

Autor:	Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe	Quelle:	Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin
Dokumenttyp:	Aufsatz	Fundstelle:	SGb 2017, 250-258 
Literaturnachweis:	SGb 2017, 250-258	Zitiervorschlag:	Luthe , SGb 2017, 250-258 

Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X

Prof. Dr. Ernst-Wilhelm [Luthe](#), Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung (IRS), Ostfalia Hochschule für angewandte Wissenschaften, Wolfenbüttel

Ein Stück Zukunft wird wahr. Für manche ein Alptraum, für andere erste Schritte in eine hocheffiziente Verwaltungswelt: Verwaltungsentscheidungen ohne Zutun des Menschen. AO, VwVfG und SGB X ermöglichen dies zeitgleich ab 1. 1. 2017. Aber trotz vieler Gemeinsamkeiten bleiben Unterschiede zwischen den drei Verfahrensordnungen, wobei das SGB X vor allem durch die Offenheit seiner Regelungen hervorsticht. Baut der Gesetzgeber hier uneingestanden mehr als in den beiden anderen Verfahrensordnungen auf zukünftige computertechnische Entwicklungen? Wie weit geht das SGB X im Umgang nicht nur mit Entscheidungen von hohem Formalisierungsgrad, sondern auch mit solchen mit ausgeprägtem Einzelfallbezug?

I. Einführung

[§ 31a SGB X](#) ist durch Art. 19 Nr. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18. 7. 2016 m. W. v. 1. 1. 2017 eingeführt worden¹. Der Gesetzgeber sieht die *Vorteile* eines vollautomatisierten Verfahrens für die Verwaltung vor allem in der Ressourceneinsparung und in der Verfahrensbeschleunigung. Aber auch für den Bürger biete der Verzicht auf eine personelle Bearbeitung – so die zuständigen Referenten des Innenministeriums – ein Mehr an Neutralität und Objektivität bei der Entscheidungsproduktion². Bei [§ 31a SGB X](#) sind vor allem vier Aspekte hervorzuheben, die im Folgenden näher zu betrachten sind:

- Der Erlass im Wege eines vollautomatischen Verwaltungsaktes erfolgt im Ermessen der Behörde
- 250 - [Luthe](#), SGb 2017, 250-258- 251 -
- Es muss sich um automatische Einrichtungen handeln, die den Verwaltungsakt produzieren.
- Es darf kein Anlass bestehen, dass Einzelfälle durch (personale) Amtsträger bearbeitet werden müssen.
- Für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden, sind zu berücksichtigen.

II. Ermessen bei der Formenwahl und Fehlerfolgen

Ob ein Verwaltungsakt durch automatische Einrichtungen oder auf dem üblichen Weg des [§ 31 SGB X](#) erlassen wird, ist eine Frage pflichtgemäßer Ermessensausübung durch die Behörde, wie dem Wort „kann“ in Satz 1 entnommen werden kann. Eine Grundvoraussetzung pflichtgemäßer Ermessensbetätigung ist, dass die Behörde gleichmäßig (im Sinne des [Art. 3 GG](#)) entscheidet, sich also an ihre eigenen Maßstäbe hält, insofern es keinen aner kennenswerten Grund gibt, hiervon im Einzelfall oder in Zukunft generell abzuweichen. In dieser Weise *bindet sich die Verwaltung selbst an ihre eigene Verwaltungsübung* (sog. Selbstbindung der Verwaltung). Deshalb kommt es entscheidend darauf an, dass verwaltungsseitig klare Kriterien zum Entscheidungsgegenstand vorhanden sind, bei dem das vollautomatisierte Verfahren zum Einsatz gelangen soll. Weicht die Verwaltung ohne sachlichen Grund von ihrer bisherigen Praxis ab oder sind von vornherein keine Maßstäbe vorhanden, die den Zugriff auf das

vollautomatisierte Verfahren steuern, so liegt ein Gleichheitsverstoß vor, der zur Ermessensfehlerhaftigkeit der Behördenentscheidung führt.

Da die Fehlerhaftigkeit des Ermessensbetätigung bei insofern willkürlicher Wahl der vollautomatisierten Verfahrensweise den *Bereich der Formenwahl zwischen den zur Verfügung stehenden Verwaltungsakten* nach [§ 31 SGB X](#) und [§ 31a SGB X](#) betrifft, liegt insofern (nur) formelle Rechtswidrigkeit vor, so dass die *Aufhebbarkeit der Entscheidung sich nach § 42 SGB X* bestimmt (insofern kein weiterer materieller Fehler gegeben ist).

III. Rechtsstaatliche Bedenken?

[§ 35a VwVfG](#) knüpft die Zulässigkeit der Entscheidung im vollautomatisierten Verfahren an das Bestehen einer gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Befugnisnorm, statuiert also einen – untechnisch – *Gesetzesvorbehalt*³ als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, um sicherzustellen, „dass nur geeignete Verfahren für eine vollständig automatisierte Bearbeitung zugelassen werden.“⁴ Bei [§ 31a SGB X](#) war dies von vornherein kein Thema⁵. In der Parallelregelung des [§ 155 AO](#) ist der materielle Entscheidungsgegenstand im Übrigen per se auf *Steuerbescheide* begrenzt. Die Abgabenordnung trifft darüber hinaus bestimmte Vorkehrungen, wie vor dem Hintergrund des Problems computertechnischer Bearbeitung einzelfallbezogener Situationskriterien das Erfordernis zur persönlichen Bearbeitung abgesichert werden kann: durch ein Risikomanagementsystem (wie in [§ 88 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 und 2 AO](#)), mittels Auswahl der Fälle durch einen Amtsträger (wie in [§ 88 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 AO](#)) und durch ein qualifiziertes Freitextfeld (wie in [§ 155 Abs. 4 Satz 3 AO](#) i.V.m. [§ 150 Abs. 7 Satz 1 AO](#)). Die Parallelregelungen des VwVfG und der AO sind mithin in mehrfacher Hinsicht um Eingrenzung des Entscheidungsgegenstandes bemüht bzw. ermöglichen dies bereits durch die beschränkte Anwendung auf die steuerrechtliche Sachmaterie. [§ 31a SGB X](#) beinhaltet dagegen nichts von dem.

Dass die Festlegung des Entscheidungsgegenstands, der vollautomatisiert behandelt werden soll, bei [§ 31a SGB X](#) der Verwaltung überlassen wird, wird vor allem unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung als problematisch angesehen⁶. Insofern muss bedacht werden, ob die *Vollzugsbindung* der Verwaltung noch funktioniert, wenn Rechtsänderungen oder Reaktionen auf Rechtsprechung zeitnah umzusetzen sind, dies computertechnisch aber nur mit zeitlicher Verzögerung möglich erscheint. Der – bei [§ 31a SGB X](#) allerdings fehlende – „Gesetzesvorbehalt“ in [§ 35a VwVfG](#) habe deshalb eine Schutzfunktion für den Normgeber⁷. Auch ist das Risiko einer Relativierung von *Verfahrensrechten* der Beteiligten nicht völlig von der Hand zu weisen, so im Bereich der Information, des Untersuchungsgrundsatzes und der Verwaltungsaktbegründung, wenn entscheidungsrelevante Einzelfallaspekte im Zuge schematisierender Algorithmen unterdrückt werden, aber auch bei der Akteneinsicht (bei von außen intransparenten Rechenvorgängen), der ordnungsgemäßen Bekanntgabe von Entscheidungen (bei Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Entscheidungsabruf, vgl. [§ 37 Abs. 2a SGB X](#)) und bei der Anhörung (vgl. [§ 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X](#); dagegen aber [§ 31a Satz 2 SGB X](#)).

Die Bedenken sind verwaltungspolitisch ernst zu nehmen, rechtlich in ihrer Grundsätzlichkeit aber ohne Bedeutung. Sieht man davon ab, dass es sich vielfach um technische Probleme in der Übergangsphase der Einführung vollautomatisierter Verwaltungsakte handelt, so geht es im Kern um Fragen der Verwaltungseffizienz im *Kompetenz- und Kernbereich der Exekutive*⁸. Zwar ist der Zugriff des Gesetzgebers auf das Verwaltungsinternum prinzipiell unbegrenzt, wird durch einen etwaigen Verwaltungsvorbehalt jedenfalls nicht ernsthaft ausgebremst. Gleichwohl wird der Verwaltungsvollzug, auch dort, wo ein höheres Maß an gesetzlicher Bindung existiert, allein aus sachgesetzlichen Gründen durch das Gesetz nie vollständig determiniert, erfordert in sachlich-personeller Hinsicht vielmehr stets ein eigenes Zutun der Verwaltung. Diese Kernkompetenz sieht sich vor allem dann herausgefordert, aber auch *normativ hinreichend legitimiert*, wenn der Gesetzgeber, wie bei [§ 31a SGB X](#) geschehen, selbst mittels offener Vollzugsregelungen und insbesondere durch Einräumung eines Ermessens bei der Auswahl des vollautomatisierten Verfahrens gezeigt hat, dass er der Verwaltung freie Hand lassen will. Überdies kann aus den Erfahrungen der seit längerem eingesetzten teilautomatisierten „elektronischen“ Verwaltungsakte (hierzu etwa [§ 35 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#)) geschlossen werden, dass es sich hierbei durchweg um Fehlerquellen handelt, die mit dem Problem der Vollauto-

matisierung nichts zu tun haben, vielmehr auch im teilautomatisierten Verfahren auftreten können, ohne dass dies jemals ernsthaft als bedenklich angesehen wurde.

