

Neues zum E-Government

Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG

Ministerialrat Dr. Heribert Schmitz und Regierungsdirektor Lorenz Prell^{*}

Am 1.1.2017 treten die wesentlichen Bestimmungen des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679) in Kraft. Durch Art. 20 dieses Gesetzes werden Regelungen zum vollständig automatisierten Erlass sowie zur elektronischen Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Datenabruf in das VwVfG aufgenommen. Der Aufsatz stellt Entstehung, Anspruch und Inhalt mit ihren Auswirkungen auf Bürger wie Verwaltung dar.

I. Einleitung

Verwaltungsakte werden seit Langem auch mit Hilfe von Informationstechnik erlassen. Die Vermutung lag nahe, dass Systeme entwickelt – und vielleicht schon genutzt – werden, bei denen die IT nicht nur als Hilfsmittel dient, sondern die Behördenmitarbeiter vollständig ersetzt.¹ Die Frage, ob Regelungsbedarf für einen vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakt besteht und wie mit einem solchen umzugehen ist, war im Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI² und im Kreis der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten von Bund und Ländern bereits seit einiger Zeit diskutiert worden, als im November 2014 ein Diskussionsentwurf des BMF zur „Modernisierung des Besteuerungsverfahrens“ bekannt wurde. Die dort vorgesehenen Regelungen zur Änderung der AO gaben Anlass zu einer kritischen Betrachtung unter verwaltungsverfahrenrechtlichen Aspekten. Zugleich schien BMI angezeigt, darauf hinzuwirken, dass die bewährte weitgehende Parallelität der Verfahrensordnungen (VwVfG, AO und SGB X) gewahrt bleibt.³ Der Referentenentwurf des BMF von August 2015⁴ berücksichtigte dann viele Hinweise des Beirats VwVfR⁵ ebenso wie Stellungnahmen anderer interessierter Kreise (insbes. auch die der Ausschüsse Steuerrecht und Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltvereins⁶).

II. Regelungsbedarf

Die Frage, ob das Thema vollautomatisierter Erlass von Verwaltungsakten überhaupt für das allgemeine Verwaltungsverfahren(-srecht) relevant ist, oder ob es nur für das Steuerverfahren wegen dessen Besonderheiten bedeutsam sein wird, war schnell positiv zu beantworten. Auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren gibt es ausreichend Anwendungsfälle für einfache Massenverfahren, in denen der vollautomatische Erlass von Verwaltungsakten interessant werden kann. Der fortgeschrittene Einsatz elektronischer Arbeitsabläufe in der Verwaltung und die zunehmende Internet-Nutzung schaffen eine Nachfrage nach solchen Lösungen. Gleiches gilt für die Bekanntgabe von elektronischen Verwaltungsakten mittels Abholung von Internetplattformen. Bei der Entwicklung muss darauf geachtet werden, dass es nicht zu einem Diktat der Technik über das Verfahrensrecht kommt.

Hinsichtlich der Anerkennung der Verwaltungsakts-Qualität eines Bescheids, dem keine menschliche Willenserklärung im jeweiligen Einzelfall mehr zu Grunde liegt, gibt es keine grundsätzlichen Hindernisse. Schon durch die Anerkennung der Genehmigungsfiktion (§ 42 a VwVfG) ist diese Entscheidung getroffen worden. Es kommt eher darauf an, wie mit diesem Instrument umzugehen ist und welche abweichenden Regelungen gegebenenfalls zu treffen sind. Neben der Frage der Verwaltungsakts-Qualität und der grundsätzlichen Zulassung des

vollautomatisch erlassenen Bescheids kam dem von BMF geplanten „Risikomanagement“ besondere Bedeutung zu. Einzelheiten des ursprünglichen Diskussionsentwurfs erschienen unter dem Gesichtspunkt der Garantie

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1274

eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Hinblick auf Einschränkungen bei der Anhörung und unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung bei der Festlegung der verwendeten Algorithmen allein durch die Exekutive nicht unproblematisch. In diesem Zusammenhang stellte sich die weitere Frage nach der gerichtlichen Überprüfbarkeit. Das allgemeine Verwaltungsrecht kann hier nur die entsprechende Geltung der Vorschriften über den Verwaltungsakt im VwVfG („wie“) anordnen und muss die Festlegung der Anwendungsfälle („ob“) und Weiteres dem im Fachrecht überlassen.

(Teil-)Automatisiert erlassene Verwaltungsakte gibt es schon in vielen Bereichen (zB Abwasserbescheide, Steuerbescheide, Baubescheide). Der Übergang zwischen der Verwendung von Verwaltungsakts-Bausteinen und einem automatisch erlassenen Bescheid ist fließend.

Problematisch war die Frage, wer bei einem automatisch erstellten Verwaltungsakt tatsächlich noch eine Entscheidung iSv § 35 VwVfG trifft und wer für diese die Verantwortung trägt. Regelungsbedarf erschien abhängig von dem jeweiligen IT-System und dessen konkreter Ausgestaltung (zB Algorithmus) und davon, ob und wie Plausibilitätsprüfungen, Zurechnungsentscheidungen und die Willensentscheidung eingebunden werden.

Ein vollständig automatisch erlassener Bescheid kann – auch wegen der Auswirkungen auf §§ 24 und 39 VwVfG – nicht einfach unter § 35 VwVfG subsumiert werden. Erforderlich schien eine Anwendungsregelung zu den Vorschriften über den Verwaltungsakt. Klarheit war zu schaffen hinsichtlich Zurechenbarkeit und Haftungsfrage, wenn die Einzelfallentscheidung nicht von einem zuständigen Amtswalter getroffen, sondern durch Programmierer vorgegeben wird. Fragen der Verantwortlichkeit, der Zurechenbarkeit und der Haftung sind aber keine grundsätzlichen Hindernisse, da sie letztlich verwaltungsinterne Probleme sind. Das Zurechnungsproblem und Fragen der Anhörung sind beherrschbar. Hauptprobleme sind effektiver Rechtsschutz und die Möglichkeit des Beteiligten, seine Belange einbringen zu können und prüfen zu lassen. Jedenfalls ist das zu Grunde gelegte Prüfprogramm einer richterlichen Kontrolle zugänglich. Ein automatisierter Verwaltungsakt wird auch nicht in allen Verwaltungsverfahren möglich sein. Die praktische Relevanz der Automatisierung dürfte umso geringer sein, je komplexer die Verfahren sind.⁷ Interessant werden vor allem einfache Massenverfahren sein. Dadurch relativiert sich das Problem der eingeschränkten Anhörung. Das Verfahren dürfte deshalb regelmäßig auch ohne zusätzliche Regeln mit dem vorhandenen verfahrensrechtlichen Instrumentarium gut beherrschbar sein.

Das BVerwG hat sich mit einer ähnlichen Problemstellung bereits im Zusammenhang mit dem ElektroG beschäftigt.⁸ Nach dem dort geregelten Verfahren erlässt die Behörde Rückholanordnungen gegenüber Adressaten, die ein Algorithmus auswählt. Es ist bei dem Verfahren ausgeschlossen, dass das Zustandekommen der jeweiligen Individualentscheidung von außen nachvollzogen werden kann. Die Verwaltungsakts-Qualität so zu Stande gekommener Entscheidungen wurde dabei aber nicht problematisiert. Bei den Vorüberlegungen für die Fassung des neuen § 35 a VwVfG wurde eine automatisierte Erstellung dann als problemlos angesehen, wenn ein klares Konditionalschema vorliegt; handelt es sich um Verteilungsfragen (Verteilungsgerechtigkeit) drängt sich die Frage auf, ob eine individuelle Entscheidung durch Anwendung eines Algorithmus ersetzt werden darf.

