff.

treffen.⁴⁷ Auf dieser Grundlage durfte er nicht nur bspw. die Form und die Frist des Widerspruchs sowie das Erfordernis der Anhörung (§ 71 VwGO) regeln, sondern darf er grundsätzlich auch Regelungen darüber treffen, ob eine Vollautomatisierung zulässig ist.⁴⁸

(2) Grenzen aus Art. 19 Abs. 4 GG?

Führt die Verwaltung ein Widerspruchsverfahren maschinell durch, tastet sie damit vordergründig die verfassungsrechtliche Verbürgung effektiven Rechtsschutzes an. Immerhin ist das Widerspruchsverfahren Teil des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Art. 19 Abs. 4 GG überlagert das Widerspruchsverfahren jedoch nicht unmittelbar.⁴⁹ Das verwaltungsprozessuale Vorverfahren ist nicht „Rechtsprechung“ im Sinne der verfassungsrechtlichen Verbürgung.⁵⁰ Vielmehr setzt das Grundrecht (erst) dort an, wo der Betroffene auch nach dem Vorverfahren beschwert oder in seinen Rechten verletzt bleibt. Auch Art. 103 Abs. 1 GG determiniert das Widerspruchsverfahren nicht unmittelbar.⁵¹

(3) Demokratische Legitimation als Grenze möglicher Automatisierung

Trifft nicht der organisatorisch-personell und sachlich-inhaltlich demokratisch legitimierte Amtswalter, sondern eine (von Dritten programmierte) Software eine hoheitliche Entscheidung, kann das den durchlaufenden demokratischen Zurechnungszusammenhang zwischen dem Volk als Legitimationssubjekt und der staatlichen Entscheidung unterbrechen. Jedes System automatisierter hoheitlicher Entscheidungsfindung muss sich deshalb in das enge Korsett aus Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3) und Kontrollmöglichkeiten – insbesondere Weisungs- und Aufsichtsrechten – einfügen.⁵² Nicht zuletzt mit diesem Hintergedanken behält Art. 33 Abs. 4 GG die Ausübung hoheitlicher Befugnisse einem organisatorischen Regel-Ausnahme-Vorbehalt der Funktionswahrnehmung durch Beamte vor.

Statische Entscheidungsalgorithmen, die klaren administrativen Vorgaben folgen, insbesondere den Charakter von Verwaltungsvorschriften teilen,⁵³ können den verfassungsrechtlichen

⁴⁷ Ebenso T. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Losebl. (Stand: 81. Erg.-Lfg., Sept. 2017), Art. 74 Rdnr. 83. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 21.3.1979 – 6 C 10/78, BVerwGE 57, 342 (346 ff.) = DVBl 1979, 819. Zum Meinungsstand K.-P. Dolde/W. Porsch (Fußn. 46), Rdnr. 9 f.

⁴⁸ Die Kompetenz, das Verfahren *konkret auszuformen*, verbleibt auch bei automatisierten Widerspruchsverfahren bei den Ländern: Sie können bspw. detailliert regeln, *wie* die Behörde sicherstellen muss, dass der Betroffene sein Recht auf persönliches Eingreifen wahrnehmen kann.

⁴⁹ Die Vorschrift schreibt das Vorverfahren aber auch nicht zwingend vor, vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.4.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (291) = DVBl 1982, 888; W.-R. Schenke (Fußn. 23), Rdnr. 1.

⁵⁰ Vgl. C. Enders, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 36. Ed. (Stand: 15.2.2018), Art. 19 Rdnr. 57.

⁵¹ H. Radtke/A. Hagemeyer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 36. Ed. (Stand: 15.2.2018), Art. 103 Rdnr. 3. Jedoch zeichnen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) normative Fixpunkte für das verwaltungsrechtliche Verfahren vor – insbesondere die (ebenso kraft Art. 22 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 lit. b DS-GVO gebotene) Möglichkeit, ein administratives „Überdenken“ einfordern zu können.