IV. Verwaltungsaktqualität

[§ 31a SGB X](#) stellt klar, dass vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte auch dann Verwaltungsakte sind, wenn sie ohne menschliches

- 251 - [Luthe](#), SGB 2017, 250-258- 252 -

Zutun durch technische Einrichtungen erlassen werden. Nach verbreiteter Ansicht setzt der *klassische Verwaltungsakt* als „Maßnahme“ (auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts) im konkreten Entscheidungsfall eine Willensentscheidung eines mit Hoheitsbefugnissen betrauten menschlichen Amtswalters voraus⁹, weil anders die erforderliche Zurechnung der jeweiligen Entscheidung zum Verwaltungsträger nicht möglich sei. An eben dieser Zurechenbarkeit bestanden Zweifel¹⁰, wenn statt eines menschlichen Amtswalters ein Algorithmus entscheidet¹¹. Die Diskussion hierüber aber ist obsolet, seitdem der Gesetzgeber mit [§ 31a SGB X](#) eine weitere Variante des Verwaltungsakts geschaffen hat, diese unter der Bezeichnung „Verwaltungsakt“ dem klassischen Verwaltungsakt gleichgestellt und damit vollständig ins System des SGB X und der von ihm erfassten Verwaltungsverfahren ([§ 8 SGB X](#)) integriert hat.

Der vollautomatisierte Verwaltungsakt ist begrifflich abzugrenzen vom *elektronischen Verwaltungsakt*, der in zahlreichen Verfahrensregelungen des SGB X aufgeführt ist (vgl. hierzu [§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X](#), [§ 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X](#), [§ 25 Abs. 5 Satz 2 SGB X](#), [§ 35 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#), [§ 37 Abs. 2a SGB X](#)). Die Möglichkeit eines elektronischen Erlasses und einer elektronischen Speicherung besteht sowohl für den hergebrachten Verwaltungsakt nach [§ 31 SGB X](#) als auch den vollautomatisierten Verwaltungsakt nach [§ 31a SGB X](#). Der elektronische Erlass beinhaltet lediglich, dass das für den Rechtsverkehr maßgebliche Dokument auf einem Datenträger gespeichert und bekannt gegeben wird, sagt aber nichts darüber aus, ob die Entscheidungsfindung vollautomatisch oder durch einen personalen Entscheider durchgeführt wurde.

Die Tatsache, dass entscheidungsrelevante Daten von außen eingegeben oder aus einem bereits *vorhandenen Datenbestand* der Verwaltung abgerufen werden, spricht nicht gegen das Vorliegen des vollautomatisierten Verfahrens, solange die daran anknüpfende Bearbeitung in sämtlichen Verfahrensschritten bis zum endgültigen Entscheidungsergebnis ohne menschliches Zutun erfolgt. Unabhängig hiervon kann die Verkörperung eines Verwaltungsakts dann sowohl für den hergebrachten wie auch für den vollautomatisierten Verwaltungsakt auf Papier oder durch Speicherung auf elektronischen Medien erfolgen¹².

V. Erlass durch „automatische Einrichtungen“

Die Parallelvorschrift in der AO spricht insofern von „automationsgestützter“ Steuerfestsetzung. *Automatische Einrichtungen* sind technische Einrichtungen, die nach vorher festgelegten Parametern autonom, d.h. ohne Zwischenschaltung eines menschlichen Entscheiders, funktionieren. Dies sind in der Regel Anlagen der elektronischen Datenverarbeitung. Eine nähere Festlegung enthält das Gesetz jedoch nicht, so dass – vor allem in der Zukunft – grundsätzlich jedwede Einrichtungen infrage kommen, insofern diese zu einer vollautomatisierten Entscheidungsfindung in der Lage sind. Unerheblich ist, dass die Daten ggf. durch Außenstehende wie etwa den Bürger eingegeben werden, dass Maßnahmen der Fehlerkontrolle vorgesehen sind, dass ferner eine nicht-automatisierte Bekanntgabe (etwa durch einen Boten) erfolgt, solange eine personelle Bearbeitung, auch auf vereinzelt Entscheidungen, innerhalb eines in sich geschlossenen Entscheidungsvorgangs vollständig ausscheidet. Automatische Einrichtungen liegen definitionsgemäß auch dann noch vor, wenn die Informationsverarbeitung gezielt neben internen auch weitere *externe Wahrnehmungs- und Entscheidungselemente* in den Entscheidungsprozess einbezieht (etwa die sog. Cloud, soziale Medien, Arbeitsumgebungen, mensch-

liche oder maschinelle Körper), solange die entsprechenden Prozesse einem einheitlichen Entscheidungsvorgang der Verwaltung zugerechnet werden können¹³.

VI. Kein Anlass für eine Bearbeitung des Einzelfalls durch Amtsträger

1. Fehlerhafte Wahl des vollautomatisierten Verwaltungsakts und Fehlerfolgen

Ein vollautomatisierter Verwaltungsakt ist nur zulässig, insoweit kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten. Besteht ein solcher Anlass und erfolgt die Entscheidungsfindung gleichwohl vollautomatisch, so ist die Wahl der vollautomatisierten Verfahrensweise rechtswidrig. Die Behörde hat eine falsche und von [§ 31a SGB X](#) nicht gedeckte Handlungsform gewählt. Dies bedeutet: *Im Bereich der Formenwahl zwischen den zur Verfügung stehenden Verwaltungsakten nach [§ 31 SGB X](#) und [§ 31a SGB X](#) liegt insofern (nur) formelle Rechtswidrigkeit vor, so dass die *Aufhebbarkeit der Entscheidung sich nach [§ 42 SGB X](#) bestimmt.* Danach kann die Aufhebung nicht verlangt werden, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Bei Ermessensentscheidungen aber wird die Entscheidung im Regelfall aufzuheben sein, weil das Gericht sein Ermessen nicht an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen darf. Ähnliches gilt für Entscheidungen im Bereich von Abwägungen vor dem Hintergrund möglicher Abwägungsfehler, zumindest bei Bestehen etwaiger Abwägungsfreiräume¹⁴. Die Beseitigung der Rechtswidrigkeit richtet sich jedoch nach den *Aufhebungsvorschriften* der §§ 44, 45 und 50 SGB X¹⁵.*

2. Verwaltungsaktbefugnis zur Entscheidung im vollautomatisierten Verfahren

Vorgenannte im Verfahrensrecht angesiedelte Fehlerfolge nach [§ 42 SGB X](#) darf nicht verwechselt werden mit den materiellen Rechtsfolgen eines Verwaltungsakts, der ohne die erforderliche Verwaltungsaktbefugnis ergeht¹⁶. Die Verwaltungsaktbefugnis bezeichnet die für die Handlungsform des Verwaltungsakts erforderliche rechtliche *Befugnis zum Erlass sowohl von Verwaltungsakten*

- 252 - [Luthe](#), SGB 2017, 250-258- 253 -

im Allgemeinen als auch *von vollautomatisierten Verwaltungsakten* im Besonderen. Allein das Vorhandensein einer allgemeinen gesetzlichen Aufgabenzuweisung im jeweiligen Fachgesetz reicht hierfür jedoch nicht aus. Denn speziell mit der Umsetzung des Gesetzes durch Verwaltungsakte erlangt die Behörde im Zuge der Bindungs- und Vollstreckungsfunktion von Verwaltungsakten einen Machtzuwachs, der allein durch die gesetzlich normierte Verwaltungsaufgabe nicht hinreichend legitimiert ist. Dies gilt umso mehr für vollautomatisierte Verwaltungsakte, insofern diese vor allem im Rahmen der Untersuchungspflicht ([§ 31a Satz 2 SGB X](#)) und ggf. auch Kontext ihrer Bekanntgabe ([§ 37 Abs. 2a SGB X](#)) Besonderheiten aufweisen, die sich vom üblichen Sozialverfahren nicht unerheblich unterscheiden. Deshalb kann weder im Bereich der Eingriffsverwaltung noch im Bereich der Leistungsverwaltung¹⁷ daran vorbeigegangen werden, dass die Befugnis zum Normvollzug durch einen vollautomatisierten Verwaltungsakt neben einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Aufgabenzuweisung deutlich im Gesetz zum Ausdruck kommen muss.