Die Begriffe „elektronischer Verwaltungsakt“ in § 37 II VwVfG und „automatisiert erlassener Verwaltungsakt“ des § 35 a VwVfG sind zu unterscheiden. Beim elektronischen (elektronisch erlassenen) Verwaltungsakt ist das für den Rechtsverkehr maßgebliche „Original“ das auf einem Datenträger gespeicherte elektronische Dokument.⁹ Der automatisiert erlassene Verwaltungsakt ist dadurch gekennzeichnet, dass die Entscheidungsfindung nach entsprechender Programmierung der IT vollständig automatisiert erfolgt; unabhängig davon kann die Verkörperung dieses Verwaltungsakts dann auf Papier oder durch Speicherung auf elektronischen Medien erfolgen. In diesem Zusammenhang ist weiter zu unterscheiden der nach § 41 II 2 VwVfG „elektronisch übermittelte“ Verwaltungsakt: Dieser Übermittlungsweg steht nicht nur dem elektronischen Verwaltungsakt zur Verfügung, sondern betrifft auch den schriftlich auf Papier erstellten, der elektronisch (zB per Telefax) versandt wird.¹⁰

III. Gesetzgebungsverfahren

Die Bundesregierung hat im Dezember 2015 den Entwurf für ein „Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens“ (BMF) beschlossen und im Bundestag eingebracht (BT-Drs. 18/7457). Die zunächst ins Auge gefasste Ergänzung des BMF-Entwurfs durch entsprechende Regelungen auch im VwVfG und im SGB X war nicht möglich, ohne den ambitionierten Zeitplan des BMF zu gefährden. Stattdessen sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren geklärt werden, in welcher Form in den drei Verfahrensordnungen möglichst einheitliche Regelungen zu den beiden neuen Instrumenten getroffen werden können. In der Kabinettsvorlage des BMF wurde dies ausdrücklich angesprochen: „Im weiteren Gesetzgebungsverfahren soll geklärt werden, in welcher Form in allen Verwaltungsverfahren (VwVfG, SGB X und AO) möglichst einheitliche Regelungen zu vollständig automationsgestützt erlassenen Verwaltungsakten und zur Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Bereitstellung zum Abruf getroffen werden können.“ Dementsprechend wurden Anfang 2016 Vorschläge für VwVfG und SGB X zwischen BMI, BMF und BMAS unter Beteiligung von BMJV abgestimmt. Diese wurden von BMF als Formulierungshilfen über den Finanzausschuss (parallel auch an den mitberatenden Innenausschuss) in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.¹¹ Am 13.4.2016 fand eine Sachverständigenanhörung zu dem Gesetzentwurf im Finanzausschuss statt, zu dem auch der Innenausschuss geladen war. Die Vorschläge zur Änderung von VwVfG und SGB X lagen den Sachverständigen vor; sie wurden in der Anhörung nicht thematisiert. Die vorgeschlagenen Änderungen des VwVfG fanden dann als Art. 20 (neu) Eingang in Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (BT-Drs. 18/8434) und wurden am 12.5.2016 vom Deutschen Bundestag in 2./3. Lesung beschlossen. Der Bundesrat beschloss am 17.6.2016, keine Einwendungen zu erheben. Bei der Vorberatung im Finanzausschuss des Bundesrats hatten die Länder Bayern und Nordrhein-Westfalen eine Protokollerklärung zur Änderung von § 41 VwVfG abgegeben (hierzu nachstehend unter VIII.).

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1275 ▲
▼

IV. Ablauf des elektronischen Verwaltungsverfahrens

Die Abläufe bei dem Verfahren auf Erlass eines Verwaltungsakts iSv § 35 a VwVfG unterscheiden sich von dem herkömmlichen Antragsverfahren dadurch, dass Elemente der Sachverhaltsprüfung und Vorbereitungshandlungen¹² automatisiert vor Antragstellung und damit vor Beginn des Verwaltungsverfahrens erfolgen. Regelmäßig werden die Schritte eines elektronischen Verwaltungsverfahrens auf Antrag folgende sein:

- Zugriff auf Internetportal
- Auswahl des Verfahrens für den angestrebten Verwaltungsakt; einschließlich Auswahl der zuständigen Behörde
- Identitätsprüfung
- Formulargesteuerte Abfrage der für das Verwaltungsverfahren erforderlichen Angaben
- Im Hintergrund: Plausibilitätsprüfung; Abfrage von Datenbanken bezogen auf das konkrete Verwaltungsverfahren (zB erforderliche Berechtigungen, Gebührenrückstände)
- gegebenenfalls Rückmeldung zu fehlenden oder nicht plausiblen Eingaben
- gegebenenfalls Gebührenberechnung und -anzeige
- verbindliche Antragstellung („Bestätigung“)
- gegebenenfalls Gebührenanforderung
- Erlass des Verwaltungsakts.

Hier beginnt das Verwaltungsverfahren iSv § 9 VwVfG mit „Bestätigung“ des Antrags; alle vorherigen Schritte liegen insbesondere nach der Vorstellung des Antragstellers, die von üblichen Abläufen internetbasierter Geschäftsvorgänge geprägt sind, noch im Bereich des Unverbindlichen. Rechtlos ist dieser Bereich indes nicht: Ab Auswahl des konkreten Verfahrens besteht ein Verwaltungsrechtsverhältnis.¹³ Die Besonderheit dieses elektronischen Verfahrens schlägt sich auch bei der Festsetzung von Gebühren nieder: Eine Gebührenpflicht (nach Fachrecht) kann frühestens ab „Bestätigung“ des Antrags entstehen, was nicht ausschließt, dann auch vorher entstandenen Aufwand (Bereitstellung des Internetangebots, im Hintergrund vorgenommene Prüfungen) zu berücksichtigen.

Das von Amts wegen eingeleitete elektronische Verwaltungsverfahren beginnt mit dem Auslösen eines elektronischen Vorgangs durch die Behörde oder durch einen automatisierten Impuls, soweit dieser Vorgang an einen konkreten Beteiligten adressiert ist (Außenwirkung).¹⁴ Davor liegende Vorgänge sind Vorbereitungshandlungen.¹⁵ Beispiel: Würde die Verfolgung von Geschwindigkeitsübertretungen vollautomatisiert verfolgt, wären die Schritte bis zur automatisierten Identifizierung des Fahrzeughalters anhand des fotografierten Kfz-Kennzeichens Vorbereitungshandlung. Erst mit Generierung des automatisch abzusendenden Anhörungsschreibens begänne das Verwaltungsverfahren.

V. Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes (§ 35 a VwVfG)

Da das VwVfG keinen numerus clausus der Handlungsformen kennt und das Verwaltungsverfahren grundsätzlich an bestimmte Formen nicht gebunden ist (§ 10 S. 1),¹⁶ war der Einsatz vollautomatischer Einrichtungen trotz fehlender ausdrücklicher Regelung auch bislang nicht ausgeschlossen. Grenzen des Einsatzes ergaben sich – abgesehen von Vorschriften im Fachrecht – daher aus den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften und dem Rechtsstaatsprinzip. Neben grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken konnte aber auch die Definition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG dagegen sprechen, einen vollständig automatisierten Erlass von Verwaltungsakten anzuerkennen. Der Verwaltungsakt als Verfügung, Entscheidung oder hoheitliche Maßnahme setzt begrifflich immer eine Willensbetätigung voraus. Da es technischen Einrichtungen an der Willensfähigkeit mangelt, konnte zweifelhaft sein, ob solche Einrichtungen überhaupt Verwaltungsakte erstellen können. Der Gesetzgeber hat die Frage eindeutig positiv beantwortet, ohne die Begriffsbestimmung selbst zu ändern. Der neue § 35 a VwVfG sorgt für Klarheit und Rechtssicherheit: Die Vorschrift stellt klar, dass Verwaltungsakte iSv § 35 VwVfG vollständig ohne menschliches Zutun im Einzelfall allein durch

technische Einrichtungen erlassen werden können. Dieser Weg umgeht zwar eine dogmatische Klärung, ist aber sinnvoll, weil die Verwaltung damit ein ausdifferenziertes und vertrautes Instrumentarium anwenden kann. Alternativen wären eine Modifizierung der Begriffsbestimmung oder die Schaffung einer eigenen neuen Kategorie gewesen. Beide Varianten hätten zumindest zu Abgrenzungsproblemen und weiteren Unsicherheiten geführt. Die Vorschrift geht ohne Weiteres davon aus, dass ein Verwaltungsverfahren auch vollständig automatisiert durchgeführt und das Ergebnis als Verwaltungsakt qualifiziert werden kann. Ob der Verwaltungsakt als Bescheid elektronisch oder in Papierform oder „in anderer Weise“ (vgl. § 37 II VwVfG) erstellt wird,¹⁷ ist dagegen nicht erheblich. Auch vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakte können ausgedruckt und per Post versandt werden.

Das VwVfG ging schon in seiner ursprünglichen Fassung davon aus, dass sich die Verwaltung auch beim Erlass von Verwaltungsakten der Hilfe „automatischer Einrichtungen“ bedienen darf, und hat dafür in §§ 28, 37 und 39 VwVfG besondere Regelungen vorgesehen. Nicht umfasst war von diesen Vorschriften aber ein vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten. Die Begründung zum damaligen Gesetzentwurf sah rechtsstaatliche Bedenken auch (nur) dann nicht, „wenn auf Grund bestimmter Daten, die von einem Bediensteten verantwortlich ermittelt oder geprüft werden, der darauf zu erlassende Verwaltungsakt nur einen bestimmten Inhalt haben kann“ (BT-Drs. 7/910, 59). Automatische Einrichtungen durften danach als Hilfsmittel eingesetzt werden, den Verwaltungsakt aber nicht selbst erlassen.¹⁸ Mit den Rechnern aus der Anfangszeit der EDV war es der Verwaltung noch gar nicht möglich, Verwaltungsverfahren vollständig zu automatisieren. Nachdem die verfügbaren Systeme immer leistungsfähiger geworden sind, ist inzwischen ein vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten selbst in komplexeren Verfahren technisch möglich.

Die neue Vorschrift greift den bereits etablierten Begriff der „automatischen Einrichtungen“ auf (vgl. §§ 28 II 2 Nr. 4, 37 V und 39 II Nr. 3 VwVfG). Die Parallelvorschrift in der Abgabenordnung (§ 155 IV AO) spricht von „automationsgestützter“ Steuerfestsetzung. Gemeint ist jeweils die Verwendung technischer Einrichtungen, die nach vorher festgelegten Parametern autonom, dh ohne weiteres menschliches Einwirken, funktionieren. In der Regel handelt es sich um EDV-Anlagen; die Vorschrift ist aber technikoffen und enthält in Hinblick auf den Aufbau und die Funktionsweise

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1276 ▲
▼

solcher automatischen Einrichtungen keine weiteren Vorgaben oder Einschränkungen. Auch wenn von Verwaltungsbediensteten die zum ordnungsgemäßen Betrieb erforderlichen Maßnahmen zur Einrichtung, Kontrolle und Fehlerkorrektur ausgeführt werden, ändert das nichts am Charakter einer automatischen Einrichtung im Sinne der Vorschrift. Der vollautomatische Erlass setzt nicht voraus, dass alle entscheidungserheblichen Daten bereits bei der Verwaltung vorliegen. Auch wenn diese – etwa im Antragsverfahren vom Antragsteller – von außen in das Verfahren eingespeist werden, ist eine vollständig automatisierte Bearbeitung möglich. Entscheidend ist das Fehlen einer personellen Bearbeitung bei allen Verfahrensschritten innerhalb der Verwaltung.¹⁹

Nach seinem Wortlaut regelt § 35 a VwVfG zwar den „vollständig automatisierten Erlass“ von Verwaltungsakten und umfasst damit deren Bekanntgabe. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift schließt aber eine nicht-automatisierte Bekanntgabe eines im Übrigen vollautomatisch erstellten Verwaltungsakts die Anwendung von § 35 a VwVfG nicht aus. Die Vorgaben des § 35 a VwVfG können deshalb nicht etwa dadurch umgangen werden, dass ein vollautomatisch erstellter Verwaltungsakt zB per Boten bekannt gegeben wird.

Um auch bei einem vollautomatisierten Ablauf ein rechtsstaatliches Verfahren zu garantieren, sieht § 35 a VwVfG zwei Schranken für den vollautomatisierten Erlass vor:

Verwaltungsakte dürfen zum einen nur dann in einem vollständig automatisierten Verfahren erlassen werden, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen wird. Erforderlich ist somit eine Ermächtigung durch Gesetz oder Verordnung. Durch den Gesetzesvorbehalt wird sichergestellt, dass der Gesetz- oder Ordnungsgeber selbst und nicht die Behörde die vor allem im Hinblick auf die Verfahrensrechte der Beteiligten wesentliche Entscheidung zum vollständigen Ausschluss einer personellen Bearbeitung im Verwaltungsverfahren trifft und diesen Ausfall gegebenenfalls mit begleitenden Regelungen kompensiert. Fehlt die erforderliche Ermächtigung, ist der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt zwar rechtswidrig, aber nicht zwangsläufig nichtig. Die Nichtigkeit ist auch in diesem Fall nach § 44 VwVfG zu beurteilen. Ein besonders schwerwiegender Fehler iSv § 44 I VwVfG läge zB vor, wenn ein Verwaltungsakt unter Missachtung des Gesetzesvorbehalts und in einem dafür offensichtlich ungeeigneten Verwaltungsverfahren vollständig automatisiert erlassen würde. Bei automatisierten Verfahren kann mit zunehmender Komplexität auch der Zeitaufwand für erforderliche Anpassungen und Umsteuerungen der verwendeten Systeme stark ansteigen. Wäre es ohne Gesetzesvorbehalt der Verwaltung selbst überlassen, solche Verfahren nach eigenem Ermessen einzuführen, könnte dies zu einer Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers führen, wenn dessen Entscheidungen nur noch mit erheblicher Zeitverzögerung umgesetzt werden können. Der Gesetzesvorbehalt in § 35 a VwVfG hat deshalb eine zusätzliche Schutzfunktion für den Normgeber selbst.

Neben dem Gesetzesvorbehalt sieht § 35 a VwVfG noch eine weitere Einschränkung vor: Ein vollständig automatisierter Erlass kommt ausschließlich bei gebundenen Entscheidungen in Frage. Nur bei diesen ist ein vollständiger Verzicht auf eine personelle Bearbeitung vertretbar, weil eine eindeutige Zuordnung von Rechtsfolge zu dem festgestellten Sachverhalt möglich ist. Sowohl die Ausübung eines Ermessens als auch die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums erfordern dagegen eine individuelle Abwägung und Willensbetätigung, die ein Rechner – zumindest derzeit – nicht leisten kann. Der Ausschluss bezieht sich ausdrücklich nur auf Ermessensentscheidungen und Verfahren, in denen ein Beurteilungsspielraum besteht, also auf Verfahren, in denen gerichtlich nur beschränkt überprüfbare Entscheidungen möglich sind. Aber auch der Vollzug von Vorschriften mit schwierig auszufüllenden unbestimmten Rechtsbegriffen kann zum Ausschluss eines vollautomatisierten Verfahrens führen.