⁵² Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (72) = DVBl 1990, 1401; Urt. v. 24.5.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (66) = DVBl 1995, 1291; R.-M. Polonski, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 95 ff., sowie 238 ff.

⁵³ Dazu bereits P. Lazaratos (Fußn. 8), S. 208 ff.

Anforderungen an hinreichende Vollzugskontrolle im Grundsatz gerecht werden. Nicht ohne Weiteres gesichert ist die demokratische Legitimationszurechnung und Letztentscheidungsverantwortung demgegenüber bei *dynamischen* Systemen, insbesondere künstlichen neuronalen Netzen, die – wie das menschliche Gehirn – ihre Entscheidungen auf der Grundlage des Zusammenwirkens unzähliger Entscheidungsknoten bilden und damit einem von außen nur schwer einsehbaren Prozess der Lösungssuche folgen. Vorstellbar ist deren Einsatz im hoheitlichen Entscheidungskontext daher nur, soweit hinreichend sichergestellt ist, dass sie bei ihren Umsetzungsakten den normativen Vorgaben des Parlaments als Gravitationszentrum der politischen Willensbildung in ihrer praktischen Tätigkeit tatsächlich folgen. Dazu braucht es Transparenz- und Kontrollmechanismen, die den Entscheidungsprozess daraufhin zu überprüfen in der Lage sind, ob sie die normativen Vorgaben qualitativ umsetzen oder ein Eigenleben jenseits des Gesetzes entwickeln.⁵⁴

b) Rechtspolitische Sinnhaftigkeit automatisierter Widerspruchsverfahren

Gleicht man die Funktion eines automatisierten Widerspruchsverfahrens mit den technischen Möglichkeiten der Automatisierung ab, verengt sich der Korridor ihres sinnvollen Einsatzes sichtbar⁵⁵ – nicht nur dann, wenn die Informationen, die ein Vorverfahren verarbeiten muss, aus disparaten Quellen stammen (zusätzlich zu Schriftsätzen bspw. eine Ortsbesichtigung) oder nur bedingt elektronisch erfassbar sind (etwa bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer Aussage).

War nämlich bereits *das Ausgangsverfahren vollautomatisiert*, stiftet es schon unter technischen Gesichtspunkten nur begrenzt Sinn, das Widerspruchsverfahren ebenfalls zu automatisieren und damit in eine algorithmisierte Kontrollinstanz zu verwandeln. Basiert die verwendete Software auf den gleichen oder ähnlichen Algorithmen, die bereits den Ausgangsverwaltungsakt hervorgebracht haben, kann es im Widerspruchsverfahren allenfalls den korrekten technischen Ablauf des Ausgangsverfahrens prüfen. Eine Selbstkontrolle in der Sache unterbliebe hingegen, da logische Fehlschlüsse nicht auffielen. Lediglich sub specie technisch fehlerhafter Verwaltungsakte behielte das automatisierte Widerspruchsverfahren also seine Funktion. Doch selbst wenn im Widerspruchsverfahren eine Software zum Einsatz käme, die bewusst einer anderen Sachlogik folgt, um das Ausgangsverfahren prüfen zu können, ließen sich nicht alle Zweifel am Sinn eines automatisierten Prüfungsunterfangens ausräumen. Denn auch ein System, das mit anderen (kontrollspezifischen) Algorithmen operiert, erfüllt nicht ohne Weiteres den Zweck des Widerspruchsverfahrens, eine *vollständige* Prüfung der Ausgangsvoraussetzungen für die Entscheidung vorzunehmen. Ähnliches gilt, wenn eine Software im Widerspruchsverfahren die Entscheidung eines *menschlichen Sachbearbeiters* überprüft. Sie entdeckt zwar womöglich andere, anthropogene Fehler und Ungenauigkeiten. Den Prü-

⁵⁴ Dazu auch A. Guckelberger (Fußn. 10), S. 411 f.; P. Lazaratos (Fußn. 8), S. 212 ff.; M. Martini/D. Nink (Fußn. 3), 10 ff.; M. Martini, JZ 2017, 1017 (1021 f.).