Unproblematisch sind diejenigen (derzeit im Sozialgesetzbuch noch nicht vorhandenen) Fälle, in denen sich die Zulässigkeit der vollautomatisierten Handlungsform aus einer *ausdrücklichen materiellen Regelung* innerhalb des jeweiligen Fachgesetzes ergibt. Muss die Befugnis zum Erlass vollautomatisierter Verwaltungsakte jedoch durch *Auslegung* ermittelt werden, so kommen die allgemeinen Auslegungsmethoden zum Einsatz. Insofern kann im systematischen Gesetzeszusammenhang zunächst auf [§ 31a SGB X](#) selbst zurückgegriffen werden: Dort, wo ein Anlass zur Bearbeitung von Einzelfällen durch Amtsträger besteht, kann eine Befugnis zum Erlass von vollautomatisierten Verwaltungsakten nicht bestehen. Anderes ergäbe sich dann, wenn der Fachgesetzgeber hierzu eine ausdrückliche materielle Regelung erlassen hat und mithin auch Einzelfälle vollautomatisiert entschieden wissen will. Solches mag zu Problemen führen, etwa im Bereich des Ermessens, spricht jedoch nicht gegen die Rechtmäßigkeit allein der Befugniserteilung.

Eine Befugnis zur Entscheidung im vollautomatisierten Verfahren kann auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung gegeben sein, wenn die Datengrundlagen, nach denen entschieden wird, selbst in hohem Maße automatisiert erfasst werden und die personalen Entscheidungsanteile innerhalb der Entscheidungsfindung sich im Normalfall darauf beschränken, lediglich noch die Plausibilität des Entscheidungsergebnisses nachzuvollziehen. Dies wird z.B. regelmäßig im Bereich der Altersrente oder bei der Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen der Fall sein.

Die Annahme, die Befugnis könne „implizit“, „aus der Natur der Sache“ oder aus der „besonderen Sachkunde“ der Behörde abgeleitet werden¹⁸, mag praktischen Bedürfnissen der Rechtsanwendung entsprechen, findet in dieser Allgemeinheit jedoch keinerlei Rückendeckung in der rechtsstaatlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes ([Art. 20 Abs. 2 GG](#))¹⁹, die einen deutlichen Anknüpfungspunkt im Wortlaut, Zweck, in der Entstehungsgeschichte oder im System der gesetzlichen Vorschriften voraussetzt, wenn mittels Verwaltungsakts und insbesondere vollautomatisierten Verfahrens gehandelt werden soll. Übergeordneter Maßstab muss jedoch die grundrechtliche Wertbedeutung der vom Verwaltungsakt betroffenen Rechtsgüter sein, so dass es letztlich auch auf die möglichen Auswirkungen vollautomatisierter Entscheidungen zum Beispiel auf die existenzielle oder gesundheitliche Bedarfssituation des Bürgers ankommt²⁰. Je gravierender diese Auswirkungen sind, umso deutlicher muss die Verwaltungsaktbefugnis im Gesetz nachweisbar sein.

3. Interpretation des „Anlasses“

a) Erwägungen des Gesetzgebers und Gesetzeswortlaut

„Eine Bearbeitung ist beispielsweise zwingend, wenn das anzuwendende materielle Recht eine Ermessensentscheidung oder einen Beurteilungsspielraum vorsieht oder wenn die Subsumtion unter einen konkreten Tatbestand nicht durch automatische Einrichtungen erfolgen kann... Denkbar ist beispielsweise eine maschinelle Anpassung laufender Sozialleistungen der Höhe nach in einer Vielzahl von gleichgelagerten Fällen“, – so die Entwurfsbegründung²¹. Genau genommen aber widerspricht diese dem eindeutigen und insofern nicht interpretierbaren Wortlaut der Vorschrift.

Denn bei genauer Betrachtung besteht das Verbot vollautomatischer Entscheidung nur, wenn kein Anlass für eine Bearbeitung durch Amtsträger besteht. Richtig an der Gesetzesbegründung ist also nur die Annahme, dass die „Subsumtion ... nicht durch automatische Einrichtungen erfolgen kann“, sondern nur durch Amtsträger²².

Aber auch dies ist nur ein Ausschnitt aus dem Verbotsrahmen. Grundsätzlich gilt das Verbot vollautomatischer Entscheidung für jede Art komplexer Rechtsanwendung (also auch für die Abwägung), und auch nur insoweit, als „Anlass“ besteht, dass der Einzelfall durch einen Amtswalter bearbeitet werden muss. Im Übrigen aber ist die Vorschrift entwicklungs offen. Ob etwas personell zu bearbeiten ist, bleibt in erster Linie den vorhandenen technischen Möglichkeiten und der zukünftigen technischen Entwicklung anheimgestellt. Rechtlich ist es, um möglichen Bedenken von „Humanisten“ entgegenzuwirken, weder menschenunwürdig noch rechtsstaatswidrig, wenn eine maschinelle Entscheidung getroffen wird, solange diese keinen Anlass für den Einsatz eines menschlichen Entscheiders bietet und im Übrigen das unter Punkt III. 1. behandelte Ermessen bei der Formenwahl pflichtgemäß ausgeübt wurde.

b) Die Bedeutung des Fachgesetzgebers

Sowohl das VwVfG als auch das SGB X lassen hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Regelungsmaterie offen, wo Verwaltungsakte vollautomatisiert erlassen werden sollen. Im VwVfG wurde dies ausdrücklich an den Fachgesetzgeber delegiert: Hier findet eine Eingrenzung des vollautomatisierten Verfahrens dadurch statt, dass „dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist ...“ ([§ 35a VwVfG](#)). Auch im SGB X kann ein Fachgesetzgeber Näheres bestimmen; aber anders als im VwVfG ist dies kein „Muss“. Ohne eine nähere Bestimmung im Fachgesetz bleibt die Frage des vollautomatisierten Entscheidens somit dem Verwaltungsermessen anheimgestellt (s. o. unter II.).

c) Nähere Bestimmung des Anlasses in der AO und im VwVfG

In [§ 155 Abs. 4 Satz 3 AO](#) wird der Anlass personalisierten Entscheidens indes von zwei Seiten näher definiert: Zum einen durch die schlechthinnige Beschränkung auf die steuerrechtliche Sachmaterie mit ihren weitgehend schematisierbaren Entscheidungsvorgängen und zum anderen durch [§ 155 Abs. 4 Satz 3 AO](#), der einen Anlass zur Bearbeitung durch Amtsträger „insbesondere“ darin sieht, dass der Steuerpflichtige in einem eigens geschaffenen Datenfeld besondere Angaben gemacht hat. Nach [§ 35a VwVfG](#) liegt die Eingrenzung dagegen im Verweis auf den Fachgesetzgeber und darin, dass weder Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.

d) Komplexität der Entscheidungslage als Maßstab

Wenn der Gesetzgeber innerhalb des *Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* in puncto *SGB X* aber auf all dies verzichtet, und dies in Kenntnis einer abweichenden Handhabung der in diesem Gesetz mit geregelten anderen beiden Gesetzesmaterien, so kann es auf die vorgenannte²³ *Entwurfsbegründung zu § 31a SGB X nicht entscheidend ankommen*, mag der Normgeber beim Ermessen und beim Beurteilungsspielraum auf das vollautomatisierte Verfahren nun verzichten wollen oder auch nicht. Der Normgeber wird sich an den derzeitigen technischen Möglichkeiten orientiert haben. Diese dürften²⁴ wohl noch nicht über diejenige Anwendungsreife verfügen, die nötig wäre, um Einzelfallkomponenten der Entscheidung in der rechtsstaatlich gebotenen Weise verarbeiten zu können.

Anders gesagt: Vollautomatisierte Verfahren scheinen derzeit nicht in der Lage zu sein, Entscheidungen in stark *situationsabhängigen Kontexten*, unter *prognostischen Ungewissheitsbedingungen* und zur Lösung von *Zielkonflikten* in einer den Zielen der Verfassung und des jeweiligen Fachgesetzes genügenden Weise herbeizuführen²⁵. Aber der eigentliche „Anlass“ für den Einsatz eines menschlichen Entscheiders, das sollte hierbei klar gesehen werden, ist für sich genommen nicht das Bestehen von Ermessen und von Beurteilungsspielräumen²⁶, sondern viel allgemeiner die *Komplexität der Entscheidungslage*²⁷.

e) Beurteilungsspielraum und Ermessen als „Anlass“ treffen nicht den Kern

Im Falle unbestimmter Rechtsbegriffe lässt sich dies schnell einsichtig machen. Denn diese können ganz unabhängig von einem *Beurteilungsspielraum* so komplex gelagert sein, dass eine vollautomatisierte Entscheidung dem jedenfalls nicht gewachsen ist²⁸. Wenn für das VwVfG und das SGB X mithin behauptet wird²⁹, im Anwendungsbereich von Beurteilungsspielräumen sei das vollautomatisierte Verfahren ausgeschlossen, so liegt dem eine Ungenauigkeit zugrunde, die darin besteht, dass nicht genau unterschieden wird zwischen dem Problem der Entscheidungskomplexität und dem im Beurteilungsspielraum zum Tragen kommenden Modus der Kompetenzabgrenzung zwischen Gericht und Verwaltung.