Da wegen des Gesetzesvorbehalts die Behörde ohnehin einer speziellen Ermächtigung für den vollautomatisierten Erlass bedarf, hat das Verbot des Einsatzes für Verfahren mit Ermessens- oder Beurteilungsspielraum vor allem Warnfunktion. Der Fachgesetzgeber kann sich wegen der Subsidiarität des VwVfG zwar über das Verbot hinwegsetzen, soll sich aber der besonderen Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit eines solchen Verfahrens bewusst bleiben. Da technische Einrichtungen weder ein Ermessen ausüben noch urteilen oder abwägen können, ist es kaum vorstellbar, dass ein solches Verfahren rechtsstaatlichen Ansprüchen genügen kann, so dass es sich – zumindest derzeit noch – eher um ein theoretisches Problem handelt. Angesichts des rasanten Fortschritts bei der Entwicklung „intelligenter“ Algorithmen und des bestehenden Rationalisierungsdrucks scheint jedoch eine Fortentwicklung in Zukunft nicht ausgeschlossen.

Die gesetzliche Beschränkung auf gebundene Entscheidungen ist auch von der Verwaltung zu beachten. Selbst wenn das Ausgangsverfahren weder Ermessen noch Beurteilungsspielraum für Entscheidungen vorsieht, gilt das Verbot nämlich gleichfalls bei einem vollautomatisierten Verfahren für Rücknahme und Widerruf einer so erlassenen Entscheidung. Rücknahme und Widerruf sind, auch wenn § 35 a VwVfG dies nicht ausdrücklich anspricht,²⁰ prinzipiell ebenfalls in einem vollautomatisierten Verfahren zugelassen, da § 35 a VwVfG grundsätzlich auf alle

Verwaltungsakte anzuwenden ist. Voraussetzung ist, dass auch hier kein Verfahrensermessen (mehr) besteht. Eine Pflicht zu Rücknahme und Widerruf kann sich sowohl aus dem anzuwendenden Fachrecht selbst als auch aus einer „Ermessensreduzierung auf null“ zB durch Selbstbindung der Verwaltung ergeben.

Zulässig ist es auch, etwa für eine Vielzahl von gleichgelagerten Fällen die Ermessensentscheidung über das „Ob“ einer Aufhebung personell, also durch Verwaltungsbedienstete, zu treffen und die so ausgewählten Fälle im Übrigen vollautomatisch zu bearbeiten. Es handelt sich dann aber nicht mehr um einen vollständig automatisierten Erlass iSv § 35 a VwVfG.

VI. Keine Einschränkung von Verfahrensrechten

Sowohl die allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren als auch die besonderen Vorschriften über den Verwaltungsakt und das Rechtsbehelfsverfahren gelten grundsätzlich uneingeschränkt für den vollautomatisierten Erlass von Verwaltungsakten.

Da der vollautomatische Erlass vor allem der Verfahrensökonomie dient, besteht die Gefahr, dass Beteiligungsrechte der Betroffenen, aber auch die Pflichten der Verwaltung zur Ermittlung des Sachverhalts, zur Information des Betroffenen oder zur Begründung des Verwaltungsakts eingeschränkt werden, um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren.²¹ Automatisierung darf auch nicht zur Vernebelung von

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1277



Verantwortung, Verschleierung von Zuständigkeit oder Verkomplizierung der Haftungsfrage führen, was besonders relevant wird, wenn verschiedene Behörden beim Erlass von Verwaltungsakten zusammenwirken oder unterschiedliche Behörden gemeinsam Rechneranlagen nutzen.

Auch das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG gilt bei vollautomatisiert erlassenen Verwaltungsakten. Naturgemäß werden sich hier praktische Schwierigkeiten ergeben, weil die automatisch ablaufenden Prozesse einer EDV-Anlage nicht einsehbar sind. Technische Protokolle sind Außenstehenden in der Regel aus sich heraus nicht verständlich. Schon bei der Konzipierung der automatischen Einrichtungen muss also dafür gesorgt werden, dass die Abläufe dokumentiert werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um Verfahrensschritte nachvollziehen zu können, die zur getroffenen Entscheidung geführt haben. Die Nachvollziehbarkeit zumindest der wesentlichen Abläufe ist sowohl für die verwaltungsinterne als auch für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle unverzichtbar. Bei determinierten Verfahrensabläufen ist es grundsätzlich auch bei komplexen Systemen möglich, für jeden Einzelfall nachzuvollziehen, wie die Entscheidung zu Stande gekommen ist. Die Möglichkeiten einer nachträglichen Kontrolle werden bei solchen Verfahren eher durch den Aufwand begrenzt. Ein viel bedeutsameres Problem stellt sich für die Kontrolle des Verwaltungshandelns, wenn Verfahren eingesetzt werden, die mit Algorithmen arbeiten, die es nicht mehr erlauben, die Entscheidungsfindung in nachträglich nachvollziehbare Teilschritte zu zerlegen. Hier zeichnet sich in Zukunft für den Fachgesetzgeber zusätzlicher Regelungsbedarf im Zusammenhang mit der Einführung solcher Systeme ab. Denkbar sind zB fachrechtliche Vorgaben für stichprobenartige, zu protokollierende Kontrollen oder die Verpflichtung zur Offenlegung der maßgeblichen Programmcodes oder Algorithmen. Solche Maßnahmen könnten auch einem möglichen Misstrauen gegenüber fortschreitender Automatisierung von Verwaltungsverfahren entgegenwirken.

Die Vorteile eines vollautomatisierten Verfahrens für die Verwaltung liegen vor allem bei der Ressourceneinsparung und der Verfahrensbeschleunigung. Letztere stellt auch für Bürger und

Wirtschaft den größten unmittelbaren Vorteil dar und kann dazu beitragen, das Gebot der einfachen, zweckmäßigen und zügigen Verfahrensgestaltung besser zu befolgen. Als weitere Vorteile des Verzichts auf eine personelle Bearbeitung können Neutralität und Objektivität in jedem Einzelfall angesehen werden. Mangels personeller Bearbeitung kann es zB keine Befangenheitsprobleme (vgl. §§ 20, 21 VwVfG) geben.

Neben der Gefahr von Einschränkungen von Verfahrensrechten der Betroffenen und negativen Folgen einer Schematisierung für die Adressaten ergeben sich auch Risiken für Verwaltung und Gesetzgeber. Eines liegt im Steuerungsaufwand vor allem komplexer Systeme. Er kann dazu führen, dass Rechtsänderungen oder erforderliche Reaktionen auf Rechtsprechung oder aufsichtliche Weisungen nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung vollzogen werden können. Im Extremfall kann die betroffene Verwaltung zeitweise handlungsunfähig werden, wenn sie nicht wissentlich falsche und damit rechtswidrige Ergebnisse produzieren will. Wo im herkömmlichen Verfahren häufig ein schnelles Umsteuern per Weisung möglich ist, bedarf es bei automatisierten Verfahren unter Umständen einer zeitaufwändigen Umprogrammierung und anschließender Probeläufe, bevor ein ordnungsgemäßer Gesetzesvollzug wieder gewährleistet ist.