⁵⁵ Vgl. auch W. Kunze, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 39. Ed. (Stand: 1.4.2018), VwVfG § 79, Rdnr. 23.36a; R.-M. Polomski (Fußn. 52), S. 227 ff.; U. Stelkens (Fußn. 11), Rdnr. 65.

fungsradius, den das Widerspruchsverfahren intendiert, erreicht eine solche Software jedoch regelmäßig nicht. Bei dem Versuch, komplexe Wertungsmuster juristischer – sei es maschineller, sei es menschlicher – Entscheidungen auf einen konkreten Rechtsfall herunterzubrechen, stoßen nämlich auch neue lernfähige Systeme an ihre Grenzen: Die juristische Entscheidungsfindung ist vielschichtig, durch soziale und kulturelle Kontexte geprägt sowie den semantischen Unschärfen natürlicher (Fach-)Sprache unterworfen – während mathematische Formeln darauf ausgerichtet sind, ein eindeutiges Ergebnis auszugeben. Gesetze sind vielfach weniger auf eine deduktive Entscheidungsfindung anhand statischer Normprogramme denn auf die Verarbeitung von Ungewissheit angelegt.⁵⁶ Der Formalisierungsansatz maschineller Mustererkennung wird kraft ihres eingeschränkten Wahrnehmungs- und Problemverarbeitungshorizonts daher dem gesetzlichen Auftrag nicht gerecht, alle Entscheidungsaspekte fallspezifisch zu erfassen und Zielkonflikte wertend sachgerecht zu lösen: Opportunitätsüberlegungen lassen sich nicht vollständig formalisieren. Bis zu einem juristischen Softwaresystem, das dazu in der Lage ist, auch die lebensweltlichen Nebenfolgen einer Entscheidung als *ius ex machina* mitzudenken und Gerechtigkeitserwägungen anzustellen, ist jedenfalls in technischer Hinsicht noch eine beträchtliche Wegstrecke zu bewältigen, womöglich ist dieses Ziel auch gänzlich unerreichbar. Allenfalls in einfach gelagerten Fällen, in denen bereits eine automatisierte Prüfung offenlegt, dass dem Begehren des Widerspruchsführers zu entsprechen ist, kann der Einsatz automatisierter Systeme als Teil des Widerspruchsverfahrens, z. B. im Abhilfeverfahren (§ 72 VwGO), heute sinnvoll sein.

Auch kommunikationspsychologisch muss sich die Verwaltung im Verhältnis zum Bürger dann aber fragen lassen, warum sie eine Kontrollsoftware, die ihr zur Verfügung steht, um Fehler der Vollständigkeit, Konsistenz oder formalen Korrektheit aufzudecken, nicht standardmäßig im Ausgangsverfahren, sondern erst auf den Widerspruch des Betroffenen hin als Kontrollinstanz einsetzt. Konsequenter wäre es dann, entweder von einer Nachprüfung im Widerspruchsverfahren gänzlich zu dispensieren (§ 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO) oder die Vorprüfung a priori automatisiert einzubinden. Im Ergebnis erweist sich die prima facie durchaus reizvolle Idee vollautomatisierter Widerspruchsverfahren als nicht praxistauglich.

III. Automatisierung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren?

Nicht nur in die öffentliche Verwaltung ziehen sukzessive Systeme ein, die sich neuer Möglichkeiten der Verfahrensdigitalisierung und -automatisierung bedienen. Auch in der Justiz sind sie weltweit auf dem Vormarsch. In der chinesischen Stadt Hangzhou etwa hat unlängst das weltweit erste „virtuelle Gericht“ seine Arbeit aufgenommen.⁵⁷ Es ist zuständig für Streitigkeiten aus Online-Verträgen, Persönlichkeitsrechtsverletzungen sowie für den Rechtsschutz gegen internetbezogenes Handeln der öffentlichen Verwaltung.⁵⁸ Die Bürger können dort nicht nur online Klagen erheben, sondern auch Beweise digital vorlegen und via Video-

⁵⁶ T. Vesting, *Rechtstheorie*. 2. Aufl., 2015, § 2 Rdnr. 63, dort insbesondere Fn. 97.