Man möge sich nur einmal als ein vereinzelt Beispiel unter unzähligen gleichartigen Beispielen Entscheidungen nach [§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a\) SGB VI](#)³⁰ zum Merkmal der „erheblichen Gefährdung der Erwerbsfähigkeit“ zu Gemüte führen und dabei bedenken, dass hier trotz wertender und prognostischer Entscheidungselemente anerkanntermaßen kein Beurteilungsspielraum vorliegt, um zu sehen, dass sich dieser in erster Linie einer bestimmten Sicht der Abgrenzung von Kompetenzen zwischen Gericht und Verwaltung unter dem Aspekt der Rechtsschutzgarantie des [Art. 19 Abs. 4 GG](#) verdankt.

Dass derzeit wohl kein (zumindest anwendungsreifer) Algorithmus in Sicht ist, der solchen Entscheidungsproblemen in vollem Umfang gewachsen wäre, darf nach gegenwärtigem Erkenntnisstand mit Fug und Recht behauptet werden, – vor allem wenn man im Merkmal der „Erheblichkeit“ einen Maß-

stab abwägender Gewichtung zwischen dem Interesse der Versicherungsgemeinschaft und dem Individualinteresse verankert sieht³¹. Denn hier geht es um (sozialrechtstypische) *Verteilungsfragen*, normstrukturell mithin um Entscheidungen von Zielkonflikten und Wertekollisionen, die bekanntlich in Bezug auf die konkreten Umstände des einzelnen Falles entschieden werden, nicht zuletzt weil das Recht in der „weichen“ Ordnung des Grundgesetzes eine abstrakt gültige Rangfolge von Werten und namentlich von Verfassungswerten nicht kennt³². Anders als bei gebundenen Entscheidungen, wo eine eindeutige Zuordnung von Rechtsfolgen zu vorab definierten Sachverhalten vorgenommen werden kann, findet die Entscheidungsfindung in solchen wertungsbedürftigen Konstellationen deshalb in besonderem Maße innerhalb eines *rechtskulturellen Rahmens der Überzeugungsbildung* statt, den Maschinen, so wie es aussieht, nicht perzipieren können, schon weil dieser durch die fallweise Anreicherung mit stets neuen Situationskriterien bereits im Moment seiner Aktualisierung eine Veränderung

- 254 - [Luthe](#), SGB 2017, 250-258- 255 -

erfährt³³. Die digitale Zuschreibung der Codewerte „wahr“ und „falsch“ bzw. „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“ ist insofern ergänzungsbedürftig in Bezug auf die Kontextur, in der diese jeweils gelten bzw. angenommen und abgelehnt werden, so dass sich ein mehrwertiges und daher computerlogisch vermutlich nur schwer abbildbares Bild der Polykontextualität ergibt³⁴. Es dürfte mit diesen Beispielen insgesamt deutlich werden, dass der eigentliche „Anlass“ für den Einsatz eines menschlichen Entscheiders im Sinne des [§ 31a SGB X](#) per se eben nicht das Bestehen eines Beurteilungsspielraums, sondern allenfalls die aus dessen Anerkennung sich ergebende Einsicht in die Komplexität der Entscheidungslage ist.

Beim *Ermessen* wiederum können wir eine umgekehrte Schlussfolgerung ziehen. So kommt der Bereich des Verwaltungsermessens, dessen tieferer Sinn bekanntlich in der Einzelfallberücksichtigung liegt, in gleich und einfach gelagerten Fällen manchmal auch mit wenigen und insofern formalisierbaren Entscheidungskriterien aus, die deshalb im vollautomatisierten Verfahren entschieden werden können³⁵. Gleiches gilt, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Auch hier aber sollte, was die derzeitige Literatur durchweg vermissen lässt, genauer danach unterscheiden werden, inwieweit das vollautomatisierte Verfahren verfahrensrechtlich nach dem SGB X oder inwieweit es nach materiellen Grundsätzen pflichtgemäßer Ermessensausübung zu beurteilen ist³⁶:

Materiell-rechtlich wird in diesem Zusammenhang behauptet, *Ermessen setze wesensmäßig eine menschliche Willensbetätigung* voraus; der Einsatz eines Algorithmus führe deshalb bereits für sich genommen zu ermessensfehlerhaften Entscheidungen³⁷. Diese Annahme ist ebenso wenig richtig wie die Gegenmeinung, die davon ausgeht, dass eine Automatisierung auch im Bereich des Ermessens zulässig sei, wenn das gesetzliche „Normprogramm“ zeige, dass die Verwaltung zu einer schematisierenden Ausfüllung berechtigt sei³⁸. „Wer“ entscheidet – Mensch oder Maschine – ist unwichtig. Das allein dem Menschen vorbehaltene bzw. diesen kennzeichnende Recht zu willkürlichem Entscheiden ist Kennzeichen der Legislative, nicht aber der Exekutive. Die *Willensbildung im Exekutivraum* erschöpft sich in der zielgerichteten Entscheidungstätigkeit³⁹, die in der grundgesetzlichen Ordnung auf einen demokratisch legitimierten Entscheidungsanlass zurückgeführt werden muss. Solches aber setzt keinen menschlichen Träger voraus, ist vielmehr auch bei einem artifiziellen System denkbar. Es kommt im Bereich des Ermessens vielmehr allein darauf an, „was“ entschieden wird. Und dies ergibt sich in den Einzelfalldimensionen des Ermessens nicht aus dem abstrakten gesetzlichen Normprogramm, insofern dieses dem Einzelfall als „Rechtsbefehl“ nur einen abstrakten sprachlichen Rahmen gibt, sondern allein aus dem „Normbereich“ im Sinne jenes das Normprogramm mitkonstituierenden Wirklichkeitsausschnitts⁴⁰. Deshalb ist es für die Zulässigkeit einer schematisierten Behandlung des Ermessens auch unerheblich, was sich der Gesetzgeber gedacht hat, sieht man einmal davon ab, dass er sich in diesem Punkt regelmäßig nichts gedacht haben wird.

f) Verfahrensrechtliche Risiken

Insofern das vollautomatisierte Verfahren zu Risiken für eine ordnungsgemäße *Akteneinsicht* oder *Verwaltungsaktbegründung* führen kann und hier Erfordernisse transparenten Entscheidens auf dem

Spiel stehen⁴¹, sollten diese Probleme dort behandelt werden, wo sie entstehen und nicht mit materiellrechtlichen Fragen namentlich des Ermessens durcheinandergewirbelt werden. Hier kann es in der Tat zu Problemen für Gerichte und Verwaltungen kommen, wenn mit Algorithmen gearbeitet wird, die es nicht mehr erlauben, die Entscheidungsfindung in nachträglich nachvollziehbare Teilschritte zu zerlegen. Und zweifelsohne besteht das Risiko, Verantwortlichkeiten – gerade auch in haftungsrechtlicher Hinsicht – zu verschleiern, wenn Algorithmen anstatt Personen entscheiden. Schließlich muss darauf geachtet werden, dass im Zuge schematisierter Verfahrensweisen im Blick auf [§ 20 SGB X](#) nicht entscheidungsrelevante Einzelfallinformationen unterdrückt werden⁴². Aber dies sind keine prinzipiellen Hinderungsgründe für den vollautomatisierten Verwaltungsakt, sondern Probleme der Technik, die im Sinne des [§ 31a SGB X](#) eben deshalb solange „Anlass“ geben zu personaler Entscheidung, wie sie nicht gelöst sind.

g) Wo geht es hin?

Es ist, insofern dies zumindest für den Autor dieser Zeilen ersichtlich ist, derzeit offen, ob der wertende Umgang mit den Umständen des Einzelfalls tatsächlich eine Kognitionsleistung ist, die bis auf Weiteres von Maschinen nicht geleistet werden kann. Was Kognition ist und ob es bereits in den Grundstrukturen überhaupt einen Unterschied zwischen menschlicher und maschineller Kognition gibt, wird in den beteiligten Disziplinen der Anthropologie, Informatik, Linguistik, Neurowissenschaft, Psychologie und Philosophie teils sehr unterschiedlich reflektiert⁴³. Die *situative und körperliche Einbettung* des erkennenden Systems und der Einfluss des *Selbstbewusstseins*⁴⁴ als wesentliche Bedingungen der Wahrnehmung und Entscheidung sind offene Forschungsfragen und gelten heute jedenfalls nicht mehr so ohne Weiteres als diejenigen typischen Möglichkeiten und Eigenschaften, die den Menschen von der Maschine unterscheiden.