VII. Keine Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24 I 3 VwVfG)

Die Befugnis zum vollautomatisierten Erlass befreit die Behörde nicht von der Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsermittlung. Der Einsatz automatischer Einrichtungen dient der Verfahrensbeschleunigung und Kostenreduzierung. Vor allem einfach strukturierte (so genannte unechte Massen-)Verfahren können so mit geringerem Aufwand schnell erledigt werden. Automatisierung führt aber zwangsläufig zu Schematisierung. Individuelle Fallkonstellationen können von einem schematischen Prüfraster nur berücksichtigt werden, wenn sie bei der Einrichtung des jeweiligen Systems antizipiert werden konnten. Automatisierung birgt somit die Gefahr, dass bei vom Prüfschema abweichenden, nicht vorhergesehenen Fallgestaltungen rechtswidrige Verwaltungsakte erlassen werden. Der neue § 35 a VwVfG wird deshalb flankiert von folgender Ergänzung in § 24 VwVfG:

§ 24. (1) 3Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.

Die Regelung stellt klar, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Betroffenen auch bei vollautomatisierten Verfahren nicht übergangen werden dürfen. Bei individuellem Vortrag muss demnach eine Aussteuerung und – je nach Relevanz für das Verfahren – eine weitere Bearbeitung außerhalb des automatisierten Verfahrens möglich sein. Nach Einzelfallprüfung ist eine weitere automatisierte Bearbeitung für den Erlass des Verwaltungsakts zulässig. Es handelt sich dann aber nicht mehr um einen vollständig automatisiert erlassenen Verwaltungsakt iSv § 35 a VwVfG. Zugleich stellt die Vorschrift die Effizienz des Einsatzes automatischer Einrichtungen dadurch sicher, dass nicht jedweder individuelle Vortrag zu einer Aussteuerung und Einzelfallprüfung führen muss. Voraussetzung ist vielmehr, dass die Angaben in dem jeweiligen Verfahren bedeutsam sein können. Auch diese Relevanzprüfung kann durchaus automatisiert erfolgen. So kann verhindert werden, dass – etwa durch die Eingabe bloßer Zeichenreihen in Freitextfeldern – der automatische Verfahrensablauf mutwillig gestört wird. Bei individuellem Vortrag muss demnach eine Aussteuerung und – je nach Relevanz für das Verfahren – eine weitere Bearbeitung außerhalb des automatisierten Verfahrens erfolgen oder es kann eine Rückführung in dieses erfolgen. Die Ergänzung in § 24 VwVfG²² sieht – anders als die Parallelregelung in der AO – nicht vor, dass das automatisierte Verfahren Freitextfelder vorsehen muss, um zusätzliche Angaben machen zu können. Auf solche Vorgaben wird im VwVfG wegen des viel breiteren Anwendungsbereichs verzichtet. Die Regelung

in der AO zielt demgegenüber speziell auf das bereits etablierte ELSTER-Verfahren bei der Besteuerung ab.

VIII. Bekanntgabe elektronischer Verwaltungsakte durch Abruf über das Internet (§ 41 II a VwVfG)

Mit der Neuregelung des vollautomatisiert erlassenen Verwaltungsakts wird auch ein neues Verfahren zur Bekanntgabe von elektronischen Verwaltungsakten in § 41 VwVfG eingeführt:

§ 41. (2 a) Mit Einwilligung des Beteiligten kann ein elektronischer Verwaltungsakt dadurch bekannt gegeben werden, dass er vom Beteiligten oder seinem Bevollmächtigten über öffentlich zugängliche Netze abgerufen wird. Die Behörde hat zu gewährleisten, dass der Abruf nur nach Authentifizierung der berechtigten Person möglich ist und der

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1278 ▲▼

elektronische Verwaltungsakt von ihr gespeichert werden kann. Der Verwaltungsakt gilt am Tag nach dem Abruf als bekannt gegeben. Wird der Verwaltungsakt nicht innerhalb von zehn Tagen nach Absendung einer Benachrichtigung über die Bereitstellung abgerufen, wird diese beendet. In diesem Fall ist die Bekanntgabe nicht bewirkt; die Möglichkeit einer erneuten Bereitstellung zum Abruf oder der Bekanntgabe auf andere Weise bleibt unberührt.

Die wesentliche Neuerung besteht darin, dass ein elektronischer Verwaltungsakt nicht mehr direkt an den Adressaten – etwa per E-Mail – übermittelt werden muss, sondern dieser ihn sich bei der Verwaltung abholt. Die Behörde kann Verwaltungsakte zB auf einer Internetplattform bereitstellen, so dass sie der Adressat praktisch jederzeit und von jedem Ort abrufen kann. Die Vorschrift verwendet den Begriff der „öffentlichen Netze“ und eröffnet damit auch eine Anwendung außerhalb des Internets, etwa über Mobilfunknutzung. Die Regelung steht in keinem zwingenden Verhältnis zum vollautomatisierten Erlass von Verwaltungsakten: So kann sowohl ein vollautomatisiert erstellter Verwaltungsakt ausgedruckt und direkt ausgehändigt als auch ein herkömmlich erstellter Verwaltungsakt als elektronischer Bescheid zum Datenabruf bereitgestellt werden.

Für diese Art der Bekanntgabe ist eine ausdrückliche Regelung erforderlich, weil nach der bisherigen Regelung in § 41 VwVfG – abgesehen von der öffentlichen Bekanntgabe – immer eine Übermittlung an den Adressaten erforderlich ist. Soweit elektronische Verwaltungsakte bislang schon per Abruf bekannt gegeben werden sollten, bedurfte es einer speziellen Regelung im Fachrecht. Mit der Ergänzung im VwVfG wird diese zusätzliche Möglichkeit nun allgemein für den Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet.

Bei einer Bekanntgabe durch Datenabruf ist vor allem auch eine gesetzliche Bestimmung des Zeitpunkts der Bekanntgabe unverzichtbar. Die Fiktionsregelung des § 41 II 2 VwVfG greift nicht, denn der elektronische Verwaltungsakt wird ja gerade nicht wie bei der herkömmlichen Versendung per E-Mail an den Adressaten übermittelt. Die Bekanntgabe durch Datenabruf setzt schon begrifflich die Mitwirkung des Adressaten voraus,²³ was für die Bestimmung des Bekanntgabezeitpunkts nicht außer Betracht bleiben darf. Sie verbietet es auch, die Bekanntgabevariante einem Beteiligten „aufzudrängen“, so dass ausdrücklich die vorherige Einwilligung als Voraussetzung geregelt ist.²⁴ Das gilt jedenfalls gegenüber Bürgern. Bei Gewerbetreibenden, Selbstständigen oder anderen Personenkreisen, bei denen sich aus ihrer Tätigkeit oder aus anderen Umständen ein besonderes Näheverhältnis zur jeweiligen Verwaltung ergibt, ist auch eine obligatorische Bekanntgabe per Datenabruf denkbar. Sie müsste allerdings gesondert im Fachrecht zugelassen werden. Die Einwilligung sollte sinnvollerweise für jedes

einzelne Verwaltungsverfahren (erneut) eingeholt werden. Eine pauschale Einwilligung auch für künftige Verfahren wird man ohne eine ausdrückliche, dahingehende Erklärung nicht annehmen können. Im Hinblick auf das Erfordernis der Einwilligung wird die Bekanntgabe per Datenabruf vor allem in Antragsverfahren oder Verfahren, bei denen eine Erklärungspflicht besteht, sinnvoll einsetzbar sein. Sie ist aber auch bei Verfahren, die von Amts wegen durchgeführt werden, nicht ausgeschlossen.