⁵⁷ D. Deahl, *The Verge* online vom 18.8.2017.

⁵⁸ Vgl. etwa F. Lichtenstein/D. Ruckteschler, *Legal Tribune Online* vom 29.9.2017.

konferenz an der mündlichen Verhandlung teilnehmen. Auch das Urteil verkündet das Gericht online und stellt es via Internet zu.⁵⁹

Selbst in China macht die Digitalisierung des Gerichtsverfahrens jedoch vor der richterlichen Entscheidung Halt. Diese verbleibt nach wie vor in menschlicher Hand. Unterdessen werden aber perspektivisch technische Gestaltungen vorstellbar, in denen Computer in spezifischen Sachbereichen selbstständig juristische Schlussfolgerungen treffen:⁶⁰ Systemen maschinellen Lernens gelingt es immer besser, Entscheidungen der Rechtsprechung vorherzusagen – EGMR-Entscheidungen angeblich immerhin mit einer Trefferquote von 79 %.⁶¹ Legal-Tech-Programme sind in der Lage, (bekannte) rechtswidrige Klauseln in Verträgen aufzuspüren und als Output ein Rechtsgutachten zu formulieren, das auf passenden Textbausteinen basiert.⁶²

Computer eines Tages in ausgewählten Einsatzgebieten⁶³ als Richter in die Gerichtssäle einziehen zu lassen, steht dem einfachen Gesetzgeber jedoch nicht vollständig frei. Sowohl das Verfassungs- als auch das Unionsrecht ziehen ihm Grenzen. Während sich die unionsrechtliche Hürde der DS-GVO als überwindbar erweist (1.), versperren verfassungsrechtliche Erwägungen den Weg zum „Robo-Richter“ (2.).

1. Anforderungen der DS-GVO für die Justiz?

Der EU kommt für das Verfahren vor den nationalen Gerichten zwar grundsätzlich keine Regelungskompetenz zu. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten erstreckt der Unionsgesetzgeber seinen normativen Radius in Art. 22 DS-GVO (unter Rückgriff auf Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV) jedoch auch auf Gerichtsverfahren: In seinen Erwägungsgründen reklamiert das neue Datenschutzregime seinen Geltungsanspruch ausdrücklich auch für „die Tätigkeiten der Gerichte und anderer Justizbehörden“ (ErwGr 20 S. 1). Dass die Union die aufsichtsbehördliche Kontrolle über die justizielle Tätigkeit von der Kontrollmacht der Datenschutz-Aufsichtsbehörden bewusst ausnimmt (Art. 55 Abs. 3 DS-GVO), widerspricht dem nur vordergründig. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO lässt gerichtliche Datenverarbeitungen nämlich nicht kraft seiner Sonderregel aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO herausfallen. Vielmehr bestätigt er umgekehrt als Ausnahme die Regel: Zu überwachen, dass die Justiz die Regelungen der DS-GVO einhält, fällt zwar nicht in die *Zuständigkeit* der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, sondern „besondere[r] Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats“ (ErwGr 20 S. 3); Art. 55 Abs. 3 DS-GVO will damit die Unabhängigkeit der Justiz organisationsrechtlich

⁵⁹ F. Lichtenstein/D. Ruckteschler (Fußn. 58). Auch England und die Niederlande erproben derzeit digitale Gerichtsverfahren, um die Transaktionskosten formeller Verfahren zu senken.