Aber es gibt auch andere Stimmen: Die „*Geistesgegenwart*“ der Individuen sei die einzige Ressource im Umgang mit den Unwägbarkeiten der Netzwerk-Kommunikation, die es mit dem elektronischen Datenfluss zwar nicht in puncto Schnelligkeit aufnehmen, die diesem jedoch ein hinreichendes Verständnis von der

- 255 - [Luthe](#), SGB 2017, 250-258- 256 -

Unmöglichkeit seiner kausalen Kontrolle entgegensetzen könne. Kein noch so perfektes Controlling könne mithin die Ausführung jener Abläufe herstellen oder überwachen, die für ein zuverlässiges Arbeiten unter Bedingungen hoher Unsicherheit unerlässlich seien. Hier helfe nur der „Rechner Mensch“ als hinreichend komplexe Einheit, die wahrnehmungsfähig und kommunikationsfähig sei, die trainiert und ausgebildet werden könne und die bei all dem zusätzlich in der Lage sei, ihre eigenen Bedingungen zu beobachten, zu reflektieren und zu beschreiben⁴⁵. Insofern, so wird von anderer Seite behauptet, komme als Zuflucht technikkritischer „Humanisten“ nicht, wie oft vermutet, die Eigenart menschlicher Wahrnehmung oder die Einzigartigkeit des subjektiven Bewusstseins in Frage, sondern allein die Autopoiesis des Sozialen, mithin die auf der Synthese von Information, Mitteilung und Verstehen basierende (soziale, auch kulturelle) Kommunikation⁴⁶.

Gleichwohl ist die *Bewertung von Situationen* etwa in neuronalen Netzen, die Assoziationen zwischen Merkmalen durch Verknüpfungsstärken und Aktivierungen darstellen und kausale Verknüpfungen abbilden, heute ebenso Gegenstand der Forschung wie die Integration von Emotionen und „Bauchgefühlen“ innerhalb computationaler Modelle⁴⁷, so dass die Herausforderungen durch widersprüchliche Entscheidungsziele, durch undefinierte Endzustände, durch neue Situationen ohne vorgezeichneten Lösungsweg oder auch durch Entscheidungsverfahren ohne Vorhandensein einer genauen Repräsentation der vorherrschenden Ausgangsbedingungen für den vollautomatisierten Verwaltungsakt eines Tages möglicherweise kein Hindernis mehr sein werden.

Vermutlich aber wird man im *Sozialrecht* noch einige Zeit mit der menschlichen Entscheidungstätigkeit zu rechnen haben. Dies mag sich für formalisierbare Verfahren wie typischerweise bei der Renten- und Beitragsberechnung schon bald ändern. Aber dort, wo das Recht in der Sache mit dynami-

schen Konstellationen des „People Processing“⁴⁸ und einer mehr und mehr auf die individuellen und sozialen Krankheitsbedingungen⁴⁹ zugeschnittenen Medizin zu tun hat, wo das Recht mithin nicht nur um seiner Ordnungsfunktion willen, sondern gerade auch als Steuerungsinstrument zur Erzielung sozialpolitisch als sinnvoll erachteter Entscheidungswirkungen in Anspruch genommen wird⁵⁰, bleibt man – nicht zuletzt unter der Generalanweisung des Gebots zur Optimierung sozialer Rechte (§ 2 Abs. 2 SGB I)⁵¹ – in normstruktureller Hinsicht wohl auch in absehbarer Zukunft noch mit der computer-technisch kaum handhabbaren Verschränkung von Norm und Sachverhalt konfrontiert.

VII. Berücksichtigung für den Einzelfall bedeutsamer Tatsachen des Beteiligten

1. Besondere Ausformung des Untersuchungsgrundsatzes

Satz 2 des § 31a SGB X verpflichtet die Behörde zur Berücksichtigung der für den Einzelfall bedeutsamen tatsächlichen Angaben des Beteiligten, die im automatischen Verfahren nicht berücksichtigt würden. Die Regelung soll vor dem Hintergrund des *Untersuchungsgrundsatzes* verhindern, dass individuell bedeutsame Angaben im Zuge einer schnellen und stark schematisierten Erledigung der Vorgänge mangels entsprechender Programmierung im automatischen Prüfraster mit der Folge einer fehlerhaften Entscheidung verloren gehen. Damit wird gleichzeitig der *Anhörungspflicht* nach § 24 SGB X Rechnung getragen. Da die Berücksichtigungspflicht aber nicht für jedweden individuellen Vortrag, sondern nur für „bedeutsame Angaben“ gilt, wird gleichzeitig die Effizienz des Einsatzes automatischer Einrichtungen sichergestellt⁵².

Nicht sichergestellt aber ist hiermit die Kontrolle der *Fehlerhaftigkeit* von Beteiligtenangaben⁵³. Ebenfalls offen ist der Umgang mit Fällen, in denen *keine Angaben* gemacht worden sind, indes aus den Umständen geschlossen werden kann, dass solche rechtlich relevant sein können. Grundsätzlich kann die Anweisung in § 31a Satz 2 SGB X zur Berücksichtigung bedeutsamer Bürgerangaben nur dann zum Zuge kommen, wenn der Bürger von dieser Möglichkeit auch Gebrauch macht bzw. machen kann. Das SGB X trifft mithin keinerlei Vorsorge für Fälle, in denen entsprechende Angaben beim Bürger vor allem aus Unkenntnis oder Unvermögen unterbleiben. In personalisierten Entscheidungsverfahren nach §§ 20, 31 SGB X hat die Behörde sämtlichen Zweifeln im Bereich der Tatsachen selbstständig nachzugehen⁵⁴. Dieses Erfordernis gilt nicht minder im automatisierten Verfahren. Hier besteht mithin das formell-rechtliche, im Ermessensbereich darüber hinaus auch materiell-rechtliche Risiko, dass entscheidungsrelevante Einzelfallinformationen nicht zur Kenntnis der Behörde gelangen, die im üblichen Verfahren aber – zumindest den rechtlichen Erfordernissen nach – etwa durch Nachfragen beim Bürger oder sonstigen Personen, durch Gutachtenerstellung oder durch Inaugenscheinnahme im Sinne des § 21 SGB X hätten berücksichtigt werden müssen. Die Möglichkeit der Einbeziehung von Bürgerangaben setzt zunächst voraus, dass der Bürger hierüber auch ausreichend informiert wurde. Aber gerade innerhalb des Sozialrechts sind zahlreiche Konstellationen denkbar, wo die Betroffenen – etwa bei hohem Alter, bei Behinderung und Krankheit oder mangels ausreichender Sprachkenntnisse – von sich aus gar nicht in der Lage sind, die erforderlichen Informationen einzubringen. Solange also in Entscheidungskonstellationen, wo dieses Risiko besonders nahe liegt und es auf den Einzelfall besonders ankommen kann, keinerlei Vorsorge durch Einrichtung von *Risikomanagementsystemen* oder eines *Freitextfeldes* bei formularmäßiger Dateneingabe getroffen wurde oder auch die Möglichkeit einer durch einen personellen Entscheider entweder stichprobenartig oder nach bestimmten Kriterien veranlassten Aussteuerung aus dem automatischen Verfahren nicht besteht, sollten automatisierte Entscheidungen grundsätzlich nur dort getroffen werden, wo der

- 256 - **Luthe**, SGB 2017, 250-258- 257 -

Entscheidungsprozess eindeutig durch formalisierbare Kriterien gesteuert werden kann. Es bleibt im Übrigen dem Fachgesetzgeber anheimgestellt, in anderen, stärker einzelfallbezogenen Verfahrensbereichen die gebotenen Vorkehrungen zur Minimierung der aufgezeigten Risiken zu treffen.

2. Bedeutsame Angaben, die nicht berücksichtigt würden

Nur individuell „bedeutsame“ Angaben sind zu berücksichtigen. Als Maßstab dieser Relevanzprüfung kann auf die *Voraussetzungen des § 42 SGB X* zurückgegriffen werden, der auch für Verstöße gegen die Untersuchungspflicht gilt, deren Sicherstellung die Regelung in *§ 31a SGB X* gerade bezweckt⁵⁵. Ebenso wie *§ 42 SGB X* will im Übrigen auch *§ 31a Satz 2 SGB X* der Verfahrensökonomie Rechnung tragen⁵⁶. Danach wäre die fehlende Berücksichtigung von Angaben unbedeutend, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Bei Ermessens- und Abwägungsentscheidungen, also bei Entscheidungen mit *ausgeprägtem Einzelfallbezug*, aber wird eine sachliche Berührung der Entscheidung allerdings regelmäßig vorliegen. Anders gesagt: Bei Berücksichtigung jener individuellen Angaben hätte sich in diesen Fällen aller Wahrscheinlichkeit nach ein anderes Entscheidungsergebnis ergeben mit der Konsequenz, dass vom Vorliegen „bedeutsamer“ Angaben ausgegangen werden kann.