Die Behörde muss in jedem Fall durch geeignete Identifizierungsmittel sicherstellen, dass nur Berechtigte auf den Verwaltungsakt zugreifen können. Bestimmte Identifizierungsmittel werden nicht vorgegeben, um die Behörden nicht unnötig einzuschränken und flexibel für technische Entwicklungen zu bleiben. Einen guten Anhalt für die Auswahl geeigneter Verfahren bietet eine Handreichung des IT-Planungsrats.²⁵

Der zum Abruf bereitgestellte elektronische Verwaltungsakt muss auch von dem Portal heruntergeladen werden können, damit ihn der Adressat auf seinen eigenen Geräten speichern kann. Das ist schon deshalb unverzichtbar, weil der elektronische Verwaltungsakt vom Empfänger sonst nicht eigenständig im Rechtsverkehr verwendet werden könnte. Ein Portal mit bloßer Lesefunktion reicht deshalb für eine wirksame Bekanntgabe nicht aus. Es könnte allenfalls als zusätzlicher Service in Bezug auf bereits anderweitig bekannt gegebene (elektronische oder schriftliche) Verwaltungsakte eingesetzt werden.

Eine Bekanntgabe durch Datenabruf setzt voraus, dass der Abrufberechtigte weiß, dass, wo und wie er den bereitgestellten Verwaltungsakt abrufen kann. Er muss also zuvor eine Benachrichtigung über die erfolgte Bereitstellung bekommen. Diese Selbstverständlichkeit regelt die neue Vorschrift nicht ausdrücklich,²⁶ sondern setzt sie voraus. Die Benachrichtigung wird – muss aber nicht – regelmäßig elektronisch per E-Mail erfolgen. Im Gegensatz zur Regelung in der AO für das Besteuerungsverfahren kommt eine wirksame Bekanntgabe erst mit tatsächlichem Abruf des elektronischen Verwaltungsakts zu Stande. Das verwendete System muss also den Zugriff auf den bereitgestellten Verwaltungsakt protokollieren, um einen verwaltungsseitigen Nachweis der Bekanntgabe zu gewährleisten. Ein Abruf über das Internet ist auch am Ende eines Tages möglich; deshalb ist eine Zugangsfiktion für den Tag vorgesehen, der auf den des tatsächlichen Abrufs folgt. Darauf sollte sowohl bei der Einholung der Einwilligung als auch in der Benachrichtigung über die Bereitstellung hingewiesen werden.

Die Kommunikation mit E-Mail ist zwar schnell, kostengünstig und besonders flexibel, weil sie orts- und zeitungebunden funktioniert. Diesem großen Vorteil stehen allerdings erhebliche Nachteile gegenüber. So ist der herkömmliche E-Mail-Verkehr nicht besonders zuverlässig. E-Mails können auf dem Weg vom Absender zum Adressaten verloren gehen, eine Reihe von möglichen technischen Fehlerquellen können den Versand und Empfang behindern oder vereiteln. Es ist auch nicht immer ohne Weiteres erkennbar, dass und in wessen Einflussphäre ein Fehler vorliegt. Schließlich kann eine erfolgreich versandte E-Mail von einem SPAM-Filter aussortiert werden, den unter Umständen nicht einmal der Empfänger selbst, sondern dessen E-Mail-Anbieter konfiguriert hat. Angesichts dieser vielfältigen Fehlerquellen kann und darf sich die Verwaltung nicht darauf verlassen, dass eine Benachrichtigung mit einfacher E-Mail auch zuverlässig beim Adressaten ankommt und von diesem wahrgenommen wird. Die Regelung einer Bekanntgabe durch Datenabruf muss deshalb Vorkehrungen nicht nur für den Fall vorsehen, dass ein Abruf bewusst unterbleibt, sondern auch, dass die Benachrichtigung eventuell nicht erfolgt

reich war. § 41 II a VwVfG sieht hierfür ein abgestuftes Vorgehen vor: Erfolgt der Abruf trotz Versand der Benachrichtigung nicht innerhalb von zehn Tagen, wird die Bereitstellung beendet. Der Verwaltungsakt kann dann erneut zum Abruf bereitgestellt oder auf andere Weise, zB per Post oder durch elektronische Übermittlung, bekannt gegeben werden. Dadurch wird zum einen verhindert, dass der Empfänger eine Bekanntgabe durch Unterlassen des Abrufs vereiteln kann. Zum anderen werden Streitigkeiten über den Zeitpunkt der wirksamen Bekanntgabe vermieden. Diese könnten entstehen, wenn eine anderweitige Bekanntgabe in die Wege geleitet wurde und der nach Ablauf der Zehn-Tage-Frist noch immer bereitgestellte Verwaltungsakt doch noch abgerufen wird.

Für diese Lösung sprechen vor allem die größere Nutzerfreundlichkeit und die dadurch zu erwartende höhere Akzeptanz des auf Freiwilligkeit beruhenden Verfahrens. Sie ist deshalb auch in der Parallelregelung für das SGB X vorgesehen.²⁷ Gegen die „Abrufvariante“ des VwVfG und SGB X wurde der Einwand vorgebracht, das Verfahren könne durch bewusstes Unterlassen oder Verzögern des Abrufs hintertrieben werden. Dieser Einwand überzeugt indes nicht: So wird der laute Nutzer nach Erhalt der Benachrichtigung den Abruf durchführen, da er von dem selbst gewählten Verfahren profitieren will. Hat ihn die Benachrichtigung dagegen nicht erreicht, muss er nicht mit unliebsamen Folgen rechnen. Die Behörde kann den Verwaltungsakt dennoch (gegebenenfalls durch Zustellung) erfolgreich bekannt geben und hat ihrerseits Gewissheit über die erfolgreiche Bekanntgabe. Der unlautere Nutzer dagegen kann die Bekanntgabe zwar verzögern, aber nicht vereiteln. Eine Störung des Verfahrens kann auch die „Fiktionsvariante“ nicht verhindern, denn dort reicht bereits das Bestreiten des Zugangs der Benachrichtigung, um die Bekanntgabe zu vereiteln. Da der tatsächliche Abruf Voraussetzung für eine wirksame Bekanntgabe ist, erübrigen sich auch ergänzende Regelungen zur Frage, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen technische Fehler im Portal einen Abruf verzögern oder verhindern. Eine bürgerfreundliche Regelung müsste für Fälle der Verzögerung ebenfalls auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Abrufs abstellen.²⁸

Die in der AO für das Besteuerungsverfahren vorgesehene Lösung knüpft für die Bestimmung des Bekanntgabezeitpunkts dagegen an die Bereitstellungsbenachrichtigung durch E-Mail an. Da der Zugang dieser E-Mail-Benachrichtigung für die Steuerbehörde nicht überprüfbar ist, wird der Tag der Versendung der Benachrichtigung für maßgeblich erklärt. Der Verwaltungsakt gilt am dritten Tag nach Versendung der Benachrichtigung als bekannt gegeben, unabhängig davon, ob und wann ihn die Benachrichtigung tatsächlich erreicht hat. Wird der Zugang der Benachrichtigung allerdings bestritten, ist die Bekanntgabe gescheitert.