⁶⁰ Zu den (informations-)technischen Hintergründen, fallbasierte Schlüsse zu ziehen und adäquate Begründungen zu liefern K. Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 2017, S. 73 ff.

⁶¹ So jedenfalls das Ergebnis in N. Aletras/D. Tsarapatsanis/D. Preoțiu-Pietro, et al., *PeerJ Comput. Sci.* 2016, e93, 9 ff.

⁶² Vgl. A. Adrian (Fußn. 5), 118 ff.

⁶³ Vgl. etwa die Bsp. bei M. Engel, *JZ* 2014, 1096 (1100).

absichern. Er setzt in der Sache aber zugleich voraus, dass auch vollautomatisierte gerichtliche Datenverarbeitungen an das *materiell-rechtliche* Regime der DS-GVO gebunden sind.⁶⁴ Will der nationale Gesetzgeber automatisierte Rechtsbehelfsverfahren implementieren, kann er das unionsrechtlich verbürgte Abwehrrecht Betroffener daher (nur) durch gesetzliche Anordnung überwinden. Er muss zudem geeignete Schutzmaßnahmen treffen, um eine „Computer says no“-Dystopie zu verhindern (Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO).⁶⁵

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den effektiven Rechtsschutz

a) Effektiver Rechtsschutz

Für die Mütter und Väter des Grundgesetzes stellte sich die Frage „Mensch oder Maschine“ noch nicht. Dass der Rechner den Menschen eines Tages in seinen kognitiven Fähigkeiten partiell übertreffen könnte, war zu Zeiten des Parlamentarischen Rates allenfalls Science-Fiction. So verwundert es nicht, dass Art. 19 Abs. 4 GG automatisierte Entscheidungen und sonstige neue Formen der Entscheidungsfindung nicht adressiert. Er verbürgt effektiven Individualrechtsschutz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht,⁶⁶ konkretisiert aber nicht, *wie* der Staat diese rechtlichen Kontrollmechanismen auszugestalten hat.

Aller algorithmischen Erkenntniskraft zum Trotz erschöpft sich der Anspruch des Gebots effektiven Rechtsschutzes nicht darin, ein abstrakt gehaltenes Lösungsraster abzuspulen. Eine Verwaltungsentscheidung durch eine unabhängige und neutrale Instanz sachgerecht überprüfen zu lassen, setzt ihrem Wesen nach vielmehr voraus, dass der Entscheider die Teilaspekte eines Sachverhalts lebensweltlich zu einem Gesamtbild zusammensetzen und im Anschluss die individuellen und gesellschaftlichen Folgen einer Entscheidung korrekt und umfassend zu antizipieren in der Lage ist. Die objektiven Fakten ausschließlich rational zu verarbeiten, Informationen anhand von Vergleichsfällen und Daten aus (maschinellen) Lern- und Vergleichsprozessen zu gewichten und in ihnen Muster zu erkennen – in Summe ist dieses maschinelle Kompetenzset nicht dazu in der Lage, die Vielfalt richterlicher Tätigkeit zu simulieren und die Bedürfnisse an eine richterliche Urteilsbildung zu erfüllen.

⁶⁴ Art. 9 Abs. 2 lit. f DS-GVO konfirmiert diese Regulationsintention *e contrario*: Er lässt eine Ausnahme von dem Verarbeitungsverbot explizit für „Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit“ zu. Die Norm geht damit implizit davon aus, dass das unionale Datenschutzrecht auf gerichtliche Verarbeitungen grundsätzlich anwendbar ist. Auch Art. 37 Abs. 1 lit. a DS-GVO, der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit von der Pflicht befreit, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, sowie ErwGr 97 S. 1 (Ausnahme für Gerichte hinsichtlich der Unterstützung in Datenschutzfragen) setzen in der Sache voraus, dass der Unionsgesetzgeber justizielle Datenverarbeitungen von der DS-GVO erfasst wissen wollte.

⁶⁵ Siehe dazu bereits oben II.2.a) aa).