Die Bedeutsamkeit der Angaben setzt eine Beurteilung *ex ante* voraus. Notwendig ist mithin eine *summarische Vorausschau* der möglichen Entscheidungswirkungen im Zeitpunkt der Beurteilung der vorliegenden Angaben des Beteiligten, jedoch keine endgültige Beurteilung des Falles, weil diese in zeitlicher Hinsicht sachlogisch erst „nach“ Würdigung der Beteiligtenangaben erfolgen kann. Deshalb verwendet das Gesetz auch den Konjunktiv: Tatsachen, die im automatischen Verfahren nicht berücksichtigt „würden“.

Die Annahme, die Relevanzprüfung selbst könne automatisiert erfolgen, mag zutreffen für Fälle, bei denen in offensichtlicher Weise mutwillige Störungen vorliegen⁵⁷. Im Kern aber setzt die Relevanzprüfung Möglichkeiten zur Einzelfallbewertung voraus. Im Bereich des Ermessens, wo solche Aspekte eine Rolle spielen, aber dürften Algorithmen dies derzeit nicht leisten können. Dies sollte deutlich gesagt werden, wenn man sich nicht selbst widersprechen will: Wer die Anwendung des vollautomatisierten Verfahrens beim Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen kategorisch ausschließt, muss dies auch bei der Relevanzprüfung der individuellen Angaben tun, wo diese im Vorgriff auf etwaige Ermessenserwägungen ebenfalls eine Rolle spielen können.

Weitere Voraussetzung ist, dass die individuellen Angaben im automatischen Verfahren nicht berücksichtigt würden. Das ist nur der Fall, wenn das automatische Prüfraster diese nicht erfassen kann. Auch hierbei kommt es auf den Zeitpunkt der Beurteilung der vorliegenden Angaben an, nicht aber darauf, wie der Computer später im Ergebnis entscheiden wird. Satz 2 hebt also auf die jeweiligen technischen Möglichkeiten ab und ist in dieser Hinsicht entwicklungs offen. Satz 2 verdeutlicht hiermit gleichzeitig das Selbstverständnis der neuen Vorschrift: Ausschlaggebend für den „Anlass“ personalen Entscheidens ebenso wie für die Prüfung der Relevanz der Angaben für die Aussteuerung ist allein die Leistungsfähigkeit des Systems. Materiell-rechtlich spricht, wie mehrfach gesagt, nichts dagegen, das vollautomatisierte Verfahren auch bei hochgradigem Einzelfallbezug der Entscheidung und namentlich beim Ermessen (auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite) einzusetzen, sobald dies technisch möglich ist.

Problematisch ist die Anwendung der Regelung allerdings bei *selbstlernenden Algorithmen*, insofern der außenstehende menschliche Entscheider mit den jeweils vorherrschenden Informationsverarbeitungsmöglichkeiten der Maschine nicht vertraut ist und/oder diesbezügliche Vorgänge von außen intransparent sind. Die erforderliche Beurteilung, ob es sich um Angaben handelt, die nicht berücksichtigt würden, ist nur insofern möglich, solange man noch zu sicheren Einschätzungen über die Leistungsfähigkeit des Systems in der Lage ist.

3. Fehlerfolgen

Sind die Angaben bedeutsam, so ist die Behörde zur Berücksichtigung derselben verpflichtet. Hierauf hat der Beteiligte ein formelles subjektives (Verfahrens-)Recht. Die bei Verstoß gegen die Berücksichtigungspflicht sich ergebenden Rechtsfolgen sind, da es sich der Sache nach um eine besondere Aus-

prägung des Untersuchungsgrundsatzes handelt, somit im Verfahrensrecht zu suchen. Eine unvollständige Sachverhaltsaufklärung hat grundsätzlich die Aufhebung der Entscheidung zur Folge⁵⁸.

Nach [§ 42 SGB X](#) kann die Aufhebung allerdings nicht verlangt werden, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Bei Ermessensentscheidungen aber wird die Entscheidung im Regelfall aufzuheben sein, weil das Gericht sein Ermessen nicht an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen darf. Ähnliches gilt für Entscheidungen im Bereich von Abwägungen vor dem Hintergrund möglicher Abwägungsfreiräume⁵⁹. In Fällen wie diesen wird die Entscheidung aber meistens auch in materiell-rechtlicher Hinsicht rechtswidrig sein, so dass [§ 42 SGB X](#), der voraussetzt, dass die Entscheidung „allein“ wegen eines Verfahrensmangels rechtsfehlerhaft ist, nicht einschlägig ist. Ist jedoch nur die Beurteilung der Bedeutsamkeit der Angaben (s.o.) fehlerhaft, die Entscheidung selbst aber materiell rechtmäßig, so richtet sich ihre Aufhebbarkeit mithin allein nach [§ 42 SGB X](#).

4. Behandlung nach Aussteuerung

Findet eine Aussteuerung mit Einzelfallprüfung statt, so wird zwar eine weitere elektronische Bearbeitung des Verwaltungsakts für möglich gehalten. Jedoch handele es sich dann nicht mehr um einen vollautomatisierten Verwaltungsakt⁶⁰. Dem ist beizupflichten. Abzustellen ist auf die *Einheitlichkeit des Bearbeitungsvorgangs*, der beim Verwaltungsakt aus der systematischen Erfassung und Bewertung tatsächlicher und rechtlicher Entscheidungselemente in der verwaltungsorganisatorisch zurechenbaren Prüfungszuständigkeit eines menschlichen oder maschinellen Organwalters besteht.

Auf die Tatsache der Aussteuerung muss bei elektronischer Weiterverarbeitung in der Entscheidung hingewiesen werden, weil die Behörde in der Verwaltungsaktbegründung aufzuzeigen hat, dass sie ihrer Untersuchungspflicht ([§ 20 SGB X](#)) nachgekommen ist und damit in der Lage war, alle maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Aspekte mitzuteilen ([§ 35 SGB X](#); dies gilt nicht in den Fällen des [§ 35 Abs. 2 Nr. 3 SGB X](#)).

- 257 - [Luthe](#), SGB 2017, 250-258- 258 -

VIII. Weitere Verfahrensaspekte

Die Einführung des vollautomatischen Verwaltungsakts wirft im Zusammenhang mit anderen Regelungen des SGB X weitere Fragen auf, die dort gesondert zu erörtern wären. Im Überblick *geht es um Folgendes*:

- Es wäre der Frage näher nachzugehen, inwiefern *Nebenbestimmungen* ([§ 32 SGB X](#)) zum Verwaltungsakt ausschließlich im vollautomatischen Verfahren erlassen werden können. Hierbei wird man danach unterscheiden müssen, ob und inwieweit es für die Aufnahme der Nebenbestimmung auf Einzelfallaspekte ankommt und ob insbesondere Tatbestands- oder Rechtsfolgeermessen besteht.
- Bei [§ 20 SGB X](#) (*Untersuchungsgrundsatz*) sollte wie in [§ 24 VwVfG](#) zur Einhaltung der gesetzlichen Systematik eine [§ 31a Satz 2 SGB X](#) entsprechende Regelung aufgenommen werden.
- Nach [§ 37 Abs. 2a SGB X](#) kann ein elektronischer Verwaltungsakt dadurch *bekannt gegeben* werden, dass er über öffentlich zugängliche Netze (Internet, Mobilfunk) abgerufen wird. Die Mitwirkung im Abrufverfahren ist dem Bürger freigestellt (in erster Linie bei Antragsverfahren oder bei Verfahren, in denen eine Erklärungspflicht besteht)⁶¹. Die Einwilligung kann für das gesamteungsverfahren erteilt und jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Hinsichtlich der Identifizierbarkeit des Bürgers oder seines Bevollmächtigten gelten die Empfehlungen des IT-Planungsrates⁶². Als Zeitpunkt der Bekanntgabe gilt der auf den Abruf folgende Tag; der erstmalige Abruf muss protokolliert werden. Die abrufberechtigte Person wird mit einer Benachrichtigung auf die Bereitstellung zum Abruf aufmerksam gemacht (was nicht eigenständig geregelt wurde⁶³). Die Bekanntgabe darf nur mit Einwilligung des Bürgers durch unverschlüsselte e-mail erfolgen ([§ 78a SGB X](#); auch [§ 5 De-Mail-Gesetz](#)).

Wird der Verwaltungsakt nicht innerhalb von zehn Tagen abgerufen gilt er nicht als bekannt gegeben. Die Behörde kann nochmals im Abrufverfahren handeln oder den Verwaltungsakt elektronisch (auch dann mit der üblichen Bekanntgabefiktion von drei Tagen nach Absendung), postalisch oder per Boten übermitteln. Der Verwaltungsakt muss für den Bürger speicherbar sein. Bis zum Abruf darf die Behörde den Verwaltungsakt modifizieren oder aufheben, auch nach Zugang der Benachrichtigung.