Diese „Fiktionsvariante“ bei der Bekanntgabe per Datenabruf ist den Besonderheiten des Besteuerungsverfahrens geschuldet: Das Besteuerungsverfahren basiert auf einer Erklärungspflicht, und es existiert bereits ein seit Langem etabliertes elektronisches Verfahren (ELSTER), auf das aufgesetzt werden soll. Häufig besteht auch ein besonderes Interesse der Steuerverwaltung, schon bei Erlass eines Bescheides den Zeitpunkt der Bekanntgabe und damit des Wirksamwerdens bestimmen zu können, um zB bereits mit dem Erlass Zinsen festlegen zu können. Das neue Bekanntgabeverfahren wendet sich im Besteuerungsverfahren aber vor allem an Angehörige steuerberatender Berufe, also an professionelle Nutzer mit einem hohen Eigeninteresse an einer reibungslosen elektronischen Verfahrensabwicklung. Diese verfügen über organisierte Büroabläufe und sind zu besonderer Sorgfalt im Umgang mit den ihnen anvertrauten Angelegenheiten verpflichtet. Für die Masse der allgemeinen Verwaltungsverfahren gelten diese Besonderheiten des Besteuerungsverfahrens dagegen nicht. Als allgemeine Regelung für das Verwaltungsrecht ist die Fiktionsvariante deshalb nicht geeignet;²⁹ sie kann aber im Fachrecht – soweit erforderlich und geeignet – angeordnet werden. Auch laute Nutzer werden die E-Mail-

Benachrichtigung in Einzelfällen nicht oder verzögert erhalten oder wahrnehmen. Unter Umständen stellt sich dann erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung heraus, dass die Verwaltung von der Bekanntgabe eines Verwaltungsakts ausgeht, von dessen Existenz der Adressat nichts weiß. Die zu erwartenden Konflikte und Frustrationen könnten nicht nur abschreckend auf den Bürger wirken. Auch für die Verwaltung ergeben sich unerwünschte Folgeprobleme, wenn sich ein vermeintlich wirksam bekannt gegebener Verwaltungsakt nachträglich als hinfällig herausstellt. Dem steht der Vorteil der Fiktionsvariante gegenüber, den Zeitpunkt der Bekanntgabe bereits bei Versendung der Benachrichtigung über die Abrufmöglichkeit zu bestimmen, da er fingiert wird. Selbst dieser Vorteil geht allerdings verloren, sobald der Adressat den Zugang der Benachrichtigung bestreitet. Auch erspart die Fiktionsvariante der Behörde nicht die Überwachung und Protokollierung des tatsächlichen Abrufs: Andernfalls kann sie die Behauptung der nicht zugegangenen Benachrichtigung selbst in Fällen eines tatsächlichen Abrufs nicht widerlegen.

In welchem Umfang die neue Bekanntgabever Variante durch Datenabruf im allgemeinen Verwaltungsverfahren praktisch relevant wird, ist noch nicht abzusehen. Denn regelmäßig kann dort ein elektronischer Bescheid mit einfacher E-Mail übermittelt werden; er gilt dann am dritten Tag nach Absendung als bekannt gegeben (§ 41 II 2 VwVfG). Die neue Bekanntgabeform stellt somit dort nur ein zusätzliches Instrument dar. Im Steuerverfahren verbietet dagegen das Steuergeheimnis (§ 30 AO) die Versendung elektronischer Bescheide mit einfacher E-Mail. Um das Steuergeheimnis zu wahren, müsste die E-Mail umständlich verschlüsselt oder per De-Mail versandt werden. Beide Alternativen sind für die Steuerverwaltung, die auf den Ausbau des ELSTER-Verfahrens setzt, wenig attraktiv. Dies ist einer der wesentlichen Gründe dafür, dass die Bekanntgabe per Datenabruf in der AO eingeführt wird.

Bayern hatte bereits vor der Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens in seinem E-Government-Gesetz³⁰ – jedoch nicht im BayVwVfG – eine Regelung zur Bekanntgabe per Datenabruf eingeführt, die der nun für die AO eingeführten Regelung („Fiktionsvariante“) entspricht. Im Gesetzgebungsverfahren haben die Länder Bayern und Nordrhein-Westfalen im Finanzausschuss des Bundesrats in einer Protokollerklärung zu dem Gesetzentwurf Bedenken gegen die für das VwVfG vorgesehene Abrufvariante geäußert und angekündigt, abzuwarten, welche Erfahrungen mit dem Bundesrecht und den darauf verweisenden Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder gemacht werden. Ein Auseinandergehen der Verwaltungsverfahrensgesetze bei dieser Regelung scheint somit erfreulicherweise nicht zu befürchten zu sein.

Auch bei der neuen Bekanntgabever Variante wird das Verwaltungsverfahren nicht vor wirksamer Bekanntgabe beendet. Wenn der elektronische Verwaltungsakt auf einem Portal

Schmitz/Prell: Neues zum E-Government (NVwZ 2016, 1273)

1280 ▲▼

außerhalb der erlassenden Behörde zum Abruf bereitgestellt wird, endet das Verwaltungsverfahren somit nicht mit der Einstellung auf dem Portal. Fraglich ist, ob die Behörde den bereits eingestellten und insoweit entäußerten Verwaltungsakt vor einem Abruf modifizieren oder gar „aufheben“ darf. Dies wird zu bejahen sein, da mangels wirksamer Bekanntgabe der Verwaltungsakt noch nicht erlassen wurde, das Verfahren also noch nicht beendet ist. Solange der Adressat noch nicht über die Bereitstellung zum Abruf benachrichtigt wurde, dürfte daran kein Zweifel bestehen. Aber auch nach Zugang der Benachrichtigung kann nichts Anderes gelten. Denn die Benachrichtigung ist weder Zusage iSv § 38 VwVfG noch selbst Verwaltungsakt. Ihre Wirkung erschöpft sich – anders als bei der Regelung in § 122 a AO – in der Information, dass der Verwaltungsakt durch den Adressaten abgerufen werden kann.

IX. Parallelvorschriften in AO und SGB X

Das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens führt die Vorschriften zum vollautomatischen Erlass von Verwaltungsakten und zur Bekanntgabe elektronischer Verwaltungsakte per Datenabruf parallel im VwVfG, in der AO und im SGB X ein. Die jeweiligen Einfügungen stimmen zwar nicht im Wortlaut vollständig überein, das Regelungsziel ist aber das Gleiche. Auf den Gesetzesvorbehalt wurde in der AO zu Gunsten einer auf die Steuerfestsetzung beschränkten Zulassung des vollautomatisierten Erlasses verzichtet. Die von § 35 a VwVfG abweichende Formulierung „soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“ für den Ausschluss der vollautomatisierten Bearbeitung in § 155 IV AO hängt mit den Besonderheiten des Besteuerungsverfahrens zusammen. Grundsätzlich gilt auch im Besteuerungsverfahren die Erlaubnis nur für gebundene Entscheidungen. Der Steuerpflichtige kann nach dem neuen § 150 VII AO in einem Freitextfeld individuelle Angaben machen. Diese Angaben führen dann zu einem Aussteuern des Falls von der automatisierten Bearbeitung. Der Steuerpflichtige kann somit zusätzlich selbst den „Anlass“ zur Bearbeitung durch einen Amtsträger setzen.

X. Ausblick

Die kurzfristig notwendig gewordene Vorbereitung der hier dargestellten neuen Regelungen hat wieder einmal die längerfristigen Arbeiten zur Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes unterbrochen. Auf der Agenda steht weiterhin die Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz.³¹ Sie soll verbunden werden mit dem Vorhaben einer Regelung zu den Themenkomplexen Genehmigungsverfahren und Anzeigeverfahren.³² Vermisst wird im Verwaltungsverfahrensgesetz vor allem eine Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren.³³ Neben den besonderen Verfahrensarten des Verwaltungsverfahrensgesetzes haben sich in den Fachgesetzen dann auch zahlreiche bereichsspezifische Sonderverfahrensregelungen entwickelt. Schon seit Längerem wird gefordert, das Verwaltungsverfahrensgesetz als zentrale Kodifikation des Verfahrensrechts zu stärken und den Bedarf der Praxis an passenden zusätzlichen Verfahrenskonzepten hier zu befriedigen.³⁴ In einem einheitlichen Zulassungsverfahren – mit Regelungen zu Öffentlichkeitsbeteiligung, Verfahrensarten, Rechtswirkungen der Genehmigung sowie deren Bestandskraft – ließe sich die Zulässigkeit eines Vorhabens insgesamt regeln. Zugleich können dann überflüssige Sonderregelungen im Fachrecht abgeschafft werden. Gleiches gilt für Regelungen zu Anzeigeverfahren, die eine Eröffnungskontrolle ermöglichen, und für Genehmigungsfreistellungsverfahren, die – ohne Genehmigung zu sein – die Genehmigungsbedürftigkeit klären. Die Vorarbeiten von Arbeitsgruppen der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten von Bund und Ländern für einen entsprechenden Musterentwurf sollen noch in diesem Jahr fortgesetzt werden.³⁵ Neben diesen Vorhaben bleiben auch die europäischen Entwicklungen im Blick. Dies betrifft langfristige Perspektiven wie den ReNEUAL-Musterentwurf für ein Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht³⁶ ebenso wie aktuell die Frage, ob das Urteil des *EuGH* vom 15.10.2015³⁷ Konsequenzen im VwVfG, insbesondere für die Präklusionsvorschriften, verlangt. Mit dieser Frage haben sich unlängst sowohl die Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten von Bund und Ländern als auch der Beirat Verwaltungsverfahrensrecht befasst und sind übereinstimmend zu der Auffassung gelangt, dass zunächst die Wirkungen der vorgesehenen Änderungen im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz beobachtet werden sollen; Ziel bleibt aber, europäische Entwicklungen auch im VwVfG zu

berücksichtigen, um einer Rechtszersplitterung durch abweichende fachgesetzliche Regelungen entgegenzuwirken.

-
- * Der Autor *Schmitz* leitet das Referat Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Informationszugangsrecht, Personenstandswesen und Namensrecht im Bundesministerium des Innern; er ist Mitherausgeber der NVwZ; der Autor *Prell* ist dort Referent insbesondere für Verwaltungsverfahrenrecht.
- 1 Zum „virtuellen Verwaltungsakt“ bereits *Siegel*, VerwArch 105 (2014), 241.
- 2 Zum Beirat VwVfR *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 266.
- 3 „Drei-Säulen-Theorie“, vgl. *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), Einl. Rn. 50 ff.
- 4 Hierzu *Braun Binder*, NVwZ 2016, 342.
- 5 *Beirat VwVfR*, NVwZ 2015, 1114.
- 6 Siehe insbes. S. 5 der Stellungnahme Nr. 4/2015, <http://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-04-15>.
- 7 Zur Einbeziehung auch komplexer Entscheidungen *Siegel*, VerwArch 105 (2014), 241 (258 f.).
- 8 BVerwG, NVwZ-RR 2010, 673 Ls. = BeckRS 2010, 49817 Rn. 63.
- 9 *U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 37 Rn. 65.
- 10 Hierzu *U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 37 Rn. 66, § 41 Rn. 111 ff.
- 11 Kritisch zu wesentlichen Änderungen durch Ausschüsse des Bundestags („Anmaßung nicht zustehenden Gesetzesinitiativrechts“) *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 267; *Rossi*, DVBl 2014, 676; ähnlich *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120 f.). Diese Verfahrensweise entspricht indes gefestigter Staatspraxis; sie ist jedenfalls nicht evident fehlerhaft; iErg zutreffend VG *Berlin*, Urt. v. 6.11.2014 – 2 K 201.13, BeckRS 2015, 40128; *BGH*, VIZ 2004, 128.
- 12 *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 9 Rn. 161, 175 ff.
- 13 *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 9 Rn. 16 ff.
- 14 *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 9 Rn. 113 ff.
- 15 *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 9 Rn. 161.
- 16 *Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 10 Rn. 1 ff.
- 17 *U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 37 Rn. 47 ff.
- 18 *U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fn. 2), § 37 Rn. 71.
- 19 *Braun Binder*, NVwZ 2016, 960.
- 20 Die Parallelvorschrift in § 155 IV AO enthält eine ausdrückliche Regelung.
- 21 *Beirat VwVfR*, NVwZ 2015, 1114.
- 22 Entsprechende Regelung in § 31 a S. 2 SGB X, eingefügt durch Art. 19 Nr. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens.
- 23 Die Situation ist nicht vergleichbar mit der Bekanntgabe per Post, bei der der Empfänger den Bescheid aus dem Briefkasten nehmen muss: Im Gegensatz zum Briefkasten, der auch einer einzigen Postadresse zugeordnet ist, befindet sich das Internetportal der Verwaltung nicht im Machtbereich des Adressaten eines elektronischen Verwaltungsakts. Auch besteht keine gewohnheitsrechtlich anerkannte Obliegenheit, ein (welches?) elektronisches Behördenportal in regelmäßigen Abständen aufzurufen und auf Eingänge zu überprüfen.
- 24 Vgl. zum Freiwilligkeitsprinzip bei elektronischer Kommunikation auch *U. Müller* in *Bader/Ronellenfitsch* BeckOK VwVfG, 31. Ed., § 3 a Rn. 6.
- 25 „Handreichung mit Empfehlungen für die Zuordnung von Vertrauensniveaus in der Kommunikation zwischen Verwaltung und Bürgerinnen und Bürger bzw. der Wirtschaft“ v. 13.5.2015, www.it-planungsrat.de/DE/Projekte/Steuerungsprojekte/eIDStrategie/eID_strategie_node.html.
- 26 Für das Steuerverfahren sieht § 122 a IV AO eine „elektronische Benachrichtigung“ vor.
- 27 § 37 II a SGB X, eingefügt durch Art. 19 Nr. 3 des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens.
- 28

Braun Binder, NVwZ 2016, 342 (345); s. auch S. 8 der Stellungnahme des DAV (o. Fn. 6).

²⁹ Anderer Ansicht *Braun Binder*, NVwZ 2016, 342.

³⁰ Art. 6 IV des Gesetzes über die elektronische Verwaltung in Bayern (Bayerisches E-Government-Gesetz – BayEGovG) v. 22.12.2015, GVBl. 2015, 458.

³¹ Vgl. *Schmitz*, DVBl 2005, 17; auch *Burgi*, Gutachten D zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, 92 f. (111 f.).

³² Hierzu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, 745 (753 f.).

³³ Vgl. schon *Wahl*, NVwZ 2002, 1192 mwN.

³⁴ Zuletzt *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012.

³⁵ Zu den aktuellen Reformbestrebungen auch *Ehlers*, Jura 2016, 603 (607 f.).

³⁶ Hierzu zB *Lenz*, NVwZ 2016, 38.

³⁷ *EuGH*, C-137/14, NVwZ 2015, 1665 = NJW 2015, 3495; hierzu *Fellenberg*, NVwZ 2015, 1721; *Otto*, NVwZ 2016, 292; *Siegel*, NVwZ 2016, 337.