⁶⁶ E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Losebl. (Stand: 81. Erg.-Lfg., Sept. 2017), Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 8.

b) Computer als „Richter“ i. S. d. Art. 92 Hs. 1 GG? – rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

Indem die Verfassung die rechtsprechende Gewalt „den Richtern“ anvertraut (Art. 92 Hs. 1 GG), verleiht sie ihrem Grundverständnis Ausdruck, dass die verbindliche Entscheidung streitiger Sachverhalte legitimierten Personen vorbehalten sein soll, die in der Lage sind, kraft ihrer fachlichen und persönlichen Befähigung aus dem materiellen Recht für jeden Lebenssachverhalt die normativ intendierte Rechtsfolge abzuleiten nicht zuletzt die sozialen und persönlichen Folgen für den Betroffenen in die Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.⁶⁷ Diese Kompetenz rechtfertigt seine Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG): Sie soll ihm ermöglichen, auch solche Aspekte des Einzelfalls sachadäquat mit den normativen Zielvorstellungen abzugleichen, die der Gesetzgeber ex ante nicht abschließend gesetzlich „programmieren“ konnte. Als Akt des Interessenausgleichs schreibt der Richter das normative Programm für die Zukunft fort, ohne nur einem binär codierten Entscheidungsprogramm zu folgen.⁶⁸

Das setzt auch „soziale Kompetenz“ voraus, wie § 9 Nr. 4 DRiG in Konkretisierung der grundgesetzlichen Wertung verlangt. Zu dieser Fähigkeit, mit Menschen in gerichtlichen Verfahren oder innerhalb der Justiz angemessen interagieren zu können, gehört insbesondere Zuhören, Verhandeln, Ausgleichen von Interessen, Kooperationsfähigkeit und soziales Verständnis.⁶⁹ Die Emotionen und Motive der Prozessbeteiligten, die insbesondere das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu erfassen gebietet, ließen sich in einem automatisierten Verfahren zwar beschreiben. Die Software kann sie aber nicht vollumfänglich (z. B. in ihren höheren Bedeutungsebenen, wie Nunacierungen, Anspielungen oder Ironie) nachvollziehen und inhaltlich hinreichend zuverlässig würdigen – sich insbesondere nicht in die Lage des Betroffenen hineinfühlen. Zu eben jener Empathie sind Maschinen bzw. Computerprogramme als anorganisch verfasste Entitäten nicht fähig. Ihnen fehlt ein Judiz, das den Richter auszeichnet.⁷⁰ Computer sind gleichsam – so drückte es *Joseph Campbell* treffend aus – »wie die Götter im Alten Testament: viele Regeln und kein Mitleid«.

c) Zwischenergebnis

Vollständig automatisiert getroffene Sachentscheidungen sind dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren verschlossen: Effektiver Rechtsschutz im Verständnis des Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht gewährleistet, wenn der Verfahrensbeteiligte zum Objekt eines Programms oder Algorithmus wird. Über sein Schicksal darf nur ein Mensch richten. Dieser Kerngedanke macht gerichtlichen Rechtsschutz letztlich aus.

⁶⁷ Vgl. dazu bspw. S. Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl., 2018, Art. 92 Rdnr. 9; J. Pietzcker, NVwZ 1996, 313 (316).

⁶⁸ Wer die Regeln definieren sollte, denen ein „unabhängiger“ Code eines Computersystems folgen soll, welcher Unabhängigkeit und Richtigkeit verbürgt, fragt sich überdies.

⁶⁹ J.-F. Staats, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 9 Rdnr. 13.

⁷⁰ W. Hoffmann-Riem, AöR 2017, 1 (30); siehe zur Bedeutung des „Judizes“ in der richterlichen Methodik auch J. Wenzel, NJW 2008, 345 (347 f.).

IV. Entscheidungsunterstützung durch informationstechnische Systeme

Systeme künstlicher Intelligenz können menschliche Entscheider zwar nicht vollständig *ersetzen*. Behörden und Gerichte sind jedoch grundsätzlich auch dort, wo das Gesetz vollautomatische Entscheidungen nicht zulässt, nicht daran gehindert, informationstechnische Systeme in ihren Prozess der Entscheidungsfindung *unterstützend* einzubeziehen (vgl. § 10 VwVfG, § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO)⁷¹: Rechner dürfen als juristische Gehilfen daran mitwirken, Entscheidungen vorzubereiten und Inkonsistenzen menschlicher Informationsverarbeitungsfähigkeiten aufzudecken. Denkbar sind nicht nur Tools, die das jeweilige Vorbringen des Bürgers sowie der Ausgangsbehörde aufbereiten und widerstreitende Argumentationen visuell gegenüberstellen. Moderne Softwaresysteme sind auch in der Lage, selbstständig juristische Datenbanken zu durchforsten und die Eckdaten des konkreten Sachverhalts mit ähnlichen Fallkonstellationen abzugleichen.⁷² Selbst computergenerierte konkrete Entscheidungsvorschläge sind technisch nicht länger Zukunftsmusik.⁷³ Solange digitale Assistenzsysteme in der Sache nicht in eine verkappte Vollautomatisierung münden, insbesondere ihre präjudizierende, Objektivität suggerierende Kraft der Zahlen die Entscheidung nicht in einer verfahrensfehlerhaften, Richtigkeit suggerierenden Weise determinieren, setzt die Rechtsordnung ihrem Einsatz keine prinzipiellen Hindernisse entgegen. Eine Grenze ist erst dort überschritten, wo wertende Entscheidungen über konkrete Lebenssachverhalte in die Entscheidungsmacht eines Computers wandern: Die Kompetenz, eine individuelle finale Entscheidung über den konkreten Lebenssachverhalt zu treffen, muss dem menschlichen Amtsträger vorbehalten bleiben. Diese darf sich nicht in einer rein formalen Schlusskontrolle erschöpfen, welche die vorbereitete Entscheidung des Programms ohne echte inhaltliche Prüfung absegnet.

V. Fazit

Galt der Stempel bislang noch als die „Handfeuerwaffe der Bürokraten“ (*Hans-Jürgen Quadbeck-Seeger*), werden an seine Stelle in der administrativen Praxis der Zukunft stärker die Maus und die digitale Signatur treten. Auch vollautomatisierte Einzelentscheidungen sind im verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahren *rechtstechnisch* vorstellbar – allerdings nicht *de lege lata*: Der Normvorbehalt des § 35a VwVfG schließt Widerspruchsverfahren, die ohne menschliche Beteiligung erfolgen, gegenwärtig grundsätzlich selbst dann aus, wenn sich der Prüfungsradius der Widerspruchsbehörde ausnahmsweise auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung gebundener Verwaltungsakte beschränkt.

⁷¹ Vgl. auch die Nachweise in Fn. 26.

⁷² Vgl. den Hinweis auf semantische Suche und statistische Verfahren sowie den Marktüberblick bei Y. Frese, NJW 2015, 2090 (2091 f.) m. w. N.

⁷³ Einen Kurzabriss über den technischen Stand bieten P. von Büna, in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, S. 47 (54 ff.); M. Hartung/M.-M. Bues/G. Halbleib, Legal Tech, 2018, S. 279 ff. sowie J. Wagner, BB 2017, 898 (902 f.) m. w. N.

Das sozialgerichtliche Widerspruchsverfahren und das abgabenrechtliche Einspruchsverfahren präsentieren sich vordergründig entwicklungsöffener: Sie kennen weder explizit ein absolutes Verbot, Ermessensentscheidungen in Einzelfällen automatisiert zu treffen, noch einen Normvorbehalt. Sie knüpfen die Entscheidung über eine Vollautomatisierung vielmehr daran, ob die konkreten Auslegungs- und Subsumtionsaufgaben sinnvoll in Programmcode abbildbar sind. Eine vollständige Selbstüberprüfung auch der Zweckmäßigkeit einer behördlichen Entscheidung, die das Gesetz den Widerspruchs-/Einspruchsbehörden im sozial- bzw. abgabenrechtlichen Verfahren als notwendige Entscheidungskompetenz abverlangt, kann ein softwarebasiertes Verfahren auf absehbare Zeit jedoch nicht bzw. allenfalls eingeschränkt sicherstellen.

Eine vollautomatisierte Überprüfung im Widerspruchsverfahren erweist sich auch *de lege ferenda* als wenig sachgerecht. War bereits das *Ausgangsverfahren automatisiert*, generiert seine erneute algorithmenbasierte Prüfung in der Regel keinen substanziellen Mehrwert. Hat hingegen ein *Mensch* die Ausgangsentscheidung vorgenommen, bliebe der Prüfungsradius eines vollautomatisierten Verfahrens regelmäßig hinter den Zielvorstellungen zurück, die das Widerspruchsverfahren verfolgt. Sie erschöpfte sich weitgehend in einer Konsistenzprüfung. Weder lassen sich Opportunitätsüberlegungen zuverlässig automatisiert abbilden und verantwortbar in die Obhut eines vollautomatisch arbeitenden Systems legen, noch kommen die Vorteile der Automatisierung – insbesondere die Standardisierung in Massenverfahren mit einer Vielzahl ähnlich gelagerter Sachverhalte und typisierendem Vorgehen – im Rechtsbehelfsverfahren sachgerecht zum Tragen. Ihre Vollautomatisierung widerstreitet vielmehr der ursprünglichen Idee des Widerspruchsverfahrens, in einem arbeitsteiligen Kaskadenverfahren komplexere Fälle einer gesonderten, vertieften Kontrolle zuzuführen.

Im *Gerichtsverfahren* erweist sich eine Vollautomatisierung weder als technisch möglich noch als verfassungsrechtlich denkbar. Das GG behält die Rechtsprechung zu Recht Richtern aus Fleisch und Blut vor und schützt ihre Entscheidungsfreiheit durch das Institut der Unabhängigkeit. Die richterliche Tätigkeit erfordert sowohl soziale Kompetenz als auch die Fähigkeit, Aspekte qualitativ gewichten und Umstände des Einzelfalls wertend in den Gesamtzusammenhang einordnen zu können – die schematisierende, quantifizierende Arbeitsweise einer Maschine bleibt dahinter zurück.

Ungeachtet der bisweilen götzenhaften Verehrung, die Systeme künstlicher Intelligenz erfahren, sind sie bislang nicht leistungsfähig genug, um ihnen komplexe hoheitliche Aufgaben zu übertragen, ohne dass ihnen ein Mensch über die Schulter schaut. Lediglich einfache Wenn-dann-Beziehungen, die keiner fallbasierten Kontextualisierung bedürfen, legt die Verwaltungsrechtsordnung deshalb in ihre Hände. Allen digitalen Verheißungen zum Trotz: Ein „Subsumtionsautomat“ im Sinne einer Rechtsfindung, die sich ausschließlich algorithmisiert vollzieht, liegt auch eingedenk allen technischen Fortschritts (gegenwärtig) außerhalb des Realisierbaren.⁷⁴ Um Individualgerechtigkeit herzustellen, gilt im gerichtlichen wie im vorge-

⁷⁴ Im Ergebnis ebenso K. Kotsoglou, JZ 2014, 451 (456) sowie ders., JZ 2014, 1100 (1101 ff.); offener insoweit M. Engel (Fußn. 63), 1097 ff.

richtlichen Verfahren daher weiter die Maxime: „Der Mensch ist immer noch der beste Computer.“⁷⁵

⁷⁵ „Man is still the most extraordinary computer of all.“ – John F. Kennedy, Rede am 21.5.1963, abrufbar unter <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9225>.