- Der vollautomatisierte Verwaltungsakt gilt unter den besprochenen Voraussetzungen grundsätzlich auch für die *Aufhebung von Verwaltungsakten* (§§ 44 ff. SGB X).
- Auch im vollautomatisierten Verfahren gilt die Pflicht zur *Anhörung*. Hiervon kann innerhalb von der Vollautomatisierung zumeist zugänglichen Massenverfahren jedoch abgesehen werden (§ 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X). Die Vorschrift ist in diesem Punkt jedoch restriktiv auszulegen⁶⁴.
- Zum *Aktenbegriff* gehören auch solche in elektronischer Form (§§ 6 bis 8 EGovG).
- Für die Umsetzung des *Akteneinsichtsrechts* gilt im Bereich elektronischer Verfahren § 8 EGovG sowie § 25 Abs. 5 SGB X.

IX. Ausblick

Die Wiege der Erkenntnis ist das Extrem. Schließen wir also mit einem Extrembeispiel, um auszuloten was uns zukünftig erwarten könnte. Ärzte verordnen weithin nach Bauchgefühl – und liegen damit falsch⁶⁵. Kann die Maschine es besser? Bei der Diagnose eher nicht, sollte man meinen. Aber selbst hier zeigen erste Erfahrungen aus Österreich⁶⁶ und Finnland⁶⁷, dass vieles in Sachen Diagnostik heute bereits im ersten Telefonkontakt / Telemonitoring mit eigens geschaffenen Beratungsstellen zustande kommt. Welche Fragen gestellt werden, bestimmt der Algorithmus, nicht der menschliche Gesprächspartner. Schon hier wird man an sich nicht mehr davon sprechen können, dass der Computer nur noch als Unterstützungssystem des Menschen fungiert. Umgekehrt ist es richtig: Der Computer leitet den Berater durch ein Feld von Möglichkeiten und verdichtet den Fall von Frage zu Frage, so dass am Ende relativ sichere Aussagen über den Behandlungsweg möglich sind. Ähnliches ist in bestimmten Indikationsbereichen denkbar durch den sprichwörtlichen Tropfen Blut, der in ein Lesegerät eingegeben wird. Nach Einspeisung der Daten aber beginnt die eigentliche *vollautomatisierte Verordnung*. Die wesentlichen Datengrundlagen hierfür sind, wenn auch fragmentiert, in weiten Teilen bereits heute schon vorhanden: (nur beispielhaft) evidenzbasierte Daten durch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen⁶⁸, Daten aus medizinischen Leitlinien und dies im Weltmaßstab, Daten aus den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nebst Kostendimensionen⁶⁹, individualisierte Daten aus der im Aufbau befindlichen elektronischen Gesundheitsakte⁷⁰, Daten zur Versorgungsinfrastruktur⁷¹ und zu neuen Versorgungsformen⁷², aber auch Informationen aus den Datenbanken der juristischen Informationssysteme⁷³, die Auskunft über bestehende Leistungsverpflichtungen geben können. Der einzelne Arzt wäre mit einer solchen Datenfülle hoffnungslos überfordert. Dass der Superrechner „Watson“ bei seltenen Erkrankungen bereits heute schon im Einsatz ist, sollte zu denken geben⁷⁴. Zugegebenermaßen sind formalisierte Labordaten im Wirkungsgefüge des individuellen Körpers oft unterschiedlich zu interpretieren. Die neuen Möglichkeiten durch vollautomatisierte Verwaltungsakte aber zeigen, dass mit entsprechenden Aussteuerungsmechanismen und Risikomanagementsystemen jedenfalls groben Schematisierungen entgegengewirkt werden kann. Science Fiction?

Fußnoten

1) BGBl. I 2016, S. 1679; BT-Drucks. 18/8434, S. 92, 120 f.; BT-Drucks. 18/8434, S. 120.

2) Schmitz / Prell, Neues zum E-Government – Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1272, 1277; ferner BT-Drucks. 18/8434, S. 121: „Verwaltungsbeschleunigung und Kostenreduzierung“.

3) So die Formulierung von Prell in Online-Komm SGB X (Stand: 12/2016), § 31a Rn. 11 f.; dass ein Gesetzesvorbehalt sich nicht nur aus der Verfassung ergibt, zeigt § 31 SGB I. Gleichwohl sollten die terminologischen Unterschiede zum Verfassungsrecht gewahrt bleiben, indem hier besser von einer gesetzlichen Verweisung auf das Fachgesetz oder die Fachverordnung gesprochen werden sollte.

- 4) BT-Drucks. 18/8434, S. 122.
- 5) BT-Drucks. 18/8434, S. 121.
- 6) Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1275, 1276.
- 7) Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1277.
- 8) Zum Kernbereich der Verwaltung vgl. BVerfGE 67, 100, 139; BVerfGE 68, 1, 87 sowie Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in Isensee / Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rn. 18.
- 9) BT-Drucks. 18/8434, S. 120.
- 10) Hierzu Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1275, 1275.
- 11) Wobei zu bedenken ist, dass der Algorithmus von einem Hoheitsträger eingesetzt wurde und insofern eine Zurechnung zu einem „Verwaltungssubjekt“ (definitionsgemäß eine juristische Person des öffentlichen Rechts und deren Organe) durchaus konstruiert werden kann. Die Zurechnung zu einem Verwaltungsträger benötigt keine menschliche Willensentscheidung. Das dem Menschen vorbehaltene bzw. diesen kennzeichnende Recht zu willkürlichem Entscheiden ist eine Eigenschaft der Legislative, nicht aber der Exekutive. Die Willensbildung im Exekutivraum erschöpft sich dagegen in der zielgerichteten Entscheidungstätigkeit. Diese setzt aber keinen menschlichen Träger voraus, ist vielmehr auch bei einem artifiziellen System denkbar. Passend wäre daher die Verwaltungsaktdefinition von Wolff / Bachof: Verwaltungsakt als „jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung getroffene verwaltungsrechtliche Maßnahme...“ (Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 46 II a, S. 374). Danach lässt sich das Verwaltungssubjekt unabhängig vom Menschen definieren und kann die Zurechnung zum Verwaltungsträger allein im Wege des zielgerichteten Entscheidens durch ein hoheitlich legitimes Entscheidungssystem herbeigeführt werden.
- 12) Hierzu auch Schmitz/Prell, Neues zum E-Government – Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1272, 1274.
- 13) Michel u. a. (Hg.), Ist der Geist im Kopf? (2016).
- 14) Näher Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 20 Gliederungspunkt 9.
- 15) BSG v. 5. 11. 2008 – B 6 KA 10/08 R.
- 16) Hierzu näher Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 31 Rn. 14 ff.
- 17) Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 31 Rn. 15.
- 18) BSG v. 10. 5. 2006 – B 12 KR 10/05 R; BVerwG v. 29. 11. 1985 – 8 C 105/83; Sachs in Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (Stand: 4/2013), § 44 Rn. 60; Engelmann in v. Wulffen, SGB X (Stand: 4/2014), § 31 Rn. 7.
- 19) Im Einzelnen Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 31 Rn. 15.
- 20) Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 31 Rn. 17, 18.
- 21) BT-Drucks. 18/8434, S. 121.
- 22) Das sind „Menschen, welche ... die in einem Organ bzw. in einem Amt institutionell zusammengefassten Zuständigkeiten wahrzunehmen haben“: Wolff / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 4 Rn. 20; auch Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre (1983), 145 ff. – sämtlich zum „Organ- und Amtswalter“. Fraglich ist, ob die Fokussierung auf „Menschen“ im Amtswalterbegriff sich nicht einer Zeit verdankt, in der Maschinen mit künstlicher Intelligenz oder zumindest mit Befähigung zu komplexer Entscheidung nur als böartige Monster in Science-Fiction-Romanen denkbar waren.
- 23) Siehe unter a).
- 24) ... vorbehaltlich der Frage, ob sich der technisch unbedarfte Autor dieser Zeilen in Sachen „Computertechnik“ überhaupt äußern darf.

- 25) Vgl. zur Versteifung der Blickrichtung auf das Ermessen und den Beurteilungsspielraum in der Literatur. Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1277; Braun Binder, DÖV 2016, 894. Offener dagegen Siegel, VerwArch, Bd. 105 (2014), S. 257 f., der auch in komplexeren Entscheidungssituationen wie etwa im Raumordnungsrecht oder im Vergaberecht mögliche Anwendungsfälle sieht.
- 26) A. A. – neben BT-Drucks. 18/8434, S. 121 – durchgängig die Literatur: Prell, BeckOK-VwVfG (Stand: 12/2016), § 35a Rn. 13; Braun Binder, DÖV 2016, 894; Landkreistag Sachsen-Anhalt vom 16. 11. 2016, Rundschreiben Nr. 577/2016 (Internet).
- 27) Vgl. Luhmann, Soziale Systeme (1983), S. 46: „Als komplex wollen wir eine zusammenhängende Menge von Elementen bezeichnen, wenn aufgrund immanenter Beschränkungen der Verknüpfungskapazität der Elemente nicht mehr jedes Element jederzeit mit jedem anderen verknüpft sein kann. Der Begriff ‚immanente Beschränkung‘ verweist auf die für das System nicht verfügbare Binnenkomplexität der Elemente, die zugleich deren ‚Einheitsfähigkeit‘ ermöglicht. Insofern ist Komplexität ein sich selbst bedingender Sachverhalt: Dadurch, dass schon die Elemente komplex konstituiert sein müssen, um als Einheit für höhere Ebenen der Systembildung fungieren zu können, ist auch ihre Verknüpfungsfähigkeit limitiert, und dadurch reproduziert sich Komplexität als unausweichliche Gegebenheit auf jeder höheren Ebene der Systembildung“. Ähnlich Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2. Aufl. 2006, S. 306 sowie Baecker, Wozu Theorie? (2016), S. 119.
- 28) In die gleiche Richtung gehen (zumindest) an dieser Stelle die Ausführungen von Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1277.
- 29) BT-Drucks. 18/8434, S. 121; Braun Binder, DÖV 2016, 894; Siegel, VerwArch, Bd. 105 (2014), S. 257 f.
- 30) Hierzu etwa Kleemann in Wannagat, SGB VI (Stand: 11/2009), § 10 Rn. 9; VDR, SGB VI, § 10 Rn. 5; Luthe in jurisPK-SGB VI (Stand: 10/2016), § 10 Rn. 38 ff.
- 31) Luthe in jurisPK-SGB VI (Stand: 10/2016), § 10 Rn. 40.
- 32) Es kommt m. a. W. in einer „weichen Rechtsordnung“ wie der grundgesetzlichen vor allem auch auf die Verwirklichungsintensitäten der jeweiligen Werte an: Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Vortrag auf dem Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (1983), S. 23, 25 f.; Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), S. 128 ff., 154 ff.; Koch, die normtheoretische Basis der Abwägung, in Erbguth / Oebbecke / Regeling / Schulte (Hg.), Abwägung im Recht (1996), S. 9, 19; für das Sozialrecht: Luthe, Optimierende Sozialgestaltung (2001), S. 432 ff.
- 33) Es wäre aber falsch, den Einsatz von Maschinen im Bereich von Zielkonflikten prinzipiell für unmöglich zu halten; Modelldiskussionen (bspw. Markov-Entscheidungsprozesse und insbesondere sog. partially observable Markov decision processes) stellen Lösungsansätze hierfür zumindest in Aussicht.
- 34) Kaehr, Disseminatorik: Zur Logik der ‚Second Order Cybernetics‘, in Baecker (Hg.), Kalkül der Form (1993), S. 152 ff.
- 35) Aufschlussreich insofern die Anmerkung von Schmitz/Prell zur Möglichkeit, das „Ob“ des Ermessens personell zu entscheiden, das „Wie“ dagegen maschinell zu bearbeiten. Dies sei dann aber kein vollautomatischer Erlass eines Verwaltungsakts mehr: Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1276.
- 36) Braun Binder z. B. thematisiert nur die materiell-rechtliche Dimension der Ermessensbetätigung: Braun Binder, DÖV 2016, 894.
- 37) Braun Binder, DÖV 2016, 894; Landkreistag Sachsen-Anhalt vom 16. 11. 2016, Rundschreiben Nr. 577/2016 (Internet).
- 38) Eifert, Electronic Government (2006), S. 140; Ritgen in Bauer / Heckmann / Ruge / Schallbruch Schulz (Hg.), Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 57.
- 39) Zum Zweck der Verwaltung vgl. vor allem Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, 1. Aufl. 1895, S. 66; auch Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, 2. Aufl. 1914, S. 361 f., 370 ff; Otto Mayer, Verwaltungsrecht II, 2. Aufl. 1917, S. 243, 249, 256, 269 ff., 317 ff., 323 ff., 496 ff., 501.

- 40) Müller, Juristische Methodik (1971), S. 107–109, 183.
- 41) Hierzu Beirat VwVfR, NVwZ 2015, 1114; Braun Binder, DÖV 2016, 894.
- 42) Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1278.
- 43) Siehe im Überblick: Stephan / Walter (Hg.), Handbuch Kognitionswissenschaft (2013).
- 44) Lyre, Verkörperlichung und situative Einbettung, in Stephan / Walter, Handbuch Kognitionswissenschaft (2013), S. 184–192; Metzinger, Selbst, Selbstmodell und Subjekt, in Stephan / Walter, Handbuch Kognitionswissenschaft, (2013), S. 420–427.
- 45) Baecker, Studien zur nächsten Gesellschaft (2007), S. 49 ff.
- 46) Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2. Aufl. 2006, S. 376 f.
- 47) Magrabi / Bach, Entscheidungsfindung, in Stephan/Walter, Handbuch Kognitionswissenschaft (2013), S. 289, 282 ff.
- 48) Van Maanen, People Processing: Strategies of organizational socialisation. In Organizational Dynamics 7, (1978), S. 19–36; Hasenfeld, People Processing Organizations: An exchange approach, in American Sociological Review (1972), Vol. 37, S. 256–263; Klapper, Die Aufnahme im Krankenhaus: People Processing, Kooperation und Prozessgestaltung (2003); Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat (1981); Prottas, People Processing. The Street-Level Bureaucrat in Public Service Bureaucracys (1979); Luthe in Brandhorst / Hildebrandt / Luthe, Kooperation und Integration – das unvollendete Projekt des Gesundheitssystem (2017), 3.1., S. 33 ff.
- 49) Erbe / Lauer / Lange, Compliance Assistenten im Gesundheitswesen – Therapietreue von Patienten verbessern (2013) in Amelung u. a. (Hg.), Vernetzung im Gesundheitswesen (2009), S. 335–347; Amelung u. a. (Hg.), Patientenorientierung (2015).
- 50) Wie vor allem bei den Interventions- bzw. Behandlungs- und Betreuungsleistungen des Sozialgesetzbuchs (etwa den Hilfen zur Erziehung, den Leistungen des Fünften bis Neunten Kapitels im SGB XII, den Integrationsleistungen der Rehabilitation und Präventionsleistungen der Medizin, den Aktivierungszielen der Pflege, der aktiven Arbeitsmarktintegration im SGB II und III).
- 51) Näher Luthe, Optimierende Sozialgestaltung (2001), S. 484 ff.
- 52) BT-Drucks. 18/8434, S. 121.
- 53) Braun Binder, DÖV 2016, 896.
- 54) Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 20 Rn. 13.
- 55) BSG v. 3. 12. 1998 – B 7 AL 110/97 R.
- 56) Anstatt vieler: Krause in Krause / v. Mutius / Schnapp / Siewert, GK-SGB X 1 (Stand: 2/2012), § 42 Rn. 3.
- 57) Unklar in diesem Punkt Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1277.
- 58) BSG v. 5. 11. 2008 – B 6 KA 10/08 R.
- 59) Näher Luthe in jurisPK-SGB X (Stand: 5/2015), § 20 Ziff. 9.
- 60) Prell in BeckOK-VwVfG (Stand: 12/2016), § 35a Rn. 18.
- 61) BT-Drucks. 18/8434, S. 121; näher hierzu Braun Binder, NVwZ 2016, 342 sowie als Reformvorschlag die pflichtige Inanspruchnahme bei Gewerbetreibenden bei Schmitz / Prell, NVwZ 2016, 1279.
- 62) http://www.it-planungsrat.de/DE/Home/home_node.html.
- 63) Problematisch ist, dass der Bürger den Zugang der Benachrichtigung bestreiten kann.
- 64) Siegel, VerwArch 2014, 256.
- 65) Gemeint ist in diesem Fall der sog. framing-Effekt: hierzu Tverski/Kahnemann, The framing of decisions and the psychology of choice, Science 2011, 453 ff.; als Beispiel für ärztliche Fehleinschät-

zungen dieser Art vgl. die Studie von McNeil/Pauker/Sox/Tverski, On the elicitation of preferences for alternative therapies, New England Journal of Medicine, 306, 1259 ff.

66) <http://oesterreich.orf.at/stories/2792712/>.

67) Vorträge von Korhonen (Ministry of Social Affairs and Health, Finland) und Weick (Gesundheitsministerium Österreich) am 23.1.2017 in Hannover.

68) Nach §§ 139a, 299 SGB V.

69) Nach § 92 ff.; hierzu §§ 295–303 SGB V.

70) Nach § 291a Abs. 2 und 3 SGB V.

71) Z. B. §§ 99 ff., 107 ff., 115 ff., 129 ff., 140a.

72) Nach § 92a SGB V.

73) juris und Beck-online.

74) <http://www.trendsderzukunft.de/ibm-supercomputer-watson-hilft-bei-diagnosen-seltener-krankheiten/2016/10/20/>.

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin